

# DIE SELBSTBESTELLUNG DES VORSTANDS ALS GESCHÄFTSFÜHRER IN TOCHTERGESELLSCHAFTEN

## AUSWIRKUNGEN AUF FAMILIENUNTERNEHMEN IN DER RECHTSFORM DER SE UND DER SE & CO. KG

VON DR. FLORIAN REINHART UND DR. JOHANNES OTTO

### ABSTRACT

Die SE hat sich als Rechtsform für große Familienunternehmen etabliert, auch in der Kombination als SE & Co. KG. Nicht nur bei der Umsetzung der gesellschaftsrechtlichen Struktur, sondern auch im Alltag sind jedoch einige für Familienunternehmen teils überraschende Besonderheiten zu beachten. Zum Thema der Bestellung von Vorstandsmitgliedern zu Geschäftsführern von Tochtergesellschaften hat der BGH jüngst Stellung genommen. Der Beitrag untersucht die Problematik und zeigt Lösungswege auf.

### I. Einleitung

Der Jubilar beschäftigt sich seit dem Beginn seiner Tätigkeit als Berater großer und größter Familienunternehmen intensiv mit der Suche nach der im Einzelfall optimalen Rechtsform. Dabei gelingt es ihm, die unterschiedlichsten Anforderungen „unter einen Hut“ zu bringen, beginnend mit der passenden Governance<sup>1</sup> über die „Nachfolgefähigkeit“ der Gruppe bis hin

zu einer fairen und transparenten Ausstiegsregelung.<sup>2</sup> Ebenso begleitet er dabei die steuerliche Optimierung der Gruppenstruktur<sup>3</sup>, sei es in Fragen der Ertragsteuer, einschließlich der „Wegzugsfestigkeit“, oder der Erbschaftsteuerplanung und der erbrechtlichen Rahmenbedingungen.

Erfahrene Praktiker wie der Jubilar versäumen es aber auch nicht, die „Alltagstauglichkeit“ der optimierten Struktur im Blick zu behalten. Dies gilt auch beim Einsatz der Societas Europaea, also der Europäischen Gesellschaft (SE), die sich als „Baustein“ in Gruppenstrukturen großer Familienunternehmen anbietet. Dass der Weg in die SE mit verschiedenen Hürden und Komplexitäten verbunden ist, wurde vielfach dargestellt.<sup>4</sup> Ebenso ist es eine Binsenweisheit, dass das Aktienrecht deutlich formaler ist und daher im Alltag höhere Anforderungen stellt als das Personengesellschafts- und GmbH-Recht. Gerade für Familienunternehmen, die mit dem Aktienrecht weniger vertraut sind, ergeben sich mitunter überraschende Herausforderungen und Gefahren. Im Folgenden wollen wir zu Ehren des Jubilars einem Aspekt des Aktienrechts nachgehen, der erst jüngst von der Rechtsprechung in den Fokus genommen wurde.

Der im Folgenden zu besprechende Beschluss des BGH<sup>5</sup> betrifft die (Selbst-)Bestellung des Vorstands einer (Europäischen) Aktiengesellschaft zum Geschäftsführer ihrer Tochter-GmbH. Es geht damit um eine insbesondere in Familienunternehmen häufige Konstellation: Der Unternehmer bzw. Repräsentant der Familie leitet als (ggf. alleiniger) Vorstand der Holdinggesellschaft die strategischen Geschicke der Unternehmensgruppe und soll

1 Kirchdörfer/Lorz, FuS 3/2011, S. 97 ff.; Kirchdörfer/Breyer, Sonderheft FuS 2014, S. 13 ff.

### INHALT

- I. Einleitung
- II. Auswirkungen der Entscheidung auf die SE als Holdinggesellschaft
  1. Vorstand besteht aus mehreren Personen
  2. Alleinvorstand/alleiniger geschäftsführender Direktor
    - a) Generelle (eingeschränkte) Befreiung von § 181 Fall 1 BGB
    - b) Ad-hoc-Befreiung bzw. Gestattung durch den Aufsichtsrat
    - c) Vertretung durch Prokuristen
    - d) Keine Anwendbarkeit von § 47 Abs. 4 Satz 2 GmbHG
- III. Selbstkontrahieren des Vorstands in der SE & Co. KG
  1. (Selbst-)Bestellung des Vorstands als Geschäftsführer in Tochtergesellschaften der SE & Co. KG
    - a) Keine Vertretung durch den Aufsichts- oder Verwaltungsrat
    - b) Ausschluss der Selbstbestellung gemäß § 181 Fall 1 BGB
  2. Weitere Rechtsgeschäfte zwischen SE & Co. KG und dem Vorstand
    - a) Anwendbarkeit von § 112 AktG
    - b) Schutz der KG durch § 181 BGB
- IV. Fazit

2 Kirchdörfer/Lorz in: FS Hennerkes 2009, S. 343 ff.; Kirchdörfer/Lorz, FuS 5/2012, S. 176 ff.

3 Kirchdörfer/Layer/Seemann, Familienunternehmen und Besteuerung, WIFU 2019; Kirchdörfer/Layer in: Rösen/Heider, Aktive Eigentümerschaft in Familienunternehmen, 2020, S. 277 ff.

4 Zuletzt instruktiv Klein-Wiele/Wurmthaler, NZG 2023, 261 ff.; grundlegend Wiedemann/Frohnmayr, FuS 1/2014, S. 10 ff.

5 BGH, Beschluss vom 17.1.2023 – II ZB 6/22 = NJW 2023, 1350.

gleichzeitig in Tochtergesellschaften als (Mit-)Geschäftsführer im Tagesgeschäft involviert sein. Der BGH entschied nun im Kern, dass die AG bei der Bestellung eines ihrer Vorstandsmitglieder zum Geschäftsführer einer Tochtergesellschaft durch den Vorstand (und nicht etwa gemäß § 112 AktG durch ihren Aufsichtsrat) vertreten wird. Gleichzeitig ist das betroffene Vorstandsmitglied jedoch – zumindest grundsätzlich – durch das Selbstkontrahierungsverbot des § 181 BGB darin gehindert, sich am Bestellungsbeschluss selbst zu beteiligen. Zwar konnte der BGH damit Klarheit zu einem kontrovers diskutierten Problem schaffen – einen praktischen Lösungsansatz zeigt er jedoch nur für einen Teil der Problematik auf.

## II. Auswirkungen der Entscheidung auf die SE als Holdinggesellschaft

Die nun festgestellte Rechtslage stellt die Beratungspraxis vor allem dann vor Herausforderungen, wenn bei der Holding-SE nur ein Vorstandsmitglied – regelmäßig also der Unternehmer selbst – bestellt ist.<sup>6</sup> Daneben sind die Auswirkungen auf die in jüngerer Zeit praktisch mindestens ebenso relevante SE & Co. KG zu betrachten.

Die Bestellung des Holdingvorstands zum Geschäftsführer der Tochtergesellschaft wird im Regelfall nicht verzichtbar sein. Gleichzeitig dürfte sich die Bestellung eines weiteren (Interim-)Vorstands nur zum Zweck der Geschäftsführerbestellung auf Tochtergesellschaftsebene als nicht opportun erweisen. Es stellt sich daher die Frage, auf welche Weise die SE hier gemeinsam vertreten werden kann.

### 1. Vorstand besteht aus mehreren Personen

Zunächst hat der BGH in erfreulicher Deutlichkeit klargestellt, dass die vorstehende Problematik bei einem aus mehreren Personen bestehenden Vorstand „pragmatisch“ gelöst werden kann. Es ist regelmäßig zulässig und ausreichend, dass an der Bestellung eines Vorstandsmitglieds zum Geschäftsführer nur die übrigen Vorstände in vertretungsberechtigter Zahl mitwirken.<sup>7</sup>

**Beispiel eins:** *Unternehmer A ist gemeinsam mit B und C Vorstand der A-SE. A, B und C sind jeweils gemeinsam mit einem weiteren Vorstandsmitglied oder einem Prokuristen zur Vertretung der SE berechtigt. Im Rahmen der Gründung der Tochtergesellschaft T-GmbH soll A gemeinsam mit D und E zum Geschäftsführer der T-GmbH bestellt werden. Zwar kann sich A nicht selbst bestellen, allerdings ist es zulässig, dass die A-SE bei der Bestellung von A durch die anderen Vorstände, B und C, vertreten wird.*

Sollen mehrere oder alle Vorstände in der Tochtergesellschaft bestellt werden, kann eine „Aufteilung“ der Bestellungsakte in mehrere Beschlüsse, also eine „Überkreuzbestellung“ Abhilfe schaffen.<sup>8</sup>

**Beispiel zwei:** *Wie Beispiel eins, nur soll neben A auch B zum Geschäftsführer der T-GmbH bestellt werden. Hier ist es etwa möglich, dass die Vorstände B und C z.B. im Rahmen der Gründung A zum Geschäftsführer der T-GmbH bestellen und in einem darauffolgenden Gesellschafterbeschluss B von den Vorständen A und C „nachbestellt“ wird.*

Ist unechte Gesamtvertretung (also die Vertretung durch ein Vorstandsmitglied gemeinsam mit einem Prokuristen) zugelassen, soll es möglich sein, in diesem Rahmen auch auf die Mitwirkung von Prokuristen zurückzugreifen.<sup>9</sup>

**Beispiel drei:** *Wie Beispiel eins, nur ist C nicht Vorstand, sondern Prokurist. Bei der Bestellung von A als Geschäftsführer der T-GmbH kann die A-SE auch im Wege der unechten Gesamtvertretung durch Vorstand B und Prokurist C vertreten werden.*

An ihre Grenze stoßen diese Lösungsansätze jedoch bei einem zweiköpfigen Vorstand, der nur zum gemeinschaftlichen Handeln befugt ist und in dem keine zur (unechten) Gesamtvertretung befugten Prokuristen bestellt sind. Eine gegenseitige „Überkreuzbestellung“ in getrennten Gesellschafterbeschlüssen scheidet hier aus, da keiner der beiden Vorstände ohne den jeweils anderen handeln kann. Nach der Rechtsprechung des BGH soll jedoch eine wechselseitige Ermächtigung des jeweils anderen Vorstandsmitglieds gemäß § 78 Abs. 4 AktG zulässig sein.<sup>10</sup> Zusätzlich kann auf die im Folgenden für den Alleinvorstand skizzierten Lösungswege zurückgegriffen werden.

### 2. Alleinvorstand/alleiniger geschäftsführender Direktor

Für den aus nur einer Person bestehenden Alleinvorstand kommen die unter Ziff. 1. beschriebenen Ansätze nicht in Betracht. Bei konsequenter Fortführung der Entscheidung des BGH müssen jedoch die im Folgenden dargestellten Lösungswege zulässig sein. Da es im hier besprochenen Fall nicht entscheidungserheblich war, hat es der BGH jedoch vermieden, auch konkret über diese Lösungswege zu entscheiden, sodass die weitere praktische Rechtsentwicklung zu beobachten bleibt. »

6 Auf die dualistisch organisierte SE mit Sitz in Deutschland findet in dem hier interessierenden Teilgebiet deutsches Aktienrecht Anwendung. Ebenso sind die relevanten nationalen Regelungen zur monistisch organisierten SE dem deutschen Aktienrecht nachgebildet. Die genannte Entscheidung des BGH kann daher uneingeschränkt auf die SE übertragen werden.

7 BGH a.a.O. (Fn. 5); Rossa-Heise, GmbH-StB, 172, 173.

8 Bulgrin/Wolf, NJW 2023, 1325, 1326; darüber hinaus ist auch die „Überkreuzbevollmächtigung“ einer einzelnen Person denkbar, vgl. Wicke, GmbHR 2023, 478, 479.

9 Wicke, GmbHR 2023, 478, 479.

10 BGH, Urteil vom 6.3.1975 – II ZR 80/73 = NJW 1975, 1117; a.a.O. (Fn. 5); a.A. Koch, AktG § 78 Rn. 7 m.w.N.

## a) Generelle (eingeschränkte) Befreiung von § 181 Fall 1 BGB

Die bislang vorherrschende Auffassung im Schrifttum und die Registerpraxis gingen davon aus, dass Vorstandsmitglieder nicht von § 181 Fall 1 BGB, also vom Verbot, mit sich selbst Rechtsgeschäfte als Vertreter der Gesellschaft abzuschließen, befreit werden können. Begründet wurde dies damit, dass die Regelung in § 112 AktG (bzw. § 41 Abs. 5 SEAG) nicht nur vorrangig sei, sondern daneben gar kein Raum für § 181 Fall 1 BGB verbleibe.<sup>11</sup> Die Vertretung der Gesellschaft bei Geschäften mit Vorstandsmitgliedern falle in die ausschließliche Zuständigkeit des Aufsichts- bzw. Verwaltungsrats.

Die Prämisse, dass § 181 Fall 1 BGB auf den Vorstand in keinem Fall Anwendung findet, ist nach der hier besprochenen Entscheidung des BGH nicht mehr in dieser Pauschalität zu halten. Kern des BGH-Beschlusses ist nämlich, dass § 181 Fall 1 BGB bei der Selbstbestellung eines Vorstandsmitglieds in einer Beteiligungsgesellschaft Anwendung findet, während § 112 AktG nicht einschlägig ist. Folgerichtig muss dann aber auch eine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 Fall 1 BGB im Umfang des nun erkannten „Restanwendungsbereichs“ möglich sein.<sup>12</sup>

Eine solche Befreiung muss wie im Fall der anerkannten Befreiungsmöglichkeit von § 181 Alt. 2 BGB analog § 78 Abs. 3 AktG entweder durch eine Regelung in der Satzung oder Beschluss des Aufsichtsrats auf Basis einer Satzungsermächtigung erfolgen können.<sup>13</sup> Es ist daher jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob auf Basis der (meist vor der Entscheidung des BGH gefassten) Satzung eine Befreiung von § 181 Fall 1 BGB gestattet ist. Konsequenz wäre es schließlich, die Befreiung von § 181 Fall 1 BGB zur Eintragung in das Handelsregister zuzulassen – ggf. auch mit Verweis auf den Vorrang des § 112 AktG bzw. § 41 Abs. 5 SEAG, um Fehlvorstellungen des Rechtsverkehrs<sup>14</sup> vorzubeugen. Dass sich die Besprechungsentscheidung des BGH und deren hier vertretene Folgen jedoch bereits allgemein in der registerrechtlichen Praxis manifestiert haben, scheint zweifelhaft<sup>15</sup>. Es empfiehlt sich daher einstweilen, mit den Registergerichten im Einzelfall vor einer entsprechenden Eintragung in Kontakt zu treten oder jedenfalls den Standpunkt in der Handelsregisteranmeldung in geeigneter Form zu begründen.<sup>16</sup>

## b) Ad-hoc-Befreiung bzw. Gestattung durch den Aufsichtsrat

Neben der „generellen“ Befreiung der Mitglieder des Vorstands von § 181 Fall 1 BGB im Rahmen des (nun eröffneten) „Restanwendungsbereichs“ besteht auch die Möglichkeit zu einer *Ad-hoc*-Befreiung im konkreten Einzelfall durch den Aufsichts-

bzw. Verwaltungsrat.<sup>17</sup> Die Zulässigkeit einer solchen Befreiung im Einzelfall wird für den Fall des Mehrfachvertretungsverbots gemäß § 181 Fall 2 BGB bejaht.<sup>18</sup> In der Praxis kann die vorstehend unter lit. a) dargestellte Vorgehensweise durch eine solche einzelfallbezogene (vorsorgliche) Beschlussfassung des Aufsichts- bzw. Verwaltungsrats abgesichert werden.

## c) Vertretung durch Prokuristen

Die Bestellung eines Vorstandsmitglieds der SE in einer Tochtergesellschaft ist auch ohne Mitwirkung des Vorstands ausschließlich durch Prokuristen der Gesellschaft in vertretungsberechtigter Anzahl (Einzel- oder Gesamtprokura) zulässig. Die Reichweite der Prokura erstreckt sich auch auf die Ausübung des Stimmrechts in Beteiligungsgesellschaften. Da die Beschlussfassung nicht die SE selbst betrifft, sondern – in den Worten des BGH<sup>19</sup> – eine „personalwirtschaftliche Maßnahme“ bei einer Tochtergesellschaft darstellt, handelt es sich nicht um ein Grundlagengeschäft, das vom Umfang der Prokura ausgenommen wäre.<sup>20</sup>

Die Prokuristen sind dabei rechtstechnisch auch nicht als (Unter-)Vertreter des Vorstands einzuordnen, sondern als eigenverantwortliche Vertreter der SE selbst.<sup>21</sup> Aus diesem Grund ist auch der Alleinvorstand – im Gegensatz zur Rechtslage bei einer bloßen Unterbevollmächtigung<sup>22</sup> – in der Lage, durch einen von ihm ernannten Prokuristen in der Beteiligungsgesellschaft zum Geschäftsführer bestellt zu werden, ohne dass hierin – zumindest generell – eine unzulässige Umgehung des § 181 Fall 1 BGB gesehen wird.<sup>23</sup>

## d) Keine Anwendbarkeit von § 47 Abs. 4 Satz 2 GmbHG

Gemäß § 47 Abs. 4 Satz 2 GmbHG unterliegt ein Gesellschafter einem Stimmverbot, soweit eine Beschlussfassung die Vornahme eines Rechtsgeschäfts der Gesellschaft mit ihm selbst betrifft. Der BGH hat in seiner oben zitierten Entscheidung ausdrücklich offengelassen, ob dieses Stimmverbot im Fall der Selbstbestellung eines Mitglieds des Vertretungsorgans eines Gesellschafters der Beteiligungsgesellschaft anwendbar ist. Dies wird von der herrschenden Meinung mit überzeugenden Argumenten abgelehnt.<sup>24</sup> Ob der BGH insoweit eine abweichende Ansicht andeuten möchte, ist reine Spekulation und würde keine rechtsformspezifische Problematik bei der AG bzw. SE bedeuten, sondern sich auch auf andere Rechtsformen der Holding beziehen.

11 MüKoAktG/Spindler, AktG § 78 Rn. 124 m.w.N.; Grigoleit, AktG § 78 Rn. 8.

12 Bulgrin/Wolf, NJW 2023, 1325, 1327; Wicke, GmbHR 2023, 478.

13 Vgl. zu § 181 Alt. 2 BGB: MüKoAktG/Spindler, AktG § 78 Rn. 132; Heidel/Oltmanns, AktG § 78 Rn. 5 m.w.N.

14 Auf diese Problematik verweisend Wicke, GmbHR 2023, 478, 479.

15 Wicke, GmbHR 2023, 478, 479.

16 Vgl. Bulgrin/Wolf, NJW 2023, 1325, 1328 mit praktischen Formulierungsvorschlägen.

17 OLG München, Beschluss vom 8.5.2012 – 31 Wx 69/12; Wicke, GmbHR 2023, 478, 479; kritisch im Hinblick auf die Zuständigkeit des Aufsichtsrats Bulgrin/Wolf, NJW 2023, 1325, 1328.

18 MüKoAktG/Spindler, AktG § 78 Rn. 132 m.w.N.; a.A.: Heidel/Oltmanns, AktG § 78 Rn. 5.

19 BGH a.a.O. (Fn. 5).

20 Hopt/Merkel, HGB § 49 Rn. 1; Noack/Servatius/Haas/Noack, GmbHG § 47 Rn. 49 m.w.N.

21 BGH, Urteil vom 13.6.1984 – VIII ZR 125/83; Maidl, DNotZ 2022, 163, 166 m.w.N.

22 BGH a.a.O. (Fn. 5).

23 BGH a.a.O. (Fn. 21); BeckÖGK/Bayer/J. Schmidt, GmbHG § 35 Rn. 256 m.w.N.; a.A. Rowedder/Pentz/Belz, GmbHG § 35 Rn. 59 m.w.N.

24 Vgl. hierzu OLG Frankfurt, Beschluss vom 4.1.2022 – 20 W 225/20 m.w.N.; Altmeppen, GmbHG § 47 Rn. 103 f. m.w.N.; Maidl, DNotZ 2022, 163, 167 f.; a.A. MüKoGmbHG/Drescher, GmbHG § 47 Rn. 194 m.w.N.

### III. Selbstkontrahieren des Vorstands in der SE & Co. KG

In den vergangenen Jahren hat die Rechtsform der SE auch als persönlich haftende Gesellschafterin (Komplementärin) von Kommanditgesellschaften erhebliche praktische Verbreitung erlangt. Die SE & Co. KG bietet sich aufgrund ihrer Vorteile bei der Governance, aber auch aufgrund der Gestaltungsmöglichkeiten zur unternehmerischen Mitbestimmung<sup>25</sup> als Rechtsformkombination für Holding-Personengesellschaften großer Familienunternehmen an.<sup>26</sup> Die bereits einleitend beschriebene Praxis, dass Familienmitglieder nicht nur die Gesellschafterstellung, sondern auch operative Führungsverantwortung der Unternehmensgruppe übernehmen, ist auch hier stark verbreitet. Einzelne Kommanditisten der KG sind dann auch als (ggf. alleiniger) Vorstand der Komplementär-SE tätig. Die durch den BGH behandelten Fragen zur Selbstbestellung in Tochtergesellschaften stellen sich entsprechend. Darüber hinaus sind einige spezifische Aspekte des Selbstkontrahierens zu beleuchten.

#### 1. (Selbst-)Bestellung des Vorstands als Geschäftsführer in Tochtergesellschaften der SE & Co. KG

Zunächst stellt sich auch in der SE & Co. KG die Frage, wie bzw. von wem der Vorstand der Komplementär-SE zum Geschäftsführer in Tochtergesellschaften der KG bestellt werden kann.

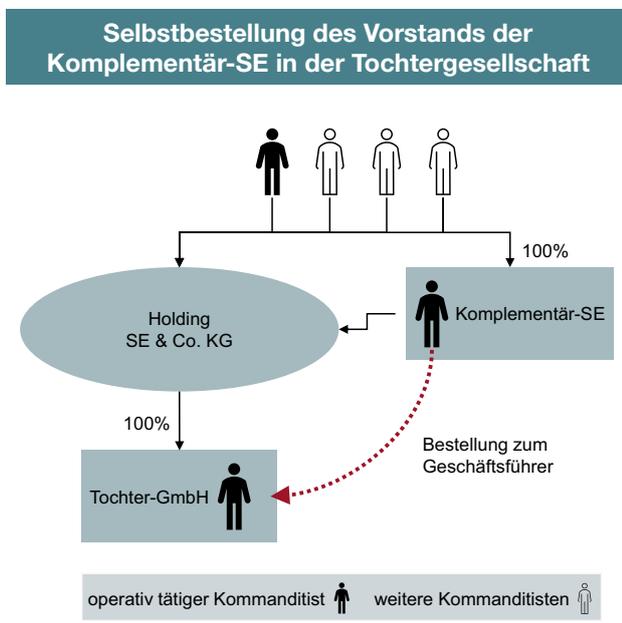


Abb. 1; Quelle: Eigene Darstellung

#### a) Keine Vertretung durch den Aufsichts- oder Verwaltungsrat

Eine Anwendung von § 112 AktG (ggf. analog) mit der Folge, dass die SE (und damit auch die KG) zwingend vom Aufsichts- bzw. Verwaltungsrat statt dem Vorstand zu vertreten wäre, hat der BGH bereits im oben dargestellten „Grundfall“ für eine „eigene“ Tochtergesellschaft der SE abgelehnt.<sup>27</sup> Für Tochtergesellschaften einer KG, bei der die SE „nur“ als Komplementärin agiert, muss dies erst recht gelten. Weder die SE noch die KG sind unmittelbar selbst in ihren Rechten betroffen.

#### b) Ausschluss der Selbstbestellung gemäß § 181 Fall 1 BGB

Auch zwischen dem Vertreter der KG und deren Tochtergesellschaften ist jedoch das Selbstkontrahierungsverbot des § 181 Fall 1 BGB als allgemeine zivilrechtliche Norm anzuwenden. Ohne abweichende gesellschaftsvertragliche Regelung oder entsprechenden Gesellschafterbeschluss ist eine Selbstbestellung des Vorstands zum Geschäftsführer der KG-Tochtergesellschaft schwebend unwirksam, bis seine Bestellung durch (andere) Vertreter der KG in vertretungsberechtigter Zahl genehmigt wird. Anders als bei der SE selbst, ist für die KG aber praktisch geklärt, wie die Selbstbestellung des Organmitglieds im Einzelfall oder generell gestattet werden kann. Für Rechtsgeschäfte zwischen einem Organmitglied (hier: Vorstand) der Komplementärgesellschaft und der KG steht dabei nicht zur Debatte, ob eine Befreiung von § 181 BGB möglich ist. Diskutiert wurde nur vereinzelt, wer sie erteilen muss. Dabei ist einerseits denkbar, die Befreiung von § 181 BGB im Sinne einer „Befreiungskette“ auf Ebene der KG und auf Ebene der Komplementärgesellschaft zu verlangen (und ausreichen zu lassen).<sup>28</sup> Andererseits wird – von der heute wohl ganz herrschenden und richtigen Auffassung – vertreten, dass die Befreiung auf Ebene der vertretenden KG auch mit Wirkung für die Organe der SE erforderlich, aber auch ausreichend ist und dass es damit auf das Binnenrecht der Komplementärin nicht ankommt.<sup>29</sup> Entscheidend ist, welches Schutzniveau der Vertretene vorgibt, hier also die Kommanditgesellschaft. Bei der Selbstbestellung kommt es damit darauf an, ob und in welchem Umfang Befreiung von § 181 BGB auf Ebene der Kommanditgesellschaft erteilt wurde.<sup>30</sup> Eine zusätzliche Befreiung des Organs (auch) auf Ebene der Komplementärgesellschaft (gleich ob GmbH, AG oder SE) ist danach (in dieser Konstellation) entbehrlich.<sup>31</sup> Praktisch erfolgt diese Befreiung regelmäßig bereits im Gesellschaftsvertrag der Kommanditgesellschaft, etwa durch die Formulierung: „Die persönlich haftende Gesellschafterin **und ihre Vorstände** sind von den Beschränkungen des § 181 BGB vollumfänglich befreit.“

25 Vgl. statt vieler Winter/Marx/De Decker, NZA 2016, 334.

26 Zu Fragen der internationalen Mobilität vgl. Oettel/Wittling, RFamU 2022, 445, 446 ff.; zum früheren Recht systematisierend Layer/Seemann, FuS 2018, 26, 27; ausführlich auch Wiedemann/Reinhart, Die internationale Unternehmerfamilie, Kirsten Baus Schriftenreihe Heft 37.

27 BGH a.a.O. (Fn. 5) Rz. 46, 47.

28 KG Berlin, Beschluss vom 4.12.2012 – 1 W 150/12 = NZG 2013, 136.

29 Ausführlich Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG, § 4 Rn. 29 ff. m.w.N.

30 BGH, Urteil vom 7.2.1972 – II ZR 169/69 = NJW 1972, 623.

31 Blath in: Münch-HdB GesR Bd. 9, § 9 Rn. 33 m.w.N.

Eine solche Befreiung wird regelmäßig auch entsprechend in das Handelsregister eingetragen. Um (gerade bei Fremdvorständen) unerwünscht überschießende Befreiungen zu vermeiden, aber die gruppeninterne Flexibilität zu erhalten, lässt sich die Befreiung auch auf Geschäfte mit verbundenen Unternehmen der Kommanditgesellschaft beschränken, was nach Erfahrung der Autoren ebenfalls eintragungsfähig ist.

## 2. Weitere Rechtsgeschäfte zwischen SE & Co. KG und dem Vorstand

Darüber hinaus wird allerdings im Nachgang zu der Besprechungsentscheidung die Frage aufgeworfen, wie die KG bei sonstigen Rechtsgeschäften zwischen ihr und dem Vorstand „ihrer“ Komplementär-SE (bzw. -AG) vertreten wird.<sup>32</sup> Besondere Bedeutung und potenziell ein erhebliches Risiko birgt diese Frage im Rahmen von Strukturmaßnahmen, etwa dann, wenn der Vorstand, der gleichzeitig Kommanditist der KG ist, Vermögenswerte in die bestehende SE & Co. KG einlegt oder ihr ein Darlehen gewährt.<sup>33</sup> Gerade die einschneidenden strukturellen Veränderungen beruhen regelmäßig auf komplexen, vor allem nach steuerlichen Vorgaben „getakteten“ Schrittfolgen, weshalb die (schwebende) Unwirksamkeit<sup>34</sup> auch nur eines Zwischenschritts gravierende Konsequenzen nach sich ziehen kann.

### Rechtsgeschäft der KG unter Beteiligung (auch) des Vorstands der Komplementär-SE

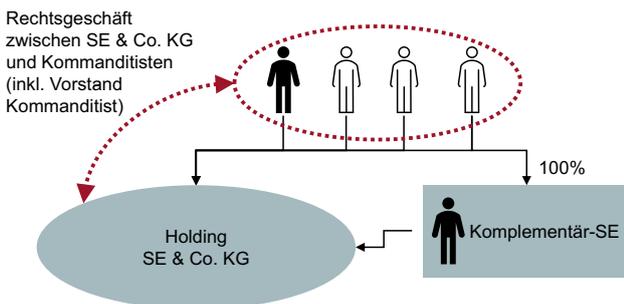


Abb. 2; Quelle: Eigene Darstellung

<sup>32</sup> Dietlein, NZG 2023, 554, 556 f.

<sup>33</sup> Hiervon abzugrenzen ist die Frage, wie die Komplementär-SE selbst gegenüber einem KG-Gesellschafter vertreten wird, der seinerseits Vorstand bzw. geschäftsführender Direktor ist, insbesondere beim Abschluss oder der Änderung des KG-Gesellschaftsvertrags. Da hier die SE direkt als Vertragspartei (auch) des Vorstandsmitglieds/geschäftsführenden Direktors (in seiner Funktion als Kommanditist) auftritt, ist § 112 AktG direkt anwendbar. Die SE ist also insoweit durch ihren Aufsichts- bzw. Verwaltungsrat zu vertreten.

<sup>34</sup> Nach heute wohl h.M. führt ein Verstoß gegen § 112 AktG zur schwebenden Unwirksamkeit des Geschäfts (vgl. statt vieler BeckÖGK/Spindler AktG § 112 Rn. 54 m.w.N.), während die ältere obergerichtliche Rechtsprechung von der Nichtigkeit ausgegangen ist (vgl. etwa OLG Brandenburg, Urteil vom 14.1.2015 – 7 U 68/13 = DStR 2015, 1877).

### a) Anwendbarkeit von § 112 AktG

Auch insoweit stellt sich zunächst die Frage, ob bei der Vertretung der KG gegenüber dem Vorstand „ihrer“ Komplementär-SE die Regelung des § 112 AktG eingreift, ob also der (gesamte) Vorstand von der Vertretung ausgeschlossen ist und durch den Aufsichtsrat verdrängt wird. Im Nachgang der beschriebenen BGH-Entscheidung wird nun – soweit ersichtlich erstmalig – vertreten, dass § 112 AktG in entsprechender Weise Anwendung auf Rechtsgeschäfte zwischen der SE & Co. KG und dem Vorstand der Komplementär-SE finden soll. Begründet wird dies insbesondere damit, dass das für die Komplementär-SE (bzw. -AG) geltende Schutzniveau erst recht für die meist allein werthaltige KG gelten müsse. Darüber hinaus sei die SE (bzw. AG) aufgrund ihrer persönlichen Haftung sowie etwaiger Schadensersatzansprüche auch mittelbar von nachteiligen Verträgen betroffen, die durch den Vorstand der Komplementärgesellschaft für die KG mit sich selbst abgeschlossen würden. § 112 AktG sei auch darauf gerichtet, die SE (bzw. AG) vor Haftung und Schadensersatz der KG aus Insichgeschäften zu schützen.<sup>35</sup> Eine Anwendbarkeit von § 112 AktG auf die Vertretung der KG ist jedoch richtigerweise abzulehnen.<sup>36</sup> Es bleibt für die SE & Co. KG beim Schutzniveau des Personengesellschaftsrechts, primär also dem (abdingbaren) Schutz des § 181 BGB. Dies ergibt sich zunächst daraus, dass die SE bei Geschäften zwischen dem Vorstand und der KG gerade nicht ihrem Vorstand als Partei „gegenübertritt“. Ebenso wie bei der Frage der Befreiung von § 181 BGB ist im Recht der KG allein auf die KG als Geschäftsherr und nicht auf die zu ihr führende „Vertretungskette“ abzustellen.

Auch in der Sache verdient die Erstreckung von § 112 AktG auf die SE & Co. KG keine Zustimmung. Das besonders hohe Schutzniveau der SE bzw. AG findet seine Begründung im Bedürfnis des Kapitalmarkts nach allgemeingültigen strengen Regeln. Dem einzelnen Aktionär wird es im gesetzlich typisierten Regelfall nicht möglich sein, die SE und ihre Organe zu kontrollieren. Die Gesellschafter einer KG können sich indes nicht auf dieses Schutzniveau verlassen. Dies entspricht unter anderem wegen der mangelnden Börsenfähigkeit der KG der gesetzlichen Konzeption. Dem kann man auch nicht entgegenhalten, dass die Kommanditisten mit der Wahl der AG bzw. SE als Komplementärin ein ähnliches Schutzniveau für sich etablieren wollten, denn dieses Ziel würde durch die Nutzung der Komplementär-SE nur sehr bruchstückhaft erfüllt. Die für die Kommanditisten wesentlichen Entscheidungen werden in den Gesellschafterversammlungen der KG getroffen. Regelmäßig wird die persönlich haftende Gesellschafterin in Grundlagen-geschäften an die Zustimmung der Kommanditisten als Eigentümer des Unternehmens geknüpft werden. Schließlich hängt das Haftungsrisiko der SE für Verbindlichkeiten der KG auch nicht etwa davon ab, dass die Organe der SE dieses Haftungs-

<sup>35</sup> Dietlein a.a.O. (Fn. 32), 556.

<sup>36</sup> MüKoHGB/Krafka, HGB § 8 Rn. 56.

Konstellation	SE (bzw. AG)	SE & Co. KG (bzw. AG & Co. KG)
<b>1. Bestellung eines Vorstands zum Geschäftsführer einer Tochtergesellschaft unter Beteiligung des betroffenen Vorstandsmitglieds</b>	Vertretung durch das betroffene Vorstandsmitglied selbst, sofern der Aufsichtsrat Befreiung auch von § 181 Fall 1 erteilt hat (str.).	Vertretung durch betroffenes Vorstandsmitglied selbst, sofern die KG der Komplementär-SE und ihren Vorstandsmitgliedern Befreiung von § 181 Fall 1 BGB erteilt hat.
<b>2. Wie 1., aber Vertretung nur durch andere Vorstandsmitglieder und/oder Prokuristen in vertretungsberechtigter Zahl</b>	Zulässig.	Zulässig.
<b>3. Abschluss eines Vertrags zwischen dem Vorstand und der betroffenen Gesellschaft (z.B. Darlehensvertrag, Gesellschaftsvertrag, Einlagevertrag)</b>	Zwingende Vertretung der SE gegenüber dem Vorstand durch den Aufsichtsrat. <sup>37</sup>	Durch das betroffene Vorstandsmitglied selbst, sofern der Komplementär-SE und ihren Vorstandsmitgliedern im Gesellschaftsvertrag oder per Beschluss Befreiung von den Beschränkungen des § 181 Fall 1 BGB erteilt wurde; sonst durch andere Vorstandsmitglieder/ Prokuristen in vertretungsberechtigter Zahl.

Abb. 3; Quelle: Eigene Darstellung

risiko im Einzelnen kontrollieren. So ist es etwa genauso denkbar, dass die KG im Rechtsverkehr durch einen weiteren Komplementär oder durch Prokuristen vertreten wird oder dass die Komplementär-SE von der Geschäftsführung der KG gänzlich ausgeschlossen ist, ohne dass dies – soweit erkennbar – die Haftung der Komplementär-SE infrage stellen würde. Eine (ggf. analoge) Anwendung von § 112 AktG auf Geschäfte zwischen dem Vorstand der Komplementär-SE und der KG ist daher abzulehnen. Dies bedeutet freilich nicht, dass es nicht im Einzelfall sinnvoll sein kann, den Abschluss von Rechtsgeschäften zwischen Vorstandsmitgliedern der SE und der KG durch eine Regelung im Gesellschaftsvertrag der KG an die Zustimmung der Kommanditisten oder des Aufsichtsrats der SE zu binden. Dies ist jedoch eine autonom als Teil der Governance der KG durch eine Regelung im KG-Gesellschaftsvertrag zu entscheidende Frage.

**b) Schutz der KG durch § 181 BGB**

Der Schutz der SE & Co. KG und ihrer Gesellschafter ist – parallel zur GmbH & Co. KG – wiederum durch das Selbstkontrahierungsverbot des § 181 BGB ausreichend gewährleistet. Es liegt daher in der Hand der Gesellschafter der KG, welches Schutzniveau sie sich vorbehalten wollen. Da es – wie oben dargestellt – allein darauf ankommt, ob auf Ebene der KG eine (umfassende) Befreiung von § 181 BGB auch für die Vorstände der Komplementär-SE erfolgt ist, kann die Frage dahinstehen, ob und in welchem Umfang der Vorstand der SE (auf Ebene der SE) von § 181 Fall 1 BGB befreit werden kann.

<sup>37</sup> Sind an mehrseitigen Verträgen (z.B. Gesellschaftsverträgen) auch weitere Personen beteiligt, die nicht Vorstand der SE sind, muss die SE insoweit zusätzlich durch Vorstandsmitglieder oder Prokuristen in vertretungsberechtigter Zahl vertreten werden.

**IV. Fazit**

Das Aktienrecht und damit auch das Recht der SE hält zum Schutz der Aktionäre verschiedene Regelungen bereit, die im „pragmatischen“ gesellschaftsrechtlichen Alltag von Familienunternehmen zu Überraschungen führen können. So ist auch beim Selbstkontrahieren von Mitgliedern des Vorstands der (Komplementär-)SE erhöhte Sorgfalt gefordert, um das Risiko (schwebender) Unwirksamkeit im Einzelfall zu vermeiden. Mit der nötigen Aufmerksamkeit können jedoch alle wesentlichen Konstellationen einer praktisch handhabbaren Lösung zugeführt werden. Dies ist in Abb. 3 zusammengefasst. ◆



**Dr. Florian Reinhart**, LL.M. (NYU) ist Rechtsanwalt und Partner bei Hennerkes, Kirchdörfer & Lorz.

**Dr. Johannes Otto** ist Rechtsanwalt bei Hennerkes, Kirchdörfer & Lorz.

**KEYWORDS**

Holding-SE • SE & Co. KG • Vorstand • Vertretung •  
Insichgeschäft • Geschäftsführerbestellung • Selbstbestellung