

Andreas Schubert

# Unternehmensmitbestimmung in der SE & Co. KGaA



**Nomos**

Studien zum Arbeitsrecht

herausgegeben von

Prof. Dr. Georg Caspers, Universität Erlangen-Nürnberg

Prof. Dr. Richard Giesen, Universität München

Prof. Dr. Matthias Jacobs, Bucerius Law School, Hamburg

Prof. Dr. Dr. h.c. Dr. h.c. Horst Konzen, Eltville

Band 24

Andreas Schubert

# Unternehmensmitbestimmung in der SE & Co. KGaA



**Nomos**

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

Zugl.: Freiburg, Albert-Ludwigs-Universität, Diss., 2017

ISBN 978-3-8487-4848-8 (Print)

ISBN 978-3-8452-9066-9 (ePDF)

1. Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2017/2018 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Dissertation angenommen. Das Manuskript wurde im Dezember 2017 fertiggestellt. Später veröffentlichte Rechtsprechung und Literatur wurde für die Drucklegung punktuell in den Fußnoten berücksichtigt.

Allen voran gilt mein ganz besonderer und herzlichster Dank meinem hochverehrten Doktorvater Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch, der nicht nur das Thema dieser Arbeit angeregt, sondern mit seinen wertvollen Ratschlägen, seinem Optimismus und seiner stetigen Unterstützung in fachlicher, wie zwischenmenschlicher Hinsicht entscheidend zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen hat. Meine mehr als eine halbe Dekade währende Tätigkeit als wissenschaftliche Hilfskraft und Mitarbeiter an seiner Forschungsstelle für Hochschularbeitsrecht hat mich nicht nur juristisch, sondern auch persönlich entscheidend geprägt und die gemeinsame Arbeit mit ihm hat mir stets größte Freude bereitet. Die Zeit an der Forschungsstelle wird mir immer in bester Erinnerung bleiben. Dank gilt hierfür nicht zuletzt auch seiner Frau, Sigrun Löwisch, sowie den Kolleginnen und Kollegen an der Forschungsstelle.

Herzlich danken möchte ich auch Herrn Prof. Dr. Jan von Hein für die Übernahme und zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Ein besonderer Dank gilt der EQUA-Stiftung und deren Geschäftsleitung, Frau Dr. Haftlmeier-Seiffert, für die großzügige Übernahme des Druckkostenzuschusses.

Meinen Freunden aus der gemeinsamen Studienzeit in Freiburg Markus Bettecken, Dr. Matthias Distler, Sebastian Lahner, LL.M. (Edinburgh) und Dr. Markus Meißner möchte ich nicht nur für die Mühen des Korrekturlesens danken, sondern ganz besonders für die Freundschaft und die Unterstützung seit der ersten gemeinsamen Vorlesung.

Dr. Matthias Geyer, Dr. Tobias Mandler, Florian Titz und Fritz Pieper gilt es sowohl Dank für den fachlichen Austausch und den Ansporn, als auch die freundschaftliche Verbundenheit über die Jahre auszusprechen.

Meinem Schwager, Dr. Martin Berthold, ist für den fachfremden Diskurs, das stete Interesse an meiner Arbeit sowie seine Unterstützung in jeglicher Hinsicht zu danken.

## *Vorwort*

Friedemann Egender, Michael Springindschmitt und Dr. Martin Walter sowie deren Familien ist ein aufrichtiger Dank für den immerwährenden Rückhalt und die Freundschaft seit Kindertagen auszusprechen.

Herzlich danken möchte ich insbesondere auch meiner Partnerin, Frau Dr. Johanna Schäfer, die nicht nur die Mühen des Lektorats auf sich genommen, sondern mich mit einem bezaubernden Lächeln stets liebevoll ermutigt hat, das Ziel nicht aus den Augen zu verlieren.

Ein nicht in Worte zu fassender endloser Dank gilt abschließend meiner Mutter und meiner Schwester. Ohne ihr Vorbild, ihre Zuversicht, ihre aufopfernde Fürsorge und bedingungslose Unterstützung selbst in schwierigsten Zeiten wäre ich nicht an dem Punkt, an dem ich heute bin. Ihnen ist diese Arbeit aus tiefstem Herzen gewidmet.

Freiburg, im Januar 2018

Andreas Schubert

# Inhaltsverzeichnis

Einleitung	21
A. Einführung – Motive für die Rechtsformwahl	21
I. Internationalität	23
II. Steuerliche Vorteile	23
III. Einflussicherung im Rahmen von familiengeführten Unternehmen	25
IV. Arbeitnehmermitbestimmung	26
B. Abgrenzung der Thematik und Gang der Untersuchung	28
1. Teil – Die SE & Co. KGaA	30
A. Die KGaA als Gesellschaftsform	30
I. Historische Entwicklung der KGaA	30
II. Rechtsnatur und Gesellschaftsstruktur der KGaA	34
1. Rechtsnatur	34
2. Gesellschaftsstruktur	35
a) Kapitalstruktur	35
b) Leitungsstruktur	36
aa) Komplementär	36
bb) Aufsichtsrat	36
(1) Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats	37
(a) Überwachung der Geschäftsführung	38
(b) Ausführungs- und Vertretungskompetenz	40
(2) Rechte und Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder	41
(3) Aufsichtsratsausschüsse	44
c) Hauptversammlung	46
aa) Kompetenzen	47
bb) Einberufung	49
cc) Beschlussfassung	49
dd) Individualkompetenzen der Kommanditaktionäre	52
III. Zusammenfassung	53

B.	Die SE als Gesellschaftsform	55
I.	Historische Entwicklung der SE	55
II.	Rechtsquellen der SE	58
1.	Verweisungstechnik des Art. 9 Abs. 1 SE-VO	58
2.	Lückenfüllung im Recht der SE-VO	62
a)	Lückenfüllung durch Auslegung	62
b)	Lückenfüllung durch Analogieschluss	64
c)	Anwendbarkeit nationaler IPR-Vorschriften	65
III.	SE im numerus clausus des deutschen Gesellschaftsrechts	69
1.	Rechtsnatur und Gesellschaftsstruktur der SE	69
a)	Rechtsnatur	69
b)	Gesellschaftsstruktur	71
aa)	Kapitalstruktur	71
bb)	Leistungsstruktur	72
(1)	Dualistisches Leitungssystem	72
(2)	Monistisches Leitungssystem	74
cc)	Hauptversammlung	79
(1)	Kompetenzen	79
(a)	Allgemeine Kompetenzen	79
(b)	Weisungskompetenz der Hauptversammlung im monistischen System	80
(2)	Einberufung	83
(3)	Beschlussfassung	84
(4)	Individualkompetenzen der Aktionäre	85
2.	Gründung der SE	85
a)	Allgemeines zur SE-Gründung	85
b)	Die Gründungstatbestände der SE-VO	86
aa)	Verschmelzung	86
bb)	Holding-SE	88
cc)	Tochter-SE	90
dd)	Umwandlung	91
ee)	SE-Tochter	92
IV.	Zusammenfassung	93
C.	Die SE & Co. KGaA als Gesellschaftsform	95
I.	Zulässigkeit der SE & Co. KGaA	95
1.	Zulässigkeit der Kapitalgesellschaft & Co. KGaA	95
a)	Ursprünglicher Meinungsstand	96
b)	Beschluss II ZB 11/96 des BGH vom 24.2.1997	98
2.	Sonderrecht für die atypische KGaA?	102
a)	Meinungsstand	102



b) Stellungnahme	105
3. Zulässigkeit der SE & Co. KGaA	110
II. Rechtsnatur und Gesellschaftsstruktur der SE & Co. KGaA	111
III. Errichtung der SE & Co. KGaA	112
1. Originärgründung einer SE & Co. KGaA	113
a) Gründer der SE & Co. KGaA	113
b) Gründung der SE & Co. KGaA	113
c) Anmeldung zur Eintragung und Eintragung	116
2. Neugründung durch Verschmelzung oder Spaltung	117
a) Verschmelzung durch Neugründung	118
b) Grenzüberschreitende Verschmelzung durch Neugründung	120
c) Spaltung zur Neugründung	122
d) Grenzüberschreitende Spaltung zur Neugründung	123
3. Komplementärwechsel	125
4. Formwechsel	127
a) Formwechsel einer AG	127
aa) Vorbereitungsphase	128
bb) Beschlussphase	129
cc) Vollzugsphase	132
b) Formwechsel einer GmbH	133
c) Formwechsel einer SE	134
aa) Zulässigkeit des Formwechsels einer SE in eine SE & Co. KGaA	134
bb) Sperrwirkung von Art. 66 SE-VO hinsichtlich weiterer Umwandlungsmöglichkeiten?	137
cc) Rechtsgrundlagen	138
d) Formwechsel der Komplementärgesellschaft einer bestehenden Kapitalgesellschaft & Co. KGaA in eine SE	140
e) Grenzüberschreitender Formwechsel	141
5. Verschmelzung einer Komplementärgesellschaft einer bestehenden Kapitalgesellschaft & Co. KGaA auf eine SE	142
6. Verschmelzung durch Neugründung einer SE unter Beteiligung einer Komplementär-AG einer bestehenden AG & Co. KGaA	144
IV. Zusammenfassung	144
D. Satzungen der SE & Co. KGaA in der Praxis	147
I. Einführung	147
II. Rechtliche Rahmenbedingungen der Satzungsgestaltung	148

1.	Satzungsstrenge versus Gestaltungsfreiheit	149
a)	Der aktienrechtliche Grundsatz der Satzungsstrenge	150
b)	Personengesellschaftsrechtliche Gestaltungsfreiheit	151
c)	Anwendbares Recht zur Satzungsfindung in der SE & Co. KGaA	152
2.	Zusammenfassung	154
III.	Satzungsgestaltungen	154
1.	Obligatorischer Satzungsinhalt	155
a)	Firma und Sitz	156
b)	Unternehmensgegenstand	157
c)	Kapitalstruktur der SE & Co. KGaA	159
aa)	Grundkapital	159
bb)	Inhaber- und Namensaktien	161
d)	Angaben über den Komplementär	165
e)	Bekanntmachungen	167
f)	Sonstige Angaben	168
2.	Organe der Gesellschaft	169
a)	Einleitung	169
b)	Persönlich haftende SE	170
aa)	Rechte und Pflichten	172
(1)	Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis	172
(2)	Außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen	173
(3)	Weitere Rechte und Pflichten	177
bb)	Aufnahme und Ausscheiden	178
(1)	Aufnahme	180
(2)	Ausscheiden	182
c)	Aufsichtsrat	185
aa)	Überblick	186
bb)	Zusammensetzung	187
cc)	Rechte und Pflichten	191
(1)	Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats	191
(a)	Überwachungskompetenz	191
(b)	Ausführungskompetenz	193
(c)	Vertretungskompetenz	195
(d)	Kompetenz zur Änderung der Satzungsfassung	196
(2)	Rechte und Pflichten der Aufsichtsratsmitglieder	198
d)	Gesellschafterausschuss als Zusatzorgan	199

aa)	Einleitung	199
bb)	Gründe für die Errichtung	201
cc)	Zulässigkeit und Kompetenzen	203
	(1) Mögliche Kompetenzen des Gesellschafterausschusses	205
	(a) Kontroll- und Überwachungskompetenz	205
	(b) Ausführungs- und Vertretungskompetenz	210
	(c) Geschäftsordnungskompetenz	212
	(d) Änderung der Satzungsfassung	213
	(e) Leitung der Hauptversammlung	214
	(f) Weisungsrechte	214
	(2) Weitere mögliche Kompetenzen	215
dd)	Zusammensetzung	216
	(1) Persönliche Voraussetzungen	217
	(2) Wahl der Mitglieder	220
ee)	Rechte, Pflichten und Haftung der Mitglieder	222
	(1) Auskunftsrechte	222
	(2) Haftung der Mitglieder	223
	(3) Wettbewerbsverbot	224
	(4) Stimmrechtsverbot	225
ff)	Verhältnis zum Aufsichtsrat	226
	(1) Kompetenzabgrenzung	226
	(2) Überwachung durch den Aufsichtsrat	226
	(3) Analoge Anwendung des § 118 Abs. 3 S. 1 AktG?	227
	(4) Analoge Anwendung des § 287 Abs. 3 AktG?	228
gg)	Zusammenfassung	230
e)	Hauptversammlung	232
	aa) Kompetenzen und Satzungsgestaltung	233
	(1) Zustimmungsmrechte	234
	(2) Kompetenzen gegenüber der Komplementär-SE	237
	(3) Kompetenzverlagerung auf andere Organe der SE & Co. KGaA	238
	bb) Mehrheitserfordernisse	240
	IV. Zusammenfassung	242
E.	Abschließende Betrachtung	244

2. Teil – Mitbestimmung in der SE & Co. KGaA	245
A. Historische Entwicklung des Mitbestimmungsrechts in Deutschland	245
B. Mitbestimmung in der KGaA	249
I. Mitbestimmung nach dem Mitbestimmungsgesetz 1976 (MitbestG)	249
1. Anwendungsbereich	249
2. Zusammensetzung und Wahl des Aufsichtsrats	251
a) Zusammensetzung	251
aa) Grundlegende Zusammensetzung	251
bb) Gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen	253
b) Wahl	257
3. Anfechtung der Wahl und Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer	258
a) Anfechtung der Wahl	258
b) Abberufung	259
4. Innere Ordnung, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats	260
a) Normenhierarchie	260
b) Innere Ordnung	260
c) Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats	262
II. Mitbestimmung nach dem Drittelbeteiligungsgesetz (DrittelbG)	265
1. Anwendungsbereich	265
2. Zusammensetzung und Wahl des Aufsichtsrats	267
a) Zusammensetzung	267
aa) Grundlegende Zusammensetzung	267
bb) Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen	268
b) Wahl	269
3. Abberufung und Anfechtung der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern der Arbeitnehmer	269
a) Anfechtung der Wahl	269
b) Abberufung	270
4. Innere Ordnung, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats	271
a) Innere Ordnung	271
b) Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats	272
III. Mitbestimmung in fakultativen Aufsichtsorganen	272
IV. Deutsche Mitbestimmung und Europarecht	273

1.	Berücksichtigung ausländischer Arbeitnehmer im Rahmen der Schwellenwerte von MitbestG und DrittelbG	273
a)	Rechtslage	273
b)	Europarechtliche Bedenken	275
2.	Aktives und passives Wahlrecht ausländischer Arbeitnehmer nach MitbestG und DrittelbG	277
a)	Rechtslage	277
b)	Europarechtliche Bedenken	278
3.	Rechtsprechung in Deutschland und Verfahren vor dem EuGH	280
a)	Ausgangslage	280
b)	Entscheidung des EuGH und seine Reichweite	283
V.	Mitbestimmungsrechtliche Aspekte des Deutschen Corporate Governance Kodex	285
VI.	Zusammenfassung	286
C.	Mitbestimmung in der SE	289
I.	Rechtliche Grundlagen	289
II.	Grundprinzipien der Mitbestimmung in der SE	290
1.	Grundsatz des Schutzes erworbener Rechte	290
2.	Vorrang der Verhandlungslösung	291
3.	Auffanglösung	292
4.	Tendenzschutz, § 39 SEBG	293
III.	Das Verhandlungsverfahren	294
1.	Das Besondere Verhandlungsgremium (BVG)	294
a)	Rechtsnatur und Aufgabe des BVG	294
b)	Bildung des BVG	295
aa)	Aufforderung und Information zur Bildung eines BVG	295
(1)	Zuständigkeit	295
(2)	Adressaten und Zeitpunkt	296
(3)	Inhalt und Form der Information	298
cc)	Zehn-Wochen-Frist	299
c)	Zusammensetzung und Wahl der Mitglieder des BVG	300
aa)	Zusammensetzung	300
bb)	Persönliche Voraussetzungen der Mitglieder des BVG	302
cc)	Wahl	303
d)	Organisation und Beschlussfassung des BVG	305
aa)	Organisation	305

bb) Beschlussfassung	306
(1) Grundsätze der Beschlussfassung	306
(2) Beschluss über die Minderung von Mitbestimmungsrechten	306
(3) Beschlussfassung über die Nichtaufnahme oder den Abbruch der Verhandlungen	307
e) Verhandlungsverfahren	309
aa) Grundsätze der Zusammenarbeit von Leitungen und BVG	309
bb) Verhandlungsdauer	310
2. Die Beteiligungsvereinbarung nach § 21 SEBG	310
a) Grundlagen	310
b) Inhalt	313
aa) Allgemeine Regelungsgegenstände	313
(1) Räumlicher und zeitlicher Geltungsbereich	313
(2) Neuverhandlungspflicht ohne strukturelle Änderung	313
(3) Neuverhandlungspflicht bei strukturellen Änderungen	314
(4) Weitere unbenannte Regelungsgegenstände	318
bb) Betriebliche Mitbestimmung	318
cc) Unternehmensmitbestimmung	320
(1) Grundsätze der Unternehmensmitbestimmung nach dem SEBG	320
(2) Festlegung von Rahmenbedingungen für den Aufsichtsrat in der Beteiligungsvereinbarung	322
(a) Wahl des Aufsichtsrats	322
(b) Größe und Zusammensetzung des Aufsichtsrats	324
(aa) Größe und Zusammensetzung	324
(bb) Gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen	326
(c) Rechte und Pflichten	328
(aa) Einschränkung der Stimmrechte der Arbeitnehmervertreter	328
(bb) Teilnahme- und Rederechte	330
(cc) Weitere Rechte und Pflichten	330
(d) Innere Ordnung des Aufsichtsorgans	331
(aa) Regelung von Ausschüssen	333

(bb) Regelung von Zustimmungsvorbehalten	334
(3) Unternehmensmitbestimmung in der Beteiligungsvereinbarung bei Gründung durch Umwandlung oder Wechsel der Leistungsstruktur	335
c) Beendigung der Beteiligungsvereinbarung	340
IV. Strukturelle Änderungen	342
1. Aufnahme von mitbestimmten Gesellschaften	344
2. Erwerb von Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen	345
3. Spaltung der SE	346
4. Schwankungen der Arbeitnehmerzahl	347
5. Sitzverlegung	348
V. Auffanglösung: Mitbestimmung kraft Gesetzes	349
1. Mitbestimmungsform	350
2. Mitbestimmungsumfang	351
a) Gründung einer SE durch Umwandlung	351
aa) Umfang der Mitbestimmungsbeibehaltung	351
bb) Beibehaltung paritätischer Mitbestimmung beim Wechsel vom dualistischen zum monistischen Leistungssystem	353
b) Weitere Gründungsformen der SE	357
3. Sitzverteilung, Wahl und Bestellung der Mitglieder	358
4. Abberufung und Anfechtung der Wahl von Mitgliedern des Aufsichts- oder Verwaltungsorgans	359
a) Anfechtung der Wahl	359
b) Abberufung	359
5. Rechtsstellung und innere Ordnung § 38 SEBG	360
a) Rechtsstellung und innere Ordnung	360
b) Arbeitsdirektor	361
c) Sicherung der Montanmitbestimmung	362
VI. Mitbestimmung bei Sekundärgründung einer SE	364
1. Problemstellung und Meinungsstand	364
2. Stellungnahme	366
VII. Missbrauchsverbot des § 43 SEBG und Vermeidung der Mitbestimmung	368
1. Missbrauchsverbot des § 43 SEBG	369
2. Zulässige Mitbestimmungsvermeidung	371

a)	Gründung einer SE vor Erreichen mitbestimmungsrelevanter Schwellenwerte – „Einfrieren des Mitbestimmungsniveaus“	371
b)	Rückumwandlung in nationale Rechtsform	372
c)	Sitzverlegung	373
d)	Holding-SE	373
e)	Erwerb von Unternehmen oder Unternehmensbeteiligungen	375
	VIII. Zusammenfassung	375
D.	Mitbestimmung in der SE & Co. KGaA	378
I.	Mitbestimmung bei Errichtung der SE & Co. KGaA	378
1.	Mitbestimmung bei Originärgründung der SE & Co. KGaA	379
a)	Mitbestimmung bei Gründung der Komplementär-SE	380
aa)	Mitbestimmung bei Primärgründung der Komplementär-SE	380
bb)	Mitbestimmung bei Sekundärgründung der Komplementär-SE	381
b)	Mitbestimmung auf Ebene der beitretenen Komplementär-SE	382
aa)	Mitbestimmung bei Verwendung einer aktiven SE	382
(1)	Pflicht zur Neuverhandlung nach § 18 Abs. 3 SEBG	382
(a)	Übernahme der Komplementär-Stellung als strukturelle Änderung?	383
(b)	Minderung von Arbeitnehmerrechten durch die Übernahme der Komplementär-Stellung?	384
(2)	Ergebnis	386
bb)	Mitbestimmung bei Verwendung einer Vorrats-SE	386
(1)	Zulässigkeit der Gründung einer Vorrats-SE	387
(a)	Numerus Clausus der Gründungsformen	387
(b)	Mehrstaatlichkeitsgebot	388
(c)	Zweijahresfrist	391
(d)	Arbeitnehmerbeteiligungsverfahren	393
(e)	Ergebnis	395



(2) Mitbestimmung bei wirtschaftlicher Aktivierung der Vorrats-SE durch Beitritt zur KGaA	396
(a) Rechtliche Grundlage des Arbeitnehmerbeteiligungsverfahrens	396
(aa) Analoge Anwendung der Auffangtatbestände des SEBG	397
(bb) Analoge Anwendung des § 18 Abs. 3 SEBG	399
(cc) Ergebnis	403
(b) Zeitpunkt des Arbeitnehmerbeteiligungsverfahrens	404
(c) Arbeitnehmerbeteiligung bei Verwendung einer Vorrats-SE mit weniger als zehn Arbeitnehmern	406
(aa) Zurechnung der Arbeitnehmer der KGaA nach § 4 Abs. 1 MitbestG analog	406
(bb) Anwendbarkeit des § 5 Abs. 1 MitbestG auf die SE & Co. KGaA	412
(cc) Zurechnung der Arbeitnehmer der KGaA nach § 35 Abs. 2 S. 2 SEBG	416
(dd) KGaA als „betroffene Tochter- gesellschaft“ der Komplementär-SE i.S.d. § 6 Abs. 2 SEBG	418
(ee) Missbrauchsverbot des § 43 SEBG	421
(ff) Ausweitung der Mitbestimmung nach dem SEBG auf die SE & Co. KGaA	423
(gg) Pflicht zur Durchführung eines Arbeitnehmerbeteiligungs- verfahrens	425
(d) Zusammenfassung	429
c. Mitbestimmung auf Ebene der KGaA	430
aa) Beginn der Mitbestimmung bei Bargründung	431
bb) Beginn der Mitbestimmung bei Sachgründung	432
cc) Mitbestimmungspflicht bei geplantem Arbeitnehmerzuwachs zum Zeitpunkt der Gründung?	434

2.	Mitbestimmung bei Neugründung der SE & Co. KGaA durch Verschmelzung oder Spaltung	435
a)	Mitbestimmung bei Verschmelzung	436
aa)	Mitbestimmung bei Verschmelzungsgründung einer Komplementär-SE	436
bb)	Mitbestimmung bei nationaler Verschmelzung nach UmwG	436
cc)	Mitbestimmung bei grenzüberschreitender Verschmelzung nach MgVG	437
(1)	Einführung	437
(2)	Unterschiede zwischen MgVG und SEBG	440
(a)	Verhandlungsgegenstand	440
(b)	Beschluss des BVG nach § 18 MgVG	440
(c)	Beschluss der Leitungen nach § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 MgVG	441
(d)	Schwellenwerte der Auffangregelung	443
(e)	Mitbestimmungsfreiheit	443
(f)	Strukturelle Änderungen	443
(g)	Missbrauchsverbot und Bußgeldvorschriften	444
(3)	Zusammenfassung	444
dd)	Mitbestimmung bei Verschmelzung einer bestehenden Komplementärgesellschaft einer Kapitalgesellschaft & Co. KGaA auf eine bereits bestehende (Vorrats-)SE	445
b)	Mitbestimmung bei Spaltung	446
aa)	Mitbestimmung bei nationaler Spaltung zur Neugründung	446
(1)	Grundsätzliche Mitbestimmung	446
(2)	§ 325 UmwG	447
bb)	Mitbestimmung bei grenzüberschreitender Spaltung zur Neugründung	448
3.	Mitbestimmung bei Komplementärwechsel einer bereits bestehenden Kapitalgesellschaft & Co. KGaA	449
a)	Mitbestimmung auf Ebene der KGaA	450
b)	Mitbestimmung auf Ebene der beitretenden SE	451
4.	Mitbestimmung bei Formwechsel	452
a)	Mitbestimmung bei Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine SE & Co. KGaA	453

aa) Mitbestimmungsrelevante Grundsätze des UmwG	453
(1) Anwendbarkeit der Gründungsvorschriften der neuen Rechtsform auf den Formwechsel, § 197 UmwG	453
(2) Prinzip der Amtskontinuität, § 203 UmwG	455
b) Mitbestimmung bei Formwechsel einer SE zur SE & Co. KGaA	456
aa) Amtskontinuität nach § 203 UmwG	457
(1) Meinungsstand	458
(2) Stellungnahme	460
(3) Ergebnis	461
bb) Analoge Anwendbarkeit von § 325 UmwG?	461
c) Mitbestimmung bei Formwechsel des Komplementärs einer Kapitalgesellschaft & Co. KGaA zur SE	463
aa) Amtskontinuität der Mitglieder des Aufsichtsrats?	463
(1) Amtskontinuität nach § 203 UmwG?	463
(2) Amtskontinuität nach dem Vorher-Nachher-Prinzip?	466
bb) Ergebnis	467
d) Mitbestimmung bei grenzüberschreitendem Formwechsel	467
II. Koexistierende Mitbestimmung in der SE & Co. KGaA – Verhältnis der Aufsichtsorgane von SE und KGaA	468
1. Überwachung	469
a) Überwachung der Geschäftsführung	469
aa) Überwachung in der KGaA	469
bb) Überwachung in der dualistischen Komplementär-SE	469
cc) Überwachung in der monistischen Komplementär-SE	470
dd) Verhältnis der Überwachungsorgane von SE und KGaA	471
b) Überwachung der Tätigkeit des Aufsichtsrats bzw. Verwaltungsrates der Komplementär-SE durch den Aufsichtsrat der KGaA	473
2. Einflussnahme auf die Geschäftsführung	474
3. Kompetenz zur Einberufung der Hauptversammlung	475
4. Informationsrechte	477

## *Inhaltsverzeichnis*

a) Reichweite der Informationspflicht der SE-Leitung gegenüber dem SE-Aufsichtsrat in der dualistisch ausgeprägten SE	477
b) Reichweite der Informationspflicht der SE-Leitung gegenüber dem KGaA-Aufsichtsrat	479
5. Vorlage der Jahresabschlüsse	480
a) Allgemeine Vorlagepflicht und Feststellung der Jahresabschlüsse	480
b) Wechselseitige Vorlagepflicht	481
6. Einsichts- und Prüfungsrechte	482
7. Gemeinsame Sitzungen	483
8. Personalkompetenz	484
III. Zusammenfassung	484
3. Teil – Zusammenfassende Gesamtbetrachtung	490
Literaturverzeichnis	499

## Einleitung

### A. Einführung – Motive für die Rechtsformwahl

Die deutsche Unternehmerschaft steht stets vor der Herausforderung, die für ihre Bedürfnisse bestmöglichen Lösungen zu finden. Hierbei unterliegt die Betrachtung des jeweiligen *status quo* eines Unternehmens auch regelmäßig dem Wandel rechtlicher Rahmenbedingungen. Das Festhalten an einer traditionellen Unternehmensorganisation kann sich vor diesem Hintergrund in unternehmerischer Hinsicht auch nachteilig auswirken. Die Neuorganisation einer bestehenden Gesellschaftsstruktur hingegen kann zur Freisetzung von Synergien und damit mittelbar zur positiven Entwicklung eines Unternehmens beitragen.

In letzter Zeit wird hierzu vor allen Dingen die SE & Co. KGaA genutzt, wie sich an der zunehmenden Beliebtheit dieser Unternehmensform zeigt.<sup>1</sup> Derzeit sind elf Unternehmen in der Rechtsform der SE & Co. KGaA am Markt vertreten:

- AURELIUS Equity Opportunities SE & Co. KGaA  
(Arbeitnehmer: 22.898; Umsatz: 2.892,3 Mio. Euro)
- Bertelsmann SE & Co. KGaA<sup>2</sup>  
(Arbeitnehmer: 16.434; Umsatz 16.950 Mio. Euro)
- Borgers SE & Co. KGaA  
(Arbeitnehmer 7.249; Umsatz 823 Mio. Euro)
- Fresenius SE & Co. KGaA  
(Arbeitnehmer: 232.873; 29.471 Mio. Euro)

---

1 Vgl. die Zahlen aus dem Handelsregister unter 1. Kap. C. I. 1.

2 Die Bertelsmann SE & Co. KGaA hat als Tendenzunternehmen in mitbestimmungsrechtlicher Hinsicht eine Sonderstellung inne. Siehe zur Mitbestimmung und ihren Besonderheiten im Tendenzunternehmen unter 2. Kap. C. II. 4.; vgl. zum Begriff der Tendenz-SE § 39 SEBG; weiterführend hierzu Münch-Komm/Jacobs, AktG, § 39 SEBG, Rn. 1ff.; zum Begriff und Zweck des Tendenzbetriebes i.S.d. § 118 BetrVG siehe umfassend *Löwisch/Kaiser*, BetrVG, 6. Auflage 2010, § 118, Rn. 1ff.; *Richardi/Forst*, § 118, Rn. 1ff.

## Einleitung

- HMT Investmentclub SE & Co. KGaA  
(Arbeitnehmer: -; Umsatz: -)
- IMS Gear SE & Co. KGaA  
(Arbeitnehmer: 3.225; Umsatz: 490 Mio. Euro)
- OBI Group Holding SE & Co. KGaA  
(Arbeitnehmer: 46.000; Umsatz: 6.700 Mio. Euro)
- Scope SE & Co. KGaA  
(Arbeitnehmer: -; Umsatz: -)
- Ströer SE & Co. KGaA  
(Arbeitnehmer: 4.577; Umsatz: 1.123,3 Mio. Euro)
- Testo SE & Co. KGaA  
(Arbeitnehmer: 2.700; Umsatz: 280 Mio. Euro)
- STO SE & Co. KGaA.<sup>3</sup>  
(Arbeitnehmer: 5.251; Umsatz: 1.230,7 Mio. Euro)<sup>4</sup>

Die SE & Co. KGaA bedient sich in ihrer strukturellen Ausgestaltung bekannter Gesellschaftsformen. Sie verknüpft die verhältnismäßig junge, der europäischen Legislative entstammende, Europäische Aktiengesellschaft – Societas Europaea (SE) – mit der Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA). Die Übernahme der Komplementärstellung einer KGaA

---

3 Abruflbar unter dem Registerportal von Bund und Ländern, einzusehen unter [www.handelsregister.de](http://www.handelsregister.de) [abgerufen am 18.8.2017]; im Handelsregister wird zudem die Schoeller SE & Co. KGaA aufgeführt. Diese hat jedoch als Komplementärgesellschaft keine SE, sondern eine SE & Co. KG.

4 Zahlen jeweils basierend auf den Geschäftsberichten des Jahres 2016. Im Einzelnen, bis auf die Gesellschaften der HMT Investmentclub SE & Co. KGaA sowie die Scope SE & Co. KGaA, abrufbar unter: <http://aureliusinvest.de/presse/pressemitteilungen/aurelius-veroeffentlicht-geschaeftsbericht-2016/>; <https://www.bertelsmann.de/media/investorrelations/geschaeftsberichte/geschaeftsbericht-2016.pdf>; <http://www.borgers-group.com/de/unternehmen/borgers-gruppe/umsatz-und-mitarbeiter/>; [https://www.fresenius.de/media\\_library/Fresenius\\_GB\\_US\\_GAAP\\_2016\\_deutsch.pdf](https://www.fresenius.de/media_library/Fresenius_GB_US_GAAP_2016_deutsch.pdf); <https://www.imsgea.com/de/zahlen-und-fakten/>; [http://www.obl.com/de/company/de/Unternehmen/Das\\_Unternehmen/index.html](http://www.obl.com/de/company/de/Unternehmen/Das_Unternehmen/index.html) (für 2015); <http://ir.stroer.com/download/companies/stroer/Annual%20Reports/DE0007493991-JA-2016-EQ-D-00.pdf>; <https://www.testo.com/de-DE/presse/testo-mit-umsatzrekord/>; [http://www.sto.de/media/documents/investor\\_relations/meldungen\\_2017/Sto\\_Geschaeftsbericht\\_2016\\_150dpi.pdf](http://www.sto.de/media/documents/investor_relations/meldungen_2017/Sto_Geschaeftsbericht_2016_150dpi.pdf) (zuletzt abgerufen am 18.11.2017).

durch die SE bringt hierbei viele Vorteile mit sich, die sich als Motive für die Wahl dieser Gesellschaftsform anführen lassen:

## I. Internationalität

So strahlt die SE in der Wirtschaftswelt einen gewissen Grad an Internationalität aus.<sup>5</sup> Dies kann auf die Akquise von Kunden sowie auch von qualifizierten Arbeitnehmern<sup>6</sup> im internationalen Umfeld – vor allen Dingen im direkten Vergleich mit AG & Co. KGaA und GmbH & Co. KGaA –<sup>7</sup> Vorteile mit sich bringen.<sup>8</sup> Die SE als Leitungsorgan der SE & Co. KGaA ist mittlerweile in der Unternehmerschaft international be- und anerkannt. Zudem kann sie, auch in der Funktion als Komplementärin einer SE & Co. KGaA zur Bildung einer europäischen *Corporate Identity*<sup>9</sup> beitragen.<sup>10</sup>

## II. Steuerliche Vorteile

Auch in steuerlicher Hinsicht kann die SE & Co. KGaA Vorteile mit sich bringen. So gehören zum begünstigungsfähigen Vermögen in Sinne des Erbschaftssteuergesetzes (ErbStG) nach § 13 lit. b) Abs. 1 Nr. 2 Var. 3 ErbStG die Sondereinlagen der persönlich haftenden Gesellschafter. Dies hat zur Folge, dass unter den Voraussetzungen des § 13 lit. a) ErbStG eine Steuerbegünstigung von 85% bzw. 100% erreicht werden kann. Im Gegensatz zur SE & Co. KGaA ist dies bei einer herkömmlichen AG nach

---

5 Von *Hopt* bereits 1998 als „Flaggschiff des europäischen Gesellschaftsrechts“ bezeichnet, ZIP 1998, S. 96, 98; *Reichert/Ott*, ZHR Beiheft 77, S. 154, 157.

6 *Jannott/Frodermann*, Einsatzmöglichkeiten, Rn. 6.

7 *Werner*, NWB 2016, S. 3868, 3878f.dsd

8 *Kallmeyer*, AG 2003, 197, 200; *Blanquet*, ZGR 2002, S. 20, 48.

9 So zur SE *Buchheim*, Europäische AG, S. 242ff.; ähnlich auch *Reinhard*, in: *Saenger/Aderhold/Lenkaitis/Speckmann*, § 8, Rn. 174; *Heckschen*, FS Westermann, S. 999, 1008; *Wenz*, AG 2003, S. 185, 188; *Kallmeyer*, AG 2003, S. 197, 200.

10 Vgl. auch *Heckschen*, FS Westermann, S. 999, 1008.

§ 13 lit. b) Abs. 1 Nr. 3 ErbStG erst dann der Fall, wenn der Anteilseigner mindestens 25 Prozent der Anteile der Gesellschaft hält.

Ein weiterer steuerrechtlicher Vorteil kann sich, im Vergleich zur bloßen Beteiligung als Aktionär einer Aktiengesellschaft (AG), ergeben, wenn sich der persönlich haftende Gesellschafter einer SE & Co. KGaA mit einer Sondereinlage am Kapital der KGaA beteiligt und hierüber am Gewinn der Gesellschaft partizipiert. Der persönlich haftende Gesellschafter kann einkommenssteuerrechtlich dann wie ein Personengesellschafter behandelt werden. Ausgangspunkt der Besteuerung ist die aus der Sondereinlage folgenden Gewinnbeteiligung, vgl. § 15 Abs. 1 Nr. 3 EStG.<sup>11</sup> Hiernach sind zu versteuernde Einkünfte aus Gewerbebetrieb Gewinnanteile der persönlich haftenden Gesellschafter einer KGaA. Im Rahmen der Berechnung der Steuer, die auf Ebene der persönlich haftenden SE anfällt, können hierdurch jedoch Verluste, die im Zusammenhang mit der Beteiligung an der KGaA anfallen und Gewinne aus anderen Tätigkeitsbereichen berücksichtigt und miteinander verrechnet werden.<sup>12</sup> Der Steuersatz wird insofern individuell bestimmt.<sup>13</sup> Der Steuersatz für Dividenden, die Unternehmen als Anteilseigner einer AG erwirtschaften liegt nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 32 lit. d) Abs. 1 S. 1 EStG bei starren 25 Prozent. Verluste aus Kapitalvermögen dürfen hier gerade nicht mit Einkünften aus anderen Einkunftsarten ausgeglichen werden, vgl. § 20 Abs. 6 EStG.<sup>14</sup> Überdies ist die Geltendmachung der tatsächlichen Werbungskosten, die über den Sparrpauschbetrag von 801 Euro hinausgehen, nach § 20 Abs. 9 S. 1 EStG ausgeschlossen.<sup>15</sup>

---

11 *Schaumburg/Schulte*, KGaA, S. 87.

12 *Hoffmann-Becking/Herfs*, FS Sigle, S. 273, 280; *Otte*, AG & Co. KGaA, S. 41.

13 *Otte*, AG & Co. KGaA, S. 41.

14 Zur Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Norm siehe FG Baden-Württemberg, Urteil vom 19.3.2014 – 1 K 675/12.

15 Kritisch zur Unternehmensbesteuerung in diesem Zusammenhang insgesamt siehe *Loos*, DB 2007, S. 704ff.; *Hey*, BB 2007, S. 1303, 1307; *Otte*, AG & Co. KGaA, S. 40.



### III. Einflussssicherung im Rahmen von familiengeführten Unternehmen

Die SE & Co. KGaA kann jedoch auch – und hierin wird ein wesentliches Attraktivitätsmerkmal dieser Rechtsform liegen – zur Einflussssicherung bestimmter Gesellschaftergruppen eingesetzt werden. Diese Überlegung dürfte vor allem hinsichtlich der langfristigen Festigung der Machtposition von Gründerfamilien traditioneller Familienunternehmen eine erhebliche Rolle spielen.<sup>16</sup>

Während sich bei der AG im Laufe der Zeit, aufgrund Kapitalerhöhungen, die Mehrheitsverhältnisse und somit die Vermögens- und Herrschaftsrechte verschieben können, besteht beim rechtzeitigen Formwechsel der AG in eine SE & Co. KGaA die Möglichkeit der Manifestation der Einflussnahme.<sup>17</sup>

Konnte die Gründerfamilie einer AG bislang beispielweise aufgrund einer Beteiligung von 50 Prozent plus einer Aktie am Grundkapital die Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat und somit zumindest mittelbar den Vorstand alleine bestimmen, vgl. §§ 101 Abs. 1, 30 Abs. 4 AktG, oder durch Halten von 75 Prozent plus einer Aktie und somit der drei Viertel Mehrheit im Rahmen der Hauptversammlung Satzungsänderungen beschließen, vgl. § 179 Abs. 2 S. 1 AktG, entfallen diese Einwirkungsmöglichkeiten auf die Unternehmenspolitik, sobald die besagten Mehrheitsverhältnisse sich ändern.<sup>18</sup> Dies wäre zum Beispiel aufgrund einer Kapitalerhöhung mit Bezugsrecht aller Aktionäre der Fall, sofern sich die Gründerfamilie mangels finanzieller Möglichkeiten gegen den weiteren Bezug von Aktien entschließen muss. Eine ähnliche Situation kann sich auch dann ergeben, wenn stimmrechtslose Vorzugsaktien aus verwal-

---

16 *Reichert*, ZIP 2014, S. 1957, 1965f.; so schon zur GmbH & Co. KGaA, *Jäger*, AG, § 2 Rn. 51; allgemein zur Entwicklung von Familiengesellschaften und Familienverfassungen siehe *Fleischer*, NZG 2017, S.1201ff.

17 Die AG wird von *Hartel* im Hinblick auf die Schwächung der familiären Eigentümerposition als „Einstieg in den Ausstieg aus dem unternehmerischen Engagement“ bezeichnet, *Eigenkapital für mittlere Unternehmen*, S. 14.

18 Beispiele nach *Haider-Giangreco/Polte*, BB 2014, S. 2947, 2952.

tungstechnischen Gründen in Stammaktien mit Stimmrecht umgewandelt werden sollen.<sup>19</sup>

Dieser Schmälerung der „Hoheitsrechte“ kann im Rahmen der Unternehmensumwandlung einer AG in eine SE & Co. KGaA entgegengewirkt werden. Die Installation einer, durch die Unternehmerfamilie gehaltenen SE als persönlich haftende Gesellschafterin der KGaA hat zur Folge, dass, trotz Änderung der Mehrheitsverhältnisse in der KGaA, die Unternehmensgeschicke in den Händen der Familie bleiben.<sup>20</sup> Denn die persönlich haftende SE ist in der SE & Co. KGaA zur Geschäftsführung *de lege lata* verpflichtet, vgl. §§ 278 Abs. 2 AktG i.V.m. 161 Abs. 2 i.V.m. 114, 115 HGB.<sup>21</sup> Der Vorstand der persönlich haftenden SE ist so mittelbar das „Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan“ der SE & Co. KGaA.<sup>22</sup> Zu einem Kontrollwechsel müsste in der SE & Co. KGaA die persönlich haftende SE erworben werden. Dies bietet Unternehmensleitungen eine Gewährleistung der Machtposition.<sup>23</sup>

#### IV. Arbeitnehmermitbestimmung

Ein weiterer entscheidender Vorteil der SE & Co. KGaA ist die Strukturierung der Arbeitnehmermitbestimmung.<sup>24</sup> Bei der herkömmlichen AG ist der Aufsichtsrat mit weitreichenden Befugnissen ausgestattet. So bestellt er unter anderem den Vorstand sowie dessen Vorsitzenden, vgl. § 84 AktG, kann ihm eine Geschäftsordnung geben, § 77 Abs. 2 S. 1 Var. 2

---

19 *Haider-Giangreco/Polte*, BB 2014, S. 2947, 2952. So auch geschehen bei der Umwandlung der Fresenius SE in die Fresenius SE & Co. KGaA.

20 Zur KGaA siehe *Habel/Strieder*, MittBayNot 1998, S. 65, 71.

21 Vgl. den BGH, der den Komplementär der KGaA als „geborenes Leitungsorgan“ bezeichnet, BGHZ 134, S. 392, 393; vgl. auch *Flämig*, FS Peltzer, S. 99, 101; zur Ausgestaltung der Unternehmensführung in der SE & Co. KGaA siehe unter 1. Kap. D. III. 2. b).

22 *Otte*, AG & Co. KGaA, S. 89.

23 *Hasselbach/Ebbinghaus*, DB 2015, S. 1269, 1274f.

24 Nach *Beyer* gaben mehr als zwei Drittel der befragten Unternehmen an, dass eines der wichtigsten Argumente für die Wahl der KGaA als Rechtsform die Reduzierung des Einflusses des Aufsichtsrats gewesen sei, in: *Albach/Corte/Richter*, Die Private AG, S. 431, 464.

AktG oder auch bestimmte Geschäfte von seiner Zustimmung abhängig machen, § 111 Abs. 4 S. 2 AktG. Überdies stehen ihm umfassende Rechte in Bezug auf die Hauptversammlung zu.<sup>25</sup> Ferner kann er gem. § 111 Abs. 2 S. 3 AktG den Jahres- und Konzernabschluss in Auftrag geben, diesen nach § 171 AktG prüfen und gem. § 172 AktG durch seine Billigung feststellen.<sup>26</sup> Die „für den Vorstand maßgeblichen Entscheidungen“ werden so im Aufsichtsrat der AG gefällt.<sup>27</sup> Diese unterfällt jedoch bei Überschreiten der maßgeblichen Arbeitnehmerzahlen<sup>28</sup> den Anwendungsbereichen nationaler Mitbestimmungsregime. Dem unternehmerischen Einfluss des Vorstandes einer AG steht somit stets ein, mit weitreichenden Befugnissen ausgestatteter, mit Arbeitnehmern besetzter Aufsichtsrat gegenüber. Dies kann dazu führen, dass die AG in ihrer Entscheidungsfindung unflexibel wird.

Die Einflussnahme durch ein mitbestimmtes Aufsichtsorgan kann in der SE & Co. KGaA vermieden werden. Auf die SE als europäische Gesellschaftsform finden die Vorschriften der nationalen Mitbestimmungsgesetze keine Anwendung.<sup>29</sup> Der gegebenenfalls arbeitnehmerbesetzte Aufsichtsrat der KGaA hingegen ist zwar dazu befugt, die Geschäftsführung der Komplementärin zu überwachen.<sup>30</sup> Wie noch im Einzelnen dargestellt wird, erschöpfen sich seine Kompetenzen jedoch dem Grunde nach in sei-

- 
- 25 Einberufungs-, Teilnahme-, Beschlussvorlage- oder Anfechtungsrechte, vgl. §§ 111 Abs. 3, 118 Abs. 2 S. 1, 124 Abs. 3 S. 1, 245 Nr. 5 AktG.
- 26 Umfassend zu den Einwirkungsmöglichkeiten des Aufsichtsrats siehe *Lutter/Krieger/Verse*, Rn. 109ff.
- 27 *Schürmann/Körfggen*, Familienunternehmen, S. 91f.; zur Besetzung von Aufsichtsratspositionen in Familienunternehmen: *May*, Sicherung des Familieneinflusses, S. 124.
- 28 Paritätische Besetzung ab einer Arbeitnehmerzahl von mehr 2000, vgl. § 1 Abs. 1 MitbestG; Drittelbeteiligt ab einer Arbeitnehmerzahl von mehr als 500, vgl. § 1 Abs. 1 DrittelbG.
- 29 *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Drinhausen, § 18 SEBG, Rn. 15; *Henssler*, in: Ulmer/Habersack/Henssler, MitbestR, § 2 SEBG, Rn. 4.
- 30 Zur Ausgestaltung in der AG & Co. KGaA siehe ausführlich *Marsch-Barner*, FS Hoffmann-Becking, S. 777ff.

ner Funktion als „Forum kooperativer Kritik“<sup>31</sup> und der bloßen Meinungsäußerung gegenüber der Komplementärin.<sup>32</sup>

Somit stellt die Wahl der SE & Co. KGaA gerade für solche Unternehmen eine reizvolle Gesellschaftsform dar, denen an der Reduzierung der Unternehmensmitbestimmung gelegen ist.<sup>33</sup>

### B. Abgrenzung der Thematik und Gang der Untersuchung

Die nachfolgende Arbeit untersucht die Unternehmensmitbestimmung in der SE & Co. KGaA. Von dem Begriff der Unternehmensmitbestimmung ist die Mitwirkung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten großer Kapitalgesellschaften erfasst.<sup>34</sup> Die betriebliche Mitbestimmung, welche im Rahmen der Betriebsrats- und Jugendvertretungsarbeit personelle, soziale sowie die Organisation des Betriebes betreffende Fragen regelt, ist nicht Gegenstand der Untersuchung.<sup>35</sup> Der besseren Lesbarkeit halber wird im Text dieser Arbeit der Begriff *Mitbestimmung* verwendet.

Um die Mechanismen der im 2. Kapitel untersuchten Mitbestimmung in der SE & Co. KGaA nachvollziehen zu können, ist es erforderlich, die SE & Co. KGaA in ihrer Grundstruktur zu verstehen. Der Aufbau nimmt daher das einleitend bereits kurz skizzierte Grundgerüst der SE & Co. KGaA im 1. Kapitel zum Ausgangspunkt der Untersuchung.

Hierbei wird zunächst auf die einzelnen „Bausteine“ der SE & Co. KGaA, ihre historische Entwicklung sowie ihre rechtlichen Rahmenbe-

---

31 *Mertens*, FS Barz, S. 253, 267.

32 MünchKomm/Perlitt, AktG, § 278, Rn. 58; *Hennerkes/May*, DB 1988, S. 537, 540; siehe zum Aufsichtsrat in der KGaA unter 1. Kap. A. II. 2. b) bb) und zur Ausgestaltung des Aufsichtsrates in der SE & Co. KGaA in der Praxis unter 1. Kap. D. III. 2. c).

33 *Schaumburg/Schulte*, KGaA, S. 14; nach *Beyer* gaben mehr als zwei Drittel der befragten Unternehmen an, dass eines der wichtigsten Argumente für die Wahl der KGaA als Rechtsform die Reduzierung des Einflusses des Aufsichtsrats gewesen sei, in: *Albach/Corte/Richter*, Die Private AG, S. 431, 464.

34 *Henssler*, ZHR Beiheft 72, 2004, S. 133.

35 Siehe zur Abgrenzung von Unternehmensmitbestimmung und betrieblicher Mitbestimmung *Löwisch/Kaiser*, BetrVG, Einl., Rn. 1ff., 7; *Henssler*, ZHR Beiheft 72, 2004, S. 133.

dingungen eingegangen (1. Kap. A. und B.). Daran anschließend wird die SE & Co. KGaA als „Gesamtgesellschaft“, ihre Zulässigkeit und Rechtsnatur sowie die unterschiedlichen Möglichkeiten zur Errichtung dieser Gesellschaftsform dargestellt (1. Kap. C.). Das erste Kapitel schließt mit einer erläuternden Darstellung der Umsetzung der SE & Co. KGaA in der Praxis anhand der Satzungen der, zum Zeitpunkt des Abschlusses dieser Arbeit, bestehenden SE & Co. KGaA (1. Kap. D.).

Das 2. Kapitel beginnt mit einer kurzen Zusammenfassung der historischen Entwicklung der Unternehmensmitbestimmung in Deutschland (2. Kap. A.). Hieran schließt sich ein Überblick über die, in der KGaA und der SE, geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen der Unternehmensmitbestimmung an (2. Kap. B. und C.). Im letzten Teil des 2. Kapitels werden die voran für KGaA und SE eruierten mitbestimmungsrechtlichen Grundsätze anhand der Untersuchung der Unternehmensmitbestimmung in der SE & Co. KGaA zusammengeführt (2. Kap. D.). Ausgangspunkt ist hierbei die Unternehmensmitbestimmung bei Errichtung einer SE & Co. KGaA. Hieran anschließend folgt die Abgrenzung der rechtlichen Kompetenzen der Aufsichtsorgane von SE und KGaA in der SE & Co. KGaA. Die Arbeit schließt mit einer zusammenfassenden Gesamtbetrachtung (3. Kap.).

# 1. Teil – Die SE & Co. KGaA

## A. Die KGaA als Gesellschaftsform

### I. Historische Entwicklung der KGaA

Als erste nachweisbare KGaA im heutigen Sinne gilt die 1716 in Frankreich gegründete *Banque générale*, die später in eine AG unter der Firma *Banque royale* umgewandelt wurde.<sup>36</sup> Die *Banque générale* wies als erste Gesellschaft die Gesellschafterzusammensetzung einer KGaA aus persönlich haftendem Gesellschafter einerseits und auf ihre Einlage beschränkt haftende Gesellschafter andererseits auf.<sup>37</sup> Im Übrigen hatte die *Banque générale* wenig mit der heutigen KGaA gemein. Unterschiede ergaben sich unter anderem in der Haftung der Komplementäre, deren Einstandspflicht nachrangig erst nach Erschöpfung des Gesellschaftsvermögens auflebte.<sup>38</sup> Eine Kodifizierung der KGaA existierte zu dieser Zeit jedoch noch nicht.<sup>39</sup> Eine erste gesetzliche Verankerung der KGaA erfolgte im Jahr 1807 im französischen *Code de Commerce*.<sup>40</sup> Die KGaA war in Art. 38 des Gesetzes als Unterform der KG erfasst<sup>41</sup> und bot im Vergleich zur AG den Vorteil, dass sie keiner Genehmigungspflicht unterlag.<sup>42</sup> Die persönliche Haftung der Komplementäre sollte als Gewährleistung der ordnungs-

---

36 *Elschenbroich*, KGaA, S. 21; vgl. auch *Renaud*, Actiengesellschaften, S. 27; ausführlich auch *Niederlag*, Juristische Person als persönlich haftender Gesellschafter einer KGaA, S. 15ff.; *Marcuse*, Auflösung und Nichtigkeit der KGaA, S. 10.

37 *Ott*, KGaA, S. 6.

38 *Marcuse*, Auflösung und Nichtigkeit der KGaA, S. 10.

39 Vgl. etwa *Joens*, Die persönlich haftenden Gesellschafter der Kommanditgesellschaft auf Aktien, S. 12; *Ott*, KGaA, S. 7f. jeweils m.w.N.; *Sußmann*, Kommanditgesellschaft auf Aktien, S. 13f.

40 *Marcuse*, Auflösung und Nichtigkeit der KGaA, S. 10.

41 GK-AktG/*Assmann/Sethe*, Vor § 278, Rn. 11ff.

42 *Ott*, KGaA, S. 8; *Sußmann*, Kommanditgesellschaft auf Aktien, S. 13f.