

Berlin, November 2003
Stellungnahme Nr. 65 /03

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins

durch den Handelsrechtsausschuss

zum

**Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Ausführung der Verordnung
(EG) Nr.2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut
der Europäischen Gesellschaft (SE)
(SE-Ausführungsgesetz-SEAG)**

Mitglieder des Ausschusses:

Prof. Dr. Michael Hoffmann-Becking (Vorsitzender und Berichterstatter)
Dr. Manfred Balz
Dr. Wolfgang Budde
Dr. Christian Decher
Dr. Hans Friedrich Gelhausen
Dr. Wilhelm Happ
Dr. Georg Hohner
Dr. Hans-Christoph Ihrig (Berichterstatter)
Prof. Dr. Gerd Krieger
Dr. Georg Maier-Reimer
Prof. Dr. Reinhard Marsch-Barner (Berichterstatter)
Dr. Welf Müller
Dr. h.c. Karlheinz Quack
Prof. Dr. Arndt Raupach
Dr. Bodo Riegger (Berichterstatter)
Prof. Dr. Johannes Semler (Berichterstatter)
Prof. Dr. Walter Sigle
Dr. Frank A. Schäfer
Dr. Martin Winter

Zuständiger DAV-Geschäftsführer:

Rechtsanwalt Jens Wagener

Verteiler:

Bundesministerium der Justiz
Bundesministerium der Finanzen
Vorsitzender des Rechtsausschusses des Bundestages
Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins
Landesgruppen und -verbände des DAV
Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des DAV
Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des DAV
Handelsrechtsausschuß des DAV
Bundesrechtsanwaltskammer
Bundesnotarkammer
Deutscher Notarverein
Institut der Wirtschaftsprüfer
Deutscher Richterbund
ÖTV Abt. Richterinnen und Richter
Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz (DSW)
Deutscher Steuerberaterverband
Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI)
Bundesverband der Freien Berufe
ver.di
Deutscher Industrie- und Handelskammertag (DIHK)
Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft
Bundesverband Deutscher Banken
Schutzgemeinschaft der Kleinaktionäre (SdK)
Zeitschrift „Die Aktiengesellschaft“
NZG Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
WM Wertpapiermitteilungen
ZIP Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
Börsenzeitung
Handelsblatt
Frankfurter Allgemeine Zeitung
NJW
Financial Times Deutschland
Deutscher Notarverein
Kommission der Europäischen Gemeinschaften

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 60.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Das Bundesjustizministerium hat am 27. Februar 2003 einen Diskussionsentwurf für das deutsche Ausführungsgesetz zur EG-Verordnung 2157/2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE-VO) vorgelegt. Ein Entwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit zur Umsetzung der EG-Richtlinie 2001/86 über die Arbeitnehmerbeteiligung bei der Europäischen Gesellschaft (SE) liegt noch nicht vor. Beide Teilentwürfe sollen in einem Artikelgesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG) zusammengefasst werden, das vor dem Inkrafttreten der SE-Verordnung am 8. Oktober 2004 verabschiedet sein muss.

Zu dem Diskussionsentwurf eines SE-Ausführungsgesetzes (SEAG) nimmt der DAV durch den Handelsrechtsausschuss wie folgt Stellung:

Abschnitt 1: Allgemeine Vorschriften

§ 1 Anzuwendende Vorschriften

Die Vorschrift ist § 1 EWiR-Ausführungsgesetz nachgebildet und soll die Frage klären, welches sachliche Recht auf eine SE mit Sitz in Deutschland Anwendung findet. Diese Frage wird jedoch, ebenso wie die Anwendbarkeit des nachrangig nach den Bestimmungen der SE-VO anwendbaren Sachrechts, bereits abschließend durch das Gemeinschaftsrecht in Art. 9 SE-VO entschieden. Die vorgeschlagene Vorschrift beschränkt sich im Übrigen auf das Verhältnis zwischen der SE-VO und dem SEAG und spricht das Verhältnis zum Aktienrecht nicht an. Der DAV schlägt vor, die Norm entweder auf die Bestimmung des Anwendungsbereiches des SEAG wie folgt zu beschränken:

"Dieses Gesetz findet auf Europäische Gesellschaften (SE) mit Sitz im Inland Anwendung."

oder auch das Verhältnis zum Aktienrecht klarzustellen, etwa wie folgt:

"Auf eine Europäische Gesellschaft (SE) mit Sitz im Inland sind die für die Aktiengesellschaft geltenden Vorschriften anzuwenden, soweit sich nicht aus der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) (Verordnung) oder aus diesem Gesetz etwas anderes ergibt."

§ 2 Sitz

Die Vorschrift, mit der von der Ermächtigung in Art. 7 Satz 2 SE-VO Gebrauch gemacht werden soll, stimmt inhaltlich mit § 5 Abs. 2 AktG überein. Das ist sachgemäß im Sinne eines möglichst weitgehenden Gleichlaufs in der rechtlichen Normierung von SE und AG. Die Frage ist nur, ob Art. 7 Satz 2 SE-VO die vorgesehene Fassung gestattet. Der Mitgliedstaat kann nach der Verordnung vorschreiben, dass Sitz und Hauptverwaltung am selben Ort sein müssen. Das erlaubt nur die folgende Regelung:

"Die Satzung der SE hat als Sitz den Ort zu bestimmen, wo die Verwaltung geführt wird."

§ 3 Eintragung

Auf diese Vorschrift kann verzichtet werden, da sich das Erfordernis der Eintragung im Handelsregister bereits aus Art. 12 Abs. 1 SE-VO ergibt.

§ 4 Zuständigkeiten

1. In Ausführung des Regelungsauftrags in Art. 68 Abs. 2 SE-VO erklärt der Entwurf in Satz 1 das nach § 125 FGG bestimmte (Register-)Gericht zum zuständigen Gericht für einzelne in der SE-VO bezeichnete Aufgaben. Das ist sachgemäß. § 125 FGG regelt aber nur die sachliche Zuständigkeit, die örtliche Zuständigkeit des Registergerichts am Sitz der Gesellschaft ergibt sich aus § 14 AktG. Um den Regelungsauftrag des Art. 68 Abs. 2 VO vollständig zu erfüllen, sollte auch § 14 AktG genannt werden. Ob § 14 AktG ohnehin über Art. 9 Abs. 1 c) ii) SE-VO gelten würde, ist zweifelhaft.
2. In Satz 2 bleibt unklar, ob durch den Verweis auf Art. 54 Abs. 2 SE-VO ein Recht des in § 145 FGG bestimmten Registergerichts zur Einberufung der Hauptversammlung begründet werden soll oder ob, wie es die Begründung nahe legt, lediglich auf das Verfahren nach § 122 Abs. 3 AktG (gerichtliche Ermächtigung einer Aktionärsminorität zur Einberufung) verwiesen wird. Gegen letztere Deutung spricht, dass die gerichtliche Ermächtigung der Minorität zur Einberufung in Art. 55 Abs. 3 Satz 1 SE-VO gesondert geregelt wird. Die Bezugnahme auf Art. 54 Abs. 2 sollte deshalb gestrichen werden.

Abschnitt 2: Gründung einer SE

Die Regelungen in den Unterabschnitten 1 und 2 des 2. Abschnitts enthalten zahlreiche an das Umwandlungsgesetz angelehnte Regelungen zur Gründung einer SE mit Sitz im Inland durch Verschmelzung oder Holding-Bildung. Der Entwurf lässt die Frage offen, ob diese Bestimmungen auch auf an der Gründung beteiligte Gesellschaften ("Gründungsgesellschaften") anwendbar sein sollen, die dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterliegen. Es sollte vorsorglich klargestellt werden, dass dies nicht gewollt ist. Die Klarstellung kann im Rahmen der Bestimmung des Anwendungsbereichs in § 1 oder jeweils in den Unterabschnitten 1 und 2 des 2. Abschnitts erfolgen.

Unterabschnitt 1: Verschmelzung

§ 5 Bekanntmachung

Keine Anmerkung

§ 6 Verbesserung des Umtauschverhältnisses

1. Ausschluss der Anfechtung

In Anlehnung an § 14 Abs. 1 UmwG sollen Aktionärsklagen gegen den Verschmelzungsbeschluss "der (besser: einer) sich verschmelzenden Gesellschaft", die auf eine Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses gestützt werden, ausgeschlossen sein; stattdessen soll die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses im Spruchverfahren überprüft werden. Wenn sich im Spruchverfahren die Unangemessenheit herausstellt, soll ein Ausgleich durch bare Zuzahlung erfolgen.

Dieses Konzept entspricht den Regelungen in §§ 14, 15 UmwG in Verbindung mit dem neuen Spruchverfahrensgesetz. Für die Aktionäre der (deutschen) übertragenden AG gelten die Regelungen der §§ 14, 15 UmwG ohnehin auf Grund der umfassenden Verweisung auf das nationale Verschmelzungsrecht in Art. 18 SE-VO. Aber der Entwurf geht in § 6 einen wesentlichen Schritt weiter und will den Ausschluss der Anfechtung, das Spruchverfahren und die bare Ausgleichszahlung auch auf die Aktionäre der (deutschen) übernehmenden AG erstrecken, die durch die Verschmelzung zur SE wird. Das entspricht zwar einer im deutschen Umwandlungsrecht verbreiteten und insbesondere vom Handelsrechtsausschuss des DAV wiederholt erhobenen rechtspolitischen Forderung (WM 1993 Sonderbeilage 2 Rz. 49 ff, NZG 2000, 802/803, BB 2003 Beilage 4 S. 9). Dennoch sollte von einer solchen Regelung im SE-AG abgesehen werden. Die Bemühungen um eine Ausweitung des Spruchverfahrens auf die Bewertungsgrüge bei der übernehmenden Gesellschaft im Verschmelzungsrecht (§ 14 UmwG) müssen mit der entsprechenden Fragestellung bei Unternehmensverträgen (§§ 304, 305 AktG) und Kapitalerhöhungen (§ 255 Abs. 2 AktG) koordiniert werden. Es macht wenig Sinn, eine punktuelle Regelung für die Verschmelzung zur SE zu treffen, ohne das Problem auch im UmwG und AktG zu lösen. Außerdem fehlt in der vorgeschlagenen Regelung ein Wahlrecht der Gesellschaft, statt des Barausgleichs zusätzliche Aktien zu gewähren.

2. Ermächtigungsgrundlage für Spruchverfahren

Für die SE bedarf die Einführung des Spruchverfahrens einer besonderen Ermächtigungsgrundlage in der SE-VO, für die nur Art. 24 Abs. 2 SE-VO in Betracht kommt.

Art. 24 Abs. 2 SE-VO ermächtigt die Mitgliedstaaten zum Erlass von Schutzvorschriften für Minderheitsaktionäre, beschränkt diese Möglichkeit aber auf Vorschriften zum "Schutz der Minderheitsaktionäre, die sich gegen die Verschmelzung ausgesprochen haben". Eine auf Art. 24 Abs. 2 SE-VO gestützte Einführung eines Spruchverfahrens für die Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft kann deshalb nur ein Antragsrecht für diejenigen Aktionäre vorsehen, die der Verschmelzung widersprochen haben. Art. 24 Abs. 2 SE-VO rechtfertigt auch nicht eine inter omnes-Wirkung der Entscheidung im Spruchverfahren zugunsten der Aktionäre der übernehmenden deutschen Gesellschaft, die weder einen Antrag gestellt noch Widerspruch erhoben haben. Auf Art. 24 Abs. 2 SE-VO kann somit nur eine Regelung entsprechend dem früheren § 352 c AktG a.F. gestützt werden.

Es bleibt die Frage, ob über Art. 25 Abs. 3 SE-VO ein Verzicht auf das Widerspruchserfordernis und eine inter omnes-Wirkung der Entscheidung gerechtfertigt werden können. Art. 25 Abs. 3 SE-VO macht die Anwendung des nationalen Spruchverfahrens bei der an der Verschmelzung beteiligten deutschen Gesellschaft von der Zustimmung des ausländischen Verschmelzungspartners abhängig. Das kann man auch auf ein Spruchverfahren bei der deutschen übernehmenden Gesellschaft beziehen, wenngleich der letzte Satz von Art. 25 Abs. 3 SE-VO darauf hindeutet, dass die Verfasser nur ein Verfahren bei der übertragenden Gesellschaft vor Augen hatten, dessen Ergebnis von der ausländischen übernehmenden Gesellschaft und deren Aktionären hingenommen werden muss. Aber selbst wenn man über Art. 25 Abs. 3 SE-VO auch ein Spruchverfahren bei der deutschen übernehmenden Gesellschaft durch die Zustimmung der ausländischen übertragenden Gesellschaft legitimieren kann, ist damit noch nicht die Begrenzung des Art. 24 Abs. 2 SE-VO auf die widersprechenden Aktionäre überwunden. Die Begründung zu § 6 des Entwurfs greift jedenfalls zu kurz, wenn sie aus der Anerkennung des deutschen Spruchverfahrens in Art. 25 Abs. 3 SE-VO kurzerhand schließt, es sei geboten, auf das Widerspruchserfordernis zu verzichten. Ein Spruchverfahren kann es auch mit dem Erfordernis des Widerspruchs geben.

3. Redaktionelle Empfehlungen

- a) Nach § 6 Abs. 4 des Entwurfs hat das Gericht auf Antrag des Aktionärs, der die Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses rügt, eine angemessene bare Zuzahlung zu bestimmen. Diese Vorschrift soll nach der Begründung des Entwurfs das Bindeglied zwischen dem materiellen Zahlungsanspruch und der gerichtlichen Nachprüfung des Umtauschverhältnisses im Spruchverfahren darstellen. Es wäre hilfreich, wenn zu diesem Zweck im Gesetzestext ausdrücklich auf das Spruchverfahren Bezug genommen würde. Im Übrigen genügt es nicht, dass der Aktionär eine Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses

"geltend macht", um das Gericht zur Bestimmung einer Zuzahlung zu verpflichten. Stattdessen sollte es heißen, dass der Aktionär die Festsetzung einer barem Zuzahlung im Spruchverfahren beantragen kann. Da das Spruchverfahren bislang im nationalen Recht nicht für die Bewertungsrüge des Aktionärs der übernehmenden Gesellschaft eröffnet ist, bedarf es außerdem – wenn diese Ausdehnung entgegen der vorstehenden Empfehlung vorgesehen werden soll - einer ausdrücklichen Erweiterung des Anwendungsbereichs des Spruchverfahrensgesetzes durch das SE-AG.

- b) Die Anwendbarkeit des Spruchverfahrens für deutsche Gründungsgesellschaften steht im Übrigen, wie bereits erwähnt, nach Art. 25 Abs. 3 SE-VO unter dem Vorbehalt der Zustimmung des oder der ausländischen Partner. Danach findet ein "Verfahren zur Kontrolle und Änderung des Umtauschverhältnisses der Aktien" nur dann Anwendung, wenn die anderen sich verschmelzenden Gesellschaften in Mitgliedstaaten, in denen ein derartiges Verfahren nicht besteht, bei der Zustimmung zum Verschmelzungsplan ausdrücklich akzeptieren, dass die Aktionäre der deutschen Gründungsgesellschaft auf dieses Verfahren zurückgreifen können. Dieser Zustimmungsvorbehalt sollte vorsorglich in § 6 ausdrücklich klargestellt werden.
- c) Für den Fall, dass eine ausländische Gründungsgesellschaft die erforderliche Zustimmung verweigert hat, verbleibt es bei der Möglichkeit des Aktionärs, sich gegen ein nach seiner Meinung unangemessenes Umtauschverhältnis durch Anfechtungsklage zur Wehr zu setzen. Der Anfechtungsausschluss in § 6 Abs. 1 des Entwurfs gilt deshalb nur, wenn durch die Zustimmung des ausländischen Partners das Spruchverfahren eröffnet ist; dieser Vorbehalt sollte in § 6 vermerkt werden.

Um bei fehlender Zustimmung zum Spruchverfahren unliebsame "Blockaden" der SE-Gründung durch Bewertungsrügen auszuschließen, ist das Freigabeverfahren des § 16 Abs. 3 UmwG jedenfalls in seiner jetzigen Ausgestaltung in aller Regel ungeeignet (s. dazu die Vorschläge des Handelsrechtsausschusses des DAV zur Änderung des UmwG in NZG 2000, 802/803). Es ist deshalb zu erwägen, für den hier erörterten Fall der Gründung einer SE durch Verschmelzung auf eine deutsche AG, bei der mangels Zustimmung des ausländischen Partners kein Spruchverfahren stattfinden kann, in § 16 Abs. 3 UmwG zugunsten der Gesellschaft Beweiserleichterungen vorzusehen, soweit es um die Unbegründetheit von Bewertungsrügen geht.

- d) Der Anspruch auf bare Zuzahlung (besser: bare Ausgleichszahlung, wenn auch eine Zahlung an die Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft in Betracht kommen soll) ist nach § 6 Abs. 3 des Entwurfs von der Bekanntmachung der eingetragenen Verschmelzung an mit jährlich "zwei vom Hundert über dem Basiszinssatz" zu verzinsen. Zur Klarstellung und in Anpassung an die Formulierung in § 288 BGB sollte der Zinssatz mit "zwei Prozentpunkten über dem Basiszinssatz" bestimmt werden.
- e) § 6 Abs. 4 des Entwurfs bestimmt keine Antragsfrist für den Antrag auf gerichtliche Bestimmung einer angemessenen baren Ausgleichszahlung. Nach § 4 SpruchverfahrensG kann der Antrag binnen drei Monaten seit dem Tag gestellt werden, an dem die Eintragung der Verschmelzung als bekannt gemacht gilt. Nach § 19 Abs. 3 Satz 2 UmwG gilt die Verschmelzung mit dem Ablauf des Tages als bekannt gemacht, an dem das letzte der die Bekanntmachung über die Verschmelzung enthaltenden Blätter erschienen ist. Unter Umständen kann es so zur Relevanz der Bekanntmachung in einem ausländischen, den inländischen Aktionären nur schwer zugänglichen Publikationsorgan kommen. Für die Bestimmung der Antragsfrist zur Einleitung eines Spruchverfahrens sollte aber an einen leicht ermittelbaren Zeitpunkt angeknüpft werden. Deshalb sollte für die durch Verschmelzung entstandene SE an die Bekanntmachung der für die jeweilige inländische Gründungsgesellschaft maßgeblichen Bekanntmachung nach Art. 28 SE-VO, § 19 Abs. 3 Satz 1 UmwG angeknüpft werden. Um den maßgeblichen Zeitpunkt gemeinschaftsweit transparent und bestimmbar zu machen, könnte statt dessen auch erwogen werden, für den Fristbeginn auf den Zeitpunkt der Veröffentlichung der Eintragung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften abzustellen.

§ 7 Abfindungsangebot im Verschmelzungsplan

Im Rahmen der Verschmelzungsgründung sieht § 7 einen Anspruch auf Barabfindung für diejenigen Aktionäre vor, die gegen den Verschmelzungsbeschluss Widerspruch zur Niederschrift erklärt haben. Die Ausgestaltung der Vorschrift ist an den Anspruch auf Barabfindung nach § 29 UmwG angelehnt, der allerdings nur bei Verschmelzung auf eine Gesellschaft anderer Rechtsform oder eine Gesellschaft mit Verfügungsbeschränkungen gewährt wird. § 7 des Entwurfs geht wesentlich weiter und sieht eine Barabfindung auch für die Aktionäre einer deutschen AG vor, die als aufnehmende Gesellschaft zu einer SE mit Sitz in Deutschland wird oder als übertragende Gesellschaft auf eine SE mit Sitz in Deutschland verschmolzen wird.

In diesen Fällen ist aber ein Abfindungsanspruch nicht gerechtfertigt. Eine SE mit Sitz im Inland entspricht weitgehend einer Aktiengesellschaft; jedenfalls sind die Unterschiede nicht derart groß, dass ein Austrittsrecht gegen Barabfindung eingeräumt werden müsste. Deshalb sieht der Entwurf mit Recht kein Austrittsrecht für den Fall vor, dass die (deutsche) SE durch Umwandlung einer (deutschen) AG nach Art. 37 SE-VO entsteht. Folgerichtig sollte das Austrittsrecht bei der Gründung durch Verschmelzung auf die Fälle beschränkt

werden, in denen die deutsche AG auf eine SE mit Sitz im Ausland verschmolzen wird oder die Anteile an der übernehmenden Gesellschaft im Gegensatz zu den Anteilen an der übertragenden Gesellschaft vinkuliert sind. Die Beschränkung des Austrittsrechts auf den Fall des grenzüberschreitenden "Wegzugs" einer deutschen Gesellschaft durch Verschmelzung auf eine ausländische SE dürfte mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar sein.

Wenn es dennoch bei dem vorstehend kritisierten weiten Anwendungsbereich für den Abfindungsanspruch nach § 7 bleiben sollte, muss zumindest sichergestellt werden, dass die Umwandlung einer deutschen AG in eine SE durch Verschmelzung einer ausländischen Konzerntochter auf die deutsche Gesellschaft nicht zur Barabfindungspflicht gegenüber widersprechenden Aktionären der übernehmenden Gesellschaft führt. Dabei sollte als Konzernverschmelzung nicht nur die Verschmelzung einer 100%-Tochtergesellschaft verstanden werden, sondern in Anlehnung an § 62 UmwG eine Beteiligung von 90 % genügen.

Auch der Anspruch auf Barabfindung nach § 7 steht unter dem Vorbehalt des Art. 25 Abs. 3 SE-VO, also der Zustimmung des oder der ausländischen Verschmelzungspartner im Verschmelzungsplan. Ebenso wie zur Einführung des Spruchverfahrens zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses nach § 6 sollte auch zur Barabfindung nach § 7 klargestellt werden, dass die Geltung dieser Regelungen die Zustimmung nach Art. 25 Abs. 3 SE-VO voraussetzt.

Schließlich ist bei einer börsennotierten Gesellschaft das Verhältnis zur Angebotspflicht nach dem WpÜG zu bedenken (dazu näher nachfolgend in der Vorbemerkung 3 zur Holding-SE). Ein Kontrollerwerb im Sinne des WpÜG kann auch durch Verschmelzung erfolgen.

§ 8 Gläubigerschutz

1. Anspruch auf Sicherheitsleistung

Liegt der künftige Sitz der SE im Ausland, so soll die SE nach § 8 Satz 1 iVm. § 12 Abs. 1 Satz 1 verpflichtet sein, den Gläubigern der Gesellschaft Sicherheit für ihre rechtzeitig angemeldeten und noch nicht fälligen Forderungen zu leisten. Die Bestimmung ist an § 22 UmwG angelehnt, gewährt jedoch abweichend von dieser Vorschrift den Anspruch auf Sicherheitsleistung bereits in einem wesentlich früheren Stadium der Verschmelzung, nämlich nach Bekanntgabe des Verschmelzungsplans. Diese Sonderregelung ist nach der Begründung des Entwurfs angeblich mit Art. 24 Abs. 1 SE-VO vereinbar. Art. 24 Abs. 1 SE-VO bestimmt indessen, dass hinsichtlich der Gläubigerinteressen das für Aktiengesellschaften in dem betreffenden Mitgliedstaat geltende Recht anzuwenden ist. Damit steht die Anwendung von § 22 UmwG verbindlich fest. Es ist auch nicht ersichtlich, welche besonderen Schwierigkeiten bestehen sollen, wenn Gläubiger bei Anwendung des § 22 UmwG ihre Forderungen bei der bereits entstandenen SE mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat anmelden müssen. Auch die Durchsetzung des Anspruchs auf Sicherheitsleistung ist in einem solchen Fall möglich. Allein die Notwendigkeit, in einem anderen Mitgliedstaat Klage

erheben zu müssen, rechtfertigt eine Sonderregelung jedenfalls nicht. Der DAV schlägt deshalb vor, § 8 Satz 1 des Entwurfs ersatzlos zu streichen und es insoweit bei der Anwendung von § 22 UmwG, auf den Art. 18 SE-VO verweist, zu belassen.

2. Überprüfung der Anspruchserfüllung

Nach § 8 Satz 2 des Entwurfs stellt das zuständige Gericht die nach Art. 25 Abs. 2 SE-VO für die Eintragung der Verschmelzung erforderliche Bescheinigung nur aus, wenn "allen Gläubigern, die nach Satz 1 einen Anspruch auf Sicherheitsleistung haben, eine angemessene Sicherheit geleistet wurde." Will man entgegen der vorstehenden Kritik an § 8 Satz 1 des Entwurfs festhalten, sollten die Voraussetzungen für die Erteilung einer Bescheinigung genauer bestimmt werden. Es soll nämlich nach § 12 des Entwurfs nicht genügen, dass die Gläubiger "einen Anspruch haben", sie müssen diesen darüber hinaus auch bei der Gesellschaft angemeldet haben, um Sicherheitsleistung beanspruchen zu können. Außerdem stellt sich vorrangig die Frage, ob der Gläubigerschutz überhaupt als "Formalität" im Sinne des Art. 25 Abs. 2 SE-VO angesehen werden kann, deren Nichterfüllung der Ausstellung der Bescheinigung und damit der Eintragung der SE entgegensteht.

Unterabschnitt 2: Gründung einer Holding-SE

Vorbemerkungen

1. Gründungsgesellschafter

Der SE-VO ist nicht unmittelbar zu entnehmen, wer als Gründer der Holding-SE anzusehen ist. In Betracht kommen entweder die beteiligten Gründungsgesellschaften (die durch die Gründung der Holding-SE zu Tochtergesellschaften der SE werden) oder die Anteilsinhaber dieser Gesellschaften. Die SE-VO scheint den Gründungsgesellschaften diese Rolle zuzuweisen. Denn in den Art. 32, 33 SE-VO ist wiederholt von "den die Gründung anstrebenden Gesellschaften" die Rede. Zur Vermeidung von Auslegungszweifeln kann man erwägen, die Gründungsgesellschaften ausdrücklich als die Gründer der SE zu bestimmen, obwohl nicht sie, sondern ihre Anteilsinhaber die Sacheinlagen erbringen. Dem Konzept der Gründung einer Holding-SE nach der SE-VO entspricht es nämlich mehr, die Gründungsgesellschaften und nicht ihre Anteilsinhaber mit den besonderen Pflichten und Haftungsrisiken der Gründer zu belasten. Demgemäß könnte die folgende Vorschrift aufgenommen werden:

"Für die Anwendung der Gründungsvorschriften des AktG gelten die Gründungsgesellschaften als Gründer der Holding-SE."

Die Holding-Gründung ist nach der SE-VO als Sachgründung konzipiert. Um die Anwendung des für die Sachgründung einer AG und damit wegen der Verweisung in Art. 15 SE-VO auch für die SE-Gründung geltenden § 27 Abs. 1 Satz 1 AktG praktikabel zu machen, empfiehlt sich außerdem die folgende Bestimmung:

"Die Personen der Sacheinleger sind abweichend von § 27 Abs. 1 Satz 1 AktG im Fall der Holding-Gründung nicht in der Satzung aufzuführen."

2. Höhe des Gründungskapitals

Die SE kann bereits eingetragen werden, wenn die Gesellschafter der Gründungsgesellschaften innerhalb der Dreimonatsfrist des Art. 33 Abs. 1 SE-VO den nach dem Gründungsplan für jede Gesellschaft festgelegten Mindestprozentsatz der Gesellschaftsanteile eingebracht haben. Deshalb können auch noch nach Eintragung der SE Anteilsinhaber der Gründungsgesellschaften ihre Anteile in die SE einbringen, solange die Dreimonatsfrist oder die Nachfrist gemäß Art. 33 Abs. 2 SE-VO noch nicht abgelaufen ist. Insofern erinnert die Konzeption der Holding-Gründung an die im deutschen Recht nicht mehr zulässige Stufengründung einer AG. Bei der Anmeldung der SE zum Handelsregister kann in der gemäß § 37 Abs. 4 AktG beizufügenden Satzung der SE die endgültige Höhe des Grundkapitals noch nicht angegeben werden, weil erst mit Ablauf der Nachfrist feststeht, wie viele Anteile im Rahmen der Holding-Gründung in die SE eingebracht werden und welche Grundkapitalziffer sich hieraus für die SE ergibt.

Art. 33 Abs. 4 SE-VO sieht zwar vor, dass die Gesellschafter, die ihre Anteile zum Zwecke der Gründung der SE einbringen, Aktien der SE erhalten. Aber die Vorschrift bestimmt – anders als Art. 29 Abs. 1 Buchst. b) SE-VO für die Verschmelzung - nicht, dass die Anteilsinhaber der Gründungsgesellschaften automatisch mit Eintragung der SE Aktionäre der SE werden. Vielmehr bleibt die Frage, auf welche Weise sie Aktionäre der Holding-SE werden, offen. Deshalb bedarf es einer ergänzenden Regelung durch das Recht des einzelnen Mitgliedstaats..

Die Problematik sollte mit dem im Aktiengesetz bereits angelegten Instrumentarium gelöst werden. Zu denken ist in erster Linie an die Möglichkeit eines bedingten Kapitals in der Gründungssatzung. Die Holding-SE könnte dann mit der im Zeitpunkt der Anmeldung bereits bestimmbar Grundkapitalziffer eingetragen werden, während die Gesellschafter, die ihre

Anteile erst zu einem späteren Zeitpunkt SE einbringen, ihre Aktien aus dem bedingten Kapital erhalten. Demgemäß wäre eine Bestimmung in das SEAG aufzunehmen, wonach abweichend von § 192 Abs. 3 AktG bereits die Gründungssatzung einer Holding-SE mit Sitz im Inland ein bedingtes Kapital vorsehen kann, das ausschließlich dem Zweck dient, Aktien an einbringende Anteilsinhaber der Gründungsgesellschaften auszugeben, und das - ohne Beschränkung auf die Hälfte des Grundkapitals – die Ausgabe von Aktien in dem dafür erforderlichen Umfang ermöglicht. In Abweichung von § 201 Abs. 1 AktG müsste zudem bestimmt werden, dass unverzüglich nach Ablauf der Nachfrist des Art. 33 Abs. 3 SE-VO das Leitungsorgan zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden hat, in welchem Umfang Bezugsaktien im Rahmen der Holding-Gründung ausgegeben worden sind.

3. Verhältnis zum WpÜG

Die Holding-SE erwirbt wegen Art. 32 Abs. 2 Satz 4 SE-VO zwingend mindestens 50 % der Anteile an den Gründungsgesellschaften und damit die Kontrolle über diese. Hat eine Gründungsgesellschaft ihren Sitz in Deutschland und sind ihre Anteile zum Handel an einem organisierten Markt im Europäischen Wirtschaftsraum zugelassen, stellt sich die Frage, ob die Holding-SE nach dem Kontrollerwerb zur Abgabe eines Pflichtangebots nach § 35 WpÜG verpflichtet ist.

Der Gesetzesentwurf äußert sich nicht zur Anwendbarkeit des WpÜG. Die in § 9 und § 10 des Entwurfs vorgesehenen Sicherungen für die Anteilsinhaber der Gründungsgesellschaften können darauf hindeuten, dass das WpÜG nach den Vorstellungen der Verfasser des Entwurfs nicht anwendbar sein soll. Das ist jedoch zweifelhaft. Aus den Regelungen in Art. 33 SE-VO lässt sich ein Ausschluss der übernahmerechtlichen Angebotspflicht nach Kontrollerwerb jedenfalls nicht entnehmen, denn Art. 33 SE-VO regelt nur die gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen für die Entstehung der Holding-SE. Rechtlich wäre der deutsche Gesetzgeber, solange die 13. Übernahmerrichtlinie nicht erlassen ist, zwar in der Lage, die Anwendbarkeit von § 35 WpÜG für den Fall des Kontrollerwerbs durch Bildung einer Holding-SE (oder durch Verschmelzung auf eine SE, s. oben zu § 7) im SEAG auszuschließen. Aber es wäre sachgemäßer und würde jedenfalls den geltenden deutschen Schutzsystemen besser entsprechen, die Angebotspflicht nach § 35 WpÜG unberührt zu lassen und auf ein besonderes gesellschaftsrechtliches Austrittsrecht, wie es in § 10 des Entwurfs vorgesehen ist, zu verzichten (dazu noch nachfolgend zu § 10). In jedem Fall sollte sich der Gesetzgeber zur Frage der Anwendbarkeit des WpÜG auf die Gründung einer SE durch Holding-Bildung eindeutig äußern.

4. Erforderliche Beschlussmehrheit

Im Fall der Holding-Gründung haben nach Art. 32 Abs. 6 SE-VO die Hauptversammlungen bzw. – sofern es sich bei den Gründungsgesellschaften um GmbHs handelt – die Gesellschafterversammlungen der Gründungsgesellschaften über den Gründungsplan zu beschließen. Die erforderliche Beschlussmehrheit wird durch die SE-VO nicht festgesetzt. Auch der Entwurf des SE-AG äußert sich zu diesem Punkt nicht. Da weder das Aktiengesetz noch das GmbH-Gesetz Regelungen für diese Gestaltung bereit halten, sollte die Beschlussmehrheit durch das SE-AG geregelt werden, um unnötige Rechtsunsicherheit zu vermeiden.

Eine einfache Stimmenmehrheit sollte ausreichen, da die Anteilsinhaber – anders als bei der Verschmelzungsgründung – nicht gezwungen sind, ihre Anteile in die Holding-SE einzubringen. Für die einfache Mehrheit spricht auch, dass Art. 32 Abs. 2 SE-VO nur die Einbringung von mindestens der Hälfte der Aktien einer Gründungsgesellschaft als Voraussetzung für die Holding-SE verlangt.

§ 9 Verbesserung des Umtauschverhältnisses

Nach § 9 Abs. 1 des Entwurfs soll jeder Anteilsinhaber der die Gründung anstrebenden Gesellschaft von der Holding-SE einen Ausgleich durch bare Zuzahlung verlangen können, wenn bei der Gründung der Holding-SE das Umtauschverhältnis der Anteile nicht angemessen festgelegt wurde. Die Überprüfung des Umtauschverhältnisses soll, wie sich aus der Verweisung des § 9 Abs. 2 auf § 6 Abs. 4 ergibt, im Spruchverfahren erfolgen.

Bei der Holding-Gründung erfolgt zwar keine zwangsweise Einbringung der Anteile in die SE, vielmehr können die Gesellschafter der Gründungsgesellschaften wählen, ob sie ihre Anteile in die SE einbringen oder in der Gründungsgesellschaft verbleiben wollen. Dennoch erscheint es zweckmäßig, eine gerichtliche Überprüfung anzubieten, um auszuschließen, dass die Gründung der Holding-SE durch Streitigkeiten über Bewertungsfragen blockiert wird. Die Frage ist nur, welchen Anteilsinhabern dieses Recht zukommen soll: den Anteilsinhabern, die ihre Anteile eingebracht haben, oder den bei der Gründungsgesellschaft verbliebenen Anteilsinhabern oder beiden Gruppen?

Nach dem Entwurf sollen beide Gruppen die Überprüfung beantragen und bei Feststellung der Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses einen Ausgleich durch bare Zuzahlung verlangen können. Das ist weder einleuchtend noch durch die SE-VO gedeckt. Was zunächst die Anteilsinhaber betrifft, die sich für den Umtausch entschieden haben, macht die Überprüfung mit dem möglichen Ergebnis einer baren Zuzahlung zwar Sinn, aber Art. 34 SE-VO erlaubt nur den Erlass von mitgliedstaatlichen Vorschriften "zum Schutz der die Gründung ablehnenden Minderheitsgesellschafter", also nicht zum Schutz der Gesellschafter, die der Holdinggründung zustimmen und sich lediglich die Möglichkeit einer Überprüfung des Umtauschverhältnisses erhalten wollen. Was umgekehrt die Anteilsinhaber betrifft, die sich gegen den Umtausch entschieden haben, besteht zum einen kein Rechtsschutzinteresse für eine Überprüfung des Umtauschverhältnisses und zum anderen ist nicht ersichtlich, welcher Vermögensnachteil durch eine "bare Zuzahlung" ausgeglichen werden sollte.

§ 10 Abfindungsangebot im Gründungsplan

§ 10 will den Anteilshabern, die gegen den Zustimmungsbeschluss zum Gründungsplan Widerspruch erklärt haben, einen Anspruch auf Barabfindung ihrer Anteile einräumen. Diese Regelung bedeutet einen Konzerneingangsschutz für die in der Gründungsgesellschaft verbleibenden Anteilshaber. Ob die Regelung gerechtfertigt ist, hängt zunächst von der vorstehend erörterten Frage ab, ob der Konzerneingangsschutz für eine börsennotierte Gesellschaft sachgerecht und ausreichend durch die Angebotspflicht nach § 35 WpÜG gewährleistet wird. Ein darüber hinausgehender Konzerneingangsschutz bei lediglich faktischer Konzernierung durch ein Austrittsrecht gegen Barabfindung wäre ein Bruch mit dem geltenden Schutzsystem des deutschen Gesellschaftsrechts. Die Gefahren, die für den Anteilshaber der faktischen Konzerntochter bestehen, sind bei einer Holding-SE mit Sitz in Deutschland nicht größer als bei einer deutschen AG als Konzernobergesellschaft. Die vorgesehene Regelung widerspricht deshalb der rechtspolitischen Wertung, wie sie – jedenfalls bislang – im AktG und WpÜG zum Ausdruck kommt. § 10 sollte deshalb gestrichen werden.

Abschnitt 3: Sitzverlegung

§ 11 Abfindungsangebot im Verlegungsplan

Der Entwurf will ähnlich wie bei der Gründung durch Verschmelzung auch für den Fall der grenzüberschreitenden Sitzverlegung einer SE den widersprechenden Aktionären die Möglichkeit gewähren, gegen eine angemessene Barabfindung aus der Gesellschaft auszuscheiden. Hierzu regelt § 11 iVm. § 7 des Entwurfs – gestützt auf die Ermächtigung in Art. 8 Abs. 5 SE-VO – eine Barabfindung sowie deren Überprüfung im Spruchverfahren. Damit soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass die SE maßgeblich durch das Recht des Sitzstaates geprägt ist und die grenzüberschreitende Sitzverlegung wie ein Rechtsformwechsel wirkt. Ebenso wie bei der Verschmelzung einer deutschen Gesellschaft auf eine ausländische SE besteht in der Tat ein ausreichendes Schutzbedürfnis für einen Barabfindungsanspruch des widersprechenden Anteilshabers. Der Vorschrift ist deshalb zuzustimmen.

Die Regelung in § 11 Abs. 1 Satz 2 ist allerdings gegenstandslos und sollte entfallen. Die Anwendung der Vorschriften des Aktiengesetzes über den Erwerb eigener Aktien kommt nicht in Betracht, denn nach der Grenzüberschreitung unterliegt die Gesellschaft nicht mehr den deutschen Vorschriften.

§ 12 Gläubigerschutz

Zugunsten der Gläubiger der SE, die ihren Sitz ins Ausland verlegt, sollen besondere Schutzregeln gelten, die an § 22 UmwG angelehnt sind. Nach Bekanntgabe des Verlegungsplans sollen die Gläubiger Sicherheit verlangen können, wenn sie glaubhaft machen, dass durch die Sitzverlegung die Erfüllung ihrer Forderungen gefährdet wird. Gegen dieses Gläubigerschutzkonzept bestehen Bedenken:

Zum einen ist zweifelhaft, ob ein besonderes, gerade auf der Sitzverlegung der Gesellschaft beruhendes Sicherungsinteresse anerkannt werden kann. Die Verlagerung von Vermögenswerten ins Ausland ist eine permanente Gefahr für Gläubiger, der durch die gemeinschaftsweiten Bestimmungen der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates entgegengewirkt wird. Hinzu kommt, dass in Art. 8 Abs. 16 SE-VO die SE für alle Altverbindlichkeiten, die vor ihrer Sitzverlegung begründet wurden, weiter als Gesellschaft des Wegzugstaates gilt.

Eine spezifisch auf der Sitzverlegung der SE beruhende Gefahr für die Gläubiger ist allein hinsichtlich unterschiedlicher mitgliedstaatlicher Schutzniveaus bei der Kapitalaufbringung und -erhaltung gegeben. Insoweit bestehen jedoch aufgrund der Kapitalschutzrichtlinie stark aneinander angegliche nationale Regelungen. Ein besonderer Sicherheitsanspruch der Gläubiger sollte deshalb auf Fälle eines eklatanten Gefälles des Schutzniveaus zwischen Wegzugs- und Zuzugsstaat beschränkt werden.

Schließlich ist zweifelhaft, ob Art. 8 Abs. 7 SE-VO überhaupt eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage für einen besonderen Gläubigerschutz darstellt.

Abschnitt 4: Aufbau der SE

Unterabschnitt 1: Dualistisches System

Vorbemerkungen

1. Generalverweisung auf das AktG

Zur SE mit dualistischer Führungsstruktur kann sich der Entwurf auf wenige Regelungen beschränken, da diese Struktur für die deutsche AG bereits umfassend geregelt ist und die für die deutsche AG geltenden Rechtsvorschriften nach der Generalverweisung in Art. 9 Abs. 1 c ii SE-VO subsidiär auf die SE anwendbar sind. Demgemäß greifen die §§ 13 bis 17 des Entwurfs lediglich einige in der SE-VO eingeräumte Ermächtigungen auf, um bei einer SE mit dualistischem System einen möglichst weitgehenden Gleichlauf mit der AG herzustellen.

2. Nicht ausgenutzte Ermächtigungen

In dem Entwurf werden mehrere Ermächtigungen der SE-VO nicht ausgenutzt. Dies wird damit begründet, dass es sich dabei um Regelungen handele, die vom geltenden deutschen Aktienrecht abweichen. Ein vollständiger Gleichlauf zwischen dem Recht der dualistisch verfassten SE und dem Recht der AG erleichtert die Einfügung der SE in das geltende System der deutschen Gesellschaftsformen. Es ist aber zu bedenken, dass die deutsche SE auch für ausländische Partner attraktiv sein soll. Das kann dafür sprechen, in das deutsche Ausführungsgesetz möglichst viele der Optionen zu übernehmen, welche die SE-VO aufgrund entsprechender Wünsche aus anderen EU-Mitgliedstaaten anbietet.

Der Entwurf will von den folgenden Ermächtigungen der SE-VO keinen Gebrauch machen:

- Nach Art. 39 Abs. 1 Satz 2 SE-VO kann ein Mitgliedstaat unter denselben Voraussetzungen, wie sie für Aktiengesellschaften in dem betreffenden Mitgliedstaat gelten, vorsehen, dass ein oder mehrere Geschäftsführer die laufenden Geschäfte in eigener Verantwortung führt oder führen. Von dieser Ermächtigung, die auf einen Wunsch Schwedens zurückgeht, wird im Entwurf mit Recht nicht Gebrauch gemacht. Das deutsche Aktienrecht unterscheidet nicht zwischen der Leitung der Gesellschaft durch den Vorstand und der Führung der laufenden Geschäfte durch Geschäftsführer. Für eine solche Gestaltung, die der einheitlichen Gesamtverantwortung aller Mitglieder des Leitungsorgans widersprechen würde, ist kein Bedürfnis erkennbar.
- Nach Art. 39 Abs. 2 Unterabsatz 2 SE-VO können die Mitgliedstaaten eine Satzungsregelung gestatten, wonach die Mitglieder des Leitungsorgans nicht vom Aufsichtsrat, sondern von der Hauptversammlung bestellt und abberufen werden. Auch von dieser Ermächtigung will der Entwurf keinen Gebrauch machen. Das sollte noch einmal überdacht werden. Für eine deutsche SE, die nicht der Mitbestimmung unterliegt und nicht börsennotiert ist, könnte es dem Satzungsgeber freigestellt werden, die Zuständigkeit für die Bestellung und Abberufung der Vorstandsmitglieder vom Aufsichtsrat auf die Hauptversammlung zu verlagern.
- Art. 47 Abs. 1 Satz 1 SE-VO sieht vor, dass auch Gesellschaften oder andere juristische Personen Mitglieder des Leitungs- oder Aufsichtsorgans sein können, wenn die Satzung dies vorsieht und das nationale Recht für Aktiengesellschaften nichts anderes bestimmt. Eine solche Organmitgliedschaft sehen andere Rechtsordnungen wie z.B. die französische für die AG schon heute vor. In Deutschland kann eine juristische Person zum Abwickler einer AG bestellt werden (§ 265 Abs. 2 Satz 3 AktG). Bei der KGaA ist anerkannt, dass eine juristische Person Komplementär sein kann. Juristische Personen als Mitglieder des Leitungsorgans wären also nicht derart systemwidrig, dass schon deshalb von der Ermächtigung der SE-VO kein Gebrauch gemacht werden sollte. Gleichwohl dürfte für einen solchen Schritt kein praktisches Bedürfnis bestehen. Außerdem würde dies wegen der Verweisung des Art. 47 Abs. 1 Satz 1 SE-VO auf das nationale Aktienrecht erfordern, dass auch für den Vorstand der AG die Mitgliedschaft einer juristischen Person zugelassen würde, wozu keine Veranlassung besteht.

3. Amtszeiten der Organmitglieder

Ein vollständiger Gleichlauf einer dualistisch strukturierten deutschen SE mit dem Aktiengesetz ist jedenfalls in dem folgenden Punkt nicht erreichbar: Nach Art. 46 Abs. 1 SE-VO werden die Mitglieder der Organe für einen in der Satzung festgelegten Zeitraum, der sechs Jahre nicht überschreiten darf, bestellt. Die SE-VO enthält keine Ermächtigung, von dieser Regelung abzuweichen. Daraus ergeben sich zwei Differenzen zwischen SE und AG: Die Satzung der deutschen SE muss anders als die Satzung der AG zwingend die Amtszeit für Organmitglieder festlegen (wobei unklar ist, ob die Festlegung einer Höchstdauer ausreicht und in diesem Rahmen die Bestimmung der individuellen Amtszeit dem Bestellungsorgan überlassen werden kann), und zum zweiten beträgt die höchstmögliche Amtszeit abweichend von §§ 84, 102 AktG nicht fünf, sondern sechs Jahre.

§ 13 Wahrnehmung der Geschäftsleitung durch Mitglieder des Aufsichtsorgans

Die Vorschrift macht von der Ermächtigung in Art. 39 Abs. 3 SE-VO Gebrauch und entspricht im Wesentlichen § 105 Abs. 2 AktG. Dabei spricht der Entwurf zunächst von "Abstellung" und dann von "Bestellung". Hier sollte einheitlich – wie im AktG – nur der Begriff der "Bestellung" verwandt werden. Die Regelung in § 105 Abs. 2 Satz 4 AktG, wonach das in den Vorstand delegierte Mitglied nicht dem gesetzlichen Wettbewerbsverbot der Vorstandsmitglieder unterliegt, wird dabei nicht aufgegriffen. Um auch insoweit den Gleichlauf mit dem Aktienrecht zu wahren, sollte besser umfassend auf § 105 Abs. 2 AktG verwiesen werden. Die einzige Abweichung zwischen Art. 39 Abs. 3 SE-VO und § 105 Abs. 2 AktG liegt dann darin, dass Art. 39 SE-VO nur die "Abstellung" eines Mitglieds erlaubt, während § 105 Abs. 2 AktG die Bestellung "einzelner" Mitglieder erlaubt.

§ 13 kann demgemäß wie folgt gefasst werden:

"Ein Mitglied des Aufsichtsorgans kann in entsprechender Anwendung von § 105 Abs. 2 AktG zur Wahrnehmung der Aufgaben eines Mitglieds des Vorstands bestellt werden."

§ 14 Zahl der Mitglieder des Leitungsorgans

Keine Anmerkung.

§ 15 Zahl der Mitglieder des Aufsichtsorgans

Nach Art. 40 Abs. 3 SE-VO können die Mitgliedstaaten die Zahl der Mitglieder des Aufsichtsorgans oder deren Höchst- und/oder Mindestzahl festlegen. § 15 Abs. 1 des Entwurfs macht davon Gebrauch und deckt sich wortgleich mit der Regelung der Mindest- und Höchstzahl der Aufsichtsratsmitglieder in § 95 Satz 1 bis 4 AktG. Einfacher wäre eine schlichte Verweisung auf diese Vorschriften des AktG:

"Für die Zahl der Mitglieder des Aufsichtsorgans gilt § 95 Satz 1 bis 4 AktG entsprechend."

§ 16 Informationsverlangen einzelner Mitglieder des Aufsichtsorgans

Keine Anmerkung.

§ 17 Festlegung zustimmungsbedürftiger Geschäfte durch das Aufsichtsorgan

Nach Art. 48 Abs. 1 Satz 1 SE-VO "werden" in der Satzung der SE die zustimmungspflichtigen Geschäfte aufgeführt. Nach Satz 2 können die Mitgliedstaaten jedoch vorsehen, dass im dualistischen System das Aufsichtsorgan selbst bestimmte Arten von Geschäften von seiner Zustimmung abhängig machen kann. Das ist wohl so zu verstehen, dass der durch Satz 1 bestimmte Zwang, in der Satzung zustimmungsbedürftige Geschäfte festzulegen, durch die nach Satz 2 erlaubte Zuweisung der Kompetenz an den Aufsichtsrat aufgehoben wird. Wenn der deutsche Gesetzgeber von der Ermächtigung in Satz 2 Gebrauch macht, entsteht damit im Ergebnis eine Rechtslage, wie sie vor der Änderung von § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG für die deutsche AG bestand.

Die im Entwurf vorgesehene Formulierung ("ungeachtet der Festlegung zustimmungsbedürftiger Geschäfte durch die Satzung nach Art. 48 Abs. 1 Satz 1") kann dahin missverstanden werden, dass unverändert ein Zwang zur Festlegung zustimmungsbedürftiger Geschäfte in der Satzung bestehen soll, was sicherlich nicht gewollt ist. Deshalb wird die folgende Fassung vorgeschlagen:

"Das Aufsichtsorgan kann selbst bestimmte Arten von Geschäften von seiner Zustimmung abhängig machen."

Unterabschnitt 2: Monistisches System

Vorbemerkungen

1. Gestaltungsfreiheit

Für die SE gilt zwingend die Freiheit des Satzungsgebers, zwischen dem dualistischen und dem monistischen System zu wählen (Art. 38 Buchst. b SE-VO). Da das monistische System im deutschen Gesellschaftsrecht bislang nicht ausgeprägt ist, muss der deutsche Gesetzgeber von der Ermächtigung des Art. 43 Abs. 4 SE-VO Gebrauch machen und Vorschriften für eine nach dem monistischen System strukturierte SE erlassen. Aber er tut gut daran, sich auf das unbedingt notwendige Mindestmaß an Regelungen zu beschränken und den Gesellschaften soweit als möglich Gestaltungsfreiheit zu gewähren. Erst und nur soweit sich in der Praxis erweisen sollte, dass in einzelnen Punkten engere gesetzliche Vorgaben erforderlich sind, sollte der Gesetzgeber mit detaillierteren Regelungen nachhelfen.

Der vorliegende Entwurf folgt nicht dieser Empfehlung, sondern regelt in §§ 18 bis 46 die Verhältnisse des Verwaltungsrats und der geschäftsführenden Direktoren bis in alle Einzelheiten. Dadurch wird die Gestaltungsfreiheit unnötig eingeschränkt.

2. Verwaltungsrat/geschäftsführende Direktoren

Der Entwurf will die Einsetzung von geschäftsführenden Direktoren zwingend vorschreiben (§ 24 Abs. 1) und ihre Rechtsstellung weitgehend der Stellung von Vorstandsmitgliedern einer AG annähern. Auch Dritte, die dem Verwaltungsrat nicht angehören, sollen zu geschäftsführenden Direktoren bestellt werden können. Der Verwaltungsrat soll in seiner Leitungsaufgabe darauf beschränkt sein, die Grundlinien der Tätigkeit der Gesellschaft zu bestimmen und deren Umsetzung zu überwachen (§ 21 Abs. 1). Die gesetzliche Vertretung der Gesellschaft soll sogar ausschließlich den geschäftsführenden Direktoren obliegen (§ 25 Abs. 1), während der Verwaltungsrat – wie der Aufsichtsrat gegenüber dem Vorstand der AG – nur Vertretungsmacht zur Vertretung der Gesellschaft gegenüber den geschäftsführenden Direktoren besitzen soll (§ 25 Abs. 5).

Dieses Konzept ist ersichtlich darauf angelegt, das Verhältnis zwischen Verwaltungsrat und geschäftsführenden Direktoren weitestgehend nach dem Muster Aufsichtsrat/Vorstand zu gestalten und dadurch – mit einem Seitenblick auf die Mitbestimmung – aus dem monistischen ein verdeckt dualistisches System zu machen. Das beschränkt über Gebühr die Gestaltungsfreiheit der Gesellschaften und ist in der vorgesehenen Ausgestaltung auch mit der SE-VO nicht vereinbar:

- Es ist unklar, auf welche Ermächtigungsgrundlage der Entwurf seine Regelungen zu den geschäftsführenden Direktoren stützen will. Art. 43 Abs. 1 Satz 2 SE-VO erlaubt die Einführung von Geschäftsführern für die laufenden Geschäfte nur unter den Voraussetzungen, wie sie das nationale Aktienrecht für die Bestellung von solchen Geschäftsführern vorsieht. Da das deutsche Aktienrecht eine besondere Kategorie von Geschäftsführern für das laufende Geschäft nicht kennt, spricht einiges dafür, dass der deutsche Gesetzgeber von Art. 43 Abs. 1 Satz 2 SE-VO nicht Gebrauch machen kann, es sei denn, er würde auch das Aktiengesetz entsprechend ändern.

Deshalb will sich der vorliegende Entwurf mit den Regelungen zu den geschäftsführenden Direktoren vermutlich nicht auf Art. 43 Abs. 1 Satz 2 SE-VO, sondern auch insoweit auf Art. 43 Abs. 4 SE-VO stützen, wonach der deutsche Gesetzgeber, dessen Aktienrecht keine Vorschriften über ein monistisches System enthält, "entsprechende Vorschriften in Bezug auf SE" erlassen kann. Die Frage ist nur, wie weit diese Ermächtigung reicht. Jedenfalls kann sich der deutsche Gesetzgeber nicht über Art. 38 b) SE-VO hinwegsetzen, wonach die SE über ein einziges Verwaltungsorgan verfügt. Das verbietet eine Organqualität von geschäftsführenden Direktoren, die nicht dem Verwaltungsrat angehören. Da die geschäftsführenden Direktoren ein exekutives Teil-Organ des Verwaltungsrats sein sollen, muss auf die Beteiligung Dritter verzichtet werden.

- Zulässig ist dagegen eine Differenzierung zwischen Verwaltungsratsmitgliedern, was ihre Befugnis zur externen Geschäftsführung und Vertretung betrifft, insbesondere eine Beschränkung der Vertretungsmacht auf einzelne Mitglieder des Verwaltungsrats. Die Unterscheidung zwischen exekutiven und nicht-exekutiven Mitgliedern des einheitlichen Verwaltungsorgans ist in monistischen Systemen durchweg anzutreffen. Der vorliegende Entwurf geht jedoch zu weit, wenn er in § 24 die Bestellung geschäftsführender Direktoren zwingend vorschreibt. Jedenfalls für nicht der Mitbestimmung unterliegende Gesellschaften sollte das Gesetz von einem solchen Zwang absehen.

3. Aufbau der gesetzlichen Regelung

Wenn das Gesetz – wie vorstehend vorgeschlagen – der Satzung freistellt, geschäftsführende Direktoren einzuführen, liegt es nahe, im Gesetz zunächst alle Fragen des einheitlichen Verwaltungsrats zu behandeln, also die §§ 18 bis 23 und 30 bis 43 des Entwurfs zusammenzufassen und erst danach die Vorschriften über geschäftsführende Direktoren anzufügen. Aber selbst bei einer obligatorischen Bestellung von geschäftsführenden Direktoren, wie sie der Entwurf vorsieht, würde es der Klarheit dienen, die beiden Gremien getrennt abzuhandeln.

Zu den einzelnen Bestimmungen des Entwurfs

§ 18 Anzuwendende Vorschriften

Es ist methodisch einleuchtend, wenn im ersten Schritt alle Vorschriften des Aktiengesetzes zu Vorstand und Aufsichtsrat, also die §§ 76 bis 116 AktG, für unanwendbar erklärt werden. Andererseits kann zu vielen Themen, z.B. zum Statusverfahren über die Zusammensetzung des Verwaltungsrats (§§ 30, 31), zur Entsendung und Abberufung von Mitgliedern des Verwaltungsrats (§§ 32, 33), zur gerichtlichen Bestellung von Verwaltungsratsmitgliedern (§ 34) und zur inneren Ordnung des Verwaltungsrats (§§ 38, 39, 40, 41) durch weitreichende Verweisungen auf das AktG eine erhebliche Vereinfachung des Gesetzestextes erreicht werden. Außerdem wird dadurch sichergestellt, dass für die Auslegung und Anwendung des Gesetzes Rechtsprechung und Schrifttum zu den in Bezug genommenen Vorschriften des AktG heranzuziehen sind.

§ 19 Zahl der Mitglieder des Verwaltungsrats

Die Vorschrift lehnt sich an § 95 AktG an, gewährt allerdings insoweit mehr Gestaltungsfreiheit, als bei einer Gesellschaft mit einem Grundkapital von weniger als 3 Mio. EUR auch eine Besetzung mit weniger als drei Mitgliedern zulässig sein soll und eine höhere Mitgliederzahl nicht durch drei teilbar sein muss. Noch besser wäre es, der Satzung vollständige Freiheit einzuräumen und nur bei fehlender Satzungsregelung eine Besetzung mit drei Mitgliedern vorzuschreiben:

"Der Verwaltungsrat besteht aus drei Mitgliedern. Die Satzung kann etwas anderes bestimmen."

§ 20 Zusammensetzung des Verwaltungsrats

Die sachgerechte Vorschrift entspricht § 96 AktG. Sachgerecht ist insbesondere die Einführung des Statusverfahrens als Voraussetzung für eine Änderung der Zusammensetzung des Verwaltungsrats.

§ 21 Aufgaben und Rechte des Verwaltungsrats

1. In Absatz 1 Satz 1 wird versucht, die Aufgaben zu umschreiben, die der Verwaltungsrat auch dann selbst wahrnehmen muss, wenn er die Führung der laufenden Geschäfte auf geschäftsführende Direktoren delegiert hat. Dieser Versuch ist nicht gelungen und sollte besser auch gar nicht unternommen werden. Er ist systematisch nicht erforderlich, und zwar unabhängig davon, ob geschäftsführende Direktoren zur Erledigung der laufenden Geschäfte zu bestellen sind oder nicht. In jedem Fall bleibt es bei der umfassenden Formulierung des Art. 43 Abs. 1 Satz 1 SE-VO: Der Verwaltungsrat führt die Geschäfte der SE. Falls aus der Mitte des Verwaltungsrats geschäftsführende Direktoren bestellt werden, führen sie die laufenden Geschäfte zwar in eigener haftungsmäßiger Verantwortung, aber nach Maßgabe der Richtlinien und Weisungen des Verwaltungsrats, so dass der Verwaltungsrat auch in diesem Fall als einziges Leitungsorgan die gesamte Geschäftsführung der Gesellschaft inhaltlich bestimmt.
2. Die in Abs. 1 Satz 2 angesprochene entsprechende Anwendung von § 83 AktG braucht nicht speziell geregelt zu werden; es genügt eine pauschale Bezugnahme auf die Vorschriften des AktG, die das Verhältnis des Vorstands zur Hauptversammlung betreffen, so dass z.B. auch § 118 Abs. 2 Satz 1 AktG auf den Verwaltungsrat anwendbar wird.
3. Die in Abs. 2, 3 und 4 geregelten speziellen Rechte und Pflichten des Verwaltungsrats in Analogie zum Vorstand oder zum Aufsichtsrat der AG sollten ebenfalls durch eine Bezugnahme auf das AktG ersetzt werden. Eine umfassende Verweisung ist in Abs. 5 Satz 1 vorgesehen. Danach erübrigt sich die spezielle Regelung zur Einberufung der Hauptversammlung in Abs. 2, weil sich die Zuständigkeit des Verwaltungsrats aus der analogen Anwendung von § 111 Abs. 3 AktG (als Quasi-Aufsichtsrat) und aus § 121 Abs. 2 AktG (als Quasi-Vorstand) ergibt. Abs. 3 Satz 1 und 2 ist ohnehin gegenstandslos, da der Verwaltungsrat als geschäftsführendes Organ selbstverständlich über alle Bücher und Schriften der Gesellschaft verfügt und darin Einsicht nehmen kann, also gar keine Bezugnahme auf die entsprechenden Rechte des Aufsichtsrats nach § 111 Abs. 2 AktG erforderlich ist. Auch die Pflichten des Verwaltungsrats bei einem Verlust in Höhe der Hälfte des Grundkapitals sowie bei Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit ergeben sich ohne weiteres aus

der pauschalen Verweisung in Abs. 5 Satz 1 auf § 92 AktG, so dass auch die in Abs. 4 vorgesehene Regelung überflüssig ist.

§ 22 Persönliche Voraussetzungen der Mitglieder des Verwaltungsrats

1. Die Vorschrift entspricht § 100 Abs. 2 AktG und legt die Hindernisse für eine Mitgliedschaft im Verwaltungsrat ebenso fest, wie sie für Aufsichtsratsmitglieder im Aufsichtsrat einer AG gelten. Auch in diesem Fall ist die wortgleiche Wiedergabe der Regelung des AktG nicht erforderlich und eher irreführend. Es fehlt nämlich die Übernahme von § 100 Abs. 1 AktG, also die Beschränkung der Mitgliedschaft im Verwaltungsrat auf natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige und nicht einer Betreuung unterliegende Personen. § 100 Abs. 1 AktG gilt aber auch für den Verwaltungsrat der SE. § 100 Abs. 1 und § 76 Abs. 3 Satz 1 und 2 AktG enthalten nämlich insoweit "das für Aktiengesellschaften maßgebliche Recht des Sitzstaats der SE" im Sinne von Art. 47 Abs. 1 Satz 1 SE-VO. Die Satzung der SE ist demnach so lange gehindert, eine Mitgliedschaft von juristischen Personen im Verwaltungsrat zu gestatten, so lange das deutsche Aktienrecht für Vorstand und Aufsichtsrat an der Beschränkung auf natürliche Personen festhält.
2. Bei der Übernahme von § 100 AktG durch die detaillierte Vorschrift des § 22 Abs. 1 des Entwurfs fehlt auch die Doppelanrechnung der Vorsitzenden-Mandate nach § 100 Abs. 2 Satz 3 AktG, ohne dass dazu in der Begründung des Entwurfs etwas gesagt wird. Ein sachlicher Grund, die Doppelanrechnung nicht zu übernehmen, ist nicht ersichtlich.
3. Die Beschränkungen des § 76 Abs. 3 Satz 3 und 4 AktG werden zwar für geschäftsführende Direktoren (§ 24 Abs. 1 Satz 4 des Entwurfs), aber nicht für Mitglieder des Verwaltungsrats in Bezug genommen. Für Verwaltungsratsmitglieder gelten diese Beschränkungen unmittelbar über die Verweisung auf das nationale Recht in Art. 47 Abs. 2 SE-VO. Eine Klarstellung wäre angezeigt.

§ 23 Verträge mit Mitgliedern des Verwaltungsrats

1. Die Überschrift sollte geändert werden, da jedenfalls die Vergütung des Aufsichtsrats der AG nach heute überwiegender Auffassung nicht auf einem vertraglichen Anstellungsverhältnis, sondern auf einem gesetzlichen Schuldverhältnis beruht, das durch die Bestellung und die Annahme des Amtes zustande kommt und dessen Inhalt u.a. durch die in der Satzung oder in einem Hauptversammlungsbeschluss festgesetzte Vergütung bestimmt wird. Es sollte deshalb ein umfassendere Überschrift gewählt werden, etwa

"Rechtsverhältnisse der Mitglieder des Verwaltungsrats".

Wenn der Titel so weit gefasst wird, empfiehlt es sich, auch die in § 43 des Entwurfs vorgesehene Haftungsregelung in entsprechender Anwendung von §§ 93, 116 AktG an dieser Stelle zu regeln (was systematisch ohnehin richtiger wäre).

2. Man kann zweifeln, ob die grundsätzliche Unentgeltlichkeit der Aufsichtsrats Tätigkeit, wie sie in der "Kann"-Bestimmung des § 113 Abs. 1 Satz 1 AktG deutlich wird, auch für Mitglieder des geschäftsführenden Verwaltungsrats passt. Es könnte festgelegt werden:

"Die Mitglieder des Verwaltungsrats erhalten für ihre Tätigkeit eine Vergütung, die in der Satzung festgesetzt oder von der Hauptversammlung bewilligt wird. Sie soll in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben der Verwaltungsratsmitglieder und zur Lage der Gesellschaft stehen."

3. Die besondere Vergütung für die exekutiven Mitglieder des Verwaltungsrats ("geschäftsführende Direktoren") sollte durch die nicht-exekutiven Mitglieder festgesetzt werden können. Das ist als Ausnahme von der Zuständigkeit der Hauptversammlung zu regeln.

§ 24 Geschäftsführende Direktoren

1. Nach Abs. 1 Satz 1 muss der Verwaltungsrat einen oder mehrere geschäftsführende Direktoren bestellen. Statt dessen sollte es heißen, dass der Verwaltungsrat aus seiner Mitte geschäftsführende Direktoren bestellen kann. Für die einzelne SE sollte, wie vorstehend dargelegt, eine möglichst weitgehende Gestaltungsfreiheit bestehen.
2. Abs. 1 Satz 2 ist schief formuliert, da der Verwaltungsrat stets und notwendig aus geschäftsführenden Mitgliedern besteht. Wenn die Personalunion auf die Hälfte der Verwaltungsratsmitglieder zahlenmäßig beschränkt werden soll, kann das wie folgt formuliert werden:

"Mitglieder des Verwaltungsrats, jedoch weniger als die Hälfte der Mitglieder, können zu geschäftsführenden Direktoren bestellt werden."

3. Da Dritte nicht als Mitglieder des Exekutiv-Organs, sondern nur mittels Prokura vertretungsberechtigt sein können, sollte die in Abs. 1 Satz 4 vorgesehene Geltung von § 76 Abs. 3 AktG für geschäftsführende Direktoren, die nicht dem Verwaltungsrat angehören, gestrichen werden.
4. Abs. 2 Satz 1 geht zu weit. Die geschäftsführenden Direktoren führen nicht umfassend die Geschäfte der Gesellschaft, sondern sie können nur bestellt werden, um zur Entlastung des Verwaltungsrats die laufenden Geschäfte zu führen und die Gesellschaft nach außen zu vertreten. Wenn klar ist, dass die

geschäftsführenden Direktoren den Richtlinien und Weisungen des Verwaltungsrats unterliegen, und zwar nicht nur bei der Bestimmung der "Grundlinien" für die Geschäftsführung der Gesellschaft, sondern auch in Einzelfragen, und wenn weiterhin klargestellt wird, dass der Verwaltungsrat auch bei der Delegation von Aufgaben der laufenden Geschäftsführung auf geschäftsführende Direktoren für die gesamte Leitung der Gesellschaft verantwortlich bleibt, kann es der Satzung und, soweit die Satzung schweigt, dem Verwaltungsrat selbst überlassen bleiben, wie eng oder weit er die Grenzen der Aufgabenzuweisung an die geschäftsführenden Direktoren zieht.

Deshalb sollte auch in § 24 darauf verzichtet werden, einzelne Aufgaben der geschäftsführenden Direktoren aufzulisten, da dadurch nicht nur die Gestaltungsfreiheit für die Organisation der einzelnen Gesellschaft unnötig eingeschränkt wird, sondern auch fälschlich der Eindruck erweckt wird, der Verwaltungsrat sei der entsprechenden Pflichten ledig. So kann z.B. der Verwaltungsrat entgegen Abs. 2 Satz 3 des Entwurfs nicht von der Verpflichtung freigestellt werden, ein Überwachungssystem iSv. § 91 Abs. 2 AktG einzurichten.

5. Das Gesetz sollte auch auf nähere Regelungen zur inneren Ordnung eines mehrköpfigen Gremiums geschäftsführender Direktoren verzichten. Es genügt eine Klausel, wonach die Satzung oder – im Rahmen der Satzung – der Verwaltungsrat eine Geschäftsordnung für die geschäftsführenden Direktoren erlassen und Einzelfragen der Geschäftsordnung bindend regeln kann.
6. Entgegen Abs. 3 ist es Sache des Verwaltungsrats, dafür zu sorgen, dass er seinen gesetzlichen Verpflichtungen aus § 92 AktG nachkommen kann.
7. Die vorgesehene Regelung zur Geschäftsordnung ist viel zu detailliert und zu eng an § 77 Abs. 2 AktG angelehnt. Statt dessen sollte sich das Gesetz – wie vorstehend dargelegt – mit einer pauschalen Kompetenzregelung zugunsten der Satzung und des Verwaltungsrats begnügen.
8. Das in Abs. 5 Satz 1 vorgesehene Recht des Verwaltungsrats zur jederzeitigen Abberufung der geschäftsführenden Direktoren ist sachgerecht, weil dadurch die personelle Unterordnung der geschäftsführenden Direktoren unter dem Verwaltungsrat verdeutlicht wird.
9. Abs. 6 sollte gestrichen werden. Es ist Sache des Verwaltungsrats, die Berichtspflichten der geschäftsführenden Direktoren festzulegen. Dabei muss er sich nicht notwendig an das Schema des § 90 AktG halten, sondern kann die Berichtspflichten flexibel entsprechend den besonderen Verhältnissen der Gesellschaft und den Anforderungen ihres Geschäfts bestimmen.

10. Auch die in Abs. 7 vorgesehene Bezugnahme auf die §§ 86 bis 89 AktG kann entfallen. § 86 AktG gilt ohnehin nicht mehr. Für die Gestaltung der Anstellungsverhältnisse der geschäftsführenden Direktoren gilt im Übrigen das allgemeine Dienstvertragsrecht. Wichtig ist nur, dass insoweit der Verwaltungsrat, handelnd durch die nicht-exekutiven Mitglieder, für den Abschluss der Verträge zuständig ist. Das sollte über § 25 Abs. 5 des Entwurfs hinaus verdeutlicht werden.
11. Die in Abs. 8 vorgesehene entsprechende Anwendung der für Vorstandsmitglieder geltenden Haftungsvorschrift des § 93 AktG erübrigt sich, wenn ausschließlich Verwaltungsratsmitglieder, für die § 93 AktG unmittelbar gilt, zu geschäftsführenden Direktoren bestellt werden können.
12. Abs. 9 ist überflüssig.

§ 25 Vertretung

1. Die Vertretungsmacht der geschäftsführenden Direktoren als Teilorgan des Verwaltungsrats ist eine organschaftliche Vertretungsmacht. Dritten kann dagegen – ganz gleich wie man sie bezeichnet – Vertretungsmacht nur als rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht durch den Verwaltungsrat verliehen werden.
2. § 25 regelt richtig verstanden nur die organschaftliche ("gesetzliche") Vertretung der Gesellschaft durch den Verwaltungsrat. Wenn – wie hier vorgeschlagen – die Bestellung von geschäftsführenden Direktoren freigestellt wird, muss im Gesetz vorrangig die Vertretung der Gesellschaft durch den "undifferenzierten" Verwaltungsrat geregelt werden.

§ 26 Zeichnung durch geschäftsführende Direktoren

Vorrangig sollte die Zeichnung durch Verwaltungsratsmitglieder in Anlehnung an § 79 AktG geregelt werden:

"Verwaltungsratsmitglieder zeichnen für die Gesellschaft, indem sie der Firma der Gesellschaft oder der Benennung des Verwaltungsrats ihre Namensunterschrift hinzufügen."

Für die Zeichnung durch geschäftsführende Direktoren sollte der Zusatz "Geschäftsführende(r) Direktor(en)" vorgeschrieben werden.

§ 27 Angaben auf Geschäftsbriefen

Die Bestimmung entspricht weitgehend § 80 AktG. Die geschäftsführenden Direktoren aufzuführen, ist sachgerecht. Fraglich ist nur, ob es genügt, den Vorsitzenden des Verwaltungsrats zu nennen. Unter diesem – wie auch anderen – Aspekten wäre zu prüfen, wie die romanischen Länder und die Schweiz dieses Problem lösen.

§ 28 Beschränkung der Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis

Die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsbefugnis der geschäftsführenden Direktoren kann in Anlehnung an die Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht des Prokuristen geregelt werden. Es fehlt dann noch die – gedanklich vorrangige – Klarstellung der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht der Verwaltungsratsmitglieder.

Bei der Aufzählung der von den geschäftsführenden Direktoren zu beachtenden Anweisungen und Beschränkungen in Abs. 2 (oder an anderer geeigneter Stelle) sollte klargestellt werden, dass der Verwaltungsrat gegenüber den geschäftsführenden Direktoren unbeschränkt zu Richtlinien und Weisungen befugt ist.

§ 29 Bestellung durch das Gericht

Die Bestimmung entspricht § 85 AktG. Sie ist sachgerecht.

§ 30 Bekanntmachung über die Zusammensetzung des Verwaltungsrats

§ 31 Gerichtliche Entscheidung über die Zusammensetzung des Verwaltungsrats

Die ausführlichen Regelungen zum Statusverfahren können durch Bezugnahmen auf die §§ 97 bis 99 AktG wesentlich verkürzt werden.

§ 32 Bestellung der Mitglieder des Verwaltungsrats

1. Die Mitglieder des Verwaltungsrats werden nach Art. 43 Abs. 3 Satz 1 SE-VO von der Hauptversammlung bestellt, soweit es sich nicht um die durch die Satzung erfolgte Bestellung der Mitglieder des ersten Verwaltungsorgans handelt. Abs. 2 verweist auf diese zwingende Regelung der SE-VO.
2. Wegen des zwingenden Charakters des Art. 43 Abs. 3 Satz 1 SE-VO ist zweifelhaft, ob Entsendungsrechte für bestimmte Aktionäre oder die jeweiligen Inhaber bestimmter Aktien begründet werden können, wie dies in Abs. 2 in Anlehnung an § 101 Abs. 2 AktG vorgesehen ist. Wenn man Entsendungsrechte für zulässig hält, kann die Regelung im deutschen Ausführungsgesetz durch eine Bezugnahme auf § 101 Abs. 2 AktG vereinfacht werden.
3. Die in Abs. 3 vorgesehene Regelung über Ersatzmitglieder entspricht § 101 Abs. 3 AktG und ist sachgerecht. Auch hier stellt sich die Frage, ob nicht der Einfachheit halber auf § 101 Abs. 3 AktG verwiesen werden soll.

§ 33 Abberufung der Mitglieder des Verwaltungsrats

Die vorgesehene Regelung entspricht wortgleich § 103 Abs. 1 bis 4 AktG. Demgemäß genügt es, § 103 Abs. 1 bis 4 AktG für entsprechend anwendbar zu erklären.

§ 34 Bestellung durch das Gericht

Auch für die gerichtliche Bestellung von Verwaltungsratsmitgliedern sollte generell auf § 104 AktG verwiesen werden.

§ 35 Nichtigkeit der Wahl von Verwaltungsratsmitgliedern

Auch hier stellt sich die Frage, ob die gesetzliche Regelung durch eine Bezugnahme auf § 250 AktG vereinfacht werden kann.

§ 36 Anfechtung der Wahl von Verwaltungsratsmitgliedern

§ 37 Wirkung des Urteils

Insofern erklärt der Entwurf mit Recht die §§ 251, 252 AktG für entsprechend anwendbar.

§ 38 Innere Ordnung des Verwaltungsrats

1. In § 38 und den anschließenden Vorschriften der §§ 39 bis 41 des Entwurfs werden die innere Ordnung des Verwaltungsrats und sein Verfahren in weitgehender Anlehnung an die Regelungen der §§ 107 bis 110 AktG geregelt. Das ist sachgerecht. Allerdings kann auch insoweit das Gesetz durch Bezugnahmen auf die entsprechenden Vorschriften des AktG vereinfacht werden.
2. Abs. 2 ist an § 77 Abs. 2 AktG angelehnt. Auch das ist sachgerecht.
3. Für die Sitzungsniederschriften würde eine Bezugnahme auf § 107 Abs. 2 AktG genügen.
4. In Abs. 4 Satz 2 werden die Aufgaben des Verwaltungsrats aufgelistet, die nicht auf einen Ausschuss zur Entscheidung anstelle des Verwaltungsrats überwiesen werden können. In der Aufzählung fehlt die Aufgabe nach Abs. 2 Satz 1 (Erlass einer Geschäftsordnung).

§ 39 Teilnahme an Sitzungen des Verwaltungsrats und seiner Ausschüsse

Zu diesem Thema genügt eine Bezugnahme auf § 109 AktG.

§ 40 Einberufung des Verwaltungsrats

§ 110 Abs. 1 und 2 AktG sollten für entsprechend anwendbar erklärt werden.

§ 41 Beschlussfassung

1. Der Entwurf entspricht wortgleich den Vorschriften in § 108 Abs. 3 und 4 AktG. Eine Bezugnahme auf diese Vorschriften des AktG würde genügen.

Auch § 108 Abs. 1 AktG, wonach der Aufsichtsrat durch Beschluss entscheidet, sollte in Bezug genommen werden.

2. Die Beschlussfähigkeit des Verwaltungsrats wird im Entwurf nicht geregelt. Das ist sachlich richtig, weil Art. 50 SE-VO die Beschlussfähigkeit und die erforderliche Mehrheit für die Beschlussfassung regelt und nur der Satzung, nicht aber dem nationalen Gesetzgeber gestattet, davon abzuweichen. Eine klarstellende Verweisung auf Art. 50 SE-VO könnte sich empfehlen.

§ 42 Anmeldung von Änderungen

Es ist zu überlegen, ob diese Bekanntmachungen und Informationspflichten gegenüber dem Handelsregister ebenso wie die Handelsregisteranmeldungen systemgerechter dem Verwaltungsrat obliegen sollten.

§ 43 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Verwaltungsratsmitglieder

Diese Vorschrift gehört systematisch in den Kontext von § 21. Der Vollständigkeit halber sollte auch § 116 Satz 2 AktG einbezogen werden.

§ 44 Prüfung und Feststellung des Jahresabschlusses

1. Diese Vorschrift bedarf gründlicher Überarbeitung. Es ist davon auszugehen, dass die Verpflichtung zur Rechnungslegung den Verwaltungsrat trifft und der Verwaltungsrat die geschäftsführenden Direktoren nur zur Vorbereitung einschalten kann.
2. Es ist zu überlegen, für größere Gesellschaften die Bildung eines Prüfungsausschusses des Verwaltungsrats vorzuschreiben. Allerdings spricht auch einiges dafür, in dieser wie in anderen Fragen der Corporate Governance nicht über den derzeitigen Stand der gesetzlichen Regelungen zur AG hinauszugehen. Für eine börsennotierte SE sollte § 161 AktG für entsprechend anwendbar erklärt werden, um keine Lücke in den Regelungen zum Deutschen Corporate Governance Kodex entstehen zu lassen.

§ 45 Ordentliche Hauptversammlung

1. Auch diese Vorschrift ist im Hinblick auf die Zuständigkeiten des Verwaltungsrats und der geschäftsführenden Direktoren zu überarbeiten.
2. Abs. 1 lehnt sich in seiner Formulierung an § 175 Abs. 1 AktG an. Die durch das Transparenz- und Publizitätsgesetz vorgenommene Ergänzung des § 175 Abs. 1 AktG betreffend den Konzernabschluss und den Konzernlagebericht fehlt indes. Dies sollte ergänzt werden.

§ 46 Leitungsmacht und Verantwortlichkeit bei Abhängigkeit von Unternehmen

Die vorgesehene Freizeichnung des Verwaltungsrats von der Wahrnehmung der konzernrechtlichen Pflichten bei Unternehmensverträgen und Eingliederungen widerspricht mit einiger Sicherheit der umfassenden Verantwortung des Verwaltungsrats für die gesamte Geschäftsführung.

§ 47 Einberufung und Ergänzung der Tagesordnung auf Verlangen einer Minderheit

1. Der in Abs. 2 vorgesehene Schwellenwert eines anteiligen Betrags von 500.000 EUR entspricht zwar nicht dem Wortlaut des Art. 56 Satz 3 VO-SE ("einen niedrigeren Prozentsatz"). Zu Recht geht die Begründung des Entwurfs aber davon aus, dass es dem Verordnungsgeber darauf ankam, den Gleichlauf mit den nationalen Regelungen für Aktiengesellschaften zu ermöglichen, weshalb das Schwergewicht der Ermächtigung auf den Worten liegt "unter denselben Voraussetzungen, wie sie für Aktiengesellschaften gelten", so dass der niedrigere Schwellenwert nicht nur in einem niedrigeren Prozentsatz, sondern auch in einem bestimmten Euro-Betrag ausgedrückt werden kann, sofern dieser im Einzelfall noch unter der 5%-Schwelle liegt.
2. Wenn die von der Minderheit verlangte Hauptversammlung nicht rechtzeitig einberufen wird, ergibt sich das weitere Verfahren aus Art. 55 Abs. 3 SE-VO. Danach kann das am Sitz der SE zuständige Gericht oder die am Sitz der SE zuständige Verwaltungsbehörde anordnen, dass die Hauptversammlung innerhalb einer bestimmten Frist einzuberufen ist. Das dafür zuständige Gericht soll sich nach § 4 des Entwurfs nach § 145 FGG bestimmen. Das ist sachgerecht. Vgl. im Übrigen die obige Anmerkung zu § 4 des Entwurfs.

§ 48 Satzungsänderungen

1. Der Entwurf macht Gebrauch von der Ermächtigung in Art. 59 Abs. 2 SE-VO, wonach die dort vorgesehene Zweidrittelmehrheit für Satzungsänderungen auf die einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen reduziert werden kann, sofern mindestens die Hälfte des Grundkapitals bei der Abstimmung vertreten ist. Allerdings will der Entwurf das Mehrheitserfordernis nicht selbst reduzieren, sondern nur die Satzung ermächtigen, die einfache Mehrheit genügen zu lassen. Das entspricht der Regelung in § 179 Abs. 2 Satz 2 AktG und ist deshalb sachgemäß.
2. Die Reduzierung des Mehrheitserfordernisses auf die einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen soll nach Satz 2 nicht für die Änderung des Unternehmensgegenstands gelten und auch nicht für Fälle, für die eine höhere Kapitalmehrheit gesetzlich zwingend vorgeschrieben ist. Das ist gedeckt durch den Vorbehalt in Art. 59 Abs. 1 SE-VO, wonach die Zweidrittelmehrheit nicht ausreicht, sofern die Rechtsvorschriften für Aktiengesellschaften eine größere Mehrheit vorsehen oder zulassen, also

auch dann nicht, wenn im deutschen AktG eine größere Mehrheit zwingend vorgeschrieben ist. Durch Satz 2 des Entwurfs wird also auch insoweit die Angleichung an das Recht der AG klargestellt.

3. Zu bedenken ist allerdings Folgendes: Die durch Satz 1 des Entwurfs eröffnete Erleichterung erfasst möglicherweise auch die Sitzverlegung der SE in einen anderen Mitgliedstaat nach Art. 8 VO-SE. Das Aktiengesetz sieht nämlich für die Sitzverlegung, allerdings innerhalb Deutschlands, keine höhere Kapitalmehrheit vor. Im Gleichlauf mit anderen weit reichenden (Struktur-)Entscheidungen sollte die Sitzverlegung in einen anderen Mitgliedstaat von der Erleichterung des Mehrheitserfordernisses ausgenommen werden.

Abschnitt 5: Auflösung

§ 49 Auflösung der SE bei Auseinanderfallen von Sitz und Hauptverwaltung

Keine Anmerkung.