

**Der Referentenentwurf des Gesetzes zur Einführung der Europäischen (Aktien-)Gesellschaft (SE)
Dr. Erich Waclawik, Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof**

(Fußnoten nur im Original)

I. Einleitung

Am 8. Oktober 2004, also in wenigen Monaten, tritt die EU-Verordnung über das Statut der Europäischen Gesellschaft („Societas Europaea“, im Folgenden: „SE“) in Kraft. Bis zu diesem Zeitpunkt ist ferner die Richtlinie hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, welche die SE-VO ergänzt, in das nationale Recht umzusetzen. Es naht also der Tag, an dem die SE, die „Europa-AG“, gemeinschaftsweit - auch in den zum 1. Mai 2004 beigetretenen Ländern - Rechtswirklichkeit wird. Die beiden EU-Rechtsquellen regeln die SE jedoch nicht abschließend. Es bedarf ergänzender nationaler Vorschriften. Zur Schaffung dieser nationalen Vorschriften für die Bundesrepublik Deutschland liegt nunmehr - mit erheblicher Verspätung gegenüber dem bisherigen Zeitplan - der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG) vor. Es handelt sich hierbei um einen gemeinsamen Entwurf der Bundesministerien für Justiz sowie für Wirtschaft und Arbeit. Die Einführung der SE soll, so die Ankündigung auf der Website des BMJ, die internationale Wettbewerbsfähigkeit deutscher Unternehmen stärken und zukünftig eine Expansion und Neuordnung über Ländergrenzen hinweg ermöglichen. Kostspielige und zeitaufwändige Förmlichkeiten, die bislang mit der Gründung von Tochtergesellschaften verbunden sind, sollen der Vergangenheit angehören.

Die Botschaft der Ministerien klingt vielversprechend. Sie wird sicherlich viele Unternehmen und Berater - gerade auch diejenigen, die sich mit dem Thema „SE“ bislang noch nicht auseinander gesetzt haben - veranlassen, sich mit dem Referentenentwurf zu beschäftigen. Der vorliegende Beitrag will hierbei eine Hilfestellung leisten, indem er einen Überblick über die Struktur und die wesentlichen Teile des RefE-SEEG gibt. Hinzuweisen ist jedoch auch auf das, was durch den RefE-SEEG nicht geregelt wird. Der Schwerpunkt des folgenden Überblicks liegt auf den aktienrechtlichen Regelungen des RefE-SEEG. Die Umsetzung der SE-RiL durch den RefE-SEEG werden in einem demnächst erscheinenden Beitrag eingehender behandelt. Ferner will der Beitrag einige Anregungen für die - trotz der knapp bemessenen Zeit - zu wünschende, intensive Diskussion des RefE-SEEG geben.

II. Die Struktur des Referentenentwurfs

Derjenige, der den RefE-SEEG mit der Erwartung in die Hand nimmt, in ihm den Entwurf eines Aktiengesetzes für die SE vorzufinden, wird zunächst enttäuscht sein. Der RefE-SEEG enthält keine umfassende Kodifikation des Rechts der SE, sondern ergänzt lediglich die Vorschriften des EU-Rechts zur SE, setzt also deren Kenntnis voraus. Die Verfasser des RefE-SEEG haben sich bewusst gegen eine deklaratorische Übernahme der Regelungen der SE-VO entschieden. Diese Selbstbeschränkung des RefE-SEEG ist deshalb angebracht, da gemäß der Anordnung der SE-VO auf die SE mit Sitz in Deutschland ergänzend die Vorschriften des deutschen Aktiengesetzes Anwendung finden. Die deklaratorische Übernahme der Normen der SE-VO hätte daher die inhaltliche Geschlossenheit des Gesetzes ohnehin nicht gewährleistet. Auch wenn diesem Grundgedanken des RefE-SEEG beizupflichten ist, stellt die Zersplitterung der Rechtsquellen für die SE ein (Akzeptanz-)Problem dieser neuen Rechtsform dar. Der Erfolg einer Gesellschaftsform hängt nicht allein davon ab, dass sie den Bedürfnissen der Praxis entspricht, sondern auch davon, dass sich die Rechtssuchenden nicht im Gewirr der Vorschriften verirren. Es sollte daher eine systematisch geordnete Zusammenstellung der einschlägigen Rechtsquellen des Gemeinschafts- und des nationalen Rechts - ein „Rechtshandbuch SE“ - entwickelt werden. Ein „amtliches“ Werk, herausgegeben von einem der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Ministerien, wäre die wohl beste Lösung. Der RefE-SEEG besteht aus insgesamt neun Artikeln:

- Artikel 1: SE-Ausführungsgesetz (SEAG)
- Artikel 2: SE-Beteiligungsgesetz (SEBG)
- Artikel 3: Änderung des GVG
- Artikel 4: Änderung des FGG
- Artikel 5: Änderung des Spruchverfahrensgesetzes
- Artikel 6: Änderung des Arbeitsgerichtsgesetzes
- Artikel 7: Änderung der Handelsregisterverordnung
- Artikel 8: Rückkehr zum einheitlichen Verordnungsrang
- Artikel 9: Inkrafttreten

Artikel 9 sieht vor, dass das SEEG zum 8. Oktober 2004 in Kraft tritt, also zeitgleich mit dem Inkrafttreten der SE-VO. Im Übrigen besteht der RefE-SEEG im Kern aus den beiden ersten Artikeln. Die weiteren Artikel dienen im Wesentlichen der Anpassung der dortigen Gesetze an die Einführung der SE, ohne jedoch grundsätzliche Änderungen bzw. Neuerungen vorzusehen. Der folgende Überblick beschränkt sich daher auf die ersten beiden Artikel des RefE-SEEG. Die Aufteilung der dortigen Vorschriften auf zwei Gesetzesartikel ist im Wesentlichen dadurch begründet, dass für deren Entwicklung verschiedene Ministerien verantwortlich waren. Es würde jedoch der Übersichtlichkeit des SEEG wie überhaupt des Rechts der SE dienen, beide Artikel in einem einzigen SE-Ausführungsgesetz (SEAG) zusammenzufassen.

III. Das SE-Ausführungsgesetz (SEAG)

Das SEAG dient der Ergänzung der in der SE-VO enthaltenen gesellschafts- bzw. aktienrechtlichen Vorschriften, ist also der „aktienrechtliche Teil“ des RefE-SEEG. Das SEAG ist keine völlige „Neuentwicklung“, sondern beruht auf einem bereits im Februar 2003 vorgelegten (Teil-)Diskussionsentwurf. Es gliedert sich in insgesamt sechs Abschnitte:

- Abschnitt 1: Allgemeine Vorschriften, §§ 1 bis 4 SEAG
- Abschnitt 2: Gründung einer SE (Unterabschnitt 1: Verschmelzung; Unterabschnitt 2: Gründung einer Holding-SE), §§ 5 bis 11 SEAG
- Abschnitt 3: Sitzverlegung, §§ 12 bis 14 SEAG
- Abschnitt 4: Aufbau der SE (Unterabschnitt 1: Dualistisches System; Unterabschnitt 2: Monistisches System; Unterabschnitt 3: Hauptversammlung), §§ 15 bis 51 SEAG
- Abschnitt 5: Auflösung, § 52 SEAG
- Abschnitt 6: Straf- und Bußgeldvorschriften, § 53 SEAG

Wie die Übersicht zeigt, liegt der Schwerpunkt des SEAG zum einen bei der Gründung der SE (Abschnitt 2), zum anderen bei ihrer inneren Struktur, insbesondere bei der Ausgestaltung der Leitung der Gesellschaft (Abschnitt 4).

1. Allgemeines

§ 1 SEAG regelt den personellen Anwendungsbereich des Gesetzes und sein Verhältnis zur SE-VO: Das SEAG gilt zum einen für die SE mit Sitz in Inland und zum anderen für die an der Gründung einer SE beteiligten Gesellschaften mit Sitz im Inland. Klargestellt wird ferner, dass die SE-VO den Vorschriften des SEAG vorgeht. Der Hinweis auf die Geltung der SE-VO schließt nach der Gesetzesbegründung auch die dort zahlreich enthaltenen Verweise auf das Recht der Mitgliedstaaten mit ein, hier also die Verweise auf das deutsche Recht, die in weiten Bereichen zu einer Anwendbarkeit des für die AG geltenden Rechts führen.

Nach § 2 SEAG hat die Satzung der SE als Sitz den Ort zu bestimmen, wo die Verwaltung geführt wird. Für die deutsche SE gilt also: Satzungssitz ist gleich Verwaltungssitz. Dies wird von der SE-VO nicht vorgeschrieben; sie begnügt sich damit, dass sich der Sitz in demjenigen Mitgliedsstaat befindet, in dem sich auch die Hauptverwaltung befindet, Art. 7 Satz 1 SE-VO. Satz 2 der Vorschrift enthält jedoch eine Ermächtigung an die Mitgliedsstaaten, Satzungssitz und Verwaltungssitz am selben Ort zu fordern. Hiervon macht der RefE-SEAG Gebrauch. Begründet wird dies damit, soweit wie möglich einen Gleichlauf mit § 5 Abs. 2 AktG herzustellen. Die dortige Regelung für die AG ist jedoch liberaler, da es sich nur um eine Regelvorschrift handelt, die zudem den Sitz auch an einem Ort zulässt, an dem die AG „nur“ einen Betrieb unterhält. Die SE wird wie eine AG in das Handelsregister eingetragen, § 3 SEAG. Die gerichtliche Zuständigkeit für das Eintragungsverfahren sowie für bestimmte weitere, in der SE-VO bezeichnete Aufgaben bestimmt sich nach dem FGG, § 4 SEAG.

2. Vorschriften zur SE-Gründung

Die SE zeichnet sich dadurch aus, dass sie - anders als eine Kapitalgesellschaft nationalen Rechts - nicht „einfach so“ im Wege einer Bar- oder Sachgründung errichtet werden kann. Die SE-VO kennt vielmehr einen *numerus clausus* von vier Gründungsarten: (i) Gründung durch Verschmelzung, (ii) Gründung als Holding, (iii) Gründung einer SE als Tochtergesellschaft und schließlich (iv) Umwandlung in eine SE. Diesen Gründungsarten ist gemeinsam, dass sie eine vorhandene gesellschaftsrechtliche Struktur mit grenzüberschreitendem Bezug voraussetzen. Die verschiedenen Gründungsformen sind bereits im Wesentlichen in der SE-VO geregelt. Aufgabe des SEAG ist insoweit lediglich die - für sich betrachtet fragmentarische - Ergänzung dieser Regelungen um einige Ausführungsbestimmungen sowie die Ausübung von Ermächtigungen zur Schaffung von Minderheiten- und Gläubigerschutzbestimmungen. Das SEAG behandelt hierbei die Fälle der Verschmelzung (§§ 5 bis 8 SEAG) und die der Gründung einer Holding-SE (§§ 9 bis 11 SEAG). Der Schwerpunkt der jeweiligen Regelungen liegt dabei in der Schaffung einer „Ausstiegsmöglichkeit“ zu Gunsten der Minderheitsgesellschafter gegen die Gewährung einer Barabfindung.

a) Gründung durch Verschmelzung

§ 6 SEAG behandelt den Schutz der Aktionäre des übertragenden Rechtsträgers bei Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses. Die Regelung beruht auf Art. 24 Abs. 2 SE-VO, wonach die Mitgliedstaaten Vorschriften zum Schutz von Minderheitsaktionären erlassen können, die sich gegen die Verschmelzung ausgesprochen haben. Sie ist an die §§ 14 Abs. 2, 15 UmwG angelehnt. Diesem Regelungsvorbild entsprechend besteht ein Anspruch auf bare Zuzahlung dieser Aktionäre gegenüber der im Verschmelzungswege gegründeten SE, § 6 Abs. 2 SEAG. Der Anspruch auf bare Zuzahlung wird jedoch nur dann gewährt, wenn die dem deutschen Recht unterliegende Gesellschaft übertragender Rechtsträger ist. Diese Einschränkung sollte in § 6 Abs. 2 SEAG deutlicher zum Ausdruck gebracht werden. Weitere Voraussetzung ist die Bindung an den Verschmelzungsbeschluss, § 6 Abs. 2 SEAG, also ein Prinzip des „dulde und liquidiere“. § 6 Abs. 1 SEAG bestimmt hierzu, dass Klagen gegen den Verschmelzungsbeschluss nicht auf die Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses gestützt werden können. Ob das Umtauschverhältnis angemessen ist oder ob eine bare Zuzahlung zu gewähren ist, bestimmt sich nach den Vorschriften des Spruchverfahrensgesetzes (SpruchG), § 6 Abs. 4 SEAG.

Der Klageausschluss gilt allerdings nur unter der wesentlichen Einschränkung, dass Art. 25 Abs. 3 Satz 1 SE-VO einschlägig ist, also die Aktionäre der ausländischen Gründungsgesellschaften der Inanspruchnahme des Verfahrens nach dem SpruchG zugestimmt haben. Ist dies nicht der Fall, kann Anfechtungsklage gegen den Verschmelzungsbeschluss erhoben werden. Die Regelung orientiert sich, auch in ihren weiteren Einzelheiten, an dem Vorbild des deutschen UmwG und erscheint insoweit sachgerecht. Auffällig ist, dass die Aktionäre des übernehmenden Rechtsträgers keinen entsprechenden Anspruch auf Barausgleich (um den Preis des Anfechtungsausschlusses) haben, obwohl auch sie durch die Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses benachteiligt sein können. Diese Frage der Sachgerechtigkeit dieser Asymmetrie ist aus der Diskussion zum UmwG bekannt; das SEAG ist insoweit nicht besser oder schlechter als sein nationales Vorbild. Es ist verständlich, dass der Gesetzgeber einen Gleichlauf bei der SE-Gründung und der nationalen Verschmelzung wünscht und das SEEG nicht zum Anlass für Änderungen im UmwG nimmt. Über die Sachgerechtigkeit der Asymmetrie ist damit aber noch nicht endgültig entschieden.

Auch § 7 SEAG über die Abfindung von Aktionären beruht auf der bereits erwähnten „Schutzklausel“ des Art. 24 Abs. 2 SE-VO. Bei Gründung einer SE mit Sitz im Ausland im Verschmelzungswege hat eine übertragene Gesellschaft im Verschmelzungsplan (oder in seinem Entwurf) jedem Aktionär, der gegen den Verschmelzungsbeschluss Widerspruch zur Niederschrift erklärt hat, den Erwerb seiner Aktien gegen eine angemessene Barabfindung anzubieten, § 7 Abs. 1 Satz 1 SEAG. Dem liegt der Gedanke zu Grunde, dass kein Aktionär gezwungen werden soll, die mit dem Wechsel in der Rechtsform der SE verbundene Änderung seiner Rechte und Pflichten hinzunehmen, da die ausländische SE auf Grund abweichender Vorschriften des dortigen nationalen Ergänzungsrechts wesentlich anders strukturiert sein kann als eine „deutsche“ SE. Diese gesetzgeberische Wertung ist vertretbar, überzeugt aber nicht. Je nach Aktionärsstruktur kann das Andienungsrecht der Aktionäre, zumal nur eine Barabfindung zugelassen ist, die übertragende Gesellschaft finanziell erheblich belasten und ggf. die SE-Gründung wirtschaftlich ausschließen. Ferner ist die dem § 7 SEAG zu Grunde liegende Wertung inkonsequent: Deutschland hat die Einführung der SE nach dem Prinzip eines länderspezifischen Modells mitgetragen, die keine gemeinschaftsweite „Einheits-SE“ vorsieht, sondern es hinnimmt, dass die SE in jedem EU-Mitgliedstaat ein eigenes Gesicht hat. Auf dieser Basis ist der Standpunkt merkwürdig, die verschmelzungsbedingte Mitgliedschaft deutscher Aktionäre in einer ausländischen SE sei so gefährlich, dass man ihnen zwingend die Möglichkeit eines Ausstiegs anbieten müsse. Hier besteht noch Diskussionsbedarf. Hält man hingegen die Grundwertung des RefE-SEAG für zutreffend, so erscheint die in § 7 SEAG vorgenommene Detailausgestaltung des Andienungsrechts in sich schlüssig. Auch hier kann - unter den bereits erwähnten Voraussetzungen des Art. 25 Abs. 3 Satz 1 SE-VO - die Angemessenheit der Barabfindung im Spruchverfahren geklärt werden, § 7 Abs. 7 SEAG.

Ein ähnlicher Gedanken wie der des § 7 SEAG liegt § 8 SEAG zu Grunde, der sich dem Gläubigerschutz widmet. Liegt der künftige Sitz der SE im Ausland, so ist den Gläubigern der übertragenden Gesellschaft entsprechend § 13 Abs. 1 und Abs. 2 SEAG Sicherheit zu leisten, soweit sie nicht Befriedigung verlangen können. Dies gilt allerdings nicht ohne Weiteres, sondern nur dann, wenn die Gläubiger glaubhaft machen können, dass durch die Verschmelzung die Erfüllung ihrer Forderungen gefährdet wird, §§ 8 Satz 1, 13 Abs. 1 Satz 2 SEAG. Auch hier kann man grundsätzlich diskutieren, ob es eines solchen Schutzes überhaupt bedarf bzw. ob nicht die umstrukturierungshemmenden Nachteile der Regelung für die Gesellschaft überwiegen. Mit Rücksicht auf die beschränkte Rechtsfolge (Sicherung, keine Befriedigung) und das Erfordernis einer konkreten Gefährdungslage erscheint das hier angewandte Schutzkonzept jedoch als im Prinzip angemessen. Allerdings wird man trefflich darüber streiten können, wann eine konkrete Gefährdungslage tatsächlich vorliegt.

b) Gründung einer Holding-SE

In zwei Fällen der Gründung einer Holding-SE hält das SEAG einen Aktionärs- bzw. Gesellschafterschutz für geboten: Hat (a) die Holding-SE ihren Sitz im Ausland oder ist sie (b) ihrerseits abhängig gemäß § 17 AktG, hat eine die Gründung anstrebende Aktiengesellschaft im Gründungsplan jedem Aktionär, der gegen den Zustimmungsbeschluss dieser Gesellschaft zum Gründungsplan Widerspruch zur Niederschrift erklärt, den Erwerb seiner Anteile gegen eine angemessene Barabfindung anzubieten, § 9 Abs. 1 Satz 1 SEAG. Auch in diesen Gründungsfällen ist also, ganz ähnlich wie bei den Gründungen durch Verschmelzung, unzufriedenen Aktionären ein Andienungsrecht zu gewähren. Anders als bei der Gründung durch Verschmelzung erwirbt allerdings nicht die neue SE die Aktien, sondern die an der Holding-Gründung beteiligte deutsche Gesellschaft. Wegen der Einzelheiten der Andienung wird konsequenterweise auf § 7 Abs. 2 bis Abs. 7 SEAG, also auf die entsprechenden Vorschriften zur Verschmelzung, verwiesen, § 8 Abs. 2 SEAG. Ist das Umtauschverhältnis nicht angemessen, so kann jeder Anteilsinhaber der die Gründung anstrebenden Gesellschaft von der Holding-SE

einen Ausgleich durch Barzuzahlung verlangen, § 11 Abs. 1 SEAG. Wegen der Einzelheiten werden auch hier die Regeln zur Verschmelzung (§ 6 Abs. 1, Abs. 3 und Abs. 4 SEAG) für anwendbar erklärt, § 11 Abs. 2 SEAG.

Im Fall (a), der Holding-SE mit Sitz im Ausland, stellt sich wiederum die Frage, ob in diesen Fällen tatsächlich ein Schutz der Minderheitsaktionäre erforderlich ist. Auf die Anmerkungen zur Verschmelzung kann hierzu verwiesen werden. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die an der Holdinggründung beteiligten Gesellschaften bestehen bleiben und der Anteilstausch eine freiwillige Angelegenheit ist. Der Schutz im Fall (b), der Gründung einer abhängigen Holding-SE, ist demgegenüber einleuchtender. Für den Minderheitsaktionär besteht in diesen Fällen das latente Risiko, dass das herrschende (Konzernmutter-)Unternehmen seinen Einfluss in einer Weise ausübt, die den Wert seiner Aktien beeinträchtigt. Auffällig ist aber, dass das deutsche Recht ein solches „allgemeines Ausstiegsrecht“ von Aktionären sonst nicht kennt. Nur dann, wenn ein Ausschluss von Minderheitsaktionären (§§ 327a ff. AktG) durchgeführt wird, der aber von dem Hauptaktionär betrieben werden muss, ist den ausgeschlossenen Minderheitsaktionären zwingend eine Barabfindung zu gewähren. Wird hingegen ein Beherrschungs- oder ein Gewinnabführungsvertrag abgeschlossen bzw. ist nach den Vorschriften des WpÜG ein Pflichtangebot zu unterbreiten, so erfolgt die Abfindung nicht zwingend in bar, sondern ggf. in Aktien. Das SEAG geht damit an dieser Stelle über das allgemeine Schutzniveau des deutschen Rechts hinaus. Im Übrigen ist zu den Vorschriften des SEAG zur Gründung einer Holding-SE erwähnenswert, dass das Andienungsrecht nur für die Gesellschafter einer Gründungsgesellschaft in Form der AG, nicht dagegen für Gesellschafter einer GmbH vorgesehen wird, § 9 Abs. 1 SEAG. Als Begründung hierfür führt der RefE-SEEG an, dass sich GmbH-Gesellschafter weitgehend gegen eine unerwünschte Konzernierung schützen könnten. Dies mag zutreffend sein, wenn der Fall der Einbindung der GmbH in einen Konzern bereits bei der Abfassung des Gesellschaftsvertrages bedacht wurde. In den praktisch wohl relevanteren Fällen, dass der bzw. die Mehrheitsgesellschafter der GmbH auf Grund eines später gefassten Entschlusses eine solche Konzernierung betreiben, trägt dieser Gedanke hingegen nicht. Die GmbH sollte daher in § 9 SEAG einbezogen werden.

3. Sitzverlegung

Es ist einer der wesentlichen Vorzüge der SE, dass sie ihren Sitz in einen anderen Mitgliedstaat der EU verlegen kann, ohne dass dies zu ihrer Auflösung oder zur Gründung einer neuen juristischen Person führt, Art. 8 Abs. 1 SE-VO. Aus der Sicht des deutschen SE-Aktionärs führt die Sitzverlegung „seiner“ bislang in Deutschland ansässigen SE dazu, dass er künftig an einer Auslands-SE beteiligt ist, die fortan stark von dem nationalen Ergänzungsrecht des neuen Sitzstaates geprägt ist. Dies soll der Aktionär nach der Wertung des RefE-SEEG, gestützt auf die Ermächtigung des Art. 8 Abs. 5 SE-VO, nicht hinnehmen müssen: Die sitzverlegende SE hat jedem - nicht nur dem deutschen - Aktionär, der gegen den Verlegungsbeschluss Widerspruch zur Niederschrift erklärt hat, den Erwerb seiner Aktien gegen eine angemessene Barabfindung anzubieten, § 12 Abs. 1 Satz 1 SEAG. Wegen der Einzelheiten des Andienungsverfahrens werden die Verschmelzungsvorschriften (§ 7 Abs. 2 bis Abs. 7 SEAG) für anwendbar erklärt, § 12 Abs. 2 SEAG. Die Begründung des RefE-SEEG merkt dazu an, man habe die Regelung nach dem Vorbild des § 207 UmwG (Barabfindungsangebot im Fall des Formwechsels) geschaffen, da die Sitzverlegung einer SE angesichts der starken Prägung der SE durch das jeweils im Sitzstaat geltende Recht „durchaus einem Rechtsformwechsel vergleichbar“ sei. Die Regelung korrespondiert mit den entsprechenden Vorschriften zur Verschmelzung und zur Holdinggründung. Insofern muss man dem RefE-SEEG bescheinigen, dass er sein fürsorgliches Konzept konsequent umsetzt. Auch in diesen Fällen kann man jedoch zur Schutzbedürftigkeit der Aktionäre der sitzverlegenden SE gegenteiliger Auffassung sein: Diese haben sich dafür entschieden, sich an einer gemeinschaftsweit mobilen Gesellschaftsform zu beteiligen. Wenn nun die SE von dieser charakteristischen, vom Gesetzgeber selbst hervorgehobenen Mobilität Gebrauch macht, hat kein Aktionär Anlass, sich darüber zu beklagen. Sofern es hier überhaupt eines Schutzes bedarf, dann eher eines Schutzes zu Gunsten der SE vor einer finanziell belastenden, mobilitätshemmenden, ggf. gar -verhindernden Konfrontation mit Abfindungsansprüchen ebenso geldhungriger wie inkonsequenter Aktionäre. § 12 RefE-SEAG sollte daher nicht in den Regierungsentwurf übernommen werden.

Die grenzüberschreitende Sitzverlegung der SE nimmt der RefE-SEEG ferner zum Anlass für eine Gläubigerschutzvorschrift: Den Gläubigern der SE ist, sofern sie binnen zwei Monaten nach dem Tag, an dem der Verlegungsplan offen gelegt worden ist, ihren Anspruch nach Grund und Höhe schriftlich anmelden, Sicherheit zu leisten, falls sie nicht Befriedigung verlangen können, § 13 Abs. 1 Satz 1 SEAG. Dies gilt allerdings nur dann, wenn die Gläubiger glaubhaft machen können, dass durch die Sitzverlegung die Erfüllung ihrer Forderungen gefährdet wird, § 13 Abs. 1 Satz 2 SEAG. Das Recht auf Sicherheitsleistung beschränkt sich auf diejenigen Forderungen, die vor oder bis zu fünfzehn Tage nach Offenlegung des Verlegungsplans entstanden sind, § 13 Abs. 2 SEAG. Aus der Sicht der sitzverlegenden SE ist diese Regelung - verglichen mit der Abfindungsregelung des § 12 SEAG - weniger belastend, da es „nur“ um die Stellung von Sicherheiten geht. Gleichwohl ist auch hier kritisch zu hinterfragen, ob ein solcher Schutz tatsächlich geboten ist. Zum einen ist zu bedenken, dass die SE-Sitzverlegung nur innerhalb der Mitgliedsstaaten der EU, nicht aber in - ggf. räumlich und rechtskulturell ferne - Drittstaaten möglich ist. Die Rechtsverfolgung mag für einen deutschen Gläubiger in diesen Staaten zwar erschwert sein, ist aber keineswegs ausgeschlossen. Man kann daher den Gläubigern eine solche Erschwernis in einer immer enger zusammenwachsenden Europäischen Gemeinschaft durchaus zuzumuten. Zu berücksichtigen ist hierbei auch, dass die sitzverlegende SE in Bezug auf alle Forderungen, die vor dem Zeitpunkt der Verlegung entstanden sind, weiterhin als SE mit Sitz in dem Wegzugsstaat gilt, auch wenn sie erst nach der Verlegung verklagt wird, Art. 8 Abs. 16 SE-VO. Die deutschen Gläubiger können die in das EU-Ausland auswandernde SE auch nach ihrem Wegzug vor einem deutschen Gericht verklagen. Aber selbst dann, wenn man die vorgenannten Gesichtspunkte nicht als ausreichend ansieht, auf einen weiteren Gläubigerschutz zu verzichten, muss man sich fragen, ob alle Gläubiger als gleich schutzbedürftig zu behandeln sind, wie dies durch § 13 SEAG derzeit geschieht. Die Schutzbedürftigkeit derjenigen Gläubiger, die ihre Forderungen auf Grund eines Vertrages oder sonstigen Rechtsgeschäfts mit der SE erworben haben, kann man deshalb in Frage stellen, weil sie sich die SE als Schuldnerin selbst ausgesucht haben. Letztlich gilt für sie nichts anderes als für die Aktionäre der sitzverlegenden SE. Nur diejenigen Gläubiger, deren Anspruch gesetzlicher Natur ist (bspw. aus unerlaubter Handlung oder ungerechtfertigter Bereicherung) erscheinen tatsächlich schutzbedürftig. § 13 SEAG könnte auf diese Gläubiger beschränkt werden.

4. Die Leitungsstruktur der SE

Neben der Möglichkeit zur gemeinschaftsweiten Sitzverlegung ist für die SE charakteristisch, dass sie nicht auf ein einziges Konzept der Unternehmensleitung festgelegt ist. Das Recht der SE stellt zwei Konzepte zur Wahl: Das dualistische System (Vorstand und Aufsichtsrat) einerseits und das monistische System (nur ein Verwaltungsrat) andererseits. Diese Wahlmöglichkeit bleibt ein Spezifikum der SE; für die AG ist die Schaffung einer monistischen Unternehmensleitung - bis auf Weiteres - nicht vorgesehen. Insofern hat die Einführung der SE auch für das nationale Aktienrecht experimentellen Charakter. Die Regelungsdichte des RefE-SEEG im Hinblick auf das dualistische bzw. monistische Leitungssystem ist sehr unterschiedlich. Zum dualistischen System enthält das nationale Aktienrecht (§§ 76 bis 116 AktG) eine ausführliche und bewährte Regelung, die auch für die dualistisch verfasste SE gilt, Art. 9 Abs. 1 lit. c ii) SE-VO. Der RefE-SEEG kann sich daher auf einige ergänzende Vorschriften (§§ 15 bis 19 SEAG) beschränken. Anders liegen die Verhältnisse hingegen bei dem monistischen System, welches für das deutsche Recht ein Novum darstellt. Hier war ein eigenständiges Regelungssystem zu entwickeln (§§ 20 bis 49 SEAG). Aus dogmatischer Sicht ist dies der interessanteste Teil des SEAG. Im Folgenden liegt daher der Schwerpunkt auf der Vorstellung des monistischen Systems.

a) Dualistisches System

Die Kompetenzverteilung im dualistischen System der SE entspricht dem Verhältnis von Vorstand und Aufsichtsrat in der deutschen AG. Das Leitungsorgan führt die Geschäfte der SE in eigener Verantwortung, Art. 39 Abs. 1 Satz 1 SE-VO. Das Aufsichtsorgan hingegen überwacht die Führung der Geschäfte durch das Leitungsorgan. Es ist nicht berechtigt, die Geschäfte der SE selbst zu führen, Art. 40 Abs. 1 SE-VO. Die Zahl der Mitglieder des Leitungsorgans oder die Regel für ihre Festlegung werden durch die Satzung der SE

bestimmt. Die Mitgliedstaaten können jedoch eine Mindest- und/oder Höchstzahl festsetzen, Art. 39 Abs. 4 SE-VO. Entsprechend werden die Zahl der Mitglieder des Aufsichtsorgans oder die Regeln für ihre Festlegung durch die Satzung bestimmt. Die Mitgliedstaaten können aber für die in ihrem Hoheitsgebiet eingetragenen SE die Zahl der Mitglieder des Aufsichtsorgans oder deren Höchst- und/oder Mindestzahl festlegen, Art. 40 Abs. 3 SE-VO. Der Kern der diesbezüglichen Vorschriften des SEAG besteht in der Ausfüllung der vorgenannten Ermächtigungen. Leitlinie des RefE-SEAG ist es hierbei, einen Gleichlauf mit dem nationalen Aktienrecht herzustellen. Das Leitungsorgan hat demzufolge bei einer SE mit einem Grundkapital von mehr als Euro 3 Mio. aus mindestens zwei Personen zu bestehen, es sei denn, die Satzung der SE bestimmt, dass es aus einer Person bestehen soll, § 16 Satz 1 SEAG. Dies entspricht der Regelung bei der AG. Das Aufsichtsorgan besteht hingegen aus mindestens drei Mitgliedern, § 17 Abs. 1 Satz 1 SEAG. Die Satzung der SE kann jedoch eine bestimmte höhere Zahl festsetzen, sofern sie durch drei teilbar ist, § 17 Abs. 1 Satz 2 SEAG. Die Höchstzahl der Mitglieder des Aufsichtsorgans beträgt bei SE mit einem Grundkapital bis zu Euro 1,5 Mio. neun, von mehr als Euro 1,5 Mio. fünfzehn und von mehr als Euro 10 Mio. einundzwanzig Personen. Auch dies entspricht der Regelung des deutschen Aktienrechts. Das Aufsichtsorgan kann bestimmte Arten von Geschäften von seiner Zustimmung abhängig machen, § 19 SEAG. Dies entspricht nicht exakt dem § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG für die AG, wonach die Satzung oder der Aufsichtsrat zu bestimmen hat, dass bestimmte Arten von Geschäften nur mit seiner Zustimmung vorgenommen werden dürfen. Die Begründung zum RefE-SEAG führt dazu aus, dass auf der Grundlage des Art. 48 Abs. 1 SE-VO nur eine Kannbestimmung zulässig ist, nicht hingegen ein zwingender Katalog zustimmungsbedürftiger Geschäfte. Ob die SE-VO tatsächlich in diesem Sinne einschränkend zu verstehen ist, erscheint zumindest zweifelhaft.

Zur Terminologie des SEAG ist schließlich anzumerken, dass die Bezeichnungen „Leitungsorgan“ und „Aufsichtsorgan“ dem Sprachgebrauch der SE-VO entlehnt sind. Dort macht die abstrakte - wenig elegante - Terminologie Sinn, da die Bezeichnungen für diese Organe in den einzelnen Mitgliedstaaten voneinander abweichen. Da das SEAG hingegen primär für die künftig im Inland ansässigen SE gilt, erscheint fraglich, ob nicht der Sprachgebrauch des SEAG an den des AktG angepasst, also das Leitungsorgan „Vorstand“ und das Aufsichtsorgan „Aufsichtsrat“ genannt werden sollte. Es ist nicht ersichtlich, dass die SE-VO dies verbieten würde. Zumindest sollte jedoch im SEAG klargestellt werden, dass eine im Inland ansässige, dualistisch verfasste SE bei der Bezeichnung ihrer Organe die Terminologie des AktG verwenden darf. Dies wäre im Sinne des vom RefE-SEAG verfolgten Gleichlaufs mit dem AktG.

b) Monistisches System

Wählt eine SE in ihrer Satzung das monistische System mit einem einzigen Verwaltungsorgan, dem sog. „Verwaltungsrat“, finden die §§ 76 bis 116 AktG keine (entsprechende) Anwendung, § 20 SEAG. Statt dessen gelten die §§ 21 bis 49 SEAG. Dem Verwaltungsrat kommen im Kern drei Aufgaben zu: (i) Er leitet die SE, (ii) bestimmt die Grundlinien ihrer Tätigkeit und (iii) überwacht deren Umsetzung, § 22 Abs. 1 SEAG. Bereits die Umschreibung der Aufgaben zeigt, dass das SEAG kein monistisches System in Reinkultur schafft, da eine weitere Person bzw. Personengruppe erforderlich ist, die im Tagesgeschäft tätig wird und deren Tätigkeit durch den Verwaltungsrat zu überwachen ist. Dies sind die geschäftsführenden Direktoren, §§ 40 ff. SEAG, auf die noch eingegangen wird. Neben den dargestellten „Grundaufgaben“ hat der Verwaltungsrat dafür zu sorgen, dass die erforderlichen Handelsbücher geführt werden. Er hat zudem ein Überwachungssystem einzurichten, das für die Gesellschaft bestandsgefährdende Entwicklungen rechtzeitig erkennt, § 22 Abs. 3 SEAG. Der Verwaltungsrat hat ferner die Hauptversammlung einzuberufen, §§ 22 Abs. 2 und Abs. 5, 48 Abs. 1 SEAG. Rechtsvorschriften außerhalb des SEAG, die dem Vorstand oder dem Aufsichtsrat einer AG Rechte und Pflichten zuweisen, gelten sinngemäß für den Verwaltungsrat, sofern das SEAG nicht Kompetenzen auf die geschäftsführenden Direktoren delegiert, § 22 Abs. 6 SEAG.

Der Verwaltungsrat besteht aus drei Mitgliedern, es sei denn, die Satzung bestimmt etwas anderes. Bei SE mit einem Grundkapital von mehr als Euro 3 Mio. muss er jedoch mindestens aus drei Personen bestehen, § 23 Abs. 1 Sätze 1 und 2 SEAG. Die Höchstzahl der Mitglieder des Verwaltungsrats beträgt bei einer SE mit einem Grundkapital von bis zu Euro 1,5 Mio. neun, von mehr als Euro 1,5 Mio. fünfzehn und von mehr als Euro 10 Mio. einundzwanzig Personen, § 23 Abs. 1 Satz 3 SEAG. Die Beteiligung der Arbeitnehmer im Verwaltungsrat regelt sich nach dem SEBG, §§ 23 Abs. 2, 24 SEAG. Bestehen Zweifel, dass der Verwaltungsrat nach den maßgeblichen vertraglichen oder gesetzlichen Vorschriften zusammengesetzt ist, sieht das SEAG ein Statusverfahren nach dem Vorbild des AktG vor, §§ 25 f. SEAG. Mitglieder des Verwaltungsrats können nur natürliche Personen sein, § 27 Abs. 3 SEAG. Auch im Übrigen entsprechen die persönlichen Voraussetzungen an die Mitgliedschaft im Verwaltungsrat weitgehend dem Vorbild des AktG. Unter anderem kann nicht Mitglied des Verwaltungsrats sein, wer bereits in zehn Handelsgesellschaften, die gesetzlich einen Aufsichtsrat oder einen Verwaltungsrat zu bilden haben, Mitglied des Aufsichtsrats oder des Verwaltungsrats ist, § 27 Abs. 1 Nr. 1 SEAG. Aufsichtsrats- und Verwaltungsratsmitgliedschaften bei Gesellschaften in der Rechtsform der SE bzw. der AG werden daher gleich bewertet, was angesichts der ähnlichen Funktion der beiden Gremien folgerichtig ist. Die damit korrespondierende Vorschrift für die AG (§ 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AktG) müsste allerdings konsequenterweise anlässlich der SE-Einführung ebenfalls entsprechend angepasst werden.

Die Mitglieder des Verwaltungsrats werden, soweit nicht die Mitbestimmung greift, im Grundsatz von der Hauptversammlung gewählt, Art. 43 Abs. 3 Satz 1 SE-VO, § 28 Abs. 1 SEAG. Auch bei der SE können jedoch Entsendungsrechte in den Verwaltungsrat begründet werden, §§ 28 Abs. 2 SEAG, 101 Abs. 2 AktG. Die Abberufung von Mitgliedern des Verwaltungsrats (§ 29 SEAG), ihre gerichtliche Bestellung (§ 30 SEAG) sowie die Nichtigkeit bzw. Anfechtbarkeit ihrer Wahl (§§ 31 ff. SEAG) orientieren sich weitgehend an den jeweiligen aktienrechtlichen Regelungen für den Aufsichtsrat. Gleichfalls eher unspektakulär und dem Aktienrecht entlehnt sind die Regelungen über die innere Ordnung des Verwaltungsrats (§ 34 SEAG), die Beschlussfassung (§ 35 SEAG), die Teilnahme an Sitzungen (§ 36 SEAG) und die Einberufung des Verwaltungsrats (§ 37 SEAG). Hervorzuheben ist, dass auch die Vergütung der Mitglieder des Verwaltungsrats nach den aktienrechtlichen Grundsätzen erfolgen soll, §§ 38 Abs. 1 SEAG, 113 AktG. Gleiches gilt für die Fragen der Kreditvergabe und für sonstige Verträge zwischen SE und Verwaltungsratsmitglied, §§ 38 Abs. 2 SEAG, 114 f. AktG. Was die Sorgfaltspflicht und die Verantwortlichkeit der Verwaltungsratsmitglieder anbelangt, wird hingegen in § 39 SEAG auf § 93 AktG verwiesen, der die diesbezüglichen Pflichten für den Vorstand einer AG normiert. Diese Abweichung von dem Prinzip, die Vorschriften zum Aufsichtsrat der AG als Modell heranzuziehen, erklärt sich dadurch, dass ein Verweis auf die Vorschrift des § 116 AktG zu den Pflichten des Aufsichtsrats wegen der dortigen Verweisung auf § 93 AktG nur einen verweisungstechnischen Umweg dargestellt hätte. § 39 SEAG hat insofern „dynamischen“ Charakter, als im Rahmen des UMAG diese Vorschrift geändert und um eine sog. „Business Judgment Rule“ ergänzt werden soll.

Ein monistisches System wie das durch den RefE-SEAG entworfene, das den Verwaltungsrat konzeptionell stark dem Aufsichtsrat annähert, steht vor der Herausforderung, auch für die Umsetzung der von dem Verwaltungsrat getroffenen Grundentscheidungen und für das sonstige Tagesgeschäft organisatorisch Vorsorge zu treffen. Zu diesem Zweck sieht das SEAG den bzw. die „geschäftsführenden Direktoren“ vor, §§ 40 ff. SEAG. Nach § 40 Abs. 1 Satz 1 SEAG ist durch den Verwaltungsrat zumindest ein geschäftsführender Direktor zu bestellen. Mitglieder des Verwaltungsrats können zu geschäftsführenden Direktoren bestellt werden, sofern die Mehrheit des Verwaltungsrats weiterhin aus nicht geschäftsführenden Mitgliedern besteht, § 40 Abs. 1 Satz 2 AktG. Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied zu dem dualistischen System der SE und der AG, das eine grundsätzliche Unzulässigkeit der gleichzeitigen Mitgliedschaft in Vorstand und Aufsichtsrat kennt, Art. 39 Abs. 3 SE-VO bzw. § 105 AktG. Werden hingegen Dritte zu geschäftsführenden Direktoren bestellt, so müssen diese die gleichen persönlichen Anforderungen erfüllen wie das Mitglied des Vorstands einer AG, §§ 40 Abs. 1 Satz 3 SEAG, 76 Abs. 3 AktG. Die Satzung der SE kann Regelungen über die Zahl der geschäftsführenden Direktoren treffen, § 40 Abs. 1 Satz 4 SEAG. Aufgabe der geschäftsführenden Direktoren ist die Führung der Geschäfte der Gesellschaft, § 40 Abs. 2 Satz 1 SEAG. Gemeint sind damit - wie ein Vergleich mit § 22 Abs. 1 SEAG zum Verwaltungsrat ergibt - die „laufenden“ Geschäfte. Sind mehrere geschäftsführende Direktoren bestellt, gilt grundsätzlich Gesamtgeschäftsführung, es sei denn, die Satzung der SE oder eine durch den Verwaltungsrat erlassene Geschäftsordnung bestimmen etwas Anderes, § 40 Abs. 2 Satz 2 SEAG. Die Geschäftsführungsbefugnis korrespondiert mit der Vertretungsbefugnis. Die

geschäftsführenden Direktoren vertreten die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich, § 41 Abs. 1 SEAG. Ihre Vertretungsbefugnis ist nicht beschränkbar, § 44 Abs. 1 SEAG. Mehrere geschäftsführende Direktoren sind, wenn die Satzung nichts anderes bestimmt, nur gemeinschaftlich vertretungsberechtigt, § 41 Abs. 2 Satz 1 SEAG. Die passive Vertretung gegenüber nur einem geschäftsführenden Direktor ist demgegenüber wirksam, § 41 Abs. 2 Satz 2 SEAG. Im Rahmen der Aufstellung, Prüfung und Feststellung des Jahres- und (ggf.) des Konzernabschlusses haben die geschäftsführenden Direktoren die Aufgaben, die bei der AG der Vorstand wahrnimmt. Der Verwaltungsrat übernimmt den Part des Aufsichtsrats, § 47 SEAG.

Dieser vorstandsähnlichen Stellung der geschäftsführenden Direktoren entspricht es, dass ihnen gegenüber, dem Vorbild des § 112 AktG entsprechend, die SE (gerichtlich und außergerichtlich) durch den Verwaltungsrat vertreten wird. Auch die Berichterstattung gegenüber dem Verwaltungsrat, die Vergütungs- und Wettbewerbsgrundsätze sowie die Sorgfaltspflicht und die Verantwortlichkeit der geschäftsführenden Direktoren entsprechen den Rechten und Pflichten eines Vorstands einer AG, § 40 Abs. 6 bis Abs. 8 SEAG. Ein wesentlicher Unterschied zur Stellung von Mitgliedern des Vorstands liegt jedoch darin, dass die geschäftsführenden Direktoren jederzeit durch Beschluss des Verwaltungsrats abberufen werden können, sofern die Satzung der SE nichts anderes regelt, § 40 Abs. 5 Satz 1 SEAG. Ferner sind die geschäftsführenden Direktoren verpflichtet, die Anweisungen und Beschränkungen zu beachten, welche die Satzung, der Verwaltungsrat, die Hauptversammlung und die Geschäftsordnungen des Verwaltungsrats und der geschäftsführenden Direktoren für die Geschäftsführungsbefugnis getroffen haben, § 44 Abs. 2 SEAG. Die geschäftsführenden Direktoren sind daher hinsichtlich ihrer Geschäftsführung und ihres Amtes von dem Verwaltungsrat abhängig; die weitgehende Unabhängigkeit der Vorstände einer AG bzw. der Mitglieder des Leitungsorgans im dualistischen System der SE kommt ihnen nicht zu. Das Verhältnis von Verwaltungsrat und geschäftsführenden Direktoren ähnelt damit dem Verhältnis der Gesellschafterversammlung einer GmbH zu den Geschäftsführern der Gesellschaft.

Zusammenfassend ergibt das monistische System nach dem Entwurf des RefE-SEEG weniger das Bild eines einheitlichen Leitungsorgans, sondern vermittelt eher den Eindruck eines abgeschwächt dualistischen Systems. Der wesentlichste Unterschied zu dem dualistischen Modell der deutschen AG und künftig auch der SE ist die Weisungsabhängigkeit der geschäftsführenden Direktoren von dem Verwaltungsrat und ihre freie Abberufbarkeit. Das monistische System dürfte daher vor allem für diejenigen Unternehmen bzw. Gesellschafter interessant sein, die keinen (weitgehend) unabhängigen und eigenverantwortlichen Vorstand wünschen. Eine solche Interessenlage dürfte nicht selten bei kleineren bzw. familiengeprägten Gesellschaften anzutreffen sein, die aber gleichwohl einen EU-Bezug aufweisen, der einen Übergang in die Rechtsform der SE ermöglicht. Für diese Gesellschaften kann die SE, jedenfalls unter dem Leitungsgesichtspunkt, eine geeignetere „kleine AG“ sein als die nationale AG. Daneben dürfte die monistisch verfasste SE für ausländische Gesellschaften bzw. Konzerne geeignet sein, die in Ländern ansässig sind, in denen im Aktienrecht das monistische System vorherrscht und daher vertrauter ist als das dualistische System.

5. Sonstiges

Das SEAG enthält ferner noch einige wenige, die SE-VO ergänzende Vorschriften zur Hauptversammlung und zur Auflösung der SE, auf die hier näher eingegangen wird. Daneben bestimmt § 53 Satz 1 SEAG, dass eine größere Zahl von Straf- und Bußgeldvorschriften des AktG, des HGB und des UmwG „auch für die SE im Sinne des Art. 9 Abs. 1 lit. c ii) der Verordnung“ gelten. Soweit diese Straf- bzw. Bußgeldnormen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder oder Mitglieder des vertretungsberechtigten Organs einer Kapitalgesellschaft betreffen, gelten sie bei der SE für die Mitglieder des Leitungsorgans, des Aufsichtsorgans und des Verwaltungsrats sowie für die geschäftsführenden Direktoren, § 53 Satz 2 SEAG. Es soll hier nicht um die inhaltliche Sachgerechtigkeit der Verweisungen gehen. Auffällig ist aber, dass die Vorschrift in hohem Maße unübersichtlich ist, zum einen wegen der Weiterverweisungen, zum anderen wegen der Modifikation der in Bezug genommenen Normen durch Satz 2 der Vorschrift. Die Folge hiervon ist, dass der potenzielle Normadressat sich daher „seinen“ Straf- bzw. Ordnungswidrigkeitstatbestand selbst zusammenstellen muss, um zu wissen, was er zu tun bzw. zu lassen hat. Es stellt sich die Frage, ob § 53 SEAG noch den grundgesetzlichen Vorgaben an die „gesetzliche Bestimmtheit“ von Strafnormen und Ordnungswidrigkeitstatbeständen genügt. Die durch diese Normen eigentlich angestrebte präventive Wirkung ist hier jedenfalls nur sehr eingeschränkt gegeben.

IV. Das SE-Beteiligungsgesetz (SEBG)

1. Überblick

Das SEBG, welches umfangmäßig dem SEAG fast gleichkommt, regelt die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer SE mit Sitz im Inland, §§ 1 Abs. 1 Satz 1, 3 Abs. 1 Satz 1 SEBG. Ziel des Gesetzes ist, in einer SE die erworbenen Rechte der Arbeitnehmer auf Beteiligung an den Unternehmensentscheidungen zu sichern. Maßgebend für die Ausgestaltung der Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer in der SE sind die bestehenden Beteiligungsrechte in den Gesellschaften, welche die SE gründen, § 1 Abs. 1 Sätze 2 f. SEBG. Kurz und vereinfacht gefasst geht es danach im Kern um die Sicherung des kollektiv-arbeitsrechtlichen status quo. Das SEBG gliedert sich in insgesamt fünf Teile:

- Teil 1: Allgemeine Vorschriften, §§ 1 bis 3 SEBG
- Teil 2: Besonderes Verhandlungsgremium (Kapitel 1: Bildung und Zusammensetzung; Kapitel 2: Wahlgremium; Kapitel 3: Verhandlungsverfahren), §§ 4 bis 20 SEBG
- Teil 3: Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE (Kapitel 1: Beteiligung der Arbeitnehmer kraft Vereinbarung; Kapitel 2: Beteiligung der Arbeitnehmer kraft Gesetzes), §§ 21 bis 39 SEBG
- Teil 4: Grundsätze der Zusammenarbeit und Schutzbestimmungen, §§ 40 bis 43 SEBG
- Teil 5: Besondere Vorschriften; Straf- und Bußgeldvorschriften, §§ 44 bis 47 SEBG

Der Überblick zeigt, dass der Schwerpunkt des SEBG auf den Teilen 2 und 3 des Gesetzes liegt, also bei den Vorschriften über das sog. „besondere Verhandlungsgremium“ sowie bei den materiellen Regeln über die Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE. Das SEBG, wie auch die zu Grunde liegende SE-RiL, basiert auf der Idee, die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer nicht im Verordnungswege gesetzlich festzuschreiben, sondern diese möglichst durch die Arbeitgeber- und die Arbeitnehmerseite aushandeln zu lassen („Vorrang der Verhandlungslösung“). Ziel der Verhandlungen ist die sog. „Vereinbarung“, § 21 SEBG. Kommt keine Vereinbarung zu Stande, sieht das SEBG allerdings eine subsidiäre gesetzliche Regelung über einen SE-Betriebsrat (§§ 22 bis 33 SEBG) und über die Mitbestimmung (§§ 34 bis 38 SEBG) vor.

2. Das besondere Verhandlungsgremium

Die Umsetzung der erwähnten Grundidee des SEBG setzt ein zu diesem Zweck zu bildendes Verhandlungsgremium der Arbeitnehmerseite voraus. Der Beginn des Konstituierungsprozesses liegt auf der Arbeitgeberseite: Die an der Gründung der SE beteiligten Leitungen haben eine schriftliche Aufforderung zur Bildung des besonderen Verhandlungsgremiums zu erheben und die Arbeitnehmervertretungen bzw. die Arbeitnehmer selbst über das Gründungsvorhaben zu unterrichten, § 4 SEBG. Unklar ist jedoch, an wen die schriftliche Aufforderung zu richten ist; dies sollte im RegE klargestellt werden. Für die in jedem Mitgliedstaat beschäftigten Arbeitnehmer der beteiligten Gesellschaften, der betroffenen Tochtergesellschaften und der betroffenen Betriebe werden Mitglieder für das besondere Verhandlungsgremium gewählt oder bestellt, § 5 Abs. 1 Satz 1 SEBG. Die Wahl oder Bestellung der Mitglieder des besonderen Verhandlungsgremiums erfolgt nach den jeweiligen Bestimmungen der Mitgliedstaaten, § 7 Abs. 1 SEBG. Die nach dem SEBG (oder nach dem Gesetz eines anderen Mitgliedstaats) auf die im Inland beschäftigten Arbeitnehmer der an der Gründung der SE beteiligten Gesellschaften, betroffene Tochtergesellschaften und betroffenen Betriebe entfallenden Mitglieder des besonderen Verhandlungsgremiums werden von einem Wahlgremium gewählt, § 8 Abs. 1 Satz 1 SEBG. Die Einzelheiten dieses multinationalen

Konstituierungsprozesses, auf die hier nicht eingegangen wird, sind recht kompliziert. Es erscheint daher als eine ambitionierte Zielvorgabe, dass die Wahl oder die Bestellung der Mitglieder des besonderen Verhandlungsgremiums innerhalb von zehn Wochen nach der obligatorischen Information durch die Leitungen erfolgen soll, § 11 Abs. 1 Satz 1 SEBG.

Dem aufwändigen Konstituierungsprozess entspricht es, dass das besondere Verhandlungsgremium auch eine Binnenverfassung hat: Es wählt aus seiner Mitte einen Vorsitzenden und mindestens zwei Stellvertreter. Es kann sich ferner eine Geschäftsordnung geben, § 12 Abs. 1 SEBG. Die Einzelheiten des Verhandlungsprozesses sollen hier übergangen werden. Angesichts des bis dahin betriebenen Aufwands zur Errichtung des besonderen Verhandlungsgremiums verwundert es allerdings, dass dieses nicht nur beschließen kann, bereits aufgenommene Verhandlungen abzubrechen, sondern auch keine Verhandlungen aufzunehmen, § 16 Abs. 1 Satz 1 SEBG. Es befriedigt nur wenig, dass diese Befugnis des besonderen Verhandlungsgremiums bereits durch die SE-RiL vorgegeben ist. Sachgerecht wäre vielmehr eine Verpflichtung des Gremiums gewesen, sich ernsthaft um den Abschluss einer Vereinbarung zu bemühen. Im Grundsatz sollen die Verhandlungen zur Erzielung einer Vereinbarung sechs Monate dauern, gerechnet ab der Einsetzung des besonderen Verhandlungsgremiums, § 20 Abs. 1 SEBG. Die Parteien können jedoch einvernehmlich beschließen, die Verhandlungen bis zu insgesamt einem Jahr fortzusetzen, § 20 Abs. 2 SEBG. Kommt bis zum Ablauf dieses Zeitraums keine Vereinbarung zu Stande oder hat das besondere Verhandlungsgremium die Verhandlungen abgebrochen bzw. nicht aufgenommen, so ist der Prozess zur rechtsgeschäftlichen Festlegung der Arbeitnehmerbeteiligung gescheitert, § 22 Abs. 1 lit. b SEBG. Es greift sodann die gesetzliche (Auffang-)Regelung (§§ 23 bis 33 SEBG).

3. Struktur der Arbeitnehmerbeteiligung

Die Struktur der Arbeitnehmerbeteiligung bestimmt sich entweder nach der getroffenen Vereinbarung oder - hilfsweise - nach den Vorschriften des SEBG.

a) Vereinbarte Arbeitnehmerbeteiligung

Im Fall des Abschlusses einer Vereinbarung bestimmt sich die Arbeitnehmerbeteiligung nach den dort getroffenen Bestimmungen. Das SEBG enthält hierzu in § 22 nur einige wenige Vorgaben und Beschränkungen. Hingewiesen werden soll zum einen darauf, dass die Vereinbarung nicht zwingend eine eigenständige Arbeitnehmerbeteiligung vorsehen muss. Die Vereinbarung kann vielmehr bestimmen, dass die Regelungen des SEBG über den Betriebsrat und über die Mitbestimmung kraft Gesetzes gelten, § 21 Abs. 5 SEBG. Zum anderen liegt eine wesentliche Beschränkung der an sich gewährten Privatautonomie darin, dass im Fall einer durch Umwandlung (i.S.v. Formwechsel) gegründeten SE in Bezug auf alle Komponenten der Arbeitnehmerbeteiligung zumindest das gleiche Ausmaß gewährleistet werden muss, das in der Gesellschaft besteht, die in eine SE umgewandelt werden soll, § 21 Abs. 6 Satz 1 SEBG. Dies gilt auch bei einem Wechsel der SE von einer dualistischen zu einer monistischen Organisationsstruktur und umgekehrt, § 21 Abs. 6 Satz 2 SEBG. Für die anderen Gründungsformen gilt diese Beschränkung hingegen nicht. Der hinter dieser Beschränkung der Vertragsfreiheit stehende Gedanke ist, dass der Formwechsel in eine SE der Leitung nicht die Möglichkeit eröffnen oder von ihr gar dazu instrumentalisiert werden soll, das bestehende Niveau der Arbeitnehmerbeteiligung herunterzuhandeln.

b) Arbeitnehmerbeteiligung kraft Gesetzes

Die Arbeitnehmerbeteiligung nach dem SEBG, die „Auffangregelung“, gliedert sich zum einen in den SE-Betriebsrat kraft Gesetzes, die §§ 22 bis 33 SEBG, und zum anderen in die Mitbestimmung kraft Gesetzes, §§ 34 bis 38 SEBG. Die gesetzliche Arbeitnehmerbeteiligung sieht allerdings - ähnlich wie das SEAG - kein umfassendes kollektiv-arbeitsrechtliches Beteiligungsregime vor, welches das nationale Recht verdrängen würde. Die Systematik ist gerade umgekehrt: Das SEBG berührt nicht die den Arbeitnehmern nach inländischen (deutschen) Rechtsvorschriften und Regelungen zustehenden Beteiligungsrechte, ausgenommen (i) die Mitbestimmung in den Organen der SE und (ii) der Regelung des Europäischen Betriebsräte-Gesetzes, § 47 Abs. 1 SEBG. Auch bestehen Regelungen und Strukturen über Arbeitnehmervertretungen einer beteiligten Gesellschaft mit Sitz im Inland, welche durch die Gründung der SE als eigenständige juristische Person erlischt, nach Eintragung der SE fort, § 47 Abs. 2 Satz 1 SEBG. Dies bedeutet vor allem, dass das BetrVG und das SprAuG von den Regelungen des SEBG unberührt bleiben. Der SE-Betriebsrat ist quasi ein „Europäischer Betriebsrat“, der den „lokalen Betriebsrat vor Ort“ nach dem BetrVG weder ablöst noch verdrängt.

aa) Der SE-Betriebsrat

Der SE-Betriebsrat dient der Sicherung des Rechts der Arbeitnehmer auf Unterrichtung und Anhörung, § 23 Abs. 1 Satz 1 SEBG. Er setzt sich aus Arbeitnehmern der SE, ihrer Tochtergesellschaften und Betriebe zusammen, § 23 Abs. 1 Satz 2 SEBG. Der SE-Betriebsrat ist zuständig für die Angelegenheiten, welche (i) die SE selbst, (ii) eine ihrer Tochtergesellschaften oder (iii) einen ihrer Betriebe in einem anderen Mitgliedstaat betreffen oder (iv) die über die Befugnisse der zuständigen Organe auf der Ebene des einzelnen Mitgliedstaats hinausgehen, § 27 SEBG. Die weiteren Einzelheiten sollen hier übergangen werden. Interessant ist allerdings, dass der SE-Betriebsrat vier Jahre nach seiner Einsetzung darüber Beschluss zu fassen hat, ob über eine Vereinbarung nach § 21 SEBG verhandelt werden oder die bisherige Regelung weiter gelten soll, § 26 Abs. 1 SEBG. Hierin kommt der Vorrang der vereinbarten Arbeitnehmerbeteiligung (erneut) zum Ausdruck.

bb) Die Mitbestimmung kraft Gesetzes

Hinsichtlich des Eingreifens der Mitbestimmung der Arbeitnehmer kraft Gesetzes unterscheidet das SEBG nach der Form der Gründung der SE. Im Fall der Gründung einer SE durch Umwandlung bleibt die Regelung zur Mitbestimmung erhalten, die vor der Umwandlung bestanden hat, §§ 34 Abs. 1 lit. a, 35 Abs. 1 SEBG. In den Fällen der anderen Gründungsformen (Verschmelzung, Gründung einer Holding-SE oder Tochter-SE) liegen die Verhältnisse differenzierter. In solchermaßen entstandenen SE findet eine Mitbestimmung dann statt, wenn entweder das besondere Verhandlungsgremium einen entsprechenden Beschluss gefasst hat oder in zumindest einer der an dem Gründungsvorgang beteiligten Gesellschaften eine Mitbestimmung stattfand und sich auf mindestens 25 % (Verschmelzung) bzw. 50 % (Holding- bzw. Tochter-SE) der Gesamtzahl der Arbeitnehmer erstreckte, § 34 Abs. 1 SEBG. In diesen Fällen bemisst sich die Zahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan der SE nach dem höchsten Anteil an Arbeitnehmervertretern, der in den Organen der beteiligten Gesellschaften vor der Eintragung der SE bestanden hat, § 35 Abs. 2 Satz 2 SEBG. Es findet unter diesen Voraussetzungen also eine Harmonisierung der Mitbestimmung auf dem höchsten Niveau statt. Die Arbeitnehmervertreter im Aufsichts- und im Verwaltungsorgan der SE haben die gleichen Rechte und Pflichten wie die Vertreter der Anteilseigner, § 38 Abs. 1 SEBG. Die Mitbestimmung kraft Gesetzes hat schließlich auch Auswirkungen auf die Größe des Leitungsorgans bzw. auf Zahl der geschäftsführenden Direktoren: Diese beträgt jeweils mindestens zwei Personen, § 38 Abs. 2 Satz 1 SEBG. Einer von ihnen ist für den Bereich Arbeit und Soziales zuständig, § 38 Abs. 2 Satz 2 SEBG.

V. Lücken im Referentenentwurf

Zu einem Überblick über einen Gesetzesentwurf gehört nicht nur die Vorstellung seiner wesentlichen Vorschriften, sondern auch der Hinweis auf Regelungen, die man eigentlich erwartet, aber in ihm nicht findet. Insoweit wird man im RefE-SEEG vor allem mit Blick auf einen Problembereich „fündig“: Der RefE-SEEG enthält keinen Artikel, der sich mit dem steuerlichen Rechtsrahmen der SE beschäftigt. Auch in der Begründung des Gesetzesentwurfs wird das Thema „Besteuerung der SE“ völlig ausgeklammert. Es bedarf keiner vertieften Begründung und ist bereits anderweitig erörtert worden, dass die Regelung der im Rahmen der Gründung der SE auftretenden steuerlichen Fragen sowie der laufenden Besteuerung der SE für ihre Akzeptanz als Rechtsform für deutsche Unternehmen und Konzerne von kaum zu unterschätzender Bedeutung ist. Tritt das SEEG gänzlich ohne steuerliches Substrat in Kraft, würde es nicht nur an steuerlichen Sonder- bzw. Spezialvorschriften für die SE fehlen, sondern die SE träfe das deutsche Steuerrecht, das nach Art. 9 Abs.

1 lit. c ii) SE-VO subsidiär Anwendung findet, völlig unvorbereitet an. Hierzu nur ein Beispiel: Natürlich soll eine SE mit Sitz (und Geschäftsleitung, § 2 SEAG) im Inland unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtig sein. Nach der Definition in § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG sind Kapitalgesellschaften aber „nur“ die AG, die KGaA und die GmbH. Ist die SE eine „AG“ im Sinne dieser Vorschrift? Mit einigem guten Willen und dem Hinweis auf Art. 9 Abs. 1 lit. c ii) SE-VO kann man dies sicherlich vertreten, obgleich der Gesetzgeber bei der Schaffung jener Vorschrift und der dortigen, abschließend gemeinten Legaldefinition nicht an die SE gedacht hat und auch nicht denken konnte. Es ist keine konsequente Gesetzgebung, die SE u. a. in die Handelsregisterverordnung einzuführen, hingegen Fundamentalfragen wie diese den Auslegungskünsten der Rechtsunterworfenen und der Finanzverwaltung zu überlassen. Die Aufzählung der regelungsbedürftigen bzw. zumindest regelungswürdigen steuerlichen Fragen ließe sich fortsetzen, was jedoch den hier gezogenen Rahmen übersteigt. Nur erwähnt werden soll auch, dass es auch noch andere Rechtsgebiete, namentlich das Umwandlungsrecht, das Konzernrecht und das Übernahmerecht gibt, für die noch weiter erwogen werden könnte bzw. sollte, ob nicht auch hier Regelungsbedarf besteht.

Bereits dieses eine Beispiel zeigt jedoch, dass das SEEG ohne einen Artikel über die „Besteuerung der SE“ ein Torso ist, der nur mit großer Vorsicht und nach Prüfung der steuerlichen Implikationen nach dem geltenden, nationalen Steuerrecht zum Leben erweckt werden kann. Das Nachschieben eines steuerlichen Annexgesetzes zum SEEG erst zu einem späteren Zeitpunkt würde zum einen dem Konzept des SEEG widersprechen, die nationalen Vorschriften zur SE „anwenderfreundlich in einem Artikelgesetz zusammenzufassen“. Zum anderen werden auch diejenigen Unternehmen, die der Gründung einer bzw. den Formwechsel in eine SE aufgeschlossen gegenüberstehen, sich wohl allenfalls vereinzelt auf das aufwändige Wagnis einlassen, ohne Kenntnis der künftigen Besteuerung der SE in diese Rechtsform überzuwechseln. Vor diesem Hintergrund ist dem Gesetzgeber dringend zu raten, die Besteuerung der SE nicht aus dem Gesetzgebungsverfahren zum SEEG auszuklammern.

VI. Ergebnisse

Der RefE zum SEEG liegt nunmehr vor; die SE, das „Flaggschiff des europäischen Gesellschaftsrechts“, nähert sich dem deutschen Hafen. Der RefE regelt die aktien- und kollektiv-arbeitsrechtlichen Aspekte, die in Ergänzung des Gemeinschaftsrechts der nationalen Regelung bedürfen, in formal weitgehend ausgereifter und inhaltlich zumindest vertretbarer Weise. Dies ist angesichts der Komplexität der Materie keine Selbstverständlichkeit, jedoch angesichts des späten Zeitpunkts der Vorlage des RefE-SEEG auch das, was man erwarten konnte. Gleichwohl ist dem RefE eine intensive Diskussion zu wünschen, die das SEEG noch weiter verbessern würde. Der hier gegebene Überblick dürfte aufgezeigt haben, dass an einer größeren Zahl von Stellen noch Diskussionsbedarf besteht. Der wesentlichste Mangel des RefE-SEEG jedoch ist das völlige Absehen von steuerlichen Vorschriften zur SE.

Für eine gründliche Erörterung des jetzt vorliegenden Entwurfs bzw. für die Schaffung eines Steuerrechtsartikels bleibt allerdings nur äußerst wenig - zu wenig - Zeit, wenn das Gesetzgebungsverfahren tatsächlich bis Anfang Oktober dieses Jahres zum Abschluss gebracht werden soll. Wird insbesondere der steuerliche Mangel des RefE-SEEG nicht behoben, so kann man jedoch - jedenfalls aus der Sicht der Praxis - das Gesetzgebungsverfahren auch über den 8. Oktober 2004 hinaus ausdehnen. Selbst bei fristgemäßer Umsetzung des SEEG nach seinem jetzigen Zuschnitt wird dieses Datum in Deutschland wohl kaum eine neue „Gründerzeit“ einläuten. Die SE dürfte vielmehr hier zu Lande bis auf Weiteres kaum gelebtes Recht bleiben. Dies wäre schade.