

Berlin, Juli 2004  
Stellungnahme Nr. 35/04

# **Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins**

**durch den Handelsrechtsausschuss**

**zu dem  
Regierungsentwurf eines**

**Gesetzes zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG)**

Mitglieder des Ausschusses:

Prof. Dr. Michael Hoffmann-Becking (Vorsitzender und Berichterstatter)

Dr. Manfred Balz

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

Prof. Dr. Johannes Semler

Prof. Dr. Walter Sigle

Prof. 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 Kapitalanleger e.V. (SdK) - Die Aktionärsvereinigung -  
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.

Der DAV hat durch den Handelsrechtsausschuss zu dem Diskussionsentwurf eines SE-Ausführungsgesetzes (SEAG) ausführlich Stellung genommen (Stellungnahme Nr. 65/03, abgedruckt in NZG 2004, 75 ff und ZIP 2004, 140). Die nachfolgende Stellungnahme zum Regierungsentwurf des SE-Einführungsgesetzes (SEEG) schließt hieran an. Soweit Änderungsvorschläge wiederholt werden, wird wegen der Einzelheiten auf die Stellungnahme zum Diskussionsentwurf verwiesen.

## **Artikel 1: SE-Ausführungsgesetz (SEAG)**

### **Abschnitt 1: Allgemeine Vorschriften**

#### **§ 1 Anzuwendende Vorschriften**

Der Handelsrechtsausschuss wiederholt seine Empfehlung, 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 in der Bestimmung 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**

Der Regierungsentwurf folgt dem Vorschlag des Handelsrechtsausschusses.

#### **§ 4 Zuständigkeiten**

Der Regierungsentwurf folgt dem Vorschlag des Handelsrechtsausschusses, die Bezugnahme auf Art. 54 Abs. 2 in Satz 2 zu streichen, nicht dagegen dem Vorschlag, in Satz 1 auch auf § 14 AktG für die örtliche Zuständigkeit Bezug zu nehmen. Zumindest in der Begründung sollte § 14 AktG genannt werden.

## **Abschnitt 2: Gründung einer SE**

### **Unterabschnitt 1: Verschmelzung**

#### **§ 6 Verbesserung des Umtauschverhältnisses**

##### **1. Ausschluss der Anfechtung**

Der Regierungsentwurf folgt dem Vorschlag des Handelsrechtsausschusses, den Ausschluss einer auf Bewertungsrügen gestützten Anfechtungsklage gegen den Verschmelzungsbeschluss auf die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft zu beschränken und nur insoweit anstelle der Anfechtungsklage das Spruchverfahren zu eröffnen. Das ändert nichts an dem rechtspolitischen Petitem, sowohl im Verschmelzungsrecht als auch bei Unternehmensverträgen und Sachkapitalerhöhungen die Bewertungsstreitigkeiten auch bei der übernehmenden Gesellschaft in ein Spruchverfahren zu verweisen. Aber dieses Thema bedarf sorgfältiger Vorbereitung und sollte nicht punktuell nur für die SE-Verschmelzung geregelt werden.

##### **2. Spruchverfahren**

Ermächtigungsgrundlage für das Spruchverfahren ist Art. 24 Abs. 2 SE-VO. Danach kann das Spruchverfahren nur zu Gunsten von Gesellschaftern vorgesehen werden, die sich gegen die Verschmelzung ausgesprochen haben. Der Regierungsentwurf meint im Gegensatz zum Handelsrechtsausschuss, dass dafür kein Widerspruch gegen den Verschmelzungsbeschluss erforderlich sei; es reiche vielmehr aus, dass der Gesellschafter sein mangelndes Einverständnis mit dem Umtauschverhältnis durch einen Antrag auf Einleitung des Spruchverfahrens zum Ausdruck bringt. Rechtspolitisch ist es in der Tat sinnvoll, ebenso wie bei der Verschmelzung nach § 15 UmwG (und abweichend von § 352 c AktG a.F.) auf das Erfordernis eines Widerspruchs zu verzichten und die Entscheidung im Spruchverfahren *inter omnes* gelten zu lassen. Die Frage ist nur, ob das mit Art. 24 Abs. 2 SE-VO vereinbar ist. Die Gesellschafter, zu deren Gunsten das Spruchverfahren vorgesehen werden soll, müssen sich gegen die Verschmelzung ausgesprochen *haben*. Maßgeblich ist also ihr Verhalten bei der Beschlussfassung. Der Nachweis der ablehnenden Stimmabgabe würde ausreichen, aber das sicherste Beweismittel ist der zu Protokoll erklärte Widerspruch. Der Handelsrechtsausschuss wiederholt deshalb seine Zweifel an der Übereinstimmung der vorgesehenen Regelung mit Art. 24 Abs. 2 SE-VO.

Wenn das Umtauschverhältnis nicht angemessen ist und dies im Spruchverfahren festgestellt wird, soll nach dem Regierungsentwurf der Ausgleich durch bare Zuzahlung erfolgen. Das entspricht zwar § 15 UmwG, sollte aber durch ein Wahlrecht der Gesellschaft ergänzt werden, statt des Barausgleichs zusätzliche Aktien zu gewähren. Nur so kann die Gesellschaft vor einem möglicherweise gefährlichen Liquiditätsabfluss in unbekannter Höhe zu einem unbekanntem Zeitpunkt bewahrt werden.

##### **3. Freigabeverfahren**

Das Spruchverfahren wird nicht eröffnet für die Bewertungsrüge des Gesellschafters der übernehmenden Gesellschaft; auch für die Bewertungsrüge des Aktionärs der übertragenden Gesellschaft bleibt es bei der Anfechtungsklage, wenn die nach Art. 25 Abs. 3 SE-VO erforderliche Zustimmung des oder der ausländischen Partner nicht erreicht werden kann. Die betroffene deutsche AG kann in einem solchen Fall der Anfechtungsklage mit einem Freigabeantrag nach dem über Art. 18 SE-VO anwendbaren § 16 Abs. 3 UmwG begegnen. Da jedoch das Freigabeverfahren in seiner jetzigen Ausgestaltung für Bewertungsrügen nicht tauglich ist, wiederholt der Handelsrechtsausschuss seine Anregung,

im Freigabeverfahren zu Gunsten der Gesellschaft Beweiserleichterungen vorzusehen, soweit es um die Unbegründetheit von Bewertungsrügen geht.

## **§ 7 Abfindungsangebot im Verschmelzungsplan**

### **1. Anwendungsbereich**

Der Regierungsentwurf folgt der Empfehlung des Handelsrechtsausschusses, eine Barabfindung nur für den Fall der grenzüberschreitenden Verschmelzung einer deutschen AG auf eine ausländische SE vorzuschreiben.

Der Regierungsentwurf geht davon aus, dass für die Einführung der Barabfindungspflicht keine Zustimmung des ausländischen Partners nach Art. 25 Abs. 3 SE-VO erforderlich ist; nur das Spruchverfahren zur Überprüfung der Angemessenheit der angebotenen Barabfindung stehe unter dem Zustimmungsvorbehalt des Art. 25 Abs. 3 SE-VO. Diese Auslegung des Art. 25 Abs. 3 SE-VO ist nicht zweifelsfrei. Ein "Verfahren ... zur Abfindung von Minderheitsaktionären" sieht das deutsche Ausführungsgesetz schon dadurch vor, dass es ein Barabfindungsangebot im Verschmelzungsplan vorschreibt. Aber es mag sein, dass mit dem Zustimmungsvorbehalt des Art. 25 Abs. 3 SE-VO nur das Verfahren zur Überprüfung der Angemessenheit der Abfindung gemeint sein sollte.

## **§ 8 Gläubigerschutz**

Der Handelsrechtsausschuss wiederholt seine Empfehlung, für den Gläubigerschutz bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung die Anwendung von § 22 UmwG genügen zu lassen. Die Verschmelzung wird unnötig erschwert, wenn sie erst vollzogen werden darf, nachdem die Gläubiger ihre Forderungen im Anschluss an die Offenlegung des Verschmelzungsplans angemeldet haben und die Sicherheitsleistungen abgewickelt sind. Ebenso wie bei einer inländischen Verschmelzung ist es den Gläubigern zumutbar, ihre Forderungen nach Vollzug der Verschmelzung bei der übernehmenden SE anzumelden und notfalls dort ihren Anspruch auf Sicherheitsleistung durchzusetzen.

### **Unterabschnitt 2: Gründung einer Holding-SE**

#### **Vorbemerkungen**

##### **1. Gründungsgesellschafter**

Die Holding-SE entsteht, indem jeweils mehr als 50 % der Gesellschafter der die Gründung anstrebenden Gesellschaften ihre Anteile im Wege der Sacheinlage in die Holding einbringen. Das spricht dafür, die Gesellschafter bei Anwendung der Gründungsvorschriften des AktG als Gründer der Holding zu behandeln. Andererseits dürfte es dem Konzept der Gründung einer Holding-SE nach der SE-VO mehr entsprechen, die Gründungsgesellschaften und nicht ihre Anteilsinhaber mit den besonderen Pflichten und Haftungsrisiken der Gründer zu belasten.

Der Regierungsentwurf äußert sich weder im Gesetzestext noch in der Begründung zu diesem Thema. Der Handelsrechtsausschuss wiederholt seine Empfehlung, zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit eine Vorschrift aufzunehmen, wonach die Gründungsgesellschaften für die Anwendung der Gründungsvorschriften des AktG als Gründer der Holding-SE gelten. Außerdem sollte das Gesetz ausdrücklich zulassen, dass die Personen der Sacheinleger abweichend von § 27 Abs. 1 Abs. 1 Satz 1 AktG nicht in der Satzung der Holding-SE aufgeführt zu werden brauchen.

## 2. Höhe des Grundkapitals

Der Handelsrechtsausschuss wiederholt seine Anregung, den Beitritt von "Nachzüglern" zu der gegründeten Holding-SE zu erleichtern, indem der Holding-SE erlaubt wird, abweichend von § 192 Abs. 3 AktG bereits in ihrer Gründungssatzung ein bedingtes Kapital vorzusehen, das dem Zweck dient, Aktien an einbringende Anteilsinhaber der Gründungsgesellschaften auszugeben.

## 3. Verhältnis zum WpÜG

Der Regierungsentwurf äußert sich entgegen der Anregung des Handelsrechtsausschusses nicht zum Verhältnis zwischen den Regeln des SEAG und des WpÜG bei Schaffung einer SE durch Verschmelzung oder Holding-Bildung. Das Konkurrenzproblem stellt sich besonders scharf bei der Gründung einer Holding-SE als Obergesellschaft einer börsennotierten Gründungsgesellschaft, da in diesem Fall das Pflichtangebot nach § 35 WpÜG mit dem in § 9 des Regierungsentwurfs unter bestimmten Voraussetzungen vorgesehenen Barabfindungsangebot konkurriert. Angesichts des bedauerlichen Schweigens des Gesetzgebers zum Konkurrenzverhältnis wird man in der Praxis vorsorglich davon ausgehen müssen, dass beide Angebotspflichten nebeneinander bestehen sollen.

### § 9 Abfindungsangebot im Gründungsplan

Während der Diskussionsentwurf bei der Gründung einer Holding-SE in jedem Fall den Anteilsinhabern, die gegen den Zustimmungsbeschluss zum Gründungsplan Widerspruch erklärt haben, einen Anspruch auf Barabfindung ihrer Anteile einräumen wollte, will der Regierungsentwurf einen Anspruch auf Barabfindung nur noch gewähren, wenn die Holding-SE ihren Sitz im Ausland haben soll oder ihrerseits abhängig im Sinne des § 17 AktG ist. Der Handelsrechtsausschuss hält an seinem Vorschlag fest, die Vorschrift insgesamt zu streichen.

Auch die reduzierte Lösung des Regierungsentwurfs geht durch die Gewährung eines gesellschaftsrechtlichen Konzerneingangsschutzes über das geltende Konzerngesellschaftsrecht hinaus. Die Parallele zu den Abfindungsformen des § 305 AktG passt nicht, weil mit der Schaffung der Holding-SE kein vertragliches, sondern nur ein faktisches Konzernverhältnis begründet wird, für das im deutschen Konzernrecht kein gesellschaftsrechtlicher Konzerneingangsschutz besteht. Auch die Parallele zur Sitzverlegung einer deutschen AG ins Ausland, für die der Regierungsentwurf in § 12 mit Recht einen Anspruch auf Barabfindung vorsieht, passt nicht für die Gründung der ausländischen Holding-SE. Es macht einen wesentlichen Unterschied, ob die Aktionäre der deutschen AG bei der Sitzverlegung ins Ausland künftig ausschließlich nach ausländischem Aktienrecht behandelt werden oder ob sie Aktionäre einer deutschen AG bleiben, die künftig von einer ausländischen SE abhängig ist. Schließlich kann es auch nicht darauf ankommen, ob die Holding-SE ihrerseits iSv. § 17 AktG abhängig ist. Zum einen steht im Zeitpunkt des Gründungsplans möglicherweise noch gar nicht fest, ob die erst zu schaffende Holding-SE abhängig sein wird. Zum anderen kann es sein, dass die Gründungsgesellschaft bereits abhängig ist, so dass die Aktionäre der Gründungsgesellschaft nur – und zudem noch freiwillig – von einer abhängigen Gesellschaft in eine andere abhängige Gesellschaft wechseln.

## **§ 10 Zustimmungsbeschluss; Negativerklärung**

### **1. Beschlussmehrheit**

Der Regierungsentwurf folgt in § 10 Abs. 1 der Anregung des Handelsrechtsausschusses, die nötige Beschlussmehrheit für den Zustimmungsbeschluss zum Gründungsplan zu regeln. Im Gegensatz zur Empfehlung des Handelsrechtsausschusses will der Regierungsentwurf jedoch nicht die einfache Stimmenmehrheit genügen lassen, sondern eine Mehrheit von 75 % voraussetzen. Das passt zwar nicht zu der Tatsache, dass es jedem Anteilsinhaber frei steht, ob er seinen Anteil in die Holding-SE einbringt, und dass überdies für die Gründung der Holding-SE die Einbringung von mehr als 50 % der Anteile der Gründungsgesellschaft genügt. Aber das qualifizierte Mehrheitserfordernis kann sich darauf stützen, dass für alle Gesellschafterbeschlüsse zu gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierungen, wenn sie überhaupt vorgeschrieben werden, durchweg eine 75%-Mehrheit verlangt wird (so auch nach der neuen Rechtsprechung des BGH für einen etwaigen Zustimmungsvorbehalt nach "Holzmüller"-Grundsätzen).

### **2. Freigabeverfahren**

Nach § 10 Abs. 2 des Regierungsentwurfs haben die Vertretungsorgane der Gründungsgesellschaften bei der Anmeldung der Holding-SE eine Negativerklärung abzugeben, wie sie in § 16 Abs. 2 UmwG für die innerdeutsche Verschmelzung vorgeschrieben ist. Wenn eine Klage gegen einen Zustimmungsbeschluss anhängig ist, soll vermutlich eine Registersperre gelten, die durch ein Freigabeverfahren entsprechend § 16 Abs. 3 UmwG aufgehoben werden kann. Während sich diese Folgerungen für die Entstehung einer SE durch Verschmelzung durch den Verweis des Art. 18 SE-VO auf das Umwandlungsgesetz ergeben, fehlt eine entsprechende Verweisung in den Vorschriften der SE-VO zur Gründung einer Holding-SE. Der Handelsrechtsausschuss empfiehlt deshalb, § 10 Abs. 2 für den Fall der Anfechtung des Zustimmungsbeschlusses einer deutschen Gründungsgesellschaft durch eine Verweisung auf § 16 Abs. 2 und 3 UmwG zu ergänzen.

## **§ 11 Verbesserung des Umtauschverhältnisses**

Der Regierungsentwurf hält trotz der Kritik des Handelsrechtsausschusses daran fest, dass sowohl die Anteilsinhaber, die ihre Anteile an der Gründungsgesellschaft in die Holding-SE eingebracht haben, als auch die Anteilsinhaber, die bei der Gründungsgesellschaft verblieben sind, die Möglichkeit haben sollen, die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses in einem Spruchverfahren überprüfen zu lassen und bei Feststellung der Unangemessenheit einen Ausgleich durch bare Zuzahlung zu erhalten.

Für die erste Gruppe, nämlich die umtauschenden Anteilsinhaber, macht die Überprüfung in einem Spruchverfahren zwar Sinn (abgesehen davon, dass als Rechtsfolge nicht notwendig eine bare Zuzahlung, sondern nach Wahl der Holding-SE auch die Gewährung zusätzlicher Anteile vorgesehen werden sollte), aber Art. 34 SE-VO erlaubt eine solche mitgliedstaatliche Vorschrift nur "zum Schutz der die Gründung ablehnenden Minderheitsgesellschafter", also nicht für solche Anteilsinhaber, die der Holdinggründung zugestimmt haben und sich lediglich die Möglichkeit einer Überprüfung des Umtauschverhältnisses erhalten wollten. Für die andere Gruppe, nämlich die in der Gründungsgesellschaft verbliebenen Anteilsinhaber würde eine Überprüfung des Umtauschverhältnisses nur Sinn machen, wenn ihnen als Rechtsfolge ein verbessertes Umtauschangebot zu unterbreiten wäre; ein Ausgleich durch bare Zuzahlung ist sinnwidrig, es sei denn, man wollte den untauglichen Versuch unternehmen, den "Konzernnachteil", dass die Anteilsinhaber nunmehr Gesellschafter einer abhängigen Gesellschaft sind, in Geld auszudrücken.

### **Abschnitt 3: Sitzverlegung**

#### **§ 12 Abfindungsangebot im Verlegungsplan**

Dieser Vorschrift hat der Handelsrechtsausschuss bereits in seiner Stellungnahme zum Diskussionsentwurf zugestimmt. Er wiederholt jedoch seine Empfehlung, Abs. 1 Satz 2 zu streichen, da die Vorschriften des Aktiengesetzes über den Erwerb eigener Aktien nicht für die nach der Sitzverlegung ansässige und dem ausländischen Aktienrecht unterliegende SE gelten können.

#### **§ 13 Gläubigerschutz**

Der Handelsrechtsausschuss wiederholt seine Bedenken gegen einen Schutz der Gläubiger bei der Sitzverlegung analog § 22 UmwG.

#### **§ 14 Negativerklärung**

Neu ist das Erfordernis einer Negativerklärung nach dem Muster des § 16 Abs. 2 UmwG und eine daraus folgende Registersperre, die der Regierungsentwurf erreicht, indem er die negative Erklärung zur Voraussetzung der Bescheinigung nach Art. 8 Abs. 8 SE-VO macht. Folgerichtig sollte auch hier der Gesellschaft ermöglicht werden, die Registersperre durch ein Freigabeverfahren nach § 16 Abs. 3 UmwG zu überwinden.

### **Abschnitt 4: Aufbau der SE**

#### **Unterabschnitt 1: Dualistisches System**

#### **§ 15 Wahrnehmung der Geschäftsleitung durch die Mitglieder des Aufsichtsorgans**

Die beabsichtigte Anlehnung an § 105 Abs. 2 AktG ist nicht vollständig, da eine Regelung entsprechend § 105 Abs. 2 Satz 4 AktG fehlt. Es ist nicht ersichtlich, wieso in diesem Punkt für die deutsche SE etwas anderes gelten soll als für die AG.

#### **§ 19 Festlegung zustimmungsbedürftiger Geschäfte durch das Aufsichtsorgan**

Der Regierungsentwurf folgt bei der Fassung der an § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG angelehnten Regelung dem Vorschlag des Handelsrechtsausschusses.

#### **Unterabschnitt 2: Monistisches System**

Der Handelsrechtsausschuss hat in seiner Stellungnahme zum Diskussionsentwurf neben zahlreichen Empfehlungen und Formulierungsvorschlägen zu einzelnen Bestimmungen grundsätzliche Kritik an dem Konzept der Regelungen zur SE mit monistischem System geäußert. Der Regierungsentwurf folgt, soweit ersichtlich, nur einer einzigen Anregung des Handelsrechtsausschusses, nämlich einen klareren Aufbau der gesetzlichen Regelung zu wählen und zunächst alle Fragen des einheitlichen Verwaltungsrats zu behandeln, bevor besondere Vorschriften über geschäftsführende Direktoren angefügt werden. Im Übrigen wiederholt der Regierungsentwurf fast vollständig den Text des Diskussionsentwurfs, und zwar sowohl in den gesetzlichen Regelungen als auch in der Begründung.

Der Handelsrechtsausschuss bekräftigt noch einmal seine grundsätzliche Kritik. Die Regelungen zu den geschäftsführenden Direktoren werden nicht durch die Ermächtigung in Art. 43 Abs. 4 SE-VO gedeckt, da sie Art. 38 SE-VO widersprechen, wonach die SE mit

monistischem System nur über ein einziges Verwaltungsorgan verfügt. Die vorgesehene gesetzliche Regelung kann auch nicht durch Art. 43 Abs. 1 Satz 2 SE-VO gerechtfertigt werden, da der deutsche Gesetzgeber nicht beabsichtigt, auch das Aktiengesetz entsprechend zu ändern. Abgesehen von der Unvereinbarkeit des Regelungskonzeptes mit den Vorschriften der SE-VO geht der Entwurf in jedem Fall auch rechtspolitisch zu weit, indem er die Übertragung der Geschäftsführung und Vertretung auf geschäftsführende Direktoren nicht nur zur Wahl stellt, sondern zwingend vorschreibt.

Das im Gesetzentwurf vorgesehene verdeckt dualistische System mit der Unterscheidung zwischen dem Verwaltungsrat und einem gesonderten Kollegium der geschäftsführenden Direktoren ist rechtspolitisch motiviert durch den Wunsch, die monistisch verfasste SE auch für mitbestimmte Gesellschaften zu öffnen. Diese Zielsetzung ist verständlich und zu begrüßen, aber der von dem Entwurf eingeschlagene Weg ist rechtlich nicht gangbar. Eine Differenzierung zwischen geschäftsführenden und nicht-geschäftsführenden Direktoren erlaubt die SE-VO nur innerhalb des Verwaltungsrats, und es ist deshalb nicht möglich, die paritätische Mitbestimmung im Verwaltungsrat durch Übertragung der Geschäftsführung auf ein Gremium aus Nicht-Verwaltungsratsmitgliedern zu entschärfen.

## **Artikel 2: SE-Beteiligungsgesetz (SEBG)**

### **Vorbemerkung**

Die Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE richtet sich nach der Richtlinie 2001/86 des Rates vom 8. Oktober 2001, die durch den vorliegenden Entwurf des SE-Beteiligungsgesetzes umgesetzt werden soll. Dabei geht es sowohl um die betriebliche Mitbestimmung in einem SE-Betriebsrat als auch um die Unternehmensmitbestimmung im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan der SE. Für beide Formen der Mitbestimmung soll vorrangig die Gestaltung gelten, auf die sich die Leitungen der beteiligten Gesellschaften und das "besondere Verhandlungsgremium" der Arbeitnehmer geeinigt haben. Wenn eine solche Vereinbarung nicht zustande kommt, gilt für die Beteiligung der Arbeitnehmer die Auffangregelung im Anhang der Richtlinie. Teil 3 des Anhangs bestimmt für die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan der SE, dass die Zahl der den Arbeitnehmern zustehenden Mandate in dem betreffenden Organ "sich nach dem höchsten maßgeblichen Anteil in den beteiligten Gesellschaften vor der Eintragung der SE bemisst". Zu den Auswirkungen dieser Auffangregelung auf die deutsche SE mit monistischem System wird nachstehend zu §§ 34 ff des Entwurfs Stellung genommen:

Im Übrigen beschränkt sich der Handelsrechtsausschuss auf die folgenden stichwortartigen Anmerkungen:

### **§ 4 Information der Leitungen**

Zur Bildung und Zusammensetzung des "besonderen Verhandlungsgremiums" bestimmt § 4 Abs. 2, dass die "Leitungen", welche die Gründung einer SE planen, die Arbeitnehmervertretungen und Sprecherausschüsse in den beteiligten Gesellschaften, betroffenen Tochtergesellschaften und betroffenen Betrieben über das Gründungsvorhaben zu informieren haben. Es sollen also alle bestehenden Vertretungen auf betrieblicher, Unternehmens- und Konzernebene unterrichtet werden. Tatsächlich dürfte jedoch eine

Unterrichtung der jeweils obersten betrieblichen Vertretung, also z.B. des Konzernbetriebsrats und des Unternehmenssprecherausschusses ausreichen. Das sollte auch deshalb genügen, weil das in § 8 geregelte Wahlgremium für das "besondere Verhandlungsgremium" nur aus Mitgliedern der obersten Arbeitnehmervertretungen gebildet wird.

## **§ 7 Verteilung der auf das Inland entfallenden Sitze des besonderen Verhandlungsgremiums**

Die Auswahl der Mitglieder des "besonderen Verhandlungsgremiums" richtet sich gemäß § 7 Abs. 1 nach den jeweiligen Bestimmungen der Mitgliedsstaaten. Dabei können sich im Verhältnis der verschiedenen nationalen Rechtsordnungen nicht nur Unterschiede, sondern auch Widersprüche ergeben. Wie diese gegebenenfalls aufzulösen sind, ist ungeklärt. Für ein reibungsloses Vorgehen bei der Gründung von SE dürfte es deshalb erforderlich werden, die Umsetzung der SE-VO und der SE-Richtlinie in den einzelnen Mitgliedsstaaten, sobald diese in ihrer endgültigen Gestalt vorliegen, miteinander zu vergleichen und soweit erforderlich zu harmonisieren. Dies gilt nicht nur für die Wahl des "besonderen Verhandlungsgremiums", sondern für zahlreiche weitere Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Gründung von SE.

## **§ 14 Sachverständige und Vertreter von geeigneten außenstehenden Organisationen**

Die Regelung in § 14 Abs. 2, wonach das "besondere Verhandlungsgremium" beschließen kann, potentielle Sachverständige vom Beginn der Verhandlung zu unterrichten, ist überflüssig. Wenn solche Personen nicht nach § 14 Abs. 1 tatsächlich zu den Beratungen hinzugezogen werden sollen, macht es keinen Sinn, deren Unterrichtung über den Beginn der Verhandlungen vorzuschreiben.

## **§ 34 Besondere Voraussetzungen (für die Mitbestimmung kraft Gesetzes)**

### **1. Anwendung bei fehlender Vereinbarung**

In §§ 34 bis 38 wird Teil 3 der Auffangregelung zur Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan umgesetzt. Diese Regelungen sollen anwendbar sein, wenn keine Vereinbarung mit dem "besonderen Verhandlungsgremium" zustande gekommen ist. Dies wird in § 34 Abs. 1 durch eine komplizierte Verweisungskette geregelt: §§ 35 bis 38 sollen Anwendung finden, wenn die Voraussetzungen des § 22 vorliegen. § 22 Abs. 1 betrifft allerdings nur die gesetzlichen Auffangregelungen der §§ 23 bis 33 über den SE-Betriebsrat. Nach § 22 Abs. 2 soll Abs. 1 der Vorschrift im Fall des § 18 Abs. 3 entsprechend gelten. Dort findet sich in anderem Kontext, nämlich für den Fall der Wiederaufnahme von Verhandlungen am Ende von § 18 Abs. 3 eine Bestimmung, wonach bei fehlender Einigung die §§ 34 bis 38 über die Mitbestimmung kraft Gesetzes anzuwenden. Diese Verweisungstechnik ist gesetzestechnisch unglücklich, inhaltlich aber wohl in Ordnung.

### **2. Konzernweite Berechnung der Arbeitnehmerzahlen**

Die Auffangregelung in Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie bestimmt für die Gründung einer SE durch Verschmelzung und durch Holdingbildung, dass die bisherige Form der Mitbestimmung nur dann in die SE zu übernehmen ist, wenn sie sich auf 25 % (bei der Verschmelzung) bzw. 50 % (bei der Holding-Gründung) der Gesamtzahl der Arbeitnehmer "aller beteiligten Gesellschaften" erstreckte. In § 34 Abs. 1 Buchst. b) und c) des Entwurfs werden die

Prozentsätze dagegen auf die "Gesamtzahl der Arbeitnehmer aller beteiligten Gesellschaften und betroffenen Tochtergesellschaften" bezogen. Die Einbeziehung der Tochtergesellschaften widerspricht dem eindeutigen Wortlaut der Richtlinie, ist aber, wenn man der Begründung (S. 136) folgt, durch den Sinn der Richtlinie gedeckt. Diese knappe Bemerkung dürfte nicht ausreichen, um sich über den eindeutigen Wortlaut der Richtlinie hinwegzusetzen.

Empfehlenswert ist auch eine Klarstellung – zumindest in der Begründung –, dass bei Unterschreiten des maßgeblichen Prozentsatzes keine Unternehmens-Mitbestimmung kraft Gesetzes erfolgt, sondern nach § 22 Abs. 1 nur die Regelungen über den SE-Betriebsrat kraft Gesetzes anwendbar sind.

### **§ 35 Umfang der Mitbestimmung**

Die vorgesehene Regelung unterscheidet zwischen den Fällen der Gründung einer SE durch Umwandlung (Abs. 1) und der Gründung einer SE durch Verschmelzung oder Bildung einer Holding-SE oder Tochter-SE (Abs. 2).

Bei Gründung einer SE durch Umwandlung soll die Regelung zur Mitbestimmung erhalten bleiben, die in der Gesellschaft vor der Umwandlung bestanden hat. Die durch Umwandlung entstandene SE kann ein dualistisches oder monistisches System haben. Die schlichte Aussage, dass die bisherige Regelung zur Mitbestimmung erhalten bleibt, passt nicht für den Übergang in eine SE mit monistischem System. Es stellt sich dann das Problem einer zugleich richtlinien- und verfassungskonformen Überführung des bisherigen Mitbestimmungs-Status im Aufsichtsrat des dualistischen Systems in das einheitliche Verwaltungsorgan der monistisch verfassten SE.

Auch für die anderen Gründungsformen der SE geht § 35 des Entwurfs in Abs. 2 zumindest nicht ausdrücklich auf die besondere Problemlage bei der monistisch verfassten SE ein. Der Entwurf wiederholt lediglich die Formulierung in Teil 3 des Anhangs, wonach sich die Zahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan nach dem höchsten Anteil bemisst, der in den Organen der beteiligten Gesellschaften vor der Eintragung der SE bestanden hat. Auch in der Begründung zu § 35 findet sich kein Wort zu der besonderen Lage bei der monistisch verfassten SE. Daraus muss man schließen, dass sich der Regierungsentwurf eng an den Wortlaut der Richtlinie halten und im Falle der Mitbestimmung nach dem MitbestG bei einer beteiligten deutschen Gesellschaft eine paritätische Besetzung des gesamten Verwaltungsrats der monistisch verfassten SE verlangt. Dieses Ergebnis ist, wie gesagt, durch den Wortlaut der Richtlinie gedeckt, widerspricht aber dem Status quo- oder "Vorher-nachher-Prinzip", wonach sich der bei den Gründungsgesellschaften vorhandene Bestand an Mitbestimmungsrechten auch in der SE wiederfinden soll (Begründung S. 102). Deshalb wird mit guten Gründen im Schrifttum die Auffassung vertreten, dass eine sinngerechte Umsetzung der Richtlinie dazu führen muss, die paritätische Beteiligung (oder Drittelbeteiligung) der Arbeitnehmer nur auf die nicht-geschäftsführenden Mitglieder des Verwaltungsrats zu beziehen. Mit einiger Sicherheit ist dies auch verfassungsrechtlich geboten.