

Schriften des Augsburg Center for
Global Economic Law and Regulation

Arbeiten zum Internationalen Wirtschaftsrecht
und zur Wirtschaftsregulierung



Simon Ziegelmayr

Mitbestimmung bei der SE & Co. KG



Nomos

**Augsburg Center
for Global
Economic Law and Regulation**



Augsburger Zentrum
für Internationales Wirtschaftsrecht
und Wirtschaftsregulierung

Centre pour
le droit international et la régulation
économiques, Augsburg

Schriften des Augsburg Center for
Global Economic Law and Regulation

Arbeiten zum Internationalen Wirtschaftsrecht
und zur Wirtschaftsregulierung

herausgegeben von

Prof. Dr. Thomas M. J. Möllers, Universität Augsburg

Prof. Dr. Matthias Rossi, Universität Augsburg

Band 86

Simon Ziegelmayr

Mitbestimmung bei der SE & Co. KG



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

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

Zugl.: Augsburg, Univ., Diss., 2021

ISBN 978-3-8487-8389-2 (Print)

ISBN 978-3-7489-2779-2 (ePDF)

1. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

*Ich widme diese Arbeit meinen Eltern,
die mich während meiner gesamten juristischen Laufbahn stets
bestmöglich unterstützt haben.*

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2021 von der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg als Dissertation angenommen. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur konnten bis Januar 2021 berücksichtigt werden.

Mein Dank gilt meinem Doktorvater und Erstkorrektor, Prof. Dr. Michael Kort, für die durchweg zuvorkommende Betreuung und seine wertvollen Ratschläge. Gleiches gilt für Prof. Dr. Martina Benecke für die Zweitkorrektur und die zügige Durchsicht meiner Doktorarbeit.

Dankbar bin ich insbesondere auch meinem ehemaligen Kollegen Dr. Reimund von der Höh für die Inspiration bei der Themenfindung und für seine stete Ermutigung, im Europarecht zu promovieren. Abschließend danke ich Herrn Prof. Dr. Thomas Möllers und dem Team des ACELR, meine Arbeit in die Schriftenreihe des Augsburg Center for Global Economic Law and Regulation aufzunehmen.

Augsburg im September 2021

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	19
A. Einleitung	21
I. Verbreitung der SE	22
II. Verbreitung der SE & Co. KG	23
III. Bedeutung der SE & Co. KG	24
IV. Formen der Mitbestimmung bei der SE & Co. KG	25
1. Mitbestimmung im Aufsichts- bzw. Verwaltungsrat	25
2. Mitbestimmung des SE-Betriebsrats	26
V. Ziel der Untersuchung	27
B. Wesen der SE & Co. KG	29
I. Beschreibung der SE & Co. KG	29
1. Gesellschaftliche Strukturierung der SE & Co. KG	30
2. Societas Europaea als europäische Aktiengesellschaft	31
3. Die Einheits-SE & Co. KG	33
II. Vorteile der SE & Co. KG	35
1. Fremddorganschaft	35
2. Haftungsbeschränkung	37
3. Kapitalmarktfähigkeit der SE	38
4. Möglichkeit zur Verkleinerung des Aufsichts- bzw. Verwaltungsrats	39
5. Möglichkeit der Vermeidung von Gewerkschaftseinfluss	42
6. Hoher Gestaltungsspielraum im Gesellschaftsvertrag	43
7. Weitere gesellschaftsrechtliche Vorteile	44
8. Prestige-Aspekt	45
9. Möglichkeit zur Aushandlung der Mitbestimmung	45
III. Nachteile der SE & Co. KG	48
1. Hohes Mindestkapital	48
2. Erhöhter Verwaltungsaufwand	49

Inhaltsverzeichnis

C. Möglichkeiten der Gründung einer SE & Co. KG	50
I. Neugründung mittels Erwerb einer Vorrats-SE	51
II. Gründung durch Umwandlung einer GmbH & Co. KG	52
III. Gründung durch Verschmelzung	53
IV. Gründung durch Ersetzung der Komplementärin	54
V. Gründung durch Hinzunahme einer SE	55
VI. Weitere Gründungsformen	56
1. Gründung einer Holding-SE	57
2. Gründung einer Tochter-SE	59
VII. Zwischenergebnis	60
D. Mitbestimmung bei Neugründung einer SE & Co. KG	62
I. Vorrats-SE als Komplementärin einer KG	62
1. Gründe für die Nutzung einer Vorrats-SE	63
2. Gründung einer KG mit Vorrats-SE als Komplementärin	66
II. Zulässigkeit des Erwerbs einer Vorrats-SE	67
1. Gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit der Vorrats-SE	67
2. Mitbestimmungsrechtliche Zulässigkeit der Gründung einer Vorrats-SE	68
a) Unbedingte Pflicht zur Durchführung des Beteiligungsverfahrens nach Art. 12 Abs. 2 SE-VO	68
b) Unmöglichkeit der Durchführung eines Arbeitnehmerbeteiligungsverfahrens nach Art. 12 Abs. 2 SE-VO mangels vorhandener Arbeitnehmer	69
c) Teleologische Reduktion des Art. 12 Abs. 2 SE-VO	70
aa) Schutzzweck des Art. 12 Abs. 2 SE-VO	71
bb) Der Regelungsgehalt von Art. 12 Abs. 2 SE-VO geht über den Schutzzweck hinaus	72
cc) Zwischenergebnis	72
III. Erwerb einer Vorrats-SE in der Praxis	74
IV. Wahl zwischen monistischer und dualistischer Verwaltung der SE	75
1. Dualistisches System	76
2. Monistisches System	77
a) Aufbau des monistischen Systems	78

b) Möglichkeit zur Einsetzung externer geschäftsführender Direktoren	81
c) Möglichkeit zur Etablierung eines CEO-Modells	83
3. Vergleich des dualistischen und des monistischen Verwaltungssystems der SE	86
a) Gesellschaftsrechtlicher Vergleich der beiden Verwaltungssysteme	86
b) Mitbestimmungsrechtlicher Vergleich der beiden Verwaltungssysteme	87
V. Fehlen einer originären Mitbestimmung auf Verwaltungsebene nach dem SEBG	89
VI. Pflicht zur Nachholung des Beteiligungsverfahrens nach § 18 Abs. 3 SEBG	90
1. Begriff der strukturellen Änderung	93
a) Allgemein restriktive Auslegung des Tatbestandsmerkmals „strukturelle Änderung“ in § 18 Abs. 3 SEBG	93
b) Beschränkung des Tatbestandsmerkmals „strukturelle Änderung“ auf korporative Akte mit Änderung der gesellschaftsrechtlichen Struktur	94
c) Beschränkung des Tatbestands der „strukturellen Änderung“ in § 18 Abs. 3 SEBG auf gründungsähnliche Vorgänge	96
2. Tatbestandsmerkmal „der SE“	98
3. Eignung zur Minderung der Arbeitnehmerbeteiligungsrechte nach § 18 Abs. 3 SE-VO	99
a) Beteiligungsrechte nach § 2 Abs. 9 SEBG	99
b) Ausreichen der abstrakten Eignung zur Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „Eignung zur Minderung von Beteiligungsrechten der Arbeitnehmer“ in § 18 Abs. 3 SEBG	100
c) Vom Schutzbereich des § 18 Abs. 3 SEBG erfasste Arbeitnehmer	102
4. Unbeachtlichkeit subjektiver Beweggründe	105
5. Bestimmtheit und verfassungsrechtlich gebotene restriktive Auslegung des § 18 Abs. 3 SEBG	106
6. Zwischenergebnis	107

Inhaltsverzeichnis

VII. Einzelfälle nach § 18 Abs. 3 SEBG	107
1. Einbringung der SE als Komplementärin der SE	108
a) Wirtschaftliche Aktivierung als strukturelle Änderung	108
b) Kompensation für die teleologische Reduktion des Art. 12 Abs. 2 SE-VO	110
c) Eignung zur Minderung der Beteiligungsrechte	111
d) Zwischenergebnis	112
2. Änderungen des Unternehmensgegenstands	113
a) Änderung des Unternehmensgegenstands als strukturelle Änderung	113
b) Eignung der Änderung des Unternehmensgegenstands zur Minderung bestehender Beteiligungsrechte nach § 18 Abs. 3 SEBG	114
3. Wachstum der Arbeitnehmerzahl durch Neueinstellungen	115
4. Wechsel des Verwaltungssystems	117
a) Wechsel vom dualistischen ins monistische Verwaltungssystem	117
b) Wechsel vom monistischen ins dualistische Leitungssystem	118
5. Sitzverlegung	119
6. Erwerb und Veräußerung von Unternehmensbeteiligungen	121
7. Verschmelzung einer mitbestimmten Gesellschaft auf die SE	124
VIII. Folgen der Pflicht zur Durchführung eines Beteiligungsverfahrens	125
1. Sicherung der Mitbestimmung im Aufsichts- bzw. Verwaltungsrat durch das Vorher-Nachher-Prinzip	125
2. Pflicht zur Bildung eines SE- Betriebsrats	127
3. Fazit	129
E. Mitbestimmung bei Umwandlung einer GmbH & Co. KG in eine SE & Co. KG	131
I. Gesellschaftsrechtliche Aspekte der Umwandlung einer GmbH & Co. KG in eine SE & Co. KG	131
II. Vor- und Nachteile des Kettenformwechsels	133

III. Erfordernis der Mehrstaatlichkeit in Art. 2 Abs. 4 SE-VO	134
1. Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Haben“ in Art. 2 Abs. 4 SE-VO	135
2. Ausreichen des „Habens“ als (einstige) GmbH	135
3. Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Haben“ bei der GmbH & Co. KG	137
IV. Beweggründe für die Umwandlung	139
1. Gesellschaftsrechtliche Beweggründe	139
2. Mitbestimmungsrechtliche Beweggründe	139
V. Kritik am Numerus-Clausus-Prinzip	140
1. Beweggründe für die Etablierung des Numerus-Clausus-Prinzips	140
a) Konkurrenzthese	140
b) Exklusivitätsthese	140
c) Zwischenergebnis	142
2. Einfache Vermeidung durch Nutzung einer Vorrats-SE	142
3. Nachteile für Unternehmen durch das Numerus-Clausus-Prinzip	143
4. Vorschlag de lege ferenda	145
VI. Übertragung der Mitbestimmung bei Umwandlung einer GmbH & Co. KG in eine SE & Co. KG	146
1. Umwandlung einer nicht mitbestimmten GmbH & Co. KG mit i.d.R. unter 2.000 Arbeitnehmer	146
a) Mitbestimmung in der GmbH & Co. KG mit in der Regel unter 2.000 Arbeitnehmern	147
aa) Mitbestimmung nach dem DrittelbG	148
bb) Mitbestimmung nach dem MitbestG	148
cc) Zwischenfazit	150
b) Übertragung der Mitbestimmung von der GmbH & Co. KG auf die SE & Co. KG nach dem Vorher-Nachher-Prinzip	150
c) Pflicht zur Durchführung eines Arbeitnehmerbeteiligungsverfahrens nach Art. 12 Abs. 2 SE-VO	151
d) Pflicht zur Nachholung des Beteiligungsverfahrens nach § 18 Abs. 3 SEBG	152

Inhaltsverzeichnis

e)	Missbräuchlichkeit der Umwandlung der Komplementär-GmbH in eine SE nach § 43 SEBG	153
aa)	Schutzbereich des Missbrauchsverbot nach § 43 SEBG	153
bb)	Definition der Tatbestandsmerkmale „Entziehen“ und „Vorenthalten“ in § 43 SEBG	154
cc)	Zwischenfazit	156
f)	Problem des bewussten Zurückhaltens der Einstellung eigentlich erforderlicher Arbeitnehmer	156
g)	Zwischenfazit	157
2.	Bereits mitbestimmte GmbH & Co. KG	158
a)	Status der Mitbestimmung bei der GmbH & Co. KG	158
b)	Pflicht zur Durchführung des Beteiligungsverfahrens nach Art. 12 Abs. 2 SE-VO	159
c)	Verhandlungsparteien für die SE & Co. KG	161
d)	Gesetzliche Auffangregelung	164
e)	Übertragung der Mitbestimmung aus der GmbH & Co. KG auf die SE	164
f)	Verfassungsmäßigkeit der Übertragung der Mitbestimmung aus dem mitbestimmten Aufsichtsrat auf den Verwaltungsrat	165
aa)	Mitbestimmung bei Übertragung auf die dualistisch verfasste SE	165
bb)	Übertragung von Mitbestimmung auf die monistisch verfasste SE	166
(1)	Übertragung als Erweiterung der Mitbestimmung	166
(2)	Problem der Zwangsstimm Bündelung und der Möglichkeit zum Beschluss durch Minderheitsgesellschafter zusammen mit den Arbeitnehmervertretern	167
(3)	Verfassungsmäßigkeit der Übertragung von Mitbestimmung auf den Verwaltungsrat einer monistischen SE	169
(4)	Verfassungskonforme Auslegung der §§ 34 Abs. 1, 35 Abs. 1 SEBG	171
g)	Zwischenergebnis	173

3. Nicht mitbestimmte SE & Co. KG mit i.d.R. über 2.000 Arbeitnehmern	174
a) Keine Mitbestimmung auf Verwaltungsebene	175
aa) Übertragung nach dem „Ist-Zustand“	176
(1) Übertragung „bestehender“ Mitbestimmung nach §§ 34 Abs. 1 Nr. 1, 35 Abs. 1 SEBG	176
(2) Richtlinienkonforme Auslegung der §§ 34 Abs. 1 Nr. 1, 35 Abs. 1 SEBG	177
(3) Hohe Rechtssicherheit durch Übertragung nach dem „Ist-Zustand“	178
bb) Übertragung der Mitbestimmung nach dem „Soll-Zustand“	179
cc) Obliegenheit zur Geltendmachung im Statusverfahren	181
b) Fazit	184
F. Mitbestimmung bei Verschmelzung der Komplementärin einer GmbH & Co. KG mit einer ausländischen Aktiengesellschaft	187
I. Gesellschaftsrechtliches Vorgehen	188
II. Abgrenzung der Verschmelzung der Komplementärin mit einer ausländischen Aktiengesellschaft zu einer SE von der Verschmelzung der Komplementär-GmbH auf eine SE	189
III. Gesellschaftsrechtliche Vor- und Nachteile der Neugründung einer SE & Co. KG durch Verschmelzung gegenüber der Gründung durch Umwandlung sowie der Gründung durch Ersetzung der Komplementärin einer GmbH & Co. KG	190
IV. Übertragung der Mitbestimmung bei Verschmelzung einer nicht mitbestimmten Komplementär-GmbH mit i.d.R. unter 2.000 Arbeitnehmern mit einer arbeitnehmerlosen Vorrats-AG zu einer SE	192
V. Übertragung der Mitbestimmung bei Verschmelzung einer bereits mitbestimmten Komplementär-GmbH auf eine ausländische Vorrats-AG	193
1. Problem der Zurechnung der Arbeitnehmer der KG zur Komplementär-GmbH	193
a) 25-Prozent-Hürde für die Übertragung bestehender Mitbestimmung	194

Inhaltsverzeichnis

b) Auslegung des § 34 Abs. 1 Nr. 2 a) nach dem Schutzzweck des SEBG	195
c) Zwischenfazit	197
2. Verhandlungsspielraum der Parteien des besonderen Verhandlungsgremiums	197
3. Zwischenfazit	197
VI. Möglichkeit zur Übertragung der Mitbestimmung bei Verschmelzung einer nicht mitbestimmten GmbH & Co. KG mit i.d.R. über 2.000 beschäftigten Arbeitnehmern	198
G. Mitbestimmung bei Gründung einer SE & Co. KG durch Verschmelzung der Komplementär-GmbH einer GmbH & Co. KG auf eine SE	199
I. Pflicht zur Nachholung des Arbeitnehmerbeteiligungsverfahrens nach § 18 Abs. 3 SEBG	199
1. Zu schützende Beteiligungsrechte	200
2. Sicherung der im Statusverfahren geltend gemachten Beteiligungsrechte	201
II. Fazit	202
H. Mitbestimmung bei Gründung einer SE & Co. KG durch Ersetzung der Komplementärin einer GmbH & Co. KG	203
I. Gesellschaftsrechtliches Vorgehen	204
II. Gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit der Ersetzung der Komplementärin einer GmbH & Co. KG durch eine SE	205
III. Gesellschaftsrechtliche Vor- und Nachteile der Ersetzung der Komplementär-GmbH einer GmbH & Co. KG durch eine (Vorrats-) SE gegenüber anderen Gründungsformen einer SE & Co. KG	206
IV. Mitbestimmungsrechtliche Zulässigkeit der Ersetzung der Komplementärin einer GmbH & Co. KG durch eine SE	207
1. Mitbestimmungsrechtliche Zulässigkeit bei einer GmbH & Co. KG mit i.d.R. unter 2.000 Arbeitnehmern	207
a) Möglichkeit zur Übertragung der Mitbestimmung nach §§ 34 Abs. 1, 35 Abs. 1 SEBG	208
b) Pflicht zur Nachholung des Beteiligungsverfahrens nach § 18 Abs. 3 SEBG	209

c) Missbräuchlichkeit nach § 43 SEBG	209
d) Zwischenfazit	210
2. Mitbestimmungsrechtliche Zulässigkeit bei einer mitbestimmten GmbH & Co. KG	211
a) Scheitern der Übertragung am Wortlaut des § 34 Abs. 1 SEBG	211
b) Problem der Aushebelung bereits bestehender Mitbestimmung	212
c) Wegfall der Mitbestimmung nach dem MitbestG	213
d) Keine Mitbestimmung nach dem SEBG	214
e) Unvereinbarkeit des Wegfalls bestehender Mitbestimmung bei Ersetzung der Komplementär-GmbH einer GmbH & Co. KG durch eine SE mit dem Schutzzweck des SEBG	214
f) Missbräuchlichkeit nach § 43 SEBG	215
g) Analoge Anwendung der §§ 34 Abs. 1 Nr. 1, 35 SEBG	217
aa) Planwidrige Regelungslücke	218
bb) Vergleichbare Interessenlage	219
cc) Gleichlauf von Umwandlung und Ersetzung	220
h) Pflicht zur Nachholung des Arbeitnehmerbeteiligungsverfahrens nach § 18 Abs. 3 SEBG	220
3. Nicht mitbestimmte GmbH & Co. KG mit i.d.R. über 2.000 Arbeitnehmern	222
a) Rechtslage bei Einleitung des Statusverfahrens vor der Ersetzung	222
b) Rechtslage bei nicht erfolgter Einleitung des Statusverfahrens	223
c) Pflicht zur Nachholung des Beteiligungsverfahrens	224
d) Missbräuchlichkeit nach § 43 SEBG	225
aa) Missbräuchlichkeit aufgrund der allgemeinen Wertung des § 43 SEBG	225
bb) Missbräuchlichkeit aufgrund des Überrumpfungseffekts	227
e) Zwischenfazit	230
I. Mitbestimmung bei sukzessiver Ersetzung der Komplementär-GmbH einer GmbH & Co. KG durch eine Vorrats-SE	231
I. Gesellschaftsrechtliches Vorgehen	231
II. Gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit	232

Inhaltsverzeichnis

III. Mitbestimmungsrechtliche Zulässigkeit	232
1. GmbH & GmbH & Co. KG mit i.d.R. unter 2.000 Arbeitnehmern	232
a) Übertragung der Mitbestimmung	232
b) Missbräuchlichkeit nach § 43 SEBG	233
c) Zwischenfazit	234
2. Bereits mitbestimmte GmbH & Co. KG	235
a) Bereits bestehende Mitbestimmungsrechte bei der GmbH & Co. KG	235
b) Isolierte Betrachtung der Hinzunahme der SE als Komplementärin in die GmbH & Co. KG	236
aa) Kein Entfall der Mitbestimmung durch Aufnahme der SE als Komplementärin der KG	236
bb) Keine Missbräuchlichkeit nach § 43 SEBG	237
cc) Keine analoge Anwendung der §§ 34 Abs. 1 Nr. 1, 35 Abs. 1 SEBG	238
c) Isolierte Betrachtung des Ausscheiden der GmbH als Komplementärin der KG	239
aa) Entfall der Mitbestimmung nach dem MitbestG	239
bb) Übertragung der Mitbestimmung nach §§ 34 Abs. 1 Nr. 1, 35 Abs. 1 SEBG analog	239
cc) Keine Missbräuchlichkeit nach § 43 SEBG	240
dd) Zwischenfazit	241
d) Sukzessive Ersetzung als Gesamtbetrachtung	242
aa) Möglichkeit zur Übertragung nach §§ 34 Abs. 1 Nr. 1, 35 Abs. 1 MitbestG aufgrund des engen zeitlichen Zusammenhangs	242
bb) Enger zeitlicher Zusammenhang	243
cc) Rechtsfolgen	244
e) Beteiligungsverfahren nach § 18 Abs. 3 SEBG	245
3. Nicht mitbestimmte GmbH & Co. KG mit i.d.R. über 2.000 Arbeitnehmern	247
a) Rechtslage bei bereits eingeleitetem Statusverfahren	247
b) Rechtslage bei nicht eingeleitetem Statusverfahren	248
J. Zusammenfassung und Fazit	249
Literaturverzeichnis	253
Verzeichnis der Internetquellen	263

Abkürzungsverzeichnis

„A.A.“	andere Ansicht
„AEUV“	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
„AG“	Aktiengesellschaft
„BetrVG“	Betriebsverfassungsgesetz
„BGH“	Bundesgerichtshof
„DAX“	Deutscher Aktienindex
„EBRG“	Gesetz über Europäische Betriebsräte
„EuGH“	Gerichtshof der Europäischen Union
„Europa“	Europäische Union
„Europäischer Staat“	Mitgliedsstaat der Europäischen Union
„Ggf.“	gegebenenfalls
„GmbH & Co. KG“	Gesellschaft mit beschränkter Haftung und Compagnie Kommanditgesellschaft
„GmbH“	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
„KG“	Kommanditgesellschaft
„LG“	Landgericht
„MitbestG“	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer
„OLG“	Oberlandesgericht
„SE & Co. KG“	Societas Europaea und Compagnie Kommanditgesellschaft
„SE & GmbH & Co. KG“	Societas Europaea und Gesellschaft mit beschränkter Haftung und Compagnie Kommanditgesellschaft
„SE-RL“	Richtlinie 2001/86/EG des Rats vom 08. Oktober 2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer
„SE-VO“	Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 08. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE)
„SE“	Societas Europaea (Europäische Aktiengesellschaft)
„SEBG“	Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft
„UmwG“	Umwandlungsgesetz

