

# Inhaltsverzeichnis

Einleitung	21
A. Einführung – Motive für die Rechtsformwahl	21
I. Internationalität	23
II. Steuerliche Vorteile	23
III. Einflussssicherung 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) Zustimmungsrrechte	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 Unternehmens- mitbestimmung 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 Tochtergesellschaft“ 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 Arbeitnehmerbeteiligungsverfahrens	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

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