

UNTERNEHMERISCHE MITBESTIMMUNG VERMEIDEN – RECHTSSICHERE STRUKTURIERUNG MIT DER SE & Co. KG

EIN PRAXISLEITFADEN FÜR FAMILIENUNTERNEHMEN

VON DR. CHRISTIAN KLEIN-WIELE

ABSTRACT

Familienunternehmen stehen bei der Wahl der geeigneten Rechtsform häufig vor einer zentralen Herausforderung: Wie können die strategische Ausrichtung und Kontrolle des Unternehmens langfristig allein von der Familie bestimmt werden, wenn zugleich die organisatorischen und finanziellen Anforderungen steigen? Für viele gewachsene Familienunternehmen rückt dabei das Thema der unternehmerischen Mitbestimmung durch Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat in den Fokus, denn es betrifft mit der unternehmerischen Steuerungsfähigkeit und der Frage, wie lange eine familiär geprägte Leitung sichergestellt werden kann, den Kernbereich des Familienunternehmens.

I. Einleitung

Ob durch Umstrukturierung und Schaffung von Konzernstrukturen (z.B. durch Verschmelzung oder Einbringung), organisches Wachstum oder durch Zukäufe: Familienunternehmen können auf verschiedene Weise – häufig unbeabsichtigt – Schwellenwerte bezüglich der Beschäftigtenzahl überschreiten, die für die Frage der unternehmerischen Mitbestimmung durch Arbeitnehmer zentral sind.

Besonders relevant ist hierbei die Grenze von 2.000 (deutschen) Arbeitnehmern, ab der ein paritätisch mitbestimmter Aufsichtsrat nach dem Mitbestimmungsgesetz (MitbestG) einzurichten ist. Was viele Unternehmer dabei übersehen: Auch bei einer KG als Holdinggesellschaft (nachfolgend auch als „Holding-KG“ bezeichnet) kann eine paritätische Mitbestimmung bestehen, und zwar vor allem dann, wenn – wie häufig – die persönlich haftende Gesellschafterin der Holding-KG eine GmbH ist (GmbH & Co. KG; vergleichbar: AG & Co. KG). Hintergrund sind die Zurechnungsregelungen in §§ 4, 5 MitbestG. Demnach werden die Beschäftigten der Holding-KG (§ 4 Abs. 1 Satz 1 MitbestG) bzw. die Beschäftigten von deren Tochterunternehmen

(§ 5 Abs. 2 Satz 1 MitbestG) der Komplementär-GmbH zugeordnet, wenn die Mehrheit der Kommanditisten der Holding-KG die Mehrheit der Anteile an der Komplementär-GmbH hält. Überschreitet der Konzern die Zahl von 2.000 (deutschen) Beschäftigten, ist bei der geschäftsführenden Komplementär-gesellschaft ein Aufsichtsrat einzurichten, der aus mindestens zwölf Personen besteht und zur Hälfte mit Vertretern der Arbeitnehmer zu besetzen ist. Ein Drittel der Arbeitnehmervertreter (also mindestens zwei Personen) wird wiederum von den Gewerkschaften entsandt. Damit droht der Familie im obersten (Aufsichts-)Gremium ein erheblicher Fremdeinfluss. Unbefangene Diskussionen um den zukünftig gewählten unternehmerischen Kurs sind nicht (mehr) ohne Weiteres möglich.

II. Die Lösung: Die SE & Co. KG als Gestaltungsinstrument

Eine Lösung für das aufgezeigte Problem bietet die „Auswechslung“ der Komplementärgesellschaft. Die Komplementär-GmbH wird dabei durch eine arbeitnehmerlose SE ersetzt. Die Holding-KG wird damit zur SE & Co. KG. Immer mehr Familienunternehmen entscheiden sich für diese Rechtsform, z.B. Kärcher, Brose oder Festo. Die Auswechslung der Komplementärgesellschaft ermöglicht es, die gesetzliche Zurechnung zu vermeiden und unternehmerisch flexibel zu bleiben – anders als eine GmbH ist die SE nämlich kein erfasstes Unternehmen i.S.d. § 1 MitbestG.

In der Praxis erfolgt die Umstrukturierung regelmäßig in folgenden Schritten:

1. Erwerb einer Vorrats-SE, die keine Arbeitnehmer beschäftigt (Kosten: rund 135.000 EUR, wobei 120.000 EUR als Grundkapital der SE zur Verfügung stehen, der Nettoaufwand also rund 15.000 EUR beträgt);
2. wirtschaftliche Aktivierung der Vorrats-SE;

INHALT

- I. Einleitung
- II. Die Lösung: Die SE & Co. KG als Gestaltungsinstrument
- III. Beteiligungsverfahren nach dem SEBG – und warum es hier nicht greift
 1. Was ist das SEBG?
 2. Warum ist kein Beteiligungsverfahren durchzuführen?
- IV. Was bedeutet das für die Praxis?
- V. Risiko der Strafbarkeit nach §§ 43, 45 Abs. 1 Nr. 2 SEBG
- VI. Umwandlung einer GmbH in eine SE & Co. KG?
- VII. Fazit

3. Eintritt der Vorrats-SE als neue Komplementärin in die KG; gleichzeitiges Ausscheiden der bisherigen Komplementär-GmbH.

Die Auswechslung der Komplementärgesellschaft bietet zugleich die Gelegenheit, die Governance-Struktur im Unternehmen insgesamt zu überarbeiten und anzupassen. Die SE bietet in diesem Zusammenhang zwei Optionen: Zum einen kann das „klassische“ deutsche Modell mit dem Dualismus von Aufsichtsrat und Vorstand gewählt werden. Zum anderen steht das international gebräuchlichere monistische Leitungsprinzip mit einem einheitlichen Board an der Spitze (dem Verwaltungsrat) zur Verfügung. Das Leitungsmodell kann später auch gewechselt werden, ohne dass eine neue SE dafür verwendet werden müsste.

III. Beteiligungsverfahren nach dem SEBG – und warum es hier nicht greift

1. Was ist das SEBG?

Das SE-Beteiligungsgesetz (SEBG) regelt, unter welchen Voraussetzungen Arbeitnehmer bei der Gründung oder Umstrukturierung einer SE beteiligt werden müssen. Das SEBG verlangt vor der Gründung einer SE ein Verhandlungsverfahren mit Arbeitnehmervertretern (§§ 4 bis 21 SEBG). Dies gilt jedoch nur, wenn die SE eigene Arbeitnehmer beschäftigt. Im Übrigen sind Verhandlungsverfahren unter anderem dann (wieder) aufzunehmen, wenn strukturelle Änderungen der SE geplant sind, die sich eignen, Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer zu mindern, vgl. § 18 Abs. 3 SEBG. Voraussetzung für die Wiederaufnahme von Verhandlungen ist in diesem Fall jedoch nach dem Wortlaut des Gesetzes, dass zuvor überhaupt ein Verhandlungsverfahren durchgeführt wurde.

2. Warum ist kein Beteiligungsverfahren durchzuführen?

In der vorgeschlagenen Gestaltung wird eine arbeitnehmerlose Vorrats-SE verwendet. Mangels Beschäftigten ist bei der Gründung der SE deshalb kein Beteiligungsverfahren durchzuführen. Im Zusammenhang mit dem Erwerb der Vorrats-SE (Schritt eins) durch die Holding-KG oder die Kommanditisten der KG kommt es zur sogenannten wirtschaftlichen Neugründung der Vorrats-SE. Das bedeutet: Die SE wird wirtschaftlich aktiviert, indem der Unternehmenssitz verlegt und der Unternehmensgegenstand geändert wird.¹ Das OLG Düsseldorf hatte im Jahr 2009 die Nachholung des Beteiligungsverfahrens in analoger Anwendung der §§ 4, 18 SEBG erwogen, wenn eine Vorrats-SE wirtschaftlich aktiviert wird.²

Auch bezüglich des Eintritts der Komplementär-SE als persönlich haftende Gesellschafterin in die KG (Schritt zwei) wurde die Nachholung eines Beteiligungsverfahrens diskutiert.

Das BAG hat mit seinen beiden Beschlüssen vom 26. November 2024 die analoge Anwendung der §§ 4, 18 SEBG für diese Gestaltung jedoch ausdrücklich ausgeschlossen und klargestellt: Der Austausch einer Komplementär-GmbH durch eine SE löst kein Beteiligungsverfahren nach dem SEBG aus.³ In seinen Beschlüssen stellte das BAG klar, dass §§ 4, 18 SEBG

auf die vorgeschlagene Gestaltung nicht unmittelbar anwendbar seien, weil die Normen die Durchführung eines Beteiligungsverfahrens bei Gründung der SE voraussetzten. Ein solches könne aber in Ermangelung von Arbeitnehmern bei der Gründung einer arbeitnehmerlosen Vorrats-SE nicht durchgeführt werden.

Für die analoge Anwendung der genannten Normen sei wiederum erforderlich, dass der Gesetzgeber planwidrig einen Umstand übersehen habe. Nach Ansicht des BAGs verfolgte der Gesetzgeber mit §§ 4, 18 SEBG den Plan, durch die beiden Vorschriften eine europäische Richtlinie⁴ umzusetzen.⁵ Daher war zu prüfen, ob der europäische Gesetzgeber wiederum eine Regelungslücke planwidrig übersehen habe. Hierzu hatte der EuGH jedoch bereits geurteilt, dass das Fehlen einer europäischen Regelung für eine Nachholung des Beteiligungsverfahrens nicht auf einem Versehen beruhe, sondern eine bewusste Entscheidung des Unionsgesetzgebers sei.⁶

Da demnach weder der europäische noch der nationale Gesetzgeber einer planwidrigen Regelungslücke unterlegen sind, scheidet die analoge Anwendung der Vorschriften konsequenterweise aus.

IV. Was bedeutet das für die Praxis?

Für die Praxis bedeutet dies ein hohes Maß an Rechtssicherheit: Familienunternehmen können den Eintritt in die Mitbestimmung vermeiden, indem sie auf die SE & Co. KG „umstellen“, bevor die Schwelle von 2.000 (deutschen) Arbeitnehmern überschritten wird. Ist die Mitbestimmung eingetreten, entfällt diese durch Auswechslung der Komplementärgesellschaft und Ersetzung durch eine SE.

Praxisbeispiel: Ein Familienunternehmen mit 1.800 Mitarbeitern erwägt mehrere Akquisitionen, durch die der Mitarbeiterstand auf über 2.000 steigen würde. Ohne Umstrukturierung müsste ein paritätisch besetzter Aufsichtsrat eingerichtet werden. Durch den rechtzeitigen Erwerb einer Vorrats-SE und deren Eintritt als Komplementärin kann dies vermieden werden – rechtssicher und ohne Beteiligungsverfahren.

V. Risiko der Strafbarkeit nach §§ 43, 45 Abs. 1 Nr. 2 SEBG

Immer wieder wird diskutiert, ob § 43 SEBG solchen Gestaltungen entgegensteht. Die Norm untersagt, dass eine SE dazu missbraucht wird, den Arbeitnehmern Beteiligungsrechte zu entziehen oder vorzuenthalten. Die genauen Konturen des Missbrauchsbegriffs sind bisher nicht klar von der Rechtsprechung herausgearbeitet worden. Auch das BAG hat in seinen beiden aktuellen Beschlüssen hierzu keine Position bezogen. Nach der überwiegenden Meinung besteht der Missbrauchsbegriff aus einer objektiven und einer subjektiven Komponente. In objektiver Hinsicht muss die Handlung des Arbeitgebers den Zwecken des SEBG zuwiderlaufen und in subjektiver Hinsicht muss die Mitbestimmungsvermeidung das dominierende Ziel der Maßnahme sein. Sachlich nachvollziehbare Rechtfertigungsgründe schließen einen Missbrauch aus.

¹ Winnen, RNotZ 2013, 389 (391).

² OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30. März 2009 – I-3 Wx 248/08 = DNotZ 2009, 699.

³ BAG, Beschluss vom 26. November 2024 – 1 ABR 3/23 und 1 ABR 6/23.

⁴ RL 2001/86/EG.

⁵ BAG 26. November 2024 – 1 ABR 6/23, BeckRS 2024, 43455 Rn. 29.

⁶ EuGH ECLI:EU:C:2024:402 Rn. 51 = NZG 2024, 902 – Konzernbetriebsrat.



Dass der Missbrauchsbegriff und sein Umfang bisher von der Rechtsprechung nicht klar definiert wurden, ist nicht zuletzt deshalb misslich, weil ein vorsätzlicher Verstoß gegen das Missbrauchsverbot einen Straftatbestand nach § 45 Abs. 1 Nr. 2 SEBG darstellt. Die Strafbewehrung hat jedoch zur Folge, dass aufgrund des grundgesetzlich verankerten Bestimmtheitsgebots für Strafnormen (Art. 103 Abs. 2 GG) der Missbrauchsbegriff eng auszulegen ist. Das Bestimmtheitsgebot fordert, dass der Tatbestand von Strafgesetzen so konkret gefasst ist, dass jeder vorhersehen kann, welche Handlungen strafbar sind. Wesentlich ist dabei, dass die Komplementär-SE selbst in der Regel keine Arbeitnehmer beschäftigt und die Holding-KG kein Konzernunternehmen der SE ist. Dies hat zur Folge, dass die Arbeitnehmer der KG der SE rechtlich nicht zugerechnet werden. Vor diesem Hintergrund können Arbeitnehmern der SE auch keine Beteiligungsrechte entzogen oder vorenthalten werden. Doch selbst wenn man die Arbeitnehmer der Holding-KG bzw. die Arbeitnehmer von Tochterunternehmen der Holding-KG in die Prüfung einbeziehen würde, würden ihnen unseres Erachtens durch den Beitritt der SE keine Beteiligungsrechte entzogen werden. Dies gilt auch für den Fall, dass die frühere GmbH & Co. KG nach §§ 4, 5 MitbestG paritätisch mitbestimmt war. Die Zurechnungsnormen §§ 4, 5 MitbestG führen lediglich dazu, dass einer GmbH unter den dort definierten Voraussetzungen die Arbeitnehmer der Holding-KG bzw. von deren Beteiligungsgesellschaften zugerechnet werden. Mit dem Austritt der GmbH aus der KG endet diese Zurechnung und damit auch die Mitbestimmung bei der Komplementär-GmbH. Nicht der Eintritt der SE, sondern der Austritt der GmbH führt folglich zum Verlust der Beteiligungsrechte. Statt einer SE könnte auch eine natürliche Person oder eine Gesellschaft einer ausländischen Rechtsordnung der Holding-KG als Komplementärin beitreten. Das Ergebnis hinsichtlich der Mitbestimmung wäre identisch.

VI. Umwandlung einer GmbH in eine SE & Co. KG?

Schwieriger ist die Vermeidung der unternehmerischen Mitbestimmung, wenn das Familienunternehmen (an der Spitze) als Kapitalgesellschaft (GmbH, AG) organisiert ist. Wird aus einer GmbH eine Personengesellschaft (also z.B. eine SE & Co. KG), dann ändert sich das Steuerregime: Kapitalgesellschaften zahlen Körperschaftsteuer, während bei Personengesellschaften die Gesellschafter direkt mit ihrem persönlichen Einkommen besteuert werden. Steuerlich „blickt“ man also durch die Personengesellschaft hindurch (sogenanntes Transparenzprinzip). Die meisten Familienunternehmer belassen Gewinne zur Eigenfinanzierung des Unternehmenswachstums im Unternehmen. Diese thesaurierten Gewinne können im Zuge der Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft steuerpflichtig werden, da die Rücklagen bei der Umwandlung – vereinfacht gesprochen – als „entnommen“ gelten und darauf Ertragsteuern anfallen.

Allerdings können Familienunternehmen sich in der Rechtsform einer Personengesellschaft – seit dem letzten Jahr aufgrund einer steuerlichen Änderung in § 1a Körperschaftsteuergesetz explizit auch im Zuge eines Formwechsels – bei der Besteuerung wie eine Kapitalgesellschaft behandeln lassen. Das bedeutet: Obwohl das Familienunternehmen zivilrechtlich als Personengesellschaft organisiert ist, wird es steuerlich wie eine GmbH behandelt. Die aufgezeigte Problematik der Besteuerung der Rücklagen lässt sich also vermeiden, wenn im Zuge des Formwechsels aufgrund eines entsprechenden Antrags die Kapitalgesellschaft steuerlich betrachtet fortbesteht.

Zur Risikoabsicherung ist eine detaillierte Einzelfallprüfung und aufgrund der noch relativ neuen Gesetzeslage flankierend eine verbindliche Auskunft beim Finanzamt zu empfehlen. Nach unserer Erfahrung wurden verbindliche Auskünfte in vergleichbaren Fällen vergleichsweise „reibungsfrei“ erteilt.

Ein Formwechsel von der GmbH in eine SE & Co. KG kann also ertragsteuerlich „neutral“ gestaltet werden. Damit stehen auch für GmbHs, die bereits mitbestimmt sind oder für die absehbar eine unternehmerische Mitbestimmung droht, Lösungen zur Vermeidung der Mitsprache von Gewerkschaften im Aufsichtsrat zur Verfügung.

VII. Fazit

Die SE & Co. KG ist ein rechtssicherer Weg, um insbesondere in wachstumsstarken Familienunternehmen langfristig eine unternehmerische Mitbestimmung im Aufsichtsrat zu vermeiden. Vor einer Umsetzung sollten Familienunternehmen die steuerlichen Folgen, die Auswirkungen auf die Governance sowie die Kommunikation gegenüber den Mitarbeitern und Gewerkschaften sorgfältig prüfen und abwägen. ♦



Dr. Christian Klein-Wiele ist Rechtsanwalt und Partner bei Hennerkes, Kirchdörfer & Lorz.

KEYWORDS

Komplementärgesellschaft • Mitbestimmung • Mitbestimmungsgesetz • SE & Co. KG • SEBG • Vorrats-SE

Wir sind ~~wir~~ liquide genug!



Nord Leasing Sale & Lease Back:

Mehr Finanzkraft für den Mittelstand

- ✓ Generiert kurzfristig Liquidität
- ✓ Verbessert die Eigenkapitalquote
- ✓ Hebt stille Reserven für höhere Buchgewinne
- ✓ Rating- und bonitätsunabhängig

www.nordleasing.com

NordLeasing 