

**SE & Co. KG und SE & Co. KGaA**  
**– Organisationsverfassung und Mitbestimmung –**

Inaugural-Dissertation  
zur  
Erlangung der Doktorwürde  
einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät  
der Universität zu Köln

vorgelegt von

*Nadine Lüttchens*

aus: Brühl

Referent: Professor Dr. Martin Hensler

Korreferent: Professor Dr. Christian Rolfs

Tag der mündlichen Prüfung: 6. Juni 2023

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln im Wintersemester 2022/2023 als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden bis Oktober 2021 berücksichtigt.

Bei meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Martin Henssler bedanke ich mich für die Annahme meines Promotionsvorhabens und das in mich gesetzte Vertrauen, dieses auch als externe Doktorandin zum Abschluss bringen zu können. Weiterer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Christian Rolfs für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Für den Anstoß zur Promotion und die Hilfe bei der Themenfindung danke ich Dr. Michael Winter. Mein Dank gebührt auch Justizrat Dr. Ulrich Dempfle, der mir die Fertigstellung der Dissertation durch seinen wichtigen Zuspruch ermöglicht hat.

Besonderer Dank gilt meinen Freundinnen und Freunden sowie meiner Familie. Insbesondere danke ich meinen Eltern, meinem Bruder und meiner Freundin Özlem, die immer fest an mich glauben und mir eine wichtige Stütze sind. Meinem Partner Jannes Hauke, der seit Beginn dieses Projektes an meiner Seite steht, danke ich für seine Unterstützung, seine hilfreichen Anregungen und seine aufbauenden Worte. Ihm und unserer Tochter Rhea ist diese Arbeit gewidmet.

Koblenz, im Juni 2023

Nadine Lüttchens

## Inhaltsverzeichnis

<b>Literaturverzeichnis.....</b>	<b>X</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis.....</b>	<b>XXII</b>
<b>A. Einleitung .....</b>	<b>1</b>
I. Vorteile der SE & Co. ....	3
1. Gründe für die Wahl einer Kapitalgesellschaft & Co. ....	4
a) Vorteile der Kapitalgesellschaft & Co. KG.....	4
b) Vorteile der Kapitalgesellschaft & Co. KGaA.....	11
2. Gründe für die Wahl der SE als Komplementärin .....	18
II. Zulässigkeit .....	24
III. Verbreitung.....	25
<b>B. Gründung der SE &amp; Co.....</b>	<b>26</b>
I. Neugründung der SE & Co. ....	26
1. Gründung der Komplementär-SE.....	27
a) Gründungsformen nach der SE-VO .....	27
b) Begriff der Tochtergesellschaft i.S.d. Art. 2 SE-VO.....	31
c) Rechtspersönlichkeit und Komplementärfähigkeit der Vor-SE.....	34
2. Kauf einer Vorrats-SE.....	37
3. Zwischenergebnis .....	41
II. Gesellschaftsrechtliche Wege von einer Kapitalgesellschaft & Co. in die SE & Co...	42
1. Austausch der Komplementärin .....	42
2. Formwechsel der Komplementärin .....	43
3. Verschmelzung einer ausländischen AG auf die Komplementärin.....	45
a) Übergang der Beteiligung als persönlich haftender Gesellschafter einer Personengesellschaft .....	46
aa) Meinungsstand .....	46
bb) Stellungnahme .....	47
b) Beteiligung als persönlich haftender Gesellschafter einer KGaA.....	48
c) Zwischenergebnis .....	49
4. Verschmelzung der Komplementärin auf eine bestehende SE nach dem UmwG .	49
III. Formwechsel in eine SE & Co. KGaA.....	50
1. Verfahren beim Formwechsel einer AG/GmbH in eine SE & Co. KGaA.....	50
2. SE als Ausgangsrechtsträger und Art. 66 SE-VO .....	51
a) Keine direkte Anwendbarkeit des Art. 66 SE-VO .....	52

b)	Keine Sperrwirkung des Art. 66 SE-VO .....	52
c)	Entsprechende Anwendung der Sperrfrist des Art. 66 Abs. 1 Satz 2 SE-VO und des Verfahrens nach Art. 66 Abs. 3 bis 6 SE-VO .....	53
aa)	Keine Sperrfrist bei rein innerstaatlicher Umwandlung.....	54
bb)	Erfüllung des Verfahrens nach Art. 66 Abs. 3 bis 6 SE-VO.....	55
d)	Beitritt der Komplementär-SE.....	56
IV.	Beteiligungsverhältnisse und Einheits-SE & Co.....	56
1.	Grundsätzliche Zulässigkeit der Einheits-SE & Co. und Gründung .....	56
2.	Keine Einschränkung aufgrund von §§ 71, 71d AktG .....	57
a)	Unternehmenseigenschaft der Komplementär-SE im aktienrechtlichen Sinne 58	
b)	KG bzw. KGaA als abhängiges Unternehmen im aktienrechtlichen Sinne .....	59
aa)	Keine Abhängigkeitsvermutung wegen Mehrheitsbeteiligung .....	59
bb)	Beherrschender Einfluss der Komplementärin .....	59
cc)	Stellungnahme .....	60
3.	Regelungen zur Vertretung der KG bzw. KGaA .....	63
4.	Erwägungen zur Gestaltung der Beteiligungsverhältnisse.....	65
<b>C.</b>	<b>Organisationsverfassung der SE &amp; Co.....</b>	<b>68</b>
I.	Organe der SE .....	68
1.	Dualistisches System.....	68
a)	Hauptversammlung der Aktionäre .....	69
b)	Leitungsorgan.....	70
c)	Aufsichtsorgan.....	73
2.	Monistisches System .....	80
a)	Hauptversammlung der Aktionäre .....	80
b)	Verwaltungsrat .....	81
c)	Geschäftsführende Direktoren.....	83
3.	Vergleich von dualistischem und monistischem System .....	84
II.	Organisationsverfassung der KG.....	87
1.	Gesetzliches Grundmodell .....	87
2.	Gesellschaftsvertragliche Kompetenzverteilung bei der SE & Co. KG.....	89
a)	Kapitalbeteiligung .....	89
b)	Gesellschafterversammlungen und Beschlussfassung .....	90
c)	Kompetenzverteilung .....	90
aa)	Erweiterung der Rechte der Kommanditisten .....	91
bb)	Einschränkung der Rechte der Kommanditisten.....	92
cc)	Integrationsmodell und Zentralverwaltungsmodell nach <i>K. Schmidt</i> .....	93

d) Beirat .....	94
III. Organe der KGaA .....	96
1. Persönlich haftender Gesellschafter .....	96
a) Gesetzliches Grundmodell .....	97
b) Gesellschaftsvertragliche Regelungen .....	98
aa) Erweiterung der Rechte des persönlich haftenden Gesellschafters.....	98
(1) Ausschluss des Zustimmungsvorbehalts der Kommanditaktionäre	99
(2) Ausweitung des Vetorechts der Komplementärin .....	101
(3) Zwischenergebnis .....	102
bb) Einschränkung der Rechte des persönlich haftenden Gesellschafters ...	102
2. Hauptversammlung .....	103
a) Zulässigkeit qualifizierter Mehrheitserfordernisse.....	104
b) Stimmrechtsausschluss der Komplementärin.....	106
3. Aufsichtsrat .....	108
a) Kompetenzen des Aufsichtsrats .....	109
b) Größe und Zusammensetzung des Aufsichtsrats.....	113
4. Beirat .....	117
a) Kompetenzen des Beirats .....	117
b) Besetzung des Beirats.....	119
<b>D. Unternehmerische Mitbestimmung in der SE &amp; Co. ....</b>	<b>122</b>
I. Mitbestimmung nach dem DrittelbG/MitbestG .....	123
1. Keine Mitbestimmung nach DrittelbG/MitbestG bei der SE & Co. KG.....	123
a) Keine Mitbestimmung auf Ebene der KG .....	123
b) Mitbestimmung auf Ebene der Komplementärin .....	123
aa) Keine Mitbestimmung bei der SE als Komplementärin.....	123
bb) § 2 DrittelbG.....	125
cc) § 4 MitbestG.....	126
(1) Zurechnung nach § 4 Abs. 1 MitbestG .....	126
(2) Anforderungen an die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags nach § 4 Abs. 2 MitbestG.....	128
dd) § 5 MitbestG.....	133
(1) Konzernzurechnung nach § 5 MitbestG .....	133
(a) Zurechnung nach § 5 Abs. 2 MitbestG .....	133
(b) Anwendbarkeit von § 5 MitbestG neben § 4 MitbestG .....	134
(2) Kapitalgesellschaft & Co. KG als Konzern .....	135

(a)	Unternehmenseigenschaft der Komplementärin im mitbestimmungsrechtlichen Sinne .....	135
(b)	KG als abhängiges Unternehmen im mitbestimmungsrechtlichen Sinne.....	137
(c)	Auswirkungen von § 4 Abs. 2 MitbestG auf die Abhängigkeit der KG bzw. KGaA .....	142
(3)	Komplementärin als Teilkonzernspitze .....	142
2.	Schwache Mitbestimmung in der SE & Co. KGaA .....	143
a)	Mitbestimmung auf Ebene der KGaA.....	143
b)	Mitbestimmung auf Ebene der Komplementärin .....	144
aa)	Keine Mitbestimmung bei der SE als Komplementärin.....	144
bb)	§§ 4 und 5 MitbestG (analog) .....	144
(1)	Meinungsstand .....	144
(2)	Stellungnahme .....	147
(a)	Keine analoge Anwendung von § 4 MitbestG .....	147
(b)	Zurechnung nach § 5 Abs. 1 Satz 1 MitbestG .....	148
cc)	Zwischenergebnis.....	151
II.	Beteiligungsverfahren nach dem SEBG.....	151
1.	Beteiligungsverfahren nach §§ 4 ff. SEBG bei Gründung der SE .....	152
a)	Grundlagen und Ablauf des Beteiligungsverfahrens.....	152
b)	Anwendung auf die dargestellten Gründungsvarianten .....	155
aa)	Gründung der Komplementär-SE.....	155
bb)	(Doppel-)Formwechsel der Komplementärin in eine SE.....	156
cc)	Verschmelzung einer ausländischen Kapitalgesellschaft auf die Komplementärin zur SE .....	156
2.	Einbeziehung von Arbeitnehmern der KG bzw. KGaA.....	157
a)	Definition der Tochtergesellschaft in § 2 Abs. 3 SEBG .....	157
aa)	Begriff des beherrschenden Einflusses .....	158
bb)	Verhältnis zum Beherrschungsbegriff des § 17 AktG .....	159
cc)	Ausreichen der Beherrschungsmöglichkeit.....	162
b)	KG bzw. KGaA als Tochtergesellschaft der Komplementärin .....	163
aa)	Bestellung von mehr als der Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans .....	163
bb)	Mehrheit der mit den Anteilen verbundenen Stimmrechte oder Mehrheit des gezeichneten Kapitals .....	165
cc)	Beherrschender Einfluss aufgrund anderer Kriterien.....	167
c)	Zwischenergebnis.....	168
3.	Wiederaufnahme der Verhandlungen nach § 18 Abs. 3 SEBG .....	169

a)	Tatbestandsvoraussetzungen des § 18 Abs. 3 SEBG .....	170
aa)	Strukturelle Änderung .....	170
bb)	Eignung zur Minderung von Beteiligungsrechten .....	171
b)	Anwendungsfälle bei der SE & Co. KG bzw. KGaA .....	171
aa)	Übernahme der Komplementärstellung .....	172
(1)	Meinungsstand zum Beteiligungswerb.....	172
(a)	Strukturelle Änderung .....	172
(b)	Eignung zur Minderung von Beteiligungsrechten .....	173
(c)	Stellungnahme.....	175
(2)	Strukturelle Änderung .....	178
(3)	Eignung zur Minderung von Beteiligungsrechten.....	179
(4)	Stellungnahme .....	180
bb)	Verschmelzung der Komplementärin auf eine SE .....	182
cc)	Formwechsel einer SE in eine SE & Co. KGaA .....	183
(1)	Meinungsstand.....	184
(2)	Stellungnahme .....	185
(3)	Amtskontinuität § 203 UmwG.....	185
c)	Zwischenergebnis .....	186
4.	Missbrauchsverbot nach Art. 11 SE-RL, § 43 SEBG .....	187
5.	Nachholung des Beteiligungsverfahrens bei Aktivierung einer Vorrats-SE.....	190
a)	Rechtsgrundlagen der Nachholungspflicht .....	191
aa)	Anwendung von §§ 22 ff. SEBG sowie §§ 4 ff. SEBG analog.....	191
bb)	Anwendung von § 18 Abs. 3 SEBG (analog) .....	192
(1)	Analogie für den Fall der Aktivierung einer Vorrats-SE.....	193
(2)	Strukturelle Änderungen.....	194
(3)	Eignung zur Minderung von Beteiligungsrechten .....	196
(4)	Nicht ausreichende Anzahl von Arbeitnehmern im Zeitpunkt der Aktivierung .....	197
cc)	Anwendung des Missbrauchsverbots aus Art. 11 SE-RL, § 43 SEBG..	197
b)	Zeitpunkt für die Nachholung des Beteiligungsverfahrens .....	200
c)	Zwischenergebnis .....	201
d)	Anwendung der gefundenen Ergebnisse auf die Verwendung einer Vorrats-SE bei Gründung einer SE & Co. ....	202
aa)	Gründung einer SE & Co. mit einer Vorrats-SE.....	202
bb)	Austausch der Komplementärin gegen eine Vorrats-SE.....	203
cc)	Verschmelzung der Komplementärin auf eine Vorrats-SE.....	204

dd) Formwechsel einer AG/GmbH/SE in eine SE & Co. KGaA unter Beitritt einer Vorrats-SE .....	204
(1) Keine analoge Anwendung von § 18 Abs. 3 SEBG .....	204
(2) Amtskontinuität nach § 203 UmwG im Aufsichtsrat der KGaA... ..	205
ee) Zwischenergebnis .....	205
e) Rechtsfolgen bei Eingreifen von § 18 Abs. 3 SEBG .....	206
aa) Wiederaufnahme von Verhandlungen nur auf Veranlassung .....	206
bb) Beteiligungsvereinbarung oder gesetzliche Auffangregelungen.....	207
(1) Verschmelzung der Komplementärin auf eine Vorrats-SE .....	208
(2) Gründung einer SE & Co. mit einer Vorrats-SE und Austausch der Komplementärin gegen eine Vorrats-SE .....	209
f) Weitere Fälle für Neuverhandlungen nach § 18 Abs. 3 SEBG .....	209
<b>E. Ausblick.....</b>	<b>210</b>
<b>F. Zusammenfassung.....</b>	<b>214</b>

## Literaturverzeichnis

- Aktiengesetz Großkommentar, *Hirte, Heribert/Mülbert, Peter O./Roth, Markus* (Hrsg.)
- Band 1: Einleitung, §§ 1-22, 5. Aufl., Berlin 2017
  - Band 6: § 117; MitbestR; Nachtrag § 76 Abs. 4, 5. Aufl., Berlin 2019
  - Band 12: §§ 256-290, 5. Aufl., Berlin 2021
- (zit. *Bearbeiter*, in: GK-AktG)
- Altmeyden, Holger* (Hrsg.), Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), 10. Aufl., München 2021 (zit. *Bearbeiter*, in: Altmeyden, GmbHG)
- Arnold, Arnd*, Die GmbH & Co. KGaA, Köln 2001 (zugleich Diss. Bonn 2000)
- Assmann, Heinz-Dieter/Sethe, Rolf*, Der Beirat der KGaA, in: Schneider, Uwe H./Hommelhoff, Peter/Schmidt, Karsten/Timm, Wolfram/Grunewald, Barbara/Drygala, Tim (Hrsg.), Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag, Köln 2000, S. 251-281 (zit. *Assmann/Sethe*, in: FS Lutter)
- Bachmann, Gregor*, Zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG), in: NZG 2020, S. 612-619
- Baldamus, Ernst August*, Die SE als Rechtsformalternative für den Mittelstand, Steuerliche Anmerkungen, in: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2012, Köln 2013, S. 79-105 (zit. *Baldamus*, in: Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2012)
- Baumbach, Adolf* (Begr.)/*Hopt, Klaus J.* (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, 40. Aufl., München 2021 (zit. *Bearbeiter*, in: Baumbach/Hopt, HGB)
- Baumbach, Adolf* (Begr.)/*Hueck, Alfred* (Hrsg.), Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 22. Aufl., München 2019 (zit. *Bearbeiter*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG)
- Bayer, Walter*, Die Erosion der deutschen Mitbestimmung, in: NJW 2016, S. 1930-1936
- Bayer, Walter/Hoffmann, Thomas*, „Profiteurinnen“ der verbindlichen Frauenquote, in: AG 2016, S. R267-R270
- Bayer, Walter/Schmidt, Jessica*, „Going European“ continues – die Zahl der SE steigt weiter, in: AG-Report 2008, S. R31-R32
- Bayer, Wilhelm F.*, Der Anwendungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes, in: ZGR 1977, S. 173-194
- Beckmann, Thomas*, Die AG & Co. KG, Köln 1992 (zugleich Diss. Bielefeld 1992)
- beck-online Großkommentar Aktienrecht, *Henssler, Martin* (Gesamt-Hrsg.)/*Spindler, Gerald/Stilz, Eberhard* (Hrsg.), München 2021 (zit. *Bearbeiter*, in: BeckOGK-AktG (Stand))
- beck-online Großkommentar HGB, *Henssler, Martin* (Gesamt-Hrsg.)/*Fehrenbacher, Oliver/Dicken, André/Hennrichs, Joachim/Kleindiek, Detlef* (Hrsg.), München 2021 (zit. *Bearbeiter*, in: BeckOGK-HGB (Stand))
- beck-online Großkommentar SE, *Henssler, Martin* (Gesamt-Hrsg.)/*Spindler, Gerald/Stilz, Eberhard* (Hrsg.), München 2021 (zit. *Bearbeiter*, in: BeckOGK-SE (Stand))
- Begemann, Tobias Alexander*, Die SE & Co. KGaA als Rechtsform für Familienunternehmen, Berlin 2018 (zugleich Diss. Bayreuth 2017)

- Beinert, Jörg/Hennerkes, Brun-Hagen/Binz, Karlheinz*, Die GmbH & Co. – ein mitbestimmungspflichtiger In-sich-Konzern?, in: DB 1979, S. 68-78
- Binz, Mark K.*, Die SE & Co. KG als Rechtsform für Familienunternehmen?, in: *Zinkann, Reinhard Christian/Ebel, Karin/May, Karin/Rau, Sabine B.* (Hrsg.), Festschrift für Peter May zum 60. Geburtstag, Hamburg 2018, S. 386-392 (zit. *Binz*, in: FS May)
- Binz, Mark K./Sorg, Martin H.* (Hrsg.), Die GmbH & Co. KG im Gesellschafts- und Steuerrecht, Handbuch für Familienunternehmen,  
 - 12. Aufl., München 2018 (zit. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG)  
 - 11. Aufl., München 2010 (zit. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, 11. Aufl. 2010)
- Dies.*, Die KGaA mit beschränkter Haftung – quo vadis?, Eine Bestandsaufnahme am Vorabend der BGH-Entscheidung vom 24.2.1997, in: DB 1997, S. 313-319
- Dies.*, Die GmbH & Co. Kommanditgesellschaft auf Aktien, Ausweg oder Irrweg für börsenwillige Familienunternehmen?, in: BB 1988, S. 2041-2051
- Blanke Thomas*, Europäische Aktiengesellschaft ohne Arbeitnehmerbeteiligung?, in: ZIP 2006, S. 789-792
- Blanke, Thomas (Begr.)/Hayen, Ralf-Peter/Kunz, Olaf/Carlson, Sandra Birte* (Hrsg.), Europäische Betriebsräte-Gesetz – Arbeitnehmermitbestimmung in Europa, 3. Aufl., Baden-Baden 2019 (zit. *Bearbeiter*, in: *Blanke/Hayen/Kunz/Carlson*, EBRG)
- Brügel, Florian/Tilkorn, Stephan*, Die konzernrechtliche Abhängigkeit der Kapitalgesellschaft & Co. KG im Mitbestimmungsrecht, in: GmbHR 2013, S. 459-464
- Bürgers, Tobias/Fett, Torsten*, Die Kommanditgesellschaft auf Aktien, 2. Aufl., München 2015 (zit. *Bürgers/Fett*, Die KGaA)
- Casper, Matthias*, Numerus clausus und Mehrstaatlichkeit bei der SE-Gründung, in: AG 2007, S. 97-105
- Ders.*, Die Vor-SE – nationale oder europäische Vorgesellschaft, in: Der Konzern 2007, S. 244-251
- Casper, Matthias/Schäfer, Carsten*, Die Vorrats-SE – Zulässigkeit und wirtschaftliche Neugründung, in: ZIP 2007, S. 653-661
- Deilmann, Barbara/Häferer, Katja*, Kein Schutz des Status Quo bei der Gründung der dualistischen SE durch Umwandlung, in: NZA 2017, S. 607-614
- Drinhausen, Florian/Keinath, Astrid*, Verwendung der SE zur Vermeidung von Arbeitnehmermitbestimmung – Abgrenzung zulässiger Gestaltungen vom Missbrauch gemäß § 43 SEBG, in: BB 2011, S. 2699-2705
- Ebenroth, Carsten Thomas/Boujong, Karlheinz (Begr.)/Joost, Detlev (Begr./Hrsg.)/Strohn, Lutz* (Hrsg.), Handelsgesetzbuch, HGB  
 - Band 1, §§ 1-342e, 4. Aufl., München 2020  
 (zit. *Bearbeiter*, in: *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB)
- Eder, Cajetan J.*, Die monistisch verfasste Societas Europaea – Überlegungen zur Umsetzung eines CEO-Modells, in: NZG 2004, S. 544-547
- Ege, Andreas/Grzimek, Philipp/Schwarzfischer, Benjamin*, Der Zementierungseffekt bei der Mitbestimmung bei Gründung einer SE und grenzüberschreitender Verschmelzung, in: DB 2011, S. 1205-1212
- Eiff, Christoph von /Otte, Daniel*, Die Kapitalgesellschaft & Co. KGaA – eine attraktive Gestaltungsmöglichkeit, in: GWR 2015, S. 246-249

- Emmerich, Volker/Habersack, Mathias* (Hrsg.), Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 9. Aufl. München 2019 (zit. *Bearbeiter*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht)
- Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, *Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid* (Hrsg.), 21. Aufl., München 2021 (zit. *Bearbeiter*, in: ErfK-Arbeitsrecht)
- Feldhaus, Heiner/Vanscheid, Carolin*, „Strukturelle Änderungen“ der Europäischen Aktiengesellschaft im Lichte von Unternehmenstransaktionen, in: BB 2008, S. 2246-2251
- Forst, Gerrit*, Zum Begriff des abhängigen Unternehmens im europäischen Arbeitsrecht, in: ZESAR 2010, S. 154-163
- Ders.*, Beteiligung der Arbeitnehmer in der Vorrats-SE – Zugleich Besprechung des Beschlusses des OLG Düsseldorf v. 30.3.2009 – I-3 Wx 248/08, in: RdA 2010, S. 55-59
- Ders.*, Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Vorrats-SE, in: NZG 2009, S. 687-692
- Ders.*, Unternehmensmitbestimmung in der Unternehmungsgesellschaft (haftungsbeschränkt), in: GmbHR 2009, S. 1131-1134
- Frese, Yorck*, Arbeitnehmerbeteiligung beim Rechtsformwechsel von der GmbH & Co. KG in die SE & Co. KG, in: BB 2018, S. 2612-2616
- Gaul, Björn/Ludwig, Daniel/Forst, Gerrit* (Hrsg.), Europäisches Mitbestimmungsrecht, München 2015 (zit. *Gaul/Ludwig/Forst*, Europäisches Mitbestimmungsrecht)
- Gemeinschaftskommentar Betriebsverfassungsgesetz, *Wiese, Günther/Kreutz, Peter/Oetker, Hartmut/Raab, Thomas/Weber, Christoph/Franzen, Martin/Gutzeit, Martin/Jacobs, Matthias* (Hrsg.)  
- Band I: §§ 1-73b mit Wahlordnungen und EBRG, 11. Aufl., Köln 2018 (zit. *Bearbeiter*, in: GK-BetrVG)
- Gemeinschaftskommentar zum Mitbestimmungsgesetz, *Fabricius, Fritz* (Hrsg.), Loseblatt, Neuwied, Stand: 1992 (4. Lieferung) (zit. *Bearbeiter*, in: GK-MitbestG)
- Giehl, Christoph*, Mitbestimmung in der Komplementärin einer kapitalistischen KGaA – zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG Celle vom 9.10.2014, 9 W 116/14 –, in: MittBayNot 2016, S. 285-290
- Goette, Wulf/Goette, Maximilian*, Mehrheitsklauseln im Personengesellschaftsrecht, in: DStR 2016, S. 74-84
- Gonnella, Robert/Mikic, Sanja*, Die Kapitalgesellschaft & Co. KGaA als „Einheitsgesellschaft“, in: AG 1998, S. 508-514
- Götze, Cornelius/Winzer, Thomas/Arnold, Christian*, Unternehmerische Mitbestimmung – Gestaltungsoptionen und Vermeidungsstrategien, in: ZIP 2009, S. 245-254
- Grambow, Tobias*, Auslegung der Auffangregelungen zur Mitbestimmung bei Gründung einer Societas Europaea, in: BB 2012, S. 902-904
- Ders.*, Arbeits- und gesellschaftsrechtliche Fragen bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen unter Beteiligung einer Europäischen Gesellschaft (Societas Europaea –SE), in: Der Konzern 2009, S. 97-104
- Grobys, Marcel*, SE-Betriebsrat und Mitbestimmung in der Europäischen Gesellschaft, in: NZA 2005, S. 84-91
- Ders.*, Das geplante Umsetzungsgesetz zur Beteiligung von Arbeitnehmern in der Europäischen Aktiengesellschaft, in: NZA 2004, S. 779-781

- Habersack, Mathias*, Das Mitbestimmungsstatut der SE: „Ist“ oder „Soll“?, in: AG 2018, S. 823-830
- Ders.*, Die Konzernmitbestimmung nach § 5 MitbestG und § 2 DrittelbG – Fragen de lege lata und Forderungen de lege ferenda, in: AG 2007, S. 641-650
- Habersack, Mathias/Drinhausen, Florian* (Hrsg.), SE-Recht – mit grenzüberschreitender Verschmelzung –, 2. Aufl., München 2016 (zit. *Bearbeiter*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht)
- Habersack, Mathias/Henssler, Martin* (Hrsg.)/*Hanau, Peter/Ulmer, Peter* (Begr.), Mitbestimmungsrecht, Kommentierung des MitbestG, des DrittelbG, des SEBG und des MgVG, 4. Aufl., München 2018 (zit. *Bearbeiter*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht)
- Halasz, Christian/Kloster, Lars/Kloster, Anja*, Die GmbH & Co. KGaA – Eine Rechtsformalternative zur GmbH & Co. KG?, in: GmbHR 2002, S. 77-92
- Heckschen, Heribert*, Die SE als Option für den Mittelstand, in: Aderhold, Lutz/Grunewald, Barbara/Klingberg, Dietgard/Paefgen, Walter G. (Hrsg.), Festschrift für Harm-Peter Westermann zum 70. Geburtstag, Köln 2008, S. 999-1018 (zit. *Heckschen*, in: FS Westermann)
- Hennerkes, Brun-Hagen/Lorz, Rainer*, Roma locuta causa finita: Die GmbH & Co. KGaA ist zulässig – Zugleich Besprechung des BGH-Beschlusses vom 24.2.1997 – II ZB 11/96, DB 1997, S. 1219 ff., in: DB 1997, S. 1388-1394
- Hennerkes, Brun-Hagen/May, Peter*, Noch einmal: Die GmbH & Co. KG auf Aktien als Rechtsform für börsenwillige Familienunternehmen?, in: BB 1988, S. 2393-2405
- Henssler, Martin*, Konzernrechtliche Abhängigkeit im Mitbestimmungsrecht der Europäischen Aktiengesellschaft – Der Abhängigkeitsbegriff im Europäischen Mitbestimmungsrecht, EBRG, SEBG und nationalem AktG –, in: Bitter, Georg/Lutter, Marcus/Priester, Hans-Joachim/Schön, Wolfgang/Ulmer, Peter (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, Köln 2009, S. 601-617 (zit. *Henssler*, in: FS K. Schmidt 2009)
- Ders.*, Erfahrungen und Reformbedarf bei der SE – Mitbestimmungsrechtliche Reformvorschläge, in: ZHR 173 (2009), S. 222-249
- Ders.*, Bewegung in der deutschen Unternehmensmitbestimmung – Reformdruck durch Internationalisierung und Wirtschaft, in: RdA 2005, S. 330-337
- Ders.*, Unternehmerische Mitbestimmung in der Societas Europaea – Neue Denkanstöße für die „Corporate Governance“-Diskussion, in: Habersack, Mathias/Hommelhoff, Peter/Hüffer, Uwe/Schmidt, Karsten (Hrsg.), Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag am 2. Januar 2003, Berlin 2003, S. 193-210 (zit. *Henssler*, in: FS Ulmer)
- Ders.*, Die Unternehmensmitbestimmung, in: Canaris, Klaus-Wilhelm/Heldrich, Andreas/Hopt, Klaus J./Roxin, Claus/Schmidt, Karsten/Widmaier, Gunter (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band II. Handels- und Wirtschaftsrecht, Europäisches und Internationales Recht, München 2000, S. 387-422 (zit. *Henssler*, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof)
- Henssler, Martin/Sittard, Ulrich*, Die Gesellschaftsform der SE als Gestaltungsinstrument zur Verkleinerung des Aufsichtsrats, in: KSzW 2011, S. 359-368

- Henssler, Martin/Strohn, Lutz* (Hrsg.), Gesellschaftsrecht – BGB, PartGG, HGB, GmbHG, AktG, DCGK, GenG, UmwG, InsO, AnfG, IntGesR –, 5. Aufl., München 2021 (zit. *Bearbeiter*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht)
- Henssler, Martin/Willemsen, Heinz Josef/Kalb, Heinz-Jürgen* (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 9. Aufl., Köln 2020 (zit. *Bearbeiter*, in: Henssler/Willemsen/Kalb)
- Hesselmann, Malte/Tillmann, Bert/Mueller-Thuns, Thomas* (Hrsg.), Handbuch GmbH & Co. KG – Gesellschaftsrecht, Steuerrecht –, 22 Aufl., Köln 2020 (zit. *Bearbeiter*, in: Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, GmbH & Co. KG)
- Hirte, Heribert*, Die Europäische Aktiengesellschaft, in: NZG 2002, S. 1-10
- Hoffmann, Dietrich/Lehmann, Jürgen/Weinmann, Heinz* (Hrsg.), Mitbestimmungsgesetz, Kommentar, München 1978 (zit. *Hoffmann/Lehmann/Weinmann*, MitbestG)
- Hoffmann, Thomas*, 40 Jahre Mitbestimmungsgesetz 1976: Schleichende Mitbestimmungserosion in Deutschland, in: AG 2016, S. R167-R170
- Höh, Reimund Marc von der*, Die Vorrats-SE als Problem der Gesetzesumgehung und des Rechtsmissbrauchs, Baden-Baden 2017 (zugleich Diss. Düsseldorf 2017) (zit. *von der Höh*, Vorrats-SE)
- Hohenstatt, Klaus-Stefan/Kröpelin, Andrea/Bertke, Anne-Kathrin*, Die Novellierung des Gesetzes über Europäische Betriebsräte (EBRG): Handlungsbedarf bei freiwilligen Vereinbarungen?, in: NZA 2011, S. 1313-1318
- Hölters, Wolfgang*, Die unbewältigte Konzernproblematik des Mitbestimmungsgesetzes 1976, in: RdA 1979, S. 335-340
- Hüffer, Uwe* (Begr.)/*Koch, Jens* (Hrsg.), Aktiengesetz: AktG, 15. Aufl., München 2021 (zit. *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG)
- Hushahn, Johannes*, Grenzüberschreitende Formwechsel im EU/EWR-Raum – die identitätswahrende statutenwechselnde Verlegung des Sitzungssitzes in der notariellen Praxis, in: RNotZ 2014, 137-154
- Ihrig, Hans-Christoph/Schlitt, Michael*, in: Ulmer, Peter (Hrsg.), Die GmbH & Co. KGaA nach dem Beschluß BGHZ 134, 392, ZHR Beiheft 67, Heidelberg 1998 (zit. *Ihrig/Schlitt*, in: Ulmer, Die GmbH & Co. KGaA, ZHR Beiheft 67 (1998))
- Immenga, Ulrich*, Die Minderheitsrechte des Kommanditisten, in: ZGR 1974, S. 385-426
- Jannott, Dirk/Frodermann, Jürgen* (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft – Societas Europaea (Eine umfassende und detaillierte Darstellung für die Praxis unter Berücksichtigung sämtlicher Mitgliedstaaten der EU und des EWR), 2. Aufl., Heidelberg 2014 (zit. *Bearbeiter*, in: Jannott/Frodermann, Hdb der Europäischen Aktiengesellschaft)
- Jaques, Henning*, Börsengang und Führungskontinuität durch die kapitalistische KGaA – Zugleich ein Beitrag zur Frage der gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten der KGaA und der Anwendbarkeit der Grundsätze über die Publikums-KG, in: NZG 2000, S. 401-409
- Joost, Detlev*, Mitbestimmung in der kapitalistischen KGaA, in: ZGR 1998, S. 334-351
- Kallmeyer, Harald* (Hrsg.), Umwandlungsgesetz, Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel bei Handelsgesellschaften, Kommentar, 7. Aufl., Köln 2020 (zit. *Bearbeiter*, in: Kallmeyer, UmwG)
- Ders.*, Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft, in: ZIP 2004, S. 1442-1445

- Ders.*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats in der Kommanditgesellschaft auf Aktien, in: ZGR 1983, S. 57-75
- Kessler, Alexander*, Die rechtlichen Möglichkeiten der Kommanditaktionäre einer GmbH & Co. KGaA zur Einwirkung auf die Geschäftsführung, Köln u.a. 2003 (zugleich Diss. Münster 2003) (zit. *Kessler*, Die rechtlichen Möglichkeiten der Kommanditaktionäre einer GmbH & Co. KGaA)
- Kiem, Roger*, Erfahrungen und Reformbedarf bei der SE – Entwicklungsstand, in: ZHR 173 (2009), S. 156-180
- Kölner Kommentar zum Aktiengesetz,  
*Noack, Ulrich/Zetzsche, Dirk* (Hrsg.)  
 - Band 1: Art. 1-42 SE-VO, 4. Aufl., Köln 2021  
 - Band 2: Art. 43-70 SE-VO, §§ 20-49 SEAG, §§ 1-47 SEBG, Schlussanhänge, 4. Aufl., Köln 2021  
*Zöllner, Wolfgang/Noack, Ulrich* (Hrsg.)  
 - Band 5: §§ 241-290 AktG, 3. Aufl., Köln 2018  
 (zit. *Bearbeiter*, in: KK-AktG)
- Kölner Kommentar zum Umwandlungsgesetz: UmwG, *Dauner-Lieb, Barbara/Simon, Stefan* (Hrsg.), Köln 2009 (zit. *Bearbeiter*, in: KK-UmwG)
- Kossmann, Alfred/Heinrich, Erbo D.*, Möglichkeiten der Umwandlung einer bestehenden SE, in: ZIP 2007, S. 164-168
- Krause, Rüdiger*, Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft (SE), in: BB 2005, S. 1221-1229
- Kropff, Bruno*, Aktiengesetz – Textausgabe des Aktiengesetzes vom 6.9.1965 (Bundesgesetzbl. I S. 1089) und des Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz vom 6.9.1965 (Bundesgesetzbl. I S. 1185) mit Begründung des Regierungsentwurfes, Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags, Verweisungen und Sachverzeichnis, Düsseldorf 1965 (zit. *Kropff*, AktG)
- Kunze, Otto*, Der Geltungsbereich des § 4 Abs. 1 Satz 1 MitbestG, in: ZGR 1978, S. 321-345
- Lieder, Jan/Hoffmann, Thomas*, Die bunte Welt der KGaA, Eine Bestandsaufnahme der KGaA-Landschaft zum Stichtag 11.7.2016, in: AG 2016, S. 704-712
- Luke, Joachim*, Vorrats-SE ohne Arbeitnehmerbeteiligung?, in: NZA 2013, S. 941-945
- Lutter, Marcus* (Hrsg.), Umwandlungsgesetz, Kommentar, *Bayer, Walter/Vetter, Jochen* (Hrsg.), 6. Aufl., Köln 2019 (zit. *Bearbeiter*, in: Lutter, UmwG)
- Lutter, Marcus/Hommelhoff, Peter/Teichmann, Christoph* (Hrsg.), SE-Kommentar – SE-Kommentar, SE-VO, SEAG, SEBG, Arbeitsrecht, Steuerrecht, Konzernrecht, 2. Aufl., Köln 2015 (zit. *Bearbeiter*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar)
- Manz, Gerhard/Mayer, Barbara/Schröder, Albert* (Hrsg.), Europäische Aktiengesellschaft – SE –, 3. Aufl., Baden-Baden 2019 (zit. *Bearbeiter*, in: Manz/Mayer/Schröder, Europäische Aktiengesellschaft)
- Marbler, Michael/Oser, Peter*, Zur Konzernrechnungslegungspflicht der GmbH & Co. KG, in: DStR 2014, S. 2474-2480
- Marsch-Barner, Reinhard*, Doppelte Überwachung der Geschäftsführung in der AG & Co. KGaA, in: Krieger, Gerd/Lutter, Marcus/Schmidt, Karsten, Festschrift für Michael Hoffmann-Becking zum 70. Geburtstag, München 2013, S. 777-792 (zit. *Marsch-Barner*, in: FS Hoffmann-Becking)

- Martens, Klaus-Peter*, Der Beirat in der Kommanditgesellschaft auf Aktien, in: AG 1982, S. 113-122
- Mayer-Uellner, Richard/Otte, Daniel*, Die SE & Co. KGaA als Rechtsform kapitalmarktfinanzierter Familienunternehmen, in: NZG 2015, S. 737-743
- Meilicke, Heinz/Meilicke, Wienand* (Hrsg.), Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz 1976, 2. Aufl., Heidelberg 1976 (zit. *Meilicke/Meilicke*, MitbestG)
- Müller, Christopher* (Hrsg.), Europäische Betriebsräte-Gesetz (EBRG) Kommentar, Stuttgart Berlin Köln 1997 (zit. *Müller*, EBRG)
- Müller-Bonanni, Thomas/Melot de Beauregard, Paul*, Mitbestimmung in der Societas Europaea, in: GmbHR 2005, S. 195-200
- Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts
- Band 2: Kommanditgesellschaft, GmbH & Co. KG, Publikums-KG, Stille Gesellschaft, *Gummert, Hans/Weipert, Lutz* (Hrsg.), 5. Aufl., München 2019 (zit. *Bearbeiter*, in: Münchener Hdb Gesellschaftsrecht, Band 2)
  - Band 4: Aktiengesellschaft, *Hoffmann-Becking, Michael* (Hrsg.), 5. Aufl., München 2020 (zit. *Bearbeiter*, in: Münchener Hdb Gesellschaftsrecht, Band 4)
- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, *Goette, Wulf/Habersack, Mathias/Kalss, Susanne* (Hrsg.)
- Band 1: §§ 1-75, 5. Aufl., München 2019
  - Band 2: §§ 76-117, MitbestG, DrittelbG, 5. Aufl., München 2019
  - Band 3: §§ 118-178, 4. Aufl., München 2018
  - Band 5: §§ 278-328, SpruchG, ÖGesAusG, Österreichisches Konzernrecht, 5. Aufl., München 2020
  - Band 7: Europäisches Aktienrecht, SE-VO, SEBG, Europäische Niederlassungsfreiheit, 5. Aufl., München 2021 (zit. *Bearbeiter*, in: MüKo-AktG)
- Münchener Kommentar zum Bilanzrecht, *Hennrichs, Joachim/Kleindiek, Detlef/Watrin, Christoph* (Hrsg.)
- Band 2: Bilanzrecht §§ 238-342e HGB, München 2013 (zit. *Bearbeiter*, in: MüKo-BilR)
- Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), *Fleischer, Holger/Goette, Wulf* (Hrsg.)
- Band 1: §§ 1-34, 3. Aufl., München 2018
  - Band 2: §§ 35-52, 3. Aufl., München 2019 (zit. *Bearbeiter*, in: MüKo-GmbHG)
- Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch (HGB), *Schmidt, Karsten* (Hrsg.)
- Band 2, 4. Aufl., München 2016
  - Band 3, 4. Aufl., München 2019 (zit. *Bearbeiter*, in: MüKo-HGB)
- Nagel, Bernhard*, Strukturelle Änderungen in der SE und Beteiligungsvereinbarung – Wann führen Fusion, Share Deal oder Asset Deal zu Neuverhandlungen?, in: ZIP 2011, S. 2047-2051
- Nagel, Bernhard/Freis, Gerhild/Kleinsorge, Georg*, SEBG, SCEBG, MgVG – Arbeitnehmerbeteiligung nach europäischem Recht, 3. Aufl., Berlin 2018 (zit. *Bearbeiter*, in: Nagel/Freis/Kleinsorge)

- Niklas, Thomas*, Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gesellschaft (SE) – Umsetzung in Deutschland, in: NZA 2004, S. 1200-1206
- Nikoleyczik, Tobias/Führ, Thorsten*, Mitbestimmungsgestaltung im grenzüberschreitenden Konzern – Unter besonderer Berücksichtigung der SE und grenzüberschreitender Verschmelzungen, in: DStR 2010, S. 1743-1750
- NomosKommentar Gesamtes Arbeitsrecht, *Boecken, Winfried/Düwell, Franz Josef/Diller, Martin/Hanau, Hans* (Hrsg.)  
- Band 3, Baden-Baden 2016  
(zit. *Bearbeiter*, in: NK-GA)
- Oetker, Hartmut* (Hrsg.), Kommentar zum Handelsgesetzbuch (HGB), 7. Aufl., München 2021 (zit. *Bearbeiter*, in: Oetker, HGB)
- Ders.*, Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) unter besonderer Berücksichtigung der leitenden Angestellten, in: BB Beilage 2005, Nr. 11, S. 2-13
- Oplustil, Krzysztof/Schneider, Maximilian*, Zur Stellung der Europäischen Aktiengesellschaft im Umwandlungsrecht, in: NZG 2003, S. 13-17
- Otte, Daniel*, Die AG & Co. KGaA, Eine Rechtsformstudie, Baden-Baden 2011 (zugleich Diss. Bonn 2010)
- Priester, Hans-Joachim*, Die Kommanditgesellschaft auf Aktien ohne natürlichen Komplementär, in: ZHR 160 (1996), S. 250-264
- Raiser, Thomas/Veil, Rüdiger/Jacobs, Matthias* (Hrsg.), Mitbestimmungsgesetz und Drittelbeteiligungsgesetz, 7. Aufl., Berlin 2020 (zit. *Bearbeiter*, in: Raiser/Veil/Jacobs, MitbestG)
- Rehberg, Markus*, Die missbräuchliche Verkürzung der Mitbestimmung durch die Societas Europaea – Zur Bedeutung, Reichweite und nationalen Umsetzung von Art. 11 sowie Erwägungsgrund 18 der SE-Richtlinie, in: ZGR 2005, S. 859-893
- Reichert, Jochem* (Hrsg.), GmbH & Co. KG, 8. Aufl., München 2021 (zit. *Bearbeiter*, in: Reichert, GmbH & Co. KG)
- Ders.*, Wettbewerb der Gesellschaftsformen – SE oder KGaA zur Organisation großer Familiengesellschaften, in: ZIP 2014, S. 1957-1965
- Reichert, Jochem/Brandes, Stephan*, Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der SE: Gestaltungsfreiheit und Bestandsschutz, in: ZGR 2003, S. 767-799
- Reichert, Jochem/Ott, Nicolas*, Die SE als Komplementärin, in: Bergmann, Alfred/Kiem, Roger/Mülbert, Peter O./Verse, Dirk A./Wittig, Arne (Hrsg.), 10 Jahre SE, Erreichter Stand – verbleibende Anwendungsfragen – Perspektiven, ZHR Beiheft 77, Frankfurt am Main 2015 (zit. *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE)
- Reiner, Günther*, Formwechsel einer SE in eine KGaA und „vernünftige“ Zweifel an der Auslegung des Art. 66 SE-VO, in: Der Konzern 2011, S. 135-152
- Reuter, Dieter/Körnig, Jürgen*, Mitbestimmung und gesellschaftsrechtliche Gestaltungsfreiheit, in: ZHR 140 (1976), S. 494-519
- Rieble, Volker*, Schutz vor paritätischer Unternehmensmitbestimmung, in: BB 2006, S. 2018-2023
- Rieble, Volker/Junker, Abbo*, Vereinbarte Mitbestimmung in der SE, ZAAR-Schriftenreihe, Band 12, München 2008 (zit. *Bearbeiter*, in: Rieble/Junker)

- Riegger, Bodo*, Zum Schicksal von Beteiligungen an Drittgesellschaften bei Verschmelzungen, in: Westermann, Harm-Peter/Mock, Klaus, Festschrift für Gerold Bezenberger zum 70. Geburtstag am 13. März 2000, Berlin 2000, S. 379-391 (zit. *Riegger*, in: FS Bezenberger)
- Schaumburg, Harald/Schulte, Christoph* (Hrsg.), Die KGaA – Recht und Steuern in der Praxis –, Köln 2000 (zit. *Schaumburg/Schulte*, Die KGaA)
- Schiessl, Maximilian*, Leitungs- und Kontrollstrukturen im internationalen Wettbewerb – Dualistisches System und Mitbestimmung auf dem Prüfstand –, in: ZHR 167 (2003), S. 235-256
- Schlegelberger, Franz* (Begr.)/*Geßler, Ernst/Hildebrandt, Wolfgang/Schröder, Georg* (ehemalige Hrsg.)/*Hefermehl, Wolfgang/Martens, Klaus-Peter/Schmidt, Karsten* (Hrsg.), Handelsgesetzbuch Kommentar, - Band 3 Halbband 1, §§ 105-160, 5. Aufl., München 1992 (zit. *Bearbeiter*, in: Schlegelberger, HGB)
- Schmid, Erik Benedikt*, Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) – Erfordernis, Inhalt und Grenzen der schriftlichen Beteiligungsvereinbarung, Baden-Baden 2010 (zugleich Diss. Augsburg 2009) (zit. *Schmid*, Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft (SE))
- Schmidt, Karsten*, Zur Binnenverfassung der GmbH & Co. KG – Wer ist Herr im Haus: Die GmbH oder die Kommanditisten? –, in: Crezelius, Georg / Hirte, Heribert / Vieweg, Klaus (Hrsg.), Festschrift für Volker Röhrich zum 65. Geburtstag, Köln 2005, S. 511-540 (zit. *K. Schmidt*, in: FS Röhrich)
- Ders.*, Deregulierung des Aktienrechts durch Denaturierung der Kommanditgesellschaft auf Aktien? – Zum (aufhaltsamen?) Aufstieg der „Kapitalgesellschaft & Co. KGaA“, in: ZHR 160 (1996), S. 265-287
- Schmidt, Karsten/Lutter, Marcus* (Hrsg.), Aktiengesetz, Kommentar, 2 Bände, 4. Aufl., Köln 2020 (zit. *Bearbeiter*, in: Schmidt/Lutter, AktG)
- Schmitt, Joachim/Hörtnagl, Robert* (Hrsg.), Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz, 9. Aufl., München 2020 (zit. *Bearbeiter*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG)
- Schneider, Uwe H.*, Korreferat zu Zöllner, Wolfgang, GmbH & GmbH & Co. KG in der Mitbestimmung, in: ZGR 1977, S. 335-354
- Schrick, Alexandra*, Die GmbH & Co. KGaA in der Form der Einheitsgesellschaft als börsenwilliges Unternehmen?, in: NZG 2000, S. 675-679
- Schubert, Andreas*, Unternehmensmitbestimmung in der SE & Co. KGaA, Baden-Baden 2018 (zugleich Diss. Freiburg 2017) (zit. *A. Schubert*, SE & Co. KGaA)
- Schubert, Claudia*, Die Arbeitnehmerbeteiligung bei der Gründung einer SE durch Verschmelzung unter Beteiligung arbeitnehmerloser Aktiengesellschaften, in: RdA 2012, S. 146-155
- Dies.*, Die Arbeitnehmerbeteiligung bei der Europäischen Gesellschaft ohne Arbeitnehmer, in: ZESAR 2006, S. 340-348
- Schwarz, Günter Christian*, SE-VO, Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), Kommentar, München 2006 (zit. *Schwarz*, SE-VO)

- Seibt, Christoph*, Unternehmensmitbestimmung in Teilkonzernspitzen und Zwischenholding-Gesellschaften (5 MitbestG) – Zugleich Besprechung OLG Frankfurt/M. v. 21.4.2008 – 20 W 342/07 und 20 W 8/07, ZIP 2008, 878 und 880, in: ZIP 2008, S. 1301-1308
- Ders.*, Arbeitnehmerlose Societas Europaea – Zugleich Besprechung von AG Hamburg v. 28.6.2005 – 66 AR 76/05 sowie LG Hamburg v. 30.9.2005 – 417 T 15/05, ZIP 2005, 2017, in: ZIP 2005, S. 2248-2251
- Semler, Johannes (Begr.)/Stengel, Arndt/Leonard, Nina (Hrsg.)*, Umwandlungsgesetz – mit Spruchverfahrensgesetz, 5. Aufl., München 2021 (zit. *Bearbeiter*, in: Semler/Stengel/Leonard, UmwG)
- Sethe, Rolf*, Die personalistische Kapitalgesellschaft mit Börsenzugang – Die reformierte KGaA als Mittel zur Verbesserung der Eigenkapitalausstattung deutscher Unternehmen – , Köln 1996 (zugleich Diss. Tübingen 1994/95)
- Ders.*, Bewegung im Recht der Kommanditgesellschaft auf Aktien? – Eine Besprechung des Vorlagebeschlusses des OLG Karlsruhe vom 29. Juli 1996, ZIP 1996, 1787, in: ZIP 1996, S. 2053-2058
- Sigle, Walter*, Zur Mitbestimmung bei der SE & Co. KG, in: Erle, Bernd/Goette, Wulf/Kleindiek, Detlef/Krieger, Gerd/Priester, Hans-Joachim/Schubel, Christian/Schwab, Martin/Teichmann, Christoph/Witt, Carl-Heinz (Hrsg.), Festschrift für Peter Hommelhoff zum 70. Geburtstag, Köln 2012, S. 1123-1132 (zit. *Sigle*, in: FS Hommelhoff)
- Ders.*, Zur Mitbestimmung bei der Kapitalgesellschaft & Co. KG, in: Lutter, Marcus/Scholz, Manfred/Sigle, Walter (Hrsg.), Festschrift für Martin Peltzer zum 70. Geburtstag, Köln 2001, S. 539-555 (zit. *Sigle*, in: FS Peltzer)
- Spitzbart, Britta*, Die Europäische Aktiengesellschaft (Societas Europaea – SE) – Aufbau der SE und Gründung –, in: RNotZ 2006, S. 369-424
- Steindorff, Ernst*, Kommanditgesellschaft auf Aktien und Mitbestimmung, in: Flume, Werner/Raisch, Peter/Steindorff, Ernst (Hrsg.), Festschrift für Kurt Ballerstedt zum 70. Geburtstag, am 24. Dezember 1975, Berlin 1975, S. 127-140 (zit. *Steindorff*, in: FS Ballerstedt)
- Stenzel, Igor*, Mehrheitsidentität in der Mitbestimmung nach § 4 Abs. 1 Satz 1 Mitbestimmungsgesetz, in: DB 2009, S.439-442
- Teichmann, Christoph*, Neuverhandlung einer SE-Beteiligungsvereinbarung bei „strukturellen Änderungen“, in: Hoffmann-Becking, Michael/Hommelhoff, Peter/Westphalen, Friedrich Graf von (Hrsg.), Festschrift für Hans-Jürgen Hellwig zum 70. Geburtstag, Köln 2010, S. 347-372 (zit. *Teichmann*, in: FS Hellwig)
- Ders.*, Gestaltungsfreiheit im monistischen Leitungssystem der Europäischen Aktiengesellschaft, in: BB 2004, S. 53-60
- Thüsing, Gregor*, Europäische Perspektiven der deutschen Unternehmensmitbestimmung, in: Rieble, Volker (Hrsg.), Zukunft der Unternehmensmitbestimmung, München 2004 (zit. *Thüsing*, in: Rieble, Zukunft der Unternehmensmitbestimmung)
- Ullrich, Thomas*, Unternehmensmitbestimmung in der kapitalistischen Kommanditgesellschaft auf Aktien, Frankfurt am Main 2002 (zugleich Diss. Marburg 2002) (zit. *Ullrich*, Unternehmensmitbestimmung in der kapitalistischen KGaA)

- Vollmer, Lothar*, Die mitbestimmte GmbH – Gesetzliches Normalstatut, mitbestimmungsrechtliche Satzungsgestaltungen und gesellschaftsrechtlicher Minderheitenschutz –, in: ZGR 1979, S. 135-172
- Vossius, Oliver*, Gründung und Umwandlung der deutschen Europäischen Gesellschaft (SE), in: ZIP 2005, S. 741-749
- Weber, Christian*, Die GmbH & Co. KGaA als Rechtsform eines Proficlubs der Fußball-Bundesliga, in: GmbHR 2013, S. 631-638
- Wenz, Martin*, Einsatzmöglichkeiten einer Europäischen Aktiengesellschaft in der Unternehmenspraxis aus betriebswirtschaftlicher Sicht, in: AG 2003, S. 185-196
- Ders.*, Die Societas Europaea (SE) – Analyse der geplanten Rechtsform und ihre Nutzungsmöglichkeiten für eine europäische Konzernunternehmung, Berlin 1993 (zit. *Wenz*, Die Societas Europaea (SE))
- Wertenbruch, Johannes*, Die Einheits-GmbH & Co. KG nach MoPeG, in: GmbHR 2021, S. 1181-1193
- Westermann, Harm Peter/Wertenbruch, Johannes* (Hrsg.), Handbuch Personengesellschaften, Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, Sozialversicherungsrecht, Verträge und Formulare, Loseblatt, in 3 Ordnern, Köln, Stand: April 2021 (80. Aktualisierung) (zit. *Bearbeiter*, in Westermann/Wertenbruch, Hdb Personengesellschaften)
- Wichert, Joachim*, Die GmbH & Co. KGaA nach dem Beschluß BGHZ 134, 392 – Besprechung des Beihefts 67/1998 zur ZHR –, in: AG 2000, S. 268-276
- Wicke, Hartmut*, Die SE als Familienunternehmen, in: RNotZ 2020, S. 25-38
- Widmann, Siegfried/Mayer, Dieter* (Hrsg.), Umwandlungsrecht – Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz –, Loseblatt, in 9 Ordnern, Bonn, Stand: Juli 2020 (192. Aktualisierung) (zit. *Bearbeiter*, in: Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht)
- Wiedemann, Herbert*, Korreferat zu Ballerstedt, Kurt, Das Mitbestimmungsgesetz zwischen Gesellschafts-, Arbeits- und Unternehmensrecht, in: ZGR 1977, S. 160-171
- Wiesner, Georg*, Aktuelle Probleme der Mitbestimmung in der GmbH & Co. KG, in: GmbHR 1981, S. 36-41
- Winter, Michael* (Hrsg.), Beratungspraxis GmbH & Co. KG – Gesellschafts- und Steuerrecht, Köln 2017 (zit. *Bearbeiter*, in: Winter, Beratungspraxis GmbH & Co. KG)
- Winter, Michael/Marx, Eric/De Decker, Nadine*, Mitbestimmungsrechtliche Aspekte der SE & Co. KG, in: NZA 2016, S. 334-338
- Dies.*, Zählen und wählen Arbeitnehmer im Ausland nach deutschem Mitbestimmungsrecht?, in: NZA 2015, S. 1111-1115
- Wisskirchen, Gerlind/Bissels, Alexander/Dannhorn, Wolfgang*, Vermeidung der unternehmerischen Mitbestimmung aus arbeitsrechtlicher Sicht, in: DB 2007, S. 2258-2263
- Wißmann, Hellmut* (Begr. und Hrsg.)/*Kleinsorge, Georg/Schubert, Claudia* (Hrsg.)/*Fitting, Karl/Wlotzke, Otfried* (Begr.), Mitbestimmungsrecht, 5. Aufl., München 2017 (zit. *Bearbeiter*, in: Wißmann/Kleinsorge/Schubert, Mitbestimmungsrecht)
- Wollburg, Ralph*, Zur Ausdehnung der Inkompatibilitätsregelung des § 287 Abs. 3 AktG in der Kapitalgesellschaft & Co. KGaA, in: Krieger, Gerd/Lutter, Marcus/Schmidt, Karsten,

Festschrift für Michael Hoffmann-Becking zum 70. Geburtstag, München 2013, S. 1425-1440 (zit. *Wollburg*, in: FS Hoffmann-Becking)

*Wollburg, Ralph/Banerja, Nirmal Robert*, Die Reichweite der Mitbestimmung in der Europäischen Gesellschaft – Die SE als attraktive neue Rechtsform für grenzüberschreitende Zusammenschlüsse und für grenzüberschreitend tätige deutsche Konzerne –, in: ZIP 2005, S. 277-283

*Ziegler, Ulrich/Gey, Annika*, Arbeitnehmermitbestimmung im Aufsichtsrat der Europäischen Gesellschaft (SE) im Vergleich zum Mitbestimmungsgesetz, in: BB 2009, 1750-1757

## Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.F.	alte Fassung
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft, Amtsgericht, Die Aktiengesellschaft ( <i>Zeitschrift</i> )
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
Anh.	Anhang
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbVG (Österreich)	Arbeitsverfassungsgesetz (Österreich)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
B.V.	Besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BayObLG	Bayerisches Oberlandesgericht
BayObLGZ	Sammlung des BayObLG in Zivilsachen
BB	Betriebs-Berater ( <i>Zeitschrift</i> )
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Begr.	Begründer/Begründerin
Beschl.	Beschluss

BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT-Drs.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bVG	besonderes Verhandlungsgremium
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
d.h.	das heißt
DB	Der Betrieb ( <i>Zeitschrift</i> )
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
Diss.	Dissertation
DrittelbG	Drittelbeteiligungsgesetz
DStR	Deutsches Steuerrecht ( <i>Zeitschrift</i> )
EBRG	Gesetz über Europäische Betriebsräte (Europäische Betriebsräte-Gesetz)
EBR-RL	Richtlinie 2009/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Mai 2009 über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der

	Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen
eG	eingetragene Genossenschaft
EG	Europäische Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
EStG	Einkommensteuergesetz
EStH	Einkommensteuer-Hinweise
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f., ff.	folgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau ( <i>Zeitschrift</i> )
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht ( <i>Zeitschrift</i> )
Hdb	Handbuch
HFA	Hauptfachausschuss
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber/Herausgeberin
i.S.d.	im Sinne des/der
i.V.m.	in Verbindung mit
IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer
Kap.	Kapitel

Kapitalgesellschaft & Co.	Kapitalgesellschaft & Co. KG und Kapitalgesellschaft & Co. KGaA
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KöMoG	Gesetz zur Modernisierung des Körperschaftsteuerrechts
KStG	Körperschaftsteuergesetz
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht ( <i>Zeitschrift</i> )
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
lit.	<i>littera</i> , Buchstabe
Ltd.	Limited company (private company limited by shares)
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MgFSG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen
MgVG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung
Mio.	Million/Millionen
Mitbegr.	Mitbegründer/Mitbegründerin
MitbestBeiG	Mitbestimmungsbeibehaltungsgesetz
MitbestErgG	Gesetz zur Ergänzung des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern ( <i>Zeitschrift</i> )

MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
MontanMitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie
MoPeG	Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift ( <i>Zeitschrift</i> )
NJW-RR	NJW Rechtsprechungs-Report Zivilrecht ( <i>Zeitschrift</i> )
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht ( <i>Zeitschrift</i> )
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht ( <i>Zeitschrift</i> )
OHG	offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OLGR Stuttgart	OLGReport München/Stuttgart/Karlsruhe/Nürnberg/ Bamberg ( <i>Zeitschrift</i> )
RdA	Recht der Arbeit ( <i>Zeitschrift</i> )
RegE	Gesetzesentwurf der Bundesregierung
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift ( <i>Zeitschrift</i> )
S.	Seite
SE	Societas Europaea (Europäische Aktiengesellschaft)
SE & Co.	SE & Co. KG und SE & Co. KGaA
SEAG	Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) (SE-Ausführungsgesetz)

SEBG	Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer europäischen Aktiengesellschaft (SE-Beteiligungsgesetz)
SEEG	Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft
SE-RL	Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8. Oktober 2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer (SE-Richtlinie)
SE-VO	Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE)
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz
SprAuG	Sprecherausschussgesetz
TransPuG	Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität
u.a.	unter anderem
UG (haftungsbeschränkt)	Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)
UmwG	Umwandlungsgesetz
v.	vom
Verf.	Verfasser/Verfasserin
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
VVaG	Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
z.B.	zum Beispiel
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht ( <i>Zeitschrift</i> )
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht ( <i>Zeitschrift</i> )

ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht ( <i>Zeitschrift</i> )
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis ( <i>Zeitschrift</i> )
zit.	zitiert

## A. Einleitung

In den vergangenen Jahren haben im Wirtschaftsleben neuartige Varianten bekannter Rechtsformen an Bedeutung gewonnen. Immer häufiger finden sich auch Unternehmen am Markt, die als SE & Co. KG oder SE & Co. KGaA<sup>1</sup> firmieren. Die GmbH & Co. KG ist schon seit längerer Zeit insbesondere bei mittelständischen Unternehmen und Familiengesellschaften beliebt.<sup>2</sup> Auch die GmbH & Co. KGaA wird seit ihrer ausdrücklichen Anerkennung durch den Bundesgerichtshof im Jahr 1997<sup>3</sup> gerne genutzt. In jüngerer Vergangenheit wählen jedoch immer mehr Unternehmen eine SE als Komplementärin.<sup>4</sup> Die Gründe hierfür können, wie zu zeigen sein wird, vielfältig sein. Dabei werden neben der Internationalität der SE insbesondere Vorteile bei der Gestaltung der Corporate Governance sowie die unternehmerische Mitbestimmung<sup>5</sup> eine Rolle spielen. Diese Aspekte werden daher einen Schwerpunkt der nachfolgenden Arbeit darstellen.

Zunächst wird einführend auf Aspekte der Rechtsformwahl eingegangen. Nach Herausarbeitung der Vorteile der Rechtsformen der KG und KGaA mit einer Kapitalgesellschaft als Komplementärin werden die Gründe für die Wahl der SE als Komplementärin beleuchtet. Dabei wird kurz zur Zulässigkeit der SE & Co. Stellung genommen. Ein Blick auf die Verbreitung der SE & Co. wird deren wachsende Beliebtheit zeigen.

Der erste Teil dieser Arbeit widmet sich der Gründung der SE & Co. Im Rahmen der Darstellung der originären Neugründung einer SE & Co. wird neben der Neugründung einer Komplementär-SE auch der Kauf einer Vorrats-SE als Option zur Beschleunigung des Gründungsprozesses aufgezeigt. Ein besonderes Augenmerk wird daneben auf die gesellschaftsrechtlichen Wege in die SE & Co. gelegt. Diese sind nämlich nicht nur praktisch relevant für Unternehmer, die ihr Unternehmen in eine SE & Co. umwandeln wollen, sondern sind auch entscheidend für die mitbestimmungsrechtlichen Besonderheiten bei der SE. Beim Formwechsel der Komplementärin wird untersucht, ob Tochtergesellschaften der KG bzw. KGaA

---

<sup>1</sup> Beide werden im Folgenden zusammenfassend auch als SE & Co. bezeichnet.

<sup>2</sup> Vgl. *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 55; *Mueller-Thuns*, in: Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, GmbH & Co. KG, § 1 Rn. 1.7 und § 2 Rn. 2.22.

<sup>3</sup> BGHZ 134, 392.

<sup>4</sup> Siehe hierzu unter Abschnitt A.III.

<sup>5</sup> Eine erste Betrachtung dieser Thematik durch die Verfasserin dieser Arbeit erfolgte in der Veröffentlichung *Winter/Marx/De Decker*, NZA 2016, 334 gemeinsam mit ihren Koautoren.

als Tochtergesellschaften der Komplementärin angesehen werden können. Die dahinterstehende Frage der Abhängigkeit der KG bzw. KGaA von der Komplementärin wird in der Arbeit an mehreren Stellen eine entscheidende Rolle spielen und im entsprechenden Kontext je nach Sinn und Zweck der die Abhängigkeit voraussetzenden Vorschriften beantwortet. Aufgrund der Häufigkeit seines Vorkommens wird der Formwechsel in eine SE & Co. KGaA besonders beleuchtet. Den Abschluss des ersten Teils dieser Arbeit bilden Erläuterungen zur Gestaltung der Beteiligungsverhältnisse. Hierbei wird schwerpunktmäßig die Einheits-SE & Co. betrachtet. Wegen §§ 71, 71d AktG wird an dieser Stelle erneut die Abhängigkeit der KG bzw. KGaA von der Komplementär-SE untersucht.

Im zweiten Teil dieser Arbeit wird die Organisationsverfassung der SE & Co. dargestellt. Es werden zunächst das monistische und das dualistische System in der SE erläutert und gegenübergestellt. Nach der Darstellung des gesetzlichen Grundmodells der KG werden die gesellschaftsvertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten für die SE & Co. KG betrachtet. Aufgrund der Bedeutung für die Frage der Abhängigkeit der KG von der Komplementärin wird die Kompetenzverteilung zwischen den Organen eingehend untersucht. Es werden Beispiele für die Erweiterung sowie die Einschränkung der Rechte der Kommanditisten gegeben. Entsprechend wird im Rahmen der Erläuterungen zu den Organen der KGaA gezeigt, wie die Kompetenzen des persönlich haftenden Gesellschafters erweitert und eingeschränkt werden können. Zudem wird wegen der mitbestimmungsrechtlichen Relevanz besonders auf die eingeschränkten Kompetenzen des Aufsichtsrats der KGaA eingegangen. Für beide Rechtsformen wird auch die Möglichkeit der Errichtung eines Beirats erläutert.

Der dritte Teil dieser Arbeit widmet sich dem Mitbestimmungsrecht. Es wird festgestellt, warum sowohl die KG als auch die Komplementär-SE nach DrittelbG und MitbestG grundsätzlich mitbestimmungsfrei sind. Da eine Mitbestimmung in der SE nach dem SEBG in Betracht kommen kann, wenn bei einem Wechsel in die SE & Co. die Komplementärgesellschaft des Ausgangsrechtsträgers ihrerseits mitbestimmt war, werden § 2 DrittelbG und §§ 4 und 5 MitbestG als Zurechnungsnormen dargestellt. Dabei wird im Rahmen des § 5 MitbestG wiederum die Frage der Abhängigkeit der KG von der Komplementärin erörtert. Bei der SE & Co. KGaA wird auf die schwache Mitbestimmung im Aufsichtsrat der KGaA eingegangen und zur (analogen) Anwendung von §§ 4 und 5 MitbestG Stellung genommen.

Den Schwerpunkt dieses Teils der Arbeit bilden die Erläuterungen zum Beteiligungsverfahren nach dem SEBG. Nach einer grundsätzlichen Darstellung des Verfahrens nach §§ 4 ff. SEBG wird untersucht, ob die Arbeitnehmer der KG bzw. KGaA in das Beteiligungsverfahren mit einzubeziehen sind. Auch in diesem Kontext ist infolgedessen die Frage der Abhängigkeit der KG bzw. KGaA von der Komplementärgesellschaft zu beantworten, wobei auf die Besonderheiten des Begriffs der Tochtergesellschaft in § 2 Abs. 3 SEBG eingegangen wird. Im Anschluss hieran wird erläutert, ob bei den verschiedenen Gründungsvarianten eine Wiederaufnahme von Verhandlungen nach § 18 Abs. 3 SEBG erforderlich werden kann.

Nach der Feststellung, dass die Gründung der SE & Co. nicht gegen das Missbrauchsverbot nach Art. 11 SE-RL, § 43 SEBG verstößt, folgen Ausführungen zur Nachholung des Beteiligungsverfahrens bei Aktivierung einer Vorrats-SE. Es wird zu den Rechtsgrundlagen der Nachholungspflicht sowie zum Zeitpunkt der Nachholung Stellung genommen. Die herausgearbeiteten Ergebnisse werden auf die in der Arbeit betrachteten Gründungsvarianten angewendet. Schließlich werden die Rechtsfolgen einer Wiederaufnahme der Verhandlungen nach § 18 Abs. 3 SEBG aufgezeigt.

Den Abschluss dieser Arbeit bildet ein Ausblick auf die Zukunft der SE & Co., die aufgrund der möglichen Mitbestimmungsvermeidung Gegenstand von Reformüberlegungen ist.

## **I. Vorteile der SE & Co.**

Bei der Wahl der Rechtsform für ein Unternehmen spielen regelmäßig verschiedene, von den Umständen des jeweiligen Einzelfalls abhängige Erwägungen eine Rolle. Es kann beispielsweise auf steuerliche Vorteile ankommen oder eine bestimmte Form der Corporate Governance gewünscht sein. Im Folgenden wird dargestellt, welche Motive ausschlaggebend für die Wahl der Kapitalgesellschaft & Co. und für die SE als Komplementärin sein können.

## 1. Gründe für die Wahl einer Kapitalgesellschaft & Co.

### a) Vorteile der Kapitalgesellschaft & Co. KG

Die GmbH & Co. KG ist sehr beliebt und wird insbesondere von mittelständischen Unternehmen und Familiengesellschaften gerne gewählt<sup>6</sup>, kann aber auch für Publikumsgesellschaften und Gemeinschaftsunternehmen geeignet sein.<sup>7</sup> Dabei trägt aus gesellschaftsrechtlicher Sicht vor allem die Gestaltungsfreiheit bei der Personengesellschaft (vgl. §§ 109, 163 HGB) zu ihrem Erfolg bei.<sup>8</sup> Flexibler als bei der GmbH lassen sich bei der GmbH & Co. KG die Gründung, die Aufnahme weiterer Gesellschafter sowie die Umschichtung von Vermögen oder die Auflösung der Gesellschaft gestalten.<sup>9</sup>

Auch aus haftungsrechtlichen Gesichtspunkten kann die Kapitalgesellschaft & Co. KG sich anbieten. Sie ist eine Schöpfung der Kautelarjurisprudenz, motiviert durch das Ziel der möglichst weitreichenden Haftungsbeschränkung. Die Haftung der Kommanditisten ist nach §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 1 HGB auf ihre Haftsumme beschränkt. Eine unbeschränkte Haftung trifft nach §§ 161 Abs. 2, 128 HGB nur die persönlich haftende Gesellschafterin. Als Komplementär wird daher in vielen Fällen eine Kapitalgesellschaft<sup>10</sup> gewählt, um die persönliche Haftung natürlicher Personen zu vermeiden. Die Kapitalgesellschaft als persönlich haftende Gesellschafterin haftet zwar persönlich und unbeschränkt, jedoch nur mit ihrem Gesellschaftsvermögen, sodass kein Rückgriff auf das Privatvermögen der an ihr beteiligten natürlichen Personen erfolgt.<sup>11</sup> Die Kapitalgesellschaft & Co. KG ist die einzige Möglichkeit, trotz der Wahl einer Personengesellschaft, an der natürliche Personen unmittelbar beteiligt sind, die unbeschränkte persönliche Haftung dieser Personen auszuschließen.<sup>12</sup> Auf die Spitze getrieben wird die Haftungsbeschränkung in der UG (haftungsbeschränkt) & Co. KG, mit der die

---

<sup>6</sup> Vgl. *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 55; *Mueller-Thuns*, in: Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, GmbH & Co. KG, § 1 Rn. 1.7 und § 2 Rn. 2.22.

<sup>7</sup> Vgl. *Mueller-Thuns*, in: Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 2.23ff.

<sup>8</sup> Vgl. *Mueller-Thuns*, in: Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, GmbH & Co. KG, § 1 Rn. 1.7, § 2 Rn. 2.11.

<sup>9</sup> Vgl. *Grunewald*, in: MüKo-HGB, § 161 Rn. 51.

<sup>10</sup> In Betracht kommen vor allem GmbH und AG, aber auch die UG (haftungsbeschränkt).

<sup>11</sup> Vgl. *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 59.

<sup>12</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 1 Rn. 19, 21; *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 58; *Mueller-Thuns*, in: Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 2.3 f.

traditionelle Grenzziehung zwischen Kapitalgesellschaft und Personengesellschaft faktisch vollständig aufgelöst wird.

Auch bezüglich der Unternehmensnachfolgeplanung bietet die Kapitalgesellschaft & Co. KG Vorteile gegenüber anderen Personengesellschaften. Nach dem im Personengesellschaftsrecht geltenden Grundsatz der Selbstorganschaft hängt das Recht zur Geschäftsführung und Vertretung untrennbar mit der Gesellschafterstellung zusammen, so dass eine Fremdgeschäftsführung nicht möglich ist.<sup>13</sup> Scheidet die bisherige Führungspersönlichkeit (beispielsweise durch ihren Tod) aus ihrem Amt aus, so kann es in der typischen Personengesellschaft schwierig sein, einen Nachfolger zu finden, der bereit ist, als Preis für die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis die persönliche Haftung auf sich zu nehmen. Diesen Schwierigkeiten kann durch die Wahl der Kapitalgesellschaft & Co. KG wirksam begegnet werden. Bei der Kapitalgesellschaft ist eine Fremdonganschaft möglich.<sup>14</sup> Der Geschäftsführer einer GmbH bzw. Vorstand einer AG oder SE muss nicht gleichzeitig auch Gesellschafter oder Aktionär sein. Durch die Stellung der Kapitalgesellschaft als persönlich haftende Gesellschafterin wird das Prinzip der Selbstorganschaft damit „formal gewahrt“<sup>15</sup>, auch wenn die Gesellschaft durch einen Fremdgeschäftsführer geleitet wird. Die Suche nach einem neuen Geschäftsführer oder Vorstand wird vielfach leichter sein als die nach einem neuen persönlich haftenden Gesellschafter.<sup>16</sup> Auch insoweit zeigt sich, dass die Grenzen zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften zunehmend verschwimmen.

Die „Trennung zwischen Herrschaftsmacht und Gesellschafterstellung“<sup>17</sup> kann auch genutzt werden, um verschiedene Gesellschaftergruppen zu schaffen.<sup>18</sup> Die

---

<sup>13</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 1 Rn. 25; *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 61; *Mueller-Thuns*, in: Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 2.6.

<sup>14</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 1 Rn. 26; *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 74; *Mueller-Thuns*, in: Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 2.7 und 2.26.

<sup>15</sup> *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 64.

<sup>16</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 1 Rn. 32; *Mueller-Thuns*, in: Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 2.8.

<sup>17</sup> *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 1 Rn. 25 ff.; vgl. auch *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 64, der von der Verselbständigung des Managements gegenüber dem Kapital spricht.

<sup>18</sup> Vgl. *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, ZHR Beiheft 77 (2015), S. 154 (156). Zur Ausgestaltung der Beteiligungsverhältnisse siehe auch unter Abschnitt B.IV.

Kommanditisten sind kapitalmäßig an der KG beteiligt, können aber keinen Einfluss auf die laufende Geschäftsführung ausüben. Sie haben, wenn nicht anderes vereinbart ist, kein Weisungsrecht gegenüber der persönlich haftenden Gesellschafterin oder deren Geschäftsführung.<sup>19</sup> Lediglich bei Handlungen der persönlich haftenden Gesellschafter, die über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgehen, besteht nach allgemeiner Ansicht ein Zustimmungserfordernis.<sup>20</sup> Auch ihr Stimmrecht wird in der Regel nicht an die Höhe ihrer Kapitalbeteiligung gebunden sein.<sup>21</sup> Die Gesellschafter der Komplementär-GmbH hingegen können den Geschäftsführern Weisungen erteilen<sup>22</sup> und sind gemäß § 46 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG für deren Bestellung und Abberufung zuständig.<sup>23</sup>

Wird die GmbH & Co. KG nicht beteiligungsidentisch ausgestaltet, d.h. sind die Kommanditisten nicht im gleichen Verhältnis auch Gesellschafter der Komplementär-GmbH, kann damit den Gesellschaftern, die (auch) an der Komplementärin beteiligt sind, unabhängig von ihrer kapitalmäßigen Beteiligung ein größerer Einfluss eingeräumt werden als anderen, die ausschließlich Kommanditisten der KG sind.<sup>24</sup> Man spricht insoweit schlagwortartig von einer „Herrschaft ohne Majorität“<sup>25</sup>. Diese ermöglicht die Etablierung von Publikumsgesellschaften, an denen viele Gesellschafter als reine Kapitalgeber beteiligt sind.<sup>26</sup>

Die Trennung von Gesellschaftergruppen kann auch in der Unternehmensnachfolgeplanung genutzt werden, indem solche Erben, die willens

---

<sup>19</sup> Vgl. *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 75; *Grunewald*, in: MüKo-HGB, § 161 HGB Rn. 70.

<sup>20</sup> § 164 HGB und §§ 161 Abs. 2, 116 Abs. 2 HGB; näher hierzu unter Abschnitt C.II.1.

<sup>21</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 1 Rn. 29.

<sup>22</sup> Bei der GmbH ergibt sich ein umfassendes Weisungsrecht u.a. aus § 37 Abs. 1 GmbHG, vgl. statt vieler *Oetker*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 37 GmbHG Rn. 13; *Altmeyen*, in: *Altmeyen*, GmbHG, § 37 Rn. 3.

<sup>23</sup> Vgl. *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 74; anders aber bei AG und SE, bei denen der Vorstand bzw. Verwaltungsrat weisungsfrei agieren und von den Anteilshabern größtenteils unabhängig sind (vgl. *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, ZHR Beiheft 77 (2015), S. 157), hierzu ausführlich unter Abschnitt C.I).

<sup>24</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 1 Rn. 28 ff.; *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 73 ff.

<sup>25</sup> Vgl. zum Begriff *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 1 Rn. 28; *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 74.

<sup>26</sup> Vgl. *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 76; *Mueller-Thuns*, in: Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 2.10 und 2.23, der in Rn. 2.27 f. auch die Eignung dieser Gestaltung zur Sanierung von Unternehmen (durch Beteiligung der Gläubiger als Kommanditisten) anspricht.

und geeignet sind, die Unternehmensführung zu übernehmen, durch gesellschafts- und/oder erbrechtliche Regelungen Gesellschafter der Komplementär-GmbH werden, während andere als „Nur-Kommanditisten“<sup>27</sup> lediglich kapitalmäßig an der Gesellschaft beteiligt werden.<sup>28</sup> Die GmbH & Co. KG bietet dabei insbesondere die Möglichkeit die Nachfolger, was aus steuerrechtlichen Erwägungen sinnvoll sein kann, noch zu Lebzeiten des Unternehmers in das Unternehmen einzubinden, ohne dass der Einfluss des Unternehmers, der z.B. Alleingesellschafter der Komplementär-GmbH bleiben kann, gemindert wird.<sup>29</sup> Ist demgegenüber kein geeigneter Erbe vorhanden, so kann den Erben zwar die Stellung als Kommanditisten und Gesellschafter der Komplementär-GmbH eingeräumt, jedoch ein Fremdgeschäftsführer bestellt werden, der die Unternehmensführung übernimmt.<sup>30</sup> Eine Sicherheit des Unternehmers, dass die Unternehmensführung nach seinen Wünschen fortgesetzt wird, lässt sich hierdurch allerdings nicht erreichen. Die Erben können als Gesellschafter der GmbH dem Geschäftsführer Weisungen erteilen und ihn sogar abberufen.

Die Kapitalgesellschaft & Co. KG ermöglicht damit im Ergebnis eine effektive und frühzeitige Nachfolgeplanung für das betroffene Unternehmen.

Daneben bestehen in der Kapitalgesellschaft & Co. KG erleichterte Möglichkeiten der Kapitalbeschaffung.<sup>31</sup> Die Personengesellschaft unterliegt nicht den strengen Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsregeln, die für Kapitalgesellschaften gelten.<sup>32</sup> Der Kommanditist muss nicht etwa einen bestimmten Betrag auf seine Einlage schon bei Gründung erbringen, wie dies z.B. bei der GmbH der Fall ist.<sup>33</sup> Freier regelbar ist in der Personengesellschaft auch der Einlagegegenstand; neben Bar-

---

<sup>27</sup> *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 73.

<sup>28</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 1 Rn. 28 ff.; *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 77 f.; *Mueller-Thuns*, in: Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 2.33.

<sup>29</sup> Vgl. *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 79.

<sup>30</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 1 Rn. 27; *Mueller-Thuns*, in: Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 2.32.

<sup>31</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 1 Rn. 33; *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 66.

<sup>32</sup> Vgl. *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 67; *Mueller-Thuns*, in: Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 2.13.

<sup>33</sup> Bei der Gründung einer GmbH darf die Anmeldung erst erfolgen, wenn auf jeden Geschäftsanteil, soweit nicht Sacheinlagen vereinbart sind, mindestens ein Viertel des Nennbetrags eingezahlt ist (§ 7 Abs. 2 Satz 1 GmbHG) und insgesamt mit dem Gesamtnennbetrag der Geschäftsanteile für die Sacheinlagen zu leisten sind (die Sacheinlagen müssen gem. § 7 Abs. 3 GmbHG so bewirkt sein, dass sie endgültig in der freien Verfügung der Geschäftsführung stehen) mindestens 12.500 Euro eingezahlt sind (§ 7 Abs. 2 Satz 2 GmbHG).

und Sacheinlagen kommt beispielsweise das Stehenlassen von Gewinnen in Betracht.<sup>34</sup> Zudem kann der Einlagegegenstand jederzeit mit Zustimmung der Gesellschafter geändert werden.<sup>35</sup> Leichter als bei Kapitalgesellschaften sind auch Entnahmen aus dem Gesellschaftsvermögen möglich.<sup>36</sup> Dies gilt für laufende und thesaurierte Gewinne sowie für Kapitalherabsetzungen.<sup>37</sup>

Schließlich bietet die Kapitalgesellschaft & Co. KG mitbestimmungsrechtlich Vorteile gegenüber einer Kapitalgesellschaft.<sup>38</sup> So wird eine Kapitalgesellschaft & Co. KG mit mehr als 500 und weniger als 2.000 Arbeitnehmern, anders als eine Kapitalgesellschaft, in der Regel mitbestimmungsfrei bleiben<sup>39</sup>, was sie insbesondere für mittelständische Unternehmen interessant macht.<sup>40</sup> Das DrittelbG erfasst anders als das MitbestG 1976 (§ 4 MitbestG) nicht die GmbH & Co. KG. Aber auch bei Unternehmen mit mehr als 2.000 Arbeitnehmern kann eine Mitbestimmung durch eine entsprechende Ausgestaltung der Beteiligungsverhältnisse vermeidbar sein.<sup>41</sup>

Durch die grundlegenden Besteuerungsunterschiede von Kapital- und Personengesellschaften könnte die Kapitalgesellschaft & Co. KG steuerliche Vorteile gegenüber der Kapitalgesellschaft als Rechtsformalternative haben. Da die Beurteilung dieser Frage stark von den Umständen des Einzelfalls abhängt, soll im Folgenden nur ein grober Überblick über die unterschiedliche Besteuerung der Rechtsformen gegeben werden: Der Gesetzgeber wollte mit der Unternehmenssteuerreform 2008<sup>42</sup> eine „Belastungsneutralität der unterschiedlichen Rechtsformen“<sup>43</sup> herstellen. Jedoch gibt es auch nach der Reform

---

<sup>34</sup> Vgl. *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 68; *Mueller-Thuns*, in: Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 2.13.

<sup>35</sup> Vgl. *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 69.

<sup>36</sup> Vgl. *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 70; *Mueller-Thuns*, in: Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 2.13, der jedoch darauf hinweist, dass hierdurch die Haftung des entnehmenden Kommanditisten nach § 172 Abs. 4 Satz 1 und 2 HGB wiederaufleben könne.

<sup>37</sup> Vgl. *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 70.

<sup>38</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 1 Rn. 36; *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 81; hierzu ausführlich unter Abschnitt D.I.1.b)aa).

<sup>39</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 14 Rn. 2.

<sup>40</sup> Vgl. *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 81; *Mueller-Thuns*, in: Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 2.15.

<sup>41</sup> Vgl. *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 81; *Mueller-Thuns*, in: Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 2.15.

<sup>42</sup> Unternehmensteuerreformgesetz 2008 vom 14.8.2007, BGBl. I 2007, S. 1912.

<sup>43</sup> Vgl. BT-Drs. 16/4841, S. 31 f.

noch Unterschiede im Belastungsvergleich zwischen Kapital- und Personengesellschaften.<sup>44</sup> Nach wie vor gilt bei Kapitalgesellschaften das Trennungsprinzip, wonach die Kapitalgesellschaft ein eigenes, vom Gesellschafter unabhängig zu betrachtendes Steuerrechtssubjekt darstellt.<sup>45</sup> Für Personengesellschaften werden demgegenüber nach dem Transparenzprinzip das Vermögen und die Erträge der Gesellschaft ihren Gesellschaftern, wenn diese als Mitunternehmer<sup>46</sup> qualifiziert werden können, anteilig zugerechnet.<sup>47</sup> Eine Aufweichung der Besteuerungsunterschiede zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften erfolgte zum 1.1.2022 mit dem Inkrafttreten des KöMoG<sup>48</sup>, welches eine Option zur Körperschaftbesteuerung für Personengesellschaften vorsieht. Nach dem hierdurch neu eingeführten § 1a KStG sind Personenhandels- und Partnerschaftsgesellschaften auf Antrag für Zwecke der Besteuerung wie eine Kapitalgesellschaft und ihre Gesellschafter wie die nicht persönlich haftenden Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft zu behandeln. Eine entsprechende Option für Kapitalgesellschaften zum Besteuerungsregime der Personengesellschaften ist dagegen nicht vorgesehen.

Vergleicht man die steuerliche Gesamtbelastung für den Fall der Gewinnthesaurierung kommt man zu folgendem Ergebnis: Auf Ebene der Kapitalgesellschaft fallen Körperschaftsteuer (seit 2008 mit einem Körperschaftsteuersatz von 15 %) und der Solidaritätszuschlag (5,5 %) sowie Gewerbesteuer an. Bei einem Gewerbesteuerhebesatz von 400 % beträgt der nominale Steuersatz für die Kapitalgesellschaft damit rund 29,83 %.<sup>49</sup> Da keine Ausschüttung von Gewinnen an die Gesellschafter erfolgt, kommt es auf Gesellschafterebene zu keiner Steuerbelastung. Bei der Kapitalgesellschaft & Co. KG hingegen fällt auf Gesellschaftsebene lediglich die Gewerbesteuer an. Die

---

<sup>44</sup> Vgl. *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 10.

<sup>45</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 25 Rn. 20; *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 8.

<sup>46</sup> Voraussetzung für die Mitunternehmerstellung des Gesellschafter einer Personengesellschaft ist, dass dieser Mitunternehmerinitiative entfalten kann und Mitunternehmerisiko trägt. Zu dem in § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 Halbsatz 1 EStG enthaltenen zentralen Begriff des Mitunternehmers siehe H 15.8 Abs. 1 EStH 2015; BFH, Beschl. v. 25.6.1984 – GrS 4/82, BStBl. II 1984, S. 751. Zur Mitunternehmerstellung der Gesellschafter in der GmbH & Co. KG vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 16 Rn. 60 ff.

<sup>47</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 25 Rn. 20; *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 9.

<sup>48</sup> Gesetz zur Modernisierung des Körperschaftsteuerrechts vom 25.6.2021, BGBl. I 2021, S. 2050.

<sup>49</sup> Vgl. die Berechnung bei *Mueller-Thuns*, in: Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 2.40 f.; *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 25 Rn. 26.

Mitunternehmer entrichten für die Erträge der Gesellschaft Einkommensteuer nach ihrem individuellen Einkommensteuersatz (begrenzt auf 45 %<sup>50</sup>) zuzüglich Solidaritätszuschlag (5,5 %). Auf die Einkommensteuer findet eine pauschalierte Gewerbesteueranrechnung statt.<sup>51</sup> Seit 2008 können die Mitunternehmer von der sogenannten Thesaurierungsbegünstigung des § 34a EStG Gebrauch machen. Auf Antrag des Steuerpflichtigen ist die Einkommensteuer für nicht entnommene Gewinne ganz oder teilweise mit einem Steuersatz von 28,25 % zu berechnen.<sup>52</sup> Die steuerliche Gesamtbelastung beträgt danach bei vollständiger Thesaurierung ca. 32,25 %.<sup>53</sup> Zu beachten ist, dass es bei einer Entnahme der Gewinne in Folgejahren zu einer Nachversteuerung mit einem Steuersatz von 25 % kommen kann.<sup>54</sup> Die Thesaurierungsbegünstigung bringt für den Mitunternehmer in der Personengesellschaft regelmäßig nur dann einen steuerlichen Vorteil, wenn er vollständig thesaurieren kann, also in der Lage ist, seinen Lebensunterhalt und die von ihm geschuldete Einkommensteuer ohne Entnahmen aus der Gesellschaft zu finanzieren.<sup>55</sup> Im Ergebnis liegt damit selbst bei vollständiger Thesaurierung die vom Gesetzgeber angestrebte Belastungsneutralität nicht vor.<sup>56</sup> Zwar hängt die steuerliche Gesamtbelastung stets von den Umständen des Einzelfalls ab, will man dennoch eine Tendenz für die eine oder die andere Rechtsform festlegen, so dürfte sich bisher im Thesaurierungsfall eher eine Kapitalgesellschaftsstruktur anbieten.<sup>57</sup> Aufgrund des Optionsrechts in § 1a KStG kann dieser Besteuerungsvorteil auch von Personenhandelsgesellschaften genutzt werden.

Für den Fall der Vollausschüttung bei der Kapitalgesellschaft gilt Folgendes: Neben der Steuerbelastung auf Ebene der Kapitalgesellschaft unterliegen die Ausschüttungen auf Ebene der Gesellschafter, abhängig davon, ob die Geschäftsanteile sich im Privatvermögen oder im betrieblichen Vermögen der

---

<sup>50</sup> § 32a Abs. 1 EStG.

<sup>51</sup> § 35 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG.

<sup>52</sup> § 34a Abs. 1 Satz 1 EStG. Voraussetzung ist, dass der Gewinnanteil des Mitunternehmers mehr als 10 % beträgt oder 10.000 Euro übersteigt (§ 34a Abs. 1 Satz 1 EStG).

<sup>53</sup> Vgl. die Berechnung bei *Mueller-Thuns*, in: Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 2.47 ff.

<sup>54</sup> § 34a Abs. 4 EStG.

<sup>55</sup> Vgl. *Mueller-Thuns*, in: Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 2.49, 2.54.

<sup>56</sup> Vgl. *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 11a; *Mueller-Thuns*, in: Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 2.54.

<sup>57</sup> Vgl. *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 14; *Mueller-Thuns*, in: Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 2.60.

Gesellschafter befinden, entweder der Abgeltungssteuer (25 %), was zu einer Gesamtbelastung von 49,82 % führt, oder dem Teileinkünfteverfahren, das zu einer Gesamtbelastung von 48,33 % führt.<sup>58</sup> Findet bei der Kapitalgesellschaft & Co. KG keine Thesaurierung von Gewinnen statt, liegt die Gesamtsteuerbelastung bei 47,44 %<sup>59</sup>; bei Thesaurierung und späterer Nachversteuerung beträgt die Gesamtbelastung, abhängig vom ursprünglichen Thesaurierungsbetrag zwischen 47,98 % und 48,17 %<sup>60</sup>. Für den Fall, dass regelmäßige Gewinnentnahmen bzw. -ausschüttungen stattfinden sollen, schneidet die Kapitalgesellschaft & Co. KG im Belastungsvergleich damit etwas besser ab als die Kapitalgesellschaftsformen.<sup>61</sup>

Welche Rechtsform aus ertragsteuerlichen Gesichtspunkten vorzugswürdig ist, kann – auch unter Berücksichtigung des KöMoG – im Ergebnis nur für den konkreten Einzelfall festgestellt werden. Ein eindeutiger Vorteil der Kapitalgesellschaft & Co. KG kann insoweit nicht allgemein angenommen werden.<sup>62</sup>

#### **b) Vorteile der Kapitalgesellschaft & Co. KGaA**

Die KGaA ist eine „Mischform“<sup>63</sup> zwischen AG und KG. Sie ist gemäß § 278 Abs. 1 AktG eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit, bei der mindestens ein Gesellschafter den Gesellschaftsgläubigern unbeschränkt haftet (persönlich haftender Gesellschafter) und die übrigen an dem in Aktien zerlegten Grundkapital beteiligt sind, ohne persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu haften (Kommanditaktionäre). Die Zulässigkeit der KGaA mit ausschließlich einer Kapitalgesellschaft als persönlich haftende Gesellschafterin<sup>64</sup> wurde vom

---

<sup>58</sup> Vgl. die Berechnung bei *Mueller-Thuns*, in: Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 2.43 f.; *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 25 Rn. 26; *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 15.

<sup>59</sup> Vgl. die Berechnung bei *Mueller-Thuns*, in: Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 2.45 f.; *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 25 Rn. 26; *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 15.

<sup>60</sup> Vgl. die Berechnung bei *Mueller-Thuns*, in: Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 2.51 f.; anders *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 14 (48,48 %).

<sup>61</sup> Vgl. *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 15; *Mueller-Thuns*, in: Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 2.60.

<sup>62</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 25 Rn. 118; *Mueller-Thuns*, in: Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 2.60.

<sup>63</sup> *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 278 Rn. 1; *Arnold*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 278 AktG Rn. 1; *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 28 Rn. 2; *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 3 Rn. 34.

<sup>64</sup> Im Folgenden wird diese als „Kapitalgesellschaft & Co. KGaA“ oder als „atypische KGaA“, in Abgrenzung zur „typischen KGaA“ mit einer natürlichen Person als Komplementär, bezeichnet.

Bundesgerichtshof in seinem Grundsatzurteil vom 24.2.1997<sup>65</sup> ausdrücklich anerkannt. Die in diesem Urteil geforderte Kenntlichmachung der Haftungsbeschränkung in der Firma hat der Gesetzgeber zwischenzeitlich in § 279 Abs. 2 AktG normiert und damit zugleich die Zulässigkeit der Kapitalgesellschaft & Co. KGaA bestätigt.<sup>66</sup>

Für die KGaA gelten die Sondervorschriften der §§ 278 bis 290 AktG. Nach § 278 Abs. 2 AktG bestimmt sich das Rechtsverhältnis der persönlich haftenden Gesellschafter untereinander und gegenüber der Gesamtheit der Kommanditaktionäre sowie gegenüber Dritten, namentlich die Befugnis der persönlich haftenden Gesellschafter zur Geschäftsführung und zur Vertretung der Gesellschaft, nach den Vorschriften des HGB zur KG. Im Übrigen ist nach § 278 Abs. 3 AktG die entsprechende Anwendung der Vorschriften über die AG geboten. Da nach § 278 Abs. 2 AktG die in § 23 Abs. 5 AktG geregelte Satzungsstrenge in weiten Teilen nicht anwendbar ist<sup>67</sup>, bietet die KGaA gegenüber der AG den Vorteil größerer Gestaltungsfreiheit.<sup>68</sup> Die KGaA wird daher auch als „Oase der Vertragsfreiheit in dem ansonsten über § 23 Abs. 5 AktG versteinerten Aktienrecht“<sup>69</sup> bezeichnet. Inwieweit aber der Gläubiger- und Anlegerschutz bei der Kapitalgesellschaft & Co. KGaA Einschränkungen dieser Gestaltungsfreiheit gebietet, ist noch nicht abschließend geklärt.<sup>70</sup> Der Bundesgerichtshof hat in seiner Grundsatzentscheidung zur Kapitalgesellschaft & Co. KGaA zwar ausdrücklich auf die „privatautonome Gestaltungsfreiheit“<sup>71</sup> verwiesen, ließ aber offen, inwieweit die Satzung die Rechte der Kommanditaktionäre einschränken dürfe.<sup>72</sup>

---

<sup>65</sup> BGHZ 134, 392. Die Entscheidung bezog sich auf eine GmbH & Co. KGaA. Die vom Bundesgerichtshof angeführten Argumente lassen sich jedoch ohne Weiteres auch auf Fälle übertragen, in denen andere Kapitalgesellschaften einer KGaA eingesetzt werden.

<sup>66</sup> Vgl. *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 3 Rn. 37; *Henssler*, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, S. 387 (405).

<sup>67</sup> Vgl. auch BGHZ 134, 392 (396).

<sup>68</sup> Vgl. *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 278 Rn. 7 (Stand 1.6.2021); *Sethe*, in: GK-AktG, vor § 278 Rn. 51, der bildlich von der KGaA als „Maßanzug“ im Vergleich zum „kaum mehr zu ändernden Konfektionsanzug“ AG spricht.

<sup>69</sup> So *Sethe*, Die personalistische Kapitalgesellschaft mit Börsenzugang, S. 199; im Anschluss hieran *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 28 Rn. 3.

<sup>70</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 28 Rn. 21 ff.; *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 3 Rn. 38.

<sup>71</sup> BGHZ 134, 392 (401).

<sup>72</sup> Vgl. BGHZ 134, 392 (399), hierzu ausführlich unter Abschnitt C.III.

Die Besonderheit der Kapitalgesellschaft & Co. KGaA ist ihre Kapitalmarktfähigkeit.<sup>73</sup> Durch den Zugang zur Börse eröffnen sich breitere Möglichkeiten für die Unternehmensfinanzierung, die Kapitalbeschaffung wird erleichtert und die Abhängigkeit von einzelnen Kapitalgebern kann verringert werden.<sup>74</sup> Gegenüber der jeweils ebenfalls kapitalmarktfähigen AG bzw. SE, hat die Kapitalgesellschaft & Co. KGaA dabei aber einige Vorteile mit der Kapitalgesellschaft & Co. KG gemein, die im Folgenden dargestellt werden sollen. Dies macht sie insbesondere für Familienunternehmen, die den Börsengang beabsichtigen, interessant.<sup>75</sup> Stand September 2018 waren nur fünf der 14 betrachteten SE & Co. KGaA<sup>76</sup> tatsächlich börsennotiert.<sup>77</sup> Im August 2021 waren es von 22 betrachteten SE & Co. KGaA<sup>78</sup> neun. Damit nutzte immerhin die Hälfte der seit 2018 neu gegründeten SE & Co. KGaA die Möglichkeit, Kapital über die Börse zu generieren. Darüber, ob bei den übrigen Gesellschaften ein Börsengang, jedenfalls langfristig, in Betracht gezogen wird, kann nur spekuliert werden. Jedenfalls scheint die Kapitalmarktfähigkeit nicht unbedingt das treibende Argument für die Gründung einer SE & Co. KGaA zu sein.

Bei der Kapitalgesellschaft & Co. KGaA unterliegt, wie auch bei der Kapitalgesellschaft & Co. KG,<sup>79</sup> keine natürliche Person der persönlichen Haftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Die Haftung der Kommanditaktionäre ist nach § 278 Abs. 1 AktG beschränkt. Durch die Einschaltung einer Kapitalgesellschaft als persönlich haftende Gesellschafterin wird eine persönliche Haftung natürlicher Personen vermieden.<sup>80</sup> Dies kann auch durch die Wahl anderer Kapitalgesellschaftsformen, wie z.B. GmbH oder AG, erreicht werden.

Vorteile gegenüber diesen Rechtsformen bietet die Kapitalgesellschaft & Co. KGaA aber in Bezug auf die starke Stellung ihres persönlich haftenden Gesellschafters.<sup>81</sup> Der persönlich haftende Gesellschafter ist gemäß §§ 278 Abs. 2

---

<sup>73</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 28 Rn. 11.

<sup>74</sup> Vgl. *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 3 Rn. 40; *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 33.

<sup>75</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 28 Rn. 6; *Giehl*, MittBayNot 2016, 285, (285); *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 3 Rn. 40.

<sup>76</sup> Recherche vom 17.9.2018, vgl. Fn. 173.

<sup>77</sup> Vgl. mit Stichtag 11.7.2016 bereits *Lieder/Hoffmann*, AG 2016, 704 (707).

<sup>78</sup> Recherche vom 19.8.2021, vgl. Fn. 174.

<sup>79</sup> Siehe hierzu bereits unter Abschnitt A.I.1.a).

<sup>80</sup> Vgl. *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 278 Rn. 284.

<sup>81</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 28 Rn. 12; *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 3 Rn. 35; hierzu ausführlich unter Abschnitt C.III.1.

AktG i.V.m. §§ 161 Abs. 2, 114 Abs. 1, 125 Abs. 1 HGB als „geborenes Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan“<sup>82</sup> ohne zeitliche Begrenzung zur Geschäftsführung berufen. Die Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht können ihm nur durch ein gerichtliches Verfahren und aus wichtigem Grund entzogen werden (§ 278 Abs. 2 AktG i.V.m. §§ 161 Abs. 2, 117, 127 HGB). Zudem sind bei der KGaA gegenüber der AG deutlich flexiblerer Satzungsgestaltungen möglich, sodass der Einfluss der Geschäftsführung noch verstärkt werden kann.<sup>83</sup> So soll beispielsweise nach herrschender Auffassung das aus § 278 Abs. 2 AktG i.V.m. § 164 HGB bestehende Widerspruchsrecht der Kommanditaktionäre im Falle von Handlungen, die über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgehen, durch die Satzung ausgeschlossen werden können.<sup>84</sup> Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch auf das Vetorecht des persönlich haftenden Gesellschafters in der Hauptversammlung aus § 285 Abs. 2 Satz 1 AktG. Dieses Vetorecht soll durch Satzungsregelung ausgeweitet werden können.<sup>85</sup> Durch die starke Stellung des persönlich haftenden Gesellschafters ist die Leitung der Gesellschaft nicht abhängig von der Kapitalbeteiligung.<sup>86</sup> Die Wahl der Kapitalgesellschaft & Co. KGaA schützt damit beispielsweise Familiengesellschafter vor der Übernahme durch Dritte.<sup>87</sup>

Besondere Aufmerksamkeit erfährt die Kapitalgesellschaft & Co. KGaA im deutschen Profifußball. Einige Proficlubs, hierunter Borussia Dortmund und der 1. FC Köln, haben ihren Lizenzspielbetrieb auf eine GmbH & Co. KGaA ausgegliedert.<sup>88</sup> Grund für die Ausgliederung von einem eingetragenen Verein auf

---

<sup>82</sup> BGHZ 134, 392 (393).

<sup>83</sup> Vgl. *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 3 Rn. 35; *von Eiff/Otte*, GWR 2015, 246 (247).

<sup>84</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 28 Rn. 12; *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 3 Rn. 35; *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 278 Rn. 360; zweifelnd aber zu Satzungsgestaltungen, die die Rechte der Kommanditaktionäre in der Kapitalgesellschaft & Co. KGaA einschränken BGHZ 134, 392 (399); im Detail hierzu unter Abschnitt C.III.1.b)aa)(1).

<sup>85</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 28 Rn. 12; *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 3 Rn. 35, die sich jeweils für die Möglichkeit der Ausdehnung auf „alle Hauptversammlungsbeschlüsse aussprechen; zweifelnd unter ausdrücklicher Nennung des § 285 Abs. 2 Satz 1 AktG BGHZ 134, 392 (399); differenzierend daher *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 278 Rn. 363, der Erweiterungen des Vetorechts für zulässig hält, solange angesichts anderer Satzungsregelungen die Interessen der Kommanditaktionäre ausreichend gewahrt sind.

<sup>86</sup> Vgl. *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 278 Rn. 7 (Stand 1.6.2021); *Göz*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 2 Rn. 9; *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 278 Rn. 281; *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, ZHR Beiheft 77 (2015), S. 154 (156).

<sup>87</sup> Vgl. *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 278 Rn. 7 (Stand 1.6.2021); *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 278 Rn. 289; *Sethe*, in: GK-AktG, vor § 278 Rn. 51; *Göz*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 2 Rn. 9; *Reichert*, ZIP 2014, 1957 (1963). Die KGaA sei damit „nahezu übernahmoresistent“, *von Eiff/Otte*, GWR 2015, 246 (247).

<sup>88</sup> Eine SE & Co. KGaA findet sich demgegenüber in diesem Bereich noch nicht.

eine Kapitalgesellschaft ist in erster Linie die damit verbundene bessere Finanzierungsmöglichkeit durch Beteiligung von Investoren gepaart mit dem Ausschluss der persönlichen Haftung.<sup>89</sup> Gleichzeitig schreibt die Satzung des Deutschen Fußball Ligaverbandes die sogenannte „50 + 1“-Regel vor, wonach der Mutterverein nach der Ausgliederung die Stimmrechtsmehrheit in der Kapitalgesellschaft behalten muss.<sup>90</sup> Für die Kapitalgesellschaft & Co. KGaA gilt die Sonderregel, dass ein Stimmrechtsanteil von unter 50 % ausreicht, solange der Mutterverein oder eine 100 %-Tochtergesellschaft die Stellung als Komplementär innehat. Damit bietet die KGaA die Möglichkeit einer breiteren Streuung der Anteile und dadurch gegebenenfalls einer größeren Kapitalausstattung, während zugleich der Verein durch die Beherrschung der Komplementärin die Kontrolle über die Geschäftsführung hat.<sup>91</sup>

Schließlich hat der Aufsichtsrat der KGaA eine deutlich schwächere Stellung als der Aufsichtsrat einer AG.<sup>92</sup> Er hat weder Personalkompetenz noch Geschäftsordnungskompetenz gegenüber der Geschäftsführung, es gelten keine Zustimmungsvorbehalte zu seinen Gunsten gemäß § 111 Abs. 4 AktG und er hat keine Kompetenz zur Feststellung des Jahresabschlusses.<sup>93</sup> Hierdurch ergeben sich vor allem mitbestimmungsrechtliche Vorteile.<sup>94</sup> So hat der Aufsichtsrat nach § 31 Abs. 1 Satz 2 MitbestG auch in der mitbestimmten KGaA keine Personalkompetenz. Gemäß § 33 Abs. 1 Satz 2 MitbestG hat er darüber hinaus auch nicht das Recht, einen Arbeitsdirektor zu bestellen. Ein mitbestimmter Aufsichtsrat wird damit insbesondere von Familienunternehmern bei der KGaA nicht als gleichermaßen störend wahrgenommen wie bei anderen Kapitalgesellschaften.<sup>95</sup> Diese mitbestimmungsrechtlichen Vorteile gelten gleichermaßen auch für die

---

<sup>89</sup> Vgl. ausführlich *Weber*, GmbHR 2013, 631 (632 f.).

<sup>90</sup> Vgl. § 8 Nr. 3 der Satzung des DFL Deutsche Fußball Liga e.V. in der Fassung vom 21.8.2019.

<sup>91</sup> Vgl. *Weber*, GmbHR 2013, 631 (634); vgl. auch *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 3 Rn. 40; *Lieder/Hoffmann*, AG 2016, 704 (709).

<sup>92</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 28 Rn. 15; *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 3 Rn. 35; hierzu näher unter Abschnitt C.III.3.a).

<sup>93</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 28 Rn. 15; *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 3 Rn. 35; *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 278 Rn. 282.

<sup>94</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 28 Rn. 16 ff.; *Giehl*, MittBayNot 2016, 285 (285); *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 3 Rn. 41; hierzu im Detail unter Abschnitt D.I.2.a). Zudem gelten das MontanMitbestG und das MitbestErgG nicht für die KGaA, vgl. § 1 Abs. 2 MontanMitbestG; *Oetker*, in: ErfK-ArbR § 1 MontanMitbestG Rn. 1; *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 3 Rn. 41.

<sup>95</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 28 Rn. 19; *dies.*, BB 1988, 2041 (2043); *dies.*, DB 1997, 313 (316).

Kapitalgesellschaft & Co. KGaA, da nach auch von der Rechtsprechung geteilter herrschender Auffassung keine analoge Anwendung der §§ 4 und 5 MitbestG erfolgen kann und damit keine Zurechnung von Arbeitnehmern zu der Komplementärin erfolgt.<sup>96</sup> Diese bleibt damit in aller Regel mangels eigener Arbeitnehmer mitbestimmungsfrei.

Die Wahl der Kapitalgesellschaft & Co. KGaA bietet daneben gegenüber der typischen KGaA Vorteile in der Nachfolgeplanung, wie dies auch bei der Kapitalgesellschaft & Co. KG der Fall ist.<sup>97</sup> Auch in der KGaA gilt der Grundsatz der Selbstorganschaft.<sup>98</sup> Die Gestaltung als Kapitalgesellschaft & Co. KGaA erlaubt hingegen den Einsatz von Fremdgeschäftsführern in der Komplementärgesellschaft und erleichtert daher die Suche nach einem geeigneten Nachfolger.<sup>99</sup>

Die KGaA kann gegenüber der AG auch in steuerrechtlicher Hinsicht Vorteile bieten. Die KGaA ist, ebenso wie die AG körperschaftsteuerpflichtig, allerdings wird der Gewinnanteil des persönlich haftenden Gesellschafters auf seine nicht auf das Grundkapital geleisteten Einlagen oder als Vergütung für die Geschäftsführung vom zu versteuernden Einkommen der KGaA abgezogen.<sup>100</sup> Dieser Gewinnanteil unterliegt beim persönlich haftenden Gesellschafter der Besteuerung als Einkünfte aus Gewerbebetrieb.<sup>101</sup> Ausschüttungen aus Kommanditaktien werden als Einkünfte aus Kapitalvermögen besteuert.<sup>102</sup> Grundsätzlich lassen sich bei der typischen KGaA verschiedene Gesellschaftergruppen schaffen, sodass die persönlich haftenden Gesellschafter die Besteuerung als Mitunternehmer in Anspruch nehmen können, während die Kommanditaktionäre steuerlich wie Gesellschafter einer Aktiengesellschaft behandelt werden.<sup>103</sup> Freilich entfällt dieser Vorteil bei der Kapitalgesellschaft & Co. KGaA, bei der für die Einkünfte auf

---

<sup>96</sup> Vgl. BGHZ 134, 392 (400); *Henssler*, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, S. 387 (406); hierzu im Detail unter Abschnitt D.I.2.b)bb).

<sup>97</sup> Vgl. *Sethe*, in: GK-AktG, vor § 278 Rn. 51.

<sup>98</sup> Vgl. *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 278 Rn. 19a.

<sup>99</sup> Vgl. *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 278 Rn. 287, 292.

<sup>100</sup> § 9 Abs. 1 Nr. 1 KStG.

<sup>101</sup> § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EStG.

<sup>102</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 28 Rn. 30; *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 3 Rn. 36.

<sup>103</sup> Vgl. *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 40 f.; *Engel*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 2 Rn. 12, 18.

Ebene der Komplementärin ebenso Körperschaftsteuer anfällt.<sup>104</sup> Eine mögliche Variante, auf die hier jedoch nicht näher eingegangen werden soll, kann die doppelstöckige Kapitalgesellschaft & Co. KGaA darstellen, bei der als Komplementärin eine Kapitalgesellschaft & Co. KG eingesetzt wird.<sup>105</sup>

Bei der Rechtsformwahl sollten aber auch die Nachteile der Kapitalgesellschaft & Co. KGaA betrachtet und abgewogen werden. Hier ist zunächst der erhöhte Verwaltungsaufwand zu nennen, den die Organisation zweier Gesellschaften mit sich bringt (z.B. Buchführung, Jahresabschlusserstellung, Gesellschafterversammlungen).<sup>106</sup> Diese Erwägung gilt ebenso für die Kapitalgesellschaft & Co. KG. Dabei legt der Erfolg der GmbH & Co. KG jedoch die Vermutung nahe, dass hierin zumindest kein entscheidender Nachteil zu sehen ist.<sup>107</sup> Der Einwand, dass die Kommanditaktien wegen der eingeschränkten Mitspracherechte der Kommanditaktionäre, der umständlichen Firmierung und des geringen Bekanntheitsgrads Bewertungsabschlägen unterliegen können<sup>108</sup>, mag gegenüber den dargestellten Vorteilen jedenfalls für größere mittelständische Unternehmen in vielen Fällen nicht ausschlaggebend sein.<sup>109</sup> Vereinzelt wird auch als Nachteil gesehen, dass der Aufsichtsrat personell nicht durch die Komplementärin kontrollierbar sei, da diese, selbst wenn sie die Mehrheit des Kommanditkapitals halte, einem Stimmverbot bei der Wahl des Aufsichtsrats unterliege.<sup>110</sup> Dieser Nachteil wird jedoch wegen der eingeschränkten Kompetenzen des Aufsichtsrats als eher geringfügig eingestuft werden können. Als wesentlicher Nachteil dürfte hingegen zu nennen sein, dass die Rechtsform der KGaA gegenüber KG und AG noch eine gewisse Rechtsunsicherheit birgt.<sup>111</sup> Viele

---

<sup>104</sup> Vgl. *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 52 f.; *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 28 Rn. 26; *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 3 Rn. 36.

<sup>105</sup> Vgl. *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 53 f. Vgl. zur Besteuerung im Fall der doppelstöckigen Kapitalgesellschaft & Co. KGaA *Engel*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 9 Rn. 126 ff.

<sup>106</sup> Vgl. *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 278 Rn. 8 (Stand 1.6.2021); *Sethe*, in: GK-AktG, vor § 278 Rn. 52; *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 28 Rn. 36; *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 51.

<sup>107</sup> Vgl. *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 52; *Hennerkes/May*, BB 1988, 2393 (2400); *Sethe*, in: GK-AktG, vor § 278 Rn. 52.

<sup>108</sup> Vgl. *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 278 Rn. 8 (Stand 1.6.2021); *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 278 Rn. 281; *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 50.

<sup>109</sup> Vgl. *Hennerkes/May*, BB 1988, 2393 (2401).

<sup>110</sup> Vgl. *Göz*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 2 Rn. 10, hierzu näher unter Abschnitt C.III.2.b).

<sup>111</sup> Vgl. *Perlitt*, in: MüKo-AktG, vor § 278 Rn. 66; *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 28 Rn. 36; *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 48 f.

Fragen, insbesondere in Bezug auf die Kapitalgesellschaft & Co. KGaA, sind noch nicht höchstrichterlich entschieden.<sup>112</sup>

*K. Schmidt*<sup>113</sup> nennt als Vorteile der Kapitalgesellschaft & Co. KGaA zusammenfassend die kapitalgesellschaftliche und sogar börsenfähige Finanzierung sowie die personengesellschaftliche Organisation, die Haftungsbeschränkung und die Nachfolgesicherung. Die Kapitalgesellschaft & Co. KGaA stellt damit in erster Linie eine Alternative zur AG für solche Unternehmen dar, die zwar breitere Möglichkeiten der Unternehmensfinanzierung suchen und daher den Börsengang anstreben, bei denen andererseits auch der Einfluss bestimmter Gesellschafter gesichert werden soll. Diese Interessenlage wird sich, wie bereits an verschiedenen Punkten angesprochen, insbesondere bei großen Familiengesellschaften wiederfinden.<sup>114</sup>

## 2. Gründe für die Wahl der SE als Komplementärin

Immer mehr Unternehmen entscheiden sich für eine SE als Komplementärin.<sup>115</sup> Dies kann aus verschiedenen Gründen vorteilhaft erscheinen. Die SE kann als internationale Rechtsform ein positives Image für das Unternehmen im Geschäftsverkehr transportieren.<sup>116</sup> Die Sitzverlegung einer SE in einen anderen Mitgliedstaat ist einfacher als bei deutschen Rechtsformen ohne supranationalen Charakter, gleiches gilt für die Errichtung von Zweigniederlassungen in anderen Mitgliedstaaten.<sup>117</sup> Mit dem Mindeststammkapital von 120.000 Euro<sup>118</sup> vermittelt

<sup>112</sup> Vgl. *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 278 Rn. 8 (Stand 1.6.2021); Beispiele bei *Perlitt*, in: MüKo-AktG, vor § 278 Rn. 66.

<sup>113</sup> *K. Schmidt*, ZHR 160 (1996), 265 (267).

<sup>114</sup> Vgl. auch *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 28 Rn. 6; *Lieder/Hoffmann*, AG 2016, 704 (707), die in ihrer Bestandsaufnahme zum 11.7.2016 feststellen, dass es sich bei  $\frac{2}{3}$  der börsennotierten KGaA um Familiengesellschaften handelt; *Mayer-Uellner/Otte*, NZG 2015, 737 (738).

<sup>115</sup> Vgl. *Köstler/Pütz*, SE-Datenblatt (Stand 31.12.2019), Institut für Mitbestimmung und Unternehmensführung der Hans-Böckler-Stiftung, abrufbar unter [https://www.boeckler.de/pdf/pb\\_mitbestimmung\\_se\\_2019\\_12.pdf](https://www.boeckler.de/pdf/pb_mitbestimmung_se_2019_12.pdf) (abgerufen am 20.8.2021), S. 4 f.

<sup>116</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 22 Rn. 17; *Blaum*, in: Westermann/Wertenbruch, Hdb Personengesellschaften, Rn. I 3377; *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, ZHR Beiheft 77 (2015), S. 154 (157); *Wenz*, AG 2003, 185 (196), wonach „die Unternehmen in der prestigeträchtigen Rechtsform einer SE über eine Europäische Corporate Identity [verfügen], [...] zur Entstehung einer Europäischen Corporate Culture bei[tragen] und [...] einen rechtsformspezifischen Europäischen Goodwill [besitzen]“; im Anschluss *Wollburg/Banerja*, ZIP 2005, 277 (277). Vgl. auch *Mayer-Uellner/Otte*, NZG 2015, 737 (738); *Wicke*, RNotZ 2020, 25 (33); *Binz*, in: FS May, S. 386 (388).

<sup>117</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 22 Rn. 14, 16.

<sup>118</sup> Art. 4 Abs. 2 SE-VO.

sie sowohl gegenüber der GmbH<sup>119</sup> als auch (allerdings eher geringfügig) gegenüber der AG<sup>120</sup> eine solidere Kapitalausstattung.<sup>121</sup>

Mit der AG gemeinsam hat sie den Vorteil, dass die Aktien an der Komplementärin leichter übertragbar sind als GmbH-Anteile, für deren Übertragung die notarielle Form einzuhalten ist.<sup>122</sup> Dies kann insbesondere für Familiengesellschafter im Rahmen der Nachfolgeplanung interessant sein.

Im Vergleich zur Geschäftsführung der GmbH nimmt der Vorstand bzw. Verwaltungsrat der SE ebenso wie der Vorstand der AG eine von den Gesellschaftern unabhängige Stellung ein.<sup>123</sup> Der Vorstand bzw. Verwaltungsrat ist nicht an Weisungen der Gesellschafter gebunden. Dies erleichtert die Suche nach einem geeigneten Fremdmanager.<sup>124</sup> In diesem Zusammenhang mag auch die Bezeichnung des Managements als Vorstand oder Verwaltungsrat für manchen potenziellen Manager attraktiver sein als diejenige als Geschäftsführer.<sup>125</sup> Soweit, wie häufig bei Familiengesellschaften gewünscht, der Vorstand bzw. Verwaltungsrat durch die Familiengesellschafter kontrolliert werden soll, bietet sich die Möglichkeit, die Weisungsfreiheit einzuschränken.<sup>126</sup> Im Vergleich zu der mit ähnlichem „Prestige“<sup>127</sup> ausgestatteten AG ist die SE mit der Möglichkeit der Einrichtung eines monistischen Systems jedoch flexibler in der Ausgestaltung der Corporate Governance.<sup>128</sup> In der dualistischen SE kann das zur Kontrolle des

---

<sup>119</sup> Das Mindeststammkapital der GmbH beträgt 25.000 Euro, § 5 Abs. 1 GmbHG.

<sup>120</sup> Das Grundkapital der AG beträgt mindestens 50.000 Euro, § 7 AktG.

<sup>121</sup> Vgl. *Blaum*, in: Westermann/Wertenbruch, Hdb Personengesellschaften, Rn. I 3377; *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, ZHR Beiheft 77 (2015), S. 154 (157); *Begemann*, Die SE & Co. KGaA als Rechtsform für Familienunternehmen, S. 197.

<sup>122</sup> Vgl. für die AG *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 21 Rn. 12; *Beckmann*, Die AG & Co. KG, S. 40 f.

<sup>123</sup> Vgl. *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, ZHR Beiheft 77 (2015), S. 154 (157); für die AG & Co. KG *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 21 Rn. 15; *Beckmann*, Die AG & Co. KG, S. 40.

<sup>124</sup> Vgl. *Blaum*, in: Westermann/Wertenbruch, Hdb Personengesellschaften, Rn. I 3377; *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, ZHR Beiheft 77 (2015), S. 154 (158).

<sup>125</sup> Vgl. *Mayer-Uellner/Otte*, NZG 2015, 737 (738); für die AG *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 56; *Beckmann*, Die AG & Co. KG, S. 40.

<sup>126</sup> Vgl. *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, ZHR Beiheft 77 (2015), ZHR Beiheft 77 (2015), S. 154 (158); *Wicke*, RNotZ 2020, 25 (33); hierzu näher unter Abschnitt C.I.1.b) und Abschnitt C.I.2.b).

<sup>127</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 21 Rn. 22; *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 55.

<sup>128</sup> Vgl. Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 22 Rn. 15; *Mayer-Uellner/Otte*, NZG 2015, 737 (738); *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, ZHR Beiheft 77 (2015), S. 154 (158); im Detail unter Abschnitt C.I.2.

Leitungsorgans berufene Aufsichtsorgan von den Familiengesellschaftern gewählt und so der Einfluss auf die Leitung der SE & Co. KG bzw. KGaA gesichert werden.<sup>129</sup>

Auch in mitbestimmungsrechtlicher Hinsicht kann die SE als Komplementärin vorteilhaft sein. Bei der GmbH bzw. AG & Co. KG kann nach §§ 4, 5 MitbestG ein mitbestimmter Aufsichtsrat einzurichten sein.<sup>130</sup> Dies ist unternehmensseitig oftmals nicht gewünscht.<sup>131</sup> Als Nachteile der Mitbestimmung werden insbesondere die Beteiligung der Arbeitnehmervertreter bei der Bestellung des Geschäftsführungsorgans und die Einbeziehung externer Gewerkschaftsmitglieder wahrgenommen. Unternehmen befürchten, dass Gewerkschaftsinteressen gegenüber dem Interesse des Unternehmens und seiner Arbeitnehmer in den Vordergrund treten und gegebenenfalls, auch ungewollt, Informationen über Unternehmensinterna an die Konkurrenz gelangen könnten.<sup>132</sup> Insbesondere in Familienunternehmen wird eine paritätische Mitbestimmung daher zumeist als Störfaktor angesehen.<sup>133</sup> Darüber hinaus ist das deutsche Mitbestimmungsregime gerade für international aufgestellte Unternehmen bzw. Unternehmensgruppen häufig nicht passend, u.a. weil im Ausland beschäftigte Arbeitnehmer nicht in die Mitbestimmung mit einbezogen werden können.<sup>134</sup>

Vermeiden lässt sich die Mitbestimmungspflicht durch den Einsatz einer nicht mitbestimmungsfähigen Komplementärin.<sup>135</sup> In Betracht kommt beispielsweise die Stiftung & Co. KG.<sup>136</sup> Nachteil dieser Gestaltung ist, dass die Stiftung der staatlichen Aufsicht unterliegt und erst durch staatliche Anerkennung

---

<sup>129</sup> Vgl. *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, ZHR Beiheft 77 (2015), S. 154 (158); hierzu näher unter Abschnitt C.I.1.c).

<sup>130</sup> Hierzu unter Abschnitt D.I.1.b).

<sup>131</sup> Vgl. hierzu *Henssler*, RdA 2005, 330 (330 f.).

<sup>132</sup> Vgl. *Rieble*, BB 2006, 2018 (2018).

<sup>133</sup> Vgl. *Götze/Winzer/Arnold*, ZIP 2009, 245 (245); *Wicke*, RNotZ 2020, 25 (35).

<sup>134</sup> Vgl. *Henssler*, RdA 2005, 330 (331 f.). Der EuGH hat entschieden, dass der Ausschluss ausländischer Arbeitnehmer vom aktiven und passiven Wahlrecht nach deutschem Mitbestimmungsrecht nicht europarechtswidrig ist, EuGH, Urteil v. 18.7.2017 – Rs. C-566/15, EU:C:2017:562 – *Konrad Erzberger / TUI AG*. Vgl. hierzu auch *Henssler*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 3 MitbestG Rn. 40 ff.; *Winter/Marx/De Decker*, NZA 2015, 1111.

<sup>135</sup> Vgl. *Hoffmann*, AG 2016, R 167 (R168 f.), der daher von einer „Schleichenden Mitbestimmungserosion“ spricht.

<sup>136</sup> Vgl. *Götze/Winzer/Arnold*, ZIP 2009, 245 (247); *Rieble*, BB 2006, 2018 (2019).

Rechtsfähigkeit erlangt.<sup>137</sup> In der Praxis häufiger anzutreffen sind Kommanditgesellschaften mit einer ausländischen Kapitalgesellschaft als Komplementärin, z.B. in Form der Ltd. & Co. KG<sup>138</sup> oder B.V. & Co. KG.<sup>139</sup> Die Komplementärfähigkeit der Auslandsgesellschaft ist heute allgemein erkannt.<sup>140</sup> Voraussetzung ist, dass die Kapitalgesellschaft in der Bundesrepublik Deutschland komplementärfähig ist und sich nach dem anwendbaren Heimatrecht als persönlich haftender Gesellschafter an einer anderen Gesellschaft beteiligen darf.<sup>141</sup> Dies kann nach der Rechtsprechung des EuGH<sup>142</sup> auch bei einer europäischen Auslandsgesellschaft mit Verwaltungssitz im Inland der Fall sein.<sup>143</sup> Als Nachteile der ausländischen Kapitalgesellschaft & Co. KG werden u.a. der erhöhte Verwaltungsaufwand, der Zwang zur doppelten Rechnungslegung, eine etwaige ausländische Unternehmenspublizität, das gesteigerte Haftungsrisiko der Geschäftsleiter, die Notwendigkeit zusätzlicher Beratung im ausländischen Recht und das Misstrauen gegenüber der Gesellschaftsform im Geschäftsverkehr angesprochen.<sup>144</sup>

---

<sup>137</sup> Vgl. *Götze/Winzer/Arnold*, ZIP 2009, 245 (247), die eine Genehmigung zu rein wirtschaftlichen Zwecken als zumindest zweifelhaft einschätzen und daher davon ausgehen, dass die Stiftung & Co. KG in der Praxis keine entscheidende Rolle spiele. Die Stiftung als Komplementärin wurde aber beispielsweise von der LIDL Stiftung & Co. KG oder auch der CEWE Stiftung & Co. KGaA gewählt.

<sup>138</sup> Die Zahl der Ltd. & Co. KG ist jedoch deutlich rückläufig, vgl. *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, Einl. Rn. 17; *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 24 Rn. 4. Dies mag auch mit dem Austritt des Vereinigten Königreich aus der EU und den damit verbundenen Unsicherheiten bei der Anerkennung der Ltd. in Deutschland zusammenhängen.

<sup>139</sup> Vgl. *Götze/Winzer/Arnold*, ZIP 2009, 245 (250); *Rieble*, BB 2006, 2018 (2019).

<sup>140</sup> Vgl. BayObLGZ 1986, 61 (66); *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 21 Rn. 103 ff.; *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 3 Rn. 32d; *Grunewald*, in: MüKo-HGB, § 161 Rn. 105; *Götze/Winzer/Arnold*, ZIP 2009, 245 (250); für die KGaA *Bürgers*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 4 Rn. 14.

<sup>141</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 24 Rn. 6 ff.; *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 3 Rn. 32d; zweifelnd für Auslandsgesellschaften aus Nicht-EU-Staaten als Komplementär insbesondere einer KGaA *Bürgers*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 4 Rn. 14.

<sup>142</sup> Zur Niederlassungsfreiheit von EU-Auslandsgesellschaften EuGH, Urteil v. 9.3.1999 – Rs. C-212-97, Slg. 1999, I-1459 – *Centros*; EuGH, Urteil v. 5.11.2002 – Rs. C-208/00, Slg. 2002, I-9919 – *Überseering*; EuGH, Urteil v. 30.9.2003 – Rs. C-167/01, Slg. 2003, I-10155 – *Inspire Art*, die den Bundesgerichtshof zur Anwendung der Gründungstheorie auf solche Gesellschaften veranlassten, BGHZ 164, 148; anders aber für außerhalb der EU gegründete Gesellschaften (Anwendung der Sitztheorie) BGHZ 178, 192 – *Trabrennbahn*.

<sup>143</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 24 Rn. 39; *Thüsing*, in: Rieble, Zukunft der Unternehmensmitbestimmung, 2004, S. 99; *Götze/Winzer/Arnold*, ZIP 2009, 245 (250); *Rieble*, BB 2006, 2018 (2019).

<sup>144</sup> Vgl. *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 3 Rn. 32f; *Götze/Winzer/Arnold*, ZIP 2009, 245 (249 f.); für die KGaA *Bürgers*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 4 Rn. 15 f.

Als Alternative wird die durch das MoMiG<sup>145</sup> eingeführte und in § 5a GmbHG geregelte UG (haftungsbeschränkt) diskutiert. Diese kann schon mit einem Stammkapital von 1 Euro gegründet werden.<sup>146</sup> Damit hatte beispielsweise die Ltd. Gegenüber der UG (haftungsbeschränkt) insoweit keinen entscheidenden Vorteil mehr.<sup>147</sup> In der Literatur wurde von einer Verdrängung der Ltd. & Co. KG durch die UG (haftungsbeschränkt) & Co. KG gesprochen.<sup>148</sup> Dennoch bleibt anzumerken, dass die UG (haftungsbeschränkt) im Lichte der unternehmerischen Mitbestimmung als Komplementärin keine Vorteile gegenüber der GmbH oder AG birgt. Als Erscheinungsform der GmbH ist sie von § 1 Abs. 1 MitbestG erfasst.<sup>149</sup> Mitbestimmungsrechtliche Aspekte sprechen insoweit für die Wahl anderer Rechtsformen als Komplementär.<sup>150</sup>

Eine Möglichkeit stellt hierbei die SE als Komplementärin dar, um das Niveau der Mitbestimmung einzufrieren bzw. zu zementieren.<sup>151</sup> Grund hierfür sind die besonderen Regelungen im SEBG, welches die Mitbestimmung in der SE regelt. Bei Eingreifen der gesetzlichen Auffanglösung nach den §§ 34 ff. SEBG gilt das sogenannte „Vorher-Nachher-Prinzip“<sup>152</sup>, wonach gemäß § 35 SEBG das höchste Mitbestimmungsniveau der an der Gründung beteiligten Gesellschaften erhalten bleibt. Eine Erhöhung der Arbeitnehmerzahlen kann in der Regel<sup>153</sup> nicht zu einer anderen Form der Mitbestimmung führen.<sup>154</sup> Gleiches gilt für das in einer Beteiligungsvereinbarung festgeschriebene Mitbestimmungsniveau. Damit ist das spätere Überschreiten oder Unterschreiten der nach deutschem Mitbestimmungsrecht maßgeblichen Schwellenwerte von 500 Arbeitnehmern für die Anwendung des DrittelbG und von 2.000 Arbeitnehmern für die paritätische

---

<sup>145</sup> Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23.10.2008, BGBl. I 2008, S. 2026.

<sup>146</sup> Vgl. *Rieder*, in: MüKo-GmbHG, § 5a Rn. 8 m.w.N.

<sup>147</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 24 Rn. 4.

<sup>148</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, 11. Aufl. 2010, § 24 Rn. 115; *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 3 Rn. 32 f.

<sup>149</sup> Vgl. *Oetker*, in: ErfK-Arbeitsrecht, § 1 MitbestG Rn. 1; *Habersack*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 1 MitbestG Rn. 41; *Forst*, GmbHR 2009, 1131.

<sup>150</sup> Vgl. auch *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 24 Rn. 5; *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 3 Rn. 32k.

<sup>151</sup> Vgl. *Götze/Winzer/Arnold*, ZIP 2009, 245 (252); *Rieble*, BB 2006, 2018 (2020).

<sup>152</sup> Vgl. auch § 1 Abs. 1 Satz 3 SEBG, hierzu *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 1 SEBG Rn. 5; *Jacobs*, in: MüKo-AktG, § 1 SEBG Rn. 5.

<sup>153</sup> Vorbehalten sind die Fälle der strukturellen Änderung, hierzu unter Abschnitt D.II.3.

<sup>154</sup> Vgl. *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 35 SEBG Rn. 10; *Götze/Winzer/Arnold*, ZIP 2009, 245 (252); *Rieble*, BB 2006, 2018 (2021).

Mitbestimmung nach dem MitbestG bei der SE ohne Auswirkung.<sup>155</sup> Nach teilweise vertretener Auffassung soll der Vorteil der Mitbestimmungsfreiheit gegenüber der AG & Co. KG nicht ausschlaggebend sein, da die Gründung der SE strengeren Voraussetzungen unterliege und ein höheres Mindestkapital erfordere.<sup>156</sup> Die zunehmende Verbreitung der SE & Co. KG<sup>157</sup> spricht hingegen dafür, dass diese eine attraktive Gestaltungsoption insbesondere für Familiengesellschaften darstellt, wobei in vielen Fällen auch mitbestimmungsrechtliche Erwägungen eine Rolle spielen werden.<sup>158</sup>

Dies gilt gleichermaßen für die SE & Co. KGaA. Zwar kann hier unter Umständen die Mitbestimmung auf Ebene der KGaA nicht vermieden werden. Wegen der schwachen Stellung des Aufsichtsrats der KGaA wird die Mitbestimmung bei diesem aber, wie bereits beschrieben, als weniger störend empfunden.<sup>159</sup> Wie bereits erwähnt ist umstritten, ob die Komplementärin der Kapitalgesellschaft & Co. KGaA in (analoger) Anwendung der §§ 4 und 5 MitbestG mitbestimmt sein kann.<sup>160</sup> Um diese Unsicherheit zu umgehen, kann sich daher auch bei der Kapitalgesellschaft & Co. KGaA die SE als Komplementärin anbieten.<sup>161</sup> Ob und in welchen Fällen durch die Wahl der SE & Co. KG bzw. SE & Co. KGaA eine Mitbestimmung tatsächlich vermieden werden kann, wird im Folgenden näher untersucht.

Doch nicht nur die Vermeidung einer Mitbestimmung, sondern auch die Möglichkeit, eine bestehende Mitbestimmung aktiv gestalten zu können, kann für die SE als Komplementärin sprechen. Zum einen kann in einer Beteiligungsvereinbarung nach dem SEBG die Größe des Aufsichtsrats flexibler gestaltet, insbesondere der Aufsichtsrat verkleinert werden, wodurch die Arbeit des

---

<sup>155</sup> Vgl. *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 35 SEBG Rn. 10; *Götze/Winzer/Arnold*, ZIP 2009, 245 (251 f.).

<sup>156</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 22 Rn. 28, die davon ausgehen, dass die SE & Co. KG eine „Ausnahmerecheinung“ bleibe.

<sup>157</sup> Hierzu sogleich unter Abschnitt A.III.

<sup>158</sup> So auch das Fazit von *Köstler/Pütz*, SE-Datenblatt (Stand 31.12.2019), Institut für Mitbestimmung und Unternehmensführung der Hans-Böckler-Stiftung, abrufbar unter [https://www.boeckler.de/pdf/pb\\_mitbestimmung\\_se\\_2019\\_12.pdf](https://www.boeckler.de/pdf/pb_mitbestimmung_se_2019_12.pdf) (abgerufen am 20.8.2021), S. 4.

<sup>159</sup> Hierzu bereits unter Abschnitt A.I.1.b).

<sup>160</sup> Hierzu im Detail unter Abschnitt D.I.2.b)bb).

<sup>161</sup> Vgl. *Wicke*, RNotZ 2020, 25 (38).

Aufsichtsrats effektiver und kostengünstiger gestaltet werden kann.<sup>162</sup> Teilweise wird zudem vertreten, die Anzahl der Gewerkschaftsvertreter könne reduziert und sogar auf Null gesetzt werden.<sup>163</sup> Zum anderen bietet die SE die Option, den Aufsichtsrat international, d.h. auch mit Arbeitnehmervertretern aus anderen Mitgliedstaaten, zu besetzen, was für international tätige Unternehmen durchaus attraktiv sein kann.<sup>164</sup>

Steuerlich wird die SE als Kapitalgesellschaft behandelt wie die AG bzw. GmbH.<sup>165</sup>

## II. Zulässigkeit

Die Zulässigkeit der AG & Co. KG ist bereits seit der Grundsatzentscheidung des Reichsgerichts zur GmbH & Co. KG vom 4.7.1922<sup>166</sup> allgemein anerkannt.<sup>167</sup> An der Zulässigkeit der AG & Co. KGaA bestehen ebenfalls keine Zweifel.<sup>168</sup> Die Argumente des Bundesgerichtshofs aus seiner Grundsatzentscheidung zur GmbH & Co. KGaA vom 24.2.1997<sup>169</sup> sind ohne weiteres auf andere Kapitalgesellschaften übertragbar. Dies spiegelt sich auch in § 279 Abs. 2 AktG wider, der nicht nach der Rechtsform der juristischen Person als Komplementärin differenziert.

Die Komplementärfähigkeit der SE als europäische Aktiengesellschaft ist ebenfalls allgemein anerkannt. In der Literatur wird die SE & Co. KG und SE & Co. KGaA daher ohne nähere Begründung als Alternative zur AG & Co. KG bzw. KGaA

---

<sup>162</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 22 Rn. 12; *Henssler*, RdA 2005, 330 (335); *Henssler/Sittard*, KSzW 2011, 359 (359 ff.).

<sup>163</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 22 Rn. 12; LAG Baden-Württemberg, Beschl. v. 9.10.2018 – 19 TaBV 1/18, BeckRS 2018, 28724. Der EuGH hat sich dieser Auffassung nach einer entsprechenden Vorlage durch das BAG aber jüngst entgegengestellt, EuGH (Große Kammer), Urteil v. 18.10.2022 – C-677/20 – *IG Metall und ver.di/SAP SE, SE-Betriebsrat der SAP SE*, NZA 2022, 1477, siehe hierzu unter Abschnitt C.I.1.c).

<sup>164</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 22 Rn. 12; *Binz*, in: FS May, S. 386 (390).

<sup>165</sup> Vgl. zu den steuerlichen Aspekten der SE ausführlich *Baldamus*, in: Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2012, S. 79 ff.

<sup>166</sup> RGZ 105, 101. Angesprochen wird in der Entscheidung ausdrücklich auch die AG & Co. KG, vgl. RGZ 105, 101 (102).

<sup>167</sup> Vgl. *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 1 Rn. 5; *Blaum*, in: Westermann/Wertenbruch, Hdb Personengesellschaften, Rn. I 3378; *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 3 Rn. 32a, 32n; *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, ZHR Beiheft 77 (2015), S. 154 (165).

<sup>168</sup> Vgl. *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 278 Rn. 8; *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 28 Rn. 9; *Bürgers*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 4 Rn. 7; *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, ZHR Beiheft 77 (2015), S. 154 (166).

<sup>169</sup> BGHZ 134, 392.

genannt.<sup>170</sup> Dies ist auch zutreffend. Es gibt keine Gründe, die gegen die Annahme der Komplementärfähigkeit der SE sprechen. Die SE-VO enthält keine Regelungen über die Komplementärfähigkeit der SE.<sup>171</sup> Nach Art. 9 Abs. 1 lit. c) ii), 10 SE-VO unterliegt die SE im Übrigen den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten, die auf die nach dem Recht des Sitzstaats der SE gegründeten Aktiengesellschaften Anwendungen finden. Jedenfalls die SE mit Sitz in der Bundesrepublik Deutschland ist daher ebenso komplementärfähig wie die deutsche AG.<sup>172</sup> Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf die SE mit Sitz in der Bundesrepublik Deutschland.

### III. Verbreitung

Zum Stichtag 17.9.2018 waren im Handelsregister 142 SE & Co. KG und vierzehn SE & Co. KGaA eingetragen.<sup>173</sup> Zum Stichtag 19.8.2021 waren bereits 170 SE & Co. KG und zweiundzwanzig SE & Co. KGaA eingetragen.<sup>174</sup> Es ist ein kontinuierliches Wachstum festzustellen.

Von den zweiundzwanzig SE & Co. KGaA wurde die erste (Fresenius SE & Co. KGaA) im Jahr 2010 gegründet. Nach noch zaghaftem Wachstum in den Jahren 2012 bis 2015 (2012: zwei, 2013: keine, 2014: eine, 2015: zwei), erfolgten im Jahr 2016 fünf und in den Jahren 2017 und 2018 je drei Gründungen. Nach nur einer Gründung im Jahr 2019 folgten 2020 wieder drei Gründungen und im Jahr 2021 bis zum Stichtag 19.8.2021 eine Gründung. Die SE & Co. KGaA scheint daher eine gewisse Stabilität erreicht zu haben, wenngleich auch nicht von einem Trend zur Wahl der SE & Co. KGaA gesprochen werden kann. Die SE & Co. KG wird dagegen deutlich häufiger gewählt und hat auch in den letzten Jahren nicht an Attraktivität verloren, wie der Anstieg ihrer Zahl um knapp dreißig weitere

---

<sup>170</sup> Vgl. *Blaum*, in: Westermann/Wertenbruch, Hdb Personengesellschaften, Rn. I 3378; *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 22 Rn. 1 ff., § 28 Rn. 35; *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 3 Rn. 32q; für die SE & Co. KGaA *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 278 Rn. 8; *Arnold*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 278 AktG Rn. 6.

<sup>171</sup> Vgl. *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, ZHR Beiheft 77 (2015), S. 154 (165).

<sup>172</sup> Vgl. *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, ZHR Beiheft 77 (2015), S. 154 (165 f.).

<sup>173</sup> Recherche am 17.9.2018 im Gemeinsamen Registerportal der Länder ([https://www.handelsregister.de/rp\\_web/welcome.do](https://www.handelsregister.de/rp_web/welcome.do)) unter der erweiterten Suche mit den Suchbegriffen „SE & Co. KG“ und „SE & Co. KGaA“ mit der Einschränkung „den genauen Firmennamen enthalten“.

<sup>174</sup> Recherche am 19.8.2021 im Gemeinsamen Registerportal der Länder ([https://www.handelsregister.de/rp\\_web/welcome.do](https://www.handelsregister.de/rp_web/welcome.do)) unter der erweiterten Suche mit den Suchbegriffen „\* SE & Co. KG“ und „\* SE & Co. KGaA“ mit der Einschränkung „den genauen Firmennamen enthalten“.

Gesellschaften zeigt. Es ist jedoch festzustellen, dass die Firmierung einiger SE & Co. KG darauf schließen lässt, dass die Gesellschaften jeweils einer Unternehmensgruppe angehören.<sup>175</sup> Es erscheint als würde die SE & Co. KG, ist sie einmal in der Unternehmensgruppe etabliert, für weitere Konzernunternehmen gerne wieder gewählt.

Dabei finden sich SE & Co. KG und SE & Co. KGaA in verschiedensten Branchen, wie Medizintechnik und Gesundheit (z.B. Fresenius SE & Co. KGaA, CompuGroup Medical SE & Co. KGaA, Schön Klinik Hamburg SE & CO. KG), Einzelhandel (z.B. ALDI SE & Co. KG, OBI Group Holding SE & Co. KGaA) und Medien (Bertelsmann SE & Co. KGaA, Edel SE & Co. KGaA). Unter den SE & Co. sind viele große Unternehmen wie ALDI SE & Co. KG, Fresenius SE & Co. KGaA und Bertelsmann SE & Co. KGaA vertreten. Aber auch bekannte jüngere Unternehmen wie die HelloFresh Deutschland SE & Co. KG haben die SE & Co. KG für sich entdeckt.

## **B. Gründung der SE & Co.**

Die Gründung einer SE & Co. KG oder einer SE & Co. KGaA kann auf unterschiedlichen Wegen erfolgen. Zu unterscheiden ist in erster Linie nach der Ausgangssituation: Zunächst kann eine originäre Neugründung geplant sein, d.h. sowohl die Komplementär-SE als auch die KG bzw. KGaA sollen neu gegründet werden. Häufig wird ein Unternehmen, für welches die SE & Co. interessant sein kann, jedoch bereits in anderer Form existieren. Ist der Ausgangsrechtsträger bereits eine Kapitalgesellschaft & Co. gibt es verschiedene Möglichkeiten, diese in eine SE & Co. zu transformieren. Die Praxis zeigt darüber hinaus, dass viele SE & Co. KGaA im Wege des Formwechsels gegründet werden, wobei der Ausgangsrechtsträger meist eine AG oder eine GmbH ist.

### **I. Neugründung der SE & Co.**

Die SE & Co. KG entsteht durch Abschluss des KG-Vertrags mit der bereits bestehenden oder zu diesem Zwecke neu gegründeten SE als Komplementärin und mindestens einem weiteren Gesellschafter als Kommanditist.<sup>176</sup> Die Gründung der SE & Co. KGaA erfolgt durch die notarielle Beurkundung der Satzung, an der alle

---

<sup>175</sup> Als Beispiele seien genannt die insgesamt sechs ALDI SE & Co. Kommanditgesellschaften mit verschiedenen Unternehmenssitzen oder die insgesamt sechzehn Schön Kliniken, die als SE & Co. Kommanditgesellschaften firmieren.

<sup>176</sup> Vgl. für die GmbH & Co. KG *Ihrig*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 10 Rn. 2.

persönlich haftenden Gesellschafter und alle Kommanditaktionäre, die Aktien übernehmen, mitwirken, sowie die Übernahme aller Aktien durch die Kommanditaktionäre (§§ 280 AktG, 278 Abs. 3 i.V.m. 29 AktG).<sup>177</sup> Zum Zwecke der Etablierung einer SE & Co. kann die Komplementär-SE neu gegründet werden. Soll das Durchlaufen des Gründungsprozesses der SE vermieden werden, so kommt der – unproblematische – Kauf einer Vorrats-SE in Betracht.

## 1. Gründung der Komplementär-SE

### a) Gründungsformen nach der SE-VO

Für die Gründung einer SE sieht Art. 2 SE-VO einen *numerus clausus* der Gründungsformen vor.<sup>178</sup> Danach kann eine SE durch Verschmelzung, als Holding-SE, als Tochter-SE oder durch Formwechsel gegründet werden. Im Einzelnen:<sup>179</sup>

Die Verschmelzungsgründung ist in Art. 2 Abs. 1, 17 ff. SE-VO geregelt. Sie steht Aktiengesellschaften i.S.d. Anhangs I zur SE-VO<sup>180</sup> offen, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründet worden sind und ihren Sitz sowie ihre Hauptverwaltung in der Gemeinschaft haben. Für die Bundesrepublik Deutschland kommt als Gründungsgesellschaft damit nach herrschender Auffassung ausschließlich die AG, nicht jedoch die KGaA in Betracht.<sup>181</sup> Gleichgestellt ist aufgrund Art. 3 Abs. 1 SE-VO die SE.<sup>182</sup> Weiterhin muss das sogenannte

---

<sup>177</sup> Vgl. *Bürgers*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 4 Rn. 21 f.

<sup>178</sup> Vgl. *Habersack*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 2 SE-VO Rn. 1; *Veil*, in: KK-AktG, Art. 2 SE-VO Rn. 2.

<sup>179</sup> Im Folgenden soll ein Überblick über die möglichen Gründungsvarianten gegeben werden. Im Detail zu den erforderlichen Schritten zur Gründung einer SE: *Jannott*, in: Jannott/Frodermann, Hdb der Europäischen Aktiengesellschaft, Kap. 3 Rn. 27 ff.; *Spitzbart*, RNotZ 2006, 369 (387 ff.); *Vossius*, ZIP 2005, 741 (743 ff.).

<sup>180</sup> Anhang I zur SE-VO listet die Aktiengesellschaften i.S.d. Art. 2 Abs. 1 SE-VO für die einzelnen Mitgliedstaaten auf. Für die Bundesrepublik Deutschland wird in Anhang I ausschließlich die AG genannt.

<sup>181</sup> Vgl. *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, Art. 2 SE-VO Rn. 8; *Habersack*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 2 SE-VO Rn. 5 m.w.N.; *Veil*, in: KK-AktG, Art. 2 SE-VO Rn. 14. Dagegen wird teilweise vertreten, auch die KGaA sei als Gründungsgesellschaft zuzulassen: *Casper*, in: BeckOGK-SE, Art. 2 SE-VO Rn. 7 (Stand 1.6.2021); *Oechsler*, in: MüKo-AktG, Art. 2 SE-VO Rn. 25. Die Mindermeinung argumentiert mit einem Umkehrschluss daraus, dass die KGaA in Anhang II (s. Fn. 186) nicht erwähnt werde und daher ebenfalls unter Anhang I zu fassen sei. Hiergegen *Habersack*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 2 SE-VO Rn. 5, der überzeugend darauf hinweist, dass dem Verordnungsgeber die Existenz der KGaA bekannt sei, er diese also bewusst nicht in die Aufzählung in Anhang I und II zur SE-VO aufgenommen habe.

<sup>182</sup> Vgl. *Casper*, in: BeckOGK-SE, Art. 2 SE-VO Rn. 7 (Stand 1.6.2021); *Habersack*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 2 SE-VO Rn. 5.

„Mehrstaatlichkeitserfordernis“<sup>183</sup> erfüllt sein, d.h. mindestens zwei der an der Verschmelzung beteiligten Aktiengesellschaften müssen dem Recht unterschiedlicher Mitgliedstaaten unterliegen. Für die Frage, welchem Recht die Gründungsgesellschaften unterliegen, kommt es dabei grundsätzlich auf Belegenheit des Sitzungssitzes an.<sup>184</sup> Gemäß Art. 17 Abs. 2 Satz 1 SE-VO kann die Gründung durch Verschmelzung zur Aufnahme oder zur Neugründung erfolgen. Bei der Verschmelzung zur Aufnahme, findet ein Formwechsel der aufnehmenden Gesellschaft in eine SE statt (Art. 17 Abs. 2 Satz 2 SE-VO). Bei der Verschmelzung zur Neugründung ist die neu gegründete Gesellschaft eine SE (Art. 17 Abs. 2 Satz 3 SE-VO). Die Verschmelzungsgründung kann sich auch anbieten, um aus einer bestehenden Kapitalgesellschaft & Co. in die SE & Co. zu wechseln.<sup>185</sup>

Die Gründung einer Holding-SE vollzieht sich nach Art. 2 Abs. 2, 32 ff. SE-VO. Sie kann durch Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung i.S.d. Anhangs II zur SE-VO<sup>186</sup> durchgeführt werden, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründet worden sind und ihren Sitz sowie ihre Hauptverwaltung in der Gemeinschaft haben. Gründungsgesellschaften aus der Bundesrepublik Deutschland können die AG sowie die GmbH (auch die UG (haftungsbeschränkt)), nicht aber die KGaA, sein.<sup>187</sup> Das Mehrstaatlichkeitserfordernis ist erfüllt, wenn mindestens zwei von ihnen (i) dem Recht unterschiedlicher Mitgliedstaaten unterliegen oder (ii) seit mindestens zwei Jahren eine dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterliegende Tochtergesellschaft<sup>188</sup> oder eine Zweigniederlassung in einem anderen Mitgliedstaat haben.

Die Gründung der Holding-SE erfolgt, indem die Gesellschafter der Gründungsgesellschaften ihre Aktien bzw. Anteile an der jeweiligen

---

<sup>183</sup> Vgl. *Habersack*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 2 SE-VO Rn. 9; *Veil*, in: KK-AktG, Art. 2 SE-VO Rn. 4.

<sup>184</sup> Vgl. *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, Art. 2 SE-VO Rn. 12; *Habersack*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 2 SE-VO Rn. 9; *Veil*, in: KK-AktG, Art. 2 SE-VO Rn. 17. Zur Behandlung des Mehrstaatlichkeitserfordernisses bei Auseinanderfallen von Sitzungssitz und Verwaltungssitz *Casper*, in: BeckOGK-SE, Art. 2 SE-VO Rn. 8 (Stand 1.6.2021) und *Oechsler*, in: MüKo-AktG, Art. 2 SE-VO Rn. 26.

<sup>185</sup> Hierzu sogleich unter Abschnitt B.II.3 und Abschnitt B.II.4.

<sup>186</sup> Anhang II zur SE-VO listet die Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung i.S.d. Art. 2 Abs. 2 SE-VO für die einzelnen Mitgliedstaaten auf. Für die Bundesrepublik Deutschland werden die AG und die GmbH genannt.

<sup>187</sup> Vgl. *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, Art. 2 SE-VO Rn. 16; *Habersack*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 2 SE-VO Rn. 13.

<sup>188</sup> Zum umstrittenen Begriff der Tochtergesellschaft i.S.d. Art. 2 SE-VO sogleich unter Abschnitt B.I.1.b).

Gründungsgesellschaft in die zu errichtende SE einbringen. Hierdurch werden die Gründungsgesellschaften zu Tochtergesellschaften der SE. Eine solche originäre Holdinggründung ist außerhalb der SE-VO wegen § 71a Abs. 2 AktG nicht möglich und dem deutschen Recht deshalb grundsätzlich fremd.<sup>189</sup> Aufgrund der hieraus resultierenden Unsicherheiten ist die Holding-Gründung in der Praxis weniger verbreitet<sup>190</sup> und wird im Folgenden daher nicht näher betrachtet.

Art. 2 Abs. 3, 35 f. SE-VO regeln die Tochter-SE-Gründung. Gründer einer Tochter-SE können Gesellschaften i.S.d. Art. 54 AEUV<sup>191</sup> sowie juristische Personen des öffentlichen oder privaten Rechts sein, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründet worden sind und ihren Sitz sowie ihre Hauptverwaltung in der Gemeinschaft haben. Die Tochtergründung steht damit einem deutlich größeren Kreis von Gründern zur Verfügung. Ausgeschlossen sind allein natürliche Personen.<sup>192</sup> Vereinzelt wird das Erfordernis einer wirtschaftlichen Tätigkeit der an der Gründung beteiligten Gesellschaften befürwortet.<sup>193</sup> Die herrschende Auffassung in der Literatur lehnt dies jedoch unter Verweis auf die anderenfalls überflüssige Aufzählung juristischer Personen des öffentlichen und privaten Rechts sowie auf die historische Entwicklung des Art. 2 Abs. 3 SE-VO ab, da das im ursprünglichen Entwurf enthaltene Erfordernis der wirtschaftlichen Tätigkeit im Gesetzgebungsverfahren gestrichen wurde.<sup>194</sup>

Auch für die Gründung einer Tochter-SE gilt das Mehrstaatlichkeitserfordernis. Voraussetzung für die Mehrstaatlichkeit ist auch hier, dass mindestens zwei der Gründungsgesellschaften (i) dem Recht unterschiedlicher Mitgliedstaaten unterliegen oder (ii) seit mindestens zwei Jahren eine dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterliegende Tochtergesellschaft oder eine Zweigniederlassung in einem anderen Mitgliedstaat haben. Im Übrigen vollzieht sich die Tochtergründung auf dem herkömmlichen Weg durch Feststellung der Satzung, Zeichnung der

---

<sup>189</sup> Vgl. *Casper*, in: BeckOGK-SE, Art. 2 SE-VO Rn. 10 (Stand 1.6.2021); *Oechsler*, in: MüKo-AktG, Art. 2 SE-VO Rn. 29; *Veil*, in: KK-AktG, Art. 2 SE-VO Rn. 22.

<sup>190</sup> Vgl. *Oechsler*, in: MüKo-AktG, Art. 2 SE-VO Rn. 29 m.w.N.; *Veil*, in: KK-AktG, Art. 2 SE-VO Rn. 22.

<sup>191</sup> Art. 2 Abs. 3 SE-VO verweist insoweit noch auf die Vorgängernorm Art. 48 Abs. 2 EGV.

<sup>192</sup> Vgl. *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, Art. 2 SE-VO Rn. 22; *Habersack*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 2 SE-VO Rn. 19.

<sup>193</sup> Vgl. *Schwarz*, SE-VO, Art. 2 Rn. 89.

<sup>194</sup> Vgl. *Casper*, in: BeckOGK-SE, Art. 2 SE-VO Rn. 15 (Stand 1.6.2021); *Habersack*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 2 SE-VO Rn. 19; *Oechsler*, in: MüKo-AktG, Art. 2 SE-VO Rn. 40; *Veil*, in: KK-AktG, Art. 2 SE-VO Rn. 37; *Casper*, AG 2007, 97 (99).

Aktien und Leistung der Einlagen im Wege der Bar- oder Sachgründung.<sup>195</sup> Die Tochtergründung ist in der Praxis verbreitet.<sup>196</sup> Sie wird oftmals als geeignete Variante zur Gründung einer SE im Konzern genutzt.<sup>197</sup>

Gemäß Art. 2 Abs. 4, 37 SE-VO ist auch die Gründung durch Umwandlung möglich. Diese Gründungsvariante ist Aktiengesellschaften vorbehalten, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründet worden sind und ihren Sitz sowie ihre Hauptverwaltung in der Gemeinschaft haben. In der Bundesrepublik Deutschland kann sich damit nur eine AG an einer Umwandlungsgründung beteiligen.<sup>198</sup> Zur Erfüllung des Mehrstaatlichkeitserfordernisses muss diese Aktiengesellschaft seit mindestens zwei Jahren eine dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterliegende Tochtergesellschaft haben. Eine Zweigniederlassung ist in dieser Gründungsvariante nicht ausreichend.<sup>199</sup> Die Gründung durch Umwandlung erfolgt im Wege des identitätswahrenden Formwechsels der AG in eine SE (vgl. Art. 37 Abs. 2 SE-VO).<sup>200</sup> Anlässlich der Umwandlung darf gemäß Art. 37 Abs. 3 SE-VO keine Sitzverlegung stattfinden. Die Umwandlungsgründung kann auch einen Weg von der Kapitalgesellschaft & Co. in die SE & Co. eröffnen.<sup>201</sup>

---

<sup>195</sup> Vgl. *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, Art. 2 SE-VO Rn. 21; *Habersack*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 2 SE-VO Rn. 18. Art. 2 Abs. 3 SE-VO erfasst nicht den Fall der Ausgründung einer Tochter-SE im Wege der Spaltung; diese ist der Gründung nach Art. 3 Abs. 2 SE-VO vorbehalten (hierzu sogleich): *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, Art. 2 SE-VO Rn. 21; *Habersack*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 2 SE-VO Rn. 18.

<sup>196</sup> Vgl. *Veil*, in: KK-AktG, Art. 2 SE-VO Rn. 36.

<sup>197</sup> Vgl. auch *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, ZHR Beiheft 77 (2015), S. 154 (167), die z.B. für die Überführung einer KG in eine SE & Co. KG das Beispiel anführen, dass die bestehende KG gemeinsam mit einer ausländischen Konzerngesellschaft eine Tochter-SE gründen könne, deren Anteile später auf die letztlich vorgesehenen Anteilhaber übertragen werden könnten.

<sup>198</sup> Zwar fehlt in Art. 2 Abs. 4 der Verweis auf Anhang I zur SE-VO, jedoch ist nach ganz herrschender Auffassung auch bei der Umwandlungsgründung für Deutschland nur die AG geeignete Gründungsgesellschaft, nicht auch die KGaA: *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, Art. 2 SE-VO Rn. 24; *Habersack*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 2 SE-VO Rn. 22; *Veil*, in: KK-AktG, Art. 2 SE-VO Rn. 42; a.A. *Oechsler*, in: MüKo-AktG, Art. 2 SE-VO Rn. 47. Die SE steht insoweit der AG nicht gleich (Art. 3 Abs. 1 SE-VO verweist nicht auf Art. 2 Abs. 4 SE-VO): *Habersack*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 2 SE-VO Rn. 22.

<sup>199</sup> Vgl. *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, Art. 2 SE-VO Rn. 25; *Casper*, in: BeckOGK-SE, Art. 2 SE-VO Rn. 17 (Stand 1.6.2021); *Habersack*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 2 SE-VO Rn. 22; *Oechsler*, in: MüKo-AktG, Art. 2 SE-VO Rn. 48.

<sup>200</sup> Vgl. *Habersack*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 2 SE-VO Rn. 21; *Oechsler*, in: MüKo-AktG, Art. 2 SE-VO Rn. 46.

<sup>201</sup> Hierzu sogleich unter Abschnitt B.II.2.

Schließlich enthält Art. 3 Abs. 2 SE-VO noch die Möglichkeit der Ausgründung einer Tochter-SE aus einer Mutter-SE. Die Gründung der Tochter-SE kann im Wege der Bar- oder Sachgründung (Art. 15 Abs. 1 SE-VO i.V.m. §§ 23 ff. AktG) oder im Wege der Ausgliederung durch Neugründung (Art. 15 Abs. 1 SE-VO i.V.m. § 123 Abs. 3 UmwG) erfolgen.<sup>202</sup> Da diese Sekundärgründung nur in den seltenen Fällen, dass in einer Unternehmensgruppe bereits eine SE besteht, in Frage kommt, soll sie im Folgenden nicht eingehender behandelt werden. Sie wird allerdings durch gewerbliche Anbieter von Vorratsgesellschaften zur Gründung von Vorrats-SE genutzt.<sup>203</sup>

#### **b) Begriff der Tochtergesellschaft i.S.d. Art. 2 SE-VO**

Entscheidend für das Vorliegen der Gründungsvoraussetzungen ist neben der Rechtsform der Gründer vor allem das Mehrstaatlichkeitserfordernis. Dabei wird sich meist die Frage stellen, ob die Gründer eine dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterliegende Tochtergesellschaft haben. Da die SE-VO selbst den Begriff der Tochtergesellschaft nicht definiert, ist eine autonome Auslegung vorzunehmen. Hierzu werden verschiedene Ansätze vertreten. Nach einer Auffassung sei die Definition in Art. 3 Abs. 1 lit. b) der Mutter-Tochter-Richtlinie<sup>204</sup> heranzuziehen.<sup>205</sup> Hiernach ist eine Tochtergesellschaft eine Gesellschaft, an der die Muttergesellschaft mindestens 25 % des Kapitals hält. Andere wollen auf die Definition des Art. 1 der Konzernbilanzrichtlinie<sup>206</sup> bzw.

---

<sup>202</sup> Vgl. zu den Gründungsvarianten: *Habersack*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 3 SE-VO Rn. 10 ff.; *Casper*, in: BeckOGK-SE, Art. 2 SE-VO Rn. 18 (Stand 1.6.2021).

<sup>203</sup> Vgl. hierzu unter Abschnitt B.I.2.

<sup>204</sup> Richtlinie 90/435/EWG des Rates vom 23. Juli 1990 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten, ABl. Nr. L 225 v. 20.8.1990 S. 6.

<sup>205</sup> Vgl. *Wenz*, Die Societas Europaea (SE), S. 52.

<sup>206</sup> Siebente Richtlinie 83/349/EWG des Rates vom 13. Juni 1983 aufgrund von Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages über den konsolidierten Abschluß, ABl. Nr. L 193 v. 18.7.1983, S. 1.

Art. 2 der EU-Bilanz-Richtlinie<sup>207</sup> zurückgreifen.<sup>208</sup> Nach Art. 1 der Konzernbilanzrichtlinie muss das Mutterunternehmen

- a) bei dem Tochterunternehmen die Mehrheit der Stimmrechte haben oder
- b) das Recht haben, die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans des Tochterunternehmens zu bestellen oder abuberufen und gleichzeitig Aktionär oder Gesellschafter dieses Unternehmens sein oder
- c) das Recht haben, auf ein Tochterunternehmen, dessen Aktionär oder Gesellschafter es ist, einen beherrschenden Einfluss aufgrund eines mit diesem Unternehmen geschlossenen Vertrags oder aufgrund einer Satzungsbestimmung dieses Unternehmens auszuüben oder
- d) Aktionär oder Gesellschafter eines Unternehmens ist und
  - aa) allein durch die Ausübung seiner Stimmrechte die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans dieses Tochterunternehmens, die während des Geschäftsjahres sowie des vorhergehenden Geschäftsjahres bis zur Erstellung des konsolidierten Abschlusses im Amt sind, bestellt worden sind, oder
  - bb) aufgrund einer Vereinbarung mit anderen Aktionären oder Gesellschaftern dieses Unternehmens allein über die Mehrheit der Stimmrechte der Aktionäre oder Gesellschafter dieses Tochterunternehmens verfügt.

Nach Art. 2 Nr. 10 der EU-Bilanz-Richtlinie ist ein Tochterunternehmen ein von einem Mutterunternehmen kontrolliertes Unternehmen, einschließlich jedes mittelbar kontrollierten Tochterunternehmens eines Mutterunternehmens. Nach

---

<sup>207</sup> Richtlinie 2013/345/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates, ABl. Nr. L 182 v. 29.6.2013, S. 19.

<sup>208</sup> Vgl. *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, Art. 2 SE-VO Rn. 18; *Veil*, in: KK-AktG, Art. 2 SE-VO Rn. 30; Für eine Gesamtschau aus verschiedenen Richtlinien *Casper*, in: BeckOGK-SE, Art. 2 SE-VO Rn. 12 (Stand 1.6.2021), wonach von einem Tochterunternehmen dann gesprochen werden könne, wenn die Muttergesellschaft über die Mehrheit der Stimmrechte verfügt oder einen beherrschenden Einfluss ausüben kann.

einer weiteren Ansicht sei die Definition aus Art. 2 lit. c) der SE-Richtlinie<sup>209</sup> anzuwenden.<sup>210</sup> Tochtergesellschaft einer Gesellschaft sei danach ein Unternehmen, auf das die betreffende Gesellschaft einen beherrschenden Einfluss i.S.d Art. 3 Abs. 2 bis 7 der Richtlinie 94/45/EG<sup>211</sup> ausübt. Der Verweis auf die Richtlinie 94/45/EG ist heute gemäß Art. 17 Abs. 2 EBR-RL als Verweis auf diese Neufassung aus dem Jahr 2009 zu lesen.<sup>212</sup> Nach der EBR-RL liegt ein beherrschender Einfluss in der Regel dann vor, wenn ein Unternehmen in Bezug auf ein anderes Unternehmen direkt oder indirekt

- a) die Mehrheit des gezeichneten Kapitals dieses Unternehmens besitzt oder
- b) über die Mehrheit der mit den Anteilen am anderen Unternehmen verbundenen Stimmrechte verfügt oder
- c) mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans des anderen Unternehmens bestellen kann.

Da die steuerlich geprägte Definition der Mutter-Tochter-Richtlinie allein auf eine kapitalmäßige Beteiligung der Mutter abstellt, liegt ihre Anwendung für die Zwecke der SE-VO eher fern.<sup>213</sup> Es kommt in diesem Zusammenhang nicht nur auf die Kapitalverflechtungen zwischen den Gesellschaften an. Am sachnächsten erscheint es, die Definition aus der SE-Richtlinie heranzuziehen.<sup>214</sup> Dabei sprechen die Tatsachen, dass diese nach ihrem Wortlaut nur „für die Zwecke dieser

---

<sup>209</sup> Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8. Oktober 2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABl. Nr. L 294 v. 10.11.2001, S. 22. Im Detail zur Definition der Tochtergesellschaft i.S.d. Art. 2 lit. c) SE-RL unter Abschnitt D.II.2.a).

<sup>210</sup> Vgl. *Habersack*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 2 SE-VO Rn. 15; *Jannott*, in: Jannott/Frodermann, Hdb der Europäischen Aktiengesellschaft, Kap. 3 Rn. 13 (der aber insoweit auf den Beschluss des Arbeitsgerichts Stuttgart v. 29.4.2008 verweist, welcher sich jedoch auf den Begriff der Tochtergesellschaft im SEBG bezieht und für die Zwecke der SE-VO und des SEAG den jeweiligen nationalen Konzernbegriff des Sitzstaats der SE für einschlägig hält, ArbG Stuttgart, Beschl. v. 29.4.2008 – 12 BV 109/07, juris, Rn. 88; *Oechsler*, in: MüKo-AktG, Art. 2 SE-VO Rn. 33; *Schröder*, in: Manz/Mayer/Schröder, Europäische Aktiengesellschaft, Art. 2 SE-VO Rn. 61.

<sup>211</sup> Richtlinie 94/45/EG des Rates vom 22. September 1994 über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen, ABl. Nr. L 254 vom 30.9.1994, S. 64.

<sup>212</sup> Vgl. auch *Jacobs*, in: MüKo-AktG, § 2 SEBG Rn. 9 Fn. 3; *Gaul/Ludwig/Forst*, Europäisches Mitbestimmungsrecht, § 2 Rn. 88; *Forst*, ZESAR 2010, 154 (157).

<sup>213</sup> Vgl. auch *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, Art. 2 SE-VO Rn. 18; *Veil*, in: KK-AktG, Art. 2 SE-VO Rn. 30.

<sup>214</sup> So insbesondere *Habersack*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 2 SE-VO Rn. 15 und *Oechsler*, in: MüKo-AktG, Art. 2 SE-VO Rn. 33.

Richtlinie<sup>215</sup> gilt und eine arbeitsrechtliche Prägung hat, nicht zwingend gegen die Heranziehung der Definition auch im Gründungskontext. Soweit aus vorgenannten Gründen aber der Definition aus der Konzern- bzw. EU-Bilanz-Richtlinie der Vorzug gegeben wird, handelt es sich um eine eher theoretische Kontroverse, die praktisch selten zu unterschiedlichen Ergebnissen führen wird.<sup>216</sup> Beide Definitionen stellen auf die Kontrollausübung bzw. den beherrschenden Einfluss der Muttergesellschaft auf die Tochtergesellschaft ab. Danach wäre auch eine mittelbare Tochtergesellschaft erfasst.<sup>217</sup> Jedenfalls nicht ausreichend sei eine Minderheitsbeteiligung im Ausland ohne beherrschenden Einfluss.<sup>218</sup>

In der Praxis wird in der Regel eindeutig sein, ob die Gründungsgesellschaft eine dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterliegende Tochtergesellschaft hat. Zweifelhafte kann das Vorliegen einer Tochtergesellschaft sein, wenn bei der Umwandlung einer Kapitalgesellschaft & Co. in eine SE & Co. eine Komplementärgesellschaft als Gründerin fungieren soll.<sup>219</sup> Bei erheblichen Zweifeln sollte auf den Kauf einer Vorrats-SE ausgewichen werden.

### c) **Rechtspersönlichkeit und Komplementärfähigkeit der Vor-SE**

Die SE erwirbt ihre Rechtspersönlichkeit am Tag ihrer Eintragung in das in Art. 12 SE-VO genannte Register (Art. 16 Abs. 1 SE-VO), in der Bundesrepublik Deutschland in das Handelsregister (§ 3 SEAG). Grundsätzlich kann nach Art. 12 Abs. 2 SE-VO eine SE erst dann im Handelsregister eingetragen werden, wenn

- eine Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer gemäß Art. 4 der SE-RL<sup>220</sup> geschlossen worden ist,

---

<sup>215</sup> Art. 2 der Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8. Oktober 2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABl. Nr. L 294 v. 10.11.2001, S. 22.

<sup>216</sup> Vgl. *Oechsler*, in: MüKo-AktG, Art. 2 SE-VO Rn. 33, wonach die Gegenansichten nicht zu Unterschieden in der Sache gelangten. *Bücker*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 37 SE-VO Rn. 14 weist darauf hin, dass der Begriffskern der Tochtergesellschaft nach Art. 2 Abs. 4 SE-VO sich weitgehend mit dem des Tochterunternehmens nach § 290 HGB decke, dass in den meisten Fällen die Tochtereigenschaft aber ohnehin unproblematisch festzustellen sei.

<sup>217</sup> Vgl. *Bücker*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 37 SE-VO Rn. 14; *Jannott*, in: Jannott/Frodermann, Hdb der Europäischen Aktiengesellschaft, Kap. 3 Rn. 13; *Schröder*, in: Manz/Mayer/Schröder, Europäische Aktiengesellschaft, Art. 2 SE-VO Rn. 61.

<sup>218</sup> Vgl. *Jannott*, in: Jannott/Frodermann, Hdb der Europäischen Aktiengesellschaft, Kap. 3 Rn. 13.

<sup>219</sup> Siehe hierzu näher unter Abschnitt B.II.2.

<sup>220</sup> Im deutschen Recht umgesetzt durch § 21 SEBG.

- ein Beschluss über die Nichtaufnahme oder den Abbruch der Verhandlungen nach Art. 3 Abs. 6 der SE-RL<sup>221</sup> gefasst worden ist oder
- die Verhandlungsfrist nach Art. 5 der SE-RL<sup>222</sup> abgelaufen ist, ohne dass eine Vereinbarung zustande gekommen ist.

Damit soll sichergestellt werden, dass eine SE nicht ohne die Durchführung eines Verfahrens über die Beteiligung der Arbeitnehmer gegründet werden kann.<sup>223</sup> Die Eintragung ist also abhängig vom Ablauf des damit grundsätzlich zwingend durchzuführenden Beteiligungsverfahrens.<sup>224</sup> Das Verfahren kann bis zu sechs Monaten ab Einsetzung des bVG, bei Verlängerung sogar bis zu einem Jahr dauern.<sup>225</sup> Oftmals wird dem Unternehmer daran gelegen sein, diese Zeitspanne nicht abwarten zu müssen. Neben der Möglichkeit des Kaufs einer Vorrats-SE<sup>226</sup> kann sich daher zunächst auch die Frage stellen, ob die SE sich im Gründungsstadium bereits als Komplementärin an der KG bzw. KGaA beteiligen kann.

Grundsätzlich sind auch Vorgesellschaften komplementärfähig. Dies ist für die Vor-GmbH und die Vor-AG bereits höchstrichterlich entschieden.<sup>227</sup> Aus Haftungsgründen sei jedoch dazu zu raten, die Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister abzuwarten, bevor diese sich an der KG oder KGaA beteiligt.<sup>228</sup>

Bei der SE ist bereits die Anerkennung einer Vor-SE umstritten.<sup>229</sup> Zum Teil wird diese mit dem Argument abgelehnt, dass Art. 16 Abs. 2 SE-VO eine abschließende Regelung der Handelndenhaftung darstelle.<sup>230</sup> Nach verbreiteter Ansicht stehe aber

---

<sup>221</sup> Im deutschen Recht umgesetzt durch § 16 SEBG.

<sup>222</sup> Im deutschen Recht umgesetzt durch § 20 SEBG.

<sup>223</sup> Vgl. *Schäfer*, in: MüKo-AktG, Art. 12 SE-VO Rn. 5; *Schürmbrand*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 12 SE-VO Rn. 1.

<sup>224</sup> Hierzu näher unter Abschnitt D.II.

<sup>225</sup> § 20 SEBG.

<sup>226</sup> Siehe hierzu unter Abschnitt B.I.2.

<sup>227</sup> Vgl. für die Vor-GmbH BGHZ 80, 129; für die Vor-AG BGHZ 117, 323.

<sup>228</sup> Vgl. für die Beteiligung einer Vor-GmbH als Komplementärin der KG *Ihrig*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 10 Rn. 4, 23. Zu den Haftungsrisiken vor Eintragung der GmbH & Co. KG im Einzelnen *Ihrig*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 12.

<sup>229</sup> Vgl. zum Streitstand *Casper*, Der Konzern 2007, 244 ff., *Maul*, in: KK-AktG, Art. 16 SE-VO Rn. 4.

<sup>230</sup> Vgl. *Hirte*, NZG 2002, 1 (4); *Vossius*, ZIP 2005, 741 (742).

der Anerkennung einer Vor-SE als rechtsfähige Gesamthandsgesellschaft *sui generis* nichts entgegen.<sup>231</sup>

Die Vor-SE ist nach hier vertretener Auffassung anzuerkennen. Art. 16 Abs. 2 SE-VO regelt zwar die Haftung für den Fall, dass vor Eintragung Rechtshandlungen für die SE vorgenommen wurden, allerdings ist Art. 16 Abs. 2 SE-VO nach seinem Wortlaut nicht zwingend abschließend zu verstehen. Auch ein entsprechender Wille des europäischen Gesetzgebers ist nicht festzustellen.<sup>232</sup> Wahrscheinlicher ist, dass Art. 16 Abs. 2 SE-VO nur eine „rudimentäre“<sup>233</sup> Regelung enthält und die weitere Behandlung der SE vor Eintragung nach Art. 15 Abs. 1 SE-VO dem nationalen Recht überlassen werden sollte.

Ein Bedürfnis für die Vor-SE gebe es jedoch nicht bei der Gründung im Wege des Formwechsels bzw. bei der Verschmelzung durch Aufnahme, da hier jeweils eine rechtsfähige Gesellschaft bestehe, deren Verbindlichkeiten auf die SE übergangen bzw. bei Scheitern der Gründung beim Ausgangsrechtsträger verblieben.<sup>234</sup> Die Vor-SE entstehe aber bei der Gründung einer Tochter-SE mit Errichtung der Gesellschaft durch Feststellung der Satzung und Übernahme sämtlicher Aktien durch die Gründer. Bei der Verschmelzung zur Neugründung entstehe die Vor-SE mit dem letzten Beschluss der Hauptversammlung, der zur Wirksamkeit des Verschmelzungsvertrags führe, und bei der Gründung einer Holding-SE mit dem letzten zustimmenden Hauptversammlungsbeschluss zum Gründungsplan.<sup>235</sup>

Die Einordnung als Gesamthandsgesellschaft wird gleichwohl nach Aufgabe des Gesamthandsbegriffs durch das zum 1.1.2024 in Kraft tretende MoPeG<sup>236</sup> zu

---

<sup>231</sup> Vgl. *Casper*, in: BeckOGK-SE, Art. 16 SE-VO Rn. 9 (Stand 1.6.2021); *ders.*, Der Konzern 2007, 244 (249); *Diekmann*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 16 SE-VO Rn. 21; *Maul*, in: KK-AktG, Art. 16 SE-VO Rn. 6; *Schröder*, in: Manz/Mayer/Schröder, Europäische Aktiengesellschaft, Art. 16 SE-VO Rn. 52 ff. Zur Frage, ob eine Vor-SE europäischer Prägung anzunehmen ist oder die Vor-SE nationalem Recht unterliegt *Casper*, Der Konzern 2007, 244 (248 f.), der sich für die Vor-SE nationaler Prägung ausspricht.

<sup>232</sup> Vgl. *Casper*, Der Konzern 2007, 244 (247).

<sup>233</sup> *Casper*, Der Konzern 2007, 244 (247).

<sup>234</sup> Vgl. *Casper*, in: BeckOGK-SE, Art. 16 SE-VO Rn. 10 (Stand 1.6.2021); *ders.*, Der Konzern 2007, 244 (249); *Diekmann*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 16 SE-VO Rn. 27; *Maul*, in: KK-AktG, Art. 16 SE-VO Rn. 13; *Schröder*, in: Manz/Mayer/Schröder, Europäische Aktiengesellschaft, Art. 16 SE-VO Rn. 3.

<sup>235</sup> Vgl. *Casper*, in: BeckOGK-SE, Art. 16 SE-VO Rn. 11 (Stand 1.6.2021); *Diekmann*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 16 SE-VO Rn. 30 ff. m.w.N., wobei bei der Holding-Gründung umstritten sei, ob auch die Einbringung der Mindestanteilsquote nach Art. 33 Abs. 2 SE-VO erforderlich ist.

<sup>236</sup> Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts vom 10.8.2021, BGBl. I 2021, S. 3436.

überdenken sein. Danach dürfte die Vor-SE als eigene Rechtsträgerin anzusehen sein. Dies wurde auch schon bisher in Bezug auf Vorgesellschaften so vertreten<sup>237</sup> und überzeugt. Der Gesetzgeber nennt die Vor-Kapitalgesellschaften an verschiedenen Stellen der Gesetzesbegründung zum MoPeG<sup>238</sup> und bringt damit zum Ausdruck, dass er diese trotz Abschaffung des Gesamthandmodells als Rechtsträger sieht.

Will man danach mit der herrschenden Auffassung die Vor-SE in den genannten Gründungsvarianten anerkennen, so muss sie, wie auch die Vor-AG, bereits komplementärfähig sein.<sup>239</sup> Auf die Vor-SE wird ebenso das nach deutschen Recht für die Vorgesellschaften bestehende Haftungsregime angewandt. Neben der Handelndenhaftung nach Art. 16 Abs. 2 SE-VO besteht daher eine Gründerhaftung in Form der Verlustdeckungshaftung, falls die Gründung scheitert, bzw. der Unterbilanzhaftung, falls die SE eingetragen wird.<sup>240</sup> Haftungsgesichtspunkte sprechen daher auch hier gegen die Beteiligung der SE als Komplementärin vor Eintragung. Wie noch zu zeigen sein wird, kann die Beteiligung der SE als Komplementärin im Gründungsstadium auch das Beteiligungsverfahren beeinflussen. Für den Fall, dass ein Abwarten der Eintragung nicht gewünscht ist, bietet sich daher eher der Kauf einer Vorrats-SE an.

## 2. Kauf einer Vorrats-SE

Da die Gründung der SE aufgrund der beschränkten Gründungsformen und dem notwendigen Durchlaufen des Beteiligungsverfahrens recht aufwendig sein kann, wird in der Praxis überwiegend auf den Kauf einer Vorrats-SE zurückgegriffen.<sup>241</sup> Vorratsgesellschaften können beispielsweise über hierauf spezialisierte gewerbliche Anbieter bestellt und erworben werden. Unter den betrachteten SE & Co. KGaA handelt es sich bei nahezu allen Komplementär-SE um aktivierte

---

<sup>237</sup> Vgl. für die Vor-GmbH *Altmeyden*, in: *Altmeyden, GmbHG*, § 11 Rn. 19.

<sup>238</sup> BT-Drs. 19/27635, S. 130, 259 und 271.

<sup>239</sup> Vgl. *Maul*, in: *KK-AktG*, Art. 16 SE-VO Rn. 11, wonach die Vor-SE sich an der Gründung anderer Gesellschaften beteiligen kann.

<sup>240</sup> Vgl. *Casper*, in: *BeckOGK-SE*, Art. 16 SE-VO Rn. 12 (Stand 1.6.2021); *Diekmann*, in: *Habersack/Drinhausen, SE-Recht*, Art. 16 SE-VO Rn. 36 ff. m.w.N. Die Haftung treffe dabei stets die Gründungsgesellschaften, nicht deren Gesellschafter.

<sup>241</sup> Vgl. *Binz/Sorg, GmbH & Co. KG*, § 22 Rn. 23; *Reichert/Ott*, in: *Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE*, ZHR Beiheft 77 (2015), S. 154 (168); *Sigle*, in: *FS Hommelhoff*, S. 1123 (1124).

Vorratsgesellschaften.<sup>242</sup> Theoretisch ist auch die Gründung einer eigenen Vorrats-SE denkbar, wenn in einer Unternehmensgruppe geeignete Gründungsgesellschaften vorhanden sind. Da auch in diesem Fall eines der zuvor beschriebenen Gründungsverfahren durchlaufen werden muss, wird hierauf nur selten zurückgegriffen werden. Die nachstehenden Ausführungen konzentrieren sich daher auf den Fall der Vorratsgründung durch gewerbliche Anbieter.

Die Vorrats-SE wird in der Regel durch andere Vorratsgesellschaften auf einem der vorgenannten Gründungswege, meist im Wege der Gründung einer Tochter-SE durch zwei Gesellschaften aus unterschiedlichen EU-Mitgliedstaaten oder der Sekundärgründung einer Tochter-SE, gegründet.<sup>243</sup> Die Gründung einer SE als Vorratsgesellschaft ist nach ganz herrschender Auffassung zulässig.<sup>244</sup> Auch soweit man mit der Mindermeinung das Erfordernis einer wirtschaftlichen Tätigkeit der Gründungsgesellschaften bejaht, wird man jedenfalls für die von gewerblichen Anbietern zur Vorratsgründung genutzten Gesellschaften eine solche wirtschaftliche Tätigkeit am Markt annehmen müssen.<sup>245</sup> Die Zulässigkeit der Gründung einer Vorrats-SE ist auch nicht durch Art.12 Abs. 2 SE-VO gehindert, der die Eintragung der SE grundsätzlich von der Durchführung eines Beteiligungsverfahrens abhängig macht. Aus § 5 SEBG und dem zugrundeliegenden Art. 3 Abs. 2 der SE-RL wird geschlossen, dass ein bVG nicht gebildet werden könne, wenn die SE, die betroffenen Tochtergesellschaften und die Gründungsgesellschaften zusammen nicht mindestens zehn Arbeitnehmer

---

<sup>242</sup> Bei einundzwanzig von zweiundzwanzig betrachteten Komplementär-SE handelte es sich um Vorratsgesellschaften bekannter Anbieter. Die Komplementärin OBI Group Holding Management SE firmierte zuvor als „Senta“ Verwaltungs- und Beteiligungs-SE mit dem Sitz in Mülheim an der Ruhr, dem Hauptsitz der Tengemann-Gruppe. Unternehmensgegenstand war die Verwaltung eigenen Vermögens sowie der Erwerb, das Halten und Verwalten von Beteiligungen. Hier wurde also auf eine bereits in der Unternehmensgruppe vorhandene Vorratsgesellschaft zurückgegriffen, die für die Übernahme der Komplementärstellung in der OBI Group Holding SE & Co. KGaA aktiviert wurde.

<sup>243</sup> Vgl. *Casper*, in: BeckOGK-SE, Art. 2 SE-VO Rn. 26 (Stand 1.6.2021); *Habersack*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 2 SE-VO Rn. 29; *Sigle*, in: FS Hommelhoff, S. 1123 (1124).

<sup>244</sup> Vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.3.2009 – 3 Wx 248/08, in: DNotZ 2009, 699 (701); *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, Art. 2 SE-VO Rn. 31; *Casper*, in: BeckOGK-SE, Art. 2 SE-VO Rn. 27 f. (Stand 1.6.2021); *Habersack*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 2 SE-VO Rn. 29; *Oechsler*, in: MüKo-AktG, Art. 2 SE-VO Rn. 53; *Schröder*, in: Manz/Mayer/Schröder, Europäische Aktiengesellschaft, Art. 2 SE-VO Rn. 77, 83; *Veil*, in: KK-AktG, Art. 2 SE-VO Rn. 49; so auch unter Darstellung des Meinungsstands und nach Prüfung eines möglichen Rechtsmissbrauchs *von der Höh*, Vorrats-SE, S. 150 f. Die Vorrats-SE kann dann beispielsweise mit dem Unternehmensgegenstand „Verwaltung des eigenen Vermögens“ eingetragen werden, Vgl. *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, Art. 2 SE-VO Rn. 32; *Veil*, in: KK-AktG, Art. 2 SE-VO Rn. 50.

<sup>245</sup> Vgl. *von der Höh*, Vorrats-SE, S. 153 f.

beschäftigen.<sup>246</sup> Damit kann bei der Gründung einer arbeitnehmerlosen Vorrats-SE durch ihrerseits ebenfalls arbeitnehmerlose Vorratsgesellschaften ein Beteiligungsverfahren nicht durchgeführt werden.

Zur Eintragung der Vorrats-SE im Handelsregister wird eine teleologische Reduktion des Art. 12 Abs. 2 SE-VO vorgenommen: Die Eintragung einer SE soll demnach auch dann möglich sein, wenn das Verhandlungsverfahren mangels einer hinreichenden Zahl an Arbeitnehmern nicht durchgeführt werden kann.<sup>247</sup> Demgegenüber wurde in der Entscheidung des LG Hamburg<sup>248</sup> die Eintragung zurecht versagt, weil zwar die SE keine Arbeitnehmer beschäftigte, wohl aber die Gründungsgesellschaften hinreichend Arbeitnehmer hatten.<sup>249</sup> Nur zum Teil wird die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens auch dann verlangt, wenn die an der Gründung beteiligten Gesellschaften und deren betroffene Tochtergesellschaften weniger als zehn Arbeitnehmer beschäftigen.<sup>250</sup> Im Regelfall der Gründung einer Vorrats-SE durch gewerbliche Anbieter werden weder die Gründungsgesellschaften noch etwaige betroffene Tochtergesellschaften Arbeitnehmer beschäftigen. Gegenüber dem Handelsregister ist im Hinblick auf Art. 12 Abs. 2 SE-VO eine Negativerklärung durch die Gründungsgesellschaften dahingehend abzugeben, dass die beteiligten Gesellschaften und die SE keine

---

<sup>246</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.3.2009 – 3 Wx 248/08, in: DNotZ 2009, 699 (700 f.); *Habersack*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 2 SE-VO Rn. 29; *Kiem*, in: KK-AktG, Art. 12 SE-VO Rn. 42; *Oechsler*, in: MüKo-AktG, Art. 2 SE-VO Rn. 53; *Schürnbrand*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 12 SE-VO Rn. 25; zweifelnd *Schröder*, in: Manz/Mayer/Schröder, Europäische Aktiengesellschaft, Art. 12 SE-VO Rn. 17. *Begemann*, Die SE & Co. KGaA als Rechtsform für Familienunternehmen, S. 308, spricht sich demgegenüber gegen die Einbeziehung von Arbeitnehmern von Tochtergesellschaften für die Berechnung des Schwellenwerts aus.

<sup>247</sup> Vgl.; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, Art. 2 SE-VO Rn. 34; *Casper*, in: BeckOGK-SE, Art. 2 Rn. 28 und Art. 12 SE-VO Rn. 7 (Stand 1.6.2021); *Habersack*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 2 SE-VO Rn. 31; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, Art. 12 SE-VO Rn. 28 f.; *Schröder*, in: Manz/Mayer/Schröder, Europäische Aktiengesellschaft, Art. 12 SE-VO Rn. 17; *Schürnbrand*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 12 SE-VO Rn. 25; *Veil*, in: KK-AktG, Art. 2 SE-VO Rn. 51; *Forst*, NZG 2009, 687 (689); a.A. *Blanke*, ZIP 2006, 789 (791 f.). Ausführlich hierzu *von der Höh*, Vorrats-SE S. 156 ff., der über eine teleologische Reduktion von Art. 3 Abs. 1 SE-RL und § 4 Abs. 1 SEBG schließlich zu dem Ergebnis gelangt, dass ein Verhandlungsverfahren nur dann nicht durchzuführen sei, wenn sowohl die Gründungsgesellschaften als auch die betroffenen Tochtergesellschaften keine Arbeitnehmer beschäftigen.

<sup>248</sup> LG Hamburg, Beschl. v. 30.9.2005 – 417 T 15/05, in: ZIP 2005, 2019.

<sup>249</sup> Vgl. zum Sachverhalt die Ausführungen der Vorinstanz AG Hamburg, Beschl. v. 28.6.2005 – 66 AR 76/05, in: ZIP 2005, 2017.

<sup>250</sup> Vgl. *Jannott*, in: Jannott/Frodermann, Hdb der Europäischen Aktiengesellschaft, Kap. 3 Rn. 305; *Kienast*, in: Jannott/Frodermann, Hdb der Europäischen Aktiengesellschaft, Kap. 13 Rn. 255; *von der Höh*, Vorrats-SE, S. 198. Die Größe des bVG soll dann zu reduzieren und ein Verhandlungsverfahren mit den vorhandenen Arbeitnehmern durchzuführen sein.

Arbeitnehmer beschäftigen und betroffene Tochtergesellschaften nicht existieren bzw. ebenfalls keine Arbeitnehmer beschäftigen.<sup>251</sup>

Auf eine Vorrats-SE mit Sitz in der Bundesrepublik Deutschland finden über die Verweisung in Art. 15 Abs. 1 SE-VO die Grundsätze über die wirtschaftliche Neugründung Anwendung.<sup>252</sup> Bei Aktivierung der Vorrats-SE ist daher die wirtschaftliche Neugründung offenzulegen.<sup>253</sup> Es finde dann eine registergerichtliche Prüfung statt, ob das Grundkapital der SE zum Zeitpunkt der wirtschaftlichen Neugründung noch gedeckt sei. Die Gründer könne insoweit eine Vorbelastungshaftung treffen. Eine Handelndenhaftung der Organe der SE komme jedoch allenfalls aufgrund Art. 16 Abs. 2 SE-VO analog in Betracht.<sup>254</sup> Zumeist wird im Rahmen der wirtschaftlichen Neugründung eine Änderung des Unternehmensgegenstandes, der Firma und des Sitzes der Gesellschaft durch Satzungsänderung erfolgen.<sup>255</sup> Darüber hinaus soll nach ganz herrschender Auffassung bei Aktivierung der Vorrats-SE das Beteiligungsverfahren nachzuholen sein, wenn die SE infolge der Umstrukturierung oder wirtschaftlichen

---

<sup>251</sup> Vgl. AG Düsseldorf, Verfügung v. 16.1.2006, HRB 52618, in: ZIP 2006, 287; AG München, Verfügung v. 29.3.2006, HRB 159649, in: ZIP 2006, 1300; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, Art. 2 SE-VO Rn. 34; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, Art. 12 SE-VO Rn. 28; *Kiem*, in: KK-AktG, Art. 12 SE-VO Rn. 44; *Oechsler*, in: MüKo-AktG, Art. 2 SE-VO Rn. 53; *Schröder*, in: Manz/Mayer/Schröder, Europäische Aktiengesellschaft, Art. 12 SE-VO Rn. 17; *Veil*, in: KK-AktG, Art. 2 SE-VO Rn. 54. Vgl. auch *Casper*, in: BeckOGK-SE, Art. 2 Rn. 29 und Art. 16 SE-VO Rn. 12 (Stand 1.6.2021) sowie *Schürnbrand*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 12 SE-VO Rn. 25, die jeweils darauf hinweisen, dass die Erklärung nur darauf gerichtet sein müsse, dass die SE und ihre Gründungsgesellschaften nicht mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigen, nicht – wie im Sachverhalt der zitierten Entscheidung des OLG Düsseldorf – auch darauf, dass in Zukunft keine Beschäftigung von Arbeitnehmern beabsichtigt sei. Vgl. auch das Formulierungsbeispiel bei *von der Höh*, Vorrats-SE, S. 210, der den Hinweis auf die Arbeitnehmerzahl der SE insgesamt für überflüssig hält.

<sup>252</sup> Vgl. *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, Art. 2 SE-VO Rn. 32; *Casper*, in: BeckOGK-SE, Art. 2 Rn. 29 (Stand 1.6.2021); *Habersack*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 2 SE-VO Rn. 31; *Veil*, in: KK-AktG, Art. 2 SE-VO Rn. 52.

<sup>253</sup> Vgl. *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, Art. 2 SE-VO Rn. 32; *Casper*, in: BeckOGK-SE, Art. 2 Rn. 29 (Stand 1.6.2021); *Kiem*, in: KK-AktG, Art. 12 SE-VO Rn. 24; *Schröder*, in: Manz/Mayer/Schröder, Europäische Aktiengesellschaft, Art. 2 SE-VO Rn. 83; *Veil*, in: KK-AktG, Art. 2 SE-VO Rn. 52; *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 22 Rn. 23. Zu den Anforderungen an eine wirtschaftliche Neugründung nach deutschem Recht: *Limmer*, in: BeckOGK-AktG, § 23 Rn. 63 ff. (Stand 1.6.2021); *Seibt*, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 23 Rn. 39 ff.

<sup>254</sup> Vgl. *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, Art. 2 SE-VO Rn. 32; *Casper*, in: BeckOGK-SE, Art. 2 Rn. 29 (Stand 1.6.2021); *Habersack*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 2 SE-VO Rn. 31, jeweils m.w.N.

<sup>255</sup> Vgl. *Schröder*, in: Manz/Mayer/Schröder, Europäische Aktiengesellschaft, Art. 2 SE-VO Rn. 76; für den Fall der Mantelverwendung: *Seibt*, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 23 Rn. 42.

Neugründung über ausreichend Arbeitnehmer verfügt.<sup>256</sup> Die Eintragung der genannten Satzungsänderungen könne jedoch nicht in analoger Anwendung des Art. 12 Abs. 2 SE-VO von der Durchführung des Beteiligungsverfahrens abhängig gemacht werden.<sup>257</sup>

### 3. Zwischenergebnis

Die Entscheidung, eine SE selbst zu gründen oder stattdessen eine Vorrats-SE zu erwerben, wird stets nach den Umständen des Einzelfalls zu treffen sein. Sie ist abhängig davon, welche möglichen Gründungsgesellschaften in der Unternehmensgruppe bereits bestehen und ob die Durchführung eines Beteiligungsverfahrens mit den Arbeitnehmern dieser Gesellschaften gewünscht ist. Eine weitere wichtige Rolle wird der Zeitfaktor spielen. Kann die Eintragung der SE nicht abgewartet werden und soll die SE möglichst schnell die Komplementärstellung einnehmen, so wird der Kauf einer Vorrats-SE das Mittel der Wahl sein. In diesem Fall ist dann zu überlegen, wann eine Nachholung des Beteiligungsverfahrens erforderlich wird und mit welchen Arbeitnehmern dann zu verhandeln ist, wobei insoweit viele Fragen noch nicht höchstrichterlich geklärt sind.<sup>258</sup> Da die Nachholung des Beteiligungsverfahrens somit Rechtsunsicherheiten birgt, kann es vorteilhaft sein, die SE trotz des insbesondere zeitlichen Mehraufwands selbst zu gründen und ein Beteiligungsverfahren bei Gründung durchzuführen.<sup>259</sup>

---

<sup>256</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.3.2009 – 3 Wx 248/08, in: DNotZ 2009, 699 (701); *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, Art. 2 SE-VO Rn. 35; *Casper*, in: BeckOGK-SE, Art. 2 Rn. 31 (Stand 1.6.2021); *Habersack*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 2 SE-VO Rn. 30; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, Art. 12 SE-VO Rn. 29; *Oechsler*, in: MüKo-AktG, Art. 2 SE-VO Rn. 53; *Schäfer*, in: MüKo-AktG, Art. 12 SE-VO Rn. 7; *Schröder*, in: Manz/Mayer/Schröder, Europäische Aktiengesellschaft, Art. 12 SE-VO Rn. 17; *Schürnbrand*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 12 SE-VO Rn. 26; *Veil*, in: KK-AktG, Art. 2 SE-VO Rn. 55. Die Details zur Nachholung des Beteiligungsverfahrens sind umstritten, hierzu näher unter Abschnitt D.II.5.

<sup>257</sup> Vgl. *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, Art. 2 SE-VO Rn. 35; *Casper*, in: BeckOGK-SE, Art. 2 Rn. 31 (Stand 1.6.2021); *Oechsler*, in: MüKo-AktG, Art. 2 SE-VO Rn. 53; *Schürnbrand*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 12 SE-VO Rn. 26; a.A. *Schröder*, in: Manz/Mayer/Schröder, Europäische Aktiengesellschaft, Art. 12 SE-VO Rn. 44.

<sup>258</sup> Hierzu unter Abschnitt D.II.5.

<sup>259</sup> Vgl. auch *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, ZHR Beiheft 77 (2015), S. 154 (168).

## II. Gesellschaftsrechtliche Wege von einer Kapitalgesellschaft & Co. in die SE & Co.

Existiert bereits eine Kapitalgesellschaft & Co., kann diese auf verschiedenen Wegen in eine SE & Co. umgewandelt werden. Trotz des *numerus clausus* der Gründungsvarianten bestehen vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten.<sup>260</sup> Insbesondere kann nach der Neugründung einer Komplementär-SE bzw. dem Kauf einer Vorrats-SE die bisherige Komplementärin gegen die SE ausgetauscht werden. Alternativ kann die bisherige Komplementärin im Wege der soeben dargestellten Gründungsformen, wenn sie die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt, selbst zur Etablierung der SE & Co. genutzt werden. Im Einzelnen werden hier der Formwechsel der Komplementärin und die Verschmelzung einer ausländischen Aktiengesellschaft auf die Komplementärin untersucht. Schließlich kann die Komplementärin auch nach dem nationalen UmwG auf eine zu diesem Zweck gegründete oder erworbene (Vorrats-)SE verschmolzen werden.

### 1. Austausch der Komplementärin

Soll ein Austausch der Komplementärin stattfinden, ist zunächst nach den bereits dargestellten Gesichtspunkten zu entscheiden, ob die zukünftige Komplementär-SE durch Konzerngesellschaften selbst gegründet werden soll oder der Erwerb einer Vorrats-SE vorzugswürdig ist. Die KG oder KGaA selbst kann dabei ausschließlich auf die Variante der Tochtergründung nach Art. 2 Abs. 3 SE-VO zurückgreifen. Die KG bzw. KGaA kann also beispielsweise gemeinsam mit einer Konzerngesellschaft<sup>261</sup>, die ihren Sitz im EU-Ausland hat, eine Tochter-SE gründen.<sup>262</sup> Diese Konzerngesellschaft kann auch eigens zu diesem Zwecke gegründet oder gekauft worden sein. Da eine Gesellschaft keine Mindestbestehensdauer oder einen eigenen Geschäftsbetrieb aufweisen muss, um als Gründungsgesellschaft fungieren zu können, sind auch allein zum Zwecke der SE-Gründung errichtete Vorratsgesellschaften taugliche Gründer.<sup>263</sup>

<sup>260</sup> Vgl. zu den Wegen von der GmbH & Co. KG in die SE & Co. KG auch *Frese*, BB 2018, 2612 (2612 ff.); zur Möglichkeit der Kombination verschiedener Gründungsvarianten zum Zwecke der Gestaltung des Mehrstaatlichkeitserfordernisses *Casper*, AG 2007, 97 (100 ff.).

<sup>261</sup> In Frage kommt insoweit auch eine abhängige Gesellschaft, vgl. *Habersack*, in: *Habersack/Drinhausen*, SE-Recht, Art. 2 SE-VO Rn. 6; *Oechsler*, in: *MüKo-AktG*, Art. 2 SE-VO Rn. 41.

<sup>262</sup> Vgl. auch den Beispielsfall bei *Reichert/Ott*, in: *Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig*, 10 Jahre SE, ZHR Beiheft 77 (2015), S. 154 (167).

<sup>263</sup> Vgl. *Casper*, in: *BeckOGK-SE*, Art. 2 SE-VO Rn. 8 (Stand 1.6.2021); *Habersack*, in: *Habersack/Drinhausen*, SE-Recht, Art. 2 SE-VO Rn. 6; *Oechsler*, in: *MüKo-AktG*, Art. 2 SE-VO Rn. 41; a.A. *Blanke*, ZIP 2006, 789 (791 f.).

Die Aktien an der neu gegründeten SE können in der Folge auf die Anteilsinhaber übertragen werden, die später die SE halten sollen. Eine unzulässige Umgehung der Gründungsvoraussetzung wird hierin nicht gesehen.<sup>264</sup> Die Gründungsvoraussetzungen müssen bei der SE-Gründung eingehalten werden, jedoch enthalte Art. 2 SE-VO keinen darüber hinausgehenden Umgehungsschutz.<sup>265</sup> Weitere Gründungsvarianten können durch andere Konzerngesellschaften, auch durch die bisherige Komplementärin<sup>266</sup>, genutzt werden. Eine in der Gruppe bereits bestehende AG kann bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen nach Art. 2 Abs. 4 SE-VO in eine SE umgewandelt werden oder sich an einer Verschmelzungsgründung gemäß Art. 2 Abs. 1 SE-VO beteiligen. Konzerngesellschaften in der Rechtsform der AG oder GmbH (bzw. UG (haftungsbeschränkt)) steht daneben noch die Holding-Gründung nach Art. 2 Abs. 2 SE-VO offen.

Alternativ kann wie bereits beschrieben auf den Kauf einer Vorrats-SE zurückgegriffen werden. Ist die künftige Komplementär-SE gegründet bzw. erworben, findet der Komplementärwechsel statt. Hierzu tritt die SE als Komplementärin in die Gesellschaft ein, während die bisherige Komplementärin aus der Gesellschaft ausscheidet oder zur Kommanditistin bzw. Kommanditaktionärin wird.<sup>267</sup> Nachteile birgt dieser Weg allerdings dann, wenn die bisherige Komplementärin Vermögen hat oder Arbeitnehmer beschäftigt. Es wären eine gesonderte Übertragung des Vermögens auf die SE und eine Überführung der Arbeitnehmer auf diese vorzunehmen. Vorzugswürdig können in diesen Fällen die nachfolgenden Wege in die SE & Co. sein.

## 2. Formwechsel der Komplementärin

Ist eine AG Komplementärin, kann diese nach Art. 2 Abs. 4, 37 SE-VO in eine SE umgewandelt werden. Ist die Komplementärin hingegen eine GmbH, muss diese

---

<sup>264</sup> Vgl. *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülberr/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, ZHR Beiheft 77 (2015), S. 154 (167).

<sup>265</sup> Vgl. *Casper*, in: BeckOGK-SE, Art. 2 SE-VO Rn. 4 (Stand 1.6.2021); *ders.*, AG 2007, 97 (97 ff.); *Habersack*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 2 SE-VO Rn. 27; *Oechsler*, in: MüKo-AktG, Art. 2 SE-VO Rn. 4.

<sup>266</sup> Dabei kann auch direkt, also ohne nachfolgenden Komplementärwechsel, die SE & Co. erreicht werden, hierzu im Detail unter Abschnitt B.II.2, Abschnitt B.II.3 und Abschnitt B.II.4.

<sup>267</sup> Vgl. *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülberr/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, ZHR Beiheft 77 (2015), S. 154 (166); *Frese*, BB 2018, 2612 (2612 f.); für die AG & Co. KG *Blaum*, in: Westermann/Wertenbruch, Hdb Personengesellschaften, Rn. I 3379.

wegen der Begrenzung der Umwandlungsmöglichkeit auf die AG<sup>268</sup> zunächst nach dem UmwG in eine AG formgewechselt werden. Dieser steht dann wiederum die Umwandlung nach der SE-VO in eine SE offen (sogenannter Doppelformwechsel).<sup>269</sup> Dabei muss zur Erfüllung des Mehrstaatlichkeitserfordernisses die AG seit mindestens zwei Jahren eine dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterliegende Tochtergesellschaft haben.<sup>270</sup> Für die Berechnung der Zwei-Jahres-Frist wird auch die Zeit mitgezählt, in der die Gesellschaft noch in der Rechtsform der GmbH bestand und als solche eine entsprechende Tochtergesellschaft hatte.<sup>271</sup> Meist werden die Anteile an einer Tochtergesellschaft jedoch nicht unmittelbar von der Komplementär-GmbH bzw. -AG gehalten, sondern durch die KG bzw. KGaA. Grundsätzlich sind auch mittelbare Tochtergesellschaften ausreichend.<sup>272</sup>

Die Frage, ob die Tochtergesellschaften der KG bzw. KGaA als Tochtergesellschaften der Komplementärin anzusehen sind, wird im Laufe dieser Arbeit an einigen Stellen eine entscheidende Rolle spielen und wird im entsprechenden Kontext eingehend betrachtet.<sup>273</sup> Bei Etablierung der SE & Co. kann die Beantwortung der Frage noch durch ein Ausweichen auf eine der anderen Gestaltungsvarianten (beispielsweise den Kauf einer Vorrats-SE mit darauffolgendem Komplementärwechsel) vermieden werden. Es sei jedoch vorweggenommen, dass bei der typischen Kapitalgesellschaft & Co. KG bzw. KGaA die Tochtergesellschaften der KG bzw. KGaA nicht als Tochtergesellschaften der Komplementärin angesehen werden können.<sup>274</sup> Damit ist das Mehrstaatlichkeitserfordernis in aller Regel nicht erfüllt. Die Gründungsvariante kommt deshalb nur für seltene Fälle in Frage:

- Die Komplementärin hat selbst eine ausländische Tochtergesellschaft i.S.d. Art. 2 SE-VO.

---

<sup>268</sup> Siehe oben unter Abschnitt B.I.1.a).

<sup>269</sup> Vgl. *Frese*, BB 2018, 2612 (2613).

<sup>270</sup> Hierzu näher unter Abschnitt B.I.1.b). Zur Gestaltung des Mehrstaatlichkeitserfordernisses anhand von Beispielen, vgl. *Casper*, AG 2007, 97 (100 ff.).

<sup>271</sup> Vgl. *Bücker*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 37 SE-VO Rn. 15.

<sup>272</sup> Vgl. *Bücker*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 37 SE-VO Rn. 14.

<sup>273</sup> Im Detail hierzu unter Abschnitt B.IV.2.b) sowie unter Abschnitt D.I.1.b)dd)(2)(b) und unter Abschnitt D.II.2.b).

<sup>274</sup> Siehe hierzu insbesondere das unter Abschnitt D.II.2.c) gefundene Ergebnis.

- Die KG bzw. KGaA hat eine ausländische Tochtergesellschaft und die Komplementärin hat nach dem Gesellschaftsvertrag eine so starke Stellung, dass die KG bzw. KGaA dadurch als Tochtergesellschaft zu qualifizieren ist.<sup>275</sup>

Für die wenigen Fälle, in denen die Gründungsvariante in Betracht kommt, gilt, dass der Formwechsel nach Art. 37 Abs. 2 SE-VO weder die Auflösung der Gesellschaft noch die Gründung einer neuen juristischen Person zur Folge hat. Er erfolgt vielmehr identitätswahrend, ohne dass es der Universalsukzession des Vermögens bedürfte.<sup>276</sup> Etwaiges Vermögen der Komplementärin muss also nicht gesondert übertragen werden. Nach dem (gegebenenfalls doppelten) Formwechsel besteht dann eine SE & Co. KG bzw. KGaA.

### 3. Verschmelzung einer ausländischen AG auf die Komplementärin

Ist Ausgangsrechtsträger (gegebenenfalls nach einem ersten Formwechsel der Komplementär-GmbH in eine AG nach deutschem Umwandlungsrecht) eine AG & Co., kann eine bestehende oder zu diesem Zweck gegründete ausländische Aktiengesellschaft auf die Komplementärin zur SE verschmolzen werden (Art. 2 Abs. 1, 17 ff. SE-VO). Dabei kann es sich bei der ausländischen Gesellschaft auch um eine Vorratsgesellschaft handeln, die ebenfalls als Gründungsgesellschaft in Betracht kommt.<sup>277</sup>

Gemäß Art. 29 Abs. 1 lit. a) SE-VO geht das gesamte Aktiv- und Passivvermögen jeder übertragenden Gesellschaft auf die übernehmende Gesellschaft über. Die Regelung entspricht der nationalen Regelung in § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG, die selbst auf europäisches Recht, nämlich Art. 19 Abs. 1 der Verschmelzungsrichtlinie<sup>278</sup>, zurückgeht. Es kann daher auf die zu § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden.<sup>279</sup>

---

<sup>275</sup> Zu den Kriterien im Detail siehe Abschnitt B.IV.2.b)cc).

<sup>276</sup> Vgl. *Bücker*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 37 SE-VO Rn. 3; *Eberspächer*, in: BeckOGK-SE, Art. 37 SE-VO Rn. 4 (Stand 1.2.2021); *Schäfer*, in: MüKo-AktG, Art. 37 SE-VO Rn. 2.

<sup>277</sup> Vgl. *Schröder*, in: Manz/Mayer/Schröder, Europäische Aktiengesellschaft, Art. 2 SE-VO Rn. 24; so das Beispiel bei *Frese*, BB 2018, 2612 (2613).

<sup>278</sup> Dritte Richtlinie 78/855/EWG des Rates vom 9. Oktober 1978 gemäß Artikel 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften, ABl. Nr. L 295 v. 20.10.1978, S. 36.

<sup>279</sup> Vgl. *Eberspächer*, in: BeckOGK-SE, Art. 29 SE-VO Rn. 2 (Stand 1.2.2021).

a) **Übergang der Beteiligung als persönlich haftender Gesellschafter einer Personengesellschaft**

aa) **Meinungsstand**

Umstritten ist, ob die Beteiligung als persönlich haftender Gesellschafter einer Personengesellschaft auf den aufnehmenden Rechtsträger übergeht. Zum Teil wird angenommen, dass in diesem Fall das Erlöschen des übertragenden Rechtsträgers als Folge der Verschmelzung (§ 20 Abs. 1 Nr. 2 UmwG) analog dem Tod des persönlich haftenden Gesellschafters behandelt werden soll.<sup>280</sup> Grundsätzlich scheidet der übernehmende Rechtsträger in Folge der Verschmelzung in entsprechender Anwendung des § 131 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1, 161 Abs. 2 HGB gegen Abfindung aus der Personengesellschaft aus. Möglich sei jedoch eine abweichende Regelung im Gesellschaftsvertrag. Enthaltet dieser beispielsweise eine Nachfolgeregelung, wonach die Gesellschaft mit den Erben eines Gesellschafters fortgeführt werde, könne die Stellung als persönlich haftender Gesellschafter entsprechend auch auf den übernehmenden Rechtsträger einer Verschmelzung übergehen. Zum Teil wird vertreten, dass der Übergang unabhängig von einer Regelung im Gesellschaftsvertrag immer dann zuzulassen sei, wenn die Personengesellschaft auf die Beteiligung juristischer Personen ausgerichtet sei.<sup>281</sup> Das Fehlen einer entsprechenden Regelung im Gesellschaftsvertrag sei dann regelmäßig darauf zurückzuführen, dass an den Fall der Gesamtrechtsnachfolge nicht gedacht worden sei.

Nach anderer Auffassung gehe auch die Beteiligung als persönlich haftender Gesellschafter einer Personengesellschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den übernehmenden Rechtsträger über.<sup>282</sup> Dies gelte jedoch nicht, wenn der Gesellschaftsvertrag etwas Anderes bestimme. Sei die Fortsetzung der Gesellschaft mit dem übernehmenden Rechtsträger den anderen Gesellschaftern nicht zumutbar, so dürften diese gemäß §§ 133, 140 HGB aus wichtigem Grund die Kündigung der Gesellschaft oder den Ausschluss des übernehmenden Rechtsträgers herbeiführen. Ist übertragender Rechtsträger eine juristische Person, so sei aber die

---

<sup>280</sup> Vgl. *Grunewald*, in: Lutter, UmwG, § 20 Rn. 17; *Heidinger*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 20 UmwG Rn. 25; *Marsch-Barner*, in: Kallmeyer, UmwG, § 20 Rn. 7; *Winter*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 20 Rn. 64 ff.

<sup>281</sup> Vgl. *Grunewald*, in: Lutter, UmwG, § 20 Rn. 18 f.

<sup>282</sup> Vgl. *Vossius*, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 20 Rn. 158 ff.; *Riegger*, in: FS Bezzenger, S. 379 (383); hierzu tendierend, aber zu einer Regelung im Gesellschaftsvertrag ratend *Leonard/Simon*, in: Semler/Stengel/Leonard, UmwG, § 20 Rn. 25.

Verschmelzung auf eine andere juristische Person für sich genommen noch nicht zwingend ein wichtiger Grund für eine Kündigung bzw. den Ausschluss.<sup>283</sup>

### **bb) Stellungnahme**

Die beiden Auffassungen werden in der Praxis selten zu unterschiedlichen Ergebnissen führen.<sup>284</sup> Es wird stets auf den Inhalt des Gesellschaftsvertrags ankommen. Die meisten Nachfolgeklauseln in Personengesellschaftsverträgen sind jedoch, wie § 131 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 HGB, auf den Tod einer natürlichen Person zugeschnitten.

Kautelarjuristisch sollte deshalb bei der Formulierung des Gesellschaftsvertrags neben dem Tod eines Gesellschafters auch an den Fall der Verschmelzung gedacht werden. Ist dahingehend nichts geregelt, so erscheint es vorzugswürdig, von einer Gesamtrechtsnachfolge auch bezüglich der Beteiligung als persönlich haftender Gesellschafter auszugehen. Jedenfalls dann, wenn eine Kapitalgesellschaft als persönlich haftende Gesellschafterin durch Verschmelzung erlischt, dürfte dies nicht dem Tod eines Gesellschafters gleichzusetzen sein. Das Gesetz geht davon aus, dass die übrigen Gesellschafter den Eintritt des Erben einer natürlichen Person als persönlich haftender Gesellschafter nicht akzeptieren müssen und ordnet daher in § 131 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 HGB als Regelfall das Ausscheiden dieses neuen Gesellschafters an. Diese Regelung ist auf die personalistisch geprägte Personengesellschaft zugeschnitten und nicht ohne Weiteres auf die Kapitalgesellschaft & Co. übertragbar. Der Wechsel in der Komplementärstellung durch Verschmelzung wird die übrigen Gesellschafter in der Regel nicht ebenso tangieren wie es beim Eintritt einer fremden Dritten natürlichen Person in die Gesellschaft der Fall wäre. Vorbehaltlich abweichender Regelungen im Gesellschaftsvertrag kann daher hier das Regel-Ausnahme-Verhältnis umgekehrt werden. In der Regel findet ein Übergang der Beteiligung als persönlich haftender Gesellschafter im Wege der Gesamtrechtsnachfolge statt. Den übrigen Gesellschaftern verbleibt jedoch stets das Recht, die Auflösungs- oder Ausschließungsklage nach §§ 133, 140 HGB anzustrengen. Dies dient auch der

---

<sup>283</sup> Vgl. *Riegger*, in: FS Bezenberger, S. 379 (383), wonach mit der Beteiligung einer juristischen Person an der KG bereits eine gewisse „Entpersönlichung“ einhergehe; *Vossius*, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 20 Rn. 159. Wohl auch *Simon*, in: KK-UmwG, § 20 Rn. 21, der nur „ausnahmsweise“ von einem außerordentlichen Kündigungsrecht ausgeht.

<sup>284</sup> Vgl. auch *Riegger*, in: FS Bezenberger, S. 379 (384).

Rechtssicherheit, da der übernehmende Rechtsträger bis zu einer anderweitigen rechtskräftigen Entscheidung als Gesellschafter zu behandeln ist.<sup>285</sup>

#### **b) Beteiligung als persönlich haftender Gesellschafter einer KGaA**

Während die Frage für die Beteiligung als persönlich haftender Gesellschafter einer Personengesellschaft, wie dargestellt, ausführlich diskutiert wird, finden sich soweit ersichtlich keine Erwägungen dazu, wie im Falle der Verschmelzung mit der Beteiligung als persönlich haftender Gesellschafter einer atypischen KGaA zu verfahren ist. Nach wohl einhelliger Auffassung gehen Anteile an Kapitalgesellschaften (ausdrücklich genannt werden Aktien einer AG und Geschäftsanteile an einer GmbH) auf den übernehmenden Rechtsträger über.<sup>286</sup> Aufgrund der besonderen Stellung der KGaA als Mischform zwischen Kapital- und Personengesellschaft kann dies aber nicht ohne Weiteres für die Beteiligung als persönlich haftender Gesellschafter einer KGaA gelten.

Das Rechtsverhältnis der persönlich haftenden Gesellschafter gegenüber der Gesamtheit der Kommanditaktionäre bestimmt sich gemäß § 278 Abs. 2 AktG nach den Vorschriften des HGB über die KG. § 289 Abs. 5 AktG enthält zunächst jedoch eine Sonderregelung für das Ausscheiden des persönlich haftenden Gesellschafters. Danach können persönlich haftende Gesellschafter außer durch Ausschließung nur dann aus der KGaA ausscheiden, wenn die Satzung es für zulässig erklärt. Die Regelung geht auf die alte Rechtslage vor der Handelsrechtsreform 1998<sup>287</sup> zurück. Nach Änderung des § 131 HGB ist § 289 Abs. 5 AktG nur noch eingeschränkt anwendbar.<sup>288</sup> Im Falle des Todes des Komplementärs wird daher wie bei der KG § 131 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 HGB angewendet.<sup>289</sup> Dies zeigt, dass die Frage des Übergangs der Komplementärstellung bei der KGaA nach denselben Grundsätzen behandelt werden muss, wie bei der KG. Das zuvor Gesagte gilt daher entsprechend auch für die Verschmelzung des persönlich haftenden Gesellschafters einer KGaA.

<sup>285</sup> So auch *Leonard/Simon*, in: Semler/Stengel/Leonard, UmwG, § 20 Rn. 25.

<sup>286</sup> Vgl. *Grunewald*, in: Lutter, UmwG, § 20 Rn. 16; *Heidinger*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 20 UmwG Rn. 24; *Leonard/Simon*, in: Semler/Stengel/Leonard, UmwG, § 20 Rn. 22; *Marsch-Barner*, in: Kallmeyer, UmwG, § 20 Rn. 7; *Winter*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 20 Rn. 63; *Vossius*, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 20 Rn. 155.

<sup>287</sup> Gesetz zur Neuregelung des Kaufmanns- und Firmenrechts und zur Änderung anderer handels- und gesellschaftsrechtlicher Vorschriften (Handelsrechtsreformgesetz) vom 22.6.1998, BGBl. I 1998, S. 1474.

<sup>288</sup> Vgl. statt vieler *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 289 Rn. 21 (Stand 1.6.2021) m.w.N.

<sup>289</sup> Vgl. *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 289 Rn. 22 ff. (Stand 1.6.2021).

### c) **Zwischenergebnis**

Die SE wird also im Regelfall als übernehmender Rechtsträger die Beteiligung als persönlich haftender Gesellschafter von der AG im Wege der Gesamtrechtsnachfolge übernehmen. Im Ergebnis besteht dann eine SE & Co.

Auch in dieser Variante ist eine gesonderte Vermögensübertragung nicht erforderlich.

## **4. Verschmelzung der Komplementärin auf eine bestehende SE nach dem UmwG**

Denkbar ist auch die Komplementär-GmbH bzw. -AG auf eine bereits bestehende SE (dies wird in der Regel eine Vorrats-SE sein) nach deutschem Umwandlungsrecht zur Aufnahme zu verschmelzen. Dass eine SE verschmelzungsfähiger Rechtsträger i.S.d. § 3 UmwG sein kann, wird grundsätzlich mit dem Argument angenommen, dass die SE nach Art. 9 Abs. 1 lit. c) ii) und 10 SE-VO wie eine Aktiengesellschaft zu behandeln sei.<sup>290</sup> Auch Art. 2, 3 SE-VO seien insoweit nicht abschließend, da sie sich nur auf das erstmalige Entstehen der SE beziehen. In jedem Fall möglich seien demnach die Verschmelzung einer nationalen AG oder GmbH auf eine SE zur Aufnahme.<sup>291</sup> Demnach ist es möglich die Komplementärin nach UmwG auf eine bestehende Vorrats-SE zu verschmelzen.

Nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG geht das Vermögen des übertragenden Rechtsträgers einschließlich der Verbindlichkeiten auf den übernehmenden Rechtsträger über. Nach hier vertretener Auffassung geht damit auch die Komplementärstellung auf die SE über, sodass eine SE & Co. entsteht.<sup>292</sup> Wiederum muss etwaiges Vermögen nicht gesondert übertragen werden.

---

<sup>290</sup> Vgl. *Casper*, in: BeckOGK-SE, Art. 2 SE-VO Rn. 33 (Stand 1.6.2021); *Drygala*, in: Lutter, UmwG, § 3 Rn. 20; *Lutter*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, Einl. Rn. 46; *Schäfer*, in: MüKo-AktG, Art. 66 SE-VO Rn. 14; *Vossius*, in: Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 20 UmwG, Rn. 402.

<sup>291</sup> Vgl. *Casper*, in: BeckOGK-SE, Art. 2 SE-VO Rn. 34 ff. (Stand 1.6.2021); *ders.* AG 2007, 97 (103), der eine Verschmelzung zur Neugründung einer SE nach deutschem Umwandlungsrecht aber für unzulässig hält, da Art. 2, 3 SE-VO insoweit Sperrwirkung entfalten würden; ebenso *Lutter*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, Einl. Rn. 46; *Vossius*, in: Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 20 UmwG, Rn. 403.

<sup>292</sup> Siehe hierzu unter Abschnitt B.II.3.

### III. Formwechsel in eine SE & Co. KGaA

Von den zweiundzwanzig hier betrachteten SE & Co. KGaA sind zwanzig im Wege des Formwechsels gegründet worden. Nur in zwei Fällen (HMT Investmentclub SE & Co. KGaA, AEQUITA SE & Co. KGaA) wurde der Weg der Neugründung von Komplementärin und KGaA gewählt. In den meisten Fällen war Ausgangsrechtsträger eine AG, seltener eine GmbH und in lediglich drei Fällen wurde eine bestehende SE formgewechselt. Nach deutschem Recht vollzieht sich der Formwechsel in die KGaA grundsätzlich nach den §§ 190 ff. UmwG.

#### 1. Verfahren beim Formwechsel einer AG/GmbH in eine SE & Co. KGaA

In der Vorbereitungsphase sind nach § 192 UmwG vom Vorstand der Entwurf des Umwandlungsbeschlusses und ein Umwandlungsbericht zu erstellen und der Entwurf des Umwandlungsbeschlusses ist dem zuständigen Betriebsrat des formwechselnden Rechtsträgers gemäß § 194 Abs. 2 UmwG zuzuleiten.

Erforderlich ist gemäß § 193 UmwG ein notariell beurkundeter Umwandlungsbeschluss der Anteilsinhaber des formwechselnden Rechtsträgers, dessen Mindestinhalt in § 194 UmwG festgelegt ist. Beim Formwechsel von einer Personengesellschaft in eine KGaA ist nach § 218 Abs. 1 UmwG der Gesellschaftsvertrag der KGaA im Umwandlungsbeschluss festzustellen. Das in der Satzung festgesetzte Grundkapital darf nach § 220 Abs. 1 UmwG nicht das Reinvermögen des formwechselnden Rechtsträgers übersteigen. Beim Formwechsel aus einer Kapitalgesellschaft muss die bisherige Kapitalziffer zwingend übernommen werden (vgl. §§ 243 Abs. 1, 2, 247 Abs. 1 UmwG). Eine gegebenenfalls erforderliche oder gewünschte Erhöhung des Grundkapitals muss daher entweder vor oder nach dem Formwechsel nach den jeweils geltenden Regelungen zur Kapitalerhöhung erfolgen.

Dabei muss die zukünftige Komplementär-SE nicht bereits an der formwechselnden Gesellschaft beteiligt sein. § 218 Abs. 2 UmwG stellt klar, dass sich an der KGaA mindestens ein Gesellschafter der formwechselnden Gesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter beteiligen oder dass der Gesellschaft mindestens ein persönlich haftender Gesellschafter beitreten muss.<sup>293</sup> Meist wird daher im Zuge des Formwechsels die Komplementär-SE als persönlich haftende

---

<sup>293</sup> § 218 Abs. 2 UmwG enthält damit die einzige gesetzliche Regelung zum Beitritt eines neuen Gesellschafters im Zuge des Formwechsels, vgl. *Hörtnagl/Rinke*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 218 Rn. 7.

Gesellschafterin beitreten. Dabei kann es sich um eine in der Unternehmensgruppe zu diesem Zweck gegründete SE oder um eine Vorrats-SE handeln. Ihre Zustimmung muss gemäß § 221 UmwG notariell beurkundet werden und sie muss die Satzung genehmigen. § 218 Abs. 2 und § 221 UmwG gelten über die Verweisungen in § 240 Abs. 2 Satz 2 und § 243 Abs. 1 UmwG auch für den Formwechsel einer Kapitalgesellschaft anderer Rechtsform in eine KGaA.

Schließlich sind nach § 197 UmwG die für die KGaA geltenden Gründungsvorschriften einzuhalten:<sup>294</sup> Der Gesellschaftsvertrag muss nach §§ 27 Abs. 1 i.V.m. 278 Abs. 3 AktG den Hinweis enthalten, dass das Grundkapital durch den Formwechsel aufgebracht wurde. Die Gründer haben nach §§ 32 Abs. 1 i.V.m. 278 Abs. 3 AktG im Regelfall einen Gründungsbericht zu erstatten, der nach § 220 Abs. 2 UmwG auch Angaben zum bisherigen Geschäftsverlauf des formwechselnden Rechtsträgers enthalten muss. Es ist gemäß §§ 33 Abs. 1 AktG eine interne Gründungsprüfung durch die künftigen persönlich haftenden Gesellschafter (vgl. § 283 Abs. 1 Nr. 2 AktG) und den Aufsichtsrat durchzuführen. Daneben ist nach §§ 245 Abs. 2 i.V.m. 220 Abs. 3 UmwG i.V.m. § 33 Abs. 2 AktG immer eine externe Gründungsprüfung erforderlich.

Mit Eintragung im Handelsregister wird der Formwechsel wirksam und der formwechselnde Rechtsträger besteht nach § 202 UmwG in Form der SE & Co. KGaA weiter.

## **2. SE als Ausgangsrechtsträger und Art. 66 SE-VO**

Auf die SE als Ausgangsrechtsträger finden die §§ 190 ff. UmwG grundsätzlich über Art. 9 Abs. 1 lit. c) ii) SE-VO Anwendung. Es könnte jedoch die Sondervorschrift des Art. 66 SE-VO zu beachten sein. Nach Art. 66 Abs. 1 Satz 1 SE-VO kann eine SE in eine dem Recht ihres Sitzstaats unterliegende Aktiengesellschaft umgewandelt werden. Ausgeschlossen ist damit eine mit dem Formwechsel verbundene Sitzverlegung. Ein Umwandlungsbeschluss darf gemäß Art. 66 Abs. 1 Satz 2 SE-VO erst zwei Jahre nach Eintragung der SE oder nach Genehmigung der ersten beiden Jahresabschlüsse gefasst werden. Die Umwandlung erfolgt nach Art. 66 Abs. 2 SE-VO identitätswahrend und das in Art. 66 Abs. 3 bis 6 SE-VO geregelte Verfahren muss eingehalten werden. Hintergrund dieser Regelung ist, dass die Rückumwandlung einer SE in eine Aktiengesellschaft

---

<sup>294</sup> Dies gilt auch für den Formwechsel von einer AG in eine KGaA, vgl. *Hörtnagl/Rinke*, in: *Schmitt/Hörtnagl, UmwG*, § 245 Rn. 4.

auch dann möglich sein soll, wenn ein solcher Formwechsel dem Umwandlungsrecht des Sitzstaats der SE fremd sein sollte.<sup>295</sup>

#### a) **Keine direkte Anwendbarkeit des Art. 66 SE-VO**

Es stellt sich daher zunächst die Frage, ob der Formwechsel einer SE mit Sitz in der Bundesrepublik Deutschland in eine SE & Co. KGaA sich ebenfalls nach Art. 66 SE-VO vollzieht, oder ob §§ 190 ff. UmwG anwendbar sind. Nach seinem Wortlaut erfasst Art. 66 SE-VO nur die Umwandlung in eine Aktiengesellschaft nach dem Recht des Sitzstaats. Welche jeweiligen nationalen Gesellschaftsformen Aktiengesellschaften i.S.d. SE-VO sind, ist in Anhang I geregelt. Die KGaA ist nach herrschender Auffassung hiervon nicht umfasst.<sup>296</sup> Dies muss daher auch für Art. 66 SE-VO gelten, der die Rückumwandlung als *actus contrarius* zur Gründung regelt.<sup>297</sup>

#### b) **Keine Sperrwirkung des Art. 66 SE-VO**

Hiervon abzugrenzen ist die Frage, ob der Formwechsel einer deutschen SE in eine SE & Co. KGaA nach §§ 190 ff. UmwG zulässig ist, oder ob Art. 66 SE-VO insoweit Sperrwirkung entfaltet.

Die herrschende Meinung in der Literatur hält Art. 66 SE-VO nicht für abschließend.<sup>298</sup> Im Fall der Umwandlung der Fresenius SE in die Fresenius SE & Co. KGaA hat sich das OLG Frankfurt<sup>299</sup> dieser Auffassung angeschlossen und den Formwechsel für zulässig gehalten. Aus der Entstehungsgeschichte ergebe sich

---

<sup>295</sup> Vgl. *Eberspächer*, in: BeckOGK-SE, Art. 66 SE-VO Rn. 1 (Stand 1.2.2021); *Drinhausen*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 66 SE-VO Rn. 3; *Schäfer*, in: MüKo-AktG, Art. 66 SE-VO Rn. 1.

<sup>296</sup> Vgl. hierzu Fn. 181.

<sup>297</sup> Vgl. *Drinhausen*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 66 SE-VO Rn. 6; *Kiem*, in: KK-AktG, Art. 66 SE-VO Rn. 4; *Schäfer*, in: MüKo-AktG, Art. 66 SE-VO Rn. 2; *Reiner*, Der Konzern 2011, 135 (137). Dagegen *Eberspächer*, in: BeckOGK-SE, Art. 66 SE-VO Rn. 1 (Stand 1.2.2021), der die Umwandlung nach Art. 66 SE-VO ebenfalls als Gegenstück zur Gründung sieht und sowohl für den Fall der Gründung als auch für den Fall der Rückumwandlung die KGaA unter den Begriff der nationalen Aktiengesellschaft subsumiert.

<sup>298</sup> Vgl. *Eberspächer*, in: BeckOGK-SE, Art. 66 SE-VO Rn. 1 (Stand 1.2.2021); *Drinhausen*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 66 SE-VO Rn. 7; *Kiem*, in: KK-AktG, Art. 66 SE-VO Rn. 11; *Lutter*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, Einl. Rn. 46; *Schäfer*, in: MüKo-AktG, Art. 66 SE-VO Rn. 1, 14; *J. Schmidt*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, Art. 66 SE-VO Rn. 7 f.; *Becker/Fleischmann*, in: Jannott/Frodermann, Hdb der Europäischen Aktiengesellschaft, Kap. 10 Rn. 34; *A. Schubert*, SE & Co. KGaA, S. 137; *Begemann*, Die SE & Co. KGaA als Rechtsform für Familienunternehmen, S. 321; *Oplustil/Schneider*, NZG 2003, 13 (16); *Vossius*, ZIP 2005, 741 (748 f.). Ausführlich zum Meinungsstand *Reiner*, Der Konzern 2011, 135 (137 ff.).

<sup>299</sup> OLG Frankfurt, Beschl. v. 2.12.2010 – 5 Sch 3/10, BeckRS 2011, 16034.

nicht, dass die Regelung abschließend sein sollte. Zudem sei die Beschränkung der Umwandlungsmöglichkeit schon deshalb nicht sinnvoll, weil sie durch eine doppelte Umwandlung (zunächst in eine AG, dann in eine KGaA) umgangen werden könnte. Dies würde die vom europäischen Verordnungsgeber erstrebte Attraktivität der SE durch eine Benachteiligung gegenüber nationalen Aktiengesellschaften ohne ausreichende Rechtfertigung einschränken. Auch der Gedanke einer Spiegelbildlichkeit zur Gründung sei nicht zwingend.

Vieles spricht für die herrschende Meinung, wie auch das OLG Frankfurt bekräftigt hat. Ob diese Auffassung beizeiten auch durch den EuGH bestätigt wird, wird sich noch zeigen. Im Fall *Fresenius SE & Co. KGaA* hat das OLG Frankfurt von einer Vorlage nach Art. 267 Abs. 3 AEUV abgesehen, da es sich um ein Eilverfahren handelte.<sup>300</sup> Eine endgültige Klärung der Frage steht daher noch aus.<sup>301</sup>

### **c) Entsprechende Anwendung der Sperrfrist des Art. 66 Abs. 1 Satz 2 SE-VO und des Verfahrens nach Art. 66 Abs. 3 bis 6 SE-VO**

Die zwingende Anschlussanfrage, ob bei Zulässigkeit des Formwechsels einer SE in eine KGaA die Sperrfrist des Art. 66 Abs. 1 Satz 2 SE-VO und das Verfahren nach Art. 66 Abs. 3 bis 6 SE-VO entsprechend anwendbar sind, wird größtenteils bejaht.<sup>302</sup> Für den Formwechsel einer SE in eine KGaA sollen danach keine anderen Verfahrensregeln gelten als für den Formwechsel in eine AG. Art. 66 SE-VO gebe insoweit die Mindestanforderungen für den Formwechsel einer SE vor.<sup>303</sup>

Diese Ansicht überzeugt. Jedenfalls soweit es das Verfahren, insbesondere das Sitzverlegungsverbot und die Sperrfrist, betrifft, dient Art. 66 SE-VO offensichtlich auch dem Zweck, Missbrauch zu vermeiden.<sup>304</sup> Eine Aktiengesellschaft soll nicht durch Umwandlung in eine SE und anschließende sofortige Sitzverlegung und

---

<sup>300</sup> Vgl. OLG Frankfurt, Beschl. v. 2.12.2010 – 5 Sch 3/10, BeckRS 2011, 16034; zu Art. 267 Abs. 3 AEUV in diesem Zusammenhang auch *Reiner*, *Der Konzern* 2011, 135 (150 ff.).

<sup>301</sup> Vgl. auch *Drinhausen*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 66 SE-VO Rn. 7.

<sup>302</sup> So z.B. *Casper*, in: BeckOGK-SE, Art. 2 SE-VO Rn. 39 (Stand 1.6.2021), *Eberspächer*, in: BeckOGK-SE, Art. 66 SE-VO Rn. 1 (Stand 1.2.2021); *Drinhausen*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 66 SE-VO Rn. 12; *Schröder*, in: Manz/Mayer/Schröder, Europäische Aktiengesellschaft, Art. 66 SE-VO Rn. 9; *Schwarz*, SE-VO, Art. 66 Rn. 31; *A. Schubert*, SE & Co. KGaA, S. 139; *Oplustil/Schneider*, NZG 2003, 13 (15); *J. Schmidt*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, Art. 66 SE-VO Rn. 9; a.A. *Kiem*, in: KK-AktG, Art. 66 SE-VO Rn. Rn. 12 f.

<sup>303</sup> Vgl. *Drinhausen*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 66 SE-VO Rn. 12.

<sup>304</sup> Vgl. *Eberspächer*, in: BeckOGK-SE, Art. 66 SE-VO Rn. 4 (Stand 1.2.2021); *Schäfer*, in: MüKo-AktG, Art. 66 SE-VO Rn. 3.

Rückumwandlung in eine Aktiengesellschaft eines anderen Mitgliedstaats aus der Mitbestimmung fliehen können.

#### **aa) Keine Sperrfrist bei rein innerstaatlicher Umwandlung**

Zum Teil wird angenommen, dass dieser Schutzzweck bei der rein nationalen Umwandlung einer deutschen SE in eine deutsche AG nicht tangiert sei.<sup>305</sup> Andere lehnen diese teleologische Reduktion mit dem Argument ab, dass die in Art. 66 Abs. 1 Satz 2 geregelte generelle Sperrfrist eine abstrakte Betrachtung vorgebe und eine Prüfung der Missbrauchsgefahr im Einzelfall daher nicht angezeigt sei.<sup>306</sup> Dem ist entgegenzuhalten, dass auch die Gegenauffassung keine Einzelfallprüfung vornimmt, sondern bei rein innerstaatlichen Sachverhalten generell keine Missbrauchsgefahr besteht und damit der Schutzzweck des Art. 66 SE-VO nicht eingreift. Dies rechtfertigt eine teleologische Reduktion, soweit es die Umwandlung einer deutschen SE in eine deutsche AG betrifft, und spricht erst recht gegen eine analoge Anwendung von Art. 66 Abs. 1 Satz 2 bei Umwandlung einer deutschen SE in eine deutsche KGaA. Diese Argumentation hat auch die Praxis, namentlich das Registergericht Köln bei Eintragung der Ströer SE & Co. KGaA überzeugt. So lautet es im Umwandlungsbericht der Ströer SE in die Ströer SE & Co. KGaA wie folgt:

„Allerdings ist Art. 66 Abs. 1 Satz 2 SE-VO im Fall einer rein nationalen formwechselnden Umwandlung (ohne Auslandsbezug), bei der die Zielrechtsform ohne den ‚Zwischenschritt‘ SE auch unmittelbar hätte erreicht werden können (vorliegend durch Formwechsel der bis zum Herbst 2014 bestehenden Ströer Media AG in eine KGaA), nicht anwendbar. Die herrschende Meinung in der juristischen Literatur geht nämlich davon aus, dass diese Vorschrift jedenfalls dann in ihrem Anwendungsbereich teleologisch zu reduzieren (und damit eben nicht anzuwenden ist), wenn die Umwandlung einer bestehenden deutschen SE in eine deutsche KGaA erfolgt und damit der Schutzzweck der zweijährigen Sperrfrist gar nicht berührt ist. Durch die Sperrfrist soll nämlich verhindert werden, dass die Rechtsform der SE nur kurzfristig zur Ermöglichung einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung ins Ausland und dann (ebenfalls im Ausland) zu einer ‚Flucht aus der Mitbestimmung‘ genutzt wird, indem man die SE in eine nicht mitbestimmte AG ausländischen Rechts umwandelt. Vor diesem Hintergrund wird angenommen, dass

<sup>305</sup> Vgl. *Kossmann/Heinrich*, ZIP 2007, 164 (167); *Oplustil/Schneider*, NZG 2003, 13 (15).

<sup>306</sup> Vgl. *Drinhausen*, in: *Habersack/Drinhausen*, SE-Recht, Art. 66 SE-VO Rn. 14; *Eberspächer*, in: *BeckOGK-SE*, Art. 66 SE-VO Rn. 4 (Stand 1.2.2021); *Schwarz*, SE-VO, Art. 66 Rn. 21.

die Sperrfrist dann keine Anwendung findet, wenn der ansonsten mögliche Missbrauch der SE zur Beschränkung von Mitbestimmungsrechten der Arbeitnehmer von vorneherein ausgeschlossen ist, weil gar kein Auslandssachverhalt vorliegt. Die Tatsache, dass die Gesellschaft erst im Herbst 2014 in eine SE umgewandelt wurde, steht dem geplanten Formwechsel in eine KGaA daher nicht entgegen.“<sup>307</sup>

### **bb) Erfüllung des Verfahrens nach Art. 66 Abs. 3 bis 6 SE-VO**

Die weiteren verfahrensrechtlichen Mindestvorgaben des Art. 66 Abs. 3 bis 6 SE-VO<sup>308</sup> sind durch die §§ 190 ff. UmwG grundsätzlich hinreichend abgedeckt.<sup>309</sup> Der Umwandlungsplan i.S.d. Art. 66 Abs. 3 SE-VO ist dem Entwurf des Umwandlungsbeschlusses gleichzusetzen. Auch ein Umwandlungsbericht ist bereits durch § 192 UmwG gefordert. Der Entwurf des Umwandlungsbeschlusses und der Umwandlungsbericht<sup>310</sup> sind nach Art. 66 Abs. 4 SE-VO mindestens einen Monat vor der Hauptversammlung offenzulegen. Offenlegung meint hierbei, wie bei Art. 37 Abs. 5 SE-VO, Einreichung beim zuständigen Handelsregister.<sup>311</sup> Das deutsche Formwechselrecht sieht eine Offenlegung – anders als etwa § 61 UmwG für den Verschmelzungsvertrag – nicht vor. Da die Offenlegungspflicht der Information der Aktionäre dient,<sup>312</sup> dürfte dem mit der Pflicht zur Auslegung des Berichts in den Geschäftsräumen nach § 230 Abs. 2 UmwG ebenfalls Genüge getan sein. Die nach Art. 66 Abs. 6 Satz 1 Halbsatz 2 SE-VO erforderliche Genehmigung des Gesellschaftsvertrags ist schon nach § 218 Abs. 1 UmwG zwingend. Die Gründungsprüfung nach §§ 245 Abs. 2 i.V.m. 220 Abs. 3 UmwG i.V.m. § 33 Abs. 2 AktG deckt die nach Art. 66 Abs. 5 SE-VO erforderlichen Werthaltigkeitsprüfung ab.

---

<sup>307</sup> Umwandlungsbericht des Vorstands der Ströer SE vom 15.12.2014, abrufbar unter [http://ir.stroeer.com/stroeer/pdf/aohv2015/02\\_aoHV2015\\_Umwandlung\\_DE.pdf](http://ir.stroeer.com/stroeer/pdf/aohv2015/02_aoHV2015_Umwandlung_DE.pdf) (abgerufen am 4.11.2018), S. 34.

<sup>308</sup> Im Überblick dargestellt bei *Vossius*, ZIP 2005, 741 (749).

<sup>309</sup> Vgl. hierzu auch die Ausführungen in den Umwandlungsberichten des Vorstands der Ströer SE vom 15.12.2014, abrufbar unter [http://ir.stroeer.com/stroeer/pdf/aohv2015/02\\_aoHV2015\\_Umwandlung\\_DE.pdf](http://ir.stroeer.com/stroeer/pdf/aohv2015/02_aoHV2015_Umwandlung_DE.pdf) (abgerufen am 4.11.2018), S. 34, und des Vorstands der Fresenius SE vom 31.3.2010, abrufbar unter [https://www.fresenius.de/media/Umwandlungsbericht\\_KGaA\\_2010\\_d.pdf](https://www.fresenius.de/media/Umwandlungsbericht_KGaA_2010_d.pdf) (abgerufen am 4.11.2018), S. 47.

<sup>310</sup> Vgl. *Eberspächer*, in: BeckOGK-SE, Art. 66 SE-VO Rn. 6 (Stand 1.2.2021); a.A. (Offenlegung nur des Umwandlungsplans) *Drinhausen*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 66 SE-VO Rn. 24.

<sup>311</sup> Vgl. *Eberspächer*, in: BeckOGK-SE, Art. 37 SE-VO Rn. 12, Art. 66 SE-VO Rn. 6 (Stand 1.2.2021); *Drinhausen*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 66 SE-VO Rn. 24 mit Verweis auf *Bücker*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 37 SE-VO Rn. 32.

<sup>312</sup> Vgl. *Schäfer*, in: MüKo-AktG, Art. 37 SE-VO Rn. 19.

#### d) Beitritt der Komplementär-SE

Für den Beitritt der zukünftigen Komplementär-SE gelten die im vorstehenden Abschnitt gemachten Ausführungen zum Formwechsel aus der GmbH bzw. AG entsprechend. Mit Eintragung im Handelsregister wird der Formwechsel wirksam und die SE besteht nach § 202 UmwG in Form der SE & Co. KGaA weiter.

#### IV. Beteiligungsverhältnisse und Einheits-SE & Co.

Bei Implementierung der SE & Co. ist zu entscheiden, wie die Beteiligungsverhältnisse an den Gesellschaften gestaltet werden. In Betracht kommen inkongruente Beteiligungsverhältnisse, eine Gestaltung als beteiligungsidentische SE & Co. sowie die Einheits-SE & Co., auf die im Folgenden ein besonderes Augenmerk gelegt wird.

##### 1. Grundsätzliche Zulässigkeit der Einheits-SE & Co. und Gründung

Die Zulässigkeit der Einheits-GmbH & Co. KG ist heute allgemein anerkannt und wird, wie § 172 Abs. 6 Satz 1 HGB zeigt, auch vom Gesetzgeber vorausgesetzt.<sup>313</sup> Auch die Zulässigkeit der Einheits-GmbH & Co. KGaA wird bejaht.<sup>314</sup> Gleiches gilt für die AG & Co. KG und die AG & Co. KGaA.<sup>315</sup> Mit dem durch das MoPeG neu gefassten § 170 Abs. 2 HGB n.F. hat die KG als Einheitsgesellschaft nun auch eine ausdrückliche gesetzliche Regelung erfahren. Wegen Art. 9 Abs. 1 lit. c) ii) und Art. 10 SE-VO ist eine Gleichbehandlung der SE & Co. geboten. Aus der SE-VO oder dem SEAG ergeben sich keine Einschränkungen hinsichtlich der Gestaltung als Einheitsgesellschaft.<sup>316</sup>

Bei der originären Gründung der Einheits-SE & Co. KGaA wird zunächst die SE durch die Kommanditaktionäre gegründet. Es ist zu beachten, dass das Grundkapital der KGaA nicht durch eine Einbringung der Anteile an der Komplementär-SE aufgebracht werden kann, sondern die Gründungskommanditaktionäre sowohl das Grundkapital der SE als auch das der

<sup>313</sup> Vgl. *Grunewald*, in: MüKo-HGB, § 161 Rn. 95; *Roth*, in: Baumbach/Hopt, HGB, Anh. § 177a Rn. 8; *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 3 Rn. 8.

<sup>314</sup> Vgl. *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 278 Rn. 388. Ausführlich *Arnold*, Die GmbH & Co. KGaA, S. 31 f.; auch zu Vor- und Nachteilen der Einheits-KGaA *Schrack*, NZG 2000, 675 (675 ff.).

<sup>315</sup> Vgl. für die AG & Co. KG *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 3 Rn. 320; *Lüke*, in: Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 2.454. Vgl. für die AG & Co. KGaA *Sethe*, in: GK-AktG, § 278 Rn. 40 f.; *Gonnella/Mikic*, AG 1998, 508 (508 Fn. 7); *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 224.

<sup>316</sup> Vgl. *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, ZHR Beiheft 77 (2015), S. 154 (169).

KGaA aufbringen müssen. Dies ergibt sich aus einer zum Gläubigerschutz gebotenen analogen Anwendung von § 172 Abs. 6 HGB, weil anderenfalls nur das Grundkapital der SE als Haftungsmasse zur Verfügung stünde.<sup>317</sup> Erst dann können die Anteile an der zuerst gegründeten SE in die KGaA auf der Grundlage eines gesonderten Vertrags eingebracht werden.<sup>318</sup>

## 2. Keine Einschränkung aufgrund von §§ 71, 71d AktG

Bei Gründung einer Einheitsgesellschaft erwirbt die KG bzw. KGaA alle Aktien der Komplementär-SE.<sup>319</sup> Dem könnten §§ 71 und 71d AktG entgegenstehen.<sup>320</sup> Die Anwendbarkeit auf die SE ist durch Art. 5 SE-VO vorgegeben.<sup>321</sup> Eine AG darf eigene Aktien nur unter bestimmten in § 71 Abs. 1 AktG genannten Voraussetzungen und nur bis zu einer Quote von 10 % des Grundkapitals erwerben. Der Erwerb von Aktien an der Komplementär-SE durch die KG bzw. KGaA könnte unter § 71 AktG fallen, weil § 71d Satz 2 AktG auch den Erwerb oder den Besitz von Aktien der Gesellschaft durch ein abhängiges oder ein im Mehrheitsbesitz der Gesellschaft stehendes Unternehmen als Umgehungsgeschäft den Voraussetzungen des § 71 AktG unterstellt. Die entsprechende Anwendbarkeit von § 71d Satz 2 AktG auf die SE wird von der herrschenden Auffassung zu Recht bejaht, da § 71d Satz 2 AktG die Kapitalerhaltung betrifft und daher vom Regelungsbereich des Art. 5 SE-VO, der für die Kapitalerhaltungsregeln auf nationales Recht verweist, umfasst ist.<sup>322</sup> Zu prüfen ist also (erneut)<sup>323</sup>, ob die KG bzw. KGaA gemäß § 17 AktG abhängiges Unternehmen der Komplementär-SE ist.

---

<sup>317</sup> Vgl. *Arnold*, Die GmbH & Co. KGaA, S. 32 f.; *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 224.

<sup>318</sup> Vgl. *Arnold*, Die GmbH & Co. KGaA, S. 32 f.; *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 224; *Gonnella/Mikic*, AG 1998, 508 (512 f.).

<sup>319</sup> Ein Erwerb von Aktien an der KGaA durch die Komplementärin, der seinerseits auch unter §§ 71, 71d AktG fallen könnte, erfolgt demgegenüber in aller Regel nicht. Vgl. hierzu auch *Arnold*, Die GmbH & Co. KGaA, S. 31; *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 224.

<sup>320</sup> Zu den Rechtsfolgen bei Eingreifen von § 71 AktG vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 21 Rn. 20 f.

<sup>321</sup> Vgl. *Diekmann*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 5 SE-VO Rn. 6 ff.; *Oechsler*, in: MüKo-AktG, Art. 5 SE-VO Rn. 11.

<sup>322</sup> Vgl. *Diekmann*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 5 SE-VO Rn. 10.

<sup>323</sup> Die Frage, ob die KG bzw. KGaA Tochtergesellschaft der Komplementär-SE ist, tauchte bereits bei der Gründung durch Formwechsel der Komplementärin unter Abschnitt B.I.1.b) auf.

### a) **Unternehmenseigenschaft der Komplementär-SE im aktienrechtlichen Sinne**

Die typische Komplementärgesellschaft unterhält über die Wahrnehmung der Komplementärfunktion hinaus keinen eigenen Geschäftsbetrieb, ist nicht an weiteren Gesellschaften beteiligt oder als Komplementärin weiterer Unternehmen tätig. Sie könnte aber dennoch Unternehmen i.S.d. §§ 15 ff. AktG sein. Herrschendes Unternehmen ist nach dem teleologischen Unternehmensbegriff jeder Gesellschafter, gleich welcher Rechtsform, der neben seiner Beteiligung an der Gesellschaft noch anderweitige wirtschaftliche Interessenbindungen hat, die nach Art und Intensität die ernsthafte Besorgnis begründen, er könne deshalb seinen aus der Mitgliedschaft folgenden Einfluss zum Nachteil der Gesellschaft geltend machen.<sup>324</sup> Bei der typischen Komplementärin einer Kapitalgesellschaft & Co. KG, die keinen eigenen Geschäftsbetrieb unterhält und nicht an weiteren Gesellschaften beteiligt ist, liegt dieser für ein herrschendes Unternehmen i.S.d. §§ 15 ff. AktG charakteristische Interessenkonflikt nach herrschender Meinung nicht vor.<sup>325</sup> Seltener wird der Fall sein, dass die Komplementär-SE im Einzelfall anderweitigen Interessenbindungen unterliegt, etwa weil sie an weiteren Unternehmen beteiligt ist. Insbesondere kann es vorkommen, dass eine Komplementär-SE die Komplementärfunktion für mehrere Unternehmen wahrnimmt.<sup>326</sup> Denkbar soll eine anderweitige Interessenbindung auch dann sein, wenn die Komplementärin selbst von einem Gesellschafter beherrscht wird, was eine mittelbare Beherrschung der KG bzw. KGaA bedeuten könnte.<sup>327</sup> Dieser Fall kommt indes bei der hier betrachteten Einheits-SE & Co. nicht vor.

Ist die Unternehmenseigenschaft der Komplementär-SE im Einzelfall zu bejahen, bleibt zu prüfen, ob die KG bzw. KGaA abhängiges Unternehmen i.S.d. § 17 AktG ist.

---

<sup>324</sup> Vgl. nur BGHZ 69, 334; *Bayer*, in: MüKo-AktG, § 15 Rn. 13 m.w.N.

<sup>325</sup> Vgl. die Begründung in BSGE 75, 82 (zur Frage, ob die Beteiligung eines Gesellschafters sowohl an der GmbH als auch an der KG für seine Unternehmenseigenschaft ausreicht); so auch *Bayer*, in: MüKo-AktG, § 15 Rn. 46; noch deutlicher LAG Köln v. 17.4.1986 – 3 Sa 1155/85, in: ZIP 1986, 736; *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 21 Rn. 19; *Liebscher*, in: MüKo-GmbHG, Anh. zu § 13 (GmbH-Konzernrecht) Rn. 1393; *ders.*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 3 Rn. 320 sowie § 51 Rn. 33; *Perlitt*, in: MüKo-AktG, vor § 278 Rn. 101; *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, ZHR Beiheft 77 (2015), S. 154 (170 f.).

<sup>326</sup> Vgl. *Perlitt*, in: MüKo-AktG, vor § 278 Rn. 103.

<sup>327</sup> Vgl. *Liebscher*, in: MüKo-GmbHG, Anh. zu § 13 (GmbH-Konzernrecht) Rn. 1395; *ders.*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 51 Rn. 34 f.

**b) KG bzw. KGaA als abhängiges Unternehmen im aktienrechtlichen Sinne****aa) Keine Abhängigkeitsvermutung wegen Mehrheitsbeteiligung**

Grundsätzlich können auch Personengesellschaften abhängige Unternehmen sein.<sup>328</sup> Ob § 17 Abs. 2 AktG, wonach eine Beherrschung im Falle der Mehrheitsbeteiligung vermutet wird, auf Personengesellschaften anwendbar ist, ist umstritten.<sup>329</sup> Auch die Anwendung der Vermutungsregel auf die Kapitalgesellschaft & Co. KGaA wird mit guten Gründen angezweifelt.<sup>330</sup> Entscheidendes Argument gegen die Vermutung ist jeweils, dass bei diesen Gesellschaftsformen anders als bei typischen Kapitalgesellschaften eine Mehrheitsbeteiligung regelmäßig nicht mit tatsächlichen gesellschaftsrechtlichen Einflussmöglichkeiten korreliert. Bei der Personengesellschaft gilt dies schon wegen des Einstimmigkeitsgrundsatzes.

Die Frage kann jedoch in den meisten Fällen letztlich offenbleiben, da die Komplementär-SE in aller Regel nicht an der KG bzw. KGaA beteiligt ist und keine Stimmrechte hat.

**bb) Beherrschender Einfluss der Komplementärin**

Eine Beherrschung kann allerdings auch auf andere Art und Weise als über die Mehrheitsbeteiligung vermittelt werden. Beherrschender Einfluss i.S.d. § 17 AktG liegt dann vor, wenn das beherrschende Unternehmen über gesicherte rechtliche Einflussnahmemöglichkeiten verfügt, dem abhängigen Unternehmen oder dessen Verwaltung Konsequenzen für den Fall anzudrohen, dass es dem Willen des beherrschenden Unternehmen nicht Folge leistet.<sup>331</sup> Denkbar wäre es, aufgrund der Stellung der Komplementärin und der damit verbundenen weitgehenden Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis im Wege eines Erst-Recht-Schlusses einen beherrschenden Einfluss anzunehmen. Wenn schon die Einflussnahme auf die Besetzung von Leitungs- oder Aufsichtsorgan für eine Beherrschung spricht, sei dies erst recht bei der Komplementärin der Fall, die selbst die Geschäftsführung und Vertretung wahrnimmt. Teilweise wird ein beherrschender Einfluss mit diesem

---

<sup>328</sup> Vgl. *Bayer*, in: MüKo-AktG, § 17 Rn. 115 m.w.N.

<sup>329</sup> Gegen die Anwendbarkeit *Bayer*, in: MüKo-AktG, § 17 Rn. 117; *Liebscher*, in: MüKo-GmbHG, Anh. zu § 13 (GmbH-Konzernrecht) Rn. 1385.

<sup>330</sup> Vgl. *Perlitt*, in: MüKo-AktG, vor § 278 Rn. 105.

<sup>331</sup> *Perlitt*, in: MüKo-AktG, vor § 278 Rn. 100.

Argument bejaht.<sup>332</sup> Soweit zur Begründung auf eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs zum Wettbewerbsrecht<sup>333</sup> verwiesen wird, ist dies nicht überzeugend. Der Entscheidung lag der Fall einer Holding-AG zugrunde, die sowohl mehrheitlich an der Komplementär-GmbH als auch an der KG beteiligt war. Es wurde eine (mittelbare) Beherrschung der KG mit dem Argument bejaht, dass die Holding-AG über die Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern der Komplementärin bestimmen und diesen Weisungen erteilen kann. Diese beiden Befugnisse, die in der GmbH der Gesellschafterversammlung zugewiesen sind, sind bei der SE als Komplementärin nicht gleichermaßen vorhanden.<sup>334</sup> Weiter wurde argumentiert, dass die Einflussmöglichkeiten der Holding-AG durch ihre Kapitalmehrheit in der KG noch gesichert und verstärkt seien.

Andere lehnen ein Konzernverhältnis zwischen KG bzw. KGaA und Komplementärin ab, da die Stellung der Komplementärin aus der gesetzlichen Grundkonzeption folge.<sup>335</sup>

### cc) Stellungnahme

Richtigerweise ist die Beantwortung der Frage, ob eine Beherrschung i.S.d. § 17 AktG vorliegt, von der Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags gegebenenfalls nebst ergänzender Nebenabreden, z.B. einer Geschäftsordnung für die Geschäftsführung, abhängig.<sup>336</sup> Im gesetzlichen Grundmodell der Organisationsverfassung der SE & Co. KG bzw. KGaA<sup>337</sup> verbleiben regelmäßig entscheidende Befugnisse bei den Kommanditisten bzw. Kommanditaktionären, so dass bei einer üblichen Gestaltung des Gesellschaftsvertrags der KG bzw. KGaA nicht von einem beherrschenden Einfluss durch die Komplementärin ausgegangen

---

<sup>332</sup> Vgl. *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 278 Rn. 99 (Stand 1.6.2021), der jedoch eine Vermeidung der Beherrschung durch entsprechende Satzungsgestaltung für möglich hält; *Windbichler*, in: GK-AktG, § 17 Rn. 28; *Fett*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 12 Rn. 28; *K. Schmidt*, ZHR 160 (1996), 265 (284); in diese Richtung wohl auch *Arnold*, Die GmbH & Co. KGaA, S. 73; den Grundsatz jedoch in Frage stellend *Düll*, in Reichert, GmbH & Co. KG, § 22 Rn. 87.

<sup>333</sup> BGHZ 89, 162.

<sup>334</sup> Siehe hierzu sogleich unter Abschnitt C.I.1.a) und Abschnitt C.I.2.a).

<sup>335</sup> Vgl. *Kessler*, Die rechtlichen Möglichkeiten der Kommanditaktionäre einer GmbH & Co. KGaA, S. 239; *Schaumburg/Schulte*, Die KGaA, Rn. 70; *Jacques*, NZG 2000, 401 (404), *Hennerkes/May*, BB 1988, 2393 (2399).

<sup>336</sup> So die herrschende Meinung, vgl. *Bayer*, in: MüKo-AktG, § 17 Rn. 116; *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 14 Rn. 65 ff.; *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 17 AktG Rn. 48; *Mertens/Cahn*, in: KK-AktG, vor § 278 Rn. 27; *Perlitt*, in: MüKo-AktG, vor § 278 Rn. 107; *Sethe*, in: GK-AktG, vor § 278 Rn. 81 ff.; *Düll*, in Reichert, GmbH & Co. KG, § 22 Rn. 87.

<sup>337</sup> Hierzu sogleich unter Abschnitt C.II.1 und Abschnitt C.III.1.a).

werden kann.<sup>338</sup> Ist der Gesellschaftsvertrag allerdings so gestaltet, dass die Komplementärin von den Kommanditisten bzw. Kommanditaktionären weitgehend unabhängig ist, kann eine beherrschende Einflussnahme zu bejahen sein. Entscheidend ist, ob ein „erhebliches Gegengewicht“<sup>339</sup> zu den Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnissen der Komplementärin gegeben ist.<sup>340</sup>

Ein Anhaltspunkt für einen beherrschenden Einfluss der Komplementärin kann es sein, wenn die Komplementärin auch für außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen abweichend von § 164 Abs. 2 HGB (i.V.m. § 278 AktG) nicht der Zustimmung der Kommanditisten bzw. Kommanditaktionäre bedarf.<sup>341</sup>

Folgende Anhaltspunkte sprechen demgegenüber gegen einen beherrschenden Einfluss der Komplementärin:

- Die Komplementärin bedarf für außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen entsprechend § 164 Abs. 2 HGB (i.V.m. § 278 AktG) der Zustimmung der Kommanditisten bzw. Kommanditaktionäre. In diesem Fall soll eine Beherrschung immer ausscheiden.<sup>342</sup>
- Für wesentliche Geschäftsführungsmaßnahmen der Komplementärin sind Zustimmungsvorbehalte geregelt.<sup>343</sup>
- Die Kommanditisten bzw. Kommanditaktionäre haben ein vertragliches Weisungsrecht gegenüber der Komplementärin.<sup>344</sup>

---

<sup>338</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 14 Rn. 66; *Liebscher*, in MüKo-GmbHG, Anh. zu § 13 (GmbH-Konzernrecht) Rn. 1387. Eine Vermutung im gesetzlichen Grundmodell dagegen bei der Kapitalgesellschaft & Co. KGaA grundsätzlich ablehnend: *Perlitt*, in: MüKo-AktG, vor § 278 Rn. 107.

<sup>339</sup> *Liebscher*, in MüKo-GmbHG, Anh. zu § 13 (GmbH-Konzernrecht) Rn 1386; *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, ZHR Beiheft 77 (2015), S. 154 (173).

<sup>340</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 14 Rn. 66; *Liebscher*, in MüKo-GmbHG, Anh. zu § 13 (GmbH-Konzernrecht) Rn 1386; *Sethe*, in: GK-AktG, vor § 278 Rn. 82 f.; *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, ZHR Beiheft 77 (2015), S. 154 (173).

<sup>341</sup> Vgl. *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, ZHR Beiheft 77 (2015), S. 154 (172). Für die Kapitalgesellschaft & Co. KGaA *Giehl*, MittBayNot 2016, 285 (289 f.).

<sup>342</sup> Vgl. *Sethe*, in: GK-AktG, vor § 278 Rn. 82; *Giehl*, MittBayNot 2016, 285 (289); *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, ZHR Beiheft 77 (2015), S. 154 (172); a.A. *Brügel/Tillkorn*, GmbHR 2013, 459 (463); für die Kapitalgesellschaft & Co. KGaA *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 278 Rn. 99 (Stand 1.6.2021); *Fett*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 12 Rn. 28.

<sup>343</sup> Vgl. *Sethe*, in: GK-AktG, vor § 278 Rn. 80; *Düll*, in Reichert, GmbH & Co. KG, § 22 Rn. 88; *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, ZHR Beiheft 77 (2015), S. 154 (173).

<sup>344</sup> Vgl. BAG, Beschl. v. 22.11.1995 – 7 ABR 9/95, in: NZA 1996, 706 (708); *Düll*, in Reichert, GmbH & Co. KG, § 22 Rn. 88.

- Die Möglichkeit der Abberufung bzw. des Austauschs der Komplementärin ist nach dem Gesellschaftsvertrag gegenüber dem gesetzlichen Grundmodell erleichtert.<sup>345</sup>
- Die Kommanditisten bzw. Kommanditaktionäre können die Mehrheit der Mitglieder der Geschäftsführung bestimmen.<sup>346</sup>
- Die Ausübung der Gesellschafterrechte in der Hauptversammlung der SE ist wie bei der Einheitsgesellschaft typisch<sup>347</sup> oder wie im Falle der beteiligungsidentischen SE & Co. den Gesellschaftern der KG bzw. KGaA zugewiesen.<sup>348</sup>
- Es sind noch weitere persönlich haftende Gesellschafter vorhanden, denen ein Widerspruchsrecht nach § 115 Abs. 1 HGB zusteht (und es kann erwartet werden, dass sie dieses auch ausüben).<sup>349</sup>

In den zuletzt genannten Fällen hat die Komplementär-SE gerade nicht die von der herrschenden Meinung geforderte „gesicherte rechtliche Einflussmöglichkeit“<sup>350</sup> gegenüber der KG bzw. KGaA.<sup>351</sup> Die Kommanditisten bzw. Kommanditaktionäre können über Zustimmungsvorbehalte sowie über (die Androhung von) Abberufung oder Austausch der Komplementärin letztlich ihre Interessen gegenüber der Komplementärin bis zur letzten Konsequenz durchsetzen. Teilweise wird daher sogar angenommen, die Kommanditisten bzw. Kommanditaktionäre oder die KG bzw. KGaA würden ihrerseits die Komplementärin beherrschen.<sup>352</sup> Ob dies pauschal so angenommen werden kann, mag bezweifelt werden, jedenfalls

---

<sup>345</sup> Vgl. *Martens*, in: Schlegelberger, HGB, Anh. § 105 Rn. 11; *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, ZHR Beiheft 77 (2015), S. 154 (173).

<sup>346</sup> Vgl. *Düll*, in Reichert, GmbH & Co. KG, § 22 Rn. 88.

<sup>347</sup> Hierzu sogleich unter Abschnitt B.IV.3.

<sup>348</sup> Vgl. *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, ZHR Beiheft 77 (2015), S. 154 (173); für den Fall der Beteiligungsidentität *Düll*, in Reichert, GmbH & Co. KG, § 22 Rn. 87.

<sup>349</sup> Vgl. *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, § 17 AktG Rn. 47; *Perlitt*, in: MüKo-AktG, vor § 278 Rn. 108; *Sethe*, in: GK-AktG, vor § 278 Rn. 80; *Fett*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 12 Rn. 28; *Giehl*, MittBayNot 2016, 285 (289); *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, ZHR Beiheft 77 (2015), S. 154 (172).

<sup>350</sup> *Perlitt*, in: MüKo-AktG, vor § 278 Rn. 100.

<sup>351</sup> *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, ZHR Beiheft 77 (2015), S. 154 (173).

<sup>352</sup> Vgl. BAG, Beschl. v. 22.11.1995 – 7 ABR 9/95, in: NZA 1996, 706 (708); *Martens*, in: Schlegelberger, HGB, Anh. § 105 Rn. 11; für eine Beherrschung durch die KG *Düll*, in Reichert, GmbH & Co. KG, § 22 Rn. 87.

sprechen die Einflussnahmemöglichkeiten der Kommanditisten bzw. Kommanditaktionäre aber gegen die Beherrschung durch die Komplementärin.

Bei der Einheitsgesellschaft kommt bei entsprechender Satzungsgestaltung die Möglichkeit der Bestellung und Abberufung der Aufsichtsratsmitglieder oder Verwaltungsratsmitglieder der SE durch die Gesellschafter der KG bzw. KGaA hinzu, die einen Einfluss auf die Leitung der Komplementär-SE ermöglicht.<sup>353</sup> Gerade im Fall der typischen Einheits-SE & Co. KG bzw. SE & Co. KGaA kann damit nicht von einer Beherrschung durch die Komplementärin nach § 17 AktG ausgegangen werden, so dass § 71d Satz 2 AktG nicht greift und die §§ 71, 71d AktG der Gestaltung als Einheitsgesellschaft nicht entgegenstehen.<sup>354</sup>

### 3. Regelungen zur Vertretung der KG bzw. KGaA

Problematisch ist nach aktueller Rechtslage noch, dass in der Einheitsgesellschaft die KG bzw. die KGaA bei der Beschlussfassung in der Komplementärgesellschaft durch die Geschäftsführung der Komplementärin vertreten würde. Ein typisches bei der Einheits-GmbH & Co. zur Verdeutlichung herangezogenes Beispiel ist der Geschäftsführer, der sich selbst entlasten müsste.<sup>355</sup> Dieses Beispiel trifft jedoch auf die Einheits-SE & Co. nicht gleichermaßen zu. Für den Beschluss über die eigene Entlastung, die Geltendmachung eines Anspruchs oder die Befreiung von einer Verbindlichkeit würde das betroffene Mitglied des Leitungsorgans der SE gemäß Art. 9 Abs. 1 lit. c) ii) SE-VO i.V.m. § 136 Abs. 1 AktG einem Stimmverbot unterliegen.<sup>356</sup> Die Vertretung gegenüber dem Vorstandsmitglied würde in diesen Fällen bei der dualistischen SE nach Art. 9 Abs. 1 lit. c) ii) SE-VO i.V.m. § 112 AktG analog dem Aufsichtsorgan obliegen.<sup>357</sup> Bei der dualistischen Einheits-SE & Co.<sup>358</sup> ist die Bestellung und Abberufung sowie die Überwachung des Vorstands weniger problematisch als bei der Einheits-GmbH & Co. Dies liegt daran, dass diese Aufgaben bei der dualistischen SE (wie auch bei der AG, § 84 AktG) nach Art. 39 Abs. 2 Satz 1 und Art. 40 Abs. 1 Satz 1 SE-VO dem Aufsichtsrat und nicht

<sup>353</sup> Vgl. *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, ZHR Beiheft 77 (2015), S. 154 (173); hierzu sogleich unter Abschnitt B.IV.3.

<sup>354</sup> Vgl. *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, ZHR Beiheft 77 (2015), S. 154 (173); *Düll*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 22 Rn. 89 sieht bei der Einheitsgesellschaft immer die KG als Mutterunternehmen an.

<sup>355</sup> Vgl. *Grunewald*, in: MüKo-HGB, § 161 Rn. 98; *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 3 Rn. 9.

<sup>356</sup> Vgl. für die AG & Co. KGaA: *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 226.

<sup>357</sup> Vgl. für die AG & Co. KGaA: *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 226.

<sup>358</sup> Zur dualistischen SE sogleich unter Abschnitt C.I.1.

den Gesellschaftern zugewiesen sind.<sup>359</sup> Eine Personenidentität ist durch Art. 39 Abs. 3 Satz 1 SE-VO ausgeschlossen. Bei Abschluss eines Anstellungsvertrags mit dem Vorstandsmitglied wird die SE nach Art. 9 Abs. 1 lit. c) ii) SE-VO i.V.m. § 112 AktG wiederum durch das Aufsichtsorgan vertreten. Bei der monistischen Einheits-SE & Co. KG muss nach § 40 Abs. 1 Satz 2 SEAG jedenfalls die Mehrheit des Verwaltungsrats aus nicht geschäftsführenden Mitgliedern bestehen. Zusätzlich unterliegen geschäftsführende Direktoren zwar nicht bei ihrer Bestellung, aber bei Beschlüssen über ihren Anstellungsvertrag einem Stimmverbot in analoger Anwendung des § 34 BGB.<sup>360</sup> Die Umsetzung des Beschlusses erfolgt nach § 41 Abs. 5 SEAG durch den Verwaltungsrat als Gesamtorgan und kann einzelnen Verwaltungsratsmitgliedern übertragen werden.<sup>361</sup>

Anderes gilt generell, wenn ein Anstellungsvertrag mit der KG geschlossen werden soll. Hier ergibt sich ein Vertretungsproblem, welches eine Regelung im Gesellschaftsvertrag der KG erforderlich macht, dass für den Abschluss von Anstellungsverträgen mit der Geschäftsleitung der Komplementärin beispielsweise die Kommanditisten oder ein Beirat zuständig und vertretungsbefugt sind.<sup>362</sup> Wegen der Zuständigkeit des Aufsichtsrats bzw. Verwaltungsrats der SE für den Abschluss von Anstellungsverträgen ist stets dessen Zustimmung vorzusehen.<sup>363</sup>

Doch auch bei sonstigen Beschlussgegenständen in der SE entspricht eine Vertretung durch deren Leitungsorgan häufig nicht den Wünschen der Gesellschafter der KG bzw. KGaA. Die Vertretungsproblematik wird daher in aller Regel durch gesellschaftsvertragliche Regelungen umgangen. Üblich ist eine Regelung im Gesellschaftsvertrag der Komplementärin und/oder der KG bzw. KGaA, wonach das Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung der Komplementärin, solange die KG bzw. KGaA alleinige Gesellschafterin der Komplementärin ist, beispielsweise durch die Kommanditisten<sup>364</sup> oder die

---

<sup>359</sup> Vgl. *Blaum*, in: Westermann/Wertenbruch, Hdb Personengesellschaften, Rn. I 3385.

<sup>360</sup> Vgl. *Verse*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 40 SEAG Rn. 29; *Teichmann*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, § 40 SEAG Rn. 27, *Blaum*, in: Westermann/Wertenbruch, Hdb Personengesellschaften, Rn. I 3386.

<sup>361</sup> Vgl. *Verse*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 40 SEAG Rn. 29.

<sup>362</sup> Vgl. *Blaum*, in: Westermann/Wertenbruch, Hdb Personengesellschaften, Rn. I 3386a.

<sup>363</sup> Vgl. *Blaum*, in: Westermann/Wertenbruch, Hdb Personengesellschaften, Rn. I 3386a.

<sup>364</sup> Vgl. *Blaum*, in: Westermann/Wertenbruch, Hdb Personengesellschaften, Rn. I 3386b; *Winter*, in: Winter, Beratungspraxis GmbH & Co. KG, E 92 ff.

Kommanditaktionäre bzw. den Aufsichtsrat der KGaA<sup>365</sup> ausgeübt wird (Vollmachtlösung). Sollen bei der KGaA die Befugnisse des (gegebenenfalls mitbestimmten) Aufsichtsrats der KGaA nicht entsprechend erweitert werden, bietet sich als Alternative die Übertragung auf einen Beirat bzw. Gesellschafterausschuss an, da die Hauptversammlung der KGaA regelmäßig als zu schwerfällig hinsichtlich Einberufung und Beschlussfassung ausscheiden wird.<sup>366</sup> Die Kompetenzverteilung zwischen den Organen wird im Folgenden noch eingehend betrachtet.<sup>367</sup>

Mit dem Inkrafttreten des § 170 Abs. 2 HGB n.F. zum 1.1.2024 wird die Vertretungsproblematik bei der Einheits-Kapitalgesellschaft & Co. KG gesetzlich so gelöst, dass die Rechte der KG in der Gesellschafterversammlung der Kapitalgesellschaft von den Kommanditisten wahrgenommen werden. Die Vorschrift ist dispositiv und lässt abweichende gesellschaftsvertragliche Regelungen zu. Die Gesetzesbegründung nennt hierzu ausdrücklich die rechtsgeschäftliche Vollmachtlösung.<sup>368</sup> Zulässig sind danach auch weiterhin Regelungen im Gesellschaftsvertrag der KG, die nur einzelnen Kommanditisten oder einem aus Kommanditisten bestehenden Beirat die Ausübung der Rechte der KG in der Gesellschafterversammlung der Komplementärin übertragen.<sup>369</sup> Über § 278 Abs. 2 AktG dürfte § 170 Abs. 2 HGB n.F. auch auf die Einheits-KGaA anzuwenden sein.<sup>370</sup>

#### **4. Erwägungen zur Gestaltung der Beteiligungsverhältnisse**

Die Beteiligungsverhältnisse in der SE & Co. können beliebig ausgestaltet werden. Auch die Errichtung einer Einheits-SE & Co. ist zulässig. Bei der Entscheidung über die Gestaltung der Beteiligungsverhältnisse können verschiedene Faktoren berücksichtigt werden. Dabei geht es in erster Linie um die Interessen und Ziele der Gesellschafter. Eine untergeordnete Rolle kann der Gestaltungsaufwand spielen. Im Einzelnen:

---

<sup>365</sup> Vgl. *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 278 Rn. 388; *Arnold*, Die GmbH & Co. KGaA, S. 34 f., der aber die Übertragung auf den Aufsichtsrat der KGaA für unzulässig hält; *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 227; *Gonnella/Mikic*, AG 1998, 508 (512); *Schrack*, NZG 2000, 675 (678).

<sup>366</sup> Vgl. *Arnold*, Die GmbH & Co. KGaA, S. 35; *Otte*, Die AG & Co. KGaA; *Gonnella/Mikic*, AG 1998, 508 (512); *Schrack*, NZG 2000, 675 (678).

<sup>367</sup> Unter Abschnitt C.

<sup>368</sup> Vgl. BT-Drs. 19/27635, S. 256.

<sup>369</sup> Vgl. ausführlich *Wertenbruch*, GmbHR 2021, 1181 (1184 ff.).

<sup>370</sup> Vgl. *Bachmann*, NZG 2020, 612 (618).

Soll, wie bereits angesprochen, eine Trennung von Gesellschaftergruppen in reine Kapitalgeber und in leitende Gesellschafter erfolgen, ist eine inkongruente Beteiligung zielführend. Reine Kapitalgeber werden als Kommanditisten bzw. Kommanditaktionäre beteiligt, während die unternehmensleitenden Gesellschafter (auch) Aktionäre der SE werden.<sup>371</sup> Die Gestaltung kann noch durch eine gesellschaftsvertragliche Einschränkung der Rechte der Kommanditisten bzw. Kommanditaktionäre unterstützt werden.<sup>372</sup> Diese Variante kommt eher für Publikumsgesellschaften, z.B. kapitalistische KGaA, mit denen ein Börsengang geplant ist, in Betracht oder wird aus Gründen der Nachfolgeplanung gewählt.<sup>373</sup>

Bei personalistischen Gesellschaften wird die SE in aller Regel nur als Haftungsvehikel genutzt und die SE & Co. als eine einheitliche Gesellschaft wahrgenommen. Hier kommt eher die Gestaltung als beteiligungsidentische SE & Co. oder Einheits-SE & Co. in Betracht. In der beteiligungsidentischen SE & Co. sind die Kommanditisten bzw. die Kommanditaktionäre an der SE im selben Verhältnis beteiligt wie an der KG bzw. KGaA. Die Komplementär-SE ist dann im Regelfall am Kapital der KG bzw. KGaA nicht beteiligt und hat kein Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung bzw. Hauptversammlung.<sup>374</sup>

Um die Beteiligungsidentität zu wahren und den identischen Einfluss der Gesellschafter in beiden Gesellschaften sicherzustellen, sind die Gesellschaftsverträge der SE und der KG bzw. KGaA in der Regel aufeinander abzustimmen und eine Verzahnung herzustellen.<sup>375</sup> Üblich sind insoweit einheitliche Regelungen über den Ablauf und Zuständigkeit der Gesellschafterversammlungen und Mehrheitserfordernisse.<sup>376</sup> Darüber hinaus sind Regelungen erforderlich, um die Beteiligungsidentität auch bei der Übertragung von Gesellschaftsanteilen und im Erbfall abzusichern.<sup>377</sup>

Um die bei der beteiligungsidentischen GmbH & Co. KG auftretenden Probleme bei der Verzahnung der Gesellschaftsverträge zu umgehen, hat sich in der Praxis

---

<sup>371</sup> Vgl. für die GmbH & Co. KG *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 73 ff.

<sup>372</sup> Vgl. hierzu unter Abschnitt C.II.2.c)bb) und Abschnitt C.III.1.b)bb).

<sup>373</sup> Vgl. hierzu bereits Abschnitt A.I.1.a).

<sup>374</sup> Vgl. hierzu für die GmbH & Co. KG *Wenzel*, in: Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, GmbH & Co. KG, § 4 Rn. 4.135.

<sup>375</sup> Vgl. zur GmbH & Co. KG *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 3 Rn. 2, wobei die Verzahnungsproblematik bei der Kapitalgesellschaft & Co. KGaA nicht gleichermaßen besteht, vgl. *Arnold*, Die GmbH & Co. KGaA, S. 36.

<sup>376</sup> Vgl. zur GmbH & Co. KG *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 17 Rn. 13.

<sup>377</sup> Vgl. zur GmbH & Co. KG *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 3 Rn. 3.

die Gestaltungsvariante der Einheitsgesellschaft entwickelt. Bei der Einheits-SE & Co. ist die KG bzw. die KGaA alleinige Aktionärin der SE. Die Problematik auseinanderfallender Beteiligungsquoten an den Gesellschaften durch Verfügung über Geschäftsanteile oder die Gesamtrechtsnachfolge im Erbfall stellt sich bei der Einheitsgesellschaft nicht.<sup>378</sup> Teilweise wird angenommen, dass bei der Wahl einer Kapitalgesellschaft & Co. KGaA die Gesellschafter der Komplementärin regelmäßig überhaupt keinen Gleichlauf der Beteiligungsverhältnisse wünschen, weil ein Börsenzugang und damit eine Streuung der Kommanditaktien angestrebt ist.<sup>379</sup> Hieraus wird – unter dieser Prämisse richtig – geschlossen, dass in der Praxis an der Einheits-GmbH & Co. KGaA kein Interesse bestehen wird.<sup>380</sup> Dem kann, jedenfalls für die SE & Co. KGaA, nicht zugestimmt werden. Wie bereits festgestellt, sind nur wenige SE & Co. KGaA tatsächlich börsennotiert. Neben der Kapitalmarktfähigkeit spricht auch die noch darzustellende Struktur mit einem schwachen Aufsichtsrat gerade aus mitbestimmungsrechtlichen Erwägungen für eine SE & Co. KGaA. In diesem Fall kann sehr wohl eine Beteiligungsidentität oder Gestaltung als Einheitsgesellschaft gewünscht sein.

Von manchen wird die Einheitsgesellschaft aufgrund der vorstehend beschriebenen Gestaltungserfordernisse als „überkonstruiert“<sup>381</sup> kritisiert. Auch wird auf Unsicherheiten bei der Funktionsfähigkeit der Einheitsgesellschaft, etwa durch die Möglichkeit des Widerrufs der rechtsgeschäftlichen Vollmacht zur Vertretung in der Gesellschafterversammlung durch das Leitungsorgan als Vertreter der KG bzw. KGaA, hingewiesen.<sup>382</sup> Dieses Problem wird allerdings durch das MoPeG gelöst. § 170 Abs. 2 HGB n.F. sieht eine gesetzliche Vertretungsmacht der Kommanditisten vor, welche die Vertretungsmacht der Komplementärin insoweit verdrängt. Dies gilt konsequenterweise auch dann, wenn der Gesellschaftsvertrag nur einzelnen Kommanditisten die Vertretungsmacht in der Gesellschafterversammlung der GmbH einräumt.<sup>383</sup>

Es ist im Einzelfall abzuwägen, ob die Einheitsgesellschaft gewählt werden soll oder ob die beteiligungsidentische SE & Co. trotz der angesprochenen

---

<sup>378</sup> Vgl. *Blaum*, in: Westermann/Wertenbruch, Hdb Personengesellschaften, Rn. I 3384.

<sup>379</sup> So für die Einheits-GmbH & Co. KGaA *Arnold*, Die GmbH & Co. KGaA, S. 21.

<sup>380</sup> *Arnold*, Die GmbH & Co. KGaA, S. 21.

<sup>381</sup> Vgl. *K. Schmidt*, in: FS Röhrich, S. 511 (528).

<sup>382</sup> Vgl. *Arnold*, Die GmbH & Co. KGaA, S. 35.

<sup>383</sup> Vgl. *Wertenbruch*, GmbHR 2021, 1181 (1184).

Verzahnungsproblematik vorzugswürdig ist. Während bisher verbleibende Unsicherheiten bei der Einheitsgesellschaft gegen deren Wahl sprechen mochten, könnte das Konstrukt der Einheitsgesellschaft nach Inkrafttreten des MoPeG attraktiver werden. Auf eine sorgfältige Gestaltung der Gesellschaftsverträge ist in beiden Varianten zu achten.

### **C. Organisationsverfassung der SE & Co.**

Wie der vorstehende Abschnitt gezeigt hat, spielt die gesellschaftsvertragliche Kompetenzverteilung in der SE & Co. eine große Rolle. Auch der Umfang der Mitbestimmung in der SE & Co. hängt entscheidend vom Zusammenspiel der Gesellschaftsorgane ab. Im Folgenden wird daher ein Überblick über die Organisationsverfassung der SE & Co. KG bzw. KGaA gegeben. Ein besonderes Augenmerk wird auf die Organe der Komplementär-SE gelegt. Danach werden die Organisationsverfassung der KG und die Organe der KGaA betrachtet.

#### **I. Organe der SE**

Der Aufbau der SE ist in Art. 38 SE-VO geregelt. Jede SE hat danach die folgenden Organe:

- a) eine Hauptversammlung der Aktionäre und
- b) entweder ein Aufsichtsorgan und ein Leitungsorgan (dualistisches System) oder ein Verwaltungsorgan (monistisches System).

Die Wahl zwischen dem dualistischen System und dem monistischen System wird durch den Satzungsgeber getroffen.<sup>384</sup> Im Folgenden wird zunächst das der Organisationsverfassung einer deutschen Aktiengesellschaft nähere dualistische System betrachtet und danach die innere Organisation der monistischen SE dargestellt.

##### **1. Dualistisches System**

Vorschriften zum dualistischen System finden sich in Art. 39 bis 42 SE-VO. Sonderregelungen enthalten die §§ 15 bis 19 SEAG. Gemeinsame Vorschriften für das dualistische und das monistische System finden sich in Art. 46 ff. SE-VO. Für die in der SE-VO und im SEAG nicht geregelten Bereiche kommt über

---

<sup>384</sup> Vgl. *Scholz*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 38 SE-VO Rn. 3.

Verweisungen der SE-VO<sup>385</sup> deutsches Aktienrecht zur Anwendung. Für die dualistische SE gelten daher weitestgehend dieselben Vorschriften wie für die deutsche Aktiengesellschaft.<sup>386</sup>

#### a) Hauptversammlung der Aktionäre

Notwendiges Organ jeder SE ist gemäß Art. 38 lit. a) SE-VO zunächst die Hauptversammlung der Aktionäre. Für die Hauptversammlung gelten Art. 52 bis 60 SE-VO und §§ 50 und 51 SEAG. Darüber hinaus ist auch hier deutsches Aktienrecht anzuwenden. Die Hauptversammlung der Aktionäre der SE ähnelt bis auf wenige Ausnahmen in ihrer Zuständigkeit und ihrem Ablauf der Hauptversammlung bei einer Aktiengesellschaft deutschen Rechts. Ihr Verhältnis zu den weiteren Organen der SE ergibt sich aus der Zuständigkeitsnorm Art. 52 SE-VO. Danach beschließt die Hauptversammlung über die Angelegenheiten, für die ihr die alleinige Zuständigkeit übertragen wird. Diese Übertragung kann durch die SE-VO, die SE-RL oder durch nationales Aktienrecht erfolgen. In den Zuständigkeitsbereich der Hauptversammlung fallen damit u.a.

- Satzungsänderungen,<sup>387</sup>
- Kapitalerhöhungen,<sup>388</sup>
- Umwandlungsmaßnahmen,<sup>389</sup> oder
- die Zustimmung zum Abschluss von Unternehmensverträgen.<sup>390</sup>

Ungeschriebene Zuständigkeiten der Hauptversammlung sollen sich, auch bei der SE, aus den Grundsätzen der Holz Müller/Gelatine-Rechtsprechung ergeben können.<sup>391</sup> Aus der Zuständigkeitszuweisung in Art. 52 SE-VO wird geschlossen, dass die Hauptversammlung den übrigen Organen der SE nicht übergeordnet ist,

---

<sup>385</sup> Spezialverweisungen (z.B. Art. 51, 52 SE-VO) und (partielle) Generalverweisungen (z.B. Art. 15, 18 SE-VO und Art. 9 Abs. 1 lit. c) ii) SE-VO): Vgl. *Seibt*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 39 SE-VO Rn. 3.

<sup>386</sup> Vgl. *Seibt*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 39 SE-VO Rn. 3.

<sup>387</sup> Art. 59 SE-VO.

<sup>388</sup> Soweit eine Satzungsänderung erforderlich ist, ergibt sich die Kompetenz aus Art. 59 SE-VO, im Übrigen aus Art. 9 Abs. 1 lit. c) ii) SE-VO i.V.m. § 119 Abs. 1 Nr. 6 AktG.

<sup>389</sup> Soweit die Rückumwandlung in eine AG betroffen ist, ergibt sich die Zuständigkeit aus Art. 66 Abs. 6 SE-VO im Übrigen aus dem UmwG.

<sup>390</sup> Art. 9 Abs. 1 lit. c) ii) SE-VO i.V.m. § 293 Abs. 1, 295 Abs. 1 AktG.

<sup>391</sup> Vgl. *Reichert/Brandes*, in: MüKo-AktG, Art. 39 SE-VO Rn. 10; *Seibt*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 39 SE-VO Rn. 5. Im Detail zur Holz Müller/Gelatine-Rechtsprechung vgl. *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 119 Rn 16 ff.

sondern ein Gleichrangverhältnis vorliege.<sup>392</sup> Ein Weisungsrecht der Hauptversammlung gegenüber den anderen Organen besteht demnach nicht. Die alleinige Geschäftsführungsbefugnis liegt beim Leitungsorgan. Dieses kann jedoch gemäß Art. 52 Unterabsatz 2 SE-VO i.V.m. § 119 Abs. 2 AktG der Hauptversammlung die Zuständigkeit für bestimmte Fragen der Geschäftsführung übertragen. Einfluss auf die Geschäftsführung der SE kann die Hauptversammlung gemäß Art. 40 Abs. 2 Satz 1 SE-VO über die Bestellung und Abberufung der Mitglieder des Aufsichtsorgans, das seinerseits die Mitglieder des Leitungsorgans bestellt und abberuft,<sup>393</sup> nehmen.

## b) Leitungsorgan

Nach Art. 39 Abs. 1 Satz 1 SE-VO führt das Leitungsorgan<sup>394</sup> die Geschäfte der SE in eigener Verantwortung. Unter Geschäftsführung ist die Vornahme aller tatsächlichen und rechtsgeschäftlichen Tätigkeiten für die SE zu verstehen.<sup>395</sup> Hierunter fallen die Unternehmensleitung, die Unternehmensplanung und die interne Geschäftsführung. Das Leitungsorgan ist auch für die Einrichtung eines Risikofrüherkennungs- und Überwachungssystems zuständig.<sup>396</sup> Das Leitungsorgan unterliegt dabei wie bereits erwähnt nicht den Weisungen der Gesellschafter.<sup>397</sup>

Für Familiengesellschaften, die die Wahl der SE & Co. erwägen, kann insbesondere die Besetzung des Leitungsorgans der SE interessant sein. Die Mitglieder des Leitungsorgans werden gemäß Art. 39 Abs. 2 Satz 1 SE-VO vom Aufsichtsorgan

---

<sup>392</sup> Vgl. *Bücker*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 52 SE-VO Rn. 7 f.; *Kubis*, in: MüKo-AktG, Art. 52 SE-VO Rn. 7.

<sup>393</sup> Art. 39 Abs. 2 Unterabsatz 1 SE-VO. Art. 39 Abs. 2 Unterabsatz 2 SE-VO ermächtigt die Mitgliedstaaten insoweit eine Zuständigkeitsverlagerung auf die Hauptversammlung zuzulassen. Dies kann in Deutschland nicht umgesetzt werden, solange das deutsche Aktienrecht eine solche Zuständigkeitsverlagerung bei der AG nicht erlaubt, vgl. *Seibt*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 39 SE-VO Rn. 16.

<sup>394</sup> Obwohl das Leitungsorgan einer deutschen SE regelmäßig wie in der AG als Vorstand bezeichnet wird, ist in dieser Arbeit regelmäßig die Bezeichnung als „Leitungsorgan“ gewählt.

<sup>395</sup> Vgl. *Schwarz*, SE-VO, Art. 39 Rn. 12; *Seibt*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 39 SE-VO Rn. 4.

<sup>396</sup> Vgl. *Drygala*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, Art. 39 SE-VO Rn. 14; *Schwarz*, SE-VO, Art. 39 Rn. 15, die diese Pflicht jeweils aus Art. 9 Abs. 1 lit. c) ii) i.V.m. § 91 Abs. 2 AktG herleiten; *Seibt*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 39 SE-VO Rn. 5, der die Pflicht bereits Art. 39 SE-VO als Teil der Geschäftsführung entnimmt.

<sup>397</sup> Dabei wird die Weisungsfreiheit zum Teil mit dem Wortlaut des Art. 39 Abs. 1 Satz 1 SE-VO begründet („in eigener Verantwortung“): statt vieler *Reichert/Brandes*, in: MüKo-AktG, Art. 39 SE-VO Rn. 9. Andere folgern die Weisungsunabhängigkeit aus Art. 40 Abs. 1 Satz 2 SE-VO und dem „Funktionsprinzip des dualistischen Leitungsprinzips“ sowie aus Art. 52 SE-VO, vgl. *Seibt*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 39 SE-VO Rn. 6.

bestellt und abberufen. Niemand darf gemäß Art. 39 Abs. 3 Satz 1 SE-VO zugleich Mitglied des Leitungsorgans und des Aufsichtsorgans der SE sein. Nach Art. 39 Abs. 4 Satz 1 SE-VO wird die Zahl der Mitglieder des Leitungsorgans oder die Regeln für ihre Festsetzung durch die Satzung der SE bestimmt, wobei die Mitgliedstaaten in Satz 2 ermächtigt werden, eine Mindest- und/oder Höchstzahl festzusetzen. Eine solche Festsetzung enthält § 16 Satz 1 SEAG für deutsche SE mit einem Grundkapital von mehr als 3 Mio. Euro, wonach deren Leitungsorgan aus mindestens zwei Personen bestehen muss, es sei denn die Satzung bestimmt etwas anderes. Typischerweise wird das Grundkapital einer Komplementär-SE weniger als 3 Mio. Euro betragen, da eine Komplementärin ohne eigenen Geschäftsbetrieb das Kapital nicht benötigt,<sup>398</sup> so dass die Regelung in den meisten Fällen einer SE & Co. ohne Auswirkungen bleiben wird. Soll das Leitungsorgan der SE nur mit einer Person besetzt sein, empfiehlt sich eine entsprechende Regelung in der Satzung, wobei die Formulierung, dass das Leitungsorgan aus einer oder mehreren Personen besteht, ausreicht.<sup>399</sup>

Gemäß § 16 Satz 2 SEAG bleibt jedoch § 38 Abs. 2 SEBG unberührt, der für die mitbestimmte SE eine Mindestzahl von zwei Mitgliedern im Leitungsorgan vorschreibt, von denen eines stets für Arbeit und Soziales zuständig ist. Die Verankerung der Position eines Arbeitsdirektors<sup>400</sup> im Leitungsorgan einer mitbestimmten SE wird von einigen Literaturstimmen für unzulässig gehalten.<sup>401</sup> Die Regelung verstoße gegen Art. 13 Abs. 2 SE-RL. Es handele sich bei der Bestellung eines Arbeitsdirektors um eine einzelstaatliche Rechtsvorschrift bzw. Gepflogenheit in Bezug auf die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in Gesellschaftsorganen, die nicht der Umsetzung der Richtlinie diene, und daher nach Art. 13 Abs. 2 SE-RL nicht auf die SE anwendbar sei. Zum Teil wird daher vertreten, die Vorschrift sei nur anwendbar, wenn die SE nach der Auffangregelung

---

<sup>398</sup> Vgl. für die Komplementär-GmbH *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 3 Rn. 7 ff.; auch zu dem in dieser Konstellation häufig auftretenden Fall, dass die Komplementärin ohne eigenen Geschäftsbetrieb die die Gründungskosten übersteigenden Barmittel der KG als Darlehen überlässt.

<sup>399</sup> Vgl. *Reichert/Brandes*, in: MüKo-AktG, Art. 39 SE-VO Rn. 20; *Seibt*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 39 SE-VO Rn. 39.

<sup>400</sup> Vgl. § 33 MitbestG.

<sup>401</sup> Vgl. *Grobys*, NZA 2004, 779 (780); *Paefgen*, in: KK-AktG, Art. 39 SE-VO Rn. 77; *Seibt*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 39 SE-VO Rn. 41.

mitbestimmt ist und in einer an der Gründung beteiligten Gesellschaft zuvor ein Arbeitsdirektor bestellt war.<sup>402</sup>

Andere halten die Regelung dagegen für europarechtskonform.<sup>403</sup> Sie sei von der Ermächtigung der Mitgliedstaaten in Art. 39 Abs. 4 SE-VO, eine Mindestzahl von Mitgliedern zu bestimmen, gedeckt.<sup>404</sup> Dabei wird sie jedoch teilweise so interpretiert, dass sie nicht wie § 33 MitbestG die zwingende Bestellung eines Arbeitsdirektors vorschreibe, sondern lediglich Personalangelegenheiten als Ressortzuständigkeit im Leitungsorgan der SE absichere.<sup>405</sup> Für diese Interpretation spricht, dass eine Pflicht zur Bestellung eines Arbeitsdirektors abweichend von einer früheren Entwurfsfassung gerade nicht in die SE-VO aufgenommen wurde.<sup>406</sup> Die offene Formulierung von § 38 Abs. 2 Satz 2 SEBG, wonach eines der mindestens zwei Mitglieder des Leitungsorgans einer mitbestimmten SE für den Bereich Arbeit und Soziales zuständig ist, kann daher so verstanden werden, dass sie zwar festlegt, dass der Zuständigkeitsbereich Arbeit und Soziales von einem Mitglied des Leitungsorgans wahrgenommen werden muss, nicht jedoch die zwingende Bestellung eines Arbeitsdirektors erforderlich ist.<sup>407</sup> Über die Verweisung in Art. 9 Abs. 1 lit. c) ii) SE-VO gilt auch in der SE die Verpflichtung zur Festlegung von Zielgrößen für den Frauenanteil (sogenannte weiche Quote) aus §§ 76 Abs. 4, 111 Abs. 5 AktG.<sup>408</sup>

Für die Beschlussfassung der Organe der SE (mit Ausnahme der Hauptversammlung) gilt Art. 50 SE-VO. Beschlüsse des Leitungsorgans werden daher gemäß Art. 50 Abs. 1 lit. b) SE-VO grundsätzlich mit der einfachen Mehrheit der anwesenden oder vertretenen Mitglieder getroffen, wenn nicht die Satzung etwas anderes bestimmt.

---

<sup>402</sup> Vgl. *Habersack*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 38 SEBG Rn. 42; *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 38 SEBG Rn. 5; *Jacobs*, in: MüKo-AktG, § 38 SEBG Rn. 4.

<sup>403</sup> Vgl. *Manz*, in: Manz/Mayer/Schröder, Art. 39 SE-VO Rn. 104; *Krause*, BB 2005, 1221 (1228); wohl auch *Niklas*, NZA 2004, 1200 (1204); *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, § 38 SEBG Rn. 11 ff.; *ders.*, BB Beilage 2005, Nr. 11, 2 (12).

<sup>404</sup> Vgl. *Manz*, in: Manz/Mayer/Schröder, Art. 39 SE-VO Rn. 104.

<sup>405</sup> Vgl. *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, § 38 SEBG Rn. 11 ff.; *ders.*, BB Beilage 2005, Nr. 11, 2 (12).

<sup>406</sup> Vgl. Unterrichtung durch die Bundesregierung, Geänderter Vorschlag einer Verordnung des Rates über das Statut für Europäische Aktiengesellschaften, BT-Drs. 7/3713, S. 46; *Grobys*, NZA 2004, 779 (780).

<sup>407</sup> Vgl. trotz abweichender Ansichten hinsichtlich der Unionsrechtswidrigkeit *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 38 SEBG Rn. 6; *Jacobs*, in: MüKo-AktG, § 38 SEBG Rn. 3; *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, § 38 SEBG Rn. 11 ff.

<sup>408</sup> Vgl. nur *Reichert/Brandes*, in: MüKo-AktG, Art. 40 SE-VO Rn. 81 m.w.N.

Für die SE & Co. kann sich die Frage stellen, ob die Leitung der SE im Falle einer Verletzung von Sorgfaltspflichten bei der Geschäftsführung auch direkt gegenüber der KG oder KGaA haften kann. Für die GmbH & Co. KG wird eine solche Durchgriffshaftung ganz überwiegend mit dem Argument bejaht, dass die organschaftliche Sonderrechtsbeziehung der Geschäftsführer mit der GmbH Schutzwirkung für die KG entfalte.<sup>409</sup> Gleiches wird für die GmbH & Co. KGaA angenommen.<sup>410</sup> Hier treffe die Geschäftsführung der Komplementärin über § 278 Abs. 3 AktG die Sorgfaltspflicht nach § 93 Abs. 1 AktG entsprechend.<sup>411</sup> Für die AG & Co. KG hat der Bundesgerichtshof zwar offengelassen, ob eine drittschützende Wirkung der Organstellung des Vorstands gegenüber der KG vorliege.<sup>412</sup> Konsequenterweise wird jedoch unabhängig von der Rechtsform der Komplementärin eine direkte Haftung der Organmitglieder gegenüber der KG bzw. der KGaA zu bejahen sein. Dies entspricht dem Sinn und Zweck der Sorgfaltspflicht, Anteilseigner und Gläubiger vor Nachteilen durch die Verletzung dieser Sorgfaltspflichten zu bewahren.<sup>413</sup> Da die Komplementär-SE einer SE & Co. in aller Regel lediglich als Haftungsvehikel verwendet wird, werden die Entscheidungen des Leitungsorgans vorrangig Auswirkungen auf die KG bzw. die KGaA und deren Gesellschafter und Gläubiger haben. Es ist daher sachgerecht, eine Durchgriffshaftung auch bei der SE & Co. zuzulassen.<sup>414</sup>

### c) Aufsichtsorgan

Das Aufsichtsorgan überwacht gemäß Art. 40 Abs. 1 Satz 1 SE-VO die Führung der Geschäfte durch das Leitungsorgan. Es hat gegenüber dem Leitungsorgan jedoch kein Weisungsrecht. Zur Wahrnehmung seiner Überwachungspflicht stehen dem Aufsichtsorgan verschieden Instrumente zur Verfügung. Dies sind zum einen Informationsrechte und korrespondierende Berichtspflichten nach Art. 41 SE-VO und § 18 SEAG. Wie bei der Aktiengesellschaft gibt es Regelberichte und eine Ad

---

<sup>409</sup> Vgl. BGHZ 197, 304 (jedenfalls, wenn die alleinige oder wesentliche Aufgabe der Komplementär-GmbH die Führung der Geschäfte der KG sei); *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 9 Rn. 16 ff. So auch *K. Schmidt*, in: FS Röhrich, S. 511 (520 f.): Der Geschäftsführer sei mittelbarer Träger der durch die GmbH nur durchgeleiteten Organverantwortlichkeit.

<sup>410</sup> Vgl. *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 278 Rn. 318.

<sup>411</sup> Vgl. *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 283 Rn. 10 (Stand 1.6.2021); *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 278 Rn. 62; *Reger*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 5 Rn. 111.

<sup>412</sup> Vgl. BGHZ 180, 105 (113).

<sup>413</sup> Vgl. zu § 93 AktG *Spindler*, in: MüKo-AktG, § 93 Rn. 1.

<sup>414</sup> Vgl. für die AG & Co. KGaA mit ausführlicher Begründung *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 98 ff.

hoc-Berichterstattung durch das Leitungsorgan bei Ereignissen, die sich auf die Lage der SE spürbar auswirken können, bzw. bei Verlangen des Aufsichtsorgans. Zum anderen kann das Aufsichtsorgan durch die Ausübung und Regelung von Zustimmungsvorbehalten für bestimmte Arten von Geschäften Einfluss auf die Geschäftsführung ausüben. Nach Art. 48 Abs. 1 Unterabsatz 1 SE-VO kann die Satzung solche Zustimmungsvorbehalte zugunsten des Aufsichtsorgans festlegen. Im deutschen Aktienrecht besteht gemäß § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG die Pflicht zur Regelung von Zustimmungsvorbehalten.

Nach teilweise vertretener Auffassung soll dies bei der SE nicht gleichermaßen gelten, da der deutsche Gesetzgeber von der entsprechenden Ermächtigung in Art. 48 Abs. 2 SE-VO keinen Gebrauch gemacht habe.<sup>415</sup> Nach anderer Auffassung sei auch in die Satzung der SE zwingend ein Zustimmungskatalog aufzunehmen.<sup>416</sup> Die letztere Ansicht überzeugt, da sowohl die englische („*shall list*“) als auch die französische Fassung von Art. 48 Abs. 1 SE-VO („*énumérent*“) auf eine solche Pflicht schließen lassen. Dass der deutsche Gesetzgeber keine Regelung nach Art. 48 Abs. 2 SE-VO vorgesehen hat, widerspricht dem nicht. Art. 48 Abs. 2 SE-VO ermächtigt die Mitgliedstaaten, für die in ihrem Hoheitsgebiet eingetragenen SE festzulegen, welche Arten von Geschäften auf jeden Fall in die Satzung aufzunehmen sind. Der deutsche Gesetzgeber hätte daher konkrete gesetzliche Zustimmungsvorbehalte festlegen können, die ihrerseits dann in jede Satzung aufzunehmen wären. Hiervon hat der deutsche Gesetzgeber schon bei Änderung des § 111 AktG durch das TransPuG<sup>417</sup> bewusst abgesehen.<sup>418</sup> Durch dieses Absehen von einer solchen Regelung hat der Gesetzgeber jedoch keine Aussage dazu getroffen, dass die Aufnahme von Zustimmungsvorbehalten in die Satzung fakultativ sein soll.

Gemäß Art. 48 Abs. 1 Unterabsatz 2 i.V.m. § 19 SEAG kann auch das Aufsichtsorgan selbst Zustimmungsvorbehalte festlegen. Sie können beispielsweise in einer Geschäftsordnung für das Leitungsorgan oder für das

---

<sup>415</sup> Vgl. *Reichert/Brandes*, in: MüKo-AktG, Art. 40 SE-VO Rn. 18; *Spitzbart*, RNotZ 2006, 369 (378).

<sup>416</sup> Vgl. *Eberspächer*, in: BeckOGK-SE, Art. 48 SE-VO Rn. 2 (Stand 1.2.2021); *Paefgen*, in: KK-AktG, Art. 40 SE-VO Rn. 20; *Seibt*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 48 SE-VO Rn. 4.

<sup>417</sup> Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität vom 19.7.2002, BGBl. I 2002, S. 2681.

<sup>418</sup> Vgl. BT-Drs. 14/8769, S. 17.

Aufsichtsorgan geregelt sein oder durch Beschluss im Einzelfall festgelegt werden.<sup>419</sup>

Zu klären ist, ob die Festlegung von Zustimmungsvorbehalten durch das Aufsichtsorgan wie bei der deutschen AG (§ 111 Abs. 4 Satz 2 AktG) alternativ zur Festlegung solcher Zustimmungsvorbehalte in der Satzung erfolgt oder ob das Aufsichtsorgan nur zusätzliche weitere Zustimmungsvorbehalte regeln darf. Die Literatur spricht sich gegen eine alternative Kompetenz von Satzung und Aufsichtsorgan aus.<sup>420</sup> Der Wortlaut von Art. 48 SE-VO ist nicht eindeutig. Zwar spreche der Wortlaut in seiner deutschen Übersetzung wegen des Zusatzes „jedoch“ eher für eine alternative Kompetenz.<sup>421</sup> Allerdings könne aus der Beschränkung der Aufsichtsratskompetenz für die Festlegung von Zustimmungsvorbehalten für bestimmte Arten von Geschäften geschlossen werden, dass hierdurch eine Anpassung der Satzungsregelungen auf die konkreten Verhältnisse ermöglicht werden soll.<sup>422</sup> Die Kompetenz des Aufsichtsrats solle also nur neben die des Satzungsgebers treten und diese nicht ersetzen. In der Praxis sollte deshalb eine Regelung von Zustimmungsvorbehalten in die SE-Satzung aufgenommen werden, da deren Fehlen ein Eintragungshindernis darstellen kann.<sup>423</sup>

Weiterhin steht dem Aufsichtsorgan die Personalkompetenz für die Mitglieder des Leitungsorgans zu. Es bestellt gemäß Art. 39 Abs. 2 Satz 1 SE-VO dessen Mitglieder und beruft diese ab. Da die Personalkompetenz in der SE-VO nicht weiter geregelt ist, findet über die Verweisung in Art. 9 Abs. 1 lit. c) ii) deutsches Aktienrecht Anwendung. Das Aufsichtsorgan kann daher nach § 77 Abs. 2 Satz 1 AktG eine Geschäftsordnung für das Leitungsorgan beschließen. Es ist auch berufen, die Gesellschaft in allen sonstigen Rechtsbeziehungen mit den Mitgliedern des Leitungsorgans zu vertreten (vgl. § 112 AktG). Schließlich ist das

---

<sup>419</sup> Vgl. *Seibt*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 48 SE-VO Rn. 4.

<sup>420</sup> Vgl. *Eberspächer*, in: BeckOGK-SE, Art. 48 SE-VO Rn. 4 (Stand 1.2.2021); *Hirte*, NZG 2002, 1 (5 f.); *Manz*, in: Manz/Mayer/Schröder, Art. 48 SE-VO Rn. 7; *Seibt*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 48 SE-VO Rn. 22; *Siems/Müller-Leibenger*, in: KK-AktG, Art. 48 SE-VO Rn. 24; *Teichmann*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, Art. 48 SE-VO Rn. 17.

<sup>421</sup> Vgl. *Seibt*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 48 SE-VO Rn. 22; *Teichmann*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, Art. 48 SE-VO Rn. 17.

<sup>422</sup> *Seibt*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 48 SE-VO Rn. 22.

<sup>423</sup> Siehe auch *Spitzbart*, RNotZ 2006, 369 (378).

Aufsichtsorgan für die Prüfung und Billigung des Jahresabschlusses nach §§ 171 f. AktG zuständig.<sup>424</sup>

Die Zahl der Mitglieder des Aufsichtsorgans oder die Regeln für ihre Festlegung werden gemäß Art. 40 Abs. 3 Satz 1 SE-VO durch die Satzung bestimmt. Jedoch kann nach Art. 40 Abs. 3 Satz 2 SE-VO jeder Mitgliedstaat für die in seinem Hoheitsgebiet eingetragenen SE die Zahl der Mitglieder des Aufsichtsrats oder deren Höchst- und/oder Mindestzahl festlegen. Die Größe des Aufsichtsorgans einer deutschen SE regelt § 17 SEAG. Nach § 17 Abs. 1 Satz 1 SEAG besteht das Aufsichtsorgan aus drei Mitgliedern, wobei die Satzung eine bestimmte höhere Zahl festsetzen darf (vgl. § 17 Abs. 1 Satz 2 SEAG). Das bisher stets zu beachtende sogenannte Dreiteilungsgebot in § 17 Abs. 1 Satz 3 SEAG wurde im Jahr 2016 dahingehend geändert, dass eine Dreiteilbarkeit nur noch dann gewährleistet sein muss, wenn dies für die Beteiligung der Arbeitnehmer aufgrund des SEBG erforderlich ist.<sup>425</sup>

In § 17 Abs. 1 Satz 4 SEAG sind darüber hinaus Höchstgrenzen geregelt. Danach darf eine Gesellschaft mit einem Grundkapital von bis zu 1,5 Mio. Euro neun, von mehr als 1,5 Mio. Euro fünfzehn und von mehr als 10 Mio. Euro einundzwanzig Mitglieder im Aufsichtsorgan haben. Innerhalb dieser Grenzen kann und muss der Satzungsgeber die Zahl der Mitglieder des Aufsichtsorgans festlegen. Dabei soll die Satzung keine variable Mitgliederzahl vorsehen können, da sonst die Gefahr bestünde, dass einzelne Mitglieder durch die Verkleinerung des Aufsichtsorgans bewusst zum Ausscheiden aus dem Aufsichtsorgan gezwungen werden.<sup>426</sup>

§ 17 Abs. 2 SEAG enthält schließlich seit 2016 Vorgaben zur Umsetzung der Geschlechterquote.<sup>427</sup> In einer börsennotierten und paritätisch mitbestimmten SE

---

<sup>424</sup> Ob die Verweisung auf §§ 171 f. AktG über Art. 61 SE-VO erfolgt oder auf die Generalverweisung in Art. 9 Abs. 1 lit. c ii) SE-VO zurückzugreifen ist, wirkt sich in der Sache nicht aus. Im Einzelnen zur Reichweite des Art. 61 SE-VO: *Habersack*, in: *Habersack/Drinhausen*, SE-Recht, Art. 61 SE-VO Rn. 1 ff.

<sup>425</sup> § 17 Abs. 1 Satz 3 SEAG wurde geändert durch das Gesetz zur Umsetzung der prüfungsbezogenen Regelungen der Richtlinie 2014/56/EU sowie zur Ausführung der entsprechenden Vorgaben der Verordnung (EU) Nr. 537/2014 im Hinblick auf die Abschlussprüfung bei Unternehmen von öffentlichem Interesse (Abschlussprüfungsreformgesetz) vom 10.5.2016, BGBl. I 2016, S. 1142. Die entsprechende Änderung für deutsche Aktiengesellschaften findet sich in § 95 Satz 3 AktG.

<sup>426</sup> Vgl. *Paefgen*, in: *KK-AktG*, Art. 40 SE-VO Rn. 96; *Reichert/Brandes*, in: *MüKo-AktG*, Art. 40 SE-VO Rn. 66; für die *AG Koch*, in: *Hüffer/Koch*, *AktG*, § 95 Rn. 3; *Kropff*, *AktG*, § 95 Begründung RegE, S. 125; vgl. auch BAG, *Beschl.* vom 3.10.1989 – 1 ABR 12/88, in: *AP BetrVG* § 76 Nr. 28.

<sup>427</sup> § 17 Abs. 2 SEAG wurde geändert durch das Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst vom 24.4.2015, BGBl. I 2015, S. 642.

gilt danach eine sogenannte starre Quote von jeweils 30 % von Frauen und Männern im Aufsichtsorgan.<sup>428</sup> Auch die sogenannte weiche Quote aus §§ 76 Abs. 4, 111 Abs. 5 AktG, d.h. die Verpflichtung zur Festlegung von Zielgrößen für den Frauenanteil im Aufsichtsrat, im Vorstand und den beiden Führungsebenen unterhalb des Vorstands, gilt über die Verweisung in Art. 9 Abs. 1 lit. c) ii) SE-VO für die SE mit Sitz in der Bundesrepublik Deutschland.<sup>429</sup>

Zu beachten ist weiterhin, dass nach § 17 Abs. 3 SEBG die Beteiligung der Arbeitnehmer nach dem SEBG unberührt bleibt. Dies kann eine Rolle für die Größe des Aufsichtsorgans spielen. Ist die SE mitbestimmt aufgrund des Eingreifens der gesetzlichen Auffangregelung, so regelt § 35 SEBG den Umfang der Mitbestimmung nach dem Vorher-Nachher-Prinzip. Dabei bezieht sich der Bestandsschutz nach dem eindeutigen Wortlaut von § 35 Abs. 2 SEBG bei der Gründung durch Verschmelzung, als Holding- oder als Tochter-SE nur auf den Anteil von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsorgan der beteiligten Gesellschaften und damit nicht auf die absolute Zahl der Aufsichtsratsmitglieder.<sup>430</sup> Nach überzeugender Auffassung<sup>431</sup> gilt dies auch im Falle des § 35 Abs. 1 SEBG (Gründung durch Formwechsel), der etwas undeutlicher vom Erhalt der „Regelung zur Mitbestimmung“ spricht, sowie bei Abschluss einer Beteiligungsvereinbarung, obwohl § 21 Abs. 6 Satz 1 SEBG seinerseits „in Bezug auf alle Komponenten der Arbeitnehmerbeteiligung zumindest das gleiche Ausmaß“ gewährleisten will. Diese Auslegung ist bereits aufgrund des systematischen Zusammenhangs zu § 35 Abs. 2 SEBG vorzugswürdig. Hierfür sprechen auch die Regelungen in Art. 40 Abs. 3 und Art 43 Abs. 2 SE-VO, wonach die Festlegung der Mitgliederzahl in der Satzung erfolgt und die Mitgliedstaaten nur Mindest- und Höchstzahlen vorsehen dürfen. Bei der Festlegung der Größe des Aufsichtsorgans hat der Satzungsgeber aber gegebenenfalls die Art der Mitbestimmung zu berücksichtigen. Paritätische Mitbestimmung erfordert eine gerade Zahl an Aufsichtsorganmitgliedern;

---

<sup>428</sup> Zu den Bedenken gegen diese Regelung vgl. *Reichert/Brandes*, in: MüKo-AktG, Art. 40 SE-VO Rn. 76 ff.

<sup>429</sup> Vgl. nur *Reichert/Brandes*, in: MüKo-AktG, Art. 40 SE-VO Rn. 81 m.w.N.

<sup>430</sup> Vgl. *Seibt*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 40 SE-VO Rn. 68; *Henssler*, RdA 2005, 330 (335).

<sup>431</sup> Vgl. nur *Eberspächer*, in: BeckOGK-SE, Art. 40 SE-VO Rn. 2 und Art. 43 SE-VO Rn. 28 (Stand 1.2.2021); *Habersack*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 35 SEBG Rn. 6; *Jacobs*, in: MüKo-AktG, § 35 SEBG Rn. 9; *Paefgen*, in: KK-AktG, Art. 40 SE-VO Rn. 100; *Seibt*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 40 SE-VO Rn. 68; ausführlich *Deilmann/Häferer*, NZA 2017, 607 (610 ff.); *Henssler/Sittard*, KSzW 2011, 359 (365 ff.); a.A. *Krause*, BB 2005, 1221 (1227).

drittelparitätische Mitbestimmung erfordert die Dreiteilbarkeit.<sup>432</sup> Im Vergleich zu einer paritätisch mitbestimmten AG, die je nach Größe bis zu zwanzig Aufsichtsratsmitglieder hat (vgl. § 7 Abs. 1 MitbestG), bietet die mitbestimmte SE damit eine effektivere und kostengünstigere Corporate-Governance-Struktur.<sup>433</sup>

Die Mitglieder des Aufsichtsorgans werden grundsätzlich gemäß Art. 40 Abs. 2 Satz 1 SE-VO von der Hauptversammlung bestellt. Allerdings können die Mitglieder des ersten Aufsichtsrats nach Art. 40 Abs. 2 Satz 2 SE-VO auch durch die Satzung bestellt werden. Abweichend von Art. 40 Abs. 2 Satz 1 SE-VO besteht nach Art. 40 Abs. 2 Satz 3 Alt. 1 i.V.m. Art. 47 Abs. 4 SE-VO i.V.m. § 101 Abs. 2 AktG auch die Möglichkeit, Entsendungsrechte in der Satzung zu verankern.<sup>434</sup> Diese Entsendungsrechte können aber nur für maximal ein Drittel der Anteilseignervertreter begründet werden (vgl. § 101 Abs. 2 Satz 4 AktG). Soll bei einer Familiengesellschaft der Einfluss auf die Ernennung der Anteilseignervertreter sichergestellt werden, ist daher darauf zu achten, dass die Familie die Mehrheit in der Hauptversammlung behält und gegebenenfalls bei verschiedenen Familienstämmen die Stimmabgabe durch Poolvereinbarungen zusätzlich abgesichert wird.<sup>435</sup>

Besonderheiten gelten für die Bestellung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat einer mitbestimmten SE. Hier ist nach Art. 40 Abs. 2 Satz 3 Alt. 2 SE-VO die Beteiligungsvereinbarung vorrangig. Enthält die Beteiligungsvereinbarung Regelungen zur Mitbestimmung im Aufsichtsrat der SE, so soll gemäß § 21 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 SEBG auch das Wahl- bzw. Bestellungsverfahren für die Arbeitnehmervertreter geregelt werden. Es bestehen verschiedene Möglichkeiten für eine solche Regelung. Denkbar sei es, eine unmittelbare Bestellungskompetenz durch die Arbeitnehmer, beispielsweise nach dem Muster der §§ 9 ff. MitbestG, vorzusehen.<sup>436</sup> Alternativ könne die Beteiligungsvereinbarung Wahlvorschlagsrechte für die Hauptversammlung, entweder mit oder ohne Bindungswirkung, enthalten.<sup>437</sup> Falls eine Mitbestimmung aufgrund der

<sup>432</sup> Vgl. *Habersack*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 35 SEBG Rn. 6, 11.

<sup>433</sup> Diesen Vorteil ebenfalls hervorhebend *Henssler*, RdA 2005, 330 (335) *Henssler/Sittard*, KSzW 2011, 359 (359).

<sup>434</sup> Vgl. nur *Reichert/Brandes*, in: MüKo-AktG, Art. 40 SE-VO Rn. 35 m.w.N.

<sup>435</sup> Vgl. *Reichert*, ZIP 2014, 1957 (1958 f.); *Wicke*, RNotZ 2020, 25 (33).

<sup>436</sup> Vgl. *Drygala*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, Art. 40 SE-VO Rn. 20; *Reichert/Brandes*, in: MüKo-AktG, Art. 40 SE-VO Rn. 26; *Seibt*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 40 SE-VO Rn. 38.

<sup>437</sup> Vgl. *Seibt*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 40 SE-VO Rn. 38.

Auffangregelung (§ 34 ff. SEBG) erfolgt oder die Beteiligungsvereinbarung keine Regelungen zum Wahl- bzw. Bestellungsverfahren enthält, werden auch die Arbeitnehmervertreter durch die Hauptversammlung bestellt, die hierbei an die Wahlvorschläge der Arbeitnehmer gebunden ist (vgl. § 36 Abs. 4 SEBG).<sup>438</sup> Die Wahlvorschläge für die inländischen Arbeitnehmervertreter werden gemäß dem in § 36 Abs. 3 i.V.m. §§ 6 ff. SEBG geregelten Verfahren durch ein Wahlgremium ermittelt. Noch nicht abschließend entschieden ist, ob durch Beteiligungsvereinbarung bisher bestehende Vorschlagsrechte der Gewerkschaften für einen Teil der Aufsichtsratsmitglieder aus §§ 7, 16 MitbestG entfallen dürfen oder ob bei der SE-Gründung durch Umwandlung § 21 Abs. 6 SEBG diese Rechte schützt.<sup>439</sup> Das LAG Baden-Württemberg hat eine Beteiligungsvereinbarung, die im Falle einer Verkleinerung des Aufsichtsrats kein durch einen getrennten Wahlgang gesichertes Vorschlagsrecht für Gewerkschaften mehr vorsah, für zulässig gehalten.<sup>440</sup> Das Bundesarbeitsgericht neigt demgegenüber der Auffassung zu, dass Vorschlagsrechte der Gewerkschaften dem Schutz des § 21 Abs. 6 SEBG unterfallen, hat die Frage der Vereinbarkeit dieser Interpretation mit Art. 4 Abs. 4 RL 2001/86/EG allerdings dem EuGH zur Entscheidung vorgelegt.<sup>441</sup> Der EuGH hat jüngst entschieden, dass die Wahl von Gewerkschaftsvertretern in einem getrennten Wahlgang zu den nach Art. 4 Abs. 4 RL 2001/86/EG zu gewährender Komponenten der Arbeitnehmerbeteiligung gehört.<sup>442</sup>

Auch für die Beschlussfassung im Aufsichtsrat gilt Art. 50 Abs. 1 lit. b) SE-VO, wonach die Beschlüsse mit einfacher Mehrheit der anwesenden oder vertretenen Mitglieder gefasst werden. Die Satzung kann jedoch andere Mehrheitserfordernisse im Aufsichtsrat bestimmen. Die Möglichkeit qualifizierte Mehrheitserfordernisse im Aufsichtsrat zu regeln, wird teilweise als Gestaltungsvorteil gegenüber der AG hervorgehoben.<sup>443</sup> Der Gestaltungsfreiheit des Satzungsgebers sind jedoch Grenzen gesetzt. So ergibt sich aus Art. 50 Abs. 2 Satz 2 SE-VO, dass in einer paritätisch mitbestimmten SE keine Abweichung vom Prinzip der einfachen Mehrheit möglich

---

<sup>438</sup> Zur Kritik an dieser Regelung *Drygala*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, Art. 40 SE-VO Rn. 21; *Seibt*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 40 SE-VO Rn. 39.

<sup>439</sup> Vgl. zum Streitstand *Jacobs*, in: MüKo-AktG, § 21 SEBG Rn. 64 f.

<sup>440</sup> LAG Baden-Württemberg, Beschl. v. 9.10.2018 – 19 TaBV 1/18, BeckRS 2018, 28724.

<sup>441</sup> BAG, EuGH-Vorlage v. 18.8.2020 – 1 ABR 43/18 (A), in: NZA 2021, 287.

<sup>442</sup> EuGH (Große Kammer), Urteil v. 18.10.2022 – C-677/20 – *IG Metall und ver.di/SAP SE, SE-Betriebsrat der SAP SE*, NZA 2022, 1477.

<sup>443</sup> Vgl. *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, ZHR Beiheft 77 (2015), S. 154 (160).

ist. Sinn und Zweck sei, dass die Anteilseignervertreter sich stets gegen die Arbeitnehmervvertreter durchsetzen können sollen.<sup>444</sup> Bei einer geringeren Mitbestimmungsintensität sei eine Satzungsregelung, wonach Beschlüsse des Aufsichtsorgans mit qualifizierter Mehrheit getroffen werden, dann zulässig, wenn die qualifizierte Mehrheit nicht höher sei als der Anteil an Anteilseignervvertretern.<sup>445</sup> Bei drittelparitätischer Mitbestimmung wäre daher ein Quorum von bis zu 60 % zulässig. Ist die SE hingegen nicht mitbestimmt, kann durch die Möglichkeit, andere Mehrheitserfordernisse vorzusehen, die Machtverteilung im Aufsichtsrat flexibel an die konkreten Verhältnisse angepasst werden. So könne der Einfluss unterschiedlicher Gesellschafter im Aufsichtsrat widerspiegelt und beispielsweise Minderheitenschutz auch im Aufsichtsrat sichergestellt werden.<sup>446</sup>

## 2. Monistisches System

Das monistische System ist zunächst in Art. 43 bis 45 SE-VO geregelt. Darüber hinaus gelten auch hier die gemeinsamen Vorschriften für das monistische und das dualistische System in Art. 46 ff. SE-VO. Das an das angloamerikanische Board-System angelehnte monistische System ist dem deutschen Aktienrecht fremd. Der deutsche Gesetzgeber hat daher in den §§ 20 bis 49 SEAG ausführliche Regelungen für die monistische SE vorgesehen, die die §§ 76 bis 116 AktG verdrängen (§ 20 SEAG).

### a) Hauptversammlung der Aktionäre

Für die Hauptversammlung der Aktionäre im monistischen System gelten grundsätzlich keine Besonderheiten. Auch hier ist die Hauptversammlung nicht dem Verwaltungsorgan übergeordnet und kann keine Weisungen erteilen.<sup>447</sup> Eine Besonderheit des monistischen Systems ist jedoch, dass die Hauptversammlung durch das Recht zur Bestellung und Abberufung des Mitglieds/der Mitglieder des Verwaltungsorgans (vgl. Art. 43 Abs. 3 Satz 1 SE-VO) unmittelbaren Einfluss auf die Besetzung des Leitungsorgans hat.

---

<sup>444</sup> Vgl. *Drinhausen*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 50 SE-VO Rn. 18; *Reichert/Brandes*, in: MüKo-AktG, Art. 50 SE-VO Rn. 24.

<sup>445</sup> Vgl. *Drinhausen*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 50 SE-VO Rn. 18; *Reichert/Brandes*, in: MüKo-AktG, Art. 50 SE-VO Rn. 25.

<sup>446</sup> Vgl. *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, ZHR Beiheft 77 (2015), S. 154 (162).

<sup>447</sup> Dies gilt jedenfalls für deutsche SE, vgl. *Verse*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 43 SE-VO Rn. 6.

**b) Verwaltungsrat**

Zentrales Organ in der monistischen SE ist das Verwaltungsorgan, das im deutschen Recht auch als Verwaltungsrat bezeichnet wird (vgl. § 20 SEAG). Das Verwaltungsorgan führt nach Art. 43 Abs. 1 Satz 1 SE-VO die Geschäfte der SE, ohne an die Weisungen der Gesellschafter gebunden zu sein. Die Geschäftsführung in diesem Sinne umfasst „jedes tatsächliche und rechtliche Handeln für die Gesellschaft [...], das nicht der alleinigen Zuständigkeit der Hauptversammlung vorbehalten ist“<sup>448</sup>. Präzisiert werden die Aufgaben und Rechte des Verwaltungsrats in § 22 SEAG. Nach § 22 Abs. 1 SEAG leitet der Verwaltungsrat die Gesellschaft, bestimmt die Grundlinien ihrer Tätigkeit und überwacht deren Umsetzung. Obwohl damit grundsätzlich der Verwaltungsrat ein einheitliches Leitungs- und Überwachungsorgan darstellt, sieht § 40 SEAG die zwingende Bestellung von geschäftsführenden Direktoren vor. Damit wird auch im monistischen System eine gewisse Funktionstrennung verankert. Die Aufgaben, die in der dualistischen SE dem Aufsichtsrat obliegen, nimmt in der monistischen SE gemäß §§ 22 ff. SEAG der Verwaltungsrat wahr. Dagegen sind die Aufgaben, die in der dualistischen SE dem Vorstand zugewiesen sind, zwischen Verwaltungsrat und geschäftsführenden Direktoren in der Weise verteilt, dass die laufende Geschäftsführung von den geschäftsführenden Direktoren wahrgenommen wird, während der Verwaltungsrat als oberstes Leitungsorgan die Grundlinien der Geschäftstätigkeit bestimmt und ihre Umsetzung überwacht. Auch wenn das deutsche Recht in § 40 SEAG die zwingende Bestellung geschäftsführender Direktoren vorschreibt, ist hierin nicht die Einführung eines dualistischen Systems durch die Hintertür zu sehen. Wesentlicher Unterschied zum dualistischen System ist die in § 44 Abs. 2 SEAG kodifizierte Weisungsbefugnis des Verwaltungsrats gegenüber den geschäftsführenden Direktoren. Der Verwaltungsrat hat auch die Personalkompetenz, kann also die geschäftsführenden Direktoren jederzeit bestellen und wieder abberufen (vgl. § 40 Abs. 1 Satz 1, Abs. 5 Satz 1 SEAG).

Im Rahmen seiner Überwachungstätigkeit trägt der Verwaltungsrat gemäß § 22 Abs. 3 SEAG dafür Sorge, dass die erforderlichen Handelsbücher geführt werden, und er hat ein Überwachungssystem einzurichten. Darüber hinaus steht ihm nach § 22 Abs. 4 Satz 1 SEAG ein Einsichts- und Prüfungsrecht in die Bücher und Schriften der Gesellschaft sowie die Vermögensgegenstände zu. Wie der Vorstand

---

<sup>448</sup> Vgl. *Teichmann*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, Art. 43 SE-VO Rn. 12; *Verse*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 43 SE-VO Rn. 5.

einer AG sind die geschäftsführenden Direktoren dem Verwaltungsrat zur Berichterstattung verpflichtet (vgl. § 40 Abs. 6 SEAG i.V.m. § 90 AktG, § 40 Abs. 3 SEAG). Die Pflicht zur Regelung von Zustimmungsvorbehalten nach Art. 48 SE-VO gilt auch für das monistische System. Die Satzung muss danach Zustimmungsvorbehalte zugunsten des Verwaltungsrats festsetzen.<sup>449</sup> Der Verwaltungsrat ist nach § 22 Abs. 4 Satz 3 SEAG auch zuständig für die Erteilung des Prüfauftrags an den Abschlussprüfer. Im Übrigen überträgt § 22 Abs. 6 SEAG dem Verwaltungsrat sinngemäß alle Rechte oder Pflichten, die außerhalb des SEAG dem Vorstand oder Aufsichtsrat einer AG zugewiesen sind, soweit das SEAG keine Sonderregelungen enthält. Sinn und Zweck dieser Generalverweisung ist die Vermeidung von Regelungslücken.<sup>450</sup>

Die Zahl der Mitglieder des Verwaltungsorgans oder die Regeln für ihre Festlegung werden nach Art. 43 Abs. 2 Satz 1 SE-VO in der Satzung festgelegt. Für die deutsche SE gilt für die Mitgliederzahl § 23 SEAG. Der Verwaltungsrat besteht danach gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 SEAG aus drei Mitgliedern, wenn nicht die Satzung etwas anderes bestimmt. Für Gesellschaften mit einem Grundkapital von mehr als 3 Mio. Euro gilt die Mindestzahl von drei Verwaltungsratsmitgliedern (vgl. § 23 Abs. 1 Satz 2 SEAG). Darüber hinaus gibt es Höchstzahlen in § 23 Abs. 1 Satz 3 SEAG: Bei einer Gesellschaft mit einem Grundkapital von bis zu 1,5 Mio. Euro neun, von mehr als 1,5 Mio. Euro fünfzehn und von mehr als 10 Mio. Euro einundzwanzig Mitglieder. Bei einer nicht mitbestimmten monistischen SE mit einem Grundkapital unter 3 Mio. Euro ist es damit, anders als beim Aufsichtsrat einer dualistischen SE, möglich, einen Verwaltungsrat mit zwei Mitgliedern oder sogar nur einem einzigen Mitglied festzulegen. Zu beachten ist dann, dass das einzige bzw. die beiden einzigen Verwaltungsratsmitglieder nicht gleichzeitig als geschäftsführende Direktoren bestellt werden können.<sup>451</sup>

Für SE, die der Mitbestimmung unterliegen, sieht Art. 43 Abs. 2 Unterabsatz 2 SE-VO ebenfalls eine Mindestzahl von drei Mitgliedern vor. Daneben ist bei mitbestimmten SE § 23 Abs. 2 SEAG zu beachten, wonach die Beteiligung der Arbeitnehmer nach dem SEBG unberührt bleibt. Hierfür gilt das zum Aufsichtsorgan der dualistischen SE Gesagte entsprechend. Bei einer paritätisch

---

<sup>449</sup> Zur streitigen Auslegung von Art. 48 SE-VO siehe oben unter Abschnitt C.I.1.c).

<sup>450</sup> Vgl. *Teichmann*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, § 22 SEAG Rn. 41; *Verse*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 22 SEAG Rn. 42.

<sup>451</sup> § 40 Abs. 1 Satz 2 SEAG, hierzu sogleich unter Abschnitt C.I.2.c).

mitbestimmten SE muss der Verwaltungsrat eine gerade, bei drittelparitätischer Mitbestimmung eine durch drei teilbare Zahl an Mitgliedern haben.<sup>452</sup>

Für die Beschlussfassung im Verwaltungsrat gilt Art. 50 SE-VO. Beschlüsse werden daher auch im Verwaltungsrat grundsätzlich mit einfacher Mehrheit gefasst, wenn nicht die Satzung etwas anderes bestimmt. Der Verwaltungsrat wählt nach Art. 45 SE-VO aus seiner Mitte einen Vorsitzenden, der bei paritätisch mitbestimmten Gesellschaften der Anteilseignerseite angehören muss. Der Verwaltungsratsvorsitzende hat mangels abweichender Satzungsregelung bei Stimmgleichheit das ausschlaggebende Stimmrecht (vgl. Art. 50 Abs. 2 Satz 1 SE-VO).

Für die Haftung der Mitglieder des Verwaltungsrats gegenüber der KG bzw. KGaA gilt das für das Leitungsorgan Gesagte<sup>453</sup> entsprechend. Eine direkte Haftung für Sorgfaltspflichtverletzungen ist daher nach der hier vertretenen Auffassung zu bejahen.

### c) Geschäftsführende Direktoren

Gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 SEAG bestellt der Verwaltungsrat einen oder mehrere geschäftsführende Direktoren.<sup>454</sup> Die geschäftsführenden Direktoren führen nach § 40 Abs. 2 Satz 1 SEAG die Geschäfte der SE. Dabei unterliegen sie den Anweisungen und Beschränkungen, die durch die Satzung, den Verwaltungsrat, die Hauptversammlung und die Geschäftsordnungen des Verwaltungsrats und der geschäftsführenden Direktoren gesetzt sind (vgl. § 44 Abs. 2 SEAG). Sie vertreten die Gesellschaft gemäß § 41 Abs. 1 Satz 1 SEAG gerichtlich und außergerichtlich. Im Außenverhältnis ist ihre Vertretungsbefugnis nach § 44 Abs. 1 SEAG unbeschränkbar. Die geschäftsführenden Direktoren sind dem Verwaltungsrat zur Berichterstattung verpflichtet (vgl. § 40 Abs. 6 SEAG i.V.m. § 90 AktG, § 40 Abs. 3 SEAG). Sie sind zudem gemäß Art. 61 SE-VO i.V.m. § 264 Abs. 1 HGB für die Aufstellung des Jahresabschlusses zuständig.

Der Verwaltungsrat kann die geschäftsführenden Direktoren gemäß § 40 Abs. 5 Satz 1 SEAG ohne wichtigen Grund abberufen, während im dualistischen System die Abberufung eines Vorstandsmitglieds eines wichtigen Grundes bedarf.

---

<sup>452</sup> Vgl. *Habersack*, in: *Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 35 SEBG Rn. 6, 11; *Verse*, in: *Habersack/Drinhausen*, SE-Recht, § 23 SEAG Rn. 8.

<sup>453</sup> Siehe unter Abschnitt C.I.1.b).

<sup>454</sup> Zur umstrittenen Frage, ob den geschäftsführenden Direktoren Organqualität zukommt: *Verse*, in: *Habersack/Drinhausen*, SE-Recht, § 40 SEAG Rn. 4 ff.

Allerdings reicht als wichtiger Grund der Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung aus. Aufgrund der Weisungsgebundenheit und der jederzeitigen Abberufungsmöglichkeit sind die geschäftsführenden Direktoren eher mit den Geschäftsführern einer GmbH vergleichbar als mit dem Vorstand einer AG.<sup>455</sup>

Man unterscheidet zwischen internen und externen geschäftsführenden Direktoren. Mitglieder des Verwaltungsrats können zu internen geschäftsführenden Direktoren bestellt werden, sofern die Mehrheit des Verwaltungsrats noch aus nicht-geschäftsführenden Mitgliedern besteht (vgl. § 40 Abs. 1 Satz 2 SEAG). Dritte können zu externen geschäftsführenden Direktoren bestellt werden. Die Regelungen über die Bestellung können nach § 40 Abs. 1 Satz 5 SE-VO in der Satzung getroffen werden. Die Geschäftsführung ist flexibel regelbar. Eine besonders schlanke Struktur kann dadurch erreicht werden, dass nur ein Verwaltungsratsmitglied vorgesehen wird, welches einen externen geschäftsführenden Direktor bestellt.

### **3. Vergleich von dualistischem und monistischem System**

Die Entscheidung zwischen dualistischem oder monistischem System sollte abhängig von den Umständen des Einzelfalls getroffen werden. Keines der Systeme ist dem anderen unbedingt vorzuziehen.<sup>456</sup> Im Folgenden soll daher überblicksartig dargestellt werden, in welchen Fällen die Wahl des einen oder anderen Systems vorzugswürdig sein kann.

Das monistische System kann eine flexiblere Ausgestaltung der Unternehmensleitung ermöglichen.<sup>457</sup> Wie weit der Verwaltungsrat in die laufende Geschäftsführung eingreift, steht in seinem Ermessen. Er darf sich lediglich nicht vollständig aus der Geschäftsleitung zurückziehen.<sup>458</sup> Anbieten kann sich das monistische System also beispielsweise dann, wenn bestimmte Personen zwar für die Unternehmensleitung zuständig sein sollen, jedoch nicht mit der laufenden Geschäftsführung betraut werden wollen. Diese Stellung ist in der monistischen SE, anders als in der dualistischen SE, durch die Bestellung zum

---

<sup>455</sup> Vgl. BT-Drs. 15/3405, S. 39; *Teichmann*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, § 40 SEAG Rn. 1; *Verse*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 40 SEAG Rn. 1.

<sup>456</sup> Vgl. *Schiessl*, ZHR 167 (2003), 235 (249 f.) mit einem ausführlichen Vergleich der beiden Systeme.

<sup>457</sup> Vgl. zu den Gestaltungsmöglichkeiten *Teichmann*, BB 2004, 53 (54 ff.).

<sup>458</sup> Vgl. *Spitzbart*, RNotZ 2006, 369 (378).

Verwaltungsratsmitglied erreichbar. Dies kann z.B. bei Familiengesellschaften der Fall sein, wenn der Unternehmer sich zu einem bestimmten Zeitpunkt aus dem operativen Geschäft zurückziehen möchte, die Zügel jedoch (noch) nicht aus der Hand geben will. So könne im Rahmen der Nachfolgeplanung ein „behutsame[r] Übergang des Unternehmens in die nächste Familiengeneration unter Einbindung der verschiedenen Generationen“<sup>459</sup> stattfinden. Der Einfluss des Verwaltungsrats ist dabei im monistischen System besonders durch die Weisungsgebundenheit der geschäftsführenden Direktoren abgesichert. Die Verwaltungsratsmitglieder können, anders als ein Aufsichtsrat, direkt Einfluss auf die Geschäftsführung nehmen. Auch hinsichtlich des Informationsflusses kann der Verwaltungsrat dem Aufsichtsrat einer dualistischen SE überlegen sein. Im dualistischen System sei häufig keine ausreichende Information der Aufsichtsratsmitglieder sichergestellt.<sup>460</sup> Dagegen bestehen im monistischen System bessere Kontrollmöglichkeiten gegenüber den geschäftsführenden Direktoren, da auch die nicht-geschäftsführenden Verwaltungsratsmitglieder an den Sitzungen des Leitungsorgans teilnehmen und in der Regel über alle relevanten Informationen verfügen. Dadurch, dass die geschäftsführenden und nicht geschäftsführenden Mitglieder des Verwaltungsrats an einem Tisch sitzen, könne eine höhere Effizienz der unternehmerischen Entscheidungsfindung verbunden sein.<sup>461</sup> Auch bei Differenzen zwischen Gesellschaftern verschiedener Familienstämme soll eine Mitgliedschaft des nicht geschäftsführenden Stammes im Verwaltungsrat eine gangbare Lösung für Konflikte bei der Besetzung der Geschäftsführerposition darstellen.<sup>462</sup>

Will sich demgegenüber ein Familiengesellschafter gerade nicht aus dem operativen Geschäft zurückziehen, sondern eine besonders herausgehobene Stellung in der Unternehmensleitung einnehmen, kann das monistische System ebenfalls Vorteile bieten.<sup>463</sup> Es besteht nämlich anders als in der dualistischen SE die Möglichkeit der Etablierung eines sogenannten „CEO-Modells“<sup>464</sup>. Nach dem Modell eines *Chief Executive Officer* wird der Verwaltungsratsvorsitzende

---

<sup>459</sup> Vgl. Reichert, ZIP 2014, 1957 (1959); so auch Binz, in: FS May, S. 386 (389); Wicke, RNotZ 2020, 25 (33); Begemann, Die SE & Co. KGaA als Rechtsform für Familienunternehmen, S. 196.

<sup>460</sup> Vgl. Schiessl, ZHR 167 (2003), 235 (241 f.).

<sup>461</sup> Vgl. Binz, in: FS May, S. 386 (389).

<sup>462</sup> Vgl. Binz, in: FS May, S. 386 (389).

<sup>463</sup> Vgl. Wicke, RNotZ 2020, 25 (33).

<sup>464</sup> Vgl. zur Umsetzung Eder, NZG 2004, 544 (544 ff.).

gleichzeitig zum geschäftsführenden Direktor bestellt und übt damit einen besonderen Einfluss in der SE. Gleichzeitig kann der Verwaltungsrat mit drei Mitgliedern relativ schlank ausgestaltet werden. Die monistische SE mit CEO-Modell kann daher insbesondere für Unternehmen interessant sein, die einerseits eine herausgehobene Leitungspersonlichkeit etablieren und andererseits einen kleinen Verwaltungsrat bevorzugen.<sup>465</sup>

Die Gestaltungsmöglichkeiten beim monistischen System sind danach nicht nur für mittelständische Familiengesellschaften, sondern auch für größere eigentümergeführte Unternehmen interessant.<sup>466</sup>

Das monistische System hat ebenfalls seine Schwächen. Dies gilt insbesondere für mitbestimmte monistische SE. Die Mitbestimmung findet hier im Verwaltungsrat und damit direkt im Leitungsorgan statt. Damit würde die Mitbestimmung gegenüber der aus dem deutschen Recht bekannten Mitbestimmung im Aufsichtsorgan deutlich intensiviert. Eine gegebenenfalls sogar paritätische Mitbestimmung im Leitungsorgan der SE wird unternehmensseitig vielfach nicht gewünscht sein.<sup>467</sup> Für eine mitbestimmte Komplementär-SE wird sich das monistische System daher in der Regel nicht anbieten. Soll dennoch ein monistisches System etabliert werden, wird über geeignete Modifikationen der Leitungsstruktur nachzudenken sein.<sup>468</sup> Unabhängig von der Mitbestimmung können gegen die monistischen SE aber auch andere Bedenken bestehen. So könne beispielsweise aufgrund der fehlenden Trennung zwischen Aufsichts- und Leitungsorgan an der Wirksamkeit der Kontrolle der Geschäftsleitung gezweifelt werden.<sup>469</sup> Verstärkt werden diese Bedenken bei Einführung eines CEO-Modells, wodurch eine Machtkonzentration stattfindet, die nicht durchgehend als positiv

---

<sup>465</sup> Vgl. *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, ZHR Beiheft 77 (2015), S. 154 (159 f.); *Binz*, in: FS May, S. 386 (388). Vgl. auch *Heckschen*, in: FS Westermann, S. 999 (1009 f.), der das CEO-Modell besonders für kleine und mittelgroße Unternehmen mit einem Allein- oder Mehrheitsgesellschafter als *Chief Executive Officer* für passend hält.

<sup>466</sup> Vgl. *Bayer/Schmidt*, AG-Report 2008, R31 (R32).

<sup>467</sup> Vgl. *Reichert/Brandes*, ZGR 2003, 767 (788 ff.); *Schiessl*, ZHR 167 (2003), 235 (250); *Wicke*, RNotZ 2020, 25 (37).

<sup>468</sup> Vgl. ausführlich *Henssler*, in: FS Ulmer, S. 193 ff.

<sup>469</sup> Vgl. *Schiessl*, ZHR 167 (2003), 235 (244).

wahrgenommen wird.<sup>470</sup> Eine Annäherung an das dualistische System kann dadurch erreicht werden, dass ausschließlich externe geschäftsführende Direktoren bestellt werden.<sup>471</sup>

## II. Organisationsverfassung der KG

Die SE & Co. KG ist eine Sonderform der Kommanditgesellschaft. Für diese gelten grundsätzlich die Regelungen in §§ 161 ff. HGB. Wegen der im Recht der Personengesellschaften bestehenden Vertragsfreiheit sind jedoch Abweichungen von dieser gesetzlichen Kompetenzverteilung möglich.

### 1. Gesetzliches Grundmodell

In der SE & Co. KG sind die Kompetenzen zwischen der persönlich haftenden Gesellschafterin und den Kommanditisten zu verteilen. Dabei stehen die Geschäftsführung und die Vertretung der Kommanditgesellschaft der persönlich haftenden Gesellschafterin zu (§§ 161 Abs. 2, 114 Abs. 1, 125, 128 ff. HGB). Mittelbar werden die Geschäfte der SE & Co. KG daher durch das Leitungsorgan oder den Verwaltungsrat der SE geführt. Die Kommanditisten sind gemäß § 164 Satz 1 HGB von der Geschäftsführung und gemäß § 170 HGB von der Vertretung ausgeschlossen. Der Umfang der Geschäftsführung erstreckt sich nach §§ 161 Abs. 2 i.V.m. 116 HGB auf alle Handlungen, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt.

Während die Leitung der SE also gewöhnliche Geschäfte unabhängig von Weisungen der Kommanditisten vornehmen darf (hierbei jedoch gegebenenfalls an die Zustimmung des Aufsichtsorgans der SE gebunden sein kann<sup>472</sup>), ist für Geschäfte, die über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes hinausgehen nach allgemeiner Ansicht die Zustimmung der Kommanditisten erforderlich.<sup>473</sup> Zwar spricht § 164 Satz 1 HGB nur von einem Widerspruchsrecht bei außergewöhnlichen Geschäften, für die KG gelte jedoch über § 161 Abs. 2 HGB

---

<sup>470</sup> Vgl. *Austmann*, in: Münchener Hdb Gesellschaftsrecht, Band 4, § 86 Rn. 12; *Schiessl*, ZHR 167 (2003), 235 (244 f.); mit dem Vorschlag zur Kompensation der Machtfülle durch „verschiedene Überwachungsmechanismen“ *Teichmann*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, Art. 45 SE-VO Rn. 7; *ders.* BB 2004, 53 (55), wonach aber das „Kontrolldefizit“ bei mittelgroßen Unternehmen mit überschaubarem Gesellschafterkreis um einer effizienten Leitung willen in Kauf genommen werden könne.

<sup>471</sup> Vgl. *Spitzbart*, RNotZ 2006, 369 (381).

<sup>472</sup> Vgl. zu den Zustimmungsvorbehalten oben unter Abschnitt C.I.1.c).

<sup>473</sup> Vgl. RGZ 158, 302 (306 ff.) unter Verweis auf §§ 161 Abs. 2, 116 Abs. 2 HGB; statt vieler *Oetker*, in: Oetker, HGB, § 164 Rn. 12 m.w.N.

auch § 116 Abs. 2 HGB, der in der OHG für die Vornahme außergewöhnlicher Geschäfte die Zustimmung der Gesellschafter verlangt.<sup>474</sup> Das Zustimmungserfordernis sei auch angemessen, da kein Grund bestünde, die Kommanditisten insoweit schlechter zu stellen als die von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter einer OHG.

Geschäfte, die der Zustimmung bedürfen sind solche, die „nach ihrem Inhalt und Zweck oder nach ihrer Bedeutung und den mit ihnen verbundenen Gefahren [...] über den gewöhnlichen Rahmen des Geschäftsbetriebes der Gesellschaft hinaus[gehen]“<sup>475</sup>, die also „Ausnahmecharakter“<sup>476</sup> haben. Was danach als außergewöhnliches Geschäft zu definieren ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. So können beispielsweise der Abschluss von Unternehmensverträgen<sup>477</sup> oder die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen einen Komplementär<sup>478</sup> ein außergewöhnliches Geschäft sein. Als Orientierungspunkt könne der Gesellschaftszweck dienen.<sup>479</sup> Ebenfalls zustimmungsbedürftig sind Grundlagengeschäfte.<sup>480</sup> Darüber hinaus weist das Gesetz den Gesellschaftern einer KG noch weitere Zuständigkeiten zu. Sie entscheiden beispielsweise über die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis und der Vertretungsmacht<sup>481</sup>, über die Feststellung des Jahresabschlusses<sup>482</sup> und über die Auflösung der Gesellschaft<sup>483</sup> und ihren Fortbestand bei Insolvenz<sup>484</sup>.

Wie die Beschlüsse der Gesellschafter in der KG als Personengesellschaft zustande kommen, ist gesetzlich nicht geregelt. Eine Gesellschafterversammlung ist damit nicht zwingend notwendig. Beschlüsse können auch schriftlich und sogar stillschweigend gefasst werden.<sup>485</sup> Für die Beschlussfassung gilt gemäß § 119 Abs. 1 HGB grundsätzlich das Einstimmigkeitsprinzip.

---

<sup>474</sup> Vgl. RGZ 158, 302 (307).

<sup>475</sup> BGHZ 76, 160 (162 f.).

<sup>476</sup> BGHZ 76, 160 (162 f.).

<sup>477</sup> Vgl. OLG Hamm, Beschl. v. 14.4.2009 – 15 Wx 241/08, in: NZG 2009, 1117 (1118).

<sup>478</sup> Vgl. OLG Stuttgart, Urteil v. 11.3.2009 – 14 U 7/08, in: NZG 2009, 1303.

<sup>479</sup> Vgl. *Weipert*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 164 Rn. 7.

<sup>480</sup> Vgl. *Grunewald*, in: MüKo-HGB, § 164 Rn. 15; *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 16 Rn. 17.

<sup>481</sup> §§ 161 Abs. 2 i.V.m. 117, 127 HGB

<sup>482</sup> Vgl. BGHZ 170, 283.

<sup>483</sup> §§ 161 Abs. 2 i.V.m. 131 Abs. 1 Nr. 2 HGB.

<sup>484</sup> §§ 161 Abs. 2 i.V.m. 144 Abs. 1 HGB.

<sup>485</sup> Vgl. *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 17 Rn. 5.

## 2. Gesellschaftsvertragliche Kompetenzverteilung bei der SE & Co. KG

Die vorstehend beschriebene Grundkonzeption ist durch gesellschaftsvertragliche Regelungen gestaltbar.<sup>486</sup> Die Struktur der SE & Co. KG kann also an die individuellen Wünsche der Gesellschafter angepasst werden. Da die KG und die Komplementär-SE als SE & Co. KG in besonderer Weise miteinander verbunden sind, ist eine Verzahnung zwischen den Regelungen im Gesellschaftsvertrag der KG und der Satzung der SE unerlässlich.<sup>487</sup> Aufeinander abzustimmen sind u.a. die Zuständigkeiten sowie die Vorschriften zum Ablauf der Gesellschafterversammlungen und zur Beschlussfassung. Die Gestaltungsmöglichkeiten sind vielfältig. Nachfolgend sollen die typischen, von der GmbH & Co. KG bekannten, gesellschaftsvertraglichen Regelungen, insbesondere bezüglich der Kompetenzverteilung, umrissen werden. Typischerweise wird die Komplementär-SE allein als Haftungsvehikel in die KG aufgenommen werden und als solches keinen eigenen Zweck verfolgen, sondern vielmehr dem Gesellschaftszweck der KG dienen.<sup>488</sup> Dies treffe sowohl auf personalistisch strukturierte Gesellschaften als auch auf Publikumsgesellschaften zu. Bei der Gestaltung des KG-Gesellschaftsvertrags ist diese Besonderheit zu berücksichtigen.

### a) Kapitalbeteiligung

Zunächst wird die Komplementärin daher in aller Regel nicht am Kapital der KG beteiligt.<sup>489</sup> Ein Verstoß gegen das Prinzip der Selbstorganschaft sei hierin nicht zu sehen, da der Ausschluss von der Kapitalbeteiligung keinen Einfluss auf Mitgliedschaft, Haftung und organschaftliche Vertretung habe.<sup>490</sup> Bei der beteiligungsidentischen SE & Co. KG<sup>491</sup> kann damit die verhältnismäßige Beteiligung der Gesellschafter sowohl an der SE als auch als Kommanditisten an der KG sichergestellt werden.

---

<sup>486</sup> Vgl. statt vieler *Oetker*, in: *Oetker*, HGB, § 163 Rn. 3.

<sup>487</sup> Vgl. zur GmbH & Co. KG *Liebscher*, in: *MüKo-GmbHG*, § 45 Rn. 140; *ders.*, in: *Reichert*, GmbH & Co. KG, § 17 Rn. 12 ff.; *Wenzel*, in: *Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns*, GmbH & Co. KG, § 4 Rn. 4.128.

<sup>488</sup> Vgl. für die GmbH & Co. KG *K. Schmidt*, in: *FS Röhricht*, S. 511 (516 f.).

<sup>489</sup> Vgl. *K. Schmidt*, in: *FS Röhricht*, S. 511 (519); *Wenzel*, in: *Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns*, GmbH & Co. KG, § 4 Rn. 4.135.

<sup>490</sup> Vgl. *K. Schmidt*, in: *FS Röhricht*, S. 511 (519).

<sup>491</sup> Hierzu unter Abschnitt B.IV.

## b) **Gesellschafterversammlungen und Beschlussfassung**

Üblicherweise werden im Gesellschaftsvertrag auch Regelungen zur Gesellschafterversammlung und Beschlussfassung getroffen, um klare Vorgaben für deren Ablauf zu haben und Zweifel an der Wirksamkeit von Beschlüssen vorzubeugen. Abweichend vom Einstimmigkeitsprinzip enthalten Gesellschaftsverträge dabei häufig Mehrheitsklauseln, wobei das Stimmrecht an die Höhe des Kapitalanteils der Gesellschafter geknüpft wird.<sup>492</sup> In der Folge hat die nicht am Festkapital beteiligte Komplementärin kein Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung.<sup>493</sup> Ein solcher Stimmrechtsausschluss ist, jedenfalls bei Beteiligungsidentität, zulässig.<sup>494</sup> Bei Mehrheitsklauseln ist nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine zweistufige Prüfung erforderlich, wonach zunächst auf erster Stufe die formelle Legitimation des Mehrheitsbeschlusses und danach auf zweiter Stufe im Rahmen der materiellen Legitimation die inhaltliche Wirksamkeit des Beschlusses zu prüfen sind.<sup>495</sup>

Insbesondere bei der beteiligungsidentischen SE & Co. KG, in der der Gesellschafterkreis der SE mit dem der KG identisch ist, werden die Hauptversammlung der SE und die Gesellschafterversammlung der KG aus Praktikabilitätsgründen häufig zeitgleich stattfinden.<sup>496</sup> Dennoch sind die Versammlungen rechtlich streng voneinander zu trennen und sollte auch getrennt voneinander protokolliert werden.<sup>497</sup>

## c) **Kompetenzverteilung**

Schließlich kann die Kompetenzverteilung zwischen persönlich haftender Gesellschafterin und Kommanditisten im Gesellschaftsvertrag abweichend vom gesetzlichen Grundmodell gestaltet werden. Dabei ist sowohl eine Erweiterung der Rechte der Kommanditisten denkbar als auch deren Einschränkung.

---

<sup>492</sup> Vgl. *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 17 Rn. 166.

<sup>493</sup> Vgl. *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 17 Rn. 159.

<sup>494</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 24.5.1993 – II ZR 73/92, in: NJW 1993, 2100.

<sup>495</sup> Vgl. BGHZ 203, 77 in Abkehr von den früher genutzten Begrifflichkeiten „Bestimmtheitsgrundsatz“ und „Kernbereich“; näher zu der neuen Rechtsprechung *Goette/Goette*, DStR 2016, 74. Für die GmbH & Co. KG *Wenzel*, in: Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, GmbH & Co. KG, § 4 Rn. 4.157 ff.

<sup>496</sup> Vgl. für die GmbH & Co. KG *K. Schmidt*, in: FS Röhrich, S. 511 (526).

<sup>497</sup> Vgl. *Blaum*, in: Westermann/Wertenbruch, Hdb Personengesellschaften, Rn. I 3225.

### aa) Erweiterung der Rechte der Kommanditisten

Häufig sollen, vor allem in personalistisch strukturierten Gesellschaften, die Kommanditisten gestärkt werden. Aus § 163 HGB wird überwiegend geschlossen, dass auch § 164 HGB in der Weise abdingbar ist, dass den Kommanditisten, sogar unter Ausschluss der Komplementäre, im Innenverhältnis die Geschäftsführungsbefugnis zugesprochen werden könne.<sup>498</sup> Eine weitere mögliche Gestaltung ist die Weisungsbefugnis der Kommanditisten auch bezüglich der laufenden Geschäftsführung.<sup>499</sup> Im Außenverhältnis kann den Komplementären die Vertretungsmacht jedoch nicht zugunsten der Kommanditisten entzogen werden, da § 170 HGB nicht dispositiv ist.<sup>500</sup> Schließlich können im Gesellschaftsvertrag über § 166 HGB hinausgehende Informationsrechte für die Kommanditisten geregelt werden.<sup>501</sup>

Grenzen für die gesellschaftsvertragliche Erweiterung der Kommanditistenrechte und die damit einhergehende Einschränkung der Rechte der Komplementärin können sich jedoch in der mitbestimmten GmbH & Co. KG ergeben. Nach § 4 Abs. 2 MitbestG darf das Unternehmen (d.h. die mitbestimmungspflichtige persönlich haftende Gesellschafterin) nicht von der Führung der Geschäfte der Kommanditgesellschaft ausgeschlossen werden. Die Regelung soll im Kontext der Mitbestimmung näher beleuchtet werden.<sup>502</sup> Zudem ist die Kompetenz zur Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer zwingend dem mitbestimmten Aufsichtsrat zugewiesen.<sup>503</sup>

Für die SE & Co. KG ist bereits ungewiss, ob das Mitbestimmungsrecht für die Gestaltung des Gesellschaftsvertrags überhaupt eine Rolle spielt. *Sigle*<sup>504</sup> ist der Auffassung, dass die SE & Co. KG stets mitbestimmungsfrei ist und daher Vereinbarungen betreffend die Geschäftsführungsbefugnis der Kommanditisten stets möglich seien. Diese These wird im Folgenden zu überprüfen sein. Jedenfalls ist abgesehen von mitbestimmungsrechtlichen Besonderheiten eine Stärkung der

---

<sup>498</sup> Vgl. BGHZ 45, 204; BGHZ 51, 198; BGH, Urteil v. 4.3.1976 – II ZR 178/74, in: NJW 1976, 1451; *Grunewald*, in: MüKo-HGB, § 164 Rn. 22 f.; *Roth*, in: Baumbach/Hopt, HGB, § 164 Rn. 7; kritisch *Weipert*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 164 Rn. 5.

<sup>499</sup> Vgl. OLG Stuttgart, Urteil v. 25.2.2009 – 14 U 24/08, in: OLGR Stuttgart, 2009, 829 (829).

<sup>500</sup> Vgl. *Grunewald*, in: MüKo-HGB, § 170 Rn. 11; BGHZ 51, 198.

<sup>501</sup> Vgl. nur *Oetker*, in: Oetker, HGB, § 166 Rn. 40.

<sup>502</sup> Siehe hierzu im Detail unter Abschnitt D.I.1.b)cc)(2).

<sup>503</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 14 Rn. 8.

<sup>504</sup> Vgl. *Sigle*, in: FS Hommelhoff, S. 1123 (1131).

Rechte der Kommanditisten auch gegenüber der Komplementär-SE möglich. Trotz der gesetzlich verankerten Weisungsfreiheit des SE-Leitungsorgans können den Kommanditisten im Gesellschaftsvertrag der KG Weisungsrechte gegenüber der Komplementär-SE eingeräumt werden oder Zustimmungserfordernisse vorgesehen werden.<sup>505</sup>

### **bb) Einschränkung der Rechte der Kommanditisten**

Vor allem bei Gesellschaften mit einer großen Anzahl an Kommanditisten, wie z.B. bei einer Publikums-KG, kann demgegenüber eine Einschränkung der Rechte der Kommanditisten gewünscht sein. Diese kann auf unterschiedliche Weise und in unterschiedlicher Intensität erfolgen. Möglich sei es, im Gesellschaftsvertrag abweichend vom Einstimmigkeitsprinzip für Zustimmungsbeschlüsse ein Mehrheitserfordernis zu regeln.<sup>506</sup> Auch könnten einzelne oder sogar alle Kommanditisten bei Zustimmungsbeschlüssen vom Stimmrecht ausgeschlossen werden.<sup>507</sup> Im Übrigen kann der Gesellschaftsvertrag einen Katalog von zustimmungspflichtigen Geschäften enthalten, der auch abschließend gestaltet sein kann.<sup>508</sup>

Die Einschränkung der Rechte der Kommanditisten unterliegt ebenso wie deren Erweiterung gewissen Grenzen.<sup>509</sup> Es dürfe nicht zu einer vollständigen Entrechtung der Komplementäre oder der Kommanditisten kommen.<sup>510</sup> Der Kernbereich der Gesellschafterrechte, zu dem die Kontroll- und Informationsrechte zählen sollen, muss gewahrt bleiben.

---

<sup>505</sup> Vgl. *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, ZHR Beiheft 77 (2015), S. 154 (162).

<sup>506</sup> Vgl. *Grunewald*, in: MüKo-HGB, § 164 Rn. 29; *Immenga*, ZGR 1974, 385 (389); *Oetker*, in: *Oetker*, HGB, § 164 Rn. 23; so auch OLG Hamm, Beschl. v. 14.4.2009 – 15 Wx 241/08, in: NZG 2009, 1117 (1118) durch Auslegung der Mehrheitsklausel auch für den Zustimmungsbeschluss zum Abschluss eines Unternehmensvertrags.

<sup>507</sup> Vgl. *Grunewald*, in: MüKo-HGB, § 164 Rn. 29; *Oetker*, in: *Oetker*, HGB, § 164 Rn. 23; einschränkend *Weipert*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 164 Rn. 16, der Grundlagengeschäfte hiervon jedoch ausnehmen möchte. Zu der hier ausgeklammerten Problematik der Gruppenvertretung vgl. *Oetker*, in: *Oetker*, HGB, § 164 Rn. 25 ff.

<sup>508</sup> Vgl. *Grunewald*, in: MüKo-HGB, § 164 Rn. 9; *Oetker*, in: *Oetker*, HGB, § 164 Rn. 24; *Weipert*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 164 Rn. 17.

<sup>509</sup> Vgl. zu den Grenzen von Mehrheitsklauseln die jüngere BGH-Rechtsprechung (BGHZ 203, 77), wonach die Zulässigkeit einer Mehrheitsklausel auf zwei Stufen zu prüfen ist. Näher hierzu *Goette/Goette*, DStR 2016, 74.

<sup>510</sup> Vgl. *Oetker*, in: *Oetker*, HGB, § 164 Rn. 22; *Wenzel*, in: Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, GmbH & Co. KG, § 4 Rn. 4.132.

cc) **Integrationsmodell und Zentralverwaltungsmodell nach K. Schmidt**

Wie bereits erwähnt sind die Gestaltungsmöglichkeiten derart vielfältig, dass nur ein kurzer Überblick über die aus Sicht der Praxis wichtigsten Gestaltungen gegeben werden konnte. Eine wertvolle Einordnung in verschiedene Gestaltungsmodelle anhand der GmbH & Co. KG hat *K. Schmidt*<sup>511</sup> vorgenommen. Er unterscheidet für die typische GmbH & Co. KG, in der die Komplementärin nur die Rolle eines Haftungsvehikels einnimmt, zwischen dem „Integrationsmodell“<sup>512</sup> und dem „Zentralverwaltungsmodell“<sup>513</sup>. Die Komplementär-GmbH nehme im Integrationsmodell die Stellung als abhängiges Werkzeug der Kommanditisten ein. Im Zentralverwaltungsmodell sei die Komplementär-GmbH das dominierende Leitungsorgan der KG mit treuhänderischen Befugnissen und Pflichten. Das Integrationsmodell finde sich typischerweise bei personalistischen Gesellschaften, während das Zentralverwaltungsmodell eher auf Publikumsgesellschaften zugeschnitten sei.<sup>514</sup>

Der Gesellschaftsvertrag der nach dem Integrationsmodell organisierten GmbH & Co. KG enthalte typischerweise Regelungen zur Erweiterung der Rechte der Kommanditisten. Für die nach dem Integrationsmodell organisierte GmbH & Co. KG bestehe auch unabhängig von einer entsprechenden Regelung im Gesellschaftsvertrag ein unmittelbares Weisungsrecht der Kommanditisten gegenüber der Geschäftsführung der GmbH immer dann, wenn der Geschäftsführer, was der Regelfall sei, in KG-Angelegenheiten tätig werde. Die Kommanditisten seien „Herren im Haus“<sup>515</sup>. Nur gestaltende Beschlüsse, wie Satzungsänderungen bei der GmbH und Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern, sowie sonstige ausschließlich auf die GmbH bezogene Beschlüsse, wie beispielsweise Kapitalmaßnahmen, seien durch die GmbH-Gesellschafter zu fassen.

Im Zentralverwaltungsmodell hat die Komplementärin demgegenüber eine andere Rolle. *K. Schmid*<sup>516</sup> unterscheidet hier das Vorstandsmodell vom Aufsichtsratsmodell. In dem häufiger anzutreffenden Vorstandsmodell agiert die

---

<sup>511</sup> *K. Schmidt*, in: FS Röhrich, S. 511.

<sup>512</sup> *K. Schmidt*, in: FS Röhrich, S. 511 (516).

<sup>513</sup> *K. Schmidt*, in: FS Röhrich, S. 511 (516).

<sup>514</sup> Vgl. *K. Schmidt*, in: FS Röhrich, S. 511 (525).

<sup>515</sup> *K. Schmidt*, in: FS Röhrich, S. 511 (533).

<sup>516</sup> Vgl. *K. Schmidt*, in: FS Röhrich, S. 511 (532).

Komplementärin unabhängig und weisungsfrei wie ein Vorstand. Dies könne mit einer Einschränkung der Rechte der Kommanditisten und damit einer Stärkung der Komplementärrechte verbunden sein.<sup>517</sup> Zu bedenken sei jedoch, dass die Komplementärin auch in diesem Gestaltungsmodell in erster Linie den Interessen der Kommanditisten verpflichtet sei und sie insoweit eine „Treuhänderposition“<sup>518</sup> einnehme. Beim seltener auftretenden Aufsichtsratsmodell vertrete die Komplementär-GmbH ebenfalls die Interessen der Kommanditisten, jedoch eher in einer die GmbH-Geschäftsführung kontrollierenden Funktion.<sup>519</sup> Die unabhängige Stellung der Komplementärin im Zentralverwaltungsmodell sage jedoch nichts über eine „gesetzliche Dominanz der Komplementär-GmbH“<sup>520</sup> aus, sondern sei Folge des Gestaltungswillens der Beteiligten.<sup>521</sup>

Die von *K. Schmidt* getroffene Einordnung wird im Folgenden auch für die Betrachtung der SE & Co. KG zugrunde gelegt, wobei das insbesondere für personalistische Familiengesellschaften geeignete Integrationsmodell als Regelfall dienen soll.

#### **d) Beirat**

Schließlich kommt auch eine Verlagerung von Zustimmungsrechten auf einen Beirat in Betracht.<sup>522</sup> Der Beirat (auch Verwaltungsrat, Gesellschafterausschuss oder Aufsichtsrat genannt) ist ein fakultatives Organ, das bei der KG errichtet werden kann.<sup>523</sup> Die Gründe für die Errichtung eines Beirats können vielfältig sein. Er kann als beratendes Gremium mit Personen besetzt werden, die über für die Gesellschaft und deren Geschäft wichtige Kenntnisse verfügen und den Gesellschaftern sowie der Geschäftsführung beratend zur Seite stehen.<sup>524</sup> Der Beirat kann aber auch, ähnlich einem Aufsichtsrat in der Kapitalgesellschaft, mit

---

<sup>517</sup> Vgl. *K. Schmidt*, in: FS Röhrich, S. 511 (534).

<sup>518</sup> *K. Schmidt*, in: FS Röhrich, S. 511 (534).

<sup>519</sup> Vgl. *K. Schmidt*, in: FS Röhrich, S. 511 (536).

<sup>520</sup> *K. Schmidt*, in: FS Röhrich, S. 511 (537).

<sup>521</sup> Vgl. *K. Schmidt*, in: FS Röhrich, S. 511 (537).

<sup>522</sup> Vgl. *Grunewald*, in: MüKo-HGB, § 164 Rn. 29; *Oetker*, in: Oetker, HGB, § 164 Rn. 36; *Weipert*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, § 164 Rn. 18; für die SE & Co.: *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, ZHR Beiheft 77 (2015), S. 154 (162).

<sup>523</sup> Vgl. *Reichert/Ullrich*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 19 Rn. 42.

<sup>524</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 10 Rn. 2 ff.; *Reichert/Ullrich*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 19 Rn. 47; *Winter*, in: Winter, Beratungspraxis GmbH & Co. KG, B 4.

hauptsächlich überwachenden Funktionen ausgestattet sein.<sup>525</sup> Dies könne mit einer Regelung von Zustimmungsvorbehalten zugunsten des Beirats einhergehen. Darüber hinaus sei es möglich, dem Beirat Weisungsrechte in Bezug auf die Geschäftsführung einzuräumen.

Auch im Rahmen der Unternehmensnachfolge kann die Errichtung eines Beirats genutzt werden. Will ein Familiengesellschafter sich aus dem operativen Geschäft zurückziehen, aber dennoch Kontrollbefugnisse behalten, kann er als Mitglied eines Beirats die Geschäftsführung überwachen und den Nachfolgern sein Know-how zur Verfügung stellen.<sup>526</sup> Bei Gesellschaften mit einem großen Gesellschafterkreis kann der Beirat genutzt werden, um die Entscheidungsfindung auf ein kleineres, die Gesellschafter repräsentierendes Gremium zu verlagern.<sup>527</sup> Weiterhin kann der Beirat auch dazu dienen, vermittelnd tätig zu werden und Blockadesituationen zu vermeiden.<sup>528</sup> Darüber hinaus gibt es auch rein repräsentative Beiräte, die mit wichtigen Persönlichkeiten, beispielsweise aus dem Lieferanten- oder Kundenkreis oder aus Wirtschaft und Politik, besetzt werden, um die Geschäftsbeziehungen und das Image der Gesellschaft zu pflegen.<sup>529</sup> Der Beirat wird meist als Gesellschaftsorgan im Gesellschaftsvertrag der KG verankert.<sup>530</sup> Seine Zuständigkeiten sind grundsätzlich frei gestaltbar, wobei aber gewisse Grenzen, die sich vor allem aus den Grundsätzen der Verbandssouveränität und der Selbstorganschaft ergeben, zu wahren sind.<sup>531</sup> Die Zahl der Mitglieder und ihre Bestellung kann im Gesellschaftsvertrag frei geregelt werden.<sup>532</sup>

Für die GmbH & Co. KG wird je nach gewünschter Funktion die Errichtung eines Beirats bei der KG und/oder bei der GmbH erwogen.<sup>533</sup> Danach solle der Beirat bei

---

<sup>525</sup> Vgl. *Reichert/Ullrich*, in: *Reichert, GmbH & Co. KG*, § 19 Rn. 48; *Winter*, in: *Winter, Beratungspraxis GmbH & Co. KG*, B 5.

<sup>526</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, *GmbH & Co. KG*, § 10 Rn. 8; *Reichert/Ullrich*, in: *Reichert, GmbH & Co. KG*, § 19 Rn. 50; *Winter*, in: *Winter, Beratungspraxis GmbH & Co. KG*, B 6.

<sup>527</sup> Vgl. *Reichert/Ullrich*, in: *Reichert, GmbH & Co. KG*, § 19 Rn. 50.

<sup>528</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, *GmbH & Co. KG*, § 10 Rn. 7; *Reichert/Ullrich*, in: *Reichert, GmbH & Co. KG*, § 19 Rn. 51; *Winter*, in: *Winter, Beratungspraxis GmbH & Co. KG*, B 7.

<sup>529</sup> Vgl. *Reichert/Ullrich*, in: *Reichert, GmbH & Co. KG*, § 19 Rn. 46; *Winter*, in: *Winter, Beratungspraxis GmbH & Co. KG*, B 8.

<sup>530</sup> Vgl. *Reichert/Ullrich*, in: *Reichert, GmbH & Co. KG*, § 19 Rn. 57; *Winter*, in: *Winter, Beratungspraxis GmbH & Co. KG*, B 14.

<sup>531</sup> Vgl. *Reichert/Ullrich*, in: *Reichert, GmbH & Co. KG*, § 19 Rn. 62 ff.; *Winter*, in: *Winter, Beratungspraxis GmbH & Co. KG*, B 26 ff.

<sup>532</sup> Vgl. mit weiteren Einzelheiten *Reichert/Ullrich*, in: *Reichert, GmbH & Co. KG*, § 19 Rn. 98 ff.

<sup>533</sup> Vgl. *Reichert/Ullrich*, in: *Reichert, GmbH & Co. KG*, § 19 Rn. 53 ff.; *Winter*, in: *Winter, Beratungspraxis GmbH & Co. KG*, B 9 ff.

der KG errichtet werden, wenn er hauptsächlich Aufgaben wahrnehmen sollte, die grundsätzlich den Gesellschaftern der KG zustünden. Wenn er Aufgaben der Gesellschafter der GmbH wahrnehmen sollte, insbesondere die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer, oder Weisungsbefugnisse gegenüber der Geschäftsführung erhalten sollte, sei der Beirat (auch) bei der GmbH zu errichten. Die Möglichkeit der Errichtung eines Beirats bei der SE ist hingegen wegen der Satzungsstrenge eingeschränkt. Die gesetzliche Zuständigkeitsverteilung der Organe dürfe nicht beeinträchtigt werden.<sup>534</sup> Der Beirat bei der SE könne also lediglich eine beratende oder unterstützende Funktion erhalten.<sup>535</sup> Unzulässig seien in der SE demgegenüber die Übertragung von Entscheidungsbefugnissen und die Regelung von Zustimmungserfordernissen zugunsten eines Beirats. Die von der GmbH & Co. KG bekannte Errichtung eines Beirats bei der Komplementärin, der dort direkt Einfluss auf die Geschäftsführung nehmen kann, ist damit bei der SE & Co. KG nicht gleichermaßen umsetzbar. Allerdings dürfte nichts gegen die Errichtung eines Beirats bei der KG sprechen, dem auch weitreichende Weisungsrechte und Zustimmungsvorbehalte zugesprochen werden können.<sup>536</sup>

### III. Organe der KGaA

Die Organe der KGaA sind der persönlich haftende Gesellschafter, die Hauptversammlung und der Aufsichtsrat. Daneben kann ein Beirat gebildet werden.

#### 1. Persönlich haftender Gesellschafter

Die Rechte des persönlich haftenden Gesellschafters bestimmen sich gemäß § 278 Abs. 2 AktG nach den Vorschriften über die Kommanditgesellschaft. Hieraus ergibt sich, dass auch bei der KGaA ein gesetzliches Grundmodell für die Organisationsverfassung besteht, welches jedoch durch die Satzung abweichend geregelt werden kann.

---

<sup>534</sup> Vgl. *Reichert/Brandes*, in: MüKo-AktG, Art. 38 SE-VO Rn. 28; *Scholz*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 38 SE-VO Rn. 11 ff.; *Teichmann*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, Art. 38 SE-VO Rn. 44; für die AG *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 23 Rn. 36.

<sup>535</sup> Vgl. *Reichert/Brandes*, in: MüKo-AktG, Art. 38 SE-VO Rn. 28; *Scholz*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 38 SE-VO Rn. 12.

<sup>536</sup> Vgl. *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, ZHR Beiheft 77 (2015), S. 154 (162).

### a) Gesetzliches Grundmodell

Dem persönlich haftenden Gesellschafter steht kraft Gesetzes ohne zeitliche Begrenzung die Kompetenz zur Leitung der KGaA zu (§§ 278 Abs. 2 AktG i.V.m. §§ 161 Abs. 2, 114 Abs. 1, 125 Abs. 1 HGB). Er wird daher auch als „geborenes Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan“<sup>537</sup> bezeichnet. Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht können ihm nur durch ein gerichtliches Verfahren und aus wichtigem Grund entzogen werden (vgl. § 278 Abs. 2 AktG i.V.m. §§ 161 Abs. 2, 117, 127 HGB). Die Geschäftsführungsbefugnis erstreckt sich wie bei der KG auf alle Handlungen, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt (vgl. § 278 Abs. 2 AktG i.V.m. §§ 161 Abs. 2 i.V.m. 116 HGB). Die Kommanditaktionäre sind gemäß § 278 Abs. 2 AktG i.V.m. § 164 Satz 1 HGB grundsätzlich von der Geschäftsführung ausgeschlossen. Bei außergewöhnlichen Geschäften ist aber auch bei der KGaA die Zustimmung der Kommanditaktionäre erforderlich (vgl. § 278 Abs. 2 AktG i.V.m. §§ 164 Satz 1, 161 Abs. 2 i.V.m. 116 Abs. HGB).<sup>538</sup> Welche Geschäfte in diesem Sinne als außergewöhnlich einzustufen sind, richtet sich wie bei der KG danach, ob es nach den Umständen des Einzelfalls Ausnahmecharakter hat.<sup>539</sup> Das Zustimmungsrecht steht den Kommanditaktionären in ihrer Gesamtheit und damit der Hauptversammlung zu.<sup>540</sup> Das Zustimmungserfordernis gilt auch für Grundlagengeschäfte.<sup>541</sup> Insgesamt ist der Kreis der zustimmungspflichtigen Geschäfte damit weiter als in der Aktiengesellschaft, bei der lediglich strukturverändernde Maßnahmen zwingend eines Hauptversammlungsbeschlusses bedürfen.<sup>542</sup>

Nach § 285 Abs. 2 Satz 1 AktG hat der persönlich haftende Gesellschafter ein Vetorecht in der Hauptversammlung der KGaA, soweit Angelegenheiten betroffen sind, die in der KG das Einverständnis der persönlich haftenden Gesellschafter und

---

<sup>537</sup> Vgl. BGHZ 134, 392 (393).

<sup>538</sup> Vgl. *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 278 Rn. 66 (Stand 1.6.2021); *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 278 Rn. 177.

<sup>539</sup> Vgl. für die KG: BGHZ 76, 160 (162 f.); für die KGaA: *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 278 Rn. 177; *Sethe*, Die personalistische Kapitalgesellschaft mit Börsenzugang, S. 148.

<sup>540</sup> Vgl. OLG Stuttgart, Urteil v. 14.5.2003 – 20 U 31/02, in: NZG 2003, 778 (779).

<sup>541</sup> Vgl. *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 278 Rn. 69 (Stand 1.6.2021); *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 278 Rn. 180. Umstritten ist dagegen, ob die Grundsätze aus der Holz Müller/Gelatine-Rechtsprechung des BGH auf die KGaA Anwendung finden, dafür *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 278 Rn. 75 ff. (Stand 1.6.2021); dagegen *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 278 Rn. 181; *Reger*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 5 Rn. 91 f.

<sup>542</sup> Vgl. *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 115; *Reger*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 5 Rn. 87.

der Kommanditisten erfordern. Das Zustimmungserfordernis der Komplementäre bezieht sich damit in erster Linie auf außergewöhnliche Geschäfte und Grundlagengeschäfte.<sup>543</sup> Ausdrücklich zustimmungsbedürftig durch die Komplementäre ist darüber hinaus gemäß § 286 Abs. 1 Satz 2 AktG der Beschluss über die Feststellung des Jahresabschlusses.

## **b) Gesellschaftsvertragliche Regelungen**

Diese gesetzliche Grundkonzeption kann durch Satzungsregelungen verändert werden. Dabei kommt sowohl eine Erweiterung der Rechte des persönlich haftenden Gesellschafters in Betracht als auch deren Einschränkung.

### **aa) Erweiterung der Rechte des persönlich haftenden Gesellschafters**

Das Zustimmungsrecht der Hauptversammlung schränkt die Geschäftsführung der KGaA relativ weitgehend ein und kann daher als „unpraktikabel“<sup>544</sup> und „unflexibel“<sup>545</sup> empfunden werden. Inwieweit der Einfluss der persönlich haftenden Gesellschafter bei der Kapitalgesellschaft & Co. KGaA zu Lasten der Kommanditaktionäre durch Satzungsregelung verstärkt werden kann, ist bislang nicht höchstrichterlich geklärt. In seiner Grundsatzentscheidung zur Zulässigkeit der Kapitalgesellschaft & Co. KGaA hat der Bundesgerichtshof vor dem Hintergrund der Vermeidung einer „rechtlich unzulässigen Minderheitenherrschaft“<sup>546</sup> angedeutet, Satzungsgestaltungen zu Lasten der Kommanditaktionäre könnten nur in engeren Grenzen zuzulassen sein als bei der gesetzestypischen KGaA.<sup>547</sup> Als Beispiele werden im Urteil Einschränkungen der den Kommanditaktionären nach § 278 Abs. 2 AktG i.V.m. 163 f. HGB zustehenden Mitwirkungsbefugnisse bei außergewöhnlichen Geschäften und Erweiterungen der Rechte des persönlich haftenden Gesellschafters, etwa des Vetorechts aus § 285 Abs. 2 Satz 1 AktG, genannt.<sup>548</sup>

Der Bundesgerichtshof wies zwar auf seine Rechtsprechungsgrundsätze zu den Publikumskommanditgesellschaften hin,<sup>549</sup> ließ jedoch die Details zu

<sup>543</sup> Vgl. Koch, in: Hüffer/Koch, AktG, § 285 Rn. 2; Perlitt, in: MüKo-AktG, § 285 Rn. 42 f.

<sup>544</sup> Ihrig/Schlitt, in: Ulmer, Die GmbH & Co. KGaA, ZHR Beiheft 67 (1998), S. 33 (66).

<sup>545</sup> Otte, Die AG & Co. KGaA, S. 116.

<sup>546</sup> BGHZ 134, 392 (399).

<sup>547</sup> Vgl. BGHZ 134, 392 (399).

<sup>548</sup> Vgl. BGHZ 134, 392 (399).

<sup>549</sup> Vgl. BGHZ 134, 392 (400) unter Verweis auf Priester, ZHR 160 (1996), 250 (262).

Erforderlichkeit, Umfang und Ausgestaltung der Korrekturen ausdrücklich offen.<sup>550</sup> In der Folge sind Rechtsprechung und Literatur sich zunächst einig, dass der Zustimmungsvorbehalt für außergewöhnliche Geschäfte durch die Kommanditaktionäre auf den Aufsichtsrat oder einen Gesellschafterausschuss übertragen werden kann.<sup>551</sup>

### (1) Ausschluss des Zustimmungsvorbehalts der Kommanditaktionäre

Zur Erweiterung der Rechte der persönlich haftenden Gesellschafterin ist auch die gesellschaftsvertragliche Abbedingung des Zustimmungsvorbehalts der Kommanditaktionäre denkbar. Die Zulässigkeit einer solchen Gestaltung ist umstritten. Die Unzulässigkeit einer solchen Regelung kann sich aus einer Inhaltskontrolle der Satzung der SE & Co. KGaA ergeben.<sup>552</sup> Teile der Literatur gehen davon aus, dass jedenfalls bei der börsennotierten Publikums-KGaA Satzungsgestaltungen unzulässig seien, durch die das gemäß § 278 Abs. 2 AktG i.V.m. § 164 HGB bestehende Mitwirkungsrecht der Kommanditaktionäre bei außergewöhnlichen Geschäften gänzlich ausgeschlossen werde.<sup>553</sup> Diese Einschränkung der Satzungsautonomie sei geboten, weil die Kommanditaktionäre bei der Kapitalgesellschaft & Co. KGaA keinen direkten Einfluss auf die Auswahl der Geschäftsführer der Komplementärin nehmen könnten.<sup>554</sup> Nach anderer Auffassung ist eine Einschränkung der Satzungsautonomie nicht gerechtfertigt, insbesondere die Bindung des Komplementärs durch seine gesellschaftsrechtliche Treuepflicht reiche aus, um den Schutz der Kommanditaktionäre zu gewährleisten,

---

<sup>550</sup> Vgl. BGHZ 134, 392 (400).

<sup>551</sup> Vgl. für die Übertragung auf den Aufsichtsrat OLG Stuttgart, Urteil v. 14.5.2003 – 20 U 31/02, in: NZG 2003, 778 (782 f.); auch bereits *Priester*, ZHR 160 (1996), 250 (262); darüber hinaus auch für die Übertragung auf einen Gesellschafterausschuss *Arnold*, Die GmbH & Co. KGaA, S. 66; *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 278 Rn. 67 (Stand 1.6.2021); *Ihrig/Schlitt*, in: Ulmer, Die GmbH & Co. KGaA, ZHR Beiheft 67 (1998), S. 33 (67); *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 116; *Reger*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 5 Rn. 99.

<sup>552</sup> Zur Notwendigkeit der Inhaltskontrolle bei der AG & Co. KGaA *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 120 ff.

<sup>553</sup> Vgl. *Arnold*, Die GmbH & Co. KGaA, S. 65 f.; *Ihrig/Schlitt*, in: Ulmer, Die GmbH & Co. KGaA, ZHR Beiheft 67 (1998), S. 33 (669); angedeutet bereits bei *Priester*, ZHR 160 (1996), 250 (262); *Schaumburg/Schulte*, Die KGaA, Rn. 58, wonach die Beschneidung der Mitwirkungsrechte nur insoweit möglich sei, als hierdurch nicht der Kernbereich der Gesellschafterrechte der Kommanditaktionäre tangiert werde. Zum Meinungsstand *Arnold*, Die GmbH & Co. KGaA, S. 60 ff; *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 278 Rn. 359 f. m.w.N.

<sup>554</sup> Vgl. *Arnold*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 278 AktG Rn. 6, 13.

so dass das Widerspruchsrecht durch die Satzung auch gänzlich ausgeschlossen werden könne.<sup>555</sup>

Auch der Bundesgerichtshof nennt die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht grundsätzlich als ausreichendes Schutzinstrument, lässt jedoch wie bereits gesagt die Grenzen zulässiger Satzungsgestaltungen offen.<sup>556</sup> Die Komplementär-GmbH habe bei der Auswahl der Geschäftsführer die Interessen der Kommanditaktionäre zu berücksichtigen, was ihren mangelnden Einfluss auf die Auswahl der Geschäftsführer kompensieren soll.

Es gibt nach hier vertretener Auffassung keine durchgreifenden Bedenken gegen die Abbedingung des Zustimmungsvorbehaltes durch die Satzung bei der SE & Co. KGaA. Weder aus Gründen des Anleger- noch des Gläubigerschutzes ist eine solche Einschränkung der Satzungsautonomie erforderlich. Die Kommanditaktionäre werden zum einen durch kapitalmarktrechtliche Regelungen und zum anderen durch die Treuepflicht der Komplementärin geschützt. Für deren Geschäftsführung gilt über § 283 Nr. 3 AktG die Sorgfaltspflicht des § 93 Abs. 1 AktG. In der atypischen KGaA unterliegt die Geschäftsführung der persönlich haftenden Gesellschafterin dieser Sorgfaltspflicht.<sup>557</sup> Bei der SE & Co. KGaA trifft die Sorgfaltspflicht also das Leitungsorgan bzw. den Verwaltungsrat der SE. Die Organmitglieder haften daher gemäß § 93 Abs. 2 AktG auch direkt gegenüber der KGaA, was neben der Treuepflicht ausreicht, um den Anlegerschutz sicherzustellen.<sup>558</sup> Den Gläubigerschutz gewähren die aktienrechtlichen Regelungen zur Kapitalaufbringung und -erhaltung. Diese finden über § 278 Abs. 3 AktG auf die KGaA Anwendung und gelten nach Art. 5 SE-VO auch für die Komplementär-SE.

Darüber hinaus sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die für die Publikumskommanditgesellschaft entwickelten Grundsätze entsprechend

---

<sup>555</sup> Vgl. *Bachmann* in: BeckOGK-AktG, § 278 Rn. 63 (Stand 1.6.2021); *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 278 Rn. 360; *Herfs*, in: Münchener Hdb Gesellschaftsrecht, Band 4, § 79 Rn. 19; *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 127; *Reger*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 5 Rn. 101; *Begemann*, Die SE & Co. KGaA als Rechtsform für Familienunternehmen, S. 177 f.; ausführlich auch *Halasz/Kloster/Kloster*, GmbHR 2002, 77 (80 ff.).

<sup>556</sup> Vgl. BGHZ 134, 392 (399).

<sup>557</sup> Vgl. *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 278 Rn. 62; *Reger*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 5 Rn. 111.

<sup>558</sup> Vgl. *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 127.

heranzuziehen.<sup>559</sup> Auch für die Publikums-KG wird die Möglichkeit, das Zustimmungsrecht gänzlich auszuschließen, bejaht.<sup>560</sup>

## (2) Ausweitung des Vetorechts der Komplementärin

Diskutiert wird daneben die Ausweitung des Vetorechts durch Satzungsregelung. Die Argumente entsprechen im Wesentlichen denen, die auch für und gegen den Ausschluss des Zustimmungsrechts der Kommanditaktionäre ins Feld geführt werden.<sup>561</sup> Der Bundesgerichtshof hat auch gegenüber dieser Satzungsgestaltung Bedenken geäußert.<sup>562</sup> Hauptanwendungsfall für eine Ausweitung des Vetorechts sind Beschlüsse über die Gewinnverwendung. Nach teilweise vertretener Auffassung könne der Gewinnverwendungsbeschluss nicht von der Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter abhängig gemacht werden.<sup>563</sup> Die Gewinnverwendung unterliege gemäß § 278 Abs. 3 AktG dem Aktienrecht und sei daher satzungsfest.<sup>564</sup> Über die Gewinnverwendung sei zwingend nach § 174 Abs. 1 AktG durch die Hauptversammlung zu entscheiden, ohne dass den persönlich haftenden Gesellschaftern ein Zustimmungsrecht durch die Satzung eingeräumt werden könne. Nach einer anderen Ansicht in Rechtsprechung und Literatur spreche jedoch grundsätzlich nichts gegen eine solche Satzungsgestaltung.<sup>565</sup> Die Entscheidung über die Gewinnverwendung betreffe auch die persönlich haftenden Gesellschafter und könne daher durch Satzungsregelung von deren Zustimmung abhängig gemacht werden.<sup>566</sup> Nach einer differenzierenden Ansicht seien Erweiterungen des Vetorechts nur zulässig, solange angesichts anderer

---

<sup>559</sup> Vgl. BGHZ 134, 392 (399).

<sup>560</sup> Vgl. BGHZ 119, 357; *Grunewald*, in: MüKo-HGB, § 164 Rn. 29; *Oetker*, in: Oetker, HGB, § 164 Rn. 62, der allerdings zum Ausgleich das Vorhandensein oder die Möglichkeit zur Schaffung eines effektiven Kontrollorgans verlangt.

<sup>561</sup> Vgl. *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 174; *Reger*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 5 Rn. 105.

<sup>562</sup> Vgl. BGHZ 134, 392 (399).

<sup>563</sup> Vgl. *Arnold*, Die GmbH & Co. KGaA, S. 67; *Ihrig/Schlitt*, in: Ulmer, Die GmbH & Co. KGaA, ZHR Beiheft 67 (1998), S. 33 (69 f.); *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 174 f.; *Wichert*, AG 2000, 268 (270).

<sup>564</sup> Vgl. *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 174 f., wonach dasselbe für den Beschluss über die Festlegung der Vergütung der Mitglieder des Aufsichtsrats gelten soll und weitere Anwendungsfälle für eine Ausweitung des Vetorechts nicht ersichtlich seien.

<sup>565</sup> Vgl. LG München, Urteil v. 29.8.2013 – 5 HK O 23315/12, in: NZG 2014, 700 für eine personalistisch strukturierte KGaA, bei der auch natürliche Personen persönlich haftende Gesellschafter sind; *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 285 Rn. 36 (Stand 1.6.2021); *Herfs*, in: Münchener Hdb Gesellschaftsrecht, Band 4, § 81 Rn. 21; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 285 Rn. 2; *Mertens/Cahn*, in: KK-AktG, § 285 Rn. 39; *Reger*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 5 Rn. 105. Jedenfalls für die nicht börsennotierte Nicht-Publikums-AG auch *K. Schmidt*, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 286 Rn. 12.

<sup>566</sup> Vgl. *Herfs*, in: Münchener Hdb Gesellschaftsrecht, Band 4, § 81 Rn. 21.

Satzungsregelungen die Interessen der Kommanditaktionäre ausreichend gewahrt seien.<sup>567</sup> Auch wird eine Ausübungskontrolle anhand der Treuepflicht im Falle der Zustimmungsverweigerung befürwortet.<sup>568</sup>

Überzeugend scheint es, Satzungsgestaltungen, die das Vetorecht erweitern, nicht grundsätzlich abzulehnen, da sie das Verhältnis der Gesellschafter untereinander betreffen, und daher grundsätzlich der Satzungsautonomie unterfallen. Eine „unzulässige Minderheitenherrschaft“<sup>569</sup> wie der Bundesgerichtshof sie befürchtet, ist jedoch zu vermeiden. Hierzu ist sowohl eine Gesamtschau der Satzungsregelungen sinnvoll und geboten als auch eine nachträgliche Ausübungskontrolle am Maßstab der Treuepflicht.

### **(3) Zwischenergebnis**

Im Ergebnis sollte in der Praxis zum Zwecke der Rechtssicherheit eine Satzungsgestaltung gewählt werden, durch die trotz der Stärkung der Rechte der Komplementärin ein ausreichendes Gegengewicht der Kommanditaktionäre gewährleistet bleibt. Dies kann beispielsweise dadurch erreicht werden, dass die Zustimmungsrechte auf den Aufsichtsrat oder Gesellschafterausschuss übertragen werden und ein Katalog zustimmungsbedürftiger Rechtsgeschäfte in die Satzung aufgenommen wird.<sup>570</sup>

#### **bb) Einschränkung der Rechte des persönlich haftenden Gesellschafters**

Im Rahmen der Satzungsautonomie kommt auch eine Einschränkung der Rechte der Komplementärin in Frage. Denkbar ist es, die Zustimmungsrechte der Kommanditaktionäre auszuweiten oder der Hauptversammlung Weisungsrechte gegenüber der persönlich haftenden Gesellschafterin einzuräumen.<sup>571</sup> Dies gilt auch

---

<sup>567</sup> Vgl. *Sethe*, in: GK-AktG, § 285 Rn. 88, wonach „allenfalls in der Gesamtschau“ der Satzungsregelungen eine unangemessene Benachteiligung der Kommanditaktionäre vorliegen könne, in Rn. 82 jedoch ablehnend gegenüber einem Zustimmungsrecht bezüglich des Beschlusses über die Gewinnverwendung; *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 278 Rn. 363. In diese Richtung auch *Reger*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 5 Rn. 105, der als Grenzen die zwingenden aktienrechtlichen Regelungen und die personengesellschaftsrechtlichen Grenzen der Satzungsautonomie, wie insbesondere die Kernbereichslehre, nennt.

<sup>568</sup> Vgl. *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 285 Rn. 36 (Stand 1.6.2021); *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 285 Rn. 2; *Mertens/Cahn*, in: KK-AktG, § 285 Rn. 49; *K. Schmidt*, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 286 Rn. 12. So auch OLG München, Urteil v. 17.9.2014 – 7 U 3876/13, in: AG 2014, 864 (865).

<sup>569</sup> BGHZ 134, 392 (399).

<sup>570</sup> Vgl. *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 278 Rn. 63 (Stand 1.6.2021); *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 128 f.; ein Beispiel findet sich in § 16 Abs. 2 der Mustersatzung II von *Förl*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 13.

<sup>571</sup> Vgl. *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 278 Rn. 19; *Sethe*, in: GK-AktG, § 278 Rn. 148 f.

bei der SE & Co. KGaA.<sup>572</sup> Die Geschäftsführung kann auch weitgehend an die Zustimmung oder Weisungen des Aufsichtsrats gebunden werden.<sup>573</sup> Beide Gestaltungsvarianten werden eher selten gewählt, da eine Bindung an die (auch mit reinen Kapitalgebern besetzte) Hauptversammlung ebenso wie an einen (gegebenenfalls mitbestimmten) Aufsichtsrat wenig praktikabel erscheinen.<sup>574</sup> Sinnvoller kann dann die Bindung an einen Beirat sein, auf den im Folgenden noch näher eingegangen werden soll.<sup>575</sup> Allerdings wurde festgestellt, dass die SE & Co. KGaA auch aus anderen Gründen gewählt wird und die Kommanditaktionäre dann nicht unbedingt reine Kapitalgeber sein müssen, z.B. weil aus mitbestimmungsrechtlichen Erwägungen der schwache Aufsichtsrat für eine SE & Co. KGaA spricht. In diesen Fällen kann die dargestellte Stärkung der Rechte der Kommanditaktionäre durchaus erwünscht sein.

## 2. Hauptversammlung

In der Hauptversammlung der KGaA üben die Kommanditaktionäre ihre Mitgliedschaftsrechte aus.<sup>576</sup> Dabei gelten wegen § 278 Abs. 3 AktG grundsätzlich dieselben Regeln wie für die Hauptversammlung einer AG. Die Rechte der Hauptversammlung ergeben sich aus § 278 Abs. 3 i.V.m. §§ 119, 120 AktG. Ihr steht damit u.a. das Recht zur Bestellung und Abberufung der Mitglieder des Aufsichtsrats zu, soweit diese nicht entsandt werden oder durch die Arbeitnehmer zu wählen sind. Eine Personalkompetenz in Bezug auf den persönlich haftenden Gesellschafter als geschäftsführendes Organ hat sie jedoch, anders als die Hauptversammlung der AG in Bezug auf den Vorstand, nicht. Die Hauptversammlung stellt gemäß § 286 AktG den Jahresabschluss fest, bestellt den Abschlussprüfer und entscheidet über die Verwendung des Bilanzgewinns. Darüber hinaus stehen der Hauptversammlung der KGaA, vorbehaltlich abweichender Regelung in der Satzung, auch diejenigen Rechte zu, die in der KG von den Kommanditisten wahrgenommen werden.<sup>577</sup> Hierzu zählen insbesondere die bereits angesprochene Zustimmung zu außergewöhnlichen Geschäften und

---

<sup>572</sup> Vgl. *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, ZHR Beiheft 77 (2015), S. 154 (162).

<sup>573</sup> Vgl. *Sethe*, in: GK-AktG, § 278 Rn. 150 f.

<sup>574</sup> Vgl. *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 129 f.

<sup>575</sup> Siehe hierzu unter Abschnitt C.III.4.

<sup>576</sup> Vgl. *Herfs*, in: Münchener Hdb Gesellschaftsrecht, Band 4, § 78 Rn. 58.

<sup>577</sup> Vgl. *Arnold*, Die GmbH & Co. KGaA, S. 135; *Sethe*, in: GK-AktG, § 285 Rn. 15; *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 159.

Grundlagengeschäften und Änderungen des Gesellschaftsvertrags (z.B. Ein- und Austritt persönlich haftender Gesellschafter) oder die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis.<sup>578</sup>

Die Kommanditaktionäre haben in der Hauptversammlung ein Auskunftsrecht gegenüber der persönlich haftenden Gesellschafterin nach § 278 Abs. 3 i.V.m. § 131 AktG. Dieses Auskunftsrecht geht über das der Aktionäre einer AG hinaus.<sup>579</sup> Da die Hauptversammlung den Jahresabschluss feststellt, kann sich die Komplementärin auf die Auskunftsverweigerungsrechte aus § 131 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 und 4 AktG nicht berufen. Den Kommanditaktionären muss daher auf Verlangen Auskunft über stille Reserven und die angewandten Bilanzierungs- und Bewertungsmethoden gegeben werden. Zudem erstreckt sich das Auskunftsrecht der Kommanditaktionäre auch auf Angelegenheiten der persönlich haftenden Gesellschafterin, soweit diese von wesentlicher Bedeutung für die KGaA sein können.<sup>580</sup>

#### a) **Zulässigkeit qualifizierter Mehrheitserfordernisse**

Für die Beschlussfassung in der Hauptversammlung gilt über § 278 Abs. 3 i.V.m. § 133 Abs. 1 AktG grundsätzlich das Mehrheitsprinzip. Beschlüsse bedürfen danach der Mehrheit der abgegebenen Stimmen, soweit nicht Gesetz oder Satzung eine größere Mehrheit oder weitere Erfordernisse vorsehen. Eine gesetzlich vorgesehene größere Mehrheit regelt § 179 Abs. 2 AktG, wonach der Beschluss über eine Satzungsänderung der Mehrheit von drei Vierteln des vertretenen Grundkapitals bedarf. Die Satzung darf allerdings eine andere Kapitalmehrheit vorsehen.

Die Zulässigkeit der Verschärfung von Mehrheitserfordernissen in der Hauptversammlung der KGaA ist jedoch umstritten. Ansatzpunkt für die Kritik an qualifizierten Mehrheitserfordernissen ist der Gedanke, dass die Rechte der Kommanditaktionäre gegenüber der persönlich haftenden Gesellschafterin nicht

---

<sup>578</sup> Vgl. *Arnold*, Die GmbH & Co. KGaA, S. 135; *Sethe*, in: GK-AktG, § 285 Rn. 15, nach dem das Kontrollrecht aus § 166 HGB demgegenüber keine besondere Rolle spiele, da die aktienrechtlichen Auskunftsrechte darüber hinausgingen.

<sup>579</sup> Vgl. *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 278 Rn. 37 (Stand 1.6.2021); *Herfs*, in: Münchener Hdb Gesellschaftsrecht, Band 4, § 78 Rn. 60.

<sup>580</sup> Vgl. *Arnold*, Die GmbH & Co. KGaA, S. 139 f.; *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 278 Rn. 37 (Stand 1.6.2021); *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 176; *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 278 Rn. 329.

unangemessen eingeschränkt werden dürften.<sup>581</sup> Daher wird teilweise vertreten, dass (jedenfalls bei der Publikums-KGaA) eine Verschärfung von Mehrheitserfordernissen unzulässig sei, soweit sie Beschlüsse betreffe, bei denen ein Interessengegensatz zwischen Kommanditaktionären und der persönlich haftenden Gesellschafterin bestehe.<sup>582</sup> Die Minderheit dürfe nicht in die Lage versetzt werden, der Mehrheit eine Geschäftsführung aufzuzwingen, die nicht mehr deren Vertrauen genieße.<sup>583</sup> Die Gegenansicht spricht sich generell für die Zulässigkeit qualifizierter Mehrheiten aus.<sup>584</sup> Die zur Publikums-KG entwickelten Grundsätze seien auf die KGaA nicht übertragbar. Entscheidend sei, dass anders als bei der Publikumpersonengesellschaft, ein Kommanditaktionär, der kein Vertrauen mehr in die Geschäftsführung habe, seine Beteiligung leicht aufgeben könne.<sup>585</sup> Nach vermittelnder Auffassung sei eine Verschärfung des Mehrheitserfordernisses zwar grundsätzlich zulässig, jedoch könne für die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis keine größere Mehrheit vorgesehen werden, da die Kommanditaktionäre dieses Recht sonst faktisch nicht mehr wahrnehmen könnten.<sup>586</sup> Im Kern gehe es um eine Inhaltskontrolle der Satzungsregelungen, im Rahmen derer eine unangemessene Benachteiligung der Kommanditaktionäre ausgeschlossen werden müsse.<sup>587</sup> Es sei unangemessen, den Kommanditaktionären die Möglichkeit, der persönlich haftenden Gesellschafterin die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis zu entziehen, ersatzlos zu nehmen. Grundsätzlich sei eine Verschärfung der Mehrheit für solche Beschlüsse daher kritisch zu beurteilen. Eine Zulässigkeit könne sich aber aus der Gesamtschau mit anderen Satzungsregelungen ergeben, nach denen

---

<sup>581</sup> Vgl. für die Publikums-KGaA *Ihrig/Schlitt*, in: Ulmer, Die GmbH & Co. KGaA, ZHR Beiheft 67 (1998), S. 33 (70 f.).

<sup>582</sup> Vgl. unter Verweis auf die Rechtsprechung zu Publikumpersonengesellschaften *Ihrig/Schlitt*, in: Ulmer, Die GmbH & Co. KGaA, ZHR Beiheft 67 (1998), S. 33 (71); zustimmend, jedoch mit anderer Begründung und einer Ausnahme für Satzungsänderungen *Wichert*, AG 2000, 268 (271).

<sup>583</sup> Vgl. zur Publikums-GbR BGH, Urteil v. 22.3.1982 – II ZR 74/81, in: NJW 1982, 2495 (2496).

<sup>584</sup> Vgl. *Reger*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 5 Rn. 189 ff.

<sup>585</sup> Vgl. *Reger*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 5 Rn. 190.

<sup>586</sup> Vgl. *Arnold*, Die GmbH & Co. KGaA, S. 137 ff.; so auch *Kessler*, Die rechtlichen Möglichkeiten der Kommanditaktionäre einer GmbH & Co. KGaA, S. 343; *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 162 ff.

<sup>587</sup> Vgl. *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 162 f., der auf S. 164 ff. auch ausführlich zum Sonderfall des Ausschlusses der persönlich haftenden Gesellschafterin Stellung nimmt; Vgl. *Begemann*, Die SE & Co. KGaA als Rechtsform für Familienunternehmen, S. 259 f.

beispielsweise die Rechte der Kommanditaktionäre in der Geschäftsführung gestärkt seien.<sup>588</sup>

Der vermittelnden Ansicht ist zuzustimmen. Das Recht der Kommanditaktionäre, die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis zu beschließen, ist für diese essenziell, um auf einen verantwortungslosen Umgang der Geschäftsführung mit dem von den Kommanditaktionären erbrachten Kapital reagieren zu können. Die Ausübung dieses Rechts wird durch die Einführung einer qualifizierten Mehrheitsklausel erheblich erschwert, was grundsätzlich die Unzulässigkeit nahelegt. Jedoch sollte eine abschließende Beurteilung der Zulässigkeit stets im Wege der Gesamtbetrachtung aller Satzungsregelungen erfolgen. Die Satzungsautonomie ist ein wesentliches Merkmal der Rechtsform der KGaA. Einschränkungen dieser Satzungsautonomie erfolgen im Wege der Inhaltskontrolle und sind daher nur dann gerechtfertigt, wenn eine unangemessene Benachteiligung vorliegt und Gründe des Anleger- und/oder Gläubigerschutzes diese erforderlich machen. Die Gefahr für die Kommanditaktionäre, die durch ein qualifiziertes Mehrheitserfordernis zur Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis entsteht, kann im Einzelfall beispielsweise durch Weisungsrechte der Kommanditaktionäre gegenüber der Komplementärin kompensiert sein.

#### **b) Stimmrechtsausschluss der Komplementärin**

Wenn die persönlich haftende Gesellschafterin Kommanditaktien hält, ist sie nach § 285 Abs. 1 Satz 2 AktG in bestimmten Fällen vom Stimmrecht ausgeschlossen. Es handelt es sich um

- die Wahl und Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern (Nr. 1),
- die Entlastung der persönlich haftenden Gesellschafterin und der Aufsichtsratsmitglieder (Nr. 2),
- die Bestellung von Sonderprüfern (Nr. 3),
- die Geltendmachung von und der Verzicht auf Ersatzansprüche (Nr. 4 und Nr. 5) sowie
- die Wahl von Abschlussprüfern (Nr. 6).

---

<sup>588</sup> Vgl. *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 164.

Die Regelung soll Interessenkollisionen vorbeugen, die sich daraus ergeben können, dass die Komplementärin zugleich Kommanditaktionärin ist.<sup>589</sup> In aller Regel wird die lediglich als Haftungsvehikel genutzte SE am Grundkapital der KGaA überhaupt nicht beteiligt sein oder stimmrechtslose Kommanditaktien halten.<sup>590</sup> Zu einer Interessenkollision kann es daher eher dann kommen, wenn die Mitglieder des Leitungsorgans der SE Kommanditaktien halten. Nach seinem Sinn und Zweck muss das Stimmverbot des § 285 Abs. 1 Satz 2 AktG dann für die Mitglieder des Vorstands oder des Verwaltungsrats der SE gelten.<sup>591</sup>

Nicht auszudehnen ist das Stimmverbot hingegen auf Kommanditaktionäre, die zugleich Aktionäre der SE sind. Während bei der GmbH & Co. KGaA von einer Erstreckung auf die Gesellschafter der GmbH, jedenfalls wenn diese mehrheitlich an der GmbH beteiligt sind, ausgegangen wird<sup>592</sup>, kann dem bei der SE & Co. KGaA nicht gefolgt werden. Grund für die Erstreckung bei der GmbH & Co. KGaA ist, dass wegen der Weisungsbefugnis der Gesellschafter der GmbH gegenüber der Geschäftsführung die Gefahr einer Interessenkollision besteht.<sup>593</sup> Wegen § 76 Abs. 1 AktG, der wie bereits festgestellt auch für die SE gilt, ist das Leitungsorgan der SE gegenüber den Aktionären jedoch gerade nicht weisungsgebunden. Die Aktionäre unterliegen daher nicht dem gleichen Interessenkonflikt wie die Mehrheitsgesellschafter einer Komplementär-GmbH. Das Stimmverbot ist nicht auf sie zu erstrecken.<sup>594</sup>

Neben § 285 Abs. 1 Satz 2 AktG findet über § 278 Abs. 3 AktG auch das Stimmverbot aus § 136 Abs. 1 Satz 1 AktG Anwendung, wonach niemand für sich oder einen anderen das Stimmrecht ausüben kann, wenn über seine Entlastung, seine Befreiung von einer Verbindlichkeit oder über die Geltendmachung eines

---

<sup>589</sup> Vgl. *Sethe*, in: GK-AktG, § 285 Rn. 23.

<sup>590</sup> Vgl. für die AG & Co. KGaA *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 167.

<sup>591</sup> Vgl. für die AG & Co. KGaA *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 167 f. mit ausführlicher Begründung und weiteren Nachweisen; *Sethe*, in: GK-AktG, § 285 Rn. 25; *Mertens/Cahn*, in: KK-AktG, § 285 Rn. 8.

<sup>592</sup> Vgl. *Arnold*, Die GmbH & Co. KGaA, S. 103; *Sethe*, in: GK-AktG, § 285 Rn. 25; *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 285 Rn. 27 (Stand 1.6.2021); *Bürgers*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 5 Rn. 464.

<sup>593</sup> Vgl. *Arnold*, Die GmbH & Co. KGaA, S. 103; *Sethe*, in: GK-AktG, § 285 Rn. 25.

<sup>594</sup> Vgl. *Begemann*, Die SE & Co. KGaA als Rechtsform für Familienunternehmen, S. 243 ff.; für die AG & Co. KGaA *Sethe*, in: GK-AktG, § 285 Rn. 25; *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 168 ff., der die Erstreckung auch vor dem Hintergrund der Wertung des § 136 Abs. 1 Satz 1 AktG ablehnt, da das dort enthaltene Stimmverbot anderen Zwecken diene als § 285 Abs. 1 Satz 2 AktG.

Anspruchs gegen ihn beschlossen wird.<sup>595</sup> § 136 Abs. 1 Satz 1 AktG dient der Vermeidung der Durchsetzung von Sonderinteressen einzelner Aktionäre.<sup>596</sup> Er geht über § 285 Abs. 1 Satz 2 AktG insoweit hinaus, als dass er alle Arten von Ansprüchen und Verbindlichkeiten erfasst.<sup>597</sup> Sein Anwendungsbereich neben § 285 Abs. 1 Satz 2 AktG ist damit üblicherweise gering. Er kann jedoch in bestimmten Konstellationen zum Stimmverbot für einen Kommanditaktionär führen, der auch an der Komplementärin beteiligt ist.<sup>598</sup> Nach dem Sinn und Zweck von § 136 Abs. 1 Satz 1 AktG kann das Stimmverbot sich auf Aktionäre beziehen, die zugleich Gesellschafter einer Drittgesellschaft sind, wenn eine besondere Nähe und Interessenverknüpfung mit dieser Drittgesellschaft besteht, die dazu führen kann, dass der Aktionär eher im Interesse der Drittgesellschaft als im Interesse der AG bzw. KGaA handelt.<sup>599</sup> Eine solche Interessenkollision könnte z.B. vorliegen, wenn ein Kommanditaktionär nur in geringem Umfang Kommanditaktien hält, gleichzeitig aber Alleinaktionär der SE ist. In diesem Falle liegt es nahe, dass er bei den in § 136 Abs. 1 Satz 1 AktG angesprochenen Beschlüssen das Interesse der SE über das Interesse der KGaA stellt und daher vom Stimmrecht auszuschließen ist.

Für die persönlich haftende Gesellschafterin ergeben sich weitere Stimmverbote aus dem Personengesellschaftsrecht, insbesondere für die Einleitung von Maßnahmen gegen die persönlich haftende Gesellschafterin aus wichtigem Grund.<sup>600</sup> Die möglichen Stimmverbote sollten bei der Gestaltung der Beteiligungsverhältnisse der SE & Co. KGaA und ihrer Satzung beachtet werden.

### 3. Aufsichtsrat

Neben der persönlich haftenden Gesellschafterin und der Hauptversammlung hat jede KGaA ebenso wie die AG zwingend einen Aufsichtsrat.<sup>601</sup> Für den Aufsichtsrat der KGaA gelten grundsätzlich dieselben Regeln wie für den Aufsichtsrat einer AG, jedoch sind einige Besonderheiten zu beachten.

---

<sup>595</sup> Vgl. *Mertens/Cahn*, in: KK-AktG, § 285 Rn. 25; *Sethe*, in: GK-AktG, § 285 Rn. 44.

<sup>596</sup> Vgl. *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 136 Rn. 1 m.w.N.

<sup>597</sup> Vgl. *Sethe*, in: GK-AktG, § 285 Rn. 45.

<sup>598</sup> Vgl. *Begemann*, Die SE & Co. KGaA als Rechtsform für Familienunternehmen, S. 246; für die AG & Co. KGaA *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 172 f.

<sup>599</sup> Vgl. *Schröer*, in: MüKo-AktG, § 136 Rn. 38 ff.

<sup>600</sup> Vgl. hierzu im Einzelnen *Mertens/Cahn*, in: KK-AktG, § 285 Rn. 27; *Sethe*, in: GK-AktG, § 285 Rn. 47 ff.; *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 173.

<sup>601</sup> Vgl. *Reger*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 5 Rn. 2, der diese als „Pflichtorgane“ bezeichnet.

### a) Kompetenzen des Aufsichtsrats

Im Wesentlichen ist festzustellen, dass der Aufsichtsrat der KGaA eine schwächere Stellung einnimmt als der Aufsichtsrat einer AG.<sup>602</sup> Er übt keine Personalkompetenz über die persönlich haftende Gesellschafterin aus.<sup>603</sup> Die persönlich haftende Gesellschafterin als geborenes Geschäftsführungsorgan wird anders als der Vorstand einer AG nicht vom Aufsichtsrat bestellt und abberufen, auch nicht in einer mitbestimmten KGaA (vgl. § 31 Abs. 1 Satz 2 MitbestG). Der Aufsichtsrat kann auch keine Geschäftsordnung für die Komplementäre erlassen.<sup>604</sup> Weiterhin kann er Geschäftsführungsmaßnahmen nach allgemeiner Ansicht nicht von seiner Zustimmung abhängig machen, da § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG keine Anwendung findet.<sup>605</sup> Zuletzt wirkt der Aufsichtsrat der KGaA auch nicht an der Feststellung des Jahresabschlusses mit.<sup>606</sup> Die Rechte des Aufsichtsrats können aber in der Satzung der KGaA so erweitert werden, dass er dem Aufsichtsrat einer AG angenähert wird.<sup>607</sup> Beispielsweise kann, wie bereits angesprochen, dem Aufsichtsrat die eigentlich der Hauptversammlung zustehende Zustimmungskompetenz aus § 278 Abs. 2 AktG i.V.m. § 164 HGB übertragen werden.<sup>608</sup> Häufig ist eine solche Gestaltung in der Praxis jedoch nicht, da für die Rechtsform der KGaA gegenüber der AG gerade auch die gesetzlich schwache Stellung des Aufsichtsrats spricht.<sup>609</sup>

Nach dem gesetzlichen Grundmodell bleiben dem Aufsichtsrat der KGaA im Kern die in § 287 AktG angesprochenen Kompetenzen: die Ausführungskompetenz, die Vertretungskompetenz und die Kontrollkompetenz.

---

<sup>602</sup> Vgl. *Arnold*, Die GmbH & Co. KGaA, S. 105; *Bürgers*, in: *Bürgers/Fett*, Die KGaA, § 5 Rn. 477; *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 131.

<sup>603</sup> Vgl. *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 287 Rn. 16 (Stand 1.6.2021); *Bürgers*, in: *Bürgers/Fett*, Die KGaA, § 5 Rn. 478; *Koch*, in: *Hüffer/Koch*, AktG, § 278 Rn. 15; *Mertens/Cahn*, in: KK-AktG, § 287 Rn. 14; *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 278 Rn. 212.

<sup>604</sup> Vgl. *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 287 Rn. 16 (Stand 1.6.2021); *Bürgers*, in: *Bürgers/Fett*, Die KGaA, § 5 Rn. 480; *Koch*, in: *Hüffer/Koch*, AktG, § 278 Rn. 15; *Mertens/Cahn*, in: KK-AktG, § 287 Rn. 14; *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 278 Rn. 213.

<sup>605</sup> Vgl. *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 287 Rn. 17 (Stand 1.6.2021); *Sethe*, in: GK-AktG, § 278 Rn. 108; *Bürgers*, in: *Bürgers/Fett*, Die KGaA, § 5 Rn. 479; *Kessler*, Die rechtlichen Möglichkeiten der Kommanditaktionäre einer GmbH & Co. KGaA, S. 223 f. mit näherer Begründung; *Koch*, in: *Hüffer/Koch*, AktG, § 278 Rn. 15; *Mertens/Cahn*, in: KK-AktG, § 287 Rn. 14; *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 278 Rn. 211.

<sup>606</sup> Vgl. *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 287 Rn. 16 (Stand 1.6.2021); *Bürgers*, in: *Bürgers/Fett*, Die KGaA, § 5 Rn. 481; *Koch*, in: *Hüffer/Koch*, AktG, § 278 Rn. 15.

<sup>607</sup> Vgl. *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 287 Rn. 53; *Bürgers*, in: *Bürgers/Fett*, Die KGaA, § 5 Rn. 507.

<sup>608</sup> Vgl. OLG Stuttgart, Urteil v. 14.5.2003 – 20 U 31/02, in: NZG 2003, 778 (782 f.); *Priester*, ZHR 160 (1996), 250 (262); siehe auch Fn. 551.

<sup>609</sup> Vgl. auch *Bürgers*, in: *Bürgers/Fett*, Die KGaA, § 5 Rn. 507; *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 144.

Nach § 287 Abs. 1 AktG führt der Aufsichtsrat die Beschlüsse der Kommanditaktionäre aus. Hierunter fallen alle Beschlüsse der Hauptversammlung, mit denen personengesellschaftsrechtliche Befugnisse geltend gemacht werden, die also das Verhältnis zwischen Kommanditaktionären und persönlich haftenden Gesellschaftern betreffen, wie beispielsweise die Zustimmung zum Eintritt neuer persönlich haftender Gesellschafter und die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsmacht.<sup>610</sup> Bei der Ausführung der Beschlüsse nimmt der Aufsichtsrat ausschließlich die Interessen der Kommanditaktionäre wahr, obwohl er als Organ der KGaA grundsätzlich dem Gesellschaftsinteresse verpflichtet ist.<sup>611</sup> Es kann sich daher anbieten, die Ausführungskompetenz auf einen Gesellschafterausschuss als ausschließliches Organ der Kommanditaktionäre zu übertragen.<sup>612</sup>

Der Aufsichtsrat hat auch die Vertretungskompetenz. Nach § 287 Abs. 2 Satz 1 AktG vertritt er die KGaA<sup>613</sup> gerichtlich in Streitigkeiten zwischen der Gesamtheit der Kommanditaktionäre und den persönlich haftenden Gesellschaftern, wenn die Hauptversammlung keinen besonderen Vertreter bestellt. Erfasst sind die Rechtsstreitigkeiten, die ihre Grundlage im Personengesellschaftsrecht haben.<sup>614</sup> Im Übrigen, insbesondere für die rechtsgeschäftliche Vertretung der KGaA gegenüber den persönlich haftenden Gesellschaftern, ergibt sich die

---

<sup>610</sup> Vgl. *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 287 Rn. 33 (Stand 1.6.2021); *Sethe*, in: GK-AktG, § 287 Rn. 49; *Bürgers*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 5 Rn. 491; *Herfs*, in: Münchener Hdb Gesellschaftsrecht, Band 4, § 79 Rn. 65.

<sup>611</sup> Vgl. *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 287 Rn. 34 (Stand 1.6.2021); *Bürgers*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 5 Rn. 493; *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 136 f. Nach herrschender Auffassung vertritt der Aufsichtsrat die KGaA und nicht wie früher vertreten wurde die Gesamtheit der Kommanditaktionäre, da diese keinen selbstständigen Personenverband darstellt. Vgl. *Bürgers*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 5 Rn. 492 m.w.N.

<sup>612</sup> Vgl. *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 287 Rn. 81; *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 137. Hierzu näher unter Abschnitt C.II.2.d).

<sup>613</sup> Der Aufsichtsrat vertritt nach herrschender Auffassung die KGaA und nicht die „Gesamtheit der Kommanditaktionäre“, da diese keine eigene Rechtspersönlichkeit hat, vgl. *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 287 Rn. 36 (Stand 1.6.2021); *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 287 Rn. 75; *Sethe*, in: GK-AktG, § 287 Rn. 62; *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 137 Fn. 44 m.w.N. Der Aufsichtsrat soll zwar als Vertreter der Gesellschaft handeln, im Rechtsstreit aber die Interessen der Kommanditaktionäre vertreten, vgl. *Bürgers*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 5 Rn. 502. Es kann sich daher zur Vermeidung von Interessenkonflikten anbieten, von der Möglichkeit der Bestellung eines besonderen Vertreters Gebrauch zu machen; so auch *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 138.

<sup>614</sup> Vgl. *Sethe*, in: GK-AktG, § 287 Rn. 57; *Bürgers*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 5 Rn. 502.

Vertretungskompetenz des Aufsichtsrats aus § 278 Abs. 3 i.V.m. § 112 AktG.<sup>615</sup> Grund hierfür ist die Vorbeugung von Interessenkonflikten, die dadurch entstehen können, dass der Vorstand als Vertreter der KGaA bei Rechtsgeschäften mit einem Vorstandsmitglied auftritt.<sup>616</sup> Die Vertretungskompetenz erstreckt sich in entsprechender Anwendung der § 278 Abs. 3 i.V.m. § 112 AktG bei der SE & Co. KGaA auch auf die Vertretung der KGaA gegenüber dem Leitungsorgan SE, da auch hier eine Interessenkollision zu befürchten ist.<sup>617</sup>

Unklar ist, ob die Vertretungskompetenz des Aufsichtsrats auch bei Geschäften mit den Aktionären der Komplementär-SE zu bejahen ist. Während die Gefahr der Interessenkollision bei der GmbH & Co. KGaA für Geschäfte der KGaA mit den Mehrheitsgesellschaftern der GmbH bejaht wird<sup>618</sup>, wird sie bei der AG & Co. KGaA abgelehnt<sup>619</sup>. Begründet wird dies damit, dass die Einflussmöglichkeiten des Mehrheitsaktionärs wegen der Weisungsfreiheit des Vorstands rein faktischer Natur seien. Auch für die Vertretung der AG gegenüber ihrem Mehrheitsaktionär wird § 112 AktG aus diesem Grund nicht angewendet.<sup>620</sup> Notwendig sei die wirtschaftliche Identität des Vorstands mit dem vertretenen Dritten.<sup>621</sup> Diese kann mangels Weisungsbefugnis auch für den Mehrheitsaktionär einer SE nicht typischerweise angenommen werden, sodass keine Vertretung durch den Aufsichtsrat bei Geschäften der KGaA mit Aktionären der SE entsprechend § 278 Abs. 3 i.V.m. § 112 AktG erfolgt.<sup>622</sup> Gleiches gilt für Geschäfte der KGaA mit Mitgliedern des Aufsichtsorgans der SE.<sup>623</sup>

---

<sup>615</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 29.11.2004 – II ZR 364/02, in: NZG 2005, 276; *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 287 Rn. 67; *Sethe*, in: GK-AktG, § 287 Rn. 67; kritisch *Bürgers*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 5 Rn. 497 ff. Dabei wird die Vertretung durch den Aufsichtsrat wohl überwiegend für zwingend gehalten, vgl. *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 287 Rn. 37 (Stand 1.6.2021); *Sethe*, in: GK-AktG, § 287 Rn. 68; *Ihrig/Schlitt*, in: Ulmer, Die GmbH & Co. KGaA, ZHR Beiheft 67 (1998), S. 33 (55 f.); *Wichert*, AG 2000, 268 (274); a.A. *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 139 f., der eine Übertragung der Vertretungskompetenz auf einen Gesellschafterausschuss für zulässig hält, soweit bei dessen Bestellung die persönlich haftenden Gesellschafter nicht mitwirken.

<sup>616</sup> Vgl. nur *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 112 Rn. 1.

<sup>617</sup> Vgl. für die GmbH & Co. KGaA *Ihrig/Schlitt*, in: Ulmer, Die GmbH & Co. KGaA, ZHR Beiheft 67 (1998), S. 33 (56); für die AG & Co. KGaA *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 140 f.

<sup>618</sup> Vgl. *Ihrig/Schlitt*, in: Ulmer, Die GmbH & Co. KGaA, ZHR Beiheft 67 (1998), S. 33 (56).

<sup>619</sup> Vgl. *Bürgers*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 5 Rn. 506; *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 142.

<sup>620</sup> Vgl. *Habersack*, in: MüKo-AktG, § 112 Rn. 8.

<sup>621</sup> Vgl. *Habersack*, in: MüKo-AktG, § 112 Rn. 9; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 112 Rn. 4; *Spindler*, in: BeckOGK-AktG, § 112 Rn. 10 (Stand 1.6.2021).

<sup>622</sup> Vgl. *Begemann*, Die SE & Co. KGaA als Rechtsform für Familienunternehmen, S. 228.

<sup>623</sup> Vgl. *Begemann*, Die SE & Co. KGaA als Rechtsform für Familienunternehmen, S. 225 f.; für die AG & Co. KGaA *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 143.

Schließlich steht dem Aufsichtsrat der KGaA die Überwachungskompetenz zu. Sie ergibt sich aus § 278 Abs. 3 i.V.m. § 111 AktG. Sie entspricht der Überwachungskompetenz des Aufsichtsrats einer AG.<sup>624</sup> Unter die Überwachungskompetenz fallen insbesondere die Informationsrechte des Aufsichtsrats. Korrespondierend dazu besteht nach §§ 283 Nr. 4, 90 AktG eine Berichtspflicht der persönlich haftenden Gesellschafterin über die geplante Geschäftspolitik und andere grundsätzliche Fragen der Unternehmensplanung, die Rentabilität der Gesellschaft, den Gang der Geschäfte und die Lage der Gesellschaft sowie über solche Geschäfte, die für die Rentabilität oder Liquidität der Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sein können.<sup>625</sup> Zudem kann jedes Aufsichtsratsmitglied gemäß § 90 Abs. 3 jederzeit zusätzliche Berichte an den Aufsichtsrat verlangen.<sup>626</sup> Von erheblicher Bedeutung für die KGaA können dabei auch interne Angelegenheiten der persönlich haftenden Gesellschafterin sein.<sup>627</sup>

Der Aufsichtsrat hat zu überwachen, ob die persönlich haftende Gesellschafterin die Geschäfte mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters i.S.d. § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG führt. Hat er hieran Zweifel, sind seine Handlungsmöglichkeiten allerdings sehr begrenzt.<sup>628</sup> Der Aufsichtsrat kann lediglich das Gespräch mit der Geschäftsführung suchen und bei Bedarf gemäß § 278 Abs. 2 AktG i.V.m. § 111 Abs. 3 AktG die Hauptversammlung einberufen.<sup>629</sup> Werden gesellschaftsvertraglich anderen Organen wie der Hauptversammlung oder einem Gesellschafterausschuss Geschäftsführungsbefugnisse eingeräumt, erstreckt sich die Überwachungskompetenz des Aufsichtsrats nicht automatisch auch auf diese Organe.<sup>630</sup> Dass durch die Kompetenzverlagerung auf andere Organe die

---

<sup>624</sup> Vgl. *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 278 Rn. 15; *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 287 Rn. 37; *Bürgers*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 5 Rn. 484; *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 133; einschränkend *Kallmeyer*, ZGR 1983, 57 (69 ff.).

<sup>625</sup> Vgl. *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 287 Rn. 40; *Bürgers*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 5 Rn. 484.

<sup>626</sup> Vgl. *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 287 Rn. 40; *Bürgers*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 5 Rn. 484.

<sup>627</sup> Vgl. *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 287 Rn. 14 (Stand 1.6.2021); *Arnold*, Die GmbH & Co. KGaA, S. 128, der als Beispiele die drohende Insolvenz der persönlich haftenden Gesellschafterin, Vorkommnisse in Bezug auf die Geschäftsführer, die deren Eignung in Frage stellen könnten, und Änderungen im Gesellschafterbestand nennt; *Kessler*, Die rechtlichen Möglichkeiten der Kommanditaktionäre einer GmbH & Co. KGaA, S. 179 und 186; *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 136.

<sup>628</sup> Vgl. *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 287 Rn. 46; *Bürgers*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 5 Rn. 486.

<sup>629</sup> Vgl. *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 287 Rn. 14 (Stand 1.6.2021); *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 287 Rn. 46; *Sethe*, in: GK-AktG, § 287 Rn. 42; *Bürgers*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 5 Rn. 486 f., demzufolge dieses Recht aber „faktisch keine Bedeutung“ habe; a.A. *Kallmeyer*, ZGR 1983, 57 (72).

<sup>630</sup> Vgl. *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 287 Rn. 14 (Stand 1.6.2021); *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 287 Rn. 48; *Bürgers*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 5 Rn. 488 f.

Überwachungskompetenz des Aufsichtsrats eingeschränkt werde, stelle keinen Verstoß gegen die Satzungsstrenge dar.<sup>631</sup> Durch Verlagerung von Geschäftsführungskompetenzen kann die Rolle des Aufsichtsrats damit weiter geschwächt werden. Diese mittelbare Einschränkung der Kompetenzen des Aufsichtsrats ist zulässig, soweit die Geschäftsführungskompetenz der persönlich haftenden Gesellschafter auf andere Organe verlagert werden darf.<sup>632</sup> Dies gilt auch für einen mitbestimmten Aufsichtsrat, da der Gesetzgeber eine solche Beschränkung der Satzungsautonomie nicht vorgesehen hat.<sup>633</sup> Wenn gewünscht, kann die Überwachungskompetenz aber durch eine entsprechende Regelung in der Satzung auch auf andere Organe erweitert werden.<sup>634</sup>

### **b) Größe und Zusammensetzung des Aufsichtsrats**

Hinsichtlich der Größe und Zusammensetzung des Aufsichtsrats gelten über § 278 Abs. 3 AktG die Regelungen der §§ 95 ff. AktG. Nach § 95 Satz 1 AktG besteht der Aufsichtsrat aus drei Mitgliedern, wobei die Satzung eine bestimmte höhere Zahl festsetzen darf (vgl. § 95 Satz 2 AktG). Wie für das Aufsichtsorgan der dualistischen SE bereits beschrieben muss eine Dreiteilbarkeit nur noch dann gewährleistet sein, wenn dies zur Erfüllung mitbestimmungsrechtlicher Vorgaben erforderlich ist (vgl. § 95 Satz 3 AktG).<sup>635</sup> § 95 Satz 4 AktG enthält die ebenfalls bereits von der dualistischen SE bekannten Höchstgrenzen von neun (Grundkapital von bis zu 1,5 Mio. Euro), fünfzehn (mehr als 1,5 Mio. Euro) und einundzwanzig (mehr als 10 Mio. Euro) Mitgliedern. Die Satzung soll wegen der Gefahr, dass einzelne Mitglieder durch die Verkleinerung des Aufsichtsrats bewusst zum Ausscheiden gezwungen werden könnten, keine variable Mitgliederzahl vorsehen können.<sup>636</sup>

Nach § 95 Satz 5 AktG bleiben mitbestimmungsrechtliche Vorschriften unberührt. Daher richtet sich die Größe des Aufsichtsrats bei der paritätisch mitbestimmten KGaA nach § 7 Abs. 1 MitbestG.<sup>637</sup> Die gesetzliche Mitgliederzahl beträgt je nach

---

<sup>631</sup> Vgl. *Bürgers*, in: *Bürgers/Fett*, Die KGaA, § 5 Rn. 490.

<sup>632</sup> Vgl. *Perlitt*, in: *MüKo-AktG*, § 287 Rn. 51; siehe hierzu auch unter Abschnitt C.III.1.b)bb).

<sup>633</sup> Vgl. *Perlitt*, in: *MüKo-AktG*, § 287 Rn. 51; a.A. *Steindorff*, in: FS Ballerstedt, S. 127 (134 ff.).

<sup>634</sup> Vgl. *Bachmann*, in: *BeckOGK-AktG*, § 287 Rn. 14 (Stand 1.6.2021); *Perlitt*, in: *MüKo-AktG*, § 287 Rn. 48.

<sup>635</sup> Siehe hierzu Fn. 425.

<sup>636</sup> Vgl. *Koch*, in: *Hüffer/Koch*, AktG, § 95 Rn. 3; *Kropff*, AktG, § 95 Begründung RegE, S. 125; vgl. auch BAG, Beschl. v. 3.10.1989 – 1 ABR 12/88, in: AP BetrVG § 76 Nr. 28.

<sup>637</sup> Vgl. *Perlitt*, in: *MüKo-AktG*, § 287 Rn. 17.

Unternehmensgröße zwölf (Gesellschaften mit in der Regel nicht mehr als 10.000 Arbeitnehmern, § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 MitbestG), achtzehn (mehr als 10.000, jedoch nicht mehr als 20.000 Arbeitnehmer, § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG) oder zwanzig (mehr als 20.000 Arbeitnehmer, § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 MitbestG). Die Satzung der KGaA kann hiervon nur gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 und 3 MitbestG abweichen und für die Gesellschaft eine der jeweils höheren gesetzlichen Mitgliederzahlen festschreiben. Soweit ersichtlich wird hiervon in der Praxis bislang kein Gebrauch gemacht. Zum Teil verweisen die Satzungen der betroffenen KGaA nur abstrakt auf die gesetzliche Mindestzahl, ohne die Größe konkret zu benennen.<sup>638</sup> Dies erscheint sinnvoll vor dem Hintergrund, dass anderenfalls bei Erhöhung (und gegebenenfalls auch bei Verringerung) der Anzahl der beschäftigten Arbeitnehmer stets die Hauptversammlung eine Änderung der Satzung zu beschließen hat.<sup>639</sup>

Für den Aufsichtsrat einer KGaA, die dem DrittelbG unterfällt, gelten keine vergleichbaren Mindestgrößen, es greift jedoch das Dreiteilungsgebot aus § 95 Satz 3 AktG. Das Aufsichtsorgan einer börsennotierten und paritätisch mitbestimmten KGaA ist gemäß § 278 Abs. 3 AktG i.V.m. § 96 Abs. 2 AktG zu jeweils mindestens 30 % mit Frauen und Männern zu besetzen. Daneben besteht gemäß § 278 Abs. 3 AktG i.V.m. §§ 76 Abs. 4, 111 Abs. 5 AktG bei börsennotierten oder mitbestimmten KGaA die Verpflichtung zur Festlegung von Zielgrößen für den Frauenanteil im Aufsichtsrat, im Vorstand und den beiden Führungsebenen unterhalb des Vorstands.<sup>640</sup>

Eine Besonderheit hinsichtlich der Zusammensetzung des Aufsichtsrats der KGaA ist die Inkompatibilität nach § 287 Abs. 3 AktG. Danach dürfen persönlich haftende

---

<sup>638</sup> Vgl. die Satzungen der Borgers SE & Co. KGaA und der STO SE & Co. KGaA.

<sup>639</sup> So geschehen bei der Ströer SE & Co. KGaA, deren Satzung zunächst nach Umwandlung 2015 einen sechsköpfigen Aufsichtsrat ohne Arbeitnehmervertreter vorsah (vgl. den Umwandlungsbericht des Vorstands der Ströer SE, S. 75, abrufbar unter [http://ir.stroeer.com/stroeer/pdf/aohv2015/02\\_aoHV2015\\_Umwandlung\\_DE.pdf](http://ir.stroeer.com/stroeer/pdf/aohv2015/02_aoHV2015_Umwandlung_DE.pdf) (abgerufen am 19.4.2020)).

Der Aufsichtsrat wurde dann nach Durchführung eines Statusverfahrens in 2016 auf zwölf Mitglieder und schließlich in 2018 wegen Überschreitens der Schwelle von 10.000 Arbeitnehmern auf sechzehn Mitglieder vergrößert wurde (vgl. die Bekanntmachungen zu den Einladungen zur Hauptversammlung vom 12.5.2016 und vom 18.4.2018 abrufbar unter <https://www.dgap.de/dgap/News/hauptversammlung/stroeer-kgaa-bekanntmachung-der-einberufung-zur-hauptversammlung-koeln-mit-dem-ziel-der-europaweiten-verbretung-gemaess-aktg/?newsID=940415> sowie unter <https://www.dgap.de/dgap/News/hauptversammlung/stroeer-kgaa-bekanntmachung-der-einberufung-zur-hauptversammlung-koeln-mit-dem-ziel-der-europaweiten-verbretung-gemaess-aktg/?newsID=1066657> (jeweils abgerufen am 19.4.2020)).

<sup>640</sup> Näher hierzu *Bürgers*, in: *Bürgers/Fett*, Die KGaA, § 5 Rn. 442a.

Gesellschafter nicht Aufsichtsratsmitglieder sein. Die Regelung ist zwingend.<sup>641</sup> Da bei der SE & Co. KGaA die persönlich haftende Gesellschafterin keine natürliche Person ist, kann diese ohnehin nach § 278 Abs. 3 AktG i.V.m. § 100 Abs. 1 AktG nicht Aufsichtsratsmitglied sein.<sup>642</sup> Sinn und Zweck des § 287 Abs. 3 AktG ist die Trennung von Geschäftsführung und Kontrolle zur Vermeidung von Interessenkonflikten.<sup>643</sup> Die Gefahr eines solchen Interessenkonflikts besteht in der SE & Co. KGaA gleichermaßen dann, wenn Mitglieder des Leitungsorgans oder Verwaltungsrats der SE gleichzeitig Mitglieder des Aufsichtsrats der KGaA sind. Die Mitglieder des Leitungsorgans oder Verwaltungsrats führen mittelbar die Geschäfte der KGaA und sind daher von § 287 Abs. 3 AktG erfasst.<sup>644</sup>

Nicht abschließend geklärt ist, ob Aktionäre der SE zu Aufsichtsratsmitgliedern in der KGaA bestellt werden können. Der Bundesgerichtshof hatte über die Anwendung von § 287 Abs. 3 AktG bei der GmbH & Co. KGaA zu entscheiden.<sup>645</sup> Er konnte die Reichweite einer analogen Anwendung von § 287 Abs. 3 AktG offen lassen, stellte jedoch fest, dass „allenfalls diejenigen Gesellschafter der Komplementärgesellschaft einzubeziehen [seien], welche in ihr eine organähnliche Leitungsfunktion tatsächlich ausüben oder an der Komplementärgesellschaft maßgeblich beteiligt sind und deshalb bestimmenden Einfluss auf deren Geschäftsleitung ausüben können“<sup>646</sup>. Dem folgt grundsätzlich auch die wohl herrschende Auffassung in der Literatur.<sup>647</sup> Problematisch ist allerdings, ob § 287 Abs. 3 AktG auch auf den Mehrheitsaktionär der Komplementär-SE entsprechend anzuwenden ist, da dieser wegen der Weisungsfreiheit des Leitungsorgans/Verwaltungsrats keinen Einfluss auf die Geschäftsführung ausüben

---

<sup>641</sup> Vgl. *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 287 Rn. 27.

<sup>642</sup> Vgl. für die AG & Co. KGaA *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 145.

<sup>643</sup> Vgl. *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 287 Rn. 29; *Bürgers*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 5 Rn. 448.

<sup>644</sup> Vgl. generell für rechtsgeschäftliche und gesetzliche Vertreter der Komplementärgesellschaft *Bürgers*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 5 Rn. 451; für Vorstandsmitglieder der AG bei der AG & Co. KGaA *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 145.

<sup>645</sup> BGHZ 165, 192 in Bestätigung der Vorinstanz OLG München, Urteil v. 13.8.2003 – 7 U 2927/02, in: NZG 2004, 521.

<sup>646</sup> BGHZ 165, 192 (198).

<sup>647</sup> Vgl. *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 278 Rn. 321; *Herfs*, in: Münchener Hdb Gesellschaftsrecht, Band 4, § 79 Rn. 59; *Arnold*, Die GmbH & Co. KGaA, S. 107; enger noch *Ihrig/Schlitt*, in: Ulmer, Die GmbH & Co. KGaA, ZHR Beiheft 67 (1998), S. 33 (44) (mit einer Ausnahme nur für Bagatellbeteiligungen); a.A. *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 287 Rn. 11 (Stand 1.6.2021); *Mertens/Cahn*, in: KK-AktG, § 287 Rn. 10.

kann. Aus diesem Grund wird für Mehrheitsaktionäre einer Komplementär-AG oder -SE die Inkompatibilität größtenteils verneint.<sup>648</sup>

Dem ist zu folgen. Als Ausnahmeregelung ist § 287 Abs. 3 AktG eng auszulegen.<sup>649</sup> Eine analoge Anwendung ist nur bei einer vergleichbaren Interessenlage gerechtfertigt. Diese liegt nach Sinn und Zweck des § 287 Abs. 3 AktG aber nur dann vor, wenn eine Trennung von Geschäftsführung und Kontrolle nicht gewährleistet werden kann. Der Mehrheitsaktionär kann allenfalls faktisch auf die Geschäftsführung der SE und damit mittelbar auf die KGaA einwirken.<sup>650</sup> Daher ist er nicht mit dem persönlich haftenden Gesellschafter, der selbst die Geschäfte der KGaA führt, vergleichbar.

Auch auf Mitglieder des Aufsichtsorgans der SE ist § 287 Abs. 3 AktG nicht entsprechend anzuwenden.<sup>651</sup> Die Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat werden nach § 278 Abs. 3 AktG i.V.m. § 101 Abs. 1 AktG grundsätzlich von den Kommanditaktionären in der Hauptversammlung gewählt.<sup>652</sup> Es kann jedoch auch gewünscht sein, bestimmten Gesellschaftern einen größeren Einfluss auf die Besetzung des Aufsichtsrats einzuräumen. Gemäß § 278 Abs. 3 AktG i.V.m. § 101 Abs. 2 Satz 1 AktG können hierzu in der Satzung Entsendungsrechte in den Aufsichtsrat geregelt werden. Entsendungsrechte können für bestimmte Kommanditaktionäre oder Inhaber bestimmter Kommanditaktien vorgesehen werden, nicht aber für den persönlich haftenden Gesellschafter oder für von diesem gehaltene Kommanditaktien.<sup>653</sup> Argumentiert wird mit einem Erst-recht-Schluss

---

<sup>648</sup> Vgl. *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 287 Rn. 12 (Stand 1.6.2021); *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 287 Rn. 4, der aber eine andere Beurteilung wegen § 308 AktG für denkbar hält, wenn die Komplementär-AG in einen Vertragskonzern eingebunden sei; *Bürgers*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 5 Rn. 452; *Herfs*, in: Münchener Hdb Gesellschaftsrecht, Band 4, § 79 Rn. 59; *Begemann*, Die SE & Co. KGaA als Rechtsform für Familienunternehmen, S. 206; *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 146 ff. (mit ausführlicher Begründung); *Wollburg*, in: FS Hoffmann-Becking, S. 1425 (1433); a.A. *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 278 Rn. 321, nach dem es auf die Weisungsfreiheit des Vorstands nicht ankomme, da auch in der AG der Vorstand das Vertrauen des Mehrheitsaktionärs benötige (vgl. § 84 Abs. 3 Satz 2).

<sup>649</sup> Vgl. OLG München, Urteil v. 13.8.2003 – 7 U 2927/02, in: NZG 2004, 521 (524); *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 147.

<sup>650</sup> Vgl. für die AG & Co. KGaA *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 147.

<sup>651</sup> Vgl. *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 287 Rn. 4; *Wollburg*, in: FS Hoffmann-Becking, S. 1425 (1430); für Aufsichtsratsmitglieder der Komplementär-AG *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 148 f.

<sup>652</sup> Vgl. *Bürgers*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 5 Rn. 459.

<sup>653</sup> Vgl. *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 287 Rn. 8 (Stand 1.6.2021); *Bürgers*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 5 Rn. 466; *Herfs*, in: Münchener Hdb Gesellschaftsrecht, Band 4, § 79 Rn. 58; *Arnold*, Die GmbH & Co. KGaA, S. 108 f.; *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 149. Zur Möglichkeit der Veräußerung von entsendungsberechtigenden Kommanditaktien durch die persönlich haftende Gesellschafterin an Dritte vgl. BGHZ 165, 192 (201); *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 150.

aus § 285 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG und § 287 Abs. 3 AktG. Es gelten daher die zu § 287 Abs. 3 AktG entwickelten Grundsätze entsprechend.<sup>654</sup> Dementsprechend ist ein Entsendungsrecht auch für Mitglieder des Leitungsorgans oder des Verwaltungsrats der Komplementär-SE zu verneinen. Aktionären der Komplementär-SE kann hingegen in der Satzung ein Entsendungsrecht eingeräumt werden.<sup>655</sup> Für die Bestellung der Arbeitnehmervertreter sind die mitbestimmungsrechtlichen Regelungen einzuhalten.

Bei der dualistischen SE & Co. KGaA bestehen damit zwei Aufsichtsräte, deren Kompetenzen sich teilweise unterscheiden, weil der Aufsichtsrat der KGaA schwächer ausgestaltet ist. Die Überwachungskompetenz steht dagegen beiden Aufsichtsräten zu.<sup>656</sup>

#### 4. Beirat

Auch bei der KGaA kann wegen des Verweises in § 278 Abs. 2 AktG auf das Personengesellschaftsrecht ein Beirat<sup>657</sup> gebildet werden.<sup>658</sup> Wie bereits zum Beirat der SE & Co. KG erläutert, ist es nur eingeschränkt möglich, einen Beirat auf Ebene der SE zu errichten.<sup>659</sup> Der Beirat wird daher in aller Regel im Gesellschaftsvertrag der KGaA zu verankern sein.

##### a) Kompetenzen des Beirats

Der Beirat kann unterschiedlichen Zwecken dienen.<sup>660</sup> Zum einen kann der Beirat einer KGaA, ebenso wie der einer KG, rein beratend und/oder vermittelnd tätig werden.<sup>661</sup> Zum anderen kann dem Beirat aber auch eine herausragendere Stellung im Kompetenzgefüge der KGaA eingeräumt werden. Der Beirat kann als Organ der

---

<sup>654</sup> Vgl. *Bürgers*, in: *Bürgers/Fett*, Die KGaA, § 5 Rn. 468.

<sup>655</sup> Vgl. für die AG & Co. KGaA *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 150; denselben Grundsätzen folgend, jedoch mit abweichendem Ergebnis für die GmbH & Co. KGaA *Arnold*, Die GmbH & Co. KGaA, S. 109.

<sup>656</sup> Vgl. ausführlich zum Nebeneinander der Aufsichtsräte bei der AG & Co. KGaA *Marsch-Barner*, in: FS Hoffmann-Becking, S. 777 ff.

<sup>657</sup> Neben der Bezeichnung als Beirat kommen auch weitere Bezeichnung in Betracht wie beispielsweise Gesellschafterausschuss, Verwaltungsausschuss, Verwaltungsrat, vgl. *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 287 Rn. 85.

<sup>658</sup> Vgl. nur *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 287 Rn. 41 (Stand 1.6.2021); *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 287 Rn. 87; *Bürgers*, in: *Bürgers/Fett*, Die KGaA, § 5 Rn. 559.

<sup>659</sup> Siehe hierzu unter Abschnitt C.II.2.d).

<sup>660</sup> Ausführlich zu Möglichkeiten der Übertragung von Befugnissen *Begemann*, Die SE & Co. KGaA als Rechtsform für Familienunternehmen, S. 268 ff.

<sup>661</sup> Vgl. *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 287 Rn. 42 (Stand 1.6.2021); *Bürgers*, in: *Bürgers/Fett*, Die KGaA, § 5 Rn. 564.

Kommanditaktionäre dienen, indem ihm an Stelle des Aufsichtsrats die Ausführungs- und Vertretungskompetenz übertragen werden.<sup>662</sup> Hierdurch werden Interessenkonflikte, die aus der Doppelverpflichtung des Aufsichtsrats gegenüber dem Unternehmen und den Kommanditaktionären resultieren, vermieden.<sup>663</sup> Wichtiger noch kann durch eine solche Kompetenzverteilung die Ausführungs- und Vertretungskompetenz mitbestimmungsfrei ausgeübt werden.<sup>664</sup>

Über diese Kompetenzen hinaus kann es sich auch anbieten, dem Beirat Geschäftsführungsbefugnisse der Hauptversammlung, wie beispielsweise die Ausübung des Zustimmungsrechts nach § 164 HGB oder weitere satzungsmäßig festgeschriebene Geschäftsführungsrechte, zu übertragen.<sup>665</sup> Dies dient der Beschleunigung und Vereinfachung bei der Ausübung von Geschäftsführungsbefugnissen, da jeweils nicht die gesamte Hauptversammlung mit der Entscheidung zu befassen ist, sondern der Beirat als kleineres Gremium schneller handlungsfähig ist.<sup>666</sup> Die Gestaltung bietet sich auch bei Familiengesellschaften an. Hier kann der Beirat mit Familienmitgliedern besetzt und ihm die Ausübung der Geschäftsführungsbefugnisse übertragen werden. So kann der Einfluss der Familie in der KGaA, bei der die Beteiligung Dritter als Kommanditaktionäre zum Zwecke der Unternehmensfinanzierung gewünscht sein wird, abgesichert werden.<sup>667</sup>

Auch in dieser Ausgestaltung des Beirats spielen mitbestimmungsrechtliche Erwägungen eine Rolle. Soweit der Beirat Geschäftsführungsbefugnisse ausübt, sind diese einer Kontrolle durch den gegebenenfalls mitbestimmten Aufsichtsrat entzogen, da letzterer nur die Geschäftsführung des persönlich haftenden

---

<sup>662</sup> Vgl. *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 287 Rn. 81; *Bürgers*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 5 Rn. 562; zur Ausführungs- und Vertretungskompetenz siehe oben unter Abschnitt C.III.3.a). Diese sind nicht zwingend dem Aufsichtsrat zugewiesen. Für die Ausführungskompetenz ergibt sich dies aus § 287 Abs. 1 AktG, für die Vertretungskompetenz gilt nach § 278 Abs. 2 AktG Gestaltungsfreiheit, da das Verhältnis zwischen persönlich haftendem Gesellschafter und Kommanditaktionären betroffen ist, vgl. *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 287 Rn. 42 (Stand 1.6.2021); *Bürgers*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 5 Rn. 563.

<sup>663</sup> Vgl. *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 287 Rn. 81; *Arnold*, Die GmbH & Co. KGaA, S. 132.

<sup>664</sup> Vgl. *Arnold*, Die GmbH & Co. KGaA, S. 132.

<sup>665</sup> Vgl. *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 287 Rn. 83, 84; *Bürgers*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 5 Rn. 560; zur Einschränkung der Rechte des persönlich haftenden Gesellschafters siehe unter Abschnitt C.III.1.b)bb).

<sup>666</sup> Vgl. auch *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 287 Rn. 83, 84; *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 179 f.; *Arnold*, Die GmbH & Co. KGaA, S. 139.

<sup>667</sup> Vgl. *Assmann/Sethe*, in: FS Lutter, S. 251 (256); *Herfs*, in: Münchener Hdb Gesellschaftsrecht, Band 4, § 79 Rn. 76; *Begemann*, Die SE & Co. KGaA als Rechtsform für Familienunternehmen, S. 266.

Gesellschafters überwacht.<sup>668</sup> Dem Aufsichtsrat soll auch kein Teilnahmerecht an den Beiratssitzungen in analoger Anwendung des § 118 Abs. 3 AktG, der die Teilnahme des Aufsichtsrats an der Hauptversammlung regelt, zustehen.<sup>669</sup> Im Übrigen kann der Beirat auch als weiteres Aufsichtsorgan ausgestaltet werden. Dies wird nicht zuletzt dem Zweck dienen, in einer der Mitbestimmung unterliegenden KGaA die Rechte des mitbestimmten Aufsichtsrats weiter abzumildern.<sup>670</sup> Dabei dürfen jedoch die gesetzlich festgelegten Rechte des Aufsichtsrats nicht eingeschränkt werden.<sup>671</sup> Das bedeutet insbesondere, dass dem Aufsichtsrat die Überwachungskompetenz und sein korrespondierendes Informationsrecht aus §§ 283 Nr. 4, 90 AktG nicht entzogen werden dürfen. Möglich soll es aber sein, dem Beirat eine eigene Überwachungskompetenz neben dem Aufsichtsrat und ein entsprechendes Informationsrecht zuzugestehen.<sup>672</sup>

Wie gezeigt, kann durch die Einrichtung eines Beirats auf verschiedene Art und Weise die Mitbestimmung in der Kapitalgesellschaft & Co. KGaA eingeschränkt werden. Teilweise werden daher Bedenken gegen solche Gestaltungen erhoben.<sup>673</sup> Das Mitbestimmungsrecht soll jedoch, soweit nicht ausdrücklich anderes geregelt ist, die Struktur der Gesellschaft unberührt lassen und stellt insoweit auch keine Begrenzung der gesellschaftsvertraglichen Gestaltungsfreiheit dar.<sup>674</sup>

## b) Besetzung des Beirats

Welche Aufgaben dem Beirat im Einzelnen zugewiesen werden, kann Auswirkungen auf dessen Besetzung haben. Die Satzung kann Wahl bzw.

---

<sup>668</sup> Vgl. *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 287 Rn. 41 (Stand 1.6.2021); *Sethe*, in: GK-AktG, § 287 Rn. 118; *Assmann/Sethe*, in: FS Lutter, S. 251 (267); *Bürgers*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 5 Rn. 595; *Arnold*, Die GmbH & Co. KGaA, S. 133.

<sup>669</sup> Vgl. *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 287 Rn. 93; jeweils Bezug nehmend auf § 118 Abs. 2 AktG a.F.: *Sethe*, in: GK-AktG, § 287 Rn. 118; *Bürgers*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 5 Rn. 597; *Martens*, AG 1982, 113 (118 ff.), der jedoch im Einzelfall ein Teilnahmerecht annimmt, wenn durch Beschluss eines Beirats Zustimmungrechte des Aufsichtsrats nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG ausgehebelt werden könnten; *Arnold*, Die GmbH & Co. KGaA, S. 133.

<sup>670</sup> Vgl. *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 287 Rn. 83; *Herfs*, in: Münchener Hdb Gesellschaftsrecht, Band 4, § 79 Rn. 76.

<sup>671</sup> Vgl. *Bürgers*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 5 Rn. 561.

<sup>672</sup> Vgl. *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 287 Rn. 41 (Stand 1.6.2021); *Bürgers*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 5 Rn. 561.

<sup>673</sup> Vgl. *Steindorff*, in: FS Ballerstedt, S. 127 (134 ff.).

<sup>674</sup> Vgl. *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 287 Rn. 87; *Sethe*, in: GK-AktG, § 287 Rn. 94; *Habersack*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rn. 142; *Assmann/Sethe*, in: FS Lutter, S. 251 (264 f.); *Martens*, AG 1982, 113 (117); *Herfs*, in: Münchener Hdb Gesellschaftsrecht, Band 4, § 79 Rn. 78.

Bestellung der Beiratsmitglieder grundsätzlich frei regeln.<sup>675</sup> Häufig, insbesondere wenn der Beirat als Organ der Kommanditaktionäre ausgestaltet wird, wird er auch durch die Kommanditaktionäre gewählt bzw. bestellt werden.<sup>676</sup> Das Wahl- oder Bestellungsrecht kann aber auch der persönlich haftenden Gesellschafterin eingeräumt werden.<sup>677</sup> Wenn der Beirat durch die Kommanditaktionäre gewählt wird, stellt sich die Frage, inwieweit das Stimmverbot der persönlich haftenden Gesellschafter nach § 285 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG analog anzuwenden ist. Einige gehen ohne nähere Begründung von einem generellen Stimmverbot aus.<sup>678</sup> Dies kann jedenfalls für einen beratenden Beirat mangels Vergleichbarkeit der Interessenlage nicht überzeugen.<sup>679</sup> Zum Teil wird ein Stimmverbot immer dann angenommen, wenn der Beirat Überwachungskompetenzen wahrnimmt.<sup>680</sup> Eine objektive Überwachung sei nicht gewährleistet, wenn das zu überwachende Leitungsorgan die Mitglieder seines Überwachungsorgans wählen könnte.<sup>681</sup> Nach anderer Auffassung soll ein Stimmverbot demgegenüber nur dann bejaht werden, wenn der Beirat als Organ der Kommanditaktionäre konzipiert ist, um deren Interessen zu vertreten.<sup>682</sup> Letztere Auffassung überzeugt. Es gibt keinen allgemeinen Grundsatz, dass niemand an der Wahl seines Überwachungsorgans teilnehmen dürfte. Auch in der AG unterliegen Vorstandsmitglieder, die Aktien halten, bei der Wahl des Aufsichtsrats keinem Stimmverbot. Das Stimmverbot des § 285 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG rechtfertigt sich erst dadurch, dass der Aufsichtsrat über seine Überwachungstätigkeit hinaus als Organ der Kommanditaktionäre deren Beschlüsse auszuführen hat.<sup>683</sup> Nur dann, wenn der Beirat diese Kompetenz

---

<sup>675</sup> Vgl. *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 287 Rn. 44 (Stand 1.6.2021); *Bürgers*, in: *Bürgers/Fett, Die KGaA*, § 5 Rn. 566.

<sup>676</sup> Vgl. *Bürgers*, in: *Bürgers/Fett, Die KGaA*, § 5 Rn. 567; *Otte*, *Die AG & Co. KGaA*, S. 181 f.

<sup>677</sup> Vgl. *Bürgers*, in: *Bürgers/Fett, Die KGaA*, § 5 Rn. 568; *Otte*, *Die AG & Co. KGaA*, S. 182.

<sup>678</sup> Vgl. *Perlitt*, in: *MüKo-AktG*, § 285 Rn. 27; *Mertens/Cahn*, in: *KK-AktG*, § 285 Rn. 15, die das Stimmverbot allerdings für durch die Satzung abdingbar halten; *Arnold*, *Die GmbH & Co. KGaA*, S. 133.

<sup>679</sup> Vgl. *Bürgers*, in: *Bürgers/Fett, Die KGaA*, § 5 Rn. 569.

<sup>680</sup> Vgl. *Sethe*, in: *GK-AktG*, § 285 Rn. 37, § 287 Rn. 112; *Assmann/Sethe*, in: *FS Lutter*, S. 251 (266); *Otte*, *Die AG & Co. KGaA*, S. 183 f.

<sup>681</sup> Vgl. *Otte*, *Die AG & Co. KGaA*, S. 184; so im Grundsatz auch *Bürgers*, in: *Bürgers/Fett, Die KGaA*, § 5 Rn. 569.

<sup>682</sup> Vgl. *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 287 Rn. 44 (Stand 1.6.2021); *Bürgers*, in: *Bürgers/Fett, Die KGaA*, § 5 Rn. 570; *Begemann*, *Die SE & Co. KGaA als Rechtsform für Familienunternehmen*, S. 281 f.

<sup>683</sup> Vgl. *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 285 Rn. 17 (Stand 1.6.2021); *Perlitt*, in: *MüKo-AktG*, § 285 Rn. 25; *Mertens/Cahn*, in: *KK-AktG*, § 285 Rn. 13; a.A. *Sethe*, in: *GK-AktG*, § 285 Rn. 37.

wahrnimmt, muss auch bei seiner Wahl das Stimmverbot des § 285 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 AktG entsprechende Anwendung finden. In diesem Fall ist das Stimmrecht der Mitglieder des Leitungsorgans der SE ausgeschlossen.

Inwieweit eine entsprechende Anwendung der Inkompatibilitätsregelung des § 287 Abs. 3 AktG auf den Beirat geboten ist, ist zu untersuchen. § 287 Abs. 3 AktG ist Ausdruck der Trennung von Leitungs- und Aufsichtsfunktion, die für die AG auch in § 105 Abs. 1 AktG verankert ist.<sup>684</sup> Nach ihrem Sinn und Zweck ist sie daher nicht nur auf den Beirat, der die Rechte der Kommanditaktionäre vertritt, anwendbar, sondern auf jeden Beirat, der Überwachungsfunktionen wahrnimmt. In entsprechender Anwendung des § 287 Abs. 3 AktG können daher die persönlich haftende Gesellschafterin und die Mitglieder ihres Leitungsorgans nicht gleichzeitig Mitglieder des Beirats sein.<sup>685</sup>

Darüber hinaus kann sich die Frage stellen, ob eine Besetzung mit gesellschaftsfremden Dritten möglich ist. Hiergegen erhobene mitbestimmungsrechtliche Einwände<sup>686</sup> vermögen nicht zu überzeugen.<sup>687</sup> Wie bereits dargestellt, sollte das Mitbestimmungsgesetz, soweit es nicht ausdrücklich anderes regelt, die gesellschaftsrechtliche Gestaltungsfreiheit unberührt lassen.<sup>688</sup> Das Mitbestimmungsrecht steht einer Besetzung des Beirats mit gesellschaftsfremden Dritten also nicht entgegen. Dagegen können die Grundsätze der Verbandssouveränität und der Selbstorganschaft eine Grenze darstellen. Nach dem Grundsatz der Verbandssouveränität dürfen allein die Gesellschafter Einfluss auf die Gestaltung des Gesellschaftsvertrags nehmen. Der Grundsatz der Selbstorganschaft bedeutet, dass die organschaftliche Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis den persönlich haftenden Gesellschaftern vorbehalten bleiben muss.<sup>689</sup> Diese Grundsätze führen dazu, dass einem mit gesellschaftsfremden Dritten besetzten Beirat bestimmte Kompetenzen nicht übertragen werden können.

---

<sup>684</sup> Vgl. *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 287 Rn. 6 (Stand 1.6.2021).

<sup>685</sup> Vgl. *Assmann/Sethe*, in: FS Lutter, S. 251 (266); *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 185. Für den Beirat, der Kompetenzen der Kommanditaktionäre wahrnimmt auch *Arnold*, Die GmbH & Co. KGaA, S. 133 unter Hinweis auf die Inkompatibilität für Alleingesellschafter oder beherrschende Gesellschafter der persönlich haftenden Gesellschafterin, die für die SE & Co. KGaA aber nach hier vertretener Auffassung nicht anzunehmen ist, hierzu unter Abschnitt C.III.3.b).

<sup>686</sup> Vgl. *Raiser*, in: Raiser/Veil/Jacobs, MitbestG, § 25 Rn. 155.

<sup>687</sup> Vgl. *Bürgers*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 5 Rn. 573.

<sup>688</sup> Siehe Fn. 674.

<sup>689</sup> Zu den Grundsätzen der Verbandssouveränität und der Selbstorganschaft statt aller *Enzinger*, in MüKo-HGB, § 109 Rn. 15 ff.

Dies wird nach weit verbreiteter Auffassung jedenfalls für die Übertragung organschaftlicher Vertretungsbefugnisse und die Entscheidungskompetenz über Grundlagengeschäfte (einschließlich strukturverändernder Maßnahmen) gelten müssen.<sup>690</sup>

Nach wohl herrschender Ansicht gilt gleiches auch für die Einräumung eines Weisungsrechts gegenüber der Geschäftsführung.<sup>691</sup> Umstritten ist, ob ein mit gesellschaftsfremden Dritten besetzter Beirat Zustimmungsvorbehalte (z.B. § 164 HGB) ausüben darf. Nach einer Auffassung sei dies wegen des Grundsatzes der Verbandssouveränität nicht möglich.<sup>692</sup> Diese Auffassung überzeugt nicht. Soweit nicht Grundlagengeschäfte betroffen sind, können auch einem mit gesellschaftsfremden Dritten besetzten Beirat Zustimmungsrechte (z.B. für außergewöhnliche Geschäfte) eingeräumt werden.<sup>693</sup> Hierdurch erhalten Dritte keine Entscheidungsgewalt über die Grundlagen und das Schicksal der Gesellschaft. Die Gesellschafter können einer fehlenden Zustimmung durch den Beirat stets durch die Abberufung seiner Mitglieder oder gar dessen Auflösung begegnen.<sup>694</sup> Zudem sei darauf hingewiesen, dass auch eine Übertragung der Zustimmungsvorbehalte auf den Aufsichtsrat möglich ist, obwohl dieser nicht ausschließlich mit Gesellschaftern zu besetzen ist.<sup>695</sup> Ohne Weiteres zu bejahen ist die Möglichkeit der Übertragung von Überwachungsbefugnissen oder beratender Funktionen auf einen mit gesellschaftsfremden Dritten besetzten Beirat.<sup>696</sup>

#### **D. Unternehmerische Mitbestimmung in der SE & Co.**

Da die Mitbestimmungsfreiheit bzw. die Intensität einer etwaigen unternehmerischen Mitbestimmung eine entscheidende Rolle bei der Rechtsformwahl spielen kann, wird im Folgenden näher untersucht, ob und – wenn

<sup>690</sup> Vgl. *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 287 Rn. 43 (Stand 1.6.2021); *Mertens/Cahn*, in: KK-AktG, § 287 Rn. 31; *Sethe*, in: GK-AktG, § 287 Rn. 97; *Assmann/Sethe*, in: FS Lutter, S. 251 (259); *Bürgers*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 5 Rn. 585; a.A. *Begemann*, Die SE & Co. KGaA als Rechtsform für Familienunternehmen, S. 271 ff.

<sup>691</sup> Vgl. *Mertens/Cahn*, in: KK-AktG, § 278 Rn. 92; *Schubert*, in: Wißmann/Kleinsorge/Schubert, Mitbestimmungsrecht, § 25 MitbestG Rn. 198; *Bürgers*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 5 Rn. 590; a.A. *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 287 Rn. 43 (Stand 1.6.2021).

<sup>692</sup> Vgl. *Mertens/Cahn*, in: KK-AktG, § 287 Rn. 31; *Sethe*, in: GK-AktG, § 287 Rn. 97; *Assmann/Sethe*, in: FS Lutter, S. 251 (259).

<sup>693</sup> So auch *Enzinger*, in: MüKo-HGB, § 109 Rn. 18; *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 287 Rn. 43 (Stand 1.6.2021); *Bürgers*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 5 Rn. 589; *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 187.

<sup>694</sup> Vgl. *Bürgers*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 5 Rn. 589.

<sup>695</sup> Vgl. *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 187; siehe Fn. 608.

<sup>696</sup> Vgl. *Bürgers*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 5 Rn. 586 f. m.w.N.

ja – inwieweit die SE & Co. KG bzw. KGaA der Mitbestimmung unterliegt. Dabei wird zunächst auf die Mitbestimmung nach dem DrittelbG und dem MitbestG<sup>697</sup> eingegangen, bevor ein besonderes Augenmerk auf das Beteiligungsverfahren nach dem SEBG gelegt wird.

## **I. Mitbestimmung nach dem DrittelbG/MitbestG**

### **1. Keine Mitbestimmung nach DrittelbG/MitbestG bei der SE & Co. KG**

#### **a) Keine Mitbestimmung auf Ebene der KG**

Sowohl das DrittelbG als auch das MitbestG machen die Mitbestimmung vom Vorliegen einer mitbestimmungsfähigen Rechtsform abhängig. In § 1 Abs. 1 Nr. 1 MitbestG sind die AG, die KGaA, die GmbH und die eG genannt. § 1 Abs. 1 DrittelbG erfasst zusätzlich noch den VVaG. Weitere Voraussetzung für die Mitbestimmungspflicht ist das Erreichen eines Schwellenwerts, der für das DrittelbG bei 500 und für das MitbestG bei 2.000 in der Regel beschäftigten Arbeitnehmern liegt. Die Komplementärgesellschaft einer Kapitalgesellschaft & Co. KG fällt zwar dann, wenn es sich, wie es häufig der Fall ist, um eine GmbH oder AG handelt, unter die mitbestimmungsfähigen Rechtsformen. Sie wird in der Regel aber keine oder nur wenige Arbeitnehmer haben. Die KG, die ihrerseits Arbeitnehmer selbst oder in Tochtergesellschaften beschäftigt, zählt dagegen schon nicht zu den mitbestimmungsfähigen Rechtsformen des DrittelbG oder MitbestG. Eine Mitbestimmung in der Kapitalgesellschaft & Co. KG kommt daher in der Regel nur bei der Komplementärgesellschaft aufgrund der nachfolgend dargestellten Zurechnungsnormen in Betracht. Relevante Zurechnungsnormen finden sich in § 2 DrittelbG sowie in § 4 und § 5 MitbestG.

#### **b) Mitbestimmung auf Ebene der Komplementärin**

##### **aa) Keine Mitbestimmung bei der SE als Komplementärin**

Die SE zählt nicht zu den mitbestimmten Rechtsformen nach DrittelbG und MitbestG.<sup>698</sup> Nach heute einhelliger Auffassung ist die jeweilige Aufzählung der

---

<sup>697</sup> Das DrittelbG und das MitbestG sind die wichtigsten gesetzlichen Grundlagen für die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in deutschen Unternehmen. Die für Bergbauunternehmen und Unternehmen der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie geltenden Gesetze (MontanMitbestG und MitbestErgG) werden im Folgenden nicht näher betrachtet.

<sup>698</sup> Vgl. *Habersack*, in: *Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 1 MitbestG Rn. 33; *Oetker*, in: *ErfK-Arbeitsrecht*, § 1 MitbestG Rn. 2; *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 22 Rn. 22; *Blaum*, in: *Westermann/Wertenbruch*, Hdb Personengesellschaften, Rn. I 3394a; *Henssler*, RdA 2005, 330 (333).

mitbestimmungsfähigen Unternehmen in § 1 Abs. 1 DrittelbG und in § 1 Abs. 1 MitbestG abschließend.<sup>699</sup> Dies gilt entsprechend für § 2 DrittelbG sowie für §§ 4 und 5 MitbestG, die auf diese Aufzählung Bezug nehmen.<sup>700</sup> § 4 Abs. 1 MitbestG ist daher auf die SE & Co. KG weder direkt noch analog anwendbar.<sup>701</sup> Die Wahl der SE & Co. KG kann, selbst wenn sie offensichtlich zur Vermeidung der Mitbestimmung dient, auch nicht unter Umgehungsgesichtspunkten zu einer entsprechenden Anwendung des § 4 Abs. 1 MitbestG führen.<sup>702</sup> Der Gesetzgeber hat die Mitbestimmung bewusst auf die in § 1 Abs. 1 MitbestG genannten Rechtsformen beschränkt und damit die Möglichkeit in Kauf genommen, dass Unternehmer der Mitbestimmung durch die Wahl einer bestimmten Rechtsform entgehen können. Gleiches gilt für den Wechsel in eine mitbestimmungsfreie Rechtsform.<sup>703</sup> Regelungen zur Beibehaltung der Mitbestimmung finden sich in § 1 MitbestBeiG und § 325 UmwG sowie im MgVG und im SEBG. Der Gesetzgeber hat damit ausdrücklich nur für bestimmte Maßnahmen eine Beibehaltung der Mitbestimmung vorgesehen. Auch eine bereits mitbestimmte GmbH bzw. AG & Co. KG kann damit nachträglich ihre Komplementärin gegen eine mitbestimmungsfreie Gesellschaft austauschen.<sup>704</sup> Ein möglicher Verlust der Mitbestimmung schränkt die Gestaltungsmöglichkeiten insoweit nicht ein. Dies entspricht dem Grundsatz, dass das Mitbestimmungsgesetz die gesellschaftsrechtliche Gestaltungsfreiheit unberührt lassen sollte.<sup>705</sup> Eine Mitbestimmung in der Komplementär-SE kann sich daher nicht aus dem DrittelbG/MitbestG, sondern nur aus anderen Normen, insbesondere dem SEBG,

---

<sup>699</sup> Vgl. *Gach*, in: MüKo-AktG, § 1 MitbestG Rn. 6; *Oetker*, in: ErfK-Arbeitsrecht, § 1 MitbestG Rn. 2, § 1 DrittelbG Rn. 3; *Raiser*, in: Raiser/Veil/Jacobs, MitbestG, § 1 Rn. 10; *Habersack*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 1 MitbestG Rn. 32 ff., § 1 DrittelbG Rn. 11.

<sup>700</sup> Vgl. *Gach*, in: MüKo-AktG, § 4 MitbestG Rn. 3; *Raiser*, in: Raiser/Veil/Jacobs, MitbestG, § 4 Rn. 5; *Habersack*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 4 MitbestG Rn. 7; *Wißmann*, in: Wißmann/Kleinsorge/Schubert, Mitbestimmungsrecht, § 4 Rn. 10, § 5 Rn. 17; *Kunze*, ZGR 1978, 321 (342); *Sigle*, in: FS Peltzer, S. 539 (542); *ders.*, in: FS Hommelhoff, S. 1123 (1129).

<sup>701</sup> Vgl. *Henze/Notz*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, Anhang 1 GmbH & Co. KG Rn. 323; *Habersack*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 4 MitbestG Rn. 11; *Sigle*, in: FS Hommelhoff, S. 1123 (1131).

<sup>702</sup> Vgl. *Habersack*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 1 MitbestG Rn. 18, 30; *Sigle*, in: FS Peltzer, S. 539 (548); a.A. jedenfalls für Fälle der Vermeidung einer Mehrheitskongruenz *Naendrup*, GK-MitbestG, § 4 Rn. 22.

<sup>703</sup> Vgl. *Habersack*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 1 MitbestG Rn. 18, 30; *Kunze*, ZGR 1978, 321 (342). A.A. für den Wechsel in eine ausländische Komplementärgesellschaft mit Verwaltungssitz im Inland, da diese nach § 1 Abs. 1 MitbestG analog mitbestimmungsfähig sei *Wiesner*, GmbHR 1981, 36 (38).

<sup>704</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 14 Rn. 29; *Kunze*, ZGR 1978, 321 (342 f.).

<sup>705</sup> Vgl. BT-Drs. 7/2172, S. 17.

ergeben. Da die SE nicht mitbestimmt ist, gelten in der SE & Co. KG bzw. KGaA auch die Beschränkungen des § 4 Abs. 2 MitbestG bei der Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags nicht. Den Kommanditisten bzw. Kommanditaktionären kann vielmehr unbegrenzt Einfluss auf die Geschäftsführung eingeräumt werden.<sup>706</sup>

Für die Mitbestimmung nach dem SEBG spielt es jedoch eine Rolle, ob eine Kapitalgesellschaft & Co. KG, die in eine SE & Co. KG umgewandelt wird, tatsächlich mitbestimmt ist.<sup>707</sup> Im Folgenden werden daher die Zurechnungsnormen nach DrittelbG und MitbestG dargestellt.

### **bb) § 2 DrittelbG**

Das DrittelbG enthält keine spezielle Zurechnungsnorm für die Kapitalgesellschaft & Co. KG. In § 2 Abs. 2 DrittelbG ist jedoch eine Konzernzurechnung geregelt. Danach werden einem nach § 1 DrittelbG mitbestimmungsfähigen herrschenden Unternehmen die Arbeitnehmer eines Konzernunternehmens zugerechnet, wenn

- zwischen den Unternehmen ein Beherrschungsvertrag besteht oder
- das abhängige Unternehmen in das herrschende Unternehmen eingegliedert ist.

Die Eingliederung i.S.d. § 319 AktG kann nur zwischen Aktiengesellschaften vorliegen<sup>708</sup> und ist damit für die Mitbestimmung in der Kapitalgesellschaft & Co. KG ohne Bedeutung.

Im Übrigen ist für § 2 Abs. 2 DrittelbG das Vorliegen eines Beherrschungsvertrags nach § 291 AktG maßgeblich. Das Vorliegen eines Gewinnabführungsvertrags reicht ebenso wenig für eine Zurechnung aus wie eine rein faktische Beherrschung. Anders als in § 291 AktG, der als abhängige Unternehmen nur die AG und KGaA nennt, kommt es für die Zurechnung nach dem DrittelbG nach ganz herrschender Auffassung nicht auf die Rechtsform des abhängigen Unternehmens an.<sup>709</sup> In aller Regel besteht zwischen der Komplementärgesellschaft und der KG kein

---

<sup>706</sup> Vgl. *Sigle*, in: FS Hommelhoff, S. 1123 (1131).

<sup>707</sup> Siehe hierzu unter Abschnitt D.II.1.a).

<sup>708</sup> Vgl. *Gach*, in: MüKo-AktG, § 2 DrittelbG Rn. 12; *Habersack*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 2 DrittelbG Rn. 14; *Oetker*, in: ErfK-Arbeitsrecht, § 2 DrittelbG Rn. 17.

<sup>709</sup> Vgl. *Habersack*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 2 DrittelbG Rn. 13; *Kleinsorge*, in: Wißmann/Kleinsorge/Schubert, Mitbestimmungsrecht, § 2 DrittelbG Rn. 14; *Oetker*, in: ErfK-Arbeitsrecht, § 2 DrittelbG Rn. 16; a.A. *Gach*, in: MüKo-AktG, § 2 DrittelbG Rn. 11.

Beherrschungsvertrag. Dann bleibt eine Kapitalgesellschaft & Co. KG, auch wenn sie zwischen 501 und 2.000 Arbeitnehmer beschäftigt, mitbestimmungsfrei.<sup>710</sup>

## cc) § 4 MitbestG

### (1) Zurechnung nach § 4 Abs. 1 MitbestG

Anders als das DrittelbG enthält das MitbestG in § 4 eine eigene Zurechnungsnorm für die Kapitalgesellschaft & Co. KG. Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 MitbestG können die Arbeitnehmer der KG der Komplementärgesellschaft zugerechnet werden. Der Regelung liegt der Gedanke zugrunde, dass die Kapitalgesellschaft & Co. KG je nach ihrer Ausgestaltung als einheitliches Unternehmen wahrgenommen werden kann. Liegt eine solche Unternehmenseinheit vor, soll eine Kapitalgesellschaft als persönlich haftende Gesellschafterin eines großen Unternehmens nicht allein deshalb mitbestimmungsfrei bleiben, weil „die Arbeitnehmer dieses Unternehmens juristisch dem persönlich haftenden Gesellschafter nicht zuzurechnen sind“<sup>711</sup>.

Voraussetzung für die Zurechnung ist zunächst, dass die Komplementärgesellschaft nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 MitbestG mitbestimmungsfähig ist und nicht selbst einen eigenen Geschäftsbetrieb mit in der Regel mehr als 500 Arbeitnehmern hat. Darüber hinaus muss die Mehrheit der Kommanditisten, berechnet nach der Mehrheit der Anteile oder der Stimmen, die Mehrheit der Anteile oder der Stimmen an der Komplementärgesellschaft innehaben („Mehrheitsidentität“<sup>712</sup>). Hierdurch wird dem Erfordernis der Unternehmenseinheit Rechnung getragen. § 4 Abs. 1 Satz 2 und 3 sieht schließlich für die doppel- und mehrstöckige Kapitalgesellschaft & Co. KG eine Zurechnung zur Komplementärkapitalgesellschaft der obersten KG vor.

Folgt man allein dem Wortlaut des Gesetzes, wäre es verhältnismäßig einfach, der Mitbestimmung durch abweichende Gestaltung der Beteiligungsverhältnisse zu entgehen.<sup>713</sup> So hält die gewerkschaftsnahe Hans-Böckler-Stiftung § 4 MitbestG für „so schlecht konstruiert, dass Kundige weder eine SE noch eine Stiftung als

<sup>710</sup> Vgl. *Henssler*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, Einl. DrittelbG Rn. 3; *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 14 Rn. 2; *Rieble*, BB 2006, 2018 (2018).

<sup>711</sup> Vgl. BT-Drs. 7/2172, S. 20.

<sup>712</sup> Vgl. *Oetker*, in: ErfK-Arbeitsrecht, § 4 MitbestG Rn. 3.

<sup>713</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 14 Rn. 20 sowie die Fallgestaltungen bei *Stenzel*, DB 2009, 439 (440 f.).

Vermeidungsstrategie ‚nötig‘ hätten.“<sup>714</sup> Rechtsprechung und Literatur sprechen sich jedoch auch dann für eine entsprechende Anwendung von § 4 Abs. 1 MitbestG aus, wenn nach wertender Betrachtung eine Unternehmenseinheit zu bejahen ist. Besonders stark ausgeprägt ist die Unternehmenseinheit bei der Einheitsgesellschaft. § 4 Abs. 1 MitbestG ist daher nach seinem Sinn und Zweck auf die Einheits-Kapitalgesellschaft & Co. KG entsprechend anzuwenden.<sup>715</sup> Eine entsprechende Anwendung kann darüber hinaus in Treuhand oder Strohmann-Konstellationen geboten sein. Die von einem Strohmann oder einem Treuhänder (bei fremdnütziger Treuhand) gehaltenen Anteile sind für die Mehrheitsberechnung dem dahinterstehenden Gesellschafter zuzurechnen.<sup>716</sup> Eine Übertragung von Anteilen auf Ehegatten oder minderjährige Kinder kann dabei ein Indiz für das Vorliegen einer Treuhandkonstellation sein.<sup>717</sup> Eine entsprechende Anwendung von § 4 Abs. 1 MitbestG soll darüber hinaus auch dann möglich sein, wenn die Gesellschafter durch besondere Vereinbarungen sicherstellen, dass in beiden Gesellschaften eine einheitliche Willensbildung stattfindet.<sup>718</sup> Dies kann z.B. bei Stimmbindungsverträgen der Fall sein, wenn sie auf Dauer angelegt sind und wesentliche Fragen der Unternehmensführung betreffen.<sup>719</sup> Eine rein tatsächliche Einflussnahme reicht demgegenüber nicht aus.<sup>720</sup>

---

<sup>714</sup> *Köstler/Pütz*, SE-Datenblatt (Stand 31.12.2019), Institut für Mitbestimmung und Unternehmensführung der Hans-Böckler-Stiftung, abrufbar unter [https://www.boeckler.de/pdf/pb\\_mitbestimmung\\_se\\_2019\\_12.pdf](https://www.boeckler.de/pdf/pb_mitbestimmung_se_2019_12.pdf) (abgerufen am 20.8.2021), S. 4 Fn. 25.

<sup>715</sup> Vgl. nur OLG Celle, Beschl. v. 30.8.1979 – 9 Wx 8/78, in: OLGZ 1980, 136 (137); *Gach*, in: MüKo-AktG, § 4 MitbestG Rn. 8; *Wißmann*, in: *Wißmann/Kleinsorge/Schubert*, Mitbestimmungsrecht, § 4 MitbestG Rn. 17; *Raiser*, in: *Raiser/Veil/Jacobs*, MitbestG, § 4 Rn. 15; *Habersack*, in: *Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 4 MitbestG Rn. 17 m.w.N.; *Kunze*, ZGR 1978, 321 (335). Eine entsprechende Anwendung soll darüber hinaus auch dann in Betracht kommen, wenn die KG nicht alle, sondern nur einen Teil der Anteile an der Komplementärgesellschaft hält, vgl. *Raiser*, in: *Raiser/Veil/Jacobs*, MitbestG, § 4 Rn. 15; *Habersack*, in: *Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 4 MitbestG Rn. 17; *Kunze*, ZGR 1978, 321 (335).

<sup>716</sup> Vgl. nur OLG Celle, Beschl. v. 30.8.1979 – 9 Wx 8/78, in: OLGZ 1980, 136 (137); *Wißmann*, in: *Wißmann/Kleinsorge/Schubert*, Mitbestimmungsrecht, § 4 MitbestG Rn. 17; *Raiser*, in: *Raiser/Veil/Jacobs*, MitbestG, § 4 Rn. 13; *Habersack*, in: *Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 4 MitbestG Rn. 18; *Kunze*, ZGR 1978, 321 (336); *Wiesner*, GmbHR 1981, 36 (40). Bei eigennütziger Treuhand soll demgegenüber eine Zurechnung zum Treuhänder möglich sein. Enger *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 14 Rn. 25, der § 4 Abs. 1 MitbestG nur in Missbrauchsfällen analog anwenden möchte.

<sup>717</sup> Vgl. *Raiser*, in: *Raiser/Veil/Jacobs*, MitbestG, § 4 Rn. 14; *Habersack*, in: *Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 4 MitbestG Rn. 15; *Wiesner*, GmbHR 1981, 36 (40).

<sup>718</sup> Vgl. OLG Celle, Beschl. v. 30.8.1979 – 9 Wx 8/78, in: OLGZ 1980, 136 (139).

<sup>719</sup> Vgl. OLG Celle, Beschl. v. 30.8.1979 – 9 Wx 8/78, in: OLGZ 1980, 136 (139 f.); *Raiser*, in: *Raiser/Veil/Jacobs*, MitbestG, § 4 Rn. 14; *Habersack*, in: *Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 4 MitbestG Rn. 15.

<sup>720</sup> Vgl. OLG Bremen, Beschl. v. 30.4.1980 – 1 W 3/80, in: GmbHR 1981, 41 (42).

Ob ein Gericht die Unternehmenseinheit annehmen und § 4 Abs. 1 MitbestG entsprechend anwenden wird, hängt ganz maßgeblich von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls ab. Die Mitbestimmung kann daher nicht immer rechtssicher durch eine abweichende Gestaltung der Mehrheitsverhältnisse vermieden werden. Die Praxis tendiert daher dazu, wenn eine Vermeidung der Mitbestimmung gewünscht ist, an der zweiten Stellschraube des § 4 Abs. 1 MitbestG zu drehen und Gesellschaften als Komplementäre einzusetzen, die nicht von § 1 Abs. 1 MitbestG erfasst sind. Neben Stiftung und ausländischer Kapitalgesellschaft bietet sich insbesondere die SE als Komplementärin an.<sup>721</sup>

## **(2) Anforderungen an die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags nach § 4 Abs. 2 MitbestG**

Ist die Komplementärin einer Kapitalgesellschaft & Co. KG nach § 4 Abs. 1 MitbestG paritätisch mitbestimmt, schreibt § 4 Abs. 2 MitbestG vor, dass die Komplementärin nicht von der Führung der Geschäfte der Kommanditgesellschaft ausgeschlossen werden darf. Nach dem Wortlaut der Norm darf der Komplementärin einer mitbestimmten Kapitalgesellschaft & Co. KG die Geschäftsführungsbefugnis aus §§ 161 Abs. 2, 114 HGB jedenfalls nicht vollständig durch den Gesellschaftsvertrag entzogen werden.<sup>722</sup> § 4 Abs. 2 MitbestG verbietet dabei nach herrschender Auffassung neben dem Ausschluss der Geschäftsführungsbefugnis auch den Ausschluss der Vertretungsmacht nach §§ 161 Abs. 2, 125 HGB beim Vorliegen mehrerer Komplementäre.<sup>723</sup> Eine gerichtliche Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis oder Vertretungsmacht aus wichtigem Grund nach §§ 117, 127 HGB bleibt hiervon nach ganz herrschender Auffassung unberührt.<sup>724</sup> Enthält der Gesellschaftsvertrag eine gegen § 4 Abs. 2 MitbestG verstoßende Regelung und tritt die Mitbestimmungspflicht später ein, ist die Regelung nach herrschender Auffassung ab dem Zeitpunkt der Bildung des

---

<sup>721</sup> Zu den Vor- und Nachteilen der jeweiligen Rechtsformen als Komplementärgesellschaft bereits oben unter Abschnitt A.I.2.

<sup>722</sup> Vgl. *Raiser*, in: *Raiser/Veil/Jacobs*, MitbestG, § 4 Rn. 26; *Habersack*, in: *Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 4 MitbestG Rn. 27.

<sup>723</sup> Vgl. *Gach*, in: *MüKo-AktG*, § 4 MitbestG Rn. 15; *Oetker*, in: *ErfK-Arbeitsrecht*, § 4 MitbestG Rn. 8; *Raiser*, in: *Raiser/Veil/Jacobs*, MitbestG, § 4 Rn. 28; *Habersack*, in: *Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 4 MitbestG Rn. 27; *Wißmann*, in: *Wißmann/Kleinsorge/Schubert*, Mitbestimmungsrecht, § 4 Rn. 39; a.A. *Hoffmann/Lehmann/Weinmann*, MitbestG, § 4 Rn. 52.

<sup>724</sup> Vgl. *Gach*, in: *MüKo-AktG*, § 4 MitbestG Rn. 17; *Raiser*, in: *Raiser/Veil/Jacobs*, MitbestG, § 4 Rn. 28; *Habersack*, in: *Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 4 MitbestG Rn. 27; *Wißmann*, in: *Wißmann/Kleinsorge/Schubert*, Mitbestimmungsrecht, § 4 Rn. 39; *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 14 Rn. 57 mit ausführlicher Begründung; a.A. *Hoffmann/Lehmann/Weinmann*, MitbestG, § 4 Rn. 60.

mitbestimmten Aufsichtsrats (vgl. § 37 Abs. 2 MitbestG) gemäß § 134 BGB nichtig.<sup>725</sup> Eine Änderung des Gesellschaftsvertrags kann dann durch die Gesellschafter einstimmig oder mit der vertraglich festgelegten Mehrheit beschlossen werden; § 37 Abs. 1 MitbestG ist auf Vereinbarungen im KG-Gesellschaftsvertrag nicht anwendbar.<sup>726</sup> Unterbleibt eine Anpassung des Gesellschaftsvertrags gelten die Regeln zur ergänzenden Vertragsauslegung.<sup>727</sup>

Sinn und Zweck des § 4 Abs. 2 MitbestG ist es, zu vermeiden, dass die Mitbestimmung durch Ausschaltung des persönlich haftenden Gesellschafters unterlaufen wird.<sup>728</sup> Er sichert damit den mittelbaren Einfluss des mitbestimmten Aufsichtsrats der Komplementärin auf die KG.<sup>729</sup> Um diesem Normzweck gerecht zu werden, kann nicht nur der vollständige gesellschaftsvertraglich geregelte Ausschluss von der Geschäftsführungsbefugnis für unwirksam erklärt werden. Auch solche gesellschaftsvertraglichen Regelungen, die einen faktischen Ausschluss der Komplementärin von der Geschäftsführung zur Folge haben, sind nach § 4 Abs. 2 MitbestG unwirksam.<sup>730</sup> Zum Teil wird angenommen, dass den Kommanditisten in einer mitbestimmten GmbH & Co. KG überhaupt kein Einfluss auf die Geschäftsführung eingeräumt werden dürfe.<sup>731</sup> Diese Auffassung geht jedoch zu weit, denn bei der erweiternden Auslegung von § 4 Abs. 2 MitbestG ist zu beachten, dass der Gesetzgeber die gesellschaftsrechtliche Gestaltungsfreiheit grundsätzlich unangetastet lassen wollte.<sup>732</sup> Zunächst bleibt festzuhalten, dass sowohl der gesetzliche Zustimmungsvorbehalt zugunsten der Kommanditisten

---

<sup>725</sup> Vgl. *Raiser*, in: *Raiser/Veil/Jacobs*, MitbestG, § 4 Rn. 29; *Habersack*, in: *Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 4 MitbestG Rn. 27; *Wißmann*, in: *Wißmann/Kleinsorge/Schubert*, Mitbestimmungsrecht, § 4 Rn. 38; a.A. *Meilicke/Meilicke*, MitbestG, § 4 Rn. 18; *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 14 Rn. 45.

<sup>726</sup> Vgl. *Raiser*, in: *Raiser/Veil/Jacobs*, MitbestG, § 37 Rn. 5; *Habersack*, in: *Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 37 MitbestG Rn. 11; a.A. *Schneider*, ZGR 1977, 335 (350 f.), der die Anwendbarkeit der Regelung bejaht, ihr jedoch zurecht kritisch gegenübersteht.

<sup>727</sup> Vgl. *Raiser*, in: *Raiser/Veil/Jacobs*, MitbestG, § 37 Rn. 5; *Habersack*, in: *Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 37 MitbestG Rn. 12.

<sup>728</sup> Vgl. BT-Drs. 7/2172, S. 21.

<sup>729</sup> Vgl. *Habersack*, in: *Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 4 MitbestG Rn. 27.

<sup>730</sup> Vgl. *Habersack*, in: *Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 4 MitbestG Rn. 28; *Hoffmann/Lehmann/Weinmann*, MitbestG, § 4 Rn. 55; a.A. *Seibt*, in: *Henssler/Willemsen/Kalb*, § 4 Rn. 12.

<sup>731</sup> Vgl. für die sogenannte Satzungs-GmbH & Co. KG (im Unterschied zur Vertrags-GmbH & Co. KG) *Reuter/Körnig*, ZHR 140 (1976), 494 (513); für die GmbH *Vollmer*, ZGR 1979, 135 (142); *Wiedemann*, ZGR 1977, 160 (167).

<sup>732</sup> Vgl. BT-Drs. 7/2172, S. 17; so auch *Hoffmann/Lehmann/Weinmann*, MitbestG, § 4 Rn. 58; *Raiser*, in: *Raiser/Veil/Jacobs*, MitbestG, § 4 Rn. 29; *Wißmann*, in: *Wißmann/Kleinsorge/Schubert*, Mitbestimmungsrecht, § 4 Rn. 41.

nach § 164 HGB als auch das gesetzlich verankerte Widerspruchsrecht von Mitgeschäftsführern nach § 115 Abs. 1 HGB unzweifelhaft mit § 4 Abs. 2 MitbestG vereinbar sind.<sup>733</sup> Welche vertraglichen Gestaltungen im Einzelnen als unwirksam anzusehen sind, ist noch nicht höchstrichterlich entschieden. Die Literatur hat sich jedoch bereits mit einigen denkbaren Konstellationen befasst und die nachfolgend dargestellten Linien herausgearbeitet.

Neben der mitbestimmungspflichtigen Komplementärin können grundsätzlich noch weitere geschäftsführende Gesellschafter bestellt werden, z.B. Kommanditisten.<sup>734</sup> Alle geschäftsführenden Gesellschafter müssen dann gleichberechtigt sein.<sup>735</sup> Der gesetzliche Regelfall ist die Einzelgeschäftsführungsbefugnis, wobei jeder geschäftsführende Gesellschafter ein Widerspruchsrecht hat (vgl. § 115 Abs. 1 HGB). Abweichend davon ist die Vereinbarung einer Gesamtgeschäftsführungsbefugnis aller Komplementäre zulässig.<sup>736</sup> Unbedenklich ist auch eine Ressortverteilung, solange der mitbestimmungspflichtigen Komplementärin ein hinreichend gewichtiges Aufgabengebiet verbleibt, das insbesondere die Zuständigkeit für Personal- und Sozialfragen umfasst, da diese Aufgaben dem nach § 33 MitbestG zu bestellenden Arbeitsdirektor zugewiesen sind und eine Entziehung dieses Aufgabengebiets mit dem Sinn und Zweck von § 33 MitbestG unvereinbar wäre.<sup>737</sup> Ebenfalls für zulässig gehalten wird der Ausschluss des Widerspruchsrechts aus § 115 Abs. 1 HGB aller Komplementäre.<sup>738</sup>

Demgegenüber ist eine deutliche Einschränkung der Geschäftsführungsbefugnis der mitbestimmungspflichtigen Komplementärin gegenüber weiteren geschäftsführenden Gesellschaftern jedenfalls problematisch im Hinblick auf § 4

---

<sup>733</sup> Vgl. *Raiser*, in: *Raiser/Veil/Jacobs*, MitbestG, § 4 Rn. 28; *Habersack*, in: *Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 4 MitbestG Rn. 29; *Wißmann*, in: *Wißmann/Kleinsorge/Schubert*, Mitbestimmungsrecht, § 4 Rn. 41.

<sup>734</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 14 Rn. 42.

<sup>735</sup> Vgl. *Habersack*, in: *Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 4 MitbestG Rn. 28; *Wißmann*, in: *Wißmann/Kleinsorge/Schubert*, Mitbestimmungsrecht, § 4 Rn. 40; *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 14 Rn. 52; *Mutter*, in: *Münchener Hdb Gesellschaftsrecht*, Band 2, § 53 Rn. 32; *Reichert/Ullrich*, in: *Reichert*, GmbH & Co. KG, § 19 Rn. 40.

<sup>736</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 14 Rn. 53; *Mutter*, in: *Münchener Hdb Gesellschaftsrecht*, Band 2, § 53 Rn. 36.

<sup>737</sup> Vgl. *Habersack*, in: *Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 4 MitbestG Rn. 27.

<sup>738</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 14 Rn. 53.

Abs. 2 MitbestG.<sup>739</sup> Dies wäre beispielsweise dann der Fall, wenn die mitbestimmte Komplementärin nur Gesamtgeschäftsführungsbefugnis hat, während die übrigen Komplementäre einzelgeschäftsführungsbefugt sind.<sup>740</sup> Auch die Einführung eines Mehrheitsprinzips in der Geschäftsführung ist problematisch, weil sie faktisch dazu führt, dass die mitbestimmte Komplementärin systematisch überstimmt werden kann.<sup>741</sup>

Es ist umstritten, ob den Kommanditisten oder der KG ein Weisungsrecht gegenüber der mitbestimmungspflichtigen Komplementärin eingeräumt werden kann. Weitgehende Einigkeit besteht darin, dass das gesetzlich verankerte Weisungsrecht der Gesellschafter der GmbH gegenüber deren Geschäftsführung von § 4 Abs. 2 MitbestG unberührt bleibt, und zwar auch dann, wenn wie in der beteiligungsidentischen GmbH & Co. KG, die Kommanditisten gleichzeitig GmbH-Gesellschafter sind.<sup>742</sup> Das Mitbestimmungsrecht belässt nämlich auch nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts der Anteilseignerversammlung als oberstem Unternehmensorgan die Befugnis, erheblichen Einfluss auf die Geschäftsführung auszuüben.<sup>743</sup> Nur vereinzelt wird ein Weisungsrecht vollkommen ausgeschlossen.<sup>744</sup> Teile der Literatur sind der Auffassung, dass ein Weisungsrecht der KG oder der Kommanditisten in laufenden Geschäftsführungsangelegenheiten mit § 4 Abs. 2 MitbestG unvereinbar ist, da hierdurch der Einfluss des mitbestimmten Aufsichtsrats auf die Geschäftsführung völlig ausgehebelt werden könnte.<sup>745</sup> Andere gehen davon aus, dass den Kommanditisten (bzw. der Gesellschafterversammlung der KG unter Ausschluss des Stimmrechts der Komplementärin) ein uneingeschränktes Weisungsrecht

---

<sup>739</sup> Vgl. *Raiser*, in: *Raiser/Veil/Jacobs*, MitbestG, § 4 Rn. 28; *Habersack*, in: *Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 4 MitbestG Rn. 28; *Wißmann*, in: *Wißmann/Kleinsorge/Schubert*, Mitbestimmungsrecht, § 4 Rn. 40; *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 14 Rn. 53; *Mutter*, in: *Münchener Hdb Gesellschaftsrecht*, Band 2, § 53 Rn. 36 a.A. *Hoffmann/Lehmann/Weinmann*, MitbestG, § 4 Rn. 56.

<sup>740</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 14 Rn. 53.

<sup>741</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 14 Rn. 53.

<sup>742</sup> Vgl. *Raiser*, in: *Raiser/Veil/Jacobs*, MitbestG, § 4 Rn. 28 und § 25 Rn. 91; *Schubert*, in: *Wißmann/Kleinsorge/Schubert*, Mitbestimmungsrecht, § 30 Rn. 59; *Habersack*, in: *Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 4 MitbestG Rn. 3 und § 30 MitbestG Rn. 190; *Wißmann*, in: *Wißmann/Kleinsorge/Schubert*, Mitbestimmungsrecht, § 4 Rn. 41; *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 14 Rn. 14 und 49; *Sigle*, in: *FS Peltzer*, S. 539 (543).

<sup>743</sup> Vgl. BVerfGE 50, 290 (346).

<sup>744</sup> Vgl. *Naendrup*, in: *GK-MitbestG*, § 4 Rn. 59.

<sup>745</sup> Vgl. *Raiser*, in: *Raiser/Veil/Jacobs*, MitbestG, § 4 Rn. 28; *Habersack*, in: *Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 4 MitbestG Rn. 30; *Wißmann*, in: *Wißmann/Kleinsorge/Schubert*, Mitbestimmungsrecht, § 4 Rn. 41; *Mutter*, in: *Münchener Hdb Gesellschaftsrecht*, Band 2, § 53 Rn. 33; *Sigle*, in: *FS Hommelhoff*, S. 1123 (1131).

gegenüber der persönlich haftenden Gesellschafterin zugesprochen werden kann.<sup>746</sup> Nach *K. Schmidt*<sup>747</sup> bleiben die Kommanditisten grundsätzlich „Herren im Haus“<sup>748</sup> und die mitbestimmte GmbH & Co. KG ist damit nicht auf das Zentralverwaltungsmodell festgelegt. Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Für die Gesellschafter der GmbH & Co. KG muss dasselbe gelten wie für die Gesellschafterversammlung der GmbH. Als oberstes Unternehmensorgan muss sie entsprechend der Einschätzung des Bundesverfassungsgerichts<sup>749</sup> erheblichen Einfluss auf die Geschäftsführung nehmen dürfen. § 4 Abs. 2 MitbestG ist insofern als Ausnahmevorschrift eng auszulegen.<sup>750</sup>

Mangels höchstrichterlicher Rechtsprechung zu dieser Gestaltung und wegen der divergierenden Meinungen in der Literatur ist bei dieser Gestaltung jedoch in der Praxis Vorsicht geboten. Ebenso ungeklärt ist, ob Zustimmungsvorbehalte bei mitbestimmten Kapitalgesellschaften & Co. KG auf die laufende Geschäftsführung ausgedehnt werden dürfen.<sup>751</sup> Einer Übertragung jedenfalls von nicht die laufende Geschäftsführung betreffenden Zustimmungsvorhalten auf einen Beirat dürfte § 4 Abs. 2 MitbestG nicht entgegenstehen.<sup>752</sup>

Aufgrund der vielfältigen Möglichkeiten, Geschäftsführungsbefugnisse, Zustimmungsvorbehalte und Weisungsrechte im Gesellschaftsvertrag zu regeln, wird immer eine Einzelfallprüfung erforderlich sein, um festzustellen, ob die Schwelle zum faktischen Ausschluss der Komplementärin von der Geschäftsführung überschritten ist.

---

<sup>746</sup> Vgl. *Hoffmann/Lehmann/Weinmann*, MitbestG, § 4 Rn. 56; *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 14 Rn. 49 und 55; *Schneider*, ZGR 1977, 335 (348); *K. Schmidt*, in: FS Röhrich, S. 511 (538).

<sup>747</sup> *K. Schmidt*, in: FS Röhrich, S. 511.

<sup>748</sup> *K. Schmidt*, in: FS Röhrich, S. 511 (533).

<sup>749</sup> BVerfGE 50, 290 (346).

<sup>750</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 14 Rn. 48 f., die ergänzend darauf hinweisen, dass der Gesetzgeber leicht § 164 HGB in mitbestimmten Gesellschaften für zwingend hätte erklären können und dies nicht getan hat.

<sup>751</sup> Dagegen vgl. *Habersack*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 4 MitbestG Rn. 30; *Mutter*, in: Münchener Hdb Gesellschaftsrecht, Band 2, § 53 Rn. 33; *Reichert/Ullrich*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, § 19 Rn. 40; dafür: *Hoffmann/Lehmann/Weinmann*, MitbestG, § 4 Rn. 57; *Meilicke/Meilicke*, MitbestG, § 4 Rn. 17; *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 14 Rn. 55; *Sigle*, in: FS Peltzer, S. 539 (543).

<sup>752</sup> Vgl. *Hoffmann/Lehmann/Weinmann*, MitbestG, § 4 Rn. 57; *Meilicke/Meilicke*, MitbestG, § 4 Rn. 17; *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 14 Rn. 55; *Sigle*, in: FS Peltzer, S. 539 (543).

**dd) § 5 MitbestG****(1) Konzernzurechnung nach § 5 MitbestG**

§ 5 MitbestG enthält Vorschriften zur Konzernzurechnung. Eine spezielle Regelung für die abhängige Kapitalgesellschaft & Co. KG findet sich in § 5 Abs. 1 Satz 2 MitbestG. Danach werden dem herrschenden Unternehmen auch die Arbeitnehmer einer nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 MitbestG mitbestimmungsfähigen Komplementärin zugerechnet, wenn die KG vom herrschenden Unternehmen abhängig ist. So muss die Abhängigkeit der Komplementärin selbst nicht nachgewiesen werden, um auch ihre Arbeitnehmer dem herrschenden Unternehmen zuzurechnen.<sup>753</sup> Eine selbstständige Bedeutung kommt § 5 Abs. 1 Satz 2 MitbestG indes nur dann zu, wenn die Komplementärin nicht ohnehin abhängiges Unternehmen i.S.d. § 5 Abs. 1 Satz 1 MitbestG ist.<sup>754</sup> Die Bedeutung der Vorschrift verringert sich noch weiter, wenn man bedenkt, dass die Komplementärin zumeist keine große Zahl an Arbeitnehmern beschäftigen wird.

**(a) Zurechnung nach § 5 Abs. 2 MitbestG**

Interessanter ist daher auch die Frage, ob umgekehrt der Komplementärin Arbeitnehmer über § 5 MitbestG zugerechnet werden können. Eine solche Zurechnung kann zunächst über § 5 Abs. 2 MitbestG erfolgen, der als logische Erweiterung des § 4 Abs. 1 MitbestG angesehen werden kann. Ist die Kapitalgesellschaft & Co. KG herrschendes Unternehmen eines Konzerns i.S.d. § 18 Abs. 1 AktG und sind die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 MitbestG erfüllt, werden auch die Arbeitnehmer abhängiger Unternehmen der Komplementärin über § 5 Abs. 2 Satz 1 zugerechnet. § 5 Abs. 2 Satz 2 MitbestG erklärt dann auch die Zurechnung nach § 5 Abs. 1 Satz 2 MitbestG für entsprechend anwendbar. Darüber hinaus ist nach § 5 Abs. 2 Satz 2 MitbestG die entsprechende Anwendung von § 4 Abs. 2 MitbestG geboten, so dass auch die erst aufgrund von § 5 Abs. 2 Satz 1 MitbestG mitbestimmungspflichtige Komplementärin nicht von der Führung der Geschäfte ausgeschlossen werden darf.<sup>755</sup>

---

<sup>753</sup> Vgl. nur *Habersack*, in: *Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 5 MitbestG Rn. 34.

<sup>754</sup> Vgl. nur *Habersack*, in: *Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 5 MitbestG Rn. 34.

<sup>755</sup> Zu § 4 Abs. 2 MitbestG siehe unter Abschnitt D.I.1.b)cc)(2).

**(b) Anwendbarkeit von § 5 MitbestG neben § 4 MitbestG**

Während § 5 Abs. 2 Satz 1 MitbestG die Anwendbarkeit von § 4 Abs. 1 MitbestG ausdrücklich voraussetzt, stellt sich die Frage, ob auch in solchen Fällen, in denen die Voraussetzungen von § 4 Abs. 1 MitbestG nicht erfüllt sind, weil sie beispielsweise durch die entsprechende Ausgestaltung der Mehrheitsverhältnisse vermieden wird oder die Komplementärin einen eigenen Geschäftsbetrieb mit mehr als 500 Arbeitnehmern hat, ein Rückgriff auf § 5 Abs. 1 Satz 1 MitbestG in Betracht kommt.

Nach § 5 Abs. 1 Satz 1 MitbestG gelten die Arbeitnehmer eines abhängigen Unternehmens als Arbeitnehmer des herrschenden Unternehmens, wenn ein nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 MitbestG mitbestimmungsfähiges Unternehmen herrschendes Unternehmen eines Konzerns i.S.d. § 18 Abs. 1 AktG ist. Es wird erwogen, die Lücken des § 4 MitbestG durch die Anwendung des § 5 MitbestG zu schließen, um so die Mitbestimmung in der Komplementärin sicherzustellen.<sup>756</sup> Mit Recht geht die überwiegende Auffassung in der Literatur davon aus, dass § 5 MitbestG neben § 4 MitbestG Anwendung findet.<sup>757</sup> Die Gegenauffassung nimmt eine Spezialität von § 4 MitbestG gegenüber § 5 MitbestG an.<sup>758</sup> Sie begründet diese Annahme damit, dass § 4 Abs. 1 MitbestG überflüssig wäre, wenn § 5 Abs. 1 Satz 1 auf die Kapitalgesellschaft & Co. KG Anwendung finden würde. Eine Kapitalgesellschaft & Co. KG müsste dann die vom Gesetzgeber aufgestellten Anforderungen an die Zurechnung des § 4 Abs. 1 MitbestG nicht erfüllen. Hiergegen wird eingewandt, dass nicht jede Kapitalgesellschaft & Co. KG die Voraussetzungen des Konzernverhältnisses nach § 5 Abs. 1 Satz 1 MitbestG erfülle und dass § 4 Abs. 1 MitbestG auch insoweit einen eigenen Anwendungsbereich behielte, als die besonderen Anforderungen an den Gesellschaftsvertrag nach § 4 Abs. 2 MitbestG nur für die von dieser Vorschrift erfassten KG gelten würden.<sup>759</sup> Für die herrschende Auffassung spricht auch, dass beide Zurechnungsnormen dem

---

<sup>756</sup> Vgl. *Naendrup*, in: GK-MitbestG, § 4 Rn. 35.

<sup>757</sup> Vgl. *Oetker*, in: ErfK-Arbeitsrecht, § 5 MitbestG Rn. 4; *Raiser*, in: Raiser/Veil/Jacobs, MitbestG, § 5 Rn. 21; *Habersack*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 5 MitbestG Rn. 9; *Naendrup*, in: GK-MitbestG, § 4 Rn. 41 ff.; *Wißmann*, in: Wißmann/Kleinsorge/Schubert, Mitbestimmungsrecht, § 5 Rn. 50; *Mutter*, in: Münchener Hdb Gesellschaftsrecht, Band 2, § 53 Rn. 16; *Kunze*, ZGR 1978, 321 (331); *Schneider*, ZGR 1977, 335 (346).

<sup>758</sup> Vgl. *Beinert/Hennerkes/Binz*, DB 1979, 68 (68 f.); *Joost*, ZGR 1998, 334 (346 f.); *Sigle*, in: FS Peltzer, S. 539 (550), *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 14 Rn. 71. Für die Unanwendbarkeit von § 5 MitbestG auf die GmbH & Co. nach Sinn und Zweck der Norm *Hölter*, RdA 1979, 335 (338).

<sup>759</sup> Vgl. *Wißmann*, in: Wißmann/Kleinsorge/Schubert, Mitbestimmungsrecht, § 5 Rn. 50.

gleichen Zweck dienen, nämlich eine Mitbestimmung dort zu ermöglichen, wo die unternehmerischen Entscheidungen getroffen werden, auch wenn die Arbeitnehmer rein formal einer anderen Gesellschaft zugeordnet sind. Sie schließen sich daher nicht gegenseitig aus, sondern ergänzen sich, indem sie verschiedene Zurechnungsvoraussetzungen aufstellen.<sup>760</sup> Auch die Rechtsprechung hält § 5 Abs. 1 MitbestG neben § 4 Abs. 1 MitbestG nicht für grundsätzlich unanwendbar, lehnt aber in bestimmten Fällen das Vorliegen eines Konzernverhältnisses ab.<sup>761</sup> Im Folgenden ist daher zu prüfen, ob die Kapitalgesellschaft & Co. KG Konzern i.S.d. § 5 Abs. 1 Satz 1 MitbestG sein kann.

## **(2) Kapitalgesellschaft & Co. KG als Konzern**

Maßgeblich für die Zurechnung nach § 5 Abs. 1 Satz 1 MitbestG ist grundsätzlich der aktienrechtliche Konzernbegriff, wobei vereinzelt aufgrund der unterschiedlichen Zwecke von AktG und MitbestG Besonderheiten für den Konzernbegriff im Mitbestimmungsrecht zu beachten sein können.<sup>762</sup> Ein Konzern liegt nach § 18 Abs. 1 AktG dann vor, wenn ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung eines herrschenden Unternehmens stehen.

### **(a) Unternehmenseigenschaft der Komplementärin im mitbestimmungsrechtlichen Sinne**

Umstritten ist zunächst, ob die typische Komplementärgesellschaft, die über die Wahrnehmung der Komplementärfunktion hinaus keinen eigenen Geschäftsbetrieb unterhält, unter den Unternehmensbegriff des § 5 Abs. 1 MitbestG fällt. Im Aktienrecht ist herrschendes Unternehmen jeder Gesellschafter, gleich welcher Rechtsform, der neben seiner Beteiligung an der Gesellschaft noch anderweitige wirtschaftliche Interessenbindungen hat, die nach Art und Intensität die ernsthafte Besorgnis begründen, er könne deshalb seinen aus der Mitgliedschaft folgenden Einfluss zum Nachteil der Gesellschaft geltend machen.<sup>763</sup> Dieser

<sup>760</sup> Vgl. *Raiser*, in: *Raiser/Veil/Jacobs*, MitbestG, § 5 Rn. 21; *Wißmann*, in: *Wißmann/Kleinsorge/Schubert*, Mitbestimmungsrecht, § 5 Rn. 50.

<sup>761</sup> Vgl. OLG Celle, Beschl. v. 30.8.1979 – 9 Wx 8/78, in: OLGZ 1980, 136; OLG Bremen, Beschl. v. 30.4.1980 – 1 W 3/80, in: *GmbHR* 1981, 41.

<sup>762</sup> Vgl. BayObLGZ 1998, 85 (90); OLG Stuttgart, Beschl. v. 3.5.1989 – 8 W 38/89, in: NJW-RR 1989, 936 (937); *Gach*, in: MüKo-AktG, § 5 MitbestG Rn. 11; *Habersack*, in: *Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 5 MitbestG Rn. 11; *Wißmann*, in: *Wißmann/Kleinsorge/Schubert*, Mitbestimmungsrecht, § 5 Rn. 10; *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 14 Rn. 60.

<sup>763</sup> Vgl. nur BGHZ 69, 334; *Bayer*, in: MüKo-AktG, § 15 Rn. 13 m.w.N.

Interessenkonflikt liegt wie bereits festgestellt bei der typischen Komplementärin einer Kapitalgesellschaft & Co. KG nicht vor.<sup>764</sup> Nach verbreiteter Auffassung ist für das Mitbestimmungsrecht jedoch ein abweichender Unternehmensbegriff heranzuziehen. Herrschendes Unternehmen i.S.d. § 5 MitbestG ist danach jede Kapitalgesellschaft in einer der Rechtsformen des § 1 Abs. 1 Nr. 1 MitbestG, das ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter seiner einheitlichen Leitung zusammenfasst, wobei unerheblich ist, ob das herrschende Unternehmen einen eigenen Geschäftsbetrieb hat.<sup>765</sup> Die tatsächliche Leitung nur eines abhängigen Unternehmens reicht danach aus.<sup>766</sup> Teilweise wird eine Abweichung vom aktienrechtlichen Unternehmens- und Konzernbegriff abgelehnt.<sup>767</sup> Die Abweichung vom aktienrechtlichen Unternehmensbegriff ist jedoch gerechtfertigt, weil es für die Erfüllung des Zwecks des Mitbestimmungsgesetzes, die Mitbestimmung dort zu ermöglichen, wo die für die Arbeitnehmer relevanten Entscheidungen getroffen werden, nicht darauf ankommt, ob die aktienrechtliche Konzerngefahr vorliegt, sondern ob ein Unternehmen Leitungsmacht über ein anderes ausübt.<sup>768</sup>

Das OLG Celle<sup>769</sup> ist der Auffassung, § 5 Abs. 1 MitbestG sei auf eine Kapitalgesellschaft & Co., bei der die Komplementärin keinen eigenen Geschäftsbetrieb ausübt und nur diese eine Gesellschaft leitet, nicht anzuwenden. Denn anderenfalls wäre jede typische Kapitalgesellschaft & Co. KG nach § 5 Abs. 1 MitbestG mitbestimmt, ohne dass die zusätzliche Voraussetzung der Mehrheitsidentität aus § 4 Abs. 1 MitbestG erfüllt sei. Eine solche Einschränkung

---

<sup>764</sup> Siehe unter Abschnitt B.IV.2.a).

<sup>765</sup> Vgl. BayObLGZ 1998, 85 (90); OLG Stuttgart, Beschl. v. 3.5.1989 – 8 W 38/89, in: NJW-RR 1989, 936 (936 f.); *Oetker*, in: ErfK-Arbeitsrecht, § 5 MitbestG Rn. 4; *Raiser*, in: Raiser/Veil/Jacobs, MitbestG, § 5 Rn. 5; *Seibt*, in: Henssler/Willemsen/Kalb, § 5 MitbestG Rn. 4; *Habersack*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 5 MitbestG Rn. 16; *Wißmann*, in: Wißmann/Kleinsorge/Schubert, Mitbestimmungsrecht, § 5 Rn. 16; *Mutter*, in: Münchener Hdb Gesellschaftsrecht, Band 2, § 53 Rn. 16; *Ullrich*, Unternehmensmitbestimmung in der kapitalistischen KGaA, S. 158 f.

<sup>766</sup> Vgl. *Habersack*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 5 MitbestG Rn. 16; *Seibt*, in: Henssler/Willemsen/Kalb, § 5 MitbestG Rn. 6.

<sup>767</sup> Vgl. *Annuß*, in: MüKo-AktG, § 5 MitbestG Rn. 6; *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 14 Rn. 64; *Frese*, BB 2018, 2612 (2615); *Hölters*, RdA 1979, 335 (338), der aber Modifizierungen des Konzernbegriffs des § 18 AktG wegen der „spezifischen mitbestimmungsrechtlichen Belange“ für notwendig hält.

<sup>768</sup> Vgl. *Oetker*, in: ErfK-Arbeitsrecht, § 5 MitbestG Rn. 3.

<sup>769</sup> Vgl. OLG Celle, Beschl. v. 30.8.1979 – 9 Wx 8/78, in: OLGZ 1980, 136; zur GmbH & Co. KGaA OLG Celle, Beschl. v. 9.10.2014 – 9 W 116/14, in: GmbHR 2015, 317.

des Unternehmensbegriffs ist jedoch nach zutreffender Ansicht nicht notwendig.<sup>770</sup>

Das OLG Celle stützt seine Argumentation auf die Annahme, dass bereits durch die gesetzlichen Befugnisse des persönlich haftenden Gesellschafters das Erfordernis der einheitlichen Leitung i.S.d. § 18 Abs. 1 AktG erfüllt sei.<sup>771</sup> Diese Prämisse überzeugt nicht, wie im Folgenden gezeigt wird. Die Komplementärin einer KG kann, wenn sie eine mitbestimmungsfähige Rechtsform nach § 1 Abs. 1 MitbestG hat, auch ohne einen eigenen Geschäftsbetrieb und ohne anderweitige Interessenbindung herrschendes Unternehmen i.S.d. § 5 Abs. 1 MitbestG sein.

#### **(b) KG als abhängiges Unternehmen im mitbestimmungsrechtlichen Sinne**

§ 5 Abs. 1 MitbestG verweist auf § 18 Abs. 1 AktG und damit auf die einheitliche Leitung. Grundsätzlich ist daher auch im Mitbestimmungsrecht auf den aktienrechtlichen Konzernbegriff zurückzugreifen.<sup>772</sup> Der Begriff der einheitlichen Leitung ist im Aktienrecht umstritten.<sup>773</sup> Für das Mitbestimmungsrecht wird ein weiter Begriff der einheitlichen Leitung angewendet, wonach es genügt, wenn das herrschende Unternehmen einzelne Unternehmensbereiche (z.B. Sparten oder Funktionen) des abhängigen Unternehmens tatsächlich im Sinne einer bestimmenden Einflussnahme leitet.<sup>774</sup> Bei Vorliegen eines Abhängigkeitsverhältnisses nach § 17 Abs. 1 AktG wird nach § 18 Abs. 1 Satz 3 AktG auch im Mitbestimmungsrecht das Bestehen eines Konzerns widerleglich vermutet.<sup>775</sup> Für das Herrschafts- und Abhängigkeitsverhältnis kommt es nach § 17 Abs. 1 AktG darauf an, ob das herrschende Unternehmen auf das abhängige Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben

---

<sup>770</sup> Vgl. *Oetker*, in: *ErfK-Arbeitsrecht*, § 5 MitbestG Rn. 4; *Raiser*, in: *Raiser/Veil/Jacobs*, *MitbestG*, § 5 Rn. 21; *Habersack*, in: *Habersack/Henssler*, *Mitbestimmungsrecht*, § 5 MitbestG Rn. 9; *Wißmann*, in: *Wißmann/Kleinsorge/Schubert*, *Mitbestimmungsrecht*, § 5 Rn. 50.

<sup>771</sup> Vgl. OLG Celle, *Beschl. v. 30.8.1979 – 9 Wx 8/78*, in: *OLGZ* 1980, 136 (142) mit Verweis auf *Schneider*, *ZGR* 1977, 335 (345 f.).

<sup>772</sup> Vgl. BAG, *Beschl. v. 15.12.2011 – 7 ABR 56/10*, in: *NZA* 2012, 633 (636); *Habersack*, in: *Habersack/Henssler*, *Mitbestimmungsrecht*, § 5 MitbestG Rn. 11; *Brügel/Tillkorn*, *GmbHR* 2013, 459 (460).

<sup>773</sup> Vgl. zum Streitstand nur *Habersack*, in: *Habersack/Henssler*, *Mitbestimmungsrecht*, § 5 MitbestG Rn. 22 m.w.N.

<sup>774</sup> Vgl. BayObLGZ 1998, 85 (90); BayObLG, *Beschl. v. 6.3.2002 – 3Z BR 343/00*, in: *NZG* 2002, 579 (581); OLG Düsseldorf, *Beschl. v. 4.7.2013 – I 26 W 13/08 (AktE)*, *BeckRS* 2013, 1279; *Habersack*, in: *Habersack/Henssler*, *Mitbestimmungsrecht*, § 5 MitbestG Rn. 23; *Oetker*, in: *ErfK-Arbeitsrecht*, § 5 MitbestG Rn. 6; *Seibt*, in: *Henssler/Willemsen/Kalb*, § 5 MitbestG Rn. 6.

<sup>775</sup> Vgl. BAG, *Beschl. v. 15.12.2011 – 7 ABR 56/10*, in: *NZA* 2012, 633 (636); OLG Düsseldorf, *Beschl. v. 4.7.2013 – I 26 W 13/08 (AktE)*, *BeckRS* 2013, 1279; *Annuß*, in: *MüKo-AktG*, § 5 MitbestG Rn. 5; *Habersack*, in: *Habersack/Henssler*, *Mitbestimmungsrecht*, § 5 MitbestG Rn. 27; *Oetker*, in: *ErfK-Arbeitsrecht*, § 5 MitbestG Rn. 6.

kann. Ob § 17 Abs. 2 AktG, wonach eine Beherrschung im Falle der Mehrheitsbeteiligung (§ 16 Abs. 1 AktG) vermutet wird, auf Personengesellschaften anwendbar ist, ist umstritten und kann mit guten Gründen bezweifelt werden.<sup>776</sup>

Nach der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung führt eine Mehrheitsbeteiligung an Personengesellschaften nur dann zur Abhängigkeit, wenn im Gesellschaftsvertrag in wichtigen Fragen der Geschäftspolitik das Einstimmigkeitsprinzip des § 119 Abs. 1 HGB abbedungen ist.<sup>777</sup> Das Bundesarbeitsgericht nimmt aber dennoch an, dass, wenn die KG in der Form der GmbH & Co. KG geführt wird, die nur einen einzigen Komplementär hat, für die Abhängigkeit die mehrheitliche Beteiligung an der Komplementär-GmbH genügt.<sup>778</sup> Eine Beherrschung wird in den Entscheidungen jeweils durch den Mehrheitsgesellschafter bzw. Alleingesellschafter der Komplementär-GmbH angenommen, der gleichzeitig auch einziger bzw. mehrheitlicher Kommanditist der KG ist. Dies entspricht der bereits betrachteten Entscheidung des Bundesgerichtshofs zum Wettbewerbsrecht.<sup>779</sup> Dabei wird in der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts aus dem Jahr 1995<sup>780</sup> lediglich in zwei Nebensätzen die Brücke von der Beherrschung der Komplementär-GmbH zur Beherrschung der KG geschlagen, ohne dies näher zu begründen. Es heißt dort: „Der Beteiligte [...] hält 80 % des Kapitals der [...] GmbH, die als alleinige Komplementärin die Beteiligte zu [...] beherrscht, an der der Beteiligte [...] auch 80 % der Kommanditanteile hält.“<sup>781</sup> sowie „[...] ist er in der Lage, die Geschicke der jeweiligen Komplementär-GmbHs und damit die der Beteiligten zu [...] zu bestimmen.“<sup>782</sup> Auf mögliche Gestaltungen im Gesellschaftsvertrag nimmt das Bundesarbeitsgericht nur zur Widerlegung der Abhängigkeitsvermutung und der Konzernvermutung sowie für eine im Sachverhalt bestehende Einheits-GmbH & Co. KG Bezug. Bezeichnend ist, dass

<sup>776</sup> Gegen die Anwendbarkeit *Bayer*, in: MüKo-AktG, § 17 Rn. 117; *Liebscher*, in MüKo-GmbHG, Anh. zu § 13 (GmbH-Konzernrecht) Rn. 1385; *Beinert/Hennerkes/Binz*, DB 1979, 68 (69). Siehe auch unter Abschnitt B.IV.2.b)aa).

<sup>777</sup> Vgl. BAG, Beschl. v. 22.11.1995 – 7 ABR 9/95, in: NZA 1996, 706 (707); BAG, Beschl. v. 15.12.2011 – 7 ABR 56/10, in: NZA 2012, 633 (636), wobei für § 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EBRG anderes gelten soll, weil dieser nicht auf § 18 AktG verweise, vgl. BAGE 110,100.

<sup>778</sup> Zum jeweiligen Verweis auf § 18 Abs. 1 AktG in § 54 Abs. 1 BetrVG bzw. in § 2 Abs. 1 DrittelbG: BAG, Beschl. v. 22.11.1995 – 7 ABR 9/95, in: NZA 1996, 706 (707); BAG, Beschl. v. 15.12.2011 – 7 ABR 56/10, in: NZA 2012, 633 (636).

<sup>779</sup> Zu BGHZ 89, 162 siehe unter Abschnitt B.IV.2.b)bb).

<sup>780</sup> Vgl. BAG, Beschl. v. 22.11.1995 – 7 ABR 9/95, in: NZA 1996, 706 (707).

<sup>781</sup> BAG, Beschl. v. 22.11.1995 – 7 ABR 9/95, in: NZA 1996, 706 (707).

<sup>782</sup> BAG, Beschl. v. 22.11.1995 – 7 ABR 9/95, in: NZA 1996, 706 (707).

das Bundesarbeitsgericht im Fall der Einheits-GmbH & Co. KG eine Beherrschung durch die Komplementär-GmbH nicht mehr anspricht, sondern eine Beherrschung durch den Mehrheitskommanditisten für wahrscheinlich hält. Hierfür würde schon die hohe Kapitalbeteiligung des Kommanditisten an der KG im Verhältnis zum geringen Stammkapital der Komplementärin sprechen.<sup>783</sup> Maßgeblich sei, ob Regelungen im Gesellschaftsvertrag der KG, dem Kommanditisten einen Einfluss auf die Geschäftsführung der KG und damit auf deren Komplementär-GmbH belassen würde, wobei bei der Einheits-GmbH & Co. KG insbesondere Weisungsrechte des Kommanditisten in Frage kämen.<sup>784</sup>

Zur Widerlegung der Konzernvermutung müsse für alle wesentlichen Bereiche der Unternehmenspolitik nachgewiesen werden, dass die Unternehmensentscheidungen ohne beherrschende Einflussnahme der Mehrheitsgesellschaft getroffen werden.<sup>785</sup> Es müsse feststehen, dass das herrschende Unternehmen die Mittel, die die Ausübung einheitlicher Leitung ermöglichen, nicht zu diesem Zweck einsetzt und dass die Bereiche, in denen die einheitliche Leitung üblicherweise sichtbar wird, ausschließlich und nachhaltig entsprechend dem uneingeschränkten Eigeninteresse des abhängigen Unternehmens gesteuert werden, wobei vereinzelte Einflussnahmen des herrschenden Unternehmens es nicht ausschließen, dass die Konzernvermutung widerlegt ist.<sup>786</sup> In dem der Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts aus 2012 zugrundeliegenden Fall wurde die Widerlegung der Konzernvermutung abgelehnt, weil im KG-Gesellschaftsvertrag zugunsten der (beherrschenden) Kommanditistin für nahezu alle wesentlichen Entscheidungen Zustimmungsvorbehalte geregelt waren.<sup>787</sup> Der Zustimmungskatalog beinhaltete Entscheidungen im Personal- und Finanzwesen, bezüglich des Unternehmensgegenstands und der Unternehmensorganisation sowie einen Auffangvorbehalt für sonstige Maßnahmen von wesentlicher oder grundsätzlicher Bedeutung und ging nach Ansicht des Gerichts derart weit über das gesetzliche Modell der KG sowie der GmbH hinaus, dass auch tägliche Geschäfte der GmbH & Co. KG der Zustimmung bedurften.<sup>788</sup>

---

<sup>783</sup> Vgl. BAG, Beschl. v. 22.11.1995 – 7 ABR 9/95, in: NZA 1996, 706 (708).

<sup>784</sup> Vgl. BAG, Beschl. v. 22.11.1995 – 7 ABR 9/95, in: NZA 1996, 706 (708).

<sup>785</sup> Vgl. BAG, Beschl. v. 15.12.2011 – 7 ABR 56/10, in: NZA 2012, 633 (637).

<sup>786</sup> Vgl. BAG, Beschl. v. 15.12.2011 – 7 ABR 56/10, in: NZA 2012, 633; BayObLG, Beschl. v. 6.3.2002 – 3Z BR 343/00, in: NZG 2002, 579 (581).

<sup>787</sup> Vgl. BAG, Beschl. v. 15.12.2011 – 7 ABR 56/10, in: NZA 2012, 633 (637).

<sup>788</sup> Vgl. BAG, Beschl. v. 15.12.2011 – 7 ABR 56/10, in: NZA 2012, 633 (637).

Da keine Anhaltspunkte ersichtlich waren, dass der Gesellschaftsvertrag tatsächlich so nicht ausgeführt wurde, konnte die Konzernvermutung nicht widerlegt werden.<sup>789</sup>

Die Wertungen des Bundesarbeitsgerichts zur Beherrschung der GmbH & Co. KG durch den Gesellschafter sind im Ergebnis zutreffend. Der in den Entscheidungsgründen anklingenden Annahme, dass die Komplementärin einer GmbH & Co. KG regelmäßig die KG beherrscht, kann jedoch nicht gefolgt werden. § 17 Abs. 2 AktG enthält eine Abhängigkeitsvermutung für im Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen, die bei der typischen Kapitalgesellschaft & Co. KG mangels Mehrheitsbeteiligung der Komplementärin an der KG schon nicht greift. Für eine weitere Abhängigkeitsvermutung zwischen Komplementärin und KG gibt es keine Rechtsgrundlage.<sup>790</sup> Es ist daher notwendig die Beherrschung nach § 17 Abs. 1 AktG zu prüfen.

Wie schon gezeigt, ist für das Vorliegen einer Beherrschung i.S.d. § 17 AktG bei der Kapitalgesellschaft & Co. die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags (gegebenenfalls nebst Nebenabreden) maßgeblich.<sup>791</sup> Im gesetzlichen Regelfall kann wegen des Widerspruchsrechts der Kommanditisten aus § 164 HGB grundsätzlich nicht von einer Abhängigkeit der KG von ihrer Komplementärin ausgegangen werden.<sup>792</sup> Es wurde bereits gezeigt, wie vielfältig die gesellschaftsvertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten in Bezug auf die Kompetenzverteilung in der Kapitalgesellschaft & Co. KG sind.<sup>793</sup> Je nach Gestaltung des Gesellschaftsvertrags kann im Ergebnis eine Beherrschung der KG durch die Komplementärin oder durch einen Kommanditisten vorliegen oder die

---

<sup>789</sup> Vgl. BAG, Beschl. v. 15.12.2011 – 7 ABR 56/10, in: NZA 2012, 633 (637).

<sup>790</sup> Vgl. *Brügel/Tillkorn*, GmbHHR 2013, 459 (461).

<sup>791</sup> Vgl. nur *Bayer*, in: MüKo-AktG, § 17 Rn. 116; *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 21 Rn. 19; *Beinert/Hennerkes/Binz*, DB 1979, 68 (69).

<sup>792</sup> Vgl. *Raiser*, in: *Raiser/Veil/Jacobs*, MitbestG, § 5 Rn. 21; *Habersack*, in: *Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 5 MitbestG Rn. 9; *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 14 Rn. 67; *Mutter*, in: *Münchener Hdb Gesellschaftsrecht*, Band 2, § 53 Rn. 16; *Liebscher*, in: *Reichert*, GmbH & Co. KG, § 51 Rn. 12; a.A. *Schneider*, ZGR 1977, 335 (347); *Sigle*, in: FS Peltzer, S. 539 (550) unter Verweis auf die Regierungsbegründung zum Gesetz zur Durchführung der Richtlinie des Rates der Europäischen Union zur Änderung der Bilanz- und der Konzernbilanzrichtlinie hinsichtlich ihres Anwendungsbereichs (90/605/EWG), zur Verbesserung der Offenlegung von Jahresabschlüssen und zur Änderung anderer handelsrechtlicher Bestimmungen (Kapitalgesellschaften- und Co-Richtlinie-Gesetz), BT-Drs. 14/1806, S. 22.

<sup>793</sup> Siehe hierzu unter Abschnitt C.II.

KG steht insgesamt in keinem Abhängigkeitsverhältnis.<sup>794</sup> Es ist daher jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob die KG durch ihre Komplementärin beherrscht wird. Für einzelne gesellschaftsvertragliche Regelungen kann auf die zum aktienrechtlichen Beherrschungsbegriff entwickelten Anhaltspunkte verwiesen werden.<sup>795</sup> Wird im Gesellschaftsvertrag das Widerspruchsrecht der Kommanditisten nach § 164 HGB nicht ausgeschlossen, liegt in der Regel keine Beherrschung durch die Komplementärin vor.<sup>796</sup>

Soweit vertreten wird, dass bei einer beteiligungsidentischen GmbH & Co. KG wegen des unmittelbaren Einflusses der GmbH-Gesellschafter auf die KG eine Abhängigkeit von der GmbH nicht gegeben sei<sup>797</sup>, kann dem in dieser Allgemeinheit nicht gefolgt werden. Richtig ist, dass bei einer beteiligungsidentischen Kapitalgesellschaft & Co. KG die Komplementärin üblicherweise nur ein Haftungsvehikel der Gesellschafter ist. Die Kommanditisten werden daher gesellschaftsvertraglich Zustimmungsvorbehalte und gegebenenfalls sogar Weisungsrechte gegenüber der Komplementärin vereinbaren. Dies führt jedenfalls dazu, dass die Komplementärin die KG nicht beherrscht. Bei einer Erweiterung der Rechte der Kommanditisten kommt schließlich auch eine Beherrschung durch einen Kommanditisten in Betracht.<sup>798</sup> Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn ein Alleingesellschafter oder Mehrheitsgesellschafter der Komplementärin zugleich einziger oder mehrheitlich beteiligter Kommanditist der KG ist.<sup>799</sup>

Steht die KG in einem Abhängigkeitsverhältnis zur Komplementärin nach § 17 Abs. 1 AktG, wird die einheitliche Leitung durch die Komplementärin nach § 18 Abs. 1 Satz 3 AktG vermutet. Wird diese Vermutung wiederum nicht widerlegt,

---

<sup>794</sup> Vgl. zu den verschiedenen Varianten *Brügel/Tillkorn*, GmbHR 2013, 459 (461), die jedoch im gesetzlichen Grundmodell abweichend von der hier vertretenen Auffassung eine Beherrschung durch die Komplementärin annehmen.

<sup>795</sup> Siehe hierzu unter Abschnitt B.IV.2.b).

<sup>796</sup> Vgl. *Raiser*, in: *Raiser/Veil/Jacobs*, MitbestG, § 5 Rn. 21; *Habersack*, in: *Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 5 MitbestG Rn. 9; *Wißmann*, in: *Wißmann/Kleinsorge/Schubert*, Mitbestimmungsrecht, § 5 Rn. 51; *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 14 Rn. 67; *Mutter*, in: *Münchener Hdb Gesellschaftsrecht*, Band 2, § 53 Rn. 16.

<sup>797</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, 11. Aufl. 2010, § 14 Rn. 64, die diese Auffassung in der Neuauflage jedoch nicht mehr vertreten.

<sup>798</sup> Vgl. *Liebscher*, in: *Reichert*, GmbH & Co. KG, § 51 Rn. 38.

<sup>799</sup> So in den zugrundeliegenden Fällen der Entscheidungen des BAG, Beschl. v. 22.11.1995 – 7 ABR 9/95, in: *NZA* 1996, 706 (707); BAG, Beschl. v. 15.12.2011 – 7 ABR 56/10, in: *NZA* 2012, 633 (636) sowie zum Wettbewerbsrecht BGHZ 89, 162.

greift die Konzernzurechnung nach § 5 Abs. 1 MitbestG. Der Komplementärin können dann die Arbeitnehmer der KG zugerechnet werden.

**(c) Auswirkungen von § 4 Abs. 2 MitbestG auf die Abhängigkeit der KG bzw. KGaA**

Bei einer nach § 4 Abs. 1 MitbestG mitbestimmten Kapitalgesellschaft & Co. KG darf die Komplementärin nach § 4 Abs. 2 MitbestG nicht von der Führung der Geschäfte ausgeschlossen werden.<sup>800</sup> Erfüllt der Gesellschaftsvertrag der Kapitalgesellschaft & Co. KG diese Vorgaben, könnte es naheliegen, eine Beherrschung durch die Komplementärin auch i.S.d. § 5 Abs. 1 Satz 1 MitbestG anzunehmen. Die Ausführungen zu § 4 Abs. 2 MitbestG haben jedoch gezeigt, dass der Spielraum für die gesellschaftsvertragliche Ausgestaltung der Kompetenzverteilung auch bei der nach § 4 Abs. 1 MitbestG mitbestimmten Kapitalgesellschaft & Co. KG groß ist. Pauschal von einer Beherrschung durch die Komplementärin auszugehen, verbietet sich also auch hier. Mit der herrschenden Auffassung wird man für eine Beherrschung über die Anforderungen des § 4 Abs. 2 MitbestG hinaus noch verlangen müssen, dass im Gesellschaftsvertrag das Widerspruchsrecht der Kommanditisten nach § 164 HGB ausgeschlossen ist.

**(3) Komplementärin als Teilkonzernspitze**

Eine Mitbestimmung in der Komplementärin könnte auch aufgrund von § 5 Abs. 3 MitbestG in Betracht kommen. § 5 Abs. 3 MitbestG siedelt die Mitbestimmung bei Leitung eines Konzerns durch ein nicht mitbestimmungsfähiges Unternehmen bei der am nächsten stehenden Teilkonzernspitze an. Maßgebend ist dann, ob das herrschende Unternehmen die nachgeordneten Unternehmen über diese Teilkonzernspitze beherrscht. Dabei soll es nach Ansicht der obergerichtlichen Rechtsprechung nicht darauf ankommen, dass tatsächlich Leitungsbefugnisse durch die Teilkonzernspitze ausgeübt werden, sondern eine Eingliederung der Gesellschaft in den Konzern sei ausreichend.<sup>801</sup> Dem ist mit dem wohl überwiegenden Teil der Literatur nicht zuzustimmen. Danach muss die Teilkonzernspitze ihrerseits ein Mindestmaß an Leitungsmöglichkeiten auf die

---

<sup>800</sup> Zu den Einzelheiten siehe unter Abschnitt D.I.1.b)cc)(2).

<sup>801</sup> Vgl. OLG Frankfurt, Beschl. v. 21.4.2008 – 20 W 9/07, in: ZIP 2008, 880; OLG Stuttgart, Beschl. v. 30.3.1995 – 8 W 355/93, in: NJW-RR 1995, 1067 (1068); OLG Hamburg, Beschl. v. 4.7.2017 – 11 W 19/17, BeckRS 2017, 123268. Allein auf die Kapitalmehrheit der Teilkonzernspitze an nachgeordneten Unternehmen abstellend OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.10.2006 – I-26 W 14/06 AktE, in: NZA 2007, 707.

nachgeordneten Gesellschaften jedenfalls vermitteln können.<sup>802</sup> Nur so kann das Ziel, die Mitbestimmung dort zu ermöglichen, wo relevante Entscheidungen getroffen werden, erreicht werden. Soweit die Rechtsprechung demgegenüber darauf verweist, dass die Frage der tatsächlichen Leitungsmöglichkeiten dahinstehen müsse, da ansonsten zu große Missbrauchsmöglichkeiten bestünden<sup>803</sup>, ist dem zu widersprechen. Das Mitbestimmungsgesetz stellt nämlich auch an anderer Stelle bewusst Tatbestandsmerkmale auf (z.B. die Mehrheitsidentität in § 4 Abs. 1 MitbestG), die auch umgangen werden können. Dies zeigt, dass keine Mitbestimmung um jeden Preis gewollt ist, sondern eine Mitbestimmung genau dort stattfinden soll, wo sie effektiv wirken kann.

Mit der herrschenden Auffassung in der Literatur ist damit auch für die Qualifikation als Teilkonzernspitze i.S.d. § 5 Abs. 3 MitbestG eine Leitungsmöglichkeit der Komplementärin zu fordern, wobei auf die Beherrschungsmöglichkeit nach § 17 Abs. 1 AktG abgestellt werden kann.<sup>804</sup> Die Rechtsprechung zeigt aber, dass bei einer Ausübung von Leitungsmacht etwa durch natürliche Personen oberhalb der Kapitalgesellschaft & Co. KG ein hohes Risiko besteht, dass die Komplementärin nach § 5 Abs. 3 MitbestG der Mitbestimmung unterworfen wird. Abhilfe kann hier zur Vermeidung der Mitbestimmung der Einsatz einer SE als Komplementärin schaffen.

## **2. Schwache Mitbestimmung in der SE & Co. KGaA**

### **a) Mitbestimmung auf Ebene der KGaA**

Die KGaA fällt unter die mitbestimmten Rechtsformen nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 DrittelbG und § 1 Abs. 1 Nr. 1 MitbestG. Beschäftigt die KGaA in der Regel mehr als 500 bzw. mehr als 2.000 Arbeitnehmer, ist bei ihr ein mitbestimmter Aufsichtsrat einzurichten, der zu einem Drittel bzw. zur Hälfte mit Arbeitnehmersvertretern zu besetzen ist. Der Aufsichtsrat der KGaA hat allerdings, wie bereits gezeigt, eine relativ schwache Stellung. Im Gegensatz zum Aufsichtsrat einer mitbestimmten GmbH oder AG steht ihm nach § 31 Abs. 1 Satz 2 MitbestG keine Personalkompetenz zu und es ist nach § 33 Abs. 1 Satz 2 MitbestG auch kein

---

<sup>802</sup> Vgl. *Annufß*, in: MüKo-AktG, § 5 MitbestG Rn. 18; *Habersack*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 5 MitbestG Rn. 70; *Oetker*, in: ErfK-Arbeitsrecht, § 5 MitbestG Rn. 21, *Oetker*, in: GK-AktG, § 5 MitbestG Rn. 61; *Seibt*, in: Henssler/Willemsen/Kalb, MitbestG, § 5 Rn.12; *ders.*, ZIP 2008, 1301 (1306); *Habersack*, AG 2007, 641 (648).

<sup>803</sup> Vgl. OLG Frankfurt, Beschl. v. 21.4.2008 – 20 W 9/07, in: ZIP 2008, 880.

<sup>804</sup> Vgl. *Habersack*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 5 MitbestG Rn. 70.

Arbeitsdirektor zu bestellen. Als Grund hierfür wird der Wille des Gesetzgebers angeführt, die gesellschaftsrechtliche Struktur der KGaA und damit den dort geltenden Grundsatz der Selbstorganschaft unangetastet zu lassen.<sup>805</sup> Der Aufsichtsrat der KGaA kann darüber hinaus auch keine Zustimmungsvorbehalte festlegen, keine Geschäftsordnung für die Geschäftsführung erlassen und er wirkt nicht an der Feststellung des Jahresabschlusses mit.<sup>806</sup>

Die Mitbestimmung wirkt sich damit in der Kapitalgesellschaft & Co. KGaA deutlich schwächer aus als in anderen Rechtsformen. Sie sei „genau dort entschärft, wo sie von vielen Familienunternehmen traditionell als besonders störend empfunden wird“<sup>807</sup>. Damit wird die Kapitalgesellschaft & Co. KGaA zum „praktisch wirksamsten ‚Gegenmittel‘ gegen die Mitbestimmung“<sup>808</sup>, indem die Gesellschafter ihren Einfluss in der Komplementärgesellschaft sicherstellen und durch geeignete Regelungen im Gesellschaftsvertrag den Einfluss eines etwaigen mitbestimmten Aufsichtsrats in der KGaA minimieren.

## **b) Mitbestimmung auf Ebene der Komplementärin**

### **aa) Keine Mitbestimmung bei der SE als Komplementärin**

Wie bereits dargestellt, kommt eine Mitbestimmung bei der SE nicht in Betracht.<sup>809</sup> Die Wahl einer SE als Komplementärin kann damit in mitbestimmungsrechtlicher Hinsicht Rechtssicherheit schaffen. Gleichwohl ist auch hier zu berücksichtigen, dass sich eine Mitbestimmungspflicht der Komplementärin nach dem SEBG ergeben kann, wenn die Komplementärin einer bestehenden Kapitalgesellschaft & Co. KGaA mitbestimmt war.<sup>810</sup>

### **bb) §§ 4 und 5 MitbestG (analog)**

#### **(1) Meinungsstand**

Für Kapitalgesellschaften & Co. KGaA mit beispielsweise einer GmbH oder AG als Komplementärin wird diskutiert, ob die soeben beschriebene

---

<sup>805</sup> Vgl. *Raiser*, in: *Raiser/Veil/Jacobs*, *MitbestG*, § 31 Rn. 44, § 33 Rn. 14; *Habersack*, in: *Habersack/Henssler*, *Mitbestimmungsrecht*, § 31 *MitbestG* Rn. 4; *Joost*, *ZGR* 1998, 334 (340).

<sup>806</sup> Im Einzelnen hierzu unter Abschnitt C.III.3.a).

<sup>807</sup> *Binz/Sorg*, *GmbH & Co. KG*, § 28 Rn. 20, vgl. auch *Reichert*, *ZIP* 2014, 1957 (1965).

<sup>808</sup> So bereits kurz nach Inkrafttreten des *MitbestG* *Reuter/Körnig*, *ZHR* 140 (1976), 494 (517), die allerdings seinerzeit noch die Zulässigkeit der Kapitalgesellschaft & Co. KGaA bestreiten.

<sup>809</sup> Siehe hierzu unter Abschnitt D.I.1.b)aa).

<sup>810</sup> Siehe hierzu unter Abschnitt D.II.1.a).

mitbestimmungsrechtliche Privilegierung gerechtfertigt ist. Eine effektivere Mitbestimmung könnte nämlich über die Komplementärgesellschaft erreicht werden. Eine Sonderregelung wie sie in § 4 MitbestG für die Kapitalgesellschaft & Co. KG enthalten ist, hat der Gesetzgeber für die Kapitalgesellschaft & Co. KGaA allerdings nicht vorgesehen. Diskutiert wird deshalb eine analoge Anwendung des § 4 MitbestG auf die Kapitalgesellschaft & Co. KGaA.

Der Bundesgerichtshof hat in seiner Leitentscheidung zur Zulässigkeit der Kapitalgesellschaft & Co. KGaA<sup>811</sup> deutlich Position gegen eine „– wie auch immer geartete – Rechtsfortbildung“<sup>812</sup> im Rahmen des MitbestG bezogen. Bei Erlass des MitbestG sei dem Gesetzgeber die Existenz der Kapitalgesellschaft & Co. KGaA bewusst gewesen, ohne dass er das MitbestG entsprechend angepasst habe. Eine planwidrige Regelungslücke liege also nicht vor. Die Rechtsprechung und ihr folgend auch Teile des Schrifttums lehnen daher eine analoge Anwendung von §§ 4 und 5 MitbestG ab.<sup>813</sup> Es fehle auch an einer Vergleichbarkeit der Interessenlage, insbesondere weil die KGaA ihrerseits selbst der Mitbestimmung unterliege.<sup>814</sup> Würde der mitbestimmte Aufsichtsrat bei der Komplementärin angesiedelt, hätten die Arbeitnehmervertreter mehr Einfluss auf die Bestellung der Geschäftsführer als die Kommanditaktionäre.<sup>815</sup> Dies soll auch für den Fall der Einheitsgesellschaft

---

<sup>811</sup> BGHZ 134, 392.

<sup>812</sup> BGHZ 134, 392 (400), wonach es „nicht Aufgabe der Gerichte sein [könne], den auf politischem Wege gefundenen Mitbestimmungskompromiss durch eine – wie auch immer geartete – Rechtsfortbildung zu korrigieren. Es sei „allein Sache des Gesetzgebers, das Mitbestimmungsgesetz den neuen Gegebenheiten anzupassen, wenn er der Ansicht sein sollte, die KGaA ohne natürliche Person als persönlich haftende Gesellschafterin müsse der Mitbestimmung unterworfen werden.“

<sup>813</sup> Vgl. OLG Celle, Beschl. v. 9.10.2014 – 9 W 116/14, in: GmbHR 2015, 317; LG Hannover, Beschl. v. 7.5.2014 – 23 O 30/13, juris; *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 278 Rn. 91 (Stand 1.6.2021); *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 278 Rn. 22; *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 278 Rn. 296 und 303 f.; *Henssler*, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, S. 387 (406); *Herfs*, in: Münchener Hdb Gesellschaftsrecht, Band 4, § 79 Rn. 73; *K. Schmidt*, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 287 Rn. 5; *Sethe*, in: GK-AktG, vor § 287 Rn. 15; *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 28 Rn. 17; *Bayer*, ZGR 1977, 173 (193); *Halasz/Kloster/Kloster*, GmbHR 2002, 77 (86); *Hennerkes/Lorz*, DB 1997, 1388 (1392); *Hennerkes/May*, BB 1988, 2393 (2399); *Marsch-Barner*, in: FS Hoffmann-Becking, S. 790 f.; *Reuter/Körnig*, ZHR 140 (1976), 494 (517); *von Eiff/Otte*, GWR 2015, 246 (248); *Wollburg*, in: FS Hoffmann-Becking, S. 1425 (1427); *Begemann*, Die SE & Co. KGaA als Rechtsform für Familienunternehmen, S. 34 ff.; *A. Schubert*, SE & Co. KGaA, S. 409 ff.

<sup>814</sup> Vgl. *K. Schmidt*, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 287 Rn. 5; *Reuter/Körnig*, ZHR 140 (1976), 494 (517), wonach insbesondere eine Lösung für das Problem der doppelten Mitbestimmung in der Komplementärgesellschaft und der KGaA fehle; *von Eiff/Otte*, GWR 2015, 246 (248); *Begemann*, Die SE & Co. KGaA als Rechtsform für Familienunternehmen, S. 37.

<sup>815</sup> Vgl. *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 278 Rn. 304; *Begemann*, Die SE & Co. KGaA als Rechtsform für Familienunternehmen, S. 38; nach *K. Schmidt* sei es daher einzig sinnvoll, den mitbestimmten Aufsichtsrat bei der KGaA anzusiedeln und diesem unter Fortfall der „KGaA-Privilegien“ einen organisatorischen Durchgriff auf die Geschäftsführung zu ermöglichen, was von der herrschenden Meinung aber abgelehnt werde, *K. Schmidt*, in: Schmidt/Lutter, AktG, § 287 Rn. 5.

gelten, selbst wenn durch die Satzung entscheidende Befugnisse auf die Gesellschafter oder einen (nicht mitbestimmten) Gesellschafterausschuss übertragen werden.<sup>816</sup>

Weite Teile der Literatur sprechen sich jedoch für eine entsprechende Anwendung der §§ 4 und 5 MitbestG aus.<sup>817</sup> Es entspreche dem Sinn und Zweck der §§ 4 und 5 MitbestG, die Mitbestimmung unabhängig von der formalen Zuordnung der Arbeitnehmer dort zu verorten, wo die Leitung des Unternehmens stattfindet.<sup>818</sup> Das Bestehen einer Regelungslücke wird mit dem Argument bejaht, dass es für deren Feststellung auf den Horizont des Gesetzgebers zum Zeitpunkt des Erlasses der Norm ankomme und nicht auf die gegebenenfalls bewusste Unterlassung späterer Anpassungen des MitbestG.<sup>819</sup> Größtenteils wird für die analoge Anwendung von § 4 MitbestG gefordert, dass bei der Kapitalgesellschaft & Co. KGaA die Voraussetzungen des § 4 MitbestG, insbesondere das Erfordernis der Mehrheitsidentität, erfüllt sind.<sup>820</sup> Dies wird bei der Kapitalgesellschaft & Co. KGaA häufig nicht der Fall sein, wenn die Kommanditaktien zum Zwecke der breiten Unternehmensfinanzierung gestreut sind.<sup>821</sup> Wie bei der Kapitalgesellschaft & Co. KG kann daher auch hier versucht werden, die analoge Anwendung von § 4 MitbestG durch eine entsprechende Gestaltung der Mehrheitsverhältnisse zu vermeiden, wobei aber eine absolute Rechtssicherheit häufig nicht erreicht werden kann.<sup>822</sup>

---

<sup>816</sup> Vgl. *Otte*, Die AG & Co KGaA, S. 228 f.

<sup>817</sup> Vgl. *Oetker*, in: GK-AktG, § 4 MitbestG Rn. 4; *Raiser*, in: Raiser/Veil/Jacobs, MitbestG, § 4 Rn. 6 und § 31 Rn. 46; *Habersack*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 1 MitbestG Rn. 40 f.; *Wißmann*, in: Wißmann/Kleinsorge/Schubert, Mitbestimmungsrecht, § 4 Rn. 34; *Bayer/Hoffmann*, AG 2016, R267 (R268); *Sethe*, ZIP 1996, 2053 (2057); *Ders.*, Die personalistische Kapitalgesellschaft mit Börsenzugang, S. 172; *Arnold*, Die GmbH & Co. KGaA, S. 114 ff.; *Steindorff*, in: FS Ballerstedt, S. 127 (138 f.) für § 4 MitbestG; *Ullrich*, Unternehmensmitbestimmung in der kapitalistischen KGaA, S. 87 ff.

<sup>818</sup> Vgl. *Habersack*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 1 MitbestG Rn. 40.

<sup>819</sup> Vgl. *Giehl*, MittBayNot 2016, 285 (287), der jedoch das Vorliegen einer vergleichbaren Interessenlage verneint; *Joost*, ZGR 1998, 334 (339); *Ullrich*, Unternehmensmitbestimmung in der kapitalistischen KGaA, S. 113 ff.

<sup>820</sup> Vgl. *Oetker*, in: GK-AktG, § 4 MitbestG Rn. 4; *Raiser*, in: Raiser/Veil/Jacobs, MitbestG, § 4 Rn. 6 und § 31 Rn. 46; *Habersack*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 1 MitbestG Rn. 40a; *Wißmann*, in: Wißmann/Kleinsorge/Schubert, Mitbestimmungsrecht, § 4 Rn. 34; *Arnold*, Die GmbH & Co. KGaA, S. 118 f.; a.A. *Steindorff*, in: FS Ballerstedt, S. 127 (139); *Ullrich*, Unternehmensmitbestimmung in der kapitalistischen KGaA, S. 176.

<sup>821</sup> Vgl. *Arnold*, Die GmbH & Co. KGaA, S. 118 f., der die analoge Anwendung von § 4 MitbestG damit für praktisch bedeutungslos erklärt.

<sup>822</sup> Siehe hierzu unter Abschnitt D.I.1.b)cc)(1).

## (2) **Stellungnahme**

Während häufig im Zusammenhang mit der Frage der Mitbestimmung in der Kapitalgesellschaft und Co. KG von einer entsprechenden Anwendung der §§ 4 und 5 MitbestG gesprochen wird, sollte diese Frage differenziert betrachtet werden.<sup>823</sup>

### (a) **Keine analoge Anwendung von § 4 MitbestG**

Die Mitbestimmung in der Komplementärin über § 4 MitbestG kann nur im Wege einer Analogie erreicht werden. Wenngleich sich, wie gezeigt, gewichtige Stimmen in der Literatur für eine Analogie aussprechen, hat die Rechtsprechung einer solchen Ausweitung des MitbestG auf die Kapitalgesellschaft & Co. KGaA eine ausdrückliche Absage erteilt, weshalb auch die Praxis sich auf diese Position berufen kann.<sup>824</sup> Sie ist auch zutreffend. Eine planwidrige Regelungslücke kann zwar angenommen werden, weil dem Gesetzgeber bei Erlass des MitbestG 1976 die Existenz der Kapitalgesellschaft & Co. KGaA nicht bewusst war, wurde sie doch erst 1997 durch die Rechtsprechung als zulässig anerkannt. Seither hat der Gesetzgeber sich zwar trotz mehrfacher Änderungen des MitbestG nicht veranlasst gesehen, eine Anpassung des § 4 MitbestG vorzunehmen. Dem ist jedoch nicht zu entnehmen, dass von einer Regelung bewusst abgesehen wurde. Die Analogie scheitert nach hier vertretener Auffassung im Ergebnis an der mangelnden Vergleichbarkeit der Interessenlage. Sinn und Zweck des § 4 MitbestG ist es, die Mitbestimmung auf solche Kapitalgesellschaften & Co. KG zu erstrecken, die funktionell weitgehend einer Kapitalgesellschaft entsprechen. Die Komplementär-Kapitalgesellschaft soll nicht deshalb mitbestimmungsfrei bleiben, weil die Arbeitnehmer bei der nicht mitbestimmungspflichtigen KG angestellt sind. Dies entspricht nicht der Interessenlage bei der Kapitalgesellschaft & Co. KGaA. Anders als die KG zählt die KGaA zu den mitbestimmten Rechtsformen. Die bei der KGaA beschäftigten Arbeitnehmer haben daher Mitbestimmungsrechte im Aufsichtsrat der KGaA. Die Analogie ist auch nicht aufgrund der eingeschränkten Kompetenzen des Aufsichtsrats der KGaA gerechtfertigt. Es besteht insoweit kein Unterschied zu der personalistischen KGaA, bei welcher diese mitbestimmungsrechtliche Privilegierung bewusst hingenommen wird.

---

<sup>823</sup> Vgl. auch *Herfs*, in: Münchener Hdb Gesellschaftsrecht, Band 4, § 79 Rn. 73 f.; *Habersack*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 1 MitbestG Rn. 40a.

<sup>824</sup> Vgl. auch *Gach*, in: MüKo-AktG, § 31 MitbestG Rn. 32.

**(b) Zurechnung nach § 5 Abs. 1 Satz 1 MitbestG**

Eine andere Frage ist die der Zurechnung nach § 5 Abs. 1 Satz 1 MitbestG. Für eine Anwendung von § 5 MitbestG auf die Kapitalgesellschaft & Co. KGaA bedarf es keines Analogieschlusses. Wie bei der Kapitalgesellschaft & Co. KG stellt sich zunächst die Frage der grundsätzlichen Anwendbarkeit von § 5 MitbestG. Vertritt man wie hier die Auffassung, dass § 4 MitbestG auf die Kapitalgesellschaft & Co. KGaA nicht analog angewendet werden kann, kommt man schon nicht zu der oben diskutierten Konkurrenzproblematik.<sup>825</sup> Will man die Kapitalgesellschaft & Co. KGaA wie die Kapitalgesellschaft & Co. KG behandeln und § 4 MitbestG entsprechend anwenden, wird man sich die Frage stellen müssen, ob § 5 MitbestG auch hier neben § 4 MitbestG Anwendung finden kann. Dies wird von einer verbreiteten Auffassung verneint, die § 4 MitbestG als *lex specialis* ansieht, selbst wenn die analoge Anwendung von § 4 MitbestG auf die Kapitalgesellschaft & Co. KGaA verneint wird.<sup>826</sup> Mit den bereits genannten Argumenten<sup>827</sup> ist der Gegenauffassung auch für die Kapitalgesellschaft & Co. KGaA zuzustimmen.<sup>828</sup> Es muss bei der Kapitalgesellschaft & Co. KGaA sogar erst recht gelten, weil § 4 MitbestG ohnehin lediglich entsprechend anwendbar wäre und daher einer direkten Anwendung von § 5 MitbestG nicht entgegenstehen sollte.<sup>829</sup>

Ist danach die grundsätzliche Anwendbarkeit von § 5 MitbestG nach der hier vertretenen Ansicht zu bejahen, muss geklärt werden, ob die Kapitalgesellschaft & Co. KGaA ein Konzern i.S.d. § 5 MitbestG sein kann. Soweit nach der hier vertretenen Auffassung der mitbestimmungsrechtliche Unternehmensbegriff

---

<sup>825</sup> Siehe unter Abschnitt D.I.1.b)dd)(1)(b).

<sup>826</sup> Vgl. *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 278 Rn. 93 (Stand 1.6.2021); *Perlitt*, in: MüKo-AktG, § 278 Rn. 306; *Sethe*, in: GK-AktG, vor § 287 Rn. 11; *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 28 Rn. 19; *Hecht*, in: Bürgers/Fett, Die KGaA, § 5 Rn. 538; *Herfs*, in: Münchener Hdb Gesellschaftsrecht, Band 4, § 79 Rn. 74, der § 4 MitbestG als „speziellere – aber nicht anwendbare – Regelung“ ansieht; *Begemann*, Die SE & Co. KGaA als Rechtsform für Familienunternehmen, S. 40; *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 87 f.; *Joost*, ZGR 1998, 334 (347), der den Erst-Recht-Schluss in umgekehrter Weise ziehen möchte; *Hennerkes/May*, BB 1988, 2393 (2399).

<sup>827</sup> Siehe hierzu unter Abschnitt D.I.1.b)dd)(1)(b).

<sup>828</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, BB 1988, 2041 (2045); *dies.*, DB 1997, 313 (316), die ohne die Problematik zu diskutieren § 4 und § 5 MitbestG für anwendbar halten; *Giehl*, MittBayNot 2016, 285 (288), *Arnold*, Die GmbH & Co. KGaA, S. 122; *Kessler*, Die rechtlichen Möglichkeiten der Kommanditaktionäre einer GmbH & Co. KGaA, S. 240.

<sup>829</sup> Vgl. *Sethe*, Die personalistische Kapitalgesellschaft mit Börsenzugang, S. 173; wohl auch *Bayer*, ZGR 1977, 173 (193); *Ullrich*, Unternehmensmitbestimmung in der kapitalistischen KGaA, S. 162 f., der zwar § 4 MitbestG grundsätzlich als *lex specialis* sieht, jedoch eine parallele Anwendung von §§ 4 und 5 MitbestG bejaht, wenn die Komplementärin im Ausnahmefall die KG bzw. KGaA beherrscht.

angewendet wird,<sup>830</sup> ist das Vorliegen eines Konzerns und damit zunächst die Abhängigkeit der KGaA von der Komplementärin zu prüfen. Zum Teil verschwimmen bei der Frage der Anwendung von § 5 MitbestG auf die Kapitalgesellschaft & Co. KGaA die verschiedenen Merkmale des Konzerntatbestands und es wird nicht sauber zwischen der Unternehmenseigenschaft der Komplementärin und der Abhängigkeit der KGaA unterschieden. Dies tritt darin zutage, dass angenommen wird, eine typische Komplementärin, die über die Tätigkeit als Komplementärin hinaus keine anderweitige Geschäftstätigkeit entfaltet, könne nicht herrschendes Unternehmen sein, weil anderenfalls die Regelung des § 5 MitbestG immer einschlägig wäre und § 4 MitbestG keine Bedeutung hätte.<sup>831</sup>

Dieser Begründung kann nicht gefolgt werden. Auch eine typische Komplementärin ohne anderweitige Geschäftstätigkeit kann die Unternehmenseigenschaft im mitbestimmungsrechtlichen Sinne aufweisen, ohne dass dadurch die weiteren für ein Eingreifen von § 5 Abs. 1 MitbestG notwendigen Merkmale der Abhängigkeit und der einheitlichen Leitung vorliegen.<sup>832</sup> Zum Teil wird davon ausgegangen, dass eine Kapitalgesellschaft & Co. KGaA die genannten Merkmale deshalb nicht erfüllt, weil die Komplementärin keine eigenen, denen der KGaA entgegenlaufenden Interessen hat und diese auch aufgrund der Treuepflicht gegenüber der KGaA nicht durchsetzen könnte.<sup>833</sup>

Die Vermutung einer Abhängigkeit bei mehrheitlicher Beteiligung nach § 17 Abs. 2 i.V.m. §16 AktG kann auch bei der Kapitalgesellschaft & Co. KGaA nicht verfangen und wird regelmäßig auch nicht erfüllt sein.<sup>834</sup> Die Abhängigkeit ist also positiv festzustellen. Sie wird von Teilen der Literatur bereits deshalb grundsätzlich

---

<sup>830</sup> Siehe hierzu unter Abschnitt D.I.1.b)dd)(2)(a). So auch für die Kapitalgesellschaft & Co. KGaA: *Giehl*, MittBayNot 2016, 285 (289); Dagegen *Arnold*, Die GmbH & Co. KGaA, S. 121 f.; *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 82 ff.

<sup>831</sup> Vgl. OLG Celle, Beschl. v. 9.10.2014 – 9 W 116/14, in: *GmbHR* 2015, 317; *Herfs*, in: Münchener Hdb Gesellschaftsrecht, Band 4, § 79 Rn. 74; *von Eiff/Otte*, GWR 2015, 246 (248); *Begemann*, Die SE & Co. KGaA als Rechtsform für Familienunternehmen, S. 40 f.

<sup>832</sup> Vgl. hierzu auch *Giehl*, MittBayNot 2016, 285 (289); *Arnold*, Die GmbH & Co. KGaA, S. 122 (Fn. 65); die relevanten Merkmale ebenfalls trennend *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 278 Rn. 93 (Stand 1.6.2021); *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 84 ff.

<sup>833</sup> Vgl. *Otte*, Die AG & Co. KGaA, S. 85 ff.; *Schaumburg/Schulte*, Die KGaA, Rn. 70; *A. Schubert*, SE & Co. KGaA, S. 415.

<sup>834</sup> Vgl. *Bachmann*, in: BeckOGK-AktG, § 278 Rn. 98 (Stand 1.6.2021); *Perlitt*, in: MüKo-AktG, vor § 278 Rn. 105 f.

verneint, weil der Einfluss der Komplementärin gesetzlich vorprogrammiert sei.<sup>835</sup> Richtigerweise ist aber auch für die Kapitalgesellschaft & Co. KGaA auf die Satzungsgestaltung abzustellen.<sup>836</sup> Hier ist auf die zum aktienrechtlichen Beherrschungsbegriff angestellten Erwägungen zu verweisen, wonach eine Beherrschung durch die Komplementärin vor allem dann in Betracht kommt, wenn der Zustimmungsvorbehalt der Kommanditaktionäre in der Satzung ausgeschlossen und die Komplementärin damit weitgehend unabhängig ist.<sup>837</sup> Darüber hinaus wird in der mitbestimmungsrechtlichen Literatur teilweise eine Abhängigkeit der KGaA von der Komplementärin dann angenommen, wenn die Anteile an der Komplementärin überwiegend bei einer Minderheit der Kommanditaktionäre liegen.<sup>838</sup> Diese Schlussfolgerung greift zu kurz. Allein die Beteiligungsverhältnisse an der Komplementärin begründen noch keine Beherrschung der KGaA. Gleichwohl wird der Grund dafür, dass eine Minderheit der Kommanditaktionäre alle Anteile an der Komplementärin hält, sein, dass diese Minderheitsaktionäre sich den Einfluss auf die Geschäftsführung gegenüber den übrigen Kommanditaktionären sichern wollen. Die Gestaltung kommt z.B. bei einer Familiengesellschaft in Betracht, die weitere Kommanditaktionäre als Kapitalgeber aufnehmen, den entscheidenden Einfluss auf die Geschäftsführung der KGaA aber nicht abgeben möchte. Als Gesellschafter haben diese, jedenfalls bei einer Komplementär-GmbH, weitgehende Weisungsbefugnisse in der Komplementärin. Diese werden sie, um ihr Ziel der Unabhängigkeit von den reinen Kapitalgebern zu erreichen, darüber hinaus durch einen Ausschluss des Zustimmungsvorbehalts der Kommanditaktionäre absichern. Im Ergebnis ist daher in der genannten Konstellation tatsächlich eine Beherrschung durch die Komplementärin zu bejahen. Auch eine Mitbestimmung nach § 5 Abs. 3 MitbestG kann bei der Komplementärin als Teilkonzernspitze in Betracht kommen, wenn beispielsweise eine einheitliche

---

<sup>835</sup> Vgl. *Kessler*, Die rechtlichen Möglichkeiten der Kommanditaktionäre einer GmbH & Co. KGaA, S. 239, der darauf hinweist, dass die Komplementär-GmbH die Geschäftsführung sei und diese daher nicht beeinflussen könne; *Schaumburg/Schulte*, Die KGaA, Rn. 70; *Hennerkes/May*, BB 1988, 2393 (2399); *A. Schubert*, SE & Co. KGaA, S. 414.

<sup>836</sup> Vgl. *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 278 Rn. 21; *Perlitt*, in: MüKo-AktG, vor § 278 Rn. 106 ff.; *Giehl*, MittBayNot 2016, 285 (289).

<sup>837</sup> Siehe hierzu unter Abschnitt B.IV.2.b).

<sup>838</sup> Vgl. LG Hannover, Beschl. v. 7.5.2014 – 23 O 30/13, juris; Habersack, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 1 MitbestG Rn. 40a; *Bayer*, ZGR 1977, 173 (193 f.); *Binz/Sorg*, BB 1988, 2041 (2045); *dies.*, DB 1997, 313 (316).

Leitung durch einen nicht mitbestimmungspflichtigen Gesellschafter ausgeübt wird.<sup>839</sup>

### cc) **Zwischenergebnis**

§ 4 MitbestG ist auf die Kapitalgesellschaft & Co. KGaA nicht analog anwendbar, weil die Interessenlage nicht mit derjenigen bei der Kapitalgesellschaft & Co. KG vergleichbar ist. Die Mitbestimmung findet auf Ebene der KGaA statt. Handelt es sich bei der Komplementärin um eine mitbestimmte Rechtsform, wie etwa eine GmbH oder AG, kann jedoch eine Zurechnung von Arbeitnehmern der KGaA nach § 5 Abs. 1 Satz 1 MitbestG erfolgen, wenn eine Abhängigkeit der KGaA von ihrer Komplementärin besteht. Eine solche Beherrschung durch die Komplementärin ist abhängig von der konkreten Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags und kann insbesondere dann angenommen werden, wenn die Komplementärin durch den Ausschluss von Zustimmungsvorbehalten der Kommanditaktionäre im Wesentlichen frei agieren kann.

Rechtssicher ist die Mitbestimmungsfreiheit der Komplementärin also auch bei der Kapitalgesellschaft & Co. KGaA kaum zu erreichen, da unklar bleibt, ob die Rechtsprechung ihre Auffassung auch in Zukunft beibehalten oder ob sie sich einer analogen Anwendung von § 4 MitbestG zuneigen wird und nach hier vertretener Auffassung zudem eine Mitbestimmung nach § 5 MitbestG in Betracht kommt. Zudem wird jedenfalls *de lege ferenda* eine mitbestimmungsrechtliche Angleichung der Kapitalgesellschaft & Co. KGaA an die Kapitalgesellschaft & Co. KG gefordert.<sup>840</sup> Das verbleibende Mitbestimmungsrisiko kann durch den Einsatz einer SE als Komplementärin weiter minimiert werden.

## II. **Beteiligungsverfahren nach dem SEBG**

Mit der Feststellung, dass die SE nicht unter das Regime der deutschen Mitbestimmungsnormen fällt, ist die Mitbestimmungsfreiheit der Komplementär-SE keinesfalls bereits erwiesen. Für die Arbeitnehmerbeteiligung in einer SE mit Sitz in der Bundesrepublik Deutschland ist nämlich das SEBG anwendbar. Zu prüfen ist daher, wann eine Komplementär-SE aufgrund der Regelungen des SEBG mitbestimmt ist. Nach §§ 4 ff. SEBG ist grundsätzlich bei Gründung einer SE ein Arbeitnehmerbeteiligungsverfahren durchzuführen. Wie bereits erläutert, wird in

<sup>839</sup> Siehe hierzu die Ausführungen unter Abschnitt D.I.1.b)dd)(3).

<sup>840</sup> Vgl. *Bayer/Hoffmann*, AG 2016, R267 (R268); *Arnold*, Die GmbH & Co. KGaA, S. 122; zu weiteren Reformgedanken auch *Bayer*, NJW 2016, 1930 (1934 ff.).

der überwiegenden Zahl der Fälle aber auf eine Vorrats-SE zurückgegriffen und damit bei Gründung der SE kein Beteiligungsverfahren durchgeführt.<sup>841</sup> Es stellt sich dann die Frage, ob das Beteiligungsverfahren zu einem späteren Zeitpunkt, insbesondere bei Übernahme der Komplementärstellung, nachzuholen ist. Aber auch dann, wenn bei Gründung ein Beteiligungsverfahren durchgeführt wurde, könnte die Übernahme der Komplementärstellung eine Wiederaufnahme der Verhandlungen erforderlich werden lassen.

## **1. Beteiligungsverfahren nach §§ 4 ff. SEBG bei Gründung der SE**

### **a) Grundlagen und Ablauf des Beteiligungsverfahrens**

Gibt es schon bei Gründung der SE ausreichend (d.h. im Rückschluss aus der teleologischen Reduktion des Art. 12 Abs. 2 SE-VO mindestens zehn<sup>842</sup>) Arbeitnehmer in den Gründungsgesellschaften wird ein Arbeitnehmerbeteiligungsverfahren nach §§ 4 ff. SEBG durchgeführt. Für die Feststellung der ausreichenden Anzahl an Arbeitnehmern wird auf die Arbeitnehmer der an der Gründung beteiligten Gesellschaften, betroffener Tochtergesellschaften und betroffener Betriebe abgestellt.<sup>843</sup> Die Leitungen der Gründungsgesellschaften informieren die Arbeitnehmervertretungen und Sprecherausschüsse in den beteiligten Gesellschaften, betroffenen Tochtergesellschaften und betroffenen Betrieben über die geplante Gründung der SE in dem in § 4 Abs. 3 SEBG geregelten Umfang und fordern zur Bildung des bVG auf.

§ 5 SEBG enthält Vorschriften für die Zusammensetzung des bVG. Die Zusammensetzung folgt dabei den Grundsätzen der Repräsentativität (in Bezug auf die Mitgliedstaaten, in denen Arbeitnehmer vorhanden sind) und der Proportionalität (in Bezug auf die Anzahl der im jeweiligen Mitgliedstaat beschäftigten Arbeitnehmer).<sup>844</sup> Das bVG hat nach der in § 5 Abs. 1 SEBG

---

<sup>841</sup> Siehe hierzu unter Abschnitt B.I.2.

<sup>842</sup> Siehe hierzu unter Abschnitt B.I.2.

<sup>843</sup> Vgl. *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 3 SEBG Rn. 10; *Jacobs*, in: MüKo-AktG, § 3 SEBG Rn. 4; gegen die Einbeziehung von Arbeitnehmern von Tochtergesellschaften für die Berechnung des Schwellenwerts *Begemann*, Die SE & Co. KGaA als Rechtsform für Familienunternehmen, S. 308.

<sup>844</sup> Vgl. *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 5 SEBG Rn. 2.

geregelten Aufteilung mindestens zehn und höchstens vierzig Mitglieder.<sup>845</sup> Die Wahl der Mitglieder des bVG richtet sich sodann nach dem jeweiligen mitgliedstaatlichen Recht (vgl. § 7 Abs. 1 SEBG). Für die auf die Bundesrepublik Deutschland entfallenden Mitglieder des bVG gelten §§ 6 ff. SEBG. Nach § 6 Abs. 2 SEBG sind Arbeitnehmer der beteiligten Gesellschaften, betroffenen Tochtergesellschaften und betroffenen Betriebe sowie Gewerkschaftsvertreter wählbar. Frauen und Männer sollen entsprechend ihrem zahlenmäßigen Verhältnis gewählt werden und für jedes Mitglied ist ein Ersatzmitglied zu wählen. Bei mehr als zwei deutschen Mitgliedern im bVG muss jedes dritte Mitglied ein Gewerkschaftsvertreter, bei mehr als sechs deutschen Mitgliedern im bVG jedes siebte Mitglied ein leitender Angestellter sein. § 7 Abs. 2 bis 5 SEBG regeln die (Unter-)Verteilung der auf die Bundesrepublik Deutschland entfallenden Sitze im bVG auf die an der Gründung beteiligten deutschen Gesellschaften.

Die Wahl der deutschen Mitglieder des bVG erfolgt in der Regel nach § 8 Abs. 1 bis 6 SEBG durch ein Wahlgremium und im Ausnahmefall nach § 8 Abs. 7 SEBG durch Urwahl. Das Wahlgremium besteht regelmäßig aus den Mitgliedern der Arbeitnehmersvertretung höchster Ebene.<sup>846</sup> Je nachdem, ob aus dem Inland nur eine Unternehmensgruppe, nur ein Unternehmen oder nur ein Betrieb oder mehrere Unternehmensgruppen, Unternehmen oder Betriebe beteiligt sind, kommen als Wahlgremium die Mitglieder eines oder mehrerer Konzernbetriebsräte, Gesamtbetriebsräte oder Betriebsräte in Betracht, wobei die Größe des Wahlgremiums auf maximal vierzig Mitglieder beschränkt ist (vgl. § 8 Abs. 6 SEBG). Das Wahlgremium wird nach § 9 SEBG vom Vorsitzenden der Arbeitnehmersvertretung auf höchster Stufe einberufen und es wählt nach dem in § 10 SEBG geregelten Verfahren die deutschen Mitglieder des bVG.

Bereits jetzt zeigt sich, dass es sich um ein äußerst komplexes Verfahren handeln kann, insbesondere wenn mehrere Mitgliedstaaten betroffen sind und überall Wahlen durchgeführt werden müssen. Die Wahl der Mitglieder des bVG soll gemäß § 11 SEBG innerhalb von zehn Wochen nach der Information durch die Leitungen erfolgen. Dann werden den Leitungen die Namen der Mitglieder des bVG mitgeteilt, damit diese nach § 12 Abs. 1 SEBG zur konstituierenden Sitzung des

---

<sup>845</sup> Vgl. ausführlich mit Rechenbeispielen *Henssler*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 5 SEBG Rn. 3; vgl. auch *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 5 SEBG Rn. 2; *Jacobs*, in: MüKo-AktG, § 5 SEBG Rn. 2.

<sup>846</sup> Vgl. § 8 Abs. 2 bis 5 SEBG; *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 8 SEBG Rn. 3.

bVG einladen können. Die konstituierende Sitzung stellt den eigentlichen Beginn des Verhandlungsverfahrens dar, welches den Abschluss einer schriftlichen Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE zum Ziel hat (vgl. § 13 Abs. 1 SEBG). Die Einzelheiten der Zusammenarbeit zwischen Leitungen und bVG sind in §§ 13 bis 15 SEBG geregelt. Ergebnis des Verfahrens ist nach der gesetzlichen Idealvorstellung, wie bereits erwähnt, der Abschluss einer Beteiligungsvereinbarung nach § 21 SEBG. Die Frist für die Verhandlungen beträgt nach § 20 SEBG sechs Monate ab Einsetzung des bVG und kann einvernehmlich bis zu einem Jahr ab Einsetzung des bVG verlängert werden.

Nach § 16 Abs. 1 SEBG kann das bVG auch beschließen die Verhandlungen nicht aufzunehmen oder bereits aufgenommene Verhandlungen abzubrechen. Dann greift aber nicht etwa die Auffanglösung, sondern es gelten die jeweiligen mitgliedstaatlichen Vorschriften für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer (vgl. § 16 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 SEBG). Für die deutschen Arbeitnehmer der SE finden also das BetrVG und das SprAuG Anwendung.<sup>847</sup> Die SE bleibt dann mitbestimmungsfrei, weil ausdrückliche keine gesetzliche Mitbestimmung nach dem SEBG greift (§ 16 Abs. 2 Satz 2 SEBG) und die SE keine mitbestimmte Rechtsform nach dem deutschen Mitbestimmungsrecht ist.<sup>848</sup>

Für den Fall, dass bis zum Ablauf der Verhandlungsfrist keine schriftliche Vereinbarung i.S.d. § 21 SEBG getroffen wurde und das bVG die Verhandlungen nicht abgebrochen hat finden die Regelungen der §§ 23 bis 33 über den SE-Betriebsrat kraft Gesetzes und die sogenannten Auffangregelungen über die Mitbestimmung nach §§ 34 ff. SEBG Anwendung.

In diesem Zusammenhang zeigt sich, dass für die Mitbestimmung nach dem SEBG entscheidend ist, ob und in welcher Form die bisherige Komplementärin mitbestimmt war. § 34 SEBG stellt, differenzierend nach Gründungsvarianten, darauf ab, ob in den beteiligten Gesellschaften eine oder mehrere Formen der Mitbestimmung bestanden. Streitig ist dabei, ob es auf die Ist-Mitbestimmung, also die tatsächlich in den Unternehmen praktizierte Form der Mitbestimmung, oder die Soll-Mitbestimmung, d.h. die gesetzlich gebotene Form der Mitbestimmung,

---

<sup>847</sup> Vgl. *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 16 SEBG Rn. 3.

<sup>848</sup> Vgl. *Henssler*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 16 SEBG Rn. 5; *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 16 SEBG Rn. 3; *Jacobs*, in: MüKo-AktG, § 16 SEBG Rn. 4. Hierzu bereits unter Abschnitt D.I.2.b)aa).

ankommt.<sup>849</sup> Der Bundesgerichtshof hat diese Frage grundsätzlich offengelassen, jedoch für den Fall, dass bereits vor Eintragung der Umwandlung einer AG in eine SE ein Statusverfahren eingeleitet war, klargestellt, dass es dann darauf ankommen müsse, wie der Aufsichtsrat vor der Umwandlung nach den einschlägigen gesetzlichen Vorschriften richtigerweise zusammenzusetzen war.<sup>850</sup> Aus Gründen der Rechtssicherheit ist nach hier vertretener Auffassung grundsätzlich, wenn nicht – wie im Ausgangsfall der Entscheidung des Bundesgerichtshof – schon ein Statusverfahren anhängig ist, auf die praktizierte Mitbestimmung und damit den Ist-Zustand abzustellen.<sup>851</sup> Auch bei Anwendung des § 35 SEBG kommt es auf bisher bestehende Mitbestimmungsregelungen an. Nach § 35 Abs. 1 SEBG bleibt bei einem Formwechsel der Komplementärin beispielsweise die Regelung zur Mitbestimmung erhalten, die in der Gesellschaft vor der Umwandlung bestanden hat. Bei anderen Gründungsvarianten gilt nach § 35 Abs. 2 Satz 2 SEBG, dass sich die Zahl der Arbeitnehmervertreter nach dem höchsten Anteil an Arbeitnehmervertretern bemisst, der in den Organen der beteiligten Gesellschaften bestanden hat.

## **b) Anwendung auf die dargestellten Gründungsvarianten**

### **aa) Gründung der Komplementär-SE**

Bei der reinen Gründung einer SE in den zu Beginn der Arbeit dargestellten Varianten<sup>852</sup> gelten im Zeitpunkt der Gründung keine Besonderheiten beim Beteiligungsverfahren aufgrund der später angestrebten Beteiligung als Komplementärin einer SE & Co. KG bzw. KGaA. Die §§ 4 ff. SEBG sind wie bei jeder SE-Gründung anzuwenden. Gegebenenfalls kann bei der späteren Beteiligung als Komplementärin aber über eine Wiederaufnahme der Verhandlungen nach § 18 Abs. 3 SEBG nachzudenken sein.<sup>853</sup> Bei der Gründung einer Vorrats-SE kann die

---

<sup>849</sup> Vgl. für die Ist-Mitbestimmung LG Frankfurt am Main, Beschl. v. 23.11.2017 – 3-05 O 63/17, in: NZG 2018, 820; LG Berlin, Beschl. v. 9.3.2018 – 102 O 72/17 AktG, BeckRS 2018, 20202; *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 34 SEBG Rn. 6; *Jacobs*, in MüKo-AktG, § 34 SEBG Rn. 7; *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, § 34 SEBG Rn. 15 f. Für die Soll-Mitbestimmung dagegen OLG München, Beschl. v. 26.3.2020 – 31 Wx 278/18, in: RNotZ 2020, 538; OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 27.8.2018 – 21 W 29/18, in: NZG 2018, 1254; *Ege/Grzimek/Schwarzfischer*, DB 2011, 1205 (1206), Ziegler/Gey, BB 2009, 1750 (1756). Nach den Gründungsvarianten differenzierend *Grambow*, BB 2012, 902 (902 ff.); Die Frage ausführlich diskutierend *Habersack*, AG 2018, 823 (823 ff.).

<sup>850</sup> Vgl. BGH, Beschl. v. 23.7.2019 – II ZB 20/18, in: NZG 2019, 1157 (1160).

<sup>851</sup> So auch *Habersack*, AG 2018, 823 (825 ff.).

<sup>852</sup> Siehe hierzu unter Abschnitt B.I.1.

<sup>853</sup> Siehe hierzu unter Abschnitt D.II.3.

Durchführung eines Beteiligungsverfahrens entbehrlich sein.<sup>854</sup> Auf eine mögliche Nachholungspflicht soll im Folgenden noch näher eingegangen werden.<sup>855</sup>

Besondere Beachtung verdienen für die Frage der Durchführung des Beteiligungsverfahrens die folgenden Gründungsvarianten:

- (Doppel-)Formwechsel der Komplementärin in eine SE
- Verschmelzung einer ausländischen Kapitalgesellschaft auf die Komplementärin zur SE

#### **bb) (Doppel-)Formwechsel der Komplementärin in eine SE**

Im Falle eines Doppelformwechsels<sup>856</sup> aus einer GmbH & Co. KG bzw. KGaA spielt das SEBG beim Formwechsel der Komplementär-GmbH in eine AG noch keine Rolle. Für die Komplementär-AG gelten die §§ 4, 5 MitbestG ebenso wie zuvor für die Komplementär-GmbH.<sup>857</sup> Der Formwechsel der Komplementär-AG in die SE vollzieht sich nach Art. 2 Abs. 4, 37 SE-VO. Wie bereits erwähnt, muss die AG (bzw. beim Doppelformwechsel zuvor die GmbH) zur Erfüllung des Mehrstaatlichkeitserfordernisses seit mindestens zwei Jahren eine dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterliegende Tochtergesellschaft haben, wobei auch mittelbare Tochtergesellschaften ausreichen.<sup>858</sup> Besteht eine solche Tochtergesellschaft unterhalb der KG bzw. KGaA, stellt sich schon im gesellschaftsrechtlichen Gründungszusammenhang die Frage, ob diese als Tochtergesellschaft der Komplementärin angesehen werden kann. Für die Anwendung der §§ 4 ff. SEBG kommt es darauf an, ob ausreichend Arbeitnehmer in betroffenen Tochtergesellschaften und betroffenen Betrieben vorhanden sind, weil die Komplementär-AG als Gründungsgesellschaft selbst regelmäßig keine Arbeitnehmer beschäftigt.

#### **cc) Verschmelzung einer ausländischen Kapitalgesellschaft auf die Komplementärin zur SE**

Die Verschmelzung einer ausländischen Kapitalgesellschaft auf die Komplementärin ist eine SE-Gründung nach Art. 2 Abs. 1, 17 ff. SE-VO. Die §§ 4

---

<sup>854</sup> Siehe hierzu unter Abschnitt B.I.2.

<sup>855</sup> Siehe hierzu unter Abschnitt D.II.5.

<sup>856</sup> Siehe hierzu unter Abschnitt B.II.2.

<sup>857</sup> Siehe hierzu unter Abschnitt D.I.1.b).

<sup>858</sup> Vgl. *Bücker*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 37 SE-VO Rn. 14. Siehe hierzu auch unter Abschnitt B.II.2.

ff. SEBG sind damit anzuwenden. Für die Durchführung eines Beteiligungsverfahrens ist entscheidend, ob die ausländische Kapitalgesellschaft und/oder die Komplementärin als an der Gründung beteiligte Gesellschaften bzw. deren betroffene Tochtergesellschaften und Betriebe Arbeitnehmer beschäftigen. Da die Komplementärin selbst regelmäßig keine Arbeitnehmer beschäftigt, kann es auch in dieser Gründungsvariante also darauf ankommen, ob Arbeitnehmer der KG bzw. KGaA der Komplementärin zugerechnet werden und deshalb ein Beteiligungsverfahren durchzuführen ist. Wenn die ausländische Kapitalgesellschaft mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt, ist die Durchführung eines Beteiligungsverfahrens möglich. Auch in diesem Fall bleibt aber zu prüfen, ob die deutsche Komplementärin selbst oder in betroffenen Tochtergesellschaften/Betrieben Arbeitnehmer beschäftigt, da dies für die Zusammensetzung des bVG nach § 5 SEBG eine Rolle spielt. Nach § 5 Abs. 1 SEBG wären dann nämlich auch deutsche Arbeitnehmer in das bVG zu wählen.

## **2. Einbeziehung von Arbeitnehmern der KG bzw. KGaA**

Es wurde festgestellt, dass das SEBG für die Durchführung des Beteiligungsverfahrens auf Arbeitnehmer der an der Gründung beteiligten Gesellschaften, betroffener Tochtergesellschaften und betroffener Betriebe abstellt. Zu klären ist, ob bei einer Kapitalgesellschaft & Co. KG bzw. KGaA auch die Arbeitnehmer, die bei der KG bzw. KGaA (sowie in deren Tochtergesellschaften und Betrieben) beschäftigt sind, in die Betrachtung mit einzubeziehen sind.

### **a) Definition der Tochtergesellschaft in § 2 Abs. 3 SEBG**

Die KG bzw. KGaA müsste dann eine Tochtergesellschaft der Komplementärin sein. Der Begriff Tochtergesellschaften ist in § 2 Abs. 3 SEBG definiert als „rechtlich selbständige Unternehmen, auf die eine andere Gesellschaft einen beherrschenden Einfluss im Sinne des Artikels 3 Abs. 2 bis 7 der Richtlinie 94/45/EG [...] ausüben kann“<sup>859</sup>. Art. 2 Abs. 3 SEBG verweist weiter auf § 6 Abs. 2 bis 4 EBRG. Die Definition im deutschen SEBG lehnt sich damit an den Begriff der Tochtergesellschaft aus Art. 2 lit. c) SE-RL an. Die Richtlinie definiert die Tochtergesellschaft als „ein Unternehmen, auf das die betreffende Gesellschaft

---

<sup>859</sup> Dabei ist der Verweis zu lesen als Verweis auf die aktuelle EBR-Richtlinie 2009/38/EG, siehe hierzu bereits unter Abschnitt B.I.1.b).

einen beherrschenden Einfluss im Sinne des Artikels 3 Absätze 2 bis 7 der Richtlinie 94/45/EG ausübt“<sup>860</sup>.

#### aa) Begriff des beherrschenden Einflusses

Aufgrund des Verweises in § 2 Abs. 3 SEBG auf das EBRG sind für die Prüfung, ob ein beherrschender Einfluss ausgeübt werden kann, zunächst die einschlägigen Vorschriften in § 6 Abs. 2 bis 4 EBRG in den Blick zu nehmen. Die Prüfung der Abhängigkeit erfolgt anhand der Vermutungstatbestände des § 6 Abs. 2 EBRG.

Nach § 6 Abs. 2 Satz 1 EBRG wird ein beherrschender Einfluss vermutet, wenn ein Unternehmen in Bezug auf ein anderes Unternehmen unmittelbar oder mittelbar

Nr. 1 mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans des anderen Unternehmens bestellen kann oder

Nr. 2 über die Mehrheit der mit den Anteilen am anderen Unternehmen verbundenen Stimmrechte verfügt oder

Nr. 3 die Mehrheit des gezeichneten Kapitals dieses Unternehmens besitzt.

§ 6 Abs. 2 Satz 1 EBRG gibt die Vermutungstatbestände aus Art. 3 Abs. 2 der EBR-RL wieder und bringt diese in § 6 Abs. 2 Satz 2 EBRG in die dargestellte Rangfolge, für den Fall, dass mehrere Unternehmen eines der Kriterien erfüllen. Die Vermutungen sind widerleglich.<sup>861</sup> § 6 Abs. 3 EBRG erweitert die Vermutung auf Konzern- und Treuhandstrukturen, die der Umgehung dienen könnten. § 6 Abs. 4 enthält eine Einschränkung für bestimmte Investment- und Beteiligungsgesellschaften. Divergenzen zwischen den Definitionen der EBR-RL und des EBRG gibt es nicht.<sup>862</sup> § 6 EBRG ist dabei autonom und im Lichte der EBR-RL auszulegen.<sup>863</sup>

---

<sup>860</sup> Art. 2 lit. c) SE-RL.

<sup>861</sup> Vgl. *Henssler*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 2 SEBG Rn. 4; *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 2 SEBG Rn. 17; *Jacobs*, in: MüKo-AktG, § 2 SEBG Rn. 11; *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, § 2 SEBG Rn. 17.

<sup>862</sup> Vgl. *Henssler*, in: FS K. Schmidt 2009, S. 601 (605).

<sup>863</sup> Vgl. BAGE 110, 100 (118); *Giesen*, in: Henssler/Willemsen/Kalb, EBRG Vorbem. Rn. 20; *Jacobs*, in: MüKo-AktG, § 2 SEBG Rn. 11; *Henssler*, in: FS K. Schmidt 2009, S. 601 (606 f.).

## bb) Verhältnis zum Beherrschungsbegriff des § 17 AktG

Der Abhängigkeitsbegriff des § 17 AktG wurde bereits eingehend betrachtet.<sup>864</sup> Interessant ist daher, wie dieser im Verhältnis zum Beherrschungsbegriff des SEBG/EBRG steht.<sup>865</sup> Die Vermutungstatbestände des § 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 (Stimmrechtsmehrheit) und Nr. 3 (Kapitalmehrheit) EBRG würden im Aktienrecht die ebenfalls widerlegbare Abhängigkeitsvermutung des § 17 Abs. 2 i.V.m. § 16 AktG auslösen.<sup>866</sup> § 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EBRG enthält eine zusätzliche Vermutung der Beherrschung bei der Möglichkeit der Bestellung von mehr als der Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans. Daraus ist jedoch nicht zu schließen, dass § 2 Abs. 3 SEBG insoweit ein weiteres Verständnis des beherrschenden Einflusses enthält als § 17 AktG. Hat eine Gesellschaft das Recht mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans einer anderen Gesellschaft zu bestellen, wird wegen des großen Einflusses auf die Personalpolitik der abhängigen Gesellschaft regelmäßig eine Beherrschung nach § 17 Abs. 1 AktG vorliegen.<sup>867</sup>

Bemerkenswert ist demgegenüber, dass § 2 Abs. 3 SEBG nicht auf § 6 Abs. 1 EBRG und Art. 2 lit. c) der SE-RL auch nicht auf Art. 3 Abs. 1 der EBR-RL verweisen. Die Schlussfolgerungen aus dem fehlenden Verweis sind unterschiedlich. Zum Teil wird – auch von der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung<sup>868</sup> – daraus geschlossen, dass der Abhängigkeitsbegriff von § 2 Abs. 3 SEBG bzw. Art. 2 lit. c) SE-RL enger sei als der Abhängigkeitsbegriff des EBRG bzw. der EBR-RL.<sup>869</sup> Die in den Vermutungstatbeständen des § 6 Abs. 2 EBRG bzw. Art. 3 Abs. 2 EBR-RL genannten Beherrschungsmittel sollen nach dieser Auffassung abschließend sein.<sup>870</sup> Ein Rückgriff auf den

<sup>864</sup> Siehe hierzu unter Abschnitt B.IV.2.b) sowie unter Abschnitt D.I.1.b)dd)(2)(b).

<sup>865</sup> Nicht relevant ist der Zusammenhang mit dem Begriff der „Kontrolle“ i.S.d. § 35 Abs. 1 WpÜG, auf den daher auch nicht näher eingegangen wird, vgl. hierzu ausführlich *Henssler*, in: FS K. Schmidt 2009, S. 601 (615 f.); siehe auch ArbG Stuttgart, Beschl. v. 29.4.2008 – 12 BV 109/07, juris, Rn. 101.

<sup>866</sup> Vgl. BAGE 110, 100 (115); BT-Drs. 13/4520, S. 19.

<sup>867</sup> Vgl. BAGE 110, 100 (115); BT-Drs. 13/4520, S. 19; *Henssler*, in: FS K. Schmidt 2009, S. 601 (607); zur Maßgeblichkeit des Einflusses auf die Personalpolitik vgl. nur *Emmerich*, in: *Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, § 17 AktG Rn. 18 m.w.N.

<sup>868</sup> ArbG Stuttgart, Beschl. v. 29.4.2008 – 12 BV 109/07, juris, Rn. 86 ff.

<sup>869</sup> Vgl. *Forst*, ZESAR 2010, 154 (157).

<sup>870</sup> Vgl. *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: *Habersack/Drinhausen, SE-Recht*, § 2 SEBG Rn. 14; *Oetker*, in: *Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar*, § 2 SEBG Rn. 17; *Forst*, ZESAR 2010, 154 (157, 160); *A. Schubert*, SE & Co. KGaA, S. 421; *Begemann*, Die SE & Co. KGaA als Rechtsform für Familienunternehmen, S. 309 f.; wohl auch *Feuerborn*, in: *KK-AktG*, § 2 SEBG Rn. 15 ff.

Abhängigkeitsbegriff des § 17 AktG wäre daher nach teilweise vertretener Auffassung versperrt.<sup>871</sup>

Nach anderer Auffassung sind die Vermutungstatbestände nicht abschließend und § 17 AktG kann bei der Auslegung von § 2 Abs. 3 SEBG ergänzend herangezogen werden.<sup>872</sup> Dabei sollen aber die Wertungen der Vermutungen des § 6 Abs. 2 EBRG in die Überlegungen mit einzubeziehen sein und der Auslegung gegebenenfalls Grenzen setzen.<sup>873</sup> Dieser Auffassung ist zu folgen. Grund für den fehlenden Verweis auf § 6 Abs. 1 EBRG und Art. 3 Abs. 1 EBR-RL ist, dass bei Erlass der SE-Verordnung kein harmonisierter europäischer Konzernbegriff vorgegeben werden sollte, um die Einigung der Mitgliedstaaten nicht durch diesen Punkt zu gefährden.<sup>874</sup> Im Gesellschaftsrecht gilt für das Konzernrecht der SE daher das nationale Aktienrecht.<sup>875</sup> Dies ergibt sich aus den Erwägungsgründen 15 bis 17 zur SE-Verordnung sowie aus § 49 SEAG, der die abhängige SE betrifft. Auch die SE-RL gibt für das Mitbestimmungsrecht der SE dementsprechend keinen Konzernbegriff vor, sondern beschränkt sich auf die widerleglichen Vermutungen. Dem ist der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung in § 2 Abs. 3 SEBG gefolgt. Der fehlende Verweis bedeutet aber nicht zwingend, dass der Beherrschungsbegriff i.S.d. SEBG enger definiert sein soll als der nationale aktienrechtliche Abhängigkeitsbegriff, der im SE-Konzernrecht maßgeblich ist. Für Auslegungsfragen kann auch im Mitbestimmungsrecht der SE auf § 17 AktG zurückgegriffen werden. Die EBR-RL wollte nach ganz herrschender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur auch nicht etwa das sogenannte *control*-Konzept festschreiben, welches insbesondere bei Gleichordnungskonzernen zu einer Abweichung zu § 17 AktG führen und damit der ergänzenden Heranziehung der Vorschrift widersprechen würde.<sup>876</sup> Richtig ist, dass der Abhängigkeitsbegriff des § 17 AktG jedenfalls nicht enger ist als der aus § 2 Abs. 3 SEBG.<sup>877</sup> Ein

---

<sup>871</sup> Vgl. Forst, ZESAR 2010, 154 (157, 163).

<sup>872</sup> Vgl. Jacobs, in: MüKo-AktG, § 2 SEBG Rn. 11; Oetker, in: GK-BetrVG, § 6 EBRG Rn. 10; Gaul/Ludwig/Forst, Europäisches Mitbestimmungsrecht, § 2 Rn. 93; Frese, BB 2018, 2612 (2614); Henssler, in: FS K. Schmidt 2009, S. 601 (608, 610); Blanke/Kunz, in: Blanke/Hayen/Kunz/Carlson, EBRG, § 6 Rn. 13 f.

<sup>873</sup> Vgl. Henssler, in: FS K. Schmidt 2009, S. 601 (608, 610).

<sup>874</sup> Vgl. ArbG Stuttgart, Beschl. v. 29.4.2008 – 12 BV 109/07, juris, Rn. 88; Henssler, in: FS K. Schmidt 2009, S. 601 (608).

<sup>875</sup> Vgl. ArbG Stuttgart, Beschl. v. 29.4.2008 – 12 BV 109/07, juris, Rn. 88; Verse, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 49 SEAG Rn. 1 ff.

<sup>876</sup> Vgl. BAGE 110, 100; Henssler, in: FS K. Schmidt 2009, S. 601 (609) m.w.N.

<sup>877</sup> Vgl. Jacobs, in: MüKo-AktG, § 2 SEBG Rn. 11; Nagel, in: Nagel/Freis/Kleinsorge, § 2 SEBG Rn. 6; Henssler, in: FS K. Schmidt 2009, S. 601 (606 f.).

Unternehmen, das nicht abhängig i.S.d. § 17 AktG ist, ist damit keinesfalls Tochtergesellschaft i.S.d. § 2 Abs. 3 SEBG bzw. Art. 2 lit. c) SE-RL.

Dagegen kann auch, wenn eine Abhängigkeit nach den Maßstäben des § 17 AktG zu bejahen wäre, die Qualifikation als Tochtergesellschaft ausscheiden. Einem Rückgriff auf Auslegungsergebnisse zu § 17 AktG können nämlich durch § 6 Abs. 2 EBRG Grenzen gesetzt sein. So ist beispielsweise davon auszugehen, dass die Einflussnahmemöglichkeit stets gesellschaftsrechtlich vermittelt sein muss und eine rein faktische Einflussnahmemöglichkeit aufgrund wirtschaftlicher oder personeller Verflechtungen nicht ausreichend ist.<sup>878</sup> Jedenfalls diesem Grundsatz schließen sich auch die Anhänger der Gegenauffassung, die die in Art. 3 Abs. 2 EBR-RL/§ 6 Abs. 2 EBRG aufgezählten Kriterien für abschließend halten, an.<sup>879</sup> Alle in Art. 3 Abs. 2 EBR-RL/§ 6 Abs. 2 EBRG genannten Beherrschungsmittel sind gesellschaftsrechtlicher Art. Wenn mit der hier vertretenen Auffassung auch weitere Beherrschungsmittel die Annahme rechtfertigen sollten, dass eine Tochtergesellschaft vorliegt, müssen diese zumindest den aufgezählten Kriterien gleichwertig sein. Es ist daher immer eine gesellschaftsrechtliche Vermittlung des Einflusses erforderlich. Die Beachtung dieser Einschränkung ist notwendig, aber auch ausreichend, um dem von *Forst*<sup>880</sup> zutreffend hervorgehobenen Sinn und Zweck von Art. 2 lit. c) SE-RL gerecht zu werden, dass die Leitung beurteilen kann, welche Arbeitnehmer bei der Errichtung des bVG zu beteiligen sind. Eine starre Bindung an die in Art. 3 Abs. 2 EBR-RL/§ 6 Abs. 2 EBRG aufgezählten Beherrschungstatbestände ist entgegen der Ansicht von *Forst*<sup>881</sup> zur Erreichung dieses Zwecks nicht geboten. Dies würde vielmehr zu Umgehungsgestaltungen einladen und damit den grundlegenden Zweck des SEBG, die Beteiligung der Arbeitnehmer zu gewährleisten, die von unternehmerischen Entscheidungen der (künftigen) SE betroffen sind (vgl. § 1 Abs. 3 SEBG), unterwandern.

Tatsächliche Einflussmöglichkeiten können daher allenfalls ergänzend als Verstärkung eines gesellschaftsrechtlich vermittelten Einflusses herangezogen

---

<sup>878</sup> Vgl. *Jacobs*, in: MüKo-AktG, § 2 SEBG Rn. 11; *Henssler*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 2 SEBG Rn. 4; *ders.*, in: FS K. Schmidt 2009, S. 601 (613 f.); *Gaul/Ludwig/Forst*, Europäisches Mitbestimmungsrecht, § 2 Rn. 93; *Forst*, ZESAR 2010, 154 (163); a.A. *Nagel*, in: Nagel/Freis/Kleinsorge, § 2 SEBG Rn. 6.

<sup>879</sup> Vgl. ArbG Stuttgart, Beschl. v. 29.4.2008 – 12 BV 109/07, juris, Rn. 92, 97; *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 2 SEBG Rn. 15;

<sup>880</sup> Vgl. *Forst*, ZESAR 2010, 154 (160).

<sup>881</sup> Vgl. *Forst*, ZESAR 2010, 154 (160).

werden.<sup>882</sup> Dies gilt auch für etwaige personelle Verflechtungen, die von im Rahmen des § 17 AktG teilweise zur Begründung einer Abhängigkeit herangezogen werden<sup>883</sup>, denn § 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EBRG/Art. 3 Abs. 2 lit. c) EBR-RL stellen ausdrücklich auf die Möglichkeit ab, Organmitglieder zu „bestellen“, und lassen damit eine faktische Einflussnahmemöglichkeit nicht ausreichen.<sup>884</sup> Daher ist insgesamt festzuhalten, dass andere als die in Art. 3 Abs. 2 EBR-RL/§ 6 Abs. 2 EBRG aufgezählten Beherrschungskriterien bei der Feststellung, ob eine Tochtergesellschaft vorliegt, nur äußerst zurückhaltend angewendet werden können. Dies ist vom Gesetzgeber so angelegt und dient der Rechtssicherheit. Die durch etwaige andere Kriterien begründete und gesellschaftsrechtlich vermittelte Beherrschungsmöglichkeit muss in Anschauung der aufgezählten Kriterien gleichsam auf der Hand liegen.

### cc) Ausreichen der Beherrschungsmöglichkeit

Während die SE-RL darauf abstellt, dass eine Gesellschaft einen beherrschenden Einfluss auf ein Unternehmen „ausübt“<sup>885</sup>, lässt § 2 Abs. 3 Satz 1 SEBG es ausreichen, wenn eine Gesellschaft einen beherrschenden Einfluss auf ein anderes Unternehmen „ausüben kann“. In der Literatur wird die Definition der SE-RL mit § 18 Abs. 1 AktG verglichen, der die tatsächliche Ausübung einer einheitlichen Leitung fordert, während das SEBG eine Beherrschungsmöglichkeit wie in § 17 Abs. 1 AktG genügen lasse.<sup>886</sup> Es ist umstritten, ob § 2 Abs. 3 SEBG richtlinienkonform auszulegen ist und damit nur Gesellschaften, auf die tatsächlich ein beherrschender Einfluss ausgeübt wird als Tochtergesellschaften in Betracht kommen. Dafür spricht zunächst der Wortlaut der Richtlinie, auch in deren anderen Sprachfassungen, in denen es heißt „*exercises a dominant influence*“ bzw. „*exerce une influence dominante*“. Teilweise wird die mit der Formulierung von § 2 Abs. 3 SEBG verbundene Ausweitung des Kreises der Tochtergesellschaften für unzulässig gehalten und eine richtlinienkonforme Auslegung von § 2 Abs. 3 SEBG befürwortet, wonach es auf die tatsächliche Ausübung von Leitungsmacht ankommen soll.<sup>887</sup> Nach anderer Auffassung soll die Beherrschungsmöglichkeit

---

<sup>882</sup> Vgl. *Henssler*, in: FS K. Schmidt 2009, S. 601 (614).

<sup>883</sup> Vgl. hierzu nur *Bayer*, in: MüKo-AktG, § 17 AktG Rn. 33.

<sup>884</sup> Vgl. *Henssler*, in: FS K. Schmidt 2009, S. 601 (615); siehe hierzu auch unter Abschnitt D.II.2.b).

<sup>885</sup> Art. 2 lit. c) SE-RL.

<sup>886</sup> Vgl. *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 2 SEBG Rn. 12.

<sup>887</sup> Vgl. *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 2 SEBG Rn. 13.

genügen.<sup>888</sup> Der Wortlaut der SE-RL stehe dem nicht entgegen, weil die EBR-RL, auf welche verwiesen wird, sowohl in der derzeitigen als auch in der seinerzeitigen Fassung die Möglichkeit, einen beherrschenden Einfluss auszuüben, ausreichen lässt.<sup>889</sup>

Der zuletzt genannten Auffassung ist zu folgen. Die Materialien zur SE-Richtlinie geben keine Auslegung vor. Der Verweis auf die EBR-RL wurde zur gesetzestechnischen Vereinfachung genutzt.<sup>890</sup> Wenn die SE-RL vom Beherrschungsverständnis der EBR-RL hätte abweichen wollen, wäre dies eindeutig zum Ausdruck gebracht worden. Aus der bloßen Formulierung „ausübt“ bzw. „*exercises*“/„*exerce*“ kann nicht auf einen Willen zur Abweichung geschlossen werden.

## **b) KG bzw. KGaA als Tochtergesellschaft der Komplementärin**

### **aa) Bestellung von mehr als der Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans**

Für das Kriterium der Bestellung von mehr als der Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans nach § 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EBRG reicht ein rein faktischer Einfluss auf die Besetzung der Positionen nicht aus, sondern es wird eine rechtlich gesicherte Möglichkeit der Besetzung der Organe gefordert.<sup>891</sup> Bei einem paritätisch mitbestimmten Aufsichtsrat ist es ausreichend, wenn alle Anteilseignervertreter bestellt werden können.<sup>892</sup>

Das Kriterium ist auch aus § 290 Abs. 2 Nr. 2 HGB im Zusammenhang mit der Konzernrechnungslegung bekannt. Im Kontext dieser Norm wird vielfach angenommen, dass das Kriterium bei der typischen GmbH & Co. KG vorliegt, weil die Komplementärin selbst Leitungsorgan und zur Geschäftsführung und Vertretung berechtigt ist und damit eine viel stärkere Rechtsposition innehat, als

---

<sup>888</sup> Vgl. *Henssler*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 2 SEBG Rn. 4; *Jacobs*, in: MüKo-AktG, § 2 SEBG Rn. 10; *Nagel*, in: Nagel/Freis/Kleinsorge, § 2 SEBG Rn. 6; *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, § 2 SEBG Rn. 18; *Rieble*, in: Rieble/Junker, § 3 Rn. 46.

<sup>889</sup> Vgl. *Henssler*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 2 SEBG Rn. 4; *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, § 2 SEBG Rn. 18; *Gaul/Ludwig/Forst*, Europäisches Mitbestimmungsrecht, § 2 Rn. 92 (der abweichende Wortlaut sei im Ergebnis irrelevant); *Henssler*, in: FS K. Schmidt 2009, S. 601 (606, 611); zu § 6 EBRG: BAGE 110, 100.

<sup>890</sup> Vgl. *Jacobs*, in: MüKo-AktG, § 2 SEBG Rn. 10.

<sup>891</sup> Vgl. *Oetker*, in: GK-BetrVG, § 6 EBRG Rn. 10; *Forst*, ZESAR 2010, 154 (159); *Henssler*, in: FS K. Schmidt 2009, S. 601 (612).

<sup>892</sup> Vgl. *Forst*, ZESAR 2010, 154 (159); *Henssler*, in: FS K. Schmidt 2009, S. 601 (612).

von § 290 Abs. 2 Nr. 2 HGB gefordert.<sup>893</sup> Es komme aber auch für die Anwendung des § 290 HGB auf die konkrete Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags an.<sup>894</sup> Die zur Konzernrechnungslegungspflicht der Kapitalgesellschaft & Co. KG entwickelten Positionen sind nur bedingt auf den mitbestimmungsrechtlichen Kontext übertragbar, weil der Schutzzweck der Konzernrechnungslegung, ein transparentes Bild der wirtschaftlichen Lage eines Konzerns zu vermitteln, nicht gleichlaufend mit dem des § 2 Abs. 3 SEBG ist. Die Konzernrechnungslegung möchte mögliche Tochtergesellschaften möglichst umfassend erfassen<sup>895</sup>, während im Rahmen des § 2 Abs. 3 SEBG aus den bereits genannten Gründen Klarheit bestehen muss, welche Gesellschaften als Tochtergesellschaften einzustufen sind. Im Rahmen des § 2 Abs. 3 SEBG ist daher ein engeres Verständnis geboten. Die Stellung der Komplementärin als Leitungsorgan erfüllt daher nicht den Tatbestand des § 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EBRG, sondern kann allenfalls als anderes Kriterium zur Begründung eines beherrschenden Einflusses herangezogen werden.<sup>896</sup>

Will man das Bestellungsrecht der Komplementärin prüfen, ist zunächst zu klären, auf welche Organe es bei der Kapitalgesellschaft & Co. KG bzw. KGaA ankommt. Nach § 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EBRG geht es um Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans des anderen Unternehmens. Damit ist auf die Organe der potenziellen Tochtergesellschaft, also der KG bzw. KGaA, abzustellen. Wie bereits festgestellt, ist die Komplementärin selbst das Leitungsorgan der KG bzw. KGaA. Die Komplementärin bestellt sich nicht selbst. Sie bestellt auch nicht die Mitglieder ihres eigenen Leitungsorgans. Dieses Recht steht bei der GmbH üblicherweise den Gesellschaftern zu. Bei der AG bzw. SE werden die Mitglieder des Leitungsorgans regelmäßig vom Aufsichtsrat bestellt. Daher kommt es bei diesen Gesellschaften für den beherrschenden Einfluss auch maßgebend auf das Recht zur Bestimmung der Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder an.<sup>897</sup> Unzweifelhaft fällt unter das Aufsichtsorgan i.S.d. § 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EBRG

---

<sup>893</sup> Vgl. *Senger/Hoehne*, in: MüKo-BilR, § 290 HGB Rn. 21; Vgl. zu § 290 HGB *Senger/Kurz*, in: BeckOGK-HGB, § 290 Rn. 81 (Stand 1.9.2020); *Marbler/Oser*, DStR 2014, 2474 (2476); IDW Stellungnahme zur Rechnungslegung: Handelsrechtliche Rechnungslegung bei Personenhandelsgesellschaften (IDW RS HFA 7 n.F.), Stand: 30.11.2017, Rn. 67; a.A. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 15 Rn. 43.

<sup>894</sup> Vgl. *Senger/Hoehne*, in: MüKo-BilR, § 290 HGB Rn. 21 f.; *Merkt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, § 290 Rn. 7; IDW Stellungnahme zur Rechnungslegung: Handelsrechtliche Rechnungslegung bei Personenhandelsgesellschaften (IDW RS HFA 7 n.F.), Stand: 30.11.2017, Rn. 67.

<sup>895</sup> Vgl. *Senger/Hoehne*, in: MüKo-BilR, § 290 HGB Rn. 2.

<sup>896</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 22 Rn. 26. Hierzu unter Abschnitt D.II.2.b)cc).

<sup>897</sup> Vgl. zu § 290 HGB *Senger/Kurz*, in: BeckOGK-HGB, § 290 Rn. 79 (Stand 1.9.2020).

der Aufsichtsrat der KGaA bzw. KG. Das Bundesarbeitsgericht hat auch den bei einer KG gebildeten Gesellschafterbeirat als Aufsichtsorgan i.S.d. § 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EBRG angesehen, weil dieser die Befugnisse eines Aufsichtsrats nach § 111 AktG und sogar noch weitergehende Kompetenzen innehatte.<sup>898</sup> Gleiches muss danach auch für einen mit entsprechenden Kompetenzen ausgestalteten Beirat bei der KGaA gelten. Unklar ist, ob auch ein bei der Komplementärin gebildeter Aufsichtsrat oder Beirat unter die Norm fallen würde. Dies dürfte nur dann zu bejahen sein, wenn der Aufsichtsrat bei der Komplementärin Rechte wahrnimmt, die nicht nur die Komplementär-Kapitalgesellschaft betreffen, sondern er auch die Rechte ausübt, die üblicherweise von einem bei der KG bzw. KGaA gebildeten Organ wahrgenommen werden. Da die Komplementärin als Leitungsorgan der KG bzw. KGaA keine Mitglieder im Sinne der Norm hat, muss nach dem Sinn und Zweck das Bestellungsrecht für die Mitglieder des Leitungsorgans der Komplementärin maßgeblich sein, weil dieses auch die Geschicke der KG bzw. KGaA lenkt.

Besteht ein rechtlich gesichertes Bestellungsrecht der Komplementärin für die genannten Organe, greift die Vermutung und die KG bzw. KGaA ist Tochtergesellschaft i.S.d. § 2 Abs. 3 SEBG. Die Komplementärin hat in aller Regel kein rechtlich gesichertes Bestellungsrecht für die genannten Organe, so dass dieser Vermutungstatbestand meist nicht greifen wird.<sup>899</sup> In den Konstellationen, in denen die Komplementärin eine besondere Rolle einnimmt, wie beispielsweise im sogenannten „Zentralverwaltungsmodell“<sup>900</sup>, und deshalb mit entsprechenden Rechten ausgestattet wird, kann die Vermutung aber im Einzelfall greifen.

#### **bb) Mehrheit der mit den Anteilen verbundenen Stimmrechte oder Mehrheit des gezeichneten Kapitals**

Das Kriterium der Kapitalmehrheit i.S.d. § 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EBRG ist im Regelfall leicht zu überprüfen. Abgestellt wird insoweit auf das insgesamt gezeichnete Kapital. Die Kapitalmehrheit geht regelmäßig einher mit der Stimmrechtsmehrheit. Grundsätzlich wird aber davon ausgegangen, dass für das Kriterium der Stimmrechtsmehrheit i.S.d. § 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EBRG auch eine faktische Hauptversammlungsmehrheit von einer gewissen Beständigkeit

---

<sup>898</sup> Vgl. BAGE 110, 100 (118).

<sup>899</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 15 Rn. 42 und § 22 Rn. 26; *Begemann*, Die SE & Co. KGaA als Rechtsform für Familienunternehmen, S. 309.

<sup>900</sup> *K. Schmidt*, in: FS Röhricht, S. 511 (516).

ausreichend ist.<sup>901</sup> Wenn die Komplementärin mehrheitlich am Kapital der KGaA beteiligt ist und/oder auf andere Weise die Stimmrechtsmehrheit in der Hauptversammlung der KGaA innehat, kann also die Vermutung greifen. Bei der typischen Kapitalgesellschaft & Co. KGaA ist dies aber nicht der Fall.<sup>902</sup>

Für die Kapitalgesellschaft & Co. KG gilt, dass der Vermutungstatbestand des § 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EBRG auch auf Kapitalbeteiligungen an Kommanditgesellschaften anwendbar ist.<sup>903</sup> Bei der typischen Kapitalgesellschaft & Co. KG wird keine mehrheitliche Beteiligung der Komplementärin an der KG vorliegen und auch keine Stimmrechtsmehrheit gegeben sein, so dass die Vermutung schon nicht greift. Ist die Komplementärin im Ausnahmefall mehrheitlich an der KG beteiligt, stellt sich die Frage, ob die Vermutung dadurch widerlegt werden kann, dass nach herrschender Auffassung eine Mehrheitsbeteiligung an Personengesellschaften nur dann zur Abhängigkeit führt, wenn im Gesellschaftsvertrag in wichtigen Fragen der Geschäftspolitik das Einstimmigkeitsprinzip des § 119 Abs. 1 HGB abbedungen ist.<sup>904</sup> Das Bundesarbeitsgericht geht davon aus, dass dieses zu §§ 17, 18 AktG entwickelte Regel-Ausnahme-Verhältnis auf § 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EBRG nicht anwendbar ist.<sup>905</sup> Es stützt sich dabei einerseits auf die Wertung des § 4 Abs. 1 MitbestG, der seinerseits auch rein auf die Anteils- bzw. Stimmrechtsmehrheit abstelle, andererseits auf die autonome Auslegung des § 6 EBRG i.S.d. SE-RL, wonach eine regelmäßige Widerlegung der Vermutung bei Personengesellschaften ausscheide.<sup>906</sup> Zur Widerlegung der Vermutung seien auch bei der Personengesellschaft stets konkrete Umstände darzulegen und gegebenenfalls die Regelungen des Gesellschaftsvertrags offen zu legen.<sup>907</sup> Letzteres war in dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall unterblieben. Zur Widerlegung können Regelungen im Gesellschaftsvertrag, die das Stimmrecht beschränken oder

---

<sup>901</sup> Vgl. Vgl. *Forst*, ZESAR 2010, 154 (159); *Henssler*, in: FS K. Schmidt 2009, S. 601 (612 f.).

<sup>902</sup> Vgl. *Begemann*, Die SE & Co. KGaA als Rechtsform für Familienunternehmen, S. 309.

<sup>903</sup> Vgl. BAGE 110, 100 (116).

<sup>904</sup> Vgl. BAG, Beschl. v. 22.11.1995 – 7 ABR 9/95, in: NZA 1996, 706 (707); siehe hierzu unter Abschnitt B.IV.2.b).

<sup>905</sup> Vgl. BAG, Beschl. v. 15.12.2011 – 7 ABR 56/10, in: NZA 2012, 633 (636); BAGE 110, 100 (118).

<sup>906</sup> BAGE 110, 100 (118).

<sup>907</sup> BAGE 110, 100 (118).

qualifizierte Beschlussmehrheiten vorsehen, sowie Stimmbindungs- und Entherrschungsverträge dienen.<sup>908</sup>

### cc) Beherrschender Einfluss aufgrund anderer Kriterien

Sofern man der hier vertretenen Auffassung folgt, kann eine Tochtergesellschaft i.S.d. § 2 Abs. 3 SEBG auch vorliegen, wenn eine Beherrschungsmöglichkeit aufgrund von anderen Kriterien feststellbar ist.

Die Einflussnahmemöglichkeit muss, wie bereits angesprochen, gesellschaftsrechtlich vermittelt sein. Eine rein faktische Einflussnahmemöglichkeit aufgrund wirtschaftlicher oder personeller Verflechtungen ist nicht ausreichend.<sup>909</sup> Solche tatsächlichen Umstände können aber zu einer gesellschaftsrechtlich vermittelten Einflussmöglichkeit hinzutreten und diese verstärken.<sup>910</sup>

Die Komplementärin kann je nach Gestaltung des Gesellschaftsvertrags gesellschaftsrechtlich vermittelte Einflussmöglichkeiten auf die KG bzw. KGaA ausüben. Die bloße Stellung als Leitungsorgan reicht nicht zur Begründung eines mit den Kriterien des § 6 Abs. 2 Satz 1 EBRG vergleichbaren Einflusses aus. Wie schon zu § 17 AktG und § 5 MitbestG festgestellt, besteht im gesetzlichen Grundmodell keine Abhängigkeit der KG bzw. KGaA, weil nach § 164 HGB (i.V.m. § 278 AktG) entscheidende Befugnisse bei den Kommanditisten bzw. Kommanditaktionären verbleiben.<sup>911</sup> Dieser Grundsatz gilt erst recht bei der engen Auslegung des § 2 Abs. 3 SEBG.<sup>912</sup> Gleiches gilt, wenn die Rechte der Komplementärin weiter eingeschränkt sind, wie etwa im sogenannten „Integrationsmodell“<sup>913</sup>. Einzelne gesellschaftsvertragliche Regelungen wurden zum aktienrechtlichen Beherrschungsbegriff bereits angesprochen.<sup>914</sup> Insbesondere sprechen erweiterte Zustimmungsvorbehalte und/oder Weisungsrechte der

<sup>908</sup> Vgl. *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 2 SEBG Rn. 17.

<sup>909</sup> Vgl. *Jacobs*, in: MüKo-AktG, § 2 SEBG Rn. 11; *Henssler*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 2 SEBG Rn. 4; *ders.*, in: FS K. Schmidt 2009, S. 601 (613 f.); *Gaul/Ludwig/Forst*, Europäisches Mitbestimmungsrecht, § 2 Rn. 93; *Forst*, ZESAR 2010, 154 (163); a.A. *Nagel*, in: Nagel/Freis/Kleinsorge, § 2 SEBG Rn. 6.

<sup>910</sup> Vgl. *Henssler*, in: FS K. Schmidt 2009, S. 601 (614); wohl auch *Müller*, § 6 EBRG Rn. 6; zu § 17 AktG BGH NJW 1997, 1855 (1856 f.); a.A. *Blanke/Kunz*, in: Blanke/Hayen/Kunz/Carlson, EBRG, § 6 Rn. 16.

<sup>911</sup> Siehe hierzu unter Abschnitt B.IV.2.b)cc) sowie unter Abschnitt D.I.1.b)dd)(2)(b).

<sup>912</sup> Vgl. *Frese*, BB 2018, 2612 (2614).

<sup>913</sup> *K. Schmidt*, in: FS Röhrich, S. 511 (516).

<sup>914</sup> Siehe hierzu unter Abschnitt B.IV.2.b)cc).

Kommanditisten bzw. Kommanditaktionäre gegen einen beherrschenden Einfluss der Komplementärin.

In dem Fall, dass die Komplementärin auch für außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen abweichend von § 164 Abs. 2 HGB (i.V.m. § 278 AktG) nicht der Zustimmung der Kommanditisten bzw. Kommanditaktionäre bedarf, kann dagegen eine Beherrschung vorliegen.<sup>915</sup> Diese Konstellation kann etwa im „Zentralverwaltungsmodell“<sup>916</sup> vorkommen. Ein weiterer Anwendungsfall kann eine nach § 4 Abs. 1 MitbestG mitbestimmte Komplementärin sein, bei der die Vorgaben des § 4 Abs. 2 MitbestG eine solche Gestaltung nahelegen, wenn auch wie bereits festgestellt nicht zwingend erforderlich machen.<sup>917</sup>

Sieht der Gesellschaftsvertrag diese starke Stellung der Komplementärin vor, ohne sie an anderer Stelle deutlich einzuschränken, dürfte dies auch den strengen Anforderungen des § 2 Abs. 3 SEBG genügen. Der Einfluss ist in diesem Fall gesellschaftsrechtlich vermittelt und vergleichbar mit einem Bestellungsrecht von Leitungsorganen, weil die Komplementärin selbst als Leitungsorgan rechtlich gesicherte Einflussmöglichkeiten auf die Leitung der KG bzw. KGaA ausüben kann, ohne hieran durch die Kommanditisten bzw. Kommanditaktionäre gehindert werden zu können.

### c) **Zwischenergebnis**

Als Zwischenergebnis lässt sich zusammenfassen, dass dann, wenn eine Beherrschung durch die Komplementärin nach § 17 AktG verneint wurde, die KG bzw. KGaA auch keine Tochtergesellschaft i.S.d. § 2 Abs. 3 SEBG ist. Wurde eine Beherrschung nach § 17 AktG bejaht, ist zu prüfen, ob die die Beherrschung begründenden Kriterien auch für die Annahme einer Tochtergesellschaft ausreichen. Das ist dann der Fall, wenn eine der Vermutungen des § 6 Abs. 2 Satz 1 EBRG greift und die Vermutung im Einzelfall nicht widerlegt werden kann. Bei der typischen Kapitalgesellschaft & Co. KG bzw. KGaA ist die KG bzw. KGaA nicht Tochtergesellschaft der Komplementärin i.S.d. § 2 Abs. 3 SEBG.<sup>918</sup> Anders kann dies bei einer besonders starken Stellung der Komplementärin sein. Dann sind

---

<sup>915</sup> Vgl. *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, ZHR Beiheft 77 (2015), S. 154 (172). Für die Kapitalgesellschaft & Co. KGaA *Giehl*, MittBayNot 2016, 285 (289 f.).

<sup>916</sup> *K. Schmidt*, in: FS Röhrich, S. 511 (516).

<sup>917</sup> Siehe hierzu unter Abschnitt D.I.1.b)dd)(2)(c).

<sup>918</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 22 Rn. 26.

die Arbeitnehmer der KG bzw. KGaA in die Betrachtung mit einzubeziehen und ein Beteiligungsverfahren wäre unter deren Berücksichtigung durchzuführen.<sup>919</sup>

Gleichzeitig bedeutet dies für die Gründung durch Formwechsel der Komplementärin<sup>920</sup>, dass in diesen Fällen eine unterhalb der KG bzw. KGaA bestehende ausländische Tochtergesellschaft ausreicht, um das Mehrstaatlichkeitserfordernis zu erfüllen. Wohingegen bei der typischen Kapitalgesellschaft & Co. KG bzw. KGaA diese Gründungsvariante mangels Beherrschung durch die Komplementärin ausscheidet.

### **3. Wiederaufnahme der Verhandlungen nach § 18 Abs. 3 SEBG**

Eine Wiederaufnahme der Verhandlungen nach § 18 Abs. 3 SEBG kommt dann in Betracht, wenn bei Gründung der SE das Beteiligungsverfahren nach §§ 4 ff. SEBG durchgeführt wurde und entweder zu einer Beteiligungsvereinbarung oder zur Mitbestimmung kraft Gesetzes nach §§ 34 ff. SEBG geführt hat.

Von den betrachteten Gründungsvarianten kommt dies in folgenden Fällen in Betracht:

- Beteiligung einer SE an der Neugründung einer SE & Co. KG bzw. KGaA
- Austausch der Komplementärin gegen eine SE durch Aus- und Eintritt
- Verschmelzung der Komplementärin auf eine SE
- Formwechsel einer AG bzw. GmbH in eine SE & Co. KGaA
- Formwechsel einer SE in eine SE & Co. KGaA

Werden diese Gründungsvarianten nicht mit einer Vorrats-SE beschränkt<sup>921</sup>, sondern mit einer bereits bestehenden oder auch zu diesem Zwecke gegründeten SE, bei deren Gründung ein Beteiligungsverfahren durchgeführt wurde, stellt sich die Frage, ob die Maßnahme, die zur Beteiligung der SE als Komplementärin führt, eine Wiederaufnahme der Verhandlungen nach § 18 Abs. 3 SEBG rechtfertigt. Insoweit geht es um eine direkte Anwendung des § 18 Abs. 3 SEBG, sodass dessen Voraussetzungen zu prüfen sind.

---

<sup>919</sup> Näheres zum Beteiligungsverfahren unter Abschnitt D.II.1.a).

<sup>920</sup> Siehe hierzu unter Abschnitt B.II.2.

<sup>921</sup> Zur Durchführung des Beteiligungsverfahrens bei Verwendung einer Vorrats-SE siehe unter Abschnitt D.II.5.

## a) Tatbestandsvoraussetzungen des § 18 Abs. 3 SEBG

### aa) Strukturelle Änderung

Der Begriff der strukturellen Änderung ist stark umstritten. Eine umfassende Darstellung aller hierzu vertretenen Meinungen würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Es wird daher an dieser Stelle nur kurz auf einige grundsätzliche Erwägungen eingegangen. Eine nähere Betrachtung soll dann anhand der hier relevanten Einzelfälle erfolgen.

Der Begriff der strukturellen Änderung ist gesetzlich nicht definiert. Der Gesetzgeber nennt in der Gesetzesbegründung allein das Beispiel, dass eine SE ein mitbestimmtes Unternehmen mit einer größeren Zahl von Arbeitnehmern aufnimmt, in der SE aber bisher keine Mitbestimmung gilt.<sup>922</sup> Erwägungsgrund 18 zur SE-RL schreibt vor, dass das Vorher-Nachher-Prinzip wegen des Ziels der Sicherung erworbener Rechte der Arbeitnehmer „folgerichtig nicht nur für die Neugründung einer SE, sondern auch für strukturelle Veränderungen einer bereits gegründeten SE“ gelten sollte. Dies bringt eine Gleichwertigkeit zwischen der Neugründung und der strukturellen Änderung zum Ausdruck. Nach der herrschenden Auffassung sind strukturelle Änderungen daher korporative Akte, die einen gründungsähnlichen Vorgang mit erheblichem Gewicht darstellen.<sup>923</sup> Dabei präzisiert *Henssler*<sup>924</sup>, dass im Ausnahmefall auch nicht korporative Akte strukturelle Änderungen darstellen können, wenn sie für das Unternehmen derart wesentlich sind, dass sie eine Entscheidung der Anteilseigner erforderlich machen oder das Gesamtbild des Unternehmens vergleichbar mit einer wirtschaftlichen Neugründung grundlegend verändern.<sup>925</sup> Nicht hierunter fällt nach allgemeiner Ansicht das organische Anwachsen oder Absinken der Arbeitnehmerzahl.<sup>926</sup>

---

<sup>922</sup> Vgl. BT-Drs. 15/3405, S. 50.

<sup>923</sup> Vgl. statt vieler *Feuerborn*, in: KK-AktG, § 18 SEBG Rn. 24; *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 18 SEBG Rn. 9; *Jacobs*, in MüKo-AktG, § 18 SEBG Rn. 12.

<sup>924</sup> *Henssler*, in Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 18 SEBG Rn. 9.

<sup>925</sup> Vgl. *Henssler*, in Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 18 SEBG Rn. 9; dem zustimmend *Kiem*, ZHR 173 (2009) 156 (165 f.).

<sup>926</sup> Vgl. *Feuerborn*, in: KK-AktG, § 18 SEBG Rn. 23; *Henssler*, in Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 18 SEBG Rn. 13; *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 18 SEBG Rn. 10; *Jacobs*, in MüKo-AktG, § 18 SEBG Rn. 18; für die Vorrats-SE: *Casper/Schäfer*, ZIP 2007, 653 (660); *Kiem*, ZHR 173 (2009) 156 (165).

## bb) Eignung zur Minderung von Beteiligungsrechten

Zweites Tatbestandsmerkmal des § 18 Abs. 3 SEBG ist die Eignung zur Minderung von Beteiligungsrechten. Ausreichend ist die Eignung, d.h. die objektive Möglichkeit der Minderung von Beteiligungsrechten.<sup>927</sup> Das Merkmal der Eignung wird damit weit ausgelegt. Eine Minderung von Beteiligungsrechten liegt vor, wenn die Arbeitnehmer nach der strukturellen Änderung weniger Beteiligungsrechte haben als zuvor.<sup>928</sup> Unter die geschützten Beteiligungsrechte fallen, wie sich aus § 2 Abs. 9 SEBG ergibt, sowohl die Rechte auf unternehmerische Mitbestimmung als auch die Unterrichts- und Anhörungsrechte auf europäischer Ebene, nicht jedoch Beteiligungsrechte nach deutschem Betriebsverfassungsrecht.<sup>929</sup>

Zu betrachten sind die bisherigen Arbeitnehmer der SE sowie vor allem die hinzukommenden Arbeitnehmer, nicht jedoch Arbeitnehmer, die aufgrund der Änderung ausscheiden.<sup>930</sup> Eine Minderung von Beteiligungsrechten liegt hingegen nicht vor, wenn nach der strukturellen Änderung die Arbeitnehmer weniger Beteiligungsrechte haben, als es bei einer nationalen Gesellschaft der Fall wäre.<sup>931</sup> Dies gilt auch, wenn beispielsweise nach der strukturellen Änderung die Schwellenwerte für eine Mitbestimmung überschritten werden.<sup>932</sup>

## b) Anwendungsfälle bei der SE & Co. KG bzw. KGaA

Bei den genannten möglichen Anwendungsfällen von § 18 Abs. 3 SEBG ist zwischen verschiedenen Fallgruppen zu differenzieren. Bei der Beteiligung einer SE an der Neugründung einer SE & Co. KG bzw. KGaA sowie beim Austausch der Komplementärin gegen eine SE durch Aus- und Eintritt handelt es sich regelmäßig um eine reine Übernahme der Komplementärstellung durch die SE. Gleiches gilt für den Formwechsel einer AG bzw. GmbH bzw. SE in eine SE & Co. KGaA, bei

<sup>927</sup> Vgl. *Jacobs*, in MüKo-AktG, § 18 SEBG Rn. 14.

<sup>928</sup> Vgl. *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 18 SEBG Rn. 13; *Jacobs*, in MüKo-AktG, § 18 SEBG Rn. 14.

<sup>929</sup> Vgl. *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 18 SEBG Rn. 14; *Jacobs*, in MüKo-AktG, § 18 SEBG Rn. 15; *von der Höh*, Vorrats-SE, S. 251 f.; a.A. *Grobys*, NZA 2005, 84 (91), der den Tatbestand einschränkend auslegen und nur auf die Regelungen zur Unternehmensmitbestimmung beziehen möchte.

<sup>930</sup> Vgl. *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 18 SEBG Rn. 13; *Jacobs*, in MüKo-AktG, § 18 SEBG Rn. 14; *Teichmann*, in: FS Hellwig, S. 347 (361); *von der Höh*, Vorrats-SE, S. 257 f.

<sup>931</sup> Vgl. *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 18 SEBG Rn. 15; *Jacobs*, in MüKo-AktG, § 18 SEBG Rn. 14; *von der Höh*, Vorrats-SE, S. 256 f.

<sup>932</sup> Vgl. *von der Höh*, Vorrats-SE, S. 256; *Rieble*, BB 2006, 2018, 2022, der zutreffend formuliert: „Das Ausbleiben eines hypothetischen Mitbestimmungszuwachses nach einem gar nicht anwendbaren Gesetz ist keine Minderung der Mitbestimmung.“

der eine SE im Zusammenhang mit dem Formwechsel als Komplementärin beitrifft. Diese Fälle sollen zuerst betrachtet werden, bevor auf die weitere Fallgruppe der Verschmelzung der Komplementärin auf eine SE eingegangen wird. Schließlich ist der Sonderfall des Formwechsels einer SE in eine SE & Co. KGaA zu betrachten.

### aa) Übernahme der Komplementärstellung

Die Frage der Anwendung von § 18 Abs. 3 SEBG auf die Übernahme der Komplementärstellung durch eine SE ist eng mit der Frage verwoben, inwieweit der Beteiligungserwerb durch eine SE einen Fall des § 18 Abs. 3 SEBG darstellt. Hierzu sei kurz das Meinungsbild zusammengefasst:

#### (1) Meinungsstand zum Beteiligungserwerb

##### (a) Strukturelle Änderung

Tatsächlich geht die herrschende Meinung davon aus, dass der Erwerb von Beteiligungen keinen Einfluss auf die Struktur der SE hat, da er nur die eigentumsrechtliche Beteiligung der SE an einem anderen Unternehmen betreffe.<sup>933</sup> Zum Teil wird vertreten, dass eine strukturelle Änderung dann bejaht werden kann, wenn ein wesentlicher Beteiligungserwerb das Gesamtbild der Gesellschaft<sup>934</sup> oder ihren gesellschaftsrechtlichen Status<sup>935</sup> verändere. Zum Teil wird dann von einem korporativen Akt ausgegangen<sup>936</sup>, zum Teil von einem nicht korporativen Akt, der dennoch ein solches Gewicht für das Unternehmen hat, dass er mit einer wirtschaftlichen Neugründung vergleichbar ist.<sup>937</sup> Folgende Kriterien im Zusammenhang mit einem Beteiligungserwerb können nach verschiedenen Literaturstimmen für eine strukturelle Änderung sprechen:

- Erforderlichkeit einer Entscheidung der Anteilseigner<sup>938</sup>
- Änderung des Unternehmensgegenstandes in der Satzung der SE<sup>939</sup>

---

<sup>933</sup> Vgl. *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 18 SEBG Rn. 10; *Jacobs*, in: MüKo-AktG, § 18 SEBG Rn. 17; *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, § 18 SEBG Rn. 26; *Grobys*, NZA 2005, 84 (91).

<sup>934</sup> Vgl. *Feldhaus/Vanscheid*, BB 2008, 2246 (2249); so für Ausnahmefälle auch *Henssler*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 18 SEBG Rn. 9, der jedoch in Rn. 15 regelmäßig eine strukturelle Änderung mangels Satzungsrelevanz ablehnt.

<sup>935</sup> Vgl. *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, § 18 SEBG Rn. 26.

<sup>936</sup> Vgl. *Feldhaus/Vanscheid*, BB 2008, 2246 (2249).

<sup>937</sup> Vgl. *Henssler*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 18 SEBG Rn. 9.

<sup>938</sup> Vgl. *Henssler*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 18 SEBG Rn. 9.

<sup>939</sup> Vgl. *Feldhaus/Vanscheid*, BB 2008, 2246 (2249).

- Erwerb der Beteiligung als Sacheinlage im Rahmen einer Kapitalerhöhung<sup>940</sup>
- Erwerb einer Tochtergesellschaft<sup>941</sup>
- Erwerb eines Betriebs als organisatorische Einheit<sup>942</sup> bzw. Betriebsübergang entsprechend § 613a BGB<sup>943</sup>

Nach *Nagel*<sup>944</sup> sollen demgegenüber auch der Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung an einer mitbestimmten Gesellschaft durch die SE sowie der Erwerb eines Betriebs mit mindestens 500 Arbeitnehmern im Wege des Asset Deal stets eine Pflicht zur Wiederaufnahme von Verhandlungen nach § 18 Abs. 3 SEBG auslösen. Die strukturelle Änderung begründet er mit dem Verlust der gesellschaftsrechtlichen Unabhängigkeit der Zielgesellschaft.<sup>945</sup> Die Interessenlage sei vergleichbar mit einer Holding- oder Tochtergründung einer SE, bei denen die Mitbestimmungsrechte in den bestehenden Gesellschaften weiterbestehen würden, aber Verhandlungen in den neu entstehenden Gesellschaften dennoch notwendig seien.<sup>946</sup>

#### **(b) Eignung zur Minderung von Beteiligungsrechten**

Auch soweit eine strukturelle Änderung bejaht werden könne, scheitert die Anwendung von § 18 Abs. 3 SEBG schließlich aber nach überwiegender Ansicht an der fehlenden Eignung zur Minderung von Beteiligungsrechten.<sup>947</sup> Einige Literaturstimmen lassen daher die Frage offen, ob der Beteiligungserwerb eine strukturelle Änderung bei der SE darstellt, lehnen aber jedenfalls die Eignung zur Minderung von Beteiligungsrechten ab.<sup>948</sup>

Für die Arbeitnehmer einer erworbenen deutschen Tochtergesellschaft gilt nach § 47 Abs. 1 SEBG das nationale Mitbestimmungsrecht fort. Die

---

<sup>940</sup> Vgl. *Wollburg/Banerja*, ZIP 2005, 277 (280); wohl auch *Jacobs*, in: MüKo-AktG, § 18 SEBG Rn. 17.

<sup>941</sup> Vgl. *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, § 18 SEBG Rn. 26; *Teichmann*, in: FS Hellwig, S. 347 (366).

<sup>942</sup> Vgl. *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, § 18 SEBG Rn. 24.

<sup>943</sup> Vgl. *von der Höh*, Vorrats-SE, S. 246 ff.

<sup>944</sup> *Nagel*, ZIP 2011, 2047 (2049 f.).

<sup>945</sup> Vgl. *Nagel*, ZIP 2011, 2047 (2049).

<sup>946</sup> Vgl. *Nagel*, ZIP 2011, 2047 (2049).

<sup>947</sup> Vgl. *Henssler*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 18 SEBG Rn. 16; *Feldhaus/Vanscheid*, BB 2008, 2246 (2249); *Grobys*, NZA 2005, 84 (91); *Wollburg/Banerja*, ZIP 2005, 277 (280).

<sup>948</sup> Vgl. *Ege/Grzimek/Schwarzfischer*, DB 2011, 1205 (1209); *Nikoleyczik/Führ*, DStR 2010, 1743 (1748); *Rieble*, BB 2006, 2018 (2022); *Ziegler/Gey*, BB 2009, 1750 (1757).

Mitbestimmungsrechte dieser Arbeitnehmer würden auch nicht dadurch beeinträchtigt, dass infolge der konzernrechtlichen Abhängigkeit die wesentlichen strategischen Entscheidungen von der Konzernspitze und damit in der SE getroffen würden.<sup>949</sup> Dies sei ein allgemeines gesellschaftsrechtliches Phänomen, das vom deutschen Mitbestimmungsrecht hingenommen werde.<sup>950</sup> § 47 Abs. 1 SEBG sei eine abschließende Regelung der mitbestimmungsrechtlichen Folgen von Beteiligungserwerben durch die SE.<sup>951</sup> Mitbestimmungsrechte, die den Arbeitnehmern der Tochtergesellschaft allein aufgrund eines Konzerntatbestandes (§ 5 MitbestG, § 2 DrittelbG) in der bisherigen Konzernspitze zugestanden haben, können nicht berücksichtigt werden.<sup>952</sup> Mitbestimmungsrechte aus der Konzernzugehörigkeiten seien ein reiner Reflex und stünden daher stets unter der „auflösenden Bedingung der Entkonzernierung“<sup>953</sup>. Würde man diese Rechte über § 18 Abs. 3 SEBG schützen, würde die SE einem strengeren Regime als eine deutsche Kapitalgesellschaft unterstellt, die, wenn sie ihrerseits eine Tochtergesellschaft von einer mitbestimmten Holding-Gesellschaft erwirbt, nicht zwingend selbst unter die Konzernmitbestimmung falle.<sup>954</sup> Eine Konzernmitbestimmung sei dem SEBG fremd, weshalb auch kein entsprechender Schutz bestehe.<sup>955</sup>

Aus demselben Grund werde auch den Arbeitnehmern der SE nur ein „hypothetischer Zugewinn“<sup>956</sup>, der durch eine Zurechnung der hinzukommenden Arbeitnehmer der Tochtergesellschaft nach deutschem Mitbestimmungsrecht entstehen würde, versagt.<sup>957</sup> Dass die SE-RL in der Veränderung der Konzernstruktur keinen Grund für Neuverhandlungen sehe, zeige der

---

<sup>949</sup> Vgl. *Feldhaus/Vanscheid*, BB 2008, 2246 (2249); *Wollburg/Banerja*, ZIP 2005, 277 (280).

<sup>950</sup> Vgl. *Feldhaus/Vanscheid*, BB 2008, 2246 (2249); *Wollburg/Banerja*, ZIP 2005, 277 (280).

<sup>951</sup> Vgl. *Wollburg/Banerja*, ZIP 2005, 277 (280).

<sup>952</sup> Vgl. *Henssler*, in: *Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 18 SEBG Rn. 11; *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: *Habersack/Drinhausen*, SE-Recht, § 18 SEBG Rn. 15; *Jacobs*, in: *MüKo-AktG*, § 18 SEBG Rn. 14; *Feldhaus/Vanscheid*, BB 2008, 2246 (2248); *Rieble*, BB 2006, 2018 (2022); ausführlich *Wollburg/Banerja*, ZIP 2005, 277 (279 f.).

<sup>953</sup> *Rieble*, BB 2006, 2018 (2022).

<sup>954</sup> Vgl. *Wollburg/Banerja*, ZIP 2005, 277 (279); für die Entsendungsrechte in einen Konzernbetriebsrat ebenso *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: *Habersack/Drinhausen*, SE-Recht, § 18 SEBG Rn. 14.

<sup>955</sup> Vgl. *Henssler*, in: *Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 18 SEBG Rn. 11, 16; *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: *Habersack/Drinhausen*, SE-Recht, § 18 SEBG Rn. 15.

<sup>956</sup> *Rieble*, BB 2006, 2018 (2022).

<sup>957</sup> Vgl. *Ege/Grzimek/Schwarzfischer*, DB 2011, 1205 (1209); *Rieble*, BB 2006, 2018 (2022); *Ziegler/Gey*, BB 2009, 1750 (1757); *Reichert/Ott*, in: *Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig*, 10 Jahre SE, S. 196 f.

Umkehrschluss aus der EBR-RL von 2009<sup>958, 959</sup>. Diese sieht in Art. 13 Abs. 1 EBR-RL eine Anpassung bei wesentlichen Strukturänderungen des Unternehmens oder der Unternehmensgruppe vor.<sup>960</sup> In Umsetzung der EBR-RL hat der deutsche Gesetzgeber in § 37 Abs. 1 EBRG Regelbeispiele für solche wesentlichen Strukturänderungen aufgezählt. Diese Grundsätze lassen sich jedoch nach herrschender Auffassung nicht auf § 18 Abs. 3 SEBG übertragen.<sup>961</sup> Während in der EBR-RL und dem EBRG Fragen zu einem Europäischen Betriebsrat und Verfahren zur Unterrichtung und Anhörung geregelt sind, betreffen SE-RL und SEBG darüberhinausgehend auch die Mitbestimmungsproblematik. Dies stehe einer Übertragung der Definition entgegen.

Gänzlich anderer Auffassung ist hier *Oetker*<sup>962</sup>, der das Ausscheiden aus dem Konzernverbund deshalb als Minderung von Beteiligungsrechten ansieht, weil die Qualität der Mitbestimmung dadurch abgeschwächt sei, dass die wesentlichen Entscheidungen bei der Konzernmutter, damit künftig bei der SE, getroffen würden. Die Mitbestimmung ziele gemäß § 2 Abs. 8 SEBG gerade auf die Beeinflussung dieser Entscheidungen ab. Auch nach der Auffassung von *Nagel*<sup>963</sup> liegt eine Eignung zur Minderung von Beteiligungsrechten vor, da die Arbeitnehmer der mitbestimmten Tochtergesellschaft geminderte Mitbestimmungsrechte hätten, wenn sie nicht mehr nach § 5 MitbestG bzw. § 2 DrittelbG an der Konzernspitze, wo die grundsätzlichen Entscheidungen fallen, mitbestimmen können.

### (c) **Stellungnahme**

Bevor auf die Übernahme der Komplementärstellung im Speziellen eingegangen wird, soll zunächst eine Stellungnahme zur Anwendung von § 18 Abs. 3 SEBG beim Beteiligungserwerb erfolgen, da dies die Grundlage für die weitere Argumentation bildet.

---

<sup>958</sup> Richtlinie 2009/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Mai 2009 über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen, ABl. Nr. L 122 vom 16.5.2009, S. 28.

<sup>959</sup> Vgl. *Henssler*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 18 SEBG Rn. 16.

<sup>960</sup> Vgl. Art. 13 EBR-RL.

<sup>961</sup> Vgl. *Henssler*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 18 SEBG Rn. 16; *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 18 SEBG Rn. 8; *Ege/Grzimek/Schwarzfischer*, DB 2011, 1205 (1208 Fn. 30); *Hohenstatt/Kröpelin/Bertke*, NZA 2011, 1316; a.A. *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, § 18 SEBG Rn. 21.

<sup>962</sup> *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, § 18 SEBG Rn. 36.

<sup>963</sup> *Nagel*, ZIP 2011, 2047 (2049).

§ 18 Abs. 3 SEBG liegt das in Erwägungsgrund 18 zur SE-RL zum Ausdruck gebrachte Ziel der Sicherung erworbener Rechte der Arbeitnehmer über ihre Beteiligung an Unternehmensentscheidungen zugrunde. Dieser Ansatz soll nach Erwägungsgrund 18 der SE-RL auch für „strukturelle Veränderungen einer bereits gegründeten SE und für die von strukturellen Änderungsprozessen betroffenen Gesellschaften“ gelten. Während *Oetker*<sup>964</sup> aus diesem Grund für eine extensive Auslegung plädiert, führt *Henssler*<sup>965</sup> demgegenüber zu § 18 Abs. 3 SEBG überzeugend aus, dass eine Neuverhandlung das Unternehmen massiv belastet und dass bei einer großzügigen Anwendung des § 18 Abs. 3 SEBG eine gegebenenfalls in monatelanger Verhandlung gefundene Beteiligungsvereinbarung immer wieder neu in Frage gestellt würde. Sowohl Erwägungsgrund 18 der SE-RL als auch die ihn umsetzenden Tatbestandsmerkmale des § 18 Abs. 3 SEBG zeigen, dass es einen Anknüpfungspunkt für eine Neuverhandlung geben muss, der jeweils als strukturelle Änderung betitelt wird. Die Auffassung von *Nagel*<sup>966</sup>, der sich auf den Sinn und Zweck des § 18 Abs. 3 SEBG beruft, geht daher zu weit. Seine Argumentation stützt sich allein auf die Auswirkungen der Maßnahme auf die Arbeitnehmer und übergeht damit das Tatbestandsmerkmal der strukturellen Änderung. Soweit er auf den Verlust der gesellschaftsrechtlichen Unabhängigkeit der Zielgesellschaft abstellen möchte, kann dies keine strukturelle Änderung der SE darstellen, die aber von § 18 Abs. 3 SEBG verlangt wird.

Während das Tatbestandsmerkmal der Eignung zur Minderung von Beteiligungsrechten den Blick auch auf etwaige hinzukommende Arbeitnehmer einer Tochtergesellschaft richtet<sup>967</sup>, muss die strukturelle Änderung die SE selbst betreffen. Zwar ist in Erwägungsgrund 18 der SE-RL auch von den „von strukturellen Änderungsprozessen betroffenen Gesellschaften“ die Rede, § 18 Abs. 3 SEBG stellt aber eindeutig auf die strukturellen Änderungen der SE ab.<sup>968</sup> Nicht jeder Beteiligungserwerb kann danach eine strukturelle Änderung der SE sein. Beispielsweise führt der Erwerb einer (weiteren) Tochtergesellschaft durch eine SE, die bereits als Holdinggesellschaft fungiert, nach der hier vertretenen Auffassung nicht zu einer strukturellen Änderung der SE. Der Zweck der Holding-

---

<sup>964</sup> *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, § 18 SEBG Rn. 16.

<sup>965</sup> *Henssler*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 18 SEBG Rn. 9.

<sup>966</sup> *Nagel*, ZIP 2011, 2047 (2049).

<sup>967</sup> Siehe hierzu unter Abschnitt D.II.5.a)bb)(3).

<sup>968</sup> Vgl. zur fehlenden Bindung des deutschen Gesetzgebers an die Erwägungsgründe der SE-RL von der *Höh*, Vorrats-SE, S. 248 f.

SE ist gerade auf den Erwerb von Beteiligungen gerichtet. Hier kann nicht jeder Hinzuerwerb von Tochtergesellschaften eine Neuverhandlungspflicht auslösen.

Eine pauschale Ablehnung des Tatbestandsmerkmals der strukturellen Änderung beim Beteiligungserwerb ist allerdings ebenfalls nicht gerechtfertigt. Auch ein Beteiligungserwerb kann einen gründungsähnlichen Vorgang mit erheblichem Gewicht darstellen. Wenn beispielsweise wegen einer grundlegenden Änderung der Strukturen im Zusammenhang mit dem Beteiligungserwerb eine Satzungsänderung erforderlich ist, liegt eine strukturelle Änderung regelmäßig vor. Die Satzungsänderung stellt dann den korporativen Akt dar.<sup>969</sup> Auch der als Beispiel bereits aufgeführte Beteiligungserwerb im Wege der Sacheinlage durch Kapitalerhöhung fällt hierunter. Mit *Henssler*<sup>970</sup> und *Feldhaus/Vanscheid*<sup>971</sup> dürfte aber davon auszugehen sein, dass im Ausnahmefall auch ein nicht korporativer Akt, der dennoch ein solches Gewicht für das Unternehmen hat, dass er mit einer wirtschaftlichen Neugründung vergleichbar ist, eine strukturelle Änderung darstellen kann. Dies wird dem Sinn und Zweck der Neuverhandlungspflicht gerecht. Eine Wiederaufnahme von Verhandlungen ist dann gerechtfertigt, wenn grundlegende Veränderungen in der SE stattfinden. Die Auswirkungen von Maßnahmen auf die Struktur der SE kann nicht streng formalistisch an dem Merkmal des korporativen Akts gemessen werden.

Jedenfalls ist eine Eignung zur Minderung von Beteiligungsrechten beim Beteiligungserwerb in aller Regel abzulehnen. Dabei sind auch und vor allem die Arbeitnehmer der neuen Tochtergesellschaft in den Blick zu nehmen. Erwirbt eine SE Anteile an einem bestehenden Unternehmen und wird dadurch Konzernmutter, könnten die Arbeitnehmer der neuen Tochtergesellschaft als hinzukommende Arbeitnehmer anzusehen sein. Dass auch Arbeitnehmer von Tochtergesellschaften zu betrachten sind, wird zum Teil ausdrücklich<sup>972</sup>, zum Teil stillschweigend<sup>973</sup> vorausgesetzt. Zutreffend ist es, alle Arbeitnehmer zu betrachten, die bei der Bildung eines neuen bVG zu berücksichtigen wären.<sup>974</sup> Der herrschenden Meinung

---

<sup>969</sup> Vgl. *Feldhaus/Vanscheid*, BB 2008, 2246 (2249).

<sup>970</sup> *Henssler*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 18 SEBG Rn. 9.

<sup>971</sup> *Feldhaus/Vanscheid*, BB 2008, 2246 (2247).

<sup>972</sup> Vgl. *Jacobs*, in: MüKo-AktG, § 18 SEBG Rn. 14; *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, § 18 SEBG Rn. 32.

<sup>973</sup> Vgl. *Henssler*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 18 SEBG Rn. 10, 11; *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 18 SEBG Rn. 13, 15.

<sup>974</sup> Vgl. *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, § 18 SEBG Rn. 32.

ist jedoch darin zu folgen, dass es für diese Arbeitnehmer nicht zu einer Minderung ihrer Beteiligungsrechte kommt.

Die Beteiligungsrechte in der Tochtergesellschaft, bei der die Arbeitnehmer angestellt sind, bleiben nach § 47 Abs. 1 SEBG erhalten. Darüber hinaus können die Arbeitnehmer zwar Mitbestimmungsrechte aufgrund einer Konzernzurechnung verlieren. Insoweit ist *Oetker*<sup>975</sup> und *Nagel*<sup>976</sup> auch darin zuzustimmen, dass die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer abgeschwächt werden. Beteiligungsrechte aus einer Konzernzugehörigkeit werden jedoch nach zutreffender Auffassung nicht durch § 18 Abs. 3 SEBG geschützt. Ein Verlust der Mitbestimmungsrechte in der Konzernspitze ebenso wie der Entsendungsrechte in einen Konzernbetriebsrat würden auch bei einem Erwerb durch eine deutsche Kapitalgesellschaft eintreten. Eine bei der ehemaligen Konzernspitze bestehende Mitbestimmung der Arbeitnehmer der Tochtergesellschaft würde auch bei Eingreifen der Auffanglösung nach §§ 34 ff. SEBG nicht auf die SE als neue Konzernmutter übertragen, da nur die Mitbestimmung in den beteiligten Gesellschaften im Wege des Vorher-Nachher-Prinzips geschützt wird. Zutreffend ist daher auch die Schlussfolgerung, dass den Arbeitnehmern der SE selbst nur ein „hypothetischer Zugewinn“<sup>977</sup> aus einer Zurechnung der hinzukommenden Arbeitnehmer der Tochtergesellschaft entgeht und dieser aus denselben Gründen nicht schützenswert ist. Dies gilt insbesondere deshalb, weil es sich nicht um bereits bestehende Beteiligungsrechte dieser Arbeitnehmer handelt. Daher ist der Beteiligungserwerb nicht geeignet, Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer zu mindern.

## (2) Strukturelle Änderung

*Reichert/Ott*<sup>978</sup> vertreten die Auffassung, dass die Übernahme der Beteiligung als Komplementärin für sich genommen nicht die satzungsmäßigen Grundlagen der SE berühre.<sup>979</sup> Gegen eine strukturelle Änderung spreche, dass auf Ebene der SE weder eine Beschlussfassung der Hauptversammlung noch eine Änderung der Satzung

---

<sup>975</sup> *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, § 18 SEBG Rn. 16.

<sup>976</sup> *Nagel*, ZIP 2011, 2047 (2049).

<sup>977</sup> *Rieble*, BB 2006, 2018 (2022).

<sup>978</sup> *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, S. 195.

<sup>979</sup> Vgl. *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, S. 195; dem zustimmend *Begemann*, Die SE & Co. KGaA als Rechtsform für Familienunternehmen, S. 314.

erforderlich sei.<sup>980</sup> Da die Übernahme einer wesentlichen Beteiligung nach herrschender Auffassung keine strukturelle Änderung darstelle, müsse dies erst recht für den bloßen Beitritt als Komplementärin ohne Beteiligung an der KG bzw. KGaA gelten.<sup>981</sup>

Lediglich indizielle Wirkung könne der Katalog der österreichischen Regelung § 228 Abs. 2 ArbVG (Österreich) entfalten, der ausdrücklich den „Erwerb wesentlicher Beteiligungen an anderen Unternehmen durch die SE“ nennt.<sup>982</sup> Für das deutsche SEBG wird präzisiert, dass auch ein Erwerb wesentlicher Beteiligungen nur dann eine strukturelle Änderung darstelle, wenn der gesellschaftsrechtliche Status der SE durch den Beteiligungserwerb verändert werde.<sup>983</sup> Dies sei nach *Oetker*<sup>984</sup> dann der Fall, wenn die SE eine Tochtergesellschaft erwirbt und damit herrschendes Unternehmen wird. Unter dieser Voraussetzung könne dann auch die Übernahme der Komplementärstellung eine strukturelle Änderung sein.<sup>985</sup> Nicht ausreichend sei demgegenüber allein der Erwerb einer Kontrollmehrheit i.S.d. § 29 WpÜG ohne Begründung eines konzernrechtlichen Abhängigkeitsverhältnisses.<sup>986</sup> Auch die Gründung einer Tochtergesellschaft stellt nach der Auffassung von *Oetker*<sup>987</sup> eine strukturelle Änderung der SE dar. *Reichert/Ott*<sup>988</sup> gehen demgegenüber davon aus, dass durch den Beitritt der SE als Komplementärin in der Regel gerade kein Mutter-/Tochterverhältnis zwischen SE und KG bzw. KGaA begründet werde.

### (3) Eignung zur Minderung von Beteiligungsrechten

Nach der Auffassung von *Sigle*<sup>989</sup> werden zunächst keine Beteiligungsrechte von Arbeitnehmern der Komplementär-SE gemindert, weil diese in der Regel keine

---

<sup>980</sup> Vgl. *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, S. 195.

<sup>981</sup> Vgl. *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, S. 196; so auch *Begemann*, Die SE & Co. KGaA als Rechtsform für Familienunternehmen, S. 314.

<sup>982</sup> Vgl. *Evers/Bodenstedt*, in: Manz/Mayer/Schröder, Europäische Aktiengesellschaft, § 18 SEBG Rn. 10; *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, § 18 SEBG Rn. 20 ff.

<sup>983</sup> Vgl. *Evers/Bodenstedt*, in: Manz/Mayer/Schröder, Europäische Aktiengesellschaft, § 18 SEBG Rn. 10; *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, § 18 SEBG Rn. 26.

<sup>984</sup> *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, § 18 SEBG Rn. 26.

<sup>985</sup> Für die SE & Co. KG *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, § 18 SEBG Rn. 26.

<sup>986</sup> Vgl. *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, § 18 SEBG Rn. 26.

<sup>987</sup> *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, § 18 SEBG Rn. 26.

<sup>988</sup> *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, S. 196.

<sup>989</sup> *Sigle*, in: FS Hommelhoff, S. 1123 (1126).

Arbeitnehmer hat. Eine Minderung komme zwar bei den Beteiligungsrechten der Arbeitnehmer der KG in Betracht, die ihre auf § 4 Abs. 1 MitbestG beruhenden Mitbestimmungsrechte verlieren, jedoch komme es nur auf die Arbeitnehmerrechte bei der SE selbst an.<sup>990</sup> Das Recht der SE biete keinen Raum, Arbeitnehmer anderer Gesellschaften bei der SE Mitbestimmungsrechte ausüben zu lassen. § 4 Abs. 1 MitbestG sei eine eng auszulegende Spezialvorschrift. *Reichert/Ott*<sup>991</sup> stellen auch in diesem Zusammenhang klar, dass es lediglich auf den Arbeitnehmern tatsächlich zustehende Rechte ankomme, nicht auf einen hypothetischen Vergleich mit einer der deutschen Mitbestimmung unterliegenden Rechtsform.<sup>992</sup> Nach § 47 Abs. 1 SEBG bestünden etwaige Betriebsräte auf Ebene der KG bzw. KGaA ebenso wie bei nachgelagerten Tochtergesellschaften fort.<sup>993</sup> Hinsichtlich der unternehmerischen Mitbestimmung würden auch etwaige mitbestimmte Aufsichtsräte bei der SE, bei der KG bzw. KGaA und nachgelagerten Tochtergesellschaften nach § 47 Abs. 1 SEBG, Art. 13 Abs. 3 SE-RL fortbestehen.<sup>994</sup>

Hinsichtlich der Eignung zur Minderung von Beteiligungsrechten nimmt *Jacobs*<sup>995</sup> demgegenüber an, dass die auf § 4 Abs. 1 Satz 1 MitbestG beruhenden Rechte geschützt seien, jedoch ohne dies näher auszuführen. Zum Teil wird ebenfalls ohne nähere Begründung davon ausgegangen, es komme nicht darauf an, auf welcher Grundlage den Arbeitnehmern Beteiligungsrechte zuvor zugestanden haben.<sup>996</sup>

#### (4) Stellungnahme

Da nach der hier vertretenen Auffassung bei einem Beteiligungserwerb das Merkmal der strukturellen Änderung nicht pauschal abgelehnt werden kann, greift

---

<sup>990</sup> Vgl. *Sigle*, in: FS Hommelhoff, S. 1123 (1126).

<sup>991</sup> *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, S. 196 f.

<sup>992</sup> Vgl. *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, S. 196 f.; so auch *Henssler*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 18 SEBG Rn. 14; im Zusammenhang mit dem Beteiligungserwerb ebenso *Ege/Grzimek/Schwarzfischer*, DB 2011, 1205 (1209); *Rieble*, BB 2006, 2018 (2022); *Ziegler/Gey*, BB 2009, 1750 (1757).

<sup>993</sup> Vgl. *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, S. 197; *Begemann*, Die SE & Co. KGaA als Rechtsform für Familienunternehmen, S. 315.

<sup>994</sup> Vgl. *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, S. 197; *Henssler*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 18 SEBG Rn. 16; *Begemann*, Die SE & Co. KGaA als Rechtsform für Familienunternehmen, S. 315.

<sup>995</sup> *Jacobs*, in: MüKo-AktG, § 18 SEBG Rn. 14.

<sup>996</sup> Vgl. *Evers/Bodenstedt*, in: Manz/Mayer/Schröder, Europäische Aktiengesellschaft, § 18 SEBG Rn. 13.

der von *Reichert/Ott*<sup>997</sup> zur Ablehnung der strukturellen Änderung bei Übernahme der Komplementärstellung bemühte Erst-recht-Schluss zu kurz. Auch auf die ohnehin nur indizielle Wirkung des § 228 Abs. 2 ArbVG (Österreich) zum „Erwerb wesentlicher Beteiligungen an anderen Unternehmen durch die SE“ kommt es daher nicht an. Indizien, die für eine strukturelle Änderung sprechen, wären nach hier vertretener Auffassung die Erforderlichkeit einer Satzungsänderung und die Notwendigkeit einer Entscheidung der Anteilseigner. Die Übernahme der Komplementärstellung durch die SE stellt jedenfalls dann keine strukturelle Änderung dar, wenn diese in der Satzung der SE bereits angelegt war.<sup>998</sup> Hiervon ist insbesondere auszugehen, wenn der Unternehmensgegenstand schon die Beteiligung als persönlich haftende Gesellschafterin beinhaltet hat. In diesen Fällen ist auch keine Entscheidung der Hauptversammlung notwendig. Demgegenüber wird es regelmäßig eine strukturelle Änderung der SE begründen, wenn eine bisher operativ tätige SE sich auf die Übernahme der Komplementärstellung zurückzieht. Eine solche tiefgreifende Veränderung des Gegenstands der SE kommt einer Neugründung gleich.<sup>999</sup> Zudem wird hierfür im Regelfall eine Satzungsänderung, insbesondere des Unternehmensgegenstands, und damit auch eine Entscheidung der Hauptversammlung erforderlich sein. Gleichwohl ist dieser Fall in der Praxis selten. Komplementärgesellschaften werden üblicherweise gerade zu diesem Zweck gegründet und sind daher von vorneherein auf die Beteiligung als Komplementärin angelegt. Die Übernahme der Komplementärstellung entspricht dann dem Unternehmensgegenstand und ist nicht mit der Neugründung vergleichbar.

Die Übernahme der Komplementärstellung ist nicht geeignet, Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer zu mindern. Richtig ist, dass durch § 47 Abs. 1 SEBG die bestehenden Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer der SE und der KG bzw. KGaA bzw. Arbeitnehmer deren Tochtergesellschaften in diesen Gesellschaften selbst unberührt bleiben. Nicht geschützt sind nach der hier vertretenen Auffassung Beteiligungsrechte, die sich allein aus einem Konzernatbestand ergeben.<sup>1000</sup> Für die SE & Co. KGaA steht damit fest, dass eine Minderung von Beteiligungsrechten

---

<sup>997</sup> *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, S. 196.

<sup>998</sup> Vgl. auch *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, S. 195.

<sup>999</sup> Vgl. auch *Frese*, BB 2018, 2612 (2615).

<sup>1000</sup> Siehe hierzu unter Abschnitt D.II.3.b)aa)(1)(c).

durch die Übernahme der Komplementärstellung durch die SE nicht vorliegen kann.

Ein Verlust von Beteiligungsrechten tritt daher nur hinsichtlich der auf § 4 Abs. 1 MitbestG beruhenden Rechte der bei der KG beschäftigten Arbeitnehmer ein. Wie bereits festgestellt sind alle Arbeitnehmer in den Blick zu nehmen, die bei der Bildung eines neuen bVG zu berücksichtigen wären. Nach § 4 Abs. 1 MitbestG gelten „für die Anwendung dieses Gesetzes“ die Arbeitnehmer der KG als Arbeitnehmer der Komplementärgesellschaft. Die Norm ist daher streng begrenzt auf die Anwendung des MitbestG, sodass für die Anwendung des SEBG die bei der KG beschäftigten Arbeitnehmer nicht als (hinzukommende) Arbeitnehmer der Komplementär-SE angesehen werden können. Eine Berücksichtigung der Arbeitnehmer käme daher nur dann in Betracht, wenn die KG Tochtergesellschaft der Komplementär-SE würde. Wie bereits festgestellt, ist dies bei der typischen Kapitalgesellschaft & Co. KG nicht der Fall. Doch auch, wenn im Einzelfall die KG Tochtergesellschaft ihrer Komplementärin sein sollte, liegt keine Eignung zur Minderung von Beteiligungsrechten vor. Entgegen der Auffassung von *Jacobs*<sup>1001</sup> ist kein Schutz der auf § 4 Abs. 1 MitbestG beruhenden Rechte gerechtfertigt. Wird im Rahmen des Beteiligungserwerbs zutreffend angenommen, dass die Rechte aus § 5 MitbestG bzw. § 2 DrittelbG unter der „auflösenden Bedingung der Entkonzernierung“<sup>1002</sup> stehen, muss dieser Gedanke auch auf die Rechte aus § 4 Abs. 1 MitbestG übertragen werden. Dieselbe Rechtsfolge des Verlustes der Rechte aus § 4 Abs. 1 MitbestG würde auch dann eintreten, wenn die Komplementär-Kapitalgesellschaft gegen eine natürliche Person, eine Personengesellschaft oder eine ausländische Kapitalgesellschaft ausgetauscht würde. Dies nimmt das deutsche Mitbestimmungsrecht hin. Eine Zurechnung von Arbeitnehmern zu einer Komplementärgesellschaft ist dem SEBG ebenso fremd wie eine Konzernzurechnung.

#### **bb) Verschmelzung der Komplementärin auf eine SE**

Nach herrschender Meinung stellt die Verschmelzung auf eine SE eine strukturelle Änderung der SE dar.<sup>1003</sup> Eine Mindermeinung verlangt demgegenüber, dass die

---

<sup>1001</sup> *Jacobs*, in: MüKo-AktG, § 18 SEBG Rn. 14.

<sup>1002</sup> Vgl. *Rieble*, BB 2006, 2018 (2022).

<sup>1003</sup> Vgl. *Henssler*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 18 SEBG Rn. 14; *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 18 SEBG Rn. 10; *Jacobs*, in: MüKo-AktG, § 18 SEBG Rn. 16; *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, § 18 SEBG Rn. 22.

Umwandlung der SE ein „neues Gepräge“<sup>1004</sup> geben müsse, wofür eine nicht nur unwesentliche Änderung des Gesellschaftsvertrags ein Indiz sein könne.<sup>1005</sup> Die Gesetzesbegründung zu § 18 Abs. 3 SEBG nennt als Beispiel für eine strukturelle Änderung die „Aufnahme“ einer Gesellschaft durch die SE. Hiermit ist nach wohl einhelliger Auffassung die Verschmelzung auf eine SE gemeint.<sup>1006</sup> Dementsprechend ist mit der herrschenden Meinung davon auszugehen, dass bei der Verschmelzung der Komplementärin auf die SE das Tatbestandsmerkmal der strukturellen Änderung ohne Weiteres zu bejahen ist.

Eine Eignung zur Minderung von Beteiligungsrechten liegt dann vor, wenn die aufzunehmenden Arbeitnehmer einem strengeren Mitbestimmungsregime unterlegen haben als diejenigen der SE.<sup>1007</sup> Durch die Verschmelzung erlischt die bisherige Komplementärgesellschaft. Ein etwaiger dort angesiedelter mitbestimmter Aufsichtsrat ist daher beseitigt. Es läge danach eine Minderung von Beteiligungsrechten jedenfalls dann vor, wenn die Komplementärin selbst Arbeitnehmer beschäftigt hätte und aus diesem Grund mitbestimmt war. Regelmäßig wird die Mitbestimmung sich aber durch eine Zurechnung von Arbeitnehmern der KG bzw. KGaA nach § 4 Abs. 1 MitbestG oder § 5 MitbestG ergeben. Auch in dieser Gründungsvariante kommt es auf die Arbeitnehmer der KG bzw. KGaA nur dann an, wenn diese als Tochtergesellschaft zu qualifizieren ist. Zudem werden nach der hier vertretenen Auffassung die sich aus diesen Zurechnungsregeln ergebenden Mitbestimmungsrechte nicht geschützt. Auch durch eine Verschmelzung auf eine nicht mitbestimmungspflichtige Gesellschaft mit deutscher Rechtsform würde eine Mitbestimmung nach § 4 Abs. 1 MitbestG oder § 5 MitbestG entfallen. Eine Eignung zur Minderung von Beteiligungsverhältnissen liegt daher nicht vor. In der Regel greift die Neuverhandlungspflicht des § 18 Abs. 3 SEBG also nicht.

### **cc) Formwechsel einer SE in eine SE & Co. KGaA**

Beim Formwechsel einer SE in eine SE & Co. KGaA sind zwei verschiedene SE zu betrachten, bei denen eine strukturelle Änderung vorliegen könnte. Zum einen

---

<sup>1004</sup> *Feldhaus/Vanscheid*, BB 2008, 2246 (2250).

<sup>1005</sup> Vgl. *Feldhaus/Vanscheid*, BB 2008, 2246 (2250).

<sup>1006</sup> Vgl. *Jacobs*, in: MüKo-AktG, § 18 SEBG Rn. 12; *Feuerborn*, in: KK-AktG, § 18 SEBG Rn. 21 Fn. 54; *Grobys*, NZA 2005, 84 (91); *Ziegler/Gey*, BB 2009, 1750 (1756); zur Anlehnung des Begriffs an das UmwG *Feldhaus/Vanscheid*, BB 2008, 2246 (2247); *Wollburg/Banerja*, ZIP 2005, 277 (278).

<sup>1007</sup> Vgl. *Henssler*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 18 SEBG Rn. 14.

die SE als Ausgangsrechtsträger, die identitätswahrend in eine KGaA umgewandelt wird. Zum anderen die Komplementär-SE, die im Zuge der Umwandlung beitrifft. Der Beitritt als Komplementärin wurde bereits behandelt<sup>1008</sup>, sodass der Blick im Folgenden nur noch auf die SE als Ausgangsrechtsträger gerichtet wird.

### (1) Meinungsstand

Teilweise wird vertreten, dass Veränderungen, die aus der Rechtsform der SE herausführen, nicht von § 18 Abs. 3 SEBG erfasst seien.<sup>1009</sup> Andere sehen in der Umwandlung der SE in eine andere Rechtsform einen Fall der strukturellen Änderung.<sup>1010</sup> *Oetker*<sup>1011</sup> argumentiert insoweit mit der Vergleichbarkeit zur Neugründung. Der Fall des Formwechsels als strukturelle Änderung wird dabei insbesondere vor dem Hintergrund diskutiert, dass die Leitung der SE wegen des Absinkens von Arbeitnehmerzahlen eine Neuverhandlung anstrebt, wenn bei Umwandlung in eine deutsche Gesellschaft ein niedrigeres Mitbestimmungsniveau eingreifen würde. Daher wird der Plan zu einer solchen Umwandlung als Anlass für Neuverhandlungen nach § 18 Abs. 3 SEBG angesehen.<sup>1012</sup> Andere wollen das Problem durch eine analoge Anwendung des § 18 Abs. 3 SEBG lösen, wenn Schwellenwerte durch einen Verkauf von Unternehmensteilen im Wege des Asset Deal unterschritten werden.<sup>1013</sup> Scheitern die Verhandlungen würde die gesetzliche Auffanglösung das bisherige Mitbestimmungsniveau festschreiben, allerdings mit Vollzug der geplanten Umwandlung sofort die Wirkung verlieren.<sup>1014</sup> Zum Teil wird demgegenüber eine (analoge) Anwendung des § 325 UmwG befürwortet, der für Abspaltungen und Ausgliederungen die Beibehaltung der bisherigen Mitbestimmungsregeln für fünf Jahre vorschreibt.<sup>1015</sup> Eine Analogie zu § 18 Abs.

---

<sup>1008</sup> Siehe hierzu unter Abschnitt D.II.3.b)aa).

<sup>1009</sup> Vgl. *Jacobs*, in: MüKo-AktG, § 18 SEBG Rn. 17; *Sagan*, in: NK-GA, § 18 SEBG Rn. 20.

<sup>1010</sup> Vgl. *Henssler*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 18 SEBG Rn. 23; *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, § 18 SEBG Rn. 25; *Schmid*, Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), S. 136, der sich insoweit an den fünf Gründungstatbeständen orientiert.

<sup>1011</sup> *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, § 18 SEBG Rn. 25.

<sup>1012</sup> Vgl. *Henssler*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 18 SEBG Rn. 23.

<sup>1013</sup> Vgl. *Feldhaus/Vanscheid*, BB 2008, 2246 (2250). Dagegen *Jacobs*, in: MüKo-AktG, § 18 SEBG Rn. 19

<sup>1014</sup> Vgl. *Henssler*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 18 SEBG Rn. 23; *ders.*, ZHR 173 (2009), 222 (245 f.).

<sup>1015</sup> Vgl. *Feldhaus/Vanscheid*, BB 2008, 2246 (2250); *Kallmeyer*, ZIP 2004, 1442 (1444).

3 SEBG wird sogar für den Fall des grenzüberschreitenden Formwechsels anderer Gesellschaften als der SE diskutiert.<sup>1016</sup>

## (2) **Stellungnahme**

Sinnvoll kann eine Neuverhandlung nach § 18 Abs. 3 SEBG nur dann sein, wenn das angestrebte Ergebnis einer neuen Beteiligungsvereinbarung überhaupt erreichbar ist. Davon ist dann auszugehen, wenn die Umwandlung der SE allein deshalb erfolgen soll, weil ein bestimmtes Mitbestimmungsniveau festgeschrieben ist und die Leitung der SE sich durch die Neuverhandlung eine Änderung der Beteiligungsvereinbarung erhofft und damit ein Verbleib in der Rechtsform der SE in Betracht kommt. In diesem Fall erscheint ein Recht der Leitung der SE, Neuverhandlungen einzuleiten, gerechtfertigt. Anlass für die Aufnahme von Verhandlungen ist dann sinnvollerweise bereits die geplante Umwandlung der Gesellschaft. In anderen Formwechselfällen liegt dagegen kein Sinn in einer Pflicht zur Aufnahme von Verhandlungen. Bei der Umwandlung einer SE in eine SE & Co. KGaA würde eine neue Beteiligungsvereinbarung oder eine Mitbestimmung nach der Auffangregelung mit Wirksamwerden des Formwechsels ihre Wirkung verlieren. Eine (analoge) Anwendung des § 325 UmwG käme nur dann in Frage, wenn der Rechtsträger in der bisherigen Form weiterbesteht und damit jedenfalls eine vergleichbare Interessenlage zu den Fällen des Absinkens des Mitbestimmungsniveaus durch Abspaltung oder Ausgliederung vorläge. Dies ist beim Formwechsel der SE in eine SE & Co. KGaA nicht der Fall. Die Beteiligungsvereinbarung ist auf die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer in der SE gerichtet. Die SE existiert jedoch nach Durchführung des Formwechsels nicht mehr in dieser Rechtsform. Auch das SEBG und damit die Mitbestimmung kraft Gesetzes sind auf die KGaA als neue Rechtsform nicht anzuwenden. Ein etwa gebildeter SE-Betriebsrat würde erlöschen. Für ein Verfahren nach § 18 Abs. 3 SEBG bleibt daher in diesen Fällen kein Raum.<sup>1017</sup>

## (3) **Amtskontinuität § 203 UmwG**

Beim Formwechsel der SE in die SE & Co. KGaA könnte eine Amtskontinuität der Aufsichtsratsmitglieder nach § 203 UmwG eintreten.<sup>1018</sup> Dann müsste der

---

<sup>1016</sup> Dafür *Hushahn*, RNotZ 2014, 144; Dagegen *Jacobs*, in: MüKo-AktG, vor § 1 SEBG Rn. 64.

<sup>1017</sup> Vgl. für Verschmelzungen und Spaltungen der SE *Drinhausen*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 66 SE-VO Rn. 43.

<sup>1018</sup> Siehe hierzu bereits unter Abschnitt D.II.5.d)dd).

Aufsichtsrat bei der KGaA in gleicher Weise wie bei der SE gebildet und zusammengesetzt werden. Dies kommt sinnvollerweise nur beim Formwechsel einer SE mit dualistischem System in Frage.<sup>1019</sup> Die Amtskontinuität wird insbesondere für den Formwechsel in eine AG diskutiert. Die Argumente lassen sich jedoch ohne Weiteres auf den Formwechsel in eine KGaA übertragen, deren Aufsichtsrat jedenfalls in gleicher Weise wie der Aufsichtsrat der AG zusammengesetzt wird.<sup>1020</sup> Von einigen Literaturstimmen wird eine Amtskontinuität befürwortet.<sup>1021</sup> Der Aufsichtsrat der SE ist nicht aufgrund derselben gesetzlichen Vorschriften zusammengesetzt wie der Aufsichtsrat einer deutschen AG. Jedoch ist die Zusammensetzung des Aufsichtsorgans bei einer nicht mitbestimmten SE der Zusammensetzung des Aufsichtsrats einer AG angeglichen, sodass in diesen Fällen eine Amtskontinuität besteht.<sup>1022</sup> Für eine mitbestimmte SE gilt dies nicht, und zwar auch dann nicht, wenn für die AG dasselbe Mitbestimmungsniveau greift wie für die SE.<sup>1023</sup> Dies wird überzeugend damit begründet, dass das SEBG sich grundlegend von der deutschen Mitbestimmung unterscheidet, insbesondere weil nach dem SEBG auch die ausländischen Arbeitnehmer mit in die Mitbestimmung einzubeziehen sind.<sup>1024</sup>

### c) Zwischenergebnis

Die Übernahme der Komplementärstellung durch die SE kann im Einzelfall als strukturelle Änderung zu qualifizieren sein, wenn etwa eine Satzungsänderung und/oder eine Entscheidung der Anteilseigner erforderlich ist. Keine strukturelle Änderung liegt vor, wenn die Übernahme der Komplementärstellung in der Satzung der SE bereits angelegt war. Dies gilt auch für die im Zuge eines Formwechsels einer SE in eine SE & Co. KGaA beitretende Komplementär-SE. Die Verschmelzung der Komplementärin auf eine SE ist eine strukturelle Änderung der SE i.S.d. § 18 Abs. 3 SEBG. Um Unklarheiten zu vermeiden kann es ratsam sein,

---

<sup>1019</sup> Vgl. *Drinhausen*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 66 SE-VO Rn. 29.

<sup>1020</sup> Vgl. nur *Winter*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 203 Rn. 2.

<sup>1021</sup> Vgl. *Kiem*, in: KK-AktG, Art. 66 SE-VO Rn. 25; *Schäfer*, in: MüKo-AktG, Art. 66 SE-VO Rn. 11; *J.Schmidt*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, Art. 66 SE-VO Rn. 61; *Becker/Fleischmann*, in: Jannott/Frodermann, Hdb der Europäischen Aktiengesellschaft, Kap. 10 Rn. 29.

<sup>1022</sup> Vgl. *Drinhausen*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 66 SE-VO Rn. 29.

<sup>1023</sup> Vgl. *Drinhausen*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 66 SE-VO Rn. 29.

<sup>1024</sup> Vgl. *Drinhausen*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 66 SE-VO Rn. 29.

schon in einer bei Gründung geschlossenen Beteiligungsvereinbarung spätere Fälle für eine Neuverhandlung nach § 18 Abs. 3 SEBG klar zu definieren.<sup>1025</sup>

Eine Eignung zur Minderung von Beteiligungsrechten ist in allen Fällen regelmäßig nicht gegeben. Die bisherigen Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer der SE und der KG bzw. KGaA bzw. der Arbeitnehmer von deren Tochtergesellschaften in diesen Gesellschaften selbst bleiben nach § 47 Abs. 1 SEBG unberührt. Beteiligungsrechte, die sich allein aus einem Konzerntatbestand ergeben, sowie Rechte der Arbeitnehmer der KG aus § 4 Abs. 1 MitbestG sind nicht geschützt.

Rechtspolitisch lassen sich diese Ergebnisse durchaus in Frage stellen. Man stelle sich ein florierendes, großes Familienunternehmen in Form einer GmbH & Co. KG vor. Die KG beschäftigt mehr als 5.000 Arbeitnehmer. Die GmbH ist daher gemäß § 4 Abs. 1 MitbestG mitbestimmt. Ihr Aufsichtsrat ist zur Hälfte mit Arbeitnehmervertretern besetzt. Entscheiden jetzt die Kommanditisten, dass ein Austausch der Komplementärin gegen eine SE erfolgen soll, würde nach Austritt der GmbH und Eintritt der SE die vorher bestehende Mitbestimmung entfallen, weil die SE kein Unternehmen i.S.d. § 1 MitbestG ist.<sup>1026</sup> Es drängt sich daher die Frage auf, ob derartige Gestaltungen *de lege lata* über das Missbrauchsverbot des Art. 11 SE-RL, § 43 SEBG vermieden werden können.

#### **4. Missbrauchsverbot nach Art. 11 SE-RL, § 43 SEBG**

Das auf Art. 11 SE-RL beruhende Missbrauchsverbot des § 43 SEBG soll verhindern, dass die Rechtsform der SE gezielt ausgenutzt wird, um den Arbeitnehmern Beteiligungsrechte vorzuenthalten oder zu entziehen.<sup>1027</sup>

Ein Missbrauch i.S.d. Art. 11 SE-RL, § 43 SEBG ist objektiv dann gegeben, wenn trotz der formalen Einhaltung der Regelungen der SE-VO, der SE-RL und des SEBG ein Entziehen oder Vorenthalten von Beteiligungsrechten vorliegt, wobei die Definition der Beteiligungsrechte des § 2 Abs. 9 SEBG greift.<sup>1028</sup> Subjektiv ist eine hierauf gerichtete Absicht der Leitungen der SE erforderlich.<sup>1029</sup> Ein Missbrauch wird nach § 43 Abs. 2 SEBG widerleglich vermutet, wenn innerhalb eines Jahres

<sup>1025</sup> Vgl. *Teichmann*, in: FS Hellwig, S. 347 (368 ff.).

<sup>1026</sup> Siehe hierzu unter Abschnitt D.I.1.b)aa).

<sup>1027</sup> Vgl. BT-Drs. 15/3405, S. 57.

<sup>1028</sup> Vgl. *Henssler*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 43 SEBG Rn. 5 f.; *Drinhausen/Keinath*, BB 2011, 2699 (2700); *von der Höh*, Vorrats-SE, S. 316.

<sup>1029</sup> Vgl. *Henssler*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 43 SEBG Rn. 7; *von der Höh*, Vorrats-SE, S. 320.

nach der Gründung ohne Wiederaufnahme von Verhandlungen nach § 18 Abs. 3 SEBG strukturelle Änderungen der SE stattfinden, die ein Vorenthalten oder Entziehen von Beteiligungsrechten der Arbeitnehmer bewirken.<sup>1030</sup> Zudem sind im Falle eines Missbrauchs diejenigen Regelungen anzuwenden, die umgangen werden sollen.<sup>1031</sup> Das Missbrauchsverbot kann daher theoretisch zu einer Anwendung der Nachverhandlungspflicht des § 18 Abs. 3 SEBG führen, wenn diese umgangen werden sollte.<sup>1032</sup>

Der Missbrauchstatbestand in Art. 11 SE-RL, § 43 SEBG ist gesetzlich wenig konkret umrissen, was zu einer großen Rechtsunsicherheit führt. Ein Verstoß gegen das Missbrauchsverbot begründet jedoch eine Strafbarkeit nach § 45 Abs. 1 Nr. 2 SEBG. Einigkeit besteht daher darin, dass der Missbrauchstatbestand restriktiv ausgelegt werden muss.<sup>1033</sup> Die Nutzung von im SEBG vorgesehenen Handlungsmöglichkeiten kann nach allgemeiner Ansicht auch dann keinen Missbrauch darstellen, wenn Mitbestimmungsrechte eingeschränkt werden.<sup>1034</sup> Grund hierfür ist, dass die Normen des SEBG, etwa § 18 Abs. 3 SEBG, bereits Vorkehrungen gegen Missbrauch treffen.<sup>1035</sup> Ein Missbrauch kann deshalb nicht vorliegen, wenn das Ergebnis auch durch die Nutzung einer anderen Gesellschaftsform als der SE hätte erreicht werden können.<sup>1036</sup> Dieser Auffassung ist zuzustimmen, da anderenfalls die SE gegenüber anderen Rechtsformen unangemessen benachteiligt würde.

Ein Missbrauch scheidet nach verbreiteter Auffassung in subjektiver Hinsicht aus, wenn die Mitbestimmungsvermeidung nicht das einzige oder deutlich überwiegende Ziel einer Maßnahme darstellt, sondern andere sachliche Gründe für

---

<sup>1030</sup> Vgl. zum geringen Sinngehalt der Vorschrift *Henssler*, in Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 43 SEBG Rn. 13; *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 43 SEBG Rn. 5.

<sup>1031</sup> Vgl. *Henssler*, in Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 43 SEBG Rn. 7; *Casper/Schäfer*, ZIP 2007, 653 (660); *Rehberg*, ZGR 2005, 859 (877).

<sup>1032</sup> Vgl. *Casper/Schäfer*, ZIP 2007, 653 (660).

<sup>1033</sup> Vgl. *Henssler*, in Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 43 SEBG Rn. 1; *Jacobs*, in: MüKo-AktG, § 43 SEBG Rn. 1; *Drinhausen/Keinath*, BB 2011, 2699 (2700); unter Hinweis auf den Grundsatz *in dubio pro reo Feldhaus/Vanscheidt*, BB 2008, 2246 (2250).

<sup>1034</sup> Vgl. BT-Drs. 15/3405, S. 57; *Henssler*, in Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 43 SEBG Rn. 6; *Jacobs*, in: MüKo-AktG, § 43 SEBG Rn. 3; *Drinhausen/Keinath*, BB 2011, 2699 (2700); *Rieble*, BB 2006, 2018, 2022; *Wollburg/Banerja*, ZIP 2005, 277 (281); für die SE & Co. KGaA A. *Schubert*, SE & Co. KGaA, S. 422.

<sup>1035</sup> Vgl. *Henssler*, in Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 43 SEBG Rn. 6; *Jacobs*, in: MüKo-AktG, § 43 SEBG Rn. 3.

<sup>1036</sup> Vgl. *Drinhausen/Keinath*, BB 2011, 2699 (2703); *Wollburg/Banerja*, ZIP 2005, 277 (281).

die Maßnahme bestehen.<sup>1037</sup> Soweit vertreten wird, dass ein Missbrauch schon dann nicht vorliegt, wenn es irgendeinen anderen Grund für die Maßnahme gibt,<sup>1038</sup> geht dies zu weit, da dann praktisch kein Anwendungsbereich für die Norm verbliebe.<sup>1039</sup>

Diskutiert wird der Missbrauchstatbestand vor allem im Zusammenhang mit dem Erwerb zweier Aktiengesellschaften durch eine durch einen Treuhänder neu gegründete nicht mitbestimmte SE.<sup>1040</sup> Umgangen wird hierbei die Holding-Gründung, bei der die Arbeitnehmer der Gründungsgesellschaften über das Verfahren nach §§ 4 ff. SEBG Beteiligungsrechte in der SE hätten erhalten können. Unbestreitbar ist, dass durch die gewählte Gestaltung keine bestehenden Rechte der Arbeitnehmer in den Aktiengesellschaften entzogen werden, da diese nach § 47 Abs. 1 SEBG fortbestehen. Allenfalls werden Rechte in der SE vorenthalten, die die Arbeitnehmer bei anderer Gestaltung hätten gewinnen können. Zum Teil wird angenommen, dass mangels Bestehens eines Rechtsanspruchs auf diese Beteiligungsrechte in der SE schon kein Vorenthalten gegeben ist.<sup>1041</sup> Jedenfalls liegt aber ein gezieltes Ausnutzen der SE nicht vor, wenn es andere sachliche Gründe für die Gestaltung gibt.<sup>1042</sup>

Die Argumentation ist auf die Gestaltungen zur Errichtung einer SE & Co. übertragbar. Ein Missbrauch der SE wird in aller Regel ausscheiden. Zunächst müsste sowohl für den allgemeinen Missbrauchstatbestand des § 43 Satz 1 SEBG als auch für die Vermutung des § 43 Satz 2 SEBG ein Vorenthalten oder Entziehen von Beteiligungsrechten der Arbeitnehmer vorliegen, wobei auf die bereits bestehenden Rechte der Arbeitnehmer in den Gründungsgesellschaften abzustellen ist.<sup>1043</sup> Wie bereits erläutert bleiben die Rechte der Arbeitnehmer in ihren Gesellschaften nach § 47 SEBG erhalten und werden durch die Nutzung der SE als Komplementärin nicht berührt. Die Arbeitnehmer verlieren allenfalls Rechte, die

---

<sup>1037</sup> Vgl. *Feuerborn*, in: KK-AktG, § 43 SEBG Rn 7; *Henssler*, in Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 43 SEBG Rn. 7; *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 43 SEBG Rn. 5; *Rieble*, BB 2006, 2018, 2022; a.A. *Rehberg*, ZGR 2005, 859 (872).

<sup>1038</sup> So *Drinhausen/Keinath*, BB 2011, 2699 (2700); *Wollburg/Banerja*, ZIP 2005, 277 (281).

<sup>1039</sup> Vgl. *Henssler*, in Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 43 SEBG Rn. 7.

<sup>1040</sup> Vgl. *Drinhausen/Keinath*, BB 2011, 2699 (2701 f.); *Feldhaus/Vanscheidt*, BB 2008, 2246 (2249); *Wollburg/Banerja*, ZIP 2005, 277 (280 f.) (sogenanntes DaimlerChrysler-Modell).

<sup>1041</sup> Vgl. *Wollburg/Banerja*, ZIP 2005, 277 (281).

<sup>1042</sup> Vgl. insbesondere zu den Gründen der Wahl des DaimlerChrysler-Modells *Feldhaus/Vanscheidt*, BB 2008, 2246 (2249 f.); *Wollburg/Banerja*, ZIP 2005, 277 (281).

<sup>1043</sup> Vgl. *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 43 SEBG Rn. 2.

sich aus §§ 4 und 5 MitbestG, § 2 DrittelbG ergeben. Diese Rechte sind, wie bereits im Rahmen der Prüfung von § 18 Abs. 3 SEBG festgestellt, nicht durch das SEBG geschützt.<sup>1044</sup> Ein Missbrauch scheidet nach hier vertretener Auffassung auch schon deshalb aus, weil die Mitbestimmung der Komplementärin sich auch durch die Wahl anderer nicht dem MitbestG unterfallenden Unternehmen, etwa einer Stiftung, als Komplementärin vermeiden ließe.<sup>1045</sup> Schließlich ist aber in den meisten Fällen jedenfalls die subjektive Missbrauchs-Komponente nicht erfüllt. Neben einer Mitbestimmungsvermeidung gibt es zahlreiche andere Gründe für die Errichtung einer SE & Co., wie beispielsweise das mit der SE verbundene positive internationale Image und die Flexibilität bei der Gestaltung der Corporate Governance.<sup>1046</sup>

## **5. Nachholung des Beteiligungsverfahrens bei Aktivierung einer Vorrats-SE**

Bei den betrachteten Gründungsvarianten wurde bereits an verschiedenen Stellen die Nutzung einer Vorrats-SE zum Zwecke der Gründung einer SE & Co. angesprochen. Die Vorrats-SE spielt danach in folgenden Konstellationen eine Rolle:

- Neugründung einer SE & Co. mit einer Vorrats-SE
- Austausch der Komplementärin einer bestehenden Kapitalgesellschaft & Co. gegen eine Vorrats-SE
- Verschmelzung der Komplementärin einer bestehenden Kapitalgesellschaft & Co. auf eine Vorrats-SE
- Formwechsel einer AG bzw. GmbH bzw. SE in eine SE & Co. KGaA unter Beitritt einer Vorrats-SE

In allen Fällen nimmt die Vorratsgesellschaft durch die Übernahme der Komplementärstellung erstmalig eine aktive Tätigkeit auf. Dies stellt eine wirtschaftliche Neugründung dar, die in analoger Anwendung der §§ 36 Abs. 1, 37

---

<sup>1044</sup> Vgl. für § 5 MitbestG und § 2 DrittelbG *Henssler*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 43 SEBG Rn. 3; a.A. wohl *Drinhausen/Keinath*, BB 2011, 2699 (2704) für die Gründung einer mitbestimmungsfreien Holding-SE durch Treuhänder. Siehe hierzu unter Abschnitt D.II.3.b)aa)(1)(c).

<sup>1045</sup> Mit diesem Argument auch *Sigle*, in: FS Hommelhoff, S. 1123 (1130).

<sup>1046</sup> Vgl. auch *Begemann*, Die SE & Co. KGaA als Rechtsform für Familienunternehmen, S. 316.

AktG dem Handelsregister gegenüber offenzulegen ist.<sup>1047</sup> Zu prüfen ist, ob in diesen Fällen das bei Gründung der Vorrats-SE in aller Regel nicht durchgeführte Verhandlungsverfahren nachzuholen ist.<sup>1048</sup>

#### a) **Rechtsgrundlagen der Nachholungspflicht**

Es besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass der Verzicht auf das Beteiligungsverfahren bei Gründung einer Vorrats-SE nicht dazu führen kann, dass die Regelungen zur Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der SE umgangen werden.<sup>1049</sup> Dogmatisch werden zur Begründung einer Nachholungspflicht verschiedene Rechtsgrundlagen herangezogen.

##### aa) **Anwendung von §§ 22 ff. SEBG sowie §§ 4 ff. SEBG analog**

Einige wollen die Auffangregelung nach §§ 22 ff. SEBG ohne vorherige Verhandlung eingreifen lassen, wenn die SE nach der Gründung Arbeitnehmer beschäftigt.<sup>1050</sup> Die Durchführung eines Beteiligungsverfahrens bei Aktivierung der Vorrats-SE soll nach §§ 4 ff. SEBG analog erfolgen.<sup>1051</sup> Teilweise wird die Nachholungspflicht als „Kehrseite“<sup>1052</sup> der unter diesem Vorbehalt stehenden teleologischen Reduktion des Art. 12 Abs. 2 SE-VO betrachtet.<sup>1053</sup>

Gegen eine Anwendung der §§ 22 ff. SEBG spricht, dass die Auffangregelungen subsidiär anzuwenden sind und damit der Vorrang der Verhandlungslösung unterlaufen würde.<sup>1054</sup> Gegen eine analoge Anwendung der §§ 4 ff. SEBG wird eingewandt, dass danach Verhandlungen mit den Leitungen der

---

<sup>1047</sup> Vgl. *Schürnbrand*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 12 SE-VO Rn. 11; im Detail zu den mit der wirtschaftlichen Neugründung der Vorrats-SE verbundenen Pflichten *Casper/Schäfer*, ZIP 2007, 653 (656 ff.); a.A. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 22 Rn. 24 mit einem Vorschlag zur Risikominimierung für den Fall einer anderweitigen Einschätzung durch die Rechtsprechung durch Erklärung und Bankbestätigung über die Kapitalerhaltung und Zustimmung aller Aktionäre.

<sup>1048</sup> Zur darüberhinausgehenden Diskussion, ob die Einrichtung eines SE-Betriebsrat bei rein national tätigen SE erforderlich ist, vgl. *Schubert*, RdA 2012, 146 (150 ff.) und *Luke*, NZA 2013, 941.

<sup>1049</sup> Vgl. nur *Feuerborn*, in: KK-AktG, § 18 SEBG Rn. 49; *Oechsler*, in: MüKo-AktG, Art. 2 SE-VO Rn. 53; *Schürnbrand*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 12 SE-VO Rn. 26; *Casper/Schäfer*, ZIP 2007, 653 (658).

<sup>1050</sup> Vgl. *Schubert*, ZESAR 2006, 340 (344).

<sup>1051</sup> Vgl. *Oetker* in Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, § 1 SEBG Rn. 19; *Schubert*, ZESAR 2006, 340 (344).

<sup>1052</sup> *Oetker* in Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, § 1 SEBG Rn. 19.

<sup>1053</sup> Vgl. *Oetker* in Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, § 1 SEBG Rn. 19.

<sup>1054</sup> Vgl. *Casper/Schäfer*, ZIP 2007, 653 (658); *Forst*, NZG 2009, 687 (690); A. *Schubert*, SE & Co. KGaA, S. 397.

Gründungsgesellschaften stattfinden müssten und diese bei Aktivierung der Vorrats-SE nicht mehr vorhanden oder jedenfalls nicht mehr an der SE beteiligt sein werden.<sup>1055</sup> *Schubert*<sup>1056</sup> will bei Aktivierung der Vorrats-SE nicht etwa die ehemaligen Gründungsgesellschaften verhandeln lassen, sondern den Erwerber der Vorrats-SE. Sachgerechter ist dennoch eine Verhandlung mit der Leitung der SE, wie sie in § 18 Abs. 3 SEBG vorgesehen ist. Die neue Leitung der SE wird in der Regel bei Aktivierung der Vorrats-SE ins Amt gesetzt und sollte bei den Verhandlungen nicht übergangen werden. Gegen § 18 Abs. 3 SEBG spricht auch nicht, dass dieser den SE-Betriebsrat anspricht, welcher in der Vorrats-SE nicht existiert, denn hierbei handelt es sich nur um eine Alternative zur Neubildung eines bVG.<sup>1057</sup> Zudem kann das Initiativrecht zur Durchführung der Verhandlungen auch durch einen nach dem BetrVG gebildeten Betriebsrat oder einen bestehenden europäischen Betriebsrat ausgeübt werden.<sup>1058</sup>

#### **bb) Anwendung von § 18 Abs. 3 SEBG (analog)**

Überwiegend wird die Pflicht zur Durchführung eines Beteiligungsverfahrens auf § 18 Abs. 3 SEBG gestützt.<sup>1059</sup> Dabei wird nicht durchgehend präzisiert, ob es sich um eine direkte oder analoge Anwendung der Norm handelt.

Eine direkte Anwendung von § 18 Abs. 3 SEBG kommt wohl nur dann in Betracht, wenn bei Gründung der Vorrats-SE ein Beteiligungsverfahren durchgeführt wurde.<sup>1060</sup> Ein Beteiligungsverfahren wird in den weit überwiegenden Fällen der

---

<sup>1055</sup> Vgl. *Casper/Schäfer*, ZIP 2007, 653 (658 f.); *Forst*, NZG 2009, 687 (690); *A. Schubert*, SE & Co. KGaA, S. 398.

<sup>1056</sup> Vgl. *Schubert*, ZESAR 2006, 340 (347). *Forst*, NZG 2009, 687 (690) sieht hierin eine Überschreitung der Grenzen der Rechtsfortbildung.

<sup>1057</sup> Vgl. *Casper/Schäfer*, ZIP 2007, 653 (659); *Forst*, NZG 2009, 687 (691); a.A. *Schubert*, ZESAR 2006, 340 (346).

<sup>1058</sup> Vgl. *Henssler*, in *Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 18 SEBG Rn. 33.

<sup>1059</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.3.2009 – 3 Wx 248/08, in: DNotZ 2009, 699 (701); *Bayer*, in: *Lutter/Hommelhoff/Teichmann*, SE-Kommentar, Art. 2 SE-VO Rn. 35; *Casper*, in: *BeckOGK-SE*, Art. 2 SE-VO Rn. 31 (Stand 1.6.2021); *ders.*, AG 2007, 97 (100); *Feuerborn*, in: *KK-AktG*, § 18 SEBG Rn. 50; *Habersack*, in: *Habersack/Drinhausen*, SE-Recht, Art. 2 SE-VO Rn. 30; *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: *Habersack/Drinhausen*, SE-Recht, § 18 SEBG Rn. 11; *Jacobs*, in *MüKo-AktG*, § 18 SEBG Rn. 17; *Schröder*, in: *Manz/Mayer/Schröder*, Europäische Aktiengesellschaft, Art. 12 SE-VO Rn. 44; *Schürnbrand*, in: *Habersack/Drinhausen*, SE-Recht, Art. 12 SE-VO Rn. 26; *Veil*, in: *KK-AktG*, Art. 2 SE-VO Rn. 55; *Forst*, NZG 2009, 687 (690); *ders.*, RdA 2010, 55 (59); *Seibt*, ZIP 2005, 2248 (2250).

<sup>1060</sup> Vgl. *von der Höh*, Vorrats-SE, S. 219, wonach sowohl der Wortlaut als auch die Systematik und die Gesetzesbegründung für eine solche Auslegung sprechen; vgl. auch *Feuerborn*, in: *KK-AktG*, § 18 SEBG Rn. 51; *Oetker*, in: *Lutter/Hommelhoff/Teichmann*, SE-Kommentar, § 18 SEBG Rn. 28. Für eine direkte Anwendung dagegen *Götze/Winzer/Arnold*, ZIP 2009, 245 (252); *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 22 Rn. 25 f.

Gründung durch gewerbliche Anbieter jedoch nicht durchgeführt worden sein.<sup>1061</sup> Näher liegt daher eine analoge Anwendung des § 18 Abs. 3 SEBG.<sup>1062</sup> Dessen Rechtsfolge<sup>1063</sup>, die Durchführung eines Beteiligungsverfahrens in der bestehenden SE, soll nach dieser Auffassung auch im Fall der Aktivierung der Vorrats-SE eingreifen. Zur Begründung wird zumeist angeführt, die mit Aktivierung einer Vorrats-SE verbundene wirtschaftliche Neugründung stelle eine strukturelle Änderung i.S.d. § 18 Abs. 3 SEBG dar.<sup>1064</sup>

### (1) Analogie für den Fall der Aktivierung einer Vorrats-SE

Nur wenige Autoren setzen sich mit der Analogie zu § 18 Abs. 3 SEBG im Detail auseinander. Im Wege eines Erst-recht-Schlusses sei § 18 Abs. 3 SEBG bei Aktivierung einer Vorrats-SE anzuwenden, obwohl es hier entgegen dem Wortlaut nicht zu einer Wiederaufnahme von Verhandlungen, sondern zu deren erstmaliger Durchführung komme.<sup>1065</sup> Dennoch sei der Wille des Gesetzgebers zu respektieren, der eine Neuverhandlungspflicht nur auf bestimmte Fälle beschränken wollte. Während eine strukturelle Änderung i.S.d. § 18 Abs. 3 SEBG bei Aktivierung einer Vorrats-SE regelmäßig schon wegen der mit ihr verbundenen Satzungsänderungen, im Übrigen bei wirtschaftlicher Neugründung, vorliege, sei die Eignung zur Minderung von Beteiligungsrechten gesondert zu prüfen.<sup>1066</sup> Verhandlungen seien

---

<sup>1061</sup> In den wenigen Fällen, in denen ein Beteiligungsverfahren bei Gründung bereits durchgeführt wurde, sieht *von der Höh*, Vorrats-SE, S. 268, eine Pflicht zur Neuverhandlung bei Aktivierung durch Verschmelzung zur Aufnahme auf die SE (Fall 3), jedoch nicht bei bloßer Aufnahme der Geschäftstätigkeit und Erwerb von Anteilen an einer bestehenden Gesellschaft im Wege des share deals (hierunter dürften Fall 1 und Fall 2 zu fassen sein). Dies gelte jedoch nur, wenn sämtliche Voraussetzungen des § 18 Abs. 3 SEBG tatsächlich vorliegen. Für eine analoge Anwendung des § 18 Abs. 3 SEBG sieht er im Übrigen für die Fälle, dass ein Verhandlungsverfahren bei Gründung durchgeführt wurde, keinen Raum, *von der Höh*, Vorrats-SE, S. 274.

<sup>1062</sup> Vgl. *von der Höh*, Vorrats-SE, S. 269; vgl. auch *Feuerborn*, in: KK-AktG, § 18 SEBG Rn. 50.

<sup>1063</sup> Vgl. *von der Höh*, Vorrats-SE, S. 275, der klarstellt, dass die Analogie sich auf die Rechtsfolgen des § 18 Abs. 3 SE-VO beschränkt.

<sup>1064</sup> Vgl. *Schürnbrand*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 12 SE-VO Rn. 26; *Veil*, in: KK-AktG, Art. 2 SE-VO Rn. 55; a.A. *Kiem*, in: KK-AktG, Art. 12 SE-VO Rn. 52.

<sup>1065</sup> So *Henssler*, in Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 18 SEBG Rn. 32; so auch *Feuerborn*, in: KK-AktG, § 18 SEBG Rn. 53. *Von der Höh*, Vorrats-SE, S. 281, kommt ebenfalls zu diesem Ergebnis und prüft für die verbleibenden Fälle Art. 11 SE-RL, § 43 Abs. 1 SEBG, siehe hierzu unter Abschnitt D.II.5.a)cc).

<sup>1066</sup> Vgl. *Henssler*, in Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 18 SEBG Rn. 32; ebenso *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, § 18 SEBG Rn. 28, der dies als Argument für die Anwendung der §§ 4 ff. SEBG anführt; *Götze/Winzer/Arnold*, ZIP 2009, 245 (252); die jedoch insgesamt eine Analogie ablehnen und § 18 Abs. 3 SEBG direkt anwenden wollen; a.A. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 22 Rn. 25, die schon das Merkmal der strukturellen Änderung ablehnen, sowie wohl *Ege/Grzimek/Schwarzfischer*, DB 2011, 1205 (1209); *Forst*, NZG 2009, 687 (691), die jeweils schon das Vorliegen einer strukturellen Änderung nicht prüfen.

daher nur bei Aufnahme einer mitbestimmten Einheit im Wege des *asset deals* oder durch Verschmelzung zu führen, nicht hingegen beim bloßen Beteiligungserwerb.<sup>1067</sup> Diese Ansicht überzeugt im Ergebnis. Ausführlicher begründen lässt sie sich wie folgt: Erste Voraussetzung für die Analogie ist das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke. Es wurde bereits festgestellt, dass ein Beteiligungsverfahren bei Gründung einer Vorrats-SE ohne Arbeitnehmer nicht durchgeführt werden kann und für die Eintragung der Vorrats-SE eine teleologische Reduktion des Art. 12 Abs. 2 SE-VO vorzunehmen ist.<sup>1068</sup> Der SE-Gesetzgeber hat die Problematik der Arbeitnehmerbeteiligung bei einer Vorrats-SE nicht geregelt, obwohl eine Regelung zur Wahrung des Sinn und Zwecks des SEBG, die Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE sicherzustellen, angezeigt gewesen wäre. Eine planwidrige Regelungslücke liegt damit vor.<sup>1069</sup> Zu prüfen ist daher das Vorliegen einer Vergleichbarkeit der Interessenlage zwischen den in § 18 Abs. 3 SEBG geregelten Fällen der Neuverhandlungspflicht und der Aktivierung der Vorrats-SE. Tatbestandsvoraussetzungen von § 18 Abs. 3 SEBG sind die Planung von strukturellen Änderungen der SE und die Eignung zur Minderung von Beteiligungsrechten der Arbeitnehmer.

## (2) Strukturelle Änderungen

Für die Prüfung der Vergleichbarkeit der Interessenlage muss die Aktivierung der Vorrats-SE nicht unter den Begriff der strukturellen Änderung subsumiert werden.<sup>1070</sup> Eine nähere Auseinandersetzung mit der umstrittenen Frage, wie die strukturelle Änderung zu definieren ist und welche Fälle im Einzelnen erfasst sind, kann daher an dieser Stelle unterbleiben. Die mit der Aktivierung der Vorrats-SE verbundene wirtschaftliche Neugründung hat schon begrifflich einen gründungsähnlichen Charakter. Sie ist nicht etwa mit dem bloßen Anwachsen der Arbeitnehmerzahl vergleichbar, sondern führt zu einer grundsätzlichen Neuordnung der Struktur der Gesellschaft. Die Vorrats-SE wird erstmalig mit einem Unternehmen ausgestattet. Dabei werden möglicherweise Beteiligungen, Unternehmen oder Unternehmensteile im Wege der Gesamtrechtsnachfolge oder

---

<sup>1067</sup> Vgl. *Henssler*, in Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 18 SEBG Rn. 32 unter Verweis auf *Jacobs*, in MüKo-AktG, § 18 SEBG Rn. 17; *Kiem*, in: KK-AktG, Art. 12 SE-VO Rn. 52; *ders.*, ZHR 173 (2009), 166; *Feldhaus/Vanscheidt* BB 2008, 2246 (2249 f.); *Reichert/Ott*, in: Bergmann/Kiem/Mülbert/Verse/Wittig, 10 Jahre SE, S. 180; a.A. *Forst*, NZG 2009, 687 (691).

<sup>1068</sup> Siehe hierzu unter Abschnitt B.I.2.

<sup>1069</sup> Vgl. *A. Schubert*, SE & Co. KGaA, S. 397; *Casper/Schäfer*, ZIP 2007, 653 (659).

<sup>1070</sup> Vgl. auch *Forst*, NZG 2009, 687 (691); *ders.* RdA 2010, 55 (58).

Einzelrechtsnachfolge in die SE eingebracht.<sup>1071</sup> Die Aktivierung ist regelmäßig auch mit einer Satzungsänderung verbunden, z.B. einer Änderung des Unternehmensgegenstands. Im Zusammenhang mit der Übernahme der Komplementärstellung kann es auch zu einer Sitzverlegung und zur Neubestellung der Vertretungsorgane, gegebenenfalls auch zu einem Wechsel vom monistischen zum dualistischen System oder umgekehrt kommen. Während einzelne dieser Maßnahmen, z.B. die bloße Sitzverlegung<sup>1072</sup>, nicht zu einer strukturellen Änderung führen, kann dies im Zusammenhang mit weiteren Änderungen der Struktur der SE anders zu beurteilen sein.<sup>1073</sup> Die Aktivierung der Vorrats-SE auf den Aspekt des Inhaberwechsels zu reduzieren und damit die Vergleichbarkeit abzulehnen<sup>1074</sup> ist in den überwiegenden Fällen der Aktivierung der Vorrats-SE nicht überzeugend. Dies gilt insbesondere für den hier zu betrachtenden Fall der Übernahme der Komplementärstellung durch die SE. Auf eine Ansicht, die Zweifel an der Vergleichbarkeit der Interessenlage begründen könnte, sei an dieser Stelle noch eingegangen: Nach teilweise vertretener Auffassung soll eine strukturelle Änderung i.S.d. § 18 Abs. 3 SEBG in der Regel vorliegen, wenn ein Übergang einer wirtschaftlichen Einheit i.S.d. § 613a BGB auf die SE stattfindet.<sup>1075</sup> Nicht maßgeblich sei demgegenüber das Vorliegen eines korporativen Akts bzw. einer gesellschaftsrechtlichen Maßnahme oder einer Satzungsänderung.<sup>1076</sup> Um Schutzlücken zu vermeiden, seien die Verschmelzung oder Spaltung einer mitbestimmten Holdinggesellschaft auf die SE auch unter den Begriff der strukturellen Änderung i.S.d. § 18 Abs. 3 SEBG zu fassen, obwohl hierbei keine wirtschaftliche Einheit i.S.d. § 613a BGB auf die SE übergehe.<sup>1077</sup> Die Notwendigkeit dieser Ausnahme zeigt, dass das Abstellen auf den Betriebsübergang nach § 613a BGB eben kein geeignetes Kriterium zur Eingrenzung des Begriffs der strukturellen Änderung darstellt. Als Zwischenergebnis kann daher festgehalten werden, dass bei der Aktivierung der

---

<sup>1071</sup> Vgl. *Kiem*, ZHR 173 (2009), 156 (165).

<sup>1072</sup> Vgl. *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 18 SEBG Rn. 10; *Jacobs*, in MüKo-AktG, § 18 SEBG Rn. 17.

<sup>1073</sup> Vgl. *Jacobs*, in MüKo-AktG, § 18 SEBG Rn. 17; a.A. konkret für den Fall der Übernahme der Komplementärstellung *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 22 Rn. 25, die allerdings die direkte Anwendung von § 18 Abs. 3 SEBG prüfen.

<sup>1074</sup> So *Schubert*, ZESAR 2006, 340 (346 f.); zurückhaltend auch *Wisskirchen/Bissels/Dannhorn*, DB 2007, 2258 (2262).

<sup>1075</sup> Vgl. *von der Höh*, Vorrats-SE, S. 246 ff.

<sup>1076</sup> Vgl. *von der Höh*, Vorrats-SE, S. 251.

<sup>1077</sup> Vgl. *von der Höh*, Vorrats-SE, S. 250.

Vorrats-SE eine mit der strukturellen Änderung i.S.d. § 18 Abs. 3 SEBG vergleichbare Interessenlage gegeben ist.

### (3) Eignung zur Minderung von Beteiligungsrechten

Viele Autoren, die sich mit der Analogie zu § 18 Abs. 3 SEBG näher auseinandersetzen, halten nach Prüfung der Vergleichbarkeit mit dem Begriff der strukturellen Änderung den Analogieschluss für begründet.<sup>1078</sup> Weitere Voraussetzung für die Anwendung der Neuverhandlungspflicht nach § 18 Abs. 3 SEBG ist jedoch die Eignung zur Minderung von Beteiligungsrechten. Zwar ist auch bei diesem Tatbestandsmerkmal darauf zu achten, dass für die Analogie nur eine Vergleichbarkeit der Interessenlage vorliegen muss, das Merkmal darf aber nicht völlig außer Acht gelassen werden. Einige Literaturstimmen sind der Auffassung, Verhandlungen seien nur bei Aufnahme einer mitbestimmten Einheit im Wege des asset deals oder durch Verschmelzung zu führen, nicht hingegen beim bloßen Beteiligungserwerb durch die Vorrats-SE.<sup>1079</sup> *Forst*<sup>1080</sup> hält dagegen jede Aktivierung der Vorrats-SE, auch den Beteiligungserwerb durch die Vorrats-SE (*share deal*), für einen Fall der vergleichbaren Interessenlage, ohne jedoch die Vergleichbarkeit mit dem Merkmal der Eignung zur Minderung von Beteiligungsrechten zu diskutieren. Die Frage der Eignung zur Minderung von Beteiligungsrechten beim Beteiligungserwerb und bei Übernahme der Komplementärstellung wurde bereits erörtert.<sup>1081</sup> Das dort gefundene Ergebnis, dass es nicht auf Beteiligungsrechte ankommen kann, die sich nur aus der bisherigen Zugehörigkeit zu einem Konzern ergeben, lässt sich auf den Beteiligungserwerb durch die Vorrats-SE übertragen.<sup>1082</sup> Gleiches gilt für Mitbestimmungsrechte aus § 4 Abs. 1 MitbestG. Eine Vergleichbarkeit der Interessenlage wird in Bezug auf das Merkmal der Eignung zur Minderung von Beteiligungsrechten also häufig nicht vorliegen.

---

<sup>1078</sup> So z.B. A. Schubert, SE & Co. KGaA, S. 399 ff.; Casper/Schäfer, ZIP 2007, 653 (659).

<sup>1079</sup> Vgl. Henssler, in Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 18 SEBG Rn. 32 unter Verweis auf Jacobs, in MüKo-AktG, § 18 SEBG Rn. 17; Kiem, in: KK-AktG, Art. 12 SE-VO Rn. 52; ders., ZHR 173 (2009), 166; Feldhaus/Vanscheidt BB 2008, 2246 (2249 f.).

<sup>1080</sup> Forst, NZG 2009, 687 (691).

<sup>1081</sup> Siehe hierzu unter Abschnitt D.II.3.b)aa)(1)(b) sowie unter Abschnitt D.II.3.b)aa)(3).

<sup>1082</sup> Vgl. von der Höh, Vorrats-SE, S. 253 f.; Binz/Sorg, GmbH & Co. KG, § 22 Rn. 25.

#### (4) Nicht ausreichende Anzahl von Arbeitnehmern im Zeitpunkt der Aktivierung

Für den Fall, dass im Zeitpunkt der Aktivierung nicht genügend Arbeitnehmer zur Verfügung stünden, um ein Beteiligungsverfahren durchzuführen, soll die SE – vorbehaltlich eines Missbrauchs – auch bei einem späteren organischen Wachstum mitbestimmungsfrei bleiben.<sup>1083</sup> Andere gehen demgegenüber davon aus, dass das Beteiligungsverfahren in analoger Anwendung von § 18 Abs. 3 SEBG in dem Moment nachzuholen sei, in dem die SE die Schwelle von zehn Arbeitnehmern erstmalig überschreitet.<sup>1084</sup> Teilweise soll dies nur gelten, wenn bereits bei der wirtschaftlichen Neugründung der SE geplant ist, binnen eines Jahres mehr als zehn Arbeitnehmer zu beschäftigen.<sup>1085</sup> Bei einem späteren organischen Wachstum bleibe die SE dann jedoch mitbestimmungsfrei.<sup>1086</sup> Der erstgenannten Auffassung ist zuzustimmen. Die punktuelle Betrachtungsweise für die Durchführung des Beteiligungsverfahrens gibt § 18 Abs. 3 SEBG vor. Maßgeblich für die Durchführung der Verhandlungen ist der Zeitpunkt der wirtschaftlichen Neugründung, nicht derjenige, in dem mindestens zehn Arbeitnehmer beschäftigt werden. Umgehungsrisiken werden durch die Missbrauchsregelungen in Art. 11 SE-RL, § 43 SEBG abgedeckt.<sup>1087</sup>

#### cc) Anwendung des Missbrauchsverbots aus Art. 11 SE-RL, § 43 SEBG

Eine Nachverhandlungspflicht kann auch auf das Umgehungsverbot in Art. 11 SE-RL, § 43 SEBG gestützt werden.<sup>1088</sup> Raum für die Anwendung Vorschrift bleibt jedoch nur, wenn die Voraussetzungen des § 18 Abs. 3 SEBG (strukturelle

<sup>1083</sup> Vgl. *Henssler*, in *Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 18 SEBG Rn. 32 unter Verweis auf *Casper/Schäfer*, ZIP 2007, 653 (660); *Casper*, in: BeckOGK-SE, Art. 2 SE-VO Rn. 31 (Stand 1.6.2021); *Jacobs*, in *MüKo-AktG*, § 3 SEBG Rn. 6; *A. Schubert*, SE & Co. KGaA, S. 425 ff.; a.A. *Forst*, NZG 2009, 687 (692), der sich für eine Verweigerung der Eintragung nach Art. 12 Abs. 2 SE-VO analog ausspricht; *Feuerborn*, in: *KK-AktG*, § 18 SEBG Rn. 54, der in diesem Fall mit einer doppelten Analogie arbeiten möchte.

<sup>1084</sup> Vgl. *Feuerborn*, in: *KK-AktG*, § 18 SEBG Rn. 51, der präzisiert, dass es sich insoweit um eine weitere Analogie handele, da organisches Wachstum grundsätzlich keine strukturelle Änderung i.S.d. § 18 Abs. 3 SEBG sei; *Oechsler*, in: *MüKo-AktG*, Art. 2 SE-VO Rn. 54.

<sup>1085</sup> Vgl. *Casper*, in: BeckOGK-SE, Art. 2 SE-VO Rn. 31 (Stand 1.6.2021); *Begemann*, Die SE & Co. KGaA als Rechtsform für Familienunternehmen, S. 311; *Casper/Schäfer*, ZIP 2007, 653 (660), welche die Jahresfrist jeweils aus der Wertung des § 43 Satz 2 SEBG herleiten, siehe hierzu unter Abschnitt D.II.5.a)cc).

<sup>1086</sup> Vgl. *Casper*, in: BeckOGK-SE, Art. 2 SE-VO Rn. 31 (Stand 1.6.2021); *Casper/Schäfer*, ZIP 2007, 653 (660).

<sup>1087</sup> Vgl. *A. Schubert*, SE & Co. KGaA, S. 428 f.

<sup>1088</sup> Ausführlich von *der Höh*, *Vorrats-SE*, S. 294 ff. *Casper*, in: BeckOGK-SE, Art. 2 SE-VO Rn. 31 (Stand 1.6.2021), geht davon aus, dass eine Anwendung von Art. 11 SE-RL, § 43 SEBG zum sachlich gleichen Ergebnis führt wie die Analogie zu § 18 Abs. 3 SEBG.

Änderung und Eignung zur Minderung der Beteiligungsrechte) nicht gegeben sind.<sup>1089</sup>

Bei der Aktivierung einer arbeitnehmerlosen Vorrats-SE ist im Hinblick auf einen möglichen Missbrauchsvorwurf Vorsicht geboten.<sup>1090</sup> Dies gilt insbesondere wegen der strafrechtlichen Folgen, die sich aus § 45 Abs. 1 Nr. 2 SEBG ergeben.

Auf den Fall der Vorrats-SE bezogen, soll ein Missbrauch nach teilweise vertretener Ansicht nur dann in Frage kommen, wenn im Zuge der Aktivierung der SE keine Arbeitnehmer eingestellt werden und/oder es lediglich zu organischem Wachstum der SE kommt, weil in diesen Fällen § 18 Abs. 3 SEBG auch analog keine Anwendung findet.<sup>1091</sup> Ein Missbrauch könne dann jedoch nicht schon damit begründet werden, dass es bei Überschreiten bestimmter Schwellenwerte in der SE nicht wie bei einer nationalen Gesellschaft zu einer Mitbestimmung kommt.<sup>1092</sup> Ein Vorenthalten von Anhörungs- und Unterrichtsrechten hierdurch liege nicht vor, da, sobald die SE Arbeitnehmer einstellt, analog §§ 22 ff. SEBG ein SE-Betriebsrat eingerichtet werden muss.<sup>1093</sup> Als einziger Anwendungsfall von Art. 11 SE-RL, § 43 SEBG soll nach dieser Ansicht die Verschmelzung genau einer mitbestimmten Gesellschaft auf die Vorrats-SE verbleiben. Diese Gestaltung sei nämlich mit der Gründung durch Umwandlung vergleichbar.<sup>1094</sup> Bei der Umwandlungsgründung bleibt das Niveau der Mitbestimmung zwingend erhalten und unterliegt nicht der Disposition der Arbeitnehmer (vgl. Art. 3 Abs. 6 und Art. 4 Abs. 4 SE-RL sowie §§ 15 Abs. 5, 16 Abs. 3 SEBG). Dieser Auffassung ist grundsätzlich zuzustimmen. Organisches Wachstum führt nach allgemeiner Ansicht nicht zu einer Neuverhandlungspflicht.<sup>1095</sup> Wird bei Verschmelzung einer mitbestimmten

---

<sup>1089</sup> Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 18 Abs. 3 SEBG stünde den Arbeitnehmern ein Initiativrecht für die Durchführung von Verhandlungen zu, weshalb ein Missbrauch – abgesehen von dem Ausnahmefall der Verschmelzung genau einer mitbestimmten Gesellschaft auf die Vorrats-SE – ausscheide, *von der Höh*, Vorrats-SE, S. 324, vgl. auch *Seibt*, ZIP 2005, 2248 (2250).

<sup>1090</sup> Vgl. *Henssler*, in Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 43 SEBG Rn. 10.

<sup>1091</sup> Vgl. *von der Höh*, Vorrats-SE, S. 325.

<sup>1092</sup> Vgl. *von der Höh*, Vorrats-SE, S. 325; *Henssler*, RdA 2005, 330 (334 f.).

<sup>1093</sup> Vgl. *Schubert*, ZESAR 2006, 340 (344); *von der Höh*, Vorrats-SE, S. 326.

<sup>1094</sup> Es würden nicht wie bei der Verschmelzungsgründung zwei aktive Gesellschaften verschmolzen, sondern durch Verschmelzung auf die Vorrats-SE werde die übertragende Gesellschaft de facto zur SE, *von der Höh*, Vorrats-SE, S. 292.

<sup>1095</sup> Vgl. *Feuerborn*, in: KK-AktG, § 18 SEBG Rn. 23; *Henssler*, in Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 18 SEBG Rn. 13; *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 18 SEBG Rn. 10; *Jacobs*, in MüKo-AktG, § 18 SEBG Rn. 18.

Gesellschaft auf die Vorrats-SE das Niveau der Mitbestimmung absichtlich nicht übernommen, so liegt darin eine Umgehung.

Dem schließen sich im Grundsatz auch andere Literaturstimmen an.<sup>1096</sup> Teilweise wird angenommen, ein Fall der Umgehung könne insbesondere dann vorliegen, wenn in engem zeitlichem und sachlichem Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Neugründung ein mitbestimmtes Unternehmen auf die SE verschmolzen oder im Wege der Einzelrechtsnachfolge eingebracht wird, wenn dies in der Absicht erfolgt, Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer zu mindern.<sup>1097</sup> Anlehnend an § 43 Abs. 2 SEBG soll ein Zeitraum von einem Jahr ab der wirtschaftlichen Neugründung (wobei der Zeitpunkt der Satzungsänderungen maßgeblich sein soll) zu betrachten sein.<sup>1098</sup> Der Fall der Einbringung eines Unternehmens im Wege der Einzelrechtsnachfolge wird indes häufig schon von § 18 Abs. 3 SEBG analog erfasst sein, sodass für § 43 SEBG kein Raum bliebe.<sup>1099</sup> Von § 43 SEBG erfasst sein kann hingegen eine Gestaltung, bei der die Vorrats-SE im Rahmen der wirtschaftlichen Neugründung absichtlich und ohne ersichtlichen Grund arbeitnehmerlos bleibt, um sodann nach der Neugründung mit Arbeitnehmern ausgestattet zu werden.<sup>1100</sup>

Ein weiterer Fall des § 43 SEBG bei Verwendung einer Vorrats-SE, der in der Literatur diskutiert wird, ist das Daimler/Chrysler-Modell<sup>1101</sup>, bei dem eine Vorrats-SE Anteile an zwei mitbestimmten Gesellschaften erwirbt. Hintergrund ist, dass dieselbe Konzernstruktur auch durch die Gründung einer Holding-SE hätte erreicht werden können, für die dann jedoch ein Beteiligungsverfahren unter Berücksichtigung der Arbeitnehmer und der Mitbestimmungsniveaus in den mitbestimmten Tochtergesellschaften hätte durchgeführt werden müssen. In diesem Fall kann ein Vorenthalten von Beteiligungsrechten möglicherweise darin gesehen werden, dass die Arbeitnehmer der Tochtergesellschaften keine Beteiligungsrechte

---

<sup>1096</sup> Vgl. *Casper*, in: BeckOGK-SE, Art. 2 SE-VO Rn. 31 (Stand 1.6.2021); *Casper/Schäfer*, ZIP 2007, 653 (660); *Drinhausen/Keinath*, BB 2011, 2699 (2700).

<sup>1097</sup> Vgl. *Casper*, in: BeckOGK-SE, Art. 2 SE-VO Rn. 31 (Stand 1.6.2021); *Casper/Schäfer*, ZIP 2007, 653 (660); dies andeutend auch *Henssler*, RdA 2005, 330 (335).

<sup>1098</sup> Vgl. *Casper/Schäfer*, ZIP 2007, 653 (660).

<sup>1099</sup> Vgl. *Henssler*, in Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 43 SEBG Rn. 10.

<sup>1100</sup> Vgl. *Henssler*, in Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 43 SEBG Rn. 10; *Casper/Schäfer*, ZIP 2007, 653 (660).

<sup>1101</sup> *Henssler*, in Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 43 SEBG Rn. 10.

in der SE erhalten.<sup>1102</sup> Jedenfalls liegt ein gezielter Missbrauch aber nicht vor, wenn andere vernünftige Gründe für die Gestaltung bestehen.<sup>1103</sup> Ein Risiko besteht daher nur, wenn der einzige Zweck der Verwendung der Vorrats-SE das Unterlaufen der Regelungen des SEBG zur Mitbestimmungssicherung wäre.<sup>1104</sup>

#### **b) Zeitpunkt für die Nachholung des Beteiligungsverfahrens**

Hält man eine Nachholung des Beteiligungsverfahrens bei der Aktivierung der Vorrats-SE für erforderlich, stellt sich die Anschlussfrage, zu welchem Zeitpunkt das Beteiligungsverfahren durchzuführen ist. Würde man für die Nachholung des Beteiligungsverfahrens eine analoge Anwendung von Art. 12 Abs. 2 SE-VO befürworten, so müsste das Beteiligungsverfahren bei Anmeldung der wirtschaftlichen Neugründung zum Handelsregister bereits abgeschlossen sein.<sup>1105</sup> Nach anderer Ansicht soll Art. 12 Abs. 2 SE-VO nicht entsprechend anzuwenden sein.<sup>1106</sup> Teilweise wird dies mit dem abschließenden Charakter des § 18 Abs. 3 SEBG begründet.<sup>1107</sup> Es erfolgt dann auch keine Kontrolle durch das Registergericht. Die Arbeitnehmer könnten ihren Verhandlungsanspruch entweder vor den Gerichten für Arbeitssachen<sup>1108</sup> oder in einem Statusverfahren nach § 98 AktG, §§ 25 ff. SEAG<sup>1109</sup> durchsetzen.<sup>1110</sup> Das Statusverfahren wird von der

---

<sup>1102</sup> Vgl. *Feuerborn*, in: KK-AktG, § 43 SEBG Rn. 4; *Henssler*, in Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 43 SEBG Rn. 10; *Feldhaus/Vanscheidt*, BB 2008, 2246 (2249); zweifelnd *Müller-Bonanni/Melot de Beauregard*, GmbHR 2005, 195 (200); *Wollburg/Banerja*, ZIP 2005, 277 (281).

<sup>1103</sup> Vgl. *Henssler*, in Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 43 SEBG Rn. 10; *Müller-Bonanni/Melot de Beauregard*, GmbHR 2005, 195 (200); *Drinhausen/Keinath*, BB 2011, 2699 (2704); zu möglichen Gründen im Einzelnen *Feldhaus/Vanscheidt*, BB 2008, 2246 (2249 f.); *Wollburg/Banerja*, ZIP 2005, 277 (281).

<sup>1104</sup> Vgl. *Rieble*, BB 2006, 2018 (2022).

<sup>1105</sup> Dafür *Schröder*, in: Manz/Mayer/Schröder, Europäische Aktiengesellschaft, Art. 12 SE-VO Rn. 44; *A. Schubert*, SE & Co. KGaA, S. 406; *Forst*, NZG 2009, 687 (691); in diesem Sinne auch *Grambow*, Der Konzern 2009, 97 (103); *Luke*, NZA 2013, 941 (943); *Begemann*, Die SE & Co. KGaA als Rechtsform für Familienunternehmen, S. 312, der allerdings auf den formellen Gründungsakt abstellt.

<sup>1106</sup> Vgl. *Casper*, in: BeckOGK-SE, Art. 12 SE-VO Rn. 7 (Stand 1.6.2021); *Habersack*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 2 SE-VO Rn. 30; *Kiem*, in: KK-AktG, Art. 12 SE-VO Rn. 52 f.; *Schürnbrand*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 12 SE-VO Rn. 26; *Casper/Schäfer*, ZIP 2007, 653 (660 ff.).

<sup>1107</sup> Vgl. *Kiem*, in: KK-AktG, Art. 12 SE-VO Rn. 52; *Schürnbrand*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 12 SE-VO Rn. 26.

<sup>1108</sup> So *Kiem*, in: KK-AktG, Art. 12 SE-VO Rn. 54; *Schürnbrand*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 12 SE-VO Rn. 26.

<sup>1109</sup> So *Habersack*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, Art. 2 SE-VO Rn. 30; *Schäfer* in MüKo-AktG, Art. 16 SE-VO Rn. 14; so auch *Casper/Schäfer*, ZIP 2007, 653 (661), wonach das Statusverfahren regelmäßig der richtige Rechtsbehelf sei.

<sup>1110</sup> Vgl. *Casper*, in: BeckOGK-SE, Art. 12 SE-VO Rn. 7 (Stand 1.6.2021).

Gegenauffassung deshalb nicht für ausreichend erachtet, weil es sich nur auf die Mitbestimmung in den Organen beziehe und nicht auch auf den SE-Betriebsrat.<sup>1111</sup> Bei Streitigkeiten über den SE-Betriebsrat steht aber das arbeitsrechtliche Beschlussverfahren nach §§ 2a, 80 ff. ArbGG zur Verfügung.<sup>1112</sup> Sinnvoll erscheint es auch, anstelle des nicht vorhandenen SE-Betriebsrats etwaigen nach dem BetrVG gebildeten Betriebsräten oder einem bestehenden europäischen Betriebsrat die Möglichkeit einzuräumen, den Verhandlungsanspruch gerichtlich geltend zu machen.<sup>1113</sup>

Für die Anwendung von Art. 12 Abs. 2 SE-VO analog streitet in erster Linie das Argument der Rechtssicherheit. Verzögerungen seien demgegenüber hinzunehmen.<sup>1114</sup> Dies vermag allerdings schon in praktischer Hinsicht nicht zu überzeugen. Wie bereits festgestellt, geht nicht jede wirtschaftliche Neugründung mit der unmittelbaren Einstellung von Arbeitnehmern einher. Die Eintragung aller mit der Neugründung verbundenen Satzungsänderungen, in den meisten Fällen auch neuer Leitungsorgane, könnte dann erst nach Abschluss des Verhandlungsverfahrens, welches bis zu einem Jahr dauern kann, erfolgen. Diese Verzögerungen sind bei der bereits bestehenden SE gerade nicht hinzunehmen. Die Interessenlage ist, wie schon zuvor dargestellt, weniger mit der bei Neugründung einer SE vergleichbar als vielmehr mit der Interessenlage bei strukturellen Änderungen. Dabei entspricht es dem Konzept des § 18 Abs. 3 SEBG, dass die Eintragung von Änderungen gerade nicht von der Durchführung des Verhandlungsverfahrens abhängig gemacht wird, sondern Streitigkeiten im arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren oder im Statusverfahren auszutragen sind.<sup>1115</sup>

### c) Zwischenergebnis

Im Zeitpunkt der Aktivierung einer Vorrats-SE ist nach § 18 Abs. 3 SEBG analog regelmäßig das Arbeitnehmerbeteiligungsverfahren nachzuholen. Neben dem Merkmal der strukturellen Änderung, welches bei Aktivierung einer Vorrats-SE

---

<sup>1111</sup> Vgl. A. Schubert, SE & Co. KGaA, S. 405; Forst, NZG 2009, 687 (691).

<sup>1112</sup> Vgl. Casper/Schäfer, ZIP 2007, 653 (661). Wobei Forst, NZG 2009, 687 (691) einwendet, einem einzelnen Arbeitnehmer fehle in diesem Verfahren die Antragsbefugnis; a.A. Casper/Schäfer, ZIP 2007, 653 (661, Fn. 74), die sich in entsprechender Anwendung von § 18 SEBG aber für eine Schwelle von 10 % der Arbeitnehmer aussprechen.

<sup>1113</sup> So Henssler, in Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 18 SEBG Rn. 33.

<sup>1114</sup> Vgl. Forst, NZG 2009, 687 (691).

<sup>1115</sup> Vgl. Kiem, in: KK-AktG, Art. 12 SE-VO Rn. 54; Casper/Schäfer, ZIP 2007, 653 (661).

stets vorliegen wird, ist auch die Eignung zur Minderung von Beteiligungsrechten zu prüfen. Letztere ist immer dann abzulehnen, wenn es nur um Mitbestimmungsrechte geht, die sich aus einer Anwendung von § 4 Abs. 1 MitbestG oder § 5 MitbestG bzw. § 2 DrittelbG ergeben. Werden auch im Zeitpunkt der wirtschaftlichen Neugründung nicht genügend Arbeitnehmer beschäftigt, kann das Beteiligungsverfahren (erneut) nicht durchgeführt werden.

Ein Missbrauch kann nach Art. 11 SE-RL, § 43 SEBG eine Neuverhandlungspflicht auslösen, liegt aber nur dann vor, wenn für die gewählte Gestaltung keine anderen Gründe als eine Umgehung der Mitbestimmungsregeln des SEBG bestehen. Die Eintragung der wirtschaftlichen Neugründung im Handelsregister kann nicht nach Art. 12 Abs. 2 SE-VO analog von der Durchführung des Beteiligungsverfahrens abhängig gemacht werden. Die Arbeitnehmer können ihren Verhandlungsanspruch entweder vor den Gerichten für Arbeitssachen oder in einem Statusverfahren durchsetzen.

**d) Anwendung der gefundenen Ergebnisse auf die Verwendung einer Vorrats-SE bei Gründung einer SE & Co.**

**aa) Gründung einer SE & Co. mit einer Vorrats-SE**

Zunächst soll der Fall betrachtet werden, dass sich eine Vorrats-SE an der Gründung einer SE & Co. beteiligt, indem sie als künftige Komplementärin einen Gesellschaftsvertrag mit den Kommanditisten bzw. Kommanditaktionären abschließt. Diese Gründungsvariante wird eher Unternehmen betreffen, die schon in einem relativ frühen Stadium auf die Struktur der SE & Co. setzen.

Häufig wird der Übernahme der Komplementärstellung ein Erwerb der Anteile an der Vorrats-SE durch einen oder mehrere Kommanditisten bzw. Kommanditaktionäre vorangehen. Dieser Erwerb von Anteilen an der Vorrats-SE rechtfertigt noch nicht eine analoge Anwendung des § 18 Abs. 3 SEBG.<sup>1116</sup> Es kommt hierdurch lediglich zu einer Veränderung auf Ebene der Anteilseigner.<sup>1117</sup> An der Struktur der Vorrats-SE ändert sich demgegenüber nichts.<sup>1118</sup>

Erst durch den Abschluss des Gesellschaftsvertrags übernimmt die Vorrats-SE die Stellung als persönlich haftende Gesellschafterin und wird hiermit aktiviert. Nach

---

<sup>1116</sup> Vgl. *Jacobs*, in MüKo-AktG, § 18 SEBG Rn. 18; *Sigle*, in: FS Hommelhoff, S. 1123 (1125).

<sup>1117</sup> Vgl. auch *Forst*, NZG 2009, 687 (691)

<sup>1118</sup> Vgl. *Sigle*, in: FS Hommelhoff, S. 1123 (1125).

der hier vertretenen Auffassung ist damit eine hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals strukturelle Änderung vergleichbare Interessenlage anzunehmen.<sup>1119</sup> Damit ist jedoch noch nicht festgestellt, dass auch hinsichtlich der Eignung zur Minderung der Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer eine vergleichbare Interessenlage vorliegt. Dies ist zu überprüfen. Wie bereits festgestellt, nimmt § 18 Abs. 3 SEBG nach herrschender Ansicht die bisherigen Arbeitnehmer der SE sowie vor allem die hinzukommenden Arbeitnehmer in den Blick.<sup>1120</sup> Im Zeitpunkt der Aktivierung wird die Vorrats-SE selbst regelmäßig keine Arbeitnehmer beschäftigen. Die Übernahme der Komplementärstellung führt auch nicht dazu, dass Arbeitnehmer direkt bei der SE angesiedelt werden. Käme es also nur auf die Arbeitnehmer der SE an, dann gäbe es mangels betroffener Arbeitnehmer keine Grundlage für eine analoge Anwendung des § 18 Abs. 3 SEBG. Im Fall der Neugründung einer SE & Co. gibt es unter Umständen Arbeitnehmer bei den an der Gründung beteiligten Kommanditisten bzw. Kommanditaktionären. Diese Arbeitnehmer werden jedoch regelmäßig nicht zu Arbeitnehmern der SE. Gegebenenfalls werden diese Arbeitnehmer aber schon bei Gründung im Wege des Betriebsübergangs i.S.d. § 613a BGB oder durch Übernahme der einzelnen Anstellungsverhältnisse zu Arbeitnehmern der neu gegründeten KG bzw. KGaA. Wie bereits dargestellt, können diese jedoch nur im Ausnahmefall der Komplementär-SE zugerechnet werden, wenn die KG bzw. KGaA Tochtergesellschaft i.S.d. § 2 Abs. 3 SEBG ist. Gleichwohl wird regelmäßig auch im Falle einer Zurechnung die Eignung zur Minderung von Beteiligungsrechten nicht gegeben sein, weil die Rechte aus § 4 Abs. 1 MitbestG und § 5 MitbestG bzw. § 2 DrittelbG nicht geschützt sind. Eine Anwendung von § 18 Abs. 3 SEBG analog ist daher nicht gerechtfertigt.

Das Ergebnis ist damit eine mitbestimmungsfreie SE & Co. KG bzw. SE & Co. KGaA nach Gründung.

#### **bb) Austausch der Komplementärin gegen eine Vorrats-SE**

In der weiteren zu betrachtenden Gründungsvariante wird die Komplementärin einer bestehenden Kapitalgesellschaft & Co. gegen eine Vorrats-SE ausgetauscht. Auch durch einen solchen Austausch, der sich praktisch durch Aus- und Eintritt vollzieht, wird die Vorrats-SE aktiviert, wenn sie die Komplementärstellung

---

<sup>1119</sup> A.A. *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, § 22 Rn. 25.

<sup>1120</sup> Siehe hierzu unter Abschnitt D.II.5.a)bb)(3).

übernimmt. Die Vergleichbarkeit der Interessenlage hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals der strukturellen Änderung ist damit zu bejahen. Eine Eignung zur Minderung von Beteiligungsrechten oder eine damit vergleichbare Interessenlage liegt jedoch nach hier vertretener Auffassung nicht vor. Auch in dieser Gründungsvariante beschäftigt die Vorrats-SE selbst regelmäßig keine Arbeitnehmer und erhält solche auch nicht durch die Übernahme der Komplementärstellung. Die Rechte von Arbeitnehmern der KG bzw. KGaA aus § 4 Abs. 1 oder § 5 MitbestG bzw. § 2 DrittelbG sind, selbst wenn es sich bei dieser um eine Tochtergesellschaft i.S.d. § 2 Abs. 3 SEBG handeln sollte, nicht durch das SEBG geschützt.

#### **cc) Verschmelzung der Komplementärin auf eine Vorrats-SE**

Durch die Verschmelzung der Komplementärin auf die Vorrats-SE wird letztere mit einem gänzlich neuen Unternehmen ausgestattet. Die Vergleichbarkeit der Interessenlage mit den sonstigen Fällen der strukturellen Änderung tritt hier besonders deutlich zu Tage. Den Fall der Verschmelzung auf eine SE hat der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung zu § 18 Abs. 3 SEBG selbst sogar als einziges Beispiel angeführt.<sup>1121</sup> Auch in diesem Fall wird aber die bisherige Komplementärin selbst keine Arbeitnehmer haben, die nach Verschmelzung zu solchen der SE werden. Die Rechte, die Arbeitnehmer der KG bzw. KGaA in der bisherigen Komplementärin durch Anwendung von § 4 Abs. 1, § 5 MitbestG oder § 2 DrittelbG hatten, sind nicht geschützt.

#### **dd) Formwechsel einer AG/GmbH/SE in eine SE & Co. KGaA unter Beitritt einer Vorrats-SE**

##### **(1) Keine analoge Anwendung von § 18 Abs. 3 SEBG**

Auch im Zuge des Formwechsels einer AG, GmbH bzw. SE kann eine Vorrats-SE als Komplementärin beitreten.<sup>1122</sup> Arbeitnehmer werden hier regelmäßig allein bei der formwechselnden Gesellschaft angestellt sein. Deren Arbeitsverhältnisse gehen wegen des in § 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG geregelten Fortbestands der Identität des Rechtsträgers auf die SE & Co. KGaA über.<sup>1123</sup> Mitbestimmungsrechte nach § 5 MitbestG bzw. § 2 DrittelbG können in diesem Fall noch nicht bestehen. Dass diese

---

<sup>1121</sup> Vgl. BT-Drs. 15/3405, S. 50.

<sup>1122</sup> So beispielsweise im Zuge des Formwechsels der KSB AG in die KSB SE & Co. KGaA. Die Komplementärin KSB Management SE firmierte zuvor als „Atrium 104. Europäische VV SE“.

<sup>1123</sup> Vgl. statt vieler *Leonard*, in: Semler/Stengel/Leonard, UmwG, § 202 Rn. 9.

hypothetisch bei der Wahl einer anderen Rechtsform der Komplementärin greifen würden, bleibt für die analoge Anwendung des § 18 Abs. 3 SEBG außer Betracht.

## **(2) Amtskontinuität nach § 203 UmwG im Aufsichtsrat der KGaA**

Nach § 203 UmwG tritt eine Amtskontinuität der Aufsichtsratsmitglieder für den Rest ihrer Wahlzeit ein, wenn bei einem Formwechsel bei dem Rechtsträger neuer Rechtsform in gleicher Weise wie bei dem formwechselnden Rechtsträger ein Aufsichtsrat gebildet und zusammengesetzt wird und die Anteilsinhaber des formwechselnden Rechtsträgers im Umwandlungsbeschluss nicht nach § 203 Satz 2 UmwG die Beendigung des Amtes bestimmen.

§ 203 UmwG ist beispielsweise beim Formwechsel einer AG in eine SE & Co. KGaA<sup>1124</sup> zu beachten, weil der Aufsichtsrat der KGaA in gleicher Weise zusammengesetzt ist wie der Aufsichtsrat der formwechselnden AG. Ein weiterer Anwendungsfall ist der Formwechsel einer mindestens drittelmitbestimmten GmbH in eine SE & Co. KGaA.<sup>1125</sup> Für den Formwechsel der SE gilt, dass eine Amtskontinuität nur in Betracht kommt, wenn die SE dualistisch strukturiert und nicht mitbestimmt war.<sup>1126</sup> Die Beendigung des Amtes können die Anteilsinhaber denklogisch nur für die Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat bestimmen. Die Arbeitnehmervertreter bleiben unabhängig davon für den Rest ihrer Wahlzeit im Amt.<sup>1127</sup> Durch § 203 Satz 2 UmwG werden den Anteilsinhabern flexible Möglichkeiten für die Besetzung ihrer Aufsichtsratsmitglieder eingeräumt.<sup>1128</sup>

Für den Aufsichtsrat der Komplementär-SE greift § 203 UmwG dagegen nicht, da diese nicht Zielrechtsträger der Umwandlung ist.

### **ee) Zwischenergebnis**

Im Fall der Gründung einer SE & Co. unter Beteiligung einer Vorrats-SE kommt es nicht zu einer Anwendung des § 18 Abs. 3 SEBG analog bei Aktivierung der Vorrats SE. Gleiches gilt bei Austausch der Komplementärin gegen eine Vorrats-

---

<sup>1124</sup> Als Beispiel kann hier der Formwechsel der KSB AG in die KSB SE & Co. KGaA dienen, bei welchem die Aufsichtsratsmitglieder der AG als Aufsichtsratsmitglieder der KGaA im Amt blieben, vgl. Umwandlungsbericht der KSB AG vom 30.3.2017, abrufbar unter <https://www.ksb.com/blob/1380024/97e89dcf63753dd1e6bcfdc9a4050739/umwandlungsbericht-data.pdf> (abgerufen am 19.4.2020), S. 33.

<sup>1125</sup> Vgl. zu den Fällen der Amtskontinuität *Winter*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 203 Rn. 3.

<sup>1126</sup> Siehe hierzu unter Abschnitt D.II.3.b)cc)(3).

<sup>1127</sup> Vgl. *Winter*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 203 Rn. 3.

<sup>1128</sup> Vgl. *Vossius*, in: Widmann/Mayer, UmwG, § 203 Rn. 26 ff.; *Winter*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, § 203 Rn. 3.

SE und bei Verschmelzung der Komplementärin auf eine Vorrats-SE. In allen Fällen liegt zwar eine der strukturellen Änderung vergleichbare Interessenlage vor. Die Vergleichbarkeit hinsichtlich des Merkmals der Eignung zur Minderung von Beteiligungsrechten ist jedoch zu verneinen, weil die Vorrats-SE selbst keine Arbeitnehmer beschäftigt und die etwaigen Rechte der Arbeitnehmer der KG/KGaA aus der Anwendung der § 4 Abs. 1, § 5 MitbestG oder § 2 DrittelbG nicht geschützt sind. Die SE & Co. ist mitbestimmungsfrei.

Beim Formwechsel einer AG, GmbH oder SE in eine SE & Co. KGaA unter Beitritt einer Vorrats-SE ist § 18 Abs. 3 SEBG nicht analog anwendbar. Es kann jedoch eine Amtskontinuität von Aufsichtsratsmitgliedern nach § 203 UmwG eintreten, wenn der formwechselnde Rechtsträger eine AG, eine mindestens drittelmitbestimmte GmbH oder eine nicht mitbestimmte, dualistisch strukturierte SE ist.

#### e) **Rechtsfolgen bei Eingreifen von § 18 Abs. 3 SEBG**

In den nach den vorstehenden Ausführungen nur seltenen Fällen, in denen die Tatbestandsvoraussetzungen des § 18 Abs. 3 SEBG (analog) erfüllt sind, stellt sich die Frage nach den Rechtsfolgen.

##### aa) **Wiederaufnahme von Verhandlungen nur auf Veranlassung**

Die Wiederaufnahme der Verhandlungen erfolgt nicht automatisch, sondern ist durch die Leitung der SE oder den SE-Betriebsrat zu veranlassen. Werden keine Neuverhandlungen veranlasst, bleibt es bei den bisherigen Mitbestimmungsregeln.<sup>1129</sup> Es besteht keine Pflicht zur Veranlassung von Neuverhandlungen.<sup>1130</sup> Verlangt der SE-Betriebsrat die Wiederaufnahme der Verhandlungen und verweigert die Leitung der SE diese, greift § 18 Abs. 3 Satz 3 SEBG und damit die Mitbestimmung kraft Gesetzes.<sup>1131</sup>

Regelmäßig gibt es wegen der fehlenden Arbeitnehmer der SE, damit insbesondere bei Aktivierung einer Vorrats-SE, keinen SE-Betriebsrat, der Verhandlungen veranlassen könnte. Aus diesem Grund wird auch teilweise bei Aktivierung der Vorrats-SE die analoge Anwendung von § 18 Abs. 3 SEBG abgelehnt und

---

<sup>1129</sup> Vgl. *Henssler*, in Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 18 SEBG Rn. 24; *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 18 SEBG Rn. 16; *Jacobs*, in MüKo-AktG, § 18 SEBG Rn. 22.

<sup>1130</sup> Vgl. *Henssler*, in Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 18 SEBG Rn. 24; *Jacobs*, in MüKo-AktG, § 18 SEBG Rn. 22; *von der Höh*, Vorrats-SE, S. 282.

<sup>1131</sup> Vgl. *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, § 18 SEBG Rn. 16.

stattdessen die Anwendung von §§ 4 ff. SEBG analog vorgeschlagen.<sup>1132</sup> Dass § 18 Abs. 3 Satz 2 SEBG den SE-Betriebsrat nur als Alternative zur Verhandlung mit einem neu zu bildenden besonderen Verhandlungsgremium nennt, spricht aber dafür, dass § 18 Abs. 3 SEBG auch Anwendung finden kann, wenn kein SE-Betriebsrat vorhanden ist.<sup>1133</sup> Die Verhandlungen werden dann mit dem neu zu bildenden bVG geführt. Unklar ist, wer in einem solchen Fall auf Arbeitnehmerseite die Neuverhandlungen veranlassen kann. Vorgeschlagen wird ein Initiativrecht von 10 % der Arbeitnehmer der SE, ihrer Tochtergesellschaften und Betriebe in entsprechender Anwendung des § 18 Abs. 1 SEBG.<sup>1134</sup>

Dieser Ansatz überzeugt, da aufgrund des Arbeitnehmerschutzgedankens des SEBG eine Veranlassung durch die Arbeitnehmer möglich sein muss. Hierfür spricht die Vergleichbarkeit der Ausgangssituation. Die Neubildung eines bVG auf Antrag von 10 % der Arbeitnehmer nach § 18 Abs. 1 SEBG erfolgt auch in einem Fall, in dem kein SE-Betriebsrat besteht, nämlich, weil die Verhandlungen nach § 16 Abs. 1 SEBG nicht aufgenommen oder abgebrochen wurden (vgl. § 22 Abs. 1 SEBG). Richtigerweise muss die Leitung der SE betroffene Arbeitnehmer über die geplanten strukturellen Änderungen in Kenntnis setzen, damit diese ihr Recht aus § 18 Abs. 3 SEBG überhaupt wahrnehmen können.<sup>1135</sup> Die Verhandlungen werden dann zwischen dem neu zu bildenden bVG und nach § 18 Abs. 4 SEBG mit der (bei Aktivierung gegebenenfalls neu eingesetzten) Leitung der SE geführt.<sup>1136</sup>

#### **bb) Beteiligungsvereinbarung oder gesetzliche Auffangregelungen**

Ergebnis der Neuverhandlungen kann der Abschluss einer neuen Beteiligungsvereinbarung nach § 21 SEBG sein. Wird keine Einigung erzielt sind gemäß § 18 Abs. 3 Satz 3 SEBG die gesetzlichen Auffangregelungen der §§ 22 ff., 34 ff. SEBG anzuwenden. Es handelt sich um eine Rechtsgrundverweisung.<sup>1137</sup> Umstritten ist, was in einem solchen Fall die Mitbestimmung kraft Gesetzes i.S.d. §§ 34 ff. SEBG bedeutet. Zum Teil wird unter Verweis auf den Wortlaut von § 18

<sup>1132</sup> Vgl. *Schubert*, ZESAR 2006, 340 (346); siehe hierzu auch unter Abschnitt D.II.5.a)aa).

<sup>1133</sup> Vgl. *Casper/Schäfer*, ZIP 2007, 653 (659); *Forst*, NZG 2009, 687 (691).

<sup>1134</sup> Vgl. *von der Höh*, Vorrats-SE, S. 283 ff., der als weitere Lösungsansätze auch eine Pflicht der Leitungen zur Veranlassung der Verhandlungen und ein Amtslöschungsverfahren andenkst, jedoch zutreffenderweise verwirft.

<sup>1135</sup> Vgl. *Jacobs*, in MüKo-AktG, § 18 SEBG Rn. 22; *von der Höh*, Vorrats-SE, S. 285 f.

<sup>1136</sup> Vgl. *Casper/Schäfer*, ZIP 2007, 653 (659); *von der Höh*, Vorrats-SE, S. 287, a.A. *Schubert*, ZESAR 2006, 340 (347), die davon ausgeht, die Verhandlungen wären mit dem Erwerber der SE zu führen.

<sup>1137</sup> Vgl. *Henssler*, in Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, § 18 SEBG Rn. 28.

Abs. 3 Satz 3 SEBG, der die unmittelbare und nicht die entsprechende Anwendung der §§ 34 ff. SEBG anordnet, geschlossen, dass es auf die Mitbestimmungsstandard in den beteiligten Gesellschaften bei Gründung der SE ankommen müsse.<sup>1138</sup> Naheliegender ist es jedoch in teleologischer Auslegung des § 18 Abs. 3 Satz 3 SEBG auf die Mitbestimmungsrechte abzustellen, die den Arbeitnehmern der SE und den hinzukommenden Arbeitnehmern in ihren Unternehmen zustanden.<sup>1139</sup> Dabei kommt es nach hier vertretener Auffassung in der Regel auf die tatsächlich in den Unternehmen praktizierte Form der Mitbestimmung (Ist-Mitbestimmung) an.<sup>1140</sup>

§§ 34 und 35 SEBG differenzieren zwischen verschiedenen Gründungsvarianten. Es gelten nach § 34 SEBG unterschiedliche Regeln für die Gründung durch Umwandlung, Verschmelzung bzw. die Gründung einer Holding- oder Tochter-SE hinsichtlich der Schwellenwerte von Arbeitnehmern, für die eine Form der Mitbestimmung bestand. § 35 SEBG differenziert bezüglich des Umfangs der Mitbestimmung nur noch zwischen der Gründung durch Umwandlung und den anderen Gründungsvarianten. Denkt man den soeben vertretenen Ansatz weiter, dass es im Zeitpunkt der strukturellen Änderung nicht mehr auf die Verhältnisse bei Gründung der SE ankommen kann, hat auch hier eine Einordnung nicht nach der ursprünglichen Gründungsvariante zu erfolgen. Vielmehr sollte die Vergleichbarkeit der konkreten strukturelle Änderung mit den einzelnen Gründungsvarianten geprüft werden.<sup>1141</sup>

### **(1) Verschmelzung der Komplementärin auf eine Vorrats-SE**

Im Fall der Verschmelzung einer Gesellschaft (hier der Komplementärin) auf eine Vorrats-SE wird vertreten, dass diese Maßnahme vergleichbar mit einer Umwandlungsgründung sei, da die übertragende Gesellschaft zur SE werde.<sup>1142</sup> Näher liegt es jedoch, die Regelungen für die Gründung durch Verschmelzung anzuwenden, auch wenn nicht zwei aktive Gesellschaften verschmolzen werden, da dennoch mehr als eine Gesellschaft an der Maßnahme beteiligt ist. Damit greifen

<sup>1138</sup> Vgl. *Nikoleyczik/Führ*, DSrR 2010, 1743 (1748 f.).

<sup>1139</sup> Vgl. *Ege/Grzimek/Schwarzfischer*, DB 2011, 1205 (1209, Fn. 32); *Henssler*, in: *Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht*, § 18 SEBG Rn. 28; *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: *Habersack/Drinhausen, SE-Recht*, § 18 SEBG Rn. 18; *Jacobs*, in *MüKo-AktG*, § 18 SEBG Rn. 25; *von der Höh, Vorrats-SE*, S. 290.

<sup>1140</sup> Siehe hierzu unter Abschnitt D.II.1.a).

<sup>1141</sup> Vgl. *von der Höh, Vorrats-SE*, S. 291 f.

<sup>1142</sup> Vgl. *von der Höh, Vorrats-SE*, S. 292.

§§ 34 Abs. 1 Nr. 2, 35 Abs. 2 SEBG. §§ 34 Abs. 1 Nr. 1 und § 35 Abs. 1 SEBG gehen dagegen davon aus, dass nur eine Gesellschaft besteht, die zur SE wird und in der Folge die bisherigen Bestimmungen über die Mitbestimmung erhalten bleiben sollen. Dies ist mit dem identitätswahrenden Charakter der Umwandlung zu erklären, was bei der Verschmelzung nicht gleichermaßen der Fall ist.

## **(2) Gründung einer SE & Co. mit einer Vorrats-SE und Austausch der Komplementärin gegen eine Vorrats-SE**

Bei Gründung einer SE & Co. mit einer Vorrats-SE und bei Austausch der Komplementärin gegen eine Vorrats-SE findet dagegen auf den ersten Blick überhaupt keine mit den vorhandenen Gründungsvarianten vergleichbare Maßnahme statt. Kern der strukturellen Änderung ist in beiden Varianten die Übernahme der Komplementärstellung durch die SE. Fälle der Aufnahme einer einzigen wirtschaftlichen Einheit durch eine Vorrats-SE sollen wegen einer Vergleichbarkeit zur Tochtergründung die Regelungen der §§ 34 Abs. 1 Nr. 3, 35 Abs. 2 SEBG Anwendung finden.<sup>1143</sup> Die Aufnahme mehrerer wirtschaftlicher Einheiten soll dagegen mit der Verschmelzungsgründung vergleichbar sein, so dass §§ 34 Abs. 1 Nr. 2, 35 Abs. 2 SEBG anzuwenden wären.<sup>1144</sup> Die Übernahme der Komplementärstellung ist demgegenüber nicht mit der Verschmelzungsgründung vergleichbar, da alle beteiligten Gesellschaften nach der Maßnahme noch fortbestehen. Auch eine Vergleichbarkeit mit der Umwandlungsgründung scheidet aus, da mehrere Gesellschaften an der Maßnahme beteiligt sind. Von den verbleibenden Gründungsvarianten ist die Übernahme der Komplementärstellung mit der Holding-Gründung am ehesten zu vergleichen, bei der die Gründungsgesellschaften fortbestehen und zu Tochtergesellschaften der SE werden. Im hier betrachteten, gleichwohl seltenen, Anwendungsfall von § 18 Abs. 3 SEBG analog ist das Ergebnis ebenfalls, dass die KG bzw. KGaA fortbesteht und zur Tochtergesellschaft der SE wird. Damit sind auf diese Varianten die §§ 34 Abs. 1 Nr. 3, 35 Abs. 2 SEBG anwendbar.

### **f) Weitere Fälle für Neuverhandlungen nach § 18 Abs. 3 SEBG**

Im weiteren Verlauf des Geschäftslebens dieses Unternehmens werden Arbeitnehmer hinzukommen. Die Arbeitnehmer werden in aller Regel nicht bei der Komplementär-SE angestellt. Sollte dies doch einmal der Fall sein, wäre

---

<sup>1143</sup> Vgl. von der Höh, Vorrats-SE, S. 292 f.

<sup>1144</sup> Vgl. von der Höh, Vorrats-SE, S. 293.

gleichwohl ein Beteiligungsverfahren aufgrund eines organischen Wachstums nicht zu einem späteren Zeitpunkt nachzuholen.<sup>1145</sup> Arbeitnehmer werden bei der KG bzw. KGaA angestellt. Auch für das Anwachsen dieser Arbeitnehmerzahl gilt, dass ein organisches Wachstum nicht zu einer Nachholung des Beteiligungsverfahrens führen wird.<sup>1146</sup> Bei einem Hinzukommen von Arbeitnehmern auf Ebene der KG bzw. KGaA durch andere Maßnahmen (z.B. Verschmelzung einer mitbestimmten Gesellschaft auf die KG bzw. KGaA) kann auch zu einem späteren Zeitpunkt eine Nachholung des Beteiligungsverfahrens nach § 18 Abs. 3 SEBG erforderlich werden. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 18 Abs. 3 SEBG sind in einem solchen Fall sorgfältig zu prüfen. Die vorstehend zu den verschiedenen Fällen der Aktivierung der Vorrats-SE gemachten Ausführungen, insbesondere zur Eignung zur Minderung von Beteiligungsrechten, gelten dann entsprechend, sodass regelmäßig kein Fall des § 18 Abs. 3 SEBG vorliegen wird.

## **E. Ausblick**

Es wurde festgestellt, dass die Anzahl der SE & Co. KG und SE & Co. KGaA kontinuierlich zunimmt. Die Gründe dafür können vielfältig sein. Eine Rolle spielt dabei sicherlich die fortschreitende Internationalisierung der Wirtschaft, in der Unternehmen häufig grenzüberschreitend tätig sind. Eine andere die Mitbestimmungsvermeidung, mag sie zwar nicht die treibende Kraft bei der Entscheidung für die SE & Co. sein, ist sie aber zumindest als Nebeneffekt ein wesentlicher Faktor. Wenn von der „Erosion“<sup>1147</sup> der deutschen Mitbestimmung gesprochen wird, ist damit die sinkende Zahl mitbestimmter Unternehmen gemeint. Ein Grund hierfür sei die Mitbestimmungsvermeidung.<sup>1148</sup> Eine Mitbestimmungsvermeidungsberatung werde von Wirtschaftskanzleien

---

<sup>1145</sup> Siehe hierzu unter Abschnitt D.II.5.a)bb)(2).

<sup>1146</sup> Siehe hierzu unter Abschnitt D.II.5.a)bb)(2).

<sup>1147</sup> *Hoffmann*, AG 2016, R167 (R168 f.); *Bayer*, NJW 2016, 1930 (1931); diesen zitierend *Wicke*, RNotZ 2020, 25 (38); *Sick*, Erosion als Herausforderung für die Unternehmensmitbestimmung, in: Institut für Mitbestimmung und Unternehmensführung, Mitbestimmungsreport Nr. 58, 04.2020, abrufbar unter [https://www.imu-boeckler.de/fpdf/HBS-007666/p\\_mbf\\_report\\_2020\\_58.pdf](https://www.imu-boeckler.de/fpdf/HBS-007666/p_mbf_report_2020_58.pdf) (abgerufen am 20.8.2021), S. 13.

<sup>1148</sup> *Bayer*, NJW 2016, 1930 (1931); *Sick*, Erosion als Herausforderung für die Unternehmensmitbestimmung, in: Institut für Mitbestimmung und Unternehmensführung, Mitbestimmungsreport Nr. 58, 04.2020, abrufbar unter [https://www.imu-boeckler.de/fpdf/HBS-007666/p\\_mbf\\_report\\_2020\\_58.pdf](https://www.imu-boeckler.de/fpdf/HBS-007666/p_mbf_report_2020_58.pdf) (abgerufen am 20.8.2021), S. 14.

regelmäßig praktiziert.<sup>1149</sup> Zu den bekannten Vermeidungsstrategien zählt auch die Wahl einer SE als Komplementärin.<sup>1150</sup>

Aber selbst dann, wenn die SE & Co. KG damit genutzt wird, um die deutsche Unternehmensmitbestimmung zu vermeiden, sah die Bundesregierung jedenfalls im Jahr 2016 keinen Handlungsbedarf: Die Nutzung der Rechtsform sei grundsätzlich rechtlich zulässig und Maßnahmen zur Verhinderung einer solchen Mitbestimmungsvermeidung seien im Koalitionsvertrag nicht vorgesehen.<sup>1151</sup> Eine erneute Initiative gegen die Mitbestimmungsvermeidung wurde im Jahr 2021 gestartet und die Bundesregierung u.a. aufgefordert, folgende Maßnahmen zu ergreifen:

- „Unternehmen mit ausländischen Rechtsformen oder Kombinationen zwischen nationalen und ausländischen Rechtsformen mit Verwaltungssitz in Deutschland werden in die Unternehmensmitbestimmung nach dem Mitbestimmungs- sowie Drittelbeteiligungsgesetz einbezogen.

[...]

- Die Regelungen zur Unternehmensmitbestimmung in Europäischen Aktiengesellschaften werden im SE-Beteiligungsgesetz nachgeschärft, damit eine Mitbestimmungsvermeidung durch Umwandlung eines Unternehmens in eine SE nicht mehr möglich ist.“<sup>1152</sup>

Der Antrag wurde von der Hans-Böckler-Stiftung und dem Deutschen Gewerkschaftsbund unterstützt.<sup>1153</sup> Der Bundestag hat sich am 25.3.2021 mit dem Antrag befasst und die Vorlage nach Aussprache zur weiteren Beratung in den Ausschuss für Arbeit und Soziales überwiesen.<sup>1154</sup> Die Initiative ist der

---

<sup>1149</sup> Vgl. *Henssler*, RdA 2005, 330 (330).

<sup>1150</sup> Vgl. *Bayer*, NJW 2016, 1930 (1933); *Sick*, Erosion als Herausforderung für die Unternehmensmitbestimmung, in: Institut für Mitbestimmung und Unternehmensführung, Mitbestimmungsreport Nr. 58, 04.2020, abrufbar unter [https://www.imu-boeckler.de/fpdf/HBS-007666/p\\_mbf\\_report\\_2020\\_58.pdf](https://www.imu-boeckler.de/fpdf/HBS-007666/p_mbf_report_2020_58.pdf) (abgerufen am 20.8.2021), S. 15.

<sup>1151</sup> Vgl. BT-Drs. 18/8354 (Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Müller-Gemmeke, Ruffer, Pothmer, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – BT-Drs. 18/8182).

<sup>1152</sup> BT-Drs. 19/27828 (Antrag der Abgeordneten Beate Müller-Gemmeke, Katharina Dröge, Markus Kurth, Sven Lehmann, Corinna Ruffer, Dr. Wolfgang Strengmann-Kuhn, Sven-Christian Kindler, Claudia Müller, Lisa Paus, Stefan Schmidt und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN).

<sup>1153</sup> Materialien zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen in Berlin am 17.5.2021 um 14:30 Uhr, Ausschussdrucksache 19(11)1135 des Ausschusses für Arbeit und Soziales v. 12.5.2021.

<sup>1154</sup> Vgl. <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2021/kw12-de-mitbestimmung-arbeitnehmer-826490> (abgerufen am 19.8.2021).

Diskontinuität anheimgefallen. Die erneute Einbringung in den Bundestag im Jahr 2021 hat gezeigt, dass die Thematik, Gestaltungen wie die SE & Co. KG und SE & Co. KGaA hinsichtlich der Mitbestimmung an die GmbH/AG & Co. KG und GmbH/AG & Co. KGaA anzugleichen und die deutschen Mitbestimmungsregeln gegebenenfalls sogar zu verschärfen, politisch weiterhin aktuell ist und es sicherlich auch bleiben wird. So enthielt das Bundestagswahlprogramm 2021 der Partei BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN<sup>1155</sup> jedenfalls Hinweise darauf, dass die Partei BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN grundsätzlich beabsichtigt, entsprechende Themen in der 20. Legislaturperiode (weiterhin) zu verfolgen. Gefordert wurden hierin eine paritätische Mitbestimmung zukünftig bereits in Unternehmen mit mehr als 1.000 Arbeitnehmern<sup>1156</sup> sowie die weitere Absicherung der Mitbestimmung in „grenzüberschreitenden Unternehmen“<sup>1157</sup>.

Der Koalitionsvertrag 2021-2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und den Freien Demokraten ist – trotz Regierungseteiligung von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – dahingehend weniger konkret und führt zur unternehmerischen Mitbestimmung lediglich aus: „Deutschland nimmt bei der Unternehmensmitbestimmung eine weltweit bedeutende Stellung ein. Die bestehenden nationalen Regelungen werden wir bewahren. Missbräuchliche Umgehung geltenden Mitbestimmungsrechts wollen wir verhindern. Die Bundesregierung wird sich dafür einsetzen, dass die Unternehmensmitbestimmung weiterentwickelt wird, sodass es nicht mehr zur vollständigen Mitbestimmungsvermeidung beim Zuwachs von SE-Gesellschaften kommen kann (Einfriereffekt). Wir werden die Konzernzurechnung aus dem Mitbestimmungsgesetz auf das Drittelbeteiligungsgesetz übertragen, sofern faktisch eine echte Beherrschung vorliegt.“<sup>1158</sup>

Der Bundestag hat am 1.12.2022 dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung der Bestimmungen der Umwandlungsrichtlinie<sup>1159</sup> über die

---

<sup>1155</sup> [https://cms.gruene.de/uploads/documents/Wahlprogramm-DIE-GRUENEN-Bundestagswahl-2021\\_barrierefrei.pdf](https://cms.gruene.de/uploads/documents/Wahlprogramm-DIE-GRUENEN-Bundestagswahl-2021_barrierefrei.pdf) (abgerufen am 19.8.2021).

<sup>1156</sup> Vgl. [https://cms.gruene.de/uploads/documents/Wahlprogramm-DIE-GRUENEN-Bundestagswahl-2021\\_barrierefrei.pdf](https://cms.gruene.de/uploads/documents/Wahlprogramm-DIE-GRUENEN-Bundestagswahl-2021_barrierefrei.pdf) (abgerufen am 19.8.2021), S. 105.

<sup>1157</sup> Vgl. [https://cms.gruene.de/uploads/documents/Wahlprogramm-DIE-GRUENEN-Bundestagswahl-2021\\_barrierefrei.pdf](https://cms.gruene.de/uploads/documents/Wahlprogramm-DIE-GRUENEN-Bundestagswahl-2021_barrierefrei.pdf) (abgerufen am 19.8.2021), S. 113.

<sup>1158</sup> <https://www.bundesregierung.de/breg-de/service/gesetzesvorhaben/koalitionsvertrag-2021-1990800> (abgerufen am 12.12.2022), S. 72.

<sup>1159</sup> Richtlinie (EU) 2019/2121 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen.

Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei grenzüberschreitenden Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen (MgFSG)<sup>1160</sup> zugestimmt und damit das von der SE-Gründung bekannte Verhandlungsverfahren im Grundsatz auch für grenzüberschreitende Umwandlungen in die Bundesrepublik Deutschland herein vorgesehen, ohne jedoch die Problematik des Einfrierens eines geringen Mitbestimmungsniveaus anzugehen. In gleicher Sitzung wurde ein Antrag der Fraktion DIE LINKE abgelehnt, mit dem die Bundesregierung u.a. aufgefordert werden sollte, jeweils einen Gesetzentwurf vorzulegen, „der [...] im SE-Beteiligungsgesetz festlegt, dass die Mitbestimmung bei strukturellen Änderungen des Konzerns oder bei Überschreitung der Schwellenwerte der deutschen Mitbestimmungsgesetze neu verhandelt werden muss [...]“ und „der den Geltungsbereich der Mitbestimmungsgesetze lückenlos auf Stiftungen mit Geschäftsbetrieb, die Rechtsform GmbH & Co. KG sowie Kapitalgesellschaft & Co. KG erstreckt“<sup>1161</sup>. Ein konkretes gesetzgeberisches Handeln zur Vermeidung der in dieser Arbeit dargestellten Gestaltungsmöglichkeiten ist daher aktuell noch nicht abzusehen.

Vor dem Hintergrund der politischen Relevanz der unternehmerischen Mitbestimmung erscheint eine Reformdiskussion dennoch unvermeidbar. Dabei ist einerseits dem Stellenwert der deutschen Mitbestimmung hinreichend Rechnung zu tragen.<sup>1162</sup> So hat die seinerzeitige Bundesregierung im Jahr 2016 deutlich zum Ausdruck gebracht, dass „sich die Mitbestimmung auf Unternehmensebene bewährt“ habe.<sup>1163</sup> Sie sei „ein wesentliches Element der Sozialen Marktwirtschaft“ und habe „einen nicht unerheblichen Betrag dazu geleistet, dass Deutschland wirtschaftliche Krisen meistern konnte“.<sup>1164</sup> Auf der anderen Seite ist festzuhalten, dass deutsche Unternehmen sich zunehmend in einem europäischen und sogar globalen Wettbewerb befinden. In diesem sollten sie keine wesentlichen Nachteile

---

<sup>1160</sup> BT-Drs. 20/3817.

<sup>1161</sup> BT-Drs. 20/4056 (Antrag der Abgeordneten Pascal Meiser, Susanne Ferschl, Gökay Akbulut, Matthias W. Birkwald, Ates Gürpınar, Jan Korte, Sören Pellmann, Heidi Reichinnek, Dr. Petra Sitte, Jessica Tatti, Kathrin Vogler und der Fraktion DIE LINKE).

<sup>1162</sup> Vgl. *Bayer*, NJW 2016, 1930 (1934); *Wicke*, RNotZ 2020, 25 (38).

<sup>1163</sup> BT-Drs. 18/8354 (Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Müller-Gemmeke, Ruffer, Pothmer, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – BT-Drs. 18/8182).

<sup>1164</sup> BT-Drs. 18/8354 (Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Müller-Gemmeke, Ruffer, Pothmer, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – BT-Drs. 18/8182).

gegenüber ausländischen Gesellschaften haben, da anderenfalls ein Wegzug aus der Bundesrepublik Deutschland zu befürchten wäre.<sup>1165</sup>

Besonderes Augenmerk ist bei Reformüberlegungen auch auf die in dieser Arbeit schon vermehrt angesprochenen Familiengesellschaften zu legen. In Familiengesellschaften besteht nämlich einerseits häufig ein engeres Verhältnis zu den Arbeitnehmern, andererseits möchten Familiengesellschafter in der Regel eine Fremdbestimmung in ihrem Unternehmen vermeiden.<sup>1166</sup> *Bayer*<sup>1167</sup> mahnt daher zu einer „besondere[n] Rücksichtnahme“, die allerdings keine „systemwidrige Verschonung des Mittelstands“ bedeuten soll, sondern eine „Respektierung der unternehmerischen Entscheidungsmacht, insbesondere durch eine verringerte Mitbestimmung in Form der Drittelbeteiligung“.

Bis zu einer möglichen Gesetzesänderung bleibt damit den Unternehmen weiter die Möglichkeit durch die Wahl der SE & Co. KG bzw. KGaA ein Hereinwachsen in die Mitbestimmung zu vermeiden oder eine bereits bestehende Mitbestimmung im eigenen Interesse flexibler zu gestalten. Besonders zuvor mitbestimmte Unternehmen laufen jedoch Gefahr, sich dem Vorwurf der Flucht aus der Mitbestimmung ausgesetzt zu sehen. So hat schon *Sigle*<sup>1168</sup> festgestellt, dass die Errichtung einer SE & Co. unter Wegfall bestehender Mitbestimmungsrechte „das soziale Klima empfindlich stören [könne] – mit nachhaltigen Auswirkungen“. Ob und inwieweit daher von möglichen Maßnahmen zur Gestaltung der Mitbestimmung Gebrauch gemacht wird, muss stets im Einzelfall unter Abwägung der damit verbundenen Vor- und Nachteile entschieden werden.

## **F. Zusammenfassung**

1. Die SE & Co. KG und SE & Co. KGaA erfreuen sich wachsender Beliebtheit. Gründe hierfür dürften die bereits länger bekannten Vorteile der Kapitalgesellschaft & Co. KG bzw. KGaA sein. Für die SE als Komplementärin spricht zunächst das Image einer guten Kapitalausstattung und von Internationalität. Auch die besonderen Möglichkeiten bei der Ausgestaltung der Corporate Governance machen die SE attraktiv. Schließlich können Unternehmen, die eine Mitbestimmung möglichst

---

<sup>1165</sup> Vgl. *Bayer*, NJW 2016, 1930 (1934); *Wicke*, RNotZ 2020, 25 (38).

<sup>1166</sup> Vgl. *Sigle*, in: FS Peltzer, S. 539 (547).

<sup>1167</sup> *Bayer*, NJW 2016, 1930 (1934).

<sup>1168</sup> *Sigle*, in: FS Hommelhoff, S. 1123 (1131 f.).

weitgehend vermeiden wollen, der Anwendung von §§ 4 und 5 MitbestG entgegen und eine etwaige Mitbestimmung in der SE weitgehend nach eigenen Vorstellungen gestalten.

2. Bei der Gründung einer SE & Co. ist zwischen der originären Neugründung und dem Wechsel aus einer anderen Rechtsform in die SE & Co. zu unterscheiden. In beiden Varianten kann sich der Kauf einer Vorrats-SE wegen des geringeren zeitlichen Aufwands anbieten. Als Weg aus einer bestehenden Kapitalgesellschaft & Co. in eine SE & Co. empfiehlt sich ein Austausch der Komplementärin gegen eine (Vorrats-)SE dann, wenn die bisherige Komplementärin weder Arbeitnehmer beschäftigt noch Vermögen hat. Ein Formwechsel der Komplementärin in eine SE kommt nur in Betracht, wenn das Mehrstaatlichkeitserfordernis erfüllt ist, was regelmäßig nicht der Fall ist. Tochtergesellschaften der KG bzw. KGaA werden bei der typischen Kapitalgesellschaft & Co. KG nicht berücksichtigt. Bei Verschmelzung einer ausländischen AG auf die Komplementärin geht die Beteiligung als persönlich haftender Gesellschafter auf die SE als übernehmender Rechtsträger über. Die Komplementärin kann auch nach dem UmwG auf eine bestehende SE verschmolzen werden.

Die Gründung einer SE & Co. KGaA vollzieht sich in der Praxis nahezu ausschließlich im Wege des Formwechsels einer GmbH bzw. AG. Aber auch der Formwechsel einer deutschen SE in eine SE & Co. KGaA nach §§ 190 ff. UmwG ist zulässig. Art. 66 SE-VO entfaltet insoweit keine Sperrwirkung. Art. 66 Abs. 1 Satz 2 SE-VO ist teleologisch zu reduzieren und damit die Sperrfrist nicht anwendbar. Das Verfahren nach Art. 66 Abs. 3 bis 6 SE-VO muss nicht eingehalten werden.

3. Die Gestaltung als Einheits-SE & Co. KG ist zulässig. §§ 71, 71d AktG stehen dem nicht entgegen. Die Komplementär-SE hat üblicherweise keine Unternehmensqualität. Selbst wenn die Unternehmenseigenschaft im Einzelfall wegen anderweitigen Interessenbindungen der Komplementärin zu bejahen sein sollte, fehlt es im gesetzlichen Grundmodell der SE & Co. an der Beherrschung der KG bzw. KGaA durch die Komplementärin i.S.d. § 17 AktG und damit an der Voraussetzung des § 71d Satz 2 AktG. Eine Beherrschung durch die Komplementärin ist nur in Ausnahmefällen zu bejahen, wenn kein erhebliches Gegengewicht zu den Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnissen der Komplementärin gegeben ist, etwa wenn die

Komplementärin auch für außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen nicht der Zustimmung der Kommanditisten bzw. Kommanditaktionäre bedarf. Die Kompetenzverteilung im Gesellschaftsvertrag ist damit maßgeblich für das Vorliegen einer Beherrschung.

4. Ob die Komplementär-SE dualistisch oder monistisch strukturiert werden sollte, ist stark einzelfallabhängig. Das dualistische System schafft von der deutschen Aktiengesellschaft bekannte Strukturen. Im monistischen System kann ein Unternehmer sich aus dem operativen Geschäft zurückziehen, indem er andere (auch Dritte) zu geschäftsführenden Direktoren bestellt. Gleichzeitig kann er jedoch als Verwaltungsratsmitglied die Grundlinien noch mitgestalten und gegebenenfalls durch Weisungen eingreifen. Das monistische System erlaubt darüber hinaus auch die Etablierung eines CEO-Modells, bei dem der Verwaltungsratsvorsitzende gleichzeitig zum geschäftsführenden Direktor bestellt wird und damit eine besonders herausgehobene Stellung im Unternehmen einnimmt. Schwächen des monistischen Systems zeigen sich vor allem bei mitbestimmten SE, weil hier die Mitbestimmung unmittelbar im Verwaltungsrat als Leitungsorgan verankert wird.
5. Die Kompetenzverteilung im Gesellschaftsvertrag ist entscheidend für die an verschiedenen Stellen relevante Beurteilung, ob die KG bzw. KGaA Tochtergesellschaft der Komplementärin ist. Der Gesellschaftsvertrag der KG eröffnet dabei breite von dem gesetzlichen Grundmodell abweichende Gestaltungsmöglichkeiten. Die Rechte der Kommanditisten gegenüber der Komplementärin können gestärkt werden, indem den Kommanditisten im Innenverhältnis die Geschäftsführungsbefugnis übertragen oder eine Weisungsbefugnis gegenüber der Komplementärin auch für gewöhnliche Geschäfte zugesprochen wird. Eine Einschränkung von Rechten der Kommanditisten kann durch die Einführung eines Mehrheitsprinzips oder von Stimmrechtsausschlüssen bei Zustimmungsbeschlüssen sowie die Regelung eines abschließenden Katalogs zustimmungspflichtiger Geschäfte im Gesellschaftsvertrag erfolgen. Diese für die GmbH & Co. KG entwickelten Gestaltungsmöglichkeiten lassen sich auf die SE & Co. KG ohne Weiteres übertragen.

Während bei der GmbH & Co. KG die Errichtung eines Beirats mit umfassenden Befugnissen sowohl bei der GmbH als auch bei der KG möglich

ist, ist die Errichtung eines Beirats bei der Komplementär-SE nur eingeschränkt zulässig, weil die gesetzliche Zuständigkeitsverteilung der Organe nicht beeinträchtigt werden darf. Ein Beirat bei der SE kann daher nur beratende und unterstützende Funktionen haben. Einem auf Ebene der KG errichteten Beirat können dagegen weitreichende Weisungsrechte und Zustimmungsvorbehalte gegenüber der Geschäftsführung der Komplementär-SE zugesprochen werden.

6. Auch bei der SE & Co. KGaA können die Rechte der Komplementärin erweitert werden, wobei die Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten noch nicht höchstrichterlich festgelegt wurden. Jedenfalls kann der Zustimmungsvorbehalt der Kommanditaktionäre für außergewöhnliche Geschäfte auf den Aufsichtsrat oder einen Beirat übertragen werden. Auch ein gänzlicher Ausschluss des Zustimmungsvorbehalts ist zulässig. Eine Erweiterung des Vetorechts der Komplementärin ist denkbar, wenn die Satzungsgestaltung insgesamt nicht zu einer unzulässigen Minderheitenherrschaft führt. Eine Einschränkung der Rechte der Komplementärin, etwa durch Ausweitung der Zustimmungsrechte der Kommanditaktionäre oder Einräumung von Weisungsrechten der Hauptversammlung oder des Aufsichtsrats, kommt in der Praxis eher selten vor.

Für Mitglieder des Leitungsorgans der SE gilt analog § 285 Abs. 1 Satz 2 AktG ein Stimmverbot in der Hauptversammlung, wenn sie Kommanditaktien halten. Anders als in der GmbH & Co. KGaA gibt es allerdings bis auf wenige Ausnahmefälle kein Stimmverbot für Kommanditaktionäre, die zugleich Aktionäre der SE sind.

Der Aufsichtsrat der KGaA hat eine schwächere Stellung als der Aufsichtsrat einer AG. Er übt keine Personalkompetenz über die persönlich haftende Gesellschafterin aus, kann Geschäftsführungsmaßnahmen nicht von seiner Zustimmung abhängig machen und wirkt nicht an der Feststellung des Jahresabschlusses mit. Flankierend können Geschäftsführungsbefugnisse anderen Organen, etwa der Hauptversammlung oder einem Beirat, übertragen werden, um diese der Überwachung durch den Aufsichtsrat zu entziehen. Dies ist auch bei einer mitbestimmten KGaA zulässig. Mitglieder des Leitungsorgans der SE können in entsprechender Anwendung von § 278 Abs. 3 AktG i.V.m. § 100 Abs. 1 AktG nicht Aufsichtsratsmitglieder sein. Die

Inkompatibilität gilt grundsätzlich nicht für die Aktionäre der SE, auch nicht für Mehrheitsaktionäre.

Um bestimmte Aufgaben der Mitbestimmung zu entziehen und den Einfluss einer bestimmten Gesellschaftergruppe zu stärken, können die Ausführungs- und Vertretungskompetenz des Aufsichtsrats auf einen Beirat der KGaA übertragen werden. Dieser kann auch an Stelle der Hauptversammlung den Zustimmungsvorbehalt ausüben. Für die Wahl der Beiratsmitglieder durch die Hauptversammlung gilt ein Stimmverbot der Mitglieder des Leitungsorgans der SE dann, wenn der Beirat als Organ der Kommanditaktionäre konzipiert ist, um deren Interessen zu vertreten. In entsprechender Anwendung von § 287 Abs. 3 AktG können die Komplementärin und die Mitglieder ihres Leitungsorgans nicht gleichzeitig Mitglieder des Beirats sein. Ein mit gesellschaftsfremden Dritten besetzter Beirat darf keine organschaftlichen Vertretungsbefugnisse oder Weisungsrechte gegenüber der Geschäftsführung ausüben oder Entscheidungskompetenz über Grundlagengeschäfte haben.

7. Eine Mitbestimmung kommt bei der Kapitalgesellschaft & Co. KG nur auf Ebene der Komplementärin in Betracht. Die SE zählt nicht zu den mitbestimmten Rechtsformen nach DrittelbG und MitbestG. Dies gilt selbst dann, wenn die Wahl der Rechtsform der SE offensichtlich der Vermeidung einer Mitbestimmung nach deutschem Recht dient.

Für die Mitbestimmung nach dem SEBG spielt es jedoch eine Rolle, ob die bisherige Kapitalgesellschaft & Co. KG, die zur SE & Co. KG werden soll, mitbestimmt ist. Eine Mitbestimmungspflicht der Komplementärin kann sich aus § 4 Abs. 1 MitbestG ergeben. Ist die Komplementärin einer Kapitalgesellschaft & Co. KG nach § 4 Abs. 1 MitbestG paritätisch mitbestimmt, hat die Regelung des § 4 Abs. 2 MitbestG Auswirkungen auf die Gestaltung des Gesellschaftsvertrags der KG. Unzulässig ist neben dem vollständigen Ausschluss der Geschäftsführungsbefugnis auch der gesellschaftsvertragliche Ausschluss der mitbestimmten Komplementärin von der Vertretungsmacht bei mehreren Komplementären. Auch solche gesellschaftsvertraglichen Regelungen, die einen faktischen Ausschluss der Komplementärin von der Geschäftsführung zur Folge haben, sind unwirksam. Unklar ist, ob den Kommanditisten Weisungsrechte gegenüber der mitbestimmten Komplementärin zugesprochen werden dürfen und ob

Zustimmungsvorbehalte auf die laufende Geschäftsführung ausdehnbar sind. Obwohl dem zuzustimmen ist, ist in der Praxis bei solchen Gestaltungen Vorsicht geboten. Zulässig ist jedoch die Verlagerung der gesetzlichen Zustimmungsrechte auf einen Beirat.

§ 5 Abs. 1 Satz 1 MitbestG findet neben § 4 Abs. 1 MitbestG Anwendung. Der mitbestimmungsrechtliche Unternehmensbegriff unterscheidet sich vom aktienrechtlichen Unternehmensbegriff. Die Komplementärin einer KG kann daher auch ohne einen eigenen Geschäftsbetrieb und ohne anderweitige Interessenbindung herrschendes Unternehmen i.S.d. § 5 Abs. 1 MitbestG sein. Im Mitbestimmungsrecht gilt ein weiter Begriff der einheitlichen Leitung. Ob eine Abhängigkeit der KG von der Komplementärin nach § 17 Abs. 1 AktG gegeben ist, hängt von der Gestaltung des Gesellschaftsvertrags ab. Im gesetzlichen Regelfall kann wegen des Widerspruchsrechts der Kommanditisten aus § 164 HGB grundsätzlich nicht von einer Abhängigkeit der KG von ihrer Komplementärin ausgegangen werden. Je nach Gestaltung des Gesellschaftsvertrags kann im Ergebnis eine Beherrschung der KG durch die Komplementärin oder durch einen Kommanditisten vorliegen oder die KG steht insgesamt in keinem Abhängigkeitsverhältnis. Erfüllt eine nach § 4 Abs. 1 MitbestG mitbestimmte Kapitalgesellschaft & Co. KG die Anforderungen des § 4 Abs. 2 MitbestG, kann deshalb noch nicht pauschal von einer Beherrschung durch die Komplementärin ausgegangen werden. Man wird auch dann verlangen müssen, dass im Gesellschaftsvertrag das Widerspruchsrecht der Kommanditisten nach § 164 HGB ausgeschlossen ist.

8. Die KGaA ist selbst mitbestimmte Rechtsform nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 DrittelbG und § 1 Abs. 1 Nr. 1 MitbestG. Bei ihr ist daher bei Überschreiten der Schwellenwerte ein mitbestimmter Aufsichtsrat zu errichten. Der Aufsichtsrat der KGaA hat allerdings nur eine schwache Stellung. Damit ist die Kapitalgesellschaft & Co. KGaA eine geeignete Gestaltungsoption, um eine effektive Mitbestimmung zu vermeiden, selbst wenn formal ein mitbestimmter Aufsichtsrat vorhanden ist.

§ 4 MitbestG findet auf die Kapitalgesellschaft & Co. KGaA keine Anwendung. Eine analoge Anwendung kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht erfolgen. § 5 MitbestG ist auf die Kapitalgesellschaft & Co. KGaA zwar grundsätzlich anwendbar und wird auch nicht durch § 4 MitbestG verdrängt, ein Konzernverhältnis zwischen der

KGaA und ihrer Komplementärin liegt aber im Regelfall nicht vor. Nur im Ausnahmefall kann eine Beherrschung durch die Komplementärin angenommen werden, wenn deren Stellung gegenüber der KGaA, etwa durch den Ausschluss des Zustimmungsvorbehalts der Kommanditaktionäre nach § 164 HGB, besonders stark ausgeprägt ist. Da gewichtige Stimmen in der Literatur sich *de lege lata* für eine entsprechende Anwendung von § 4 MitbestG sowie *de lege ferenda* für eine Mitbestimmungspflicht der Komplementärin aussprechen, kann zur effektiven Mitbestimmungsvermeidung auch hier die Wahl auf eine SE als Komplementärin fallen.

9. In den Gründungsvarianten des (Doppel-)Formwechsels der Komplementärin in eine SE und der Verschmelzung einer ausländischen Kapitalgesellschaft auf die Komplementärin zur SE hat die Komplementärin in der Regel selbst keine Arbeitnehmer, sodass ein Beteiligungsverfahren nach §§ 4 ff. SEBG nur dann durchzuführen ist, wenn die KG bzw. KGaA Tochtergesellschaft i.S.d. § 2 Abs. 3 SEBG ist. Der Begriff der Tochtergesellschaft i.S.d. § 2 Abs. 3 SEBG ist autonom auszulegen. Dabei sind die Vermutungstatbestände nicht abschließend und § 17 AktG kann bei der Auslegung von § 2 Abs. 3 SEBG ergänzend herangezogen werden. Ein Unternehmen, das nicht abhängig i.S.d. § 17 AktG ist, ist keinesfalls Tochtergesellschaft i.S.d. § 2 Abs. 3 SEBG. Unter Berücksichtigung der Wertungen der Vermutungen des § 6 Abs. 2 EBRG sind der Auslegung Grenzen gesetzt. Andere als die in § 6 Abs. 2 EBRG aufgezählten Beherrschungskriterien dürfen nur äußerst zurückhaltend angewendet werden. Es muss immer ein gesellschaftsrechtlich vermittelter Einfluss vorliegen. Allerdings reicht die Beherrschungsmöglichkeit für das Vorliegen einer Tochtergesellschaft aus. Wenn eine Beherrschung durch die Komplementärin nach § 17 AktG verneint wurde, ist die KG bzw. KGaA auch keine Tochtergesellschaft i.S.d. § 2 Abs. 3 SEBG. Wurde eine Beherrschung nach § 17 AktG bejaht, ist zu prüfen, ob die die Beherrschung begründenden Kriterien auch für die Annahme einer Tochtergesellschaft ausreichen. Bei der typischen Kapitalgesellschaft & Co. KG bzw. KGaA ist die KG bzw. KGaA nicht Tochtergesellschaft der Komplementärin i.S.d. § 2 Abs. 3 SEBG. Anders kann dies bei einer besonders starken Stellung der Komplementärin sein.

Kommt es im Falle der Erforderlichkeit von Beteiligungsverhandlungen nicht zum Abschluss einer Beteiligungsvereinbarung, finden die Auffangregelungen über die Mitbestimmung nach §§ 34 ff. SEBG Anwendung. Dann ist für die Anwendung von §§ 34 und 35 SEBG maßgeblich, ob und in welcher Form die bisherige Komplementärin mitbestimmt war. Es kommt auf die Mitbestimmungsrechte an, die den Arbeitnehmern der SE und den hinzukommenden Arbeitnehmern in ihren Unternehmen zustanden und tatsächlich praktiziert wurden (Ist-Mitbestimmung).

10. Die Übernahme der Komplementärstellung durch die SE ist nicht *per se* als strukturelle Änderung einzustufen, die zu einer Neuverhandlungspflicht nach § 18 Abs. 3 SEBG führen würde. Sie kann nur im Einzelfall als strukturelle Änderung zu qualifizieren sein, wenn etwa eine Satzungsänderung und/oder eine Entscheidung der Anteilseigner erforderlich ist. Auch eine Eignung zur Minderung von Beteiligungsrechten ist in aller Regel nicht gegeben. Durch § 47 Abs. 1 SEBG bleiben die bestehenden Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer der SE und der KG bzw. KGaA bzw. der Arbeitnehmer von deren Tochtergesellschaften in diesen Gesellschaften selbst unberührt. Beteiligungsrechte, die sich allein aus einem Konzerntatbestand ergeben, sind nicht geschützt. Ebenso wenig sind die Rechte der Arbeitnehmer der KG aus § 4 Abs. 1 MitbestG geschützt.

Die Verschmelzung der Komplementärin auf eine SE ist eine strukturelle Änderung der SE i.S.d. § 18 Abs. 3 SEBG. Eine Eignung zur Minderung von Beteiligungsrechten ist dann zu bejahen, wenn die Komplementärin selbst Arbeitnehmer beschäftigt hat und einer strengeren Mitbestimmung unterlag als die SE. Auf die Arbeitnehmer der KG bzw. KGaA kann es wieder nur in dem seltenen Fall ankommen, dass die Komplementärin die KG bzw. KGaA i.S.d. § 2 Abs. 3 SEBG beherrscht. Jedenfalls werden die nur aufgrund von § 4 Abs. 1 MitbestG oder § 5 MitbestG bei der Komplementärin eingerichteten Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer der KG bzw. KGaA nicht geschützt, sodass eine Eignung zur Minderung von Beteiligungsrechten ausscheidet. Eine Neuverhandlungspflicht nach § 18 Abs. 3 SEBG besteht dann nicht.

Beim Formwechsel einer SE in eine SE & Co. KGaA kann für die SE, die sich identitätswahrend in eine KGaA umwandelt, eine Neuverhandlung nach

§ 18 Abs. 3 SEBG nur dann sinnvoll sein, wenn ein Verbleib in der Rechtsform der SE denkbar ist. Dann soll ein Recht der Leitung der SE auf Einleitung von Neuverhandlungen nach § 18 Abs. 3 SEBG aus Anlass der geplanten Umwandlung bestehen. In anderen Formwechselfällen ist § 18 Abs. 3 SEBG nach Sinn und Zweck der Vorschrift hingegen nicht anzuwenden. Eine Amtskontinuität der Mitglieder des Aufsichtsorgans der SE nach § 203 UmwG besteht nur bei der Umwandlung einer nicht mitbestimmten dualistischen SE in eine SE & Co. KGaA.

11. Die Errichtung der SE & Co. erfüllt in aller Regel nicht den Missbrauchstatbestand nach Art. 11 SE-RL, § 43 SEBG. Es liegt kein Vorenthalten oder Entziehen von Beteiligungsrechten der Arbeitnehmer vor, weil die Rechte der Arbeitnehmer in ihren Gesellschaften nach § 47 SEBG erhalten bleiben. Rechte der Arbeitnehmer, die sich aus §§ 4 und 5 MitbestG, § 2 DrittelbG ergeben und gegebenenfalls entfallen, sind nicht durch das SEBG geschützt. Zudem liegt in der Regel keine Missbrauchsabsicht vor.
12. Bei Verwendung einer Vorrats-SE zur Übernahme der Komplementärstellung ist bei deren Aktivierung eine Neuverhandlungspflicht auf eine analoge Anwendung von § 18 Abs. 3 SEBG zu stützen. Im Hinblick auf das Merkmal Eignung zur Minderung von Beteiligungsrechten und die Prüfung der Vergleichbarkeit der Interessenlage kann es nicht auf Beteiligungsrechte ankommen, die sich nur aus der bisherigen Zugehörigkeit zu einem Konzern ergeben. Ebenso wenig sind Mitbestimmungsrechte aus § 4 Abs. 1 MitbestG geschützt.

Stehen im Zeitpunkt der Aktivierung nicht genügend Arbeitnehmer zur Verfügung, um ein Beteiligungsverfahren durchzuführen, bleibt die SE mitbestimmungsfrei, auch wenn später Arbeitnehmer hinzukommen. Auf die Nachholung des Beteiligungsverfahrens ist Art. 12 Abs. 2 SE-VO nicht entsprechend anzuwenden.

Bei der originären Gründung einer SE & Co. durch Abschluss eines Gesellschaftsvertrags durch eine Vorrats-SE mit den Kommanditisten bzw. Kommanditaktionären scheidet eine analoge Anwendung von § 18 Abs. 3 SEBG regelmäßig aus. Es besteht keine der Eignung zur Minderung der Beteiligungsrechte vergleichbare Interessenlage, wenn die Arbeitnehmer nicht bei der SE, sondern bei der KG bzw. KGaA angestellt werden. Gleiches gilt für den Austausch der Komplementärin gegen eine Vorrats-SE sowie die

Verschmelzung der Komplementärin auf eine Vorrats-SE. Beim Formwechsel einer AG, einer GmbH oder einer SE in eine SE & Co. KGaA ist § 18 Abs. 3 SEBG analog nicht anzuwenden. Es kann aber eine Amtskontinuität nach § 203 UmwG bei der Besetzung des Aufsichtsrats der KGaA eingreifen.

Sollte im Einzelfall aufgrund besonderer Umstände § 18 Abs. 3 SEBG analog greifen, werden die Verhandlungen von der Leitung der SE und (mangels SE-Betriebsrat) von einem neu zu bildenden bVG geführt. Wird keine Einigung erzielt, kommen die gesetzlichen Auffangregelungen zur Anwendung. Bei Verschmelzung der Komplementärin auf eine SE greifen nach hier vertretener Auffassung §§ 34 Abs. 1 Nr. 2, 35 Abs. 2 SEBG. Bei Gründung einer SE & Co. mit einer Vorrats-SE und bei Austausch der Komplementärin gegen eine Vorrats-SE finden §§ 34 Abs. 1 Nr. 3, 35 Abs. 2 SEBG Anwendung.