

MARK K. BINZ

51 / Die SE & Co. KG als Rechtsform für Familienunternehmen?

PROLOG

Lieber Peter,

als Du vor genau 33 Jahren in unserer damaligen Anwaltskanzlei Hennerkes & Binz in Stuttgart als Rechtsreferendar begannst, hatten wir aufgrund vieler Gemeinsamkeiten sehr schnell persönliche Freundschaft geschlossen, die bis heute andauert. Damals warst Du mein hochbegabter Schüler, mit dem ich 1986 den auch heute noch viel zitierten Gemeinschaftsbeitrag über die »Steuerungsfunktion des Beirates im Familienunternehmen« verfasst hatte. Schon damals war Dein großes juristisches Talent spürbar, aber auch Deine – von mir geteilte – Begeisterung für die damals kaum aufgearbeiteten betriebswirtschaftlichen Probleme eines Familienunternehmens, denen Du später als Pionier in einer Vielzahl von Abhandlungen und Vorträgen immer wieder neue Aspekte abzugewinnen vermochtest. Davon profitiert inzwischen eine ganze Studentengeneration von Lausanne bis Vallendar. Schon während Deiner Stuttgarter Epoche fiel mir Deine vor allem für einen Referendar ungewöhnliche Fähigkeit auf, komplexe Fragestellungen abzuschichten, Diskussionen zu strukturieren, in kontroversen Streitfragen die oft unterschiedlichen Interessenlagen mit chirurgischer Präzision zu analysieren und abstrakte akademische Probleme anschaulich zu beschreiben – mit der Dir eigenen Diktion. Es war nie langweilig, Dir zuzuhören, erst recht nicht 20 Jahre später, als Du bei den von Dir ins Leben gerufenen Unternehmer-Erfolgsforen auf Schloss Bensberg die Moderation übernommen hattest – mit diesem Unterhaltungstalent hättest Du sicher auch bei Fernseh-Talkshows im Ersten Programm Karriere gemacht! Heute bist Du in Deutschland unter der Marke PETER MAY unbestritten die erste Adresse, wenn es um Familienstrategie oder Gesellschaftermediation geht. Es macht

mich daher noch im Nachhinein stolz, dass Du in Deinem Beitrag in der anlässlich meines 65. Geburtstages erschienenen Festschrift erklärt hattest, ich hätte Dein Wissen um und Dein Verständnis von Familienunternehmen nachhaltig mitgeprägt – ich füge hinzu: und vice versa! Heute, zu Deinem 60. Geburtstag, gratuliere ich Dir, mein lieber Freund, ganz herzlich und rufe Dir in alter akademischer Tradition zu: ad multos annos!

Die Erfolgsgeschichte der GmbH & Co. KG als *der* Rechtsform für Familienunternehmen¹ basiert vor allem auf der in ihr verwirklichten Verknüpfung personengesellschaftsrechtlicher mit körperschaftsrechtlichen Strukturelementen.² Hierbei stehen die Vermeidung der persönlichen Haftung sowie die Möglichkeit, abweichend vom Grundsatz der Selbstorganschaft eine Fremdgeschäftsführung einzusetzen, im Mittelpunkt. Diese Vorteile bieten aber auch Kommanditgesellschaften mit Komplementären anderer Rechtsform wie zum Beispiel die Unternehmersgesellschaft (UG)³, die Stiftung⁴, die AG⁵, deren europäisches Äquivalent, die Societas Europaea (SE)⁶, oder Komplementäre ausländischer Rechtsform⁷. Sofern mit einem anstehenden Generationenwechsel oder der aufgrund einer streitigen Auseinandersetzung im Gesellschafterkreis erforderlich werdenden gesellschaftsrechtlichen Neuordnung der Wechsel der Rechtsform verbunden ist, stellt sich daher, sofern die Wahl auf eine Kommanditgesellschaft oder eine KGaA gefallen ist, die Frage nach der optimalen Rechtsform für den Komplementär. Nachdem die Zahl der GmbH & Co. KGs, die die Komplementär-GmbH durch eine SE ersetzt haben,⁸ in den letzten Jahren stetig zugenommen hat,⁹ sollen nachfolgend die Vor- und Nachteile der SE & Co. KG(aA), speziell im Hinblick auf ihre Eignung als Rechtsform für Familienunternehmen, skizziert werden. Die mit der SE verbundenen Rechtsfragen sind hierbei nicht nur rein akademischer Natur, sondern auch für (fast) jeden Familienunternehmer von praktischem Interesse. Die Verbindung theoretischer Erkenntnisse und Fundierung mit den Erfordernissen der Praxis entspricht hierbei auch dem wissenschaftlichen und beruflichen Wirken des Jubilars. So war Peter May bereits im Rahmen seiner Dissertation zum Thema »Die Sicherung des Familieneinflusses auf die Führung der börsengehandelten Aktiengesellschaft« bestrebt, »dogmatisches Interesse mit den Erfordernissen der Praxis zu verbinden«,¹⁰ und er

setzt dieses Bemühen in seinem beruflichen Wirken nicht zuletzt mit der von ihm entwickelten May-Methode fort.

Mit der Entscheidung für die SE als europäischer Rechtsform kann der internationale Charakter des Unternehmens bereits in der Firmierung hervorgehoben werden.¹¹ Durch den Erwerb einer Vorratsgesellschaft kann dieser Prestigege Gewinn auch dann erreicht werden, wenn der für die Gründung vorausgesetzte grenzüberschreitende Sachverhalt, so zum Beispiel die Verschmelzung von Gesellschaften, die ihren Sitz jeweils in unterschiedlichen Mitgliedstaaten der Europäischen Union haben, (bislang) nicht gegeben ist.

Des Weiteren besteht ausschließlich bei der SE die Möglichkeit, die Unternehmensführung nicht nur gemäß dem dualistischen Modell (»two tier«), bestehend aus Vorstand und Aufsichtsrat, auszugestalten, sondern auch in Form eines monistisch (»one tier«) strukturierten, also einstufigen Boards zu organisieren. Das Board-System zeichnet sich dadurch aus, dass Leitungs- und Kontrollfunktion innerhalb desselben Kollegialorgans, dem Verwaltungsrat (»Board«) als oberstem Geschäftsführungsorgan, wahrgenommen werden.¹² Der Verwaltungsrat leitet die Gesellschaft, bestimmt die Grundlinien ihrer Tätigkeit und überwacht deren Umsetzung.¹³ Das operative Tagesgeschäft und die Vertretung der Gesellschaft obliegen den geschäftsführenden Direktoren,¹⁴ die nicht zwingend dem Verwaltungsrat angehören müssen und durch diesen überwacht werden. Mitglieder des Verwaltungsrats können zu geschäftsführenden Direktoren bestellt werden, sofern die Mehrheit der Verwaltungsratsmitglieder nicht an der Geschäftsführung beteiligt ist.¹⁵ Ein wesentlicher Unterschied zur Unternehmensorganisation im dualistischen Modell besteht auch insoweit, als die geschäftsführenden Direktoren den Weisungen des Verwaltungsrats unterliegen.¹⁶ Demgegenüber leitet der Vorstand die AG unabhängig von Weisungen in eigener Verantwortung.¹⁷ Ist der Vorsitzende der geschäftsführenden Direktoren zugleich der Vorsitzende des Verwaltungsrats, wird diesem eine sehr starke Stellung zuteil, die mit der eines Chief Executive Officer (CEO), der das Tagesgeschäft beeinflussen kann, zugleich aber die Leitung des Unternehmens verantwortet,¹⁸ vergleichbar ist – das sogenannte CEO-Modell¹⁹. Praktiziert wird dies unter anderem von Deichmann. In einer an das dualistische Modell angeäherten Ausgestaltung wird als geschäftsführender Direktor ein nicht dem

Verwaltungsrat angehörender Dritter eingesetzt.²⁰ In dieser Weise verfährt beispielsweise Puma.

Mit dem Board-Modell wird teilweise eine höhere Effizienz der unternehmerischen Entscheidungsfindung verbunden, die daraus resultieren kann, dass geschäftsführende und nicht geschäftsführende Mitglieder des Verwaltungsrats »an einem Tisch« sitzen.²¹ Insbesondere auch für Familienunternehmer dürfte die monistische Struktur im Hinblick auf die verschiedenen Möglichkeiten, den Verwaltungsrat zu besetzen, interessant sein. So kann für das Familienoberhaupt die starke Position eines CEO geschaffen werden.²² Im Rahmen des Generationenwechsels ist es aber auch möglich, einem Familienmitglied, das sich aus der Geschäftsführung zurückziehen möchte, über die Mitgliedschaft im Board als nicht geschäftsführender Direktor eine effektivere Teilhabe an der Leitung der Gesellschaft zu ermöglichen, als dies im Aufsichtsrat, der in aller Regel nur wenige Male im Jahr tagt, der Fall wäre.²³ Nach unserer Erfahrung lassen sich die Vorteile der flexiblen Ausgestaltung des Geschäftsführungsorgans zudem auch als Instrument der Konfliktlösung fruchtbar machen. Resultiert der Streit im Gesellschafterkreis über die Besetzung einer Geschäftsführungsposition beispielsweise lediglich daraus, dass ein Familienstamm befürchtet, die Führung der Gesellschaft aus der Hand zu geben oder von wichtigen Informationen abgeschnitten zu werden, wenn kein Stammesvertreter selbst in der Geschäftsführung (der Komplementär-GmbH) vertreten ist, könnte diese Befürchtung durch die Mitgliedschaft im Verwaltungsrat einer (noch zu gründenden) SE ausgeräumt werden.

Hingegen wird das monistische Modell in mitbestimmten Gesellschaften nur selten,²⁴ nach unserem Eindruck überhaupt nicht gewählt. Denn die unmittelbare Beteiligung der Arbeitnehmervertreter in der Geschäftsleitung wird im Hinblick auf die aus der Mitgliedschaft im Verwaltungsrat resultierende Rechtsstellung auf Seiten der Anteilseigner sowie im Hinblick auf die Haftungsgefahren auf Seiten der Arbeitnehmer nicht gewünscht sein.²⁵

Auch im Zusammenhang mit der Vermeidung der Mitbestimmung im Aufsichtsrat bildet die SE häufig den Gegenstand anwaltlicher Strukturberatung. Ein Grund hierfür ist, dass die SE nicht zu den vom Mitbestimmungsgesetz²⁶ und dem Drittelbeteiligungsgesetz²⁷ erfassten Rechtsformen zählt.

Wechselt demnach eine Gesellschaft in die Rechtsform der SE, bevor die Schwellenwerte, an denen die Mitbestimmung ansetzt (2000 Arbeitnehmer oder 500 Arbeitnehmer im Fall der Drittelbeteiligung), erreicht sind, kann die Mitbestimmung dauerhaft vermieden werden.²⁸

Ist die Komplementär-GmbH allerdings bereits mitbestimmungspflichtig, so ist fraglich, ob die Mitbestimmung für die Zukunft vermieden werden kann, indem die Komplementär-GmbH durch eine SE ausgetauscht wird.²⁹ Lehnt man dies ab, bietet die Rechtsform der SE zumindest die Möglichkeit, die Beteiligung der Arbeitnehmer im Wege des Verhandlungsmodells³⁰ flexibler auszugestalten, insbesondere den Aufsichtsrat zu verkleinern. Ebenso kann die Anzahl der Gewerkschaftsvertreter auf null reduziert werden.³¹

Die mit der SE verbundene Gestaltungsfreiheit lässt sich jedoch auch dann nutzen, wenn die Mitbestimmung auf ausländische Arbeitnehmer ausgeweitet werden soll. Denn in der SE können ausländische Arbeitnehmer durch ihr aktives und passives Wahlrecht an der unternehmerischen Mitbestimmung beteiligt werden. Gerade für grenzüberschreitend tätige Unternehmen im Hinblick auf die immer wichtiger werdende kulturelle Vielfalt, die zunehmend auch bei der Besetzung von Führungspositionen eine entscheidende Rolle spielt, ein nicht zu unterschätzender Vorteil. Dies gilt erst recht dann, wenn der EuGH in der Rechtssache »Erzberger« (voraussichtlich noch im Juli dieses Jahres) – den Schlussanträgen des Generalanwalts³² folgend – zu der Auffassung gelangen sollte, dass der Ausschluss ausländischer Arbeitnehmer vom aktiven und passiven Wahlrecht nach deutschem Recht nicht gegen die Arbeitnehmerfreizügigkeit³³ und das Diskriminierungsverbot³⁴ verstößt.

Neben den vorgenannten, zumindest von Seiten der Eigentümer nach unserer Erfahrung überwiegend als Vorteil und Stärke der SE empfundenen Gesichtspunkten ist jedoch nicht zu verkennen, dass die Gründung einer SE (& Co. KG) in jedem Fall mit einem höheren Beratungsaufwand verbunden sein wird als die Gründung einer GmbH & Co. KG. Auch beträgt das Mindestkapital einer SE gemäß Art. 4 Abs. 2 SE-Verordnung mindestens 120 000 EUR, was aber schon in einer mittelgroßen Unternehmung buchstäblich Peanuts sein dürften. Gerade weil die SE im Zusammenhang mit der Vermeidung der Mitbestimmung kritisch gesehen wird, sind beim Wechsel in diese Rechtsform neben den vorge-

nannten Aspekten auch die sozialen und atmosphärischen Auswirkungen, etwa auf den Betriebsfrieden oder die Zusammenarbeit mit dem Betriebsrat, zu berücksichtigen.³⁵ Allerdings setzen nach Angaben der Hans-Böckler-Stiftung nur wenige Unternehmen die SE dazu ein, die Mitbestimmung zu vermeiden.³⁶

Die SE & Co. KG erscheint damit als eine geeignete Rechtsform für alle größeren Familienunternehmen, die von einem internationalen Image profitieren, die Mitbestimmung flexibel gestalten oder vermeiden möchten und/oder als Teil ihrer Corporate Governance eine monistische Leitungsstruktur bevorzugen.

Anmerkungen

- 1 Zur GmbH & Co. KG in rechtshistorischer Sicht siehe zuletzt Fleischer/Wansleben, *GmbHHR* 2017, S. 169 ff.
- 2 Zur GmbH & Co. KG in rechtsvergleichender Sicht siehe Fleischer/Wansleben, *GmbHHR* 2017, S. 633 ff.
- 3 Binz/Sorg, *Die GmbH & Co. KG*, 12. Aufl. 2018 (im Erscheinen), § 2 Rn. 3; § 4 Rn. 50 ff.
- 4 Binz/Sorg, a. a. O., § 23.
- 5 Binz/Sorg, a. a. O., § 21.
- 6 Binz/Sorg, a. a. O., § 22.
- 7 Binz/Sorg, a. a. O., § 24.
- 8 Siehe zuletzt u.a. die Hellmann Worldwide Logistics SE & Co. KG.
- 9 So die Feststellungen der Hans-Böckler-Stiftung in ihren SE-Datenblättern 2015 und 2016, abrufbar unter https://www.boeckler.de/pdf/pb_mitbestimmung_se_2015_12.pdf (2015) und https://www.boeckler.de/pdf/pb_mitbestimmung_se_2016_12.pdf (2016), jeweils Seite 3 von 4.
- 10 May, *Die Sicherung des Familieneinflusses auf die Führung der börsengehandelten Aktiengesellschaft*, 1992, S. V.
- 11 Haider-Giangreco/Polte, *BB* 2014, S. 2947.
- 12 Eder, *NZG* 2004, 544, 547: »Zusammenfallen von Leitung, Geschäftsführung und Kontrolle«; Gruber/Weller, *NZG* 2003, S. 297, 298.
- 13 § 22 Abs. 1 SEAG.
- 14 §§ 40 Abs. 2, 41 Abs. 1 SEAG.
- 15 § 40 Abs. 1 SEAG.
- 16 § 44 Abs. 2 SEAG.
- 17 § 76 Abs. 1 AktG.
- 18 Haider-Giangreco/Polte, *BB* 2014, 2947, S. 2951.
- 19 Austmann in: *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Bd. 4, 4. Aufl. 2015, § 86 Rn. 12.

- 20 Austmann, a. a. O., § 86 Rn. 9.
- 21 Teichmann, *BB* 2004, 53 f.
- 22 Haider-Giangreco/Polte, a. a. O., S. 2947, 2951.
- 23 Reichert, *ZIP* 2014, S. 1957, 1959 spricht insoweit von einem »behutsamen Übergang des Unternehmens in die nächste Familiengeneration«.
- 24 Reichert, a. a. O., S. 1957, 1959.
- 25 Austmann, a. a. O., § 86 Rn. 23: »Darin liegt die eigentliche Inkompatibilität von monistischem System und Mitbestimmung.«
- 26 § 1 Abs. 1 MitbestG.
- 27 § 1 Abs. 1 DrittelbG.
- 28 Siehe hierzu Winter/Marx/De Decker, *NZA* 2016, 334, 336 ff.; Sigle, *FS Hommelhoff* (2012), S. 1123 ff.; Binz/Sorg, *Die GmbH & Co. KG*, 12. Aufl. 2018 (im Erscheinen), § 22 Rn. 22.
- 29 So Sigle, a. a. O., S. 1123 ff.; Binz/Sorg, a. a. O., § 22 Rn. 25 f.; von dieser Gestaltung raten u.a. im Hinblick auf die unklare Reichweite und die Rechtsfolgen des § 43 SEBG Winter/Marx/De Decker, a. a. O., S. 334, 337 f. ab.
- 30 Austmann, a. a. O., § 86 Rn. 29 ff., auch zum sog. Vorher-Nachher-Prinzip.
- 31 Zu den Vorteilen der SE hinsichtlich der Mitbestimmung Binz/Sorg, a. a. O., § 22 Rn. 12.
- 32 *ZIP* 2017, S. 961 ff.
- 33 Art. 45 AEUV.
- 34 Art. 18 AEUV.
- 35 Siehe auch Sigle, a. a. O., S. 1123, 1131 f.
- 36 https://www.boeckler.de/Impuls_2016_03_1.pdf.