

**Der Regelungsbedarf
des deutschen Gesetzgebers
zur Anpassung des Aktienrechts
an die SE-Verordnung
im Hinblick auf den Vorstand**

**Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Würde eines
doctor iuris
der Juristischen Fakultät
der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität
Würzburg**

vorgelegt von

Thomas Pfeuffer

aus Tauberbischofsheim

2005

Erstgutachter: Professor Dr. Günter Christian Schwarz

Tag der mündlichen Prüfung: 07. Juli 2005

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2005 von der Juristischen Fakultät der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität Würzburg als Dissertation angenommen. Das Manuskript wurde zuletzt im August 2005 aktualisiert.

Mein herzlicher Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Günter Christian Schwarz, der das Thema der Arbeit angeregt und die Entstehung der Arbeit begleitet hat.

Leider verstarb Herr Professor Dr. Günter Schwarz nach Ablegung der mündlichen Prüfung kurz vor dem vollständigen Abschluss des Promotionsverfahrens. Nicht nur die vorliegende Arbeit wird ihn mir immer als ehrvollen, stets freundlichen und hilfsbereiten Menschen in Erinnerung behalten.

Herzlich bedanken möchte ich mich bei den Mitarbeitern des Lehrstuhls von Professor Schwarz für die Hilfestellung während des Promotionsverfahrens bis zu dessen Abschluss.

Ganz besonderer Dank gilt Frau Professor Dr. Eva-Maria Kieninger für die zügige Übernahme der Zweitkorrektur.

Sehr herzlich bedanken möchte ich mich bei meinen Eltern, die mir meine Ausbildung und die Promotion erst ermöglicht haben. Weiterer, besonderer Dank gilt allen weiteren Familienmitgliedern, Freunden und bisher ungenannten Personen, die mich in irgendeiner Weise unterstützt und zum Gelingen der Ausbildung und der Promotion beigetragen haben.

Rottenburg am Neckar, Oktober 2005

Thomas Pfeuffer

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
Literaturverzeichnis	XXVII
EINLEITUNG	1
A. Entstehungsgeschichte	2
B. Nähere Betrachtung der Verweisungstechnik	5
C. Regelungsbedürfnis - Aufgabe für die Mitgliedstaaten	14
TEIL 1: DIE SE-VO IM SYSTEM DES EUROPÄISCHEN UND DEUTSCHEN RECHTS	17
A. Einordnung der SE-Verordnung in die Rechtssysteme der EU bzw. Deutschlands als Mitgliedstaat der EU	17
B. Keine <i>Umsetzungs-</i> , aber <i>Regelungspflicht</i> für den nationalen Gesetzgeber	20
C. Die einzelnen Regelungsmöglichkeiten für den nationalen / deutschen Gesetzgeber sowie deren Vor- und Nachteile	24
TEIL 2: GRUNDLAGEN DES REGELUNGSBEDÜRFNISSES	36
A. Verweisungstechnik als Konsens der Mitgliedstaaten	36
B. Entbehrlichkeit einer umfassenden Regelung aufgrund weitgehender und fortschreitender Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen im Bereich des Gesellschaftsrechts	38
C. Verweisungstechnik: Begriffe und Verweisungsarten	39

TEIL 3: BESCHRÄNKUNGEN UND ZU BEACHTENDE GRUNDSÄTZE IM RAHMEN DER ANPASSUNGEN DES NATIONALEN RECHTS	84
A. Pflicht bzw. Recht als Tätigkeitsvoraussetzung	84
B. Inhaltliche Beschränkungen	85
TEIL 4: ZU REGELNDE BEREICHE IM EINZELNEN – KONKRETER REGULINGSBEDARF DES DEUTSCHEN GESETZGEBERS	102
A. Grundkonzeption der SE-VO: zwei alternativ wählbare Organisationsstrukturen	103
B. Einzelheiten zum dualistischen System	116
C. Einzelheiten zum monistischen System	155
SCHLUSSBETRACHTUNG	260
A. Das Vorhaben Societas Europaea und seine Verwirklichung in der SE-VO	260
B. Aufgabe für die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber: Regelungsbedarf	261
C. Das deutsche Ausführungsgesetz	261
D. Ausblick	262

Inhaltsverzeichnis

EINLEITUNG	1
A. Entstehungsgeschichte	2
<i>I. Erste Verordnungsentwürfe</i>	<i>2</i>
<i>II. Abkehr von einer umfassenden Kodifikation / Ausdehnung der Verweisungstechnik</i>	<i>3</i>
B. Nähere Betrachtung der Verweisungstechnik	5
<i>I. Vielfach kritische Betrachtung der ausgedehnten Verweisungstechnik</i>	<i>5</i>
<i>1. Motive für das Vorhaben SE / ursprüngliche Ziele der Schaffung einer Europäischen Aktiengesellschaft</i>	<i>5</i>
<i>2. Bedarf für einheitliche europäische Gesellschaftsform</i>	<i>6</i>
<i>3. Ansatzpunkte der Kritik</i>	<i>6</i>
<i>II. Ausgedehnte Verweisungstechnik einziger Weg</i>	<i>8</i>
<i>III. Letztlich positives „Fazit“</i>	<i>9</i>
<i>IV. Umgang der Praxis mit der ausgedehnten Verweisungstechnik</i>	<i>12</i>
C. Regelungsbedürfnis - Aufgabe für die Mitgliedstaaten	14
TEIL 1: DIE SE-VO IM SYSTEM DES EUROPÄISCHEN UND DEUTSCHEN RECHTS	17
A. Einordnung der SE-Verordnung in die Rechtssysteme der EU bzw. Deutschlands als Mitgliedstaat der EU	17
<i>I. Grundsätzliche Einordnung</i>	<i>17</i>
<i>II. Hierarchie der Rechtsquellen innerhalb der SE-VO</i>	<i>18</i>
B. Keine Umsetzungs-, aber Regelungspflicht für den nationalen Gesetzgeber	20
<i>I. Keine Umsetzungspflicht wie bei einer Richtlinie</i>	<i>20</i>
<i>II. Aber Regelungspflicht hinsichtlich ob und wie („Regelungsbedarf“)</i>	<i>21</i>
<i>III. Folgen einer Pflichtverletzung</i>	<i>23</i>

C. Die einzelnen Regelungsmöglichkeiten für den nationalen Gesetzgeber - deren Vor- und Nachteile	24
<i>I. Kein besonderes nationales Ausführungsgesetz; besondere SE-Regelungen in das bestehende (Aktien-)Recht integriert</i>	24
<i>II. SE-Ausführungsgesetz, das alle sachlichen Regelungen vollständig selbst enthält (gesondertes „SE-Aktiengesetz“)</i>	26
<i>III. SE-Ausführungsgesetz als „Verweisungsgesetz“; gegebenenfalls integriert in ein Artikelgesetz</i>	28
<i>IV. Das deutsche Ausführungsgesetz</i>	30
<i>V. Angewandte Regelungstechnik des deutschen Gesetzgebers am Beispiel der EWIV und ein „kurzer Blick“ auf andere EU-Staaten</i>	32
TEIL 2: GRUNDLAGEN DES REGULUNGSBEDÜRFNISSES	36
A. Verweisungstechnik als Konsens der Mitgliedstaaten	36
B. Entbehrlichkeit einer umfassenden Regelung aufgrund weitgehender und fortschreitender Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen im Bereich des Gesellschaftsrechts	38
C. Verweisungstechnik: Begriffe und Verweisungsarten	39
<i>I. Begriffspaar Sachnormverweisung – Gesamtnormverweisung</i>	40
<i>1. Sachnormverweisung</i>	40
<i>2. Gesamtnormverweisung</i>	41
<i>3. Einordnung im Einzelfall</i>	41
<i>4. Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des nationalen Gesetzgebers</i>	43
<i>II. Begriffspaar Spezialverweisungen – Generalverweisungen</i>	43
<i>1. Spezialverweisungen</i>	44
<i>a) Einfache Verweisungen auf Sitzstaatrecht</i>	45
<i>aa) Bestimmung des Sitzes der SE</i>	45

bb) Umfang der Verweisung – Begriff „Recht“	46
cc) Sachnormverweisung	48
dd) SE-spezifische Anwendung des Sitzstaatrechts	48
ee) Regelungsbedürfnis für den nationalen Gesetzgeber	50
(1) Eröffnung einer Regelungspflicht und Regelungsmöglichkeiten im Zusammenhang mit der einfachen Verweisung aus Sitzstaatrecht	50
(2) Ermittlung des sachlichen Gegenstands des Regelungsauftrages	52
(a) Auslegung der SE-VO	53
(b) Auslegung des nationalen Rechts	55
(c) SE-spezifische Anwendung des in Ausführung des Regelungsauftrages erlassenen nationalen Rechts	56
b) Einfache Verweisungen auf einzelstaatliches Recht	57
aa) Umfang der Verweisung – Begriff „Recht“	57
bb) Gesamtnormverweisung	57
cc) SE-spezifische Anwendung des einzelstaatlichen Rechts	58
dd) Regelungsbedürfnis für den nationalen Gesetzgeber	58
c) Ermächtigungsnormen	59
aa) Ausdruck fehlender Konsensfähigkeit	59
bb) Adressat	60
cc) Grundsätzliche Reichweite	60
dd) Verweisungsnormcharakter	61
ee) Sachnormverweisung	61
ff) Regelungsbedürfnis für den nationalen Gesetzgeber	61
gg) SE-spezifische Anwendung des nationalen Rechts	63
d) Verpflichtungsnormen	63
aa) Ausdruck fehlender Konsensfähigkeit und Adressat	63
bb) Grundsätzliche Reichweite und Abgrenzung zur Ermächtigungsnorm	64
cc) Verweisungsnormcharakter und Sachnormverweisung	64

dd) <i>Regelungsbedürfnis für den nationalen Gesetzgeber</i>	65
ee) <i>SE-spezifische Anwendung des nationalen Rechts</i>	66
2. <i>Generalverweisung</i>	66
a) <i>Sachnormverweisung</i>	66
b) <i>Reichweite der allgemeinen Generalverweisung</i>	67
aa) <i>Anwendungsbereich des Art. 9 Abs. 1 c) SE-VO</i>	68
bb) <i>Regelungsbereich der SE-VO</i>	71
cc) <i>Notwendigerweise großzügigere Bestimmung des Regelungsbereiches als Folge der restriktiven Auslegung</i>	72
c) <i>Subsidiarität der Generalverweisung</i>	73
d) <i>Vorliegen einer Regelungslücke</i>	73
e) <i>Lückenfeststellung mittels Auslegung</i>	74
aa) <i>Auslegungskriterien</i>	75
bb) <i>Gewöhnliche Auslegung von sekundärem Gemeinschaftsrecht</i>	76
f) <i>Ausfüllung der Regelungslücke – SE-spezifische Anwendung des nationalen Rechts</i>	76
g) <i>Regelungsbedürfnis für den nationalen Gesetzgeber</i>	78
h) <i>SE-spezifische Anwendung des in Ausführung des Regelungsauftrages erlassenen nationalen Rechts</i>	79
 III. <i>Exkurs: „Inkongruenz“ als Grund für Regelungsbedarf außerhalb des Anwendungsbereichs der SE in rein nationalen Rechtsbereichen (theoreti- sche Grundlagen)</i>	 80
1. <i>Praktisch gebotene Angleichung des nationalen Rechts</i>	80
2. <i>Grenzen</i>	82
3. <i>Beispiele in der SE-VO</i>	82

TEIL 3: BESCHRÄNKUNGEN UND ZU BEACHTENDE GRUNDSÄTZE IM RAHMEN DER ANPASSUNGEN DES NATIONALEN RECHTS	84
A. Pflicht bzw. Recht als Tätigkeitsvoraussetzung	84
B. Inhaltliche Beschränkungen	85
<i>I. SE-VO</i>	85
1. <i>Erwägungsgründe</i>	86
a) <i>Erwägungsgründe (1) bis (4) sowie (6) und (7): Erfordernis und Ziele einer mitgliedstaatenübergreifenden und gemeinschaftsweiten Gesellschaftsform</i>	86
b) <i>Erwägungsgrund (5): Diskriminierungsverbot</i>	88
c) <i>Erwägungsgründe (10) und (11): freie Gründung</i>	89
d) <i>Erwägungsgrund (13 Satz 2): Gründung einer SE auch für kleine und mittlere Unternehmen</i>	89
e) <i>Erwägungsgrund (14): leistungsfähigen Geschäftsführung und wirksame Überwachung sowie klare Abgrenzung der Verantwortungsbereiche Geschäftsführung und Aufsicht</i>	90
2. <i>Regelungen im Gesetzestext der SE-VO</i>	91
a) <i>Art. 10: Gleichbehandlungsgebot</i>	91
b) <i>Verweisungen und Bezugnahmen auf Richtlinien</i>	92
<i>II. Allgemein gültige gemeinschaftsrechtliche Prinzipien</i>	93
1. <i>Effizienzgebot ("effet utile")</i>	93
2. <i>Allgemeines Diskriminierungsverbot</i>	94
<i>III. Corporate-Governance-Elemente</i>	95
1. <i>Entwicklung und Stand der Corporate-Governance-Diskussion</i>	95
2. <i>Funktionen des deutschen Corporate Governance Kodex</i>	97
a) <i>Kommunikationsfunktion</i>	97
b) <i>Ordnungsfunktion</i>	97
c) <i>Anpassungsfähigkeit</i>	98
3. <i>Wesentliche Elemente des deutschen Corporate Governance Kodex</i>	98

4. Bedeutung der Corporate-Governance-Elemente im Zusammenhang mit der SE-Gesetzgebung in der Bundesrepublik Deutschland	100
TEIL 4: ZU REGELNDE BEREICHE IM EINZELNEN – KONKRETER REGULUNGSBEDARF DES DEUTSCHEN GESETZGEBERS	102
A. Grundkonzeption der SE-VO: zwei alternativ wählbare Organisationsstrukturen	103
<i>I. Dualistisches und monistisches System</i>	103
<i>II. Wahlrecht des Art. 38 SE-VO</i>	103
<i>III. Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers</i>	104
1. Dualistisches System	104
2. Monistisches System	105
a) Art. 43 Abs. 4 SE-VO: Regelungsrecht oder -pflicht?	106
aa) Wortlaut	106
bb) Entstehungsgeschichte und Zusammenhang mit Art. 38 SE-VO	107
cc) Keine rechtliche Verpflichtung	108
dd) Für Ausübung des Wahlrechts Regelungen in der SE-VO ausreichend	108
ee) Keine ausreichende Satzungsautonomie	109
ff) Für Funktionieren des monistischen Systems Erlass von Regelungen ratsam: „faktischer Zwang“	110
b) Grundsätzliches für ein SEAG	113
c) Auswirkungen auf das rein nationale Aktienrecht: Einführung des monistischen Systems für die deutsche Aktiengesellschaft?	114
d) Folgen bei Einführung des monistischen Systems im deutschen Aktienrecht	115

B. Einzelheiten zum dualistischen System	116
<i>I. Organe und Organmitglieder</i>	<i>117</i>
1. <i>Bezeichnung</i>	<i>117</i>
a) <i>Vorgaben der SE-VO</i>	<i>117</i>
b) <i>Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers</i>	<i>117</i>
c) <i>Regelung im SEAG</i>	<i>118</i>
2. <i>Zahl der Organmitglieder im Leitungsorgan</i>	<i>119</i>
a) <i>Vorgaben der SE-VO</i>	<i>119</i>
b) <i>Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers</i>	<i>119</i>
c) <i>Regelung im SEAG</i>	<i>120</i>
3. <i>Bestellung und Abberufung Mitglieder im Leitungsorgan</i>	<i>120</i>
a) <i>Zuständigkeit</i>	<i>121</i>
aa) <i>Grundsätzliche Zuständigkeit beim Aufsichtsorgan</i>	<i>121</i>
bb) <i>Ausnahmsweise Zuständigkeit der Hauptversammlung?</i>	<i>121</i>
(1) <i>Regelungsmöglichkeit für den deutschen Gesetzgeber?</i>	<i>121</i>
(a) <i>Geltend im Sinne des Art. 39 Abs. 2 Unterabs. 2 SE-VO</i>	<i>121</i>
(b) <i>Zunächst Änderung des deutschen Rechts</i>	<i>124</i>
(2) <i>Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers</i>	<i>124</i>
b) <i>Bestellung</i>	<i>126</i>
c) <i>Abberufung</i>	<i>127</i>
d) <i>Wahrnehmung der Aufgaben eines Mitglieds des Leitungsorgans durch ein Mitglied des Aufsichtsorgans</i>	<i>131</i>
aa) <i>Vorgaben der SE-VO</i>	<i>131</i>
bb) <i>Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers</i>	<i>131</i>
cc) <i>Regelung im SEAG</i>	<i>132</i>
dd) <i>Weiterleitung der Ermächtigung an den Satzungsgeber</i>	<i>133</i>
e) <i>Vorsitz im Leitungsorgan</i>	<i>134</i>

<i>II. Auskunftspflicht des Leitungsorgans</i>	134
1. <i>Auskunftsrecht des Aufsichtsorgans als solches</i>	134
a) <i>Überwachung im Sinne des deutschen Aktienrechts</i>	134
b) <i>Überwachung im Sinne der SE-VO</i>	135
aa) <i>Enge Auslegung</i>	135
bb) <i>Weite Auslegung</i>	136
cc) <i>Stellungnahme</i>	136
2. <i>Auskunftspflicht des Leitungsorgans als Gegenstück</i>	138
3. <i>Individuelles Auskunftsrecht eines jeden Mitglieds des Aufsichtsorgans</i>	138
a) <i>Vorgaben der SE-VO</i>	138
b) <i>Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers</i>	138
aa) <i>Zum Vergleich: das deutsche AktG</i>	138
bb) <i>Entsprechende Situation im SE-Recht</i>	139
c) <i>Regelung im SEAG</i>	140
<i>III. Zustimmungspflichtige Geschäfte</i>	141
1. <i>Vorgaben der SE-VO</i>	141
a) <i>Festlegung zustimmungsbedürftiger Geschäfte durch das Aufsichtsorgan – Teilhabe an der Leitung der Gesellschaft</i>	141
b) <i>Katalog zustimmungsbedürftiger Geschäfte</i>	142
2. <i>Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers</i>	142
a) <i>Festlegung zustimmungsbedürftiger Geschäfte durch das Aufsichtsorgan – Teilhabe an der Leitung der Gesellschaft</i>	142
b) <i>Katalog zustimmungsbedürftiger Geschäfte</i>	144
3. <i>Regelung im SEAG</i>	145
<i>IV. Bestellung von “Geschäftsführern“</i>	147
1. <i>Vorgaben der SE-VO</i>	147
2. <i>Keine Geschäftsführer im deutschen Aktienrecht</i>	147
3. <i>Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers</i>	148
4. <i>Regelung im SEAG</i>	150

<i>V. kein weiterer Regelungsbedarf</i>	151
1. <i>Nicht aufgrund Ermächtigung</i>	151
2. <i>Nicht infolge fehlender Übereinstimmung des über Art. 9 SE-VO anwendbaren deutschen Rechts</i>	151
a) <i>Vertretung der Gesellschaft</i>	152
b) <i>Haftung der Gesellschaft für ihre Organmitglieder</i>	152
c) <i>Umfang der Geschäftsführungsbefugnisse</i>	153
d) <i>Wettbewerbsverbote und andere Fälle der Interessenkollision</i>	153
e) <i>Vergütung</i>	154
f) <i>Vorstandsvorsitzender, Ersatzmitgliedschaft, Vertretung bei Stimmabgabe im Leitungsorgan</i>	154
g) <i>Konzernrecht</i>	155
C. Einzelheiten zum monistischen System	155
<i>I. Bestellung von „Geschäftsführern“</i>	156
1. <i>Vorgaben der SE-VO</i>	157
a) <i>Richtige Ermächtigungsgrundlage</i>	157
aa) <i>Art. 43 Abs. 1 Satz 2 SE-VO</i>	157
bb) <i>Art. 43 Abs. 4 SE-VO</i>	158
b) <i>Keine verordnungsmäßige Pflicht zur generellen Einführung der Funktion des Geschäftsführers in allen Mitgliedstaaten</i>	159
2. <i>Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers</i>	161
a) <i>Bedürfnis zur Einführung der Funktion des Geschäftsführers</i>	161
aa) <i>Grundsätzlicher Zweck der Geschäftsführerfunktion</i>	161
bb) <i>Funktionale Trennung als wesentliches Prinzip von Corporate-Governance</i>	162
cc) <i>Zum Vergleich: Situation in verschiedenen Mitgliedstaaten</i>	163
(1) <i>Frankreich</i>	163
(2) <i>Belgien</i>	164
(3) <i>England</i>	164
(4) <i>Andere Mitgliedstaaten</i>	165

(5) Schlussfolgerung	165
dd) Anpassung des monistischen Systems an das deutsche Aktienrecht	165
(1) Prägung des deutschen Aktienrechts durch das dualistische System	165
(2) Zuweisung der Aufgaben von Vorstand und Aufsichtsrat an das Verwaltungsorgan	166
(3) Funktionstrennung durch Einführung der Funktion des Geschäftsführers	167
b) Annäherung an das dualistische System	168
aa) Keine unzulässige Annäherung	168
bb) Vorbildcharakter des deutschen Aktiengesetzes	169
c) Ermächtigung an den Satzungsgeber	170
aa) Besondere Situation kleiner Gesellschaften	170
bb) Differenzierte Betrachtungsweise	171
cc) Konzeption der SE-VO	172
dd) Ergebnis	174
ee) Ergänzende Regelungen für börsennotierte Gesellschaften	174
3. Regelung im SEAG	175
II. Verhältnis und Grundstrukturen der Aufgabenverteilung zwischen Verwaltungsorgan und Geschäftsführer	177
1. Vorgaben der SE-VO	177
a) Allgemein: Oberleitung und Letztverantwortung beim Verwaltungsorgan	177
b) Im besonderen: Art. 48 SE-VO: Katalog von Geschäften, für die ein ausdrücklicher Beschluss des Verwaltungsorgans erforderlich ist	178
2. Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers	179
a) Oberleitung und Letztverantwortung beim Verwaltungsorgan	179
aa) Schwache Stellung der Geschäftsführer	180
(a) Weisungsbefugnis des Verwaltungsorgans	180

(b) Berücksichtigung kleinerer und mittlerer Unternehmen	180
(c) Vereinbarkeit mit Art. 43 Abs. 1 Satz 2 SE-VO	181
(d) Ergebnis	181
bb) Konkrete Aufgabenzuweisungen an Geschäftsführer	182
cc) Katalog von Geschäften, für die ein ausdrücklicher Beschluss des Veraltungsorgans erforderlich ist	182
dd) Auch schwache Stellung des Vorsitzenden der Geschäftsführer	182
b) Gewährleistung der Überwachungsfunktion	183
aa) Nichtgeschäftsführende Mehrheit im Verwaltungsorgan	184
bb) Einsichts- und Prüfungsrechte	184
cc) Einberufung der Hauptversammlung	184
3. Regelung im SEAG	186
a) Oberleitung und Letztverantwortung beim Verwaltungsorgan	187
aa) Schwache Stellung der Geschäftsführer	188
bb) Konkrete Aufgabenzuweisungen an geschäftsführende Direktoren	188
cc) Katalog von Geschäften, für die ein ausdrücklicher Beschluss des Veraltungsorgans erforderlich ist	189
dd) Auch schwache Stellung des Vorsitzenden der Geschäftsführer	189
b) Gewährleistung der Überwachungsfunktion	190
aa) Nichtgeschäftsführende Mehrheit im Verwaltungsorgan	190
bb) Einsichts- und Prüfungsrechte	190
cc) Einberufung der Hauptversammlung	191
c) Bewertung	191

<i>III. Das Verwaltungsorgan und seine Mitglieder</i>	191
1. <i>Bezeichnung</i>	192
a) <i>Vorgaben der SE-VO</i>	192
b) <i>Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers</i>	192
c) <i>Regelung im SEAG</i>	193
2. <i>Zahl der Organmitglieder im Verwaltungsorgan</i>	194
a) <i>Vorgaben der SE-VO</i>	194
b) <i>Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers</i>	194
c) <i>Regelung im SEAG</i>	195
3. <i>Zusammensetzung des Verwaltungsorgans</i>	196
a) <i>Vorgaben der SE-VO</i>	196
b) <i>Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers</i>	196
c) <i>Regelung im SEAG</i>	196
4. <i>Bestellung und Abberufung der Mitglieder im Verwaltungsorgan</i>	198
a) <i>Zuständigkeit</i>	198
b) <i>Bestellung</i>	199
aa) <i>Vorgaben der SE-VO</i>	199
bb) <i>Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers</i>	199
(1) <i>Faktischer Zwang zu weitergehender Regelung</i>	199
(2) <i>Gegenstand der weitergehenden Regelung</i>	200
(3) <i>Regelung im SEAG</i>	201
c) <i>Abberufung</i>	201
aa) <i>Vorgaben der SE-VO</i>	201
bb) <i>Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers</i>	203
(1) <i>Faktischer Zwang zur Normierung der Abberufungs- möglichkeit</i>	203
(2) <i>Erfordernis eines wichtigen Grundes zur Abberufung?</i>	204
(a) <i>Entstehungsgeschichte, Wortlaut der SE-VO</i>	204
(b) <i>Zum Vergleich: Regelung in anderen Mitgliedstaaten</i>	204
(c) <i>Zum Vergleich: das deutsche AktG</i>	205

(d) <i>Vorschlag</i>	205
cc) <i>Regelung im SEAG</i>	206
5. <i>Nichtigkeit und Anfechtung der Wahl der Mitglieder des Verwaltungsorgans</i>	207
a) <i>Vorgaben der SE-VO</i>	207
b) <i>Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers</i>	207
aa) <i>Erfordernis einer Regelung</i>	207
bb) <i>Anlehnung an das deutsche AktG</i>	207
c) <i>Regelung im SEAG</i>	210
6. <i>Persönliche Voraussetzungen der Organmitglieder</i>	210
a) <i>Vorgaben der SE-VO</i>	210
b) <i>Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers</i>	211
aa) <i>Grundsätzliches Erfordernis einer Regelung</i>	211
bb) <i>Art. 47 Abs. 1 SE-VO</i>	212
cc) <i>Art. 47 Abs. 2 a) und b) SE-VO</i>	214
(1) <i>Zum Vergleich: Regelung in anderen Mitgliedstaaten</i>	214
(2) <i>Zum Vergleich: das deutsche AktG</i>	215
(3) <i>Vorschlag/Ergebnis</i>	216
(4) <i>Art. 47 Abs. 3 SE-VO</i>	217
c) <i>Regelung im SEAG</i>	217
7. <i>Rechtsverhältnisse der Mitglieder des Verwaltungsrats</i>	220
a) <i>Vergütung</i>	220
aa) <i>Vorgaben der SE-VO</i>	220
bb) <i>Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers</i>	220
cc) <i>Regelung im SEAG</i>	221
b) <i>Kreditgewährung</i>	221
aa) <i>Vorgaben der SE-VO</i>	221
bb) <i>Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers</i>	221
cc) <i>Regelung im SEAG</i>	224
c) <i>Sonstige Verträge</i>	225
aa) <i>Vorgaben der SE-VO</i>	225

<i>bb) Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers</i>	225
<i>cc) Regelung im SEAG</i>	226
8. Wettbewerbsverbot	226
<i>a) Vorgaben der SE-VO</i>	226
<i>b) Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers</i>	226
<i>c) Regelung im SEAG</i>	228
9. Innere Ordnung, Teilnahme an Sitzungen, Einberufung und Beschlussfassung im Verwaltungsorgan	229
<i>a) Vorgaben der SE-VO</i>	229
<i>b) Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers</i>	229
<i>aa) Innere Ordnung</i>	230
<i>bb) Teilnahme an Sitzungen und Einberufung des Verwaltungsorgans</i>	233
<i>cc) Beschlussfassung</i>	233
<i>c) Regelung im SEAG</i>	234
10. Sorgfaltspflicht und Haftung	235
<i>a) Vorgaben der SE-VO</i>	235
<i>b) Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers</i>	235
<i>c) Regelung im SEAG</i>	236
IV. Die Funktion des Geschäftsführers	236
1. Vorgaben der SE-VO	236
2. Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers	237
<i>a) Allgemeine Strukturen</i>	238
<i>b) Laufende Geschäftsführung</i>	239
<i>aa) Begriffsbestimmung</i>	239
<i>bb) Mehrere Geschäftsführer</i>	240
<i>cc) Einzelmaßnahmen</i>	240
<i>c) Vertretung</i>	242
<i>aa) Prinzip der Gesamtvertretung</i>	242
<i>bb) Problem: Oberleitung beim Verwaltungsorgan</i>	243

cc) Vertretung gegenüber den Geschäftsführern	
dd) Offenlegung des Vertretungsverhältnisses	243
d) Prüfung und Feststellung des Jahresabschlusses	245
e) Gewinnbeteiligung, Bezüge, Wettbewerbsverbot und Kreditgewährung	246
f) Sorgfaltspflicht und Haftung	248
3. Regelung im SEAG	248
a) Allgemeine Strukturen	248
b) Laufende Geschäftsführung	249
aa) Wortlaut des § 40 Abs. 2 Satz 1 SEAG	249
bb) Mehrere Geschäftsführer	249
cc) Einzelmaßnahmen	250
(a) Anmeldungen und Einreichungen zum Handelsregister	251
(b) Vorbereitung und Ausführung von Hauptversammlungsbeschlüssen	251
(c) Organisations- bzw. Bestandssicherungspflichten sowie die Buchführungspflicht	252
(d) Berichtspflichten	253
c) Vertretung	253
d) Prüfung und Feststellung des Jahresabschlusses	254
e) Gewinnbeteiligung, Bezüge, Wettbewerbsverbot und Kreditgewährung	255
f) Sorgfaltspflichten und Haftung	255
D. Exkurs: Inkongruenz (Fälle praktischer Auswirkungen)	256
I. Organmitgliedschaft – persönliche Voraussetzungen	256
II. Dauer der Organmitgliedschaft	257
III. Zustimmungspflichtige Geschäfte	258
IV. Monistisches System	258
SCHLUSSBETRACHTUNG	260
A. Das Vorhaben Societas Europaea und seine Verwirklichung in der SE-VO	260
B. Aufgabe für die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber: Regelungsbedarf	261
C. Das deutsche Ausführungsgesetz	261
D. Ausblick	262

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
ABIEG.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
aE	am Ende
AG	Aktiengesellschaft Ausführungsgesetz Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
allg.	allgemein
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BB	Der Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BT-Drucksache	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
DNotZ	Deutsche Notarzeitung (Zeitschrift)
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
EG	Europäische Gemeinschaften
endg.	endgültig
EU	Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
evtl.	eventuell

EuGen	Europäische Genossenschaft
EuGen-VO	Verordnung zur EuGen
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Europäischer Verein
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift)
EWIV	Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung
EWIV-VO	Verordnung über die Schaffung einer EWIV
EWIV-AG	EWIV-Ausführungsgesetz
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FN	Fußnote
gem.	gemäß
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung
grdsl.	grundsätzlich
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
insbes.	insbesondere
insges.	insgesamt
i.S.d.	im Sinne der / des
i.V.m.	in Verbindung mit
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
KG	Kommanditgesellschaft

KStG	Körperschaftsteuergesetz
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
Müko	Münchener Kommentar
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
o.	oben
OHG	Offene Handelsgesellschaft
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft (Zeitschrift)
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
s.	siehe
s. a.	siehe auch
SE	Societas Europaea
SEAG	SE-Ausführungsgesetz
SEAGE	Diskussionsentwurf zum SEAG
SE-VO	SE-Verordnung
Slg.	Sammlung
s. o.	siehe oben
sog.	sogenannt
s. u.	siehe unten
teilw.	teilweise
TrPublG	Transparenz- und Publizitätsgesetz
UmwG	Umwandlungsgesetz
UmwStG	Umwandlungssteuergesetz

u. U.	unter Umständen
Var.	Variante
vgl.	vergleiche
Vgl.	Vergleich
VO	Verordnung
VOV	Verordnungsvorschlag
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
z.B.	zum Beispiel
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Zeitschrift)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Wirtschafts- und Handelsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
ZPO	Zivilprozessordnung
z. T.	zum Teil

Literaturverzeichnis

Abmeier, Klaus, Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung und nationales Recht, NJW 1986, 2987.

Arndt, Hans-Wolfgang, Europarecht, 5. Auflage, Heidelberg, 2001 (zitiert: Arndt, Europarecht).

Artmann, Eveline, Die Organisationsverfassung der Europäischen Aktiengesellschaft, wbl 2002, 189.

Baumbach, Adolf, Hopt, Klaus J., Handelsgesetzbuch, Kommentar, 30. Auflage, München, 2000 (zitiert: Baumbach/Hopt).

Beier, Constantin H., Der Regelungsauftrag als Gesetzgebungsinstrument im Gesellschaftsrecht, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002 (zitiert: Beier, Regelungsauftrag).

Berrar, Carsten, Die zustimmungspflichtigen Geschäfte nach § 111 Abs. 4 AktG im Lichte der Corporate Governance-Diskussion, DB 2001, 2181.

Beutler, Bengt, Bieber, Roland, Pipkorn, Jörn, Streil, Jochen, Die Europäische Union, Rechtsordnung und Politik, 4. Auflage, Bade-Baden, 1993 (zitiert: Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, Europäische Union).

Blanquet, Françoise, Das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft (Societas Europaea „SE“) – Ein Gemeinschaftsinstrument für die grenzüberschreitende Zusammenarbeit im Dienste der Unternehmen, ZGR 2002, 20.

Bleckmann, Albert, Zu den Auslegungsmethoden des Europäischen Gerichtshofs, NJW 1982, 1177.

Brandi, Tim Oliver, Die Europäische Aktiengesellschaft im deutschen und internationalen Konzernrecht, NZG 2003, 889.

Brandt, Ulrich, Der Diskussionsentwurf zu einem SE-Ausführungsgesetz, DStR 2003, 1208.

Brandt, Ulrich, Überlegungen zu einem SE-Ausführungsgesetz, NZG 2002, 991.

Brandt, Ulrich, Scheifele, Matthias, Die Europäische Aktiengesellschaft und das anwendbare Recht, DSStR 2002, 547.

Vom Brocke, Kai, Die Europäische Genossenschaft – Eine Europäische Gesellschaftsform?, Würzburg, 1996 (zitiert: vom Brocke, Europäische Genossenschaft).

Buchheim, Regine, Europäische Aktiengesellschaft und grenzüberschreitende Konzernverschmelzung, Wiesbaden, 2001 (zitiert: Buchheim, Europäische Aktiengesellschaft).

Bungert, Hartwin, Beier, Constantin H., Die Europäische Aktiengesellschaft – Das Statut und seine Umsetzung, EWS 2002, 1.

Von Caemmerer, Ernst, Europäische Aktiengesellschaft, in Das Unternehmen in der Rechtsordnung, Festgabe für Heinrich Kronstein, Karlsruhe, 1967, S. 171. (zitiert: Von Caemmerer, Festgabe für Kronstein).

Claussen, Carsten Peter, Brocker, Norbert, Der Corporate Governance-Kodex aus der Perspektive der kleinen und mittleren Börsen-AG, DB 2002, 1199.

Creifelds, Carl, Rechtswörterbuch, 13. Auflage, München, 1996 (zitiert: Creifelds, Rechtswörterbuch)

Degenhart, Christoph, Staatsrecht I, 18. Auflage, Heidelberg 2002 (zitiert: Degenhart, Staatsrecht I).

Deutscher Notarverein, Stellungnahme zum Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Einführung der Europäischen Gesellschaft, notar 2003, 94.

Dietl, Clara-Erika, Wörterbuch für Recht, Wirtschaft und Politik, 6. Auflage, München, 2000 (zitiert: Dietl, Wörterbuch).

Ebert, Sabine, Das anwendbare Konzernrecht der Europäischen Aktiengesellschaft, BB 2003, 1854.

Ebke, Werner F., Die Europäische Aktiengesellschaft ist da – und jetzt?, EWS 2002, Heft 1 Erste Seite.

Ficker, Hans Claudius , Die Arbeiten der Kommission der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts, NJW 1967, 1160.

Ganske, Joachim, Das Recht der Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV), München, 1988 (zitiert: Ganske, EWIV).

Geßler, Ernst, Hefermehl, Wolfgang, Eckhardt, Ulrich, Kropff, Bruno, Aktiengesetz, Kommentar, Band II §§ 76 – 147, München, 1973 (zitiert: Geßler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff)

Gleichmann, Karl, Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung, ZHR 149 (1985), 633.

Gloria, Christian, Karbowski, E. Alexander, Die Europäische Interessenvereinigung (EWIV) – Rechtsgrundlagen, Zweck und Unternehmensgegenstand sowie Gründung einer EWIV mit Sitz in der Bundesrepublik, WM 1990, 1313.

Götz, Jürgen, Ist die Europäische Aktiengesellschaft eine überzeugende Option für die Praxis?, ZIP 2003, 1067.

Grote, Ralf, Das neue Statut der Europäischen Aktiengesellschaft zwischen europäischem und nationalem Recht, Göttingen, 1990 (Zitiert: Grote, Statut).

Gruber, Johannes, Weller, Marc-Philippe, Societas Europaea: Mitbestimmung ohne Aufsichtsrat?, NZG 2003, 297.

Grunewald, Barbara, Gesellschaftsrecht, 3. Auflage, Tübingen, 1999 (zitiert: Grunewald, Gesellschaftsrecht).

Hauschka, Christoph E., Entwicklungslinien und Integrationsfragen der gesellschaftsrechtlichen Akttypen des Europäischen Gemeinschaftsrechts, AG 1990, 85.

Habersack, Mathias, Europäisches Gesellschaftsrecht, München, 1999 (zitiert: Habersack, Europäisches Gesellschaftsrecht).

Heckschen, Heribert, Die Europäische AG aus notarieller Sicht, DNotZ 2003, 251.

Heinze, Meinhard, Das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft, ZGR, 2002, 66.

Hirte, Heribert, Die Europäische Aktiengesellschaft, NZG 2002, 1.

Hirte, Heribert, Kapitalgesellschaftsrecht, 3. Auflage, Köln, 2001 (zitiert: Hirte, Kapitalgesellschaftsrecht).

Hoffmann-Becking, Michael, Vorstandsvorsitzender oder CEO?, NZG 2003, 745.

Von Hoffmann, Bernd, Internationales PR, 6. Auflage, München, 2000 (zitiert: Hoffmann, IPR).

Hommelhoff, Peter, Einige Bemerkungen zur Organisationsverfassung der Europäischen Aktiengesellschaft, AG 2001, 279.

Hommelhoff, Peter, Zur Organisationsverfassung der Europäischen Aktiengesellschaft, in Symposium über Information, Konsultation und Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der EU, Schriftenreihe des Zentrums für Europäisches Wirtschaftsrecht der Universität Bonn, Nr. 119, Bonn, 2001 (zitiert: Hommelhoff, Symposium)

Hüffer, Uwe, Aktiengesetz, Kommentar, 5. Auflage, München, 2002 (zitiert: Hüffer).

Ihrig, Hans-Christoph, Wagner, Jens, Diskussionsentwurf für ein SE-Ausführungsgesetz, BB 2003, 969.

Jaeger, Carsten, Die Europäische Aktiengesellschaft – europäischer oder nationaler Rechts, Baden-Baden, 1993 (zitiert: Jaeger, Europäische Aktiengesellschaft).

Jahn, Andreas, Herfs-Röttgen, Ebba, Die Europäische Aktiengesellschaft – Societas Europaea, DB 2001, 631.

Kallmeyer, Harald, Das monistische System in der SE mit Sitz in Deutschland, ZIP 2003, 1531.

Kersting, Christian, Societas Europaea: Gründung und Vorgesellschaft, DB 2001, 2079.

Kleinsorge, Georg, Neye, Hans-Werner, Europäische Aktiengesellschaft - Durchbruch erreicht, Bundesarbeitsblatt 4/2001, 5.

Kowalewsky, Reinhard, Eine Frage der Macht, Capital 4/2002, 32.

Lange, Oliver, Überlegungen zur Umwandlung einer deutschen in eine Europäische Aktiengesellschaft, EuZW 2003, 301.

Langenbacher, Günther, Blaum, Ulf, Audit Committees – Ein Weg zur Überwindung der Überwachungskrise?, DB 1994, 2197.

Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6.. Aufl., Berlin u. a., 1991 (zitiert: Larenz, Methodenlehre).

Leupold, Andreas, Die Europäische Aktiengesellschaft unter besonderer Berücksichtigung des deutschen Rechts, Aachen, 1993 (zitiert: Leupold, Europäische Aktiengesellschaft).

Liesegang, Roberto, Die Europäische Aktiengesellschaft und das Gesellschaftsrecht Portugals, Baden-Baden, 1994 (zitiert: Liesegang, Europäische Aktiengesellschaft).

Lindacher, Walter, Maßgebendes Recht, Auslegung und Lückenschließung, in: *Lutter, Marcus* (Hrsg.), Die Europäische Aktiengesellschaft, 2. Auflage, Köln u. a., 1978, S 1 (zitiert: Lindacher, Auslegung).

Lutter, Marcus, Europäische Aktiengesellschaft – Rechtsfigur mit Zukunft?, BB 2002, 1.

Lutter, Marcus, Europäisches Unternehmensrecht, ZGR-Sonderheft 1, 3. Auflage, Berlin, 1991 (zitiert: Lutter, Europäisches Unternehmensrecht)

Lutter, Marcus, Genügen die vorgeschlagenen Regelungen für eine „Europäische Aktiengesellschaft“?, AG 1990, 413.

Maul, Silja, Das Ausführungsgesetz zur SE – der Einzug des monistischen Systems in Deutschland, BB 2003, Heft 19 Erste Seite.

Maul, Silja, Konzernrecht in *Theisen/Wenz (Hrsg.)*, Die Europäische Aktiengesellschaft, Stuttgart, 2002, 399 (zitiert: Maul in Theisen/Wenz (Hrsg.)).

Maul, Silja, Die faktisch abhängige SE im Schnittpunkt zwischen deutschem und europäischem Recht, München, 1998 (zitiert: Maul, SE).

Maul, Silja, Vorschläge der Expertengruppe zur Reform des EU-Gesellschaftsrechts, DB 2003, 27.

Maul, Silja, Lanfermann, Georg, Eggenhofer, Erich, Aktionsplan der Europäischen Kommission zur Reform des Europäischen Gesellschaftsrechts, BB 2002, 1289.

Meyer-Landrut, Andreas, Die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung, Stuttgart, 1988 (zitiert: Meyer-Landrut, EWIV).

Monti, Monti, Statut der Europäischen Aktiengesellschaft, WM 1997, 607.

Müller-Graff, Peter-Christian, Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 1. Auflage, Baden-Baden, 1993 (zitiert: Müller-Graff).

Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1, München, 1995 (zitiert: Münchener Handbuch).

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 10, Internationales Privatrecht, 3. Auflage, München, 1998 (zitiert: *Müko*).

Nagel, Bernhard, Deutsches und Europäisches Gesellschaftsrecht, München, 2000 (zitiert: Nagel, Gesellschaftsrecht).

Neye, Hans-Werner, Kein neuer Stolperstein für die Europäische Aktiengesellschaft, ZGR 2002, 377.

Neye, Hans-Werner, Teichmann, Christoph, Der Entwurf für das Ausführungsgesetz zur Europäischen Aktiengesellschaft, AG 2003, 169.

Peltzer, Martin, Corporate Governance Kodizes als zusätzliche Pflichtbestimmung für den Aufsichtsrat, NZG 2002, 10.

Pfister, Wolfgang, Europäisches Gesellschaftsrecht, Frankfurt am Main, 1993 (Zitiert: Pfister, Europäisches Gesellschaftsrecht).

Pluskat, Sorika, Die neuen Vorschläge für die Europäische Aktiengesellschaft, EuZW 2001, 524.

Raiser, Thomas in Festschrift für Johannes Semler, Die Europäische Aktiengesellschaft und die nationalen Aktiengesetze, Berlin u. a., 1993, S. 277 (zitiert: Raiser in FS für Semler).

Raiser, Thomas, Recht der Kapitalgesellschaften, 3. Auflage München, 2001 (zitiert: Raiser, Kapitalgesellschaft).

Rasner, Henning, Die Europäische Aktiengesellschaft (SE) – ist sie wünschenswert?, ZGR 1992, 314.

von Rechenberg, Wolf-Georg, Die EWIV – Ihr sein und Werden, ZGR 1992, 299.

Baums, Theodor, Vorsitzender der Regierungskommission Corporate Governance – Unternehmensführung – Unternehmenskontrolle – Modernisierung des Aktienrechts, Abschlussbericht vom 10. Juli 2001 (zitiert: Regierungskommission, Bericht).

Ringleb, Henrik-Michael, Kremer, Thomas, Lutter, Marcus, von Werder, Axel, Deutscher Corporate-Governance-Kodex, Kommentar, München, 2003 (zitiert: Ringleb/Kremer/Lutter/von Werder).

Sanders, P., Auf dem Wege zu einer europäischen Aktiengesellschaft?, RIW, 1960, 1.

Sanders, P., Die europäische Aktiengesellschaft – Probleme des Zugangs und der Mitbestimmung, AG, 1967, 344.

Schindler, Clemens Philipp, Die Europäische Aktiengesellschaft – Gesellschafts- und steuerrechtliche Aspekte, Wien, 2002 (zitiert: Schindler, Europäische Aktiengesellschaft)

Schmidt, Karsten, Gesellschaftsrecht, 3. Auflage, Köln, München u. a., 1997 (zitiert: Schmidt, Gesellschaftsrecht).

Scholz, Franz, GmbH-Gesetz, Kommentar, 9. Auflage, Köln, 2002 (zitiert: Scholz).

Schüppen, Matthias, Der Kodex – Chancen für den Deutschen Kapitalmarkt!, DB 2002, 1117.

Schwarz, Günter Christian, Zum Statut der Europäischen Aktiengesellschaft, ZIP 2001, 1847.

Schwarz, Günter Christian, Europäisches Gesellschaftsrecht, Baden-Baden, 2002 (zitiert: Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht).

Schweitzer, Michael, Hummer, Waldemar, Europarecht, 5. Auflage, Neuwied u. a., 1996 (zitiert: Schweitzer/Hummer, Europarecht).

Schweitzer, Michael, Staatsrecht III – Staatsrecht, Völkerrecht, Europarecht, 2000, 7. Auflage, Heidelberg (zitiert: Schweitzer, Staatsrecht).

Schulz, Andreas, Geismar, Bernhard, Die Europäische Aktiengesellschaft – Eine kritische Bestandsaufnahme, DStR 2001, 1078.

Scriba, Michael O. E., Die Europäische Interessenvereinigung, Heidelberg, 1988 (zitiert: Scriba, EWIV).

Seibert, Ulrich, Aktienrechtsreform in Permanenz?, AG 2002, 417.

Seibert, Ulrich, Im Blickpunkt: Der Deutsche Corporate Governance Kodex ist da, BB 2002, 581.

Streinz, Rudolf, Europarecht 5. Auflage, Heidelberg, 2001 (zitiert: Streinz, Europarecht).

Teichmann, Christoph, Vorschläge für das deutsche Ausführungsgesetz zur Europäischen Aktiengesellschaft, ZIP 2002, 1109.

Teichmann, Christoph, Ausführungsgesetz in Deutschland in *Theisen/Wenz (Hrsg.)*, Die Europäische Aktiengesellschaft, Stuttgart, 2002, S. 573 (zitiert: Teichmann in Theisen/Wenz (Hrsg.)).

Teichmann, Christoph, Die Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft – Grundlagen der Ergänzung des europäischen Statuts durch den deutschen Gesetzgeber, ZGR 2002, 383.

Teichmann, Christoph, Corporate Governance in Europa, ZGR 2001, 662.

Theisen/Hölzl, Corporate Governance in *Theisen/Wenz (Hrsg.)*, Die Europäische Aktiengesellschaft, Stuttgart, 2002, S. 247 (zitiert: Theisen/Hölzl in Theisen/Wenz (Hrsg.)).

Theisen, René, Wenz, Martin, Hintergründe, historische Entwicklung und Grundkonzeption in *Theisen/Wenz (Hrsg.)*, Die Europäische Aktiengesellschaft, S. 48.

Thoma, Georg F., Leuering, Dieter, Die Europäische Aktiengesellschaft – Societas Europaea, NJW 2002, 1449.

Triebel, Volker, Hodgson, Stephen, Kellenter, Wolfgang, Müller, Georg, Englisch- und Wirtschaftsrecht, 2. Auflage, Heidelberg, 1995 (zitiert: Triebel/Hodgson/Kellenter/Müller).

Trojan-Limmer, Ursula, Die geänderten Vorschläge für ein Statut der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) – Gesellschaftsrechtliche Probleme, RIW 1991, 1010.

Wagner, Jens, Die Bestimmung des auf die SE anwendbaren Rechts, NZG 2002, 985.

Wagner, Jens, Der Europäische Verein – Eine Gesellschaftsform europäischen oder mitgliedstaatlichen Rechts?, Baden-Baden, 2000 (zitiert: Wagner, Europäischer Verein).

Von Werder, Axel, Der Deutsche Corporate Governance Kodex – Grundlagen und Einzelbestimmungen, DB 2002, 801.

Widmann, Siegfried, Mayer, Robert, Umwandlungsrecht, Kommentar, Bonn, 65. Ergänzungslieferung Stand Juni 2002 (zitiert: Widmann/Mayer).

EINLEITUNG

Es ist soweit! Sie ist da: Die Europäische Aktiengesellschaft!

Nach langen und zähen Auseinandersetzungen¹ fand das Gesetzgebungsverfahren zur Europäischen Gesellschaft² seinen Abschluss.

Mit der Zustimmung des Binnenmarktrates vom 27. September 2001 zur Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE)³ sowie mit der Zustimmung des Sozialrates vom 08. Oktober 2001 zur ergänzenden⁴ Richtlinie (EG) Nr. 86/2001 hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE⁵ und der Verabschiedung der beiden Rechtsakte im Ministerrat am 08. Oktober 2001 waren schließlich die letzten nötigen Schritte getan, ehe sowohl die Verordnung als auch die Richtlinie am 10. November 2001 im Amtsblatt der EG veröffentlicht wurden. Damit fand das älteste noch offene Dossiers der Europäischen Gemeinschaft⁶ seinen Abschluss.

Die Richtlinie ist bereits am Tag der Veröffentlichung in Kraft getreten (Art. 16 der Richtlinie) und bedarf gem. Art. 249 Abs. 3 des EG-Vertrages noch der Umsetzung. Die Mitgliedstaaten der EU als Adressaten (vgl. Art. 17 der Richtlinie) der Richtlinie hatten diesem Regelungsauftrag bis spätestens zum 08. Oktober 2004 nachzukommen (Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie).

Die Verordnung ist zeitgleich mit dem Ablauf der Umsetzungsfrist der Richtlinie zum 08. Oktober 2004 in Kraft getreten (Art. 70 SE-VO).

¹ Schwarz ZIP 2001, 1847 ff. (1847) spricht angesichts dessen gar davon, dass „der dreißigjährige Krieg um die Europäische Aktiengesellschaft beigelegt“ sei.

² Diese Bezeichnung wird in der amtlichen Überschrift der Verordnung, wie auch der begleitenden Richtlinie zur Arbeitnehmerbeteiligung, gewählt, während in den Vorschlägen der Kommission stets von Europäischer Aktiengesellschaft gesprochen wird. Grund für diese Abweichung ist, dass schon in der Überschrift der Verordnung auch die Abkürzung „SE“ verwendet werden sollte, unter der das Projekt seit Jahrzehnten bekannt ist. Da diese Abkürzung für den lateinischen Begriff „Societas Europaea“ steht, musste die Übersetzung „Europäische Gesellschaft“ lauten. So Neye ZGR, 2002, 377 ff. (377).

Die vorliegende Arbeit verwendet den vertrauten Begriff „Europäische Aktiengesellschaft“, zumal es sich bei der SE dem Grunde nach um eine Aktiengesellschaft handelt.

³ Im folgenden als SE-VO bezeichnet. Die Verordnung ist veröffentlicht im Amtsblatt der EG Nr. L 294 vom 10. November 2001, S. 1 ff.

⁴ Das SE-Regelungswerk besteht aus zwei Rechtsakten: Das Gesellschaftsrecht der SE ist in der eben genannten Verordnung geregelt. Daneben steht eine auf diese Verordnung bezogene Richtlinie zur Ergänzung des Statuts hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer. Die Verzahnung von Verordnung und Richtlinie erfolgt über Art. 12 Abs. 2 und 3 SE-VO, wonach eine Registereintragung der SE erst erfolgen darf, wenn eine Regelung hinsichtlich der Arbeitnehmerbeteiligung besteht. So Thoma/Leuering NJW 2002, 1449 ff. (1453).

⁵ Die Richtlinie ist veröffentlicht im Amtsblatt der EG Nr. L 294 vom 10. November 2001, S. 22 ff.

⁶ So Pressemitteilung vom 20.12.2000 zur 2323. Tagung vom 20.12.2000 des Rates – Beschäftigung und Sozialpolitik – in Brüssel

A. Entstehungsgeschichte

I. Frühe Erste Verordnungsentwürfe

Der jetzt vorliegenden SE-Verordnung geht eine lang andauernde Entstehungsgeschichte voraus.⁷ Schon bald nach Inkrafttreten des Vertrages von Rom hatte es sich gezeigt, dass die im EWG-Vertrag den Unternehmen zugeordnete Freizügigkeit durch die Nationalität der für sie zuständigen Rechtsordnungen stark behindert wird.

So trug Thibièrge bereits im Jahre 1959 auf dem Kongress des französischen Notariats erste Überlegungen zu einer Gesellschaft internationalen Typs in Europa vor.⁸ Der Rotterdamer Handelsrechtler Pieter Sanders griff diese alsbald auf⁹ und formulierte zudem als Mitglied einer von der Kommission der EG eingesetzten Sachverständigengruppe im Dezember 1966 einen Vorentwurf¹⁰ eines Statuts für die Europäische Aktiengesellschaft, der zu einem vollständigen Vorschlag für ein Statut für Europäische Aktiengesellschaften ausgearbeitet und sodann im Jahre 1970 als Kommissionsvorschlag dem Ministerrat der Europäischen Gemeinschaften vorgelegt wurde.¹¹

Diese Vorlage führte zu einer Vielzahl von Stellungnahmen, was die Kommission veranlasste, ihren Vorschlag vollständig zu überarbeiten und im Jahre 1975 dem Ministerrat eine neue Fassung zur Entscheidung vorzulegen.¹² Auch diese stieß auf erhebliche Kritik und Widerstände, woraufhin die Diskussion – wohl aufgrund der zu sehr divergierenden Vorstellungen der an der Ausarbeitung des Vorschlags Beteiligten – zum Stillstand kam.

Erst im Juli 1988 ergriff die Kommission erneut die Initiative und kündigte mit einem Memorandum einen stark gekürzten und inhaltlich sehr eingeschränkten Vorschlag an, der schließlich im August 1989 und - erneut abgeändert - im Mai 1991 vorgelegt wurde.

⁷ Dazu ausführlich etwa *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 32 ff. und 1087 ff.; *Lutter*, Europäisches Unternehmensrecht, 130 ff.; *ders.* BB 2002, 1 ff.; *Pluskat* EuZW 2001, 524 ff. (524-526); zuletzt *Blanquet* ZGR 2002, 20 ff. und *Heinze* ZGR 2002, 66 ff. (insb. zu der eng mit der SE-VO verzahnten Problematik der Arbeitnehmer-Mitbestimmung); eine Zusammenstellung der verschiedenen Verordnungsvorschläge findet sich bei *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 1085.

⁸ Dazu *Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht, S. 305.

⁹ *Sanders* RIW 1960, S. 1 ff.

¹⁰ *Sanders* AG, 1967, 344.

¹¹ Vorschlag vom 30.06.1970, KOM (70) 600 endg. = ABl. EG Nr. C 124 v. 10.10.1970, S. 1 ff. = Beilage 8/70 zum Bulletin der EG = BT-Drucksache VI/1109.

¹² Geänderter Vorschlag vom 30.04.1975, KOM (75) 150 endg. = Beilage 4/75 zum Bulletin der EG = BT-Drucksache 7/3713 = BR-Drucksache 372/75.

II. Abkehr von einer umfassenden Kodifikation / Ausdehnung der Verweisungstechnik

Im Vergleich zu den ersten Entwürfen weichen die späteren von diesen erheblich ab, sei es im Umfang wie auch in der Regelungstechnik.¹³ Während der ursprüngliche SE-VO-Vorschlag zunächst noch mehr als 400 Artikel umfasste, enthält der Entwurf von 1991 nur noch 108 Artikel.¹⁴ So traf der ursprüngliche Entwurf noch nahezu alle Sachregelungen selbst und stellte sich als umfassendes und in den Mitgliedsstaaten einheitliches Regelungswerk dar. Mit der Zeit wurden immer mehr Sachregelungen aus der SE-VO herausgenommen. Statt dessen wurde mit Verweisungen auf das (teilweise harmonisierte) nationale Recht in den Mitgliedstaaten gearbeitet¹⁵ („Verweisungstechnik“).

So wurden im Laufe der Entwicklungsgeschichte etwa sämtliche konzernrechtlichen Regelungen¹⁶, Regelungen über die Auflösung, die Liquidation, den Konkurs oder die Besteuerung der SE ausgeklammert. Auch die Fragen zur Mitbestimmung in der SE wurden herausgenommen und in der sog. ergänzenden Richtlinie hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE zusammengefasst.

Zwar führte der von der Kommission eingeschlagene Weg, immer weiter mit Verweisungen auf das nationale (Sitzstaat-)Recht zu arbeiten, sicherlich zu einer größeren politischen Durchsetzbarkeit unter den Mitgliedstaaten,¹⁷ jedoch fand auch der Verordnungs-Entwurf aus dem Jahre 1991 unter ihnen keine breite Zustimmung.

Wegen der zahlreichen Verweisungen auf nationales (Sitzstaat-)Recht¹⁸ wurde nun vermehrt nicht mehr von einer Europäischen Aktiengesellschaft, sondern von einer Vielzahl derer gesprochen.¹⁹

¹³ Geändert hat sich auch die Rechtsgrundlage zum Erlass der SE-VO durch den Rat der Europäischen Union. Dazu und zum Streit über die „richtige“ Rechtsgrundlage siehe z. B. *Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 394; *Schwarz* ZIP 2001, 1847 ff (1848). Zur Klagedrohung des Europäischen Parlaments siehe *Neye* ZGR 2002, 377 ff.

¹⁴ Ein Abdruck des Entwurfs von 1991 findet sich z. B. in *Schwarz* Europäisches Gesellschaftsrecht, Textsammlung unter Ziffer 16.

¹⁵ Zu den zwei möglichen, jedoch grundverschiedenen, Konzeptionen der Regelungstechnik einer Verordnung siehe *Schwarz* Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 954 ff. und unten.

¹⁶ Zu dieser Entwicklung siehe etwa *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 934 ff.

¹⁷ So *Trojan-Limmer* RIW 1991, 1010 ff. (1012), der auch den Vorteil des erneut gestrafften Statuts betont, dass der Rechtsanwender in der Praxis auf bekannte und bewährte Vorschriften zurückgreifen könne.

¹⁸ *Raiser* in Festschrift für Semler 1993, 277 ff. (278) zählt im Entwurf von 1991 über 100 Verweisungen auf das Recht der Mitgliedstaaten

¹⁹ *Raiser* in Festschrift für Semler 1993, 277 ff. (295 f.) beschreibt das rechtliche Kleid der Europäischen Aktiengesellschaft als einen Flickenteppich aus vielerlei Stücken. Zu dieser Problematik auch *Rasner* ZGR 1992, 314 ff. (325 f.); *Lutter* AG 1990, 413 ff. (416 ff.).

Dass nun aber kein Konsens unter den Mitgliedstaaten gefunden werden konnte, lag weniger an den gesellschaftlichen Aspekten. Vor allem die Mitbestimmungs-Modelle, die im übrigen zunächst auch von Großbritannien abgelehnt wurden, wurden schließlich von den deutschen Gewerkschaften als nicht gleichwertig angesehen.²⁰

Nachdem in den Jahren 1994 und 1995 weitere Versuche²¹, das Projekt voranzutreiben, gescheitert waren, kam es zum erneuten Stillstand.

Erst im November 1996 kam durch Einberufung einer hochrangigen Kommission nationaler Sachverständiger wieder Bewegung in die Sache. Erste Versuche, die festgefahrene Diskussion aufzulösen, hatten jedoch keinen Erfolg. Erst im Dezember 2000 wurde nach Zugeständnissen an Spanien eine Einigung erzielt.²² Auf dieser Grundlage basiert schließlich die am 8. Oktober 2001 zustande gekommene endgültige Fassung.

Der Prozess der Vereinfachung und Kürzung der Verordnung sowie die Ausklammerung weiterer Regelungsbereiche aus dem Statut und statt dessen im Gegenzug die Zunahme der Verweisungen auf nationales Recht setzt sich bis dahin fort.

Der Verweisungstechnik kam damit noch größere Bedeutung zu.²³ Neben dem allgemeinen Grundsatz der subsidiären Geltung nationalen Aktienrechts (Art. 9 SE-VO bzw. Art. 7 der Vorentwürfe) enthält die Verordnung vom Oktober 2001 eine Vielzahl weiterer Verweise auf das – teilweise harmonisierte²⁴ – nationale Recht. Darüber hinaus unterliegen auch alle in der Verordnung gänzlich nicht erfassten Rechtsbereiche wie das Steuerrecht, das Wettbewerbsrecht, der gewerbliche Rechtsschutz und das Insolvenzrecht allein dem nationalen Recht (vgl. auch Erwägungsgrund (20) zur SE-VO.²⁵

Am Ende verbleibt es bei „nur“ noch 70 Artikeln der SE-VO und 17 Artikeln der Mitbestimmungsrichtlinie. Dem stehen zahlreiche Verweisungen auf nationales Recht gegenüber. So enthält die SE-VO allein in dem in dieser Arbeit untersuchten Bereich „Vorstand i.w.S.“

²⁰ So *Lutter* BB 2002, Seite 1 ff (2).

²¹ Dazu *Lutter*, ebenda.

²² So *Lutter* a.a.O., 3; ausführlich zu den widerstreitenden Interessen und dem abschließenden Kompromiss über die Frage der Mitbestimmung *Kleinsorge/Neye* Bundesarbeitsblatt 4 2001, 5 ff. (5 f.).

²³ In Erwägungsgrund (9) der SE-VO werden die zahlreichen Verweisungen damit gerechtfertigt, dass seit den Kommissionsvorschlägen 1970 und 1975 bei der Angleichung des nationalen Gesellschaftsrechts beachtliche Fortschritte erzielt worden seien, so dass „in Bereichen, in denen es für das Funktionieren der SE keiner einheitlichen Gemeinschaftsregelung bedarf, auf das Aktienrecht des Sitzstaates verwiesen werden kann“. So auch *Schwarz* ZIP 2001, 1847 (1860). Dass diese Rechtfertigung nur bedingt greifen kann, wird sogleich näher dargestellt.

²⁴ Ein Überblick über den Stand der Rechtsangleichung im Gesellschaftsrecht findet sich etwa bei *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 267 ff., 530 ff.

²⁵ So *Thoma/Leuering* NJW 2002, 1449 ff. (1450).

(Art. 38 bis 51 SE-VO) an insgesamt 13²⁶ Stellen Ermächtigungen²⁷ für die Mitgliedstaaten, um in bestimmten Bereichen nationale Regelungen zu erlassen, welche dann für SE's (mit Sitz) in jeweils eben diesem Mitgliedstaat gelten.

B. Nähere Betrachtung der Verweisungstechnik

I. Vielfach kritische Betrachtung der ausgedehnten Verweisungstechnik

1. Motive für das Vorhaben SE / ursprüngliche Ziele der Schaffung einer Europäischen Aktiengesellschaft

Nach der ursprünglichen Intention sollten durch Schaffung einer einheitlichen europäischen Kapitalgesellschaftsform der Wirtschaftsstandort EU gestärkt und europäische Unternehmen für den weltweiten Wettbewerb besser gewappnet werden. Zudem sollte grenzüberschreitend tätigen Unternehmen durch die Wahl der Rechtsform der SE die Möglichkeit eröffnet werden, künftig mit nur einer einzigen Gesellschaft an Stelle einer komplizierten Konzernstruktur, bestehend aus einem Netz von Holding- und Tochtergesellschaften, zu operieren und so erhebliche²⁸ Kosten einzusparen.²⁹ Ziel des Regelungsvorhabens zur Europäischen Aktiengesellschaft ist es dementsprechend, innerhalb der Europäischen Union grenzüberschreitende Unternehmenszusammenschlüsse, Konzernierungsvorgänge und Unternehmenskooperationen zu erleichtern. Durch das Schaffen einer von den einzelstaatlichen Gesellschaftsrechtsordnungen weitgehend unabhängigen Gesellschaftsform als Unternehmens-träger sollten die bestehenden gesellschaftsrechtlichen, steuerlichen und psychologischen Hemmnisse reduziert werden.³⁰

²⁶ Auf diese Zahl kommt man einschließlich der drei das Aufsichtsorgan betreffenden Ermächtigungen, wenn man den Wortlaut der Verordnung heranzieht. Jedoch ist hinsichtlich der Art. 39 Abs. 5 und Art. 43 Abs. 4 fraglich, ob es insoweit zur Zuordnung zu einer Verweisungsart nur auf den Wortlaut dieser einzelnen Vorschriften ankommt.

²⁷ Hinzukommen zahlreiche Verweisungen anderer Art, wie zum Beispiel Verweisungen auf das Sitzstaatrecht der jeweiligen SE. Zu den einzelnen Verweisungsarten siehe unten.

Brandt/Scheifele DStR 2002, 547 ff. (547) zählen in den gesamten 70 Artikeln der SE-VO 84 Verweisungsvorschriften.

²⁸ Der Rat für Wettbewerbsfähigkeit schätzt die möglichen Kosteneinsparungen für innerhalb der Gemeinschaft tätige Unternehmen nach Annahme der Rechtsform einer SE auf bis zu 30 Mrd. US-Dollar, vgl. *Monti* in WM 1997, 607 f.

²⁹ Siehe *Thoma/Leuering* in NJW 2002, 1449 ff. (1450). Zu den Vorteilen einer supranationalen europaeinheitlichen Gesellschaftsform ausführlich *Schwarz* ZIP 2001, 1847 (1859 f.); siehe auch schon *Monti* WM 1997, 607 f.; zu den Zielen siehe auch die Erwägungsgründe (1) bis (7), (11), (13) und (14) der SE-VO; allgemein zu den Vorteilen europäischer Gesellschaftsformen *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 950 ff. und zum Regelungsziel der SE Rn. 1086.

³⁰ So *Thoma/Leuering* NJW 2002, 1449 ff. (1450) mit Hinweis auf Erwägungsgründe (2) und (3) der SE-VO. Jedoch sehen *Bungert/Beier* EWS 02, 1 ff. (8 ff.) für die SE gerade im Bereich des Steuerrechts ein großes Manko.

2. Bedarf für einheitliche europäische Gesellschaftsform

Es bestehen auch keine Zweifel, dass es einer EU-einheitlichen Gesellschaftsform bedarf. Nach der Euro-Einführung und dem Vollzug der Währungsunion befindet sich die EU weiterhin auf dem bereits eingeschlagenen Weg zu einer Wirtschaftsunion; mithin liegen die Wirtschaftsgemeinschaft und der gemeinsame Markt als rechtsqualitative Zwischenstufen hinter dem nun erreichten Stand des Europäischen Binnenmarktes.³¹ In diesem Raum ohne Binnengrenzen (vgl. Art. 14 EGV) operieren jedoch bislang ausschließlich Unternehmensträger nationalen Rechts, also deutsche Aktiengesellschaften, italienische società per azioni und portugiesische sociedades por quotas de responsabilidade limitada – abgesehen von der Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV) als supranationaler Rechtsform, der jedoch wegen der zwingend unbeschränkten Haftung ihrer Mitglieder (Art. 24 Abs. 1 EWIV-VO) sowie auch aus anderen Gründen keine große Bedeutung in der Rechtspraxis zukommt. Damit fehlt es in der EU für die fortschreitende Wirtschafts- und Währungsunion an einer europa-einheitlichen Gesellschaftsform.³²

3. Ansatzpunkte der Kritik

Hier setzt die vielfache Kritik³³ an den erlassenen SE-Regelungen an. Denn blickt man auf die Intention, die die Idee einer supranationalen europa-einheitlichen Gesellschaftsform geboren hat und auf die Ziele und Vorteile, die man bei der Verwirklichung dieses Projektes ins Auge gefasst hatte, muss man eingestehen, dass die jetzt geschaffene SE all dem nur im Ansatz gerecht wird.

Aufgrund der zahlreichen Verweisungen, nicht zuletzt in Form der Generalverweisung des Art. 9 SE-VO³⁴, wird das für die SE geltende Recht von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat erheblich

³¹ So *Hommelhoff*, Symposium, 57 ff. (58).

³² In diesem Sinne auch *Hommelhoff*, Symposium 57 ff. (58); *Kleinsorge/Neye* Bundesarbeitsblatt 4 2001, 5 ff. (6).

³³ Vgl. etwa *Pluskat* EuZW 2001, 524 ff (528); *Hirte* NZG 2002, 1 ff. (2); *Ebke* EWS 2002, Heft 1, Erste Seite; *Hommelhoff* AG 2001, 279 ff (284 f.). Selbst die Kommission muss in ihrer Pressemitteilung vom 08.10.2001 zugeben, dass das SE-Statut „noch nicht perfekt“ ist. Leider bezieht sie diese kritische Betrachtung anscheinend jedoch allein darauf, dass „im Steuerrecht noch einiges zu tun“ ist.

³⁴ Die Generalverweisung des Art. 9 SE-VO erklärt subsidiär das Sitzstaatrecht der jeweiligen SE für anwendbar, wenn die Verordnung für einen Regelungsbereich keine bzw. eine nur teilweise Regelung enthält. Noch im VOV 1989 war im Rahmen der damaligen Generalverweisungsvorschrift des Art. 7 die subsidiäre Anwendung des Sitzstaatrechtes erst für den Fall vorgesehen, dass eine Rechtsfrage, die nicht von der Verordnung selbst behandelt wird, auch nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, auf denen das Statut beruht, nicht zu entscheiden war. Dazu etwa *Raiser* in Festschrift für Semler 1993, 277 ff. (282); *Pfister*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 69, in FN 341 Hinweis auf *Lutter* AG 1990, 416 ff., *Hauschka* AG 1990, 85 ff. (101).

abweichen. Jeder Mitgliedstaat wird „sein eigenes SE-Recht“ haben.³⁵ Eine SE mit Sitz in Deutschland, die in weiten Teilen dem deutschen Aktienrecht unterliegt, wird sich von einer SE mit Sitz in Großbritannien nachhaltig unterscheiden.³⁶ Diese nationalen Abweichungen und Besonderheiten wird es gerade und vor allem in den Bereichen geben, in denen das SE-Statut auf europarechtlich unangelegenes nationales Aktienrecht verweist,³⁷ also in den auf besonders unterschiedlichem Standard stehenden Gebieten des Mitbestimmungs-, Konzern- und Konkursrechts sowie beim Minderheiten- und Gläubigerschutz. Hier entsteht ein bedenkliches Rechtsgefälle, welches die Vergleichbarkeit der SE mit Sitz in unterschiedlichen Mitgliedstaaten verhindert und auf diese Weise das nationale Regelungsniveau zu einem standortbestimmenden Faktor für die Wahl des Sitzes der SE werden lässt.³⁸

Es besteht somit die Gefahr, dass es aufgrund der unterschiedlichen nationalen Erscheinungsformen der SE zu einem „Sog“ zu dem einen oder anderen Sitzstaat kommt, was eventuelle Wettbewerbsverzerrungen gegenüber anderen Staaten zur Folge haben kann.³⁹

Anders ist es hingegen in den Bereichen, die inzwischen mehr oder minder stark im Wege gesellschaftsrechtlicher Richtlinien vereinheitlicht wurden.⁴⁰ Hier wird trotz der Unterwerfung der SE unter unterschiedliche Regelungen zumindest eine funktionale Gleichwertigkeit erreicht.⁴¹

Die SE hat damit insgesamt kein eigenständiges charakteristisches Aussehen erhalten, sondern es ist eine weitgehende Verwässerung des Gesellschaftsstatus eingetreten und eine unübersichtliche, wenig rechtssichere Normengemengelage entstanden.⁴²

³⁵ So wird nicht selten davon gesprochen, dass es nicht eine einheitliche SE geben werde, sondern so viele SE wie EU-Mitgliedstaaten. Siehe z. B. *Hirte* NZG 2002, 1 ff. (2); *Ebke* EWS 2002, Heft 1, Erste Seite; *Thoma/Leuring* NJW 2002, 1449 ff. (1450); *Pluskat* EuZW 2001, 524 ff. (528) spricht in diesem Zusammenhang von einem „flexiblen“ Gesellschaftstyp.

³⁶ Ebenso *Thoma/Leuring* NJW 2002, 1449 ff. (1450)

³⁷ So *Ebke* EWS 2002, Heft 1, Erste Seite. Ein Überblick über den Stand der Rechtsangleichung im Gesellschaftsrecht findet sich etwa bei *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht Rn. 267 ff. und 530 ff. oder bei *Raiser*, Kapitalgesellschaft, § 7 Rn. 16-25.

³⁸ *Trojan-Limmer*, RIW 1991, 1010 ff. (1013)

³⁹ So *Liesegang*, Europäische Aktiengesellschaft, 27, wo sich zur Verdeutlichung dieser These auch ein Beispiel im Bereich des Mitbestimmungsrechts findet. Auch *Heckschen* DNotZ 2003, 251 ff. (269) geht davon aus, dass sich vor allem das äußerst komplizierte schwerfällige Arbeitsrecht gegen Deutschland als Standort auswirkt. Nach *Lutter* BB 2002, 1 ff. (3) ist jetzt zum ersten Mal in der Geschichte der Europäischen Gemeinschaft der Wettbewerb unter den nationalen Rechtsordnungen eröffnet. Es gehe nun darum, welchem nationalen Gesetzgeber es gelinge, die interessantesten und attraktivsten nationalen aktien- und mitbestimmungsrechtlichen Lösungen für die Unternehmen und ihre Aktionäre zu schaffen.

Teichmann ZGR 2002, 383 ff. (400 f.) wiederum weist darauf hin, dass der nationale Gesetzgeber auf die Niederlassungsentscheidung nur begrenzt Einfluss nehmen kann, da sich die Verweise der SE-VO zumeist auf das allgemeine nationale Aktienrecht richten. Die Möglichkeit, ein wettbewerbsfähiges Aktienrecht allein für die SE zu schaffen, bestehe nach der SE-VO nur in einem sehr engen Rahmen.

⁴⁰ Als Beispiele seien hier genannt die Kapitalrichtlinie (Zweite gesellschaftsrechtliche Richtlinie; RL 77/91 EWG) und die Publizitätsrichtlinie (Erste gesellschaftsrechtliche Richtlinie; RL 68/151 EWG).

⁴¹ *Trojan-Limmer* RIW 1991, 1010 ff. (1013).

⁴² So *Pluskat* EuZW 2001, 524 ff. (528).

Folge dieses Ineinandergreifens von Gemeinschafts- und nationalem Recht sind gewisse Unsicherheiten in der Auslegung und Anwendung des Rechts auf die konkrete SE. Diese Rechtsunsicherheiten werden von schwierigen Kompetenzabgrenzungen zwischen den europäischen Gerichten auf der einen Seite und den Gerichten der Mitgliedstaaten auf der anderen Seite begleitet werden. Es wird sich die Frage stellen, wer – EuGH oder BGH - letztzuständig für die Auslegung einer aktienrechtlichen Bestimmung ist, wenn diese mit einer Regelung im SE-Statut aufs engste verwoben ist.⁴³

Aufgabe des EuGH wird es jedenfalls sein, praxisgerechte und konsequente Auslegungsmaßstäbe und Auslegungsmethoden für Art. 9 Abs. 1 SE-VO zu entwickeln, um die von vielen befürchtete Zersplitterung des SE-Rechts weitgehend zu verhindern.⁴⁴

Als weiteres Problem kommt hinzu, dass für den ausländischen SE-Gesellschafter (und den gibt es mit Ausnahme der Umwandlungs- und der Tochter-SE, Art. 2 Abs. 4, Art. 3 Abs. 2 SE-VO, in jeder Europäischen Gesellschaft) die Erschließung des für seine Gesellschaft geltenden Gesellschaftsrechts ebenso schwer sein wird wie der jeder anderen Auslandsgesellschaft; in gewissem Maße wird es sogar noch schwerer sein, weil das unterschiedliche Nationalrecht mit dem SE-Statut des Gemeinschaftsrechts verzahnt werden muss. Darin liegt ein immaterielles Erschwernis der Niederlassungsfreiheit.⁴⁵

Hieraus wiederum folgt ein erheblicher Beratungsaufwand durch teure Spezialisten, die sowohl das Unternehmensrecht der Europäischen Aktiengesellschaft, als auch die nationalen Rechte wenigstens der wirtschaftlich wichtigsten Mitgliedstaaten beherrschen müssen.⁴⁶

II. Ausgedehnte Verweisungstechnik einziger Weg

Von den oben aufgeführten, ursprünglich mit der Einführung einer Europäischen Aktiengesellschaft verfolgten Zielen und Vorteilen hat man unter weitreichender Reduzierung der ursprünglich geplanten Regelungsdichte fast vollständig Abstand nehmen müssen, da in gesellschaftlicher Hinsicht letztlich nur eine Einigung der Mitgliedstaaten auf dem kleinsten gemeinsamen Nenner möglich war;⁴⁷ streitige Fragen wurden ausgeklammert.⁴⁸

⁴³ Dazu *Hommelhoff* AG 2001, 279 ff. (284 f.); *ders.*, Symposium, 57 ff. (76 f.).

⁴⁴ *Brandt/Scheifele* DStR 2002, 547 ff. (555).

⁴⁵ Diese Erkenntnis steht im Gegensatz zu dem der SE-VO in Erwägungsgrund (4) immanenten Ziel der Erleichterung der Freizügigkeit aus Art. 18 EGV.

⁴⁶ Siehe *Hommelhoff* AG 2001, 279 ff. (284 f.); *ders.*, Symposium, 57 ff. (76 f.).

⁴⁷ Dazu siehe auch *Thoma/Leuring* NJW 2002, 1449 ff. (1454); *Bungert/Beier* EWS 2002, 1 ff. (2).

⁴⁸ So *Schwarz* ZIP 2001, 1847 (1847).

Auch und vor allem in der Mitbestimmung wurde im Prinzip keine Angleichung erreicht, sondern es wurden die unterschiedlichen nationalen Standards aufrechterhalten und auf europäischer Ebene verfestigt.⁴⁹

Somit waren im Ergebnis die starke Reduzierung der inhaltlichen Regelungen in der SE-VO selbst und im Gegenzug die ausgedehnte Anwendung der „Verweisungstechnik“⁵⁰ der einzige Weg, um überhaupt das Vorhaben „SE“ zu verwirklichen und eine europäische Rechtsform in dieser Form auf den Weg zu bringen.

III. Letztlich positives „Fazit“

Dennoch wird die neue europäische Rechtsform vielfach durchaus positiv gesehen und das erlassene, wenn auch sehr knapp ausgefallene, Regelungswerk begrüßt.⁵¹

Die SE in ihrer jetzigen Gestalt ist der erste Schritt auf dem Weg zu einer insgesamt europäeinheitlichen eigenen Gesellschaftsform.⁵²

Mit der SE wird erstmals die Schaffung einer weitgehend identischen und juristisch einheitlich geregelten europäischen Unternehmensrechtsform angestrebt. Durch sie soll den Unternehmen die Möglichkeit eingeräumt werden, die bereits national genutzten rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten der Unternehmensorganisation auch auf europäischer Ebene zu realisieren. Die SE soll damit als Harmonisierungsinstrument vor allem auch grenzüberschreitende Verschmelzungen (Fusionen) und grenzüberschreitende Unternehmensgründungen ermöglichen.⁵³

Nach *Theisen/Hölzl*⁵⁴ könnte die Unternehmenspraxis aber auch noch einen ganz anderen Einsatzbereich der SE entdecken, nämlich das EU-weite „Unternehmensverfassungs-Shopping“. Entsprechend flexibel organisierten Unternehmen und Konzernen in der EU könnte

⁴⁹ So etwa *Pluskat* EuZW 2001, 524 ff (528).

⁵⁰ Welches Gewicht solche Verweisungen haben, zeigt sich im Bereich des SE-Kapitals etwa anhand der Vorschrift des Art. 5 SE-VO. Danach ist zugleich das gesamte Recht der Kapitalerhöhung und Kapitalherabsetzung den Mitgliedstaaten zur eigenen (wenn auch durch die 2. EG-Kapitalrichtlinie vorgesteuerten) Regelung überlassen. So auch *Hommelhoff* AG 2001, 279 ff (285).

⁵¹ Ein positives Fazit ziehen etwa *Thoma/Leuering* NJW 2002, 1449 ff. (1454), *Teichmann* ZGR 2002, 383 ff. (384 f.), *Schwarz* ZIP 2001, 1847 (1860 f.) oder auch *Jahn/Herfs-Röttgen* DB 2001, 631 ff., die „enorme Vorteile für europaweite Umstrukturierungen“ sehen, sofern das entsprechende steuerliche Umfeld geschaffen werden kann. *Liesegang*, Europäische Aktiengesellschaft, 27 sieht in der breiten Verwendung der Verweisungstechnik auch den Vorteil eines möglichen Austarierens der mitgliedstaatlichen Gemeinschaftsrechte.

⁵² So im Ergebnis auch *Ebke* EWS 2002, Heft 1, Erste Seite; *Hommelhoff* AG 2001, 279 ff. (285); *ders.*, Symposium, 57 ff. (77); *Teichmann* ZGR 2002, 383 ff. (385 und 408) sieht zudem gute Chancen für eine europäische Rechtsfortbildung im Bereich der SE-VO; ähnlich auch schon *Raiser* FS für Semler 1993, 277 ff. (297) zum Verordnungsentwurf von 1991, der dem Statut jedenfalls eine bedeutende symbolische Wirkung zuerkennt.

⁵³ So *Theisen/Hölzl Theisen/Wenz*, 298.

⁵⁴ In *Theisen/Wenz*, 299.

die SE insoweit ein geeignetes Instrumentarium sein, jeweils besonders bevorzugte nationale Unternehmensverfassungen „einzukaufen“ und zu kombinieren; allein eine entsprechende Sitz- und Standortwahl ermöglichen ein solches Vorgehen.

Nicht zu unterschätzen ist auch der psychologische Vorteil, den die SE als supranationale Gesellschaftsform mit sich bringt.⁵⁵

Die Praxis muss vor allem Klarheit darüber gewinnen, für welche Art von Umstrukturierung die SE geeignet sein kann.⁵⁶ Man sollte dabei nicht ohne weiteres der häufig anzutreffenden Einschätzung folgen, die Gründung und Steuerung einer SE seien so kompliziert, dass sie als brauchbare Unternehmensform nicht in Betracht komme. Denn derartige Betrachtungen wählen häufig den falschen Vergleichsmaßstab. Sicherlich fallen Gründung und Geschäftsführung bei einer deutschen Aktiengesellschaft leichter als bei einer SE. Bei der Entscheidung für die SE geht es aber nicht um eine unternehmerische Betätigung im nationalen Rahmen, sondern um grenzüberschreitende Projekte. Sie ist eine Organisationsform zur Zusammenfassung von Produktionsfaktoren aus verschiedenen Mitgliedstaaten.⁵⁷

Zu vergleichen sind daher die Vor- und Nachteile einer SE zum einen mit den Strukturen einer Fusion wie etwa derjenigen von Hoechst und Rhone-Poulenc oder derjenigen von Daimler-Benz und Chrysler – oder zum anderen auch mit den Strukturen eines europaweiten Konzerns, der sich bislang in jedem Mitgliedstaat nach dem dort geltenden Recht organisieren muss.⁵⁸ Schenkt man einer unlängst veröffentlichten betriebswirtschaftlichen Studie⁵⁹ Glauben, schneidet die SE in diesem Vergleich nicht schlecht ab. Dies wird vor allem deutlich durch den Vergleich der jetzigen SE mit den „zum Teil tollkühnen Konstruktionen“⁶⁰, mit denen man sich bisher behelfen musste.

Im grenzüberschreitenden Bereich ermöglicht die SE einfachere und effizientere Organisationsstrukturen zu insgesamt geringeren Verwaltungskosten.

⁵⁵ So auch *Teichmann* ZGR 2002, 383 ff. (389). Dazu auch schon für frühere SE-Verordnungsentwürfe *Sanders* AWD (heute: RIW) 1960, 1 ff. (2).

Im Vergleich zu diesen früheren und umfassenderen Regelungsentwürfen hat die Bedeutung der SE-VO hinsichtlich ihrer Sachregelungen zwar stark abgenommen, so dürfte die Wahl der SE als Rechtsform sicherlich auch weiterhin eine gewisse Signalwirkung gegenüber Aktionären, Mitarbeitern und Kunden haben; so auch *Teichmann* ZGR 2002, 383 ff. (389, Fußnote 28).

⁵⁶ Zu allem und m. w. N. *Teichmann* ZGR 2002, 383 ff (384 f.).

⁵⁷ So die Formulierung von *Ficker* NJW 1967, 1160 ff. (1163).

⁵⁸ Zu allem und m. w. N. *Teichmann* ZGR 2002, 383 ff (384 f.).

⁵⁹ *Buchheim*, Europäische Aktiengesellschaft, insbesondere Resümee auf Seite 307 ff.

⁶⁰ So *Rasner* ZGR 1992, 314 ff. (316).

Darüber hinaus erlaubt die Verordnung Gestaltungen, die das nationale Recht nicht kennt. Sie schafft erstmals europaweit die gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen für Verschmelzungen über die Grenze, die Gründung einer internationalen Holding und die grenzüberschreitende Sitzverlegung.⁶¹ Bislang ungeahnte und aktuelle Attraktivität wächst der SE insbesondere durch ihr Wahlrecht zwischen monistischer und dualistischer Leitungsstruktur zu; wer sich einen CEO (chief executive officer) nach amerikanischem Vorbild wünscht, wird dies im Rahmen der SE voraussichtlich verwirklichen können.⁶²

Und wer erwartet hatte, der Rat der Europäischen Union werde am Ende eine (nahezu) umfassende und alle Bereiche selbst inhaltlich regelnde Verordnung erlassen, der hatte seinen Wünschen vorbei an jeglicher Realität freien Lauf gelassen. So hätte es doch, nüchtern betrachtet, von vornherein sehr verwundert, wenn all die nationalen verschiedenartigen Regelungsgehalte und aktien- / gesellschaftsrechtlichen Eigenarten so einfach über Bord geworfen worden wären.⁶³

Und selbst wenn man dazu bereit gewesen wäre, eine gänzlich neue Gesellschaftsform mit einem für viele Mitgliedstaaten - zumindest in weiten Teilbereichen - vollkommen neuartigen Regelungswerk zu schaffen, hätte dies erhebliche praktische Schwierigkeiten mit sich gebracht. Zwar erfordert auch die jetzt geschaffene SE auf Seiten der (interessierten) Unternehmen – wie oben dargelegt – einen umfangreichen und ebenso kostspieligen Beratungsaufwand. Doch wäre dies im Falle der Einführung einer Gesellschaft mit einem inhaltlich vollkommen eigenen und neuartigen Regelungswerk von vielleicht – wie in den Entwurf aus den Jahren 1970 und 1975 noch vorgesehen – mehr als 400 Artikeln wahrscheinlich nicht anders gewesen. So hat die jetzige SE, wenn sie erst einmal gegründet ist und ihren Sitz in einem bestimmten Mitgliedstaat gefunden hat, doch noch den Vorteil, dass viele Regelungsbereiche aus dem existierenden und praktizierten nationalen Recht des Sitzstaates der SE bereits bekannt und bewährt sind. Gerade dieser Aspekt gibt den interessierten Unternehmen hinsichtlich der „neuen“ Gesellschaftsform ein Gefühl der Vertrautheit und nimmt unter Umständen die Skepsis, die mit einem gänzlichen unbekanntem Wesen „SE“ zweifellos verbunden wäre.

⁶¹ Dazu *Teichmann* ZGR 2002, 383 ff (385 f.).

⁶² Zu allem und m. w. N. *Teichmann* ZGR 2002, 383 ff (385 f.).

⁶³ In diesem Sinn auch *Ebke* EWS 2002, Heft 1, Erste Seite, der auch anführt, dass die Bemühungen um die Schaffung einer SE von Anfang an in erster Linie von dem Wunsch nach Schaffung einer supranationalen Rechtsform auf der Grundlage und am Maßstab bestehender Rechte in der EU statt durch die Suche nach einem „genuin europäischen“ Modell geprägt war und demzufolge von der angestrebten gemeinschaftsweiten Einheitlichkeit der gemeinschaftsrechtlichen Gesellschaftsform der SE nicht viel übrig bleiben konnte.

Andererseits wird das Grundgerüst jeder SE durch die Regelungen der SE-VO europaweit einheitlich vorgegeben. Die SE bietet bei aller Unvollkommenheit doch einen europäischen Kernbestand an Normen und ist damit gegenüber der bisherigen Zersplitterung in rein national geprägte Strukturen ein zumindest gradueller Fortschritt.⁶⁴

Aber auch wenn jede SE maßgeblich durch ihr jeweiliges Sitzstaatrecht geprägt wird und es demzufolge zahlreiche verschiedenartige „SE-Formen“ geben wird, so wird dennoch jede einzelne SE für sich genommen „ihrem“ Unternehmen eine Expansion und Neuordnung über Ländergrenzen hinaus ermöglichen, ohne die kostspieligen und zeitaufwendigen Förmlichkeiten beachten zu müssen, die mit der Gründung von Tochtergesellschaften verbunden sind.⁶⁵

Schließlich unterliegt zumindest die einzelne SE im gesamten Gemeinschaftsgebiet demselben Gesellschaftsstatut. Die SE-VO schafft eine Einheitlichkeit jedenfalls hinsichtlich der gemeinschaftsrechtlichen Kollisionsnormen, die für die jeweilige SE auf das Aktienrecht des jeweiligen Sitzstaates verweisen.⁶⁶ So wird wenigstens auf die einzelne SE immer dasselbe Recht angewandt, auch wenn im Einzelfall die Bestimmung der anwendbaren Sachnormen schwierig sein wird.

IV. Umgang der Praxis mit der ausgedehnten Verweisungstechnik

Dieses Gemengenlage ist der politische Preis dafür, dass die Rechtsform „SE“ überhaupt erst eingeführt werden konnte, und lässt schließlich, wie eben gesehen, Zweifel daran aufkommen, ob die mit der Einführung einer „einheitlichen“ europäischen Rechtsform bezweckten Ziele dann überhaupt noch erreicht werden können.

Es spricht allerdings viel dafür, dass der Markt ebenso wie das Erfordernis kautelarjuristisch verlässlicher vorhersehbarer Lösungen nur eine begrenzte Zahl verschiedener SE herausbilden wird; so konzentriert sich etwa auch der weitaus größte Teil der EWIV's auf Belgien mit der Folge, dass auch dort die tatsächliche Rechtsvielfalt weitaus geringer ist als die rechtlich zulässige.

⁶⁴ So *Teichmann* ZGR 2002, 383 ff (389).

⁶⁵ So Pressemitteilung der Kommission vom 20.12.2000 und vom 08.10.2001. Die Kommission ist der Ansicht, dass aus diesem Grund mehr Unternehmen ermutigt werden, Geschäftsmöglichkeiten in anderen Mitgliedstaaten zu nutzen und so die Wettbewerbsfähigkeit Europas entsprechend gestärkt wird.

⁶⁶ So auch *Wagner* NZG 02, 985 ff. (989).

Gleichwohl wird vor Gründung einer SE ein erheblicher zeitlicher und finanzieller⁶⁷ Aufwand darauf zu verwenden sein, zu prüfen, welches Land als Sitzland am besten geeignet ist. Im übrigen spricht der Blick auf die Vereinigten Staaten dafür, dass das europäische Recht – vergleichbar dem US-amerikanischen federal law – eine eigenständige Dynamik entfalten wird, als deren Folge eine Angleichung auch in den Rechtsbereichen eintreten wird, die formal in die Kompetenz der Einzelstaaten fallen.⁶⁸

Die praktische Handhabbarkeit der SE als eigene Rechtsform wird maßgeblich davon abhängen, wie gut es gelingt, diese Frage der Bestimmung des anwendbaren Rechts zu lösen. So lange hier Unsicherheiten und damit rechtliche Risiken verbleiben, dürfte sich die SE als Rechtsform für eine börsennotierte Gesellschaft, deren Handlungen kritisch verfolgt und gegebenenfalls der gerichtlichen Prüfung zugeführt werden können, kaum eignen. Jedoch dürfte die SE trotz der genannten praktischen Probleme „als Vehikel für innergemeinschaftliche grenzüberschreitende Umstrukturierungsmaßnahmen“ durchaus interessant sein.⁶⁹

Entscheidend wird letztlich auch sein, ob die SE in der Praxis akzeptiert werden wird und ob sie sich auf dem „Markt der Gesellschaftsrechtsordnungen“ durchsetzen kann.⁷⁰ Schließlich gilt es auch, großen Wert auf die Fortentwicklung des SE-Rechts in der konkreten Anwendungspraxis und in der weiteren Durchdringung durch Lehre und Rechtsprechung sowie auf Ergänzungen und Korrekturen durch den europäischen Verordnungsgeber zu legen.⁷¹

Eine Hintertür für weitere Vereinheitlichungen und Fortentwicklungen hat der Verordnungsgeber jetzt schon in die Verordnung eingebaut. Gemäß Art. 69 SE-VO soll die Kommission in fünf Jahren einen Bericht über Änderungsvorschläge zur SE-VO vorlegen. Bestandteil dieses Berichts werden wohl auch Stellungnahmen zu den bisher ausgeklammerten⁷² Bereichen Steuerrecht, Wettbewerbsrecht, gewerblicher Rechtsschutz und Konkursrecht sein.⁷³

⁶⁷ Zu beachten gilt, dass dies gerade durch Einführung einer (einheitlichen) europäischen Rechtsform künftig vermieden werden sollte.

⁶⁸ So ausführlich *Hirte* NZG 2002, 1 ff (2).

⁶⁹ So (etwas ausführlicher) *Wagner* NZG 02, 985 ff. (990 f.).

⁷⁰ Das wird nach *Ebke* in EWS 2002, Heft 1, Erste Seite davon abhängen, ob es zum einen gelingt, die zahlreichen ungeklärten steuerrechtlichen Fragen zu lösen und zum anderen wie die in der ergänzenden Richtlinie (EG) Nr. 86/2001 hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE verabschiedeten mitbestimmungsrechtlichen Regelungen die Bildung einer SE unter Beteiligung deutscher Unternehmen beeinflussen werden.

⁷¹ So *Hommelhoff* AG 2001, 279 ff (284 f.); *ders.*, Symposium, 57 ff. (76 f.); *Götz* ZIP 2003, 1067; ähnlich auch schon *Raiser* in FS für Semler 1993, 277 ff. (297) zum Verordnungsentwurf von 1991.

⁷² Siehe Erwägungsgrund (20) zur SE-VO.

⁷³ *Bungert/Beier* EWS 2002, 1 ff. (2).

C. Regelungsbedürfnis - Aufgabe für die Mitgliedstaaten

Aufgrund der ausgedehnten Anwendung der „Verweisungstechnik“ war auf die Mitgliedstaaten eine umfangreiche und zum Teil schwierige⁷⁴ Aufgabe zugekommen: Es galt – parallel zur notwendigen Umsetzung der Mitbestimmungsrichtlinie (vgl. Art. 249 Abs. 3 EGV; Art. 14 SE-RL) -, die Regelungsaufträge in der SE-VO innerstaatlich umzusetzen (Art. 68 Abs. 1 und 2 SE-VO).⁷⁵ Nach Teichmann⁷⁶ standen Praxis, Gesetzgebung und Wissenschaft vor der Aufgabe, anhand des rudimentären europäischen Konstruktionsplanes eine wendige SE entstehen zu lassen.

Angesichts des in Art. 70 SE-VO festgesetzten Inkrafttretens der SE-VO zum 08. Oktober 2004 war zunächst vor allem dem deutschen Gesetzgeber und der Wissenschaft nicht viel Zeit geblieben.⁷⁷

Die Mitgliedstaaten hatten in Anwendung der Vielzahl der ihnen eingeräumten Kompetenzen diejenigen Vorschriften zu erlassen, die die SE-VO ergänzen sollen. Dabei konnte der nationale Gesetzgeber eigene Akzente nur dort setzen, wo ihm die Verordnung dafür Raum lässt.⁷⁸ Die nationalen Gesetzgeber mussten auf ihre Ergänzungs- und Ausführungsgesetze zum SE-Statut große Mühe und Sorgfalt legen, um konzeptionell und in den Regelungsdetails geschlossene Gesamtstatute ins Werk zu setzen, die für die Unternehmen möglichst rechtssicher und so einfach wie möglich zu handhaben sind.⁷⁹

Hierbei kam es zunächst vor allem entscheidend darauf an, dass der deutsche Gesetzgeber seine Gestaltungsaufgaben und Gestaltungsmöglichkeiten in der Weise ausnutzt, wie es eine moderne Organisationsform im Wettbewerb der Rechtsordnungen erfordert.⁸⁰

Darüber hinaus mussten die Mitgliedstaaten prüfen, inwieweit sie ihr nationales Gesellschaftsrecht anpassen müssen,⁸¹ um ihre nationalen Aktiengesellschaften im intrastaatlichen

⁷⁴ So *Lutter* BB 2002, 1 ff. (6), jedoch wohl nur zur ergänzenden Richtlinie (EG) Nr. 86/2001 hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE.

⁷⁵ Dazu siehe etwa *Bungert/Beier* EWS 2002, 1 ff. (1 f.); *Hommelhoff* AG 2001, 279 ff (284); *Heckschen* DNotZ 2003, 251 ff. (252).

⁷⁶ In ZGR 2002, 383 ff (384).

⁷⁷ Für die parallel erlassene Richtlinie betreffend die Arbeitnehmermitbestimmung ergibt sich dieses Datum aus Art. 14 Abs. 1 SE-Richtlinie.

⁷⁸ So auch *Teichmann* ZIP 2002, 1109 ff. (1109). Eine Übersicht zum Gestaltungsspielraum des nationalen Gesetzgebers aufgrund der einzelnen Vorschriften der SE-VO findet bei *Vossius* in *Widmann/Mayer*, § 20, Rn. 400.

⁷⁹ So *Hommelhoff* AG 2001, 279 ff (284); *ders.*, Symposium, 57 ff. (73, 78); *Brandt* NZG 2002, 991 ff. (991 f., 995 f.).

⁸⁰ Siehe *Brandt* NZG 2002, 991 ff. (991 f., 995 f.); *Hommelhoff* AG 2001, 279 ff. (284) schlägt dem deutschen Gesetzgeber dazu den Einbau von Corporate-Governance-Elementen vor.

⁸¹ Diese Fälle werden unten unter dem Gesichtspunkt der „Inkongruenz“ näher betrachtet.

Wettbewerb⁸² – jedoch auch im Hinblick auf einen innerstaatlichen Standortwettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten⁸³ – nicht gegenüber der SE zu benachteiligen.

Eine Diskriminierung der SE gegenüber deutschen Aktiengesellschaften ist gemäß Erwägungsgrund (5) und Art. 10 SE-VO grundsätzlich ausgeschlossen. Davon erfasst werden allerdings nur Ungleichbehandlungen, die sachlich nicht zu rechtfertigen sind. Die SE war so zu konzipieren, dass sie für grenzüberschreitend tätige Unternehmen besonders gut geeignet ist. Ergeben sich daraus Unterschiede im Vergleich zur nationalen Aktiengesellschaft, stellt dies keine Diskriminierung dar, da die SE gerade für diesen Zweck vorgesehen ist. Eine völlige Gleichartigkeit der Gesellschaftsformen wird es daher nicht geben. Es war im Kern darum gegangen, für das nationale Recht diejenigen Bereiche herauszuarbeiten, für die eine Sonderbehandlung der SE aufgrund ihres europäisch-supranationalen Charakters geboten und gerechtfertigt ist.⁸⁴

Bei der „Umsetzung“ der Regelungsaufträge in das nationale Recht hatte der deutsche Gesetzgeber damit nicht nur diesen Aufträgen Folge zu leisten, sondern es galt auch in entscheidendem Maß, den Erfordernissen für die Existenz einer Europäischen Aktiengesellschaft gerecht zu werden. Dabei musste er versuchen, die für die Schaffung einer Europäischen Aktiengesellschaft bedeutenden und ursächlichen Ziele und Intentionen immer „im Hinterkopf zu haben“ und diese weitestgehend zu verwirklichen. Nur so kommen die Vorteile⁸⁵ einer supranationalen Gesellschaftsform wirklich zum Tragen und verhelfen der SE zu Ansehen in der Rechtspraxis und Erfolg im Bereich des Unternehmens- und Wirtschaftslebens.

Schon allein, um den Standort Deutschland für SE's attraktiv zu gestalten und damit die SE eine Zukunft im europäischen Wettbewerb der Unternehmen und Rechtsformen haben wird, musste der deutsche Gesetzgeber ein möglichst praxisgerechtes Umsetzungsgesetz verabschieden, das auch im Vergleich zur nationalen Aktiengesellschaft eine attraktive Rechtsformalternative ermöglicht.⁸⁶

⁸² Dazu etwa *Teichmann* ZGR 2002, 383 ff. (401 f.); *Bungert/Beier* EWS 2002, 1 ff. (2); *Theisen/Hölzl* in *Theisen/Wenz* (Hrsg.), 299.

⁸³ Dazu etwa *Teichmann* in ZGR 2002, 383 ff. (400 f.); *Theisen/Hölzl* in *Theisen/Wenz* (Hrsg.), 299.

⁸⁴ So *Teichmann* ZGR 2002, 383 ff. (401 f.), der als Beispiel die Wahlfreiheit zwischen monistischem und dualistischem System der Unternehmensleitung anführt. So möge man sie für nationale Gesellschaften als wünschenswert ansehen, zwingend notwendig ist sie aber nicht. Bei Gründung einer SE hingegen ist es von wesentlicher Bedeutung, dass für den Zusammenschluss verschiedener Rechtskulturen beide Modelle zur Verfügung stehen.

⁸⁵ Zu den Vorteilen der SE vgl. *Schwarz* ZIP 2001, 1847 (1859 f.) bzw. die Erwägungsgründe zur SE-VO.

⁸⁶ So auch *Brandt* NZG 2002, 991 ff. (992).

Dabei war dem nationalen Gesetzgeber zu raten, sich nicht streng am Wortlaut der SE-VO bzw. der dort enthaltenen Verweisungen zu orientieren, sondern darüber hinausgehend, eine weiterreichende – möglichst umfassende – Regelung zu treffen, die gerade den Erfordernissen des Wirtschaftslebens gerecht wird und den Unternehmen eine funktionsfähige und praxistaugliche supranationale Gesellschaftsform zur Verfügung stellt.

Im folgenden soll nun dieser Regelungsbedarf durch Rechtsetzung und Rechtsänderung von deutschem Recht für den deutschen Gesetzgeber näher betrachtet werden. Angesichts der Fülle der Verweisungen und des damit verbundenen Umfangs der Diskussion und Auseinandersetzung mit den verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten wird in der vorliegenden Arbeit die Untersuchung auf den Bereich „Vorstand“ begrenzt. Damit wird auch das Hauptaugenmerk zwangsläufig auf die Art. 38 bis 52 SE-VO gelegt werden.

Der Bereich „Vorstand“ im hier verstandenen Sinn umfasst zum einen den Vorstand im Sinn des im deutschen Rechts in Form des dualistischen Aktienrechtssystems (Vorstand = Leitungsorgan⁸⁸) und zum anderen das sog. Verwaltungsorgan im Sinne eines monistischen Systems⁸⁹. Die im Zusammenhang mit der Arbeitnehmermitbestimmung⁹⁰ und im Steuerrecht⁹¹ für die Praxis sehr bedeutsamen und gleichermaßen schwierigen Umsetzungs- und Anpassungsaufgaben für den deutschen Gesetzgeber sollen jedoch außen vor bleiben.

⁸⁸ Im Gegensatz zum Aufsichtsrat als Aufsichtsorgan.

⁸⁹ Das monistische System ist im Gegensatz zum in Deutschland vertretenen dreigliedrigen dualistischen System mit Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung „nur“ zweigliedrig mit Verwaltungsorgan und Hauptversammlung organisiert. Das Verwaltungsorgan nimmt in einer so organisierten Aktiengesellschaft Leitungs- und Aufsichtsaufgaben wahr.

⁹⁰ Dazu etwa *Teichmann ZGR* 2002, 383 ff. (444 ff.); *Lutter BB* 2002, 1 ff. (5 f.).

⁹¹ *Schulz/Geismar DStR* 2001, 1078 ff. (1082 f.); Außerdem ist zur Ermöglichung von grenzüberschreitenden Verschmelzungsgründungen die Fusionssteuer-Richtlinie (ABIEG Nr. L 225, S. 1 vom 23.07.1990) in deutsches Recht umzusetzen, *Förster/Lange DB* 2002, 547 ff. (553 ff.).

TEIL 1: DIE SE-VO IM SYSTEM DES EUROPÄISCHEN UND DEUTSCHEN RECHTS

A. Einordnung der SE-Verordnung in die Rechtssysteme der EU bzw. Deutschlands als Mitgliedsstaat der EU

I. Grundsätzliche Einordnung

Aufgrund ihres Charakters als europarechtliche Verordnung hat die SE-VO gemäß Art. 249 Abs. 2 EG-Vertrag (EGV) allgemeine Geltung. Sie ist in allen ihren Teilen verbindlich, gilt unmittelbar in jedem Mitgliedsstaat⁹² und dient der Schaffung einheitlichen Rechts in allen EU-Mitgliedstaaten.⁹³

Die allgemeine und unmittelbare Wirkung der Verordnung sichert die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts in allen Mitgliedstaaten. Zugleich schließt sie mitgliedstaatliche Regelungen aus, die inhaltlich mit dem Regelungsgegenstand der Verordnung unvereinbar sind.⁹⁴

Als Verordnung in diesem Sinne ist sie sogenanntes sekundäres⁹⁵ Gemeinschaftsrecht. Darunter versteht man das von den Organen der Gemeinschaft nach Maßgabe des EGV geschaffene „Folgerecht“. Dem sekundären Gemeinschaftsrecht vorrangig sind das primäre Gemeinschaftsrecht, bestehend aus den Verträgen - wie der Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV), der Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKSV) oder der Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (EURATOM) - nebst Anhängen und Protokollen - sowie die völkerrechtlichen Verträge der Gemeinschaft (vgl. Art. 300 Abs. 7 EGV)⁹⁶.

Die SE-VO ist, wie alle anderen europäischen Verordnungen, in der Normenpyramide des Gemeinschaftsrechtes am unteren Ende anzusiedeln.

⁹² Verordnungen im Sinne des Art 249 Abs. 2 EGV sind mit Rechtsverordnungen i. S. d. deutschen Rechts (Art. 80 GG) nicht vergleichbar. Die Gemeinschaftsverordnungen sind die „Gesetze der Gemeinschaft“.

⁹³ Vgl. z. B. *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 74

⁹⁴ EuGH, Rs. 65/75, TASCAs, Slg. 1976, 291, 309.

⁹⁵ Dazu siehe etwa *Schweitzer*, Staatsrecht, Rn. 334 ff.

⁹⁶ Vgl. *Schweitzer/Hummer*, Europarecht, 161.

Davon zu unterscheiden sind die sonstigen völkerrechtlichen Verträge, die im Rang dem sonstigen Verfassungsrecht bzw. den Bundesgesetzen gleich stehen, Art. 25 GG; dazu s. *Schweitzer*, Staatsrecht, Rn. 40.

Hingegen ist die SE-VO aufgrund ihres gemeinschaftsrechtlichen Charakters gegenüber dem nationalen Recht vorrangig (sog. prinzipieller Vorrang des Gemeinschaftsrechts), vgl. Art. 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 GG.⁹⁷

II. Hierarchie der Rechtsquellen innerhalb der SE-VO

Aufgrund eben dargestellter Normenpyramide ergibt sich auch innerhalb des Anwendungsbereichs der SE-VO eine Hierarchie der Rechtsquellen.⁹⁸

Das folgt zwangsläufig aus der in der SE-VO angewandten „Verweisungstechnik“. Die SE-VO selbst enthält nur „ein dünnes Gerüst“⁹⁹ sachrechtlicher Regelungen, die sich im wesentlichen auf einzelne Fragen der Gründung und Leitung der SE beschränken. Um eine vollständige und funktionsfähige gesellschaftsrechtliche Normierung zu gewährleisten, bedürfen die der SE-VO immanenten Sachnormen einer umfangreichen Ergänzung durch das über eine Vielzahl von Verweisungsnormen anwendbare nationale Recht.¹⁰⁰

Daneben ist im Anwendungsbereich der SE-VO, die den gesellschaftsrechtlichen Teilbereich einer SE regelt, zwingend auch die anfangs bereits erwähnte „ergänzende Richtlinie zur Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE“ zu beachten.

Das auf die SE anwendbare Recht ist damit insgesamt ein „mixtum compositum“¹⁰¹ aus Gemeinschaftsrecht und mitgliedstaatlichem Recht. Der Rechtsanwender steht vor der im Einzelfall schwierigen Aufgabe, das jeweils anwendbare Recht bzw. die jeweils maßgebliche Regelung zu ermitteln.¹⁰² Das Verhältnis von Gemeinschaftsrecht zu mitgliedstaatlichem Recht wird durch das Gemeinschaftsrecht bestimmt.¹⁰³ In der SE-VO finden sich eine Vielzahl von Normierungen, die dieses Verhältnis regeln.¹⁰⁴ Die zentrale Vorschrift in dieser Systematik zur Bestimmung¹⁰⁵ der einschlägigen Normierung ist Art. 9 Abs. 1 SE-VO¹⁰⁶, der wie folgt lautet:

⁹⁷ Dazu *Streinz*, Europarecht, Rn. 179 ff.; *Schweitzer* Staatsrecht, Rn. 68 ff.

⁹⁸ Eine graphische Darstellung der Rechtsquellenpyramide der SE findet sich bei *Theisen/Wenz* in *Theisen/Wenz* (Hrsg.), 48.

⁹⁹ So *Wagner* NZG 2002, 985 ff. (985).

¹⁰⁰ So in der Bundesrepublik Deutschland insbesondere durch das AktG.

¹⁰¹ Ebenso *Wagner* NZG 2002, 985 ff. (985) und schon *Abmeier* in NJW 86, 2987 ff. (2991) zum Recht der EWIV.

¹⁰² *Heckschen* DNotZ 2003, 251 ff. (251) spricht von einer „komplizierten Verweisungstechnik“ der SE-VO.

¹⁰³ Vgl. EuGH, Slg. 1964, 1251 (1269 ff.) – *Costa/ENEL*.

¹⁰⁴ So auch *Wagner* NZG 2002, 985 ff. (986).

¹⁰⁵ Zu den einzelnen Schritten zur Bestimmung des anwendbaren Sachrechts ausführlich *Wagner* NZG 2002, 985 ff. (986).

Artikel 9

- (1) Die SE unterliegt
- a) den Bestimmungen dieser Verordnung,
 - b) sofern die vorliegende Verordnung dies ausdrücklich zulässt, den Bestimmungen der Satzung der SE,
 - c) in Bezug auf die nicht durch diese Verordnung geregelten Bereiche oder, sofern ein Bereich nur teilweise geregelt ist, in Bezug auf die nicht von dieser Verordnung erfassten Aspekte
 - i) den Rechtsvorschriften, die die Mitgliedstaaten in Anwendung der speziell die SE betreffenden Gemeinschaftsmaßnahmen erlassen,
 - ii) den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten, die auf eine nach dem Recht des Sitzstaats der SE gegründete Aktiengesellschaft Anwendung finden wurden,
 - iii) den Bestimmungen ihrer Satzung unter den gleichen Voraussetzungen wie im Falle einer nach dem Recht des Sitzstaats der SE gegründeten Aktiengesellschaft.

Gemäß dieser Norm lässt sich die nachfolgend dargelegte Hierarchie der Rechtsquellen ableiten:¹⁰⁷

Aus dem generellen Vorrang des Gemeinschaftsrechts (Grundsatz der Spezialität des Gemeinschaftsrechts) ergibt sich, dass zunächst die zwingenden Ordnungsbestimmungen anwendbar sind; Art. 9 Abs. 1 a) SE-VO. Danach folgen die Richtlinien, auf die die SE-VO direkt verweist (z. B. in Art. 17 Abs. 2 SE-VO).

Für den Fall, dass weder die Ordnungsbestimmungen noch die Richtlinien zu einem Sachbereich eine Regelung enthalten, sind die individuellen Satzungsbestimmungen heranzuziehen, die auf einer von der Verordnung eingeräumten Satzungsautonomie beruhen, Art. 9 Abs. 1 b) SE-VO. Da sie sich vom Gemeinschaftsrecht ableiten, gehen diese Satzungsbestimmungen dem mitgliedstaatlichen Recht vor, und zwar auch dann, wenn dieses insoweit zwingende Regelungen enthält.¹⁰⁸

Auf der nächsten Stufe finden die dispositiven Regelungen der Verordnung Anwendung;¹⁰⁹ auch diese gehen als gemeinschaftsrechtliche Regelungen aufgrund des Spezialitätsgrundsatzes dem (zwingenden) nationalen Recht vor.

¹⁰⁶ Art. 9 Abs. 1 SE-VO beinhaltet nicht nur die Hierarchie der Rechtsquellen, sondern zudem in Buchstabe c) eine Generalverweisung auf mitgliedstaatliches Recht für alle von der SE-VO nicht selbst ausdrücklich normierten Rechtsfragen.

¹⁰⁷ Vgl. *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 1094 ff.; *Wagner NZG* 2002, 985 ff. (986); *ders.* zum Europäischen Verein, Europäischer Verein, 47 f.

¹⁰⁸ So auch *Wagner NZG* 2002, 985 ff. (986) mit Hinweis auf *Raiser*, in FS für Semler, 277 ff. (282):

¹⁰⁹ Satzungsdispositive Ordnungsregelungen sind z. B. enthalten in Art. 43 Abs. 3 Satz 1, Art. 46 Abs. 2, Art. 50 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 SE-VO.

Schließlich sind das zwingende mitgliedstaatliche Recht (Art. 9 Abs. 1 c) i)¹¹⁰ und ii) SE-VO) - das harmonisierte vor dem autonomen nationalen Sitzstaatrecht der Aktiengesellschaften - und anschließend die Satzungsbestimmungen im Einklang mit den mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften anzuwenden; Art. 9 Abs. 1 c) iii) SE-VO. Zu guter letzt ist gegebenenfalls das dispositive Recht der Mitgliedstaaten heranzuziehen.

Das subsidiäre mitgliedstaatliche Recht findet jeweils Anwendung, wenn Bestimmungen der SE-VO darauf verweisen. Als solche Bestimmungen kommen die Generalverweisung des Art. 9 Abs. 1 Buchstabe c) sowie die verschiedenartigen Spezialverweisungen für konkret bestimmte Rechtsfragen in Betracht.¹¹¹ In diesem Zusammenhang gilt es aber stets zu beachten, dass das mitgliedstaatliche Recht mit den Grundgedanken des Verordnungsgebers vereinbar sein muss. Welche Ziele der Verordnungsgeber beim Erlass der jeweiligen Regelung verfolgt hat, lässt sich aus der Begründung der Maßnahme¹¹² bzw. gegebenenfalls im Wege ihrer Auslegung unter Berücksichtigung der Gesamtkonzeption der Verordnung entnehmen.

Bleibt also festzuhalten, dass die SE-VO ein weit verzweigtes und vielschichtiges System verschiedener Rechtsquellen enthält und wiederum selbst in ein solches eingebettet ist.

B. Keine Umsetzungs-, aber Regelungspflicht für den nationalen Gesetzgeber

1. Keine Umsetzungspflicht wie bei einer Richtlinie

Aus der oben bereits genannten unmittelbaren Wirkung der SE-VO als europarechtliche Verordnung folgt, dass die SE-VO nach ihrem Inkrafttreten am 08. Oktober 2004 zugunsten oder zuungunsten der einzelnen Rechtssubjekte Anwendung findet, ohne dass es zu ihrer Wirksamkeit eines gesonderten Umsetzungsaktes des nationalen Gesetzgebers bedarf; vgl. Art. 249 Abs. 2 EGV.

¹¹⁰ Als Gemeinschaftsmaßnahmen im Sinne Art. 9 Abs. 1 c) i) SE-VO kommen vor allem gemeinschaftsrechtliche Ergänzungsnormen zur SE-VO in Betracht; so *Wagner* NZG 2002, 985 ff. (989) und für die vergleichbare Regelung des Art. 4 Abs. 1 Buchst. c) Spiegelstrich 1 EuGen-VOV für die Europäische Genossenschaft *vom Brocke*, Europäische Genossenschaft, 26. Als solche ist bisher lediglich die SE-RL erlassen.

¹¹¹ Zu den einzelnen Verweisungsarten siehe unten; ebenso zu den von den jeweiligen Verweisungen umfassten Sachbereichen.

¹¹² So *Scriba*, EWIV, S. 48.

Im Vergleich dazu handelt es sich bei der „ergänzenden Richtlinie zur Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE“ um einen gemeinschaftlichen Rechtssetzungsakt im Sinne von Art. 249 Abs. 3 EGV. Nach dieser Vorschrift ist die „Mitbestimmungsrichtlinie“, wie jede gemeinschaftsrechtliche Richtlinie, für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet ist, allein hinsichtlich ihres Regelungsziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen der Mitgliedstaaten die Wahl der Form und der Mittel (zweistufiges Rechtsetzungsverfahren). Richtlinien enthalten demnach regelmäßig nur allgemeine Zielvorgaben, die durch mitgliedstaatlichen Gesetzgeber in geeigneter Form, jedoch verbunden mit einem gewissen Gestaltungs- und Handlungsspielraum¹¹³, in innerstaatliches Recht umzusetzen sind.¹¹⁴ Verordnungen hingegen entfalten ihre Wirksamkeit ohne jeglichen Umsetzungsakt.

II. Aber Regelungspflicht hinsichtlich ob und wie („Regelungsbedarf“)

Enthält demnach zwar eine Verordnung für den nationalen Gesetzgeber grundsätzlich keine *Umsetzungspflicht* hinsichtlich etwaiger darin verankerter Ziele, so ergeben sich aus diesen gegebenenfalls dennoch Verpflichtungen für den nationalen Gesetzgeber, vor dem Hintergrund der Verordnung selbst Regelungen, insbesondere sogenannte „Durchführungsbestimmungen“, treffen zu müssen. Der nationale Gesetzgeber hat damit je nach Einzelfall, zum einen neue Regelungen zu erlassen und zum anderen bestehende Regelungen zur Anpassung an eine Verordnung abzuändern bzw. zu ergänzen.

Diese Pflicht folgt aus dem in Art. 10 EGV verankerten Grundsatz der Gemeinschaftstreue.¹¹⁵ Danach müssen die Mitgliedstaaten alle Verpflichtungen, die sich aus dem primären oder sekundären Gemeinschaftsrecht ergeben, erfüllen und haben hierzu alle geeigneten und erforderlichen Maßnahmen zu treffen.¹¹⁶

Mitgliedstaatliche Rechts- und Verwaltungsvorschriften sind jedoch nur insoweit zulässig, als dies in der Verordnung vorgesehen oder sonst zu ihrer wirksamen Durchführung erforderlich

¹¹³ Ziel einer Richtlinie ist damit nicht wie bei Verordnungen die Rechtsvereinheitlichung, sondern „lediglich“ die Rechtsangleichung.

¹¹⁴ Aus der Verbindlichkeit der Umsetzung folgt, dass die Richtlinie auch fristgerecht umgesetzt werden muss. Hierzu bestimmt Art. 14 Abs. 1 der Richtlinie den Mitgliedstaaten eine Frist bis zum 08. Oktober 2004.

¹¹⁵ *Schweitzer/Hummer*, Europarecht, 80.

¹¹⁶ So ergeben sich insbesondere aufgrund Verpflichtungsnormen, wie zum Beispiel in Art. 64 Abs. 1, 2 und 3 Satz 1 SE-VO, Regelungspflichten für den nationalen Gesetzgeber.

ist.¹¹⁷ Auch dürfen die mitgliedstaatlichen Durchführungsvorschriften die Reichweite und Wirksamkeit einer Verordnung nicht verändern oder ergänzen.

Darüber hinaus gebietet es der Grundsatz der Gemeinschaftstreue nach Art. 10 Abs. 2 EGV, alle Maßnahmen zu unterlassen, die die Verwirklichung der Vertragsziele und des Gemeinschaftsrechts beeinträchtigen.

Der nationale Gesetzgeber hatte damit auch aufgrund der SE-VO zu prüfen, inwieweit er selbst tätig werden musste. Das heißt, er hatte vor dem Hintergrund der SE-VO und den darin getroffenen Sachregelungen sowie den enthaltenen Spezial- und Generalverweisungen auf nationales Recht zu untersuchen, ob das bestehende nationale Recht zu den Verordnungsregelungen passt und ob insoweit eine Rechtsanwendung möglich ist, die den Grundsätzen der Rechtsklarheit und Rechtskonformität entspricht und den Erfordernissen und Gegebenheiten der Praxis gerecht wird.

In der SE-VO ist diese Pflicht ausdrücklich in Art. 68 Abs. 1 SE-VO geregelt, wonach die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet sind, alle geeigneten Vorkehrungen zu treffen, um das Wirksamwerden – und damit wohl auch der Funktionsfähigkeit - der SE-VO zu gewährleisten.

Als Ergebnis dieser Untersuchungen ergibt sich dann – abweichend vom Normalfall, dass es grundsätzlich keiner Umsetzung einer europäischen Verordnung bedarf - im Zusammenhang mit der SE-VO aufgrund der in ihr enthaltenen zahlreichen Regelungsaufträge und Wahlrechte, die dem nationalen Gesetzgeber übertragen sind, für diesen die Besonderheit einer Verpflichtung, das nationale Recht durch Abänderung bestehender Regelungen bzw. durch Neuerlass entsprechender Vorschriften anzupassen (Regelungsbedarf). Ein Ausführungsgesetz zur Verordnung ist damit unumgänglich.¹¹⁸

Art und Ausmaß dieses Regelungsbedarfes für den nationalen Gesetzgeber bestimmen sich – immer orientiert am Grundsatz der Gemeinschaftstreue in Art. 10 EGV - anhand eines Vergleichs der Regelungen der SE-VO mit denen des nationalen Rechts.

¹¹⁷ EuGH, Rs. 272/83, Erzeugergemeinschaften, Slg. 1985, 1057, 1074.

¹¹⁸ So auch im Ergebnis die Begründung zum Diskussionsentwurf zum „Gesetz zur Ausführung der SE-Verordnung“ des Bundesministeriums der Justiz vom Februar 2003, A. II., Seite 22.

III. Folgen einer Pflichtverletzung

Kommt ein Mitgliedstaat seinen Verpflichtungen nicht oder nur unzureichend nach, verstößt er gegen den in Art. 10 EGV festgeschriebenen Grundsatz der Gemeinschaftstreue¹¹⁹.

Ein solcher Verstoß stellt eine Vertragsverletzung durch einen Mitgliedstaat im Sinne von Art. 226, 227 EGV dar. Damit droht dem Mitgliedstaat, der den ihm obliegenden Regelungsbedarf nicht oder nur unzureichend erfüllt und damit seinen Verpflichtungen zur Anpassung des nationalen Rechts an eine Verordnung, wie hier die SE-VO, nicht nachkommt, ein Vertragsverletzungsverfahren gemäß Art. 226, 227 EGV.

So kann etwa ein Mitgliedstaat sich, für den Fall, dass ein nationales Gesetz unmittelbar anwendbarem Gemeinschaftsrecht (z. B. einer Verordnung) entgegensteht, nicht darauf berufen, dass eine Anpassung des innerstaatlichen Rechts wegen des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts¹²⁰ entbehrlich sei. Im Interesse des Rechtsschutzes und der Rechtssicherheit bedarf es vielmehr einer Anpassung des innerstaatlichen Rechts durch eindeutig formulierte Rechtsvorschriften.¹²¹

Kommt es schließlich zu einem Vertragsverletzungsverfahren und stellt der EuGH im Falle der Begründetheit der Klage einen Vertragsverstoß gegen den Mitgliedstaat fest, so ist der Mitgliedstaat allein aus dem Gemeinschaftsrecht selbst verpflichtet, die Maßnahmen zu ergreifen, die sich aus dem Urteil ergeben (Art. 228 Abs. 1 EGV). Kommt der Mitgliedstaat dieser Verpflichtung, auch im Rahmen einer nachfolgenden mit einer Fristsetzung verbundenen Aufforderung nicht nach, so kann es schließlich bis zu einer Verurteilung durch den EuGH zur Zahlung eines Pauschalbetrages oder Zwangsgeldes kommen (Art. 228 Abs. 2 UA 2 Satz 3 EGV).

¹¹⁹ Der Grundsatz der Gemeinschaftstreue enthält im übrigen nach der Rechtsprechung des EuGH nicht nur konkrete Pflichten für die Mitgliedstaaten, sondern gerade auch für die innerstaatlichen Organe in den Mitgliedstaaten. So leitet der EuGH daraus unter anderem eine Pflicht zur gemeinschaftskonformen Auslegung des mitgliedstaatlichen Rechts oder eine Pflicht zum effektiven Vollzug des Gemeinschaftsrechts her. Nach dem EuGH (Rs.C-91/92, FACCINI DORI, Slg. 1994, I – 3325, 3357 Tz. 26) obliegt die Pflicht, alle zur Erfüllung der in Art. 10 EGV statuierten Verpflichtung geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zu treffen, allen Trägern öffentlicher Gewalt.

¹²⁰ Dazu *Streinz*, Europarecht, Rn. 200.

¹²¹ *Beutler/Bieber/Piepkorn/Streil*, Europäische Union, 265.

C. Die einzelnen Regelungsmöglichkeiten für den nationalen Gesetzgeber – deren Vor- und Nachteile

Um seiner Verpflichtung, die Anwendbarkeit einer gemeinschaftsrechtlichen Verordnung innerhalb eines nationalen Rechtssystems gemeinschaftsrechtskonform zu gewährleisten, nachzukommen, hat der nationale Gesetzgeber mehrere Möglichkeiten. Dabei unterscheiden sich diese Möglichkeiten nach ihrer Regelungstechnik und dem Umfang des gesamten Regelungswerkes. Sie sind jeweils mit verschiedenen Vor- sowie Nachteilen verbunden.

I. Kein besonderes nationales Ausführungsgesetz; besondere SE-Regelungen in das bestehende (Aktien-)Recht integriert

Denkbar wäre es, dass der deutsche Gesetzgeber kein besonderes SE-(Ausführungs-)Gesetz erlässt und statt dessen „nur“ bestehende deutsche Gesetze, wie insbesondere das Aktiengesetz (AktG) oder auch das Umwandlungsgesetz (UmwG),¹²² ändert und ergänzt. Rechtsfragen zu SE und deutscher Aktiengesellschaft wären dann in demselben Gesetz geregelt. Möglich wäre es, die bestehenden Regelungen für die deutsche Aktiengesellschaft als Grundsatz stehen zu lassen und – soweit erforderlich – für die SE abweichende Sonderregelungen einzufügen.

Auf den ersten Blick vorteilhaft an dieser „Lösung“ wäre das Vorliegen einer umfassenden Regelung für nahezu alle¹²³ aktien(gesellschafts)rechtlichen Fragen in einem Gesetz, nämlich dem bisherigen AktG. Diese Regelungstechnik der beiden aktienrechtlich organisierten Gesellschaftsformen nebeneinander würde deren Gemeinsamkeiten und Unterschiede dem interessierten Gesellschaftsgründer anschaulich vor Augen führen.

Zudem könnte so die vielfach diskutierte Neufassung bzw. Neustrukturierung des deutschen Aktienrechts gleich mitvollzogen werden.

Bedenken begegnen dieser Regelungstechnik jedoch insoweit, als es sich dem Grunde nach um zwei selbständige Gesellschaftsformen mit ganz unterschiedlichen Anwendungsbereichen und Ausrichtungen handelt. SE und deutsche Aktiengesellschaft sind gerade nicht bloß – wie etwa OHG und KG, die auch in einem Gesetz, nämlich dem Handelsgesetzbuch (HGB) neben-

¹²² So auch *Thoma/Leuering* NJW 2002, 1449 ff. (1451).

¹²³ Abgesehen zum Beispiel etwa von den im UmwG geregelten Fragen.

einander geregelt sind - zwei Varianten einer einzigen Gesellschaftsform.¹²⁴ Auch wenn beide Gesellschaftstypen aktienrechtlich organisiert sind, unterscheiden sie sich grundlegend.

So handelt es sich bei der deutschen Aktiengesellschaft dem Grunde nach um eine rein nationale Gesellschaft, während die SE international und staatenübergreifend¹²⁵ ausgerichtet ist. Schließlich ist die SE auch keine Sonder-/Unterform der deutschen Aktiengesellschaft, was man aber fälschlicherweise annehmen könnte, wenn für die deutsche Aktiengesellschaft die grundsätzlichen Bestimmungen, hingegen für die SE abweichende Sonderregelungen gelten. Gegen die Einordnung der SE als Sonder-/Unterform spricht auch schon die Tatsache, dass „Schöpfer“ für die deutsche Aktiengesellschaft der deutsche Gesetzgeber ist, für die SE aber der übergeordnete Rat der Europäischen Union.

Gegen ein solches einheitliches Aktien- und SE-Gesetz ist zudem anzuführen, dass es sich dabei um ein äußerst umfangreiches und folglich unübersichtliches AktG handeln würde, was im Interesse einer praxistauglichen Rechtsanwendung keineswegs wünschenswert ist.

Auch eine zeitgleiche Änderung des deutschen Aktienrechts in großem Umfang war zudem nicht zu befürworten. Es war aufgrund des gestrafften europäischen Zeitplans mit dem für den 08. Oktober 2004 vorgesehenen In-Kraft-Treten der SE-Verordnung schon für die fachliche Diskussion hinsichtlich der Umsetzung der Verordnung nur wenig Zeit geblieben. Damit war und ist es nicht ratsam, die Diskussion um das SE-Ausführungsgesetz mit ungelösten Reformfragen des allgemeinen Aktienrechts zu belasten.¹²⁶

Eine Regelung in einem einzigen Aktiengesetz würde somit nicht nur in Hinsicht auf das Verhältnis der beiden Rechtsformen SE und deutsche Aktiengesellschaft einen irreführenden Eindruck erwecken, sondern würde aufgrund der innerhalb eines Gesetzes ineinander verwobenen Bestimmungen auch dem im deutschen (Aktien-)Recht nicht so vertrauten und lediglich an den SE-Normierungen interessierten Rechtsanwender die Rechtsanwendung erschweren.

Als weiteres Erschwernis käme für den, dem deutschen Recht nicht so vertrauten Rechtsanwender hinzu, dass bei Verwendung dieser Regelungstechnik die für die SE maßgeblichen

¹²⁴ Angesichts der aufgrund der zahlreichen Verweisungen auf das deutsche Aktienrecht starken Anbindung der SE an die deutsche Aktiengesellschaft mag dies auf den ersten Blick jedoch so erscheinen.

¹²⁵ Das zeigt sich schon an dem grundsätzlichen Erfordernis der Mehrstaatlichkeit bei Gründung einer SE. Zu dem Erfordernis der Mehrstaatlichkeit siehe zum Beispiel auch *Thoma/Leuering* NJW 2002, 1449 ff. (1451); *Hommelhoff* AG 2001, 279 ff. (281).

¹²⁶ So auch *Teichmann* ZIP 2002, 1109 ff. (1110) während des Gesetzgebungsverfahrens.

nationalen Vorschriften ohne einen einheitlichen nationalen Bezugspunkt, wie beispielsweise in Form eines deutschen Artikel- oder SE-Gesetzes, in verschiedenen nationalen Gesetzen, nämlich dem AktG sowie etwa auch teilweise dem UmwG, wiederfinden.

Damit erscheint es äußerst vorzugswürdig, die beiden Gesellschaftsformen in jeweils getrennten Gesetzen zu regeln, wobei das nationale SE-Gesetz (zumindest dem Grunde nach) alle für die SE maßgeblichen Regelungen selbst enthalten sollte. So wird eindeutig ersichtlich, für welchen Gesellschaftstyp welches Regelungswerk maßgeblich ist.

*II. SE-Ausführungsgesetz, das alle sachlichen Regelungen vollständig selbst enthält
(gesondertes „SE-Aktiengesetz“)*

Ein eigenes SE-Gesetz in der Bundesrepublik Deutschland könnte derart gefasst werden, dass der deutsche Gesetzgeber ein nationales Gesetz erlässt, das (nahezu) alle die SE betreffenden (gesellschafts- bzw.) sachrechtlichen Fragen selbst inhaltlich umfassend regelt.¹²⁷

Hätte man eine SE-spezifische gesellschaftsrechtliche Rechtsfrage zu klären, wäre neben der SE-VO allein das nationale SE-Gesetz heranzuziehen, in dem sich dann alle gesellschaftsrechtlichen Bereiche unmittelbar normiert wiederfinden. Eine solche Vorgehensweise des deutschen Gesetzgebers würde die praktische Rechtsanwendung insoweit erheblich erleichtern, als man zur Klärung von Rechtsfragen in der Regel allein mit einem einzigen nationalen Gesetz arbeiten müsste, nämlich mit dem integrierten¹²⁸ deutschen SE-Gesetz.

Eine sachlich umfassende Normierung in einem einzigen Gesetz hätte aber wiederum den Nachteil, dass es sich dabei um ein Gesetz von gewaltigem Umfang handeln würde.¹²⁹

Auch würde eine solche wiederholende und rein deklaratorische Bezugnahme überall dort zu Verwirrung führen, wo eine Norm des nationalen Rechts nicht ausdrücklich in Bezug genommen wurde.¹³⁰

¹²⁷ Streng von dieser Problematik zu trennen ist allerdings die Frage des Erlasses besonderer, im Verhältnis zur deutschen AG eigenständiger Regelungen für die SE. Dies lässt die SE-VO nicht zu, vgl. Erwägungsgrund (5) und Art. 10 SE-VO. Zudem darf der nationale Gesetzgeber dort, wo ihn die SE-VO ermächtigt, von Verordnungsbestimmungen abzuweichen, nur solche abweichende Regelungen erlassen, die dem für die nationalen Aktiengesellschaften geltenden Recht entsprechen, vgl. etwa Art. 39 Abs. 1, 2 Unterabs. 2, Art. 43 Abs. 1 SE-VO; *Ihrig/Wagner* BB 2003, 969 ff. (970).

¹²⁸ So und zu dieser Vorgehensweise siehe *Lutter* BB 2002, 1 ff. (6); *Neye/Teichmann* AG 2003, 169 ff. (170).

¹²⁹ In diesem Zusammenhang gilt es zu beachten, dass die ursprünglich umfassenden Verordnungsentwürfe zur SE-VO mehr als 400 Artikel enthielten (siehe oben).

Zudem sind aufgrund der umfangreichen Verweisungen in der SE-VO auf nationale (Aktien-) Gesetze viele Regelungen identisch mit dem deutschen AktG. Folglich wären das deutsche SE-Gesetz und das deutsche AktG in weiten Bereichen deckungs- und wortgleich. Viele sachrechtlichen Regelungen wären doppelt normiert.

Ein derartiges Vorgehen ist zum einen unnötig und erfordert einen hohen Organisationsaufwand, um beide Gesetze – soweit erforderlich – in Übereinstimmung zu halten. Zum anderen birgt es erhebliche, leicht vermeidbare Gefahren in sich. Werden Einzelfragen des deutschen Aktienrechts geändert,¹³¹ würde dies auch immer zugleich bedeuten, dass der deutsche Gesetzgeber (umfangreiche sowie zeit- und kostenintensive) Prüfungen und gegebenenfalls Änderungen des nationalen SE-Gesetzes vorzunehmen hat. Werden solche Änderungen versehentlich versäumt, kommt es zu nicht gewollten und nicht EU-rechtskonformen Abweichungen beider Gesetze voneinander, obwohl die SE-VO für diesen Bereich gerade zwingend für die sachrechtlichen Regelungen in Bezug auf die SE auf das nationale (Sitzstaat-)Recht verweist.

Schließlich ist in diesem Zusammenhang zwingend Art. 10 SE-VO zu beachten, wonach eine SE in jedem Mitgliedstaat wie eine Aktiengesellschaft, die nach dem Recht des Sitzstaates gegründet ist, zu behandeln ist (Gleichbehandlungsgebot).

Aus eben genannten Gründen spricht daher viel dafür, dass der deutsche Gesetzgeber sich nicht für ein umfassendes deutsches SE-Gesetz entscheidet,¹³² sondern die nachfolgende Variante III) wählt, um dem Regelungsbedarf aufgrund der SE-VO gerecht zu werden und seiner Ausführungsverpflichtung nachzukommen.

¹³⁰ So *Teichmann* ZIP 2002, 1109 ff. (1110), der als weiteres Argument anführt, dass nicht viel Phantasie dazu gehöre, selbst bei einer wortgleichen Übernahme von Normen des AktG in das SE-Ausführungsgesetz ein „Auseinanderleben“ beider Normenkomplexe zu prophezeien. So läge es zum Beispiel nahe, die Sorgfaltspflichten der Organe, die Rechte von Aktionärsminderheiten oder andere Vorschriften bei einer bereits ihrer Rechtsnatur nach grenzüberschreitenden Gesellschaft anders zu interpretieren als in einer Gesellschaft rein nationalen Rechts. Einer solchen Argumentation ist hinsichtlich der für die beiden Gesellschaftsformen gebotenen differenzierten Betrachtungsweise und Auslegung beizupflichten. Jedoch gelten die angeführten Bedenken unterschiedslos für ein nationales SE-Gesetz, das umfassend alle sachlichen Regelungen selbst enthält, ebenso wie auch für ein nationales SE-Gesetz in Form eines „Verweisungsgesetzes“ (dazu siehe sogleich unten).

Ein sich damit teilweise überschneidendes, im übrigen ebenfalls in Variante I) und in Variante III) auftretendes, Problem stellt sich in Fällen, in denen die Anwendbarkeit von nationalem (Aktien-) Recht auf die SE angeordnet ist.

¹³¹ Solche Änderungen werden in nächster Zukunft aufgrund der derzeit weit verbreiteten Diskussion um die Empfehlungen der Regierungskommission Corporate Governance im deutschen Recht sicherlich nicht nur vereinzelt anstehen; vgl. *Neye* ZGR 2002, 377 ff. (381 f.).

¹³² Gegen ein eigenes Aktiengesetz für die SE spricht sich auch *Neye* ZGR 2002, 377 ff. (381 f.) aus. Ebenso *Neye/Teichmann* AG 2003, 169 ff. (170).

*III. SE-Ausführungsgesetz als „Verweisungsgesetz“;
gegebenenfalls integriert in ein Artikelgesetz*

Eine andere - und wohl auch die vorzugswürdigste - Regelungstechnik ist die eines nationalen SE-Ausführungsgesetzes, das zu allen die SE betreffenden Rechtsfragen, soweit dies angesichts einer bereits im deutschen Recht existierenden Regelung möglich ist, auf eben dieses bestehende Recht verweist.

Diejenigen Rechtsfragen, zu denen es im deutschen Recht bisher keine Vorschriften gibt, normiert dieses SE-Gesetz sachlich selbst.

Aufgrund der überwiegend verwendeten Verweisungstechnik könnte man ein solches Gesetz auch als „Verweisungsgesetz“ bezeichnen.

Diesen Weg bevorzugte anscheinend auch die zuständige Ratsarbeitsgruppe in Brüssel. In deren Beratungen bestand weitgehend Einigkeit, soweit wie möglich durch Verweisungen ergänzend auf das jeweilige vorhandene nationale Aktienrecht zurückzugreifen.¹³³

Nachteil eines solchen Verweisungsgesetzes wäre eine Erschwernis der praktischen Anwendbarkeit. Man müsste für alle rechtlichen Fragen drei Regelungswerke heranziehen, um die jeweils anwendbare Norm zu finden: zunächst die SE-VO, danach das deutsche SE-Gesetz und schließlich das deutsche Sachrecht (also überwiegend das AktG).¹³⁴

Jedoch könnten durch die Wahl dieser Regelungstechnik die oben aufgezeigten Gefahren und Schwierigkeiten¹³⁵ eines umfassenden und alle Sachregelungen selbst enthaltenden deutschen SE-Gesetzes gerade vermieden werden. Wird durch die zahlreichen Verweisungen einerseits die Rechtsanwendung erschwert, so gewährleistet ein „Verweisungsgesetz“ andererseits jedoch ein vielfach höheres Maß an Rechtssicherheit und EU-Rechts-Konformität. Was hilft eine „einfache“ Rechtsanwendung, wenn sie leichtfertig die Gefahr von Unrichtigkeiten in Kauf nimmt?

Als besondere Ausgestaltung dieser Variante, die obiger Variante II) sehr nahe kommt, könnte der deutsche Gesetzgeber in das SEAG sog. deklaratorische Verweisungsbestimmungen einbauen, die diejenigen Bestimmungen des deutschen Aktiengesetzes, die kraft Verweisung auf die SE Anwendung finden (sollen), ausdrücklich nennen bzw. aufzählen.

¹³³ So Neye ZGR 2002, 377 ff. (381).

¹³⁴ So auch Lutter BB 2002, 1 ff. (6).

¹³⁵ Lutter BB 2002, 1 ff. (6) spricht davon, dass diese Vereinfachung für die Rechtsanwendung wegen der Notwendigkeit der doppelten Regelungen in AktG und deutschem SE-Gesetz „sehr hoch bezahlt“ wäre.

Das hätte den Vorteil, dass die mitunter äußerst schwere Bestimmung der auf die SE subsidiär anwendbaren Vorschriften des deutschen AktG einheitlich vorgegeben wäre und so ein gewisses Maß an Rechtssicherheit mit sich bringen würde.¹³⁶

Zwar kann der deutsche Gesetzgeber insoweit keine letztverbindlichen Entscheidungen treffen, weil es sich dabei um die Auslegung europäischen Rechts und damit um die Aufgabe des EuGH handelt,¹³⁷ jedoch käme seiner Stimme in der Anwendungspraxis zumindest ein gewisses Gewicht zu.¹³⁸

Gegen eine solche Vorgehensweise ist aber auch anzuführen, dass sie für den Fall, dass die Benennung einzelner Vorschriften unterbliebe, die Gefahr falscher Rückschlüsse beinhalte. Ferner würde das Ausführungsgesetz durch eine solche Aufzählung auch überfrachtet und im Ergebnis schwer lesbar.¹³⁹

Es müsste zudem sorgfältig darauf geachtet werden, dass Änderungen im deutschen Recht sich auch im Ausführungsgesetz niederschlagen, wenn es sich nicht um eine inhaltliche, sondern um eine Änderung der „Nummerierung“ der Vorschriften handelt. Leicht könnte eine Anpassung im Ausführungsgesetz übersehen werden, was Unklarheiten hervorruft und Einbußen auf das Maß der gewährleisteten Rechtssicherheit mit sich bringt.

Ein solcher Schritt sollte daher sorgfältig überlegt sein.¹⁴⁰

Um die Umsetzung gesetzgebungstechnisch zu perfektionieren, könnte man ein solches „Verweisungsgesetz“ in ein parallel erlassenes sogenanntes Artikelgesetz¹⁴¹ aufnehmen, das zugleich die Regelungen zur Umsetzung der Richtlinie zur Arbeitnehmerbeteiligung sowie alle sonstigen Änderungen anderer Gesetze in diesem Zusammenhang beinhaltet. Dies hätte für die Praxis den Vorteil, dass alle Regelungen überschaubar zusammengefasst sind. Wünschenswert wäre, dass dieses Paket auch die notwendigen steuerrechtlichen Regelungen¹⁴² umfasst.¹⁴³

¹³⁶ So auch m. w. N. *Ihrig/Wagner* BB 2003, 969 ff. (970) und *Brandt* NZG 2002, 991 ff. (995). Letzterer schlägt zugleich vor, einen spezifischen Gerichtsstand für Rechtsfragen, die die SE betreffen, zu schaffen. Näher zu diesem Vorschlag siehe unten.

¹³⁷ Vgl. Begründungen zum SEAGE, S. 24.

¹³⁸ *Ihrig/Wagner* BB 2003, 969 ff. (970).

¹³⁹ So Begründungen zum SEAGE, S. 24, wo die deklaratorische Aufzählung gar als überflüssig angesehen wird.

¹⁴⁰ In diesem Zusammenhang wird auch vorgeschlagen, zumindest in der Gesetzesbegründung zum SEAG klarstellende Ausführungen zu erwägen. So hätte man jedenfalls einen Anhaltspunkt. Jedoch bringt dies im Vergleich zur deklaratorischen Aufzählung im Ausführungsgesetz weitere Nachteile mit sich. Man müsste zur Rechtsanwendung nun als weitere „Rechtsquelle“ zusätzlich noch die Gesetzesbegründung heranziehen, was eine weitere Erschwernis mit sich bringt, zumal diese gewöhnlich nicht schnell zur Hand ist. Schließlich werden Gesetzesbegründungen im Zuge von Rechtsänderungen üblicherweise auch nicht angepasst, was die Angelegenheit nochmals unübersichtlicher macht.

¹⁴¹ Artikelgesetz nennt man gewöhnlich ein Gesetz, das mehrere Gesetze ändert und zur besseren Übersichtlichkeit Artikelüberschriften trägt; so *Creifelds*, Rechtswörterbuch, 86.

¹⁴² Zu den steuerrechtlichen Problemen im deutschen Recht im Zusammenhang mit der SE siehe etwa *Lutter* BB 2002, 1 ff. (6); *Hommelhoff* AG 2001, 279 ff. (285 f.); *Schulz/Geismar* DStR 2001, 1078 ff. (1084 ff.).

Wichtig ist in diesem Zusammenhang aber, dass ein eigenes nationales SE-(Ausführungs-) Gesetz neben diesem Artikelgesetz existiert. So hat der Rechtsanwender ein gesondertes deutsches SE-spezifisches aktienrechtliches Regelungswerk zur Verfügung und das allgemeine Aktienrecht bleibt vom SE-Recht klar unterscheidbar.

IV. Das deutsche SE-Ausführungsgesetz

In der Bundesrepublik Deutschland war für die Vorbereitung der Umsetzung der SE-VO das Bundesministerium der Justiz zuständig.¹⁴⁴

Im Frühjahr des Jahres 2003¹⁴⁵ wurde ein erster Diskussionsentwurf zu einem deutschen SE-Ausführungsgesetz vorgelegt. Nach dem Referentenentwurf vom April 2004 und dem Regierungsentwurf vom Mai 2004 wurde das Gesetz zur Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft (SEEG) am 28. Dezember 2004 im Bundesgesetzblatt¹⁴⁶ verkündet und ist am 29.12.2004 in Kraft getreten. Das SEEG ist ein Artikelgesetz, dessen Art. 1 das SE-Ausführungsgesetz (SEAG) ist. Daneben enthält das SEEG weitere zur Einführung der Europäischen Gesellschaft in Deutschland erforderlichen Vorschriften, wie beispielsweise das Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer (SEBG) in Art. 2.

Der deutsche Gesetzgeber ist damit der oben unter III. beschriebenen Variante gefolgt.

Das SEAG bestimmt, dass eine SE überall dort, wo die SE-VO und das Ausführungsgesetz schweigen, ebenso zu behandeln ist wie eine Aktiengesellschaft nationalen Rechts. Diese Grundregel des „Gleichlaufs“ mit dem geltenden, auf die deutsche AG anwendbaren Rechts

¹⁴³ So auch *Kleinsorge/Neye* Bundesarbeitsblatt 4 2001, 5 ff. (8) und *Neye* ZGR 2002, 377 ff. (382), der anzweifelt, ob dies angesichts der Eigendynamik des Steuerrechts gelingt. Wichtig sei es allerdings nur, dass die notwendigen steuerrechtlichen Vorschriften zeitgleich zur Verfügung stehen. Er schlägt aber auch – meines Erachtens durchaus zu Recht - vor, da die einschlägigen Gesetze, insbesondere das Körperschaftssteuergesetz (KStG) und das Umwandlungssteuergesetz (UmwStG), Gegenstand häufiger Änderungen sind, die entsprechenden Regelungen in einem steuerrechtlichen Änderungsgesetz „unterzubringen“.

¹⁴⁴ Die Umsetzung der SE-Richtlinie zur Arbeitnehmerbeteiligung unterliegt der Federführung des Bundesministeriums für Arbeit und Sozialordnung.

¹⁴⁵ Am 28.02.2003.

¹⁴⁶ BGBl. 2004 I, S. 3675

dürfte nicht nur für den Gesetzgeber, sondern auch für die Unternehmenspraxis leichter zu handhaben sein als ein eigenes SE-Gesetzbuch.¹⁵⁴

Insgesamt kommt man nach der Betrachtung von SEAG und SEEG zu dem Ergebnis, dass der deutsche Gesetzgeber sich in Ausführung seines Regelungsauftrages zunächst für eine sog. „kleine Lösung“¹⁵⁵ entschieden hat und in Anbetracht des relativ kurzen „Umsetzungs“zeitraumes vorwiegend nur die Regelungen getroffen hat, die in der Verordnung ausdrücklich verlangt werden.¹⁵⁶

Verzichtet wird so im SEAG auch auf klärende / deklaratorische Stellungnahmen zu Fragen der Abgrenzung von europäischem und nationalem Recht, was *Ihrig/Wagner*¹⁵⁷ bereits zum Diskussionsentwurf zum SEAG bedauern. Zur Begründung führen sie an, dass – ohne derartige deklaratorische Bestimmungen - die Frage, welche Bestimmungen des AktG auf die SE subsidiär anwendbar sind und welche nicht, mitunter nur schwer zu beantworten ist.

Ebenso wenig werden im SEAG diejenigen Normen des Aktiengesetzes, die kraft der Verweisungen der SE-VO auf eine SE anwendbar sein werden mit ihrem Wortlaut zitiert.¹⁵⁸ Eine solche Vorgehensweise entspräche der oben unter II) beschriebenen und aufgrund dort genannter Gründe als nicht vorzugswürdig eingeordneten Variante.

Teilweise wurde im Zusammenhang mit der Anpassung des nationalen deutschen Aktienrechts an die Vorgaben der SE-VO auch eine angeschlossene Reform des allgemeinen nationalen Aktienrechts diskutiert. Dies war jedoch angesichts des relativ straffen europäischen Zeitplans und des demzufolge dicht gedrängten Tätigkeitsfeldes für den nationalen Gesetzgeber nicht ratsam. Ungelöste Reformfragen des deutschen Aktienrechts und eine Modernisierung desselben sollten im Kontext des allgemeinen Aktienrechts diskutiert werden. Aufgrund des in der SE-VO und im SEAG angestrebten Gleichlaufs von SE und nationaler Aktiengesellschaft, wird die SE sowieso an jeder künftigen Modernisierung des nationalen Aktienrechts teilhaben.¹⁵⁹

¹⁴⁷ So *Neye/Teichmann* AG 2003, 169 ff. (170) zum SEAGE.

¹⁵⁵ So *Brandt* NZG 2002, 991 ff. (992; Fußnote 9) zum SEAGE.

¹⁵⁶ So *Brandt* NZG 2002, 991 ff. (991) zum SEAGE.

¹⁵⁷ in *BB* 2003, 969 ff. (970).

¹⁵⁸ So *Teichmann* ZIP 2002, 1109 ff. (1110) zum SEAGE.

¹⁵⁹ So *Teichmann* ZIP 2002, 1109 ff. (1110) zum SEAGE.

*V. Angewandte Regelungstechnik des deutschen Gesetzgebers am Beispiel der EWIV
und ein „kurzer Blick“ auf andere EU-Staaten*

Zum Vergleich soll im folgenden kurz dargestellt werden, wie der deutsche Gesetzgeber mit der Parallelproblematik der Umsetzung der Verordnung zur Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV-VO)¹⁶⁰ verfahren ist. Dort gab es für den deutschen Gesetzgeber einen vergleichbaren Regelungsauftrag aus- bzw. durchzuführen wie im Zusammenhang mit der SE-VO.

Die Situation hinsichtlich der SE ist mit derjenigen der EWIV vergleichbar. Wie bei der EWIV-VO handelt es sich auch bei der SE-VO um eine europäische Verordnung auf dem Gebiet des (europäischen) Gesellschaftsrecht. Beide Verordnungen enthalten keine abschließenden Sachregelungen. So finden sich in beiden Verordnungen zahlreiche verschiedenartige Verweisungen auf nationales Recht und „Regelungsaufträge“ an die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber.¹⁶¹ Nicht zuletzt ist ihnen die Existenz einer auf nationales Sitzstaatrecht verweisenden Klauselvorschrift gemein.¹⁶²

Auch im Zusammenhang mit der EWIV musste der einzelne nationale mitgliedstaatliche Gesetzgeber tätig werden, vgl. Art. 41 EWIV-VO. Ein ähnlicher „Regelungsauftrag“ erwartete ihn auch diesmal wieder, vgl. Art 68 SE-VO.

Die EWIV-VO enthält entsprechend ihrem Charakter als Europarechtliche Verordnung (vgl. Art. 249 Abs. 2 EGV) unmittelbar anwendbares Recht.¹⁶³ Gemäß Art. 2 I EWIV-VO ist vorbehaltlich der Regelungen der Verordnung das innerstaatliche Recht des Staates anzuwenden, in dem die EWIV ihren Sitz hat; es gilt also ergänzend Sitzstaatrecht.

¹⁶⁰ Verordnung (EWG) Nr. 2137/85 vom 25.07.1985 veröffentlicht in ABIEG. EG Nr. L 199 vom 31.07.1985, 1 ff.; auch veröffentlicht als Beilage 3/87 zum Bulletin der EG.

¹⁶¹ Für die EWIV siehe z. B. in Art. 39 EWIV-VO, der die Mitgliedstaaten verpflichtet, nähere Bestimmungen hinsichtlich der Offenlegung der Angaben über die Vereinigung vorzusehen; Art. 24 Abs. 1 Satz 2 EWIV-VO, der hinsichtlich der Folgen der unbeschränkten und gesamtschuldnerischen Haftung der Mitglieder der Vereinigung auf einzelstaatliches Recht verweist; Art. 4 Abs. 4 EWIV-VO, der die Mitgliedstaaten ermächtigt, bestimmte Gruppen von natürlichen Personen, Gesellschaften und „anderen juristischen Einheiten“ aus Gründen ihres öffentlichen Interesses von der Beteiligung an einer Vereinigung auszuschließen oder diese Beteiligung Einschränkungen zu unterwerfen. Siehe zu den einzelnen Verweisungen etwa *Abmeier* in NJW 1986, 2987 ff. (2988 f.) oder *Ganske*, EWIV, 19 f.

¹⁶² Vgl. für die SE Art. 9 I SE-VO sowie für die EWIV Art. 2 I EWIV-VO.

¹⁶³ Dazu *Gleichmann* ZHR 149 (1985), 633 ff. (648f.).

Die EWIV-Verordnung regelt nur die Grundzüge der Vereinigung.¹⁶⁴ Im Wesentlichen enthält sie nur die für die Gründung und innere Verfassung einer EWIV wichtigsten Fragen und legt stattdessen den Mitgliedstaaten die Verpflichtung auf, durch eigene gesetzgeberische Maßnahmen die Rechtsform der EWIV in die nationalen Rechte zu integrieren. Somit bedarf es zusätzlich in allen Mitgliedstaaten – insbesondere zur Registrierung – ergänzender nationaler Ausführungsvorschriften. Um diesem Regelungsbedürfnis nachzukommen, wurde den nationalen Gesetzgebern nach Art. 41 EWIV-VO dazu eine Frist bis zum 01.07.1989 eingeräumt.

Für Vereinigungen mit Sitz in der Bundesrepublik Deutschland sind diese Vorschriften im „Gesetz zur Ausführung der EWG-Verordnung über die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV-Ausführungsgesetz) vom 14.04.1988 enthalten¹⁶⁵, das am 01.01.1989 in Kraft getreten ist.¹⁶⁶

Die praktische Ausgestaltung blieb in erheblichem Umfang¹⁶⁷ den Mitgliedstaaten vorbehalten, zumal die Verordnung zwar einzelne konkrete Regelungsverpflichtungen beinhaltet, jedoch auch an vielen Stellen Ermächtigungen für abweichende Einzelregelungen enthält. Folglich führte dies zu einer Umsetzung der Verordnung in nationales Recht in den Mitgliedstaaten auf höchst¹⁶⁸ unterschiedliche Weise und mit höchst unterschiedlichem Aufwand.

So verweisen die Ausführungsvorschriften in der Bundesrepublik Deutschland - wie auch in Italien - auf das Recht bestimmter Personengesellschaften.

Gemäß § 1 EWIV-Ausführungsgesetz sind auf die EWIV mit Sitz in der Bundesrepublik Deutschland die für die Offene Handelsgesellschaft (OHG) geltenden Vorschriften anzuwenden; die Vereinigung gilt damit auch als Handelsgesellschaft.

Damit findet sich das für die EWIV anzuwendende Recht auf drei verschiedenen Ebenen: In erster Linie gilt die Verordnung der Europäischen Gemeinschaften, dann das EWIV-

¹⁶⁴ So auch von *Rechenberg* ZGR 1992, 299.

¹⁶⁵ BGBl. 1988 I Seite 514.

¹⁶⁶ Vgl. zu allem *Salger/Neye* in Münchener Handbuch, § 87, Rn. 8.

¹⁶⁷ Nach *Ganske*, EWIV, 18 hatten die Mitgliedstaaten allerdings, anders als bei den Durchführungsgesetzen zu Richtlinien der EG, bei der Ausführung der EWIV-VO nur sehr eingeschränkte Gestaltungsmöglichkeiten; sie waren nahezu auf die rein technische Einpassung der EWIV-VO in ihr nationales Rechtssystem beschränkt. Die Ausführungsgesetze ähneln daher eher denen zu völkerrechtlichen Verträgen, deren Wortlaut ebenfalls nach der Ratifikation festliegt. Betrachtet man jedoch andererseits den engen Bereich, den die EWIV-VO tatsächlich selbst inhaltlich regelt, stellt man fest, dass den nationalen Gesetzgebern doch ein erheblicher Umfang für die Schaffung und Anwendung eigener Vorschriften bleibt. So verhält sich dies auch bei der Europäischen Aktiengesellschaft, da die SE-VO nur sehr begrenzt eigene Sachregelungen trifft und stattdessen weitgehend mit Verweisungen und so insbesondere mit der Generalverweisung auf das Sitzstaatrecht der SE des Art. 9 SE-VO arbeitet.

¹⁶⁸ So *Gloria/Karowski* WM 1990, 1313 ff (1314, FN 9).

Ausführungsgesetz und, falls sich auch dort keine Regelung findet, das Recht der OHG.¹⁶⁹ Schließlich kommt über § 105 Abs. 3 Handelsgesetzbuch (HGB) auch noch ergänzend das Recht der BGB-Gesellschaft (§§ 705 - 740 BGB) zur Anwendung, soweit diese nicht bereits durch die Vorschriften des HGB verdrängt sind.¹⁷⁰

In Großbritannien und Irland hingegen existiert eine Verweisung auf das Recht der Kapitalgesellschaften.

Belgien hat eine der französischen GIE nachgebildete neue Gesellschaftsform geschaffen, die dann in weiten Teilen vom Gesetzgeber in Luxemburg übernommen wurde. Darüber hinaus musste Belgien seine Besteuerungs-Gesetzgebung ändern, um die in Art. 40 EWIV-VO vorgesehene steuerliche Transparenz für die EWIV abweichend von der für andere Rechtsformen geltenden Regelungen zu gewährleisten.¹⁷¹

In Spanien wurde parallel zum Erlass des Ausführungsgesetzes eine neue Rechtsform geschaffen, die der EWIV entspricht.¹⁷²

Nach der wegweisenden Entscheidung, die EWIV mit Sitz in der Bundesrepublik Deutschland den für die gesamthänderisch verselbständigte Personengesellschaft geltenden Grundsätzen¹⁷³ zu unterstellen und somit ergänzend auf das Recht der OHG zu verweisen, lag es nun am deutschen Gesetzgeber auch festzulegen, in welchem Umfang bzw. für welche Bereiche er die für die OHG geltenden Regelungen auch für die EWIV für sachgerecht hält und deren Anwendung eröffnen will. Für die Sachfragen, für die er hingegen die vorhandenen Vorschriften nicht als passend erachtet, waren im EWIV-Ausführungsgesetz eigens für die EWIV geltende Regelungen neu zu schaffen.

Im einzelnen traf die Bundesrepublik Deutschland etwa eine besondere Regelung über die Sorgfaltspflicht und die Verantwortlichkeit der Geschäftsführer (§§ 5 – 7 EWIV-Ausführungsgesetz). Erforderlich wurde dies, weil die Verordnung zwar in Art. 19 Abs. 1 und Art. 20 die Vertretung der EWIV abschließend regelte und insoweit die Anwendbarkeit der §§ 115 ff. und 125 HGB ausschloss, gleichwohl aber keine Bestimmung über die Sorgfaltspflicht und die Haftung der Geschäftsführer im Falle von Pflichtverletzungen traf. Da auch das Recht der OHG, das ja über die Generalverweisung in § 1 EWIV-Ausführungsgesetz zur Anwendung gelangt, keine entsprechende Vorschrift kannte, wollte man für diesen

¹⁶⁹ So auch *Grunewald*, 1.E.1.

¹⁷⁰ So auch *Ganske*, EWIV, S. 20.

¹⁷¹ Dazu *Gloria/Karowski* a.a.O.

¹⁷² Vgl. zu allem *von Rechenberg* ZGR 1992, 299 ff. (312); *Salger/Neye* in Münchener Handbuch, § 87, Rn. 8.

¹⁷³ So *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 65 I 3.

besonderen Bereich eine solche schaffen, die sich inhaltlich nunmehr stark an die Regelungen in § 93 Abs. 1, 3 und 5 AktG anlehnt.¹⁷⁴

Daneben enthält das EWIV-Ausführungsgesetz Vorschriften über die Anmeldungen zum Handelsregister (§§ 2, 3), über Bekanntmachungen und Mitteilungen durch das Registergericht (§ 4), über das Ausscheiden eines Mitglieds (§§ 8, 9), über die Abwicklung und die Insolvenz einer EWIV (§ 10, 11) sowie über Sanktionen (§§ 12 bis 15); in § 16 sind notwendige Änderungen und Ergänzungen von Verfahrensgesetzen enthalten.

¹⁷⁴ Vgl. die amtliche Begründung zu § 5 EWIV-Ausführungsgesetz in BT-Drucksache 11/352; Hinweis darauf in *Gloria/Karowski* WM 90, 1313 ff (1314, FN9).

TEIL 2: GRUNDLAGEN DES REGULUNGSBEDÜRFNISSES

A. Verweisungstechnik als Konsens der Mitgliedstaaten

Wie bereits oben in der Einleitung angedeutet, wurden im Laufe der Entstehungsgeschichte der SE aus der anfangs umfassenden Kodifizierung einer Europäischen Aktiengesellschaft bis hin zur heutigen SE-Verordnung immer mehr Regelungsbereiche ausgeklammert. So wurden unter anderem sämtliche Vorschriften zum Konzernrecht und zum Vertretungsrecht sowie nahezu das gesamte Haftungsrecht herausgenommen.

Die SE-VO behilft sich heute für die in der Verordnung nicht (ausdrücklich) geregelten Rechtsfragen in vielen Bereichen mit Spezialverweisungen auf das jeweilige mitgliedstaatliche Recht; teilweise fehlt es jedoch auch an derartigen Spezialverweisungen, so dass schließlich das mitgliedstaatliche Recht über die Generalverweisung des Art. 9 SE-VO zur Anwendung kommt.

Hervorgerufen wurde diese Regelungsweise mittels Verweisungen häufig aufgrund mangelnder Konsensfähigkeit der an der Rechtssetzung beteiligten Staaten.¹⁷⁵ Nicht selten verharren einzelne Mitgliedstaaten auf ihrem – gewöhnlich durch ihr nationales Aktienrecht geprägten – Standpunkt zu bestimmten (Einzel-)Fragen. Eine Lösung war oft nur möglich durch Zugeständnisse gegenüber den „blockierenden“ Staaten, indem man für die jeweiligen Bereiche den Mitgliedstaaten die Regelungsbefugnisse belassen bzw. durch verordnungsrechtliche Verweisungen übertragen hat.

Hinzu kommt noch die Tatsache, dass (bisher) keine einheitliche gemeinschaftsrechtliche Privatrechtsordnung existiert; es gibt lediglich für jeden Mitgliedstaat eine gesonderte privatrechtliche Regelung. Die gemeinschaftsrechtlichen Gesellschaftsformen bewegen sich auf supranationaler Ebene damit gewissermaßen im „luftleeren Raum“.¹⁷⁶

Da ein Verzicht auf eine umfassende Privatrechtsgesetzgebung durch die Gemeinschaft (wenigstens derzeit noch) politisch notwendig ist, sind die gemeinschaftsrechtlichen Gesellschaftsformen ohne Einbettung in die mitgliedstaatlichen Rechte überhaupt nicht funktionsfähig. Sie sind auf den Rückgriff auf die mitgliedstaatlichen Rechte angewiesen. Ohne einen solchen Rückgriff lassen sich die Rechtsfragen, die sich in Zusammenhang mit einer gemeinschaftsrechtlichen Gemeinschaft stellen, nicht beantworten. Das betrifft alle Rechtsgebiete,

¹⁷⁵ Vgl. auch *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 956

¹⁷⁶ So *Hauschka* AG 1990, 85 ff. (91); allgemein siehe *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 953 ff.

angefangen vom allgemeinen Privatrecht, wie z. B. dem Vertrags- und Deliktsrecht, über das Handels-, Wettbewerbs-, Insolvenz- und Arbeitsrecht bis hin zum Steuerrecht (vgl. Präambel SE-VO, Erwägungsgründe 20 und 21 bzw. Erwägungsgrund 21 Präambel SE-VOV '91).

Es ist praktisch und kompetenzrechtlich ausgeschlossen, sämtliche Rechtsfragen, die eine gemeinschaftsrechtliche Gesellschaftsform betreffen, auch gemeinschaftsrechtlich zu regeln. Eine Verordnung zur Schaffung einer gemeinschaftsrechtlichen Gesellschaftsform kann daher nur einen begrenzten Bereich regeln; sie muss sich überwiegend – wenngleich nicht ausschließlich – auf gesellschaftsrechtliche Sachverhalte, als dem notwendigen Kernbereich beschränken.

Was die Regelung des (im wesentlichen) gesellschaftsrechtlichen Kernbereichs betrifft, sind zwei grundsätzlich verschiedene Konzeptionen denkbar:¹⁷⁷

Der Gemeinschaftsgesetzgeber kann sich dafür entscheiden, eine umfassende Regelung der gesellschaftsrechtlichen Fragen und gegebenenfalls benachbarter Rechtsgebiete (z. B. die Arbeitnehmer-Mitbestimmung) zu erlassen. So hat man eine in sich geschlossene Kodifikation, die weitgehend von dem nationalen Recht unabhängig ist, so zum Beispiel die SE-VOV 1970 und 1975.

Der Gemeinschaftsgesetzgeber kann aber auch ein „Verweisungskonzept“ verfolgen, wie zum Beispiel in der SE-VO. In diesem Fall wird ein gemeinschaftsrechtlicher Minimalkonsens in gesellschaftsrechtlichen Fragen getroffen. Im übrigen wird weitgehend mit Verweisungen auf das nationale Sitzstaatrecht gearbeitet. Wegen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts (sog. Anwendungsvorrang)¹⁷⁸ bedarf es auch dieser ausdrücklichen gemeinschaftsrechtlichen Anordnung, dass mitgliedstaatliches Recht subsidiär anzuwenden ist.¹⁷⁹

Die gemeinschaftlichen Vorschriften regeln einen Grundbestand an gesellschaftsrechtlichen Fragen; andernfalls könnte man nicht von einer gemeinschaftsrechtlichen Gesellschaftsform sprechen. Die Sachprobleme gesellschaftlicher Art der europäischen Gesellschaftsformen sind in den Verordnungen und Verordnungsvorschlägen bewusst nicht vollständig geregelt; der Verordnungsgeber hat von vornherein keine erschöpfende Regelung des Gesellschaftsrechts der

¹⁷⁷ Dazu auch *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 954.

¹⁷⁸ Hierzu etwa *Schweitzer*, Staatsrecht, Rn. 49 f.

¹⁷⁹ So auch *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 956.

jeweiligen Rechtsform angestrebt.¹⁸⁰ Dies zeigt sich an der im Vergleich zum nationalen Recht geringeren Anzahl an Vorschriften und der Existenz einer zentralen Rechtsanwendungsvorschrift, wie zum Beispiel im Rahmen der SE-VO an der Norm des Art 9. Vergleichbare Regelungen finden sich für die Europäische Genossenschaft in Art. 4 des VOV zum Statut der Europäischen Genossenschaft sowie für den Europäischen Verein in Art. 6 des VOV zum Statut des Europäischen Vereins.

Üblicherweise sind dann die nicht in der Verordnung geregelten Sachfragen durch einen Rückgriff auf andere Rechtsquellen zu beantworten. Für die SE trifft beispielsweise Art 9 SE-VO eine Regelung, nach der die Regelungslücken in der SE-VO demnach überwiegend im Wege der Verweisung auf das mitgliedstaatliche Recht des Sitzstaates geschlossen werden.

Die SE-VO enthält im wesentlichen „nur“ gemeinschaftsrechtliche Rahmenregelungen. Sie ruft damit zwar die SE als originäre europäische Gesellschaftsform ins Leben. Jedoch hat diese je nach Sitzstaat ein im einzelnen unterschiedliches, weil national geprägtes Gesicht.

B. Entbehrlichkeit einer umfassenden Regelung aufgrund weitgehender und fortschreitender Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen im Bereich des Gesellschaftsrechts

Zeitgleich mit dem Entstehungsprozess der SE ist das nationale Gesellschaftsrecht innerhalb der Mitgliedstaaten der EU durch verschiedene europäische Richtlinien immer weiter angeglichen worden.¹⁸¹ Diese – heute immer noch fortschreitende - Entwicklung hat einerseits den Verordnungsgeber dazu bewogen¹⁸² und andererseits es ihm wiederum erleichtert, bei fehlender Einigkeit und Konsensfähigkeit der Mitgliedstaaten mit einer Verweisung auf mitgliedstaatliches Recht zu arbeiten. So spricht auch Erwägungsgrund (9) zur SE-VO davon, dass seit den frühen Verordnungsvorschlägen der siebziger Jahre bei der Angleichung des nationalen Gesellschaftsrechts beachtliche Fortschritte erzielt worden sind, so dass in den Bereichen, in denen es für das Funktionieren der SE keiner einheitlichen Gemeinschaftsregelung bedarf, auf das Aktienrecht des Sitz-Mitgliedstaates verwiesen werden kann.

¹⁸⁰ In diesem Sinne auch *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 955.

¹⁸¹ Ein Überblick über den Stand der Rechtsangleichung im Gesellschaftsrecht findet sich etwa bei *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 267 ff., 530 ff.

¹⁸² Vgl. *Pluskat* EuZW 2001, 524 ff. (525).

Da somit aufgrund der fortschreitenden Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen im Bereich des Gesellschaftsrecht die einzelnen nationalen Rechtsordnungen schon weitgehend¹⁸³ angeglichen sind, sind große Unterschiede hinsichtlich der Behandlung der SE insoweit¹⁸⁴ nicht zu befürchten.

Eine Harmonisierung¹⁸⁵ ist etwa erfolgt durch die Publizitätsrichtlinie hinsichtlich der Offenlegung und Gültigkeit von Handlungen, durch die Kapitalrichtlinie im Bereich der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung¹⁸⁶, durch die Verschmelzungs- und Spaltungsrichtlinie¹⁸⁷, die Jahres- und Konzernabschlussrichtlinie¹⁸⁸ sowie die Zweigniederlassungsrichtlinie.¹⁸⁹

Beispielsweise befinden sich in der SE-VO für die Aufstellung des Jahresabschlusses (Art. 61, 62 SE-VO) sowie für die Auflösung, Zahlungsunfähigkeit und ähnliche Verfahren (Art. 63 SE-VO) ausdrückliche Verweisungen auf das Recht des Sitzstaates der SE; in diesen Bereichen besteht für die nationalen Rechtsordnungen schon eine Harmonisierung durch die Jahres- und Konzernabschlussrichtlinie.¹⁹⁰

Nicht harmonisiert sind hingegen etwa die Bereiche Hauptversammlung (deren Durchführung und Anfechtung), Satzungsänderungen, Aktien und der Übertragung sowie die Regelung der Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer.

C. Verweisungstechnik: Begriffe und Verweisungsarten

Der Verordnungsgeber hat, wie eben ausgeführt, weitgehend mit Verweisungen gearbeitet und die Verordnung ordnet an zahlreichen Stellen die (ergänzende) Anwendung nationalen Sitzstaatrechts an.

Im folgenden sollen nun, bezogen auf die SE-VO bzw. auf den in der hier vorliegenden Arbeit betroffenen Bereich „Vorstand“, die verschiedenen relevanten Verweisungsarten sowie deren

¹⁸³ So *Kersting* DB 2001, 2079 (2079).

¹⁸⁴ Etwas anderes gilt selbstverständlich für die Bereiche, in denen eine Harmonisierung bislang fehlt und demzufolge die SE in den einzelnen Mitgliedstaaten unter Umständen höchst unterschiedlich behandelt wird.

¹⁸⁵ Dazu *Kersting* DB 01, 2079 ff. (2079).

¹⁸⁶ Zweite gesellschaftsrechtliche Richtlinie 77/91/EWG des Rates vom 31.01.1977.

¹⁸⁷ Sechste gesellschaftliche Richtlinie 82/891/EWG des Rates vom 17.12.1982.

¹⁸⁸ Vierte gesellschaftliche Richtlinie 78/660/EWG des Rates vom 25.7.1978 und Siebte gesellschaftliche Richtlinie 83/349/EWG des Rates vom 13.06.1983.

¹⁸⁹ Elfte gesellschaftliche Richtlinie 89/666/EWG des Rates vom 21.12.1989.

¹⁹⁰ *Hirte* NZG 2002, 1 ff. (2); die Jahresabschlussrichtlinie wird auch als Bilanzrichtlinie und die Konzernabschlussrichtlinie als Konzernbilanzrichtlinie bezeichnet.

Wirkungen näher dargestellt und in diesem Zusammenhang auftretende Begrifflichkeiten erläutert werden.

Im besonderen Maß wird dabei das Augenmerk darauf gelegt, welchen Einfluss und welche Bedeutung die einzelnen Verweisungsarten im Hinblick auf ein Tätigwerden und einen möglichen Regelungsbedarf des nationalen deutschen Gesetzgebers haben.

I. Begriffspaar Sachnormverweisung – Gesamtnormverweisung

Die Verweisungen in der SE-VO bestimmen nicht nur, dass mitgliedstaatliches (bereits bestehendes oder erst zu schaffendes) Recht zur Anwendung gelangt, sondern auch, welche der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen jeweils im konkreten Fall herangezogen werden. So verweisen etwa Art. 39 Abs. 2 UA 2 oder auch Art. 47 Abs. 1 UA 1 SE-VO ebenso auf das Recht des Sitzstaates der SE wie die Generalverweisung des Art. 9 SE-VO. Die Regelung des Art. 40 Abs. 3 SE-VO beispielsweise verweist auf das Recht desjenigen Mitgliedstaates, in dessen Hoheitsgebiet die SE eingetragen ist.

Somit sind die Verweisungen nicht nur spezielles EG-Rangkollisionsrecht, sondern besitzen darüber hinaus internationalprivatrechtliche Funktion.¹⁹¹

Entsprechend dieser jeweiligen internationalprivatrechtlichen Funktion sind die Verweisungen als Sachnormverweisung oder als Gesamtnormverweisung einzuordnen.¹⁹²

1. Sachnormverweisung

Um eine Sachnormverweisung handelt es sich, wenn unmittelbar, also unter Ausschluss des nationalen mitgliedstaatlichen Internationalen Privatrechts (IPR), auf das mitgliedstaatliche Sachrecht verwiesen wird.

¹⁹¹ So wie hier *Wagner* NZG 2002, 985 ff. (987) und *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 960; a. A. ist anscheinend *Teichmann* ZGR 2002, 383 ff. (395 f.).

Da die anzuwendende nationale Rechtsordnung gerade zur Ergänzung der Sachregelungen der SE-VO bestimmt wird, kann man auch von gemeinschafts(sach)rechtsergänzendem Kollisionsrecht sprechen. So *Wagner* NZG 2002, 985 ff. (987) unter Hinweis auf *Kreuzer* in *Müller-Graff*, 373 ff. (391).

¹⁹² Vgl. dazu insgesamt *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 960; *Von Hoffmann*, IPR, § 6, Rn. 74 ff; vgl. auch *Sonnenberger* in *Müko*, Einleitung zu IPR, Rn. 436; *Teichmann* ZGR 2002, 383 ff (396 f.) sowie zum EU-Verein *Wagner*, Europäischer Verein, 58f.

In der Regel kommt deshalb im Bereich der SE-VO das Sachrecht zur Anwendung, in dem die Gesellschaft ihren Sitz hat.¹⁹³ Die Sachnormverweisung ist deshalb eine „unbedingte“ Verweisung.

2. Gesamtnormverweisung

Eine Gesamtnormverweisung liegt vor, wenn auf das mitgliedstaatliche Recht einschließlich seines Internationalen Privatrechts verwiesen wird. Es kann somit zu Weiterverweisungen kommen, wenn das anzuwendende nationale IPR auf das Recht eines weiteren Staates verweist. Je nachdem, ob der jeweilige Mitgliedstaat der Sitz- oder der Gründungstheorie folgt, kann (für ein und dieselbe SE) unterschiedliches mitgliedstaatliches Sachrecht zur Anwendung kommen. Die Gesamtnormverweisung ist deshalb eine „bedingte“ Verweisung.

3. Einordnung im Einzelfall

Ob eine Verweisungsvorschrift Sachnorm- oder Gesamtnormverweisung ist, kann man unter Umständen an ihrem Wortlaut bzw. ihrer Formulierung erkennen. In kollisionsrechtlichen Staatsverträgen werden üblicherweise folgende Begriffe verwandt: Eine Verweisung auf das „innerstaatliche Recht“ ist in der Regel Sachnormverweisung; wird auf das „einzelstaatliche Recht“ verwiesen, liegt regelmäßig eine Gesamtnormverweisung vor.¹⁹⁴

Diese begriffliche Unterscheidung findet sich beispielsweise so in der EWIV-VO. In der SE-VO, wie auch bereits in den vorausgehenden SE-VO-Vorschlägen wird diese Bezeichnungswiese jedoch nicht (konsequent) eingehalten. Zwar verweist die SE-VO in vielen Fällen auf das „einzelstaatliche“ Recht.¹⁹⁵ Jedoch verzichten viele Verweise - darunter auch der zentrale Art. 9 SE-VO – auf diese Terminologie, was die Aussagekraft dieser Begrifflichkeit im Zusammenhang mit der SE-VO in Zweifel zieht. Manche Normen verweisen auf die „Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten, die auf eine nach dem Recht des Sitzstaates der SE gegründete Aktiengesellschaft Anwendung finden würden“ oder auf das „für Aktiengesellschaften geltende Recht des Staates, in dem die SE ihren Sitz begründet“. Die Formulierungen sind also nicht

¹⁹³ So *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 960.

¹⁹⁴ Dazu auch *Scriba*, EWIV, 50 für die EWIV-VO.

¹⁹⁵ In der SE-VO finden sich im Bereich „Vorstand“ Verweisungen auf *einzelstaatliches* Recht etwa in Art 47 Abs. 4 und Art 49 SE-VO. Zu weiteren Beispielen siehe *Teichmann ZGR* 2002, 373 ff (396 f).

einheitlich. Eine Systematik lässt sich damit allein aus dem Wortlaut der Verweisungen nicht erschließen.

Es ist somit jeweils im Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln, ob es sich um eine Sachnorm- oder Gesamtnormverweisung handelt.

Bei den Verweisungen auf das „einzelstaatliche“ Recht handelt es sich – schon aufgrund des Wortlauts – regelmäßig um Gesamtnormverweisungen. Diese enthalten keinen international-privatrechtlichen Regelungsgehalt der Art, dass sie die konkret anwendbare Rechtsnorm selbst bestimmen. Es ist damit die Heranziehung des mitgliedstaatlichen IPR erforderlich, um die anwendbare Rechtsordnung zu bestimmen. Somit kann in diesen Fällen die obige Einteilung mittels der Formulierung beibehalten werden.

Im Fall einer jeden Verweisung auf das Recht des Sitzstaates, so also auch im Fall der Generalverweisung (Art 9 SE-VO), ergibt sich hingegen – bereits ebenfalls aus dem Wortlaut –, dass es sich um eine Sachnormverweisung handelt. Es wird nämlich auf ganz konkrete Sachvorschriften des Sitzstaates verwiesen.

Oft sprechen zudem folgende objektiv-teleologische Erwägungen für die Annahme einer Sachnormverweisung:¹⁹⁶ Zwar enthalten die gemeinschaftsrechtlichen Statuten bewusst Regelungslücken, die durch nationales Recht ausgefüllt werden müssen. Die europäischen Rechtsformen sollen aber soweit wie möglich einheitlich sein. Dies kommt auch in den Erwägungsgründen (6) und (7) der SE-VO zum Ausdruck.¹⁹⁷ Wenn schon nicht in allen Rechtsfragen eine Gesellschaftsform in allen Mitgliedstaaten einheitlichen Rechtsregeln unterliegt, dann muss zumindest gewährleistet werden, dass auf die einzelne Gesellschaft immer dasselbe Recht angewendet wird; eine Zwischenschaltung des mitgliedstaatlichen IPR könnte dagegen dazu führen, dass die Gerichte verschiedener Mitgliedstaaten unterschiedliche Sachnormen auf ein und dieselbe Gesellschaft anwenden.¹⁹⁸ Die Gewährleistung einer einheitlichen Rechtsanwendung lässt sich nur mittels einer Sachnormverweisung erreichen.¹⁹⁹

¹⁹⁶ Zu allem siehe *Wagner*, Europäischer Verein, für den Europäischen Verein, 58 f.

¹⁹⁷ So auch *Wagner* NZG 02, 985 ff (987).

¹⁹⁸ So auch *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 960; *Wagner*, a. a. O., 58 f.; eine andere Auffassung vertritt insoweit *Teichmann* ZGR 02, 383 ff. (397). Er bejaht zwar das Bestehen des Interesses, auf eine supranationale Rechtsform in allen relevanten Rechtsfragen dasselbe nationale Recht anzuwenden, führt aber an, dass die SE-VO dem bereits dadurch Rechnung trägt, dass nach Art. 7 Satz 1 SE-VO Registersitz und Hauptverwaltung einer SE in dem selben Mitgliedstaat angesiedelt sein müssen. Nach *Teichmann* gelangen damit die unterschiedlichen Theorien des Internationalen Gesellschaftsrechts – Gründungstheorie und Sitztheorie – bei einer SE im Regelfall zu dem selben anwendbaren Recht, da die Gründungstheorie an den Ort der Gründung, die Sitztheorie an den Ort des effektiven Verwaltungssitzes anknüpfen. Das kollisionsrechtliche Problem wird danach also nicht durch eine Kollisionsnorm, sondern durch einen durch die Verordnung erzwungenen Gleichlauf der Anknüpfungs-

4. Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des nationalen Gesetzgebers

Die Einordnung einer Verweisung als Sachnormverweisung oder Gesamtnormverweisung wirkt sich auch auf das Tätigwerden des nationalen Gesetzgebers im Zusammenhang mit einer jeden Verweisung aus.

Wird der nationale Gesetzgeber aufgrund einer Verweisung, die als Sachnormverweisung einzuordnen ist, tätig, so kommt das betroffene nationale Sachrecht – unabhängig davon, ob es neu geschaffen oder an die Vorgaben der SE-VO angepasst wurde – unmittelbar zur Anwendung.

Schafft der nationale Gesetzgeber hingegen – sei es im Wege der Anpassung vorhandenen Rechts oder auch einer sachrechtlichen Neuschöpfung - nationales Recht anlässlich einer Verweisung, die als Gesamtnormverweisung zu qualifizieren ist, so kommt dieses nur dann zur Anwendung, wenn es über das jeweilige mitgliedstaatliche IPR zur Anwendung berufen ist.

Damit ist folglich im Bereich der Gesamtnormverweisungen auch das IPR vom Regelungsbedürfnis und der diesem vorangehenden Überprüfung des bereits existenten nationalen Rechts betroffen.

II. Begriffspaar Spezialverweisungen – Generalverweisungen

Unabhängig von dieser internationalprivatrechtlichen Einteilung unterscheiden sich die Verweisungen hinsichtlich ihres Verweisungsumfanges; neben den verschiedenen Arten der Spezialverweisungen beinhaltet die SE-VO unterschiedlich weit reichende Generalverweisungen.

Der Umfang einer Verweisung wird neben der ihr immanenten, eben erläuterten, internationalprivatrechtlichen Funktion auch durch das zur Anwendung berufene mitgliedstaatliche Recht bestimmt. Daraus ergibt sich schließlich der Regelungsbedarf für den nationalen Gesetzgeber, also die ihm möglicherweise obliegende Pflicht zum Erlass bzw. zur Anpassung nationalen Rechts gemäß den Vorgaben der SE-VO.

punkte gelöst. Im praktischen Ergebnis soll dies für eine SE mit Sitz in Deutschland - ebenso wie nach der unter anderem auch von *Schwarz* a. a. O., vertretenen Auffassung - in den meisten Fällen zur Anwendung des materiellen deutschen Aktienrechts führen, da dieses an den Sitz der Hauptverwaltung anknüpft. *Teichmann* selbst muss aber zugeben, dass nach der von ihm vertretenen Ansicht in Einzelfällen, wie etwa im Konzernrecht, aber auch eine Anwendung ausländischen Rechts in Betracht kommt.

Gerade aufgrund dieser „Schwäche“ ist die oben vertretene Ansicht gegenüber der Sichtweise von *Teichmann* vorzuzugswürdig.

¹⁹⁹ So für die EWIV *Meyer-Landrut*, EWIV, 19.

1. Spezialverweisungen

In Form von Spezialverweisungen verwendet die SE-VO einfache Verweisungen auf Sitzstaatrecht, einfache Verweisungen auf einzelstaatliches Recht, einfache Verweisungen auf nationale Durchführungsbestimmungen, einfache Verweisungen auf das nationale Recht der Gründungsgesellschaft, einfache Verweisungen auf Richtlinienbestimmungen und einfache Verweisungen auf Bestimmungen der SE-Ergänzungsrichtlinie (sog. Verweisungen i.e.S.) sowie Ermächtigungsnormen und Verpflichtungsnormen²⁰⁰ (sog. Verweisungen i.w.S.). Darüber hinaus sind im europäischen Verordnungsrecht noch die sog. Optionsnormen vertreten. Von dieser Regelungsmöglichkeit hat der Verordnungsgeber im Rahmen der SE-VO jedoch keinen Gebrauch gemacht.²⁰¹

Wesentliches Merkmal einer Spezialverweisung ist, dass sie für konkrete Rechtsfragen auf das mitgliedstaatliche Recht verweist. Die Spezialverweisung geht – wie ihr Name bereits zum Ausdruck bringt – der Generalverweisung als speziellere Regelung vor.²⁰²

Spezialverweisungen können aber auch trotz einer Generalverweisung erforderlich werden, weil im Einzelfall andere mitgliedstaatliche Regelungen angewendet werden sollen als die, welche über die Generalverweisung eingreifen würden. Spezialverweisungen sind auch immer dann erforderlich, wenn gezielt mitgliedstaatliches Recht zur Anwendung gelangen soll, obgleich – die Verweisung hinweggedacht – keine Regelungslücke besteht. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn sich eine von mehreren Voraussetzungen nach mitgliedstaatlichem Recht richten soll²⁰³ oder wenn unbestimmte Rechtsbegriffe, die grundsätzlich gemeinschaftseinheitlich auszulegen sind, ausnahmsweise nach mitgliedstaatlichem Recht bestimmt werden sollen.²⁰⁴

²⁰⁰ *Schindler*, Europäische Aktiengesellschaft, 15 bezeichnet diese beiden Verweisungsarten als Staatenumsetzungspflichten und Staatenwahlrechte.

²⁰¹ Bei den Optionsnormen (vgl. auch *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 958) handelt es sich neben einfacher Verweisung, Verpflichtung und Ermächtigung um eine weitere Erscheinungsform einer Spezialverweisung. Optionsnormen treten entweder in Form von Verpflichtungsnormen oder Ermächtigungsnormen auf. Der mitgliedstaatliche Gesetzgeber muss bzw. kann also zwischen zwei oder mehreren Ausgestaltungsmöglichkeiten wählen.

Optionsnormen sind typisch für Richtlinien; sind aber auch in Verordnungen über europäische Gesellschaftsformen enthalten; z. B. enthält Art. 1 Abs. 3 EWIV-VO die Pflicht der Mitgliedstaaten zu bestimmen, ob die EWIV Rechtspersönlichkeit hat.

²⁰² *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 957.

²⁰³ Eine solche (negative) Voraussetzung beinhaltet etwa Art 47 Abs. 1 letzter Halbsatz SE-VO. Über diese Verweisung finden für die SE mit Sitz in der Bundesrepublik §§ 76 Abs. 3, 100 Abs. 1 AktG Anwendung, wonach Mitglied des Vorstands bzw. des Aufsichtsrats nur eine natürliche Person werden kann.

²⁰⁴ So *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 957.

Im Bereich der SE-VO erlangen die aufgrund einer Spezialverweisung berufenen Regelungen für die SE Gültigkeit gemäß Art. 9 Abs. 1 a) SE-VO.²⁰⁵

Im folgenden sollen einzelne Verweisungsarten, die in dem von der vorliegenden Arbeit untersuchten Bereich „Vorstand“ von besonderer Relevanz sind, näher betrachtet werden.²⁰⁶

a) Einfache Verweisungen auf Sitzstaatrecht

Im Bereich „Vorstand“ enthält die SE-VO einfache Verweisungen auf Sitzstaatrecht in den Art 47 Abs. 1 Unterabs.1, Art 47 Abs. 2 a), Art 47 Abs. 3 und Art 51.

Die einfache Verweisung auf Sitzstaatrecht verpflichtet den Rechtsanwender zur Anwendung bestehender nationaler Vorschriften desjenigen Mitgliedstaates, in dem die jeweilige SE ihren Sitz hat. Aufgrund dieses Rechtsanwendungsbefehls hinsichtlich des bereits existenten Rechts spricht man auch von einer sogenannten Verweisung im engeren Sinne.²⁰⁷

aa) Bestimmung des Sitzes der SE

Nicht ausdrücklich geregelt ist in der SE-VO, wie die Ermittlung bzw. Bestimmung des SE-Sitzes im Sinne dieser Verweisungsvorschriften zu erfolgen hat.

Nach allgemeinen Grundsätzen des deutschen IPR befindet sich der Sitz einer Gesellschaft dort, wo sich deren tatsächlicher Sitz der Hauptverwaltung befindet. Keine Rolle spielt dabei, wo die Gesellschaft eingetragen ist oder wo mögliche Betriebsstätten liegen. Entscheidend ist vielmehr der Tätigkeitsort der Geschäftsführung und der dazu berufenen Verwaltungsorgane, also der Ort, wo die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsakte umgesetzt werden.²⁰⁸

²⁰⁵ Brandt/Scheifele DStR 2002, 547 ff. (553 f.).

²⁰⁶ Nicht weiter eingegangen wird auf die einfache Verweisung auf nationale Durchführungsbestimmungen (z. B. in Art. 3 Abs. 2, Art. 32 Abs. 4 und 5, Art. 37 Abs. 6 und 7 und Art 62 Abs. 1 und 2 SE-VO), auf die einfache Verweisung auf das nationale Recht der Gründungsgesellschaft (z. B. in Art. 36 SE-VO), auf die einfache Verweisung auf Richtlinienbestimmungen (z. B. in Art. 17 Abs. 2 a) und Art. 22 SE-VO) und auf die einfache Verweisung auf Bestimmungen der SE-Ergänzungsrichtlinie (zum Beispiel in Art. 26 Abs. 3, 40 Abs. 2, 43 Abs. 3 SE-VO).

²⁰⁷ Zu allem siehe Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 958 und 1105 f.

²⁰⁸ So von Hoffmann, IPR, § 7 Rn.25 unter anderem mit Hinweisen auf verschiedene Rechtssprechung.

Betrachtet man die SE-VO, und dabei insbesondere Art. 7, könnte man hinsichtlich der Bestimmung des Sitzes einer SE auch anderer Ansicht sein. Art. 7 Satz 1 SE-VO spricht wie auch die verschiedenen Verweisungen auf Sitzstaatrecht innerhalb der SE-VO einheitlich von „Sitz“ der Gesellschaft. Wie sich aber aus dem Kontext des Art. 7 SE-VO ergibt, meint der Verordnungsgeber mit „Sitz“ hier allein den satzungsmäßigen Sitz.²⁰⁹ Den Ort des tatsächlichen Sitzes bezeichnet er in Art. 7 SE-VO als Ort, an dem sich die Hauptverwaltung der SE befindet. Ginge man also auch im Rahmen des Art. 7 SE-VO davon aus, dass mit „Sitz“ der tatsächliche, effektive Verwaltungssitz gemeint ist, wäre der letzte Halbsatz des Art. 7 Satz 1 SE-VO überflüssig.²¹⁰ Aufgrund der in der gesamten SE-VO einheitlich verwendeten Begriffes des „Sitzes“ ist es durchaus vertretbar, auch im Rahmen der Verweisungen auf das Sitzstaatrecht den „Sitz“ als den satzungsmäßigen Sitz zu verstehen.

Für diese Ansicht kann auch angeführt werden, dass Art. 9 Abs. 1 c) iii) SE-VO auf die Gründung – und gerade nicht auf den tatsächlichen Sitz – einer nationalen Aktiengesellschaft abstellt, wenn er das Recht des Sitzstaates der SE für anwendbar erklärt.

Letztlich spielt die Entscheidung dieser Frage für die Rechtsanwendung jedoch keine Rolle, da nach Art. 7 Satz 1 SE-VO der „Sitz“ der Gesellschaft in dem Mitgliedstaat liegen muss, in dem sich die Hauptverwaltung befindet.²¹¹ Damit findet im Ergebnis für die jeweils konkrete SE nach beiden Sichtweisen ein und dasselbe mitgliedstaatliche Recht Anwendung.²¹²

bb) Umfang der Verweisung – Begriff „Recht“

Zu klären bleibt noch der Umfang der Verweisung, also die Frage, was die SE-VO bzw. der Verordnungsgeber unter dem „Recht“ des Sitzstaates verstehen.²¹³

Zunächst ist von Bedeutung, dass im Rahmen der SE-VO von dynamischen Verweisungen auf das mitgliedstaatliche Recht in seiner jeweils gültigen Fassung auszugehen ist.²¹⁴

²⁰⁹ Der Sitz der SE ist bei Gründung in der Satzung einer jeden SE einzutragen, vgl. Art. 15 SE-VO i.V.m. § 23 Abs. 3 AktG; vgl. auch *Hirte* NZG 2002, 1 ff (4).

²¹⁰ So auch *Schwarz* ZIP 2001, 1847 ff. (1849).

²¹¹ Das bedeutet aber nicht zugleich, dass Sitz und Hauptverwaltung einer SE an demselben Ort sein müssen. Nach Art. 7 Satz 2 SE-VO kann jedoch jeder Mitgliedstaat den in seinem Hoheitsgebiet eingetragenen SE vorschreiben, dass sie ihren Sitz und ihre Hauptverwaltung am selben Ort haben müssen. Der deutsche Gesetzgeber hat von dieser Ermächtigung im deutschen SE-Ausführungsgesetz Gebrauch gemacht, vgl. § 2 SEAG. Diese Regelung entspricht derjenigen des § 5 Abs. 2 AktG; so auch bereits die Begründung zu § 2 SEAGE. Dazu *Ihrig/Wagner* BB 2003, 969 ff. (971).

²¹² Aufgrund der Bestimmung des Art. 7 Satz 1 SE-VO spielt somit in diesem Zusammenhang auch der Streit, ob sich das maßgebliche Gesellschaftstatut aufgrund der Sitz- oder der Gründungstheorie ergibt, keine Rolle.

²¹³ Zu allem siehe *Teichmann* ZGR 2002, 383 ff. (398 f).

Insbesondere was die Reichweite der Verweisungsnormen anbelangt, besteht Uneinigkeit, ob der Verweis auf nationales Recht nur die gesetzlichen Normen erfasst oder auch die von der Rechtsprechung entwickelten Rechtsgrundsätze.²¹⁵

Nach dem Wortlaut ist davon auszugehen, dass der Ordnungsgeber eine enge Auffassung im Sinn hatte. So verweisen etwa Art. 9 Abs. 1 c) oder Art. 51 SE-VO auf die „Rechtsvorschriften“ des jeweiligen Mitgliedstaates. Auch die französische und die englische Sprachfassung legen eine solche Interpretation nahe.²¹⁶ Für diese Sichtweise sprechen auch Erwägungen der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit.²¹⁷

Nach Sinn und Zweck der Verweisungen müssen diese aber auch die zu den nationalen Rechtsvorschriften ergangene Rechtsprechung und die richterliche Rechtsfortbildung hierzu erfassen. Dies folgt schon daraus, dass der Verweis auf nationales Recht die in der Verordnung bestehende Lücke füllen soll. Vollständig kann dies aber nur gelingen, wenn auch die dazu ergangene Rechtsprechung übernommen wird. Andernfalls ergäbe sich auch ein Zuständigkeitsproblem. Schließt man die Regeln der Rechtsprechung inhaltlich aus, bedeutet das im Kern, die Zuständigkeit der Gerichte zur Auslegung des nationalen Rechts auszuschließen. Dann müsste der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften zu Auslegungsfragen des nationalen Rechts Stellung nehmen, was offenbar nicht beabsichtigt war; dann hätte man es gleich bei der Lückenfüllung durch europäische Rechtsgrundsätze belassen können, wie sie in früheren Vorschlägen vorgesehen war.²¹⁸

Dass dennoch nur auf „Rechtsvorschriften“ verwiesen wird, ist zumindest für die kontinental-europäische Rechtsauffassung stimmig. Denn richterliche Rechtsfortbildung wird dort traditionell nicht als autonome Rechtsquelle, sondern als Rechtsanwendung verstanden, die bei aller Freiheit in der Fortentwicklung des Rechts letztlich doch an das geschriebene Recht rückgekoppelt sein muss.²¹⁹

²¹⁴ *Brandt/Scheifele* DStR 2002, 547 ff. (553 f.). Das Gegenstück der dynamischen Verweisung ist die statische Verweisung, bei der das Verweisungsobjekt trotz Änderung des nationalen (Aktien-) Rechts unverändert bleibt.

²¹⁵ Zweifel an einer Einbeziehung der Rechtssprechung äußern *Schulz/Geißmar* DStR 2001, 1078 (1079).

²¹⁶ So *Teichmann* ZGR 2002, 383 ff. (398). Art. 9 Abs. 1 c) i) SE-VO spricht in der englischen Fassung von „provisions of laws adopted by Member States“, in der französischen Fassung von „dispositions de loi adoptées par les États membres“.

²¹⁷ *Brandt/Scheifele* DStR 2002, 547 ff. (553).

²¹⁸ Dazu etwa *Raiser* in FS für Semler, 277 ff. (282).

²¹⁹ So überzeugend *Teichmann* ZGR 2002, 383 ff. (398 f.); in diesem Sinn auch *Hirte* NZG 2002, 1 ff. (2); auch schon *Grote*, Statut, 43 und *Leupold*, Europäische Aktiengesellschaft, 21.

cc) Sachnormverweisung

Die einfache Verweisung auf Sitzstaatrecht ist in der Regel Sachnormverweisung. Das ergibt sich – wie oben bereits ausgeführt²²⁰ - schon aus dem Wortlaut der jeweiligen Vorschriften, wenn auf das für Aktiengesellschaften geltende Recht bzw. auf Rechtsvorschriften verwiesen wird.²²¹ Es wird also unmittelbar auf das mitgliedstaatliche Recht verwiesen. Dies ist eindeutiges Kennzeichen der Sachnormverweisung.

dd) SE-spezifische Anwendung des Sitzstaatrechts

Ein weiteres Problem ist die Anwendung des durch eine Verweisung der gemeinschaftsrechtlichen SE-VO berufenen mitgliedstaatlichen Rechts.

Es stellt sich die Frage, ob dieses Recht so, wie es in der jeweiligen nationalen Rechtsordnung und Rechtspraxis Geltung hat, anzuwenden ist oder ob es einer SE-spezifischen Anwendung bedarf.²²²

Nicht jede nationale Rechtsnorm wird sich problemlos und stimmig in das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft einfügen lassen;²²³ dies wird insbesondere für das nicht harmonisierte Aktien- und Umwandlungsrecht gelten. Es ist eine allgemeine methodische Erkenntnis, dass im Rahmen einer Verweisung unsachgemäße Gleichsetzungen zu vermeiden sind, genauso wie von der Sache her gebotene Differenzierungen nicht ausgeschlossen werden, so dass jede Bezugnahme auf fremde Normen die Frage der Anpassung in den jeweiligen Normbereich aufwirft.²²⁴

Betrachtet man die Verordnung, stellt man fest, dass der Verordnungsgeber das Problem der Anwendung des nationalen Rechts auf eine gemeinschaftsrechtliche Gesellschaftsform wohl erkannt hat. So bestimmt zum Beispiel Art. 3 Abs. 2 Satz 3 SE-VO, dass die einzelstaatlichen Bestimmungen „sinngemäß“ für die SE gelten; nach Art. 9 Abs. 3 SE-VO findet das nationale Recht „auf die SE uneingeschränkt Anwendung“.

²²⁰ Siehe schon oben.

²²¹ So Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 1105.

²²² Nachfolgende Ausführungen gelten entsprechend für Verweisungen im SE-Ausführungsgesetz auf bestehendes nationales Recht.

²²³ Grote, Statut, 182.

²²⁴ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 261.

Geht man nun davon aus, dass das nationale Recht im Zusammenhang mit der SE auf besondere Art und Weise (SE-spezifisch) anzuwenden und auszulegen ist, stellt sich die Frage, in Bezug auf welche Verweisungen das der Fall ist. Wie eben aufgezeigt, gibt es gerade im Wortlaut Abweichungen. So ist einerseits für diejenigen Verweisungen, die den Zusatz „entsprechend“ bzw. „sinngemäß“ enthalten, die SE-spezifische Anwendbarkeit und Auslegung bereits durch den Ordnungsgeber selbst ausdrücklich angeordnet.

Andererseits ist jedoch der Wortlaut der Verordnung kein verlässliches Kriterium dahin gehend, dass im Umkehrschluss gefolgert werden kann, dass andernfalls das jeweilige mitgliedstaatliche Recht allein gemäß den nationalen Gewohnheiten heranzuziehen ist.

Es ist damit im Einzelfall im Wege der Auslegung zu ermitteln, ob das nationale Recht entsprechend oder uneingeschränkt anzuwenden ist.

Für diese Sichtweise sprechen neben dem grundsätzlich geringen Gewicht der Wortlautauslegung im EU-Recht, insbesondere EU-rechtsbezogene Zweckmäßigkeitserwägungen anhand der Ziele und allgemeinen Vorgaben einer Europäischen Gesellschaftsform.

Ergibt sich nun eine entsprechende Anwendung des mitgliedstaatlichen Rechts, hat das nicht eine schematische Anwendbarkeit des nationalen Rechts im Sinne der nationalen Anwendungspraxis zur Folge. Aufgrund der Unterschiedlichkeit hinsichtlich Zielvorgabe und Wirkungskreis der beiden Rechtsebenen ist das berufene nationale Recht den Besonderheiten der SE - im Vergleich zu der nationalen Aktiengesellschaft - sachgerecht anzupassen. Daraus ergibt sich, dass die Anpassung die Ausnahme ist für den Fall, dass Abweichungen im SE-Recht gegenüber dem nationalen Recht eine Anpassung gerade gebieten.²²⁵

Die Einzelheiten der angepassten Anwendung des mitgliedstaatlichen Rechts ergeben sich schließlich gesondert für jeden konkreten Verweisungsfall zum einen aus den Zielen und Vorgaben des SE-Rechts und zum anderen aus den allgemeinen Prinzipien des Gemeinschaftsrechts. Es gelten damit im Ergebnis für die Anwendung des aufgrund von Verweisungen in der SE-VO berufenen nationalen Rechts die gleichen Grundsätze, die auch die nationalen Gesetzgeber für den Erlass von SE-Ausführungsvorschriften²²⁶ zu beachten haben. Die ist auch durchaus konsequent und stimmig, da in beiden Fällen nationale Rechtsvorschriften zur Ergänzung des SE-Statuts herangezogen werden.

²²⁵ *Brandt/Scheifele* DStR 2002, 547 ff. (554).

²²⁶ Dazu siehe sogleich unten Teil 3.

ee) Regelungsbedürfnis für den nationalen Gesetzgeber

Reicht die SE-spezifische Auslegung des nationalen, aufgrund einer Verweisung zur Anwendung berufenen Rechts nicht aus, um den Vorgaben und Zielvorstellungen der SE-VO gerecht zu werden, kommt auf den nationale Gesetzgeber die Aufgabe zu, das bestehende nationale Recht insoweit mittels Änderungen bzw. Ergänzungen anzupassen.

Die Einzelheiten zu diesem, dem nationalen Gesetzgeber obliegenden Regelungsbedürfnis, insbesondere zur Eröffnung einer Regelungspflicht und den grundsätzlich denkbaren Möglichkeiten des nationalen Gesetzgebers, diesem Regelungsbedürfnis im Zusammenhang mit der einfachen Verweisung auf Sitzstaatrecht nachzukommen, sollen im folgenden dargestellt werden, dazu sogleich (1).

Anschließend soll näher auf die Frage eingegangen werden, wie die inhaltlichen Bereiche zu ermitteln sind, in denen der nationale Gesetzgeber tätig zu werden hat; siehe unten (2).

(1) Eröffnung einer Regelungspflicht und Regelungsmöglichkeiten im Zusammenhang mit der einfachen Verweisung aus Sitzstaatrecht

Da die einfachen Verweisungen auf Sitzstaatrecht bestehendes nationales Recht zur Anwendung berufen und es sich um Sachnormverweisungen handelt, kann sich in diesem Zusammenhang für den mitgliedstaatlichen Gesetzgeber eine Regelungspflicht allein hinsichtlich einer Anpassung (Änderung bzw. Ergänzung) des bereits existenten nationalen Sachrechts an die Vorgaben der SE-VO ergeben. Das mitgliedstaatliche Internationale Privatrecht (IPR) ist aufgrund des Charakters der einfachen Verweisung auf Sitzstaatrecht als Sachnormverweisung nicht betroffen.

Eine Regelungspflicht oder gar ein Reglungrecht zum Erlass gänzlich neuer (Sach-) Regelungen, die nicht (mehr) durch die Vorgaben der SE-VO geboten sind, eröffnet die einfache Verweisung auf Sitzstaatrecht hingegen nicht.

Die einfache Verweisung auf Sitzstaatrecht ermöglicht es dem nationalen Gesetzgeber somit nicht, auf deren Grundlage besondere, allein für die SE geltende Regelungen in einem nationalen Ausführungsgesetz oder in einem gesonderten nationalen SE-Gesetz zu schaffen. Es ist gerade Merkmal der einfachen Verweisung auf Sitzstaatrecht, dass sie das für die nationale (Aktien-)Gesellschaft geltende Recht auch auf die SE für anwendbar erklärt, wobei sich

insoweit aufgrund der Unterschiedlichkeit der beiden Gesellschaftsformen auf verschiedenen Rechtsebenen die oben beschriebenen SE-spezifischen Anwendungsbesonderheiten ergeben.

Für Rechtssetzungstätigkeiten des nationalen Gesetzgebers über den Anwendungsbereich der einfachen Verweisungen auf Sitzstaatrecht hinaus hält die SE-VO an den Stellen, an denen es der Verordnungsgeber für notwendig erachtet hat, besondere Verpflichtungs- bzw. Ermächtigungsnormen bereit.

Die Anpassung des bereits bestehenden nationalen Rechts ist für den nationalen Gesetzgeber eine verbindliche Pflicht. Diese Anpassungspflicht ergibt sich zwar nicht ausdrücklich aus dem Wortlaut der einfachen Verweisung auf Sitzstaatrecht. Sie ist jedoch Ausfluss des in Art. 10 EGV verankerten Grundsatzes der Gemeinschaftstreue, der schließlich auch Grundlage für den Umfang und die näheren Einzelheiten des Regelungsbedarfes ist. Dieser Grundsatz findet wiederum Ausdruck in der speziellen SE-Vorschrift des Art. 68 Abs. 1 SE-VO, der die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, alle geeigneten Vorkehrungen zu treffen, um das Wirksamwerden – und damit wohl auch der Funktionsfähigkeit - der SE-VO zu gewährleisten.²²⁷

Eine fehlende oder unzureichend erfolgte Anpassung des nationalen Rechts hätte zudem gegebenenfalls Anwendungsschwierigkeiten des nationalen Rechts auf die SE oder Störungen in der praxisgerechten Handhabung der SE zur Folge. Dies würde eine mit dem Gleichbehandlungsgebot des Art. 10 SE-VO nicht zu vereinbarende Schlechterstellung der SE im Vergleich zur nationalen (Aktien-) Gesellschaft mit sich bringen.

Man könnte jedoch gegen diese Anpassung des bereits existenten nationalen Rechts einwenden, dass die einfache Verweisung auf Sitzstaatrecht auf bestehendes Recht verweist, was einer Abänderung dieses bestehenden Rechts gerade widerspricht. Gegen diesen Einwand ist anzuführen, dass es sich bei der einfachen Verweisung auf Sitzstaatrecht um eine sogenannte dynamische Verweisung handelt und sie damit das jeweils aktuell gültige und existente Recht des Sitzstaates erfasst.

Zur Ermittlung des Anpassungs- bzw.- Regelungsbedarfs ergibt sich also für den nationalen Gesetzgeber im Zusammenhang mit einer einfachen Verweisung auf Sitzstaatrecht die

²²⁷ Nach *Brandt* NZG 2002, 991 ff. (991) lässt sich der Vorschrift des Art. 68 Abs. 1 SE-VO eine allgemeine Umsetzungsverpflichtung entnehmen. Auch *Neye/Teichmann* AG 2003, 169 ff. (169) stützen die über die ausdrücklichen Ermächtigungen hinausgehenden und zur Implementierung der SE in das deutsche Rechtssystem notwendigen Maßnahmen auf Art. 68 Abs. 1 SE-VO.

Aufgabe, das von der Verweisung umfasste bestehende nationale Recht, das über die Verweisung damit auch für die SE Geltung erlangt, auf seine Vereinbarkeit mit der SE-VO und deren Ziele und Grundsätze hin zu untersuchen.²²⁸ Vorhandene Unvereinbarkeiten des nationalen Rechts hat der nationale Gesetzgeber zu beseitigen, indem er das bestehende nationale Recht insoweit anpasst. Dabei hat er Ziele und Grundsätze der SE-VO sowie die allgemeingültigen Prinzipien des Europäischen Rechts und gegebenenfalls verschiedene Elemente aus der aktuellen Corporate-Governance-Diskussion zu beachten.²²⁹

Letztlich haben damit die in der SE-VO enthaltenen einfachen Verweisungen auf das Sitzstaatrecht - vor dem Hintergrund der Vorgaben und Grundsätze aus der Verordnung sowie aus dem europäischen Recht - unter Umständen auch Änderungen des nationalen Rechts, das neben der SE zugleich für nationale (Aktien-) Gesellschaften gilt, zur Folge.

Es ist dem nationalen Gesetzgeber insbesondere untersagt, neben den bereits existenten Regelungen für nationale Aktiengesellschaften eigens für die SE geltende und auf sie zugeschnittene Regelungen zu erlassen. Die Verweisungen auf Sitzstaatrecht verweisen gerade für die SE auf das für nationale Aktiengesellschaften geltende Recht. Ein Nebeneinander verschiedener Regelungen verbietet sich insoweit also.

Es bleibt dem nationalen Gesetzgeber damit allein die Möglichkeit, das bestehende nationale Recht anzupassen was letztlich unweigerlich dazu führt, dass auch auf die nationalen Aktiengesellschaften inhaltlich veränderte Regelungen zukommen.²³⁰

(2) Ermittlung des sachlichen Gegenstands des Regelungsauftrages

Um eine solche, ein Regelungsbedürfnis hervorrufende, Unvereinbarkeit von zur Anwendung berufenem nationalem Recht mit den Zielen und Vorgaben der SE-VO festzustellen, bedarf es der Auslegung sowohl der SE-VO als auch des nationalen Rechts.

Zunächst ist die SE-VO auszulegen. So erhält man Antworten auf die Frage, was die Verordnung bzw. die jeweilige Verweisung überhaupt will, insbesondere welche Motive und Ursachen hinter dieser stehen und welchen Regelungsbereich sie abzudecken bezweckt.

²²⁸ Ähnlich auch *Brandt*, NZG 2002, 991 ff. (991).

²²⁹ Ausführlich zu den zu beachtenden Grundsätze siehe unten.

²³⁰ Dies ist wiederum zugleich ein positiver Aspekt, da so verhindert wird, dass SE und nationale Aktiengesellschaften in ihrer rechtlichen Behandlung zu weit auseinanderliegen, was schließlich mit dem erstrebten „Gleichlauf“ von SE und nationaler Aktiengesellschaft nicht vereinbar wäre.

Daran schließt sich die Auslegung der jeweils berufenen nationalen Vorschriften an. So lässt sich klären, welche Regelung das bestehende nationale Recht bereit hält, um den Erfordernissen der Vorgaben der SE-VO bzw. der jeweiligen Verweisung gerecht zu werden.

Stellt sich im Rahmen einer (gedachten) Gegenüberstellung der Vorgaben mit den tatsächlich vorhandenen Vorschriften heraus, dass die nationale Regelung – auch unter Vornahme einer gegebenenfalls angepassten, das heißt SE-spezifischen, Anwendung²³¹ – nicht ausreicht bzw. nicht mit den Vorgaben der SE-VO zu vereinbaren ist, leidet das nationale Recht an einem Defizit hinsichtlich seiner gemeinschaftsrechtlichen, insbesondere SE-rechtlichen, Anwendbarkeit und Brauchbarkeit.

Aufgabe des nationalen Gesetzgebers ist es nun, dieses Defizit des nationalen Rechts, das auch trotz einer SE-spezifischen Anwendung des nationalen Rechts nicht verhindert werden kann, in Ausführung des Regelungsauftrages durch Anpassung (Ergänzung, Änderung) der bestehenden nationalen Vorschriften zu beheben.

Wichtig dabei ist also, dass die SE-spezifische Auslegung – die selbst schon im Vergleich zur unveränderten Anwendung des bereits existenten nationalen Rechts die Ausnahme ist – einer Anpassung des nationalen Rechts vorgeht. Erst wenn selbst die SE-spezifische Auslegung gescheitert ist, entsteht auf der Grundlage des SE-Rechts für den nationalen Gesetzgeber eine Regelungspflicht innerhalb der bestehenden nationalen Vorschriften.

(a) Auslegung der SE-VO

Bei der SE-VO handelt es sich um sekundäres Gemeinschaftsrecht. Dieses ist als Teil der eigenständigen Gemeinschaftsrechtsordnung unabhängig vom mitgliedstaatlichen Recht allein nach gemeinschaftsrechtlichen Maßstäben auszulegen.²³²

Aufgrund der Zugehörigkeit zu einer einheitlichen Rechtsordnung erfolgt die Auslegung des sekundären Gemeinschaftsrechts im wesentlichen denselben Auslegungsmethoden wie die Auslegung des primären Gemeinschaftsrechts.²³³

²³¹ Dazu siehe oben.

²³² Teichmann ZGR 2002, 383 ff. (402 f.); allgemein zur gemeinschaftsrechtlichen Auslegungsmethodik etwa Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 77 ff.

²³³ Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, Europäische Union, 245; Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 77.

Die Auslegung des primären Gemeinschaftsrechts erfolgt grundsätzlich im Wege der gewöhnlichen Auslegungsmethoden, in Form der wörtlichen, systematischen, historischen und teleologischen Auslegung. Der EuGH hat jedoch verschiedene spezifisch gemeinschaftsrechtliche Auslegungsprinzipien entwickelt, die teilweise die klassischen Auslegungsmethoden für den Bereich des Gemeinschaftsrechts anders bzw. unterschiedlich stark gewichten, teilweise auch neue Auslegungskriterien darstellen.²³⁴ Besonderes Gewicht hat neben der systematischen Methode vor allem die teleologische Auslegung.²³⁵ Hier bestehen besondere gemeinschaftsrechtstypische Auslegungsregeln.

Die teleologische Auslegung ist dabei in besonderem Maß objektiviert.²³⁶ Von besonderer Bedeutung sind die allgemeinen Vertragsziele des EU-Vertrages. So betont der EuGH insbesondere den Effektivitätsgrundsatz (*effet utile*), wonach die Normen des Gemeinschaftsrechts so auszulegen sind, dass sie ihre größtmögliche Nutzwirkung erreichen.²³⁷ Daneben gilt für das Verhältnis von Gemeinschaftsrecht zum mitgliedstaatlichen Recht das Prinzip der Funktionsfähigkeit des Gemeinschaftsrechts.²³⁸

Abweichend hierzu bestehen bei der Auslegung sekundären Gemeinschaftsrechts einige Besonderheiten. Die unterschiedliche Auslegungsweise lässt sich vergleichen mit der unterschiedlichen Auslegung von Verfassungsrecht und sonstigem Recht in den Mitgliedstaaten.²³⁹ So ist die teleologische Auslegung stark subjektiviert.²⁴⁰ Das Ziel des sekundären Rechtsaktes und der einzelnen Vorschriften ist nicht nur - wie im Bereich des primären Gemeinschaftsrechts - objektiv zu bestimmen, sondern auch den dem jeweiligen Rechtsakt vorangestellten Erwägungsgründen²⁴¹ zu entnehmen. Gerade für die SE-VO gilt, dass diese allein anhand der Erwägungsgründe zuverlässig ausgelegt werden kann.²⁴² Zwar ist ergänzend auf die Wortlautinterpretation der Verordnung sowie - im Rahmen der historischen Auslegung - auf die Begründungen der Kommission zu dem Vorschlag des jeweiligen Rechtsaktes, den Vorläufernormen, und den Stellungnahmen des Europäischen Parlaments und des Wirtschafts- und Sozialausschusses zurückzugreifen. Jedoch ist der Wortlaut der Verordnung aufgrund der vielen verschiedenen Amtssprachen in der Gemeinschaft aufgrund der unterschiedlichen Über-

²³⁴ *Bleckmann* NJW 1989, 1177 ff.

²³⁵ *Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil*, Europäische Union, 247; *Bleckmann* NJW 1989, 1177 ff. (1178); a. A. ist offenbar *Maul*, SE, 16 ff., die neben der teleologischen Methode insb. die Entstehungsgeschichte für maßgeblich erachtet, die Systematik aber ebenso wie der Wortlaut eher im Hintergrund sieht.

²³⁶ *Bleckmann* NJW 1989, 1177 ff. (1178)

²³⁷ *Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil*, Europäische Union, 247; *Nagel*, Gesellschaftsrecht, 342;

²³⁸ *Bleckmann* NJW 1989, 1177 ff. (1179)

²³⁹ *Bleckmann* NJW 1989, 1177 ff. (1178)

²⁴⁰ *Bleckmann* NJW 1989, 1177 ff. (1178)

²⁴¹ Vgl. zur Begründungspflicht für Verordnungen, Richtlinien und Entscheidungen Art. 253 EGV

²⁴² *Ebert* BB 2003, 1854 ff. (1859) für den Bereich des Konzernrechts.

setzungsmöglichkeiten und vielleicht sogar „Übersetzungsfehlern“ nicht eindeutig.²⁴³ Hinsichtlich der historischen Auslegung gilt es zu beachten, dass sich das Projekt „europäische Aktiengesellschaft“ jahrzehntelang hingezogen hat, zwischendurch immer wieder stockte und sich der Wille des Ordnungsgebers allzu oft politischen Interessen beugen musste.²⁴⁴

Das sekundäre Gemeinschaftsrecht muss zudem im Rahmen der systematischen Auslegung primärrechtskonform ausgelegt werden.²⁴⁵

Die im Gemeinschaftsrecht verwendeten Begriffe sind grundsätzlich gemeinschaftsrechtlich, also unabhängig von dem ihnen im mitgliedstaatlichen Recht zukommenden Begriffsgehalt auszulegen.²⁴⁶ Dieser Grundsatz hat auch für die in der SE-VO verwendeten Begriffe uneingeschränkt Geltung.²⁴⁷

(b) Auslegung des nationalen Rechts

Hat man nun die SE-VO bzw. die konkrete Verweisung dahingehend ausgelegt und so im jeweiligen Fall deren Regelungszweck und Regelungsziel offen gelegt, gilt es zu prüfen, ob das nationale Recht damit vereinbar und ausreichend ist oder ob gesetzgeberische Maßnahmen zur Anpassung vorzunehmen sind.

Um im Rahmen der Überprüfung des nationalen Rechts dessen vollständigen Bedeutungs- und Regelungsgehalt zu erfassen und einbeziehen zu können, ist das nationale Recht auszulegen.

Auf den ersten Blick erscheint es unklar, wie diese Auslegung zu erfolgen hat.

Man könnte einerseits daran denken, zur Auslegung nationale Auslegungsgrundsätze heranzuziehen. Schließlich handelt es sich ja um nationale Rechtsvorschriften.

Eine solche Vorgehensweise übersieht jedoch, dass – wie oben bereits dargestellt wurde – das nationale Recht, sobald und soweit es aufgrund einer gemeinschaftsrechtlichen Verweisung zur Anwendung berufen ist, gerade nicht so, wie es in der jeweiligen nationalen Rechtsordnung und Rechtspraxis Geltung hat, anzuwenden ist, sondern dass es stattdessen einer SE-spezifischen Anwendung bedarf. Ist demnach das berufene nationale Recht im Anwendungsbereich der SE-VO SE-spezifisch anwendbar, ist es schon aus Gründen einer einheitlichen Behandlung der

²⁴³ Ebert BB 2003, 1854 ff. (1859) für den Bereich des Konzernrechts.

²⁴⁴ Ebert BB 2003, 1854 ff. (1859) für den Bereich des Konzernrechts.

²⁴⁵ Zu allem Wagner, Europäischer Verein, 62 f. zum EUV m. w. N.

²⁴⁶ Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, Europäische Union, 246 f.

²⁴⁷ So schon Raiser, FS für Semler, 277 ff. (283) zum SE-VOV 1991; Wagner, Europäischer Verein, 63 zum EUV; Gleichmann ZHR 149 (1985), 633 ff. (639) für die EWIV-VO.

jeweiligen nationalen Vorschriften naheliegend, dieses nationale Recht auch SE-spezifisch auszulegen.

Jede andere Vorgehensweise wäre inkonsequent. Auch verbieten sowohl der Effektivitätsgrundsatz (*effet utile*) als auch das Prinzip der Funktionsfähigkeit des Gemeinschaftsrechts jede andere Behandlung, denn aufgrund der Verweisung wird das berufene nationale Recht in den Rechtsraum des Gemeinschaftsrechts „gehoben“.

Damit ist letztlich auch das über Verweisungen in der SE-VO berufene nationale Recht nach den gerade beschriebenen, für das sekundäre Gemeinschaftsrecht geltenden gemeinschaftsrechtlichen Maßstäben auszulegen.

*(c) SE-spezifische Anwendung des in Ausführung des Regelungsauftrages
erlassenen nationalen Rechts*

Für den Fall, dass der nationale Gesetzgeber in Ausübung einer Regelungspflicht nationale Vorschriften anpasst, sind diese angepassten Vorschriften selbstverständlich ebenfalls SE-spezifisch anwendbar, wenn die Besonderheiten der SE-VO als gemeinschaftsrechtliche Regelung dies gebieten. Das ist – trotz der eigens erfolgten Anpassung der Vorschriften an die Vorgaben der SE-VO – auch durchaus nicht undenkbar. Schließlich handelt es sich bei den jeweiligen Vorschriften auch nach ihrer möglichen Anpassung noch immer um gewöhnliches nationales (Gesellschafts-) Recht, das zunächst für die nationalen (Aktien-) Gesellschaften gilt und lediglich über eine Verweisung in der SE-VO auf die SE Anwendung findet. Die Vorschriften haben also in erster Linie im nationalen (Aktien-) Recht zu funktionieren, was dann möglicherweise im Anwendungsbereich der Verordnung eine angepasste, SE-spezifische, Anwendung und Auslegung zur Folge hat.

Die Situation, dass das an die Vorgaben der SE-VO angepasste Recht SE-spezifisch auszulegen und anzuwenden ist, ist vergleichbar mit der richtlinienkonformen Interpretation des zur Durchführung einer Richtlinie erlassenen Rechts.

b) Einfache Verweisungen auf einzelstaatliches Recht

Einfache Verweisungen auf einzelstaatliches Recht beinhaltet die SE-VO für den Bereich „Vorstand“ in Art. 47 Abs. 4 und Art. 49.²⁴⁸

Die einfache Verweisung auf einzelstaatliches Recht verpflichtet den Rechtsanwender zur Anwendung bestehender mitgliedstaatlicher Vorschriften.

Aufgrund dieses Rechtsanwendungsbefehls hinsichtlich bereits existenten Rechts spricht man auch hier – wie bereits oben bei der einfachen Verweisung auf Sitzstaatsecht - von einer sog. Verweisung im engeren Sinne.²⁴⁹

aa) Umfang der Verweisung – Begriff „Recht“

Der Begriff des Rechts und somit der Umfang der Verweisung muss auch hier so verstanden werden, wie im Falle der einfachen Verweisung auf Sitzstaatrecht, umfasst also neben den geschriebenen Rechtsvorschriften auch die Entscheidungen der Rechtsprechung sowie die richterliche Rechtsfortbildung. Dafür spricht zum einen obige Argumentation, die hierher übertragbar ist. Zum anderen erscheint es zweckmäßig, ein und denselben Begriff „Recht“ übereinstimmend zu interpretieren.

bb) Gesamtnormverweisung

Bei den einfachen Verweisungen auf einzelstaatliches Recht handelt es sich um Gesamtnormverweisungen. Dies ergibt sich – wie oben bereits dargelegt²⁵⁰ - aus dem Wortlaut der Vorschriften. Diese enthalten keinen internationalprivatrechtlichen Regelungsgehalt der Art, dass

²⁴⁸ Unklar ist die Einordnung der Vorschrift des Art. 47 Abs. 2 b) SE-VO. Nach dem Wortlaut wird darin verwiesen auf Gerichts- oder Verwaltungsentscheidungen eines Mitgliedstaates sowie auf mitgliedstaatliches Recht. Es handelt sich dabei eindeutig nicht um eine Verweisung auf Sitzstaatrecht; siehe zum Vergleich Art. 47 Abs. II a) SE-VO „...nach dem Recht des Sitzstaates...“ oder Art. 47 Abs. 3 SE-VO „... in Anlehnung an ... Rechtsvorschriften des Sitzstaates...“. Es handelt sich jedoch nach dem Wortlaut auch nicht um eine einfache Verweisung auf einzelstaatliches Recht; vgl. Art. 47 Abs. 4 SE-VO „Einzelstaatliche Rechtsvorschriften ...“.

Die Verweisung ist nicht sitzstaatsbezogen, sondern nach dem Wortlaut sind alle Mitgliedstaaten einbezogen; wenn eine Person in einem Mitgliedstaat nicht Organmitglied sein kann, dann kann sie in keiner SE – unabhängig von deren Sitz – Organmitglied sein. Die Verweisung ist also so zu verstehen, dass allgemein auf das Recht eines jeden Mitgliedstaates verwiesen wird. Liegt nach dem Recht eines – egal welchen – Mitgliedstaates ein Verbot vor, ist das in allen anderen Mitgliedstaaten auch zu beachten. Letztlich lässt sich Art. 47 Abs. 2 b) SE-VO keiner typischen Verweisungsart zuordnen.

²⁴⁹ Zu allem siehe *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 958 und 1105 f.

²⁵⁰ Siehe oben.

sie die konkret anwendbare Rechtsnorm selbst bestimmen. Es ist damit die Heranziehung des mitgliedstaatlichen IPR erforderlich, um die anwendbare Rechtsordnung zu bestimmen.

cc) SE-spezifische Anwendung des einzelstaatlichen Rechts

Auch das über eine einfache Verweisung auf einzelstaatliches Recht berufene mitgliedstaatliche Recht ist nicht schematisch auf die SE anwendbar. Stattdessen ist – wie bei den einfachen Verweisungen auf Sitzstaatrecht – aus den dort genannten Gründen auch hier eine angepasste, sog. SE-spezifische, Anwendung des nationalen Rechts erforderlich, wenn die Besonderheiten der SE-VO als gemeinschaftsrechtliches Regelwerk dies gebieten.

dd) Regelungsbedürfnis für den nationalen Gesetzgeber

Hinsichtlich des Regelungsbedürfnisses für den nationalen Gesetzgeber im Zusammenhang mit einer einfachen Verweisung auf einzelstaatliches Recht, gilt das zu der einfachen Verweisung auf Sitzstaatrecht Ausgeführte entsprechend. Auch die einfache Verweisung auf einzelstaatliches Recht begründet – vor dem Hintergrund des in Art. 10 EGV verankerten Grundsatzes der Gemeinschaftstreue und seiner speziell für die SE-VO geltenden Ausprägung in Art. 68 Abs. 1 SE-VO - für den nationalen Gesetzgeber die Pflicht, im Falle der Unvereinbarkeit des nationalen Rechts mit den Vorgaben der SE-VO und des sonstigen europäischen Rechts das bereits bestehende nationale Recht anzupassen, das heißt es zu ändern bzw. zu ergänzen.²⁵¹

Eine Pflicht oder gar ein Recht, insoweit vollkommen neue und von der Verweisung unabhängige Regelungen zu schaffen, gewährt auch die einfache Verweisung auf einzelstaatliches Recht nicht. Hierfür hält die SE-VO an den Stellen, an denen sie eine Neuschaffung von Vorschriften im Falle eines bisherigen Fehlens für erforderlich hält, besondere Verpflichtungs- bzw. Ermächtigungsnormen bereit.

Da es sich bei den einfachen Verweisungen aber in der Regel um Gesamtnormverweisungen handelt, hat der nationale Gesetzgeber auch das nationale IPR in seine Prüfungen und gegebenenfalls in seine Rechtsetzungstätigkeit mit einzubeziehen.

²⁵¹ Ähnlich auch *Brandt NZG 2002, 991 ff. (991)*.

Zur Feststellung der (Un-)Vereinbarkeit des bestehenden nationalen Rechts mit den Vorgaben der SE-VO sind hier ebenso die beiden Regelwerke zunächst jeweils nach den oben beschriebenen gemeinschaftsrechtlichen Methoden auszulegen und anschließend – auch unter Berücksichtigung einer eventuell erforderlichen SE-spezifischen Auslegung des nationalen Rechts - einander gegenüber zu stellen.

Selbstverständlich gilt auch hier wieder, dass im Falle einer durch die einfache Verweisung auf einzelstaatliches Recht bedingten Anpassung nationaler Vorschriften diese angepassten Vorschriften ebenfalls SE-spezifisch anzuwenden sind, wenn dies die Besonderheiten der SE-VO als gemeinschaftsrechtliche Regelung gebieten.

c) Ermächtigungsnormen

Neben den einfachen Verweisungen (= Verweisungen i.e.S.) beinhaltet die SE-VO zahlreiche Verweisungen in Form von Ermächtigungsnormen.

Im hier untersuchten Bereich enthält die SE-VO Ermächtigungsnormen in Art 39 Abs. 1 Satz 2, Art 39 Abs. 2 Unterabs.2, Art 39 Abs. 4, Art 39 Abs. 5, Art 41 Abs. 3 Satz 2, Art 43 Abs. 1, Art 43 Abs. 2 Unterabs.1 Satz 2, Art 43 Abs. 4, Art 48 Abs. 1 Unterabs.2, Art 48 Abs. 2.²⁵²

aa) Ausdruck fehlender Konsensfähigkeit

Eine Ermächtigungsnorm dient in der Regel dazu, den nationalen Besonderheiten bzw. den rechtlichen Bedenken eines Mitgliedstaates Rechnung zu tragen.²⁵³ Damit kommt gerade in den einzelnen Ermächtigungsnormen sowie durch deren zahlreiche Verwendung in der SE-VO zum Ausdruck, dass es unter den Mitgliedstaaten bei Schaffung und Erlass der SE-VO in verschiedenen Bereichen an einer einheitlichen Auffassung zur Regelung einer Europäischen Aktiengesellschaft und schließlich insoweit auch an der Konsensfähigkeit gefehlt hat.²⁵⁴

²⁵² Hinsichtlich der Vorschriften der Art. 39 Abs. 5 und Art. 43 Abs. 4 SE-VO ist die Einordnung als Ermächtigungsnorm nicht unumstritten. Teilweise werden – meines Erachtens zu Unrecht – diese beiden Vorschriften auch als Verpflichtungsnormen angesehen. So etwa *Lutter* BB 2002, 1 (4) und FN 52, der auf den Vergleich mit dem SE-VOV 1991 und die dortige Möglichkeit für die einzelnen Mitgliedstaaten, ein System vorzuenthalten, abstellt. So im Ergebnis wohl auch *Hommelhoff* AG 2001, 279 (282).

In Art. 40 Abs. 3 Satz 2 sowie in Art. 50 Abs. 3 enthält die SE-VO Ermächtigungsnormen, die in erster Linie das Aufsichtsorgan betreffen.

²⁵³ So auch *Schwarz* Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 958.

²⁵⁴ Dazu schon oben in der Einleitung.

bb) Adressat

Während die einfachen Verweisungen den Rechtsanwender zur Anwendung bestehender Vorschriften verpflichten, richten sich die Ermächtigungsnormen zunächst an den nationalen mitgliedstaatlichen Gesetzgeber und ermöglichen es ihm, eigene SE-spezifische Regelungen zu erlassen. Erst die aufgrund einer Ermächtigungsnorm gegebenenfalls geschaffenen nationalen Normen entfalten für die Gesellschaft, deren Gesellschafter bzw. deren Organe Wirkungen. Die Ermächtigung als solche enthält keine diese unmittelbar berührenden Normierungen.

cc) Grundsätzliche Reichweite

Die Ermächtigungsnormen gewähren dem mitgliedstaatlichen Gesetzgeber beim „Ob“ der Umsetzung eine Entscheidungsfreiheit. Beim „Wie“ ermöglichen sie es dem mitgliedstaatlichen Gesetzgeber zwar auch, von einer Sachregelung der Verordnung abzuweichen, der zulässige Umfang der Abweichung ist in der Ermächtigungsnorm jedoch als Beschränkung dieser Entscheidungsfreiheit vorgegeben.²⁵⁵ Es ist dabei zwischen Ermächtigungsnormen, die einen Gestaltungsspielraum gewähren (Ausgestaltungsermächtigung)²⁵⁶, und solchen ohne Gestaltungsfreiheit (Mitgliedstaatenwahlrecht)²⁵⁷ zu unterscheiden. Die Wahlrechte gestatten lediglich eine fest vorbestimmte Umsetzung. Sie regeln insofern gerade keine maximale Abweichung, sondern bestimmen im Sinne eines „Entweder-Oder“ eine alternative Regelung. Die SE-VO legt selbst fest, wie diese alternative Regelung aussieht, indem sie die Gestaltung auf eine Wahl zwischen zwei Regelungsmöglichkeiten reduziert.²⁵⁸ Für jede Ermächtigungsnorm ist daher bei der Umsetzung zu ermitteln, ob und welcher Umsetzungsspielraum dem nationalen Gesetzgeber verbleibt.²⁵⁹

Die Ermächtigungsnorm bestimmt damit den Anwendungsbereich der auf ihrer Grundlage zu erlassenden Bestimmungen ausdrücklich oder stillschweigend (mit).

²⁵⁵ Vgl. *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 1112; zu allem auch *Brandt* NZG 2002, 991 ff (993).

²⁵⁶ Zum Beispiel Art. 48 Abs. 2 SE-VO.

²⁵⁷ Zum Beispiel Art. 39 Abs. 1 Satz 2, Art. 39 Abs. 2, Art. 48 Abs. 1 Unterabsatz 2 und Art. 50 Abs. 3 SE-VO.

²⁵⁸ So zum Beispiel Art. 48 Abs. 2 SE-VO: Die alternative Regelung wird durch die SE-VO selbst bestimmt. Art. 55 Abs. 1 HS. 2 SE-VO hingegen beinhaltet eine alternative Regelung durch das nationale Recht.

²⁵⁹ Zu allem ebenso *Brandt* NZG 2002, 991 ff. (993).

dd) Verweisungsnormcharakter

Die Ermächtigungen sind ebenfalls Verweisungsnormen (sog. Verweisungen i.w.S.), weil ihnen stillschweigend der Befehl zur Anwendung der aufgrund der Ermächtigung erlassenen mitgliedstaatlichen Regelung immanent ist.²⁶⁰ Sie enthalten also nicht ausdrücklich einen konkreten Rechtsanwendungsbefehl, insbesondere solange der Gesetzgeber keine Durchführungsbestimmung erlassen hat.

Ist der nationale Gesetzgeber aber der Rechtsetzungsermächtigung nachgekommen, dann setzt sich die ausgeführte Ermächtigung als einfache Verweisung fort.

Es ist gerade Sinn und Zweck einer Ermächtigung, nicht nur zur Normsetzung zu ermächtigen, sondern der erlassenen Vorschrift auch ihre vom gemeinschaftlichen ebenso wie vom nationalen Gesetzgeber zugedachte Wirkung zukommen zu lassen, indem sie angewendet wird.

Ein Rückgriff auf die Generalverweisung, um den gemeinschaftsrechtlichen Rechtsanwendungsbefehl hinsichtlich der auf der Grundlage der Ermächtigungsnormen ergangenen nationalen Vorschriften zu begründen, ist damit nicht erforderlich.²⁶¹

ee) Sachnormverweisung

Aus dem Umstand, dass die Ermächtigungsnorm den Anwendungsbereich der auf ihrer Grundlage von den Mitgliedstaaten zu erlassenden bzw. zulässigerweise einführbarer Bestimmungen ausdrücklich oder stillschweigend mitbestimmt, ergibt sich ihre Eigenschaft als Sachnormverweisung.²⁶² Ein Rückgriff auf mitgliedstaatliches IPR ist damit insoweit nicht erforderlich.

ff) Regelungsbedürfnis für den nationalen Gesetzgeber

Die Ermächtigung beinhaltet für den nationalen Gesetzgeber, wie ihre Bezeichnung schon zum Ausdruck bringt, ein Recht, bestimmte Regelungen zu erlassen. Da es sich bei den Ermächtigungsnormen zugleich um Verweisungen in Form von Sachnormverweisungen handelt, kann der nationale Gesetzgeber also für einen durch die Ermächtigungsgrundlage

²⁶⁰ Dazu vgl. *Wagner*, Europäischer Verein, 50.

²⁶¹ Siehe *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 958, FN 48.

²⁶² So *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 1112.

vorgegeben Regelungsbereich unmittelbare Sachregelungen schaffen. Das mitgliedstaatliche IPR ist hingegen aufgrund des Charakters der Ermächtigungsnorm als Sachnormverweisung nicht betroffen.

Die geschaffenen Regelungen ergänzen die SE-VO. Es handelt sich hierbei, wie auch bei den durch einfache Verweisungen auf Sitzstaatrecht bzw. auf einzelstaatliches Recht berufenen Regelungen zwar auch um nationale Rechtsvorschriften, jedoch haben sie allein Geltung für die SE und nicht auch für nationale (Aktien-) Gesellschaften.

Es ist also demnach für den nationalen Gesetzgeber möglich, insoweit für die SE vom rein nationalen (Aktien-)Recht abweichende Sonderregeln zu treffen. Es entsteht dadurch letztlich ein besonderes nationales – weil vom nationalen Gesetzgeber geschaffenes - SE-Recht. Dem steht auch das Gleichbehandlungsgebot des Art. 10 SE-VO nicht entgegen, da es sich bei den Ermächtigungsnormen gerade um Bestimmungen der Verordnung im Sinne des Art. 10 SE-VO handelt, für die diese Vorschrift eine Ausnahme macht.

Eine Regelungspflicht im klassischen Sinn stellt die Ermächtigung ihrem Wesen nach gerade nicht dar. Jedoch kann sich das Recht des nationalen Gesetzgebers, in einem bestimmten Bereich eine Regelung zu erlassen, unter besonderen Umständen zu einer Pflicht „verdichten“. Die grundsätzliche Entscheidungsfreiheit hinsichtlich des „Ob“ und „Wie“ muss dann etwa aus Gründen der Rechtssicherheit oder um den Vorgaben und Zielen der SE-VO bzw. den grundsätzlichen Prinzipien des Europarechts gerecht zu werden, einem gewissen „faktischen Zwang“ weichen, so dass der nationale Gesetzgeber letztlich doch zur Regelung verpflichtet ist. Dies ergibt sich aus dem in Art. 10 EGV verankerten Grundsatz der Gemeinschaftstreue und seiner speziell für die SE-VO geltenden Ausprägung in Art. 68 Abs. 1 SE-VO. Als Beispiele für derartige Fälle eines faktischen Regelungszwangs seien hier die Ermächtigungsnormen der Art. 39 Abs. 5 und Art. 43 Abs. 4 SE-VO genannt, auf die unten näher eingegangen wird. Käme der nationale Gesetzgeber seinem „Regelungsrecht“ nicht nach, hätte er womöglich gar mit gemeinschaftsrechtlichen Sanktionen zu rechnen.²⁶³

Nähere Vorgaben zur Reichweite einer jeden Ermächtigung, das heißt zum „Ob“ und „Wie“ für ein Tätigwerden des nationalen Gesetzgebers, ergeben sich aus der jeweiligen Ermächtigungsnorm (siehe oben). Dazu ist diese als sekundärrechtliche Verordnungsvorschrift gemäß den oben aufgezeigten gemeinschaftsrechtlichen Auslegungsgrundsätzen auszulegen.

²⁶³ Zu den Folgen einer solchen Pflichtverletzung siehe oben.

gg) SE-spezifische Anwendung des nationalen Rechts

Auch das infolge einer Ermächtigungsnorm geschaffene und aufgrund ihres Verweisungscharakters zur Anwendung berufene nationale Recht ist nicht schematisch auf die SE anwendbar. Stattdessen ist – aus den oben genannten Gründen - auch hier grundsätzlich eine angepasste, sog. SE-spezifische, Anwendung des nationalen Rechts erforderlich, wenn die Besonderheiten der SE-VO als gemeinschaftsrechtliches Regelwerk dies gebieten.

Da aber das in Ausführung einer Ermächtigungsnorm erst geschaffene nationale Recht gesondert für die SE erlassen wurde und damit allein für die SE – und nicht für nationale (Aktien-) Gesellschaften - gilt, stellt sich das Problem einer erforderlichen angepassten Anwendung überhaupt nicht. Das gemäß einer Ermächtigung aus der SE-VO gesetzte Recht ist aus sich heraus schon SE-spezifisches Recht. Ihm ist die SE-spezifische Anwendbarkeit gewissermaßen „von Geburt an“ immanent.

d) Verpflichtungsnormen

Im Bereich Vorstand beinhaltet die SE-VO keine Verpflichtungsnormen,²⁶⁴ jedoch soll hier dennoch kurz auf diese Verweisungsart eingegangen werden; und zwar vor allem deshalb, weil in der Literatur teilweise die Vorschriften der Art. 39 Abs. 5 und Art. 43 Abs. 4 SE-VO als Verpflichtungsnormen eingeordnet werden.²⁶⁵

aa) Ausdruck fehlender Konsensfähigkeit und Adressat

Auch die Verpflichtungsnormen sind – wie die Ermächtigungsnormen – Ausdruck der fehlenden Konsensfähigkeit der Mitgliedstaaten bei Schaffung der SE-VO und ermöglichen wie

²⁶⁴ In anderen Bereichen hat der Ordnungsgeber vereinzelt mit Verpflichtungen gearbeitet; so z. B. in Art 8 Abs. 14 Unterabs.3, Art 19 Unterabs.2, Art 64 Abs. 1, 2 und 3 und Art. 68 Abs. 1 und 2 SE-VO. Art 134 SE-VOV 1991 (weggefallen in SE-VO) etwa verpflichtete die Mitgliedstaaten, geeignete Maßregeln für Verstöße gegen die VO vorzusehen.

²⁶⁵ So etwa *Lutter* BB 2002, 1 (4) und FN 52, der auf den Vergleich mit dem SE-VOV 1991 und die dortige Möglichkeit für die einzelnen Mitgliedstaaten, ein System vorzuenthalten, abstellt. So im Ergebnis wohl auch *Hommelhoff* AG 2001, 279 (282).

Richtigerweise entsteht aus diesen Normen zwar für den nationalen mitgliedstaatlichen Gesetzgeber ein faktischer Zwang zum Tätigwerden, eine echte Verpflichtung enthalten sie jedoch nicht. Deshalb sind diese Vorschriften den Ermächtigungsnormen zuzuordnen. Ausführlich hierzu siehe unten.

diese für bestimmte Bereiche nationale Sonderregelungen. Sie wenden sich demzufolge auch zunächst an den nationalen mitgliedstaatlichen Gesetzgeber.

bb) Grundsätzliche Reichweite und Abgrenzung zur Ermächtigungsnorm

Wie eine Ermächtigungsnorm bestimmt auch die Verpflichtung den Anwendungsbereich der auf ihrer Grundlage zu erlassenden Bestimmungen ausdrücklich oder stillschweigend (mit).

Eine Verpflichtungsnorm unterscheidet sich von einer Ermächtigungsnorm grundsätzlich schon anhand des Wortlauts. Aufgrund einer Ermächtigungsnorm „kann“ der nationale Gesetzgeber eine Regelung treffen bzw. ist dazu „ermächtigt“. Eine Verpflichtungsnorm enthält hingegen einen eindeutigen Rechtsetzungsbefehl oder fordert zwingend die Existenz der Normierung eines rechtlichen Regelungsgehaltes.

cc) Verweisungsnormcharakter und Sachnormverweisung

Die Verpflichtungsnormen sind ebenfalls als sog. Verweisungen i.w.S. zu klassifizieren; insbesondere ist es gerade Sinn und Zweck einer Verpflichtung, nicht nur zur Normsetzung zu verpflichten, sondern der erlassenen Vorschrift auch ihre vom gemeinschaftlichen wie auch vom nationalen Gesetzgeber zugeordnete Wirkung zukommen zu lassen, indem sie angewendet werden muss.

Ein Rückgriff auf die Generalverweisung, um den gemeinschaftsrechtlichen Rechtsanwendungsbefehl hinsichtlich der auf der Grundlage der Verpflichtungsnormen ergangenen nationalen Vorschriften zu begründen, ist damit auch hier nicht erforderlich.²⁶⁶

Da auch die Verpflichtungsnorm, wie eine Ermächtigungsnorm, den Anwendungsbereich der auf ihrer Grundlage zu erlassenden Bestimmungen ausdrücklich oder stillschweigend (mit)bestimmt, ist sie demzufolge auch als Sachnormverweisung einzuordnen.²⁶⁷

²⁶⁶ Siehe *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 958, FN 48.

²⁶⁷ Vgl. *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 1112.

dd) Regelungsbedürfnis für den nationalen Gesetzgeber

Im Gegensatz zur Ermächtigungsnorm stellt es die Verpflichtungsnorm, wie bereits ihre Bezeichnung zum Ausdruck bringt, in ihrem Regelungsbereich dem nationalen mitgliedstaatlichen Gesetzgeber nicht frei, Regelungen für die gemeinschaftliche Rechtsform zu erlassen, sondern verpflichtet ihn hierzu ausdrücklich.²⁶⁸ Der Erlass einer nationalen Regelung ist damit schon allein aufgrund der Einordnung einer Norm als Verpflichtungsnorm unerlässlich. Auf das Vorliegen eines faktischen Zwangs kommt es gar nicht an. Da die Verpflichtungsnormen zugleich Verweisungen in Gestalt von Sachnormverweisungen sind, betrifft der Rechtsetzungsbefehl unmittelbar mitgliedstaatliches Sachrecht.

Kommt der nationale Gesetzgeber seinen Regelungspflichten nicht nach, verstößt er gegen den in Art. 10 EGV verankerten Grundsatz der Gemeinschaftstreue und seiner speziell für die SE-VO geltenden Ausprägung in Art. 68 Abs. 1 SE-VO, weshalb er mit den oben in Teil 1 B) III) bereits dargelegten Sanktionen zu rechnen hat.

Wie bei der Ermächtigungsnorm gelten die aufgrund einer Verpflichtungsnorm erlassenen Rechtsvorschriften allein für die SE. Für nationale (Aktien-)Gesellschaften entfalten sie keine Wirksamkeit. Es handelt sich hier also ebenfalls um besonderes national geschaffenes SE-Recht.

Nähere Vorgaben zum „Wie“, also des Umfangs bzw. der Art und Weise, des Tätigwerdens des nationalen Gesetzgebers ergeben sich aus der jeweiligen Verpflichtungsnorm. Dazu ist diese als sekundärrechtliche Verordnungsvorschrift gemäß den oben aufgezeigten gemeinschaftsrechtlichen Auslegungsgrundsätzen auszulegen. Das „Ob“ des Tätigwerdens bringt die Verpflichtungsnorm aufgrund der ihr innewohnenden Regelungspflicht schon als solche mit sich.

²⁶⁸ Von den Verpflichtungsnormen in diesem Sinn zu unterscheiden sind die Fälle, in denen der nationale Gesetzgeber aufgrund Unvereinbarkeit des bestehenden nationalen Rechts – unter anderem durch den Grundsatz der Gemeinschaftstreue (Art. 10 EGV) - gezwungen wird, dieses durch Veränderungen und / oder Ergänzungen anzupassen. So hat der deutsche Gesetzgeber das bestehende deutsche (Aktien-)Recht, soweit es auf die SE Anwendung findet – jedenfalls mithilfe von Vorschriften in einem SE-Ausführungsgesetz - , in den Bereichen des Konzernrechts und der Mitbestimmung abzuändern sowie um SE-spezifische Regelungen für ein monistisches System zu ergänzen. Kommt der nationale Gesetzgeber seinen Regelungsaufgaben insoweit nicht (ausreichend) nach, drohen ihm auch hier – wie im Falle der Nichtregelung trotz einer bestehenden Verpflichtungsnorm – die oben näher dargelegten Sanktionen.

Darüber hinaus sind verschiedene Anpassungen ratsam, um einen die Rechtsanwendung vereinheitlichenden und erleichternden „Gleichlauf“ des deutschen Aktienrechts mit dem SE-Recht zu erhalten (Diese Fälle sollen als Fälle der sog. Inkongruenz bezeichnet und unter diesem Begriff zusammengefasst werden; dazu siehe unten).

ee) SE-spezifische Anwendung des nationalen Rechts

Parallel den Ausführungen zur Ermächtigungsnorm ist auch das infolge einer Verpflichtungsnorm geschaffene und aufgrund ihres Verweisungscharakters zur Anwendung berufene nationale Recht grundsätzlich angepasst, das heißt SE-spezifisch, anzuwenden, wenn die Besonderheiten der SE-VO als gemeinschaftsrechtliches Regelungswerk dies gebieten.

Da auch das in Ausführung einer Verpflichtungsnorm erst geschaffene nationale Recht gesondert für die SE erlassen wurde und damit allein für die SE – und nicht auch für nationale (Aktien-) Gesellschaften - gilt, stellt sich das Problem einer erforderlichen angepassten Anwendung hier ebenfalls nicht. Auch das gemäß einer Verpflichtungsnorm aus der SE-VO gesetzte Recht ist aus sich heraus schon SE-spezifisches Recht und ihm ist die SE-spezifische Anwendbarkeit gewissermaßen „von Geburt an“ immanent.

2) Generalverweisung

Eine Generalverweisung erklärt das mitgliedstaatliche Recht pauschal für anwendbar; die Rechtsfrage, wegen der auf mitgliedstaatliches Recht verwiesen wird, ist in der Verweisungsnorm – und damit auch in der Verordnung – selbst nicht konkret bestimmt.

Entsprechend ihrer Reichweite unterscheidet man die sog. partiellen („speziellen“)²⁶⁹ Generalverweisungen von der allgemeinen Generalverweisung des Art. 9 Abs. 1 c) SE-VO.

Im Bereich „Vorstand“ ist allein die allgemeine Generalverweisung des Art. 9 Abs. 1 c) SE-VO von Bedeutung, so dass im folgenden auch hierauf das Hauptaugenmerk gerichtet wird.²⁷⁰

a) Sachnormverweisung

Die allgemeine Generalverweisung des Art. 9 Abs. 1 c) SE-VO ist Sachnormverweisung. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut, wonach jeweils das Sitzstaatrecht der SE zur Anwendung

²⁶⁹ Sie gehen gewissermaßen als spezielle Generalverweisungen der allgemeinen Generalverweisung vor. Damit könnte man die partiellen Generalverweisungen daher auch als besonders weit reichende Spezialverweisungen einordnen. Schließlich erklären sie ja - ähnlich den Spezialverweisungen im obigen Sinn – das nationale mitgliedstaatliche Recht für einen ganz bestimmten Regelungsbereich für anwendbar. Einzige und letztlich allein subsidiäre Generalverweisung der SE-VO wäre danach die Vorschrift des Art. 9 Abs. 1 c).

²⁷⁰ Partielle Generalverweisungen beinhaltet die SE-VO zum Beispiel in den Art. 5, 15, 18, 53 oder 63.

Bei den Buchstaben i), ii) und iii) des Art. 9 Abs. 1 c) SE-VO handelt es sich um Unterfälle der allgemeinen Generalverweisung in Buchstabe c). Die jeweiligen Besonderheiten und Unterschiede spielen für die in diesem Abschnitt der Arbeit behandelten Fragen keine Rolle, so dass im folgenden allgemein von der Verweisung in Buchstabe c) gesprochen wird.

kommen soll. Es wird auf ganz konkrete Sachvorschriften des Sitzstaates verwiesen, und zwar auf das Recht einer bestimmten Rechtsform.²⁷¹ Für die Verwendung einer Sachnormverweisung sprechen zudem objektiv-teleologische Gründe. Durch eine Gesamtnormverweisung käme es zu einer Zwischenschaltung des mitgliedstaatlichen Internationalen Privatrechts. Dieses würde letztlich über die anzuwendende Rechtsordnung entscheiden, was einen weiteren Prüfungsschritt und Einschränkungen der Praktikabilität zur Folge hätte. Ganz wesentlich ist jedoch, dass zugleich die Einheitlichkeit und Vorhersehbarkeit der Verweisungsregelung beeinträchtigt wäre.²⁷² Zudem könnten durch eine Gesamtnormverweisung sogar Sachnormen eines Nicht-Mitgliedstaates zur Anwendung gelangen.²⁷³ Dem ursprünglichen Ziel der SE-VO, der Schaffung einer EU-einheitlichen Gesellschaftsform, würde dies – noch weiter als durch die zahlreichen Verweisungen eh schon geschehen – zuwider laufen.

Somit handelt es sich aufgrund ihres Charakters als Sachnormverweisung bei der allgemeinen Generalverweisung des Art. 9 Abs. 1 c) SE-VO um eine zweifache Verweisung. Greift die allgemeine Generalverweisung ein, erklärt sie zur Regelung der konkreten Rechtsfrage das für die Aktiengesellschaft geltende mitgliedstaatliche Sachrecht des jeweiligen Sitzstaates der SE für anwendbar. Sie verweist damit zum einen auf die nationale Rechtsordnung des jeweiligen Sitzstaates und zum anderen auf das Recht der Aktiengesellschaft als maßgebliches Sachrecht.

b) Reichweite der allgemeinen Generalverweisung

Die allgemeine Generalverweisung enthält im Gegensatz zu den Spezialverweisungen in ihrem Wortlaut keine Bestimmung bzw. Eingrenzung des sachlichen Anwendungsbereiches. Da es aber kaum sein kann, dass Art. 9 Abs. 1 c) SE-VO für alle nur denkbaren Rechtsfragen, die sich im Zusammenhang mit der SE stellen können, das anwendbare Recht bestimmt, stellt sich die Frage nach der Reichweite, das heißt nach dem Anwendungs- (dazu sogleich unter aa) und Regelungsbereich (dazu unten bb), der allgemeinen Generalverweisung in Art. 9 Abs. 1 c) SE-VO.²⁷⁴

²⁷¹ Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 1100.

²⁷² Meyer-Landrut, EWIV, 14.

²⁷³ Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 1100.

²⁷⁴ Wagner NZG 2002, 985 ff. (988).

aa) Anwendungsbereich des Art. 9 Abs. 1 c) SE-VO

Die Generalverweisung des Art. 9 Abs. 1 c) SE-VO hat zwei Alternativen.

Die 2. Alternative betrifft die Bereiche, die von der Verordnung „nur teilweise geregelt sind“ und meint damit Rechtsfragen, die innerhalb des sachrechtlichen Regelungsbereichs der Verordnung liegen.²⁷⁵

Der Anwendungsbereich der 2. Alternative ist damit durch den Umfang des sachrechtlichen Regelungsbereiches der SE-VO begrenzt.²⁷⁶ Welche Bereiche in dem Sinne zu dem sachrechtlichen Regelungsbereich zählen, dass die Verordnung den Bereich zumindest teilweise regelt, lässt sich durch Zuordnung der Sachnormen zu den einzelnen Rechtsbereichen ermitteln.²⁷⁷ Dabei wird man sich bei der Eingrenzung der Bereiche an die in der SE-VO gewählten Kategorien halten müssen, wie sie vor allem in den Titelüberschriften zur Anwendung kommen. Danach erfassen die Sachnormen der SE-VO und damit auch der Anwendungsbereich der 2. Alternative die allgemeinen Aspekte wie etwa Wesen der SE, Rechtspersönlichkeit, Haftungsfragen bei der SE in Gründung, Sitz, Firma sowie die Bereiche Kapitalverfassung, Gründung und Struktur (Organe und Leitung) sowie die Sitzverlegung und die Umwandlung der SE in eine Aktiengesellschaft nationalen Recht.²⁷⁸ Es handelt sich also um Rechtsfragen, die zwar nicht im konkreten, wohl aber im weiteren Zusammenhang geregelt sind;²⁷⁹ zum Beispiel enthält die SE-VO zwar im Rahmen der Abschnitte „Dualistisches System“ und „Gemeinsame Vorschriften für das monistische und das dualistische System“ in Art. 39 Abs. 2 SE-VO die Regelung, dass die Mitglieder des Leitungsorgans durch das Aufsichtsorgan abberufen werden; es fehlt jedoch an der Normierung der Einzelheiten zur Abberufung, wie Abberufungsgründe, Abberufungsverfahren etc..

²⁷⁵ Die Differenzierung zwischen Rechtsfragen innerhalb und außerhalb des sachrechtlichen Regelungsbereiches ist im Zusammenhang mit den gemeinschaftsrechtlichen Gesellschaftsformen üblich; allgemein dazu *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 955.

²⁷⁶ Nach *Brandt/Scheifele* DStR 2002, 547 ff. (548 f.) bilden die von der 2. Alternative umfassten Rechtsfragen nur einen Teilbereich des sachrechtlichen Regelungsbereiches der Verordnung. Der andere Teil des sachrechtlichen Regelungsbereiches fällt unter den Anwendungsbereich der 1. Alternative. *Wagner* NZG 2002, 985 ff. (988) vertritt hingegen die Ansicht, dass die 2. Alternative sämtliche in den sachrechtlichen Regelungsbereich der Verordnung fallenden Rechtsfragen erfasst; jedoch bestimmt *Wagner* den Regelungsbereich der Verordnung weniger großzügig als *Brandt/Scheifele* dies tun. Dieser Streit ist im Gegensatz zur 1. Alternative – näher dazu sogleich unten - hier im Bereich der 2. Alternative nicht weiter von Bedeutung. Damit reicht im Ergebnis die 2. Alternative nach beiden Ansichten gleich weit und betrifft in jedem Fall nur Rechtsfragen des sachrechtlichen Regelungsbereiches der Verordnung.

²⁷⁷ Ausführlich zur Zuordnung der Rechtsfragen zum sachrechtlichen Regelungsbereich der Verordnung *Brandt/Scheifele* DStR 2002, 547 ff. (549 ff.), *Wagner*, Europäischer Verein, 53 ff. zum EUV.

²⁷⁸ *Wagner* NZG 2002, 985 ff. (988).

²⁷⁹ *Brandt/Scheifele* DStR 2002, 547 ff. (549), die als Beispiel anführen, dass die SE-VO zwar im Abschnitt „Hauptversammlung“ Vorschriften über die Beschlussfassung und über die Stimmenauszählung (vgl. Art. 57 f.) enthält, nicht jedoch Regelungen über die Stimmrechtsvertretung und die Stimmrechtsbeschränkungen.

Die 1. Alternative spricht von den „von dieser Verordnung nicht geregelten Bereichen“. In der Literatur besteht Uneinigkeit, ob damit nur Rechtsfragen gemeint sind, die ebenfalls noch im sachrechtlichen Regelungsbereich der Verordnung liegen müssen oder ob davon gerade und allein solche erfasst werden, die außerhalb des sachrechtlichen Regelungsbereiches liegen.

*Wagner*²⁸⁰ vertritt eine weite Auslegung des Anwendungsbereiches der 1. Alternative und will davon allein außerhalb des sachrechtlichen Regelungsbereichs der Verordnung liegende Bereiche erfasst sehen. Danach würde Art. 9 Abs. 1 c) SE-VO teilweise auch gelten, wo der sachrechtliche Regelungsbereich der Verordnung nicht mehr betroffen ist, so jedenfalls etwa für alle gesellschaftsrechtlichen Fragen, aber offenbar auch für konzernrechtliche Sachverhalte²⁸¹ (zumindest wenn die SE das abhängige Unternehmen ist) sowie für die Fragen der Arbeitnehmerbeteiligung, denn Art. 9 Abs. 1 c) (i) SE-VO verweist (auch) auf die von den Mitgliedstaaten erlassenen Durchführungsbestimmungen zur SE-Ergänzungsrichtlinie. Die Grenze des Anwendungsbereichs der 1. Alternative zieht *Wagner*²⁸² jedenfalls dort, wo der unmittelbare Bezug zur Rechtsform der SE fehlt und die SE statt dessen wie jeder andere im Rechtsverkehr Beteiligte betroffen ist.

Begründen lässt sich dieses weite Verständnis der 1. Alternative des Art. 9 Abs. 1 c) SE-VO vor allem mit der Wortlautauslegung der deutschen Fassung anhand ihrer Entstehungsgeschichte.²⁸³

Gegen eine solch weite Sichtweise sprechen allerdings die nähere Betrachtung des Wortlauts anderer mitgliedstaatlicher Verordnungs-Fassungen, die Präambel bzw. die Erwägungsgründe

²⁸⁰ In NZG 2002, 985 ff. (988) bzw. ders. für den vergleichbaren Art. 6 Abs. 1 c) EUV-VOV in Europäischer Verein, 52; ähnlich für den ebenfalls vergleichbaren Art. 4 Abs. 1 c) EUGEN-VOV *vom Brocke*, Europäische Genossenschaft, 14 ff.

²⁸¹ Dass die konzernrechtlichen Sachverhalte nicht von der SE-VO selbst geregelt werden sollen, ist Erwägungsgrund (16) zu entnehmen. Die Geltung des Art. 9 Abs. 1 c) SE-VO für diesen Bereich folgt aus Erwägungsgrund (17), so *Wagner* NZG 2002, 985 ff. (988). Nach *Teichmann* ZGR 2002, 383 ff. (445) ergibt sich die Anwendbarkeit des nationalen Rechts bereits aufgrund der Nichtregelung des Konzernrechts aus dem Wortlaut der Verordnung selbst. Nach den allgemeinen Regeln des Internationalen Gesellschaftsrechts findet somit auf eine abhängige SE, die ihren Sitz in Deutschland hat, das deutsche Konzernrecht Anwendung. Der Erwägungsgrund (17) ist damit überflüssig und dürfte nach *Teichmann* in der SE-VO überhaupt nicht mehr enthalten sein. Zur Begründung seiner Sichtweise führt *Teichmann* folgendes an: „In Erwägungsgrund (17) heißt es, es sei anzugeben, welches Recht anwendbar ist. Wer dies angeben soll, bleibt im Dunkeln. Letztlich handelt es sich hier wohl um ein Redaktionsversehen. Der Entwurf von 1989 enthielt nämlich noch eine ausdrückliche kollisionsrechtliche Regelung. Damals fand sich in den Erwägungsgründen bereits die Formulierung des heutigen Erwägungsgrundes (17); im Kontext der Regelung von 1989 erläuterte sie die Notwendigkeit einer kollisionsrechtlichen Regel im Statut. Nach Streichung der kollisionsrechtlichen Regel wurde offenbar versäumt, auch den entsprechenden Erwägungsgrund zu streichen. Im heutigen Kontext könnte man zwar annehmen, er fordere nun den nationalen Gesetzgeber zu einer eindeutigen Stellungnahme auf. Eine solche aber nur in den Erwägungsgründen enthaltene Aufforderung wäre nicht bindend.“ Deshalb rät *Teichmann* dem deutschen Gesetzgeber auch, nicht in die von Rechtsprechung und Wissenschaft entwickelte Dogmatik einzugreifen.

²⁸² In NZG, 2002, 985 ff. (988) bzw. ders. für den vergleichbaren Art. 6 Abs. 1 c) EUV-VOV in Europäischer Verein, 68; ähnlich für den ebenfalls vergleichbaren Art. 4 Abs. 1 c) EUGEN-VOV *vom Brocke*, Europäische Genossenschaft, 28 f.. So auch schon allgemein als Einschränkung der Generalverweisung in der Vorgängervorschrift Art. 7 SE-VOV 1991 *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 1103, auch mit Hinweisen auf die Begründung der Kommission zu Art. 7 SE-VOV 1989.

²⁸³ Ausführlich dazu *Brandt/Scheifele* DStR 2002, 547 ff. (548).

der SE-VO sowie insbesondere praktische Schwierigkeiten und Umsetzungsprobleme, die ein derart weitgefaster Anwendungsbereich der 1. Alternative über den sachrechtlichen Regelungsbereich der Verordnung hinaus im Rahmen der Bestimmung des anwendbaren Rechts mit sich bringen würde.

So werden in Erwägungsgrund (20) im Rahmen einer nicht abschließenden Aufzählung etwa das Steuerrecht, das Wettbewerbsrecht, der gewerbliche Rechtsschutz und das Konkursrecht vom Regelungsbereich der Verordnung ausdrücklich ausgenommen. Würde man nun Art. 9 Abs. 1 c) SE-VO für diese Bereiche das anwendbare Recht bestimmen lassen, obwohl die SE-VO hierfür grundsätzlich nicht anwendbar ist, wäre dies äußerst merkwürdig.

Zudem kämen dann mangels Existenz einer Regelung dieser Bereiche in einem Ausführungsgesetz über Art. 9 Abs. 1 c) ii) SE-VO die Rechtsvorschriften des Mitgliedstaates, dem eine nach dem Recht des Sitzstaates der SE gegründete Aktiengesellschaft unterliegt, zur Anwendung. Dies hätte zur Folge, dass zu klären ist, ob Art. 9 Abs. 1 c) ii) SE-VO international-privatrechtlich als Sachnorm- oder Gesamtnormverweisung zu verstehen ist.²⁸⁴

*Brandt / Scheifele*²⁸⁵ befürworten deshalb eine restriktive Auslegung des Anwendungsbereiches der 1. Alternative. Danach erfasst Art. 9 Abs. 1 c) SE-VO auch in der 1. Alternative nur Regelungslücken im Regelungsbereich der Verordnung. Für die Fragen außerhalb des Regelungsbereiches, die der Gesetzgeber auch gar nicht regeln wollte, - so führen sie überzeugend aus - bleibt es dabei, dass das anwendbare Recht nicht über die Generalverweisung des Art. 9 Abs. 1 c) SE-VO, sondern nach den herkömmlichen Methoden, das heißt nach den Grundsätzen des Internationalen Privatrechts, zu bestimmen ist. Es soll danach in der 1. Alternative lediglich klargestellt werden, dass die Generalverweisung auch dann zur Anwendung kommt, wenn eine Rechtsfrage nach dem Wortlaut der SE-VO gar nicht, d. h. nicht ausdrücklich geregelt ist, sie aber innerhalb des Regelungsbereiches liegt. Im Gegensatz zu Alternative 2 kann man insofern von einer vollständigen Regelungslücke sprechen. So ist z. B. die Frage, ob neben den in Art. 38 SE-VO aufgeführten Organen noch weitere Organe bestehen können und wie diese im Einzelnen ausgestaltet sein können, in der Verordnung nicht angesprochen.²⁸⁶

²⁸⁴ Näher dazu *Brandt/Scheifele* DStR 2002, 547 ff. (548).

²⁸⁵ In DStR 2002, 547 ff. (548 ff.)

²⁸⁶ Als weiteres Beispiel nennen *Brandt/Scheifele* das gänzliche Fehlen von Bestimmungen über Strafvorschriften in der Verordnung, die noch in Art. 124 SE-VOV 1991 angesprochen waren.

bb) Regelungsbereich der SE-VO

Streng zu unterscheiden von der Frage, ob Art. 9 Abs. 1 c) SE-VO nur Rechtsfragen innerhalb (restriktive Auslegung) oder auch solche außerhalb des sachrechtlichen Regelungsbereiches (weite Auslegung) umfasst, ist die Bestimmung des Regelungsbereiches der SE-VO.

Eine genaue Grenzziehung in dem Sinne, dass alles, was in der SE-VO geregelt ist, dem Regelungsbereich der Verordnung zugehörig ist, während das, was keine Regelung in der SE-VO erfahren hat, außerhalb des Regelungsbereiches liegt, ist dabei nicht möglich. Das ergibt sich aus der bewussten Lückenhaftigkeit der SE-VO.²⁸⁷

Damit steht jedenfalls fest, dass der Regelungsbereich der SE-VO weiter reicht als die Regelung selbst. Andererseits bedeutet das Vorliegen einer Regelung in der SE-VO noch nicht zwangsläufig die Zugehörigkeit der Angelegenheit zum Regelungsbereich der SE-VO.²⁸⁸

Hierzu werden in der Literatur verschiedene Vorgehensweisen vertreten.

So erfolgt etwa die Unterscheidung anhand der Zuordnung der Rechtsfragen zum Innen- oder Außenverhältnis,²⁸⁹ bzw. zum Organisations- oder Tätigkeitsrecht²⁹⁰ oder auch mithilfe einer Internationalprivatrechtlichen Qualifikation.²⁹¹

Da jedoch alle diese Methoden entscheidende Schwächen²⁹² haben, ist letztlich der Regelungsbereich der SE-VO allein anhand einer gemeinschaftsrechtlichen Qualifikation festzustellen.²⁹³

Nur ein solches Vorgehen, das den Regelungsbereich auf der Grundlage der gemeinschaftsrechtlichen Auslegungsgrundsätze feststellt, lässt sich mit der ständigen Rechtsprechungspraxis des EuGH ein Einklang bringen, wonach die Auslegung des Gemeinschaftsrechts aus sich heraus zu erfolgen hat. Schließlich ist auch die SE-VO Rechtsakt der Europäischen Gemeinschaft i. S. d. Art. 249 Abs. 2 EGV und zur Auslegung einer Rechtsvorschrift gehört dabei notwendigerweise auch die Bestimmung ihres Regelungsbereiches.²⁹⁴

²⁸⁷ Diese kommt – je nachdem ob man einer restriktiven oder weiten Auslegung des Art. 9 Abs. 1 c) SE-VO folgt – in Art. 9 Abs. 1 c) 1. Alternative oder 2. Alternative zum Ausdruck.

²⁸⁸ Zu allem m. w. N. *Brandt/Scheifele* DStR 2002, 547 ff. (549).

²⁸⁹ So für die EWIV *Meyer-Landrut*, EWIV, 16 ff.

²⁹⁰ *Grote*, Statut, 102 ff.

²⁹¹ *Von Caemmerer*, Festgabe für Kronstein, 1967, S. 171 ff. (195); *Lindacher*, Auslegung, 1 ff. (4).

²⁹² *Brandt/Scheifele* DStR 2002, 547 ff. (550)

²⁹³ Ausführlich *Brandt/Scheifele* DStR 2002, 547 ff. (550); ebenso - für den EUV - *Wagner*, Europäischer Verein, 53 ff. und - für die EUGEN - *vom Brocke*, Europäische Genossenschaft, 15.

²⁹⁴ *Brandt/Scheifele* DStR 2002, 547 ff. (550).

*cc) Notwendigerweise großzügigere Bestimmung des Regelungsbereiches
als Folge der restriktiven Auslegung*

Wie oben dargelegt, verlangt die restriktive Auslegung des Art. 9 Abs. 1 c) 2. Alternative SE-VO, dass für die Geltung dieser Vorschrift – wie auch bei der 1. Alternative – der sachrechtliche Regelungsbereich der Verordnung betroffen ist. Nach der weiten Auslegung hingegen erfasst Art. 9 Abs. 1 c) 2. Alternative SE-VO auch (begrenzt) Bereiche außerhalb des sachrechtlichen Regelungsbereiches der Verordnung.

Die Folge dieser beiden abweichenden Auslegungsweisen wäre nicht nur, dass sie die Voraussetzungen für das Eingreifen der 2. Alternative unterschiedlich definieren, sondern auch, dass sie den Geltungsbereich der Verordnung ungleich weit fassen und damit die vom SE-Recht geregelten Sachverhalte und Rechtsfragen wesentlich differieren. So würden beispielsweise bestimmte Bereiche oder Fallgestaltungen, obwohl sie außerhalb des sachrechtlichen Regelungsbereiches der Verordnung liegen nach der weiten Auslegung noch SE-rechtlich geregelt, nach der restriktiven Auslegung hingegen kämen allein die allgemeinen Grundsätze des Internationalen Privatrechts zur Anwendung.

Somit unterliefe die SE nach der restriktiven Auslegung oft nicht den einheitlichen Regelungen der SE-VO bzw. dem einheitlich geltenden, über die allgemeine Generalverweisung anwendbaren, mitgliedstaatlichen (Sitzstaat-) Recht, sondern dem jeweils über internationalprivatrechtliche Grundsätze heranzuziehenden nationalen Recht.

Die Folge wären ganz erhebliche Abweichungen in der Behandlung der SE und die juristische EU-weite Einheitlichkeit des SE-Rechts wäre nicht (mehr) gewährleistet. Doch ist – neben der wirtschaftlichen - gerade die juristische Einheitlichkeit der europäischen Unternehmen ein wesentlicher Beweggrund für die Schaffung einer Europäischen Gesellschaft in Form der SE, vgl. Erwägungsgrund (6) der SE-VO. Danach will der EU-Gesetzgeber neben den bisherigen Gesellschaftsformen nationalen Rechts Gesellschaften schaffen, deren Struktur und Funktionsweise durch eine in allen Mitgliedstaaten unmittelbar geltende gemeinschaftsrechtliche Verordnung geregelt werden.

Um diese geforderte juristische Einheitlichkeit zu gewährleisten, fassen *Brandt/Scheifele*²⁹⁵ den Regelungsbereich der SE-VO erheblich weiter als die Anhänger der weiten Auslegung und schaffen damit einen Ausgleich zugunsten der Vorgaben der SE-VO.

²⁹⁵ In DStR 2002, 547 ff. (551).

Zur Begründung führen sie an, dass trotz der politisch bedingten Öffnung des SE-Statuts hin zum nationalen Recht das Ziel, ein einheitliches Gesellschaftsstatut zu schaffen, nicht aufgegeben und die Ausgestaltung des SE-Rechts nicht vollständig der Willkür der nationalen Gesetzgeber überlassen werden dürfe.

Zudem erlaube die restriktive Auslegung des Anwendungsbereiches des Art. 9 Abs. 1 c) 1. Alternative SE-VO umgekehrt – im Sinne einer Wechselwirkung – ein großzügigeres Vorgehen bei der Bestimmung des Regelungsbereiches.

Es sei überdies davon auszugehen, dass sich auch der EuGH bei der Auslegung des SE-Rechts an den Zielen der SE-VO orientieren wird. Es dürfe daher vermutet werden, dass der EuGH den Auslegungsgrundsatz des „effet utile“ bemühen wird, um den Regelungsbereich im Zweifelsfall weit zu fassen. Nur so könnten möglichst viele Rechtsfragen der Rechtsprechung des EuGH unterworfen werden, was auch von Nöten sein werde, um einer befürchteten Zersplitterung der Rechtsform SE entgegenzuwirken.

Im Ergebnis werden damit beide Auslegungsmethoden den Zielvorgaben des Erwägungsgrundes (6) der SE-VO einer juristischen Einheitlichkeit der SE gerecht und für die Behandlung der SE in der Praxis ergeben sich keine entscheidenden Unterschiede.

Letztlich ist jedoch, insbesondere aufgrund der oben aufgezeigten klareren und einfacheren praktischen Handhabung, der von *Brandt/Scheifele* vertretenen restriktiven Auslegung der Vorzug zu geben. Die anschließende erweiternde Korrektur bei der Bestimmung des Regelungsbereiches ist im Interesse der juristischen Einheitlichkeit der Behandlung der SE nur konsequent.

c) Subsidiarität der Generalverweisung

Die allgemeine Generalverweisung des Art. 9 Abs. 1 c) SE-VO kann nur subsidiär eingreifen. Nur wenn eine Rechtsfrage weder durch eine Vorschrift in der Verordnung selbst geregelt ist, noch die Verordnung hinsichtlich dieser Rechtsfrage eine gemeinschaftsrechtliche Satzungsautonomie gewährt, noch die Regelungslücke mit Hilfe einer Spezialverweisung ausgefüllt wird, ist die Frage nach dem über die Generalverweisung berufenen mitgliedstaatlichen Recht zu beantworten.²⁹⁶

²⁹⁶ *Wagner NZG 2002, 985 ff. (988).*

Erforderlich ist also, dass eine Frage in der Verordnung nicht abschließend geregelt ist.²⁹⁷

Eine abschließende Regelung liegt jedoch auch bei einer bewussten Nichtregelung vor. Dann fehlt es gerade an einer Regelungslücke, die aber für das Eingreifen der Generalklausel notwendigerweise vorliegen muss.

d) Vorliegen einer Regelungslücke

Es kommt damit letztlich darauf an, ob die Verordnung zu einer Rechtsfrage eine – unter Umständen im Wege der Auslegung zu ermittelnde – sachrechtliche Regelung enthält oder ob eine Regelungslücke besteht. Nur im letzteren Fall kann die Generalverweisung des Art. 9 Abs. 1 c) SE-VO eingreifen und das mitgliedstaatliche Recht zur Anwendung bringen.

Sofern die Verordnung einen Bereich abschließend regelt, sei es ausdrücklich oder im Wege einer bewussten Nichtregelung, dürfen keinesfalls mitgliedstaatliche Vorschriften zur Ergänzung von Verordnungsbestimmungen herangezogen werden.²⁹⁸

e) Lückenfeststellung mittels Auslegung

Um festzustellen, ob die Verordnung an einer bestimmten Stelle bzw. für einen bestimmten sachlichen Regelungsbereich eine Lücke enthält, ist es zwingend erforderlich, die Verordnung

Noch nach Art. 7 Abs. 1 SE-VOV 1989, einer Vorgängervorschrift zu Art. 9 Abs. 1 SE-VO, war eine in der Verordnung nicht ausdrücklich geregelte Frage nur dann nach dem mitgliedstaatlichen Recht (des Sitzstaates der SE) zu behandeln, wenn sie sich nicht „nach den allgemeinen Grundsätzen, auf denen die Verordnung beruht“, lösen ließ. An dieser Regelung war vielfach kritisiert worden, dass Abgrenzungsschwierigkeiten für das Eingreifen nationalen Rechts bestehen. Man befürchtete Rechtsanwendungsprobleme, weil es schwierig sein würde, aus dem lückenhaften Statut allgemeine Grundsätze abzuleiten; so *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 1098, *Trojan-Limmer* RIW 1991, 1010 ff. (1012); a. A. *Raiser* in FS für Semler, 277 ff. (282f.), der es trotz der wenigen Sachnormen der Verordnung für praktikabel gehalten hätte, das Statut in erster Linie aus sich selbst heraus auszulegen und gegebenenfalls fortzubilden. Einen schematischen Übergang zum Recht der Mitgliedstaaten ohne Interpretation des Statuts aus sich selbst heraus lehnt er ab. In Fällen, in denen die Anwendung des mitgliedstaatlichen Rechts in Betracht kommt, verlangt er, stets weiter zu prüfen, welche Folgen es hätte, wenn zum Beispiel ein französischer Fall anders entschieden würde wie ein griechischer oder portugiesischer. Den völligen Verzicht auf eine entsprechende Regelung in der Verordnung hält er für einen rechtstechnischen Fehler, den Gerichte und Wissenschaft aus seiner Sicht hoffentlich alsbald korrigieren werden.

²⁹⁷ *Maul*, SE, 13 f.

²⁹⁸ *Gleichmann*, ZHR 149 (1985), 633 ff. (648).

Ein besonderes Problemfeld tut sich auf, wenn zu bestimmten Einzelfragen trotz Verweisungen auch Regelungen in der Verordnung vorgesehen sind. Dann stellt sich die Frage, ob strengere nationale Schutzvorschriften zusätzlich zur Anwendung gelangen oder ob das Statut, wo es schweigt, eine abschließende Regelung enthält und somit liberaler ist. Dazu mit verschiedenen Beispielen zum SE-VOV 1991 *Trojan-Limmer* RIW 1991, 1010 ff. (1012); so etwa Beispiel 2 zu „Haftungsklage der Gläubiger bei schuldhaftem Verhalten von Mitgliedern der SE-Organe. Dieses konkrete Problem stellt sich jedoch nach der SE-VO angesichts der Tatsache, dass die SE-VO keine Regelungen (mehr) zur Haftungsklage enthält und dass Art. 51 ganz pauschal und generell für Haftungsfragen auf Sitzstaatrecht verweist, nicht mehr.

auszulegen. Auf diese Prüfung kann auf keinen Fall verzichtet werden. Ein schematischer Übergang zum Recht der Mitgliedstaaten ist nicht möglich.²⁹⁹

Da der Wortlaut der Generalverweisung keine Eingrenzung des sachlichen Anwendungsbereiches enthält,³⁰⁰ ist im Wege der Auslegung zugleich der Regelungsumfang der einzelnen Vorschriften mitzubestimmen.³⁰¹

aa) Auslegungskriterien

Bei der Lückenfeststellung stehen sich zwei gegensätzliche Auslegungskriterien gegenüber.

Einerseits ist es Ziel der SE-VO, eine gemeinschaftseinheitliche Rechtsform in Form einer Aktiengesellschaft zu schaffen, welche die erforderliche Unabhängigkeit vom nationalen Recht besitzt.

Andererseits geht der Gemeinschaftsgesetzgeber selbst von der Lückenhaftigkeit der Verordnung aus. Dies zeigt die Existenz der Generalverweisungen und insbesondere der allgemeinen Generalverweisung in Art. 9 Abs. 1 c) SE-VO. Aus dieser absichtlichen Lückenhaftigkeit der Verordnung lässt sich schließen, dass die Annahme einer Regelungslücke eines geringeren Begründungsaufwandes bedarf als die Annahme einer abschließenden, gegebenenfalls erst durch Auslegung zu ermittelnden Regelung durch die Verordnung.

Es lässt sich damit die „Faustregel“ aufstellen, dass bei einer fehlenden Regelung einer Rechtsfrage im Zweifel von einer Regelungslücke auszugehen ist.³⁰²

Vom Vorliegen einer Regelungslücke ist in der Regel insbesondere dann auszugehen, wenn eine Rechtsfrage in allen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten geregelt ist oder wenn eine Regelung der in der SE-VO nicht ausdrücklich geregelten Frage für das Funktionieren der SE unerlässlich ist.³⁰³

²⁹⁹ Vgl. Raiser in FS für Semler, 277 ff. (282f.).

³⁰⁰ Wagner NZG 2002, 985 ff. (988)

³⁰¹ Wagner, Europäischer Verein, 62 für den EUV.

³⁰² Jaeger, Europäische Aktiengesellschaft, 24 zum SE-VOV 1991; Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 959.

³⁰³ Jaeger, Europäische Aktiengesellschaft, 24 zum SE-VOV 1991; Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 959.

bb) Gewöhnliche Auslegung von sekundärem Gemeinschaftsrecht

Bei der Auslegung mit dem Ziel, festzustellen, ob die Verordnung eine abschließende Regelung trifft oder nicht, handelt es sich um eine gewöhnliche Auslegung von sekundärem Gemeinschaftsrecht.

Die Auslegung der Verordnung muss daher im Hinblick auf die Feststellung vorhandener Regelungslücken aus sich selbst heraus nach - den oben bereits dargelegten - gemeinschaftsrechtlichen Maßstäben erfolgen.³⁰⁴

Wie oben bereits aufgezeigt, sind die im Gemeinschaftsrecht verwendeten Begriffe grundsätzlich gemeinschaftsrechtlich, also unabhängig von dem ihnen im mitgliedstaatlichen Recht zukommenden Begriffsgehalt auszulegen.³⁰⁵ Damit können auslegungsbedürftige Regelungslücken nur jenseits der Wortlautgrenze bestehen.³⁰⁶

Aber selbst, wenn die Verordnung keine aus dem Wortlaut zu ermittelnde Regelung einer Rechtsfrage enthält, kommt nicht in jedem Fall automatisch eine Lückenschließung in Betracht. Denn möglicherweise liegt gar keine ausfüllungsbedürftige Regelungslücke, sondern eine bewusste Nichtregelung und damit eine abschließende Verordnungsregelung vor; dies ist im Wege der eben dargelegten Auslegungsgrundsätze zu ermitteln.

f) Ausfüllung der Regelungslücken – SE-spezifische Anwendung des nationalen Rechts

Ergibt sich nun aus der Auslegung, dass eine ausfüllungsbedürftige Regelungslücke vorliegt, stellt sich die Frage, wie diese Lücke auszufüllen ist.

Die Ausfüllung der Regelungslücken ist methodisch klar zu trennen von der Lückenfeststellung. Tatsächlich sind die beiden gedanklichen Vorgänge jedoch oft nicht trennbar.³⁰⁷ So ergibt sich aus der für die Lückenfeststellung erforderlichen Auslegung auch der Charakter der Regelungslücke, der wiederum Einfluss hat auf die Art und Weise der Lückenausfüllung.

³⁰⁴ *Wagner* NZG 2002, 985 ff. (989); *Raiser* in FS für Semler, 277 ff. (283) für den SE-VOV 1991; *Wagner*, Europäische Verein, 62 für den EUV; ausführlich zu den Grundsätzen der Auslegung des europäischen Rechts *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 77 ff. bzw. des SE-Rechts etwa *Maul*, SE, 16 ff.

³⁰⁵ *Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil*, Europäische Union, 246.

³⁰⁶ So *Wagner*, Europäische Verein, 63 zum EUV.

³⁰⁷ *Larenz*, Methodenlehre, 401.

Handelt es sich um eine gewöhnliche Regelungslücke, die ihre Ursache in der nicht abschließenden Regelung der SE-VO hat, erfolgt die Ausfüllung der Regelungslücke anhand der in der allgemeinen Generalverweisung des Art. 9 Abs. 1 c) SE-VO vorgegebenen Anwendungs- und Normenhierarchie.³⁰⁸ Dies ergibt sich im übrigen auch aus der Vorschrift des Art. 10 SE-VO, wonach die SE grundsätzlich wie eine nationale Aktiengesellschaft zu behandeln ist.

Ist damit über die allgemeine Generalverweisung nationales Sitzstaatrecht heranzuziehen, ist das berufene nationale Recht – wie im Falle der Berufung über eine einfache Verweisung auf Sitzstaatrecht – nicht schematisch auf die SE anzuwenden. Stattdessen hat aus den bereits oben genannten Gründen auch hier eine angepasste, sog. SE-spezifische Anwendung des nationalen Rechts zu erfolgen, wenn die Besonderheiten der SE-VO als gemeinschaftsrechtliches Regelwerk dies gebieten.

Anders ist dies jedoch dann, wenn eine Regelungslücke gegeben ist, die sich spezifisch nur für die supranationale gemeinschaftsrechtliche Rechtsform der SE stellt und rein nationalen Gesellschaftsformen fremd ist. Eine solche mitgliedstaatenübergreifende Lücke kann sinnvollerweise nicht durch die Anwendung nationalen Rechts gefüllt werden. Das mitgliedstaatliche Recht hält hierzu gerade keine sachgerechte Regelung zur Lückenausfüllung bereit. Die Lückenfüllung dieser SE-spezifischen Regelungslücken hat notwendigerweise aus der Natur der Sache heraus auf der gemeinschaftsrechtlichen Rechtsebene im Wege der Rechtsfortbildung durch den EuGH zu erfolgen.³⁰⁹

Betrachtet man die Entstehungsgeschichte der SE-VO stehen der Lückenschließung durch richterliche Rechtsfortbildung jedoch gewisse Bedenken gegenüber. So forderten die ersten Verordnungsvorschläge noch bis zum Jahre 1989 ausdrücklich dazu auf, Lücken im Regelungsbereich der Verordnung durch Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze zu schließen. In der letztlich verabschiedeten SE-VO fehlt eine derartige Bestimmung. Statt dessen verweist Art. 9 SE-VO für alle nicht geregelten und auch für alle nur teilweise geregelten Bereiche auf nationales Recht. Gerade der besondere Hinweis auch auf die „nur teilweise“ geregelten Bereiche scheint es von vornherein auszuschließen, Lücken anders als durch Heranziehung des nationalen Rechts zu schließen.³¹⁰

Jedoch kann der Verweis auf nationales Recht nicht als Verbot der Rechtsfortbildung missverstanden werden.

³⁰⁸ Dazu siehe oben; ausführlich zur Lückenfüllung gemäß Art. 9 Abs. 1 c) i) bis iii) SE-VO *Wagner NZG* 2002, 985 ff. (989).

³⁰⁹ Brandt/Scheifele *DStR* 2002, 547 ff. (552 f.) mit Beispiel und weiteren Nachweisen; *Raiser*, FS für Semler, 277 ff. (283).

³¹⁰ *Teichmann ZGR* 2002, 383 ff. (406).

Zum einen ergibt sich ein solches Verbot nicht eindeutig aus der Entstehungsgeschichte und ist in der Rechtsprechung des EuGH auch für das Sekundärrecht nicht unbekannt.³¹¹

Zum anderen gebietet die eben aufgezeigte Besonderheit der SE als supranationale Rechtsform eine richterliche Rechtsfortbildung dann, wenn mitgliedstaatenübergreifende Sachverhalte betroffen sind, für die eine rein nationale Rechtsordnung gezwungenermaßen keine Regelung enthalten kann. Für diese Fälle kann eine notwendige Lückenschließung nur durch richterrechtliche Rechtsfortbildung erfolgen.³¹² Die Generalverweisung findet dann hingegen keine Anwendung.

g) Regelungsbedürfnis für den nationalen Gesetzgeber

Die allgemeine Generalverweisung des Art. 9 Abs. 1 c) SE-VO ist eine Verweisung auf Sitzstaatrecht. Hinsichtlich des aus ihr resultierenden Regelungsbedürfnisses ist sie damit im wesentlichen nach den oben zur einfachen Verweisung auf Sitzstaatrecht aufgezeigten Grundsätzen zu behandeln. Es kommt somit – wie bei der einfachen Verweisung auf Sitzstaatrecht – über die allgemeine Generalverweisung bestehendes nationales Recht zur Anwendung. Aufgrund des Charakters der allgemeinen Generalverweisung als Sachnormverweisung gilt unmittelbar das nationale Sachrecht des Sitzstaates der SE.

Die Regelungstätigkeit des nationalen Gesetzgebers beschränkt sich somit auch im Zusammenhang mit der allgemeinen Generalverweisung auf eine Regelungspflicht zur Anpassung (Änderung bzw. Ergänzung) des bereits existenten nationalen Sachrechts an die Vorgaben der SE-VO.

Es folgt auch aus der Generalverweisung weder eine Pflicht noch ein Recht zum Erlass von gänzlich neuen und von der Verweisung unabhängigen Sachregelungen. Hierfür hält die SE-VO Verpflichtungs- bzw. Ermächtigungsnormen bereit.

Der nationale Gesetzgeber hat also auch hier lediglich das von der Generalverweisung umfasste bestehende nationale Recht, das über die Verweisung auch für die SE Geltung erlangt, auf seine Vereinbarkeit mit der SE-VO und deren Ziele und Grundsätze hin zu untersuchen. Vorhandene Unvereinbarkeiten des nationalen Rechts – auch unter Berücksichtigung einer im Einzelfall

³¹¹ Ausführlich *Teichmann ZGR 2002, 383 ff. (406 f.)*.

³¹² *Teichmann ZGR 2002, 383 ff. (408 f.)*.

erforderlichen SE-spezifischen Auslegung - hat der nationale Gesetzgeber zu beseitigen, indem er das bestehende nationale Recht insoweit anpasst. Dabei hat er Ziele und Grundsätze der SE-VO sowie die allgemeingültigen Prinzipien des Europäischen Rechts und gegebenenfalls verschiedene Elemente aus der aktuellen Corporate-Governance-Diskussion zu beachten.³¹³

Es besteht damit für den nationalen Gesetzgeber auch hier als Ausfluss des in Art. 10 EGV und Art. 68 Abs. 1 SE-VO verankerten Grundsatzes der Gemeinschaftstreue eine eindeutige Pflicht zum Tätigwerden,³¹⁴ mit der Folge, dass Anwendungsschwierigkeiten und / oder Störungen der praktischen Handhabung aufgrund einer fehlenden oder unzureichend erfolgten Anpassung des nationalen Rechts eine mit dem Gleichbehandlungsgebot des Art. 10 SE-VO sowie dem Diskriminierungsverbot in Erwägungsgrund (5) nicht zu vereinbarende Schlechterstellung der SE im Vergleich zur nationalen (Aktien-) Gesellschaft begründen. Diese Schlechterstellung stellt eine EG-Vertragsverletzung des Mitgliedstaates dar, was gegen den Mitgliedstaat ein Vertragsverletzungsverfahren (Art. 226, 227 EGV) nach sich ziehen kann.

*h) SE-spezifische Anwendung des in Ausführung des Regelungsauftrages
erlassenen nationalen Rechts*

Auch hier gilt natürlich wieder, dass im Falle einer Anpassung nationaler Vorschriften diese selbst nach der Anpassung gegebenenfalls ebenfalls SE-spezifisch anzuwenden sind, wenn dies die Besonderheiten der SE-VO als gemeinschaftsrechtliche Regelung gebieten.

Letztlich hat damit auch die Generalverweisung – ebenso wie die einfachen Verweisungen auf Sitzstaatrecht³¹⁵ - unter Umständen auch Änderungen des nationalen Rechts, das neben der SE zugleich für nationale (Aktien-) Gesellschaften gilt, zur Folge.

Das führt schließlich dazu, dass auch auf die nationalen Aktiengesellschaften inhaltlich veränderte Regelungen zukommen.³¹⁶

³¹³ Ausführlich zu den zu beachtenden Grundsätze siehe unten.

³¹⁴ Ähnlich auch *Brandt* NZG 2002, 991 ff. (991).

³¹⁵ Dazu siehe oben.

³¹⁶ Dies ist wiederum zugleich ein positiver Aspekt, da so verhindert wird, dass SE und nationale Aktiengesellschaften in ihrer rechtlichen Behandlung zu weit auseinanderliegen, was schließlich mit dem erstrebten „Gleichlauf“ von SE und nationaler Aktiengesellschaft nicht vereinbar wäre.

III. Exkurs: „Inkongruenz“ als Grund für Regelungsbedarf außerhalb des Anwendungsbereichs der SE in rein nationalen Rechtsbereichen (theoretische Grundlagen)³¹⁷

Unabhängig von diesen Regelungsmöglichkeiten und Regelungspflichten des nationalen Gesetzgebers auf der Grundlage von Verweisungen, kann sich ein Regelungsbedarf für den nationalen Gesetzgeber im Zusammenhang mit der SE-VO auch für weitere Normbereiche ergeben, die allein für die nationalen Aktiengesellschaften von Bedeutung sind und gänzlich außerhalb des Regelungsbereiches der SE liegen. Auf die Behandlung der SE haben diese geänderten bzw. ergänzten Regelungen keinen Einfluss.³¹⁸

Diese Bereiche sollen als Fälle der „Inkongruenz“ zusammengefasst und – da sie ebenfalls ein Regelungsbedürfnis des nationalen Gesetzgebers begründen – in dieser Arbeit mitbehandelt werden.

1. Praktisch gebotene Angleichung des nationalen Rechts

All diesen Fällen ist gemeinsam, dass sie – wie bereits erwähnt – nicht unmittelbar mit einer Verweisungsnorm in der SE-VO in Zusammenhang stehen.

Ein Bedürfnis für eine nationale Rechtsetzung, sei es durch Anpassung (Änderung bzw. Ergänzung) oder durch Schaffung von nationalen Rechtsregeln in einem bisher gänzlich unregulierten Bereich, ergibt sich aber daraus, dass die nationalen Regelungen mit den Vorgaben der SE-VO nicht übereinstimmen und diese Abweichungen für die rechtliche und / oder praktische Handhabung der nationalen Aktiengesellschaft nur schwerlich oder gar nicht hinnehmbar sind.

Der Bereich der Inkongruenz umfasst damit vorwiegend Fälle, in denen es zwar nicht zwingend erforderlich, jedoch aus praktischen Gesichtspunkten geboten ist, die differenzierende Normierung und Behandlung von Rechtsfragen in den beiden Rechtsbereichen SE-VO und nationales (Aktien-) Recht einander anzugleichen.³¹⁹ Da sich der Verordnungsgeber bei der

³¹⁷ Die Fälle, in denen sich der Problembereich der Inkongruenz praktisch auswirkt, werden unten behandelt.

³¹⁸ Im Ergebnis ähnlich *Bungert/Beier* EWS 2002, 1 ff. (2).

³¹⁹ Es kommt hier allein eine Angleichung des nationalen Rechts in Betracht. Zum einen ist es dem nationalen Gesetzgeber gar nicht möglich, Gemeinschaftsrecht (hier in Form der Verordnung) anzugleichen. Zum anderen regelt die SE-VO die gemeinschaftsrechtliche Sichtweise, die – wovon im Zuge der Vereinheitlichung des

Schaffung der SE-VO an den Vorgaben der verschiedenen gemeinschaftsrechtlichen Richtlinien zur Vereinheitlichung des Gesellschaftsrechts orientiert hat, finden sich auch die Abweichungen zwischen SE-VO und nationalem Recht notwendigerweise in denjenigen Bereichen, in die der gemeinschaftliche Vereinheitlichungsprozess noch nicht vorgedrungen ist.

Die Vorteile einer solchen Anpassung des nationalen (Gesellschafts-) Rechts an die Vorgaben der SE-VO liegen auf der Hand. Eine inhaltliche Übereinstimmung der beiden Regelungskomplexe und eine weitgehend einheitliche Behandlung von SE und nationaler Aktiengesellschaft machen die rechtliche Handhabung und tägliche Praxis im Umgang mit den verschiedenen Gesellschaftsformen einfacher und übersichtlicher.

Darüber hinaus sind Fälle denkbar, in denen die Regelungen des nationalen Gesellschaftsrechts nationale Aktiengesellschaften³²⁰ – auch im Hinblick auf einen Standortwettbewerb – gegenüber einer SE mit den für sie geltenden SE-rechtlichen Bestimmungen benachteiligen.³²¹

Auch dann wird der nationale Gesetzgeber schon aus praktischen Gründen und rein nationalen (wirtschaftlichen) Interessen gehalten sein, Änderungen des innerstaatlichen und allein für nationale Aktiengesellschaften geltenden Rechts vorzunehmen, die auf die Regelung der SE keine Auswirkungen haben.

Hinzu kommt als weiterer Aspekt, die Tatsache, dass verschiedene für die SE getroffene Regelungen in der aktuellen Corporate Governance Diskussion eine Rolle spielen und so im Zuge der Modernisierung des deutschen Aktienrechts höchstwahrscheinlich in absehbarer Zeit auf diesem Wege Gegenstand nationaler Rechtssetzungstätigkeiten werden. So bietet es sich unter Umständen an, aufgrund des sachlichen Zusammenhangs in diesen Fällen eine Anpassung im Zuge des Gesetzesvorhabens SE vorzunehmen.³²²

Gemeinschaftsrechts in der EU auszugehen ist – in Zukunft den Mitgliedstaaten durch gemeinschaftsrechtliche Richtlinien zur Vorgabe gemacht werden wird.

³²⁰ Eine Benachteiligung der SE verbietet sich schon aufgrund Erwägungsgrund (5) und Art. 10 SE-VO.

³²¹ *Bungert/Beier* EWS 2002, 1 ff. (2).

³²² Davon zu unterscheiden sind die Diskussionen um eine Reform des deutschen Aktienrechts insgesamt. Ein solches Vorgehen wird hier abgelehnt. Aufgrund der knappen Zeit bis zum Inkrafttreten der SE-VO sollte sich der deutsche Gesetzgeber im wesentlichen auf die Ausführungsvorschriften zur SE-VO (und zur Ergänzungsrichtlinie) konzentrieren. Änderungen des deutschen Aktienrechts sollten allenfalls vorgenommen werden, wenn sie in einem engen Zusammenhang mit der SE stehen.

2. Grenzen

Grenze dieser – rein aus praktischer Sicht ratsamen, aber keineswegs zwingend vorzunehmenden – Angleichungen des nationalen Rechts an die SE-VO bzw. das Gemeinschaftsrechts sind zwingende nationale, nicht von Vorgaben des Gemeinschaftsrechts verdrängbare Rechtsgrundsätze. Schließlich kommt es auch maßgeblich darauf an, welche Intentionen und Motive der nationale Gesetzgeber mit seinen Regelungen verfolgt. So kann es etwa aus rein nationalen ökonomischen oder politischen Gesichtspunkten sinnvoll sein, eine abweichende Regelung für die nationale Gesellschaft beizubehalten und somit das nationale Recht in einer bestimmten Regelungsfrage nicht anzugleichen. Nicht selten weichen nationale Interessen und Bedürfnisse von denen der Gemeinschaft ab, was wiederum zu differierenden Gesetzgebungszielen und damit zu unterschiedlichen Regelungen einer Frage führt.

Es ist damit für jeden Einzelfall unter Abwägung der jeweiligen Umstände zu entscheiden, ob der deutsche Gesetzgeber im Fall des Vorliegens einer Inkongruenz tätig werden sollte.

3. Beispiele in der SE-VO

Als Beispiele einer Inkongruenz zwischen deutschem und SE-Recht sollen hier nur einige Fälle kurz aufgezeigt werden. Die nähere Betrachtung der abweichenden Regelungen und mögliche Folgen für den nationalen Gesetzgeber werden unten ausführlich behandelt.

Beispielsweise beträgt nach Art. 46 Abs. 1 SE-VO der Höchstzeitraum einer erstmaligen Organmitgliedschaft in der SE sechs Jahre. Die vergleichbare Regelung in § 84 Abs. 1 bzw. § 102 Abs. 1³²³ AktG sieht einen Zeitraum von höchstens fünf Jahren vor.³²⁴

Gemäß Art. 47 Abs. 1 SE-VO kann eine Gesellschaft oder eine andere juristische Person grundsätzlich Mitglied eines Organs der SE sein. Nach deutschem Recht ist dies nach den §§ 76 Abs. 3, 100 Abs. 1 AktG derzeit (noch) nicht möglich.³²⁵

³²³ Hierzu Hüffer, AktG § 102, Rn. 2 a. E. „grob gerechnet beträgt die Höchstdauer also fünf Jahre“.

³²⁴ Theisen/Hözl in Theisen/Wenz (Hrsg.), 247 ff. (266).

³²⁵ Lutter BB 2002, 1 ff. (5); Hommelhoff AG 2001, 279 ff. (283); Thoma/Leuring NJW 2002, 1449 ff. (1451); Theisen/Hözl in Theisen/Wenz (Hrsg.), 247 ff. (265).

Art. 48 Unterabs. 1 Abs. 1 SE-VO sieht zum Beispiel eine zwingende Festlegung der zustimmungsbedürftigen (und ausdrücklich beschlussbedürftigen) Arten von Geschäften in der Satzung der Gesellschaft vor. § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG a. F. hingegen gab dem Aufsichtsrat lediglich die Möglichkeit zur Festlegung der Arten von Geschäften, die der Vorstand nur mit seiner Zustimmung vornehmen darf. Eine Regelung nach dem Vorbild der SE-VO wurde von der *Regierungskommission Corporate Governance* auch für das deutsche Aktienrecht vorgeschlagen.³²⁶ Der deutsche Gesetzgeber hat die Vorschrift des § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG inzwischen entsprechend geändert.

Schließlich enthält die SE-VO neben Vorschriften zur dualistischen Organisationsverfassung (Art. 39 bis 42) in den Art. 43 bis 45 auch Regelungen zu einer monistischen Organisationsverfassung der Gesellschaft, während im deutschen Aktienrecht bisher nur das dualistische System geregelt ist.³²⁷

³²⁶ Bericht, Rn. 34-35; dazu auch *Berrar* DB 2001, 2181 ff. (2181). Näher dazu unten.

³²⁷ Im Rahmen der Diskussion zur Einführung eines europaweiten Corporate Governance Systems geht die von der europäischen Kommission eingesetzten Expertengruppe von dem Prinzip aus, dass Aktiengesellschaften in der Europäischen Union zwischen dem dualistischen Verwaltungsmodell mit Vorstand und Aufsichtsrat und dem monistischen Verwaltungsmodell mit einem einzigen Verwaltungsorgan wählen können; *Maul* DB 2003, 27 ff. (28).

TEIL 3: BESCHRÄNKUNGEN UND ZU BEACHTENDE GRUNDSÄTZE IM RAHMEN DER ANPASSUNGEN DES NATIONALEN RECHTS³²⁸

Kommt der nationale Gesetzgeber seinen Regelungspflichten nach und passt das bestehende nationale Recht (durch Abänderung bzw. Ergänzung) an oder schafft neue Regelungen, so ist er hierbei in der Ausübung seines gesetzgeberischen Gestaltungsermessens nicht gänzlich frei.

Diese Beschränkung der gesetzgeberischen Tätigkeit ergibt sich aus dem in Art. 10 EGV verankerten und oben schon näher beschriebenen Grundsatz der Gemeinschaftstreue. Dieser Grundsatz findet wiederum in der SE-VO Ausdruck in Art. 68, wonach die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet sind, alle geeigneten Vorkehrungen zu treffen, um das Wirksamwerden der SE-VO zu gewährleisten.

A. Pflicht bzw. Recht als Tätigkeitsvoraussetzung

Einerseits kann der nationale Gesetzgeber nicht frei entscheiden, ob er tätig wird oder nicht. Voraussetzung für ein Tätigwerden ist zunächst das Vorhandensein einer Regelungspflicht bzw. eines Rechts, Regelungen zu erlassen.

Die Pflicht bzw. das Recht, Regelungen für einen bestimmten Bereich zu erlassen, ergeben sich jeweils im Einzelfall im Wege der Auslegung. Dort, wo die Verordnung keine eigene Regelung vorsieht, kann nicht automatisch nationales (unter Umständen erst geschaffenes bzw. angepasstes) Recht zur Anwendung kommen. In solchen Fällen handelt es sich oftmals nicht um auszufüllende Lücken, sondern um eine den Absichten des Ordnungsgebers entsprechende abschließende Lösung, die Ausfluss der Konzeption des jeweiligen Regelungsgegenstandes ist. Ob eine abschließende Lösung vorliegt, ist durch Auslegung anhand der oben dargelegten speziellen gemeinschaftsrechtlichen Auslegungsgrundsätze zu ermitteln.³²⁹

³²⁸ Dass der deutsche Gesetzgeber in Ausführung des sich aus der SE-VO ergebenden Regelungsbedürfnisses die Anforderungen, die für das Gesetzgebungsverfahren in der Bundesrepublik Deutschland gelten, zu beachten hat, ist angesichts der Tatsache, dass er als deutscher Gesetzgeber tätig wird, selbstverständlich und braucht hier nicht näher ausgeführt werden. Zu den Voraussetzungen eines ordnungsgemäß durchgeführten deutschen Gesetzgebungsverfahrens siehe etwa *Degenhart*, Staatsrecht I, Rn. 667 ff.

³²⁹ Dazu für die EWIV *Scriba*, EWIV, 47.

B. Inhaltliche Beschränkungen

Andererseits ist der nationale Gesetzgeber aber auch inhaltlich gebunden.

Dabei ist er zum einen – wie oben in Zusammenhang mit den einzelnen Verweisungsarten als den Quellen der Normierungspflichten dargestellt – an die Vorgaben der jeweiligen Verweisungsnorm gebunden. Aus diesen Verweisungsnormen sowie der damit verbundenen Auslegung des nationalen wie des SE-Rechts, ergeben sich Umfang und Inhalt der durch sie begründeten Rechtsetzungspflichten.

Zum anderen hat der nationale Gesetzgeber aber auch den der SE-VO immanenten Prinzipien und Leitlinien Beachtung zu schenken (unten I)). Es muss Ziel eines SE-Ausführungsgesetzes sein, ein möglichst praxisgerechtes Umsetzungsgesetz zu verabschieden, das nicht nur Rechtssicherheit über das auf die SE anwendbare Recht schafft, sondern auch im Vergleich zur nationalen Aktiengesellschaft eine attraktive Rechtsformalternative darstellt. Die Grundgedanken und Ziele des Verordnungsgebers ergeben sich aus den der SE-VO vorangestellten Erwägungsgründen sowie aus der Entwicklungsgeschichte der Europäischen Aktiengesellschaft. Daneben gilt es zudem, die allgemeinen gemeinschaftsrechtlichen und insbesondere im Zusammenhang mit dem EG-Vertrag bekannten Grundsätze zu beachten (unten II)). Dies ergibt sich aus dem Prinzip der Subsidiarität des nationalen Rechts gegenüber dem Gemeinschaftsrecht.³³⁰

Darüber hinaus soll unter III) die Frage behandelt werden, ob der nationale Gesetzgeber auch Elemente aus der Corporate-Governance-Diskussion einbauen sollte.

I. SE-VO

Nach der Rechtsprechung des EuGH bindet die Konzeption einer Europäischen Verordnung den nationalen Gesetzgeber auch in der Weise, dass er selbst dort, wo ihm ein Handeln im eigenen öffentlichen Interesse durch die Verordnung gestattet wird, keine Rechtsnormen schaffen darf, die den Grundgedanken der Verordnung zuwiderlaufen oder welche die Wahrnehmung der in der Verordnung gewährleisteten Rechte in irgendeiner Weise behindern.³³¹

³³⁰ Siehe auch für die EWIV *Scriba*, EWIV, 47 f.

³³¹ Vgl. Für die EWIV *Scriba*, EWIV 47.

In der SE-VO finden sich, gegebenenfalls nach erfolgter Auslegung gemäß oben dargestellter Grundsätze, verschiedene Prinzipien und Leitlinien, die zum Teil allgemeiner Natur, zum Teil aber auch SE-spezifisch sind. Sie lassen sich an unterschiedlichen Stellen in der SE-VO festmachen.

1. Erwägungsgründe

Eine Vielzahl von Prinzipien und Leitlinien sind in den Erwägungsgründen zur SE-VO verankert.

Das Erfordernis, eine gemeinschaftsrechtliche Verordnung mit Gründen zu versehen, ergibt sich aus Art. 253 EGV. Danach hat der Verordnungsgeber die wesentlichen Erwägungen in Hinsicht auf den Rechtsakt des Verordnungserlasses wiederzugeben. Zweck dieser Begründungspflicht ist es unter anderem, die entscheidenden Gesichtspunkte für den Erlass der Verordnung offen zu legen und bekannt zu machen.

Somit können die Erwägungsgründe zur Auslegung und Zweckbestimmung sowohl der Verordnung insgesamt als auch der einzelnen Vorschriften herangezogen werden. Dies hat für den deutschen Gesetzgeber zwangsläufig zur Folge, dass er bei Erfüllung seiner Regelungspflichten durch Anpassung (Schaffung bzw. Änderung) des nationalen Rechts die in den Erwägungsgründen fixierten Überlegungen und Ziele zu beachten hat.

a) Erwägungsgründe (1) bis (4) sowie (6) und (7): Erfordernis und Ziele einer mitgliedstaatenübergreifenden und gemeinschaftsweiten Gesellschaftsform

Die Erwägungsgründe (1) bis (4) beschreiben die derzeitige, die Wirtschafts- und Unternehmenspraxis nicht zufriedenstellende, gesellschaftsrechtliche Situation in der Europäischen Gemeinschaft.

Nach Erwägungsgrund (1) ist für die Verwirklichung des Binnenmarktes und für die damit angestrebte Verbesserung der wirtschaftlichen und sozialen Lage der gesamten Gemeinschaft unter anderem eine gemeinschaftsweite Reorganisation der Produktionsfaktoren Voraussetzung. Dazu ist es unerlässlich, dass die Unternehmen, deren Tätigkeiten sich nicht auf die Befriedigung rein örtlicher Bedürfnisse beschränken, die Neuordnung ihrer Tätigkeiten auf Gemeinschaftsebene planen und betreiben können.

Eine solche Umgestaltung wiederum setzt die Möglichkeit voraus, das Wirtschaftspotential bereits bestehender Unternehmen mehrerer Mitgliedstaaten durch Konzentrations- und Fusionsmaßnahmen zusammenzufassen, so Erwägungsgrund (2).

Dabei gibt es aber wegen der Beteiligung von Unternehmen verschiedener Mitgliedstaaten rechtliche, steuerliche und psychologische Schwierigkeiten. Zwar konnten einige davon durch Angleichung des Gesellschaftsrechts der Mitgliedstaaten mithilfe verschiedener gemeinschaftsrechtlicher Richtlinien ausgeräumt werden, doch gibt es bisher keine Möglichkeit einer supranationalen Gesellschaftsform (Erwägungsgrund (3)).

Somit entspricht der rechtliche Rahmen, in dem sich Unternehmen noch immer bewegen müssen und der hauptsächlich von innerstaatlichem Recht bestimmt wird, nicht mehr dem wirtschaftlichen Rahmen, in dem sich diese entfalten sollen. Dieser Zustand ist geeignet, Zusammenschlüsse zwischen Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten erheblich zu behindern, wie Erwägungsgrund (4) feststellt.

Da aber die juristische Einheitlichkeit der europäischen Unternehmen zweckmäßigerweise weitgehend ihrer wirtschaftlichen entsprechen sollte, ist daher – wie Erwägungsgrund (6) zum Ausdruck bringt - neben den bisherigen Gesellschaftsformen nationalen Rechts die Schaffung von Gesellschaften vorzusehen, deren Struktur und Funktionsweise durch eine in allen Mitgliedstaaten unmittelbar geltende gemeinschaftsrechtliche Verordnung geregelt werden.

Damit war die Entscheidung für eine Europäische Aktiengesellschaft oder Societas Europaea (SE) gefallen.

Deren Zweck ist es, die aufgezeigten Missstände zu beheben. Die SE soll eine mitgliedstaatenübergreifende, gemeinschaftsweit weitgehend einheitliche Gesellschaftsform europäischen Zuschnitts verkörpern. Sie soll die praktische Tätigkeit und gemeinschaftsweite Zusammenarbeit der mitgliedstaatenübergreifend tätigen Unternehmen erleichtern und so effizienter und damit kostensparender machen. Die bestehenden Unterschiede zwischen den für die Handelsgesellschaften geltenden einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und ihr räumlich begrenzter Anwendungsbereich sollen künftig kein Hindernis mehr darstellen. Das verlangt in ähnlicher Art und Weise auch Erwägungsgrund (7).

Daraus folgt nun, dass der deutsche Gesetzgeber bei der Anpassung des nationalen Rechts, und somit insbesondere bei dem Erlass eines nationalen SE-Ausführungsgesetzes, stets die Motive

für die Schaffung der SE und die mit dieser gemeinschaftsrechtlichen Gesellschaftsform verfolgten Ziele zu beachten hat.³³²

Dabei gilt es aber, soweit die Verordnung hierzu Freiräume lässt und nationale Sonderregelungen gestattet sind, möglichst attraktive Lösungen für die Unternehmen und Aktionäre zu schaffen, um im Wettbewerb der nationalen Rechtsordnungen bestehen zu können und den Wirtschaftsstandort Deutschland – nicht zuletzt aus Gründen des sozialen Wohls in der Bundesrepublik Deutschland – interessant zu machen.³³³

b) Erwägungsgrund (5): Diskriminierungsverbot

Erwägungsgrund (5) verpflichtet die Mitgliedstaaten, dafür Sorge zu tragen, dass die Bestimmungen, die aufgrund der SE-VO auf die SE anwendbar sind, weder zu einer Diskriminierung dadurch führen, dass die Europäischen Gesellschaften ungerechtfertigterweise anders behandelt werden als die nationalen Aktiengesellschaften, noch dass diese Bestimmungen unverhältnismäßig strenge Auflagen für die Errichtung einer SE oder die Verlegung ihres Sitzes mit sich bringen.

Mit dieser Fixierung eines Diskriminierungsverbotes in Erwägungsgrund (5) bezweckt der Verordnungsgeber also nicht nur den Schutz der SE in der Phase der Gründung und Niederlassung, sondern auch für die Zeit ihres Bestehens.

Damit soll die Akzeptanz und (zumindest) Gleichstellung der SE im Vergleich mit den nationalen Gesellschaften gewährleistet sein.

Das Diskriminierungsverbot in Erwägungsgrund (5) erfasst allerdings nur Ungleichbehandlungen, die sachlich nicht zu rechtfertigen sind. Die SE so zu konzipieren, dass sie für grenzüberschreitend tätige Unternehmen besonders gut geeignet ist, wäre keine Diskriminierung, denn gerade für diesen Zweck ist sie vorgesehen. Eine völlige Gleichartigkeit der Rechtsformen SE und nationale Aktiengesellschaft kann es daher nicht geben. Es geht

³³² Vgl. hierzu auch die Ausführungen zu den Motiven für das „Vorhaben SE“ in der Einleitung.

³³³ Lutter BB 2002, 1 ff. (3); Hommelhoff, Symposium, 57 ff. (73); Jaeger, Europäische Aktiengesellschaft, 20 f.

schließlich darum, für das nationale Recht diejenigen Bereiche herauszuarbeiten, in denen eine Sonderbehandlung der SE aufgrund ihres Charakters geboten und gerechtfertigt ist.³³⁴

c) Erwägungsgründe (10) und (11): freie Gründung

Als das wichtigste, mit der Rechtsform einer SE verfolgte Ziel³³⁵ bezeichnet Erwägungsgrund (10) das Erfordernis, dass eine SE gegründet werden kann, um es Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten zu ermöglichen, zu fusionieren oder eine Holdinggesellschaft zu errichten, und damit Gesellschaften und andere juristische Personen aus verschiedenen Mitgliedstaaten, die eine Wirtschaftstätigkeit betreiben, gemeinsame Tochtergesellschaften gründen können.

Nach Erwägungsgrund (11) soll dies im gleichen Sinne für die Gründung einer SE im Wege der Umwandlung gelten.

Um diesen Erfordernissen gerecht zu werden, hat bereits der Verordnungsgeber umfangreiche Regelungen zu den verschiedenen Möglichkeiten der Gründung einer SE erlassen, zum anderen hat jedoch auch der deutsche Gesetzgeber in Erfüllung seiner Regelungspflichten diese Grundsätze zu beachten.

In dem von dieser Arbeit behandelten Bereich „Vorstand“ sind sie jedoch wenig von Bedeutung.

d) Erwägungsgrund (13 Satz 2): Gründung einer SE auch für kleine und mittlere Unternehmen

Erwägungsgrund (13) empfiehlt, kleinen und mittleren Unternehmen den Zugang zur SE nicht dadurch zu erschweren, dass die SE-VO ein zu hohes Mindestkapital festsetzt.³³⁶

Daraus ergibt sich, dass der Verordnungsgeber die Möglichkeit der Gründung und Führung einer SE auch kleinen und mittleren Unternehmen geben wollte, woraus sich der Grundsatz ableiten lässt, dass die SE-Regelungen insgesamt - und damit auch die nationalen SE-Vorschriften – dem gerecht zu werden haben.³³⁷

³³⁴ Teichmann ZGR 2002, 383 ff. (401).

³³⁵ Das soll jedenfalls unbeschadet wirtschaftlicher Erfordernisse, die sich in der Zukunft ergeben können, gelten.

³³⁶ Die SE-VO hat in Art. 4 Abs. 2 SE-VO ein Mindestkapital von €1.200.000 festgesetzt ist und diesem Erfordernis damit nur unzureichend nachgekommen.

³³⁷ Dies ist jedoch durchaus kritisch zu sehen. Angesichts der Gesamtkonzeption des Regelungswerkes SE-VO sehen auch Schulz/Geismar DStR 2001, 1078 ff. (1082) und Hommelhoff AG 2001, 279 ff. (286 ff.) die SE als eine auf größere börsennotierte Unternehmen zugeschnittene Gesellschaftsform. Schulz/Geismar, a.a.O. bemängeln, dass kleine und mittlere Unternehmen nur beschränkt an der SE partizipieren können, obwohl gerade für sie der Binnenmarkt ein erhebliches Potential bietet. Aufgrund der Komplexität des Regelungswerkes, der daraus

So äußerte schon der Wirtschafts- und Sozialausschuss im Jahr 1989³³⁸ die Erwartung, dass die SE auch kleinen und mittleren Unternehmen die Möglichkeit bieten wird, das Statut zu nutzen.

e) Erwägungsgrund (14): leistungsfähige Geschäftsführung und wirksame Überwachung sowie klare Abgrenzung der Verantwortungsbereiche Geschäftsführung und Aufsicht

Nach Erwägungsgrund (14) ist es erforderlich, der SE alle Möglichkeiten einer leistungsfähigen Geschäftsführung an die Hand zu geben und gleichzeitig deren wirksame Überwachung sicherzustellen.

Mit diesem Erfordernis einer leistungsfähigen Geschäftsführung will der Verordnungsgeber gewährleisten, dass die Geschäftsführung in der SE nicht nur existiert, sondern auch praxisgerecht und für das Unternehmen förderlich funktioniert. Die Geschäftsleitung hat so ausgestaltet zu sein, dass die Führung des Unternehmens zum Wohle des Unternehmens, der an ihm beteiligten und in ihm beschäftigten Personen sowie des gesamten Wirtschaftslebens möglich ist.

Dazu gehört selbstverständlich auch eine wirksame Überwachung der Geschäftsführung und deren Tätigkeiten. Das verlangt einerseits das Vorhandensein eines Mindeststandards an Überwachungs-, Kontroll- und gegebenenfalls auch Sanktionsmaßnahmen zum Schutz des Unternehmens. Andererseits dürfen diese Befugnisse nicht so weit gehen, dass eine ordnungsgemäße Führung der Geschäfte – etwa durch eine bloße „Blockade-Politik“ innerhalb des Unternehmens - nicht mehr möglich ist.

Ziel muss es also letztlich sein, solche Rahmenbedingungen für die Leitung und Kontrolle der Unternehmen einzurichten, dass diese langfristig Erträge erwirtschaften und im Wettbewerb bestehen.³³⁹

resultierenden Rechtsanwendungsprobleme und erheblichen Folgekosten für die Rechtsberatung stellen sie die Frage, ob die SE für kleine und mittlere Unternehmen überhaupt attraktiv ist. *Hommelhoff*, a.a.O. tritt dafür ein, die Arbeiten an der Europäischen Privatgesellschaft (EPG) voranzutreiben, um den Bedürfnissen von kleinen und mittleren Unternehmen nach einer supranationalen Gesellschaftsform gerecht zu werden.

Der Ausschuss für Recht und Binnenmarkt des Europäischen Parlaments, führt in seinem Bericht über den Entwurf einer Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft, Sitzungsdokument A5-0243/2001, Begründung, Seite 19 aus, dass sich aus der häufigen Verwendung der Verweisungstechnik und den daraus resultierenden Folgen Nachteile ergeben, die besonders kleinen und mittelständischen Unternehmen den Zugang zur Rechtsform SE tatsächlich erschweren.

Kritisch äußert sich auch der Ausschuss für Beschäftigung und soziale Angelegenheiten gegenüber dem Ausschuss für Recht und Binnenmarkt in seiner Stellungnahme zu den Entwurf einer Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft, Sitzungsdokument A5-0243/2001, kurze Begründung, Seite 23.

³³⁸ ABIEG C 23 vom 30.01.1989, S. 36 ff. (37) Ziffer 2.4.

³³⁹ So auch *Seibert AG* 2002, 417 ff. (419) für die deutsche Rechtspraxis im Rahmen der Reformdiskussion zum deutschen Aktienrecht

Besonders Rechnung zu tragen ist dabei laut Erwägungsgrund (14) dem Umstand, dass in der Gemeinschaft hinsichtlich der Verwaltung der Aktiengesellschaft derzeit zwei verschiedene Systeme bestehen, nämlich das dualistische und das monistische System. Dem ist der Verordnungsgeber durch das Zurverfügungstellen der beiden Systeme in der SE-VO und der Normierung des Wahlrechts zugunsten der einzelnen SE in Art. 38 b) SE-VO nachgekommen. Jedoch lässt sich daraus der allgemeine Grundsatz ableiten, dass im gesamten Regelwerk der SE beide Systeme nicht nur vorhanden sein müssen, sondern auch gleichberechtigt zu behandeln sind. Eine effiziente und ordnungsgemäße Geschäftsführung muss in beiden Systemen auf gleichem Niveau gewährleistet sein.

Das (wünschenswerte) Erfordernis einer klaren Abgrenzung der Verantwortungsbereiche jener Personen, denen die Geschäftsführung obliegt, und der Personen, die mit der Aufsicht betraut sind, bringt Rechtssicherheit mit sich. Diese funktionale Trennung ist auch ein wesentliches Element in der derzeit geführten „Corporate-Governance-Diskussion“³⁴⁰ und hat insbesondere in dem, in der hier vorliegenden Arbeit behandelten, Bereich „Vorstand“ große Bedeutung, so dass darauf unten noch näher einzugehen sein wird.

2. Regelungen im Gesetzestext der SE-VO

Auch der Verordnungstext selbst gibt dem nationalen Gesetzgeber verschiedene Leitlinien vor.

a) Art. 10: Gleichbehandlungsgebot

Art. 10 SE-VO beinhaltet ein Gleichbehandlungsgebot, nach dem eine SE – vorbehaltlich der Bestimmungen der Verordnung selbst – in jedem Mitgliedstaat zu behandeln ist wie eine Aktiengesellschaft, die nach dem Recht des Sitzstaates der SE gegründet wurde. Eine Diskriminierung der SE gegenüber nationalen Aktiengesellschaften ist damit grundsätzlich ausgeschlossen.³⁴¹

³⁴⁰ Dazu siehe sogleich unten.

³⁴¹ *Bungert/Beier* EWS 2002, 1 ff. (2).

Dieses Gleichbehandlungsgebot korrespondiert mit dem in Erwägungsgrund (5) enthaltenen Diskriminierungsverbot und verhindert wie dieses, dass die SE nicht aufgrund benachteiligender Regelungen in der Unternehmenspraxis keine oder nur geringere Akzeptanz erlangt als die bereits seit jeher existenten nationalen Gesellschaftsformen. Darüber hinaus trägt es maßgeblich zu der vom Verordnungsgeber – nicht zuletzt aus Gründen einer einfacheren Handhabung - weitgehend beabsichtigten Gleichstellung von SE und nationaler Aktiengesellschaft bei. So bringt auch die SE-VO an vielen Stellen zum Ausdruck, dass die SE nach Vorstellung des Verordnungsgebers rechtlich keine grundlegend anderen Status haben soll als die nationalen Aktiengesellschaften. Das zeigen neben dem in Art. 10 SE-VO fixierten Gleichbehandlungsgebot und dem in Erwägungsgrund (5) verankerten Diskriminierungsverbot die umfangreichen Verweisungen auf das nationale Aktienrecht und der enge Spielraum, den die Verordnung für SE-spezifisches nationales Recht lässt.³⁴²

b) Verweisungen und Bezugnahmen auf Richtlinien

Im Rahmen der Generalverweisung des Art. 9 SE-VO findet sich in dessen Absatz 2 die Bestimmung, dass von den Mitgliedstaaten eigens für die SE erlassene Rechtsvorschriften mit den für Aktiengesellschaften im Sinne des Anhangs I zur SE-VO maßgeblichen Richtlinien im Einklang stehen müssen. Damit sind die Kapitalrichtlinie (Zweite gesellschaftsrechtliche Richtlinie; RL 77/91 EWG), die Fusionsrichtlinie (Dritte gesellschaftsrechtliche Richtlinie; RL 78/855/EWG) sowie die Spaltungsrichtlinie (Sechste gesellschaftsrechtliche Richtlinie; RL 82(891)/EWG) gemeint.³⁴³

Bei den „eigens für die SE erlassene Rechtsvorschriften“ im obigen Sinne handelt es sich um Vorschriften in einem SE-Ausführungs- bzw. –Einführungsgesetz.

Erlässt der deutsche Gesetzgeber ein SE-Ausführungsgesetz, hat er sich dabei an die Vorgaben der genannten Richtlinien zu halten.

Darüber hinaus beinhaltet die SE-VO verschiedene Verweisungen auf konkrete gemeinschaftsrechtliche Richtlinienbestimmungen (etwa in Art. 17 Abs. 2 a) und Art. 22 SE-VO) und nimmt an einigen Stellen mittels Verweisungen auf nationale Durchführungsbestimmungen mittelbar Bezug auf gemeinschaftsrechtliche Richtlinien (beispielsweise Art. 3 Abs. 2, Art. 32 Abs. 4 und 5, Art. 37 Abs. 6 und 7 und Art 62 Abs. 1 und 2 SE-VO).

³⁴² Teichmann ZGR 2002, 383 ff. (401).

³⁴³ Schwarz ZIP 2001, 1847 ff. (1849).

Zwar wird an diesen Stellen jeweils nicht die generelle Beachtung der im einzelnen bezeichneten Richtlinie angeordnet, jedoch lässt sich aus der Häufigkeit dieser Vorschriften eine enge Bindung der SE-VO, wie auch eines darauf basierenden SE-Ausführungsgesetzes, herleiten.

Daraus ergibt sich zwangsläufig, dass in einem SE-Ausführungsgesetz getroffene Regelungen mit den Vorgaben der Richtlinien in Einklang stehen müssen. Zudem ist gerade die Rechtsangleichung ein wesentliches Ziel der gemeinschaftsrechtlichen Richtlinien, so dass es äußerst fragwürdig wäre, wenn Vorschriften in einem SE-Ausführungsgesetz nicht im Einklang mit den Vorgaben der Richtlinien stehen würden.

Aufgrund der (häufigen) Bezugnahmen auf gemeinschaftsrechtliche Richtlinien ergibt sich damit für den nationalen Gesetzgeber bei Erlass des SE-Ausführungsgesetzes zumindest eine mittelbare Bindung an diese.

II. Allgemein gültige gemeinschaftsrechtliche Prinzipien

Schließlich hat der nationale Gesetzgeber auch den allgemeingültigen gemeinschaftsrechtlichen Prinzipien Beachtung zu schenken. Diese finden zum Teil ihre Grundlage im EGV, entspringen zum Teil aber auch dem ungeschriebenen gemeinschaftlichen (Gewohnheits-)Recht.

Das Erfordernis der Beachtung dieser Grundsätze und Prinzipien ergibt sich aufgrund der Vorrangigkeit des Gemeinschaftsrechts vor jeder innerstaatlichen Rechtsnorm. Zwar ist der deutsche Gesetzgeber grundsätzlich nicht daran gehindert, nationale Vorschriften zu erlassen, die im Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht stehen, jedoch können diese nationalen Regelungen dann aufgrund des Anwendungsvorrangs³⁴⁴ des Gemeinschaftsrechts keine Wirkung entfalten. Damit wäre der Erlass solcher Vorschriften letztlich sinnlos. Will der deutsche Gesetzgeber deshalb Regelungen treffen, die Bedeutung haben, hat er sich an die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts zu halten.

1. Effizienzgebot („effet utile“)

Ein solches allgemeingültiges Prinzip des Gemeinschaftsrechts ist das der Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit („effet utile“) des Gemeinschaftsrechts. Dies ergibt sich aus der Regelung des Art. 10 EGV, die nicht nur den Grundsatz der Gemeinschaftstreue beinhaltet.

³⁴⁴ Hierzu etwa *Schweitzer*, Staatsrecht, Rn. 49 f.

Dieses Prinzip hat seine Bedeutung einerseits im Zusammenhang mit der teleologischen Auslegung³⁴⁵. Zum anderen entfaltet es seine Wirkungen bereits im Rahmen der Rechtsetzung. Für die Umsetzung von Richtlinien ist anerkannt, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, innerhalb der ihnen nach Art. 249 EGV überlassenen Entscheidungsfreiheit die Form und Mittel zu wählen, die sich zur Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit („effet utile“) der Richtlinien unter Berücksichtigung des mit ihrem verfolgten Zweck am besten eignen.³⁴⁶ Dies ergibt sich schon als Ausfluss des Grundsatzes der Gemeinschaftstreue.

Verpflichtet nun dieser Grundsatz den nationalen Gesetzgeber gewissermaßen zu einer „Umsetzung“ einer Verordnung, kann nichts anderes gelten, zumal der Grundsatz der Gemeinschaftstreue in Art. 68 SE-VO in einer speziell für die SE gültigen Ausprägung verankert ist. Der nationale Gesetzgeber hat sich also auch insoweit an das Prinzip der Gewährleistung des Gemeinschaftsrechts zu halten. Hierfür spricht zudem die Erwägung, dass dann, wenn bereits in diesem frühen Stadium die praktische Wirksamkeit zum Maßstab wird, diese in besonders hohem Maß gewährleistet wird.

Im Bereich der SE-VO enthalten schon die Erwägungsgründe und die Verordnung selbst Vorgaben, wie die praktische Wirksamkeit der Verordnung und damit die Funktionsfähigkeit der SE erreicht werden soll. Hier gilt es nun, diese Vorgaben durch die Wahl von Form und Mittel so umzusetzen, dass diese Ziele erreicht werden.

2. Allgemeines Diskriminierungsverbot

Weiterhin hat der nationale Gesetzgeber den allgemeinen Gleichheitssatz zu beachten.

Der EuGH hat den allgemeinen Gleichheitssatz über die geschriebenen Nichtdiskriminierungsklauseln (z. B. die Grundfreiheiten und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit des Art. 12 EGV) hinaus als fundamentalen Rechtssatz anerkannt.³⁴⁷

Im Zusammenhang mit dem Regelungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers an die Vorgaben der SE-VO kommt dem allgemeinen Diskriminierungsverbot keine große Bedeutung zu. Die SE-VO enthält in Art. 10 und Erwägungsgrund (5) spezielle und deshalb grundsätzlich vorrangige Ausprägungen des Diskriminierungsverbotes. Das allgemeine Diskriminierungs-

³⁴⁵ Dazu siehe schon oben.

³⁴⁶ *Arndt*, Europarecht, 67.

³⁴⁷ EuGH, Slg. 1977, 1753 – Ruckdeschel; Slg. 1980, 417 – Bier und Wein; Slg. 2000, 2737ff (2775) – Karlsson; siehe auch *Arndt*, Europarecht, 104.

verbot verbietet darüber hinausgehend schließlich jegliche, sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung einer SE.

III. Corporate-Governance-Elemente³⁴⁸

Wie bereits ausgeführt, ist es ratsam, dass der deutsche Gesetzgeber im Zusammenhang mit der Anpassung des deutschen Aktienrechts an die Vorgaben der SE-VO seine Gestaltungsaufgaben und Gestaltungsmöglichkeiten in der Weise ausnutzt, wie es eine moderne Organisationsform im Wettbewerb der Rechtsordnungen erfordert.

Das sollte für die deutsche SE den Einbau von Corporate-Governance³⁴⁹-Elementen mit umfassen,³⁵⁰ zumal die Corporate-Governance-Diskussion derzeit national wie international auf breiter Front geführt wird und davon auszugehen ist, dass dies in naher Zukunft verschiedene Neuerungen und Änderungen – und damit auch Tätigkeitsbedarf für den nationalen Gesetzgeber - im Bereich des Aktienrechts nach sich ziehen wird.

1. Entwicklung und Stand der Corporate-Governance-Diskussion

Durch zahlreiche Fälle von Missmanagement und Unternehmensschief lagen im In- und Ausland³⁵¹ hat in den letzten Jahren die Diskussion über effiziente Formen der Leitung und Überwachung börsennotierter Gesellschaften unter dem Stichwort „Corporate Governance“ stark zugenommen.³⁵² Es geht darum, Elemente, wie man als Vorstand und Aufsichtsrat eine börsennotierte Aktiengesellschaft ordnungsgemäß zu leiten hat, in einem Verhaltenskodex schriftlich zu fixieren.

³⁴⁸ Bei den sog. „Corporate-Governance-Elementen“ handelt es sich einfach ausgedrückt um Verhaltensmaßstäbe für die Unternehmensleitung und die Unternehmensüberwachung.

³⁴⁹ Corporate Governance betrifft vor allem die Funktionsweise der Leitungsorgane, ihre Zusammenarbeit und die Kontrolle ihres Verhaltens; damit sind zum Beispiel im deutschen Modell die Zweiteilung in Vorstand und Aufsichtsrat und, damit zusammenhängend, die Mitbestimmung der Arbeitnehmer angesprochen; so der Vorsitzende der Regierungskommission „Corporate Governance – Unternehmensführung – Unternehmenskontrolle – Modernisierung des Aktienrechts“ *Baums* in seinem Abschlussbericht vom 10.7.2001, S. 3.

Nach *Langenbucher/Blaum* DB 1994, 2197 steht Corporate Governance für die Führung, Verwaltung und Überwachung von Unternehmen und umfasst die Rechte, Aufgaben und Verantwortlichkeiten der gesellschaftsrechtlichen Organe (Geschäftsführer, Vorstand, Aufsichtsrat), der Anteilseigner, Mitarbeiter und darüber hinaus der übrigen Interessengruppen („steakholders“), also derjenigen, die von der Leistung und vom Erfolg eines Unternehmens profitieren oder durch dessen Misserfolg Verluste erleiden.

Dietl, Wörterbuch umschreiben Corporate Governance kurz mit (angemessener) Unternehmensorganisation (zur Optimierung der Unternehmensführung und Unternehmenskontrolle).

³⁵⁰ *Hommelhoff* AG 2001, 279 ff. (284).

³⁵¹ Zum Beispiel EM.TV oder Philipp Holzmann

³⁵² *Von Werder* DB 2002, 801 ff. (801); *Ringleb/Kremer/Lutter/von Werder*, Rn. 2.

Nachdem in Deutschland die Arbeiten hierzu erst vergleichsweise spät aufgegriffen worden waren, hat die „Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex“ am 26. Februar 2002 den von ihr erarbeiteten Kodex auf ihrer Website veröffentlicht.³⁵³ Das Bundesministerium der Justiz hat den Deutschen Corporate Governance Kodex am 30. September 2002 im elektronischen Bundesanzeiger veröffentlicht³⁵⁴ und damit seine Zustimmung zum Kodex zum Ausdruck gebracht.³⁵⁵

Durch Einführung der sog. Entsprechenserklärung im neuen § 161 AktG³⁵⁶ des am 26. Juli 2002 in Kraft getretenen „Gesetzes zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität“ (Transparenz- und Publizitätsgesetz) hat der Gesetzgeber den deutschen Corporate Governance Kodex zu einem verbindlichen Verhaltensmaßstab gemacht.

Auch international³⁵⁷ sowie auf EU-Ebene ist eine breite Corporate-Governance-Bewegung im Gange. Mittlerweile hat die Europäische Kommission schließlich zur Prüfung der Verfahren in den Mitgliedstaaten ein Europäisches Corporate Governance-Forum eingerichtet, das die Konvergenz der nationalen Corporate Governance-Kodizes fördern und die Kommission beraten soll.³⁵⁸

³⁵³ Siehe www.corporate-governance-code.de.

³⁵⁴ Siehe www.bmj.de bzw. www2.ebundesanzeiger.de/banz/amtlicheil.

³⁵⁵ Inzwischen existiert der deutsche Corporate Governance Kodex bereits in der Fassung vom 02.06.2005

³⁵⁶ Dazu *Ringleb/Kremer/Lutter/von Werder*, Rn. 39 ff. und ausführlich Rn. 1003 ff.

³⁵⁷ *Ringleb/Kremer/Lutter/von Werder*, Rn. 3 ff.

³⁵⁸ Diskutiert wurde zunächst auch ein zusätzlicher Corporate-Governance-Kodex auf europäischer Ebene. Davon ist man jedoch zwischenzeitlich abgekommen. Ein EU-Corporate-Governance-Kodex wird nicht für erforderlich erachtet. Zum einen weisen die Corporate-Governance-Kodizes der Mitgliedstaaten ein hohes Maß an Übereinstimmung auf. Zum anderen wird auch das Nebeneinander zahlreicher Kodizes in der EU von den Emittenten nicht als Schwierigkeit empfunden. Die Kommission ist schließlich der Auffassung, dass ein europäischer Kodex keine Gewähr dafür bietet, dass die Anleger umfassend über die wichtigsten europäischen Corporate-Governance-Regeln für Gesellschaften informiert werden, da diese nach wie vor auf zum Teil sehr unterschiedlichen nationalen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften beruhen und Teil des nationalen Rechts sind. Zudem würde, so die Kommission, ein solcher Kodex nicht wesentlich zur Verbesserung der Unternehmensleitung in der EU beitragen, da er entweder viele verschiedene Optionen zulassen oder sich auf abstrakte Grundsätze beschränken müsse. Dennoch ist es ratsam, dass die EU bei der Corporate Governance eine aktive Rolle spielt, da bestimmte Regeln und Grundsätze auf EU-Ebene vereinbart werden und die Corporate-Governance-Kodizes in der EU in gewissem Umfang koordiniert werden müssen, um eine weitere Annäherung und den Austausch empfehlenswerter Praktiken zu fördern, so die *Europäische Kommission* in ihrer Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zur Modernisierung und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union – Aktionsplan, KOM (2003) 284 endgültig, S. 12 ff..

Deshalb war die EU darauf bedacht, ein Eu-weites Corporate-Governance-System einzuführen, etwa durch Schaffung eines Corporate-Governance-Forums; vgl. *Europäische Kommission* in ihrer Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zur Modernisierung und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union – Aktionsplan, KOM (2003) 284 endgültig, S. 20; dazu auch *Maul/Lanfermann/Eggenhofer* BB 2003, 1289 ff. Als wesentliche Eckpunkte hierzu werden zum einen Vorschläge zur Art des Verwaltungsmodells, also der Wahlmöglichkeit der Aktiengesellschaften zwischen dem dualistischen und dem monistischen Verwaltungsmodell, diskutiert. Darüber hinaus wird vorgeschlagen, bestimmte Entscheidungen bei börsennotierten Gesellschaften den nicht-geschäftsführenden board-Mitgliedern bzw. den Aufsichtsratsmitgliedern zu übertragen. Die Mehrheit der zur Entscheidung berufenen Mitglieder des Verwaltungsorgans bzw. des Aufsichtsrats soll unabhängig sein.

2. Funktionen des deutschen Corporate Governance Kodex

a) Kommunikationsfunktion

Wesentliches Ziel des Kodex ist es, den Standort Deutschland für internationale und nationale Investoren attraktiver zu machen. Der Kodex soll Grundzüge des deutschen Corporate-Governance-Modells in kompakter Form darstellen und so – vor allem für ausländische Investoren – verständlich machen.

Dies ist insbesondere von Bedeutung, weil das deutsche Governancesystem mit dem Two-Tier-Modell der institutionellen Trennung von Leitung (Vorstand) und Überwachung (Aufsichtsrat), dem Kollegialprinzip für den Vorstand und der unternehmerischen Mitbestimmung im internationalen Vergleich Besonderheiten aufweist. Zudem sind einschlägige Vorschriften des Governance-Rechts in Deutschland über mehrere Gesetze verstreut und daher nur recht schwer zugänglich. Infolgedessen erscheint die deutsche Unternehmensverfassung im Ausland nicht ausreichend transparent.³⁵⁹

b) Ordnungsfunktion

Der Kodex soll zusätzlich zum (jeweils) geltenden Recht Standards guter und verantwortungsvoller Unternehmensführung setzen. Die Ordnungsfunktion zielt darauf ab, durch Aufnahme national und international bewährter „Best Practices“ in das Regelwerk die Qualität der Corporate Governance deutscher Unternehmen (weiter) zu verbessern.³⁶⁰

Soweit es um Vorschläge geht, die den Aufsichtsratsmitgliedern bestimmte Aufgaben übertragen, bestehen kaum Abweichungen zum deutschen Aktienrecht; weitergehend aus deutscher Sicht sind hingegen Vorschläge zur Unabhängigkeit der Aufsichtsratsmitglieder. Ausführlicher *Maul* DB 2003, 27 ff. (28).

Gegen ein europäisches Corporate Governance ist aber anzuführen, dass es entbehrlich und kontraproduktiv ist. Der Konvergenzdruck des Marktes und der Wettbewerb der nationalen Rechtsordnungen sowie informelle Treffen der nationalen Kodexkommissionen führen zum gleichen Erfolg. Die überall aktuelle Diskussion um die Vorstandsvergütung bestätigt diese Entwicklung. Eines aufwendigen institutionalisierten Kooperationsmechanismus bedarf es dazu nicht. Die Erfahrungen mit dem deutschen Kodex zeigen, dass durch die große Medienpräsenz und den hohen Erwartungsdruck Anpassungen selbst dann beschlossen werden, wenn gar kein Änderungsbedarf besteht. Dieser ständige Verschärfungsmechanismus würde sich durch eine weitere Kommission nur noch potenzieren.

³⁵⁹ *Ringleb/Kremer/Lutter/von Werder*, Rn. 60.

³⁶⁰ *Ringleb/Kremer/Lutter/von Werder*, Rn. 61.

c) Anpassungsfähigkeit

Ein bedeutender Vorteil des Kodex ist seine, im Vergleich zu gesetzlich fixierten Normierungen, höhere Regelungsflexibilität.³⁶¹ Er lässt sich an Entwicklungen und veränderte Umstände viel einfacher und reibungsloser anpassen und so auf dem aktuellen Stand halten.

3. Wesentliche Elemente des deutschen Corporate Governance Kodex

Der deutsche Corporate Governance Kodex enthält neben Darstellungen des geltenden Rechts und Empfehlungen an die Gesellschaftsorgane auch sogenannte „weiche“ Anregungen.³⁶² Er ist gegliedert in die Gebiete Aktionäre und Hauptversammlung, Zusammenwirken von Vorstand und Aufsichtsrat, Vorstand, Aufsichtsrat, Transparenz sowie Rechnungslegung und Abschlussprüfung.

Für die hier vorliegende Arbeit interessieren besonders die Elemente, die den Bereich Vorstand betreffen:

So fasst die Präambel jeweils die gesetzlichen „Stellenbeschreibungen“ der beiden Organe Vorstand und Aufsichtsrat zusammen. Sie verdeutlicht damit deren spezifische Rollen und bringt somit das Merkmal der funktionalen Trennung der Verantwortungsbereiche bereits gleich zu Beginn des Kodex zum Ausdruck. Danach bildet der Vorstand das Initiativzentrum der AG, vgl. Ziffer IV. 1.1 und Ziffer IV 1.2.³⁶³ Nach Ziffer IV. 2.1 soll der Vorstand aus mehreren Personen bestehen und einen Vorsitzenden oder Sprecher haben. Ferner soll eine Geschäftsordnung die Geschäftsverteilung und die Zusammenarbeit im Vorstand regeln.

Nach Ziffer III.1 arbeiten Vorstand und Aufsichtsrat zum Wohle des Unternehmens eng zusammen.

Zum Komplex der Entscheidungsfindung sieht der Kodex vor, dass der Vorstand die strategische Ausrichtung des Unternehmens mit dem Aufsichtsrat abstimmt und mit ihm die Strategieumsetzung erörtert, vgl. Ziffer III.2. Näheres zu den Arten der zustimmungsbedürftigen Geschäfte, insbesondere in Finanzangelegenheiten oder bedeutenden Fragen der Unternehmensführung, enthält Ziffer III.3.

³⁶¹ Ringleb/Kremer/Lutter/von Werder, Rn. 63.

³⁶² So Seibert BB 2002, 581ff. (%83).

³⁶³ Von Werder DB 2002, 801ff. (804).

Die ausreichende Informationsversorgung des Aufsichtsrates ist gemeinsame Aufgabe von Vorstand und Aufsichtsrat (Ziffer III.4).

Im Bereich der Personalauswahl regelt der Kodex für den Vorstand eher Verfahrensfragen.³⁶⁴

Zur Begrenzung des auch bei sorgfältiger Entscheidungsvorbereitung nicht auszuschließenden Risikos unzureichender Qualifikation neu berufener Vorstandsmitglieder sollte die gesetzlich maximal mögliche Bestelldauer von fünf Jahren nicht regelmäßig ausgeschöpft werden (Ziffer V.1). Ferner empfiehlt der Kodex, nur bei Vorliegen besonderer Umstände vor Ablauf eines Jahres vor dem Ende der Bestelldauer eine Wiederbestellung bei gleichzeitiger Aufhebung der laufenden Bestellung vorzunehmen und eine Altersgrenze für Vorstände festzulegen.

Die Kodex-Anforderungen zur Vergütung des Vorstands lassen sich durch die Stichworte Angemessenheit, Leistungsabhängigkeit³⁶⁵ und Transparenz charakterisieren.³⁶⁶

Die im Kodex statuierten Handlungsmaximen umfassen allgemeine Verhaltensrichtlinien, die zum einen – in Ergänzung der übrigen Kodexbestimmungen – die Professionalität der Unternehmensführung sicherstellen sollen. Zum anderen zielen sie auf die Gewährleistung der Loyalität der Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat gegenüber dem Unternehmen.³⁶⁷ So sieht der Kodex vor, dass Vorstand – wie auch Aufsichtsrat – die Regeln ordnungsgemäßer Unternehmensführung beachten (Ziffer III.8). Die Vorstandsmitglieder sind generell dem Unternehmen verpflichtet und dürfen keine persönlichen Interessen verfolgen, die im Gegensatz zum Unternehmensinteresse stehen (Ziffer IV.3). Sie unterliegen während ihrer Tätigkeit für das Unternehmen einem umfassenden Wettbewerbsverbot und dürfen Geschäftschancen, die dem Unternehmen zustehen, nicht für sich nutzen. Darüber hinaus haben alle Geschäfte zwischen dem Unternehmen einerseits und den Vorstandsmitgliedern sowie ihnen nahestehenden Personen oder persönlich nahestehenden Unternehmen andererseits branchenüblichen Standards zu entsprechen. Schließlich dürfen Vorstandsmitglieder im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit weder für sich noch für andere Personen von Dritten Zuwendungen oder sonstige Vorteile fordern oder annehmen oder Dritten ungerechtfertigte Vorteile gewähren.

³⁶⁴ *Von Werder* DB 2002, 801ff. (806).

³⁶⁵ Auch wenn der Kodex dazu schweigt, liegt es nahe, die Ergebnisse der Leistungsbeurteilung („Evaluations-ergebnisse“) der vergangenen Jahre auch zu den Entscheidungen über Vertragsverlängerungen sowie eventuelle Entlassungen heranzuziehen; so *von Werder* DB 2002, 801 ff. (809).

³⁶⁶ *Von Werder* DB 2002, 801ff. (807).

³⁶⁷ *Von Werder* DB 2002, 801ff. (807).

Zur Herstellung von Transparenz empfiehlt der Kodex, dass jedes Vorstandsmitglied Interessenkonflikte dem Aufsichtsrat gegenüber unverzüglich offen legt und die anderen Mitglieder des Vorstands über diesen Schritt informiert. Für besonders typische potentielle Konfliktlagen spricht der Kodex die Empfehlung aus, vorab die Genehmigung des Überwachungsorgans einzuholen.

4. Bedeutung der Corporate-Governance-Elemente im Zusammenhang mit der SE-Gesetzgebung in der Bundesrepublik Deutschland

Der deutsche Corporate-Governance-Kodex enthält die wesentlichen Elemente einer ordnungsgemäßen, dem heutigen internationalen³⁶⁸ Standard angemessenen Unternehmensleitung und Unternehmensüberwachung. Eine solche wird angesichts der sich zuletzt häufenden Unternehmenskrisen, die auf einer Misswirtschaft in der Unternehmensleitung basieren, im modernen Wirtschaftsleben von verschiedensten Seiten (wie Arbeitnehmer, Anleger, Geschäftspartner, usw.) erwartet.

Der deutsche Gesetzgeber sollte deshalb die Chance wahrnehmen, die sich im Rahmen der Corporate-Governance-Diskussion³⁶⁹ als wesentlich erwiesenen Elemente einer modernen Aktiengesellschaft im Zuge der Ergänzungen und Anpassungen des deutschen Rechts einzuarbeiten. Das hat den Vorteil, dass die deutschen SE-Regelungen gleich zu Beginn der Möglichkeit, eine Gesellschaft in der Rechtsform der SE zu gründen bzw. zu führen, vorhanden sind, um so die Bundesrepublik als attraktiven und fortschrittlichen Standort für eine SE darzustellen und ihr unter Umständen einen entscheidenden Startvorsprung zu geben.

Dies gilt erst recht angesichts der nicht nur national, sondern gerade auch auf EU-Ebene geführten Diskussion. Es wird damit zu rechnen sein, dass sich im Rahmen der Erarbeitung eines Aktionsplanes³⁷⁰ durch die Kommission EU-weit ein weitgehend einheitliches Corporate-Governance-System herausbilden wird.

Integriert also der deutsche Gesetzgeber, soweit das im Hinblick auf eine Europäische Aktiengesellschaft und die mit ihr verfolgten Ziele sinnvoll ist, zumindest die wesentlichen Elemente

³⁶⁸ Die Regierungskommission hat bei Erarbeitung ihrer Empfehlungen den internationalen Entwicklungen im Bereich Corporate-Governance und ähnlichen Reformplänen des Auslands erhebliche Bedeutung beigemessen; so *Baums*, im Bericht des Vorsitzenden der Regierungskommission „Corporate Governance – Unternehmensführung – Unternehmenskontrolle – Modernisierung des Aktienrechts“ vom 10. Juli 2001, Seite 2

³⁶⁹ Dazu etwa *Seibert* BB 2002, 581 ff.; *Ihrig/Wagner* BB 2002, 2509 ff.; *von Werder* DB 2002, 801 ff.

³⁷⁰ Dazu die *Europäische Kommission* in ihrer Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zur Modernisierung und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union – Aktionsplan, KOM (2003) 284 endgültig, S. 12 ff.

aus der deutschen Corporate-Governance-Diskussion in ein deutsche SE-Ausführungsgesetz, so genügt die SE mit Sitz in Deutschland im Wesentlichen diesen Vorgaben und Anforderungen einer modernen und fortschrittlichen Gesellschaftsform. Anpassungen an künftige EU-weite Corporate-Governance-Entwicklungen werden sich damit weitgehend erübrigen, wenn das deutsche Recht diesen bereits genügt.

Der Vorteil für die SE mit Sitz in Deutschland liegt auf der Hand: Auch die für sie geltenden Regelungen entsprechen bereits frühzeitig künftigen Entwicklungen. Umständliche, arbeitsaufwändige und mit Kosten verbundene Anpassungen sind weit weniger umfangreich durchzuführen.

All diese Erwägungen sollten den deutschen Gesetzgeber ermutigen, ein den Ansprüchen der Wirtschaft bestens entsprechendes SE-Regelungswerk zu schaffen, um im Wettbewerb der Mitgliedstaaten einen möglichst attraktiven SE-Standort bereit zu halten.

TEIL 4: ZU REGELNDE BEREICHE IM EINZELNEN – KONKRETER REGELUNGSBEDARF DES DEUTSCHEN GESETZGEBERS

Im folgenden soll der konkrete Regelungsbedarf des deutschen Gesetzgebers behandelt werden. Hierzu werden einzelne Themengebiete aus dem Bereich „Vorstand“ näher dargestellt und auf ihre Vereinbarkeit mit den Vorgaben der SE-VO untersucht.

Unter den Begriff „Vorstand“ im hier verstandenen Sinn fallen sowohl das Leitungsorgan im dualistischen System, das dem deutschen Aktienrecht als Vorstand bekannt ist, als auch das Verwaltungsorgan, das im monistischen System die Leitungsfunktion – und damit die Vorstandsaufgaben - wahrnimmt.

Neben der Abwägung, ob im Einzelfall eine Regelung im deutschen Ausführungsgesetz erforderlich beziehungsweise sinnvoll erscheint, werden in der vorliegenden Arbeit auch verschiedene Möglichkeiten zum Inhalt einer Regelung aufgezeigt und erörtert.

Nicht eingeschlossen in die Untersuchungen sind grundsätzlich das weite Feld der Mitbestimmung der Arbeitnehmer sowie Fragen des Konzernrechts.³⁷² Diese beiden Themenkomplexe sind jeweils für sich gesehen schon derart umfangreich, dass sie genügend Probleme und Erörterungsbedarf für gesonderte Abhandlungen beinhalten.³⁷³ Nähere Ausführungen hierzu würden den Rahmen dieser Arbeit sprengen.

Überdies ist für das Mitbestimmungsrecht die Richtlinie zur Ergänzung des Statuts hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer maßgeblich. Die hier vorliegende Arbeit will jedoch insbesondere die grundsätzlichen gesellschaftsrechtlichen Fragestellungen im Bereich Vorstand, d. h. hinsichtlich der Leitung und Organisation der SE, im Zusammenhang mit der SE-VO betrachten.

³⁷² Das SEAG sieht hierzu in § 49 eine Regelung vor. Der Gesetzgeber will mit dieser Vorschrift hinsichtlich der besonderen konzernrechtlichen Pflichten des Vorstands in einer abhängigen oder eingegliederten Gesellschaft ausdrücklich regeln, dass diese von den geschäftsführenden Direktoren wahrzunehmen sind; Begründungen zur Vorgängervorschrift § 46 SEAGE, S. 45. Damit folgt der Gesetzgeber der im monistischen System vollzogenen funktionalen Trennung und Aufgabenteilung zwischen Verwaltungsrat und geschäftsführenden Direktoren (dazu näher unten).

³⁷³ Siehe etwa schon die Arbeiten: *Maul*, SE; *Buchheim*, Europäische Aktiengesellschaft; *Maul* in *Theisen/Wenz (Hrsg.)*, 399 ff.; *Gruber/Weller* NZG 2003, 297 ff.; *Ebert* BB 2003, 1854 ff.; *Brandt* NZG 2003, 889 ff.

A. Grundkonzeption der SE-VO: zwei alternativ wählbare Organisationsstrukturen

I. Dualistisches und monistisches System

Die SE-VO hält in den Art. 39 bis 51 zwei Modelle für Organisationsverfassungen der Europäischen Gesellschaft bereit:

In den Art. 39 bis 42 SE-VO trifft die Verordnung Regelungen für ein dualistisches System, das neben der Hauptversammlung ein Aufsichtsorgan und ein Leitungsorgan vorsieht. Dieses Organisationsmodell ist aus dem deutschen Aktienrecht mit den Organen Vorstand und Aufsichtsrat neben der Hauptversammlung bekannt.

Die Art. 43 bis 45 SE-VO beinhalten Vorschriften für ein monistisches System. Eine derart organisierte SE verfügt neben der Hauptversammlung allein über ein sogenanntes Verwaltungsorgan. Das monistische System mit dem Verwaltungsorgan existiert beispielsweise im englischen („Board of directors“) und im französischen³⁷⁴ Recht („Conseil d`administration“).³⁷⁵

Ergänzt werden die für die beiden Systeme genannten Vorschriften jeweils durch die Art. 46 bis 51 SE-VO. Dabei handelt es sich um gemeinsame Vorschriften für das monistische und das dualistische System.

II. Wahlrecht des Art. 38 SE-VO

Die SE-VO sieht in Art. 38 hinsichtlich der Organisationsverfassung ein Wahlrecht für die einzelne SE vor.

Grundsätzlich wird die Entscheidung für ein bestimmtes System durch die Gründer der Gesellschaft getroffen und in deren Satzung festgelegt, Art. 38 b) SE-VO.³⁷⁶

Die einmal getroffene Entscheidung ist aber auch im nachhinein jederzeit durch die Hauptversammlung wie eine ganz normale Satzungsänderung nach Art. 52, 59 SE-VO abänderbar.

³⁷⁴ Das französische Recht kennt daneben auch das dualistische System.

³⁷⁵ Teichmann in Theisen/Wenz (Hrsg.), 573 ff. (598).

³⁷⁶ Die Ausübung des Wahlrechts liegt damit bei jeder SE selbst. Noch in Art. 61 Spiegelstrich 1 Satz 2 SE-VOV 1991 war das Wahlrecht zugunsten der einzelnen Mitgliedstaaten vorgesehen. Danach konnte jeder Mitgliedstaat der SE mit Sitz in seinem Hoheitsgebiet ein bestimmtes System vorschreiben; Schwarz ZIP 2001, 1847 ff. (1854).

Zu bedenken ist dabei allerdings, dass ein solcher Systemwechsel mit beachtlichen Kosten verbunden ist und deshalb für die Praxis nur selten in Betracht kommen wird.³⁷⁷

III. Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers

Während noch nach dem SE-VOV 1991 die Unternehmen lediglich eine bloße, vom Belieben ihre Sitzstaates abhängige Wahlmöglichkeit besaßen, besteht nach der SE-VO für jede SE ein echtes Wahlrecht hinsichtlich ihrer Organisationsverfassung.

Die Europäische Einigung verlangt, dass beide Systeme in jedem Mitgliedstaat zur Verfügung stehen.³⁷⁸ Da in den Mitgliedstaaten meist die eine oder die andere Rechtstradition gepflegt wurde, fehlen in einigen Mitgliedstaaten rechtliche Regelungen für die dort jeweils unübliche Unternehmensverfassung.³⁷⁹ Dies solle geändert werden, so der Rat der Europäischen Union.³⁸⁰

Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob und gegebenenfalls welche Auswirkungen diese Forderung auf ein etwaiges Tätigwerden des deutschen Gesetzgebers hat.

1. Dualistisches System

Die SE-VO verweist im Rahmen der für das dualistische System geltenden Vorschriften an verschiedenen Stellen auf das mitgliedstaatliche (Sitzstaat-)Recht.

So findet sich unter anderem auch die Regelung des Art. 39 Abs. 5 SE-VO, nach der ein Mitgliedstaat für den Fall, dass das mitgliedstaatliche Recht in Bezug auf Aktiengesellschaften mit Sitz in seinem Hoheitsgebiet keine Vorschriften über ein dualistisches System enthält, entsprechende Vorschriften in Bezug auf die SE erlassen kann.

³⁷⁷ *Hirte*, NZG 2002, 1 ff. (5); *Hommelhoff* AG 2001, 279 ff. (283); *Lange* EuZW 2003, 301 ff. (304)

³⁷⁸ So das Europäische Parlament, Ausschuss für Recht und Binnenmarkt, Sitzungsdokument A5-0243/2001 vom 26.6.2001, S. 18.

³⁷⁹ So sieht z. B. das deutsche Recht nur das dualistische System vor, in Großbritannien ist nur das monistische board-System bekannt. Das französische Recht hingegen bietet den nationalen Gesellschaften ein Wahlrecht zwischen beiden Systemen an.

³⁸⁰ Siehe EU-Pressemitteilung September 2001 in Teil III Vorschau 03.09.2001, vom Ausschuss für Recht und Binnenmarkt gewünschte wesentliche Änderung Ziffer 3.

Das Wahlrecht führt also dazu, dass die Unternehmen zwischen monistischem und dualistischem System wählen können. Somit ist eine Mitbestimmung auch im monistischen System möglich. Dies wird die Gesetzgeber der Mitgliedstaaten – so auch das Europäische Parlament, Bericht über den Entwurf einer Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), Ausschuss für Recht und Binnenmarkt, Berichterstatter: Hans-Peter Mayer, Sitzungsdokument A5-0243/2001 v. 26.06.2001, S. 18 (Entwurf einer legislativen Entschlie-ßung) - vor komplizierte Aufgaben stellen.

Da das deutsche Aktienrecht das dualistische System kennt und hierfür Regelungen bereit hält, richtet sich die Vorschrift des Art. 39 Abs. 5 SE-VO nicht an den deutschen Gesetzgeber. Es entsteht für ihn aufgrund dieser Norm kein Regelungsbedarf. Dieser ergibt sich allein aus den verschiedenen Vorschriften der Art. 39 ff. SE-VO, die für bestimmte einzelne Fragen auf das nationale Recht verweisen und dem nationalen Gesetzgeber lediglich eng begrenzte Optionen bieten.³⁸¹

Insbesondere kann der deutsche Gesetzgeber auch nicht zum Zweck einer SE-spezifischen Ausgestaltung des deutschen Rechts auf die Vorschrift des Art. 39 Abs. 5 SE-VO zurückgreifen.³⁸² Dem widerspricht der Grundsatz des grundsätzlichen Gleichlaufs von SE und nationaler Aktiengesellschaft, vgl. Erwägungsgrund (5) und Art. 10 SE-VO.

2. Monistisches System

Auch für das monistische System verweist die SE-VO in den speziell hierfür vorhandenen Vorschriften der Art. 43 bis 45 bzw. in den für beide Systeme geltenden Vorschriften der Art. 46 bis 51 SE-VO auf das mitgliedstaatliche (Sitzstaat-)Recht.

Eine solche Verweisungsnorm ist insbesondere Art. 43 Abs. 4 SE-VO. Danach kann ein Mitgliedstaat für den Fall, dass das mitgliedstaatliche Recht in Bezug auf Aktiengesellschaften mit Sitz in seinem Hoheitsgebiet keine Vorschriften über das monistische System enthält, entsprechende Vorschriften in Bezug auf die SE erlassen.

Da im deutschen Aktienrecht (bisher) keine Regelungen zu einer monistischen Organisationsverfassung einer Aktiengesellschaft existieren, wendet sich die Vorschrift des Art. 43 Abs. 4 SE-VO auch an den deutschen Gesetzgeber.

Auf der Basis von Art. 43 Abs. 4 SE-VO kann der deutsche Gesetzgeber das monistische System umfassend ausgestalten.³⁸³

³⁸¹ Neye/Teichmann AG 2003, 169 ff. (175).

³⁸² Teichmann ZIP 2002, 1109 ff. (1114); Neye/Teichmann AG 2003, 169 ff. (175).

³⁸³ Neye/Teichmann AG 2003, 169 ff. (175).

a) Art. 43 Abs. 4 SE-VO: Regelungsrecht oder -pflicht?

Fraglich ist, ob sich aus der Vorschrift des Art. 43 Abs. 4 SE-VO für den deutschen Gesetzgeber lediglich ein Recht oder sogar eine Pflicht zum Tätigwerden, das heißt zum Erlass von Regelungen für ein monistisches System in den deutschen Ausführungsvorschriften, ergibt. Diese Frage ist in der Literatur höchst umstritten.

aa) Wortlaut

Nach dem Wortlaut handelt es sich eindeutig um eine Ermächtigungsnorm.³⁸⁴ Die SE-VO verwendet in Art. 43 Abs. 4 ebenso wie in zahlreichen anderen Vorschriften, bei denen es sich – abgesehen von der Parallelvorschrift zu Art. 43 Abs. 4 für das dualistische System in Art. 39 Abs. 5 - unproblematisch um Ermächtigungsnormen handelt, das Wort „kann“; als Beispiel sollen hier etwa die Art. 39 Abs. 1 Satz 2, Art. 39 Abs. 2 Unterabs. 2, Art. 43 Abs. 1, Art. 43 Abs. 2 Unterabs. 1 Satz 2, Art. 48 Abs. 1 Unterabs. 2 oder Art. 48 Abs. 2 SE-VO genannt werden.

Will der Ordnungsgeber den mitgliedstaatlichen Gesetzgeber hingegen verpflichten, Regelungen zu treffen, so kommt dies auch im Wortlaut der einzelnen Vorschriften klar zum Ausdruck. So verwendet er beispielsweise im Rahmen von Verpflichtungsnormen Wendungen wie „muss ein Rechtsmittel eingelegt werden können“ (Art. 8 Abs. 14 Unterabs. 3 und Art. 19 Unterabs. 2), „der Sitzstaat trifft ... Maßnahmen“ (Art. 64 Abs. 1 und Abs. 2) oder „der Sitzstaat sieht vor, dass ...“ (Art 64 Abs. 3 SE-VO). Darin kommt unzweifelhaft die Regelungsverpflichtung des mitgliedstaatlichen Gesetzgebers zum Ausdruck.

Diese eindeutigen Formulierungen und Wendungen sind auch generell im Gemeinschaftsrecht üblich. So lassen sich im Bereich der EWIV-VO Ermächtigungen (zum Beispiel in Art. 4 Abs. 4 oder Art. 14 Abs. 4 EWIV-VO) allein anhand des Wortlauts von Verpflichtungen (Art. 39 EWIV-VO) unterscheiden.

³⁸⁴ So auch *Ihrig/Wagner* BB 2003, 969 ff. (974).

bb) Entstehungsgeschichte und Zusammenhang mit Art. 38 SE-VO

Betrachtet man die Entstehungsgeschichte der SE-VO, finden sich durchaus Argumente, mit denen sich eine dem mitgliedstaatlichen Gesetzgeber obliegende Pflicht zum Erlass derartiger Regelungen bejahen lässt.

Art. 38 SE-VO bringt im Vergleich zur Regelung in dessen Vorgängervorschrift Art. 61 Spiegelstrich 1 Satz 2 im SE-VOV 1991 eine grundlegende Änderung der Organisationsverfassung der SE mit sich:

Art. 61 Spiegelstrich 1 Satz 2 SE-VOV 1991 ermächtigte die Mitgliedstaaten noch dazu, der SE mit Sitz in ihrem Hoheitsgebiet entweder das eine oder das andere System vorzuschreiben. Diese Ermächtigung wurde jedoch in der SE-VO gestrichen.

Jetzt steht es nach Art. 38 Buchstabe b) SE-VO der zu gründenden SE frei, in ihrer Satzung entweder das dualistische oder das monistische System zu wählen. Die Unternehmen haben also selbst die Wahl zwischen den beiden Systemen.

Damit diese Wahlfreiheit jedoch auch tatsächlich gewährleistet ist, verstehen einige Autoren die Vorschrift des Art. 43 Abs. 4 SE-VO als Verpflichtungsnorm.³⁸⁵

Das Vorliegen einer Verpflichtung kann auch mithilfe des Erwägungsgrundes (14) zur SE-VO begründet werden. Dort wird bestimmt, dass die Wahl des Systems der SE überlassen bleibt. Dies ist nur möglich, wenn in jedem Mitgliedstaat beide Systeme existieren. Würde ein Mitgliedstaat nur Regelungen für ein System bereithalten, hätte dieser bereits die Wahl getroffen und das Wahlrecht der (beabsichtigten) künftigen SE würde sich darauf beschränken, ob entweder die SE mit Sitz in diesem Mitgliedstaat mit dem einen dort existierenden Organisations-System gegründet wird³⁸⁶ oder ob man sich für einen anderen Staat und somit für das dort vorhandene gewünschte System entscheidet.

³⁸⁵ *Brandt* NZG 2002, 991 ff. (991), FN 6; *Brandt/Scheifele* DStR 2002, 547 ff. (554); *Lutter* BB 2002, 1 ff. (4); widersprüchlich *Hommelhoff* AG 279 ff. (282 f.).

³⁸⁶ Im Rahmen der Gründung ist gem. der Spezialverweisung in Art. 15 SE-VO auf Sitzstaatrecht zurückzugreifen. Zwangsläufig ist bereits bei Gründung der SE die satzungsmäßige (so *Bungert/Beier* EWS 2002, 1 (2, 3)) Entscheidung für ein System erforderlich. Dies ergibt sich unter anderem daraus, dass die Eintragung einer SE gem. Art. 12 I SE-VO im nationalen Register ihres Sitzstaates erfolgt. Damit vollzieht sich auch die Prüfung ihrer Gründungsvoraussetzungen nach dem dort geltenden Recht (so auch *Bungert/Beier* EWS 2002, 1 (3)). Würde eine nationale Rechtsordnung keine Regelungen zu einem System bereithalten, wäre insoweit auch eine Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen nicht möglich. Zwar umfasst die Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen nach dem deutschen Aktiengesetz nicht die Frage der Organisationsverfassung – wie sollte das auch der Fall sein, da das deutsche Aktienrecht nur das dualistische System kennt –, jedoch dürfte es wohl eine ungeschriebene Voraussetzung für die Eintragung sein, dass die in Deutschland einzutragende Gesellschaft auch entsprechend den Vorgaben des deutschen Aktienrechts organisiert / verwaltet wird.

All diese Erwägungen lassen sich heranziehen für die Einordnung des Art. 43 Abs. 4 SE-VO als Verpflichtungsnorm, welche die Mitgliedstaaten zum Erlass von Vorschriften zum monistischen System in ihren Ausführungsvorschriften verpflichtet, soweit nicht das nationale Aktienrecht bereits insoweit Regelungen bereit hält.

cc) Keine rechtliche Verpflichtung

Dem steht jedoch – wie eben bereits dargelegt - der eindeutige Wortlaut der Vorschrift gegenüber.

Außerdem war dem Verordnungsgeber das Problem bekannt. Beispielsweise hat der Ausschuss für Recht und Binnenmarkt noch im Juni 2001 vorgeschlagen, die Art. 39 Abs. 5 und Art. 43 Abs. 4 SE-VOV 2001 in ihrem Wortlaut klarer zu fassen und abzuändern.³⁸⁷ Dennoch wurde die Formulierung letztlich unverändert beibehalten.

Zudem wurden die streitigen Regelungen erst mit der Abschaffung des Art. 61 Spiegelstrich 1 Satz 2 SE-VOV 1991, der die Mitgliedstaaten noch dazu ermächtigte, der SE mit Sitz in ihrem Hoheitsgebiet entweder das eine oder das andere System vorzuschreiben, eingeführt. Es kann also auch nicht davon ausgegangen werden, dass in diesem Zusammenhang „nur“ eine Anpassung bereits bestehender Vorschriften versäumt wurde.

Damit ist die Vorschrift des Art. 43 Abs. 4 SE-VO im Ergebnis als Ermächtigungsnorm einzuordnen, insbesondere ergibt sich daraus keine rechtliche Verpflichtung für den deutschen Gesetzgeber, im deutschen SEAG Regelungen zum monistischen System zu schaffen.³⁸⁸

dd) Für Ausübung des Wahlrechts Regelungen in der SE-VO ausreichend

Nimmt der deutsche Gesetzgeber die ihm mittels der Ermächtigungsnorm des Art. 43 Abs. 4 SE-VO zustehende Befugnis zum Erlass von Regelungen zum monistischen System im

³⁸⁷ Siehe *Europäisches Parlament*, Ausschuss für Recht und Binnenmarkt, Sitzungsdokument A5-0243/2001 vom 26.6.2001, Änderungsanträge 13 und 14 zu Art. 39 Abs. V und Art. 43 Abs. IV SE-VOV S. 13.

³⁸⁸ So im Ergebnis zum Beispiel auch *Schwarz* ZIP 2001, 1847 ff. (1854); *Hirte* NZG 2002, 1 ff. (5).

deutschen SEAG nicht wahr, ist der SE mit Sitz in Deutschland die Wahl zwischen beiden Systemen trotzdem möglich.³⁸⁹

Mangels nationaler (originärer bzw. im SEAG geschaffener) Vorschriften zum monistischen System, gelten in diesem Fall eben nur die in der SE-VO enthaltenen Regelungen (Art. 43 – 45 SE-VO für das monistische System; sowie die für beide Systeme geltenden Art. 46 – 51 SE-VO).

Die Leitungssysteme funktionieren „notfalls“³⁹⁰ auch ohne Ergänzungen. Allerdings weist die SE-VO hinsichtlich der Organisation einer Gesellschaft in der Form des monistischen Systems nur eine geringe Regelungsdichte auf. Mitgliedstaaten, die hier untätig bleiben, erschweren damit die Handhabung der Unternehmensleitung und mindern letztlich die Attraktivität des eigenen Staates als Standort für die SE.

ee) Keine ausreichende Satzungsautonomie

Im Falle einer Nichtregelung des monistischen Organisationssystems durch nationale (Ergänzungs-)Vorschriften ist es der jeweiligen Gesellschaft bzw. ihre Gründern auch untersagt, selbst Abhilfe zu schaffen. Es erscheint vor allem zweifelhaft, ob sich die Unternehmen in Ermangelung einer gesetzlichen Regelung ihr eigenes Leitungssystem in einer Satzung selbst „stricken“ können.³⁹¹

Eine derart weitreichende Satzungsautonomie würde dem strengen nationalen Aktienrecht widersprechen.³⁹²

Satzungsautonomie besteht im Rahmen der SE-VO zudem nur dort, wo die Verordnung sie ausdrücklich zulässt, vgl. Art. 9 Abs. 1 b) SE-VO. Bezogen auf die Ausgestaltung der Organisationsverfassung lässt die Verordnung aber nahezu nur ergänzende Regelungen durch den Gesetzgeber der Mitgliedstaaten zu.³⁹³ Regelungsmöglichkeiten durch die Satzung der jeweiligen SE sieht die SE-VO etwa vor in Art. 39 Abs. 4 Satz 1 und Art. 40 Abs. 3 Satz 1 für

³⁸⁹ *Teichmann* ZGR 2002, 383 ff. (442); *Schindler*, Europäische Aktiengesellschaft, 57 und 67 für die SE in Österreich.

³⁹⁰ So auch *Teichmann* ZGR 2002, 383 ff. (442).

³⁹¹ So insgesamt *Teichmann* ZGR 2002, 383 ff. (442).

³⁹² *Neye/Teichmann* AG 2003, 169 ff. (175); ebenso *Schindler*, Europäische Aktiengesellschaft, 67 für das Aktienrecht in Österreich.

³⁹³ Zu diesem Ergebnis kommt man auch, wenn man über Art. 9 SE-VO die Anwendung des § 23 Abs. 5 AktG für die SE zulässt.

das dualistische System, in Art. 43 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3 Satz 2 und Art 44 Abs. 1 für das monistische System sowie in Art. 46 Abs. 1, 2, Art. 47 Abs. 1, 3, Art 48 Abs. 1 und Art. 50 Abs. 1, 2 SE-VO für beide Systeme.

Aus dieser Aufzählung wird ersichtlich, dass die SE-VO und der Verordnungsgeber zweifellos von der Existenz ergänzender nationaler Regelungen für das monistische System ausgehen. Die wenigen und hauptsächlich Ausgestaltungsfragen betreffenden satzungstechnisch regelungsfähigen Bereiche in der monistischen Organisationsverfassung zeigen dies deutlich, insbesondere im Vergleich zu den beinahe parallel laufenden Bestimmungen, welche das nahezu im gesamten Geltungsbereich der SE-VO verbreitete und bereits existente dualistische System betreffen.

Die Unternehmen können damit für den Fall, dass keine gesetzlichen Regelungen bestehen, nicht durch Satzungsbestimmungen ihr eigenes Leitungssystem konzipieren.³⁹⁴

ff) Für Funktionieren des monistischen Systems Erlass von Regelungen ratsam:

„faktischer Zwang“

Damit die Wahlfreiheit jedoch nicht nur rechtlich, sondern auch tatsächlich gewährleistet ist, ist es ratsam und sinnvoll, dass der nationale Gesetzgeber tätig wird und im SEAG auch für das monistische System Vorschriften erlässt.

*Teichmann*³⁹⁵ rät dem deutschen Gesetzgeber dazu, von der Regelungsermächtigung des Art. 43 Abs. 4 SE-VO auf jeden Fall Gebrauch zu machen, da es angesichts der wenigen in der SE-VO getroffenen Regelungen ansonsten für das monistische System an einem handhabbaren und rechtssicheren Rahmen fehlt.

Die geringe Regelungsdichte der in der SE-VO vorhandenen Vorschriften zum monistischen System lässt viele Rechts- und Sachfragen offen, was die Unternehmensleitung erschwert und die Wahl dieses Verwaltungssystems für Unternehmen unattraktiv macht.³⁹⁶ Um im Wettbewerb der Mitgliedstaaten mitzuhalten und den Standort Deutschland für SE's als Sitzstaat interessant zu machen, ist es wichtig, dass der deutsche Gesetzgeber Vorschriften zur Einführung des aus anderen Mitgliedstaaten und den USA bekannten monistischen Systems erlässt. So findet das durch verschiedene Großunternehmen bereits herbeigesehnte eingliedrige

³⁹⁴ *Theisen/Hözl* in *Theisen/Wenz (Hrsg.)*, 247 ff. (258).

³⁹⁵ In *ZGR* 2002, 383 ff. (442). Ebenso *Hirte NZG* 2002. 1 ff. (5); *Thoma/Leuering NJW* 2002, 1449 ff. (1451).

³⁹⁶ Im Ergebnis auch *Theisen/Hözl* in *Theisen/Wenz (Hrsg.)*, 247 ff. (258); *Teichmann ZIP* 2002, 1109 ff. (1113 f.)

Verwaltungssystem, wenn auch auf die SE beschränkt, in Deutschland Einzug.³⁹⁷ Dies hat den Vorteil, dass ausländische Unternehmen, denen bislang das monistische System bekannt war bzw. die in dieser Rechtsform organisiert sind, die gewohnte Struktur beibehalten können, wenn sie beabsichtigen, sich in Form der SE zu organisieren und in Deutschland niederzulassen.

Zum Tragen kommt die Problematik des Standortnachteils bei Fehlen von Regelungen zum monistischen System im deutschen SEAG nicht nur bei Neugründung einer SE, sondern auch wenn eine bereits existente SE beabsichtigt, das zunächst gewählte dualistische System aufzugeben und sich künftig im monistischen Modell zu organisieren,³⁹⁸ sowie dann, wenn eine bereits existierende SE ihren Sitz verlegen will. Hält der als neuer Sitzstaat ins Auge gefasste Mitgliedstaat das gewünschte System nicht bereit, hat dies zur Folge, dass die SE in Ihrer Standortwahl behindert wird. Eine Sitzverlegung in diesen Staat hätte damit zwangsläufig die „Wahl“ dieses einen bereitgestellten Systems zur Folge.

Es hängt also in den aufgezeigten Fällen vom Belieben des nationalen Gesetzgebers ab, ob – wie nach bisheriger Rechtslage mit dem Gemenge der verschiedenen Rechtsordnungen ohne die Existenz einer gemeinschaftlichen Gesellschaftsform – Art und Weise bzw. Existenz nationaler Regelungen für die Standortwahl und staatenübergreifende Tätigkeit einer Gesellschaft von entscheidender Bedeutung sind oder ob die von der SE-VO verfolgten Ziele wie Wirtschaftlichkeit, Lage, usw. eines Standorts in einem mitgliedstaatenübergreifend funktionierenden Binnenmarkt - vgl. Erwägungsgrund (1) zur SE-VO - im Vordergrund stehen.

*Lange*³⁹⁹ rät hingegen dem deutschen Gesetzgeber, von seiner Regelungsbefugnis zunächst einmal möglichst zurückhaltend Gebrauch zu machen und abzuwarten, welche Ausprägungen das monistische System in der Rechtspraxis deutscher SE's auf der Grundlage der Verordnungsvorschriften und in Ausübung der im Übrigen bestehenden satzungsmäßigen Gestaltungsfreiheit erfährt. Der deutsche Gesetzgeber solle – so *Lange* - nur dann und dort gezielt eingreifen, wenn und wo korrigierende Eingriffe zur Beseitigung offensichtlich unerträglicher Missstände dringend geboten erscheinen. Er sieht in einer solchen gesetzgeberischen Zurückhaltung den Vorteil, dass Europäische Aktiengesellschaften mit Sitz in Deutschland ihren Eigentümern weitgehend Flexibilität bei der Verwaltungsorganisation gewähren würden, was den Anreiz deutscher Aktiengesellschaften, sich in eine SE

³⁹⁷ *Maul* BB 2003 Heft 19 Erste Seite; *Artmann* wbl 2002, 189 ff. (191).

³⁹⁸ Dies ist grundsätzlich möglich. Es handelt sich hierbei um eine Satzungsänderung, für welche die Hauptversammlung zuständig ist (Art. 38 b), 52, 59 SEVO), vgl. *Hommelhoff* AG 01, 279 ff. (283).

³⁹⁹ *EuZW* 2003, 301 ff. (306).

umzuwandeln, erhöhen und den Zuzug ausländischer SE's nach Deutschland fördern könnte. Insbesondere hinsichtlich Mitbestimmungsfragen sieht *Lange* in einer derartigen Zurückhaltung wesentliche Vorzüge.

Die Überlegungen von *Lange* sind dem Grunde nach sicherlich in Erwägung zu ziehen. Gerade die jüngst in der Praxis realisierten Modelle bei der Deutschen Bank AG, Frankfurt bzw. der Daimler Chrysler AG, Stuttgart⁴⁰⁰ zeigen die Bereitschaft und das Interesse der Wirtschaft an der Entwicklung und Umsetzung neuer Konstruktionen.

Jedoch gilt es im Zusammenhang mit der SE und insbesondere mit dem monistischen System zu bedenken, dass zum einen die Möglichkeiten von Satzungsregelungen eng begrenzt sind. Zum anderen besteht die Gefahr, dass Unternehmen einen Standort bevorzugen, der bereits Regelungen und Modelle für eine monistisch organisierte Verwaltungsstruktur und somit auch einen rechtlichen und sicheren Rahmen bereit hält, anstatt in Deutschland in dieser Hinsicht völliges Neuland zu betreten, das weitgehend ohne rechtliche Absicherung ist.

Insgesamt ist deshalb davon auszugehen, dass letztlich ein zumindest faktischer Zwang besteht, in dem erforderlichen Umfang geeignete Regelungen zu erlassen. Würde ein Mitgliedstaat für ein System keine Regelungen bereithalten, würde er somit widersprüchlich zur vorrangigen SE-VO (vgl. Art. 9 SE-VO) das in Art. 38 b) SE-VO vorgegebene Wahlrecht außer Kraft setzen.⁴⁰¹

Der Erlass von Regelungen zum monistischen System für SE's mit Sitz in Deutschland stellt auch keinen Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot des Art. 10 SE-VO dar. Diese Vorschrift verbietet lediglich die differenzierte Behandlung von SE und nationaler Aktiengesellschaft, soweit nicht die SE-VO selbst eine Abweichung bestimmt, vgl. Art. 10 SE-VO HS 1. Um eine solche vorbehaltene Abweichung handelt es sich gerade, wenn die Verordnung das monistische System für die SE – unabhängig von dessen Existenz im nationalen Recht - zur Verfügung stellt.

Es bleibt damit bei der rechtlichen Einordnung des Art. 43 Abs. 4 SE-VO als Ermächtigungsnorm. Jedoch verdichtet sich die dem nationalen Gesetzgeber grundsätzlich obliegende Entscheidungsfreiheit hinsichtlich des „Ob“ und „Wie“ der Ausübung aufgrund eben dargelegter Gründe derart, dass der deutsche Gesetzgeber im Ergebnis faktisch verpflichtet ist, die Ermächtigung wahrzunehmen und Regelungen zu treffen.⁴⁰²

⁴⁰⁰ Dazu etwa *Theisen/Hölzl* in *Theisen/Wenz* (Hrsg.), 247 ff. (298).

⁴⁰¹ So *Thoma/Leuring* NJW 2002, 1449 ff. (1451); auch *Ihrig/Wagner* BB 2003, 969 ff. (974); *Bungert/Beier* EWS 2002, 1 (3), die in FN 25 zudem vom Vorliegen von „imperativen Kompetenznormen“ sprechen

⁴⁰² Dazu schon allgemein oben.

b) Grundsätzliches für ein SEAG

Kommt der deutsche Gesetzgeber seiner faktischen Verpflichtung zur Schaffung von Vorschriften zum monistischen Verwaltungsmodell im deutschen SEAG nach, sollte er dabei großen Wert darauf legen, ein modernes Regelwerk zu erlassen, das die monistische Organisationsstruktur für SE's mit Sitz in Deutschland zu einer attraktiven und handhabbaren Alternative zum dualistischen System macht.⁴⁰³

Es gilt dabei, eine hinreichend weitgehende Normierung für eine rechtssichere Unternehmensführung zu schaffen, die jedoch den notwendigen Raum für individuelle Bedürfnisse und unternehmenseigene Besonderheiten bereit hält.

Der in der europäischen Corporate-Governance Diskussion anerkannte Grundsatz der Funktionstrennung ermöglicht es überdies, die Vorgaben des deutschen Konzernrechts und der Mitbestimmung in das monistische System zu integrieren.⁴⁰⁴

Aus Gründen der einfacheren Handhabung und besseren Übersichtlichkeit ist dem deutschen Gesetzgeber zu raten, das monistische Verwaltungsmodell weitgehend dem aus der Rechtspraxis bekannten dualistischen System anzunähern.

Im Rahmen der Überlegungen zu den zu erlassenden Vorschriften bietet es sich an, Erfahrungen aus ausländischen Rechtssystemen, welche bereits Regelungen zum monistischen System treffen, heranzuziehen. So können etwa das englische und französische Recht wertvolle Anregungen bieten.⁴⁰⁵

Erfahrungen und Regelungsinhalte aus dem ausländischen Recht sollten – nach hinreichender Prüfung der Vereinbarkeit und Nützlichkeit hinsichtlich des deutschen Rechts – nicht zuletzt deshalb in die Überlegungen einbezogen werden, weil die SE als europäische Rechtsform das gemeinsame Dach für Unternehmen aus verschiedenen Rechtsordnungen werden soll. Deutschland kann als Standort für grenzüberschreitende Unternehmen nur gewinnen, wenn es diese international übliche Form der Unternehmensleitung für die SE sinnvoll ausgestaltet.⁴⁰⁶

⁴⁰³ So im Ergebnis auch *Neye/Teichmann AG* 2003, 169 ff. (175); *Teichmann ZIP* 2002, 1109 ff. (1113f.).

⁴⁰⁴ So *Teichmann ZIP* 2002, 1109 ff. (1114); näher *Teichmann ZGR* 2002, 383 ff. (444 ff.).

⁴⁰⁵ *Teichmann ZIP* 2002, 1109 ff. (1113f.); *Teichmann in Theisen/Wenz (Hrsg.)*, 573 ff. (604 f.).

⁴⁰⁶ *Teichmann in Theisen/Wenz (Hrsg.)*, 573 ff. (604).

c) Auswirkungen auf das rein nationale Aktienrecht: Einführung des monistischen Systems für die deutsche Aktiengesellschaft?

Mit dem Erlass von Regelungen zum monistischen System im deutschen SEAG verbindet sich gleichzeitig auch die Einführung des monistischen Verwaltungsmodells im deutschen Recht. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob dies auch Auswirkungen auf das rein nationale Aktienrecht hat,⁴⁰⁷ insbesondere, ob der deutsche Gesetzgeber deshalb künftig auch für die deutsche AG das monistische System bereit halten muss.

Dies ist nicht der Fall. Die SE-VO sieht das monistische System nur für SE's vor und veranlasst den nationalen Gesetzgeber allenfalls zum Erlass von nationalen Ausführungsvorschriften zur SE-VO und damit nur die SE betreffend. Bestehende und künftige Normierungen im nationalen (Aktien-) Recht sind davon unabhängig und die SE-VO entfaltet insoweit keine Wirkungen, insbesondere keine Normerlassverpflichtungen.

Zwar bringt die SE-VO an vielen Stellen zum Ausdruck, dass die SE nach dem Willen des Verordnungsgebers rechtlich keinen grundlegend anderen Status haben soll als die nationalen Aktiengesellschaften. Das zeigen zum einen die umfangreichen Verweisungen auf das nationale Aktienrecht und zum zweiten der enge Spielraum, der für SE-spezifisches nationales Recht bleibt, und zum dritten der Erwägungsgrund (5) zur SE-VO. Danach sollen sachlich ungerechtfertigte Ungleichbehandlungen der SE im Vergleich zu nationalen Aktiengesellschaften vermieden werden.

Eine völlige Gleichartigkeit mit den nationalen Gesellschaftsformen ist jedoch nicht zwingend erforderlich. Nach Erwägungsgrund (5) zur SE-VO sollen nur sachlich ungerechtfertigte Ungleichbehandlungen vermieden werden. Die SE aber so zu konzipieren, dass sie für grenzüberschreitend tätige Unternehmen besonders gut geeignet ist, wäre hingegen keine unzulässige Diskriminierung, da sie gerade für diesen Zweck vorgesehen ist.⁴⁰⁸

Auch Art. 10 SE-VO gebietet lediglich, dass eine SE wie eine nationale Aktiengesellschaft zu behandeln ist, soweit sich nicht gerade aus der SE-VO etwas anderes ergibt. Eine Besonderheit der SE-VO ist eben die vorgesehene Wahlfreiheit zwischen monistischem und dualistischem System. Dies führt jedoch nicht zu einer Verpflichtung für den nationalen Gesetzgeber, monistische Organisationsregelungen für nationale Aktiengesellschaften zu erlassen.

⁴⁰⁷ Es handelt sich hierbei zugleich um einen Fall der Inkongruenz; dazu näher unten.

⁴⁰⁸ So *Teichmann* ZGR 2002, 401 f..

Im Zusammenhang mit der Diskussion um eine Reform des deutschen Aktienrechts wurde unter anderem die Einführung des monistischen Systems im deutschen Aktienrecht diskutiert. Und so wurde vereinzelt vorgeschlagen, dieses System bzw. die damit verbundene Wahlfreiheit im Gleichlauf mit der „Umsetzung“ der SE-VO auch im deutschen Aktienrecht einzuführen. Dagegen spricht jedoch, dass es vorzuziehen war, dass der deutsche Gesetzgeber angesichts der relativ kurzen Umsetzungsperiode bis zum 08. Oktober 2004 diese Zeit zum Erlass der für die SE erforderlichen Regelungen nutzt,⁴⁰⁹ zumal die Einführung des monistischen Verwaltungsmodells im rein deutschen Aktienrecht – wie dargelegt – aufgrund der SE-VO gerade nicht erforderlich war.

d) Folgen bei Einführung des monistischen Systems im deutschen Aktienrecht

Für den Fall, dass der deutsche Gesetzgeber in Zukunft – etwa im Rahmen einer Aktienrechtsreform - auch für nationale Aktiengesellschaften (wahlweise) das monistische System einführt, stellt sich die Frage, welche Folgen und Auswirkungen dies hat, wenn der deutsche Gesetzgeber zuvor, gestützt auf die Ermächtigung des Art. 43 Abs. IV SE-VO, in einem deutschen SE-Ausführungsgesetz (SEAG) nationale Regelungen zum monistischen System für SE's mit Sitz in der Bundesrepublik Deutschland erlassen hat.

Über die Generalverweisung des Art. 9 SE-VO gilt dann grundsätzlich für monistisch organisierte SE's mit Sitz in Deutschland das nationale Aktienrecht zum monistischen System. Andererseits enthält dann das SEAG ebenfalls Regelungen hierzu.

Stimmen die beiden Regelungswerke inhaltlich überein, stellt sich allein die Frage, welches Regelungswerk zur Anwendung kommt. Bei inhaltlichen Differenzen besteht das weitere Problem, welche inhaltlichen Vorgaben maßgeblich sind.

Zur Beantwortung dieser Fragen ist zunächst auf Art. 9 SE-VO zurückzugreifen, der zentralen Vorschrift zur Bestimmung des auf die SE anwendbaren Rechts. Danach gilt das für nationale Gesellschaften maßgebliche Recht auch für die SE. Somit wäre das nationale Aktienrecht heranzuziehen. Die Regelungen im SEAG sind damit überflüssig. In diesem Sinn ist auch die Vorschrift des Art. 43 Abs. IV SE-VO zu verstehen. Danach wird der nationale Gesetzgeber zum Erlass von Regelungen ermächtigt, falls es im nationalen Recht insoweit an Vorschriften

⁴⁰⁹ So auch *Teichmann* ZIP 2002, 1109 ff. (1110) während des Gesetzgebungsverfahrens.

fehlt. Erlässt der nationale Gesetzgeber im Nachhinein derartige Regelungen, fehlen solche nicht mehr und die Ermächtigung des Art. 43 Abs. IV SE-VO läuft ins Leere.

Nach dem Sinn und Zweck dieser Ermächtigung – auch im Hinblick auf das Gleichbehandlungsgebot des Art. 10 SE-VO und das Diskriminierungsverbot in Erwägungsgrund (5) zur SE-VO – hat der nationale Gesetzgeber nun dafür zu sorgen, dass das nationale Aktienrecht auch für SE's mit Sitz in Deutschland gilt. Damit sind zwangsläufig inhaltlich abweichende Regelungen aus dem SEAG ohne Wirkung und folglich aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit aufzuheben. Das folgt auch aus dem allgemein gültigen Rechtsstaatsprinzip.

Inhaltlich mit dem nationalen Aktienrecht übereinstimmende Regelungen aus dem SEAG können mangels Widerspruch zu den nationalen Vorschriften theoretisch bestehen bleiben, auch wenn sie keine eigene Wirkung entfalten. Insoweit ist es jedoch ratsam, dass der nationale Gesetzgeber seiner Linie treu bleibt und entweder in seinem SEAG nur die Besonderheiten für die SE regelt oder sämtliche für die SE geltenden Vorschriften, also auch – was hier gerade von Bedeutung ist – die über Art. 9 SE-VO heranzuziehenden nationalen (aktienrechtlichen) Regelungen im SEAG nochmals wortgleich zum nationalen Aktiengesetz abdruckt. Die letztgenannte Möglichkeit ist jedoch abzulehnen, wie oben bereits aufgezeigt.

Folglich ist es in diesem Fall im Ergebnis ebenso empfehlenswert, die einschlägigen Regelungen aus dem SEAG zu streichen, um doppelte Regelungen zu vermeiden und somit Unklarheiten vorzubeugen.

B. Einzelheiten zum dualistischen System

Im folgenden soll das dualistische System genauer betrachtet werden. Aufgrund des oben schon beschriebenen Umstandes, dass das deutsche Aktienrecht das dualistische System der deutschen AG als Organisationsform bereits im Gesetz vorgegeben hat, wird sich insoweit zwangsläufig eine weitgehende Parallelität der Regelungen ergeben.

Dies entspricht auch der Forderung des SE-Verordnungsgebers nach Gleichbehandlung von SE und nationaler Aktiengesellschaft (vgl. Art. 10 SE-VO).

Außerdem bietet sich die weitgehenden Gleichbehandlung bzw. „Gleichnormierung“ an. Die SE-VO verweist an zahlreichen Stellen auf das Sitzstaatrecht der jeweiligen SE.

Somit ist es zweckmäßig, dass der nationale Gesetzgeber auch die Bereiche, in denen er befugt ist, selbst tätig zu werden, in Anlehnung an das Sitzstaatrecht regelt. So entsteht ein einheitliches und in sich stimmiges Regelungswerk, was wiederum aus Gründen der Rechtssicherheit zu begrüßen ist.

I. Organe und Organmitglieder

Nach Art. 38 SE-VO verfügt die nach dem dualistischen Modell verwaltete SE über eine Hauptversammlung (Art. 38 a) SE-VO) sowie über ein Aufsichtsorgan und ein Leitungsorgan (Art. 38 b) 1. Alt. SE-VO).

Entsprechend dem von der vorliegenden Arbeit untersuchten Bereich „Vorstand“ sollen vor allem das Leitungsorgan sowie das Aufsichtsorgan, soweit dieses Berührungspunkte zum Bereich Vorstand aufweist, betrachtet werden.

Fragen und Probleme zur Hauptversammlung bleiben außen vor, soweit sie nicht einen konkreten Bezug zu obigen Organen, insbesondere zum Leitungsorgan, aufweisen und eine Behandlung aus diesem Grund geboten erscheint.

1. Bezeichnung

a) Vorgaben der SE-VO

Die SE-VO selbst bezeichnet die beiden Organe lediglich in der eben genannten Art und Weise entsprechend der ihnen jeweils zugedachten Funktion als Aufsichtsorgan und Leitungsorgan.

b) Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers

Das deutsche Recht spricht hingegen von Vorstand und Aufsichtsrat, wenn es das Leitungsorgan sowie das Aufsichtsorgan meint.

In der veröffentlichten Literatur zur SE-VO und zum deutschen SE-Ausführungsgesetz werden für das Leitungs- und das Aufsichtsorgan teilweise⁴¹⁰ ohne jegliche Problematisierung die im deutschen Aktienrecht gebräuchlichen Begriffe Vorstand und Aufsichtsrat benutzt. Zum Teil wird auch die Übernahme der nationalen Begrifflichkeiten insoweit als sicher angenommen.⁴¹¹

Für die Praxis erscheint es auch sinnvoll, spezielle (aktienrechtliche) Begrifflichkeiten bereit zu halten. Die Nutzung des Begriffes Leitungsorgan wäre für eine Europäische Aktiengesellschaft zu allgemein gehalten. Schließlich handelt es sich dabei um einen für das gesamte Gesellschaftsrecht gültigen reinen „Funktionszuordnungsbegriff“. In diesem Zusammenhang sei nur darauf hingewiesen, dass auch die Gesamtheit der Geschäftsführer einer GmbH, der Komplementäre einer KG oder der Gesellschafter einer OHG oder GbR Leitungsorgan sind.

Aus Gründen der Vergleichbarkeit der Organfunktionen und für die Akzeptanz der SE bietet es sich an, die aus dem deutschen Aktienrecht bekannten Bezeichnungen auch für die SE zu übernehmen. Aufgrund der Tatsache, dass es sich hierbei nicht um eine neue Sachregelung handelt, bedarf der deutsche Gesetzgeber auch keiner Regelungsermächtigung.

c) Regelung im SEAG

Sowohl in den Vorschriften des SEAG als auch in den begleitenden Begründungen im Gesetzgebungsverfahren werden die bloßen Funktionsbezeichnungen Leitungs- und Aufsichtsorgan aus der SE-VO beibehalten.

Aus ebengenannten Gründen sollte das deutsche Ausführungsgesetz jedoch für die beiden Organe eine zusätzliche Bezeichnung vorsehen, am besten die aus dem deutschen Aktienrecht bekannten Begrifflichkeiten Vorstand und Aufsichtsrat.

Davon geht möglicherweise auch der deutsche Gesetzgeber aus, da er im SEAG sowie den dazugehörigen Begründungen zum einen keine abweichenden Begriffe vorbringt und zum anderen aber – wie der Blick in die Regelungen zum monistischen System⁴¹² zeigt – die Notwendigkeit einer speziellen aktien- bzw. SE-rechtlichen Organbezeichnung erkennt. Zur Klarstellung sollten die Bezeichnungen im Ausführungsgesetz dennoch ausdrücklich genannt werden.

⁴¹⁰ So zum Beispiel *Brandt* NZG 2003, 991 ff. (992).

⁴¹¹ Vgl. *Hirte* NZG 2002, 1 ff. (6) bzw. für Österreich *Schindler*, Europäische Aktiengesellschaft, 73.

⁴¹² Dazu sogleich unten.

2. Zahl der Organmitglieder im Leitungsorgan

a) Vorgaben der SE-VO

Grundsätzlich überlässt die SE-VO die Festlegung der Mitgliederzahl für das Leitungsorgane der Satzung der jeweiligen Gesellschaft selbst, vgl. Art. 39 Abs. 4 Satz 1 SE-VO.⁴¹³ Die Vorschrift des Art. 39 Abs. 4 Satz 2⁴¹⁴ SE-VO enthält jedoch eine Ermächtigungsnorm für den nationalen Gesetzgeber, für die Zahl der Mitglieder des Leitungsorgans eine Mindest- und / oder Höchstzahl festzusetzen.

Diese Regelung ist so zu verstehen, dass sich die Satzung der einzelnen Gesellschaft danach zu richten hat, was die Mitgliedstaaten regeln. Die Mitgliedstaaten können also eine Mindest- und / oder Höchstzahl festlegen, die dann auch für Satzungsregelungen verbindlich ist.

b) Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers

Aufgrund des Charakters der Norm des Art. 39 Abs. 4 Satz 2 SE-VO als Ermächtigungsnorm steht es in der Entscheidungsmacht des nationalen Gesetzgebers, ob er in Wahrnehmung seiner Befugnis eine Mindest- und / oder Höchstzahl der Zahl der Mitglieder des Leistungsorgans festlegt.

Aus Gründen des Gleichlaufs von deutschem und SE-Recht sollte der deutsche Gesetzgeber von dieser Ermächtigung jedenfalls hinsichtlich der Bestimmung der Mindestzahl Gebrauch machen. Es empfiehlt sich eine Regelung in Anlehnung an § 76 Abs. 2 AktG. Für eine weitergehende Regelung besteht kein Bedarf; dies auch deshalb, weil Art. 39 Abs. 4 Satz 1 SE-VO die Regelungsbefugnis der Satzung der jeweiligen SE überträgt. Die „Satzungsregelung“ ist einer starren gesetzlichen Festlegung aus Gründen einer höheren Flexibilität und besseren Praxistauglichkeit vorzuziehen.

⁴¹³ Für das Aufsichtsorgan gilt Art. 40 Abs. 3 Satz 1 SE-VO.

⁴¹⁴ Art. 40 Abs. 3 Satz 2 SE-VO ist die entsprechende Parallelvorschrift für das Aufsichtsorgan im dualistischen System. Die entsprechende Regelung des deutschen Gesetzgebers hierzu findet sich in § 19 SEAG.

c) Regelung im SEAG

Der deutsche Gesetzgeber macht, von dieser Ermächtigungsnorm Gebrauch, soweit es um die Bestimmung der Mindestzahl geht, vgl. § 16 SEAG, nicht hingegen bezüglich der Höchstzahl.

Die Regelung des § 16 Satz 1 SEAG zur Mindestzahl der Mitglieder des Leitungsorgans bestimmt, dass bei Gesellschaften mit einem Grundkapital von mehr als drei Millionen Euro das Leitungsorgan aus mindestens zwei Personen zu bestehen hat, es sei denn, die Satzung bestimmt, dass es aus einer Person bestehen soll. Damit gibt der deutsche Gesetzgeber im Ergebnis für den Fall einer SE-internen Satzungsbestimmung keine Mindestzahl vor, sondern überlässt die Regelung insoweit der einzelnen SE. Damit wird der Gleichlauf mit dem allgemeinen Aktienrecht (§ 76 Abs. 2 AktG) hergestellt.⁴¹⁵

Dem § 16 Satz 1 SEAG ist zuzustimmen. Dies zeigen die Erfahrungen mit dem deutschen § 76 Abs. 2 AktG. Einerseits erscheint ein mehrköpfiger Vorstand bei Großunternehmen sinnvoll; andererseits bleibt der Gesellschaft die notwendige Flexibilität erhalten, wenn die Zahl zur Disposition des Satzungsgebers gestellt ist.⁴¹⁶

Das Fehlen einer Regelung zur Höchstzahl im SEAG ist nicht zu beanstanden. Die Erfahrungen aus dem deutschen Aktienrecht, in dem es eine derartige Festlegung ebenfalls nicht gibt, zeigen, dass eine diesbezügliche Regelung entbehrlich ist.

3. Bestellung und Abberufung Mitglieder im Leitungsorgan

Ansatzweise Regelungen zum Verfahren und zu den Voraussetzungen der Bestellung und Abberufung der Mitglieder des Leitungsorgans finden sich in Art. 39 Abs. 2 Unterabs. 2 und Unterabs. 3 sowie Art. 39 Abs. 3 SE-VO.⁴¹⁷

⁴¹⁵ So Begründung zur Vorgängervorschrift § 14 SEAGE, S. 35.

⁴¹⁶ Teichmann in Theisen/Wenz (Hrsg.), 573 ff. (600).

⁴¹⁷ Die jeweiligen persönlichen Voraussetzungen (Art. 47 SE-VO) sowie der Zeitraum (Art. 46 SE-VO) einer Organmitgliedschaft werden unten behandelt.

a) Zuständigkeit

aa) Grundsätzliche Zuständigkeit beim Aufsichtsorgan

Grundsätzlich werden die Mitglieder des Leitungsorgans vom Aufsichtsorgan bestellt und abberufen, vgl. Art. 39 Abs. 2 Unterabs. 1 SE-VO.⁴¹⁸

bb) Ausnahmsweise Zuständigkeit der Hauptversammlung?

Nach der Ermächtigungsnorm des Art. 39 Abs. 2 Unterabs. 2 SE-VO können die Mitgliedstaaten auch vorschreiben oder vorsehen, dass in der Satzung festgelegt werden kann, dass das Mitglied / die Mitglieder des Leitungsorgans von der Hauptversammlung unter den Bedingungen, die für Aktiengesellschaften mit Sitz in ihrem Hoheitsgebiet gelten, bestellt und abberufen wird / werden.⁴¹⁹

(1) Regelungsmöglichkeit für den deutschen Gesetzgeber?

Es fragt sich, ob der deutsche Gesetzgeber von der Ermächtigung in Art. 39 Abs. 2 Unterabs. 2 SE-VO Gebrauch machen kann. Dazu ist diese Regelung näher zu betrachten.

(a) Geltend im Sinne des Art. 39 Abs. 2 Unterabs. 2 SE-VO

Die Vorschrift verweist auf *geltendes* mitgliedstaatliches Sitzstaatrecht. Aus Sicht des deutschen Gesetzgebers ist in diesem Zusammenhang problematisch, dass im deutschen Recht zu dieser Frage keine Regelungen existiert und es damit an geltendem nationalem Recht fehlt.⁴²⁰ Nach dem deutschen Recht wird der Vorstand durch den Aufsichtsrat (§ 84 AktG) und

⁴¹⁸ Die Bestellung der Mitglieder des Aufsichtsorgans erfolgt grundsätzlich durch die Hauptversammlung, Art. 40 Abs. 2 SE-VO.

⁴¹⁹ Etwas ungenau formulieren hierzu *Jahn/Herfs-Röttgen* DB 2001, 631 ff.(633), die man so verstehen kann, dass sie der Meinung sind, dass diese Ermächtigung der SE selbst zukommt. Das ist jedoch angesichts des klaren Wortlauts der Bestimmung des Art. 39 Abs. 2 Unterabs. 2 SE-VO abzulehnen; so auch *Schindler*, Europäische Aktiengesellschaft, 59.

⁴²⁰ Das deutsche Recht enthielt eine solche Regelung in § 182 Abs. 2 Nr. 4 HGB 1897.

in Notfällen durch das Gericht (§ 85 AktG), nicht aber durch die Hauptversammlung bestellt. Diese Befugnis ist nach geltendem deutschem Recht auch nicht übertragbar.⁴²¹

Es stellt sich damit die Frage, ob die Bundesrepublik Deutschland in einem SEAG Regelungen erlassen kann, wonach die SE durch Satzungsbestimmung die Bestellungs- und Abberufungskompetenz auch auf die Hauptversammlung übertragen kann.⁴²²

Der Wortlaut „geltend“ der Vorschrift des Art. 39 Abs. 2 Unterabs. 2 SE-VO ist eindeutig. Danach ist der Erlass einer solchen Regelung nicht möglich.⁴²³

Zudem verweist die SE-VO mehrmals auf das „geltende“ Recht, vgl. neben der Vorschrift des Art. 39 Abs. 2 Unterabs. 2 SE-VO beispielsweise auch die Art. 39. Abs. 1 Satz 2, Art. 43 Abs. 1 Satz 2, Art. 47 Abs. 3, Art. 49, Art. 50 Abs. 3 SE-VO.

Es kann somit auch nicht angenommen werden, dass es sich um eine ungenaue Regelung oder ein Redaktionsversehen des europäischen Verordnungsgebers handelt.

Zwar lässt sich dem Wortlaut der Ermächtigung keine Einschränkung des Adressatenkreises entnehmen, die Ausnutzung durch den deutschen Gesetzgeber würde jedoch zu einem SE-Sonderrecht führen, das nach Art. 9 Abs. 1 c) i) SE-VO gerade nicht allgemein, sondern nur für speziell die SE betreffende Gemeinschaftsmaßnahmen möglich sein soll.⁴²⁴ Auch dies spricht dafür, dass die Ermächtigungsnorm des Art. 39 Abs. 2 Unterabs. 2 SE-VO auch ohne ausdrückliche Beschränkung des Adressatenkreises wegen ihres Charakters als politischer Kompromiss auf diejenigen Mitgliedstaaten beschränkt ist, für deren nationale Rechtsordnung diese Sonderregelung gerade vorgesehen war.⁴²⁵

Außerdem bezieht sich Art. 9 Abs. 1 c) i) SE-VO ausdrücklich auf Rechtsvorschriften, welche die Mitgliedstaaten für die SE erlassen. Damit sind Rechtsvorschriften gemeint, welche die Mitgliedstaaten „in Anwendung der speziell die SE betreffenden Gemeinschaftsmaßnahmen

⁴²¹ Hüffer, AktG § 84, Rn. 5.

⁴²² Eine dem vergleichbare Möglichkeit kennt das deutsche Recht für die GmbH. Dort obliegt nach § 46 Nr. 5 GmbHG diese Befugnis der Gesellschafterversammlung.

⁴²³ Brandt NZG 2002, 991 ff. (993).

⁴²⁴ Damit sind Regelungen gemeint, die den Besonderheiten der SE Rechnung tragen sollen und mangels Supranationalität im nationalen Aktienrecht gar nicht bestehen. Zu denken wäre hier an Sonderbestimmungen im Bereich der grenzüberschreitenden Gründung und der Sitzverlegung; so Brandt NZG 2002, 991 ff. (993).

⁴²⁵ So Brandt NZG 2002, 991 ff. (993), der auch darauf hinweist, dass Art. 39 Abs. 2 Unterabs. 2 SE-VO sich an Italien richtet.

erlassen“. Allein für die SE geschaffene Normen bedürfen also offenbar einer konkreten Ermächtigungsgrundlage im Gemeinschaftsrecht.⁴²⁶

Besonders deutlich wird dies bei der Ermächtigung zur Ausgestaltung des dualistischen Modells der Unternehmensleitung:

Art. 39 Abs. 5 SE-VO ermächtigt für das dualistische System zum Erlass ergänzender Regelungen, richtet sich aber nur an solche Mitgliedstaaten, deren Recht in Bezug auf Aktiengesellschaften bislang keine Vorschriften über ein dualistisches System enthält.

Für das deutsche Recht bleibt es also aufgrund der Existenz des dualistischen Organisationsmodells bei den Regeln des Aktiengesetzes zu Vorstand und Aufsichtsrat; eine speziell auf die SE bezogene Ausgestaltung des dualistischen Systems ist dem deutschen Gesetzgeber verwehrt.⁴²⁷

Schließlich ist es ein wesentliches Grundprinzip der SE-VO, einen weitgehenden Gleichlauf der SE mit den Aktiengesellschaften ihres jeweiligen Sitzstaates zu gewährleisten. Dies kommt insbesondere im Diskriminierungsverbot des Erwägungsgrundes (5) sowie im Gleichbehandlungsgebot des Art. 10 SE-VO zum Ausdruck.

Dem würde es gerade widersprechen, wenn ein Mitgliedstaat – ohne eine entsprechend weitreichende ausdrückliche Ermächtigung in der Verordnung – auf diesem Wege seine Rechtsetzungskompetenzen ausweiten und nationale Regelungen erlassen könnte, die gesondert für die SE bestimmt sind.⁴²⁸

Wie sich aus vorstehenden Erörterungen ergibt, gehört die vorliegend behandelte Ermächtigung des Art. 39 Abs. 2 Unterabs. 2 SE-VO zu denen, die einen Gleichlauf mit dem allgemeinen nationalen Aktienrecht ermöglichen sollen. Die Bestellung von Mitgliedern des Leitungsorgans durch die Hauptversammlung kann daher nur in denjenigen Mitgliedstaaten vorgesehen werden, in denen sie auch dem nationalen Aktienrecht bekannt ist. Für Deutschland gilt dies nicht. Nach dem deutschen Recht wird der Vorstand durch den Aufsichtsrat (§ 84 AktG) und in

⁴²⁶ So auch *Teichmann* ZGR 2003, 383 ff. (399 f.). *Brandt* NZG 2002, 991 ff. (993) führt dazu weiter aus, dass Regelungen gemeint sind, die den Besonderheiten der SE Rechnung tragen sollen und mangels Supranationalität im nationalen Aktienrecht gar nicht bestehen. Er nennt etwa Sonderbestimmungen im Bereich der grenzüberschreitenden Gründung und der Sitzverlegung.

⁴²⁷ Anders im monistischen System: Dort heißt es entsprechend zur eben genannte Regelung: „Enthält das Recht eines Mitgliedstaates in Bezug auf Aktiengesellschaften mit Sitz in ihrem Hoheitsgebiet keine Vorschriften über ein monistisches System, kann dieser Mitgliedstaat entsprechende Vorschriften in Bezug auf SE erlassen“ (Art. 43 Abs. 4 SE-VO). Der deutsche Gesetzgeber ist also zu einer speziell für die SE geltenden Ausgestaltung des monistischen Systems berechtigt.

Hierzu näher unten; siehe auch *Teichmann* ZGR 2003, 383 ff. (399 f.).

⁴²⁸ Siehe auch *Brandt* NZG 2002, 991 ff. (993 f.).

Notfällen durch das Gericht (§ 85 AktG), nicht aber durch die Hauptversammlung bestellt. Somit kann von der Ermächtigung – nach gegenwärtiger Rechtslage - kein Gebrauch gemacht werden.⁴²⁹

(b) Zunächst Änderung des deutschen Rechts

In Betracht kommt daher die Möglichkeit, zunächst das deutsche Aktienrecht zu ändern. Dann läge „geltendes“ Recht im Sinne des Art. 39 Abs. 2 Unterabs. 2 SE-VO vor, was wiederum zur Folge hätte, dass, der deutsche Gesetzgeber von der Ermächtigung Gebrauch machen und die alternative Bestellung der Mitglieder des Leitungsorgans durch die Hauptversammlung zur Verfügung stellen könnte.

Einem solchen Vorgehen widerspricht auch nicht die Tatsache, dass die SE-VO nach ihrem Wortlaut auf das „geltende“ Recht verweist. Man könnte diese Formulierung im Sinne einer sogenannten statischen Verweisung derart verstehen, dass allein das zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Verordnung geltende und nicht das jeweils zu einem beliebigen Zeitpunkt aktuell geltende Recht gemeint ist. Dann müsste das nationale Recht diese Option bereits zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der SE-VO bereit halten.

Ein derartiges Verständnis wird den praktischen Bedürfnissen nicht gerecht. Zwar handelt es sich bei der Vorschrift des Art. 39 Abs. 2 Unterabs. 2 SE-VO um eine Ermächtigungsnorm und nicht um eine einfache Verweisung auf Sitzstaatrecht, jedoch nimmt die Vorschrift ausdrücklich Bezug auf das Sitzstaatrecht. Sie beinhaltet somit letztlich wesentliche Merkmale einer einfachen Verweisung auf Sitzstaatrecht und ist demzufolge wie diese als sogenannte dynamische Verweisung⁴³⁰ zu verstehen.

(2) Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers

Nach der Klärung der möglichen Vorgehensweise des deutschen Gesetzgebers zur Ausführung der Ermächtigung bleibt die Frage offen, ob der deutsche Gesetzgeber dieser Regelungsbefugnis auch nachkommen sollte.

⁴²⁹ So Teichmann in *Theisen/Wenz (Hrsg.)*, 573 ff. (599).

⁴³⁰ Dazu oben.

In der Literatur⁴³¹ gibt es verschiedene Stimmen, die dem deutschen Gesetzgeber die Empfehlung geben, dieses in Deutschland nur noch aus der Aktienrechtshistorie bekannte⁴³² Wahlrecht erneut einzuführen.

Nach *Hommelhoff*⁴³³ könnte die Möglichkeit der Bestellung und Abberufung der Mitglieder des Leitungsorgans durch die Hauptversammlung insbesondere für die als Konzernglied eingebundenen Europäischen Gesellschaften – und damit für die Masse aller SE's - bedeutsam sein, weshalb er dem deutschen Gesetzgeber dazu rät, diese statutarische Gestaltungsmöglichkeit zumindest an all jene Gesellschaften weiterzuleiten, für die eine Mitbestimmung nicht in Betracht kommt.

Auch *Beier*⁴³⁴ ist dafür, die Möglichkeit, dass auch die Hauptversammlung den Vorstand bestellen kann, als Satzungsentscheidung der Gründer vorzusehen. Er begründet dies vor allem mit der damit verbundenen Gewährung von Privatautonomie und höherer Flexibilität.

Weiterhin zeigt der Blick auf das parallel geregelte deutsche Aktienrecht, dass im dort angesiedelten dualistischen System der Aufsichtsrat seine wichtigste Funktion mit der Bestellung, Wiederbestellung und gegebenenfalls Abberufung der Vorstandsmitglieder ausübt (§ 84 AktG). Er beeinflusst insoweit über diese Personalkompetenz bereits im Voraus die Grundlinien der jeweiligen Unternehmensführung.⁴³⁵ Aufgrund dieser Erwägung sollte nach *Theisen/Hölzl*⁴³⁶ der Ermächtigung in Art. 39 Abs. 2 Unterabs. 2 SE-VO in der internationalen Diskussion über diesbezügliche einzelstaatliche Bestimmungen zur SE besondere Bedeutung zukommen.

In der Tat ist der Aspekt der Einflussnahme des Aufsichtsrates auf die Unternehmensführung durch Auswahl der Mitglieder des Vorstandes nicht außer Acht zu lassen. So kann sich der Aufsichtsrat, dessen wesentliche Aufgabe in der alltäglichen Unternehmenspraxis die Überwachung des Vorstandes ist, durch die Auswahl der ihm für die Positionen im Vorstand geeignet / wohlgesonnen erscheinenden Personen auch auf die Unternehmensführung maßgeblich Einfluss nehmen. Insbesondere die Zuständigkeiten für Wiederbestellung und Abberufung geben ihm ein nicht zu unterschätzendes Machtinstrument und Druckmittel an die

⁴³¹ *Theisen/Hölzl* in *Theisen/Wenz* (Hrsg.), 247 ff. (266); *Hommelhoff* AG 2001, 279 ff. (283).

⁴³² Siehe § 182 Abs. 2 Nr. 4 HGB 1897.

⁴³³ *Hommelhoff* AG 2001, 279 ff. (283).

⁴³⁴ *Regelungsauftrag*, 246 f.

⁴³⁵ Dazu *Peltzer*, NZG 2002, 10 ff. (13).

⁴³⁶ In *Theisen/Wenz* (Hrsg.), 247 ff. (274).

Hand. Damit hat der Aufsichtsrat die Möglichkeit, Maßnahmen der Unternehmensführung entscheidend vorzugeben und nicht nur zu überwachen.

Die Übertragung der Zuständigkeit zu Bestellung und Abberufung der Mitglieder des Leitungsorgans auf die Hauptversammlung brächte den einzelnen Aktionären somit einerseits ein gewisses „Mehr“ an Einflussnahme sowie an Lenkungsbefugnis.

Andererseits hat sich jedoch das im deutschen Recht praktizierte Modell der Zuständigkeit des Aufsichtsrats für diese Aufgaben bewährt. So gibt auch der deutsche Corporate Governance Kodex in Ziffer V.1.2 Empfehlungen zur bestehenden Rechtspraxis, ohne diese jedoch grundsätzlich in Frage zu stellen oder gar abzulösen.

Die Rechte und Möglichkeiten zur Einflussnahme der Hauptversammlung werden dabei gewährleistet durch die ihr grundsätzlich zukommende Befugnis zur Bestellung und Abberufung der Mitglieder des Aufsichtsrats (§§ 101, 103 AktG).

Aufgrund der Parallelität der Regelungen lassen sich all diese Überlegungen auf die SE übertragen. Angesichts des Funktionierens des „deutschen Modells“ ergibt sich meines Erachtens auch kein zwingendes Bedürfnis für den deutschen Gesetzgeber, diesbezüglich tätig zu werden und eine alternative Zuständigkeit der Hauptversammlung zur Bestellung und Abberufung der Mitglieder des Leitungsorgans zu normieren. Statt dessen scheint es – vor allem aus Gründen der einfacheren Handhabung und Kontinuität gesetzlicher Regelungen, was wiederum bedeutend auf ein höheres Maß an Rechtssicherheit Einfluss hat - meines Erachtens sinnvoller, es (zumindest zunächst) bei dem bestehenden Recht zu belassen und gegebenenfalls im Zusammenhang mit einer Reform des nationalen Aktienrechts auf Erfahrungen und mögliche fortschreitende Entwicklungen zu reagieren.

b) Bestellung

Neben der Übertragung der Zuständigkeit auf den Aufsichtsrat enthält die SE-VO zur Bestellung der Mitglieder des Leitungsorgans keinerlei Regelung.

Es gilt damit über die Generalverweisung des Art. 9 SE-VO für SE's mit Sitz in Deutschland das deutsche Aktienrecht, insbesondere §§ 84, 85 AktG.

Da nichts ersichtlich ist, wieso das existierende deutsche Recht nicht den Vorgaben der SE-VO entsprechen sollte und zudem keine SE-rechtlichen Besonderheiten im Vergleich zur Bestellung des Vorstands im dualistischen System einer deutschen AG vorliegen, ergibt sich für den deutschen Gesetzgeber kein Regelungsbedarf.

c) Abberufung

Zur Abberufung der Mitglieder des Leitungsorgans findet sich ebenfalls keine Regelung in der SE-VO. So ist insbesondere fraglich, ob es zur Abberufung eines besonderen (wichtigen) Grundes bedarf oder ob eine Abberufung jederzeit ohne Grund möglich ist.

Der Systematik der SE-VO folgend hätte die Lückenhaftigkeit der verordnungsrechtlichen Regelungen grundsätzlich die Heranziehung des mitgliedstaatlichen Sitzstaatrechts zur Folge (Art. 9 SE-VO), also für eine SE mit Sitz in Deutschland des deutschen Aktienrechts. Danach wäre gemäß § 84 Abs. 3 AktG für die Abberufung ein wichtiger Grund erforderlich.

Die Anwendbarkeit des deutschen Rechts über die Generalverweisung des Art. 9 SE-VO setzt voraus, dass tatsächlich eine ausfüllungsbedürftige Regelungslücke und nicht statt dessen eine abschließende Verordnungsregelung vorliegt.

Aus der Auslegung der Verordnung ergibt sich folgendes: Der Wortlaut der SE-VO trifft keine ausdrückliche Regelung zu den Einzelheiten (zum Beispiel Grund, Mehrheitserfordernis, ...) der Abberufung.

Aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich, dass zunächst eine jederzeitige Abberufung vorgesehen war. Noch Art. 62 Abs. 2 SE-VOV 1989 traf folgende Regelung:

„Die Mitglieder des Leitungsorgans werden vom Aufsichtsorgan bestellt und können jederzeit von diesem abberufen werden.“

Von dieser Abberufungsmöglichkeit „jederzeit“ hat man später Abschied genommen. Art. 62 Abs. 2 SE-VOV 1991 lautete folgendermaßen:

„Das oder die Mitglieder des Leitungsorgan werden vom Aufsichtsrat bestellt und abberufen.“

Dies kann so zu verstehen sein, dass von nun an strengere Maßstäbe gelten sollten. So hat auch der Wirtschafts- und Sozialausschuss⁴³⁷ zur Fassung SE-VOV 1989 ausgeführt, dass es „mit der notwendigen Kontinuität in der Geschäftspolitik einer Gesellschaft nicht vereinbar ist, dass die Mitglieder des Leitungsorgans „jederzeit“ abberufen werden können. Die notwendige Unabhängigkeit der Mitglieder des Leitungsorgans setzt voraus, dass sie nur aus wichtigem Grund abberufen werden können.“

Konsequenz dieser Sichtweise wäre das Erfordernis eines wichtigen Grundes für die Abberufung. Dies ergibt sich andererseits jedoch aus dem Wortlaut des Art. 62 Abs. 2 SE-VOV 1989 nicht.

Aus dem bisher Gesagten bleibt die Frage offen, ob – entgegen dem knappen Wortlaut – ein wichtiger Grund erforderlich ist oder ob – entsprechend dem die gesamte SE-VO prägenden Grundprinzip - auf nationales Recht zurückzugreifen ist.

Aufgrund der in der SE-VO weit verbreiteten absichtlichen Lückenhaftigkeit lässt sich schließen, dass grundsätzlich die Annahme einer Regelungslücke eines geringeren Begründungsaufwandes bedarf als die Annahme einer abschließenden Regelungslücke.⁴³⁸ Die Folge der Annahme einer Regelungslücke wäre das Eingreifen des nationalen Rechts.

Dafür spricht auch, dass die SE-VO insgesamt keine näheren Regelungen zur Abberufung trifft, etwa hinsichtlich etwaiger Mehrheitserfordernisse im für die Abberufung der Mitglieder des Leitungsorgans zuständigen Aufsichtsorgan.

Zudem zeigt die Vorschrift des Art. 39 Abs. 2 Unterabs. 2 SE-VO für den (grundsätzlich satzungsmäßig wählbaren) Fall der Aberrufung durch die Hauptversammlung, dass sich die näheren Voraussetzungen aus dem nationalen Recht ergeben können.

Hiergegen ließe sich jedoch wiederum anführen, dass im Falle der Abberufung durch den Aufsichtsrat dieser Verweis auf die nationalen Vorschriften gerade fehlt.

Auch ist es so, dass nach verschiedenen nationalen Regelungen - anders wie zum Beispiel im deutschen § 84 AktG - ein wichtiger Grund für die Abberufung der Mitglieder des Leitungsorgans gerade nicht erforderlich ist.⁴³⁹ Das Vorliegen eines wichtigen Grundes bzw. die ausdrückliche Normierung als Abberufungsvoraussetzung wurde aber vom Wirtschafts- und Sozialausschuss vorgeschlagen.

⁴³⁷ Vgl. Stellungnahme ABIEG C 124 vom 21.05.1990, S. 34 ff. (39).

⁴³⁸ Siehe schon oben.

⁴³⁹ Vgl. die Übersicht bei *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 548.

Über den Beweggrund, wieso der Verordnungsgeber diesem Vorschlag letztlich nicht gefolgt ist, kann nur spekuliert werden. Da wie gesehen, das Vorliegen eines wichtigen Grundes nicht in allen Mitgliedstaaten Abberufungsvoraussetzung ist, kann Ursache für die unterbliebene ausdrückliche Normierung nicht die Erwägung gewesen sein, dass im Falle einer lückenhaften Regelung in der Verordnung über die Generalklausel des Art. 9 SE-VO die mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften heranzuziehen sind und diese einheitlich das Vorliegen eines wichtigen Grund als Voraussetzung der Abberufung fordern.

Andererseits ist aufgrund der Streichung der „jederzeitigen“ Abberufungsmöglichkeit, wie sie noch in Art. 62 Abs. 2 SE-VOV 1989 vorgesehen war, zu folgern, dass der Verordnungsgeber die Abberufung engeren Voraussetzungen unterstellen will.⁴⁴⁰

Möglicherweise konnte man sich letztlich unter den Mitgliedstaaten im Prozess des Verordnungserlasses nicht auf eine einheitliche Lösung einigen, so dass es bei der unvollständigen Verordnungsregelung geblieben ist.

Um dem Willen des Verordnungsgebers nach engeren Abberufungsvoraussetzungen gerecht zu werden, ist es aufgrund des Vorliegens einer ausfüllungsbedürftigen Regelungslücke geboten, über Art. 9 SE-VO für die einzelne SE das Recht ihres jeweiligen Sitzstaates anzuwenden.⁴⁴¹

Für die Anwendung des Sitzstaatrechts spricht auch die Tatsache, dass der Verordnungsgeber in Art. 39 Abs. 2 Unterabs. 2 SE-VO im Zusammenhang mit der Möglichkeit, die Bestellung und Abberufung der Mitglieder des Leitungsorgans auch alternativ der Hauptversammlung zu übertragen, hierzu auf die Bedingungen des jeweiligen Sitzstaats verweist. Daraus ergibt sich, dass der Verordnungsgeber selbst von der ergänzenden Anwendung des nationalen Sitzstaatrechts ausgeht. Es wäre zudem widersprüchlich, bei Zuständigkeit der Hauptversammlung für die Einzelheiten auf das Sitzstaatrecht zurückzugreifen, bei Zuständigkeit des Aufsichtsrats hingegen nicht.

Es gelten damit die Regelungen des § 84 Abs. 3 AktG, wonach für den Widerruf der Bestellung zum Vorstandsmitglied insbesondere ein wichtiger Grund erforderlich ist. Die Zuständigkeit

⁴⁴⁰ So wohl auch *Hommelhoff* AG 2002, 279 ff. (283) und *Hirte* NZG 2002, 1 ff. (5), die aufgrund der Fassung des Art. 39 Abs. 2 Unterabs. 1 SE-VO eine vorzeitige freie Abberufung für ausgeschlossen halten.

⁴⁴¹ So auch *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 1151; *Jaeger*, Europäische Aktiengesellschaft, 151; *Trojan/Limmer* RIW 1991, 1010 ff. (1016); *Rasner* ZGR 1992, 314 ff. (322) jeweils zum im Vergleich zum jetzigen Art. 39 Abs. 2 unveränderten Art. 62 Abs. 2 SE-VOV 91. Ebenso *Artmann*, wbl 2002, 189 f. (192) für die SE mit Sitz in Österreich.

hierfür liegt gemäß Art. 84 Abs. 3 Satz 1 AktG beim Aufsichtsrat, der als Gesamtorgan den Widerruf beschließen muss (§§ 108, 107 Abs. 3 Satz 2 AktG).⁴⁴²

Übertragen auf die SE - als Ergebnis SE-spezifischer Anwendung⁴⁴³ – bedeutet dies, dass für die Abberufung eines Mitgliedes des Leitungsorgans ebenfalls ein wichtiger Grund sowie eine Beschlussfassung durch das gesamte Aufsichtsorgan erforderlich sind.

Abzulehnen ist hingegen die Sichtweise von *Schindler*⁴⁴⁴, wonach die Abberufung von Mitgliedern des Leitungsorgans – im Gegensatz zu Mitgliedern des Aufsichts- bzw. Verwaltungsorgans - scheinbar ohne Bezugnahme auf nationales Recht jederzeit und ohne wichtigen Grund möglich sein soll.

Die dort aufgezeigte Herleitung sowie der Begründungsversuch aus der Entstehungsgeschichte überzeugen systematisch nicht. Das Ergebnis von *Schindler* ist zudem der Sache nach nicht überzeugend und mit obigen Erwägungen nicht bzw. nur schwerlich vereinbar.

Eine jederzeitige und grundlose Abberufungsmöglichkeit begegnet auch im Hinblick auf das in Art. 10 SE-VO fixierte Gleichbehandlungsgebot von SE und nationaler AG Bedenken: Wegen der dann strengeren Voraussetzungen der Abberufung eines Mitglieds des Leitungsorgans wäre dessen Stellung im Vergleich zu dessen Pendant in der SE wesentlich stärker, was die nationale AG im Vergleich zur SE „stabiler“ macht, aber vor dem Hintergrund des Gleichbehandlungsgebots zumindest problematisch ist.

Zwar gilt dieses Gebot nur soweit die Verordnung nicht eine anderweitige Bestimmung trifft und die bloße Regelung einer Abberufungsmöglichkeit ohne Normierung der Einzelheiten hierzu, könnte als solche Bestimmung einzuordnen sein. Jedoch widerspräche eine derartige Auslegung der knappen Verordnungsbestimmung dem allgemeinen Gleichbehandlungsgebot, das sich als wesentliches Grundprinzip des SE-Rechts in der gesamten Verordnung wiederfindet.

Abschließend bleibt festzuhalten, dass die SE-spezifische Anwendung des deutschen Aktienrechts zur Lückenfüllung ausreicht. Es ergibt sich damit für den deutschen Gesetzgeber insoweit kein Regelungsbedarf zur Anpassung (Änderung bzw. Ergänzung) des bestehenden deutschen Rechts.

⁴⁴² Hüffer, AktG § 84, Rn. 23 ff.

⁴⁴³ Dazu oben.

⁴⁴⁴ Europäische Aktiengesellschaft, 68 f.

Aufgrund der unklaren Verordnungsregelung würde sich zwar anbieten, dass der deutsche Gesetzgeber in einem SEAG die Geltung des nationalen Aktienrechts (deklaratorisch) anordnet. Da es sich jedoch bei der Frage, ob in einem konkreten Fall über die Generalverweisung des Art. 9 SE-VO nationales Recht gilt, um eine Auslegung europäischen Rechts handelt, ist ihm dies kompetenzrechtlich untersagt. Hierfür ist der EuGH zuständig. Der deutsche Gesetzgeber darf damit insoweit keine Anordnung treffen.⁴⁴⁵

*d) Wahrnehmung der Aufgaben eines Mitglieds des Leitungsorgans durch ein Mitglied des
Aufsichtsorgans*

aa) Vorgaben der SE-VO

Nach Art. 39 Abs. 3 SE-VO darf niemand zugleich Mitglied des Leitungsorgans und Mitglied des Aufsichtsorgans der SE sein. Das Aufsichtsorgan kann jedoch eines seiner Mitglieder zur Wahrnehmung der Aufgaben eines Mitglieds des Leitungsorgans abstellen, wenn der betreffende Posten nicht besetzt ist. Während dieser Zeit ruht das Amt der betreffenden Person als Mitglied des Aufsichtsorgans.

Die Vorschrift des Art. 39 Abs. 3 Satz 4 SE-VO sieht in Form einer Ermächtigungsnorm vor, dass die Mitgliedstaaten hierfür eine zeitliche Beschränkung vorsehen können.

bb) Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers

Das deutsche Aktienrecht bestimmt in § 105 Abs. 2 AktG, dass der Aufsichtsrat einzelne seiner Mitglieder nur für einen im voraus begrenzten Zeitraum, höchstens für ein Jahr, zu Stellvertretern von fehlenden oder behinderten Vorstandsmitgliedern bestellen kann. Eine wiederholte Bestellung oder Verlängerung der Amtszeit ist zulässig, wenn dadurch die Amtszeit insgesamt ein Jahr nicht übersteigt. Diese Regelung hat sich in der nationalen Unternehmens- und Rechtspraxis bewährt.

⁴⁴⁵ Anders wäre dies allenfalls, wenn in der SE-VO ausdrücklich auf einen bestimmten Bereich bzw. ein bestimmtes Sachgebiet des nationalen Rechts verwiesen würde. Dann könnte der nationale Gesetzgeber zur Klarstellung die deutschen Normen in dem SEAG nennen. Ob dies ratsam ist, ist eine andere und – angesichts der damit zusammenhängenden Probleme hinsichtlich des SEAG, wie Umfang, notwendiger Aktualität und andauernden Übereinstimmung mit dem nationalen Recht, - wohl zu verneinende Frage.

Es erscheint zum einen durchaus sinnvoll, die Aufgaben eines Mitglieds des Leitungsorgans zeitweilig durch ein Mitglied des Aufsichtsorgans wahrnehmen zu lassen, für den Fall, dass ein Mitglied des Leitungsorgans fehlt bzw. verhindert ist.

Zum anderen ist zu bedenken, dass es sich bei Art. 39 Abs. 3 SE-VO – wie auch § 105 Abs. 2 AktG – um eine ausnahmsweise Durchbrechung des Grundsatzes der Funktionstrennung von Leitungsorgan bzw. Vorstand und Aufsichtsorgan bzw. Aufsichtsrat handelt.

Damit es bei dem Ausnahmecharakter der Regelung bleibt, ist es ratsam, zum einen den Zeitraum abstrakt – etwa wie geschehen auf ein Jahr - zu begrenzen und zum anderen die jeweilige Zeit der Amtsübernahme auch im voraus festzulegen. So sind Dauer und Ende des Ausnahmezustandes für das Unternehmen absehbar und mögliche Folgen und Auswirkungen können besser eingeschätzt werden. Dies trägt zu einer geordneten Geschäftsführung und Unternehmensleitung bei.

Die aus dem deutschen Recht bekannte Regelung kann somit bedenkenlos für die SE übernommen werden. Damit wird auch zu dem von der SE-VO geforderten Gleichlauf von nationalem und SE-Recht beigetragen.

cc) Regelung im SEAG

Der deutsche Gesetzgeber macht von der Ermächtigung des Art. 39 Abs. 4 SE-VO Gebrauch . Nach § 15 SEAG ist die Abstellung eines Mitglieds des Aufsichtsorgans zur Wahrnehmung der Aufgaben eines Mitglieds des Leitungsorgans nur für einen im voraus begrenzten Zeitraum, höchstens für ein Jahr zulässig. Eine wiederholte Bestellung oder Verlängerung der Amtszeit ist zulässig, wenn dadurch die Amtszeit insgesamt ein Jahr nicht übersteigt.

Die Regelung des § 15 SEAG entspricht inhaltlich § 105 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 AktG.⁴⁴⁶ Dies ist auch zweckmäßig angesichts des so gewährleisteten Gleichlaufs von nationalem Aktienrecht und SE-Recht. Damit ist nicht nur dem Grundprinzip der weitgehenden einheitlichen Behandlung der beiden Gesellschaftsformen genüge getan.

Darüber hinaus ist eine derartige Regelung zur Begrenzung des Zeitraums der „provisorischen“ Aufgabenwahrnehmung auch aus praktischen Gründen zu begrüßen.

⁴⁴⁶ Begründung zur Vorgängervorschrift § 13 SEAGE, S. 35.

dd) Weiterleitung der Ermächtigung an den Satzungsgeber

Im Zusammenhang mit der Vorschrift des Art. 39 Abs. 3 Satz 4 SE-VO stellt sich zudem die Frage, ob der deutsche Gesetzgeber die Ermächtigung zur Festlegung einer zeitlichen Begrenzung der Aufgabenwahrnehmung auch an den Satzungsgeber weiterleiten kann, so dass letztlich jede SE selbst in der Satzung ein solches zeitliches Limit vorsehen kann.⁴⁴⁷

Zur Beantwortung dieser Frage ist nochmals auf Art. 39 Abs. 2 Satz 2 SE-VO zurückzukommen, wonach die Mitgliedstaaten die Wahl des Vorstands durch die Hauptversammlung vorschreiben oder vorsehen können, dass dies in der Satzung bestimmt werden kann. Allerdings findet sich in der gesamten SE-VO – außer eben in Art. 39 Abs. 2 Satz 2 SE-VO keine weitere (auf die SE selbst als ihr eigener Satzungsgeber) übertragbare Ermächtigungsnorm. Hieraus kann im Umkehrschluss gefolgert werden, dass die Ermächtigungen in der SE-VO grundsätzlich nur von den Mitgliedstaaten selbst ausgeübt werden können. Dem Wortlaut jeder Norm ist eindeutig zu entnehmen, ob die Ermächtigung an den Mitgliedstaat selbst oder an wie zum Beispiel nach Art. 46 Abs. 2 SE-VO unmittelbar an den Satzungsgeber adressiert ist. Eine Ausnutzung der mitgliedstaatlichen Ermächtigung dadurch, dass die Entscheidung in der Sache an den Satzungsgeber delegiert ist, ist hingegen nicht möglich.

Des weiteren soll nach Art. 69 d) SE-VO in einem zukünftigen Bericht der Kommission über die Anwendung der SE-VO geprüft werden, ob es zweckmäßig ist, die Mitgliedstaaten zu ermächtigen, in Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 10 SE-VO in den nationalen Ausführungsbestimmungen eine Satzungsfreiheit der SE zuzulassen. Im Umkehrschluss bedeutet dies für die SE-VO, dass die Ermächtigungsnormen – wie etwa Art. 39 Abs. 3 Satz 4 SE-VO - gerade keine Satzungs-gestaltungsfreiheit der SE zulassen.

Der Mitgliedstaat kann demnach die Ermächtigung nur selbst umsetzen, nicht aber an den Satzungsgeber weiterleiten.

Für dieses Ergebnis sprechen auch teleologische Erwägungen. Denn es führt bereits die Ausnutzung von Ermächtigungen durch die Mitgliedstaaten zu einer Rechtszersplitterung unter den SE-Gesellschaftsstatuten in den verschiedenen Mitgliedstaaten. Die Delegation dieser Ermächtigungen an die einzelne SE würde diese Zersplitterungswirkung immens verstärken, weil dann darüber hinaus auch die SE innerhalb des Mitgliedstaates für dieselben Rechtsfragen nicht mehr einheitlich ausgestaltet wären.

⁴⁴⁷ Dazu *Brandt NZG 2002, 991 ff. (992 f.)*.

Für Art. 39 Abs. 3 Satz 4 SE-VO bedeutet dies, dass – wie in § 15 SEAG geregelt - nur der Gesetzgeber selbst im SE-Ausführungsgesetz eine zeitliche Begrenzung für die Vorstandstätigkeit eines Aufsichtsratsmitgliedes festlegen kann.⁴⁴⁸

e) Vorsitz im Leitungsorgan

Während der Vorsitz im Aufsichtsorgan in Art. 42 SE-VO geregelt ist, finden sich in der SE-VO keine expliziten Bestimmungen zum Vorsitz im Leitungsorgan. In Art. 50 Abs. 2 SE-VO wird allerdings „die Stimme des Vorsitzenden des jeweiligen Organs erwähnt. Damit kommen über Art. 9 SE-VO diesbezügliche nationale gesetzliche Regelungen oder statutarische Bestimmungen auch für die SE zur Anwendung.“⁴⁴⁹ Ein Regelungsbedarf für den nationalen Gesetzgeber im SEAG entsteht in diesem Zusammenhang folglich nicht.

II. Auskunftspflicht des Leitungsorgans

1. Auskunftsrecht des Aufsichtsorgans als solches

Nach Art. 41 Abs. 3 Satz 1 SE-VO hat das Aufsichtsorgan als solches das Recht, vom Leitungsorgan jegliche Information zu verlangen, die für die Ausübung der Kontrolle gemäß Art. 40 Abs. 1 SE-VO erforderlich ist.

Kontrolle im Sinne des Art. 40 Abs. 1 SE-VO meint die Überwachung der Führung der Geschäfte durch das Leitungsorgan. Es stellt sich die Frage, was unter Überwachung zu verstehen ist.

a) Überwachung im Sinne des deutschen Aktienrechts

Im deutschen Aktienrecht existiert in § 111 Abs. 1 AktG eine weitgehend entsprechende Parallelvorschrift zu Art. 40 Abs. 1 SE-VO. Danach versteht man unter der dem Aufsichtsrat auferlegten Überwachungsaufgabe einerseits die sog. vergangenheitsbezogene Kontrolle, das

⁴⁴⁸ So Brandt NZG 2002, 991 ff. (993).

⁴⁴⁹ Theisen/Hölzl in Theisen/Wenz (Hrsg.), 247 ff. (265).

heißt Kontrolle der vom Vorstand bereits entfaltenen Tätigkeit. Sie richtet sich in diesem Sinne auf Vorgänge aus der Vergangenheit.⁴⁵⁰

Andererseits muss die Überwachung auch präventiv angelegt sein, also in die Zukunft hinein wirken, indem der Aufsichtsrat durch Beratung mit dem Vorstand auf künftige Geschäftspolitik Einfluss nimmt. In diesem Sinne hat der Aufsichtsrat teil an der Leitungsaufgabe des Vorstands.⁴⁵¹ Jedoch ist der Aufsichtsrat, wie auch das Aufsichtsorgan der SE (Art. 40 Abs. 1 Satz 2 SE-VO), nicht berechtigt, Maßnahmen der Geschäftsführung selbst zu führen bzw. übertragen zu bekommen (§ 111 Abs. 4 Satz 1 AktG).

b) Überwachung im Sinne der SE-VO

aa) Enge Auslegung

Nach *Lange*⁴⁵² umfasst die Kontrolle im Sinne Art. 40 Abs. 1 SE-VO allein die sog. vergangenheitsbezogene Kontrolle. Seiner Meinung nach dürfte Art. 40 Abs. 1 SE-VO so zu verstehen sein, dass dem Aufsichtsorgan einer SE keine Beratungsfunktion zukommt. Seiner Ansicht nach bedeutet die Formulierung, dass das Aufsichtsorgan nicht berechtigt ist, die Geschäfte der SE *selbst* zu führen, dass ihm nicht nur die Ausführung von Geschäften im Namen der SE, sondern jegliche eigenhändige Beteiligung an der Geschäftsführung grundsätzlich untersagt ist. Die vom deutschen Aktienrecht durch richterliche Rechtsfortbildung gestattete Teilhabe des Aufsichtsrats an der Leitungsaufgabe des Vorstands ist im Recht der Europäischen Aktiengesellschaft also grundsätzlich ausgeschlossen.⁴⁵³

*Lange*⁴⁵⁴ begründet seine strenge Auslegung des Art. 40 Abs. 1 SE-VO mit dem angeblich in Erwägungsgrund (14) zur SE-VO zum Ausdruck kommenden Willen des Verordnungsgebers, einerseits der SE alle Möglichkeiten einer leistungsfähigen Geschäftsführung an die Hand zu geben, aber andererseits gleichzeitig deren wirksame Überwachung sicherzustellen und dabei für eine klare Abgrenzung der Verantwortungsbereiche der Personen, denen die Geschäftsführung obliegt und der Personen, die mit der Aufsicht betraut sind, zu sorgen.

⁴⁵⁰ Hüffer, AktG § 111, Rn. 4.

⁴⁵¹ Hüffer, AktG § 111, Rn. 5.

⁴⁵² EuZW 2003, 301 ff. (304).

⁴⁵³ *Lange* EuZW 2003, 301 ff. (304).

⁴⁵⁴ EuZW 2003, 301 ff. (304 f.).

Denn eine leistungsfähige Geschäftsführung kann auf Grund eigener Sachkunde ihre Entscheidungen in alleiniger Verantwortung treffen, ohne einer Beratung durch den Aufsichtsrat zu bedürfen, so dass sich dieser im Sinne einer klaren Abgrenzung der Verantwortungsbereiche auf eine Überwachung der Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung beschränken und zugleich konzentrieren kann.

Das Aufsichtsorgan darf das ihm grundsätzlich auferlegte Verbot der Mitwirkung an der Geschäftsführung nur unter den Voraussetzungen des Art. 48 SE-VO im Rahmen der zustimmungsbedürftigen Geschäfte durchbrechen.

bb) Weite Auslegung

Eine andere Möglichkeit ist es, die Überwachung im Sinne des Art. 40 Abs. 1 SE-VO weit auszulegen und darunter auch die sog. präventive Kontrolle zu fassen, wie es gängige Praxis im deutschen Aktienrecht ist.

cc) Stellungnahme

Allein aus dem Wortlaut lässt sich die enge Sichtweise von *Lange* nicht rechtfertigen. Die SE-VO spricht in Art. 40 Abs. 1 SE-VO lediglich allgemein von Überwachung.

Nach dem allgemeinen (juristischen) Sprachgebrauch umfasst die Überwachung jedoch auch die Kontrolle von gegenwärtigem Handeln oder gegenwärtigen Geschehnissen. Zu denken ist etwa an die Überwachung von Personen (Observation). Diese hat neben der Strafverfolgung auch den vorbeugenden Zweck der Gefahrenabwehr.⁴⁵⁵

Überwachung beinhaltet damit sowohl vergangenheitsbezogene als auch präventive Beaufsichtigung.

Ein Blick in die Entstehungsgeschichte der Vorschrift hilft ebenfalls nicht weiter. Zwar bestimmte die Vorgängervorschrift zu Art. 40 Abs. 1 SE-VO, nämlich Art. 63 Abs. 1, noch im SE-VOV 1989, dass das Aufsichtsorgan nicht in die Geschäftsführung der Gesellschaft eingreifen konnte. Einerseits kann man argumentieren, dass danach ursprünglich die Teilhabe an der Geschäftsführung ausdrücklich ausgeschlossen war, was gegen die Annahme einer präventiven Kontrolle spricht; denn präventive Kontrolle führt zwangsläufig auch zu einem

⁴⁵⁵ Vergleiche *Creifelds*, Rechtswörterbuch 885.

gewissen Maß an Teilhabe an der Leitungsaufgabe des Vorstands.⁴⁵⁶ Dieses Verständnis der Überwachung sei für den Bereich der SE-VO grundlegend und die heutige Formulierung gehe immer noch von diesem Grundverständnis aus.

Andererseits kommt diese enge Sichtweise im heutigen Verordnungstext gerade nicht mehr zum Ausdruck, was eine Abkehr davon bedeuten könnte.

*Lange*⁴⁵⁷ stützt sich in seiner Argumentation vorwiegend auf Erwägungsgrund (14) zur SE-VO. Jedoch verbieten auch dessen Formulierung und Inhalt eine präventive Überwachung nicht. Danach wird zum einen eine wirksame Überwachung gefordert. Eine solche ist aber durchaus in gleichem, wenn nicht sogar in höherem Maße sichergestellt, wenn die Tätigkeit des Leitungsorgans nicht nur vergangenheitsbezogen, sondern auch begleitend begutachtet wird bzw. wenn das Aufsichtsorgan dem Leitungsorgan im Rahmen dessen Entscheidungsfindung beratend zur Seite steht. Die Entscheidung verbleibt ja im Ergebnis beim Leitungsorgan und eine beratende Tätigkeit, die spätere Beanstandungen aufgrund vergangenheitsbezogener Überwachung auszuschließen hilft, dürfte in jedem Fall zu begrüßen sein.

Zum anderen ist nach Erwägungsgrund (14) eine klare Abgrenzung der Verantwortungsbereiche jener Personen, denen die Geschäftsführung obliegt, und der Personen, die mit der Aufsicht betraut sind, wünschenswert. Dem wird schließlich auch entsprochen, wenn das Aufsichtsorgan aufsichtlich tätig wird, indem es das Leitungsorgan beratend unterstützt.

Damit ist im Ergebnis die enge Auslegung von *Lange* keineswegs zwingend. Statt dessen besitzt die Überwachungstätigkeit, wenn diese weit ausgelegt und verstanden wird, eine größere Effektivität. Nur so können Beanstandungen und unter Umständen nur schwerlich oder überhaupt nicht zu korrigierende Entscheidungen bereits präventiv vermieden werden. Deshalb erscheint die weite Auffassung vorzugswürdig.

Die Letztentscheidung hierzu obliegt jedoch dem EuGH, da es sich bei der Auslegung des Begriffs der Überwachung im Sinne des Art. 40 Abs. 1 SE-VO um eine Auslegung europäischen Rechts und damit um eine in die Entscheidungsbefugnis des EuGH fallende Frage handelt.

⁴⁵⁶ Dazu *Hüffer*, AktG § 111, Rn. 5.

⁴⁵⁷ EuZW 2003, 301 ff. (304 f.).

2. Auskunftspflicht des Leitungsorgans als Gegenstück

Das Auskunftsrecht des Aufsichtsorgans fällt zwar nicht unmittelbar in den von dieser Arbeit behandelten Bereich.

Jedoch ergibt sich als Gegenstück zu dem Auskunftsrecht unweigerlich eine Pflicht des Leitungsorgans zur Auskunftserteilung. Aufgrund dieses zumindest mittelbaren Bezugs soll der Problembereich „Auskunftsrecht“ bzw. „Auskunftspflicht“ hier angesprochen werden.

3. Individuelles Auskunftsrecht eines jeden Mitglieds des Aufsichtsorgans

a) Vorgaben der SE-VO

Art. 41 Abs. 3 Satz 2 SE-VO enthält eine Ermächtigung, wonach ein Mitgliedstaat vorsehen kann, dass nicht nur das Aufsichtsorgan als solches, sondern jedes einzelne Mitglied des Aufsichtsorgans von dieser Möglichkeit Gebrauch machen kann.

b) Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers

aa) Zum Vergleich: das deutsche AktG

Das deutsche Aktienrecht regelt das Auskunftsrecht in § 90 Abs. 3 AktG. Nach Satz 1 kann der Aufsichtsrat vom Vorstand jederzeit einen Bericht verlangen über Angelegenheiten der Gesellschaft, über ihre rechtlichen und geschäftlichen Beziehungen zu verbundenen Unternehmen sowie über geschäftliche Vorgänge bei diesen Unternehmen, die auf die Lage der Gesellschaft von erheblichem Einfluss sein können.

Nach Satz 2 kann auch ein einzelnes Mitglied einen Bericht verlangen, jedoch nur an den Aufsichtsrat; bei Ablehnung der Berichterstattung durch den Vorstand bedarf es der Unterstützung eines weiteren Aufsichtsratsmitglieds.

Das in Satz 2 normierte Auskunfts- bzw. Berichtsanforderungsrecht des einzelnen Mitglieds entspricht seiner Aufgabe als Mitglied des Aufsichtsrats als Überwachungsorgan. Es wird deshalb auch als sog. Pflichtrecht bezeichnet.⁴⁵⁸

bb) Entsprechende Situation im SE-Recht

Auch im Recht der Europäischen Aktiengesellschaft kommt dem Aufsichtsorgan die Aufgabe zu, die Geschäftsleitung zu beraten und zu überwachen. Hierfür muss das Aufsichtsorgan jede Information erhalten, die es benötigt.⁴⁵⁹

Dazu trägt sicherlich das individuelle Auskunftsrecht eines jeden Organmitglieds bei.

Deshalb sollte der deutsche Gesetzgeber von der Ermächtigung in Art. 41 Abs. 3 Satz 2 SE-VO Gebrauch machen und auch für die Mitglieder des Aufsichtsrats der SE dieses individuelle Recht vorsehen.⁴⁶⁰

Zwar hält das deutsche Aktiengesetz ein solches individuelles Recht bereits bereit. Da die Verordnung jedoch ausdrücklich eine SE-bezogene Ermächtigung anspricht, könnte man annehmen, die Anwendung nationalen Rechts sei nur möglich, wenn von der Ermächtigung Gebrauch gemacht wird. Der rechtlichen Klarheit wegen sollte daher die Anwendbarkeit von § 90 Abs. 3 Satz 2 AktG auf die SE ausdrücklich geregelt werden.⁴⁶¹

So wird letztlich auch der geforderte weitgehende Gleichlauf des SE-Rechts mit dem allgemeinen Aktienrecht hergestellt.⁴⁶²

Zu beachten gilt es jedoch, dass die SE-VO das Verlangen nach Information an den Vorbehalt knüpft, dass die Information für die Ausübung der Kontrolle erforderlich sein müsse. Man könnte geneigt sein, aus dieser Formulierung eine Beschränkung des Informationsrechts oder eine Begründungspflicht des Aufsichtsrats abzulesen. Im Ergebnis wird dies wohl nicht so gemeint sein, denn für die Aufgabe des Aufsichtsrats, die Führung der Geschäfte zu überwachen (Art. 40 Abs. 1 SE-VO), kann jede Information über die Geschäfte des Unternehmens Bedeutung erlangen. Jedes konkrete Informationsinteresse lässt sich daher im

⁴⁵⁸ Hüffer, AktG § 90, Rn. 12.

⁴⁵⁹ Teichmann in Theisen/Wenz (Hrsg.), 573 ff. (602).

⁴⁶⁰ Im Ergebnis ebenso Teichmann in Theisen/Wenz (Hrsg.), 573 ff. (602).

⁴⁶¹ Teichmann ZGR 2002, 383 ff. (443, 463).

⁴⁶² Teichmann ZIP 2002, 1109 ff (1114).

Zweifelsfall mit dem Überwachungsauftrag rechtfertigen, weshalb eine Begründungspflicht des Aufsichtsorgans überflüssig ist und seine Tätigkeit nur unnötig erschweren würde.⁴⁶³

Allerdings ist diese Auslegung des europäischen Rechtstextes nicht Aufgabe des nationalen Gesetzgebers. Er hat allein darüber zu entscheiden, ob das Informationsrecht als individuelles Recht jedem Mitglied des Aufsichtsorgans gewährt werden soll.

Aufgrund dieser Vorgaben der SE-VO sollte auch das oben schon beschriebene individuelle Auskunftsrecht des § 90 Abs. 3 Satz 2 AktG mit einer Modifikation übernommen werden, denn die Kompetenz des einzelnen Mitglieds kann natürlich nicht weiter reichen als diejenige des gesamten Organs. Daher sollte der deutsche Gesetzgeber das Individualrecht in seiner Reichweite deutlich auf den zugrunde liegenden Rechtstext der SE-VO beziehen. Das individuelle Recht auf Auskunft richtet sich demnach gleichfalls auf diejenigen Informationen, die für die Ausübung der Kontrolle nach Art. 40 Abs. 1 SE-VO erforderlich sind.⁴⁶⁴

c) Regelung im SEAG

Der deutsche Gesetzgeber macht von seiner Ermächtigung in § 18 SEAG Gebrauch. Er kommt dabei der Anregung der Modifikation des Auskunftsverlangens nach, indem er in § 18 SEAG ausdrücklich auf Informationen im Sinne Art. 41 Abs. 3 Satz 1 SE-VO Bezug nimmt.

Des Weiteren lehnt er sich an § 90 Abs. 3 Satz 2 AktG an, indem er festlegt, dass Auskünfte nur an das Aufsichtsorgan, nicht jedoch an einzelne Mitglieder, verlangt werden können. Auf diese Weise wird der Gleichlauf von nationalem und SE-Recht gewährleistet.⁴⁶⁵

⁴⁶³ So Teichmann in Theisen/Wenz (Hrsg.), 573 ff. (602).

⁴⁶⁴ Vergleiche Teichmann in Theisen/Wenz (Hrsg.), 573 ff. (602).

⁴⁶⁵ Die Regierungskommission Corporate Governance, Bericht, Rn. 25 ff. empfiehlt, in § 90 AktG festzulegen, dass die Berichte gemäß § 90 Abs. 1 S. 1 und Abs. 3 AktG in der Regel schriftlich zu erstatten sind. Des weiteren spricht sie sich dafür aus, in § 90 vorzusehen, dass die Vorstandsberichte des Aufsichtsratsmitgliedern in der Regel rechtzeitig zuzuleiten sind. Im deutschen Corporate Governance Kodex wurden diese beiden Anregungen schließlich in Ziffer III. 4. eingearbeitet. Außerdem hat der deutsche Gesetzgeber zur Umsetzung dieser Forderungen in § 90 Abs. 4 AktG einen Satz 2 angefügt, wobei er für das Erfordernis der Schriftlichkeit jedoch Textform ausreichen lässt.

III. Zustimmungsbedürftige Geschäfte

Im dualistischen System herrscht grundsätzlich eine strikte Trennung von Leitung der Gesellschaft durch das Leitungsorgan und deren Überwachung durch das Aufsichtsorgan.

Neben dem oben bereits beschriebenen Ausnahmefall, dass ein Mitglied des Aufsichtsorgans vorübergehend die Aufgaben eines fehlenden oder behinderten Mitglieds des Leitungsorgans wahrnimmt, stellt der Problembereich „zustimmungsbedürftige Geschäfte“ im Ansatz⁴⁶⁶ eine weitere Ausnahme von diesem Grundsatz der funktionalen Trennung dar.

Das Erfordernis der Zustimmung des Aufsichtsrats zu (bestimmten) Geschäften des Leitungsorgans dient dem Zweck einer effektiven Überwachung.⁴⁶⁷ Dem Aufsichtsrat wird somit die präventive Überwachung erleichtert.⁴⁶⁸

Das Zustimmungserfordernis wirkt sich dann gegebenenfalls derart auf die Tätigkeit des Leitungsorgans aus, dass es Entscheidungen nicht alleine, sondern nur mit Beteiligung des Aufsichtsorgans treffen kann.

Somit ergibt sich insoweit eine „Schnittstelle“ zu dem von dieser Arbeit näher betrachteten Bereich Vorstand. Dem gemäß soll dieser Problembereich vorliegend nicht ausgespart, sondern in die Erörterungen einbezogen werden.

1. Vorgaben der SE-VO

a) Festlegung zustimmungsbedürftiger Geschäfte durch das Aufsichtsorgan – Teilhabe an der Leitung der Gesellschaft

Die SE-VO bestimmt in Art. 48 Abs. 1 Unterabs. 1, dass in der Satzung der SE die Arten von Geschäften aufgeführt werden, für die im dualistischen System das Aufsichtsorgan dem Leitungsorgan seine Zustimmung erteilen muss.

⁴⁶⁶ A. A. sind *Theisen/Hölzl* in *Theisen/Wenz (Hrsg.)*, 247 ff. (272), die das Vetorecht des Aufsichtsorgans nicht als Einschränkung der für das dualistische Modell charakteristischen Trennung zwischen Leitung und Kontrolle sehen, da das Aufsichtsorgan dem Leitungsorgan damit kein bestimmtes Verhalten vorschreiben kann. Dabei wird gleichwohl übersehen, dass das Vetorecht gegen Maßnahmen des Leitungsorgans dem Aufsichtsorgan Einfluss auf dessen Geschäftsführung gibt; ebenso mit weiteren Nachweisen *Hüffer*, AktG § 111, Rn. 16 für das deutsche Aktienrecht.

⁴⁶⁷ So auch *Bungert/Beier* EWS 2002, 1ff. (3); *Theisen/Hölzl* in *Theisen/Wenz (Hrsg.)*, 247 ff. (272).

⁴⁶⁸ *Hüffer*, AktG § 111, Rn. 16.

Dabei handelt es sich um einen obligatorischen Regelungsauftrag an den Satzungsgeber.⁴⁶⁹

Nach der Ermächtigung des Art. 48 Abs. 1 Unterabs. 2 SE-VO können die Mitgliedstaaten jedoch vorsehen, dass im dualistischen System⁴⁷⁰ daneben auch das Aufsichtsorgan selbst bestimmte Arten von Geschäften von seiner Zustimmung abhängig machen kann.⁴⁷¹

b) Katalog zustimmungsbedürftiger Geschäfte

Zudem können die Mitgliedstaaten gemäß Art. 48 Abs. 2 SE-VO für die in ihrem Hoheitsgebiet eingetragenen SE's festlegen, welche Arten von Geschäften auf jeden Fall in die Satzung aufzunehmen sind.

2. Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers

a) Festlegung zustimmungsbedürftiger Geschäfte durch das Aufsichtsorgan – Teilhabe an der Leitung der Gesellschaft

Das deutsche Recht kennt in § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG eine dem Art. 48 Abs. 1 Unterabs. 2 SE-VO ähnliche Regelung, wonach die Satzung oder das Aufsichtsorgan selbst zwingend festzulegen haben, dass bestimmte Arten von Geschäften nur mit Zustimmung des Aufsichtsrates vorgenommen werden dürfen. Der Unterschied zwischen den beiden Regelungen besteht demnach darin, dass nach § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG zwingend bestimmte zustimmungsbedürftige Geschäfte festzulegen sind, entweder durch die Satzung oder durch den Aufsichtsrat; Art. 48 Abs. 1 Unterabs. 1 SE-VO hingegen schreibt die Festlegung der zustimmungsbedürftigen Geschäfte allein der Satzung vor, während die Befugnis des Aufsichtsrats in Art 48 Abs. 1 Unterabs. 2 SE-VO zur Disposition der Mitgliedstaaten gestellt ist.⁴⁷²

⁴⁶⁹ So Schwarz ZIP 2001, 1847 ff. (1856).

⁴⁷⁰ Diese Möglichkeit ist für das Verwaltungsorgan entfallen; vgl. noch Art. 72 Abs. 4 SE-VOV 1991.

⁴⁷¹ Noch Art. 72 Abs. 1 SE-VOV enthielt einen starren Zustimmungskatalog, der in der Literatur vielfach kritisiert wurde; so etwa Hommelhoff AG 201, 279 ff. (283); mit weiteren Nachweisen Schwarz ZIP 2001, 279 ff. (283). Etwas ungenau formulieren hierzu Jahn/Herfs-Röttgen DB 2001, 631 ff.(633), die man so verstehen kann, dass sie der Meinung sind, dass dieses Recht unmittelbar dem Aufsichtsrat zukommt. Das ist jedoch angesichts des klaren Wortlauts der Bestimmung des Art. 48 Abs. 1 Unterabs. 2 SE-VO abzulehnen; so auch Schindler, Europäische Aktiengesellschaft, 72 FN 523.

⁴⁷² Daneben gibt es einen weiteren (sprachlichen) Unterschied. § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG stellt die Forderung auf, dass bestimmte Arten von Geschäften zu bestimmen sind. Somit schreibt die Norm selbst vor, dass zumindest ein

Noch § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG in der Fassung bis zur Änderung durch Art. 1 des Transparenz- und Publizitätsgesetzes (TrPublG) vom 19.07.2002 gab – wie auch Art. 48 Abs. 1 Unterabs. 2 SE-VO - der Satzung bzw. dem Aufsichtsrat lediglich die Möglichkeit zur Begründung von Zustimmungsvorbehalten an die Hand;⁴⁷³ nunmehr besteht sogar eine Pflicht, Zustimmungsvorbehalte zu begründen.⁴⁷⁴

Diese Rechtsänderung entspricht einem Vorschlag der *Regierungskommission Corporate Governance*.⁴⁷⁵ Die Einführung einer Verpflichtung zur Formulierung eines Katalogs zustimmungsbedürftiger Geschäfte erscheint erforderlich, um sicherzustellen, dass Geschäfte, die nach Planungen oder Erwartungen die Ertragsaussichten oder Risikoexposition des Unternehmens grundlegend verändern, künftig dem Aufsichtsrat zur Zustimmung vorzulegen sind.⁴⁷⁶ Derartige Entscheidungen oder Maßnahmen sollen nach Ansicht der *Regierungskommission* vom Votum beider Organe, des Vorstands und des Aufsichtsrates, getragen sein – von einer zusätzlich erforderlichen Entscheidung der Hauptversammlung zum Beispiel in „Holzmüller-Fällen“⁴⁷⁷ abgesehen. Dies sollte deutlicher als bisher im Aktiengesetz selbst

Grundstock solcher Geschäfte in jeder Gesellschaft festzulegen ist; es ist also ein Katalog zustimmungsbedürftiger Geschäfte zu bestimmen / schaffen.

Art. 48 Abs. 1 SE-VO hingegen ist anders formuliert. Danach besteht lediglich die Pflicht, die für die einzelne Gesellschaft bestehenden zustimmungsbedürftigen Geschäfte satzungsmäßig festzulegen. Eine Pflicht, solche Geschäfte zu bestimmen / schaffen, besteht nicht. Es ist demnach theoretisch möglich, dass eine Gesellschaft keine Geschäfte in die Kategorie „zustimmungspflichtig“ einordnet und folglich auch keine Geschäfte in die Satzung aufnehmen kann und muss. Dies ist im Ergebnis aus Corporate-Governance-Gesichtspunkten bedenklich, da es in jeder Gesellschaft Geschäfte gibt, die von solcher grundlegender Bedeutung sind, dass der Aufsichtsrat bereits im Vorfeld in die Entscheidung eingebunden werden sollte. Das kommt bereits in der Gesetzesänderung des § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG zum Ausdruck. Dazu *Regierungskommission Corporate Governance*, Bericht, Rn. 34.

Es wird deshalb hier geraten, in der Verordnung selbst jeder Gesellschaft die Festlegung eines Katalogs zustimmungsbedürftiger Geschäfte vorzuschreiben. Mag es auch sein, dass der Verordnungsgeber unter Umständen stillschweigend von der Existenz eines Katalogs zustimmungsbedürftiger Geschäfte für jede Gesellschaft ausgeht und in Konsequenz dessen lediglich die satzungsmäßige Fixierung als regelungsbedürftig erachtet hat, so sollte dennoch - zumindest zur Klarstellung - eine Änderung des Art. 48 Abs. 1 Unterabs. 1 SE-VO vorgenommen werden.

⁴⁷³ Vgl. den Wortlaut „kann“.

⁴⁷⁴ Siehe den Wortlaut „haben“.

⁴⁷⁵ Vgl. deren Bericht, Rn. 34 f.

⁴⁷⁶ Dazu siehe auch *Corporate Governance Kodex Ziffer III.3.*, wo in Satz 2 die einschlägigen Entscheidungen bzw. Maßnahmen näher beschrieben werden.

⁴⁷⁷ Nach BGHZ 83, 122 = NJW 1982, 1703 „Holzmüller“ kann der Vorstand einer AG bei schwerwiegenden Eingriffen in die Rechte und Interessen der Aktionäre – zum Beispiel bei der Ausgliederung eines den wertvollsten Teil des Gesellschaftsvermögens bildenden Betriebs auf eine dazu gegründete Tochtergesellschaft – nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet sein, gemäß § 119 Abs. 2 AktG eine Entscheidung der Hauptversammlung über die Maßnahme herbeizuführen; so *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 374.

Die Holzmüller-Doktrin ist bislang allein durch die Rechtsprechung und Wissenschaft fixiert, eine gesetzliche Regelung hierzu fehlt. So wurde auch von der *Regierungskommission Corporate Governance* im Rahmen der Corporate-Governance-Diskussion erörtert, ob dem Gesetzgeber eine gesetzliche Regelung der Holzmüller-Problematik oder eine diesbezügliche Einräumung von Satzungsautonomie vorgeschlagen werden solle. Da jedoch keiner der untersuchten Vorschlag geeignet erschien, die Problematik abschließend zu klären und gegenüber der derzeitigen Rechtslage einen Gewinn an Rechtssicherheit herbeizuführen, hat man letztlich von einer gesetzlichen Regelung der Holzmüller-Problematik abgesehen und die weitere Präzisierung dieser Grundsätze wie bisher der wissenschaftlichen Literatur und der Rechtsprechung überlassen; so *Regierungskommission Corporate Governance*, Bericht, Rn. 79 ff.

hervorgehoben werden. So wird die gemeinsame Verantwortung von Vorstand und Aufsichtsrat, die diesen in derartigen Fällen von grundlegender Bedeutung für das Unternehmen zukommt, unterstrichen.⁴⁷⁸

Die Überwachungsaufgabe des Aufsichtsrats erfordert nicht nur, dass er rechtzeitig über die vom Vorstand geplanten oder getroffenen Maßnahmen informiert wird, sondern er muss in solche grundlegenden Entscheidungen auch eingebunden werden. Zwar wird damit bewusst in Einzelfällen eine aktivere Rolle des Aufsichtsrats als bisher eingefordert, doch erscheint dies insoweit aber auch geboten, auch vor dem Hintergrund der internationalen Entwicklung in diese Richtung.⁴⁷⁹

Um einen weitgehenden Gleichlauf von deutschem und SE-Recht zu gewährleisten, sollte der deutsche Gesetzgeber von der Ermächtigung in Art. 48 Abs. 1 Unterabs. 2 SE-VO Gebrauch machen und auch dem Aufsichtsrat die Befugnis übertragen, zustimmungsbedürftige Geschäfte festzulegen.

Ein vollständiger Gleichlauf wird allerdings aufgrund der Tatsache, dass § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG eine zwingende Festlegung eines Katalogs alternativ der Satzung oder dem Aufsichtsrat vorschreibt und Art. 48 Abs. 1 Unterabs. 2 SE-VO dem Aufsichtsrat hingegen nur ein Recht hierzu gibt, nicht zu erreichen sein.

b) Katalog zustimmungsbedürftiger Geschäfte

Einen Katalog, von dem Art. 48 Abs. 2 SE-VO spricht, kennt das deutsche Recht nicht.⁴⁸⁰ Die Einführung eines solchen in das deutsche Aktienrecht ist auch abzulehnen.⁴⁸¹ Dagegen spricht zum einen, dass ein sachgerechter Katalog nicht für jede Gesellschaft ungeachtet ihrer Größe, Branche und sonstigen Verhältnisse passt. Ein allgemein gehaltener Katalog hingegen wird schwierig zu formulieren sein und kann unter Umständen auch zu Missverständnissen Anlass geben. Zu bedenken ist zum anderen, dass bei Festlegung eines Mindestkatalogs zustimmungspflichtiger Geschäfte die Gefahr besteht, dass etwa Satzungsbestimmungen, die hinter dieser

⁴⁷⁸ Vgl. *Regierungskommission Corporate Governance*, Bericht, Rn. 35.

⁴⁷⁹ So *Regierungskommission Corporate Governance*, Bericht, Rn. 34 f., wo auch eine ergänzende gesetzliche Regelung vorgeschlagen wird, um dem Satzungsgeber sowie dem Aufsichtsrat diesbezüglich eine Leitlinie an die Hand zu geben.

⁴⁸⁰ Anders ist dies im Aktienrecht Österreichs, das einen solchen Katalog in § 95 Abs. 5 AktG vorsieht; dazu *Artmann* wbl 2002, 189 ff. (192); mit weiteren Nachweisen *Schindler*, Europäische Aktiengesellschaft, 71 f.

⁴⁸¹ *Teichmann* ZGR 2002, 377 ff. (454 und 463 f.).

gesetzlichen Vorgabe zurückbleiben, von der Rechtsprechung als nichtig angesehen werden müssten; daraus ergäbe sich ein erhebliches Streitpotential.⁴⁸²

Es erscheint für das deutsche Aktienrecht deshalb sinnvoller, einen hinreichend flexiblen Katalog zu formulieren und in den Corporate Governance Kodex aufzunehmen. Dies hätte im Vergleich zu einer zwingenden gesetzlichen Regelung zudem den Vorteil, dass bei Vorliegen von Besonderheiten die jeweilige Gesellschaft von den Vorgaben des Kodex abweichen könnte.⁴⁸³

Die Nachteile einer starren gesetzlichen Katalog-Regelung lassen sich entsprechend auf die SE übertragen. Problematisch ist allerdings, dass in der EU die Tendenz dahin geht, keinen zusätzlichen eigenen und einheitlichen Corporate Governance Kodex auf EU-Ebene einzuführen.⁴⁸⁴ Es kann also mangels Existenz nicht für alle SE's auf einen einheitlichen Kodex zurück gegriffen werden. Statt dessen ist für jede SE der jeweilige Kodex ihres Sitzstaates anzuwenden. Dies hat jedoch wiederum den Vorteil, dass der einzelne nationale Kodex auf die Situation seines Geltungsstaates angepasst ist und unter Umständen damit auch ohne größere Veränderungen bzw. Anpassungen auf die SE mit Sitz in diesem Staat herangezogen werden kann, zumal in weiten Bereichen über Art 9 SE-VO Sitzstaatrecht gilt, das mit dem jeweiligen nationalen Kodex in der Regel konform ist.

Deshalb sollte der deutsche Gesetzgeber, auch aus Gründen der Gleichbehandlung von SE und deutscher Aktiengesellschaft, von der Ermächtigung in Art. 48 Abs. 2 SE-VO keinen Gebrauch machen.⁴⁸⁵

3. Regelung im SEAG

Das SEAG sieht in Ausübung der Ermächtigung des Art. 48 Abs.1 Unterabs. 2 SE-VO in § 19 SEAG vor, dass das Aufsichtsorgan selbst bestimmte Arten von seiner Zustimmung abhängig machen kann.

Der deutsche Gesetzgeber bezweckt damit einen Gleichlauf mit dem allgemeinen Aktienrecht (§ 111 Abs. 4 AktG).⁴⁸⁶

⁴⁸² So *Regierungskommission Corporate Governance*, Bericht, Rn. 34.

⁴⁸³ Im Ergebnis ebenso *Regierungskommission Corporate Governance*, Bericht, Rn. 34.

⁴⁸⁴ Dazu siehe oben.

⁴⁸⁵ Im Ergebnis ebenso *Teichmann ZGR* 2002, 377 ff. (454).

Problematisch ist jedoch, dass das deutsche Recht, wie eben beschrieben, der Satzung bzw. dem Aufsichtsrat zwingend vorschreibt, bestimmte Geschäfte von der Zustimmung des Aufsichtsrats abhängig zu machen.⁴⁸⁷ Nach Art. 48 Abs. 1 Unterabs. 2 SE-VO, wie auch dessen Umsetzung in § 19 SEAG, hingegen, besteht lediglich ein Recht hierzu.⁴⁸⁸

Damit wird – aufgrund der kürzlich erfolgten Änderung des deutschen Aktiengesetzes – kein völliger Gleichlauf erreicht. Da die SE-VO jedoch ausdrücklich nur ein Recht vorsieht, kann der deutsche Gesetzgeber nicht in einem deutschen SEAG statt dessen in Anlehnung an das nationale Aktienrecht eine Pflicht vorsehen. So würde er der SE mit Sitz in Deutschland Verpflichtungen auferlegen, obwohl er ihr nach dem vorrangigen europäischen Recht in Gestalt der SE-VO lediglich ein mögliches Recht geben darf, über dessen Wahrnehmung sie nach der Verordnung selbst entscheiden kann.

Die Bestimmung einer Pflicht in dem für die deutsche Aktiengesellschaft geltenden Recht ist aus dem Blickwinkel der SE-VO nicht zu beanstanden. Es liegt kein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot in Erwägungsgrund (5) zur SE-VO vor. Dieses verbietet eine strengere Behandlung der SE; vorliegend wird jedoch die nationale Aktiengesellschaft durch die Auferlegung einer Pflicht strenger behandelt.

Auch gegen das Gleichbehandlungsgebot in Art. 10 SE-VO wird nicht verstoßen, da die Verordnung selbst mit der Normierung eines Rechts – im Gegensatz zu der nach dem deutschen Recht bestehenden Pflicht – eine abweichende Regelung trifft. Art. 10 SE-VO untersagt hingegen eine durch nationale Ausführungsgesetze veranlasste Sonderbehandlung der SE.

Die Abweichung zwischen nationalem und SE-Recht ist damit mit dem bestehenden Recht zu vereinbaren. Aufgrund der Tatsache, dass europäisches und nationales Recht unterschiedliche Voraussetzungen schaffen, muss sie auch hingenommen werden.

⁴⁸⁶ Vgl. Begründung zu § 17 SEAGE, S. 36.

⁴⁸⁷ Siehe den Wortlaut „haben“.

⁴⁸⁸ Vgl. den Wortlaut „kann“.

IV. Bestellung von "Geschäftsführern"

1. Vorgaben der SE-VO

In der SE obliegt die Führung der Geschäfte grundsätzlich dem Leitungsorgan in eigener Verantwortung (Art. 39 Abs. 1 Satz 1 SE-VO).

In Ergänzung hierzu ermächtigt Art. 39 Abs. 1 Satz 2 SE-VO die Mitgliedstaaten dazu, vorzusehen, dass ein oder mehrere Geschäftsführer die laufenden Geschäfte in eigener Verantwortung unter denselben Voraussetzungen, wie sie für Aktiengesellschaften mit Sitz im Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaates gelten, führt bzw. führen.

Mit anderen Worten bedeutet das, dass die Mitgliedstaaten neben dem Leitungsorgan sog. Geschäftsführer einsetzen können, die für die laufenden Geschäfte zuständig und verantwortlich (vgl. Art. 39 Abs. 1 Satz 2 SE-VO „in eigener Verantwortung“) sind, während das Leitungsorgan als solches selbst nur noch über diejenigen Geschäfte zu befinden hat, die nicht zu den laufenden gehören, sondern statt dessen von besonderer Bedeutung sind.

Die Ermächtigung knüpft hinsichtlich ihrer Umsetzung nach ihrem Wortlaut ausdrücklich an Voraussetzungen an, wie sie für Aktiengesellschaften mit Sitz im Sitzstaat der SE gelten. Das legt den Schluss nahe, dass das nationale Recht des Sitzstaates der SE die Funktion des Geschäftsführers bereits kennen muss.

2. Keine Geschäftsführer im deutschen Aktienrecht

Das deutsche Aktienrecht kennt die Funktion des Geschäftsführers als Ergänzung des Leitungsorgan Vorstand bisher nicht. Nach Vorstellung des deutschen Rechts – wie auch der Praxis – ist für die Erledigung der laufenden Geschäfte der Vorstand selbst zuständig; auch wenn er sich dabei selbstverständlich der Hilfe von Angestellten bedienen kann.⁴⁸⁹

Es fehlt damit im deutschen Recht mangels Existenz von Geschäftsführern an den Voraussetzungen im Sinne des Art. 39 Abs. 1 Satz 2 SE-VO.

⁴⁸⁹ So auch *Teichmann* in *Theisen/Wenz (Hrsg.)*, 573 ff. (599).

3. Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers

Das Fehlen der Geschäftsführer-Funktion im dualistischen System des deutschen Rechts hat zur Folge, dass dem deutschen Gesetzgeber die Ausführung der Ermächtigung – jedenfalls für den Bereich des dualistischen Organisationsmodells - nicht möglich ist.⁴⁹⁰

Eine Umsetzung ist zudem für das deutsche Recht auch gar nicht erforderlich. Es ist nicht recht erkennbar, wieso unterhalb des Leitungsorgans noch eigens eine Kategorie der Geschäftsführer für die laufenden Geschäfte eingeführt werden soll, wenn doch nach der deutschen (Rechts-) Praxis der Vorstand, gegebenenfalls mit Hilfe von Angestellten, die laufenden Geschäfte selbst führt.⁴⁹¹

Die Ermächtigungsnorm des Art. 39 Abs. 1 Satz 2 SE-VO beruht auf einem Wunsch der schwedischen Verhandlungsdelegation und ist damit – neben zahlreichen anderen Verordnungsregelungen - Ausdruck der fehlenden Kompromissbereitschaft unter den Mitgliedstaaten. Im schwedischen Recht gibt es den „Verwaltungsrat“ als Leitungsorgan und daneben den „geschäftsführenden Direktor“ für die täglichen Geschäfte. Offenbar hatte man Sorge, dieses Modell mangels besonderer Ermächtigung nicht auf die SE mit Sitz in Schweden übertragen zu können. Da das deutsche Aktienrecht eine derartige Konstruktion nicht kennt, ist der deutsche Gesetzgeber von der Ermächtigung überhaupt nicht angesprochen.⁴⁹²

Diese Sichtweise ist überzeugend und konsequent, wenn man die schwedische Rechtslage im Hinterkopf hat. Problematisch und nachteilig – was ein besseres Verständnis der Vorschrift des Art. 39 Abs. 1 SE-VO anbelangt - ist allerdings die Formulierung in Satz 1, wo es heißt „führt die Geschäfte“. Klarer formuliert und eindeutiger wäre es gewesen, zu formulieren „leitet die Gesellschaft“. So wäre der „schwedische Hintergrund“ deutlicher zum Ausdruck gekommen, nämlich die Leitung der Gesellschaft durch das Leitungsorgan und daneben Führung der laufenden Geschäfte durch die Geschäftsführer als zusätzliches Organ.

Die Formulierung der SE-VO hingegen bringt bedauerlicherweise nicht klar zum Ausdruck, dass es sich um zwei Organe mit voneinander zu unterscheidenden Aufgabengebieten handelt. Hier wäre eine eindeutigere Wortwahl wünschenswert gewesen.

Liest man die Vorschrift des Art. 39 Abs. 1 SE-VO jedoch ohne dieses Hintergrundwissen und betrachtet sie allein in Kenntnis und aus Sicht des deutschen Aktienrechts, kann man deren

⁴⁹⁰ Siehe auch *Teichmann* ZIP 2002, 1109 ff. (1113); ebenso *Schindler*, Europäische Aktiengesellschaft, 61.

⁴⁹¹ *Teichmann* in *Theisen/Wenz* (Hrsg.), 573 ff. (599).

⁴⁹² Dazu *Teichmann* in *Theisen/Wenz* (Hrsg.), 573 ff. (599).

inhaltliche Aussage aber auch durchaus anders sehen. Die Wendung „führt die Geschäfte“ in Art. 39 Abs. I SE-VO lässt sich auch dahingehend deuten, dass sie nicht nur die Leitung der Gesellschaft - wie dies wohl § 76 AktG meint - und damit die Frage der (Gesamt-) Verantwortung, sondern auch die Geschäftsführung - so wie sie § 77 AktG versteht – als für das Leitungsorgan charakteristische Aufgaben umfasst.⁴⁹³

Für diese Sichtweise spricht der Vergleich mit Art. 40 Abs. I SE-VO, der im Gegensatz hierzu in einer einzigen Norm mit der Überwachung die für das Aufsichtsorgan charakteristische Aufgabe regelt.⁴⁹⁴ Folglich würde Art. 39 Abs. I SE-VO die Frage der Gesamtgeschäftsführung (in Satz 1) und der Alleingeschäftsführung (so Satz 2) betreffen. „Geschäftsführer“ wären dann die gemäß § 77 AktG (je aufgrund Satzung bzw. Geschäftsordnung nach § 77 Abs. I Satz 2 AktG gegebenenfalls im Rahmen ihres Ressorts bzw. gegebenenfalls gemeinschaftlich oder allein) berechtigten Vorstandsmitglieder.⁴⁹⁵

Folgt man dieser Sichtweise, ist eine Umsetzung der Ermächtigung des Art. 39 Abs. 1 Satz 2 SE-VO auch in Deutschland möglich.⁴⁹⁶ Es würde sich anbieten, im SEAG für die SE eine Regelung im Sinne des für die nationale Aktiengesellschaft geltenden § 77 AktG zu treffen.

Gegen diese Einordnung des Art. 39 SE-VO und insbesondere dessen Abs. 1 Satz 2 spricht jedoch die Tatsache, dass diese Ermächtigung offensichtlich vor dem oben dargelegten Hintergrund der besonderen schwedischen Organisationsstruktur mit der zusätzlichen Funktion des Geschäftsführers in die SE-VO eingefügt wurde. Sie soll damit allein den besonderen nationalen Interessen Schwedens dienen.

Deshalb sollte auch der deutsche Gesetzgeber von der Ermächtigung des Art. 39 Abs. 1 Satz 2 SE-VO keinen Gebrauch machen. Allein der Umstand, dass die Norm möglicherweise eine Deutung zulässt, die dem deutschen Gesetzgeber den Erlass einer Regelung in einem Ausführungsgesetz nicht untersagt, sollte nicht zur Schaffung einer Regelung führen. Würde der deutsche Gesetzgeber insoweit im Ausführungsgesetz eine Regelung treffen, würde dies dem Gedanken des angestrebten Gleichlaufs von nationalem und SE-Recht zuwider laufen.

Dem könnte zwar dadurch begegnet werden, dass der deutsche Gesetzgeber zunächst die Funktion des Geschäftsführers auch für die deutsche Aktiengesellschaft einführt.⁴⁹⁷

⁴⁹³ Im Ansatz ähnlich *Pluskat* EuZW 2001, 524 ff. (527).

⁴⁹⁴ Vgl. § 111 AktG). Ähnlich *Pluskat* EuZW 2001, 524 ff. (527).

⁴⁹⁵ Zu beachten ist, dass auch dann, wenn Einzel- bzw. Mehrheitsgeschäftsführung oder auch eine Ressortaufteilung erfolgt, die Vorstandsmitglieder nicht von ihrer Gesamtverantwortung nach § 76 Abs. 1 AktG befreit sind; vgl. *Hüffer*, AktG § 76, Rn. 14 und 18.

⁴⁹⁶ Im Ergebnis jedenfalls ähnlich *Artmann* wbl 2002, 189 ff. (192). Ablehnend *Schindler*, Europäische Aktiengesellschaft, 61.

Jedoch hat sich die deutsche Rechtspraxis mit einem Vorstand, der – gegebenenfalls mit Hilfe von Angestellten – sämtliche Geschäfte, inklusive der laufenden, selbst führt, bewährt. Es besteht kein Anlass, insoweit Veränderungen vorzunehmen.

Dies auch deshalb, weil sich die SE mit Sitz in Deutschland – jedenfalls ansatzweise - mit der Bestellung von Prokuristen gemäß §§ 48 ff. HGB⁴⁹⁸ behelfen kann.⁴⁹⁹ Die Erteilung der Prokura ermächtigt die betroffenen Personen grundsätzlich zu Geschäften jeder Art, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt (§ 49 HGB). So kann der Prokurist zum Beispiel Personal anstellen, anderen Angestellten Handlungsvollmacht geben, Kredite aufnehmen und einräumen, fremde Verbindlichkeiten übernehmen, in neue Branchen gehen, Zweigniederlassungen errichten und schließen, Unternehmen und Beteiligungen erwerben oder Mitgliedschaftsrechte aus Beteiligungen (beispielsweise Stimmrecht, Auskunftsrecht nach § 131 AktG) ausüben.⁵⁰⁰ Demgegenüber ist er nicht ermächtigt zu Grundlagengeschäften, die den Betrieb des Handelsgewerbes als solchen betreffen, wie etwa Einstellung oder Veräußerung des Handelsgeschäfts, Änderung der Firma, Beantragung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens.⁵⁰¹

Es ist demnach mit den im deutschen Recht schon vorhandenen rechtlichen Instrumenten möglich, eine dem „Geschäftsführer“ nach schwedischem Vorbild zumindest im Ansatz ähnliche Funktion in einer Aktiengesellschaft zu schaffen. Es besteht somit kein besonderes Bedürfnis, die Besonderheit des „Geschäftsführers“ für die SE als zusätzliche Funktion einzuführen.

Zudem liegt die Vermutung nahe, dass sich die Funktion des Geschäftsführer nicht nahtlos und unproblematisch in das bestehende deutsche Rechtssystem einfügen lässt. Dies ist insbesondere deswegen von Bedeutung, da das deutsche Aktienrecht über Art. 9 SE-VO in weiten Bereichen auch auf die SE mit Sitz in Deutschland anzuwenden ist.

4. Regelung im SEAG

Der deutsche Gesetzgeber macht von der Ermächtigung des Art. 39 Abs. 1 Satz 2 SE-VO keinen Gebrauch.

⁴⁹⁷ So im Ergebnis wohl auch *Schindler*, Europäische Aktiengesellschaft, 61 für das österreichische Recht, das wie das deutsche Aktienrecht bisher allein das dualistische System, nicht jedoch die Funktion des Geschäftsführers kennt.

⁴⁹⁸ Diese Möglichkeit dürfte über Art. 9 SE-VO unproblematisch eröffnet sein.

⁴⁹⁹ So ansatzweise auch *Schindler*, Europäische Aktiengesellschaft, 61.

⁵⁰⁰ Siehe – auch zu weiteren Beispielen – *Baumbach/Hopt*, HGB § 49, Rn. 1.

⁵⁰¹ Dazu – und auch zu weiteren Beispielen – *Baumbach/Hopt*, HGB § 49, Rn. 2.

Das SEAG enthält keine Regelung zur Einführung der Funktion des Geschäftsführers für die dualistisch organisierte SE mit Sitz in Deutschland. Aus oben genannten Gründen ist diese Entscheidung durchaus zu begrüßen.

V. Kein weiterer Regelungsbedarf

Für das dualistische System ergibt sich kein weiterer Regelungsbedarf.

1. Nicht aufgrund Ermächtigung

Zum einen enthalten sowohl die Verordnungsvorschriften für das dualistische System (Art. 39 bis 42 SE-VO) als auch die gemeinsamen Vorschriften (Art. 46 bis 51 SE-VO) keine weitere Ermächtigungsgrundlage mehr, die nicht schon oben abgehandelt ist.

Insbesondere gibt Art. 39 Abs. 5 SE-VO dem deutschen Gesetzgeber nicht das Recht, für das dualistische Verwaltungsmodell weitere Regelungen zu treffen. Diese Vorschrift wendet sich – wie oben bereits dargelegt – überhaupt nicht an den deutschen Gesetzgeber.

2. Nicht infolge fehlender Übereinstimmung des über Art. 9 SE-VO anwendbaren deutschen Rechts

Zum anderen bestehen auch keine Unstimmigkeiten bzw. fehlende Übereinstimmungen des über die Generalverweisung des Art. 9 SE-VO auf die SE mit Sitz in Deutschland anwendbaren, bereits existenten nationalen Aktienrechts, woraus sich für den deutschen Gesetzgeber ein Bedarf ergeben würde, das deutsche Recht an die Vorgaben der SE-VO anzupassen. In Konsequenz dessen trifft auch der deutsche Gesetzgeber für die dualistische Organisationsverfassung im deutschen SEAG keine weiteren Regelungen.

In all den Bereichen, in denen über die Generalverweisung des Art. 9 SE-VO auf die SE mit Sitz in Deutschland deutsches Recht gilt, reichen SE-spezifische Anwendung und Auslegung⁵⁰² des jeweils zur Anwendung berufenen nationalen Rechts aus.

⁵⁰² Dazu siehe oben.

Im folgenden soll exemplarische auf einige, zum Teil problematische Bereiche etwas näher eingegangen werden.

a) Vertretung der Gesellschaft

Die Frage der Vertretung ist in der SE-VO im Gegensatz zu den Vorentwürfen (zum Beispiel noch Art. 62 Abs. 1 SE-VOV 1991) insgesamt nicht geregelt. Es gilt damit für die SE über Art. 9 SE-VO das jeweilige nationale Recht ihres Sitzstaates.

Dies führt zwar zu einer (teilweise) uneinheitlichen Behandlung der verschiedenen SE's, wiegt jedoch angesichts der diesbezüglichen Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen durch die Art. 7 bis 9 der Publizitätsrichtlinie weniger schwer.⁵⁰³

Für die SE mit Sitz in Deutschland gilt damit das deutsche Recht. Die Vertretung obliegt damit grundsätzlich dem Leitungsorgan (Vorstand), vgl. § 78 AktG.⁵⁰⁴ Bei Rechtsgeschäften mit Vorstandsmitgliedern, den sog. Fällen der Interessenkollision, wird die Gesellschaft durch den Aufsichtsrat vertreten, vgl. § 112 AktG.⁵⁰⁵

Anwendungsprobleme für die Unternehmenspraxis und daraus folgender Regelungsbedarf für den deutschen Gesetzgeber sind nicht ersichtlich.

b) Haftung der Gesellschaft für ihre Organmitglieder

Die Haftung der Gesellschaft für ihre Organmitglieder gegenüber Dritten wird in der SE-VO nicht geregelt.⁵⁰⁶

⁵⁰³ Dazu Schwarz ZIP 2001, 1847 ff. (1857) und *ders.* Europäisches Gesellschaftsrecht Rn. 341 ff..

⁵⁰⁴ Teichmann ZGR 377 f. (454).

⁵⁰⁵ So schon Jaeger, Europäische Aktiengesellschaft, 153 zu SE-VOV 1991.

⁵⁰⁶ Hirte NZG 2002, 1 ff. (5).

Die Art. 77 ff. SE-VOV 1991 enthielten noch haftungsrechtliche Vorschriften, die sich erheblicher Kritik ausgesetzt sahen; so mit weiteren Nachweisen Schwarz ZIP 2001, 1847 ff. (1856). Zu den Regelungen der Art. 77 ff. SE-VOV 1991 ausführlich Jaeger, Europäische Aktiengesellschaft, 158 ff.

Die Haftung der Organmitglieder gegenüber der SE ist hingegen in Art. 51 SE-VO geregelt. Auch danach gilt aufgrund der dortigen Verweisung auf Sitzstaatrecht das deutsche Recht für die SE mit Sitz in Deutschland. Damit ist zumindest der SE mit Sitz in Deutschland die Möglichkeit eröffnet, innerhalb der Organe die Aufgaben-erledigung sinnvoll nach Funktionen und Spezialitäten aufzuteilen und konsequent die einzelnen Organmitglieder bloß für eigenes Fehlverhalten in Haft zu nehmen; Hommelhoff AG 2001, 279 ff. (283 f.) mit weiteren

Es kommt somit über Art. 9 SE-VO nationales Recht zur Anwendung. Für die SE mit Sitz in Deutschland gelten beispielsweise § 31 BGB⁵⁰⁷ oder auch die Grundsätze zur Wissenszurechnung zur Gesellschaft.⁵⁰⁸

Auch in diesem Bereich sind keine Anwendungsprobleme und daraus folgender Regelungsbedarf für den deutschen Gesetzgeber zu erkennen.

c) Umfang der Geschäftsführungsbefugnisse

Zum Umfang der Geschäftsführungsbefugnisse trifft die SE-VO ebenfalls keine eigene Regelung.

Über Art. 9 SE-VO sind für die SE mit Sitz in Deutschland vor allem die §§ 77 und 82 AktG maßgeblich,⁵⁰⁹ deren Anwendung keine Probleme aufwirft.

d) Wettbewerbsverbote und andere Fälle der Interessenkollision

Eine noch im SE-VOV 1989 vorgesehene Generalklausel, wonach jedes Geschäft, an dem ein Organmitglied ein Interesse hat, welches dem der SE entgegensteht, der Zustimmung des Aufsichtsorgans bedarf, ist wegen ihrer Unbestimmtheit mit Recht weggefallen und im SE-VOV 1991 (Art. 74) durch die allgemeinere Bestimmung, dass alle Organmitglieder ihr Amt im Interesse der SE, unter besonderer Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre und der Arbeitnehmer ausüben und bei Verletzung dieser Pflicht Schadensersatz schulden, ersetzt worden.⁵¹⁰

In der SE-VOV fehlt schließlich auch diese Bestimmung, was für die SE mit Sitz in Deutschland für den Vorstand zur Anwendbarkeit der §§ 88, 89 AktG führt. Probleme sind insoweit nicht ersichtlich.

Nachweisen. Kritisch hierzu für die Rechtslage und Möglichkeiten in Österreich *Schindler*, Europäische Aktiengesellschaft, 73.

⁵⁰⁷ Dazu *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, Rn. 483 ff.

⁵⁰⁸ Dazu *Hirte*, Kapitalgesellschaftsrecht, Rn. 486 ff.

⁵⁰⁹ *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 1149 so schon für SE-VOV 1991.

⁵¹⁰ Dazu auch *Raiser* FS für Semler 1993, 277 ff. (291 f.).

e) Vergütung

Mangels Regelung in der SE-VO gilt für die SE hinsichtlich der Vergütung Sitzstaatrecht, in Deutschland also insbesondere § 87 AktG. Dessen Anwendung wirft keine Probleme auf.

f) Vorstandsvorsitzender, Ersatzmitgliedschaft, Vertretung bei Stimmabgabe im Leitungsorgan

In der SE-VO fehlen Regelungen zu den aus dem deutschen Recht bekannten Rechtsfiguren des Vorstandsvorsitzenden (§ 84 Abs. 2 AktG)⁵¹¹, der Stellvertreter im Vorstand (§ 94 AktG) bzw. Ersatzmitgliedschaft im Aufsichtsrat (§ 101 Abs. 3 AktG) oder auch der Vertretung bei der Stimmabgabe im Leitungsorgan (sog. Stimmbote)⁵¹².

Problematisch hinsichtlich der Rechtsanwendung ist diesbezüglich, dass die SE-VO diese Rechtsfiguren gänzlich unerwähnt lässt. Es stellt sich damit die Frage, ob der Verordnungsgeber die vollständige Nichtregelung als Nichtexistenz gewertet haben möchte. Davon ist jedoch nicht auszugehen. Es handelt sich bei diesen Rechtsfiguren um im internationalen Aktienrecht verbreitete und bekannte Erscheinungen. Damit ist entsprechend der allgemeinen Systematik der SE-VO jeweils von einer durch das Sitzstaatrecht der betroffenen SE ausfüllungsbedürftigen Regelungslücke auszugehen.⁵¹³

⁵¹¹ Zum Vorsitz in Aufsichtsrat (Art. 42 SE-VO) und Verwaltungsrat (Art. 45 SE-VO) sind im Gegensatz hierzu Regelungen in der SE-VO vorhanden.

⁵¹² Dazu Hüffer, AktG § 134, Rn. 33.

⁵¹³ So im Ergebnis schon Raiser, Kapitalgesellschaft, 277 ff. (291).

g) Konzernrecht

Für das Konzernrecht gilt mangels Normierung in der SE-VO über Art. 9 SE-VO ebenfalls Sitzstaatrecht vgl. auch Erwägungsgrund (15) zur SE-VO.

Die Übertragung und Anwendung des deutschen Konzernrechts auf die SE erfordern aufgrund der Besonderheiten der SE als internationale Gesellschaftsform verschiedene Modifikationen. Deren Darstellung sowie auch die Einzelheiten der SE-spezifischen Anwendung und Auslegung der im deutschen Recht vorhandenen konzernrechtlichen Regelungen würde den Umfang der hier vorliegenden Arbeit weit sprengen. Deshalb muss – wie oben bereits ausgeführt – auf die Behandlung der konzernrechtlichen Fragen im Rahmen dieser Arbeit verzichtet werden. Die konzernrechtliche Betrachtung der SE ist für sich genommen bereits Gegenstand zahlreicher eigenständiger und zum Teil sehr ausführlicher und umfangreicher Veröffentlichungen.⁵¹⁴

C. Einzelheiten zum monistischen System

Im Gegensatz zum dualistischen System ist das monistische Verwaltungsmodell dem deutschen Aktienrecht bisher nicht bekannt, sodass der deutsche Gesetzgeber mit dem Erlass von Regelungen zum monistischen System insoweit für den deutschen Rechtsbereich „Neuland“ betritt. Insbesondere sind die im deutschen Recht vorhandenen Regelungen zur dualistischen Verwaltungsstruktur mit Vorstand und Aufsichtsrat in den §§ 76 bis 116 AktG nicht unverändert (über die Generalverweisung des Art 9 SE-VO) anwendbar. Folgerichtig bestimmt auch § 20 SEAG klarstellend⁵¹⁵, dass anstelle der §§ 76 bis 116 AktG die §§ 21 ff. SEAG gelten sollen, wenn eine SE gemäß Art. 38 b) SE-VO in ihrer Satzung das monistische System mit einem Verwaltungsorgan, dem sogenannten Verwaltungsrat, wählt. Nach § 22 Abs. 6 Satz 1 SEAG tritt der Verwaltungsrat der monistischen SE mit Sitz in Deutschland aber an die Stelle von Vorstand und Aufsichtsrat, soweit Rechtsvorschriften außerhalb des SEAG dem Vorstand oder dem Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft Rechte und Pflichten zuweisen.

Ein Verstoß gegen Erwägungsgrund (5) zur SE-VO und Art. 10 SE-VO ist mit dem Erlass von speziell für die SE geltendem Recht durch den deutschen Gesetzgeber – wie oben bereits dargelegt - nicht gegeben.

⁵¹⁴ So zum Beispiel *Maul*, SE; *Buchheim*, Europäische Aktiengesellschaft; *Maul* in *Theisen/Wenz (Hrsg.)*, 399 ff.; *Gruber/Weller NZG* 2003, 297 ff.; *Ebert BB* 2003, 1854 ff.; *Brandt NZG* 2003, 889 ff.

⁵¹⁵ Vgl. Begründung zur Vorgängervorschrift § 18 SEAGE, S. 36.

Die das monistische System regelnden Art. 43 bis 45 SE-VO sowie die gemeinsamen Vorschriften für das monistische und das dualistische System der Art. 46 bis 51 SE-VO enthalten verschiedene Verweisungen und Regelungsermächtigungen zugunsten des nationalen Gesetzgebers in Hinsicht auf das nationale mitgliedstaatliche Recht. Mangels Existenz von Regelungen zum monistischen Verwaltungsmodell im deutschen Recht kommt hier, wie oben bereits ausführlich dargelegt, insbesondere der Ermächtigungsnorm des Art. 43 Abs. 4 SE-VO besondere Bedeutung zu. Der deutsche Gesetzgeber kann - so der Wortlaut der Vorschrift in der SE-VO - danach entsprechende Vorschriften in Bezug auf die SE erlassen.

Tatsächlich besteht jedoch ein faktischer Zwang zur Normierung des monistischen Systems in einer ausreichenden Regelungsdichte, um ein Funktionieren der SE mit Sitz in Deutschland als moderne und attraktive Gesellschaftsform zu gewährleisten.

Dieser, auf den deutschen Gesetzgeber zukommende, Regelungsbedarf soll im folgenden näher betrachtet werden. Entsprechend dem von der vorliegenden Arbeit umfassten Bereich „Vorstand“ stehen im Zusammenhang mit dem monistischen System vor allem Fragen betreffend das Verwaltungsorgan im Mittelpunkt. Es werden dabei notwendige Regelungsinhalte sowie mögliche Regelungsvarianten angesprochen und diskutiert; konkrete Formulierungen für die einzelnen Normen werden jedoch, wie schon oben zum dualistischen System, nicht gemacht. Dies soll dem Gesetzgebungsverfahren überlassen werden.

I. Bestellung von „Geschäftsführern“

Im Zusammenhang mit dem monistischen System stellt sich die grundsätzliche Frage, ob der deutsche Gesetzgeber sog. Geschäftsführer einführen darf bzw. soll.

Die Einführung hätte zur Folge, dass das dem Grunde nach eingliedrige monistische System sich dem zweigliedrigen dualistischen System sehr weit annähert. Denn es gibt mit dem Verwaltungsorgan in der monistischen Verwaltungsstruktur nur ein einziges Organ, während im dualistischen Modell mit Leitungsorgan und Aufsichtsorgan zwei Organe vorhanden sind. Verzichtet der deutsche Gesetzgeber hingegen auf die Einführung der Funktion des Geschäftsführers für die SE mit Sitz in Deutschland, bleibt es bei dem strengen eingliedrigen Aufbau. Die Entscheidung dieser Frage wirkt sich letztlich auch auf die weitergehende Rechtsetzungstätigkeit des deutschen Gesetzgebers im Zusammenhang mit dem monistischen System aus.

1. Vorgaben der SE-VO

Ähnlich wie Art. 39 Abs. 1 Satz 2 SE-VO für das dualistische Organisationsmodell sieht die Verordnung in Art. 43 Abs. 1 Satz 2 auch für das monistische System die Möglichkeit der Bestellung von sog. Geschäftsführern zur Führung der laufenden Geschäfte vor. Das entspricht der im amerikanischen Rechtskreis üblichen Unterscheidung zwischen den inside bzw. executive directors und den outside bzw. non executive directors.⁵¹⁶

Daneben existiert in Art. 43 Abs. 4 SE-VO die Generalermächtigung, die denjenigen Mitgliedstaaten, die das monistische System nicht kennen, den Erlass von Regelungen zur Einrichtung dieses Verwaltungsmodells ermöglicht.

a) Richtige Ermächtigungsgrundlage

Aufgrund des Vorliegens dieser beiden Ermächtigungsgrundlagen stellt sich die Frage nach deren Konkurrenzverhältnis. Es gilt zu klären, auf welche Norm sich der deutsche Gesetzgeber zur Einführung der Funktion des Geschäftsführers für eine monistisch organisierte SE möglicherweise stützen kann.

aa) Art. 43 Abs. 1 Satz 2 SE-VO

Die Ermächtigung des Art. 43 Abs. 1 Satz 2 SE-VO knüpft hinsichtlich ihrer Umsetzung nach ihrem Wortlaut ebenso wie die wortgleiche Vorschrift des Art. 39 Abs. 1 Satz 2 SE-VO ausdrücklich an Voraussetzungen an, wie sie für Aktiengesellschaften mit Sitz im Sitzstaat der SE gelten.

Das deutsche Aktienrecht kennt weder die Funktion des Geschäftsführers noch das monistische System. Wie Art. 39 Abs. 1 Satz 2 SE-VO richtet sich die Ermächtigung des Art. 43 Abs. 1 Satz 2 SE-VO allein an diejenigen Staaten, die derartige Regelungen in ihrem nationalen Recht

⁵¹⁶ Beide Gruppen bilden gemeinsam das Verwaltungsorgan (das sog. board). Den inside bzw. executive directors ist die Erledigung der laufenden Geschäfte zugewiesen; die außergewöhnlichen Geschäfte fallen in die Entscheidungszuständigkeit des gesamten board, wo also auch die outside directors beteiligt sind; *Hommelhoff AG 2001*, 279 ff. (284).

bereits kennen.⁵¹⁷ Auch hier war wiederum der Wunsch Schwedens ausschlaggebend, das im schwedischen Recht beheimatete, zwischen Dualismus und Monismus angesiedelte Modell⁵¹⁸ auf die SE übertragen zu können.⁵¹⁹

Für Deutschland spielt diese Ermächtigung daher keine Rolle.

bb) Art. 43 Abs. 4 SE-VO

Die Befugnis aus Art. 43 Abs. 1 Satz 2 SE-VO ist auch nicht notwendig, denn die Generalermächtigung des Art. 43 Abs. 4 SE-VO erlaubt ohnehin eine freie Ausgestaltung des monistischen Systems in Mitgliedstaaten, die das monistische Organisationsmodell nicht kennen,⁵²⁰ also auch für Deutschland.

Dagegen könnte man allenfalls einwenden, die Einführung des Geschäftsführers als eigenes Organ sei nur auf Basis der Ermächtigung des Art. 43 Abs. 1 Satz 2 SE-VO möglich. Kann ein Mitgliedstaat nun mangels vergleichbarer nationaler Regelung davon keinen Gebrauch machen, müsse er eben auf diese Gestaltung gänzlich verzichten.⁵²¹ Jedoch wird man Art. 43 Abs. 1 Satz 2 SE-VO nicht in diesem ausschließlichen Sinne verstehen können. Die Einschränkung auf Staaten, deren nationales Recht vergleichbare Regelungen kennt, soll ihrem Sinn und Zweck nach verhindern, dass sich im nationalen Aktienrecht ein SE-spezifisches Sonderrecht herausbildet. Denn die SE soll in allen Bereichen, die nicht von der SE-VO vorgeprägt sind, dem allgemeinen Aktienrecht folgen, um Diskriminierungen der Gesellschaften nationalen Rechts zu vermeiden. Dieser Grundgedanke zieht sich durch die gesamte Verordnung und kommt beispielsweise in Art. 10 SE-VO in Form eines Gleichbehandlungsgebotes zum Ausdruck.

In Rechtsordnungen, die das monistische System überhaupt nicht kennen, kann die besondere Ausgestaltung des Verwaltungsratssystems durch zusätzliche Geschäftsführer die nationalen Gesellschaften nicht diskriminieren, denn diesen nationalen Gesellschaften ist schon das monistische System als solches versperrt.

⁵¹⁷ *Teichmann* ZIP 2002, 1109 ff. (1114).

⁵¹⁸ Dazu näher oben.

⁵¹⁹ Ähnlich *Teichmann* in *Theisen/Wenz* (Hrsg.), 573 ff. (603).

⁵²⁰ Vgl. *Schindler*, Europäische Aktiengesellschaft, 66 f.; *Artmann* wbl 2002, 189 ff. (194).

⁵²¹ So im Ergebnis wohl *Hirte* NZG 2002, 1 ff. (8). Auch *Ihrig/Wagner* BB 2003, 969 ff. (975) wollen die von ihnen befürwortete Einführung der Geschäftsführerfunktion für das monistische System im deutschen SEAG offenbar auf Art. 43 Abs. 1 SE-VO stützen.

Würde man dagegen Art. 43 Abs. 1 Satz 2 SE-VO als einzige richtige und mögliche Ermächtigungsgrundlage ansehen, wäre der deutsche Gesetzgeber zumindest faktisch gezwungen, eine solche Regelung erst für die deutsche Aktiengesellschaft vorzusehen, was zur Folge hätte, dass er damit das monistische System quasi „durch die Hintertür“ insgesamt einführen muss. Dem deutschen Gesetzgeber bliebe bei vernünftiger Betrachtungsweise keine andere Wahl, um im Wettbewerb der Mitgliedstaaten für den Standort Deutschland eine konkurrenzfähige und moderne Rechtsform der SE zur Verfügung zu stellen. Dies ist nur zu erreichen, wenn das Unternehmen auch die Wahl zwischen beiden Verwaltungssystemen, die nach der SE-VO vorgesehen sind, hat. Eine solche Einführung des monistischen Systems „durch die Hintertür“ in die nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten kann so nicht gewollt sein. Zur europäischen Rechtsvereinheitlichung stehen anderen Mittel, wie zum Beispiel Harmonisierungsrichtlinien, zur Verfügung.

Daher ist die Ermächtigung des Art. 43 Abs. 1 Satz 2 SE-VO von vornherein nur an Staaten adressiert, die das monistische System kennen, und kann auch nur insoweit eine Sperrwirkung entfalten.⁵²² Dem deutschen Gesetzgeber ist damit die Möglichkeit eröffnet, in Ausnutzung der Generalermächtigung des Art. 43 Abs. 4 SE-VO für die SE mit Sitz in Deutschland die Funktion des Geschäftsführers einzuführen.

b) Keine verordnungsmäßige Pflicht zur generellen Einführung der Funktion des Geschäftsführers in allen Mitgliedstaaten

Die SE-VO selbst schreibt die Einführung der Funktion des Geschäftsführers nicht ausdrücklich vor, sie gibt dem nationalen Gesetzgeber hierfür lediglich eine Befugnis.

Dies ergibt sich insbesondere aus Art 43 Abs. 1 Satz 2 SE-VO. Auch wenn die Ermächtigung des Art. 43 Abs. 1 Satz 2 SE-VO für den deutschen Gesetzgeber nicht gilt, so muss dennoch der ihr immanente Grundgedanke übertragbar sein, nämlich dass es sich hierbei um eine Möglichkeit der Gestaltung der Binnenstruktur der SE handelt, die zur Disposition der Mitgliedstaaten gestellt ist.⁵²³

Art. 48 Abs. 1 SE-VO geht von einer (möglichen) Aufteilung der Führung der Geschäfte aus, wenn danach vorgesehen wird, dass für bestimmte Arten von Geschäften ein Beschluss des

⁵²² Ebenso insgesamt *Teichmann in Theisen/Wenz (Hrsg.)*, 573 ff. (603).

⁵²³ Im Ergebnis ähnlich *Hommelhoff AG 2001*, 279 ff. (284).

gesamten Verwaltungsorgans erforderlich ist. Diese Regelung ist jedoch lediglich eine Fortführung der Übertragungsmöglichkeit der laufenden Geschäfte auf Geschäftsführer und hat für sich genommen keine eigene Wirkung dahingehend, dass in der SE zwingend eine Aufteilung der Aufgaben zu erfolgen hat.⁵²⁴

Erwägungsgrund (14) zur SE-VO beschreibt eine klare Abgrenzung der Verantwortungsbereiche jener Personen, denen die Geschäftsführung obliegt und der Personen, die mit der Aufsicht betraut sind, als wünschenswert und fordert damit eine funktionale Trennung von Leitungs- und Überwachungsfunktion in der SE. Einen Niederschlag in den Vorschriften der Verordnung hat diese Forderung jedoch nicht gefunden.⁵²⁵

Eine Pflicht zur Einführung der Funktion des Geschäftsführers lässt sich auch nicht allein aus oben dargelegten Gesichtspunkten des faktischen Zwangs im Zusammenhang mit Art. 43 Abs. 4 SE-VO begründen. Diese Erwägungen besagen lediglich, dass der deutsche Gesetzgeber faktisch gezwungen ist, Regelungen zum monistischen System zu treffen und diese so auszugestalten, dass der Standort Deutschland zur Niederlassung von Unternehmen in der Rechtsform der SE attraktive und moderne Voraussetzungen schafft.

Die SE-VO als solche begründet somit keine generelle Pflicht für die Mitgliedstaaten zur Einführung der Funktion des Geschäftsführers.

Ob die Einführung der Funktion des Geschäftsführers im nationalen Ausführungsgesetz notwendig ist, richtet sich allein danach, ob hierfür im jeweiligen Mitgliedstaat praktische Bedürfnisse bestehen und ein Tätigwerden des einzelnen mitgliedstaatlichen Gesetzgebers erforderlich machen. Fest steht jedenfalls, dass die Möglichkeit der Einführung von Geschäftsführern von großer Bedeutung ist, will man die im angloamerikanischen Rechtskreis übliche

⁵²⁴ Aus Art. 48 Abs. 1 SE-VO lässt sich jedoch schließen, dass zumindest die Möglichkeit der Einführung von Geschäftsführern gegeben sein muss. Denn die Regelung des Art. 48 Abs. 1 SE-VO würde keinen Sinn machen, wenn den SE's mit Sitz in Mitgliedstaaten, die das monistische System bisher nicht kennen, die Möglichkeit der Einführung von Geschäftsführern und die damit verbundene Aufgabenteilung versperrt wäre. Eine solche Anknüpfung wäre nicht nachvollziehbar.

⁵²⁵ So auch *Hommelhoff* AG 2001, 279 ff. (284) der dies bedauert und der Meinung ist, dass der Ministerrat hieraus hätte in mehrfacher Hinsicht Konsequenzen ziehen müssen: „Er selbst hätte die Unterscheidung zwischen den „executive directors“ und den outside directors“ vorgeben, hätte den „outside directors“ ausdrücklich die Überwachungs- und Kontrollaufgabe zuweisen und schließlich sicherstellen müssen, dass die Mitglieder des Verwaltungsorgans mit ihren unterschiedlichen Funktionen nach außen hervortreten (Publizität der Verantwortlichkeit). Denn nur so können sie an ihren jeweiligen Pflichten festgehalten und, falls notwendig, effektiv in Organhaft (Art. 51 SE-VO) genommen werden.“ Gegen diese Forderungen führt *Hirte* NZG 2002, 1 ff. (8) berechtigterweise an, dass damit eine Einführung des Aufsichtsratsystems durch die Hintertür verbunden wäre. *Artmann* wbl 2002, 189 ff. (195) bezweifelt wohl zu recht, dass die Forderungen *Hommelhoffs* in der SE-VO politisch durchsetzbar gewesen wären.

Unterscheidung zwischen geschäftsführenden und nichtgeschäftsführenden Mitgliedern auch für die monistisch verwaltete SE mit Sitz in Deutschland erreichen.⁵²⁶

2. Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers

a) Bedürfnis zur Einführung der Funktion des Geschäftsführers

aa) Grundsätzlicher Zweck der Geschäftsführerfunktion

Die Einführung der Funktion des Geschäftsführers hat eine Aufgabenverteilung und damit eine zumindest teilweise Funktionstrennung (Geschäftsführung einerseits sowie Oberleitung und Überwachung andererseits) in der SE zur Folge.

Nach der Konzeption der Verordnung kann ein Mitgliedstaat vorsehen, dass ein oder mehrere Geschäftsführer die laufenden Geschäfte in eigener Verantwortung führt bzw. führen. Dies ergibt sich aus Art. 43 Abs. 1 Satz 2 und Art. 39 Abs. 1 Satz 2 SE-VO. Wie oben bereits dargelegt, wenden sich diese Regelungen nicht direkt an den deutschen Gesetzgeber. Nimmt der deutsche Gesetzgeber jedoch die ihm gem. Art. 43 Abs. 4 SE-VO zukommende Befugnis zum Erlass von Vorschriften zum monistischen System für SE's mit Sitz in Deutschland wahr, so gilt der in den Art. 43 Abs. 1 Satz 2 und Art. 39 Abs. 1 Satz 2 SE-VO normierte Grundgedanke entsprechend. Es kommt damit zu einer weitgehenden Übertragung der Geschäftsführung vom Verwaltungsrat auf die Geschäftsführer. Damit verbunden ist eine wesentlich erleichterte und flexiblere Führung der Geschäfte der SE. Die Übertragung der Aufgaben auf einen kleineren Kreis von Entscheidungsträgern macht den Entscheidungsprozess effektiver und schneller.

Merkmal der monistischen Verwaltungsstruktur ist es jedoch zugleich, dass die Oberleitung beim Verwaltungsorgan als einzigem Organ verbleibt, was zwangsläufig auch eine Aufteilung der Geschäftsführung in der SE mit sich bringt. Während die Geschäftsführer für die Führung der laufenden Geschäfte zuständig sind, ist das Verwaltungsorgan als ganzes zuständig für die Entscheidungen hinsichtlich der (in der deutschen Terminologie) außergewöhnlichen⁵²⁷ Geschäfte. Dies ergibt sich aus Art. 48 Abs. 1 Satz 1 SE-VO, wo normiert wird, dass für

⁵²⁶ Schindler, Europäische Aktiengesellschaft, 66.

⁵²⁷ So Hommelhoff AG 2001, 279 ff. (284).

bestimmte Geschäfte ein ausdrücklicher Beschluss des Verwaltungsorgans erforderlich ist. Dies bedeutet dann, dass alle Mitglieder zur Entscheidung heranzuziehen sind und eine Übertragung auf einzelne nicht möglich ist.⁵²⁸

Die Überwachungsfunktion verbleibt hingegen gänzlich beim Verwaltungsrat als solchem. Insoweit ist eine Übertragung nicht möglich.

Eine Trennung der Funktionen wird auch von Erwägungsgrund (14) zur SE-VO gefordert. Wie oben schon erläutert, fehlt es bedauerlicherweise an der Verankerung dieser Forderung in den Verordnungsvorschriften. Es steht aber nichts entgegen, dass die Mitgliedstaaten in ihren Ausführungsgesetzen für die notwendige Präzisierung sorgen⁵²⁹ und so eine klare Abgrenzung der Verantwortungsbereiche jener Personen, denen die Geschäftsführung obliegt und der Personen, die mit der Aufsicht betraut sind, herbeiführen.

bb) Funktionale Trennung als wesentliches Prinzip von Corporate-Governance

Eine Trennung der Verantwortungsbereiche ist im übrigen wesentliches Element der Corporate-Governance-Diskussion⁵³⁰ und international Leitbild guter Unternehmensleitung⁵³¹.

Auf der einen Seite erreicht man so die oben beschriebenen Vorteile einer effektiven Führung der Geschäfte, auf der anderen Seite steht dem ein weitgehend unabhängiges und nicht an der Geschäftsführung beteiligtes Überwachungsgremium in Gestalt des gesamten Verwaltungsorgans mit seinen sämtlichen Mitgliedern gegenüber.⁵³²

Damit sich der Standort Deutschland im Zeitalter der SE im Wirtschaftsleben schon zu Beginn als fortschrittlich darstellt, wird dem deutschen Gesetzgeber geraten, diese Elemente guter

⁵²⁸ Dies ist ein erheblicher Unterschied zum dualistischen System, das die Aufgaben Geschäftsführung und Überwachung auf die zwei Organe Leitungsorgan und Aufsichtsorgan verteilt.

⁵²⁹ Hommelhoff AG 2001, 279 ff. (284).

⁵³⁰ Dazu Teichmann ZIP 2002, 1109 ff. (1114 f.); Neye/Teichmann AG 2003, 169 ff. (176) zum London City Code. So fasst auch der Deutsche Corporate-Governance-Kodex – allerdings für das dualistische System - jeweils die gesetzlichen „Stellenbeschreibungen“ der beiden Organe zusammen und verdeutlicht damit ihre spezifischen Rollen; so von Werder DB 2002, 801 ff. (804). Diese Grundsätze bezwecken unter anderem eine ordnungsgemäße und funktionierende Überwachung der Geschäftsführung. Dies muss auch im monistischen System wesentliches Ziel sein, weshalb die Grundsätze entsprechend Geltung haben müssen.

⁵³¹ Vgl. Maul BB 2003, Heft 19 Erste Seite; Teichmann ZGR 2002, 383 ff. (447 und 463).

⁵³² Theisen/Hölzl in Theisen/Wenz (Hrsg.), 247 ff. (283) raten daher sämtlichen nationalen Gesetzgebern, die durch die SE gegebene Chance zu nutzen, EU-weit Regelungen zu treffen, welche auch im monistischen System eine personelle Trennung von Führung und Überwachung gewährleisten.

Unternehmensleitung aufzugreifen und die SE gleich als moderne Rechtsform auszugestalten und den Unternehmen zur Verfügung zu stellen.

cc) Zum Vergleich: Situation in verschiedenen Mitgliedstaaten

Im übrigen geht auch international in verschiedenen nationalen Rechtsordnungen, die mit dem monistischen System jahrelang praktische Erfahrungen gesammelt haben, die Tendenz zu einer Annäherung der Verwaltungsstruktur an das dualistische Modell hin. Bezweckt wird damit zum Schutz und Vorteil des Unternehmens eine effektivere Aufgabenverteilung sowie eine wirksamere Überwachungstätigkeit. Dies gilt gerade für große, börsennotierte Unternehmen.

(1) Frankreich

Das französische Recht bietet insofern eine interessante Vergleichsperspektive, als es zum einen eine dem deutschen Recht vergleichbar hohe Regelungsdichte aufweist. So regelt der Code de Commerce das Kompetenzgefüge der französischen Aktiengesellschaft ähnlich ausführlich wie das deutsche Aktiengesetz. Zum zweiten kennt das französische Recht schon seit vielen Jahren das Wahlrecht zwischen dualistischer und monistischer Unternehmensverfassung.

Eine Betrachtung der französischen Regelungen ergibt, dass man viele der Vorschriften über den Conseil d' Administration der deutschen Regelung des Aufsichtsrats zur Seite stellen kann.⁵³³ Der Conseil d' Administration steht an der Spitze des Unternehmens und legt die Strategie des Unternehmens fest und wacht über ihre Umsetzung. Das Gesetz unterscheidet diese strategische Aufgabenstellung von der Geschäftsführung, denn es weist die Wahrnehmung der allgemeinen Geschäftsleitung ausdrücklich dem Directeur General zu.⁵³⁴

Die Analyse des Gesetzes zeigt, dass der französische Conseil d' Administration von seiner gesetzgeberischen Konzeption her dem deutschen Aufsichtsrat näher steht als der Vorstand.⁵³⁵

⁵³³ M. w. N. *Teichmann* in *Theisen/Wenz (Hrsg.)*, 573 ff. (605).

⁵³⁴ Der Directeur Général ist in Frankreich traditionell auch Vorsitzender des Conseil d' Administration und schmückt sich dann als Président Directeur Général. Die damit verbundene Machtfülle hat in Frankreich jedoch auch Bedenken geweckt und daher hat der Französische Gesetzgeber 2001 die Möglichkeit geschaffen, durch Satzungsbestimmung eine Trennung des Vorsitzes im Conseil d' Administration von der Funktion des Directeur Général vorzusehen. Zu allem *Teichmann ZGR* 2002, 383 ff. (448); *ders.* in *Theisen/Wenz (Hrsg.)*, 573 ff. (606).

⁵³⁵ Ausführlich mit Beispielen *Teichmann ZGR* 2002, 383 ff. (449).

Darüber hinaus ist in Frankreich hinsichtlich der Trennung der Geschäftsführungs- und der Überwachungsfunktion eine besondere Erscheinung zugunsten des dualistischen Systems vorzufinden. Es machen zwar lediglich 2 % der Aktiengesellschaften von dem 1966 eingeführten dualistischen Verwaltungsmodell Gebrauch; jedoch hat von den großen börsennotierten Gesellschaften etwa ein Viertel die dualistische Verwaltungsstruktur gewählt. Außerdem denkt man in Frankreich darüber nach, eine Trennung der Geschäftsführung von der Funktion des *Président Directeur Général*, der an der Spitze des Verwaltungsorgans steht, herbeizuführen, um den Bedürfnissen der Unternehmen noch näher zu kommen.⁵³⁶

(2) Belgien

In Belgien ist eine Aufteilung der Befugnisse auf zwei verschiedene Organe im Gesetz nicht vorgesehen. Die Praxis behilft sich jedoch häufig damit, dass die eigentliche Geschäftsführungsaufgabe auf ein sogenanntes Direktionskomitee (*directiecomité*) übertragen wird, während sich das Verwaltungsorgan auf die Überwachungsaufgaben beschränkt.⁵³⁷ Wohl aufgrund dieser Entwicklung berät das belgische Parlament einen Gesetzesentwurf, der den Unternehmen die gesetzliche Option geben will, innerhalb des monistischen Systems ein besonderes Geschäftsleitungs-Gremium zu installieren.⁵³⁸

(3) England

Das englische Recht kennt das monistische Modell mit dem *board of directors* als Leitungs- und Geschäftsführungsorgan. In größeren Unternehmen wird dabei häufig eine Trennung der Funktionen von Geschäftsführung und Überwachung praktiziert, die sich in der Unterscheidung von *inside* und *outside directors* manifestiert. Bemerkenswert ist dabei, dass das Gesetz selbst nur sehr wenige Regelungen trifft und sich die Aufgabenverteilung in erster Linie aus der internen Vereinbarung im Gesellschaftervertrag (Satzung) ergibt. Die Bestellung von *outside directors* wird von verschiedenen fachkundigen Kommissionen empfohlen und ergibt sich für börsennotierte Gesellschaften aus den *Listing Rules* der Londoner Börse.⁵³⁹

⁵³⁶ *Teichmann ZGR 2001, 645 ff. (663 f.).*

⁵³⁷ *Teichmann ZGR 2001, 645 ff. (664).*

⁵³⁸ So *Teichmann ZGR 2002, 383 ff. (448, 450)* für die Situation zum damaligen Zeitpunkt.

⁵³⁹ *Teichmann in Theisen/Wenz (Hrsg.), 573 ff. (604 f).*

(4) Andere Mitgliedstaaten

In den Niederlanden wurde bereits im Jahre 1971 ab einer bestimmten Unternehmensgröße im Rahmen der sogenannten Strukturregelung zwingend die Bildung eines Aufsichtsrates vorgeschrieben.⁵⁴⁰

In Spanien bestehen in der Unternehmenspraxis ebenfalls Tendenzen, verschiedene Kategorien von Geschäftsleitern zu installieren. Für börsennotierte Unternehmen sieht der spanische „Olivencia-Code“ zur Corporate Governance sogar die ausdrückliche Empfehlung vor, in das Verwaltungsorgan unabhängige Direktoren aufzunehmen.⁵⁴¹

(5) Schlussfolgerung

Will der deutsche Gesetzgeber mit der monistisch organisierten SE mit Sitz in Deutschland eine attraktive Alternative bieten, sollte er diese Entwicklung zum Anlass für die im SEAG zu treffenden Regelungen nehmen, um sich so im Wettbewerb der Mitgliedstaaten als Standort für die SE von Anfang an behaupten zu können.⁵⁴²

Die Anregungen aus den ausländischen Rechtssystemen sollten nicht zuletzt deshalb in die Überlegungen einbezogen werden, weil die SE als europäische Rechtsform das gemeinsame Dach für Unternehmen aus verschiedenen Rechtsordnungen werden soll. Deutschland kann als Standort für grenzüberschreitende Unternehmungen nur gewinnen, wenn es diese international übliche Form der monistischen Verwaltungsstruktur für die SE sinnvoll ausgestaltet.⁵⁴³

dd) Anpassung des monistischen Systems an das deutsche Aktienrecht

(1) Prägung des deutschen Aktienrechts durch das dualistische System

Darüber hinaus muss das monistische System wegen der umfassenden Verweisungen der SE-VO auf das deutsche Aktienrecht auch mit dem allgemeinen Aktienrecht kompatibel sein.

⁵⁴⁰ Teichmann ZGR 2001, 645 ff. (665).

⁵⁴¹ Teichmann ZGR 2001, 645 ff. (667).

⁵⁴² Ähnlich im Ansatz Theisen/Hölzl in Theisen/Wenz (Hrsg.), 247 ff. (281).

⁵⁴³ Teichmann in Theisen/Wenz (Hrsg.), 573 ff. (604).

Dieses regelt das dualistische System nicht allein in den §§ 76 ff. AktG, sondern ist durch und durch geprägt von der Prämisse, dass es in jeder Aktiengesellschaft zwei verschiedene Organe gibt. Das dualistische System zieht sich wie ein roter Faden durch das gesamte Aktienrecht: Von der Gründungsprüfung durch Vorstand und Aufsichtsrat (§ 33 Abs. 1 AktG), über die Nachgründung, die vom Vorstand zu erläutern und vom Aufsichtsrat zu prüfen ist (§ 52 AktG) bis hin zur Aufstellung des Jahresabschlusses (§§ 170 ff. AktG) – um nur einige Beispiele für die große Zahl von Fällen zu nennen, in denen Vorstand und Aufsichtsrat in bestimmter Weise zusammenwirken. Da das Aktienrecht auf eine SE mit Sitz in Deutschland anwendbar ist, kann das SEAG zu der Frage nicht schweigen, wer diese Kompetenzen und Pflichten im monistischen System zu übernehmen hat.⁵⁴⁴

Man mag darin unter Umständen eine Überregulierung sehen im Vergleich zu anderen Rechtsordnungen, die mit weniger Rechtstext auskommen.⁵⁴⁵ Jedoch erscheint es angesichts der weitgehenden Durchnormierung der Unternehmensleitung im dualistischen Modell sinnvoll, die im Aktiengesetz geregelten Sachfragen auch in Bezug auf das monistische Modell einer Regelung zuzuführen. Andernfalls müsste man sich zur Schließung der Lücken im Ausführungsgesetz stets fragen, ob eine Analogie zu den Normen des Aktienrechts in Betracht komme. Dies würde unnötige Rechtsunsicherheit schaffen und die unerwünschte Grundsatzfrage aufwerfen, ob und wieweit Normen des dualistischen Modells zur Schließung von Lücken des monistischen Systems herangezogen werden können.⁵⁴⁶

(2) Zuweisung der Aufgaben von Vorstand und Aufsichtsrat an das Verwaltungsorgan

Soweit der Aufsichtsrat angesprochen ist, bietet sich naturgemäß im monistischen System eine Zuständigkeit des Verwaltungsorgans an.⁵⁴⁷

Schwieriger liegen die Dinge beim Vorstand. Im Grundmodell des monistischen Systems ist für diese Angelegenheiten dem Grunde nach ebenfalls das Verwaltungsorgan zuständig; dies ergibt sich zwangsläufig aufgrund der Tatsache, dass in der monistisch organisierten Verwaltungsstruktur einer Gesellschaft kein weiteres Organ vorhanden ist – abgesehen von der Hauptversammlung, die jedoch von vornherein für derartige Aufgaben sowohl aus praktischen als auch aus rechtstechnischen Gründen nicht zuständig sein kann.

⁵⁴⁴ So insgesamt *Neye/Teichmann* AG 2003, 169 ff. (177).

⁵⁴⁵ *Neye/Teichmann* AG 2003, 169 ff. (177) mit exemplarischen Hinweisen auf das deutlich knapperen Regelungs-
werk im Schweizer Obligationenrecht, Art. 707 ff. und das im Gegensatz hierzu ähnlich dicht normierte
französische Recht des Code de commerce, Art. L. 225-17ff.

⁵⁴⁶ *Neye/Teichmann* AG 2003, 169 ff. (177).

⁵⁴⁷ *Teichmann* ZGR 2002, 383 ff. (453) mit Blick auf das französische Recht.

Eine generelle Zuweisung sämtlicher Aufgaben des Vorstands einer dualistisch verwalteten SE mit Sitz in Deutschland an das Verwaltungsorgan verbietet sich jedoch. Das deutsche Aktienrecht geht gerade von einer Zweiteilung der Aufgaben und einem wechselseitigen Ineinandergreifen der Zuständigkeiten aus. Folgende Zusammenschau der Vorstandskompetenzen macht dies deutlich:

Der Vorstand ist zunächst einmal für die laufende Geschäftsführung zuständig; dies ist aber nur ein Teil seiner Aufgaben. Mustert man das Aktiengesetz durch, zeigt sich, dass er Leitungsorgan in einem umfassenden Sinne ist. Er führt nicht nur das Alltagsgeschäft, sondern ist vom Aktiengesetz in vielerlei Hinsicht auch als das Organ angesprochen, das die strategischen Weichstellungen im Unternehmen zu verantworten hat. Deutlich wird dies an den zahlreichen Berichtspflichten gegenüber der Hauptversammlung: von der Nachgründung über den Ausschluss des Bezugsrechts bei Kapitalerhöhungen bis hin zum Abschluss von Unternehmensverträgen oder – ganz allgemein – an der Pflicht zur Auskunftserteilung gemäß § 131 AktG. Derartige grundlegende Leitungsaufgaben müssen in einem monistischen System dem Verwaltungsorgan als dem originär für die Oberleitung der Gesellschaft verantwortlichen Organ übertragen werden.⁵⁴⁸

(3) Funktionstrennung durch Einführung der Funktion des Geschäftsführers

Umgekehrt gibt es zahlreiche Aufgaben des Vorstands, die der laufenden Geschäftsführung zuzuordnen sind und nicht notwendigerweise durch den Verwaltungsrat erledigt werden müssen. Dazu gehören insbesondere Handelsregisteranmeldungen oder die Versendung von Unterlagen an Aktionäre zur Vorbereitung der Hauptversammlung. Würde das Ausführungsgesetz dazu nichts regeln, wäre für alle diese Angelegenheiten der Verwaltungsrat zuständig; es müssten also beispielsweise für jede Handelsregisteranmeldung die nach § 12 Abs. 1 HGB erforderlichen notariell beglaubigten Unterschriften von Mitgliedern des Verwaltungsorgans in vertretungsberechtigter Zahl eingeholt werden. In einer mitbestimmten oder börsennotierten Gesellschaft wäre dies ein kaum wünschenswerter Aufwand.

Diese Erwägungen sprechen dafür, im SEAG für die monistisch verwaltete SE mit Sitz in Deutschland die Funktion des Geschäftsführers vorzusehen, auf die einzelne Geschäftsführungsaufgaben delegiert werden können.⁵⁴⁹ So kann die Führung der Geschäfte in der monistisch organisierten SE mit Sitz in Deutschland flexibler und effektiver erfolgen.

⁵⁴⁸ Umfassend *Neye/Teichmann* AG 2003, 169 ff. (177 f.).

⁵⁴⁹ *Neye/Teichmann* AG 2003, 169 ff. (178).

Noch stärker sprechen für die Einführung eines oder mehrerer Geschäftsführer diejenigen Regelungen des allgemeinen Aktienrechts, die sich weder eindeutig der Oberleitung noch der alltäglichen Geschäftsführung zuweisen lassen, weil sie bestimmte Funktionen auf Vorstand und Aufsichtsrat verteilen. Die wichtigsten Beispiele sind die Aufstellung und Feststellung des Jahresabschlusses im Zusammenspiel von Vorstand und Aufsichtsrat (§§ 170 ff. AktG) sowie die Aufgabenteilung beider Organe im Konzernrecht (insbesondere Aufstellung und Prüfung des Abhängigkeitsberichts gemäß §§ 311 ff. AktG). Würde man diese Komponenten im monistischen System pauschal dem Verwaltungsrat zuweisen, ebnete man die vom Aktiengesetz vorgesehene Abstufung ein, die Ausdruck eines durchaus sinnvollen Kontrollsystems ist. Die Beispiele Jahresabschluss und Abhängigkeitsbericht machen dies deutlich. Es handelt sich um Dokumente von erheblicher Bedeutung, die letztlich durch das für die Oberleitung zuständige Organ verantwortet werden sollten. Sie aufzustellen bedarf es andererseits einer Nähe zum Tagesgeschäft, die im dualistischen System nur der Vorstand hat und die man im monistischen System beim Verwaltungsorgan nicht ohne weiteres unterstellen kann. Schließlich liegt in der Trennung von Erstellung des Dokuments und seiner anschließenden Prüfung ein Element der internen Selbstkontrolle, das man nicht ohne Not aufgeben sollte.⁵⁵⁰

Aus eben diesen Erwägungen sollte das SEAG bereits für das Grundmodell einer monistisch verwalteten SE mit Sitz in Deutschland eine Funktionstrennung vorsehen. Dies gilt insbesondere für die Übertragung der im deutschen Recht vorhandenen Grundsätze zum Konzernrecht sowie zum Mitbestimmungsrecht auf die monistisch organisierte SE.

Die Einführung der Funktion des Geschäftsführers im SEAG wird damit hier ausdrücklich befürwortet.

b) Annäherung an das dualistische System

aa) Keine unzulässige Annäherung

Durch die Einführung von Geschäftsführern wird das monistische System dem dualistischen Verwaltungsmodell angenähert.⁵⁵¹ Dies ist gemäß der in Art. 43 Abs.1 Satz 2 SE-VO vorgese-

⁵⁵⁰ Neye/Teichmann AG 2003, 169 ff. (178).

⁵⁵¹ Ihrig/Wagner BB 2003, 969 ff. (975); Schindler, Europäische Aktiengesellschaft, 61.

henen Ermächtigung bzw. der Anwendung dieses Gedankens über Art. 43 Abs. 4 SE-VO den Mitgliedstaaten ausdrücklich gestattet.

Eine zu weit gehende Annäherung beider Systeme verbietet sich jedoch aufgrund der Systematik der SE-VO. Art. 38 SE-VO sieht zugunsten der SE ausdrücklich ein Wahlrecht zwischen den zwei Verwaltungsmodellen vor.⁵⁵²

Trotz Annäherung der beiden Systeme muss erkennbar bleiben, dass es sich beim monistischen System – gerade anders als im dualistischen System – nicht um zwei getrennte Organe handelt. Dem steht die Forderung von *Theisen/Hölzl*,⁵⁵³ dass beide Modellvarianten vergleichbar ausgestaltet werden müssen, damit künftig auch beide parallel verbessert und den Anforderungen der Wirtschaft angepasst werden können, nicht entgegen. Die vergleichbare, das heißt angenäherte, Ausgestaltung beider Systeme ist zulässig und förderlich, darf jedoch gerade nicht so weit gehen, dass die Grundstrukturen und die jedem System eigenen und typischen Merkmale nicht mehr erkennbar sind, wie die Aufgabenverteilung auf zwei eigene und getrennte Organe im dualistischen System bzw. die Letztverantwortung für die Führung der Geschäfte und die gleichzeitige Zuständigkeit für die Überwachung im monistischen System.

Diese Unterscheidbarkeit der Systeme muss auch in der näheren Ausgestaltung der Funktion des Geschäftsführers zum Ausdruck kommen; so ist etwa dem / den Geschäftsführer(n) eine im Vergleich zum Vorstand im dualistischen System schwächere Stellung einzuräumen.⁵⁵⁴

bb) Vorbildcharakter des deutschen Aktiengesetzes

Die – wie oben dargelegt – notwendige Annäherung der Verwaltungsstruktur einer monistisch organisierten SE mit Sitz in Deutschland an das dualistische Verwaltungsmodell der deutschen Aktiengesellschaft legt den Gedanken nahe, die Vorschriften des deutschen AktG entsprechend auf die monistische SE anzuwenden.

Die Anwendung der bestehenden deutschen Regelungen ist aber nicht ohne weiteres möglich. Grundsätzlich bedarf es hierzu einer Verweisungsvorschrift in der Verordnung. An einer solchen fehlt es jedoch. Auch Art. 9 SE-VO hilft nicht weiter; die dualistischen deutschen Vorschriften können nicht einfach so auf eine monistische SE angewandt werden.

⁵⁵² *Neye/Teichmann* AG 2003, 169 ff. (177).

⁵⁵³ In *Theisen/Wenz* (Hrsg.), S. 247 ff. (279 und 285).

⁵⁵⁴ *Neye/Teichmann* AG 2003, 169 ff. (177).

Hierzu bedarf es Regelungen in einem SE-Ausführungsgesetz. Es bietet sich deshalb an, die Grundstrukturen der dualistisch verwalteten deutschen Aktiengesellschaft in eben diesem SE-Ausführungsgesetz auf die monistische SE mit Sitz in Deutschland zu übertragen. So sind entsprechend obiger Ausführungen dem Verwaltungsrat dem Grunde nach ursprünglich sämtliche Aufgaben von Vorstand und Aufsichtsrat zuzuweisen. Jedoch sollten dem Vorstand zufallende Zuständigkeiten in weiten Bereichen durch den/die Geschäftsführer wahrgenommen werden.

Es kommt damit letztlich praktisch zu einer ähnlichen Aufteilung wie in der deutschen Aktiengesellschaft, die sich als Leitbild durch das gesamte SEAG hindurchziehen wird: Der/die Geschäftsführer führen die Geschäfte der Gesellschaft, während dem Verwaltungsorgan die Überwachungsfunktion zukommt. Es können also entsprechend dieser funktionalen Trennung weitgehend die Vorschriften zum Vorstand auf den/die Geschäftsführer der SE und die Vorschriften betreffend den Aufsichtsrat auf das Verwaltungsorgan übertragen werden.

Dabei ist jeweils zu berücksichtigen, dass dies vor dem Hintergrund zu geschehen hat, dass es sich bei der SE um eine europäische Rechtsform handelt.

c) Ermächtigung an den Satzungsgeber

Die Einführung von Geschäftsführern ist – wie oben gesehen – zum einen aus praktischen Gründen zur effektiveren Erledigung der laufenden Geschäfte und zum anderen zur erleichterten Einpassung der Vorschriften zum monistischen System in das bestehende allgemeine deutsche Aktienrecht sinnvoll.

aa) Besondere Situation kleiner Gesellschaften

Indessen gibt es aber auch Fälle, in denen gerade die eingliedrige Verwaltung erhebliche Vorteile bietet. Dies gilt insbesondere für kleinere Gesellschaften und daneben auch für abhängige Konzerngesellschaften.⁵⁵⁵

⁵⁵⁵ *Ihrig/Wagner* BB 203, 969 ff. (975).

Deshalb wird in der Literatur⁵⁵⁶ teilweise vorgeschlagen, die Einführung der Funktion des Geschäftsführers zur Disposition der einzelnen Gesellschaft zu stellen, in dem man den Satzungsgeber ermächtigt, entweder in der Satzung durch Einführung eines oder mehrerer Geschäftsführer(s) eine Funktionstrennung vorzusehen oder sich gegen eine solche und damit für ein eingliedriges Verwaltungsratssystem zu entscheiden.

bb) Differenzierte Betrachtungsweise

Hingegen wird im Falle einer mitbestimmten, dem Konzernrecht unterliegenden oder auch einer börsennotierten SE die Einführung von Geschäftsführern nicht nur vorteilhaft, sondern auch geboten sein, um eine funktionale Trennung von Geschäftsführungs- und Überwachungsaufgaben zu erreichen, da nur dann die Übertragung der Vorschriften des deutschen allgemeinen Aktienrechts auf die monistisch organisierte SE mit Sitz in Deutschland möglich ist (siehe oben). Damit in diesen Fallgestaltungen die Trennung der Funktionen auch gewährleistet ist, könnte man daran denken, die Einführung von Geschäftsführern insoweit zwingend vorzuschreiben.⁵⁵⁷

Nach Auffassung von *Ihrig/Wagner*⁵⁵⁸ sollte der Gesetzgeber aber auch hierauf verzichten; denn die durch die Einführung von Geschäftsführern entstehende Trennung der Zuständigkeiten für die laufenden Geschäfte und die strategischen Entscheidungen kann in der Unternehmenspraxis vielfach unzweckmäßig sein.

Betrachtet man die oben im Zusammenhang mit der grundsätzlichen Frage der Einführung von Geschäftsführern zur funktionalen Trennung gemachten Ausführungen, wird deutlich, dass die Regelungen, die das deutsche Konzernrecht und das deutsche Mitbestimmungsrecht vorgeben, jedenfalls in einer monistisch verwalteten SE mit Sitz in Deutschland nur funktionieren können, wenn diese ähnlich einer dualistisch organisierten SE strukturiert ist. Für diese Fälle ist also die Einführung von Geschäftsführern erforderlich. Der Ansicht von *Ihrig/Wagner*, nach der die Entscheidung gänzlich dem Satzungsgeber überlassen werden soll, ist damit nicht zu folgen.

*Teichmann*⁵⁵⁹ schlägt passend zu diesen Erwägungen deshalb folgende Differenzierung vor:

⁵⁵⁶ *Artmann* wbl 2002, 189 ff. (194) mit Hinweis auf eine derartige Gestaltung in Belgien; *Ihrig/Wagner* BB 2003, 969 ff. (975); *Teichmann* ZGR 2002, 383 ff. (451).

⁵⁵⁷ *Teichmann* ZGR 2002, 383 ff. (451); *Ihrig/Wagner* BB 2003, 969 ff. (975).

⁵⁵⁸ BB 2003, 969 ff. (975).

⁵⁵⁹ ZGR 2002, 383 ff. (451 ff.).

Für Europäische Aktiengesellschaften mit Sitz in Deutschland, die weder dem Konzernrecht noch der Mitbestimmung unterliegen, kann bei der Ausgestaltung des monistischen Systems weitgehend Satzungsfreiheit gewährt werden (sog. einfache monistische Struktur). Ein Modell der Funktionstrennung kann hier fakultativ angeboten werden; dies hätte den Vorteil, dass bei einer Entscheidung für dieses Modell größere Rechtssicherheit geboten werden kann, etwa hinsichtlich der Anpassung von Sorgfalts- und Haftungsregelungen an die jeweils übernommene Funktion.⁵⁶⁰

Für Gesellschaften, die der Mitbestimmung oder – als abhängige Gesellschaft – dem Konzernrecht unterliegen, muss der deutsche Gesetzgeber eine Funktionstrennung zwingend vorschreiben. Die Aufgaben, die im Konzernrecht dem Aufsichtsrat zugewiesen sind, können dann vom monistischen „Leitungs“organ (Verwaltungsorgan) wahrgenommen werden, während die Geschäftsführer insoweit an die Stelle des Vorstand treten. Für die Mitbestimmung würde gelten, dass Arbeitnehmer im monistischen „Leitungs“organ sitzen, nicht jedoch die Funktion eines Geschäftsleiters übernehmen können. Eine Öffnungsklausel wäre für solche SE´s vorzusehen, bei denen sich Geschäftsleitung und Arbeitnehmer in zulässiger Weise auf ein eigenes Mitbestimmungsmodell geeinigt haben. Die genauere Ausgestaltung des Modells, beispielsweise die Bestellung der Geschäftsführer, kann der Satzung oder Geschäftsordnung überlassen bleiben. Allerdings müsste die Delegation von Leitungsmacht an Geschäftsführer im Handelsregister offen gelegt werden.⁵⁶¹

cc)Konzeption der SE-VO

Die Erwägungen und Argumentationen, die eine zwingende Einführung von Geschäftsführern für sämtliche SE´s ablehnen und statt dessen differenzieren oder gar die Entscheidung über diese Frage zur Disposition des Satzungsgebers stellen wollen, scheinen auf den ersten Blick, insbesondere vor dem Hintergrund der damit verbundenen Vorteile für kleinere und mittlere Unternehmen, einleuchtend zu sein.

Bei genauerem Hinschauen wird jedoch deutlich, dass diese Argumentationen einen wesentlichen Gesichtspunkt übersehen: Die SE ist von ihrer gesamten Konzeption her als international und mitgliedstaatenübergreifende Aktiengesellschaft ausgerichtet, vgl. Erwägungsgründe (1) bis (4) sowie (6) und (7) zur SE-VO.⁵⁶² Demzufolge wird die Rechtsform

⁵⁶⁰ Ausführlich dazu insgesamt *Teichmann ZGR 2002*, 383 ff. (451 f.).

⁵⁶¹ Vgl. *Teichmann ZGR 2002*, 383 ff. (452 f.).

⁵⁶² Dazu ausführlich oben.

der SE naturgemäß im wesentlichen im Bereich der großen und konzernrechtlich verflochtenen Unternehmen vorzufinden sein.

Der Zugang zur Rechtsform der SE soll zwar auch kleinen und mittleren Unternehmen möglich sein – so auch Erwägungsgrund (13) zur SE-VO -, jedoch wird deren Anforderungsprofil nur in einer geringen Anzahl von Fällen dem entsprechen, was die Idee der Rechtsform der Europäischen Aktiengesellschaft auf den Weg und schließlich nach einem jahrelangen Prozess zur Vollendung gebracht hat, nämlich die (mittlerweile längst überfällige) Schaffung eines rechtlichen Rahmens zur Möglichkeit einer europaweiten und mitgliedstaatenübergreifenden wirtschaftlichen Betätigung. Kleine und mittlere Unternehmen werden hingegen eher national und regional begrenzt niedergelassen sein. Über Art und Weise des geschäftlichen Kontakts zu Fremdfirmen oder des Unterhaltens von internationalen Handelsbeziehungen trifft die SE-VO sowieso keine Regelungen, so dass sie insoweit weder für große noch für kleine und mittlere Unternehmen irgendwelche Einschränkungen macht. Im übrigen arbeitet man auf Gemeinschaftsebene bereits an Regelungen zur Europäischen Privatgesellschaft (EPG), die speziell auf die Interessen kleinerer und mittlerer Unternehmen zugeschnitten sein soll.⁵⁶³

Die SE will zudem gerade eine europäische Form der Aktiengesellschaft sein. Dies lässt sich auch aus Art. 2 SE-VO schließen, der für die verschiedenen Gründungsvarianten der SE überwiegend auf die nationalen Aktiengesellschaften abstellt und Bezug nimmt. Damit muss sich die SE auch national als Aktiengesellschaft behandeln lassen.

Für die vornehmlich in den Anwendungsbereich der SE-VO fallenden großen international und mitgliedstaatenübergreifend tätigen Gesellschaften gelten in Deutschland regelmäßig deutsches Mitbestimmungs- und Konzernrecht. Über die Generalverweisung des Art. 9 SE-VO finden diese Regelungen deshalb auch Anwendung auf eine SE mit Sitz in Deutschland; und zwar unabhängig von deren Verwaltungsstruktur.

Zwar kennt das deutsche Aktienrecht nur das dualistische System, weshalb man die Auffassung vertreten könnte, deutsches Mitbestimmungs- und Konzernrecht gelten nur für die dualistisch verwaltete SE mit Sitz in Deutschland. Diese Argumentation ist jedoch unzutreffend. Deutsches Mitbestimmungs- und Konzernrecht gelten allgemein für die deutsche Aktiengesellschaft. Da es im deutschen Recht nur das dualistische Modell gibt, sind nationales Mitbestimmungs- und Konzernrecht auch nur und gerade an diese Verwaltungsstruktur angepasst. Eine Nichtgeltung für das monistische System lässt sich daraus keineswegs herleiten.

⁵⁶³ Dazu schon soeben. Es ist zudem nicht Aufgabe des deutschen Gesetzgebers, durch nationale gesetzgeberische Maßnahmen die SE – entgegen dem ihr vom europäischen Verordnungsgeber zugeordneten Verbreitungsfeld den Bedürfnissen kleinerer und mittlerer Unternehmen anzupassen, nur weil dieses auf Gemeinschaftsebene (noch) keine geeignete Rechtsform zur Verfügung gestellt wird.

Hätte das deutsche Recht schon bisher die monistische Verwaltung einer Aktiengesellschaft gekannt, würde wohl niemand ernsthaft daran zweifeln, dass bestehendes deutsches Mitbestimmungs- und Konzernrecht für dieses Verwaltungssystem nicht auch entsprechend geregelt wären.

Damit müssen deutsches Mitbestimmungs- und Konzernrecht für sämtliche SE's mit Sitz in Deutschland, also auch für die monistisch verwalteten, zwingend vorgeschrieben sein. Eine bloß fakultative, zur Disposition des Satzungsgebers einer jeden SE stehende Geltung ist damit nicht vereinbar.

dd) Ergebnis

In Konsequenz der eben dargelegten Gründe ist eine Ermächtigung des Satzungsgebers abzulehnen. Die Entscheidung, ob in einer monistisch organisierten SE ein oder mehrere Geschäftsführer einzuführen ist bzw. sind, ist nicht zur Disposition der einzelnen SE zu stellen, sondern vom deutschen Gesetzgeber im SEAG als zwingende Regelung vorzugeben.

Um der Forderung aus Erwägungsgrund (13) nachzukommen und auch den Interessen kleinerer und mittlerer Unternehmen entgegen zu kommen, bietet es sich zum Beispiel an, das Verwaltungsorgan nur mit einer Person zu besetzen und daneben einen Geschäftsführer zu bestellen. So werden neben einer flexiblen Geschäftsleitung mit kurzen Wegen und einer schnellen Entscheidungsfindung auch die für das konzernrechtliche Kontrollsystem der Zweiteilung erreicht.

ee) Ergänzende Regelungen für börsennotierte Gesellschaften

Ergänzend stellt sich die Frage, ob für börsennotierte Gesellschaften eine ergänzende Regelung notwendig ist.

Zum Schutz der Anleger und des Rechtsverkehrs werden an eine börsennotierte Gesellschaft häufig weitere, von der funktionalen Trennung unabhängige Anforderungen zu stellen sein. Die (bloße) Festlegung einer zwingenden Besetzung der Geschäftsführerfunktion hilft in diesem Zusammenhang nicht. Aufgrund der Vielfältigkeit der Gestaltungen ist eine anpassungsfähige und flexible Regelung erforderlich.

Um die notwendige Rechtssicherheit und Flexibilität zu gewährleisten, bietet es sich deshalb an, für börsennotierte SE's zusätzliche Regelungen in den bereits bestehenden Corporate-Governance-Kodex aufzunehmen.⁵⁶⁴ *Maul*⁵⁶⁵ macht hierzu verschiedene Vorschläge: So sollte beispielsweise die Doppelstellung als Vorsitzender des Verwaltungsorgans und Geschäftsführer verhindert werden. Auch wäre eine Regelung begrüßenswert, wonach der Jahresabschluss und der Abhängigkeitsbericht durch einen professionalisierten Prüfungsausschuss, der mehrheitlich mit unabhängigen Mitgliedern besetzt ist, überprüft werden müsste.

3. Regelung im SEAG

Der deutsche Gesetzgeber führt für die monistisch verwaltete SE mit Sitz in Deutschland die Funktion des Geschäftsführers unter der Bezeichnung „geschäftsführender Direktor“⁵⁶⁶ ein. Er bezweckt damit, die Funktionen der Geschäftsführung und der allgemeinen Unternehmensleitung klar zu trennen, da zahlreiche Vorschriften des Aktiengesetzes die funktionale Trennung von Geschäftsführung und Überwachung voraussetzen.⁵⁶⁷

Nach § 40 Abs. 1 Satz 1 SEAG bestellt⁵⁶⁸ der Verwaltungsrat einen oder mehrere geschäftsführende(n) Direktor(en).⁵⁶⁹ Eine Ermächtigung an den Satzungsgeber im oben dargestellten Sinn sieht der deutsche Gesetzgeber nicht vor. Die geschäftsführenden Direktoren führen zwingend die laufenden Geschäfte der Gesellschaft (§ 40 Abs. 2 SEAG).

In § 45 SEAG sieht der deutsche Gesetzgeber die Möglichkeit der gerichtlichen Ersatzbestellung von geschäftsführenden Direktoren vor. Diese Vorschrift ist an die entsprechende Regelung für Vorstandsmitglieder in der deutschen Aktiengesellschaft (§ 85 AktG) angelehnt.⁵⁷⁰

⁵⁶⁴ Dazu ansatzweise *Neye/Teichmann* AG 2003, 169 ff. (176 und 179).

⁵⁶⁵ BB 2003, Heft 19 Erste Seite.

⁵⁶⁶ Wohl in Anlehnung an die angelsächsische Terminologie der „executive directors“, so *Kallmeyer* ZIP 2003, 1531 ff. (1531).

⁵⁶⁷ Begründungen zu § 24 SEAGE (entspricht § 40 SEAG), S. 39, wo darauf hingewiesen wird, dass dies von der Zuweisung administrativer Funktionen wie der Handelsregisteranmeldung über die Regelungen der Nachgründung oder Leitung der Hauptversammlung bis hin zur Aufstellung des Abhängigkeitsberichts reicht.

⁵⁶⁸ Von der Bestellung zu unterscheiden sind die Grundsätze zur Anstellung bzw. zum Anstellungsvertrag (§ 40 Abs. 5 Satz 2 SEAG); vgl. Begründungen zur Vorgängervorschrift § 24 SEAGE, S. 40.

⁵⁶⁹ Gemäß § 40 Abs. 9 SEAG gelten die Vorschriften über die geschäftsführenden Direktoren auch für ihre Stellvertreter. Diese Regelung bringt in Anlehnung an § 94 AktG zum Ausdruck, dass die stellvertretenden Vorstandsmitglieder echte Vorstandsmitglieder mit allen Rechten und Pflichten sind; zu § 94 AktG *Hüffer*, AktG § 94, Rn. 1.

⁵⁷⁰ Begründungen zur Vorgängervorschrift § 29 SEAGE, S. 41.

Dies bietet sich angesichts der funktionalen Trennung im monistischen System und der damit verbundenen Aufgabenteilung zwischen Verwaltungsrat und geschäftsführenden Direktoren an. Die gerichtliche Ersatzbestellung dient der Handlungs- und Prozessfähigkeit der Gesellschaft.⁵⁷¹

Die Zahl der geschäftsführenden Direktoren lässt das SEAG offen. Außerdem können geschäftsführende Direktoren zugleich Mitglieder im Verwaltungsrat sein, solange die Zahl der nichtgeschäftsführenden Mitglieder im Verwaltungsrat diejenige der geschäftsführenden übersteigt (§ 40 Abs. 1 Satz 2 SEAG). Jede Gesellschaft entscheidet also selbst, ob und wie weit sie eine personelle Überschneidung für sinnvoll hält, beispielsweise wegen des besseren Informationsflusses. Damit wird eine straffere Leitungsstruktur möglich, an der gerade kleinere Unternehmen und Konzerne für ihre Tochtergesellschaften ein Interesse haben.⁵⁷²

Werden Dritte zu geschäftsführenden Direktoren bestellt, gelten für sie die persönlichen Mindestanforderungen und Bestellungshindernisse des § 76 Abs. 3 AktG entsprechend (vgl. § 40 Abs. 1 Satz 4 SEAG). Um die Durchsetzung dieser Bestellungshindernisse zu gewährleisten, enthält § 46 Abs. 2 SEAG eine an § 81 Abs. 3 AktG angelehnte Regelung.

Die Trennung von Geschäftsführung und allgemeiner Unternehmensleitung ist somit auch bei kleinen und mittleren Unternehmen oder Tochtergesellschaften europäischer Konzerne tragbar, denn der Verwaltungsrat kann gegebenenfalls⁵⁷³ nur aus einer einzigen Person bestehen und sich im Kern auf überwachende Aufgaben beschränken. Das monistische System erlaubt damit gerade für kleinere Unternehmen eine sehr schlanke Führungsstruktur, die sich letztlich reduzieren ließe auf ein Verwaltungsratsmitglied und einen geschäftsführenden Direktor (§ 40 Abs. 1 Satz 2 SEAG).⁵⁷⁴

Zudem sind gerade kleine Tochtergesellschaften begriffsnotwendig konzernverbunden und bedürfen daher für das konzernrechtliche Kontrollsystem einer Zweiteilung von Geschäftsführung und Überwachung.⁵⁷⁵

Um aber dennoch zu berücksichtigen, dass kleine und mittlere Unternehmen in der Regel ebenso wie Tochtergesellschaften von Konzernen häufig weder mitbestimmt noch börsennotiert sind, regelt das SEAG daher nur ein Grundmodell, das die Einflüsse von Mitbestimmung und Börsennotierung zunächst außen vor lässt. Zur Mitbestimmung werden ergänzende Vorschriften in Umsetzung der ergänzenden Richtlinie hinsichtlich der Beteiligung der Arbeit-

⁵⁷¹ So Hüffer, AktG § 85, Rn. 1 für den vergleichbaren § 85 AktG.

⁵⁷² Neye/Teichmann AG 2003, 169 ff. (179).

⁵⁷³ Zur Zahl der Mitglieder des Verwaltungsrats siehe unten.

⁵⁷⁴ Neye/Teichmann AG 2003, 169 ff. (179) zur Vorgängervorschrift § 24 Abs. 1 Satz 2 SEAGE.

⁵⁷⁵ Begründungen zur Vorgängervorschrift § 24 SEAGE, S. 39.

nehmer in der SE ergehen; für börsennotierte Gesellschaften ist der oben vorgeschlagene Weg über eine Ergänzung des deutschen Corporate-Governance-Kodex zu befürworten.⁵⁷⁶

II. Verhältnis und Grundstrukturen der Aufgabenverteilung zwischen Verwaltungsorgan und Geschäftsführer

1. Vorgaben der SE-VO

a) Allgemein: Oberleitung und Letztverantwortung beim Verwaltungsorgan

Die SE-VO macht zur näheren Ausgestaltung des Verhältnisses von Verwaltungsorgan und Geschäftsführer(n) wenige Angaben.

Der schon erwähnte Art. 43 Abs. 1 SE-VO bestimmt in Satz 1, dass das Verwaltungsorgan die Geschäfte der SE führt; Satz 2 enthält die Möglichkeit der eben behandelten Geschäftsführerbestellung, verbunden mit der Übertragung der Führung der laufenden Geschäfte auf diese(n). Genauer zu betrachten ist dabei die Wendung „in eigener Verantwortung“.

Daraus lässt sich einerseits folgern, dass der/die Geschäftsführer für die ordnungsgemäße Führung der Geschäfte (auch) selbst verantwortlich ist bzw. sind und nicht lediglich ohne jedes eigene Risiko in Vertretung des Verwaltungsorgans handelt bzw. handeln.

Andererseits könnte man aus dieser Formulierung „in eigener Verantwortung“ den Schluss ziehen, dass der/die Geschäftsführer möglicherweise allein verantwortlich sein soll(en). Gegen eine solche Sichtweise spricht jedoch, dass dem/den Geschäftsführer(n) damit letztlich eine Organstellung zukäme. Das monistische System verfügt aber nach dem allgemeinen Verständnis allein über das Verwaltungsorgan als einziges Organ neben der Hauptversammlung. Dies kommt auch in Art. 38 b) SE-VO zum Ausdruck.

Außerdem ist Art. 43 Abs. 1 Satz 1 SE-VO grundsätzlich so zu verstehen, dass dem Verwaltungsorgan dem Grunde nach die Aufgabe der Geschäftsführung obliegt und lediglich die Ausführung dieser Aufgabe auf Geschäftsführer delegiert werden kann.

⁵⁷⁶ Neye/Teichmann AG 2003, 169 ff. (177).

Für diese Argumentation spricht auch die Existenz des Art. 48 Abs. 1 SE-VO, wonach in der Satzung der SE die Arten von Geschäften aufzuführen sind, für die ein ausdrücklicher Beschluss des Verwaltungsorgan erforderlich ist und eine Delegation damit gerade nicht erfolgen kann. Es ist in der monistisch verwalteten Gesellschaft offensichtlich so, dass die Geschäftsführung so angelegt ist, dass sie originär durch Beschlussfassungen des Verwaltungsorgans zu erfolgen hat; in vielen Fällen erfolgt zwar eine Delegation der Geschäftsführung, was jedoch für bestimmte Arten von Geschäften wiederum nicht möglich sein soll (Art. 48 Abs.1 SE-VO).

Auch die Formulierung in Art. 48 Abs. 1 SE-VO stützt diese Auffassung der originären Entscheidungsbefugnis des Verwaltungsorgans. Für das dualistische System heißt es, dass „das Aufsichtsorgan dem Leitungsorgan seine Zustimmung erteilen muss“. Die eigentliche Entscheidung obliegt also dem Leitungsorgan, bedarf aber zusätzlich der Zustimmung des Aufsichtsorgans. Im monistischen System ist es gerade nicht so, dass der/die Geschäftsführer entscheidet bzw. entscheiden und das Verwaltungsorgan zustimmt. Es fällt vielmehr schon die Entscheidung als solche in die Zuständigkeit des Verwaltungsorgans.

Die Oberleitung und Letztverantwortung für die Leitung der Gesellschaft verbleiben somit nach den Vorgaben der Verordnung auch bei Bestellung eines oder mehrerer Geschäftsführer(s) beim Verwaltungsorgan.

Die Formulierung „in eigener Verantwortung“ soll damit lediglich zum Ausdruck bringen, dass der/die Geschäftsführung auch für ihr Handeln verantwortlich gemacht werden kann/können und soll(en).

b) Im besonderen: Art. 48 SE-VO: Katalog von Geschäften, für die ein ausdrücklicher Beschluss des Verwaltungsorgans erforderlich ist

Ähnlich der aus dem dualistischen System bekannten Problematik der zustimmungsbedürftigen Geschäfte enthält die SE-VO auch für das monistische System eine vergleichbare Regelung: Damit sich das Verwaltungsorgan, das im monistischen System die Geschäfte der SE führt (vgl. Art. 43 Abs. 1 SE-VO), der besonderen Bedeutung eines Geschäfts für die Gesellschaft bewusst wird, verlangt der Ordnungsgeber für diese Entscheidungen einen ausdrücklichen Beschluss des Verwaltungsorgans (vgl. Art. 48 Abs. 1 Unterabs. 1 SE-VO). Das Erfordernis eines

ausdrücklichen Beschlusses besagt, dass hierfür der gesamte Verwaltungsrat zuständig ist.⁵⁷⁷ Dies lässt sich damit erklären, dass die Binnenstruktur des Verwaltungsorgans grundsätzlich von der Zweiteilung in sog. „executive directors“ und sog. „non executive directors“ ausgeht. Letztere sind nur zur Entscheidung über außergewöhnliche Geschäfte berufen, während den „executive directors“ die Entscheidungszuständigkeit hinsichtlich der laufenden Geschäfte zukommt. Als weitere Kategorie regelt die SE-VO die Grundlagengeschäfte auf der Satzungsebene, über welche die Hauptversammlung als Satzungsgeber (Art. 59 SE-VO) und nicht der Verwaltungsrat entscheidet.⁵⁷⁸

Die für das dualistische System in Art. 48 Abs. 1 Unterabs. 1 SE-VO geregelte Möglichkeit, dass die Mitgliedstaaten vorsehen können, dass das Aufsichtsorgan selbst bestimmte Arten von Geschäften von seiner Zustimmung abhängig machen kann, ist für das Verwaltungsorgan im monistischen System entfallen.⁵⁷⁹ Noch Art. 72 Abs. 4 SE-VOV 1991 hielt für die Mitgliedstaaten diese Ermächtigung bereit. Eine solche Befugnis zugunsten des Verwaltungsorgans muss jedoch auch nicht notwendigerweise ausdrücklich geregelt sein. Sie ergibt sich vielmehr schon aus der dem Verwaltungsorgan als Organ der Oberleitung zufallenden Weisungsbefugnis gegenüber den Geschäftsführern, kraft derer es ohnehin jede Entscheidung, die es für wesentlich hält, an sich ziehen kann.⁵⁸⁰

Erhalten geblieben ist jedoch auch für die monistische Organisationsstruktur die Befugnis zugunsten der Mitgliedstaaten, für die in ihrem Hoheitsgebiet eingetragenen SE's festzulegen, welche Arten von Geschäften auf jeden Fall in die Satzung aufzunehmen sind (Art. 48 Abs. 2 SE-VO) und damit eines ausdrücklichen Beschlusses des gesamten Verwaltungsorgans bedürfen.

2. Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers

a) Oberleitung und Letztverantwortung beim Verwaltungsorgan

Wie eben dargelegt, verbleiben Oberleitung und Letztverantwortung in der monistisch organisierten SE auch bei Bestellung eines oder mehrerer Geschäftsführer(s) beim Verwaltungsorgan.

⁵⁷⁷ So auch Artmann wbl 2002, 189 ff. (194).

⁵⁷⁸ Hommelhoff AG 2001, 279 ff. (284); Schwarz ZIP 2001, 1847 ff. (1856).

⁵⁷⁹ Schwarz ZIP 2001, 1847 ff. (1856).

⁵⁸⁰ So Neye/Teichmann AG 2003, 169 ff. (179) im Zusammenhang mit § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG.

Dies sollte in den Vorschriften des SEAG auch deutlich zum Ausdruck kommen. Die Regelungsbefugnis des deutschen Gesetzgebers ergibt sich aus Art. 43 Abs. 4 SE-VO.

aa) Schwache Stellung der Geschäftsführer

Umgesetzt werden kann diese Vorgabe etwa durch eine dem Verwaltungsorgan untergeordnete und schwach ausgestaltete Stellung der Geschäftsführer.

(a) Weisungsbefugnis des Verwaltungsorgans

Die Unterordnung und Abhängigkeit der Geschäftsführer vom Verwaltungsorgan lässt sich durch die ausdrückliche Normierung einer Weisungsbefugnis des Verwaltungsorgans gegenüber den Geschäftsführern zum Ausdruck bringen.

Ein solches Weisungsrecht ergibt sich zwar nach obiger Argumentation bereits aus den allgemeinen Grundsätzen der Verordnung, sollte jedoch im SEAG ausdrücklich geregelt werden, um die Hierarchie innerhalb der monistisch organisierten SE vor Augen zu führen.

Da die Mitglieder des Verwaltungsorgans aufgrund ihrer Letztverantwortung beachtlichen Haftungsrisiken unterliegen, sollte das Weisungsrecht auch aus diesem Grund im SEAG deutlich herausgestellt werden.

(b) Berücksichtigung kleinerer und mittlerer Unternehmen

Für eine schwach ausgestaltete Stellung der Geschäftsführer spricht zudem die Tatsache, dass die SE auch für kleinere und mittlere Unternehmen, die nicht börsennotiert sind, als Europäische Gesellschaftsform zur Verfügung stehen soll.⁵⁸¹

⁵⁸¹ Neye/Teichmann AG 2003 169 ff. (176 f.; 179).

Dieser Intention widerspricht jedoch das in Art. 4 Abs. 2 SE-VO festgesetzte Grundkapital einer SE von EURO 120.000,-. Der deutsche Gesetzgeber sollte sich dennoch nicht davon abbringen lassen, die SE – soweit ihm dies mit der Gestaltung des SEAG möglich ist – als Gesellschaftstyp zu formen, der für kleinere und mittlere Unternehmen attraktiv ist. Es ist nämlich durchaus denkbar, dass für den Fall, dass die SE allein bzw. vorwiegend aufgrund des (zu) hoch angesetzten Grundkapitals nicht den gewünschten Zustrom von kleineren und mittleren Unternehmen findet, der Ordnungsgeber insoweit Änderungen vornimmt. Würde der deutsche Gesetzgeber dann keine entsprechenden Vorschriften bereit halten, ergäbe sich im Wettbewerb der Mitgliedstaaten ein erheb-

Für diese Unternehmen empfiehlt sich aufgrund der vergleichbaren Interessenlage eine Stellung ähnlich der eines Geschäftsführers in der deutschen GmbH.

(c) Vereinbarkeit mit Art. 43 Abs. 1 Satz 2 SE-VO

*Ihrig/Wagner*⁵⁸² werfen die Frage auf, ob eine schwache Stellung mit Art. 43 Abs. 1 Satz 2 SE-VO vereinbar ist, da die Ermächtigung vorsehe, dass die Geschäftsführer die laufenden Geschäfte in „eigener Verantwortung“ führen.

Sie weisen aber richtigerweise daraufhin, dass die besseren Gründe für eine Zulässigkeit einer schwächeren Stellung der Geschäftsführer sprechen, da dies der Grundkonzeption des monistischen Systems – mit dem eingliedrigem Verwaltungsaufbau – näher kommt.

(d) Ergebnis

Ein Blick in die Rechtsordnung der Mitgliedstaaten zeigt, dass in zahlreichen nationalen Aktiengesellschaften, die nach dem monistischen System organisiert sind, die Geschäftsführer keine besonders starke Stellung inne haben und den Weisungen des Verwaltungsorgans unterliegen.⁵⁸³

Eine solche Regelung ist angesichts der beim Verwaltungsorgan verbleibenden Letztverantwortung und Oberleitung zur Wahrung dessen Interessen auch konsequent und erscheint – insbesondere vor dem Hintergrund des diesem obliegenden Haftungsrisikos – sinnvoll. Es wäre geradezu widersprüchlich, dem Verwaltungsorgan einerseits formal die Letztverantwortung mit dem zugehörigen Haftungsrisiko zuzuschreiben, ihm andererseits eine Einflussnahme auf den bzw. die Geschäftsführer, zum Beispiel durch Vorbehalten einer Weisungsbefugnis, nicht zu ermöglichen.

licher Standortnachteil für Deutschland. Zu beachten gilt es jedoch, dass die SE ihrer Grundkonzeption nach eine Aktiengesellschaft und gerade kein Pendant zur deutschen GmbH oder anderen „kleineren“ Gesellschaftsformen ist. Hierzu bedarf es der Entwicklung der Europäischen Privatgesellschaft (EPG). Dazu *Hommelhoff*, AG 2001, 279 ff. (287).

Die EPG ist unter anderem Gegenstand des Aktionsplans der Europäischen Kommission zur Reform des Europäischen Gesellschaftsrecht. Hierzu *Maul/Lanfermann/Eggenhofer* BB 2003, 1289 ff.

⁵⁸² BB 2003, 969 ff. (975).

⁵⁸³ *Artmann*, wbl 2002, 189 ff. (194) mit Hinweisen auf die Rechtslage in Schweden, Dänemark und Finnland.

Der deutsche Gesetzgeber sollte aus obigen Gründen für den/die Geschäftsführer ein schwache Stellung normieren. Es bietet sich dabei eine Anlehnung an die Regelungen zum Geschäftsführer einer GmbH an. Auch dieser hat – im Verhältnis zur Gesellschafterversammlung - eine schwache Stellung, die unter anderem in der jederzeitigen Abberufungsmöglichkeit (§ 38 Abs. 1 GmbHG) oder der Weisungsgebundenheit (§ 37 GmbHG) zum Ausdruck kommt.

bb) Konkrete Aufgabenzuweisungen an Geschäftsführer

Die dem Verwaltungsorgan zustehende Oberleitung der Gesellschaft kann auch durch eine konkrete Zuweisung der einzelnen, dem/den Geschäftsführer(n) obliegenden Aufgaben im SEAG gefestigt und dokumentiert werden.

Gemäß der Vorgabe des Art. 43 Abs. 1 Satz 2 SE-VO kann es sich dabei allein um die Führung laufender Geschäfte⁵⁸⁴ handeln. Um welche Aufgaben dem/den Geschäftsführer(n) im einzelnen zuzuweisen sind, soll weiter unten gesondert dargestellt werden.

cc) Katalog von Geschäften, für die ein ausdrücklicher Beschluss des Verwaltungsorgans erforderlich ist

Ebenso wie für das dualistische System ist die Einführung eines Katalogs im Sinne des Art. 48 Abs. 2 SE-VO auch für das monistisch organisierte Verwaltungsmodell abzulehnen.⁵⁸⁵ Die im dortigen Zusammenhang dargelegten Gründe gelten hier entsprechend. Die einheitliche Handhabung der beiden vergleichbaren Situationen ist schließlich auch überzeugend und vor dem Hintergrund einer möglichst weitgehenden Gleichbehandlung beider Systeme sinnvoll und nachvollziehbar.

dd) Auch schwache Stellung des Vorsitzenden der Geschäftsführer

In den angelsächsischen Rechtssystemen ist es teilweise üblich, dem Vorsitzenden der Geschäftsführer eine relativ starke Stellung einzuräumen. Häufig wird dessen Position vereint

⁵⁸⁴ Zu den außergewöhnlichen Geschäften, über die der gesamte Verwaltungsrat zu beschließen hat (Art. 48 Abs. 1 SE-VO), den Geschäften, die der Zustimmung der Hauptversammlung bedürfen (Art. 9 SE-VO, § 119 Abs. 2 AktG i.V.m. der Holzmüller-Doktrin) sowie zu den Grundlagengeschäften, über die die Hauptversammlung als Satzungsgeber entscheidet siehe schon oben.

⁵⁸⁵ Teichmann ZGR 2002, 383 ff. (463).

mit dem Vorsitzenden des Verwaltungsorgans. Das entspricht – übertragen auf das dualistische System - dann funktionell der gleichzeitigen Ausübung der Rolle des Vorstandsvorsitzenden und derjenigen des Aufsichtsratsvorsitzenden.⁵⁸⁶

Ähnliche Gestaltungen finden sich mit dem *Président Directeur Général* (PDG) im französischen⁵⁸⁷ und dem *chief executive officer* (CEO) im US-amerikanischen⁵⁸⁸ Recht.

Doch hat sich gerade in Frankreich vermehrt Widerstand gegen eine solch starke Stellung und Anhäufung der Macht herausgebildet, was – wie oben im Zusammenhang mit der Frage der Einführung der Funktion des Geschäftsführers dargelegt – zu Gesetzesänderungen geführt hat.

Die spektakulären US-Unternehmenszusammenbrüche⁵⁸⁹ in letzter Zeit tragen ihr übriges dazu bei, dem deutschen Gesetzgeber dazu zu raten, die Position des Vorsitzenden des Geschäftsführers nicht mit einer derartigen Machtfülle auszustatten und ihm statt dessen eine schwächere Stellung einzuräumen.

b) Gewährleistung der Überwachungsfunktion

In Anlehnung an die international zulässige und übliche Bestellung von Mitgliedern des Verwaltungsorgans zu Geschäftsführern sollte auch der deutsche Gesetzgeber – in Wahrnehmung der Ermächtigung des Art. 43 Abs. 4 SE-VO - im Ausführungsgesetz hierzu eine ausdrückliche Regelung treffen.

Jedoch muss er in den Ausführungsvorschriften zugleich sicherstellen, dass das Verwaltungsorgan seine Überwachungsfunktion wirksam ausüben kann. Hierfür sind zum einen im Verwaltungsorgan selbst wie auch in der Funktion des Geschäftsführers die notwendigen Voraussetzungen zu schaffen; zum anderen sind ihm geeignete Möglichkeiten an die Hand zu geben, die Überwachungsaufgabe wahrzunehmen.

⁵⁸⁶ *Theisen/Hözl* in *Theisen/Wenz* (Hrsg.), 247 ff. (276).

⁵⁸⁷ Dazu schon oben; siehe auch *Teichmann* ZGR 2002, 383 ff. (448 ff.).

⁵⁸⁸ *Maul* BB 2003, Heft 19 Erste Seite; *Kowalewsky* Capital 2002 Heft 4, 32 ff. Näher zum Vorstandsvorsitzenden einer deutschen Aktiengesellschaft sowie zum *chief executive officer* (CEO) nach US-amerikanischem Vorbild *Hoffmann-Becking* NZG 2003, 745 ff.

⁵⁸⁹ So *Maul* BB 2003, Heft 19 Erste Seite.

aa) Nichtgeschäftsführende Mehrheit im Verwaltungsorgan

Um dem Verwaltungsorgan insgesamt die notwendige Neutralität gegenüber den Maßnahmen der laufenden Geschäftsführung zu bewahren und eine effektive Überwachung in der Gesellschaft zu erreichen, scheint es sinnvoll zu sein, im SEAG die Forderung aufzustellen, dass zwingend ein bestimmter Anteil oder besser gar die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungsorgans aus nicht geschäftsführenden Mitgliedern zu bestehen hat.⁵⁹⁰

bb) Einsichts- und Prüfungsrechte

Der Rollenverteilung in der monistischen SE entsprechend sollte der deutsche Gesetzgeber dem Verwaltungsorgan die Einsichts- und Prüfungsrechte des Aufsichtsrates nach dem Vorbild des § 111 Abs. 3 AktG verleihen.

Diese Regelung dient der Ausgestaltung der Überwachungsaufgabe und stellt dem Aufsichtsrat Mittel zur Verfügung, um dieser Aufgabe nachzukommen. Das ist aufgrund der vergleichbaren Situation in der monistisch organisierten SE ebenso von Bedeutung wie in der (deutschen) dualistisch verwalteten Gesellschaft.

Das Gegenstück zu diesen Einsichts- und Prüfungsrechten stellt im deutschen AktG die Normierung der Berichtspflichten des Vorstands an den Aufsichtsrat in § 90 AktG dar. Insbesondere bei Verdacht auf Unregelmäßigkeiten sind die Rechte des Vorstands eine unverzichtbare Ergänzung zu dem Berichtssystem des § 90 AktG.⁵⁹¹ Dies gilt gleichermaßen für das Verhältnis Verwaltungsorgan und Geschäftsführer.

cc) Einberufung der Hauptversammlung

Ausdruck der Überwachungsfunktion des Aufsichtsrates der deutschen Aktiengesellschaft und zugleich notwendiges Instrument zum Schutz der Gesellschaft sind weiterhin das Recht und die Pflicht, die Hauptversammlung einzuberufen, wenn das Wohl der Gesellschaft dies erfordert (§ 111 Abs. 2 AktG).

⁵⁹⁰ Ähnlich *Theisen/Hölzl* in *Theisen/Wenz (Hrsg.)*, 247 ff. (279). Auch *Artmann wbl* 2002, 189 ff. (194) wirft dieses Problem auf, lässt es jedoch ungelöst.

⁵⁹¹ Ähnlich auch *Hüffer*, AktG § 111, Rn. 11.

Im dualistischen System der deutschen Aktiengesellschaft ist es dem Aufsichtsrat nur dann möglich, die Hauptversammlung einzuberufen, wenn die ihm übertragene Überwachungsfunktion dies erforderlich macht; anders dem Vorstand, der die Hauptversammlung jederzeit einberufen kann (§ 121 Abs. 2 AktG).

Zwar ist der Verwaltungsrat in der monistischen SE mit Sitz in Deutschland nach der Grundregel des § 22 Abs. 6 SEAG jederzeit zur Einberufung der Hauptversammlung berechtigt, so dass er unabhängig davon, ob das in einer bestimmten Situation zum Wohl der Gesellschaft erforderlich ist, von diesem Recht Gebrauch machen kann. Zur Sicherung der Überwachungsfunktion und zum Schutz der Gesellschaft sollte der deutsche Gesetzgeber jedoch die in § 111 Abs. 2 AktG normierte Einberufungspflicht aus Gründen des Wohls der Gesellschaft für die monistische SE mit Sitz in Deutschland ausdrücklich im SEAG übernehmen.

Daneben sollte der deutsche Gesetzgeber im SEAG Regelungen zur Einberufung der Hauptversammlung nach dem Vorbild des deutschen § 92 AktG treffen. Dies ist aus verschiedenen Gründen geboten:

Zur Information der Hauptversammlung über eine krisenhafte Zuspitzung der Lage der Gesellschaft, sollte die Pflicht, die Hauptversammlung einzuberufen und eine Verlustanzeige zu erstatten, ausdrücklich normiert werden (§ 92 Abs. 1 AktG). Dies führt zudem zur Herstellung der Handlungsfähigkeit der Aktionäre, die nicht tätig werden können, ohne zur Hauptversammlung zusammenzutreten (Art. 9 SE-VO, § 118 Abs. 1 AktG). Die Hauptversammlung kann dann über geeignete Maßnahmen, wie insbesondere Kapitalveränderungen (Art. 9 SE-VO, §§ 229 ff., 182 ff. AktG) oder notfalls Fassung eines Auflösungsbeschlusses (Art. 9 SE-VO, § 262 Abs. 1 Nr. 2 AktG) entscheiden.⁵⁹²

Dem Schutz des öffentlichen Interesses, insbesondere des Gläubigerinteresses, an einer geordneten Verwertung des Unternehmens, bei dessen Trägergesellschaft ein Insolvenzgrund vorliegt, dienen die Pflicht, Insolvenzantrag zu stellen (§ 92 Abs. 2 AktG) sowie die Anordnung des Zahlungsverbots gemäß § 92 Abs. 3 AktG.⁵⁹³ Da diese Schutzbedürfnisse in der monistischen SE gleichermaßen gegeben sind, sollte der deutsche Gesetzgeber die Geltung dieser Vorschriften für die monistische SE mit Sitz in Deutschland im Ausführungsgesetz ebenfalls anordnen.

⁵⁹² Dazu insgesamt für das deutsche Aktienrecht Hüffer, AktG § 92, Rn. 1. Die Publizität, die mit den Vorgängen zwangsläufig einhergeht, ist allerdings von der gesetzlichen Regelung nicht bezweckt, sondern allenfalls gewollte Nebenfolge. So Hüffer, a.a.O.

⁵⁹³ So Hüffer, AktG § 92, Rn. 1.

Die vorgenannten Pflichten unterliegen auch im Falle der Einführung der Funktion des Geschäftsführers der Zuständigkeit des Verwaltungsorgans, da bei diesem auch dann Oberleitung und Letztverantwortung über die Gesellschaft verbleiben. Es handelt sich dabei für die Gesellschaft um Angelegenheiten von besonderer Bedeutung, die eindeutig nicht der laufenden Geschäftsführung zugeordnet und auch nicht den Geschäftsführern zur Erledigung übertragen werden können.

Wegen der Besonderheiten der Verwaltungsstruktur des monistischen Modells gegenüber dem dualistischen Systems werden jedoch in der monistischen SE mit Sitz in Deutschland infolge der auf sie übertragenen Führung der laufenden Geschäfte regelmäßig zuerst die Geschäftsführer auf diejenigen Zu- bzw. Missstände in einer Gesellschaft stoßen, welche die obigen Pflichten des Verwaltungsorgans auslösen. Deshalb sollte der deutsche Gesetzgeber die Geschäftsführer gesetzlich dazu verpflichten, dem Verwaltungsorgan bzw. dessen Vorsitzendem hierüber zu berichten.

3. Regelung im SEAG

Die grundsätzliche Aufgabenverteilung zwischen dem Verwaltungsrat und den geschäftsführenden Direktoren regeln die §§ 22 Abs. 1 Satz 1 und § 40 Abs. 2 Satz 1 sowie § 22 Abs. 6 HS 1 SEAG.

Der Verwaltungsrat leitet die Gesellschaft (§ 22 Abs. 1 Satz 1 SEAG), während die geschäftsführenden Direktoren für die Führung der Geschäfte zuständig sind (§ 40 Abs. 2 Satz 1 SEAG).⁵⁹⁴

Nach § 22 Abs. 6 HS 1 SEAG tritt der Verwaltungsrat der monistischen SE mit Sitz in Deutschland an die Stelle von Vorstand und Aufsichtsrat, soweit Rechtsvorschriften außerhalb des SEAG dem Vorstand oder dem Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft Rechte und Pflichten zuweisen. Dies gilt aber nicht für Rechte und Pflichten der geschäftsführenden Direktoren nach dem SEAG (§ 21 Abs. 6 HS 2 SEAG).

⁵⁹⁴ *Kallmeyer* ZIP 2003, 1531 ff. (1531) kritisiert, dass mit dieser Aufgabenteilung keine funktionale Trennung herbeigeführt werde, wie es Erwägungsgrund (14) zur SE-VO als wünschenswert bezeichnet. Diese Sichtweise ist nicht nachvollziehbar. Es fragt sich, wie im monistischen sonst eine weitergehende funktionale Trennung herbeigeführt werden solle. Würde man die Leitung der Gesellschaft und die Führung der Geschäfte einer Stelle und die Überwachung einer anderen Stelle zuweisen, hätte man eine Situation wie im dualistischen System. Es würde in diesem Fall nichts vom monistischen System bzw. des gerade für das monistische Merkmal typischen Zusammenfallens von Unternehmensleitung und Unternehmensüberwachung in einer Position übrig bleiben.

Daneben enthält das SEAG weitere Einzelregelungen zum Verhältnis zwischen Verwaltungsrat und den geschäftsführenden Direktoren zum Beispiel in den §§ 22, 40, 44 Abs. 2, 46.

a) Oberleitung und Letztverantwortung beim Verwaltungsorgan

Gemäß § 22 Abs. 1 Satz 1 SEAG leitet der Verwaltungsrat die Gesellschaft, bestimmt die Grundlinien ihrer Tätigkeit und überwacht deren Umsetzung.

Diese Formulierung ist dem französischen Code de Commerce (Art. L 225-35) entlehnt. Sie soll deutlich machen, dass die Aufgaben des Verwaltungsrats weiter reichen als diejenigen des Aufsichtsrats im dualistischen Modell. Dies gilt ungeachtet der Bestellung der geschäftsführenden Direktoren gemäß § 40 SEAG. Die Leitungsverantwortung bleibt beim Verwaltungsrat. Mit dieser Kompetenz des Verwaltungsrats korrespondiert die allgemeine Verantwortung für das Wohlergehen der Gesellschaft und die Pflicht, sich aktiv darum zu bemühen.⁵⁹⁵

Es ist wesentliches Merkmal des monistischen Modells, dass die Letztverantwortung für die Unternehmenspolitik allein beim Verwaltungsrat liegt. Demgegenüber verteilt sich die Verantwortung beim dualistischen Modell auf beide Organe: Der Aufsichtsrat kann sich der Verantwortung für Fehlleistungen des Vorstands nicht entziehen, da er zu überwachen hat; umgekehrt trägt der Vorstand eine originäre Eigenverantwortung, da der Aufsichtsrat keine Weisungsbefugnis hat und auch in seiner Personalhoheit wegen der eingeschränkten Abberufbarkeit des Vorstands Grenzen unterliegt.⁵⁹⁶

Diese Unterscheidung sollte der Ausgestaltung der SE zugrunde liegen, damit beide Modelle wirkliche Alternativen in der Strukturierung der Unternehmensleitung sind.⁵⁹⁷

Die Rechte und Pflichten des Verwaltungsrates sind entsprechend der ihm obliegenden Letztverantwortung ausgestaltet. Seine Verantwortung für die Gesamtleitung der Gesellschaft realisiert sich insbesondere im Verhältnis zur Hauptversammlung. Dies zeigt sich etwa in den in § 22 Abs. 2 und Abs. 5 SEAG normierten Pflichten zur Einberufung der Hauptversammlung,⁵⁹⁸ die zugleich Ausfluss der Überwachungsfunktion des Verwaltungsrates sind. Hier kommt die

⁵⁹⁵ Begründungen zur Vorgängervorschrift § 21 SEAGE, S. 37.

⁵⁹⁶ Begründungen zur Vorgängervorschrift § 21 SEAGE, S. 38.

⁵⁹⁷ Begründungen zur Vorgängervorschrift § 21 SEAGE, S. 38.

⁵⁹⁸ Begründungen zur Vorgängervorschrift § 21 SEAGE, S. 38.

besondere Stellung des Verwaltungsorgans im monistischen System zum Ausdruck, indem Oberleitung und Überwachung in einem Organ zusammenfallen.

aa) Schwache Stellung der Geschäftsführer

Der deutsche Gesetzgeber hat die Position des Geschäftsführers, wie oben befürwortet, schwach ausgestaltet.

In § 44 Abs. 2 SEAG sieht der deutsche Gesetzgeber ein ausdrückliches Weisungsrecht des Verwaltungsrats gegenüber dem/den Geschäftsführer(n) vor. Darin spiegelt sich die Oberleitungsfunktion des Verwaltungsrats wieder und wird die untergeordnete Stellung der geschäftsführenden Direktoren zum Ausdruck gebracht. Der deutsche Gesetzgeber will deren Position so in Anlehnung an die diejenige eines GmbH-Geschäftsführers gestalten.⁵⁹⁹

Auch können die geschäftsführenden Direktoren gemäß § 40 Abs. 5 SEAG grundsätzlich jederzeit durch Beschluss des Verwaltungsrats⁶⁰⁰ abberufen werden, sofern die Satzung keine abweichende Regelung trifft.

Die Oberleitung der Gesellschaft verbleibt damit beim Verwaltungsrat, der die Grundlinien der Tätigkeit der Gesellschaft bestimmt (§ 22 Abs. 1 Satz 1 SEAG). Dies weist insofern Ähnlichkeiten mit der deutschen GmbH auf, die ebenfalls von einem weisungsunterworfenen und jederzeit abrufbaren Geschäftsführungsorgan ausgeht.⁶⁰¹ Als solches erscheint das monistische System insbesondere gut einsetzbar in europaweit tätigen Konzernen mit einheitlicher Konzernpolitik, aber auch bei kleineren Unternehmen.⁶⁰²

bb) Konkrete Aufgabenzuweisungen an geschäftsführende Direktoren

Das SEAG regelt die Aufgabenzuweisungen an die geschäftsführenden Direktoren relativ detailgenau.

⁵⁹⁹ Begründungen zur Vorgängervorschrift § 28 SEAGE, S. 41.

⁶⁰⁰ Die Zuständigkeit für Bestellung und Abberufung befinden sich damit jeweils beim Verwaltungsrat. Anders ist dies im nationalen englischen Recht, wo das Verwaltungsorgan zwar die geschäftsführenden Direktoren ernennt, die Abberufung aber durch die Hauptversammlung zu erfolgen hat, wenn sie im Widerspruch zum Anstellungsvertrag steht; vgl. *Triebel/Hodgson/Kellenter/Müller*, § 7 Rn. 718.

⁶⁰¹ *Ihrig/Wagner* BB 2003, 969 ff. (975); *Maul* BB 2003, Heft 19, Erste Seite.

⁶⁰² *Maul* BB 2003, Heft 19, Erste Seite.

§ 40 Abs. 2 Satz 1 SEAG bestimmt, dass die geschäftsführenden Direktoren die Geschäfte der Gesellschaft führen. Dies wird in zahlreichen Vorschriften konkretisiert; so nennen § 40 Abs. 2 Sätze 3 und 4, § 40 Abs. 3 und 6, § 22 Abs. 2 Satz 3 HS 2, §§ 41, 42 SEAG den geschäftsführenden Direktoren zugewiesene Pflichten und Aufgaben(bereiche).

*cc) Katalog von Geschäften, für die ein ausdrücklicher Beschluss
des Veraltungsorgans erforderlich ist*

Der deutsche Gesetzgeber macht von der Ermächtigung des Art. 48 Abs. 2 SE-VO für das monistische System keinen Gebrauch. Dies ist im Hinblick auf oben dargestellte Gründe zu begrüßen.

Damit kommt der Satzung einer jeden SE besondere Bedeutung zu (Art. 48 Abs. 1 Unterabs. 1 SE-VO). Um die Oberleitung des Verwaltungsorgans (Art. 43 Abs. 1 Satz 1 SE-VO nicht zu einer leeren Hülle werden zu lassen, muss die Satzung ein Minimum an Geschäften für Gesamtbeschlüsse des Verwaltungsorgans vorsehen.

Sollte dies nicht der Fall sein, wäre nach *Bungert/Beier*⁶⁰³ eine Eintragung der SE in der Regel zu versagen.

dd) Auch schwache Stellung des Vorsitzenden der Geschäftsführer

Eine gesetzliche Zuweisung der Geschäftsführung bzw. der Leitung der Geschäftsführung⁶⁰⁴ an den Vorsitzenden des Verwaltungsrats (Art. 45 SE-VO) - wie zum Beispiel der PDG in Frankreich - erscheint dem deutschen Gesetzgeber nicht sinnvoll, da hiermit eine besondere Machtfülle entsteht.⁶⁰⁵

Dem ist entsprechend obiger Ausführungen zuzustimmen. Gegen eine solch starke Stellung sprechen, wie dargelegt, verschiedene Argumente, was sich nicht zuletzt in den Bemühungen verschiedener Mitgliedstaaten zur Abschwächung einer derartigen Machtkonzentration zeigt.

⁶⁰³ EWS 2002, 1 ff. (4); im Ergebnis ähnlich *Neye/Teichmann AG* 2003, 169 ff. (179).

⁶⁰⁴ Die Möglichkeit einen „Vorsitzenden der Geschäftsleitung“ zu bestimmen – analog dem in § 84 Abs. 2 AktG vorgesehenen Vorsitzenden des Vorstand wurde nicht aufgenommen, da dies ohnehin von der Satzungsautonomie (§ 40 Abs. 4 SEAG) erfasst ist; Begründungen zur Vorgängervorschrift § 24 SEAGE, S. 39 f.

⁶⁰⁵ Begründungen zur Vorgängervorschrift § 24 SEAGE, S. 39.

b) Gewährleistung der Überwachungsfunktion

aa) Nichtgeschäftsführende Mehrheit im Verwaltungsorgan

Nach § 40 Abs. 1 Satz 2 SEAG können geschäftsführende Direktoren zugleich Mitglieder im Verwaltungsrat sein, solange die Zahl der nichtgeschäftsführenden Mitglieder im Verwaltungsrat diejenige der geschäftsführenden übersteigt.

Damit garantiert der Gesetzgeber die Voraussetzungen für ein Mindestmaß an Überwachung.⁶⁰⁶ Dies dient dem Schutz des Unternehmens, des einzelnen Aktionärs sowie dem Wirtschaftsleben insgesamt. Über dieses Mindestmaß hinaus entscheidet jede Gesellschaft grundsätzlich selbst, ob und wieweit sie eine personelle Überschneidung beispielsweise aus Gründen des besseren Informationsflusses für erforderlich hält oder ob und wo sie diesbezüglich die Grenze ziehen will, um die notwendige Überwachung zu gewährleisten.

bb) Einsichts- und Prüfungsrechte

Die Einsichts- und Prüfungsrechte des Verwaltungsrates im Sinne des § 111 Abs. 2 AktG übernimmt das Ausführungsgesetz in § 22 Abs. 4 SEAG und ergänzt damit die Berichtspflichten der Geschäftsführer, die diesen in § 40 Abs. 6 SEAG mit dem Verweis auf § 90 AktG auferlegt werden.

⁶⁰⁶ Im Zusammenhang mit § 24 Abs. 1 Satz 5 SEAGE, der Vorgängervorschrift zu § 40 Abs. 1 Satz 5 SEAG, wonach bereits vorgesehen war, dass die Satzung Regelungen über die Bestellung eines oder mehrerer geschäftsführender Direktoren treffen kann, führt *Kallmeyer* ZIP 2003, 1531 ff. (1533) aus, dass dies auch Regelungen darüber einschließe, ob die geschäftsführenden Direktoren gleichzeitig Verwaltungsratsmitglieder sind oder nicht. Dem ist zuzustimmen. Er ist jedoch darüber hinaus der Ansicht, dass die Gestaltungsfreiheit sogar so weit gehe, dass einerseits sämtliche geschäftsführenden Direktoren gleichzeitig Verwaltungsratsmitglieder sein können und dass andererseits aber auch sämtliche geschäftsführenden Direktoren verwaltungsfremd sein können. Während die zuletzt geschilderte Situation durchaus nicht zu beanstanden ist, ist der Fall, dass sämtliche geschäftsführenden Direktoren gleichzeitig Verwaltungsratsmitglieder sind, nicht mit § 24 Abs. 1 Satz 2 HS 2 SEAGE (bzw. § 40 Abs. 1 Satz 2 HS 2 SEAG) zu vereinbaren. Diese Vorschrift fordert, dass dann, wenn Mitglieder des Verwaltungsrats zu geschäftsführenden Direktoren bestellt werden, die Mehrheit des Verwaltungsrats weiterhin aus nicht geschäftsführenden Mitgliedern bestehen muss. Nach der Ansicht von *Kallmeyer* wäre diese Forderung nicht eingehalten bzw. es würde sich dabei lediglich um eine dispositive Regelung handeln. Dem ist nicht zuzustimmen. Aufgrund des Regelungszwecks des § 24 Abs. 1 Satz 2 HS 2 SEAGE (bzw. § 40 Abs. 1 Satz 2 HS 2 SEAG) der Gewährleistung der Überwachungsfunktion in der monistischen SE ist diese Vorschrift als zwingende Regelung anzusehen. Das bedeutet im Ergebnis, dass die durch § 24 Abs. 1 Satz 5 SEAGE (bzw. § 40 Abs. 1 Satz 5 SEAG) vorgesehene Gestaltungsfreiheit durch § 24 Abs. 1 Satz 2 HS 2 SEAGE (bzw. § 40 Abs. 1 Satz 2 HS 2 SEAG) eingeschränkt wird.

cc) Einberufung der Hauptversammlung

Die Möglichkeit der Einberufung der Hauptversammlung durch den Verwaltungsrat zum Wohl der Gesellschaft hat der deutsche Gesetzgeber in § 22 Abs. 2 SEAG nach dem Vorbild des § 111 Abs. 3 AktG geregelt.

In § 22 Abs. 5 Satz 1 SEAG wird in Anlehnung an § 92 Abs. 1 AktG die Pflicht zur Einberufung der Hauptversammlung und Erstattung einer Verlustanzeige normiert. § 22 Abs. 5 Satz 2 SEAG ordnet bei Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung die entsprechende Geltung von § 92 Abs. 2 und 3 AktG an.

In § 40 Abs. 3 SEAG sieht der deutsche Gesetzgeber die korrespondierende Berichtspflicht für die Geschäftsführer vor.⁶⁰⁷

c) Bewertung

Die Vorschriften des SEAG sind insoweit zu begrüßen. Sie stellen sowohl Oberleitungsfunktion als auch Letztverantwortung des Verwaltungsrats heraus und machen so den grundlegenden Unterschied des monistischen Systems zum dualistischen Modell deutlich. Diese besondere Stellung und Funktion des Verwaltungsrats wird durch zahlreiche verschiedene Regelungen im SEAG gesetzlich fixiert.

Daneben wird erfreulicherweise auch noch entscheidend auf die Sicherung der Überwachungsfunktion Wert gelegt.

III. Das Verwaltungsorgan und seine Mitglieder

Nach Art. 38 SE-VO verfügt die nach dem monistischen Modell organisierte SE über eine Hauptversammlung (Art. 38 a) SE-VO) sowie über ein Verwaltungsorgan (Art. 38 b) 2. Alt. SE-VO).

Entsprechend dem von der vorliegenden Arbeit untersuchten Bereich „Vorstand“ soll im folgenden insbesondere das Verwaltungsorgan betrachtet werden.

⁶⁰⁷ Begründungen zur Vorgängervorschrift § 24 SEAGE, S. 40.

Fragen und Probleme zur Hauptversammlung bleiben – wie schon oben bei den Erörterungen zum dualistischen System - außen vor, soweit nicht ein konkreter Bezug zum Verwaltungsorgan vorliegt und eine Behandlung aus diesem Grund geboten erscheint.

1. Bezeichnung

a) Vorgaben der SE-VO

Die SE-VO selbst bezeichnet das Verwaltungsorgan lediglich als solches entsprechend der ihm zugeordneten Funktion.

b) Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers

Aufgrund der Nichtexistenz des monistischen Systems im deutschen Recht fehlt es hierzu auch zwangsläufig an einem deutschen Begriff. Der deutsche Gesetzgeber ist deshalb dazu aufgefordert, sich auf eine Begrifflichkeit festzulegen.

In der Literatur werden verschiedene Begrifflichkeiten diskutiert. Darüber hinaus besteht jedoch Einigkeit, dass das Verwaltungsorgan mit einer speziellen Bezeichnung bedacht werden sollte. So schlägt *Hirte*⁶⁰⁸ - parallel zum Leitungsorgan des dualistischen Systems die Bezeichnung „Vorstand“ bzw. für die Organmitglieder „Vorstände“ vor.

Dagegen argumentiert *Schindler*⁶⁰⁹ mit Recht, dass wegen der Verwechslungsgefahr mit dem Leitungsorgan im dualistischem System eine Unterscheidung wünschenswert sei und schlägt „Verwaltungsrat“ vor. Diese Bezeichnung bringt auch der *Deutsche Notarverein*⁶¹⁰ in Anlehnung an das Schweizer Recht vor. Er rät zudem dazu, dass sich hinsichtlich der Bezeichnung des Verwaltungsorgans der deutsche und österreichische Gesetzgeber abstimmen sollten.⁶¹¹

Kritisch und ablehnend zum Begriff „Verwaltungsrat“ äußern sich *Ihrig/Wagner*⁶¹². Nach *Teichmann*⁶¹³ wiederum klingt das im Kontext des deutschen Rechts nicht gerade nach einem dynamisch geführten Unternehmen, ist aber vielleicht auch nur gewöhnungsbedürftig; er schlägt „Unternehmensrat“ vor. Gegen „Vorstand“ führt er an, dass dies die konzeptionelle

⁶⁰⁸ NZG 2002, 1 ff. (6).

⁶⁰⁹ Europäische Aktiengesellschaft, 73 ff.

⁶¹⁰ In notar 94 ff. (101).

⁶¹¹ A.a.O.

⁶¹² BB 2003, 969 ff. (974).

⁶¹³ ZGR 2002, 383 ff. (452).

Nähe des Verwaltungsorgans zum Aufsichtsrat verdecke; zudem sollten monistisches und dualistisches System für den Rechtsverkehr begrifflich unterscheidbar sein.

Eine weitere Möglichkeit wäre auch die Bezeichnung als „Geschäftsführer“. Dagegen führt *Schindler*⁶¹⁴ an, dies könnte den Eindruck erwecken, man habe es (nur) mit Vertretern einer GmbH zu tun; ebenso argumentiert *Hirte*⁶¹⁵, der darin sogar eine mit dem Rechtsgedanken des Art. 12 EGV unvereinbare Diskriminierung der monistisch verfassten SE sieht.

Meines Erachtens sind aus eben bereit genannten Gründen die Bezeichnungen „Geschäftsführer“ bzw. „Vorstand“ ebenso abzulehnen wie die Benennung als „Unternehmensrat“. Letztere hat begrifflich nichts gemeinsam mit Bezeichnung und Funktion als „Verwaltungsorgan“ in der SE-VO und klingt zudem allzu sehr nach bloßer beratender Funktion, obwohl das Verwaltungsorgan letztlich (auch) leitendes Organ der SE ist.

Zudem gebraucht die Verordnung selbst in Art. 39 Abs. 1 und in Art. 43 Abs. 1 SE-VO die Begrifflichkeit des „Geschäftsführers“ für eine eigenständige Funktion. Die Bezeichnung „Geschäftsführer“ ist damit für die SE schon „belegt“, weshalb sie für das Verwaltungsorgan notwendigerweise ausscheiden muss. Vorzugswürdig ist jedenfalls eine Bezeichnung, die das Merkmal der „Verwaltung“ beinhaltet, somit Nähe zum Text der SE-VO hat und zudem zum Ausdruck bringt bzw. zumindest nicht davon ablenkt, dass das Organ leitend und aufsichtlich zugleich tätig ist. Möglich wäre unter diesem Gesichtspunkt auch die Bezeichnung als „Verwaltungsgremium“ bzw. „Verwaltungssenat“. Dabei handelt es sich aber nicht um Begriffe, die dem deutschen Recht sehr vertraut sind. Auch die Bezeichnung als „Verwaltungsversammlung“ passt nicht, da das Verwaltungsorgan ständig tätig ist und sich nicht erst versammeln muss.

Deshalb sprechen im Ergebnis die besten Argumente für die Bezeichnung als „Verwaltungsrat“.

c) Regelung im SEAG

In den Vorschriften des deutschen SEAG findet sich für das Verwaltungsorgan des monistischen Systems die Legaldefinition Verwaltungsrat (§ 20 Satz 1 SEAG). Diese Bezeichnung wird für die SE mit Sitz in Deutschland so festgelegt.⁶¹⁶

⁶¹⁴ Europäische Aktiengesellschaft, 73 ff.

⁶¹⁵ NZG 2002, 1 ff. (6).

⁶¹⁶ Vgl. Begründung zur Vorgängervorschrift § 18 SEAGE, S. 36.

Blickt man auf obige Erwägungen, bleibt festzuhalten, dass der vom SEAG gewählte Begriff „Verwaltungsrat“ den Anforderungen für eine aktienrechtliche Bezeichnung des Verwaltungsorgans im monistischen System gerecht wird.

2. Zahl der Organmitglieder im Verwaltungsorgan

a) Vorgaben der SE-VO

Grundsätzlich überlässt die SE-VO die Festlegung der Mitgliederzahl für das Verwaltungsorgane der Satzung der jeweiligen Gesellschaft selbst, vgl. Art. 43 Abs. 2 Satz 1 SE-VO.

Die Vorschrift des 43 Abs. 2 Satz 2 SE-VO enthält jedoch eine Ermächtigungsnorm für den nationalen Gesetzgeber, für die Zahl der Mitglieder des Leitungs- bzw. des Verwaltungsorgans eine Mindest- und/oder Höchstzahl festzusetzen.

Diese Regelung ist so zu verstehen, dass sich die Satzung danach zu richten hat, was die Mitgliedstaaten regeln. Die Mitgliedstaaten können also eine Mindest- und/oder Höchstzahl festlegen, die dann auch für Satzungsregelungen verbindlich ist.

Ist jedoch die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der SE gemäß der ergänzenden Richtlinie geregelt, so muss das Verwaltungsorgan aus mindestens drei Mitgliedern bestehen (Art. 43 Abs. 2 Unterabs. 2 SE-VO).

b) Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers

Aufgrund des Charakters der Norm des Art. 43 Abs. 2 Satz 2 SE-VO als Ermächtigungsnorm steht es in der Entscheidungsmacht des nationalen Gesetzgebers, ob er in Wahrnehmung seiner Befugnis eine Mindest- und/oder Höchstzahl der Zahl der Mitglieder des Verwaltungsorgans festlegt.

Insbesondere aus Gesichtspunkten der Mitbestimmung erscheint es ratsam, die Ermächtigung im deutschen Ausführungsgesetz „umzusetzen“. Es bietet sich an, die zu treffenden Regelungen an die aus dem deutschen Recht zum Aufsichtsrat bekannten Regelungen (§ 95 AktG) anzupassen. Dies entspricht auch oben dargelegter Funktionstrennung im monistischen System, nach welcher der Verwaltungsrat in gewissem Maße die im dualistischen System dem Aufsichtsrat zukommende Rolle einnimmt.

c) Regelung im SEAG

Was die Festlegung einer Mindest- und/oder Höchstzahl der Zahl der Mitglieder des Verwaltungsorgans anbelangt, macht der deutsche Gesetzgeber, von dieser Ermächtigungsnorm Gebrauch, sowohl bezüglich der Bestimmung der Mindestzahl, als auch hinsichtlich der Höchstzahl, vgl. § 23 SEAG.⁶¹⁷

Nach § 23 Abs. 1 SEAG soll der Verwaltungsrat einer SE im Regelfall aus mindestens drei Personen bestehen. Dies soll zum einen signalisieren, dass eine Zahl von drei schon bei mittlerer Größe der Gesellschaft angemessen erscheint. Zum zweiten reduziert es den Regelungsaufwand der Satzung, denn im gesetzlichen Regelfall muss dort nichts festgelegt werden.⁶¹⁸

Bei einem Grundkapital von unter drei Millionen Euro kann die Satzung auch eine niedrigere Zahl festsetzen. Dies zielt insbesondere auf den Einsatz der SE durch kleine und mittlere Unternehmen oder als Tochtergesellschaften eines europäischen Konzerns ab. Bei Gesellschaften mit einem Grundkapital von mehr als drei Millionen Euro sollte jedoch eine Reduzierung der gesetzlichen Regelzahl nicht mehr möglich sein,⁶¹⁹ weshalb das SEAG insoweit auch eine Mindestzahl festsetzt.

Die entsprechende Regelung im deutschen – für das dualistische System konzipierten - § 76 Abs. 2 Satz 2 AktG passt nicht, denn sie bezieht sich auf den Vorstand, neben dem stets ein Aufsichtsrat existiert.⁶²⁰

Die Höchstzahl ist an das Grundkapital gekoppelt⁶²¹ und nicht satzungsdispositiv. Die Regelung übernimmt die aufgrund jahrelanger Unternehmenspraxis bewährten Schwellenwerte und die dazugehörigen Höchstzahlen des für den deutschen Aufsichtsrat der AG geltenden § 95 Satz 4 AktG.⁶²² Nach § 23 Abs. 2 SEAG bleibt die Beteiligung der Arbeitnehmer nach dem SE-Beteiligungsgesetz unberührt.

⁶¹⁷ Für die Mitglieder des Aufsichtsorgans hat der deutsche Gesetzgeber in § 17 SEAG eine Mindestzahl (von 3 Mitgliedern) festgesetzt, die Bestimmung einer höheren Zahl einer Satzungsregelung der jeweiligen SE überlassen.

⁶¹⁸ Begründungen zur Vorgängervorschrift § 19 SEAGE, S. 36.

⁶¹⁹ Begründungen zur Vorgängervorschrift § 19 SEAGE, S. 36 f.

⁶²⁰ Begründungen zur Vorgängervorschrift § 19 SEAGE, S. 37.

⁶²¹ So auch *Ihrig/Wagner* BB 2003, 969 ff. (970).

⁶²² Die Anlehnung an die deutschen Vorschriften zur Zahl der Aufsichtsratsmitglieder bietet sich auch deshalb an, weil der deutsche Gesetzgeber nach der SE-RL verpflichtet ist, eine Auffanglösung bereitzustellen für den Fall, dass in er Frage der Arbeitnehmerbeteiligung keine Einigung zustande kommt. Diese Auffanglösung wird dann auch Angaben zur Zahl der Mitglieder des Verwaltungsorgans treffen müssen, um eine angemessene Repräsentation der Arbeitnehmer in diesem Gremium zu ermöglichen; so *Teichmann* in *Theisen/Wenz*, (Hrsg.), 573 ff. (604) zu den entsprechenden Regelungen im SEAGE.

3. Zusammensetzung des Verwaltungsorgans

a) Vorgaben der SE-VO

Die SE-VO enthält - abgesehen von der Regelung zur Anzahl der Organmitglieder in Art. 43 Abs. 2 SE-VO - hinsichtlich der Zusammensetzung des Verwaltungsorgans andeutungsweise Normierungen in Art. 43 Abs. 3 Satz 3 und Art. 45 Satz 2 SE-VO, in denen zum Ausdruck kommt, dass die Mitglieder des Verwaltungsorgans zahlenmäßig jedenfalls teilweise von den Arbeitnehmern bestimmt werden bzw. aus Arbeitnehmerkreisen entstammen können.

Einzelheiten zur Zusammensetzung ergeben sich hingegen aus der SE-VO nicht. Es ist deshalb zur Schaffung von Regelungen auf die Ermächtigungsnorm des Art. 43 Abs. 4 SE-VO zurückzugreifen. Daneben ist die ergänzende Richtlinie hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE heranzuziehen, da es sich um eine Frage der Mitbestimmung handelt.

b) Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers

Zur Herstellung von Rechtssicherheit über die korrekte Zusammensetzung eines (mitbestimmten) Verwaltungsrats einer SE mit Sitz in Deutschland sollte der Gesetzgeber in den Ausführungsvorschriften eine Regelung treffen.⁶²⁴

Festzuhalten bleibt das eindeutig bestehende Bedürfnis nach einer Regelung zur Zusammensetzung des Verwaltungsorgans. Das gilt ebenso hinsichtlich eines Verfahrens zur Klärung von Zweifelsfragen bezüglich der rechtlichen Grundlage der Zusammensetzung des Verwaltungsrats einer monistisch verwalteten SE mit Sitz in Deutschland.

c) Regelung im SEAG

Das SEAG sieht in § 24 eine Regelung zur Zusammensetzung des Verwaltungsorgans einer SE mit Sitz in Deutschland vor.⁶²⁵ Der deutsche Gesetzgeber hat sich dabei an § 96 AktG orientiert. Dies ist zweckmäßig. Zum einen ist diese Vorschrift zumindest dem Rechtsanwender in Deutschland bekannt. Dies erleichtert die Handhabung und dient dem geforderten Gleichlauf

⁶²⁴ Ebenso Begründungen zu § 20 SEAGE, S. 37.

⁶²⁵ Zur Offenlegung der Zusammensetzung des Verwaltungsrats hat der deutsche Gesetzgeber in § 46 SEAG eine unter anderem an § 106 und § 107 Abs. 1 Satz 2 AktG angelehnte Regelung eingefügt.

zwischen nationalem und SE-Recht. Zum anderen ist die Regelung des § 96 AktG, welche die Zusammensetzung des Aufsichtsrats in der dualistisch verwalteten deutschen Aktiengesellschaft regelt, auf die Interessenlage im Verwaltungsrat einer monistisch organisierten SE mit Sitz in Deutschland übertragbar; dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund des deutschen Mitbestimmungsrechts.

Zweifelsfragen bezüglich der rechtlichen Grundlage der Zusammensetzung des Verwaltungsrats einer SE mit Sitz in Deutschland sollen seine ordnungsgemäße Zusammensetzung und die Gültigkeit seiner Beschlüsse nicht berühren. Sie können deshalb gemäß § 24 Abs. 2 SEAG nur im sogenannten Statusverfahren geklärt werden.⁶²⁷

Das Statusverfahren regelt das Ausführungsgesetz in Anlehnung an die §§ 97 und 98⁶²⁸ AktG in den §§ 25 und 26 SEAG. § 25 SEAG verfolgt ebenso wie § 97 AktG das Ziel, innerhalb eines geregelten Verfahrens Klarheit über die anzuwendenden Normen hinsichtlich der Zusammensetzung des Verwaltungsrats zu schaffen.⁶²⁹

Die Zuständigkeit zur Bekanntmachung von Zweifeln an der ordnungsgemäßen Zusammensetzung des Verwaltungsrats überträgt § 26 SEAG dem Vorsitzenden des Verwaltungsrats. Der deutsche Gesetzgeber begründet diese Aufgabenzuweisung damit, dass es sich bei der Zusammensetzung des Verwaltungsrats um eine strukturelle Frage der Gesellschaft und nicht um eine Angelegenheit der Geschäftsführung handelt. Die geschäftsführenden Direktoren⁶³⁰ sollen daher nicht zuständig sein.⁶³¹

Dem ist zuzustimmen. Die Zusammensetzung des Verwaltungsrats betrifft die Grundstruktur einer Gesellschaft und hat nichts mit der Führung ihrer Geschäfte zu tun. Sie ist stattdessen davon unabhängig.

Problematisch an der Zuständigkeit des Vorsitzenden des Verwaltungsrats ist, dass der Vorsitzende selbst dem Verwaltungsrat angehört. § 97 AktG zum Beispiel überträgt für die deutsche Aktiengesellschaft die Aufgabe der Bekanntmachung dem Vorstand, der als nicht dem betroffenen Organ angehöriger die Situation neutral von „außen“ beurteilen kann.

Ein Zugehörigkeit zu dem betroffenen Organ muss auf der anderen Seite aber wiederum auch nicht von vornherein schaden. Zudem besteht in beiden Fällen eine Bekanntmachungspflicht, die es, gleich von wem, einzuhalten gilt.

⁶²⁷ So Begründungen zur Vorgängervorschrift § 20 SEAGE, S. 37.

⁶²⁸ Die Begründungen zur Vorgängervorschrift § 31 SEAGE, S. 42 nennen hier § 99 AktG. Dabei handelt es sich offenbar um ein Redaktionsversehen, da § 31 SEAGE inhaltlich dem § 98 AktG entspricht.

⁶²⁹ Begründungen zur Vorgängervorschrift § 30 SEAGE, S. 41.

⁶³⁰ Dazu sogleich unten

⁶³¹ Begründungen zur Vorgängervorschrift § 30 SEAGE, S. 41 f.

Schließlich ist es gerade die Besonderheit der eingliedrigen monistischen Organisationsverfassung, dass eine Aufteilung der Aufgaben an Aufsichtsrat und Vorstand nicht möglich ist und eine „Doppelzuständigkeit“ des Verwaltungsorgans nicht in jedem Fall vermieden werden kann.

Eine Übertragung der Aufgabe an den/die geschäftsführenden Direktoren lässt der deutsche Gesetzgeber zu Recht daran scheitern, dass die Zusammensetzung des Verwaltungsrats eine strukturelle Frage der Gesellschaft und keine in die (übertragbare) Zuständigkeit der geschäftsführenden Direktoren fallende Angelegenheit der Geschäftsführung ist.

Eine Aufgabenzuweisung an die Hauptversammlung ist ebenfalls aus Gründen der Systematik sowie der Praktikabilität abzulehnen.

4. Bestellung und Abberufung der Mitglieder im Verwaltungsorgan

Ansatzweise finden sich Regelungen zum Verfahren und zu den Voraussetzungen der Bestellung und Abberufung der Mitglieder des Verwaltungsorgans in Art. 43 Abs. 3 SE-VO.⁶³³

a) Zuständigkeit

Für die Bestellung der Mitglieder des Verwaltungsorgans ist grundsätzlich die Hauptversammlung zuständig.

Die Mitglieder des ersten Verwaltungsorgans können ausnahmsweise durch die Satzung der SE bestellt werden, vgl. Art. 43 Abs. 3 Satz 1 und Satz 2 SE-VO.

Daneben ergibt sich aus Art. 43 Abs. 3 Satz 3 und Art. 45 Satz 2 SE-VO, dass Mitglieder des Verwaltungsorgans zahlenmäßig auch teilweise von den Arbeitnehmern bestellt werden können. Dabei handelt es sich um Fragen der Mitbestimmung, die in der vorliegenden Arbeit jedoch grundsätzlich außen vor bleiben sollen.

Regelungen zur Zuständigkeit für die Abberufung der Mitglieder des Verwaltungsorgans fehlen in der SE-VO.

Daher ergeben sich hinsichtlich der Zuständigkeit Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers nur bezüglich der Abberufung. Dies soll unten behandelt werden;

⁶³³ Die jeweiligen persönlichen Voraussetzungen (Art. 47 SE-VO) sowie der Zeitraum (Art. 46 SE-VO) einer Organmitgliedschaft werden unten behandelt.

notwendigerweise ist jedoch vor der Frage der Zuständigkeit zunächst zu klären, ob eine Abberufung der Organmitglieder überhaupt möglich ist.

b) Bestellung

aa) Vorgaben der SE-VO

Die SE-VO weist in Art. 43 Abs. 3 Satz 1 die grundsätzliche Zuständigkeit der Bestellung der Mitglieder der Verwaltungsorgans der Hauptversammlung zu.⁶³⁴ Darüber hinaus trifft die SE-VO zu den Einzelheiten der eigentlichen⁶³⁵ Bestellung der Organmitglieder keine Regelung. Es liegt damit eine Lücke der SE-VO vor, die auch auffüllungsbedürftig ist, da die Bestellung von Organmitgliedern notwendigerweise anhand normierter Vorschriften erfolgt. Folglich greift entsprechend der Systematik der SE-VO die Generalverweisung des Art. 9 SE-VO ein, die das Recht des Sitzstaates der SE für anwendbar erklärt.

Dies ist für die SE mit Sitz in Deutschland problematisch, da das deutsche Aktienrecht eine monistische Organisationsverfassung einer Aktiengesellschaft nicht kennt. Es fehlen folglich hierzu zwangsläufig auch die notwendigen gesetzlichen Vorschriften.

bb) Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers

(1) Faktischer Zwang zu weitergehender Regelung

Das Fehlen von Regelungen zum monistischen System im deutschen Recht macht es unter Umständen erforderlich, dass der deutsche Gesetzgeber hierzu im SEAG Vorschriften erlässt.

Zwar entsteht das Regelungsbedürfnis für den deutschen Gesetzgeber nicht aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtungsnorm – insbesondere nicht in Gestalt des Art. 43 Abs. 4 SE-VO. Auch wäre das monistische Verwaltungsmodell der SE mit Sitz in Deutschland nicht verwehrt, wenn der deutsche Gesetzgeber keine weiteren Vorschriften als Ergänzung der Art. 43 bis 45

⁶³⁴ Gemäß Art. 43 Abs. 3 Satz 2 SE-VO können in Abweichung davon die Mitglieder des ersten Verwaltungsorgans auch durch die Satzung bestimmt werden.

⁶³⁵ Im Gegensatz hierzu finden sich in der SE-VO (ansatzweise) Regelungen zu den mit der Bestellung in engem Zusammenhang stehenden Fragen wie Mitgliederzahl (Art. 43 Abs. 2 SE-VO), Dauer der Amtszeit (Art. 46 SE-VO), persönliche Voraussetzungen (Art. 47 SE-VO).

SE-VO erlässt. Dennoch besteht, wie oben dargelegt, ein faktischer Zwang, Regelungen zum monistischen System zu schaffen, um den Unternehmen auch in Deutschland ein reibungslos funktionierendes und mit einem hohen Maß an Rechtssicherheit ausgestattetes monistisches Verwaltungsmodell zur Wahl zu stellen, um im Wettbewerb der Mitgliedstaaten bestehen zu können. Dies gilt umso mehr, da es – wie bereits ausgeführt – der einzelnen SE mangels ausreichender Satzungsautonomie verwehrt ist, sich ihre eigene Unternehmensstruktur ersatzweise selbst zu schaffen.⁶³⁶

Damit ist es aus Gesichtspunkten der Praktikabilität und des Wettbewerbs ratsam, dass der deutsche Gesetzgeber nähere Regelungen zur Frage der Bestellung der Mitglieder des Verwaltungsorgans trifft.

(2) Gegenstand der weitergehenden Regelung

Betrachtet man im Vergleich zu der knappen Regelung der SE-VO, die lediglich die Zuständigkeit zur Bestellung auf die Hauptversammlung überträgt, die Vorschriften des deutschen AktG, die dieses für die Bestellung der Organmitglieder im dualistischen System enthält, findet man in letzteren neben dem Entsenderecht (§ 101 Abs. 2 AktG), der Regelung zu Stellvertretern bzw. Ersatzmitgliedern (§ 101 Abs. 3 AktG) auch die Möglichkeit der gerichtlichen Bestellung (§§ 85, 104 AktG).

Es erscheint ratsam, derartige Regelungen auch entsprechend für die Bestellung der Mitglieder des Verwaltungsorgans zu treffen. Diese Normierungen haben sich im deutschen Recht bewährt. Ihre Existenz ist auch erforderlich, um die SE mit Sitz in Deutschland sinnvoll führen zu können. Würden diese Regelungen fehlen, wäre das auf die SE mit Sitz in Deutschland anwendbare Regelungswerk unvollständig, was zu Anwendungsschwierigkeiten führen würde. Als Folge davon wiederum würde die SE mit Sitz in Deutschland an Ansehen und Attraktivität verlieren. Darüber hinaus sind solche Regelungen möglicherweise unter dem Gesichtspunkt des in Art. 10 SE-VO normierten Gleichbehandlungsgebots geboten. Zwar kann man argumentieren, dass es nach deutschem Recht keine monistisch organisierte SE gebe, dennoch spricht auch etwas dafür, die Rechtsform der SE als solche zu sehen und schon insoweit eine weitgehende Gleichbehandlung zu fordern.

⁶³⁶ Zu allem siehe oben.

(3) Regelung im SEAG

Der deutsche Gesetzgeber kommt diesem Regelungsbedarf nach. Das SEAG enthält in §§ 28 Abs. 2 und 3, 30 entsprechende und an die §§ 101 Abs. 2 und 3, 104 AktG angelehnte Regelungen.

c) Abberufung

aa) Vorgaben der SE-VO

Während Art. 39 Abs. 2 SE-VO hinsichtlich der Mitglieder des Leitungsorgans deren Abberufung immerhin noch der Zuständigkeit des Aufsichtsorgans zuweist, findet sich zur Abberufung bzw. zu den Voraussetzungen der Abberufung der Mitglieder des Verwaltungsorgans überhaupt keine Regelung in der SE-VO.

So ist insbesondere fraglich, welche Regelungen gelten, sei es zur Frage der Zuständigkeit, sei es zur Frage, ob es zur Abberufung eines besonderen (wichtigen) Grundes bedarf oder ob eine Abberufung jederzeit ohne Grund möglich ist. Mangels Nennung der Abberufung als solcher könnte man schließlich der Ansicht sein, die SE-VO sei abschließend, was zur Folge hätte, dass eine Abberufung überhaupt nicht möglich sei, so dass die Mitglieder des Verwaltungsorgans allenfalls freiwillig oder durch Tod vor Ablauf der Amtszeit aus ihrem Amt ausscheiden können.⁶³⁷

Der Systematik der SE-VO folgend hätte eine Lückenhaftigkeit der verordnungsrechtlichen Regelungen grundsätzlich die Heranziehung des mitgliedstaatlichen Sitzstaatrechts zur Folge (Art. 9 SE-VO). Dies ist problematisch, da das deutsche Recht das monistische Organisationsmodell nicht kennt.

Es stellt sich jedoch zunächst die Frage, ob tatsächlich eine ausfüllungsbedürftige Regelungslücke und nicht statt dessen eine abschließende Verordnungsregelung vorliegt.

Aus der Auslegung der Verordnung ergibt sich folgendes: Der Wortlaut der SE-VO nennt zwar die Abberufung als solche nicht, trifft jedoch keine ausdrückliche Regelung dahingehend, dass eine Abberufung nicht möglich sein soll.

⁶³⁷ Nach *Hommelhoff* AG 2001, 279 ff. (283) soll jedenfalls eine freie vorzeitige Abberufung nicht möglich sein. Für eine Abberufung nur aus wichtigem Grund *Schindler*, Europäische Aktiengesellschaft, 68 f.; ebenso wohl auch *Schwarz* ZIP 2001, 1847 ff. (1855).

Betrachtet man die Entstehungsgeschichte, könnte man die Ansicht vertreten, eine vorzeitige Abberufung sei ausgeschlossen.

Nach Art. 66 Abs. 3 SE-VOV 1989 beispielsweise war die Abberufung – wie heute – gar nicht geregelt:

„... werden die Mitglieder des Verwaltungsorgans von der Hauptversammlung bestellt.“

Art. 66 Abs. 3 SE-VOV 1991 hingegen nannte die Abberufung, traf jedoch keinerlei Regelungen zu deren Einzelheiten:

„... werden die Mitglieder des Verwaltungsorgans von der Hauptversammlung bestellt und abberufen.“

Daraus ließe sich folgern, der Verordnungsgeber habe die noch in Art. 66 Abs. 3 SE-VOV 1991 enthaltene Möglichkeit der Abberufung wieder aufgehoben. Die Abstandnahme von der zwischenzeitlichen Normierung zeige, dass er die Stellung der Mitglieder des Verwaltungsorgans stärken wollte.⁶³⁸

Die Annahme einer Regelungslücke und daraus folgend die Anwendung des nationalen Sitzstaatrechts über Art. 9 SE-VO wäre zudem im Ergebnis nicht ganz stimmig. Denn so käme man sowohl bzgl. der Abberufung der Mitglieder des Leitungsorgans als auch bzgl. der Abberufung der Mitglieder des Verwaltungsorgans jeweils ergänzend über Art. 9 SE-VO zur Geltung nationalen Rechts. Und dies, obwohl die SE-VO in den maßgeblichen Vorschriften Art. 39 Abs. 2 und Art. 40 Abs. 2 einen unterschiedlichen Wortlaut hat, wohingegen der Wortlaut in SE-VOV 1991 noch übereinstimmend war.

Dennoch ist eine überhaupt nicht mehr mögliche Abberufung abzulehnen. Ein Grund, wieso die Stellung der Mitglieder des Verwaltungsorgans – zum Beispiel im Vergleich zu den Mitgliedern des Leitungsorgans im dualistischen System – gestärkt werden soll, ist nicht ersichtlich. Zudem muss es schon aus Gründen der Rechtssicherheit möglich sein, Aufsichtsratsmitglieder vorzeitig aus ihrer Funktion zu „lösen“. Sonst wäre letztlich jede Überwachungs- und auch nahezu jede Sanktionsmöglichkeit wirkungslos. So ist es etwa zwingend erforderlich, dass eine Gesellschaft die Möglichkeit hat, ein Organmitglied von seiner Funktion zu entbinden, um von der Gesellschaft Schaden abzuwenden, beispielsweise aufgrund geschäftsschädigenden Verhaltens dieser Person.

⁶³⁸ So *Schwarz*, ZIP 2001, 1847 ff. (1855); wohl auch *Schindler*, Europäische Aktiengesellschaft, 68 f.

Dies zeigt auch ein Blick in die nationalen Regelungen der verschiedenen Mitgliedstaaten, in denen das monistische System existiert. Danach ist die Möglichkeit der vorzeitigen Abberufung der Mitglieder des Verwaltungsorgans in jedem Mitgliedstaat – in der Regel sogar ohne Grund bzw. jederzeit - möglich.⁶³⁹

Es ist damit davon auszugehen, dass die SE-VO nicht abschließend und ein vorzeitige Abberufung nicht ausgeschlossen ist.⁶⁴⁰

*Schwarz*⁶⁴¹ will schon nach Art. 66 Abs. 3 SE-VOV 1991, der sogar noch die Abberufung als solche normierte, ergänzend nationales Recht heranziehen. Dies wird erst recht dann der Fall sein, wenn eine Regelung wie Art. 43 Abs. 3 SE-VO gar nichts zur Abberufung sagt.

Auch aufgrund der in der SE-VO weit verbreiteten absichtlichen Lückenhaftigkeit lässt sich schließen, dass grundsätzlich die Annahme einer Regelungslücke eines geringeren Begründungsaufwandes bedarf als die Annahme einer abschließenden Regelungslücke⁶⁴².

Möglicherweise konnte man sich auch in diesem Punkt wiederum unter den Mitgliedstaaten im Prozess des Verordnungserlasses nicht auf eine einheitliche Lösung einigen, so dass es bei der unvollständigen Verordnungsregelung geblieben ist.

Also Folge davon ist über Art. 9 SE-VO das mitgliedstaatliche Recht heranzuziehen.

bb) Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers

Gemäß der Rechtsanwendungsregel des Art. 9 SE-VO kommt damit grundsätzlich das Sitzstaatrecht der jeweiligen SE zur Anwendung. In Deutschland fehlt es jedoch an Regelungen zur monistischen Verwaltungsorganisation. Zum Erlass möglicher Regelungen in diesem Bereich kann sich der deutsche Gesetzgeber auf die Ermächtigungsnorm in Art. 43 Abs. 4 SE-VO stützen.

(1) Faktischer Zwang zur Normierung der Abberufungsmöglichkeit

Die Folge ist ein Regelungsbedarf, den der deutsche Gesetzgeber zu erfüllen hat. Zwar obliegt ihm auch hier wiederum keine rechtliche Verpflichtung zum Tätigwerden. Da aber das Fehlen

⁶³⁹ Vgl. die Übersicht bei *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 548.

⁶⁴⁰ So auch *Theisen/Hölzl* in *Theisen/Wenz* (Hrsg.), 279 f. und schon *Jaeger*, Europäische Aktiengesellschaft, 141. Dieser Ansicht ist im übrigen auch der deutsche Gesetzgeber; er sieht nämlich in § 29 SEAG eine Regelung zur Abberufung der Mitglieder der Verwaltungsorgans vor.

⁶⁴¹ In Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 1157.

⁶⁴² Siehe schon oben.

einer Regelung die SE mit Sitz in Deutschland nur schwer handhabbar macht und so im Wettbewerb der SE's in anderen Mitgliedstaaten benachteiligt, besteht auch hier für den deutschen Gesetzgeber ein faktischer Zwang, Regelungen zu schaffen. Nur so wird den Unternehmen die SE mit Sitz in Deutschland als eine moderne und leistungsfähige Rechtsform zur Verfügung gestellt.

(2) Erfordernis eines wichtigen Grundes zur Abberufung?

Es stellt sich damit die Frage, ob sich der deutsche Gesetzgeber für eine jederzeitige, grundlose Abberufungsmöglichkeit entscheiden soll oder ob zu engeren Voraussetzungen – zum Beispiel dem Erfordernis des Vorliegens eines wichtigen Grundes – zu raten ist.

(a) Entstehungsgeschichte, Wortlaut der SE-VO

Der Blick auf Entstehungsgeschichte und Wortlaut der Vorschrift helfen nicht wirklich weiter. Es lässt sich daraus weder eine Tendenz des Ordnungsgebers zur jederzeitigen, grundlosen Abberufung noch zum Erfordernis eines wichtigen Grundes als Abberufungsvoraussetzung erkennen; insbesondere sah auch Art. 62 Abs. 2 SE-VOV 1989 hinsichtlich der Mitglieder des Leitungsorgans die Möglichkeit der jederzeitigen Abberufung vor, so dass dem Ordnungsgeber diese Art der Regelung dem Grunde nach auch bewusst war und nicht anzunehmen ist, dass die Formulierung des heutigen Art. 43 Abs. 3 SE-VO versehentlich so gefasst ist.

(b) Zum Vergleich: Regelung in anderen Mitgliedstaaten

Wie die Übersicht bei Schwarz⁶⁴³ zeigt, ist in den nationalen Regelungen der Mitgliedstaaten – soweit diese das monistische Organisationsmodell kennen - die Abberufung der Mitglieder des Verwaltungsorgans in der Regel jederzeit und ohne Grund möglich.

⁶⁴³ Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 548 in Verbindung mit Rn. 547. Siehe auch Jaeger, Europäische Aktiengesellschaft, 141 f. ausführlich zu der Rechtlage in Frankreich und Großbritannien. Zu letzterer siehe auch Triebel/Hodgson/Kellenter/Müller, Rn. 724.

(c) Zum Vergleich: das deutsche AktG

Betrachtet man die Regelungen, die das deutsche Recht für das dualistische System hinsichtlich der Abberufung der Organmitglieder des Leitungs- sowie des Aufsichtsorgans trifft, so stellt man fest, dass die Abberufung der Mitglieder des Leitungsorgans nur aus wichtigem Grund möglich ist (§ 84 Abs. 3 AktG). Die Mitglieder des Aufsichtsorgans dagegen können grundsätzlich⁶⁴⁴ jederzeit und grundlos abberufen werden (§ 103 Abs. 1 AktG), wofür jedoch ein Mehrheitsbeschluss der zuständigen Hauptversammlung mit mindestens drei Viertel der abgegebenen Stimmen erforderlich ist.

Problematisch daran ist, dass im monistischen Organisationsmodell anstatt der zwei Organe Leitungs- und Aufsichtsorgan nur ein einziges Organ in Form des Verwaltungsorgans existiert. Die aus dem deutschen Recht bekannten Grundsätze zum dualistischen Systems sind damit nur eingeschränkt übertragbar.

Auffällig ist jedoch, dass die Leitung der Gesellschaft im deutschen dualistischen System aufgrund der nur bei Vorliegen eines besonderen Grundes möglichen Abberufung der Organmitglieder dem Grunde nach gefestigt und konstant ist bzw. jedenfalls sein müsste.

Im Vergleich dazu ist in den monistisch verwalteten Gesellschaften der Mitgliedstaaten die im Verwaltungsorgan angesiedelte Leitung hingegen weniger gefestigt und konstant, da die Mitglieder des Verwaltungsorgans in der Regel jederzeit und grundlos abberufen werden können. Diese unterschiedliche Regelungstechnik kann unter Umständen von bedeutendem Einfluss auf die Unternehmensführung haben.

(d) Vorschlag

Vor dem Hintergrund der in den Mitgliedstaaten grundsätzlich jederzeit und ohne Grund möglichen Abberufung der Mitglieder des Verwaltungsrats sollte sich auch der deutsche Gesetzgeber im SEAG dieser Regelungstendenz anschließen.⁶⁴⁵

⁶⁴⁴ Besonderheiten bestehen für sog. entsandte Aufsichtsratsmitglieder (§ 103 Abs. 2 AktG) und für die Möglichkeit der gerichtlichen Abberufung aus wichtigem Grund (§ 103 Abs. 3 AktG).

⁶⁴⁵ Im Ergebnis offenbar anderer Ansicht sind wohl *Theisen/Hölzl* in *Theisen/Wenz (Hrsg.)*, 247 ff. (280) mit dem Hinweis (leider nicht näher belegte) auf Empfehlungen im Rahmen der Corporate-Governance-Diskussion.

Zum einen hat sich diese Regelung in den einzelnen Mitgliedstaaten sicherlich bewährt, da sie ansonsten nicht den – beinahe ausnahmslosen - Regelfall darstellen würde.

Zum anderen ist die Entscheidung für diese Regelungsweise auch aus Gründen der einheitlichen Handhabung und Rechtsvereinheitlichung in der EU ratsam. Dies gilt insbesondere auch vor dem Hintergrund der immer weiter voranschreitenden Harmonisierung des Rechts der Mitgliedsstaaten durch verschiedene europäische Richtlinien. Für den Fall, dass künftig eine Richtlinie die Einführung des monistischen Systems auch für alle nationalen Rechtsordnungen verbindlich vorschreibt und hierzu Einzelheiten vorgibt, liegt es nahe, dass sich diese an den Vorgaben der schon praktizierten Normierungen orientieren; und das ist im konkreten Fall nun einmal die jederzeitige und grundlose Abberufungsmöglichkeit der Mitglieder des Verwaltungsorgans.

Es würde daher wenig Sinn machen, wenn der deutsche Gesetzgeber einen Sonderweg beschreiten würde, den er voraussichtlich in absehbarer Zeit wieder zu korrigieren hätte.

Hinsichtlich der Frage der Zuständigkeit zur Abberufung bietet es sich an, diese grundsätzlich auf die Hauptversammlung zu übertragen, da diese auch die Organmitglieder bestellt.⁶⁴⁶

cc) Regelung im SEAG

So bestimmt auch § 29 SEAG eine grundsätzlich jederzeitige und grundlose Möglichkeit der Abberufung der Mitglieder des Verwaltungsorgans. Zuständig soll hiernach grundsätzlich die Hauptversammlung sein.

Da, wie oben bereits angesprochen, das deutsche Aktienrecht diese Art der Regelung bereits für die Mitglieder des Aufsichtsorgans kennt, wurde § 29 SEAG weitgehend an den bekannten § 103 AktG angelehnt.⁶⁴⁷

Aus oben genannten Gründen ist diese Entscheidung auch durchaus begrüßenswert.

Die damit verbundene und oben dargelegte mögliche „Schwäche“ der weniger gefestigten und weniger konstanten Unternehmensleitung wird durch die Regelung des § 40 Abs. 5 SEAG ausgeglichen bzw. gemildert. Darin wird dem einzelnen Unternehmen durch Satzungsbestimmungen ermöglicht, von der ebenfalls jederzeit möglichen Abberufung der geschäftsführenden Direktoren – denen die Geschäftsführung obliegt (vgl. § 40 Abs. 2 SEAG,

⁶⁴⁶ So auch *Theisen/Hölzl* in *Theisen/Wenz (Hrsg.)*, 247 ff. (280).

⁶⁴⁷ Begründungen zur Vorgängervorschrift § 33 SEAGE, S. 42.

Art. 43 Abs. 1 Satz 2 SE-VO) - abzuweichen, zum Beispiel durch Festlegung bestimmter Abberufungsgründe, Mehrheiten und sonstiger Voraussetzungen für eine Abberufung.

Das bedeutet letztlich, dass jedes Unternehmen für sich entscheiden kann, wie stark die Stellung der geschäftsführenden Direktoren und damit der Leitung der Gesellschaft – jedenfalls hinsichtlich der laufenden Geschäfte – ist.

Ob dies vom deutschen Gesetzgeber so beabsichtigt ist, lässt sich insbesondere der Begründung zu § 24 SEAGE nicht entnehmen. Jedenfalls verdient diese Regelung Zustimmung.

5. Nichtigkeit und Anfechtung der Wahl der Mitglieder des Verwaltungsorgans

Es ist praktisch nahezu unvermeidbar, dass die Wahl der Mitglieder des Verwaltungsorgans in Einzelfällen mit Fehlern verschiedener Art und verschiedenen Gewichts behaftet ist.

Aus diesem Grund ist es erforderlich, dass Regelungen existieren, wie derartige Fehler rechtlich zu würdigen und zu behandeln sind.

a) Vorgaben der SE-VO

Die SE-VO enthält zu diesem Bereich keinerlei Vorschriften.

b) Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers

aa) Erfordernis einer Regelung

Aufgrund des eben beschriebenen Bedürfnisses nach einer Regelung ist der deutsche Gesetzgeber aufgefordert, diesem Regelungsbedürfnis in Anwendung seiner Befugnis aus Art. 43 Abs. 4 SE-VO nachzukommen (sog. faktischer Zwang).

bb) Anlehnung an das deutsche AktG

Hinsichtlich der zu schaffenden Regelungen bietet sich zum einen die Möglichkeit, sich danach umzuschauen, ob Rechtsordnungen anderer Mitgliedstaaten, die das monistische System bereits

kennen, derartige Regelungen treffen und ob diese gegebenenfalls für eine monistisch organisierte SE mit Sitz in Deutschland anwendbar sind.

Viel näher liegt es jedoch, die im deutschen Recht bereits existenten Vorschriften zur Nichtigkeit und Anfechtung der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern der §§ 250 bis 252 AktG auf ihre Vereinbarkeit und Brauchbarkeit für den Fall der Nichtigkeit und Anfechtung der Wahl der Mitglieder des Verwaltungsorgans zu untersuchen.

Die entsprechende Anwendbarkeit der §§ 250 bis 252 AktG hätte den Vorteil, dass sich die betreffende SE auf „bekanntem Terrain“ bewegt, was demjenigen, der des bestehenden deutschen Aktienrechts kundig ist, die Rechtsanwendung erleichtert. Zudem wird zur geforderten weitgehenden Gleichbehandlung der beiden Organisationssysteme⁶⁴⁸ beigetragen.

Das deutsche Recht mit der Einteilung der Fehler in nichtige (§ 250 AktG) und (bloß) anfechtbare (§ 251 AktG) Verstöße hat sich bewährt und ist aufgrund der Verschiedenartigkeit möglicher Gesetze- und Satzungsverletzungen als sinnvoll und fallbezogen zu bewerten.

Bleibt damit zu klären, ob die genannten Regelungen aus dem deutschen Aktiengesetz auf die monistische SE übertragen werden können.

Der Bestellung der Mitglieder des Verwaltungsorgans der SE (Art. 43 Abs. 3 Satz 1 SE-VO) ist mit der Wahl der Mitglieder des deutschen Aufsichtsrates (§ 101 Abs. 1 AktG) gemeinsam, dass beide in die Zuständigkeit der Hauptversammlung der jeweiligen Gesellschaft fallen.

Die Unterschiedlichkeiten der verwendeten Begrifflichkeiten „Bestellung“ und „Wahl“ sind in der Sache im Ergebnis ohne Bedeutung. Bei dem Begriff der „Bestellung“ handelt es sich um den Oberbegriff, während die „Wahl“ ebenso wie die „Entsendung“ Unterformen davon sind. Dies zeigt ein Blick in das deutsche Aktiengesetz, das in der Überschrift zu § 101 AktG den Begriff der „Bestellung“ verwendet; ebenso wie auch in § 101 Abs. 3 AktG für die Regelung zu Ersatzmitgliedern und (nicht möglichen) Stellvertretern sowie in der Überschrift zu § 104 AktG, der die Ergänzung des unvollständigen Aufsichtsrats durch das Gericht regelt. In § 101 Abs. 1 und §§ 250 bis 252 AktG verwendet das deutsche Recht den Begriff der „Wahl“ im Falle der Zuständigkeit des Aufsichtsrats, in § 101 Abs. 2 AktG spricht es von der „Entsendung“ von Aufsichtsratsmitgliedern durch Aktionäre.

Die SE-VO nutzt durchgängig den Oberbegriff der „Bestellung“: für die Organmitglieder im dualistischen System (vgl. Art. 39 Abs. 2, Art. 40 Abs. 2 SE-VO), auch wenn sie von den Arbeitnehmern „bestellt“ sind (Art. 42 Satz 2 SE-VO), in dem für beide Systeme geltenden

⁶⁴⁸ Dazu *Theisen/Hölzl* in *Theisen/Wenz (Hrsg.)*, 247 ff. (285), die darauf verweisen, dass nur dann, wenn beide Modellvarianten der SE vergleichbar ausgestaltet werden, zukünftig auch beide parallel verbessert und den Anforderungen der Wirtschaft angepasst werden können.

Art. 46 Abs. 1 SE-VO sowie eben auch für die Organmitglieder im Verwaltungsorgan (Art. 43 Abs. 3 SE-VO).

Es handelt sich damit in beiden Fällen, egal ob „Wahl“ gemäß §§ 101 Abs. 1, 250 bis 252 AktG oder Bestellung im Sinne des Art. 43 Abs. 3 SE-VO, um eine besondere Form eines Beschlusses der Hauptversammlung.

Zudem ist – wie obige Aufzählung der Vorschriften zeigt - weder die Bestellung noch die Wahl als solche ein Ereignis bzw. Rechtsakt, der für eine bestimmte Organisationsform einer Aktiengesellschaft typisch oder einer solchen vorbehalten ist.

Es bestehen damit dem Grunde nach keine Bedenken, die Regelungen zur Nichtigkeit und Anfechtung der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern einer deutschen Aktiengesellschaft auf die monistisch verwaltete SE mit Sitz in Deutschland zu übertragen.

Das gilt zum einen für die Fälle der Nichtigkeit der Wahl per se (§ 250 AktG) als auch zum anderen für die Möglichkeit der klageweise Geltendmachung von Gesetzes- oder Satzungsverletzungen (§ 251 AktG) einschließlich der Wirkung eines Urteils, das die Nichtigkeit der Wahl rechtskräftig feststellt (§ 252 Abs. 1 AktG) bzw. eine Wahl für nichtig erklärt (§ 252 Abs. 2 AktG).

Da beide Gesellschaftsformen hinsichtlich ihrer Voraussetzungen und Anwendungsbereiche Unterschiede aufweisen, bedarf es einer Anpassung der Vorschriften an die Vorgaben der SE-VO bzw. darauf beruhende Regelungen im SEAG. Von besonderer Bedeutung sind insoweit die mitgliedstaatenübergreifende Tätigkeit der SE sowie deren – in dem hier betrachteten Fall gewählte - monistische⁶⁴⁹ Organisationsstruktur. So sind etwa die in § 250 Abs. 1 AktG genannten Normen des deutschen Rechts durch die jeweiligen Bestimmungen des SEAG bzw. der SE-VO zu ersetzen; die persönlichen Voraussetzungen (§ 250 Abs. 1 Nr. 4 AktG) regelt beispielsweise Art. 47 Abs. 2 SE-VO.

Für die entsprechende Ausgestaltung der nationalen Regelungen für die monistische organisierte SE spricht auch Art. 53 SE-VO, der für das Abstimmungsverfahren in der Hauptversammlung das Sitzstaatrecht der SE für anwendbar erklärt. Bei der Wahl von Organmitgliedern durch die Hauptversammlung handelt es sich um eine besondere Form einer Abstimmung.

⁶⁴⁹ Auf die dualistisch organisierte SE sind die Regelungen des AktG über Art. 53 bzw. Art. 9 SE-VO anwendbar; hierzu bedarf es allenfalls einer SE-spezifischen Anwendung und / oder Auslegung. Die hier behandelten Probleme des Erlasses von Regelungen in einem deutschen SEAG treten dort nicht auf. Allgemein zur Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Beschlüssen der Hauptversammlung *Theisen/Hölzl* in *Theisen/Wenz (Hrsg.)*, 247 ff. (263).

Zwar fehlt es in Deutschland mangels Existenz des monistischen Systems an derartigen Vorschriften, so dass die Verweisung des Art. 53 SE-VO leer läuft. Doch bringt die Regelung des Art. 53 SE-VO den Willen des Verordnungsgebers zum Ausdruck, nationale Gesellschaft und SE dem Grunde nach weitgehend gleich zu behandeln. Wird demnach mittels oben befürworteter Regelung eine vergleichsweise Behandlung der beiden Gesellschaftsformen unterstützt, steht dies jedenfalls im Einklang mit dem Willen des Verordnungsgebers, selbst wenn die Gesellschaftsformen nach unterschiedlichen Verwaltungsmodellen organisiert sind.

Zu beachten ist allerdings, dass sich infolge der Umsetzung der ergänzenden Richtlinie hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE unter Umständen auch hier, insbesondere hinsichtlich der Parteifähigkeit einzelner Personen und Gruppierungen⁶⁵⁰, Auswirkungen ergeben können, die in einer Regelung in einem deutschen Ausführungsgesetz noch zu berücksichtigen sind und Änderungen bzw. Anpassungen erforderlich machen.

c) Regelung im SEAG

Das SEAG übernimmt in §§ 31 bis 33 weitgehend die Parallelvorschriften der §§ 250 bis 252 AktG bzw. verweist auf diese. Diese Vorgehensweise ist angesichts obiger Erwägungen zu befürworten.

6. Persönliche Voraussetzungen der Organmitglieder

a) Vorgaben der SE-VO

Die persönlichen Voraussetzungen der Mitglieder der verschiedenen Organe der SE werden in Art. 47 SE-VO mittels verschiedener Verweisungen auf mitgliedstaatliches Recht geregelt. Eigene Voraussetzungen werden in der SE-VO nicht festgelegt.

Nach Art. 47 Abs. 1 SE-VO können, wenn die Satzung der jeweiligen SE dies vorsieht, auch Gesellschaften oder andere juristische Personen⁶⁵² Mitglied eines Organs sein, wenn dies nach dem Sitzstaatrecht der SE zulässig ist.

⁶⁵⁰ § 250 Abs. 2 AktG.

Art. 47 Abs. 2 a) SE-VO bestimmt, dass Personen, die nach dem Recht des Sitzstaates der SE nicht Organmitglied sein können, auch die Organmitgliedschaft in der SE untersagt ist.

Ist Personen infolge einer Gerichts- oder Verwaltungsentscheidung, die in einem Mitgliedstaat ergangen ist, die Zugehörigkeit zu einem Organ einer dem Recht eines Mitgliedstaats unterliegenden Aktiengesellschaft untersagt, können sie auch nicht Mitglied eines Organs der SE sein (Art. 47 Abs. 2 b) SE-VO⁶⁵³).

Art. 47 Abs. 3 SE-VO gibt der SE die Möglichkeit, durch die Satzung für Organmitglieder, welche Aktionäre vertreten, in Anlehnung an die für Aktiengesellschaften geltenden Rechtsvorschriften des Sitzstaates der SE besondere Voraussetzungen für die Mitgliedschaft festzulegen.

Nach Art. 47 Abs. 4 SE-VO bleiben einzelstaatliche Rechtsvorschriften, die auch einer Minderheit von Aktionären oder anderen Personen oder Stellen die Bestellung eines Teils der Organmitglieder erlauben, von der SE-VO unberührt. Diese Regelung zielt vorwiegend auf Fragen der Arbeitnehmerbeteiligung und Mitbestimmung ab und fällt damit nicht in den von dieser Arbeit umfassten Bereich.

b) Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers

aa) Grundsätzliches Erfordernis einer Regelung

Da das deutsche Recht das monistische Verwaltungssystem nicht kennt, fehlen zwangsläufig auch Vorschriften, welche die persönlichen Voraussetzungen der Mitglieder des Verwaltungsorgans regeln.

Ein ordnungsgemäßes und den Bedürfnissen der Praxis gerecht werdendes Funktionieren der monistisch organisierten SE mit Sitz in Deutschland ist nur möglich, wenn Regelungen zu den

⁶⁵² Nach *Vossius* in *Widmann/Mayer*, UmwG, § 20, Rn. 401 übersetzt der deutsche Text „entité juridique“ (= Rechtsträger) falsch mit „juristische Person“, was „personnalité juridique“ wie in Art. 1 Abs. 3 SE-VO entspräche. Unter den Begriff des Rechtsträgers fallen neben natürlichen Personen und den verschiedenen Gesellschaftsformen jedoch unter anderem auch andere juristische Personen, wie Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts; vgl. *Creifelds*, Rechtswörterbuch, 1007 u. 1260. Damit kommt es auf diese Feinheiten zumindest hier nicht entscheidend an.

⁶⁵³ Zur etwas schwierigen Einordnung der Verweisung des Art. 47 Abs. 2 b) SE-VO siehe oben.

persönlichen Voraussetzungen vorhanden sind und Grenzen sowie Anforderungen an eine Organmitgliedschaft vorgegeben werden.

Der deutsche Gesetzgeber ist damit grundsätzlich faktisch gezwungen, diesbezüglich Vorschriften zu erlassen (§ 43 Abs. 4 SE-VO). Die Einzelheiten ergeben sich jeweils gesondert für die einzelnen Verweisungstatbestände des Art. 47 SE-VO.

bb) Art. 47 Abs. 1 SE-VO

In Deutschland ist eine Organmitgliedschaft für eine Gesellschaft oder für andere juristische Personen nach derzeitiger Rechtslage (§§ 76 Abs. 3, 100 Abs. 1 AktG) für die nationale Aktiengesellschaft und damit – wegen der Bezugnahme auf das Recht des Sitzstaates der SE in Art. 47 Abs. 1 SE-VO - auch für die dualistisch organisierte SE mit Sitz in Deutschland nicht möglich.

Da das deutsche Recht das monistische System nicht kennt, können die nationalen Regelungen der §§ 76 Abs. 3, 100 Abs. 1 AktG bzw. deren Grundgedanken nicht ohne weiteres auf die monistisch verwaltete SE mit Sitz in Deutschland übertragen werden. Das deutsche Recht trifft mangels Existenz dieses Verwaltungsmodells also gar keine Regelungen zur Mitgliedschaft im Verwaltungsorgan bzw. zu deren Voraussetzungen.

Will der deutsche Gesetzgeber die den §§ 76 Abs. 3 und 100 Abs. 1 AktG zugrunde liegenden Gedanken auf die monistisch organisierte SE angewandt haben, muss er im Ausführungsgesetz deren entsprechende Geltung anordnen oder eigens an das monistische System angepasste Regelungen treffen.

Die Entscheidung, ob dem deutschen Gesetzgeber zur Übertragung dieser Einschränkungen der Organmitgliedschaft auf die monistisch verwaltete SE mit Sitz in Deutschland zu raten ist, fällt schwer.

Einerseits bestehen diese Einschränkungen für die nationalen Aktiengesellschaft und folglich auch für die dualistisch verwaltete SE. Eine Nichteinführung für die SE mit in Deutschland mit monistischer Verwaltungsstruktur hätte eine Ungleichbehandlung der beiden SE-Verwaltungsmodelle zur Folge. Zwar ist die Gleichbehandlung nicht ausnahmslos zwingend geboten oder gar möglich. Doch ist im vorliegenden Fall eine differenzierte Regelung zum einen aus systemtypischen Gründen der beiden Verwaltungsmodelle nicht notwendig. Zum anderen wird

eine weitgehende Gleichbehandlung der beiden Systeme gefordert, da nur dann auch beide zukünftig parallel verbessert und den Anforderungen der Wirtschaft angepasst werden können.⁶⁵⁴ Diese Erwägung trifft hier besonders zu. Die Möglichkeit einer Organmitgliedschaft für Gesellschaften und andere juristische Personen allein in einem System wäre für die Unternehmen in der Praxis nur schwer nachvollziehbar und würde möglicherweise sogar eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung darstellen.

Zudem wären für SE's, deren Organstellungen (teilweise) durch Gesellschaften oder andere juristische Personen besetzt sind – wenn man diese Möglichkeit als zulässig unterstellt –, die Bedingungen für einen Systemwechsel erschwert. Dies gilt sowohl bei einem Wechsel des Verwaltungssystems als auch bei einem Wechsel der Gesellschaftsform von deutscher Aktiengesellschaft zur SE oder umgekehrt.

Andererseits stellt sich die Frage, ob die Untersagung der Organmitgliedschaft für Gesellschaften und andere juristische Personen, insbesondere aus rechtspraktischen Bedürfnissen, noch zeitgemäß ist.⁶⁵⁵ So sind heute die Verflechtungen und Konstruktionen verschiedener Gesellschaften und Gesellschaftsformen untereinander in der Praxis um ein Vielfaches höher und von größerer Bedeutung als noch vor einigen Jahren. Die zahlenmäßige Verteilung der am Wirtschaftsleben beteiligten Rechtssubjekte hat sich immer weiter entfernt von der natürlichen Person und statt dessen in Richtung Gesellschaften und juristische Personen verlagert. Auch andere europäische Rechtsordnungen, wie die französische oder die niederländische, sehen Varianten einer solchen Möglichkeit der Organmitgliedschaft vor.⁶⁵⁶

Will man eine derartige Erweiterung demnach entsprechend der Idee des Art. 47 Abs. 1 SE-VO für die monistisch organisierte SE mit Sitz in Deutschland zulassen, indem man die Geltung der Einschränkungen der §§ 76 Abs. 3, 100 Abs. 1 AktG auf diese nicht anordnet, hätte dies vor dem Hintergrund der geforderten Gleichbehandlung sowohl der beiden Verwaltungssysteme als auch von nationaler Aktiengesellschaft und SE zwangsläufig die Änderung der §§ 76 Abs. 3, 100 Abs. 1 AktG zu Folge.⁶⁵⁷

⁶⁵⁴ *Theisen/Hözl* in *Theisen/Wenz* (Hrsg.), 247 ff. (285).

⁶⁵⁵ So im Ergebnis auch *Hommelhoff* AG 2001, 279 ff. (283) und *Schwarz* ZIP 2001, 1847 ff. (1855).

⁶⁵⁶ Näher *Thoma/Leuring* NJW 2002, 1449 ff. (1451); *Hommelhoff* AG 2001, 279 ff. (283). Eine Übersicht über die Rechtslage in allen Mitgliedstaaten findet sich bei *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 548.

⁶⁵⁷ Dieser Problembereich ist als ein Fall der Inkongruenz einzuordnen. Dazu hinsichtlich der formellen Anforderungen schon oben. Zum hier behandelten Fall siehe auch nochmals unten.

Die Verweisungen des Art. 47 Abs. 2 a) und b) SE-VO ordnen unter Bezugnahme auf das mitgliedstaatliche Recht weitere persönliche Voraussetzungen einer Organmitgliedschaft an.

Mangels Existenz des monistischen Systems im deutschen Recht fehlt es insoweit an Anknüpfungspunkten der Verweisungen. Es ist dem deutschen Gesetzgeber jedoch anzuraten, Regelungen zu persönlichen Voraussetzungen zu treffen. Es sind verschiedene Fälle denkbar, in denen eine Organmitgliedschaft einer Person nicht ermöglicht werden sollte, zum Beispiel bei bestimmten früheren Verfehlungen oder Verurteilungen sowie aufgrund der Inhaberschaft einer bestimmten Stellung in einem Unternehmen oder unter Umständen bei Vorliegen einer Beteiligung an einem solchen.

Ein Fehlen derartiger Vorschriften würde den Standort Deutschland für monistisch verwaltete SE's im Wettbewerb mit Mitgliedstaaten mit attraktiveren und praxisgerechteren Regelungen benachteiligen. Wie oben erörtert, kann sich die jeweilige SE aufgrund fehlender Satzungsautonomie auch nicht damit behelfen, sich Bestimmungen diesbezüglich selbst zu schaffen – was zudem im Vergleich zu einer gesetzlichen Regelung aus Sicht der Marktteilnehmer eine weniger rechtssichere und vertrauensschaffende Alternative darstellen würde. Deshalb besteht für den deutschen Gesetzgeber insoweit ein faktischer Zwang zum Regelungserlass.

Inhalt und Gegenstand der weiteren persönlichen Voraussetzungen einer Mitgliedschaft im Verwaltungsorgan sollen im folgenden geklärt werden. Dabei gilt es insbesondere die Besonderheit zu beachten, dass das Verwaltungsorgan im monistischen System einziges Organ ist und ihm aufgrund seiner Doppelfunktionalität sowohl die Leitungs- als auch die Überwachungsfunktion zukommt.

(1) Zum Vergleich: Regelung in anderen Mitgliedstaaten

In Frankreich beispielsweise muss ein Mitglied des Verwaltungsorgans Aktionär sein. Diese Regelung beruht noch auf der Vorstellung der Selbstorganschaft und soll das Interesse an der ordnungsgemäßen Verwaltung der Gesellschaft steigern.⁶⁵⁸

Das Prinzip der Selbstorganschaft ist in der heutigen Form der deutschen Aktiengesellschaft wie auch nach den Vorgaben der SE-VO nicht mehr aktuell, sondern statt dessen vielmehr vom Prinzip der Fremdorganschaft abgelöst. Außerdem könnte man gegen den Besitz von Aktien

⁶⁵⁸ Jaeger, Europäische Aktiengesellschaft, 140 m. w. N.

eines Mitglieds des Verwaltungsrats an der (mit)verwalteten Gesellschaft anführen, dass bei dessen Handeln möglicherweise nicht das Wohl der Gesellschaft, sondern das eigene (wirtschaftliche) Interesse als Aktionär im Vordergrund stehe. Deshalb ist das Erfordernis, Aktionär zu sein, nicht als zwingend zu betrachten.

Weiterhin finden sich im französischen Recht Regelungen zu einer Altersbegrenzung, zur Anzahl der Verwaltungsratsmandate oder zum Ausschluss bestimmter Straffälliger.⁶⁵⁹

Während sich über die Aussagekraft der Festlegung einer Altersbegrenzung streiten lässt, sind Regelungen zur Anzahl der Verwaltungsratsmandate und zum Ausschluss bestimmter Straffälliger sicherlich zu begrüßen. Hierfür sprechen Erwägungen wie ausreichend zur Verfügung stehende Zeit und hinreichende Einsatzbereitschaft hinsichtlich der Unternehmensführung und des Unternehmenswohls sowie notwendige Seriosität der Tätigkeit.

In Großbritannien findet sich ebenfalls eine Altersbegrenzung; danach dürfen Mitglieder des Verwaltungsorgans nicht älter als 70 Jahre sein.⁶⁶⁰

Daneben sind Personen, die bestimmte Wirtschaftsdelikte begangen, Vorschriften über die Registeranmeldung bzw. die Bilanzen verletzt oder eine Gesellschaft in Konkurs geführt haben, für die Dauer einer gerichtlichen Untersagung von der Organschaft im Verwaltungsorgan ausgeschlossen.⁶⁶¹

Diese insgesamt begrüßenswerten Bestimmungen dienen sämtlich einer ordnungsgemäßen Unternehmensführung und dem Schutz des Unternehmens.

(2) Zum Vergleich: das deutsche AktG

Das deutsche Recht enthält aufgrund des Fehlens von Regelungen zum monistischen System zwangsläufig auch keine Bestimmungen zur Mitgliedschaft im Verwaltungsorgan.

Ein Blick in die Vorschriften zur Mitgliedschaft in Vorstand (§ 76 Abs. 3 AktG) zeigt, dass hier Personen, die wegen bestimmten Straftaten verurteilt sind oder denen durch gerichtliches Urteil oder vollziehbare Entscheidung einer Verwaltungsbehörde die Ausübung einer bestimmten (unter Umständen branchenbezogenen) Tätigkeit (vorübergehend) untersagt ist, nicht Mitglied des Vorstands einer Aktiengesellschaft sein können.

⁶⁵⁹ Jaeger, Europäische Aktiengesellschaft, 140 m. w. N.

⁶⁶⁰ Triebel/Hodgson/Kellenter/Müller, Rn. 720.

⁶⁶¹ Triebel/Hodgson/Kellenter/Müller, Rn. 721.; M. w. N. Jaeger, Europäische Aktiengesellschaft, 140.

Daneben können nicht voll geschäftsfähige Personen oder Betreute, die bei der Besorgung ihrer Vermögensangelegenheiten ganz oder teilweise einem Einwilligungsvorbehalt im Sinne des § 1903 des Bürgerlichen Gesetzbuchs unterliegen, weder Mitglied des Vorstand noch des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft sein (§§ 76 Abs. 3, 100 Abs. 1 AktG).

Für die Mitgliedschaft im Aufsichtsrat bestehen schließlich Vorschriften über eine Begrenzung der Aufsichtsratsmandate sowie Regelungen im Falle der Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter anderer Gesellschaften (§ 100 Abs. 2 AktG).

Zu beachten ist allerdings, dass die deutschen Vorschriften auf das dualistische Verwaltungsmodell zugeschnitten sind. Es lässt sich jedoch ebenfalls eine zumindest teilweise Übereinstimmung mit den Grundgedanken und Tendenzen der oben für die monistisch organisierten Gesellschaften in Frankreich und Großbritannien erkennen.

(3) Vorschlag/Ergebnis

Dem deutschen Gesetzgeber obliegt es nun, die wesentlichen Anforderungen an die Mitgliedschaft in einer monistisch organisierten SE mit Sitz in Deutschland zu normieren.

Dabei bietet es sich an, sich hinsichtlich der Tendenzen und Grundgedanken einer Regelung zunächst an den oben dargelegten mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen zu orientieren, die auf das monistische System zugeschnitten sind. Daneben dürfen aber auch die deutschen Vorgaben nicht gänzlich außer acht gelassen werden, da diese gerade für das gesamte deutsche Rechtssystem konzipiert sind und dessen Anforderungen widerspiegeln. Letzteres trifft insbesondere auf die Vorgaben des deutschen Mitbestimmungsrechts zu.

Im Ergebnis sind damit insbesondere Regelungen zur Anzahl der Verwaltungsratsmitgliedschaften, der Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter in einer anderen Gesellschaft sowie zur Untersagung der Organmitgliedschaft für bestimmte Straffällige und bei Vorliegen eines Tätigkeitsverbots erforderlich.

Die Einzelheiten der Regelung im deutschen Ausführungsgesetz sollten sich nach Prüfung ihrer Vereinbarkeit mit den Eigenheiten des monistischen Verwaltungsmodells soweit wie möglich an Wortlaut und Inhalt der bestehenden deutschen Vorschriften anpassen. Diese einheitliche

Regelung erleichtert die Rechtsanwendung und dient der bereits mehrfach angesprochenen Forderung des Gleichlaufs der beiden Verwaltungssysteme.

(4) Art. 47 Abs. 3 SE-VO

Die Vorschrift setzt nach ihrem Wortlaut „geltendes“ Recht für nationale Aktiengesellschaften voraus. Im deutschen Recht fehlt es an Regelungen zum sog. Aktionärsvertreter als Organmitglied bisher gänzlich, also sowohl für das dem deutschen Recht bekannte dualistische Verwaltungssystem als auch für das nicht geregelte monistische System.

Insoweit ist kein praktisches Bedürfnis nach Regelungen ersichtlich, weshalb auf die Einführung von Vorschriften zum Aktionärsvertreter als Organmitglied verzichtet werden kann. Die *Regierungskommission Corporate Governance* hat im Rahmen ihrer Tätigkeit die Frage erörtert, ob bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen Vertreter von Aktionärsvereinigungen zur Wahl zum Aufsichtsrat vorgeschlagen werden oder deren Wahl sogar durch Änderung des Wahlverfahrens sichergestellt werden müssen.⁶⁶² Dabei handelt es sich um ein mit dem Regelungsgehalt des Art. 47 Abs. 3 SE-VO eng verzahntes Problemfeld. Während Art. 47 Abs. 3 SE-VO die Vertretung der Aktionäre durch Organmitglieder direkt anspricht, liegt den Erörterungen der *Regierungskommission Corporate Governance* durch Zwischenschaltung von Aktionärsvereinigungen eine mittelbare Vertretung der Aktionäre zugrunde. Letztlich betreffen damit beide Fälle die Vertretung der Aktionäre.

Die *Regierungskommission Corporate Governance* hat sich nach Auseinandersetzung mit dieser Frage in Anbetracht der hierzu bestehenden Einwände und Bedenken gegen entsprechende Empfehlungen zur Einführung einer diesbezüglichen Regelung im deutschen Recht ausgesprochen.⁶⁶³

c) Regelung im SEAG

Zusätzlich zu den verordnungsrechtlichen Vorgaben in Art. 47 SE-VO⁶⁶⁴ normiert der deutsche Gesetzgeber in § 27 SEAG die persönlichen Voraussetzungen der Mitgliedschaft im Verwaltungsrat.

⁶⁶² Vgl. *Regierungskommission Corporate Governance*, Bericht Rn. 50.

⁶⁶³ Siehe *Regierungskommission Corporate Governance*, Bericht Rn. 50.

⁶⁶⁴ Zur Durchsetzung der gesetzlichen Bestellungshindernisse enthält § 42 Abs. 2 SEAG eine inhaltlich an § 81 Abs. 3 AktG angelehnte Vorschrift; zum Regelungszweck des § 81 Abs. 3 AktG *Hüffer*, AktG § 81, Rn. 1.

Er lehnt sich dabei in § 27 Abs. 1 SEAG an § 100 Abs. 2 AktG an und greift die für Aufsichtsratsmitglieder geltenden Einschränkungen auf. Zur Begründung führt er an, dass diese Einschränkungen für den Verwaltungsrat ebenso wie für den Aufsichtsrat gelten sollen, da die Mitglieder des Verwaltungsrats gegenüber den geschäftsführenden Direktoren⁶⁶⁵ eine vergleichbare Aufsichtsfunktion haben wie im dualistischen System der Aufsichtsrat gegenüber dem Vorstand.⁶⁶⁶

Die Regelung des § 27 Abs. 1 SEAG ist hinsichtlich ihres Inhalts und der zugehörigen Begründung sicherlich zutreffend und insoweit nicht zu beanstanden

Übersehen wird jedoch, dass dem Verwaltungsrat und seinen Mitglieder neben der Überwachung auch die Aufgabe der Unternehmensleitung zukommt. Nach Art. 43 Abs. 1 SE-VO führt das Verwaltungsorgan die Geschäfte der SE. Selbst im Falle der Übertragung der laufenden Geschäfte auf Geschäftsführer⁶⁶⁷ bleibt die Letztverantwortung/Oberleitung und Leitungsverantwortung beim Verwaltungsorgan (§ 22 Abs. 1 Satz 1 SEAG).⁶⁶⁸

Da das deutsche SEAG keine Vorschriften beinhaltet, die an die Person als solche beziehungsweise an ihre Persönlichkeit Anforderungen stellen, ist es sowohl bestimmten Straffälligen als auch Personen, denen die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit (vorübergehend) untersagt ist, nach den Ausführungsvorschriften möglich, Mitglied des Verwaltungsrates einer monistisch verwalteten SE mit Sitz in Deutschland zu werden. Regelungen diesbezüglich sind, wie oben dargelegt, jedoch zum Schutz der Gesellschaft, der Aktionäre und des gesamten Wirtschaftslebens zwingend erforderlich.

Auffällig ist auch folgendes: Das SEAG ordnet in § 40 Abs. 1 Satz 4 die entsprechende Geltung des § 76 Abs. 3 AktG für Dritte, d. h. für solche Personen, die nicht Mitglied des Verwaltungsrates sind, an, wenn diese zu geschäftsführenden Direktoren bestellt werden. Werden jedoch Mitglieder des Verwaltungsrates zu geschäftsführenden Direktoren bestellt, gelten für diese die Einschränkungen im Sinne des § 76 Abs. 3 AktG nach derzeitiger Rechtslage nicht, da diese, wie eben dargelegt, bei der Bestellung zum Mitglied des Verwaltungsrates gerade nicht geprüft werden. Diese Ungleichbehandlung lässt sich nicht erklären.

⁶⁶⁵ Näher zu den geschäftsführenden Direktoren und ihrer durch den SEAGE zugeordneten Funktion in einer monistisch organisierten SE mit Sitz in Deutschland unten.

⁶⁶⁶ Begründungen zur Vorgängervorschrift § 22 SEAGE, S. 39.

⁶⁶⁷ Diese werden im SEAG als geschäftsführende Direktoren bezeichnet, § 40 SEAG.

⁶⁶⁸ *Neye/Teichmann* AG 2003, 169 ff. (177); Begründungen zur Vorgängervorschrift § 21 SEAGE, S. 37 f.

Zudem ist es nicht nachvollziehbar, wieso geschäftsführende Direktoren (zum Teil) einer solchen Prüfung unterzogen werden sollen, die Mitglieder des Verwaltungsrates hingegen nicht; dabei obliegt diesen doch die Entscheidungsbefugnis für die Geschäfte von außergewöhnlicher Art und von besonderer Bedeutung für die Gesellschaft, während die geschäftsführenden Direktoren lediglich die laufenden Geschäfte führen (§ 40 Abs. 2 Satz 1 SEAG), für die schließlich die Letztverantwortung sogar noch beim Verwaltungsrat liegt (Art. 43 Abs. 1 SE-VO).

Der deutsche Gesetzgeber sollte deshalb - etwa in Anlehnung an § 76 Abs. 3 AktG – derartige persönliche Voraussetzungen gesetzlich fixieren. Dass dies für das monistische System ebenso von Bedeutung ist wie für das dualistische zeigt der Blick in die nationalen Regelungen in Frankreich und Großbritannien.

Das Bedürfnis einer Normierung besteht insbesondere, um den Gleichlauf mit dem deutschen Recht zu erreichen, auch für die gesetzmäßige Untersagung der Organmitgliedschaft für nicht voll geschäftsfähige Personen (§§ 76 Abs. 3 Satz 1, 100 Abs. 1 Satz 1 AktG) und Betreute im oben beschriebenen Sinne (§ 76 Abs. 3 Satz 2 AktG).

Eine dem §§ 76 Abs. 3 Satz 1, 100 Abs. 1 Satz 1 AktG vergleichbare Vorschrift, welche die Organmitgliedschaft nur natürlichen Personen untersagt, fehlt für die monistisch verwaltete SE mit Sitz in Deutschland. Es besteht damit eine Ungleichbehandlung zum einen gegenüber der dualistisch organisierten SE mit Sitz in Deutschland, für die dieses Verbot über Art. 9 SE-VO zur Anwendung kommt und zum anderen gegenüber der nationalen deutschen Aktiengesellschaft.

Diese Ungleichbehandlungen verstoßen zwar streng genommen weder gegen das Diskriminierungsverbot in Erwägungsgrund (5) zur SE-VO noch gegen das Gleichbehandlungsgebot des Art. 10 SE-VO. Jedoch können, wie oben bereits erwähnt und erläutert, dualistisches und monistisches System nur parallel verbessert und den Anforderungen der Wirtschaft angepasst werden, wenn beide Modelle der SE vergleichbar ausgestaltet sind.⁶⁶⁹ Eine solche Differenzierung, wie sie derzeit im SEAG enthalten ist, ist nicht nachvollziehbar und wird den Bedürfnissen der Unternehmenspraxis, etwa im Zusammenhang mit dem Wechsel des Verwaltungsmodells oder der Gesellschaftsform, nicht gerecht.

Deshalb sollte der deutsche Gesetzgeber diese Frage in den Ausführungsvorschriften einheitlich regeln. Dazu sollte er entweder die Einschränkungen des dualistischen Systems auf das

⁶⁶⁹ *Theisen/Hölzl in Theisen/Wenz (Hrsg.), S. 247 ff. (285).*

monistische übertragen oder diese auch im deutschen Recht – und damit auch für die dualistisch verwaltete SE mit Sitz in Deutschland, abschaffen.⁶⁷⁰

7.Rechtsverhältnisse der Mitglieder des Verwaltungsrats

a) Vergütung

aa) Vorgaben der SE-VO

Die SE-VO enthält hierzu keine Vorschriften, insbesondere keine gesonderte Ermächtigungsnorm.

bb) Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers

Der deutsche Gesetzgeber sollte hierzu – gestützt auf die Generalbefugnisnorm für das monistische System in Art. 43 Abs. 4 SE-VO - eine Regelung treffen. Dies führt zu Rechtssicherheit. Außerdem bietet eine rechtliche Grundlage die Voraussetzungen für eine einheitliche Behandlung dieser Frage.

Es wird deshalb geraten, im SEAG klarzustellen, dass Verwaltungsratsmitgliedern eine Vergütung gewährt werden kann. Aufgrund der funktionalen Aufgabenteilung in der monistischen SE bietet es sich an, die entsprechende Geltung der Vergütungsregelung für Aufsichtsratsmitglieder (§ 113 Abs. 1 Satz 1 AktG) anzuordnen.⁶⁷¹

Im übrigen sprechen auch Gründe dafür, die gesamte Regelung des § 113 AktG entsprechend auf die monistische SE anzuwenden. Denn es gilt zu berücksichtigen, dass die Mitglieder des Verwaltungsrats im Vergleich zu den Aufsichtsratsmitgliedern weitreichendere Aufgaben (zum Beispiel Oberleitung der Gesellschaft und Letztverantwortung) und damit auch ein größeres Haftungsrisiko haben. Es liegt deshalb nahe, dass die Gewährung einer Vergütung für die

⁶⁷⁰ Es handelt sich bei diesem Problem um einen Fall der Inkongruenz. Dazu hinsichtlich der formellen Anforderungen schon oben. Zum hier behandelten Fall siehe auch nochmals unten.

In den Niederlanden steht juristischen Personen sowohl der Weg in den Vorstand als auch in den Aufsichtsrat offen; in Frankreich müssen Vorstandsmitglieder im dualistischen System natürliche Personen sein; so *Jaeger*, Europäische Aktiengesellschaft, 150.

⁶⁷¹ Im Ergebnis ebenso *Theisen/Hölzl* in *Theisen/Wenz (Hrsg.)*, 247 ff. (280).

Mitglieder des Verwaltungsrats in der Praxis der Regelfall wird und dass diese Vergütung nicht selten höher bemessen ist als bei Mitgliedern des Aufsichtsrats. Eine Regelung zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger und der Aktionäre vor überhöhten Bezügen ist deshalb erforderlich. Da die Regelung des § 113 Abs. 1 Satz 3 AktG hinsichtlich der Höhe der Vergütung unter anderem auf die Aufgaben der Organmitglieder abstellt, kann auf diese Weise ein unterschiedlicher Aufgabenanfall nach Art, Ausmaß und Bedeutung berücksichtigt werden. Eine inhaltlich gesonderte Regelung für die Mitglieder des Verwaltungsrats ist nicht erforderlich.

Um weiterhin auch die innere Ordnung der Gesellschaft zu bewahren und diese vor einer „Selbstbedienung“ durch die Verwaltungsratsmitglieder zu schützen, ordnet § 113 Abs. 1 Satz 2 AktG an, dass die Vergütung in der Satzung festzusetzen oder durch die Hauptversammlung zu bewilligen ist. Dieser Gedanke ist auch auf die SE übertragbar.

cc) Regelung im SEAG

Das SEAG ordnet in § 38 Abs. 1 die entsprechende Geltung des § 113 AktG an, der die Vergütung der Aufsichtsratsmitglieder regelt. Das ist angesichts der Rollenverteilung im monistischen System konsequent und aufgrund obiger Erwägungen zu begrüßen.

b) Kreditgewährung

aa) Vorgaben der SE-VO

Die SE-VO enthält auch hierzu keine Regelung oder Ermächtigungsvorschrift. Mögliche Vorschriften in einem deutschen Ausführungsgesetz sind damit ebenfalls auf die Generalbefugnisnorm für das monistische System in Art. 43 Abs. 4 SE-VO zu stützen.

bb) Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers

Um Missbräuchen im Zusammenhang mit der Kreditgewährung entgegenzuwirken, sollte der deutsche Gesetzgeber auch hier eine Regelung treffen.

Es bietet sich wiederum an, die Vorschrift aus dem Aktiengesetz für die Mitglieder des Aufsichtsrats (§ 115 AktG) zu übernehmen. § 115 AktG ist zudem auch mit der entsprechenden Regelung für Vorstandsmitglieder (§ 89 AktG) weitgehend übereinstimmend. So findet auch der Aspekt Berücksichtigung, dass dem Verwaltungsrat in der monistischen SE die Oberleitung und Letztentscheidungsbefugnis obliegen, was möglicherweise auf Kreditgeschäfte Einfluss haben kann.

Dabei stellt sich jedoch folgendes Problem, welches letztlich eine Anpassung des § 115 AktG notwendig macht:

§ 115 AktG gestattet die Kreditgewährung an Aufsichtsratsmitglieder nur mit Einwilligung des Aufsichtsrats. Das bedeutet, dass der Aufsichtsrat dem Vertrag zwischen dem einzelnen Aufsichtsratsmitglied als Kreditnehmer und der Gesellschaft – vertreten durch den Vorstand – zustimmen muss. Es handelt sich damit bei der Kreditgewährung um einen gesetzlich normierten Fall eines zustimmungspflichtigen Geschäfts ähnlich dem § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG.

Überträgt man diese Vorschrift nun auf die monistisch verwaltete SE, fragt es sich, ob die geschäftsführenden Direktoren – quasi anstelle des Vorstands – handeln und mit dem Verwaltungsratsmitglied den Kreditvertrag abschließen dürfen. Ohne Zweifel muss die Gesellschaft beim Vertragsschluss vertreten werden. Gemäß § 41 Abs. 1 SEAG vertreten die geschäftsführenden Direktoren die Gesellschaft und gemäß § 40 Abs. 2 Satz 1 SEAG führen sie die Geschäfte der Gesellschaft. Da jedoch Art. 43 Abs. 1 Satz 2 SE-VO allein die Übertragung der laufenden Geschäfte auf die geschäftsführenden Direktoren gestattet, kann auch § 40 Abs. 2 SEAG trotz der nach dem Wortlaut weitergehenden Fassung nicht über die Vorgaben der Verordnung hinaus gehen.

Es stellt sich damit die Frage, ob die Kreditgewährung an Mitglieder des Verwaltungsrats ein laufendes Geschäft ist.

Allein die Tatsache, dass in der dualistischen Gesellschaft die Zuständigkeit zum Vertragsschluss in den Aufgabenbereich des Vorstands fällt, kann nicht dazu führen, dass in der monistisch organisierten SE die Geschäftsführer zuständig sind. In der dualistischen AG sind sämtliche Leitungs- und Geschäftsführungsaufgaben dem Vorstand als Leitungsorgan übertragen. In der monistischen SE dagegen fallen die Leitungs- und Geschäftsführungsaufgaben zunächst in die Zuständigkeit des Verwaltungsrates. Die Führung der laufenden Geschäfte wird schließlich auf die Geschäftsführer übertragen, die Oberleitung verbleibt beim Verwaltungsrat.

Im deutschen Recht ist gemäß § 115 AktG⁶⁷² zwingend die Einwilligung des Aufsichtsrates erforderlich. Daraus lässt sich schließen, dass der deutsche Gesetzgeber diesem Fall mehr Bedeutung beimisst als den „normalen“ zustimmungsbedürftigen Geschäften des § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG, die von jeder Gesellschaft bzw. jedem Aufsichtsrat selbst als solche eingeordnet werden können. Dieser Aspekt ließe sich als Argument dafür anführen, die Kreditgewährung an Mitglieder des Verwaltungsrats nicht mehr in die Kategorie der laufenden Geschäfte einzuordnen.

Andererseits ist die Kreditgewährung als solche im AktG überhaupt nicht geregelt. Kredite an außenstehende Dritte kann der Vorstand einer AG damit ohne nähere Voraussetzungen und insbesondere ohne Beteiligung des Aufsichtsrates gewähren. Dabei gilt es aber wiederum zu berücksichtigen, dass in der dualistischen AG der Vorstand umfassend für die Führung sämtlicher Geschäfte zuständig ist und da die Interessen der Gesellschaft, des Aufsichtsrates, seiner Mitglieder im einzelnen und der Aktionäre nicht speziell berührt werden, eine besondere Schutzvorschrift zu deren Gunsten nicht notwendig ist.

Betrachtet man das SEAG, fällt auf, dass dort zahlreiche einzelne Aufgaben den geschäftsführenden Direktoren ausdrücklich zugewiesen sind. Die Kreditgewährung ist jedoch nicht genannt.

All diese Erwägungen bringen letztendlich nicht die gewünschte Klarheit. Schließlich kommt es für die Einordnung einer Tätigkeit als laufendes Geschäft entscheidend darauf an, in welchen Branchen und Geschäftsfeldern eine Gesellschaft (schwerpunktmäßig) tätig ist. So ist die Kreditgewährung für eine im Bankgewerbe tätige Gesellschaft derart üblich, dass diese Art von Geschäften von jedem Angestellten ab einer bestimmten Beschäftigungsstufe getätigt werden dürfen. Ganz anders ist dies hingegen beispielsweise in Industrieunternehmen.

Welche Geschäfte bzw. welche Art von Geschäften für eine Gesellschaft der laufenden Geschäftsführung zugeordnet werden können, ergibt sich damit für jede Gesellschaft nach den konkreten Umständen. Eine allgemeingültige Bestimmung des Merkmals „laufend“ ist nicht möglich.

Fällt demnach die Kreditgewährung als solche unter die laufenden Geschäfte, sind die Geschäftsführer auch für die Kreditgewährung an Mitglieder des Verwaltungsrats zuständig. Um Missbräuchen durch unangemessene Beeinflussung einzelner Verwaltungsratsmitglieder durch großzügige Gewährung von Krediten entgegenzuwirken, sollte in diesen Fällen jedenfalls die Zustimmung des Verwaltungsrates gefordert werden.

⁶⁷² Ebenso ist das im Falle der Kreditgewährung an Mitglieder des Vorstands, § 89 AktG.

Handelt es sich um eine Gesellschaft, bei der die Kreditgewährung nicht zur laufenden Geschäftsführung gehört, verbleibt die Zuständigkeit beim Verwaltungsrat. Diesem obliegt demnach schon die originäre Entscheidungsbefugnis und nicht bloß ein Zustimmungsrecht. Den Vertrag zur Kreditgewährung schließen auf Seiten der Gesellschaft jedoch die Geschäftsführer kraft der ihnen zukommenden Vertretungsmacht ab. Der vorab erforderliche ausdrückliche Beschluss des Verwaltungsrates stellt eine Beschränkung der Vertretungsmacht im Sinne des § 44 Abs. 2 SEAG dar; bei den unter Umständen vom Verwaltungsorgan gemachten Vorgaben handelt es sich um Anweisungen nach § 44 Abs. 2 SEAG.

Fraglich ist, wie diese Differenzierung im deutschen Ausführungsgesetz umgesetzt werden soll. Für die Fälle, in denen lediglich eine Zustimmung des Verwaltungsrats erforderlich ist, kann – wie im Rahmen des SEAG mehrfach erfolgt – auf die Regelung im deutschen AktG für die entsprechende Situation mit Beteiligung von Aufsichtsratsmitgliedern verwiesen werden (§ 115 AktG).⁶⁷³ Jedoch sollte dieser Verweis auf die Fälle der laufenden Geschäftsführung beschränkt sein, während ansonsten klarstellend ein ausdrücklicher Beschluss des Verwaltungsorgan zu fordern ist (vgl. Art. 48 Abs. 1 SE-VO). Ergänzend sollte verlangt werden, die Einordnung der Kreditgewährung in die Kategorie der laufenden oder der außergewöhnlichen Geschäfte vor dem Hintergrund der Branchenzugehörigkeit der jeweiligen Gesellschaft satzungsmäßig festzulegen.

cc) Regelung im SEAG

§ 38 Abs. 2 Variante 1 SEAG ordnet die entsprechende Geltung des § 115 AktG an. Das ist im Hinblick auf oben aufgezeigte Problematik nicht ausreichend. Zwar sind die Vorschriften des deutschen Aktienrechts, die auf die SE Anwendung finden zunächst SE-spezifisch auszulegen. Auf diesem Weg kommt man aber nicht zwangsläufig zu obiger Differenzierung.⁶⁷⁴

Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang vor allem die Tatsache, dass eine ausdrückliche gesetzliche Regelung dem insoweit vorliegenden Schutzbedürfnis besser gerecht wird als eine (vage) Auslegung. Es wird deshalb geraten, die dargestellte Differenzierung, dass die Kreditgewährung je nach Fallgestaltung ein Geschäft der laufenden Geschäftsführung oder in die Zuständigkeit des Verwaltungsrates fällt, im SEAG zum Ausdruck zu bringen.

⁶⁷³ Ohne die hier vorgenommene Differenzierung *Theisen/Hözl* in *Theisen/Wenz (Hrsg.)*, 247 ff. (280).

⁶⁷⁴ Man könnte unter Umständen auch die Möglichkeit erörtern, ob im monistischen System gar die Zustimmung der Hauptversammlung erforderlich ist, weil der aus dem dualistischen System bekannte Kontrollmechanismus zwischen den zwei Organen Vorstand und Aufsichtsrat im monistischen Modell gerade fehlt und so die Gefahr besteht, dass sich Mitglieder des Verwaltungsrats durch Kreditgewährungen gegenseitig begünstigen.

c) Sonstige Verträge

aa) Vorgaben der SE-VO

Mangels Regelungen in der SE-VO muss der deutsche Gesetzgeber für den Erlass von Vorschriften in einem deutschen SEAG wiederum auf Art. 43 Abs. 4 SE-VO zurückgreifen.

bb) Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers

Da beim Abschluss sonstiger Verträge mit Mitgliedern des Verwaltungsorgans Besonderheiten auftreten können, sollte auch hier näher über die Notwendigkeit spezieller Regelungen nachgedacht werden.

Von Bedeutung sind im deutschen Aktienrecht insbesondere Dienst- oder Werkverträge, zu denen § 114 AktG eine eigene Regelung trifft. Diese Regelung, von der typischerweise Beratungsverträge erfasst werden, bezweckt, die unsachliche Beeinflussung von Aufsichtsratsmitgliedern durch den vertragschließenden Vorstand zu verhindern. Der Vorstand als überwachtes Organ soll Mitglieder des Aufsichtsorgans nicht hinter dem Rücken und nicht ohne Billigung des Aufsichtsrates honorieren. Deshalb fordert § 114 AktG zur Wirksamkeit des Vertrages und für das Behaltendürfen einer gewährten Vergütung die Zustimmung des Aufsichtsrates.⁶⁷⁵

Die Situation im Verwaltungsorgan einer monistischen Gesellschaft ist dem vergleichbar. Der deutsche Gesetzgeber sollte deshalb für die monistische SE mit Sitz in Deutschland im SEAG eine entsprechende Regelung vorsehen. Der für die Kreditgewährung notwendigen Differenzierung bedarf es für die sonstigen Verträge nicht. Der Abschluss von Werk- oder Dienstverträgen, insbesondere sogenannter Beratungsverträge, fällt als solcher grundsätzlich⁶⁷⁶ in die laufende Geschäftsführung, unabhängig von der Branchenzugehörigkeit der einzelnen Gesellschaft. Wird ein solcher Vertrag nun nicht mit einem beliebigen Dritten, sondern mit einem Mitglied des Verwaltungsorgans abgeschlossen, so ändert dies nichts an der grundsätzlichen Einordnung des Vertragsschlusses als laufendes Geschäft.

⁶⁷⁵ Hüffer, AktG § 114, Rn. 1.

⁶⁷⁶ Etwas anderes kann sich unter Umständen aus dem Umfang eines derartigen Vertrages ergeben. Dann führt aber nicht die Art des Vertrages, sondern dessen Ausmaß zu der Außergewöhnlichkeit des Geschäfts, wodurch schließlich die Entscheidungszuständigkeit des Verwaltungsorgans mittels ausdrücklichen Beschlusses begründet wird.

Die Beteiligung eines Organmitgliedes stellt jedoch eine besondere Situation dar, in der die übrigen Organmitglieder, die Gesellschaft wie auch die Aktionäre zu schützen sind.

Dem kann durch das eben beschriebene Zustimmungserfordernis des Verwaltungsorgans zum Vertragschluss Rechnung getragen werden. Der deutsche Gesetzgeber sollte deshalb die entsprechende Anwendung des § 114 AktG im Ausführungsgesetz anordnen.⁶⁷⁷

cc) Regelung im SEAG

Das SEAG sieht in § 38 Abs. 2 Variante 2 die entsprechende Anwendung des § 114 AktG vor. Dem ist zuzustimmen.

8. Wettbewerbsverbot

a) Vorgaben der SE-VO

Die SE-VO macht hierzu keine Vorgaben.

b) Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers

Man könnte daran denken, für die Mitglieder des Verwaltungsrats ein Wettbewerbsverbot entsprechend § 88 AktG zu normieren,⁶⁷⁸ und zwar unabhängig davon, ob sie zugleich die Position eines Geschäftsführers inne haben.

Dem Verwaltungsrat steht die Oberleitungskompetenz der Gesellschaft zu; ihm obliegt also das Leitungsrecht als solches (§ 22 Abs. 1 Satz 1 SEAG). Die starke Stellung des Verwaltungsrats zeigt sich schließlich auch in dem Weisungsrecht gegenüber den Geschäftsführern (§ 44 Abs. 2 SEAG), während die Geschäftsführer letztlich „nur“ die laufende Geschäftsführung für den Verwaltungsrat ausführen, von dem sie abhängig sind. Da das Verwaltungsorgan damit in der monistischen SE dem Grunde nach die Leitungsfunktion inne hat, sind seine Mitglieder insoweit in einer ähnlichen Funktion wie die Vorstandsmitglieder einer deutschen Aktiengesellschaft, für die § 88 AktG ein Wettbewerbsverbot normiert.

⁶⁷⁷ Im Ergebnis ebenso *Theisen/Hölzl* in *Theisen/Wenz (Hrsg.)*, 247 ff. (280).

⁶⁷⁸ Zum Wettbewerbsverbot der Geschäftsführer siehe unten.

§ 88 AktG verbietet Vorstandsmitgliedern grundsätzlich den Betrieb eines Handelsgewerbes, das Geschäftemachen im Geschäftszweig der Aktiengesellschaft sowie die Tätigkeit als Vorstandsmitglied, Geschäftsführer oder persönlich haftender Gesellschafter einer Offenen Handelsgesellschaft (OHG) oder Kommanditgesellschaft (KG). Bezweckt ist in erster Linie der Schutz der Aktiengesellschaft vor anderweitigem Einsatz der Arbeitskraft ihrer Vorstandsmitglieder, in zweiter Linie der Schutz vor Wettbewerbshandlungen.⁶⁷⁹ Auf die Situation in der monistischen SE übertragen würden diese Einschränkungen und Verbote die Rechte und Möglichkeiten der Verwaltungsorganmitglieder beschneiden.

Vor dem Hintergrund der Oberleitungskompetenz lässt sich sicherlich an die Normierung eines Wettbewerbsverbotes für die Mitglieder des Verwaltungsorgans denken. Betrachtet man jedoch die tatsächliche Situation, wird die Tätigkeit der Verwaltungsorganmitglieder nach Art und Umfang wohl eher derjenigen der Aufsichtsratsmitglieder einer deutschen Aktiengesellschaft gleichen.

Die Verbote und Einschränkungen des § 88 AktG gehen dafür zu weit. In der Regel werden es die Geschäftsführer sein, die das gesamte Tagesgeschäft der SE ohne Beteiligung des Verwaltungsorgans erledigen. Einer Regelung nach dem Vorbild des § 88 AktG, welche die Gesellschaft vor anderweitigem Einsatz ihrer Organmitglieder schützen will, bedarf es damit für die Mitglieder des Verwaltungsorgans einer monistischen SE mit Sitz in Deutschland nicht. Schließlich soll, wie oben schon dargestellt, den Mitgliedern des Verwaltungsorgans – wie nach internationalem Standard üblich – die Mitgliedschaft in mehreren Verwaltungs- oder Aufsichtsorganen möglich sein (§ 27 SEAG). Ein Wettbewerbsverbot nach dem Vorbild des § 88 AktG passt dazu nicht und würde die Mitgliedschaft in einem Verwaltungsorgan weniger attraktiv machen. Zudem werden die Verwaltungsorgane mit einer Mitgliederzahl ähnlich den deutschen Aufsichtsräten besetzt sein, so dass die Regelung eine große Anzahl von Personen betreffen würde. All das würde sich in der Praxis eher nachteilig für die Unternehmen auswirken, anstatt Vorteile zu bringen.

Anders sieht es wiederum mit dem wettbewerbsrechtlichen Schutzzweck aus. Insoweit stellt sich die Situation aufgrund der Oberleitungskompetenz des Verwaltungsorgans gerade abweichend von derjenigen des allein mit Überwachungsfunktion ausgestatteten Aufsichtsrates der deutschen Aktiengesellschaft dar. Die Mitglieder des Verwaltungsorgans können selbst in die Leitung der Gesellschaft eingreifen und das Verwaltungsorgan kann aufgrund der

⁶⁷⁹ Hüffer, AktG § 88, Rn. 1.

Oberleitung jede Entscheidung, die es für wesentlich hält, an sich ziehen,⁶⁸⁰ während in der dualistischen Gesellschaft das Aufsichtsorgan allein dann an der Entscheidung beteiligt ist, wenn es sich um ein zustimmungsbedürftiges Geschäft handelt (Art. 48 SE-VO, § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG).

Zum Schutz der Gesellschaft wird deshalb geraten, in den Ausführungsvorschriften ein allein an die Mitgliedschaft im Verwaltungsorgan gebundenes Wettbewerbsverbot aufzunehmen.

Diese muss jedoch gemäß dem allein bezweckten Schutz vor Wettbewerbshandlungen auf den Geschäftszweig bzw. die Branchenzugehörigkeit der jeweiligen SE begrenzt werden und darf nicht grundsätzlich den Betrieb eines Handelsgewerbes oder die Tätigkeit als Mitglied eines Leitungs- bzw. Verwaltungsorgans, Geschäftsführer oder persönlich haftendes Gesellschafter einer anderen Gesellschaft verbieten.⁶⁸¹

c) Regelung im SEAG

Das SEAG regelt kein an die Mitgliedschaft im Verwaltungsorgan geknüpftes Wettbewerbsverbot.

Etwaige wettbewerbsrechtliche Verfehlungen der Mitglieder des Verwaltungsrates müssten damit gegebenenfalls über die Grundsätze zur allgemeinen Treuepflicht gelöst werden. Wie die Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat unterliegen auch die Mitglieder des Verwaltungsrates organschaftlichen Treuebindungen, die je nach Einzelfall unterschiedlich stark ausgeprägt sind. Eine solche auf außergesetzlichen Grundlagen gründende Heranziehung zur Verantwortung hat jedoch gegenüber einem ausdrücklich normierten Wettbewerbsverbot den Nachteil geringerer Rechtsklarheit und Rechtssicherheit.

Vor dem Hintergrund oben angestellter Erwägungen sollte deshalb über ein Wettbewerbsverbot der beschriebenen Art nachgedacht werden. Ob er deutsche Gesetzgeber diesbezüglich Überlegungen angestellt hatte, ist insbesondere aus den Begründungen zum SEAGE nicht ersichtlich.

⁶⁸⁰ So *Neye/Teichmann* AG 2003, 169 ff. (179) im Zusammenhang mit § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG.

⁶⁸¹ Gegen die Normierung eines Wettbewerbsverbotes sprechen aber wiederum die Grundsätze einer freien Berufs- und Unternehmensführung.

9. Innere Ordnung, Teilnahme an Sitzungen, Einberufung und Beschlussfassung im Verwaltungsorgan

a) Vorgaben der SE-VO

Art 45 SE-VO enthält Regelungen zur Wahl des Vorsitzenden des Verwaltungsorgans; die Besetzung dieser Position wird damit von der Verordnung vorausgesetzt. Das kommt auch in Art. 50 Abs. 2 SE-VO zum Ausdruck, wonach dem Vorsitzenden eines jeden Organs bei Pattsituationen im Rahmen von Mehrheitsentscheidungen eine ausschlaggebende Rolle zugesprochen wird.⁶⁸²

Aus dieser ausdrücklichen Formulierung ergibt sich auch, dass – wie im deutschen Recht (§ 77 Abs. 1 Satz 2 HS 2 AktG) -⁶⁸³ dem Vorsitzenden des Organs kein Entscheidungsrecht gegen die Mehrheit der übrigen Organmitglieder eingeräumt werden kann.⁶⁸⁴

Zur Sitzungshäufigkeit des Verwaltungsorgans trifft Art. 44 Abs. 1 SE-VO eine Regelung. Danach tritt das Verwaltungsorgan in den durch die Satzung bestimmten Abständen, mindestens jedoch alle drei Monate, zusammen. Art. 50 SE-VO regelt Beschlussfähigkeit und Beschlussfassung und lässt insoweit in Abs. 2 und 3 ausdrücklich Regelungen in der Satzung der Gesellschaft zu.

b) Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers

Die Vorschriften der SE-VO zu diesen Bereichen sind sehr knapp gehalten. Zwar hat jede Gesellschaft die Möglichkeit, durch die Satzung ergänzende Regelungen zu treffen, doch sollte der deutsche Gesetzgeber ein Mindestmaß an Vorgaben im Ausführungsgesetz selbst machen, um so die Grundstrukturen einheitlich zu gestalten und ein gewisses Maß an Rechtsicherheit gewährleisten zu können.

⁶⁸² *Theisen/Hölzl in Theisen/Wenz (Hrsg.)*, 247 ff. (279).

⁶⁸³ In Deutschland erhielt nach früherem Recht (§ 70 Abs. 2 Satz 2 AktG 1937) ein Vorstandsmitglied, das vom Aufsichtsrat zum Vorsitz des Vorstands ernannt wurde, das Recht, bei Meinungsverschiedenheiten im Vorstand gegen die Meinung der übrigen Vorstandsmitglieder allein zu entscheiden. Das Recht stand ihm nur dann nicht zu, wenn die Satzung es ausdrücklich ausgeschlossen hatte. Diese Regelung wurde mittlerweile beseitigt. Ein souveränes Entscheidungsrecht eines Vorstandsmitglieds degradiert die übrigen Mitglieder zu bloßen Hilfskräften und ist wegen des möglichen Machtmissbrauchs für die Gesellschaft äußerst gefährlich. Es kann deshalb weder einem noch mehreren Vorstandsmitgliedern das Recht zur alleinigen Entscheidung gegen die Mehrheit der übrigen Vorstandsmitglieder eingeräumt werden; *Gefßler/Hefermehl/Eckardt/Kropf*, AktG §§ 76 – 147, 1973, § 77 Rn. 9.

⁶⁸⁴ So für das Leitungsorgan bzw. dessen Vorsitzenden *Theisen/Hölzl in Theisen/Wenz (Hrsg.)*, 247 ff. (267). Aufgrund der beim Verwaltungsorgan verbleibenden Oberleitung muss der Grundsatz, dass Leitungsentscheidungen nach dem Prinzip der Gesamtleitung zu treffen sind, auch hier gelten. Ausführlich gegen eine zu starke Stellung des Vorstandsvorsitzenden *Hoffmann-Becking NZG* 2003, 745 ff.

aa) Innere Ordnung

Die SE-VO enthält keine Regelungen zur Vertretung des Vorsitzenden des Verwaltungsorgans. Um jedoch einen ordnungsgemäßen Geschäftsgang in dem Organ auch dann zu gewährleisten, wenn der Vorsitzende verhindert ist, sollte der deutsche Gesetzgeber insoweit eine Regelung treffen. So sind dem Vorsitzenden zum Beispiel besondere Aufgaben übertragen, die auch im Falle seiner Verhinderung wahrgenommen werden müssen; zu denken ist etwa an die Pflicht zur Einberufung des Verwaltungsrates im Falle des § 37 Abs. 1 SEAG.

Es bietet sich hier dem Grunde nach wiederum eine Anlehnung an die Vorschriften für den Aufsichtsrat der deutschen Aktiengesellschaft (§ 107 Abs. 1 AktG) an. Dabei muss jedoch berücksichtigt werden, dass der Verwaltungsrat auch aus nur einer Person bestehen kann (Art. 43 Abs. 2 SE-VO, § 23 SEAG) und diese damit zwangsläufig zugleich die Position und Aufgaben des Vorsitzenden wahrzunehmen hat, während sich Regelungen zur Stellvertretung erübrigen.

Im Vergleich zum deutschen Recht (§ 107 Abs. 2 AktG) fehlt in der SE-VO auch eine Regelung, welche die Anfertigung einer Niederschrift über die Sitzungen des Verwaltungsorgans vorsieht. Diese sogenannte Protokollpflicht hat Beweisfunktion und trägt die gesetzliche Vermutung, dass beschlossen wurde wie protokolliert.⁶⁸⁵ Dem deutschen Gesetzgeber wird empfohlen, im Ausführungsgesetz auch eine dem § 107 Abs. 2 AktG entsprechende Regelung für die SE vorzusehen.

Um für kleine Gesellschaften einen zu großen Formalismus zu vermeiden, wird diskutiert,⁶⁸⁶ dass die Protokollpflicht dann nicht gelten sollte, wenn der Verwaltungsrat aus nur einer Person besteht. Erörtert wird in diesem Zusammenhang dann eine Regelung, wie sie § 48 Abs. 3 GmbHG für Beschlüsse des Alleingeschafters vorsieht. Dieser Vorschlag wird hier so verstanden, dass die eine Person, die den Verwaltungsrat bildet, die Protokollierung nicht zwingend gleichzeitig mit der Beschlussfassung vollziehen muss – wie dies § 107 Abs. 2 AktG verlangt –, sondern entsprechend der Regelung des § 48 Abs. 3 GmbHG nachholen kann, indem unverzüglich nach der Beschlussfassung eine Niederschrift aufgenommen wird.

Diese Überlegung erscheint zweckmäßig, da der Weg bis der Beschluss endgültig gefasst ist, in der Regel oft ein anderer sein wird als in Organen mit mehreren Mitgliedern; beispielhaft genannt seien hier nur die Vorarbeiten zur Vorbereitung des Beschlussthemas, die häufig nicht durch alle Beschließenden gemeinsam erfolgen wird, oder die Diskussionen und Erörterungen

⁶⁸⁵ So Hüffer, AktG § 107, Rn. 13.

⁶⁸⁶ Begründungen zu § 38 SEAGE, S. 43.

der Beschließenden vor der Abstimmung. Außerdem weisen Entscheidungen bei Beteiligung mehrerer Personen ein zahlenmäßiges Ergebnis und nicht bloß ein „ja“ oder „nein“ aus, was es aus Gründen der Rechtssicherheit und Beweisbarkeit zeitgleich zu protokollieren gilt. In einem Organ, das sich aus einer einzigen Person zusammensetzt, bestehen diese Bedürfnisse nicht. Hinzu kommt, dass in einer monistisch verwalteten Gesellschaft das Verwaltungsorgan (neben der Hauptversammlung) einziges Organ ist und das für das dualistische Modell typische Zusammenwirken und Ineinandergreifen der Tätigkeiten von Leitungsorgan einerseits und Aufsichtsorgan andererseits nicht gegeben ist.

Es wird jedoch vertreten, dass die durch § 48 Abs. 3 GmbHG angeordnete Niederschrift nur Beweisfunktion habe und diese Vorsorge auch der eigenen Verantwortung des Verwaltungsrats überlassen werden könne.⁶⁸⁷

Dem ist nicht zuzustimmen. Statt dessen wird hier befürwortet, Gesellschaften, deren Verwaltungsrat nur aus einer Person besteht, von der Protokollierungspflicht in Form des § 107 Abs. 2 AktG zu entbinden und ihr die Erleichterung des § 48 Abs. 3 GmbHG zu gestatten. Die Ansicht, die auch eine entsprechende Geltung des § 48 Abs. 3 GmbHG ablehnt, stützt sich darauf, dass die durch § 48 Abs. 3 GmbHG angeordnete Niederschrift nur Beweisfunktion habe. Dies überzeugt nicht. Auch die in § 107 Abs. 2 AktG normierte Protokollpflicht hat lediglich Beweisfunktion.⁶⁸⁸ Zudem besagt die Tatsache, dass das Verwaltungsorgan einer SE nur aus einer Person besteht, nicht zugleich dass an dieser Gesellschaft keine weiteren Personen als Aktionäre beteiligt sind, die es zu schützen gilt. Schützenswert sind weiterhin die geschäftsführenden Direktoren, von denen es auch in der Gesellschaft, in welcher der Verwaltungsrat aus nur einer Person besteht, mindestens einen gibt (§ 40 Abs. 1 Satz 2 HS 2 SEAG).

Sinn und Zweck eines Protokolls ist es nicht nur, gegenüber den anderen Organmitgliedern eine Beweisurkunde zur Hand zu haben, sondern auch im Verhältnis mit Aktionären unnötige Feststellungs- und Anfechtungsprozesse zu vermeiden und wo es zu solchen Problemen kommt, die Prozessführung auch im Interesse der Gesellschaft zu erleichtern.⁶⁸⁹ Außerdem gilt es, auch außenstehende Dritte, die mit der Gesellschaft in geschäftlichen Beziehungen stehen, vor nicht nachvollziehbaren Beschlüssen und Beschlussfassungen zu schützen.

Der deutsche Gesetzgeber sollte deshalb für die monistische SE mit Sitz in Deutschland, deren Verwaltungsorgan nur aus einer Person besteht, eine (erleichterte) Protokollierungspflicht nach dem Vorbild des § 48 Abs. 3 GmbHG vorsehen.

⁶⁸⁷ So Begründungen zu § 38 SEAGE, S. 43.

⁶⁸⁸ Hüffer, AktG § 107, Rn. 13.

⁶⁸⁹ Ähnlich Schmidt in Scholz, GmbHG, § 48 Rn. 38.

Ebenso trifft die SE-VO keine Regelungen zur Bestellung von Ausschüssen. Diese Möglichkeit ist im deutschen Recht (§ 107 Abs. 3 AktG) vorgesehen und in der Praxis anerkannt. Die Bestellung von Ausschüssen dient vor allem der Vorbereitung und Ausführung von Aufsichtsratsbeschlüssen (§ 107 Abs. 3 Satz 1 AktG), Beschlussfassungen durch Ausschüsse sind hingegen nur begrenzt möglich (§ 107 Abs. 3 Satz 2 AktG). Der Aufsichtsrat kann Ausschüsse nur „aus seiner Mitte“ bestellen; Mitglied von Ausschüssen kann danach nur sein, wer Aufsichtsratsmitglied ist. Im deutschen Recht können also weder Satzung noch Hauptversammlung bestimmen, dass der Aufsichtsrat Ausschüsse zu bilden hat oder nicht zu bilden hat.⁶⁹⁰ Dies ist auch zweckmäßig. Die Ausschüsse sollen zum einen die Arbeit des Aufsichtsrates effektiver und qualitativ hochwertiger machen, indem sie im kleinen und gegebenenfalls mit den für die spezielle Frage sachkundigen Personen besetzten Kreis überwiegend Beschlüsse vorbereiten und ausführen. Zum anderen bringt die Aufgabenverteilung auf Ausschüsse eine Entlastung des Aufsichtsrates mit sich, da sich nicht das gesamte Organ mit jeder einzelnen Aufgabe befassen muss. Da es sich bei den Aufgaben, die im deutschen Aktienrecht den Ausschüssen übertragen werden, um ureigenste Aufgaben des Aufsichtsrates handelt und demnach von seinen Mitgliedern wahrzunehmen sind, können Außenstehende nicht Ausschussmitglied sein.

Die Möglichkeit der Ausschussbestellung bringt beachtliche Vorteile mit sich, die der monistisch organisierten SE mit Sitz in Deutschland nicht verwehrt sein sollen. Dies gilt gerade für größere SE's, deren Verwaltungsorgan mit zahlreichen Mitgliedern besetzt ist.

Es erscheint deshalb ratsam, die Zulässigkeit der Bestellung von Ausschüssen im Ausführungsgesetz vorzusehen und nähere Regelungen zu treffen. Es bietet sich auch hier wiederum eine Übertragung der Vorschriften des deutschen Aktienrechts an.

Schließlich sollte im Ausführungsgesetz eine Regelung zum Erlass einer Geschäftsordnung für das Verwaltungsorgan getroffen werden. Die SE-VO macht dazu keine Vorgaben. Auch das deutsche Aktienrecht trifft diesbezüglich für den Aufsichtsrat keine gesetzliche Regelung, setzt die Geschäftsordnung aber als zulässig voraus (vgl. § 82 Abs. 2 AktG). Die Geschäftsordnung ist ein wesentliches Instrument der Selbstorganisation des Aufsichtsrates,⁶⁹¹ weshalb dieses Instrument auch dem Verwaltungsrat zur Verfügung stehen sollte. Der deutsche Gesetzgeber sollte – jedenfalls aus Gründen der Klarstellung – hierzu im Ausführungsgesetz eine Regelung treffen, wonach es zulässig ist, dass sich das Verwaltungsorgan einer monistischen SE mit Sitz in Deutschland eine Geschäftsordnung geben kann. Die Erlasskompetenz des Verwaltungs-

⁶⁹⁰ So Hüffer, AktG § 107, Rn. 16.

⁶⁹¹ So Hüffer, AktG § 107, Rn. 23.

organs ergibt sich aus der Einordnung der Geschäftsordnung als Instrument der Selbstorganisation. Hinsichtlich der Einzelheiten einer Norm im Ausführungsgesetz kann § 77 Abs. 2 AktG als Vorbild dienen, wo Regelungen zur Geschäftsordnung des Vorstands getroffen werden. Wie der Vorstand ist auch das Verwaltungsorgan Kollegialorgan und muss Beschlüsse über die Geschäftsordnung einstimmig fassen (§ 77 Abs. 2 Satz 3 AktG).⁶⁹² Zudem haben Satzungsbestimmungen Vorrang und können Einzelfragen der Geschäftsordnung bindend regeln. Das lässt sich mit der Zuständigkeit des Satzungsgebers bzw. der Hauptversammlung für die Grundlagengeschäfte der Gesellschaft begründen (Art. 59 SE-VO).

bb) Teilnahme an Sitzungen und Einberufung des Verwaltungsorgans

Um einen ordnungsgemäßen Ablauf von Sitzungen des Verwaltungsorgans zu gewährleisten, sollte der deutsche Gesetzgeber auch hierfür nähere Regelungen im Ausführungsgesetz treffen. Dies gilt insbesondere für die Teilnahme an Sitzungen und die Einberufung des Verwaltungsorgans.⁶⁹³ Zur Ergänzung der Bestimmungen zur Zulässigkeit der Bildung von Ausschüssen sollte auch insoweit die Sitzungsteilnahme geregelt werden.

Aufgrund der funktionalen Vergleichbarkeit von Aufsichtsrat und Verwaltungsorgan kann wiederum auf die Vorschriften des deutschen Aktienrechts (§§ 109, 110 AktG) zurückgegriffen werden. Die Sitzungshäufigkeit wird allerdings schon durch Art. 44 Abs. 1 SE-VO vorgegeben, so dass sich eine Anwendung von § 110 Abs. 3 AktG erübrigt.

cc) Beschlussfassung

Hinsichtlich Beschlussfassung und Beschlussfähigkeit lässt Art. 50 Abs. 1 und 2 SE-VO ausdrücklich Regelungen in der Satzung zu. Diese Satzungsfreiheit hätte nach Art. 9 Abs. 1 b) SE-VO Vorrang vor eventuellen Ausführungsbestimmungen des nationalen Gesetzgebers. Unklar ist allerdings, ob Art. 50 SE-VO von seinem Regelungsbereich her sämtliche Fragen der Beschlussfassung regeln will. Denn Art. 50 SE-VO regelt nur die Quoren für Beschlussfähigkeit und Beschlussfassung. Gemeint ist daher offenbar, dass die Satzung auch

⁶⁹² Anders ist dies im deutschen Aufsichtsrat, in dem das Gesamtprinzip eines Kollegialorgans nicht gilt; *Hüffer*, AktG § 107, Rn. 23. Zum Gesamtprinzip des Vorstands *Hüffer*, AktG § 77, Rn. 6 und 19.

⁶⁹³ Art. 67a Abs. 2 SE-VOV 1991, der zu dieser Frage noch Regelungen enthielt, wurde in der SE-VO nicht übernommen.

abweichende Quoren bestimmen dürfe. Ob damit hingegen Satzungsfreiheit bezüglich der Regelung einer Beschlussfassung im Schriftwege oder durch technische Kommunikationsmittel eröffnet wird, erscheint zweifelhaft. Immerhin könnte dies in den Worten, die Mitglieder müssten „anwesend“ oder „vertreten“ sein, mit enthalten sein. Dann müsste man der Satzung auch zugestehen, zu regeln, was unter „Anwesenheit“ und „Vertreten sein“ zu verstehen ist.⁶⁹⁴

Der deutsche Gesetzgeber könnte daher zur Sicherheit die Regelung des Art. 108 Abs. 4 AktG entsprechend übernehmen. Danach sind hinsichtlich der Beschlussfassung im Aufsichtsrat andere Regelungen durch die Satzung oder die Geschäftsordnung des Aufsichtsrates zulässig. Entsprechend der oben dargestellten Funktionsteilung im monistischen System passt diese Vorschrift aus dem Bereich Aufsichtsrat zu der Situation im Verwaltungsorgan einer SE mit Sitz in Deutschland. Damit haben die Gesellschaften im Ergebnis Rechtssicherheit, diese Frage in der Satzung regeln zu dürfen.⁶⁹⁵

Um eine Annäherung zum deutschen Akteinrecht⁶⁹⁶ zu erreichen, bietet es sich an, auch die Regelungen zur Vertretung abwesender Aufsichtsratsmitglieder durch sog. Stimmboten (§ 108 Abs. 3 AktG) für die Mitglieder des Verwaltungsorgans der SE zu übernehmen. Aufgrund der funktionalen Trennung im monistischen Organisationsmodell besteht auch hier wiederum eine vergleichbare Interessenlage, so dass die Vorschriften problemlos übernommen werden können.⁶⁹⁷

c) Regelung im SEAG

Das SEAG lehnt sich für die Bereiche Innere Ordnung, Teilnahme an Sitzungen, Einberufung und Beschlussfassung im Verwaltungsorgan unter Berücksichtigung der Vorgaben der SE-VO in den §§ 34 bis 37 weitgehend an die Vorschriften des deutschen Aktiengesetzes an und

⁶⁹⁴ Begründungen zu § 41 SEAGE, S. 44.

⁶⁹⁵ So im Ergebnis auch Begründungen zu § 41 SEAGE, S. 44.

⁶⁹⁶ In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass das Diskriminierungsgebot in Erwägungsgrund (5) zur SE-VO und das Gleichbehandlungsgebot des Art. 10 SE-VO unmittelbar nur vergleichbare Verwaltungsmodelle betreffen und somit mangels Existenz des monistische Systems im nationalen deutschen Aktienrecht hier nur von geringer Bedeutung sind. Es ist jedoch anzunehmen, dass der deutsche Gesetzgeber in absehbarer Zeit das monistische System wohl auch für die nationale Aktiengesellschaft einführen und sich dabei weitgehend an den Vorschriften zum dualistischen System orientieren wird. Damit ist eine Übertragung der bisherigen Vorschriften aus dem deutschen Recht auf die monistische nationale Aktiengesellschaft wahrscheinlich. Dies würde dann im nachhinein zwangsläufig den Anwendungsbereich von Diskriminierungsverbot und Gleichbehandlungsgebot eröffnen. Es ist deshalb zweckmäßig, die Ausführungsvorschriften insgesamt an das bestehende nationale Aktienrecht anzupassen. Zudem ist auch – unabhängig vom Verwaltungsmodell – ein Gleichlauf von nationalem Aktienrecht und SE-Recht aus Anwendungsgesichtspunkten erstrebenswert.

⁶⁹⁷ Ein Übernahme des Art. 108 Abs. 2 AktG ist wegen der Vorgaben des Art. 50 SE-VO zur Beschlussfähigkeit nicht erforderlich.

entspricht im Wesentlichen den eben gemachten Darstellungen zum Regelungsbedürfnis diesbezüglich.

Hinsichtlich der Protokollpflicht in Gesellschaften, deren Verwaltungsorgan nur aus einer Person besteht, verzichtet der deutsche Gesetzgeber allerdings davon abweichend auf eine Protokollpflicht. Die Erleichterung nach dem Vorbild des § 48 Abs. 3 GmbHG wird zwar diskutiert, letztendlich aber doch nicht vorgesehen.

Im monistischen System besteht die Möglichkeit, Verwaltungsratsmitglieder zu geschäftsführenden Direktoren zu bestellen. Aus dieser Personalunion kann sich ein Konflikt ergeben, wenn es um Beschlüsse des Verwaltungsrats geht, die Weisungen an die geschäftsführenden Direktoren beinhalten oder diese in sonstiger Weise persönlich und unmittelbar betreffen.⁶⁹⁸ Der deutsche Gesetzgeber hat diese Problematik in § 35 Abs. 3 SEAG berücksichtigt.⁶⁹⁹

10. Sorgfaltspflicht und Haftung

a) Vorgaben der SE-VO

In Art. 51 SE-VO wird bestimmt, dass sich die Haftung der Mitglieder des Verwaltungsorgans nach nationalen Vorschriften bemisst.

b) Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers

Für die monistisch verwaltete SE mit Sitz in Deutschland könnte in einem deutschen Ausführungsgesetz somit pauschal auf § 93 AktG verwiesen werden, weil die Haftung der Vorstandsmitglieder unmittelbar und die Haftung der Aufsichtsratsmitglieder einer deutschen Aktiengesellschaft durch Verweis (§ 116 AktG) in § 93 AktG geregelt ist.⁷⁰⁰ Es gilt damit im Ergebnis ein und dieselbe Regelung zugleich für die Mitglieder des Leitungsorgans wie auch für die Mitglieder des Aufsichtsorgans. Dies wird auch der Interessenlage im Verwaltungsorgan

⁶⁹⁸ So Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 27.10.2004, BT-Drucksache 15/4053, Seite 59, zu § 35 Abs. 3 – neu – SEAG.

⁶⁹⁹ Näher hierzu siehe unten im Zusammenhang mit den Ausführungen zum Vertretungsrecht.

⁷⁰⁰ *Theisen/Hözl* in *Theisen/Wenz (Hrsg.)*, 247 ff. (281).

gerecht, dessen Mitglieder als solche – also unabhängig von einer möglichen Bestellung zum Geschäftsführer - aufgrund der mit der Einführung von Geschäftsführern verbundenen funktionalen Trennung hauptsächlich überwachend tätig sind, wegen der beim Verwaltungsorgan verbleibenden Letztverantwortung und Oberleitung aber auch Leitungsfunktionen wahrnehmen. Es muss damit beim Erlass einer gesetzlichen Haftungsregelung insoweit nicht differenziert werden.

Daneben lässt eine auf § 93 AktG verweisende Regelung genügend Spielraum für eine individuelle und an der konkreten Aufgabenstellung orientierte Haftung der Mitglieder des Verwaltungsorgans.⁷⁰¹

c) Regelung im SEAG

Das SEAG ordnet in § 39 für die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit die entsprechende Geltung des § 93 AktG an. Nach den Begründungen zur Vorgängervorschrift § 43 SEAGE⁷⁰² soll die Verwendung des Wortes „entsprechend“ an Stelle von „sinngemäß“ wie in § 116 AktG keine inhaltliche Änderung bedeuten, sondern lediglich der Vereinheitlichung der im SEAG verwendeten Terminologie dienen.

IV. Die Funktion des Geschäftsführers

Der deutsche Gesetzgeber führt – wie oben bereits dargelegt - die Funktion des Geschäftsführers unter der Bezeichnung geschäftsführender Direktor ein (§ 40 Abs. 1 Satz 1 SEAG).

Zur näheren Ausgestaltung dieser Funktion, insbesondere ihrer Aufgabenbereiche sowie ihrer Rechte und Pflichten bedarf es weiterer Regelungen.

1. Vorgaben der SE-VO

Die SE-VO gibt in Art. 43 Abs. 1 Satz 2 SE-VO dem nationalen Gesetzgeber die Möglichkeit, für die SE mit Sitz in seinem Hoheitsgebiet zur Führung der laufenden Geschäfte die Funktion des Geschäftsführers einzuführen. Da sich diese Vorschrift mangels Existenz des monistischen

⁷⁰¹ Begründungen zu § 43 SEAGE, S. 44. Im Ergebnis ebenso *Teichmann* ZGR 2002, 383 ff. (452).

⁷⁰² S. 44.

Systems im deutschen Recht, wie oben dargelegt, nicht an den deutschen Gesetzgeber wendet, gelten die Grundsätze dieser Norm insoweit „nur“ mittelbar über die Generalermächtigung für das monistische Verwaltungsmodell in Art. 43 Abs. 4 SE-VO.

Nähere Regelungen zu den Rechten und Pflichten der Geschäftsführer trifft die Verordnung nicht. Dies bleibt dem nationalen Gesetzgeber bzw. der Satzung der jeweiligen Gesellschaft überlassen. Die Befugnis für diese Ausgestaltungsfragen der Position des Geschäftsführers ergibt sich aufgrund des Sachzusammenhangs mit der Einführung der Geschäftsführerfunktion notwendigerweise als Annex aus den über Art. 43 Abs. 4 SE-VO mittelbar anwendbaren Grundsätzen des Art. 43 Abs. 1 Satz 2 SE-VO.

Dies gilt insbesondere auch für Aufstellung und Prüfung des Jahresabschlusses. Die SE-VO trifft zwar für diese Bereiche in Art. 61 und 62 ansatzweise Regelungen, verweist jedoch in der Hauptsache auf nationales Recht. Hinsichtlich etwaiger Zuständigkeiten und Aufgabenzuweisungen fehlen Vorgaben durch die Verordnung gänzlich, so dass dieser Bereich insgesamt den Mitgliedstaaten zur Regelung überlassen bleibt.

2. Auswirkungen auf das Regelungsbedürfnis des deutschen Gesetzgebers

Wenn sich der deutsche Gesetzgeber, wie oben dargelegt und befürwortet, für die Einführung des Geschäftsführers in der monistischen SE mit Sitz in Deutschland entscheidet, sollte er auch ein Mindestmaß an Rechten und Pflichten dieser Funktion vorgeben.

Zum einen ist das geboten, um die im deutschen Recht aus dem dualistischen System bekannte Rollenverteilung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat im monistischen Modell entsprechend auf die Geschäftsführer und das Verwaltungsorgan zu übertragen. Dies ist, wie oben gesehen, der wesentliche Aspekt für die Befürwortung der Einführung der Geschäftsführerfunktion im deutschen Ausführungsgesetz, da allein so die geforderte weitgehende Gleichbehandlung beider Verwaltungssysteme möglich ist. Denn nur wenn beide Modellvarianten der SE vergleichbar ausgestaltet werden, können zukünftig auch beide parallel verbessert und den Anforderungen der Wirtschaft angepasst werden.⁷⁰³

⁷⁰³ Dazu *Theisen/Hözl* in *Theisen/Wenz (Hrsg.)*, 247 ff. (285).

Zum anderen ist die Vorgabe eines Mindestmaßes an Rechten und Pflichten erforderlich, um eine, wenigstens dem Grunde nach, einheitliche Behandlung der monistischen SE's mit Sitz in Deutschland zu erreichen. Das macht die Handhabung der dem deutschen Recht bisher noch unbekannt monistischen Organisationsform einfacher und übersichtlicher und erleichtert zudem die Rechtsanwendung.

a) Allgemeine Strukturen

Zweck und zugleich Folge der Einführung der Geschäftsführerfunktion mit dem Ziel, in der monistisch verwalteten SE eine funktionale Trennung zu erreichen, ist es, dass den Geschäftsführern in weiten Bereichen quasi „ersatzweise“ die Aufgaben übertragen sind, die in der dualistischen Organisationsform der Vorstand wahrnimmt. Nur so kann das dualistische deutsche Aktienrecht auch auf die monistische SE Anwendung finden, was für das Funktionieren des Verweisungssystems der SE-VO unabdingbar ist.

Die Geschäftsführer übernehmen damit vor allem die Aufgaben, für die das deutsche Aktienrecht eine funktionale Trennung zwischen Leitungs- und Überwachungszuständigkeit vorsieht. Die Alleinzuständigkeit des Verwaltungsrates ist insoweit unzureichend. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der deutsche Gesetzgeber mit dem „Vier-Augen-Prinzip“ arbeitet, wie beispielsweise im Zusammenhang mit der Prüfung und Feststellung des Jahresabschlusses (näher dazu unten).

Daneben gibt es verschiedene Aufgaben, für deren ordnungsgemäße Wahrnehmung eine funktionale Trennung zwar nicht notwendig ist, eine Aufgabenzuweisung an den Verwaltungsrat in diesen Bereichen aber mit praktischen Schwierigkeiten verbunden wäre. So müssten – die Zuständigkeit des Verwaltungsrates unterstellt - zum Beispiel für jede Handelsregisteranmeldung die nach § 12 Abs. 1 HGB erforderlichen notariell beglaubigten Unterschriften von Mitgliedern des Verwaltungsrats in vertretungsberechtigter Zahl eingeholt werden. In einer mitbestimmten oder börsennotierten Gesellschaft mit entsprechender Größe des Verwaltungsrates wäre dies ein kaum wünschenswerter Aufwand. Dies spricht dafür, die Funktion des Geschäftsführers auch deshalb vorzusehen, um einzelne Geschäftsführungsaufgaben delegieren zu können.⁷⁰⁴ Das gleiche gilt für einfache, alltägliche Aufgaben der Geschäftsführung, für deren Erledigung es nicht notwendig ist, dass sich das gesamte Verwaltungsorgan damit befasst.

⁷⁰⁴ Neye/Teichmann AG 2003, 169 ff. (178).

Die Grenze all dieser Aufgabenübertragungen vom Verwaltungsorgan auf die Geschäftsführer muss jedoch so gezogen werden, dass die Oberleitung der SE beim Verwaltungsorgan verbleibt; zumal dieses die Letztverantwortung trägt.⁷⁰⁵

b) Laufende Geschäftsführung

Entscheidet sich der deutsche Gesetzgeber zur Einführung der Geschäftsführerfunktion, ist den Geschäftsführern die Führung der laufenden Geschäfte zu übertragen. Das ergibt sich bereits aus Art. 43 Abs. 1 Satz 2 SE-VO.

aa) Begriffsbestimmung

Geschäftsführung im Sinne des deutschen Aktienrechts ist jedwede tatsächliche oder rechtsgeschäftliche Tätigkeit für die Gesellschaft. Sie umfasst die Leitung der Gesellschaft, aber auch jede Einzelmaßnahme, die der Vorstand trifft.⁷⁰⁶ Diese Begriffsbestimmung hat dem Grunde nach auch für die SE Bedeutung, ist jedoch dahingehend zu modifizieren, dass die Oberleitung der Gesellschaft aufgrund ihres Verbleibs beim Verwaltungsorgan aus der laufenden Geschäftsführung herauszunehmen ist.

Von den laufenden Geschäften sind zum einen die außergewöhnlichen Geschäfte zu unterscheiden, für die aufgrund seiner Oberleitung der gesamte Verwaltungsrat zuständig ist und zum anderen die Grundlagengeschäfte, die in die Zuständigkeit der Hauptversammlung als Satzungsgeber fallen.⁷⁰⁷

Was im einzelnen unter den Begriff der laufenden Geschäfte zu fassen ist, gibt die SE-VO nicht weiter vor. Sicherlich hier einzuordnen sind die alltäglich anfallenden Tätigkeiten, die für das Wohl und den Fortbestand des jeweiligen Unternehmens als solche nicht im einzelnen von entscheidender Bedeutung sind (näher zu den einzelnen Aufgaben siehe sogleich unten). Die Ausfüllung des Begriffes hängt insbesondere auch von dem Tätigkeitsbereich, der Branchenzugehörigkeit und dem Geschäftsumfang der jeweiligen Gesellschaft ab. Um Unklarheiten vermeiden zu helfen, bietet es sich an, das Betätigungsfeld der Geschäftsführer durch die Satzung näher auszugestalten.

⁷⁰⁵ Dazu ausführlich oben.

⁷⁰⁶ Hüffer, AktG § 77, Rn. 3.

⁷⁰⁷ Zu dieser Unterscheidung schon oben.

bb) Mehrere Geschäftsführer

Es ist nach den Vorgaben der SE-VO denkbar und in der Praxis voraussichtlich der Regelfall, dass eine Gesellschaft mehr als einen Geschäftsführer bestellt. Der deutsche Gesetzgeber sollte auch diesen Fall bedenken.

Aufgrund vergleichbarer Interessenlage bietet es sich an, entsprechend der Situation im Vorstand der deutschen Aktiengesellschaft im Grundsatz von gemeinschaftlicher Geschäftsführung auszugehen, durch die Satzung der Gesellschaft oder Geschäftsordnung des Verwaltungsrates aber eine abweichende Regelung zuzulassen.

cc) Einzelmaßnahmen

Wie eben schon dargestellt, sollten aus Gründen der praktischen Handhabung in der SE verschiedene Aufgaben den Geschäftsführern übertragen werden, so insbesondere die Anmeldungen und Einreichungen zum Handelsregister, die an zahlreichen Stellen im gesamten Aktiengesetz verstreut wiederzufinden sind (zum Beispiel in den §§ 81, 201, 227, 239 AktG⁷⁰⁸).

Das gleiche gilt für Tätigkeiten wie die Versendung von Unterlagen an Aktionäre zur Vorbereitung der Hauptversammlung (§ 83 AktG), die ebenfalls nicht notwendig durch den Verwaltungsrat wahrgenommen werden müssen und zur Vereinfachung an die Geschäftsführer übertragen werden können.⁷⁰⁹

Der laufenden Geschäftsführung zuzuordnen sind weiterhin die für die deutsche Aktiengesellschaft in § 91 AktG geregelten Organisations- bzw. Bestandssicherungspflichten⁷¹⁰ sowie die Buchführungspflicht.

Aufgrund der Tatsache, dass die Geschäftsführer jedoch lediglich Aufgaben wahrnehmen, die dem Grunde nach dem Verwaltungsorgan zufallen und erst mit der Einführung der Funktion des Geschäftsführers auf diese übertragen werden, könnte man diesbezüglich auch anderer Ansicht sein und die Zuständigkeiten für die in § 91 AktG normierten Pflichten in der monistischen Aktiengesellschaft beim Verwaltungsorgan belassen. Diese Sichtweise ließe sich damit stützen, dass dem Verwaltungsorgan auch Oberleitung und Letztverantwortung der SE verbleiben.

⁷⁰⁸ In den §§ 184, 188, 195 und 223 AktG ist zusätzlich zur Anmeldung durch den Vorstand eine Anmeldung durch den Vorsitzenden des Aufsichtsrats angeordnet. In der monistischen SE mit Sitz in Deutschland obliegt diese Aufgabe gem. § 21 Abs. 5 Satz 1 SEAGE i. V. m. Art. 45 SE-VO dem Vorsitzenden des Verwaltungsrats.

⁷⁰⁹ Ähnlich *Neye/Teichmann AG* 2003, 169 ff. (178).

⁷¹⁰ So *Hüffer*, AktG § 91, Rn. 1.

Jedoch ist die von § 91 Abs. 1 AktG vorausgesetzte Buchführungspflicht nicht Pflicht des Vorstands, sondern der Aktiengesellschaft; das folgt aus § 238 Abs. 1 HGB i. V. m. § 3 Abs. 1, § 6 HGB. Sie bezweckt Gläubigerschutz durch Selbstkontrolle der Geschäftsvorfälle und hat öffentlich-rechtlichen Charakter. Die Bedeutung des § 91 Abs. 1 AktG liegt darin, die Gesamtverantwortung des Vorstands für die Erfüllung der Verpflichtung klarzustellen. Der Vorstand trägt also im Außenverhältnis die Buchführungsverantwortung für die Aktiengesellschaft und ist ihr zugleich im Innenverhältnis organschaftlich verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen.⁷¹¹

Diese Grundsätze lassen sich entsprechend auf die monistische SE übertragen. Auch dort besteht das Bedürfnis nach Gläubigerschutz durch Selbstkontrolle der Geschäftsvorfälle, was die Pflicht in den Verantwortungsbereich der Gesellschaft als solcher und nicht des Verwaltungsorgans bringt. In der monistischen SE sind in der Regel die Geschäftsführer für die größte Anzahl der Geschäftsvorfälle – ebenfalls nach dem Prinzip der Gesamtverantwortung (§ 40 Abs. 2 Satz 2 SEAG) - verantwortlich, weil es sich um Angelegenheiten der laufenden Geschäftsführung handelt. Zudem wird die SE durch die Geschäftsführer vertreten⁷¹², so dass diese auch an den Geschäftsvorfällen mitwirken, die nicht den laufenden Geschäften zuzuordnen sind. Es spricht damit einiges dafür, die Buchführungspflicht im Innenverhältnis auf die Geschäftsführer zu übertragen und sie auch im Außenverhältnis zur Verantwortung heranzuziehen. Davon unberührt bleibt selbstverständlich eine gegebenenfalls eigene Haftung der Mitglieder des Verwaltungsorgans aufgrund ihrer Letztverantwortung nach allgemeinen Grundsätzen (§ 39 SEAG).

§ 91 Abs. 2 AktG dient zum einen der Vorgabe eines Organisationszieles und bezweckt zum anderen eine Verpflichtung des Vorstands zur Schaffung geeigneter Kontrollmaßnahmen, insbesondere zur Errichtung eines Überwachungssystems. Es handelt sich auch hierbei um eine organschaftliche Pflicht im Innenverhältnis der Gesellschaft. Dagegen gibt es keine Pflicht der Aktiengesellschaft zur Sicherung ihres eigenen Bestandes, der ihrer Buchführungspflicht im Außenverhältnis entspräche.⁷¹³

Das Bedürfnis nach einem geeigneten und funktionierenden Überwachungssystem besteht ohne Zweifel auch in der SE. Es spricht damit auch einiges dafür, den Geschäftsführern – in deren Betätigungsfeld, wie gesehen, der Großteil der Geschäftsvorfälle fällt - eine Bestandsicherungsverantwortung nach dem Vorbild des § 91 Abs. 2 AktG zu übertragen und sie im

⁷¹¹ Hüffer, AktG § 91, Rn. 2.

⁷¹² Zum Vertretungsrecht in der monistischen SE mit Sitz in Deutschland sogleich unten.

⁷¹³ Hüffer, AktG § 91, Rn. 4.

Interesse der Gesellschaft zu verpflichten, die Voraussetzungen für eine effektive Überwachung durch das Verwaltungsorgan zu schaffen.

Die im deutschen § 91 AktG bestehenden Regelungen sollten für die Ausführungsvorschriften zur monistischen SE mit Sitz in Deutschland zum Vorbild genommen werden.

Daneben obliegen den Geschäftsführern noch die oben bereits erörterten Berichtspflichten entsprechend § 90 AktG sowie diejenigen, die den Pflichten des Verwaltungsrats bei Verlust, Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit (§ 92 Abs. 1 AktG) korrespondieren.

c) Vertretung

Mit der Führung der laufenden Geschäfte zwangsläufig verbunden ist die Vertretung der Gesellschaft. Das SEAG sollte deshalb die Vertretungsmacht den Geschäftsführern zuweisen und die hierfür notwendigen Regelungen treffen. Eine Zuständigkeit des Verwaltungsorgans zur Vertretung der SE im Rechtsverkehr wäre mit zahlreichen Schwierigkeiten verbunden. Einerseits wurde schon die Einführung der Funktion des Geschäftsführers deshalb befürwortet, weil das Verwaltungsorgan als solches nicht effektiv tätig werden kann. Dies gilt auch hier entsprechend. Andererseits wäre es unpraktisch, den Geschäftsführern die Führung der laufenden Geschäfte zu übertragen, sie aber mangels Vertretungsmacht hinsichtlich der Erledigung der ihnen zugewiesenen Aufgaben im Ergebnis handlungsunfähig zu machen. Schließlich nimmt das Verwaltungsorgan nach der Konzeption von SE-VO und Ausführungsgesetz vor allem Überwachungsaufgaben wahr. Dazu passt die Übertragung der Vertretungsbefugnis nicht.

Hinsichtlich der Einzelheiten zur Ausgestaltung des Vertretungsverhältnisses zwischen Gesellschaft und Geschäftsführern kann auf die Regelungen des deutschen Aktiengesetzes zurückgegriffen werden. Zum einen sprechen hierfür die vergleichbare Rollenverteilung und Interessenlage, zum anderen beinhalten die Vorschriften der §§ 78 ff. AktG nahezu alle auch für die SE relevanten Gesichtspunkte.

aa) Prinzip der Gesamtvertretung

Das deutsche Aktienrecht geht, ebenso wie für das SEAG oben befürwortet, vom Prinzip der Gesamtgeschäftsführung aus. Dem entsprechend sollte auch das Vertretungsrecht grundsätzlich

- und von Abweichungen aufgrund satzungs- oder geschäftsordnungsmäßiger Regelungen abgesehen - vom Prinzip der Gesamtvertretung ausgehen. Für die Ausführungsvorschriften kann auf die parallelen Regelungen des § 78 AktG zurückgegriffen werden.

bb) Problem: Oberleitung beim Verwaltungsorgan

Aufgrund der beim Verwaltungsorgan verbleibenden Oberleitung und der ihm zufallenden Letztverantwortung für die Geschäfte der Gesellschaft muss es diesem möglich sein, Einfluss zu nehmen. Dies kann durch ein im Gesetz festgeschriebenes Weisungsrecht des Verwaltungsorgans gegenüber den Geschäftsführern realisiert werden.⁷¹⁴

Jedoch sollte trotz des dem Verwaltungsorgan zuzubilligenden Weisungsrechts die Vertretungsbefugnis aus Gründen des Verkehrsschutzes nach dem Vorbild des § 82 Abs. 1 AktG nach außen unbeschränkt ausgestaltet sein. Es ist ein allgemeiner handelsrechtlicher Grundsatz, dass der Schutz des Rechtsverkehrs demjenigen des Vertretenen vorgeht.⁷¹⁵ Dies sollte auch im SEAG so gelten.

Es bietet sich daher eine Übernahme der Regelung des § 82 AktG an, die eine nach außen hin unbeschränkte Vertretungsmacht vorsieht (§ 82 Abs. 1 AktG), nach innen aber verschiedene Möglichkeiten der Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis gibt (§ 82 Abs. 2 AktG). Um das Weisungsrecht des Verwaltungsorgans gesetzlich festzuhalten, kann dieses hier im Rahmen der an § 82 Abs. 2 AktG angelehnten Regelung ergänzt werden.

cc) Vertretung gegenüber den Geschäftsführern

Wie in jeder Gesellschaftsform sind auch in der SE Situationen denkbar, in denen eine Gesellschaft mit den vertretungsberechtigten Personen ein Rechtsgeschäft zu schließen beabsichtigt. Üblicherweise tritt dann das Problem auf, dass die zur Vertretung berechtigte Person auf beiden Seiten beteiligt ist, nämlich zum einen als Privatperson und zum anderen als Vertreter der Gesellschaft (Interessenkollision).

⁷¹⁴ Dazu auch schon oben. Es zeigt sich hier wiederum die an die Position eines GmbH-Geschäftsführers angelehnte schwache Stellung der Geschäftsführer der monistischen SE.

⁷¹⁵ Hüffer, AktG § 82, Rn. 1.

Da das Vertretungsrecht insgesamt nicht in der SE-VO geregelt ist, finden sich zwangsläufig auch hierzu keine Regelungen.

Es ist ein allgemeines, auch dem europäischen Recht bekanntes Rechtsprinzip, dass die Vertretungsmacht von Gesellschaftsorganen im Falle von Interessenkollisionen eingeschränkt ist. Der nationale Gesetzgeber kann daher vom allgemeinen Grundsatz abweichende Regelungen zu der Frage treffen, wie die Gesellschaft in solchen Fällen vertreten wird. Er sollte dies auch, um klarzustellen, welchem Organ in diesem Fall tatsächlich die Vertretung der Gesellschaft obliegt.⁷¹⁶

Zweck einer abweichenden Vertretungsregelung für die Fälle der Interessenkollision ist es, eine unbefangene Wahrung der Gesellschaftsbelange sicherzustellen und der Besorgnis vorzubeugen, dass die Geschäftsführer die erforderliche Unbefangenheit nicht aufbringen, wenn einzelne Geschäftsführer an dem jeweiligen Rechtsverhältnis selbst beteiligt sind.⁷¹⁷

Für das monistische System bieten sich für die Zuweisung dieser Aufgabe die Hauptversammlung oder das Verwaltungsorgan an.

*Hirte*⁷¹⁸ rät zu einer eindeutigen Regelung durch das nationale SEAG und schlägt insbesondere bei nicht börsennotierten Gesellschaften die Zuständigkeit der Hauptversammlung vor. Dieser Vorschlag ist zum Schutz vor Interessenkonflikten der restlichen Mitglieder des Verwaltungsorgans durchaus sinnvoll. Ein Problem stellt sich jedoch, wie auch *Hirte* erkennt, bei börsennotierten Gesellschaften wegen der Anzahl der Aktionäre und damit der Größe der Hauptversammlung. Eine unterschiedliche Zuständigkeitszuweisung, die davon abhängig ist, ob eine SE an der Börse notiert ist, erscheint jedoch aus Gründen der Rechtsklarheit nicht ratsam.

Eine andere Möglichkeit ist die Vertretung der Gesellschaft gegenüber geschäftsführenden Direktoren durch den Verwaltungsrat. Dies würde der Rollenverteilung in der SE entsprechen und sich an § 112 AktG orientieren.

Der Nachteil an dieser Regelung ist aber, dass die geschäftsführenden Direktoren unter Umständen auch Mitglieder des Verwaltungsrats der monistischen SE sind. Macht der Verwaltungsrat im Rahmen der Bestellung der geschäftsführenden Direktoren (§ 40 Abs. 1 Satz 1 SEAG) von der Möglichkeit Gebrauch, auch Mitglieder des Verwaltungsrats zu geschäftsführenden Direktoren zu bestellen (§ 40 Abs. 1 Satz 2 SEAG), ist ein geschäftsführender Direktor gegebenenfalls bei ein und demselben Rechtsgeschäft auf der einen Seite als geschäftsführender

⁷¹⁶ *Hirte*, NZG 2002, 1 ff. (7).

⁷¹⁷ *Hüffer*, AktG zu § 112, Rn. 1.

⁷¹⁸ NZG 2002, 1 ff. (8); zustimmend *Schindler*, Europäische Aktiengesellschaft, 67.

Direktor und auf der anderen Seite als Mitglied des Verwaltungsorgans betroffen. Es würde sich dann das gesamte Verwaltungsorgan gegen einzelne, ihm angehörende Mitglieder vertreten. Im Ergebnis führt diese „doppelte“ Betroffenheit damit wieder zu einer teilweisen Interessenkollision, soweit geschäftsführende Direktoren betroffen sind, die zugleich Mitglieder des Verwaltungsrats sind.

Das wiegt aber zum einen angesichts der Tatsache, dass die Mehrheit des Verwaltungsorgans einer monistischen SE mit Sitz in Deutschland aus nichtgeschäftsführenden Mitgliedern zu bestehen hat (§ 40 Abs. 1 Satz 2 HS 2 SEAG), nicht so schwer.

Zum anderen kann der drohenden Interessenkollision dadurch abgeholfen werden, dass diejenigen Mitglieder im Verwaltungsorgan, die zugleich zu geschäftsführenden Direktoren bestellt sind, im Zusammenhang mit Rechtsgeschäften, die sie als geschäftsführende Direktoren betreffen, im Verwaltungsrecht kein Stimmrecht, sondern allenfalls ein Mitspracherecht im Vorfeld einer Entscheidungsfindung haben.

Mangels Existenz weiterer Organe bzw. Möglichkeiten ist damit eine Kompromisslösung erforderlich, egal ob man sich für die Hauptversammlung oder den gesamten Verwaltungsrat entscheidet.

Hier wird die Aufgabenzuweisung an das gesamte Verwaltungsorgan befürwortet. Diese Variante wird aufgrund flexiblerer und zügigerer Entscheidungen jedenfalls den praktischen Bedürfnissen besser gerecht. Sie entspricht auch der an den Aufsichtsrat einer deutschen Aktiengesellschaft angelehnten Ausgestaltung des Verwaltungsorgans, wie sie sich durch das gesamte Ausführungsgesetz hindurchzieht. Die Interessen der Gesellschaft sowie der Aktionäre werden durch die den Mitgliedern des Verwaltungsorgans obliegende Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit (§ 39 SEAGE) gewahrt. Zudem ist die doppelte Betroffenheit des Verwaltungsorgans gerade typisch für das monistische Organisationsmodell, was sich insbesondere daran zeigt, dass Oberleitung und Überwachung in einer Hand zusammen fallen.

dd) Offenlegung des Vertretungsverhältnisses

Zur Klarheit und Sicherheit des Rechtsverkehrs ist es erforderlich, dass die Vertretungsverhältnisse in jeder Gesellschaft offen gelegt werden. Der deutsche Gesetzgeber sollte diesbezüglich im SEAG Regelungen treffen, wobei sich in Fortführung obiger Regelungsvorschläge ein Rückgriff auf das deutsche Aktienrecht (§§ 79, 80 AktG) anbietet.

So soll deutlich werden, ob ein Geschäftsführer für sich persönlich oder in seiner Eigenschaft als Vertreter für die Gesellschaft handelt.⁷¹⁹ Darüber hinaus ist die Publizität der wesentlichen Gesellschaftsverhältnisse notwendig. Es soll insbesondere sichergestellt werden, dass auch ausländische Geschäftspartner über die wesentlichen Merkmale und Personalien einer Gesellschaft ohne die Notwendigkeit eigener aufwändiger Nachforschungen unterrichtet sind. Dieser Regelungegedanke liegt auch § 80 AktG zugrunde. Er geht zurück auf die sog. europäische Publizitätsrichtlinie⁷²⁰ und muss deshalb erst recht für die SE als europäische Rechtsform gelten.

d) Prüfung und Feststellung des Jahresabschlusses

Da die SE-VO zur Prüfung und Feststellung des Jahresabschlusses insgesamt wenige und insbesondere hinsichtlich der Aufgabenzuweisungen überhaupt keine Vorgaben macht, hat der deutsche Gesetzgeber die Aufgabe, im SEAG Regelungen zu treffen.

Ein Blick in die §§ 170 ff. AktG des deutschen Aktienrechts zeigt, dass dieses in diesem Bereich durch Ineingreifen von Vorstands- und Aufsichtsratszuständigkeiten durchweg mit dem „Vier-Augen-Prinzip“ arbeitet.

Wie bereits mehrfach angesprochen, wird eine weitgehende Gleichbehandlung sowohl der beiden Organisationsmodelle dualistisches und monistisches System als auch der beiden Gesellschaftsformen SE und deutsche Aktiengesellschaft gefordert. Es ist unter anderem Aufgabe des deutschen Gesetzgebers, diese Forderung durch den Erlass geeigneter Ausführungsvorschriften zu erfüllen.

Entsprechend der dem monistischen System der SE mit Sitz in Deutschland zugrundeliegenden Rollenverteilung bieten sich daher eine Anlehnung an die §§ 170 ff. AktG und die Übertragung der dem deutschen Vorstand obliegenden Aufgaben auf die Geschäftsführer an. Damit bedarf es neben dem Verwaltungsorgan zwingend der Bestellung mindestens eines Geschäftsführers als „Gegenpart“. Dies wird durch § 40 Abs. 1 Satz 1 SEAG auch unabdingbar vorgeschrieben.

Zu berücksichtigen gilt es jedoch, dass die §§ 170 ff. AktG nicht nur die Aufgabenverteilung nach dem „Vier-Augen-Prinzip“ regeln, sondern dass diesen Normen insgesamt das

⁷¹⁹ Vgl. Hüffer, AktG § 79, Rn. 1 zum Regelungszweck des § 79 AktG.

⁷²⁰ Hüffer, AktG § 80, Rn. 1.

dualistische Verwaltungsmodell mit den zwei voneinander getrennten Organen Vorstand und Aufsichtsrat zugrunde liegt. Das monistische System hingegen beinhaltet zwar ebenso im Ansatz die Aufgabenverteilung zwischen Verwaltungsorgan und Geschäftsführern. Entscheidender Unterschied ist aber, dass die Geschäftsführer nicht ein vom Verwaltungsorgan unabhängiges Organ sind, sondern von dessen Weisungen abhängig sind und auch die Letztverantwortung für sämtliche Entscheidungen dem Verwaltungsorgan obliegt.

Dies soll anhand zweier Beispiele deutlich gemacht werden:

Beispielsweise hat nach § 170 Abs. 2 AktG der Vorstand dem Aufsichtsrat den sogenannten Gewinnverwendungsvorschlag vorzulegen, den er der Hauptversammlung machen will.

Würde man diese Regelung ohne Anpassung übernehmen, hätte das zum einen die Vorlage des Gewinnverwendungsvorschlags durch die Geschäftsführer an das Verwaltungsorgan zur Folge. Dies ist insoweit nicht zu beanstanden.

Zum anderen würden dann aber der Gewinnverwendungsvorschlag auch durch die Geschäftsführer an die Hauptversammlung vorgelegt werden. Das ist mit der Systematik des monistischen Modells jedoch nicht vereinbar. Das mit der Hauptversammlung korrespondierende und ihr gegenüber verantwortliche Organ kann nur das Verwaltungsorgan selbst sein und nicht die Geschäftsführer. Diese können im Rahmen der Verwaltung der Gesellschaft und in deren internen Angelegenheiten keine Organfunktion wahrnehmen. Es ist gerade allgemein das die monistische Verwaltungsstruktur kennzeichnende Merkmal, dass es neben der Hauptversammlung das Verwaltungsorgan als einziges Organ gibt (vgl. für die SE Art. 38 SE-VO). Deshalb hat auch das Verwaltungsorgan selbst den Gewinnverwendungsvorschlag der Hauptversammlung vorzulegen.

Für das zweite Beispiel ist § 173 Abs. 1 AktG zu betrachten. Diese Vorschrift geht im Zusammenhang mit der Feststellung des Jahresabschlusses von Beschlüssen des Vorstand und des Aufsichtsrats aus.

Da das monistische System anstatt dieser beiden Organe lediglich das Verwaltungsorgan kennt, muss in diesem Zusammenhang notwendigerweise auf einen Beschluss allein des Verwaltungsorgans abgestellt werden.

Wie diese Beispiele zeigen, kann der deutsche Gesetzgeber nicht bloß eine entsprechende Geltung der §§ 170 ff AktG anordnen, sondern hat in den Ausführungsvorschriften den Besonderheiten des monistischen Systems Rechnung zu tragen.

e) *Gewinnbeteiligung, Bezüge, Wettbewerbsverbot und Kreditgewährung*

Die vergleichbare Situation der Geschäftsführer mit den Mitgliedern des Vorstands einer dualistischen Gesellschaft führt dazu, dass die für die Vorstandsmitglieder geltenden Regelungen hinsichtlich der Gewinnbeteiligung, der Bezüge, des Wettbewerbsverbotes sowie der Kreditgewährung (§§ 86 bis 89 AktG) entsprechend auf die Geschäftsführer angewandt werden können.

Zu erwähnen gilt es in diesem Zusammenhang, dass die *Regierungskommission Corporate Governance*⁷²¹ im Rahmen ihrer Tätigkeit auch die erfolgsabhängige Vergütung (Gewinnbeteiligung) des Vorstands erörtert hat. In diesem Zusammenhang hat sie sich auch mit § 86 AktG befasst und diese Vorschrift aus verschiedenen Gründen als überholt angesehen. Die *Regierungskommission* hat deshalb vorgeschlagen, die Vorschrift des § 86 AktG ersatzlos zu streichen. Der deutsche Gesetzgeber ist dieser Forderung durch Art. 1 TrPublG vom 19.07.2002⁷²² nachgekommen. Damit ist auch in den Ausführungsvorschriften allein die entsprechende Anwendbarkeit der §§ 87 bis 89 AktG zu regeln.

f) *Sorgfaltspflicht und Haftung*

Aufgrund der dem Vorstand ähnlichen Rolle der Geschäftsführer liegt es nahe, auf diese auch die für den Vorstand gültigen Haftungsregelungen des § 93 AktG entsprechend zu übertragen. Die Besonderheiten der Funktion des Geschäftsführers können – wie bei den Mitgliedern des Verwaltungsrates – aufgrund der offenen Formulierung des § 93 AktG auch hier berücksichtigt werden.⁷²³

3. *Regelung im SEAG*

Das SEAG regelt in verschiedenen Vorschriften die grundsätzlichen Rechte und Pflichten der Geschäftsführer, die es in § 40 Abs. 1 Satz 1 SEAG als geschäftsführende Direktoren bezeichnet.

⁷²¹ *Regierungskommission Corporate Governance*, Bericht, Rn. 41

⁷²² BGBl. I S. 2681.

⁷²³ Ebenso im Ergebnis *Teichmann ZGR* 2002, 383 ff. (452).

a) Allgemeine Strukturen

Der deutsche Gesetzgeber legt den Ausführungsvorschriften insgesamt die oben schon beschriebene Aufgabenteilung zwischen Verwaltungsorgan und Geschäftsführern in Anlehnung an die aus dem deutschen Aktienrecht bekannte Rollenverteilung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat zugrunde.

Demnach nehmen die geschäftsführenden Direktoren weitgehend die Aufgaben des Vorstands der deutschen Aktiengesellschaft wahr, indem ihnen § 40 Abs. 2 Satz 1 SEAG die Führung der Geschäfte zuweist. Allein diejenigen Aufgaben, die unter die Oberleitungskompetenz des Verwaltungsrats gemäß § 22 Abs. 1 Satz 1 SEAG fallen, verbleiben auch bei diesem, wie beispielsweise die Pflicht zur Einberufung der Hauptversammlung bei Verlust, Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Gesellschaft (§ 22 Abs. 5 SEAG). Ansonsten hat der Verwaltungsrat insbesondere Überwachungsfunktion (§ 22 Abs. 1 Satz 1 SEAG a. E.), wie sie im deutschen Aktienrecht dem Aufsichtsrat zukommt.

Die Aufgabenzuweisung an die geschäftsführenden Direktoren erfolgt teilweise, um das „Vier-Augen-Prinzip“, auf dem das deutsche Aktienrecht aufbaut, in die monistisch verwaltete SE mit Sitz in Deutschland zu projizieren, um so den erstrebten Gleichlauf der Systeme zu erreichen. Als Beispiel sei die Prüfung und Feststellung des Jahresabschlusses genannt.

Daneben werden den geschäftsführenden Direktoren auch verschiedene Aufgaben aus Gründen der praktischen Handhabung übertragen, wie beispielsweise die Zuständigkeit zur Vornahme von Anmeldungen und Einreichung von Unterlagen zum Handelsregister (§ 24 Abs. 2 Satz 4 SEAG).

b) Laufende Geschäftsführung

Nach § 40 Abs. 2 Satz 1 SEAG führen die geschäftsführenden Direktoren die Geschäfte der Gesellschaft.

aa) Wortlaut des § 40 Abs. 2 Satz 1 SEAG

Problematisch an dieser Vorschrift ist, dass nach ihrem Wortlaut keine Einschränkung auf die *laufenden* Geschäfte erfolgt.

Nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Art. 43 Abs. 1 Satz 2 SE-VO⁷²⁴ kann allerdings allein insoweit eine Zuständigkeitsverlagerung auf die Geschäftsführer vorgenommen werden. Diese begrenzte Aufgabenübertragung ist auch konsequent, da die Möglichkeit der Bestellung von Geschäftsführern auf Wunsch der schwedischen Verhandlungsdelegation in die Verordnung aufgenommen wurde und die Geschäftsführer nach schwedischem Recht auch lediglich für die laufenden Geschäfte zuständig sind.⁷²⁵

Zwar richtet sich Art. 43 Abs. 1 Satz 2 SE-VO mangels Existenz des monistischen Systems im deutschen Aktienrecht nicht an den deutschen Gesetzgeber, jedoch muss der darin enthaltene Rechtsgedanke über Art. 43 Abs. 4 SE-VO ebenso gelten. Ansonsten würde man den Mitgliedstaaten, die für die nationalen Aktiengesellschaften kein monistisches System kennen, die Errichtung einer abweichenden Verwaltungsstruktur ermöglichen, was zu einer weiteren Zersplitterung des Rechts anstatt zu einer fortschreitenden Rechtsvereinheitlichung führen würde.

Der deutsche Gesetzgeber kann damit nicht über die Vorgaben des Art. 43 Abs. 4 i. V. m. Abs. 1 Satz 2 SE-VO hinausgehen. Dies sollte auch im deutschen Ausführungsgesetz deutlich zum Ausdruck kommen. Es wird deshalb vorgeschlagen, die Formulierung des § 40 Abs. 2 Satz 1 SEAG anzupassen und den Zusatz „laufend“ aufzunehmen.⁷²⁶

bb) Mehrere Geschäftsführer

Die Bestellung mehrerer Geschäftsführer hat der deutsche Gesetzgeber insoweit berücksichtigt, als er für den Fall des Fehlens einer Bestimmung in der Satzung oder der Geschäftsordnung eine Auffangregelung bereithält (§ 40 Abs. 2 Satz 2 SEAG). Ein solches Vorgehen ist aus Gründen der Rechtssicherheit zu begrüßen.

Durch die Möglichkeit für die Gesellschaft, in der Satzung oder Geschäftsordnung eine den besonderen Interessen und Bedürfnissen einer jeden Gesellschaft angepasste Regelung zu treffen (§ 40 Abs. 2 Satz 2 HS 2 SEAG), ist diese gesetzliche Normierung dennoch hinreichend flexibel.

⁷²⁴ Ebenso formuliert übrigens die Parallelvorschrift des Art. 39 abs. 1 Satz 2 SE-VO für das dualistische System.

⁷²⁵ Dazu *Teichmann* ZIP 2002, 1109 ff. (1113).

⁷²⁶ Kritisch zur Formulierung und Regelungsweise des SEAGE auch *Kallmeyer* ZIP 2003, 1531 ff. (1531).

Daneben entspricht die gemeinschaftliche Geschäftsführung der Vorgabe des Art. 43 Abs. 1 Satz 2 SE-VO, der zunächst auch von der Übertragung der Führung der laufenden Geschäfte auf die Geschäftsführer insgesamt ausgeht und nichts von einer - sicherlich aber zulässigen - Ressortaufteilung der Geschäfte erwähnt.

cc) Einzelmaßnahmen

(a) Anmeldungen und Einreichungen zum Handelsregister

Art. 40 Abs. 2 Satz 4 SEAG weist für die Fälle, in denen nach den für Aktiengesellschaften geltenden Rechtsvorschriften der Vorstand Anmeldungen und die Einreichung von Unterlagen zum Handelsregister vorzunehmen hat, diese Aufgabe pauschal den geschäftsführenden Direktoren zu.

Daneben enthält das SEAG in § 46 Abs. 1 eine inhaltlich an die §§ 81 Abs. 1, 106 und 107 Abs. 1 Satz 2 AktG angelehnte Regelung.⁷²⁷ Diese ist angesichts der pauschalen Aufgabenzuweisung in § 40 Absatz 2 Satz 4 SEAG teilweise überflüssig, soweit Einreichungen und Anmeldungen zum Handelsregister durch die geschäftsführenden Direktoren angeordnet werden. Aufgrund des Sachzusammenhangs mit der Bekanntmachung der Änderungen entsprechend § 106 AktG sowie der Anmeldung des Vorsitzenden nach § 107 Abs.1 Satz 2 AktG macht es zum Zweck einer einheitlichen Gesamtregelung jedoch Sinn, diese Bereiche gemeinsam in einer einzigen Norm zu regeln.

Aus Gründen der Praktikabilität wird die Bekanntmachungspflicht den geschäftsführenden Direktoren auferlegt.⁷²⁸ Dies ist auch aufgrund des eben genannten Sachzusammenhang zu befürworten.

Die Regelung des § 46 SEAG hat zudem den weiteren Vorteil, dass sie eindeutig Klarheit schafft, wie § 81 Abs. 1 AktG für die monistische SE zu lesen ist, da dort zweimal von „Vorstand“ gesprochen wird; nämlich einmal als zuständige Stelle, während das andere Mal die Anmeldung der Änderungen des Vorstands den Inhalt der Zuständigkeit betrifft. Vor dem Hintergrund des § 40 Abs. 2 Satz 4 SEAG ergibt sich, dass in der monistischen SE die Zuständigkeit bei den geschäftsführenden Direktoren liegt, anmeldungspflichtige Änderungen

⁷²⁷ Begründungen zur Vorgängervorschrift § 42 SEAGE, S. 44 sowie Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 27.10.2004, BT-Drucksache 15/4053, Seite 59, zu § 46 SEAG. Zum Regelungszweck des § 42 Abs. 1 SEAGE bzw. ihrer Vorbild-Vorschriften siehe schon oben im Zusammenhang mit der Bestellung von geschäftsführenden Direktoren bzw. der Zusammensetzung des Verwaltungsrates.

⁷²⁸ Begründungen zur Vorgängervorschrift § 42 SEAGE, S. 44.

sich jedoch sowohl bei den geschäftsführenden Direktoren als auch im Verwaltungsrat ergeben können. Ein bloßer Verweis auf die Vorschriften des AktG wäre deshalb nicht zufriedenstellend.

§ 46 Abs. 2 SEAG folgt in modifizierter Formulierung dem Vorbild in § 81 Abs. 3 AktG.⁷²⁹ Grund für die Modifizierung ist die Besonderheit im monistischen System, dass es neben dem grundsätzlich für die Leitung zuständigen Organ Verwaltungsrat mit den geschäftsführenden Direktoren eine weitere Position mit Leitungsfunktion gibt.

(b) Vorbereitung und Ausführung von Hauptversammlungsbeschlüssen

Für die Vorbereitung und Ausführung von Hauptversammlungsbeschlüssen ordnet § 22 Abs. 2 Satz 3 HS 1 SEAG die entsprechende Geltung des § 83 AktG an. Aus dem Zusammenhang mit § 22 Abs. 1 Satz 1 SEAG i. V. m. § 21 Abs. 6 SEAG ergibt sich, dass insoweit grundsätzlich der Verwaltungsrat zuständig ist.

Nach § 22 Abs. 2 Satz 3 HS 2 SEAG kann der Verwaltungsrat einzelne damit verbundene Aufgaben auf die geschäftsführenden Direktoren übertragen und sich so unterstützen lassen.⁷³⁰ Die Zuständigkeit dem Grunde nach verbleibt jedoch beim Verwaltungsrat. Dies ist Ausdruck seiner Letztverantwortung für die Gesamtleitung der Gesellschaft und seiner besonderen Stellung in der monistischen SE, die sich vor allem im Verhältnis zur Hauptversammlung realisiert.⁷³¹

(c) Organisations- bzw. Bestandssicherungspflichten sowie die Buchführungspflicht

Nach § 22 Abs. 3 SEAG obliegen die Organisations- bzw. Bestandssicherungspflichten sowie die Buchführungspflicht in Anlehnung an § 91 AktG dem Verwaltungsrat.

⁷²⁹ Begründungen zur Vorgängervorschrift § 42 SEAGE, S. 44.

⁷³⁰ Begründungen zur Vorgängervorschrift § 21 SEAGE, S. 38.

Damit ist auch der Anregung von *Neye/Teichmann*, AG 2003, 169 ff. (178), zu diskutieren, ob dem Vorstand weitere Kompetenzen zuzuweisen sind, wie etwa die Mitteilungen zur Vorbereitung der Hauptversammlung, zumindest zum Teil abgeholfen.

⁷³¹ Dazu Begründungen zu § 24 SEAGE, S. 38.

⁷³² So *Neye/Teichmann* AG 2003, 169 ff. (179) im Zusammenhang mit § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG.

(d) Berichtspflichten

Das Ausführungsgesetz überträgt den geschäftsführenden Direktoren auch die angesprochenen Berichtspflichten.

§ 40 Abs. 3 SEAG enthält die den Pflichten des Verwaltungsrats bei Verlust, Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit (§ 22 Abs. 5 SEAG) korrespondierenden Berichtspflichten.⁷³³

Nach § 40 Abs. 6 SEAG haben die geschäftsführenden Direktoren dem Verwaltungsrat entsprechend § 90 AktG zu berichten; dies allerdings nur, „sofern die Satzung oder die Geschäftsordnung nichts anderes vorsieht“. So wird den möglichen Besonderheiten Rechnung getragen, die je nach Gestaltung, Zusammensetzung und Größe des Verwaltungsrates im Einzelfall auftreten können.

c) Vertretung

Das Vertretungsrecht regelt das SEAG in den §§ 41 bis 44 in Anlehnung an die §§ 78 bis 80 und 82 AktG, wie oben dargestellt.⁷³⁴

Hinsichtlich der Frage der Vertretung der Gesellschaft gegenüber den geschäftsführenden Direktoren (Interessenkollision) hat sich der deutsche Gesetzgeber für die Zuweisung der Vertretungsbefugnis an den Verwaltungsrat entschieden (§ 41 Abs. 5 SEAG). Damit lehnt er sich an § 112 AktG an.⁷³⁵

In diesem Zusammenhang ist auch § 35 Abs. 3 SEAG zu beachten. Danach hat für den Fall, dass ein geschäftsführender Direktor, der zugleich Mitglied des Verwaltungsrats ist, aus rechtlichen Gründen gehindert ist, an der Beschlussfassung im Verwaltungsrat teilzunehmen, der Vorsitzende des Verwaltungsrats eine zusätzliche Stimme. Der deutsche Gesetzgeber berücksichtigt so die oben beschriebene Problematik der gegebenenfalls „doppelten“ Betroffenheit. Der deutsche Gesetzgeber geht davon aus, dass nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen (§ 34 BGB analog, Verbot des Richtens in eigener Sache) ein Stimmrechtsausschluss erfolgt. Die betroffenen Stimmrechte sollen dann auf den Vorsitzenden des Verwaltungsrats übergehen.⁷³⁶ Der vom Gesetzgeber gewählte Weg entspricht damit dem oben vorgeschlagenen.

⁷³³ Begründungen zur Vorgängervorschrift § 24 SEAGE, S. 40.

⁷³⁴ Begründungen zu den Vorgängervorschriften §§ 25 bis 28 SEAGE, S. 41.

⁷³⁵ Begründungen zur Vorgängervorschrift § 25 SEAGE, S. 41.

⁷³⁶ So Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 27.10.2004, BT-Drucksache 15/4053, Seite 59, zu § 35 Abs. 3 – neu – SEAG.

Das aufgrund seiner Letztverantwortung und der ihm obliegenden Oberleitungszuständigkeit zustehende Weisungsrecht im Innenverhältnis wird dem Verwaltungsorgan in § 44 Abs. 2 SEAG ausdrücklich zugebilligt. Nach außen verbleibt es bei der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht nach dem Vorbild des § 82 Abs. 1 AktG.

Zum Zweck der Offenlegung der Vertretungsverhältnisse enthält das SEAG die oben schon angesprochene Regelung des § 46 Abs. 1, die sich inhaltlich insoweit an § 81 Abs. 1 AktG orientiert.

d) Prüfung und Feststellung des Jahresabschlusses

Prüfung und Feststellung des Jahresabschlusses werden in § 47 SEAG normiert.⁷³⁷ Wegen der besonderen Bedeutung des Jahresabschlusses und wegen der Eigenarten, die hierfür beim monistischen System gelten, wählt das SEAG eine eigenständige Regelung. Die Aufstellung des Jahresabschlusses wird den geschäftsführenden Direktoren zugewiesen. Zum einen stehen diese dem Tagesgeschäft näher, zum anderen bleibt dadurch das im deutschen Aktienrecht angelegte „Vier-Augen-Prinzip“ bei Aufstellung und Feststellung des Jahresabschlusses gewahrt.⁷³⁸

Hier werden also die funktionale Aufgabenverteilung und das Zusammenspiel von Verwaltungsrat und Geschäftsführern im monistischen System besonders deutlich.

§ 47 SEAG orientiert sich zwar inhaltlich im Wesentlichen an den §§ 170 bis 173 AktG, fasst diese aber in einer eigenständigen und an die Besonderheiten des monistischen Systems angepasste Regelung zusammen.⁷³⁹

Zu erwähnen sind hier die zwei oben bereits aufgezeigten Modifizierungen aufgrund der Letztverantwortung und Oberleitung des Verwaltungsrates:

So erfolgt die Unterbreitung des Gewinnverwendungsvorschlages an die Hauptversammlung nach § 47 Abs. 1 Satz 2 SEAG durch den Verwaltungsrat und nicht durch die

⁷³⁷ § 45 SEAGE regelt anschließend – aufgrund des Sachzusammenhangs, so die Begründungen zu § 45 SEAGE, S. 45 - die Einberufung der nachfolgenden ordentlichen Hauptversammlung nach dem Vorbild des § 175 AktG. Die Zuständigkeit zur Einberufung der Hauptversammlung obliegt nicht den geschäftsführenden Dirktoren, sondern dem Verwaltungsrat. Der Grund hierfür liegt in der Oberleitungskompetenz des Verwaltungsrates, die sich gerade im Verhältnis zur Hauptversammlung realisiert; dazu Begründungen zu § 21, S. 38.

⁷³⁸ So Begründungen zur Vorgängervorschrift § 44 SEAGE, S. 45.

⁷³⁹ § 44 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 5 Satz 2 SEAGE (bzw. § 47 Abs. 6 Satz 2 SEAG) enthalten zusätzlich konzernrechtliche Elemente.

geschäftsführenden Direktoren, wie eine schematische Übertragung des § 170 Abs. 2 AktG auf die monistische SE auf den ersten Blick vermuten ließe.

Schließlich stellt § 44 Abs. 6 Satz 1 SEAG in Modifikation zu § 173 Abs. 1 AktG allein auf den Beschluss des Verwaltungsrates ab, wohingegen § 173 Abs. 1 AktG von Beschlüssen des Vorstands und des Aufsichtsrates ausgeht.

e) Gewinnbeteiligung, Bezüge, Wettbewerbsverbot und Kreditgewährung

Zur Regelung der Gewinnbeteiligung, der Bezüge, des Wettbewerbsverbots und der Kreditgewährung ordnet § 40 Abs. 7 SEAG die entsprechende Geltung der §§ 87 bis 89 AktG an.

Nach den Begründungen zur Vorgängervorschrift § 24 SEAGE⁷⁴⁰ ist ein ausdrücklicher Hinweis, wonach in den in Bezug genommenen Vorschriften des Aktiengesetzes der Verwaltungsrat an die Stelle des Aufsichtsrates tritt, überflüssig, da sich die Wahrnehmung dessen Befugnisse durch den Verwaltungsrat im monistischen System von selbst versteht.⁷⁴¹

Der entsprechenden Geltung der Vorschriften des deutschen Aktiengesetzes ist angesichts der Tatsache, dass die geschäftsführenden Direktoren dem Grunde nach die Rolle des Vorstands der deutschen Aktiengesellschaft wahrnehmen, zuzustimmen.

f) Sorgfaltspflichten und Haftung

Das SEAG ordnet – wie oben befürwortet - in § 40 Abs. 8 für die Sorgfaltspflicht und die Verantwortlichkeit der geschäftsführenden Direktoren die entsprechende Geltung des § 93 AktG an und verweist damit auf die aktienrechtliche Regelung über den Vorstand.

Bei der Ausfüllung der unbestimmten Rechtsbegriffe des § 93 AktG wird aber zu beachten sein, dass die Stellung des geschäftsführenden Direktors wegen dessen Weisungsabhängigkeit (§ 44 Abs. 2 SEAG) und jederzeitiger Abberufbarkeit (§ 40 Abs. 5 SEAG) eher derjenigen eines GmbH-Geschäftsführers gleicht.⁷⁴³

Dies kommt im Wort „entsprechend“ zum Ausdruck, wodurch eine SE-spezifische Anwendung und Auslegung der deutschen Rechtsnorm möglich wird.

⁷⁴⁰ S. 40

⁷⁴¹ Dieser Erläuterung hätte es angesichts der Regelung des § 21 Abs. 5 SEAGE bzw. § 22 Abs. 6 SEAG gar nicht bedurft.

⁷⁴³ Begründungen zur Vorgängervorschrift § 24 SEAGE, S. 40.

D. Exkurs: Inkongruenz (Fälle praktischer Auswirkungen)

Nachdem oben die (formellen) Anforderungen an die Fälle der Inkongruenz dargestellt wurden, sollen hier einige Problembereiche aufgezeigt werden, in denen das nationale Recht vom SE-Recht abweicht, was möglicherweise den deutschen Gesetzgeber dazu veranlasst, Änderungen des allein für die deutsche Aktiengesellschaft geltenden deutschen Aktienrechts vorzunehmen.

I. Organmitgliedschaft – persönliche Voraussetzungen

Die derzeitige Situation zur Möglichkeit der Organmitgliedschaft für Gesellschaften und juristische Personen wurde oben bereits dargestellt.

Während für die deutsche Aktiengesellschaft (§§ 76 Abs. 3 Satz 1, 100 Abs. 1 Satz 1 AktG) sowie für die dualistische SE mit Sitz in Deutschland (Art. 47 Abs. 1, Art. 9 SE-VO i. V. m. §§ 76 Abs. 3 Satz 1, 100 Abs. 1 Satz 1 AktG) Gesellschaften und juristischen Personen die Mitgliedschaft in Vorstand und Aufsichtsrat nicht gestattet ist, existieren nach der SE-VO derartige Einschränkungen für die monistische SE mit Sitz in Deutschland nicht.

Die Probleme, die eine solche unterschiedliche Behandlung der Gesellschafts- bzw. Verwaltungsformen mit sich bringt, wurden bereits oben aufgezeigt. Aus diesen Gründen sollte der deutsche Gesetzgeber insoweit einen Gleichlauf der Regelungen anstreben.

Hier wird deshalb geraten, die Einschränkungen des deutschen Rechts (§§ 76 Abs. 3 Satz 1, 100 Abs. 1 Satz 1 AktG) aufzuheben und den Gesellschaften hinsichtlich der Besetzung der Organmitglieder mehr Freiheiten zu geben, um auch anderen Gesellschaften und juristischen Personen die Möglichkeit der Mitgliedschaft in Vorstand und Aufsichtsrat einer deutschen Aktiengesellschaft sowie der dualistischen SE mit Sitz in Deutschland zu eröffnen. Dies steht im Einklang mit den oben hierzu aufgezeigten internationalen Entwicklungen im Bereich des Gesellschaftsrechts.

Der deutsche Gesetzgeber ist im SEAG (§ 27 Abs. 3) einen anderen Weg gegangen und hat entsprechend § 76 Abs. 3 Satz 1 und § 100 Abs. 1 Satz 1 AktG klargestellt, dass der Verwaltungsrat nur aus natürlichen Personen bestehen kann.

II. Dauer der Organmitgliedschaft

Eine weitere Uneinheitlichkeit zwischen dem deutschen Aktienrecht und dem für die SE geltenden Recht findet sich hinsichtlich der Höchstdauer der Organmitgliedschaft.

Nach § 84 Abs. 1 AktG werden Vorstandsmitglieder auf höchstens fünf Jahre bestellt. Die Amtszeit für Aufsichtsratsmitglieder beläuft sich nach § 102 Abs. 1 AktG ebenfalls auf höchstens fünf Jahre.⁷⁴⁴

Gemäß Art. 46 Abs. 1 SE-VO darf der Zeitraum, für den die Mitglieder der Organe der SE - sei es Leitungs-, Aufsichts- oder Verwaltungsorgan - bestellt werden, sechs Jahre nicht überschreiten. Art. 46 SE-VO gilt einheitlich für beide Verwaltungssysteme der SE, so dass insbesondere für die dualistische SE insoweit das deutsche Aktienrecht keine Anwendung findet.

Vor dem Hintergrund einer einfacheren Rechtsanwendung und Handhabung der beiden Regelungsbereiche SE-Recht und deutsches Aktienrecht wäre eine übereinstimmende Normierung der zulässigen Höchstdauer der Organmitgliedschaft begrüßenswert.

Der deutsche Gesetzgeber könnte allenfalls dadurch eine einheitliche gesetzliche Regelung herbeiführen, dass er das deutsche Recht ändert und die zulässige Höchstdauer der Organmitgliedschaft von fünf auf sechs Jahre erhöht. Ein solches Vorgehen widerspricht jedoch den Bestrebungen im Zusammenhang mit der Corporate-Governance-Diskussion. Bereits die *Regierungskommission Corporate Governance*⁷⁴⁵ hat sich mit der Frage der Dauer der Bestellung der Mitglieder des Vorstands beschäftigt und Gründe für eine kürzere Bestelldauer erörtert. Schließlich soll auch nach Ziffer V. 1.2 des deutschen Corporate Governance Kodex die maximal mögliche Bestelldauer von fünf Jahren nicht die Regel sein.

Es wird dem deutschen Gesetzgeber deshalb geraten, die Regelungen des deutschen Aktienrechts (§§ 84 Abs. 1, 102 Abs. 1 AktG) nicht an die Vorgaben der SE-VO (Art. 46 Abs. 1) anzupassen.⁷⁴⁶

⁷⁴⁴ Hüffer, AktG § 102, Rn. 2.

⁷⁴⁵ *Regierungskommission Corporate Governance*, Bericht, Rn. 40.

⁷⁴⁶ Statt dessen sollte der europäische Ordnungsgeber aus Corporate-Governance-Gesichtspunkten die Herabsetzung der möglichen Höchstbestelldauer für Organmitglieder erwägen.

III. Zustimmungspflichtige Geschäfte

Bis zur Änderung des deutschen Aktiengesetzes durch Art. 1 TrPublG vom 19.07.2002 gab es auch im Zusammenhang mit der Regelung zu den zustimmungspflichtigen Geschäften eine Abweichung (Inkongruenz) zwischen deutschem Aktienrecht und SE-Recht.

Noch § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG der alten Fassung gab der Satzung bzw. dem Aufsichtsrat lediglich die Möglichkeit zur Begründung von Zustimmungsvorbehalten an die Hand;⁷⁴⁷ nach der Änderung des § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG durch Art. 1 TrPublG vom 19.07.2002 besteht nunmehr eine Pflicht, Zustimmungsvorbehalte zu begründen.⁷⁴⁸

Die jetzt gültige deutsche Fassung entspricht auch Art. 48 Abs. 1 Unterabs. 1 SE-VO. Die ursprüngliche Inkongruenz ist damit weggefallen.

IV. Monistisches System

Die bedeutendste Abweichung des deutschen Aktienrechts vom SE-Recht ist die Existenz des monistischen Verwaltungssystems für die SE, während das deutsche Aktienrecht allein das dualistische Organisationsmodell kennt.

Dem deutschen Gesetzgeber wird geraten, das monistische System auch für die deutsche Aktiengesellschaft einzuführen, und zwar zusätzlich zum bereits vorhandenen dualistischen Modell. Der deutsche Gesetzgeber sollte nach dem Vorbild der SE-VO beide Verwaltungsmodelle bereit halten und die Wahl des Systems der jeweiligen Gesellschaft überlassen.⁷⁴⁹

Zum einen wird so ein Gleichlauf mit dem für die SE geltenden Recht erreicht, zumal der deutsche Gesetzgeber beabsichtigt, für die monistische SE mit Sitz in Deutschland Ausführungsvorschriften zu erlassen, was oben bereits ausdrücklich befürwortet wurde.

Zum anderen sprechen hierfür weitere Gründe, die im Ergebnis wohl sogar noch von größerem Gewicht sind.

⁷⁴⁷ Vgl. den Wortlaut „kann“.

⁷⁴⁸ Siehe den Wortlaut „haben“. Diese Rechtsänderung entspricht einem Vorschlag der *Regierungskommission Corporate Governance*, vgl. deren Bericht, Rn. 34 f. Näher zu dieser Rechtsänderung und zum Problemkreis der zustimmungsbedürftigen Geschäfte schon oben.

⁷⁴⁹ Im Ergebnis ähnlich *Bungert/Beier* EWS 2002, 1 ff. (2).

Wie ein Blick in die verschiedenen mitgliedstaatlichen Rechtssysteme zeigt,⁷⁵⁰ ist das monistische System europaweit verbreitet; außerdem hat es eine große Bedeutung im amerikanischen Rechtskreis. Es ist damit schon aufgrund zunehmender Internationalisierung des Wirtschaftslebens geboten, hierfür den passenden rechtlichen Rahmen bereit zu halten. Hierzu gehört nicht nur die Einführung des monistischen Systems für die deutsche Aktiengesellschaft, sondern auch die Möglichkeit für die jeweilige Gesellschaft, sich selbst das für ihre Bedürfnisse am besten passende Verwaltungssystem wählen zu können.

⁷⁵⁰ Dazu siehe etwa *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht, Rn. 547.

SCHLUSSBETRACHTUNG

Nach vorstehenden Ausführungen wird deutlich, dass das Vorhaben Societas Europaea ein umfangreiches ist, das weitverzweigte Wirkungen entfaltet und zahlreiche Berührungspunkte mit verschiedenen Rechts- und Sachgebieten aufweist. Vor diesem Hintergrund sollen abschließend noch einige Bemerkungen gestattet sein:

A. Das Vorhaben Societas Europaea und seine Verwirklichung in der SE-VO

Der Verabschiedung der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) war ein langer und langwieriger Prozess vorausgegangen, geprägt von verschiedenen Vorentwürfen, deren Änderungen und machtpolitischen Erwägungen.

All das endete letztlich in einer Kompromisslösung, ausgestattet mit zahlreichen Verweisungen auf mitgliedstaatliches Recht. Das wiederum ist Ansatzpunkt für wenig sparsame Kritik an der verabschiedeten Verordnungsfassung.

Doch erweist sich diese Kritik oftmals als unberechtigt und geht nicht selten von realitätsfernen und nicht realisierbaren Wunschvorstellungen einer inhaltlich umfassenden Kodifikation aus. Zuzugeben ist, dass die verabschiedete Verordnung zur Erreichung der ursprünglich verfolgten Ziele nicht die Optimallösung darstellt, doch muss man ehrlicherweise feststellen, dass auch nicht (viel) mehr zu erwarten war als dieser politische Kompromiss. Dies zeigt schon ein Blick auf die langsame und mühselige Rechtsangleichung mittels Richtlinien auf europäischer Ebene, sei es im gesellschaftlichen Bereich, oder auch in anderen Rechtsgebieten.

Man wird mit der SE-Verordnung vom 8. Oktober 2001 sicherlich (zunächst) gut leben können. Wie die Idee zu einer einheitlichen Europäischen Gesellschaftsform zur Verbesserung, Vereinfachung und Förderung grenzüberschreitender wirtschaftlicher Betätigungen ein erster Schritt war, ist auch die Verabschiedung dieser Verordnung ein weiterer begrüßenswerter und notwendiger Schritt in diese Richtung.

B. Aufgabe für die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber: Regelungsbedarf

Den nächsten bedeutsamen und keineswegs einfacheren Schritt hatten und haben nun die nationalen Gesetzgeber zu vollziehen, indem sie in Erfüllung der ihnen durch die Verordnung auferlegten zahlreichen Regelungsaufträge das jeweilige mitgliedstaatliche Recht durch Änderungen und Ergänzungen an die Vorgaben der SE-VO anpassen und auf die SE abstimmen.

Hier gilt es, die nationalen Voraussetzungen für eine moderne wettbewerbsfähige Gesellschaftsform zu schaffen. Dabei sind die Ziele und Zwecke einer europäischen Gesellschaft Societas Europaea zu bedenken und stets als Richtpunkte vor Augen zu haben.

Der unter den Mitgliedstaaten hervorgerufene Wettbewerb zur Schaffung attraktiver Voraussetzungen kommt letztlich den Unternehmen zugute, was sich auf das gesamte Wirtschaftsleben positiv auswirken wird.

C. Das deutsche Ausführungsgesetz

Die vom deutschen Gesetzgeber gewählte Variante eines Ausführungsgesetzes zur SE-VO, eingebunden in ein Artikelgesetz, ist zu begrüßen.

Das Gleiche gilt auch für die inhaltlich getroffenen Grundentscheidungen mit der Systematik des zweigliedrigen Aufbaus durch Einführung der geschäftsführenden Direktoren.

Die Anlehnung der Normierungen zum Verwaltungsrat an die deutschen Vorschriften zum Aufsichtsrat sowie der an den Vorstandsaufgaben orientierten Ausgestaltung der Geschäftsführerfunktion bringt den geforderten weitgehenden Gleichlauf der beiden Verwaltungsmodelle dualistisches und monistisches System mit sich. Dies ermöglicht dem Grunde nach problemlos die Übernahme der nationalen deutschen Vorschriften zum Aktienrecht in der monistisch organisierten SE. Das wird im Rahmen der Ausführungen dieser Arbeit nochmals bestätigt.

Hinsichtlich der Einzelheiten zum SEAG besteht allerdings noch Erörterungsbedarf, insbesondere was verschiedene Änderungen bzw. Verbesserungen anbelangt. Hierzu will die vorliegende Arbeit Ansatzpunkte aufzeigen und Anregungen geben.

D. Ausblick

Die SE-VO und die deutschen Ausführungsvorschriften lassen sich insgesamt als positiv bewerten und stellen ohne Zweifel einen Fortschritt für die grenzüberschreitende wirtschaftliche Betätigung und den Europäische Binnenmarkt dar.

Das Bereitstellen der rechtlichen Voraussetzungen ist hierfür allerdings nur ein wesentlicher Aspekt.

Von ganz entscheidender Bedeutung ist zudem auch der Umgang der Praxis mit den rechtlichen Vorgaben. Denn die rechtlichen Vorschriften sind bisher allenfalls eine leblose Hülle – jedoch voller Lebenserwartung -, der noch der notwendige Lebensatem eingehaucht werden muss.

Es wird zum einen darauf ankommen, wie die Unternehmen Verordnung und Ausführungsvorschriften akzeptieren und mit welchem Mut sie sich an die neue Gesellschaftsform herantrauen. Dabei wird es sicherlich auf die Vorreiterrolle einiger bedeutender Unternehmen ankommen.

Zum anderen wird es maßgeblich sein, wie die rechtliche Beratungspraxis die Vorgaben umsetzt und für das unternehmerische Tagesgeschäft ausgestaltet.

Die Erfahrungen mit der SE in der alltäglichen Praxis werden zu Anpassungen und Verbesserungen führen, die diese Rechtsform weiter voran bringen und die Voraussetzungen für eine zunehmende Vereinheitlichung des Europäischen Binnenmarktes schaffen.

Dass es der Weiterentwicklung der bestehenden Vorschriften der SE-VO und der nationalen Ausführungsgesetze bedarf und die Tatsache, dass die Weiterentwicklung ein steter Prozess ist, hat der Verordnungsgeber erkannt und deshalb in Art. 69 SE-VO das Institut eines sog. Evaluierungsberichtes vorgesehen. Danach legt spätestens fünf Jahre nach Inkrafttreten der Verordnung die Kommission dem Rat und dem Europäischen Parlament einen Bericht über die Anwendung der Verordnung sowie gegebenenfalls Vorschläge für Änderungen vor.

Dies bietet zugleich die Chance, praktische Erfahrungen einfließen zu lassen und die Bedürfnisse der Unternehmen, die sich erst im Laufe der Zeit zeigen, zu berücksichtigen und gesetzlich festzuhalten.

Lebenslauf

Am 03. April 1974 wurde ich, Thomas Pfeuffer, als erstes Kind von Herbert Pfeuffer und Hildegard Pfeuffer, geborene Lawo, in Tauberbischofsheim geboren.

Nach dem Besuch der Grundschule Ost und des Matthias-Grünwald-Gymnasiums in Tauberbischofsheim legte ich im Jahr 1993 das Abitur ab. Anschließend absolvierte ich in Tauberbischofsheim meinen Wehrdienst und begann im Wintersemester 1994 / 1995 an der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität in Würzburg das Studium der Rechtswissenschaften. Im Rahmen eines Stipendiatenaustausches verbrachte ich das Wintersemester 1996/1997 an der Università degli Studi di Padova (Padua, Italien). Im Termin 1999/1 beendete ich das Studium an der Universität Würzburg mit der Ersten Juristischen Staatsprüfung.

Danach leistete ich in Würzburg, Miltenberg, Erlangen und Tauberbischofsheim den Vorbereitungsdienst für den höheren Justiz- und Verwaltungsdienst ab, den ich mit der Zweiten Juristischen Staatsprüfung im Termin 2001/1 abschloss.

Von Januar 2002 an war ich in der Rechtsanwaltskanzlei Reinhart - Kober - Großkinsky in Tauberbischofsheim beschäftigt. Seit Juni 2004 bin ich als Rechtsanwalt bei Schulz & Partner Wirtschaftsprüfer · Steuerberater · Rechtsanwälte · GbR in Rottenburg am Neckar tätig. Die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft erhielt ich im November 2002.