

Univ.-Prof. Dr. Susanne KALSS, Wirtschaftsuniversität Wien\*)  
 Forschungs-Ass. Mag. Claudia GREDA, Wirtschaftsuniversität Wien

## Die Europäische Gesellschaft (SE) österreichischer Prägung nach dem Ministerialentwurf

Mit dem Anfang Februar 2004 veröffentlichten Ministerialentwurf eines Gesetzes<sup>1)</sup> über das Statut<sup>2)</sup> der Europäischen Gesellschaft (SE) soll die zweite supranationale Rechtsform etabliert werden. Im ersten Teil werden die Gründungsmöglichkeiten der SE vorgestellt. Dabei wird vor allem auf die Interessen der Aktionäre, Gläubiger und Arbeitnehmer der Gründungsgesellschaften eingegangen. Der zweite Teil beleuchtet die Eckpunkte der neu auszugestaltenden monistischen Unternehmensverfassung, insbesondere die Organe, deren Aufgaben und Verantwortlichkeit. Parallel zum SE-Gesetz (SEG) wurde der Entwurf zur Änderung des Arbeitsverfassungsgesetzes (ArbVG)<sup>3)</sup> vorgestellt, der die Richtlinie<sup>4)</sup> über die Arbeitnehmermitbestimmung<sup>5)</sup> in der SE umsetzt.

### I. Einleitung

Am 8. Oktober 2004 tritt die Verordnung über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) in Kraft; damit endet auch die Frist zur Umsetzung der erforderlichen nationalen Begleitmaßnahmen. Ziel des SE-Statuts ist es, mit der SE ein Vehikel für europaweite oder zumindest grenzüberschreitende<sup>6)</sup> Tätigkeiten zur Verfügung zu stellen. Mit Einführung<sup>7)</sup> der Europäischen Gesellschaft<sup>8)</sup> wird es in Österreich<sup>9)</sup> als wohl größte Innovationsleistung<sup>10)</sup> der Verordnung zwei verschiedene Leitungssysteme – näm-

\*) Prof. Kalss leitet des vom FWF geförderte START-Forschungsprojekt; Frau Greda ist Mitarbeiterin des Projekts.

<sup>1)</sup> Bundesgesetz, mit dem ein Bundesgesetz über das Statut der Europäischen Gesellschaft (Societas Europaea – SE) – (SE-Gesetz – SEG) erlassen wird sowie das Aktiengesetz, das Firmenbuchgesetz, das Rechtspflegergesetz, das Gerichtsgebührengesetz, das EWIV-Ausführungsgesetz, das Genossenschaftsrevisionsgesetz 1997 und das Versicherungsaufsichtsgesetz geändert werden (Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz 2004 – GesRÄG, 2004). Der Titel des Gesetzes wurde im Zuge des Begutachtungsverfahrens abgeändert und weicht nun von dem des Ministerialentwurfs ab.

<sup>2)</sup> Verordnung (EG) Nr 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) ABl L 294/1 ff vom 10.11.2001; im Folgenden kurz Verordnung, SE-VO, SE-Verordnung oder VO.

<sup>3)</sup> Vgl den Entwurf des Ministeriums für Wirtschaft und Arbeit zum Bundesgesetz, mit dem das Arbeitsverfassungsgesetz, das Bundesgesetz über Post-Betriebsverfassung und das Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz geändert werden sollen. Abrufbar unter <http://www.bmwa.gv.at/NR/rdonlyres/37A29554-A92C-41D1-94A3-08691DEA0D95/10840/Arbeitsverfassung.pdf>; im Folgenden kurz ArbVG idF des Entwurfs.

<sup>4)</sup> Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8. Oktober 2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer ABl L 294/22 ff vom 10.11.2001; im Folgenden kurz SE-RL.

<sup>5)</sup> S dazu nur Kötler, DAI, Die Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft, 36 ff; derselbe, Die Mitbestimmung in der SE, ZGR 2003, 800 ff; Reichert/Brandes, Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der SE: Gestaltungsfreiheit und Bestandschutz, ZGR 2003, 767 ff; Röpke, Europäische Aktiengesellschaft und Arbeitnehmerbeteiligung, RdA 2002, 177 ff; Weiss, Arbeitnehmermitwirkung in Europa, NZA 2003, 181 ff; Kleinsorge, Europäische Gesellschaft und Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer, RdA 2002, 348 ff; Kraushaar, Europäische Aktiengesellschaft (SE) und Unternehmensmitbestimmung, BB 2003, 1615 ff; Herfs-Röttgen, Arbeitnehmerbeteiligung in der Europäischen Aktiengesellschaft, NZA 7/2002, 364 ff; Blanquet, Das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft („SE“), ZGR 2002, 20 ff.

<sup>6)</sup> Im grenzüberschreitenden Bereich werden der SE aufgrund ihrer einfacheren und effizienteren Organisationsstrukturen insgesamt geringere Verwaltungskosten zugeschrieben: Teichmann, Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft – Grundlagen der Ergänzung des europäischen Statuts durch den deutschen Gesetzgeber, ZGR 2002, 383 (385).

<sup>7)</sup> Konkrete Forderungen nach Schaffung einer Aktiengesellschaft europäischen Typs stellten der französischen Notar Thibierge, Le statut des sociétés étrangères (1959) auf dem 57. Kongress der Notare Frankreichs und der niederländische Professor Sanders, Auf dem Wege zu einer Europäischen Aktiengesellschaft, RIW/AWD 6 (1960) 1 ff; Sanders, Vorentwurf eines Statuts für europäische Aktiengesellschaft, in Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Kollektion Studien, Reihe Wettbewerb, Nr 6, 1967; vgl zu Hintergründen, historischer Entwicklung und Grundkonzeption Kalss/Burger/Eckert, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts, Geschichte und Materialien (2003) 374; Theisen/Wenz in Theisen/Wenz, Die Europäische Aktiengesellschaft (2002) 1 (30); Da Costa/De Meester Bilreiro, The European Company Statute (2003) 1.

<sup>8)</sup> S zur Entwicklung der SE-Verordnung nur Torggler, Zur Europäischen Gesellschaft (SE), eolex 2001, 442; Fleischer, Das Recht der Internationalen Wirtschaft und die Europäische Aktiengesellschaft, RIW 2004, 9; Heinze, Die Europäische Aktiengesellschaft, ZGR 2002, 66 ff; Blanquet, ZGR 2002, 20 ff; Teichmann, ZGR 2002, 383 ff; Lutter, Europäische Aktiengesellschaft? Rechtsfigur mit Zukunft? BB 2002, 1; Pluskat, Die neuen Vorschläge für die Europäische Aktiengesellschaft, EuZW 2001, 524; Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht (2000) Rn 31 ff; Wiesner, Der Nizza-Kompromiss zur Europa AG? Triumph oder Fehlschlag? ZIP 2001, 397 ff; Hopt, Europäisches Gesellschaftsrecht? Krise und neue Anläufe, ZIP 1998, 96 (99); Lutter, Konzepte, Erfolge und Zukunftsaufgaben der Gesellschaftsrechtsharmonisierung, in Grundmann, Systembildung und Systemlücken im europäischen Privatrecht (2000) 121 (142).

<sup>9)</sup> Die rechtswissenschaftliche Diskussion in Österreich erstreckt sich wie die Entstehungsgeschichte der Verordnung selbst über mehrere Jahrzehnte; vgl dazu Kastner, Die Entwicklung des Gesellschaftsrechtes unter dem Gesichtspunkt der europäischen Integration, Verhandlungen des zweiten österreichischen Juristentages (1964) 55 ff; Zawischa, Die Entwicklung des Aktienrechts in der EWG 2. Teil. Die Europäische Aktiengesellschaft, in Schwind, Probleme des europäischen Gesellschaftsrechts (1976) 220 ff; Straube, Zur gesellschaftsrechtlichen Organisation der zwischenbetrieblichen Kooperation im Europäischen Binnenmarkt, in Kastner-FS II (1992) 421.

<sup>10)</sup> Fleischer, Der Einfluß der Societas Europaea auf das deutsche Gesellschaftsrecht, AcP 2004 (in Druck); Theisen/Hözl in Theisen/Wenz, Die Europäische Aktiengesellschaft 247 (275); die SE als geradezu revolutionäres Ergebnis bezeichnend Kallmeyer, Das monistische System in der SE mit Sitz in Deutschland, ZIP 2003, 1531; Neve, DAI, Die Europa AG – Eine Perspektive für deutsche Unternehmen, 2003, 67.

lich neben dem zweistufigen (Vorstand – Aufsichtsrat) auch das einstufige (Verwaltungsrat) – geben. Der Ministerialentwurf konzentriert sich auf die Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben; weder wurde die Idee, das innerstaatliche Umgründungsrecht um unsachliche Diskrepanzen zu bereinigen, verwirklicht noch das ursprüngliche Vorhaben, das monistische System auch für die nationale Gesellschaft zu öffnen,<sup>11)</sup> umgesetzt; zumindest einige wenige Neuregelungen (zB Verwendung von Kommunikationstechnologie, Entsendungsrecht) werden für das Aktienrecht im Allgemeinen vorgeschlagen.

## II. Regelungstechnik: Anwendbares Recht

Von einem wahrhaft „europäischen Recht über die Aktiengesellschaft“<sup>12)</sup> mit ursprünglich 400 Artikeln<sup>13)</sup> ist die Verordnung auf ein 70 Artikel fassendes, „torsohaftes“<sup>14)</sup> Regelungswerk geschmolzen. Etliche Bereiche<sup>15)</sup> werden nicht gesondert geregelt; die umstrittenen Fragen zur Arbeitnehmermitbestimmung wurden in die begleitende Richtlinie ausgelagert. Die *Regelungslücken* werden nun über die komplexe Normenhierarchie<sup>16)</sup> des Art 9 Abs 1 SE-VO,<sup>17)</sup> der die unterschiedlichen Rechtsquellen ordnet, ausgefüllt. Über diesen Generalverweis kommen nacheinander Bestimmungen der Verordnung und Regelungen in der Satzung, soweit diese auf der Grundlage ausdrücklicher Ermächtigungen der Verordnung getroffen worden sind, zur Anwendung.<sup>18)</sup> Es folgen SE-spezifische Regelungsmaßnahmen,<sup>19)</sup> nationales (Aktien-)Recht des *Sitzstaats* der SE und letztlich die Satzung der Gesellschaft. Dass diese Regelungstechnik in der Praxis mitunter schwierige Abgrenzungsfragen zwischen supranationaler und nationaler Regelungsebene aufwerfen wird, ist offensichtlich.<sup>20)</sup> Aufgrund des Generalverweises des Art 9 SE-VO sowie der zahlreichen Einzelverweise wird es entgegen dem ursprünglichen Regelungsvorhaben<sup>21)</sup> nicht *eine* SE geben, die nach einem einzigen europäischen Normenkomplex konzipiert ist, sondern eine Vielzahl von europäischen Aktiengesellschaften, die durch das jeweilige mitgliedstaatliche Recht eine starke nationale Prägung erhalten.<sup>22)</sup> In Zukunft wird es – einschließlich der zehn neuen Mitgliedstaaten – 25 verschiedene SE geben (das Statut enthält 51! Regelungsaufträge und -ermächtigungen). Die zahlreichen Spezialverweise in Kombination mit den wenigen zwingenden Vorgaben der Verordnung gerade im Bereich der Organisationsverfassung eröffnen mannigfaltige Gestaltungsmöglichkeiten. Werden sie ausgeschöpft, bieten sie selbst innerhalb eines Mitgliedstaats neue Spielvarianten.<sup>23)</sup> Der österreichische Entwurf nutzt diese Gestaltungsfreiheit durchaus und schafft flexible Rahmenbedingungen, die auch im Rahmen des monistischen Systems verschiedene Organisationsmodelle zulassen.<sup>24)</sup> Die SE ist gemäß Art 1 SE-VO eine Aktiengesellschaft, dementsprechend gelten für sie die aktienrechtlichen Bestimmungen,

<sup>13)</sup> Der Vorschlag 1991 enthielt rund 110 Artikel; *Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> (2003) 398 Fn 13.

<sup>14)</sup> S nur *Doralt*, Die Europäische Aktiengesellschaft – Societas Europaea, Vortrag anlässlich des Walter Kastner Gedenksymposiums am 28. Juni 2002; *Merkt*, Die Pluralisierung des europäischen Gesellschaftsrecht; RIW 2004, 1 (3); *Fleischer*, AcP 2004 (in Druck); *Teichmann*, ZGR 2002, 383 (390).

<sup>15)</sup> Erwähnt seien nur die fehlende steuerrechtliche Flankierung, Normen zur Rechnungslegung, Kapitalaufbringung, Gläubigerschutzbestimmungen, etc.

<sup>16)</sup> Vgl zur Normenhierarchie und zum anwendbaren Recht *Lind*, Die Europäische Aktiengesellschaft (2004); *Brandt/Schleifele*, Die Europäische Aktiengesellschaft und das anwendbare Recht, DSrR 2002, 547 ff; *Bungert/Beier*, Die Europäische Aktiengesellschaft, EWS 2002, 1 (2); *Teichmann*, ZGR 2002, 383 (395); *Thoma/Leuring*, Die Europäische Aktiengesellschaft – Societas Europaea, NJW 2002, 1449 (1450).

<sup>17)</sup> 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 würden, iii) den Bestimmungen ihrer Satzung unter den gleichen Voraussetzungen wie im Falle einer nach dem Recht des Sitzstaats der SE gegründeten Aktiengesellschaft.

(2) Von den Mitgliedstaaten eigens für die SE erlassene Rechtsvorschriften müssen mit den für Aktiengesellschaften im Sinne des Anhangs I maßgeblichen Richtlinien im Einklang stehen.

(3) Gelten für die von der SE ausgeübte Geschäftstätigkeit besondere Vorschriften des einzelstaatlichen Rechts, so finden diese Vorschriften auf die SE uneingeschränkt Anwendung.

<sup>18)</sup> Art 9 Abs 1 lit b) SE-VO statuiert damit den Grundsatz der Satzungsstrenge und entspricht dem § 23 Abs 5 dAktG *Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> 401 Fn 25; s ferner *Hommelhoff/Teichmann*, Die Europäische Aktiengesellschaft – das Flaggschiff läuft vom Stapel, SZW/RSDA 1/2002, 1 (3); *Henssler*, Unternehmerische Mitbestimmung in der Societas Europaea, in Ulmer-FS (2003) 267 (272 ff).

<sup>19)</sup> SE-spezifisches Recht kann nur erlassen werden, sofern das nationale Recht betreffende Sachverhalte nicht regelt oder dies die Verordnung ausdrücklich zulässt. Andernfalls wäre eine SE-spezifische Ausgestaltung dem nationalen Gesetzgeber verwehrt: *C. Schindler*, Vor einem Ausführungsgesetz zur Europäischen Aktiengesellschaft, *ecolex* 2003, Script 26, 1; *Teichmann/Neye*, Der Entwurf für das Ausführungsgesetz zur Europäischen AG, AG 2003, 169 (175); *Teichmann*, ZGR 2002, 383 (399).

<sup>20)</sup> Kritisch *Fleischer*, AcP 2004 (in Druck).

<sup>21)</sup> *Sanders*, RIW/AWD 6 (1960), 1 ff: „Was europäisch gedacht ist, kann sich auch europäisch konstituieren und braucht sich für die juristische Form nicht in ein nationales Mäntelchen stecken.“ Von dem diesen Grundgedanken tragenden Vorentwurf, der ein eigenständiges europäisches Aktienrecht formulierte, ist freilich in der Endfassung nicht viel übrig geblieben.

<sup>22)</sup> *Doralt*, Die Europäische Aktiengesellschaft – Societas Europaea, Vortrag anlässlich des Walter Kastner Gedenksymposiums am 28. Juni 2002, prägte das Bild des Zentauren mit europäischem Pferdeleib und nationalem Kopf; *Artmann*, Die Organisationsverfassung der Europäischen Aktiengesellschaft, wbl 2002, 189 (197); *Kübler*, Leitungsstrukturen der Aktiengesellschaft und die Umsetzung des SE-Statuts, ZHR 2003, 222 (223); *Brandt/Schleifele*, DSrR 2002, 547; *Teichmann*, ZGR 2002, 383 ff; *Jahn*, Die Europäische Aktiengesellschaft – Societas Europaea, DB 2001, 632.

<sup>23)</sup> Die Variantenvielfalt hat sich in Italien bei der Gesellschaftsrechtsreform, die mit 1. Jänner 2004 in Kraft trat, in einem dreifachen Wahlrecht gezeigt; vgl *Padovini* in *Kalss*, Gläubigerschutz im slowenischen, italienischen und österreichischen Kapitalgesellschaftsrecht (2002); *Arlt/Bervoets/Grechenig/Kalss*, Die europäische Corporate-Governance-Bewegung (Frankreich, Niederlande, Spanien, Italien), GesRZ-Sonderheft Corporate Governance (2002), 64 ff; *Ferrini* in *Baums/Kübler*, Die SE in Europa (in Druck).

<sup>24)</sup> S unter Punkt IV.3.5.

<sup>11)</sup> Vgl *Arlt/Grechenig/Kalss*, The Status of drafting the SE in Austrian law, in *Oplustil/Teichmann*, The SE in Europe (in Druck).

<sup>12)</sup> *Sander*, AWD (RIW), 1960, 1; *Teichmann*, ZGR 2002, 383 (390).

soweit die Verordnung nichts Besonderes vorsieht. Auch für andere Gesetze ist dieser Anknüpfungspunkt wesentlich, etwa für die Rechnungslegung, die Insolvenzgesetze oder aufsichtsrechtliche Bestimmungen wie das BWG oder WAG.

### III. Gründungs- bzw Umgründungstatbestände

#### 1. Allgemeines

Die Verordnung stellt ausdrücklich vier Gründungsformen zur Verfügung: Gründung durch Verschmelzung, Gründung einer Holding-SE und einer Tochter-SE sowie die Gründung einer SE durch Umwandlung einer nationalen AG.<sup>25)</sup> Die fusionsartige Wirkung der Spaltung spricht für die Gründung einer SE durch Spaltung, allerdings steht der Wortlaut entgegen.<sup>26)</sup> Eine bestehende SE kann ihrerseits eine SE gründen, sei es durch Ausgliederung eines Unternehmensteils, sei es durch Spaltung. Das Gründungsrecht der SE ist nicht Gründungsrecht im engen Sinn, sondern vor allem Umgründungsrecht bereits bestehender Gesellschaften,<sup>27)</sup> denn von der Bildung einer SE sind natürliche Personen nach dem gründungsrechtlichen Numerus clausus ausgeschlossen.<sup>28)</sup> Als SE-Gründer kommen demnach nur juristische Personen in Betracht; die Verordnung zieht den Kreis je nach Gründungsart verschieden weit.<sup>29)</sup> Nur Aktiengesellschaften haben uneingeschränkten Zugang zur SE; andere Rechtsträger haben die für sie bestimmte Gründungsform zu wählen. Wegen des Zusammenspiels von Verordnung, harmonisiertem nationalem Verschmelzungsrecht und dem ergänzenden sonstigen nationalen Aktienrecht hat der Rechtsunterworfenen ein torsohaftes und dementsprechend schwer lesbares Gesetz anzuwenden, das die Zusammenschau der unterschiedlichsten Rechtsquellen verlangt, um zu einem stimmigen Regelungsgefüge zu gelangen.<sup>30)</sup>

Zentrale Bedeutung bei der Gründung einer SE kommt dem Gebot der Mehrstaatlichkeit zu, allerdings wird dieses Kriterium nach Art 2 SE-VO bei den einzelnen Gründungstatbeständen reduziert.<sup>31)</sup> Während bei der Verschmelzung die beteiligten Gesellschaften mindestens zwei verschiedenen Rechtsordnungen unterliegen müssen, kann eine SE-Tochtergesellschaft ganz ohne Auslandsbezug gegründet werden, dh sogar im Sitzstaat der SE-Mutter.<sup>32)</sup> Der Entwurf macht vom Wahlrecht nach Art 2 Abs 5 SE-VO nicht Gebrauch, sodass Gesellschaften aus EU-Drittstaaten nicht in den Gründungsvorgang einbezogen werden können. Für jede Gründung ist vorbehaltlich abweichender Verordnungsvorschriften gem Art 15 SE-VO das Recht des künftigen Sitzstaats der SE maßgeblich. Dieser allgemeine Verweis wird durch die zahlreichen Einzelverweise in der Verordnung präzisiert, teilweise abgeschwächt (vgl Art 18 SE-VO). Wie bei jeder Umgründung hat der Gesetzgeber die Regelung des technischen Vorgangs<sup>33)</sup> sowie die Wahrung der Interessenträger (Minderheiten, Gläubiger, Arbeitnehmer) zu bewältigen.<sup>34)</sup> Während die einzelnen Umgründungsvorgänge bereits durch die Verordnung relativ ausführlich geregelt werden, beschränkt sich die Verordnung bei Wahrung der Interessen der Min-

derheitsgesellschaftlicher, Gläubiger und Arbeitnehmer auf kurze Ermächtigungen. Der nationale Gesetzgeber wird zur Ausfüllung dieser Sachbereiche ermächtigt. Der Entwurf macht von diesen Gestaltungsfreiräumen Gebrauch und zielt darauf, ein unterschiedlich gewichtetes, jedoch gleichwertiges System an Schutzmechanismen zu schaffen. Die Intensität der Mechanismen ist je nach drohender Gefahrenlage differenziert ausgestaltet. Der Minderheitenschutz bedient sich dreier Instrumente:<sup>35)</sup> rechtzeitige Information, Mitentscheidungsrecht bei der Entscheidungsfindung und schließlich eines zweifach ausgeprägten Vermögensschutzes (Überprüfung der Angemessenheit des Umtauschverhältnisses, Austrittsrecht)<sup>36)</sup>, die auch im Rahmen der SE-Umgründung greifen.<sup>37)</sup> Aufgrund der unterschiedlichen Auswirkungen einer Umgründung hat sich der Gesetzgeber für jede einzelne Maßnahme die Frage nach der Legitimation und der konkreten Ausgestaltung der Schutzmaßnahme zu stellen. Dabei orientiert sich der Entwurf unter Einbeziehung des der SE-Verordnung zugrunde liegenden internationalen Charakters der Gründungsformen an den bereits existierenden nationalen Schutzinstrumenten, die auf die beteiligten Gründungsgesellschaften iS eines „SE-Eingangsschutzes“<sup>38)</sup> anzuwenden sind.

Gläubigerschutz ist bei jeder Umgründung eine zentrale Frage, er erlangt aber bei Umstrukturierungen mit grenz-

<sup>25)</sup> Vgl nur *Neye/Teichmann*, Der Entwurf für das Ausführungsgesetz zur Europäischen AG, AG 2003, 169 (170).

<sup>26)</sup> S unter III.7; dazu *Arlt/Grechenig/Kalss*, in *Oplustil/Teichmann*, The SE in Europe (in Druck).

<sup>27)</sup> *Kalss*, Minderheitenschutz bei Gründung und Sitzverlegung der SE nach dem Diskussionsentwurf, ZGR 2003, 593 (595).

<sup>28)</sup> *Kalss*, Die geplante SE-Gesetzgebung in Österreich, in *Baums/Kübler*, Die SE in Europa (in Druck); *Arlt/Grechenig/Kalss* in *Oplustil/Teichmann*, The SE in Europe (in Druck).

<sup>29)</sup> Vgl *Teichmann*, ZGR 2002, 383 (409).

<sup>30)</sup> *Kalss*, ZGR 2003, 593 (596); *dieselbe* in *Baums/Kübler*, Die SE in Europa (in Druck); vgl umfassend *Lind*, Die Europäische Aktiengesellschaft.

<sup>31)</sup> S dazu *Teichmann*, ZGR 2002, 383 (410).

<sup>32)</sup> Dem Mehrstaatlichkeitserfordernis ist schon durch die primäre Errichtung der SE-Mutter Rechnung getragen: *Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> 403 Fn 31; *Thoma/Leuering*, NJW 2002, 1449 (1451).

<sup>33)</sup> Anmeldung, Eintragung, Wirksamkeit; der Entwurf normiert etwa die Anmeldung des jeweiligen Vorgangs in Anlehnung an die nationalen Parallelgestaltungen unterschiedlich; vgl §§ 15, 24 und 28 des Entwurfs.

<sup>34)</sup> Vgl *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung (1997) vor § 219 AktG Rz 5.

<sup>35)</sup> S etwa zum Minderheitenschutz bei der SE *Kalss*, ZGR 2003, 593 ff; s ferner *Teichmann*, ZGR 2003, 367 ff; zur Umgründung *Hommelhoff/Riesenhuber* in *Grundmann*, Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des europäischen Privatrechts 259 (277 ff) und grundlegend zum Minderheitenschutz *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, Bd I (1980) 404 ff; *Schmidt*, Gesellschaftsrecht<sup>4</sup> (2002) 466 ff. Hinzu kommt schließlich ein Rechtsbehelf gegen unrechtmäßiges Vorgehen bei der Entscheidungsfindung, was hier nur am Rande erörtert wird.

<sup>36)</sup> Das Verfahren zur Kontrolle des Umtauschverhältnisses steht der Eintragung der Verschmelzung nicht entgegen; s *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung vor § 225b AktG Rn 3 ff; *dieselbe*, ZGR 2003, 593 (622); dazu für Deutschland *Teichmann*, ZGR 2003, 367 (384).

<sup>37)</sup> S dazu *Riesenhuber*, Die Verschmelzungsrichtlinie: „Basisrecht für ein Europäisches Recht der Strukturmaßnahmen“ NZG 2004, 15 (19).

<sup>38)</sup> *Kalss*, ZGR 2003, 593 (601).

überschreitenden Aspekten zusätzliche Bedeutung, zumal bei solchen Konstellationen die Verlegung des Verwaltungssitzes und Satzungsitzes (vgl Art 7 SE-VO Sitzverlegung und Verschmelzung) die Verfolgung von Gläubigerrechten erschwert.<sup>39)</sup> Der Entwurf passt die traditionellen Gläubigerschutzmechanismen (Kapitalschutz, Kapitalerhaltung, Sicherheitenbestellung) dementsprechend der zusätzlichen Gefahrenlage an.

Schwierigste Frage des gesamten SE-Projekts war die Ausgestaltung der unternehmerischen Mitbestimmung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichts- bzw Verwaltungsorgan.<sup>40)</sup> Die die SE-VO begleitende Richtlinie, die sich an die Richtlinie<sup>41)</sup> zum europäischen Betriebsrat anlehnt, zielt darauf, dass die Gründung einer SE nicht zur Beseitigung oder Einschränkung der Gepflogenheiten der Arbeitnehmerbeteiligung der Gründergesellschaften führt.<sup>42)</sup> Die Richtlinie erachtet die Gefahr der Einschränkung bestehender Mitbestimmungssysteme als am größten, wenn die Gründung der SE im Wege der Umwandlung oder der Verschmelzung stattfindet.<sup>43)</sup> Als Eckpunkte der ergänzenden Arbeitnehmerrichtlinie sind einerseits die Verhandlungslösung und andererseits der Bestandschutz<sup>44)</sup> anzuführen.<sup>45)</sup> Nach dem Gesetzesentwurf, der die *Richtlinie* umsetzt, soll die konkrete Ausgestaltung der Mitbestimmung zwischen den an der Gründung der SE beteiligten Unternehmensorganen und dem eigens zu konstituierenden besonderen Verhandlungsgremium der Arbeitnehmer ausgehandelt werden (vgl § 225 ArbVG idF des Entwurfs). Scheitern die Verhandlungen, greift die Auffanglösung, wonach sich die konkrete Mitbestimmung am höchsten Mitbestimmungsniveau der beteiligten Gesellschaft orientiert. Eine SE darf erst eingetragen werden, wenn eine vertragliche Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer getroffen worden ist (Art 12 Abs 2 SE-VO iVm Art 7 Abs 1 Satz 2 lit b SE-RL).<sup>46)</sup>

## 2. Sitzverlegung<sup>47)</sup>

Die SE-Verordnung stützt sich gemäß Art 7 auf die Sitztheorie,<sup>48)</sup> was trotz der vom EuGH etablierten europäischen Gründungstheorie für nationale Gesellschaften<sup>49)</sup> als zulässig anzusehen ist.<sup>50)</sup> Die lange vor den EuGH-Entscheidungen (*Centros*,<sup>51)</sup> *Überseering*<sup>52)</sup> und *Inspire Art*<sup>53)</sup>) ausformulierte Verordnung verfolgt damit ein divergierendes Regelungskonzept und wurde letztlich von den aus der Judikatur ableitbaren Prinzipien überholt. Im Unterschied dazu wird die geplante Sitzverlegungsrichtlinie für nationale Gesellschaften die Verlegung – nur – des Satzungssitzes normieren. Die Verordnung gestaltet die Sitzverlegung als grundlegende Strukturmaßnahme aus, verlangt aber zugleich die Registrierung im Staat des neuen Verwaltungssitzes, was entsprechende Anpassungen der Satzung erfordert.<sup>54)</sup> Der Mitgliedstaat, in dem die SE registriert ist, hat dafür Sorge zu treffen, dass – bei sonstiger Liquidation –, sofern Satzungs- und Verwaltungssitz auseinander fallen, der ordnungsgemäße Zustand hergestellt wird. Die Verlegung des Sitzes führt weder zur Auflösung der Gesellschaft noch zur Gründung einer neuen juristi-

<sup>39)</sup> Vgl *Hommelhoff/Riesenhuber* in *Grundmann*, Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts 259 (281).

<sup>40)</sup> *Henssler*, in *Ulmer-FS*, 193.

<sup>41)</sup> Richtlinie 94/45/EG des Rates vom 22. September 1994 über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen ABI Nr L 254 vom 30.9.1994, 64.

<sup>42)</sup> 3. Erwägungsgrund der SE-RL.

<sup>43)</sup> 10. Erwägungsgrund der SE-RL.

<sup>44)</sup> Der Bestandschutz ist zweifach zementiert: zum einen durch das qualifizierte Zustimmungserfordernis des besonderen Verhandlungsgremiums im Fall der Absenkung des Mitbestimmungsniveaus und zum anderen durch die Auffangregelung selbst. *Reichert/Brandes*, ZGR 2003, 767 (776).

<sup>45)</sup> Vgl *Reichert/Brandes*, ZGR 2003, 767 (768).

<sup>46)</sup> S für Sachverhalte, die trotz Nichtvorliegens einer Vereinbarung zur Eintragung führen, Art 12 Abs 2 SE-RL.

<sup>47)</sup> Die grenzüberschreitende Sitzverlegung ist in Österreich mit Ausnahme der Sitzverlegung der Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV) gem Art 13, 14 Abs 1 und 4 EWIV-VO und § 3 Abs 1 Z 3, Abs 2 und § 2 Abs 2 Z 2 EWIV-Ausführungsgesetz bislang unregelt; s EWIV-Ausführungsgesetz, BG zur Ausführung der Verordnung des Rates über die Schaffung einer Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung und Änderung des Firmenbuchgesetzes, des Rechtspflegergesetzes und des Gerichtsgebührengesetzes (EWIV-Ausführungsgesetz – EWIVG) BGBl 1995/521 idF BGBl 1996/304; vgl zur Sitzverlegungsfrage *Löffler*, Das Gesellschaftsrecht der Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV) mit Sitz in Österreich (1998) 238; *Manz in Selbherr/Manz*, Kommentar zum EWIVG (1995) Art 13 Rz 2.

<sup>48)</sup> Vgl *Kalss in Baums/Kübler*, Die SE in Europa (in Druck); *Schnyder*, Zur Societas Europaea (SE)? Wendepunkt im europäischen Gesellschaftsrecht? in *Druey-FS* (2002), 569 (573); *Wenz in Theisen/Wenz*, Die Europäische Aktiengesellschaft 171 (203); mit Sitz ist der Ort der Registrierung gemeint und nicht etwa der Verwaltungssitz: *Teichmann*, Vorschläge für das deutsche Ausführungsgesetz zur Europäischen Aktiengesellschaft, ZIP 2002, 1109 (1111); *derselbe*, ZGR 383 (456); *Schwarz*, Zum Statut der Europäischen Aktiengesellschaft, ZIP 2001, 1847 (1849).

<sup>49)</sup> *Adensamer/Eckert*, Umzug von Gesellschaften in Europa, insbesondere Wegzug österreichischer Gesellschaften ins Ausland, GeS 2004 52 (61 ff).

<sup>50)</sup> Das Erfordernis von gleichzeitiger Verlegung von Verwaltungssitz und Satzungssitz schmälert den Anwendungsbereich der Sitzverlegung. Die Judikatur des EuGH im internationalen Gesellschaftsrecht hat die identitätswahrende Verlegung des tatsächlichen Sitzes ohne Statutenwechsel ermöglicht und geht so über die Möglichkeiten der Verordnung hinaus. *Eidenmüller* vertritt die Ansicht, dass das SE-Statut nach der *Daily-Mail*-Doktrin nicht gegen die Niederlassungsfreiheit verstoße: *Eidenmüller*, Mobilität und Restrukturierung von Unternehmen im Binnenmarkt, JZ 2004, 1. S zur Differenzierung zwischen Zuzugs- und Wegzugsbeschränkungen vgl allgemein *Adensamer/Eckert*, GeS 2004, 52 ff; s ferner *Schindler*, „Überseering“ und Societas Europaea: Vereinbar oder nicht vereinbar, das ist hier die Frage, RdW 2003, 101 ff; *Wenz in Theisen/Wenz*, Die Europäische Aktiengesellschaft 171 (197 ff); *Teichmann*, ZGR 2003 367 (399 ff); *Leible*, ZGR 2004 (in Druck).

<sup>51)</sup> EuGH vom 9.3.1999, Rs C-212/97, *Centros Ltd./Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*, Slg 1999, I-1459; s nur *Bachner/Winner*, Das österreichische internationale Gesellschaftsrecht nach *Centros*, GesRZ 2000, 73 ff, 161 ff; *Korn/Thaler*, Das Urteil des EuGH in der Rs *Centros*: Ein Meilenstein für das europäische Gesellschaftskollisionsrecht? wbl 1999, 247 ff; *Leible in Michalski*, GmbHG (2002), Bd I, Syst Darst 2 Rn 20 ff.

<sup>52)</sup> EuGH v 5.11.2002, Rs C-208/00 (*Überseering*), Slg 2002, I-09913; s nur *Winner*, Von *Centros* zu *Überseering* BV – Der EuGH und das Internationale Gesellschaftsrecht, GeS 2003, 66 ff.

<sup>53)</sup> EuGH v 30.9.2003, Rs C-167/01 *Inspire Art*, Slg 2003; vgl dazu *Adensamer/Bervoets*, Nationaler Gläubigerschutz auf dem Prüfstand, RdW 2003, 617 ff.

<sup>54)</sup> *Doralt*, Die Europäische Aktiengesellschaft – Societas Europaea, Vortrag anlässlich des Walther Kastner Gedenksymposiums am 28. Juni 2002, 5.

schon Person. Damit stehen erstmals die rechtlichen Rahmenbedingungen für die grenzüberschreitende Sitzverlegung einer Aktiengesellschaft zur Verfügung.<sup>55)</sup>

Die Vorgaben der Verordnung zum Sitzverlegungsverfahren sind präzise. Da die Sitzverlegung über die Grenze bislang unregelt ist,<sup>56)</sup> hat sich der Gesetzgeber einem intensiven Regelungsvorhaben zu stellen.<sup>57)</sup> Österreich kann einerseits als Zuzugs- und andererseits als Wegzugsland fungieren, weshalb der Entwurf für beide Varianten entsprechende Vorschriften vorsieht.<sup>58)</sup>

2.1. Der *Verlegungsplan* ist vom Leitungs- oder Verwaltungsorgan zu erstellen (Art 8 Abs 2 SE-VO). Er muss gem § 6 des Entwurfs neben den in der Verordnung bezeichneten Angaben die Bedingungen der Barabfindung widersprechender Aktionäre enthalten. Anders als bei der Verschmelzung<sup>59)</sup> und bei der Holding-Bildung sieht die Verordnung keine Prüfung des Verlegungsplans durch einen Sachverständigen vor, da sich die Beteiligungsverhältnisse ebenso wenig ändern wie die Vermögenszuteilung. Der Entwurf normiert gem § 7 Abs 1 hingegen eine *Angemessenheitsprüfung* des Barabfindungsangebots durch einen Sachverständigen, um den ausscheidenden Gesellschaftern die Sicherheit einer angemessenen Abfindung zu geben.<sup>60)</sup> Nach Art 8 Abs 3 SE-VO erstellt das Leitungs- oder das Verwaltungsorgan einen *Bericht* über den Verlegungsplan, der insbesondere auch die Auswirkungen der Verlegung für die Aktionäre, die Gläubiger sowie für die Arbeitnehmer darzulegen hat. Eine nachfolgende Überprüfung des Verlegungsberichts durch ein Aufsichtsorgan ist in der Verordnung nicht angeordnet. § 8 des Entwurfs normiert – entsprechend dem Verschmelzungs- und Spaltungsrecht (§ 220c AktG, § 6 SpaltG) – eine zusätzliche *Prüfung* durch den *Aufsichtsrat*, wobei der Verlegungsbericht nicht nur auf die Rechtmäßigkeit, sondern vor allem auf seine Zweckmäßigkeit hin zu prüfen ist.<sup>61)</sup>

2.2. Im Einklang mit Art 8 Abs 6 SE-VO normiert der Entwurf in § 9 Abs 1 die Verpflichtung, den Verlegungsplan mindestens zwei Monate – und nicht nur einen Monat wie der Verschmelzungs- oder Spaltungsplan<sup>62)</sup> – vor dem Tag der Hauptversammlung beim Firmenbuchgericht einzureichen (*offen zu legen*). Verlegungsplan, -bericht und Prüfbericht sowie der zuletzt erstellte Jahresabschluss sind innerhalb eines Monats vor der beschließenden Hauptversammlung am Sitz der Gesellschaft zur Einsicht der Aktionäre und der Gläubiger aufzulegen.<sup>63)</sup> Erst nach Ablauf beider Fristen (Einreichung bei Gericht und Auflegung am Sitz) kann die Hauptversammlung, die über die Sitzverlegung beschließt, stattfinden.<sup>64)</sup>

2.3. Die Verordnung sieht für den *Verlegungsbeschluss* gem Art 8 Abs 6 wie bei jeder *Satzungsänderung* (Art 59 SE-VO) eine Beschlussfassung der Hauptversammlung mit einer Mehrheit von nicht weniger als *zwei Dritteln* vor. Art 59 SE-VO erklärt strengere nationale Beschlussquoten für anwendbar. Für eine SE mit Sitz in Österreich gilt daher § 146 AktG, wonach für Satzungsänderungen eine Mehrheit von drei Vierteln des anwesenden Grundkapitals maßgeblich ist.<sup>65)</sup>

2.4. Die firmenbuchrechtliche Kontrolle und Vollziehung folgt dem geteilten Phasenmodell, Wegzugs- und Zuzugsland haben jeweils eine Phase zu kontrollieren, Bindeglied ist die „Bescheinigung“ der Rechtmäßigkeit des Vorgangs. Die *Eintragung* der Sitzverlegung darf nur auf Antrag sämtlicher Vorstandsmitglieder<sup>66)</sup> und bei Nachweis der Einhaltung der innerstaatlichen Rechtshandlungen (Rechtmäßigkeitsbescheinigung gem Art 8 Abs 8 SE-VO) vorgenommen werden.<sup>67)</sup> Beim Wegzug hat das Firmenbuch gemäß § 15 Abs 3 des Entwurfs die Einhaltung der Regelung zu prüfen und die Bescheinigung darüber auszustellen.<sup>68)</sup> Erst wenn die zuständige Stelle im Zuzugsland die SE eingetragen hat, kann die SE in Österreich gelöscht werden (§ 15 Abs 5 des Entwurfs). Beim Zuzug einer SE prüft das Gericht gem § 16 Abs 4 des Entwurfs nur, ob der ausländischen SE im Wegzugsland die Bescheinigung ausgestellt wurde; es prüft selbst nicht mehr die inhaltlichen und formalen Voraussetzungen des Wegzugsstaats (Phasenkontrolle).<sup>69)</sup> Beim Herzog ist die SE in Österreich vorher nicht registriert, sie ist dem Firmenbuch also „neu“.<sup>70)</sup> Die Identität der zuziehenden Gesellschaft bleibt unverändert. Die Sitzverlegung der SE sowie die sich daraus ergebenden Satzungsänderungen werden zum Zeitpunkt der Eintragung im Register des neuen Sitzstaats

<sup>55)</sup> Vgl *Habersack*, Europäisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> 400.

<sup>56)</sup> Zum Vorschlag der 14. gemeinschaftsrechtlichen Richtlinie über die Sitzverlegung s ZGR-Symposium 1998; *Schmidt*, Sitzverlegungsrichtlinie, Freizügigkeit und Gesellschaftsrechtspraxis, ZGR 1999, 20 ff; *Marco*, Der Vorschlag der Kommission für eine 14. Richtlinie, ZGR 1999, 3 ff; *Priester*, EU-Sitzverlegung – Verfahrensablauf, ZGR 1999 36 ff; *Heinze*, Arbeitsrechtliche Probleme bei der grenzüberschreitenden Sitzverlegung in der Europäischen Gemeinschaft, ZGR 1999, 54 ff.

<sup>57)</sup> Auf die Regelungen des EWIV-Ausführungsgesetz kann nicht zurückgegriffen werden, da die beiden Rechtsformen (Personengesellschaft einerseits und Kapitalgesellschaft andererseits) zu unterschiedlicher Natur sind; vgl Erl des Entwurfs Vor § 6.

<sup>58)</sup> Vgl *Artl/Grechenig/Kalss* in *Oplustil/Teichmann*, The SE in Europe (in Druck).

<sup>59)</sup> Vgl *Grundmann*, DAI, Die Europa-AG – eine Perspektive für deutsche Unternehmen? (2003) 47 (54); *Kalss*, ZGR 2003, 593 (607). Wenn alle Gesellschafter gem § 11 des Entwurfs auf die Abfindung verzichten, ist die Verlegungsprüfung entbehrlich, ebenso Angaben im Plan.

<sup>60)</sup> S *Kalss* in *Baums/Kübler*, Die SE in Europa (in Druck); *dieselbe*, ZGR 2003, 593 (607).

<sup>61)</sup> Vgl Erl des Entwurfs zu § 8; s ferner *Kalss*, ZGR 2003, 593 (608).

<sup>62)</sup> *Kalss* in *Baums/Kübler*, Die SE in Europa (in Druck); *dieselbe*, ZGR 2003, 593 (607).

<sup>63)</sup> Vgl die Vorschriften im dualistischen System *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 221a Rz 1 ff; *Szep* in *Ja-bornegg/Strasser*, AktG<sup>4</sup> § 221a Rz 1 ff.

<sup>64)</sup> Das Wahlrecht der Verordnung wird nicht wahrgenommen; s *Kalss*, ZGR 2003, 593 (602).

<sup>65)</sup> Eine Erleichterung ist nicht möglich, da das österreichische Gesetz keine Minderheitspräsenz verlangt; *Kalss*, ZGR 2003, 593 (602).

<sup>66)</sup> Damit soll die Nähe zur Gründung als erstmaliges Aufkommen in Österreich verdeutlicht werden.

<sup>67)</sup> S dazu *Bungert/Beier*, EWS 2002, 1 (6).

<sup>68)</sup> Die Bescheinigung wird von der umziehenden SE bei der zuständigen Behörde im Zuzugsstaat vorgelegt.

<sup>69)</sup> *Kalss* in *Baums/Kübler*, Die SE in Europa (in Druck); zu den europarechtlichen Vorgaben *Schwarz*, ZIP 2001, 1847 (1849).

der SE wirksam (Art 8 Abs 10). Nach Eintragung der SE im Zuzugsland (Österreich) wird die Gesellschaft im Wegzugsland gelöscht.

2.5. Neben dem klassischen Minderheitenschutz<sup>71)</sup> durch Informations- und Einsichtsrechte sowie der Mitwirkung an der Entscheidungsfindung selbst macht der Entwurf gemäß § 12 von der Ermächtigung in Art 8 Abs 5 SE-VO<sup>72)</sup> Gebrauch und räumt den ablehnenden Gesellschaftern ein Austrittsrecht ein.<sup>73)</sup> Dieses orientiert sich im Grundsatz an § 9 Spaltungsgesetz (SpaltG).<sup>74)</sup> Das besondere Schutzbedürfnis widersprechender Aktionäre erklärt sich daraus, dass die Aktionäre sich in einem neuen Aktienregime (andere Mitgliedschaftsrechte) und in einem insgesamt anderen Regelungsfeld wiederfinden.<sup>75)</sup> Der Entwurf schränkt allerdings – zur Sicherung der höchstmöglichen Austrittsminderheit und gleichzeitig zur Beschränkung des Liquiditätsabflusses<sup>76)</sup> aus der Gesellschaft – das Austrittsrecht durch formale Voraussetzungen ähnlich wie § 9 SpaltG ein und verlangt die Anwesenheit/Vertretung und den Widerspruch in der Hauptversammlung.<sup>77)</sup> Der Entwurf verzichtet auf die nach den Squeeze-out-Spaltungserfahrungen nahe liegende Erleichterung der Austrittsrechts-Vorschaltung einer Abnahmepflicht der Gesellschaft während eines bestimmten Zeitraums.<sup>78)</sup> Der Entwurf wägt damit Einfachheit des Austritts und Liquiditätsverlust zugunsten der Liquiditätssicherung ab. Die Barabfindung gegen Hingabe der Aktien<sup>79)</sup> ist schon im Verlegungsplan anzubieten. Der Zustimmungsbeschluss der Hauptversammlung kann nicht mit der Begründung angefochten werden, dass die Höhe der Abfindung nicht angemessen ist (Ausschluss von Anfechtungsklagen)<sup>80)</sup>; die austretenden Gesellschafter können die Höhe der Barabfindung gem § 13 Abs 2 des Entwurfs in einem gerichtlichen Verfahren überprüfen lassen.

2.6. Die zur Eintragung notwendige Rechtmäßigkeitbescheinigung wird vom Wegzugsgericht nur ausgestellt, sofern die SE den Nachweis erbracht hat, dass die Interessen der *Gläubiger* und sonstiger Forderungsberechtigten in Bezug auf alle vor der Offenlegung des Verlegungsplans entstandenen Verbindlichkeiten angemessen geschützt sind (Art 8 Abs 7 SE-VO), dh der Gläubigerschutz ist *vorgeschalet*. Der Entwurf erfasst alle Forderungen, die bis zu einem Monat *nach* dem Verlegungsbeschluss entstanden sind.<sup>81)</sup> Das Recht auf angemessene Sicherheitsleistung wird – ähnlich wie bei der Verschmelzung gem § 226 AktG – auf jene Gläubiger beschränkt, die *glaubhaft* machen können, dass die Erfüllung ihrer Forderung durch die Sitzverlegung gefährdet wird.<sup>82)</sup> Bei der Verschmelzung ist die Änderung der Vermögenslage der Gesellschaft ausschlaggebend, während bei der Sitzverlegung die *Verlagerung der Vermögensgegenstände* sowie die Schwierigkeiten bei der prozessualen Durchsetzung der ausständigen Forderungen als Begründung dienen. Trotz der in Art 8 Abs 16 SE-VO gewährten *perpetuatio fori* ist die Vollstreckung meist sehr schwierig.

2.7. Für die Sitzverlegung enthalten weder die Verordnung noch die SE-RL spezifische Vorgaben, die auf Inte-

ressen der *Arbeitnehmer* eingehen. Anders als bei der Verschmelzung sind im Verlegungsplan Angaben zu den etwaigen Folgen der Verlegung für die Beteiligung der Arbeitnehmer aufzunehmen, während der Verschmelzungsplan inhaltliche Angaben zu dem Verfahren, nach dem die Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer geschlossen wird, zu enthalten hat (Art 20 Abs 1 lit i SE-VO). Eine vor der Sitzverlegung ausgehandelte Vereinbarung oder eine maßgebliche Auffangregelung bleiben ohnehin für die Gesellschaft uneingeschränkt anwendbar.<sup>83)</sup>

### 3. Verschmelzung<sup>84)</sup>

Das Verschmelzungsverfahren wird in Art 17 ff SE-VO am umfassendsten<sup>85)</sup> ausgestaltet. Die SE kann durch Verschmelzung von zwei oder mehreren Aktiengesellschaften begründet werden, sofern mindestens zwei von ihnen dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten unterliegen (Art 2 Abs 1 SE-VO). Die Gründung durch Verschmelzung ist – ähnlich wie die Sitzverlegung für eine Gesellschaft – als *zweistufiger Vorgang* konzipiert.<sup>86)</sup> Für Abläufe innerhalb der einzelnen Gründungsgesellschaften, die nicht von der Verordnung umfasst sind (so etwa Information der Gesellschafter, Vorbereitung und Durchführung der Hauptversammlung, Verschmelzungsbeschluss), normiert Art 18 SE-VO den Rückgriff auf nationales Verschmelzungsrecht (vgl §§ 219 ff AktG).<sup>87)</sup> Besondere grenzüberschreitende Aspekte, die alle beteiligten Gesellschaften betreffen, werden eigens von der Verordnung geregelt, etwa der Inhalt des Verschmelzungsplans (Art 20 SE-VO) und die Wir-

<sup>71)</sup> S Kalss, ZGR 2003, 593 (607); Teichmann, ZGR 2003, 367 ff; derselbe in Theisen/Wenz, Die Europäische Aktiengesellschaft 584 ff, 588 ff, 594 f.

<sup>72)</sup> Kalss in Baums/Kübler, Die SE in Europa (in Druck).

<sup>73)</sup> S dazu Kalss, ZGR 2003, 593 (608).

<sup>74)</sup> S allgemein zum Austrittsrecht Kalss, Das Austrittsrecht als modernes Institut des Kapitalgesellschaftsrechts, wbl 2001, 366 ff; dieselbe, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 9 SpaltG Rz 1 ff; H. Schindler, Das Austrittsrecht in Kapitalgesellschaften (1999).

<sup>75)</sup> Vgl Kalss in Baums/Kübler, Die SE in Europa (in Druck); dieselbe, ZGR 2003, 593 (608 f); s ferner Neye/Teichmann, AG 2003, 169 (174); Wenz in Theisen/Wenz, Die Europäische Aktiengesellschaft 171 (213).

<sup>76)</sup> Die Höhe der Barabfindung hängt von der Zahl der Austritte ab, aber auch davon, ob ein Aktionär die Höhe der Barabfindung gerichtlich überprüfen lässt: Erl zum Entwurf zu § 12.

<sup>77)</sup> Kalss, ZGR 2003, 593 (609).

<sup>78)</sup> Vgl Zollner, Einbahn Börsennotierung? GeS 2004 (in Druck); Kalss/Zollner, Kapitalmarktrechtliche Überlegungen zum „Squeeze-Out“ börsennotierter Unternehmen, ÖBA 2004 (in Druck).

<sup>79)</sup> Erl zum Entwurf zu § 6.

<sup>80)</sup> Vgl Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 225b Rz 2.

<sup>81)</sup> Kalss in Baums/Kübler, Die SE in Europa (in Druck).

<sup>82)</sup> Der Unterschied liegt in der Begründung des Anspruchs.

<sup>83)</sup> Wenz in Theisen/Wenz, Die Europäische Aktiengesellschaft 171 (215).

<sup>84)</sup> S dazu nur C. Schindler, Europäische Aktiengesellschaft (2002) 21 ff; Wenz in Theisen/Wenz, Die Europäische Aktiengesellschaft 171 ff.

<sup>85)</sup> Vgl den Begriff des allgemeinen Teils des Verschmelzungsrechts Kalss, ZGR 2003, 593 (616 ff).

<sup>86)</sup> Hommelhoff/Teichmann, SZW/RSDA 1/2002, 1 (8) f; Teichmann, ZGR 2002, 383 (416); derselbe, ZGR 2003, 367 (372).

<sup>87)</sup> Kalss in Baums/Kübler, Die SE in Europa (in Druck).

kungen der Verschmelzung (Art 29 SE-VO).<sup>88)</sup> Die Verordnung normiert auch die kollisionsrechtlichen Fragen der Zuständigkeit.

3.1. Die Leitungs- oder Verwaltungsorgane haben einen gleich lautenden *Verschmelzungsplan* – nach österreichischer Terminologie: *Verschmelzungsvertrag* – zu formulieren, der neben dem Inhalt gem Art 20 SE-VO die Bedingungen der Barabfindung für widersprechende Aktionäre zu enthalten hat. Der Verschmelzungsvertrag bedarf aufgrund des Rückgriffs auf nationales Recht gem § 222 AktG einer *notariellen Beurkundung*.<sup>89)</sup> Die Verschmelzung ist vom Vorstand in einem schriftlichen Bericht gem § 220a AktG in rechtlicher und wirtschaftlicher Sicht zu erläutern. Ein Verschmelzungsprüfer hat den Verschmelzungsplan, insbesondere die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses, zu überprüfen und einen *Prüfungsbericht* zu erstatten (§ 220b AktG).<sup>90)</sup> Die beteiligten Gesellschaften können gerichtlich einen *gemeinsamen Sachverständigen* bestellen, der sich ein einheitliches Bild von sämtlichen Umgründungsgesellschaften machen,<sup>91)</sup> umgekehrt allerdings auch von einer Rechtsordnung zu stark geprägt sein kann. Ebenso wie bei der Sitzverlegung wird im dualistischen System die Prüfung durch den Aufsichtsrat angeordnet (Art 18 SE-VO iVm § 220c AktG).

3.2. Der Verschmelzungsvertrag oder sein Entwurf sind mindestens *einen Monat* vor der Hauptversammlung bei Gericht einzureichen (§ 221a Abs 1 AktG). Art 21 SE-VO schreibt die Veröffentlichung bestimmter Angaben<sup>92)</sup> im Amtsblatt vor, sodass ein bloßer Hinweis auf die Einreichung des Verschmelzungsvertrags wie für die nationale Verschmelzung im Amtsblatt zur Wiener Zeitung nicht ausreicht.<sup>93)</sup> Für das Einsichtsrecht der Aktionäre am Sitz der Gesellschaft ist auf § 221a AktG zurückzugreifen; aufzulegen sind jeweils die Unterlagen aller beteiligten Gesellschaften, nicht nur die der eigenen Gesellschaft.<sup>94)</sup>

3.3. Die *Hauptversammlung* jeder der sich verschmelzenden Gesellschaften stimmt der Verschmelzung mit der gleichen Beschlussmehrheit wie nach dem nationalen Recht zu, dh mit einer Mehrheit von mindestens drei Vierteln des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals (§ 221 Abs 2 AktG). Der Verweis auf das nationale Recht schließt auch allfällige Beschlussfassungen durch Aktiengattungen sowie die notwendige Zustimmung von Sonderrechtsinhabern ein.<sup>95)</sup> Die Normierung eines Zustimmungsrechts ist nicht erforderlich, da sich dieses mit einer Analogie zu § 99 Abs 1 GmbHG und § 10 Abs 1 SpaltG ohnehin begründen lässt.<sup>96)</sup>

3.4. Zwei Konstellationen sind zu unterscheiden: Die SE kann als aufnehmende Gesellschaft ihren Sitz in Österreich haben; ist sie übertragende Gesellschaft, kann eine grenzüberschreitende Sitzverlegung mit der Verschmelzung einhergehen. Die SE-Verordnung sieht eine umfassende Rechtmäßigkeitskontrolle der Verschmelzung in ei-

nem zweigliedrigem<sup>97)</sup> Verfahren vor.<sup>98)</sup> Eine Rechtmäßigkeitsbescheinigung ist nur für die übertragende Gesellschaft, die über die Grenze verschmolzen wird, auszustellen.<sup>99)</sup> Das Firmenbuchgericht hat gem § 24 Abs 3 des Entwurfs für die *wegziehende Gesellschaft* eine Bescheinigung nach Art 25 Abs 2 SE-VO auszustellen, dass die erforderlichen Rechtshandlungen und Formvorschriften ordnungsgemäß durchgeführt wurden.<sup>100)</sup> Sind die nationalen Anforderungen an das Verschmelzungsverfahren erfüllt, so hat das Firmenbuchgericht die Bescheinigung auszustellen, welche im Anschluss zusammen mit dem Verschmelzungsplan binnen sechs Monaten der zuständigen Behörde in dem künftigen SE-Sitzstaat vorzulegen ist.<sup>101)</sup> Soll der Sitz der SE in Österreich sein, hat das Firmenbuchgericht neben der Prüfung der Bescheinigung(en) (und nicht der materiellen Voraussetzungen) anlässlich der *nachgeschalteten Rechtmäßigkeitskontrolle* bei der übernehmenden Gesellschaft die allgemeinen aktienrechtlichen Bestimmungen zur Anmeldung der Verschmelzung gemäß § 225 AktG anzuwenden. Insbesondere ist zu überprüfen, ob die beteiligten Gesellschaften einem gleich lautenden Verschmel-

<sup>88)</sup> Vgl Hommelhoff/Teichmann, SZW/RSDA 1/2002, 1 (8); Teichmann, ZGR 2003, 367 (372).

<sup>89)</sup> Die Errichtung des Notariatsakts ist Wirksamkeitsvoraussetzung des Verschmelzungsvertrags; vgl Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 222 AktG; s ferner Grunewald in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, Aktiengesetz<sup>2</sup>, Kommentar (1999) § 340 Rz 4.

<sup>90)</sup> Die Verordnung schreibt diese Prüfung zwar nicht ausdrücklich vor, setzt sie aber implizit voraus. Die Prüfung ist bereits nach Art 10 der dritten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie verpflichtend: Kalss, ZGR 2003, 593 (618); s ferner Teichmann, ZGR 367 (374); Grundmann, in: DAI, Die Europa-AG – eine Perspektive für deutsche Unternehmen? 47 (55).

<sup>91)</sup> Die bisherige nationale Regelung des § 220b Abs 2 AktG sieht die Zuständigkeit für die Bestellung eines gemeinsamen Sachverständigen nur für das Gericht vor, in dessen Sprengel die übernehmende Gesellschaft ihren Sitz hat, und wird daher gem Art 22 SE-VO durch den Entwurf um die Zuständigkeit des Gerichts der übertragenden Gesellschaft erweitert (§ 18 Entwurf); vgl die Erl des Entwurfs zu § 18 Abs 1; s Kalss in Baums/Kübler, Die SE in Europa (in Druck).

<sup>92)</sup> So etwa ein Hinweis auf die Modalitäten für die Ausübung von Rechten der Gläubiger und Minderheitsaktionäre; das Register, bei dem diverse Verschmelzungsunterlagen hinterlegt worden sind.

<sup>93)</sup> Kalss, ZGR 2003, 593 (618).

<sup>94)</sup> S nur Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 221a Rz 4; Hügel, Umgründungsbilanzen – Handelsrecht und Steuerrecht (1997) Rz 2.20, 28; Grunewald in Geßler/Hefermehl, Aktiengesetz<sup>2</sup>, § 340d Rz 4.

<sup>95)</sup> Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 221 Rz 6; Kalss, ZGR 2003, 593 (619); so für Deutschland Teichmann, ZGR 2003, 367 (373).

<sup>96)</sup> Vgl Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 221 Rz 7; dieselbe, ZGR 2003, 593 (619).

<sup>97)</sup> Vgl Neun in Theisen/Wenz, Die Europäische Aktiengesellschaft, 51 (123).

<sup>98)</sup> Kalss in Baums/Kübler, Die SE in Europa (in Druck).

<sup>99)</sup> S Erl zum Entwurf zu § 24.

<sup>100)</sup> Die Gründungsgesellschaft hat zur Erlangung der Rechtmäßigkeitsbescheinigung bei der Anmeldung der Verschmelzung neben dem Verschmelzungsvertrag insbesondere den Verschmelzungsbeschluss der übertragenden Gesellschaft, sämtliche Berichte und den Nachweis der Sicherstellung der Gläubiger sowie der der Barabfindung widersprechenden Gesellschafter einzureichen.

<sup>101)</sup> Vgl Kalss in Baums/Kübler, Die SE in Europa (in Druck); s ferner Bungert/Beier, EWS 1/2002, 1 (7); Art 26 Abs 2 SE-VO.

zungsvertrag zugestimmt haben.<sup>102)</sup> Die Verschmelzung und die gleichzeitige Gründung der SE werden mit der Eintragung der SE wirksam; erst nach dieser Eintragung wird die übertragende (wegziehende) Gesellschaft im österreichischen Firmenbuch gelöscht.

3.5. Der minderheitenrechtliche Vermögensschutz ist zweifach ausgestaltet: Zum einen gestattet der Entwurf eine gerichtliche Überprüfung der *Angemessenheit des Umtauschverhältnisses*,<sup>103)</sup> zum anderen wird widersprechenden Aktionären wie bei der Sitzverlegung ein *Austrittsrecht* gewährt. Art 25 Abs 3 SE-VO anerkennt ausdrücklich Verfahren<sup>104)</sup> zur Überprüfung der Angemessenheit des Umtauschverhältnisses oder der Barabfindung, auch wenn ein solches Verfahren in der Rechtsordnung der aufnehmenden Gesellschaft nicht besteht.<sup>105)</sup> Die Regelung ist insbesondere im Verhältnis Österreich – Deutschland von Bedeutung,<sup>106)</sup> da nur diese beiden Rechtsordnungen ein derartiges Verfahren nennen. Das besondere Verfahren verdrängt das Anfechtungsrecht. Der Entwurf normiert in mehreren Konstellationen das Zusammenspiel in- und ausländischer Gesellschaften.

In Ausübung der Ermächtigung von Art 24 SE-VO räumt der Entwurf gem § 21 jedem Aktionär der übertragenden Gesellschaft, der sich gegen die Verschmelzung ausspricht, ein *Austrittsrecht* ein. Das Recht steht nur Aktionären einer Gesellschaft zu, die ihr Vermögen auf eine SE mit Sitz in einem *anderen Mitgliedstaat überträgt*.<sup>107)</sup> Ein Rechtsformwechsel allein bzw die Gesellschaftsvereinigung reicht als Begründung für ein Austrittsrecht nicht aus; hinzutreten muss ähnlich wie bei der Sitzverlegung die Übertragung auf eine SE im Ausland.<sup>108)</sup>

3.6. Das *Gläubigerschutzreglement* ist ebenso wie bei der Sitzverlegung gestaltet, sofern es sich um eine sitzverlegende Verschmelzung handelt. Liegt hingegen – aus Sicht der österreichischen Gesellschaft – eine rein nationale Maßnahme vor, erhalten die Gläubiger keinen zusätzlichen über das nationale Verschmelzungsrecht hinausgehenden Schutz, es greift § 226 AktG.<sup>109)</sup>

3.7. Das Prozedere der Richtlinie zum Schutz der *Arbeitnehmer* hängt am Verschmelzungsvorgang. Die Verordnung greift die Arbeitnehmermitbestimmung an mehreren Stellen auf. Schon der Verschmelzungsplan enthält Angaben zu dem Verfahren, nach dem die Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer geschlossen wird (Art 20 Abs 1 i SE-VO). In Umsetzung des Art 3 Abs 1 SE-RL sieht § 215 ArbVG idF des Entwurfs vor, dass die Errichtung des besonderen Verhandlungsgremiums auf Initiative der Leitungs- und Verwaltungsorgane zu erfolgen hat; es bedarf einer schriftlichen Aufforderung, die unmittelbar nach der Offenlegung des Verschmelzungsplans an die Arbeitnehmervertreter oder Arbeitnehmer der beteiligten Gesellschaften zu richten ist. Im Zuge der Rechtmäßigkeitskontrolle durch das Gericht am (künftigen) Sitz der SE wird überprüft, ob eine Vereinbarung tatsächlich geschlossen wurde (Art 26 Abs 3 SE-VO). Ohne eine Vereinbarung<sup>110)</sup> kann die SE nicht eingetragen wer-

den (Art 12 Abs 2 SE-VO). Letztlich kann sich die Hauptversammlung einer jeden Gesellschaft das Recht vorbehalten, die Eintragung der SE davon abhängig zu machen, dass die geschlossene Vereinbarung von ihr ausdrücklich genehmigt wird (Art 23 Abs 2 SE-VO).

### 3.8. Exkurs: Vorschlag der Verschmelzungsrichtlinie – SE-Statut

Mit dem am 18.11.2003 von der Europäischen Kommission vorgelegten Richtlinienvorschlag zur grenzüberschreitenden Verschmelzung soll auch nationalen Kapitalgesellschaften (dh nicht nur AG, sondern auch GmbH) die grenzüberschreitende Verschmelzung ermöglicht werden.<sup>111)</sup> Der Entwurf baut auf dem harmonisierten nationalen Verschmelzungsrecht auf, was durch die Verweisteknik gewährleistet ist. Die Erläuterungen zu Art 3 des RL-Entwurfs lassen ein Bekenntnis zur Gründungstheorie vermuten;<sup>112)</sup> danach richtet sich das anwendbare Recht nach dem Ort des Satzungssitzes. Die kollisionsrechtlichen Aspekte bzw die Frage nach einem Statutenwechsel treten in den Hintergrund, da übertragende Gesellschaften ohnehin erlöschen, während die übernehmende Gesellschaft weiterhin ihrer Rechtsordnung untersteht oder im Falle der Verschmelzung zur Neugründung die Gesellschaft überhaupt neu gegründet wird.<sup>113)</sup> Dem Entwurf fehlen anders als dem SE-Statut Regelungen über den Gläubiger- und Minderheitenschutz<sup>114)</sup> sowie über das besondere Überprüfungsverfahren des Umtauschverhältnisses; der Entwurf ist daher gerade in diesen Bereichen noch wei-

<sup>102)</sup> S dazu *Teichmann*, ZGR 2003, 367 (375) Fn 34.

<sup>103)</sup> Die Wahrung der Angemessenheit des Umtauschverhältnisses ist Kernanliegen des Verschmelzungsrechts mit Blick auf die Gesellschaftler: *Kalss*, ZGR 2003, 593 (620).

<sup>104)</sup> Die Regelung geht auf einen Antrag Österreichs zurück. Das Verfahren darf nur angewendet werden, wenn die ausländischen beteiligten Gesellschaften zustimmen. Es ist nicht zu erwarten, dass dieses Verfahren zum Exportartikel wird: *Kalss*, ZGR 2003, 593 (622 ff und 645); die Zustimmung ist erforderlich, da mit der Ausübung möglicherweise in die Liquidität eingegriffen wird, vgl *Teichmann*, ZGR 2003, 367 (379 und 386).

<sup>105)</sup> *Kalss*, ZGR 2003, 593 (621); *dieselbe* in *Baums/Kübler*, Die SE in Europa (in Druck).

<sup>106)</sup> Vgl *Teichmann*, ZGR 2003, 367 (379).

<sup>107)</sup> S dazu Erl zum Entwurf zu § 17 sowie zur Parallelbestimmung zur Sitzverlegung § 6.

<sup>108)</sup> Erl zum Entwurf zu § 17.

<sup>109)</sup> *Kalss* in *Baums/Kübler*, Die SE in Europa (in Druck).

<sup>110)</sup> Eine SE kann erst dann eingetragen werden, wenn eine Vereinbarung getroffen wurde, ein Beschluss nach Art 3 Abs 6 SE-RL gefasst worden ist oder die Verhandlungsfrist nach Art 5 SE-RL abgelaufen ist, ohne dass eine Vereinbarung zustande gekommen ist (Art 12 Abs 2 SE-VO).

<sup>111)</sup> Vgl *Ratka*, Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht, GeS 2004, 20; *Pluskat*, Der neue Entwurf für eine europäische Verschmelzungsrichtlinie, EWS 2004, 1 (4); *Maul/Teichmann/Wenz*, Der Richtlinienvorschlag zur grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, BB 2003, 2633; *Wieser*, Mitbestimmungsexport durch grenzüberschreitende Fusion? ZIP 2004, 243; s Begründung der Kommission im Richtliniendokument unter 3.1.

<sup>112)</sup> *Maul/Teichmann/Wenz*, BB 2003, 2633 (2635).

<sup>113)</sup> S dazu *Maul/Teichmann/Wenz*, BB 2003, 2633 (2635).

<sup>114)</sup> Vgl *Maul/Teichmann/Wenz*, BB 2003, 2633 (2639); *Pluskat*, EWS 2004, 1 (3).

terzuentwickeln. Ein weiterer Unterschied zwischen RL-Entwurf und SE-VO liegt darin, dass die zwingende Arbeitnehmermitbestimmung<sup>115)</sup> im Recht des Mitgliedstaats der übernehmenden oder neu gegründeten Gesellschaft jedenfalls anzuwenden ist. Damit ist ein mitunter schwieriger Qualitätsvergleich der vorhandenen Mitbestimmungssysteme nicht erforderlich.<sup>116)</sup> Die Rechtssicherheit steigt, während gleichzeitig langwierige Verhandlungen vermieden werden. Nur wenn das innerstaatliche Recht des Sitzstaats keine zwingende Arbeitnehmermitbestimmung vorsieht, sind nach Offenlegung des Verschmelzungsplans mit den Arbeitnehmern Verhandlungen aufzunehmen (Art 14 des RL-Entwurfs).

#### 4. Holdingbildung

4.1. An der Holdinggründung können neben Aktiengesellschaften auch Gesellschaften mit beschränkter Haftung teilnehmen. Die SE-VO legt in Art 32 bis 34 SE-VO ausdrücklich die Vorschriften zur SE-Holdingbildung fest, während das österreichische ebenso wie das deutsche Recht dafür bisher keine speziellen Regelungen enthält. Die Frage des anwendbaren Rechts ist bei der Holdingbildung besonders genau auszulegen, da die Verordnung diese Gründung im Vergleich zur Verschmelzung zwar nur lückenhaft reglementiert, aber auch kein spezifisches nationales Holdingrecht existiert.<sup>117)</sup> § 26 des Entwurfs erklärt für den Gründungsbericht, die Prüfung des Gründungsplans, die Offenlegung und Beurkundung des Gründungsplans, den Ausschluss der Anfechtungsklagen und die Überprüfung des Umtauschverhältnisses die nationalen verschmelzungsrechtlichen Bestimmungen für sinngemäß anwendbar.<sup>118)</sup> Nach der Verordnung stimmt die Hauptversammlung jeder der die Gründung anstrebenden Gesellschaften dem Gründungsplan für die SE zu. Die *fusionsähnliche Prägung* der Holdingbildung spricht für die qualifizierte Mehrheit, wie sie § 26 Abs 2 des Entwurfs normiert.<sup>119)</sup> Obwohl die Verordnung für die Holdingbildung eine Rechtmäßigkeitsbescheinigung nicht ausdrücklich vorsieht, ist gem § 27 Abs 3 des Entwurfs auch bei dieser Gründungsform die Einhaltung der der Eintragung der SE vorangehenden Rechtshandlungen und Formalitäten zu prüfen und eine entsprechende Bescheinigung auszustellen,<sup>120)</sup> die bei Anmeldung der Holding-SE (vom Vorstand insgesamt)<sup>121)</sup> vorzulegen ist.

4.2. Art 34 SE-VO ermächtigt die Mitgliedstaaten zur Einräumung zusätzlicher *Minderheitsrechte*.<sup>122)</sup> Wegen des Fortbestehens der Gründungsgesellschaften und der Möglichkeit des Verbleibs der Gesellschafter<sup>123)</sup> sieht der Entwurf – anders als bei der Verschmelzung – kein Austrittsrecht vor.<sup>124)</sup> Der die Holdingbildung ablehnende Gesellschafter bleibt weiterhin Mitglied der gleichen Gesellschaft; allein die Begründung der Abhängigkeit durch die neu gegründete SE wird – parallel zu anderen Konzernbildungsmaßnahmen (mit Ausnahme der Übernahme börsennotierter Gesellschaften) – nicht als taugliche Grundlage eines Austrittsrechts anerkannt.<sup>125)</sup> Im Regelfall werden wohl nur wenige Minderheitsgesellschafter den Grün-

dungsgesellschaften angehören, vielfach wird vorher eine Unternehmensumgründung (Ausgliederung) vorgenommen und dann die Holdingbildung vollzogen werden.

4.3. Da die Gründungsgesellschaften fortbestehen und daher den *Gläubigern* der Haftungsfonds nicht entzogen wird, verzichtet der Entwurf auf die Bereitstellung eines besonderen Gläubigerschutzreglements.

#### 5. Umwandlung

5.1. Eine Aktiengesellschaft, die Sitz und Hauptverwaltung in einem Mitgliedstaat hat, kann gem Art 37 SE-VO in eine SE umgewandelt werden, sofern sie seit zwei Jahren eine Tochtergesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat hat (Art 2 Abs 4 SE-VO). Das Leitungsorgan der Gesellschaft erstellt einen Umwandlungsplan und einen Bericht, in dem es die rechtlichen und wirtschaftlichen Aspekte der Umwandlung erläutert und begründet (Art 37 Abs 4 SE-VO). Vor der Hauptversammlung, die wie nach Verschmelzungsrecht mit qualifizierter Mehrheit über die Umwandlung entscheidet, ist von einem oder mehreren unabhängigen Sachverständigen nach der Kapitalrichtlinie zu bescheinigen, dass die Gesellschaft über Nettovermögen mindestens in Höhe des Kapitals zuzüglich der kraft Gesetzes oder Statuts nicht ausschüttungsfähigen Rücklagen verfügt (Art 37 Abs 6 SE-VO). § 30 des Entwurfs verweist daher für die Umwandlungsprüfung auf die aktienrechtlichen Bestimmungen über die Sacheinlagenprüfung. Der Plan und die Berichte sind offen zu legen (Art 37 Abs 5 SE-VO).<sup>126)</sup>

5.2. Schutzmechanismen zugunsten der *Gesellschafter* sind bei der Umwandlung nicht vorgesehen, da die Änderung von AG in die österreichische SE ohnehin gering ist.<sup>127)</sup> Die Identität bleibt gewahrt, die Gesellschaft ändert nicht ihr Personalstatut.

5.3. Ein besonderer umwandlungsrechtlicher *Gläubigerschutz* entfällt, da der Rechtsträger ohnehin bestehen bleibt

<sup>115)</sup> *Pluskat*, EWS 2004, 1 (4); *Maul/Teichmann/Wenz*, BB 2003, 2636.

<sup>116)</sup> Ebenso *Maul/Teichmann/Wenz*, BB 2003, 2633 (2636).

<sup>117)</sup> Vgl *Kalss*, ZGR 2003, 593 (629); *dieselbe* in *Baums/Kübler*, Die SE in Europa (in Druck).

<sup>118)</sup> Das sind die §§ 220a bis 220c, 221a, 222, 225b bis 225m sowie § 18 Abs 1 und § 22 AktG.

<sup>119)</sup> *Kalss*, ZGR 2003, 593 (629); *Teichmann*, ZGR 2003, 367 (392).

<sup>120)</sup> Vgl Erl zum Entwurf zu § 27.

<sup>121)</sup> Die Negativerklärung gem § 27 Abs 2 des Entwurfs haben hingegen sämtliche Mitglieder abzugeben.

<sup>122)</sup> S dazu *Kalss*, ZGR 2003, 593 (633); *Teichmann*, ZGR 2003, 367 (391).

<sup>123)</sup> Vgl *Teichmann*, ZGR 2003, 367 (387).

<sup>124)</sup> Erl zum Entwurf Vor § 25.

<sup>125)</sup> *Kalss* in *Baums/Kübler*, Die SE in Europa (in Druck); s ferner *dieselbe*, ZGR 2003, 593 (634).

<sup>126)</sup> Auf Verlangen ist gem § 31 des Entwurfs jedem Aktionär unverzüglich und kostenlos eine Abschrift der Unterlagen zu erteilen; entsprechend Art 11 Abs 1 Verschmelzungsrichtlinie, Art 9 Abs 1 Spaltungsrichtlinie und § 221a AktG sowie § 7 SpaltG.

<sup>127)</sup> Vgl *Kalss*, ZGR 2003, 593 (614) zur Verordnung, die keine Ermächtigung für die Etablierung zusätzlicher Minderheitsrechte, insbesondere für ein Austrittsrecht, vorsieht.

und sein Personalstatut nicht ändert bzw das Vermögen nicht verlagert.

5.4. Die Rückumwandlung der SE in eine AG folgt gem § 33 des SE-Entwurfs den gleichen Regeln wie der umgekehrte Fall. Die SE muss gem Art 66 SE-VO zwei Jahre bestehen.

### 6. Gründung einer Tochtergesellschaft

Die Gründung einer Tochter-SE ist die einzige Gründungsform, die neben Aktiengesellschaften und GmbH auch sämtlichen juristischen Personen des öffentlichen oder privaten Rechts der Mitgliedstaaten und zudem den Gesellschaften nach Art 48 Abs 2 EG-Vertrag offen steht. Das Gründungsverfahren ist sowohl in der Verordnung als auch im Entwurf geregelt, da gem Art 36 SE-VO ohnehin auf die an der Gründung beteiligten Gesellschaften deren nationales Recht Anwendung findet.<sup>128)</sup> Dessen ungeachtet handelt es sich um eine in Art 2 Abs 3 SE-VO ausdrücklich genannte Gründungsform; die derart gegründete SE darf konsequenterweise auch die Firma einer SE führen; sie kann sich – wie bei allen anderen Gründungen auch – gem § 5a FBG idF des Entwurfs Europäische Gesellschaft mit dem Rechtsformzusatz SE nennen.

### 7. Spaltung

In der Aufzählung der Gründungstatbestände in Art 2 SE-VO findet sich die Gründung durch *Spaltung* nicht. Betrachtet man die Spaltung nicht nur als Komplementär-, sondern auch als Parallelinstrument zur Verschmelzung („Teilfusion“)<sup>129)</sup> und berücksichtigt man die rechtstechnischen Ähnlichkeiten beider Umgründungsformen,<sup>130)</sup> wäre die Zulässigkeit der Gründung durch Spaltung zu bejahen. Dem steht aber wohl der Numerus clausus der Gründungsformen entgegen, der sich aus dem Wortlaut der Verordnung und aus dem Willen des europäischen Gesetzgebers ergibt.<sup>131)</sup> Über den Generalverweis von Art 9 Abs 1 lit c ii) SE-VO gilt für die einmal etablierte SE allgemeines nationales Aktienrecht einschließlich des SpaltG 1996, das die Spaltungs-RL<sup>132)</sup> bereits umsetzt.<sup>133)</sup> Die SE kann daher im Rahmen einer Spaltung sowohl als aufnehmende als auch als übertragende Gesellschaft fungieren und eine SE durch Spaltung gründen.

## IV. Organisationsverfassung

### 1. Organisationsrechtliches Wahlrecht<sup>134)</sup>

Art 38 lit b SE-VO verpflichtet den nationalen Gesetzgeber, der Gesellschaft die Wahl zu geben, die Verwaltung ein- oder zweistufig zu gestalten,<sup>135)</sup> unabhängig davon, ob die Aktien der Gesellschaft an einer Börse notieren oder nicht. Der Zweck des Wahlrechts liegt in der Integration verschiedener Leitungsstrukturen.<sup>136)</sup> Enthält das Recht eines Mitgliedstaats keine Vorschriften über ein monistisches System, kann (dh muss) der Gesetzgeber entsprechende Vorschriften erlassen (Art 43 Abs 4 SE-VO). Die Bestimmung ist als Regelungsauftrag (*imperative Kompetenznorm*)<sup>137)</sup> und nicht als bloße Ermächtigung

zu verstehen. Der Entwurf gestaltet nach der expliziten Ermächtigung von Art 43 Abs 4 SE-VO das monistische System. Bei beiden Modellen ist jedenfalls das durch die begleitende Richtlinie des Rats zur Ergänzung des Statuts zur Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Arbeitnehmer vorgegebene Maß an Arbeitnehmermitbestimmung<sup>138)</sup> zu verwirklichen.<sup>139)</sup> Ziel des Entwurfs ist es, mit der Schaffung der monistischen eine alternative Form der Unternehmensverfassung anzubieten, die sich von der herkömmlich dualistischen unterscheidet und diese nicht nur mit anderen Akteuren (verschleiertes dualistisches System) nachbildet.

### 2. Gesellschaftsrechtliche Organe bzw Einrichtungen

Das zweistufige Organisationssystem der SE ist fast völlig ident mit jenem der nationalen AG, folgende Besonderheiten sind aber zu nennen: § 37 des Entwurfs ordnet an, dass die in § 95 Abs 5 Z 1 bis 11 AktG genannten zustimmungspflichtigen Geschäfte gem Art 48 Abs 2 SE-VO

<sup>128)</sup> Kalss in Baums/Kübler, Die SE in Europa (in Druck).

<sup>129)</sup> S dazu Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 17 SpaltG Rz 4; für eine anschauliche Darstellung s unter der Bezeichnung als „Teilverschmelzungseffekt“ Terlitza, Teilfusionen und Anteilseignerinteressen (2002) 168.

<sup>130)</sup> Vgl Arlt/Grechenig/Kalss in Oplustil/Teichmann, The SE in Europe (in Druck); Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung Vor § 1 SpaltG Rz 7.

<sup>131)</sup> Vgl Arlt/Grechenig/Kalss in Oplustil/Teichmann, The SE in Europe (in Druck); s ferner Oplustil/Schneider, Zur Stellung der Europäischen Aktiengesellschaft im Umwandlungsrecht, ZGR 2003, 13.

<sup>132)</sup> Sechste Richtlinie 82/891/EWG des Rates vom 17. Dezember 1982 betreffend die Spaltung von Aktiengesellschaften ABI Nr L 378 vom 31.12.1982, 47.

<sup>133)</sup> S dazu Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung Vor § 1 SpaltG Rz 1; Arlt/Grechenig/Kalss in Oplustil/Teichmann, The SE in Europe (in Druck); Terlitza, Teilfusionen und Anteilseignerinteressen 22.

<sup>134)</sup> Dieses Wahlrecht stellt eine grundlegende Änderung im Vergleich zum Verordnungsvorschlag aus dem Jahr 1991 dar, dem zufolge die Mitgliedstaaten ermächtigt waren, der SE mit Sitz in ihrem Hoheitsgebiet eines der beiden Verwaltungsmodelle zwingend vorzuschreiben: Theisen/Hölzl in Theisen/Wenz, Die Europäische Aktiengesellschaft 247 (258); Lutter, BB 2002, 1 (4) Fn 52.

<sup>135)</sup> Vgl schon oben.

<sup>136)</sup> Merkt, Die monistische Unternehmensverfassung für die Europäische Aktiengesellschaft aus deutscher Sicht, ZGR 2004, 650 (653).

<sup>137)</sup> Die Terminologie „kann“ in Art 39 Abs 5 und Art 43 Abs 5 SE-VO geht auf einen britischen Vorschlag zurück, die aufgrund ihrer ohnehin weitreichenden Satzungsautonomie keinen Handlungs- bzw Implementierungsbedarf für das dualistische System sehen; Neye/Teichmann, AG 2003, 169 (175); Arlt/Grechenig/Kalss in Oplustil/Teichmann, The SE in Europe (in Druck); Teichmann, Gestaltungsfreiheit im monistischen Leitungssystem der Europäischen Aktiengesellschaft, BB 2004, 53 ff; Henssler in Ulmer-FS, 193 (206); Theisen/Hölzl in Theisen/Wenz, Die Europäische Aktiengesellschaft 247 (258); Hopt, Europäische Aktiengesellschaft – per aspera ad astra? EuZW 2002, 1; Hommelhoff, Einige Bemerkungen zur Organisationsverfassung der Europäischen Aktiengesellschaft, AG 2001, 279 (284); Lutter, BB 2002, 1 (4); zweifelnd Burgert/Beier, EWS 2002, 1 (3); die Pflicht zur Umsetzung ablehnend C. Schindler, Europäische Aktiengesellschaft 57 Fn 393, 67; Hirte, Die Europäische Aktiengesellschaft, NZG 2002, 1 (5).

<sup>138)</sup> S dazu FN 5.

<sup>139)</sup> Vgl dazu Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG (2003) Allgemeine Einleitung Rz 13; Torggler, eoclex 2001, 533 (535); Artmann, wbl 2002, 189 (195 f); s ferner Hommelhoff, AG 2001, 279; Heinze, ZGR 2002, 66 (80 ff); Kübler, ZHR 2003, 222 ff.

in der *Satzung* festzulegen sind.<sup>140)</sup> Für das Aktienrecht insgesamt wird die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder, die nicht gewählt, sondern entsendet werden, von einem Drittel auf die Hälfte erhöht. Der Entwurf stellt die Zulässigkeit des Einsatzes elektronischer Medien für den Aufsichtsrat klar und legt die Grenzen fest (Beschlussfassung nur bei mangelndem Widerspruch, Einzelzuschaltung bei Stimmabgabe). Das zentrale Verwaltungsorgan im monistischen System soll – nach Schweizer<sup>141)</sup> Vorbild – als *Verwaltungsrat* bezeichnet werden. Gem § 38 Abs 2 des Entwurfs übernimmt der Verwaltungsrat die Aufgaben von Vorstand und Aufsichtsrat, sofern sie nicht ausdrücklich den geschäftsführenden Direktoren zugewiesen werden. Was in vielen Bereichen eine einfache und konsequente Lösung ist, vermag dort nicht zu überzeugen, wo das Aktienrecht die kontrollierende Balance und zugleich Distanz von Vorstand verankert,<sup>142)</sup> etwa bei der Beschlussfassung über das genehmigte Kapital, bedingt genehmigtes Kapital, Erwerb und Veräußerung eigener Aktien, Ausgabe von Aktienoptionen oder die Entscheidung über das Auskunftsbegehren eines Aktionärs. Der Parallelverweis sollte wohl um einzelne abgestimmte Zuständigkeitsnormen ergänzt werden.<sup>143)</sup>

Weiters sieht der Entwurf die Figur eines geschäftsführenden Direktors („executive“) vor, der dem nicht geschäftsführenden Direktor des Verwaltungsrats zur Seite gestellt wird. Geschäftsführende Direktoren können, müssen aber nicht dem Verwaltungsrat angehören. Die Bestellung von *geschäftsführenden Direktoren* ist in börsennotierten Gesellschaften zwingend vorgesehen, während bei privaten Gesellschaften die Einrichtung eines geschäftsführenden Direktoriums durch die Satzung ausgeschlossen werden kann (§ 59 des Entwurfs). Ungeachtet der Systemwahl für die Verwaltung hat jede SE als oberstes Organ eine *Hauptversammlung*, die die Anteilseigner repräsentiert (Art 38 lit a) SE-VO).

### 2.1. Verwaltungsrat: Leitungsorgan

Wahl und Abberufung des Verwaltungsrats obliegen der Hauptversammlung (§ 46 Abs 1 des Entwurfs). Diese Bestellungskompetenz gewährleistet einen unmittelbaren Zugriff der Aktionäre auf die Geschäftsführung.<sup>144)</sup> Der Entwurf legt den maximalen Zeitraum, für den ein Verwaltungsratsmitglied berufen werden kann, mit fünf<sup>145)</sup> Jahren fest und schöpft so den in der Verordnung vorgeschlagenen maximalen Zeitraum von sechs Jahren nicht aus (vgl dazu Art 46 Abs 1 SE-VO). Die Mitglieder des Verwaltungsrats können jederzeit mit qualifizierter Mehrheit abberufen werden (§ 48 Abs 1 des Entwurfs). Der Entwurf knüpft die Abberufung an qualifizierte formale Erfordernisse, nicht an materielle Gründe. Anders als im dualistischen System<sup>146)</sup> hat die Hauptversammlung nicht nur die Möglichkeit, über das Misstrauensvotum<sup>147)</sup> als gewichtigen Grund<sup>148)</sup> die Abberufung voranzutreiben, sondern der Entwurf räumt ihr auch eine eigenständige Abberufungskompetenz ein.

Er macht von der Ermächtigung der Verordnung, den Verwaltungsrat mit juristischen Personen zu besetzen

(Art 47 Abs 1 SE-VO), keinen Gebrauch. Die Umsetzung dieser Regelungsermächtigung würde einen Systembruch im allgemeinen Aktienrecht darstellen. Zudem schwindet der Einfluss der Gesellschafter auf die Auswahl der tatsächlichen Unternehmenslenker, weil die juristische Person ihre Geschäftsleiter selbst ernannt und abberuft.<sup>149)</sup> Ebenso wenig kann Verwaltungsratsmitglied sein, wer durch die Annahme eines zusätzlichen Verwaltungsratsmandats die gesetzlich zulässige Zahl an kumulierbaren Mandaten überschreitet. § 45 Abs 3 des Entwurfs normiert eine an § 86 Abs 2 AktG angelehnte Regelung einer Höchstzahl der Verwaltungsratsmandate pro Person. Aufsichtsratsmandate und Verwaltungsratsmandate sind zusammenzuzählen. Insgesamt darf eine Mandatszahl von zehn nicht überschritten werden, wobei ein Verwaltungsratssitz als zwei Aufsichtsratssitze zählt.<sup>150)</sup> Die unterschiedliche Gewichtung von Aufsichtsrats- und Verwaltungsratssitz verdeutlicht die stärkere Position in der Geschäftsführung und damit die gesteigerte Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats im Vergleich zum Aufsichtsrat.

Entsprechend der Rechtsform der Privatstiftung und der Aktiengesellschaft mit dualistischem System (Auf-

<sup>140)</sup> Die in § 95 Abs 5 Z 1 bis 10 AktG genannten Geschäfte sind dagegen nicht in die Satzung der AG aufzunehmen. § 37 des Entwurfs stellt einen Regelungsauftrag in der Satzung dar.

<sup>141)</sup> Unter Hinweis auf die theoretische Machtfülle s *Böckli*, Schweizer Aktienrecht<sup>2</sup> Rz 1732.

<sup>142)</sup> Vgl gerade dazu auch die Diskussion um die Jahrhundertwende *Kalss*, Organisationsvielfalt der Verwaltung der Aktiengesellschaft um 1900 – praktische Gestaltung und rechtspolitische Diskussion, in *Wundsam-FS* (2003), 519 ff.

<sup>143)</sup> Für die Anregung danken wir Dr. *Martin Winner*; zu beachten sind auch Schwierigkeiten der tatsächlichen Anwendung der Regelungen, zB die Berichterstattung.

<sup>144)</sup> Vgl dazu Erl des Entwurfs zu § 46 Abs 1; s ferner *Kalss* in *Baums/Kübler*, Die SE in Europa (in Druck).

<sup>145)</sup> Der internationale Trend geht dahin, die Bestellungsperiode mit drei Jahren oder kürzer festzulegen: *Doralt*, in *Grün-FS*, 31 (34) Fn 3.

<sup>146)</sup> S *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 75 Rz 20–25; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>4</sup> §§ 75, 76 Rz 39; *Kastner/Doralt/Nowotny*, *GesRZ*<sup>5</sup>, 226.

<sup>147)</sup> In diesem Abberufungsgrund kommt der Charakter der organischen Rechtsbeziehung zwischen Vorstand und Hauptversammlung zum Ausdruck, die dadurch geprägt ist, dass der Vorstand als Verwalter fremden Vermögens seine Leitungsaufgabe in Fremdbzw Drittornganschaft ausübt: *Terlitz*, Zur Abberufung des Vorstandsmitglieds einer AG aus wichtigem Grund, *GesRZ* 2003, 270 (275); *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>4</sup> §§ 75, 76 Rz 42; OGH 28.4.1998 *ecolex* 1998, 639 = *RdW* 1998, 461 = *wbl* 1998, 411; *Kastner*, Die Stellung des Vorstandes der österreichischen Aktiengesellschaft, in *Schmitz-FS*, (1967) 86 (92).

<sup>148)</sup> Die Abberufungsgründe des AktG können durch die Satzung weder eingeschränkt noch erweitert werden: *Kalss* in *Münchener Kommentar*<sup>2</sup> (2004) Bd 3 § 84 Rz 229; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>4</sup> §§ 75, 76 Rz 44.

<sup>149)</sup> Vgl *Fleischer*, Europäisches Gesellschaftsrecht: Juristische Personen als Organmitglieder, *RIW* 2004, 16 (18 und 21); so etwa Spanien.

<sup>150)</sup> Hält eine Person vier Verwaltungsratssitze, darf sie nur noch zwei Aufsichtsratssitze annehmen. Variante: Eine Person hält vier Verwaltungsratssitze und einen Aufsichtsratssitz, sie darf kein zusätzliches Verwaltungsratsmandat annehmen, da dadurch die zulässige Obergrenze von insgesamt zehn Mandaten überschritten würde. Zwischen einem einfachen Verwaltungsratsmitglied und einem Verwaltungsratsvorsitzenden wird nicht unterschieden. Vgl Erl des Entwurfs zu § 45 Abs 3.

sichtsrat) muss der Verwaltungsrat aus mindestens drei Mitgliedern bestehen (§ 45 Abs 1 des Entwurfs).<sup>151)</sup> Die Etablierung eines Einpersonen-Verwaltungsrats (=Verwalter) ist nicht vorgesehen,<sup>152)</sup> obwohl das SE-Statut diese Möglichkeit nicht ausschließt.<sup>153)</sup> Wird die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der SE gemäß der Richtlinie geregelt, muss das Verwaltungsorgan aus mindestens drei Mitgliedern bestehen (vgl Art 43 Abs 2 SE-VO). Mit Rücksicht auf die stärkere Einbindung in die Geschäftsführung und die mangelnde Effizienz übergroßer Gremien halbiert der Entwurf die Höchstgrenze im Vergleich zum Aufsichtsrat auf zehn Mitglieder (§ 45 Abs 1 des Entwurfs).<sup>154)</sup> In großen Gesellschaften bietet sich die Bildung von Ausschüssen an. Die Einrichtung von Ausschüssen orientiert sich im Grundsatz am Aufsichtsrat. Sofern und weil geschäftsführende Direktoren bestellt sind, darf kein Ausschuss zur Führung der laufenden Geschäfte eingerichtet werden (§ 51 Abs 3 des Entwurfs). Die Anzahl der nicht zu geschäftsführenden Direktoren bestellten Verwaltungsratsmitglieder muss im Interesse einer effizienten Kontrolle höher sein als die der geschäftsführenden Direktoren (vgl § 59 Abs 1 des Entwurfs, „Board balance“). Dieses Mehrheitserfordernis verhindert die Dominierung des Verwaltungsrats durch die geschäftsführenden Direktoren.<sup>155)</sup> Zur besseren Informationsversorgung käme der Umstand hinzu, dass sie sonst die nicht geschäftsführenden Verwaltungsratsmitglieder überstimmen könnten.

## 2.2. Geschäftsführende Direktoren

Der Entwurf stützt sich zur Etablierung der geschäftsführenden Direktoren nicht – wie von einigen Autoren<sup>156)</sup> angenommen – auf Art 43 Abs 1 SE-VO. Diese Regelung ist auf Initiative von Schweden<sup>157)</sup> in den Verordnungstext aufgenommen worden, um auf die dortigen nationalen Besonderheiten einzugehen. Einschlägig ist auch – wie bereits dargestellt – der Regelungsauftrag des Art 43 Abs 4 SE-VO. Die Etablierung des geschäftsführenden Direktors ist keine Kopie des dualistischen Systems, sondern schlicht Notwendigkeit für eine funktionierende Leitung und Kontrolle in größeren Gesellschaften, weshalb die Bestellung für eine börsennotierte SE verpflichtend ist.<sup>158)</sup> Der Direktor soll im Rahmen eines so genannten *strukturierten*<sup>159)</sup> monistischen Systems eine neue Kategorie einer geschäftsführenden Einrichtung darstellen. Der Entwurf vermeidet den Organbegriff, weder die Gesamtheit der geschäftsführenden Direktoren noch ein einzelner Direktor werden als Organ bezeichnet. Dies wäre auch nicht mit Art 38 lit b SE-VO vereinbar, wonach die SE nur über *ein* einziges Verwaltungsorgan verfügt. Der geschäftsführende Direktor wird durch die Bestellung nicht zum Verwaltungsratsmitglied – obwohl er ein solches sein kann – und damit auch nicht zu einem Organmitglied. Dogmatisch ist es durchaus reizvoll, darüber nachzudenken, ob der materielle Organbegriff erfüllt ist,<sup>160)</sup> anders als bei der Privatstiftung ist aber damit für die SE wenig gewonnen, da die Rechte und Pflichten sowie die Verantwortlichkeit ohnehin im Gesetz geregelt sind.

Der Verwaltungsrat einer börsennotierten SE hat einen oder mehrere geschäftsführende Direktoren zu bestellen, die aus den Reihen des Verwaltungsrats rekrutiert werden (§ 59 Abs 1 und 2 des Entwurfs). Privaten Gesellschaften steht es hingegen frei, geschäftsführende Direktoren zu bestellen und damit ein strukturiertes monistisches System zu etablieren. Geschäftsführende Direktoren können jederzeit durch Beschluss des Verwaltungsrats abberufen werden (§ 59 Abs 5 des Entwurfs). Wird ein Verwaltungsratsmitglied, das zugleich geschäftsführender Direktor ist, von der Hauptversammlung abberufen, so verliert es mit der Abberufung auch sein Amt als geschäftsführender Direktor (§ 48 Abs 3 des Entwurfs). Unter dem Aspekt, dass die Hauptversammlung durch den unmittelbaren Zugriff auf die Verwaltungsratsmitglieder die Abberufung mittelbar auch der geschäftsführenden Direktoren erzwingen kann, ist dieser Durchgriff konsequent und auch praxisnah. Soll die Person weiterhin geschäftsführender Direktor bleiben, ist sie vom Verwaltungsrat erneut zu bestellen. Die Bestellung juristischer Personen zu geschäftsführenden Direktoren ist unzulässig (§ 45 Abs 3 iVm § 59 Abs 4 des Entwurfs). Die Mandatsobergrenze gilt für geschäftsführende Direktoren nur mittelbar, da auf den *Verwaltungsratssitz* abgestellt wird und eine zusätzliche Tätigkeit als

<sup>151)</sup> Vgl Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 86 Rz 5; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>4</sup> § 86 Rz 2.

<sup>152)</sup> Corporate-Governance-Erfahrungen sprechen für ein System der „Checks and Balances“, das bei einem Einpersonen-Verwaltungsrat jedenfalls durchbrochen würde, da eine interne Funktionstrennung nach den Gesichtspunkten der Leitung und Aufsicht nicht mehr möglich wäre.

<sup>153)</sup> Zu Problemen, die der Einpersonen-Verwaltungsrat aufwirft, Merkt, ZGR 2003, 650 (654). Der SE-Entwurf 1991 sah noch eine Mindestbesetzung des Verwaltungsrats mit drei Personen vor – vorbehaltlich der Mitbestimmungsvorschriften. Vgl Art 66 Abs 1a SE-VOV 1991, geänderter Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft vom 16. Mai 1991, KOM (91) 174 endg, ABI Nr C 176 vom 8.7.1991, 1 ff. Sehr ausführlich zu diesem Vorentwurf Schwarz, Europäisches Gesellschaftsrecht Rn 1086.

<sup>154)</sup> Der Entwurf verzichtet auf eine Abstufung nach der Höhe des Grundkapitals, da dieses Kriterium nur bedingt dafür geeignet ist, die bestmögliche Größe festzulegen: Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 86 Rz 7; dieselbe in Baums/Kübler, Die SE in Europa (in Druck)

<sup>155)</sup> Vgl Kalss in Baums/Kübler, Die SE in Europa (in Druck); s ferner Teichmann, BB 2004, 53 (55).

<sup>156)</sup> So etwa Merkt, ZGR 2003, 650 (656); Ihrig/Wagner, Diskussionsentwurf für ein SE-Ausführungsgesetz, BB 2003, 969 (975); Kallmeyer, ZIP 2003, 1531 ff.

<sup>157)</sup> Erl des Entwurfs zu § 56 Abs 1; s ferner Teichmann, BB 2004, 53 (60) Fn 77, dem zufolge die Skandinavien von dieser Ermächtigung voraussichtlich Gebrauch machen werden; derselbe in Theisen/Wenz, Die Europäische Aktiengesellschaft 573 (603); Ihrig/Wagner, BB 2003, 969 (975) Fn 104.

<sup>158)</sup> Vgl Allgemeiner Teil der Erl, 3; s ferner Kalss in Baums/Kübler, Die SE in Europa (in Druck).

<sup>159)</sup> Der Begriff des „strukturierten monistischen Systems“ wird in den Erläuterungen eingeführt, durchwegs verwendet und nimmt Bezug auf die unterschiedlichen Gestaltungsmöglichkeiten, die der Entwurf eröffnet; vgl etwa Erl des Entwurfs zu § 56 Abs 1.

<sup>160)</sup> Vgl Nowotny in Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich, Handbuch zum Privatstiftungsgesetz (1994) 145 (150); Arnold, PSG-Kommentar (2002) § 14 Rz 15.

geschäftsführender Direktor nicht maßgeblich ist. Für geschäftsführende Direktoren, die dem Verwaltungsrat nicht angehören, gibt es – ebenso wie für den Vorstand im dualistischen System – keine gesetzliche Obergrenze. Jedenfalls müssen die nicht geschäftsführenden Direktoren im Verwaltungsrat die Mehrheit stellen. Ein Vorsitzender (Generaldirektor) kann, muss aber nicht vom Verwaltungsrat ernannt werden (§ 57 Abs 2 des Entwurfs); ihm kann wie dem Vorsitzenden des Verwaltungsrats bzw. Vorstands das Dirimierungsrecht eingeräumt werden.

### 2.3. Hauptversammlung

Der Entwurf sieht speziell für die Hauptversammlung der SE nur zwei Regelungen vor: Bestellung und Abberufung des Verwaltungsrats sowie Anordnung der sinngemäßen Anwendung von § 106 Abs 2 bis 5 AktG (vgl § 62 des Entwurfs). Allgemein wird für Aktiengesellschaften in § 105 idF des Entwurfs nunmehr vorgesehen, dass bei ausschließlicher Ausgabe von Namensaktien die Satzung vorsehen kann, dass die Einberufung der Hauptversammlung nicht durch die Veröffentlichung im Amtsblatt zur Wiener Zeitung, sondern durch eingeschriebenen Brief vorgenommen wird. Der Entwurf macht damit einen Schritt hin zur Deregulierung; sinnvoll wäre wohl, auch Inhaberaktien zu erfassen, sofern die Inhaber der Gesellschaft namentlich bekannt sind. Die Hauptversammlung kann gem § 102 AktG idF des Entwurfs aufgrund einer Satzungsbestimmung in Bild und Ton aufgezeichnet und bei Börsennotierung der Gesellschaft übertragen werden. Die Aktionärsversammlung erfährt im monistischen System eine Aufwertung.<sup>161)</sup> Die Einflussnahme erstreckt sich auf die gesamte Geschäftsführung einschließlich des Tagesgeschäfts. Einzelne Verwaltungsratsmitglieder oder auch der gesamte Verwaltungsrat können ohne Angabe von Gründen mit qualifiziertem Beschluss ihres Amtes enthoben werden.<sup>162)</sup> Die Hauptversammlung folgt grundsätzlich den Regelungen des dualistischen Systems. Der Entwurf enthält aber keine Regelungen, die auf den Wegfall der beiden Organe bezogen auf die Hauptversammlung eingehen. Mangels eines Aufsichtsrats wird der Vorsitzende des Verwaltungsrats die Hauptversammlung leiten; was durchaus – deutlicher als beim Aufsichtsratsvorsitzenden – zu Interessenkonflikten führen kann. Bei Auskunftsverlangen gem § 112 AktG gegenüber dem Verwaltungsrat fehlt für strittige Fälle wegen des Wegfalls des Aufsichtsrats eine Entscheidungsinstanz; der Aktionär wird im äußersten Fall wohl eine gerichtliche Entscheidung erlangen können müssen.

### 2.4. Exkurs: Arbeitnehmervertreter

Die Beteiligung der Arbeitnehmer ergibt sich entweder aus Verhandlungen (Art 3 ff SE-RL) oder aufgrund der Auffangregelung (Art 7 SE-RL). Mit qualifizierter Mehrheit kann auch eine Minderung<sup>163)</sup> der Mitwirkungsrechte beschlossen werden. Die Hürde der qualifizierten Mehrheit entfällt, wenn die Mitbestimmung vor Gründung der SE nur eine Minderheit der Arbeitnehmer erfasste.<sup>164)</sup> Im

Rahmen der Auffangregelung<sup>165)</sup> bemisst sich die Zahl der von den Arbeitnehmern zu bestellenden Mitglieder des Verwaltungsrats oder des Aufsichtsrats „nach dem höchsten maßgeblichen Anteil in den beteiligten Gesellschaften vor der Eintragung der SE“.<sup>166)</sup> Zunächst findet ein „Qualitätsvergleich“ der Mitbestimmungssysteme der beteiligten Gesellschaften statt. Schwierigkeiten ergeben sich bei der Bewertung des maßgeblichen „höchsten Anteils“.<sup>167)</sup> Die Vorschriften des Entwurfs begnügen sich mit einem Verweis auf eine Vereinbarung gemäß Art 4 SE-RL und die gesetzlichen Vorschriften über die Beteiligung der Arbeitnehmervertreter (§ 45 Abs 2 des Entwurfs). Auch die in Umsetzung der Richtlinie vorgeschlagenen Änderungen des ArbVG beschränken sich auf die Wiedergabe der Auffangregelung des Anhangs der Richtlinie (vgl § 245 ArbVG idF des Entwurfs) und lassen einige Fragen offen.

## 3. Aufgabenverteilung und Kompetenzverteilung

### 3.1. Leitungsfunktion iSd Oberleitung

„Der Verwaltungsrat leitet die Gesellschaft und führt deren Geschäfte.“ Der erste Halbsatz des § 39 Abs 1 des Entwurfs bringt zum Ausdruck, dass der Verwaltungsrat das oberste Leitungsorgan ist. Anders als der Aufsichtsrat hat er ein umfassendes Initiativrecht. Der *Leitungsbegriff* ist wie auch im dualistischen System nicht definiert, somit ist der konkrete Inhalt aus dem Gesamtzusammenhang der organisationsrechtlichen Regelungen zu erschließen.<sup>168)</sup> Aus den einzelnen gesetzlich ausdrücklich zugewiesenen Aufgaben (§ 56 Abs 1 des Entwurfs) bzw delegationsresistenten Kernfunktionen des Verwaltungsrats lässt sich eine typologische Einordnung treffen.<sup>169)</sup> Folgende Leitungsaufgaben iS einer Oberleitung können dem Verwaltungsrat – in Anlehnung an die unentziehbaren Kernkompetenzen des Schweizer Verwaltungsrats – zugewiesen werden: die Entwicklung strategischer Ziele der Gesellschaft, die Festlegung der Mittel, um diese Ziele zu erreichen, und die Kontrolle der Geschäftsführung im Hin-

<sup>161)</sup> Vgl Kalss in Baums/Kübler, Die SE in Europa (in Druck).

<sup>162)</sup> Zur Frage der Weisungsbefugnisse vgl 3.6.

<sup>163)</sup> Zur Definition von Minderung der Mitbestimmung s Art 3 Abs 4 letzter Satz SE-RL.

<sup>164)</sup> Erstreckt sich die Mitbestimmung im Falle der Verschmelzung auf weniger als 25 % der Gesamtzahl der Arbeitnehmer und bei der Holdingbildung auf weniger als 50 %, reicht zur Senkung des Mitbestimmungsniveaus die absolute Mehrheit im besonderen Verhandlungsgremium, vgl statt vieler Henssler, in Ulmer-FS 193 (197).

<sup>165)</sup> Zur Anwendbarkeit der Auffangregelung Art 7 SE-RL.

<sup>166)</sup> SE-RL, Anhang, Teil 3, lit b.

<sup>167)</sup> Diese Schwierigkeiten sind durch die unterschiedlichen Mitbestimmungsformen und Corporate-Governance-Strukturen bedingt. So hat ein Mandat im Leitungsorgan ein anderes Gewicht als ein Sitz im Aufsichtsrat. Für ein konkretes Fallbeispiel s Reichert/Brandes, ZGR 2003, 767 (784).

<sup>168)</sup> S Kalss in Baums/Kübler, Die SE in Europa (in Druck); s ferner Fleischer, Zur Leitungsaufgabe des Vorstands im Aktienrecht, ZIP 2003, 1.

<sup>169)</sup> Vgl Kalss, Das interne Kontrollsystem (IKS), in Krejci-FS (2001) 699 (707), Fleischer, Zum Grundsatz der Gesamtverantwortung im Aktienrecht, NZG 2003, 449 (450).

blick auf die Verfolgung der festgelegten Ziele (*Planungsverantwortung*).<sup>170)</sup> Geschäftsführende Direktoren sind zu bestellen und abuberufen sowie die einzelnen Aufgabenbereiche abzugrenzen.<sup>171)</sup> Der Verwaltungsrat hat sich eine Geschäftsordnung zu geben und eine etwaige Ressortverteilung vorzunehmen (*Organisationsverantwortung*). Die *Finanzverantwortung* verpflichtet den Verwaltungsrat zur Ausgestaltung eines Rechnungswesens und eines internen Kontrollsystems (IKS) sowie zur Gestaltung der Finanzplanung. Die *Informationsverantwortung* verpflichtet schließlich zur Sicherung des unternehmensinternen Informationsflusses (zB Erstellung des Jahresberichts).<sup>172)</sup> Für die Wahrnehmung der Oberleitung ist der Verwaltungsrat mit einer umfassenden Geschäftsführungskompetenz ausgestattet.

### 3.2. Überwachungsfunktion als Bestandteil der Unternehmensleitung

Entscheidendes Merkmal der monistischen Organisationsverfassung ist das Fehlen eines eigens eingerichteten Aufsichtsorgans.<sup>173)</sup> Die Überwachungsaufgabe ist anders als im dualistischen System nicht normiert (§ 95 Abs 1 AktG). Da es aber eines funktionierenden Kontrollmechanismus im Interesse des Unternehmenswohls sowie der Aktionäre bedarf, werden einzelne Mitglieder, dh die nicht geschäftsführenden Direktoren des Verwaltungsrats, funktionell auch als Überwacher der Gesellschaft eingesetzt. Die Überwachung wird demnach von Personen wahrgenommen, die unmittelbar dem Leitungsorgan angehören. Deutlich wird die Überwachungsfunktion als Teil der Oberleitung, wenn geschäftsführende Direktoren bestellt sind, die nicht dem Verwaltungsrat angehören. Auch für das dualistische System ist anerkannt, dass die Überwachung im Unternehmen primär Aufgabe des Leitungsorgans (Vorstands) ist; erst nachgeordnet trifft diese Verantwortung den Aufsichtsrat.<sup>174)</sup> Dies wird besonders bei einer Ressortverteilung innerhalb des Vorstands deutlich, denn die Geschäftsverteilung hebt unter den Vorstandsmitgliedern trotz fortschreitender Spezialisierung die Pflichtbindung unzuständiger Mitglieder nicht auf.<sup>175)</sup>

### 3.3. Besorgung des Tagesgeschäfts

In Gesellschaften, in denen geschäftsführende Direktoren bestellt sind, werden die laufenden Geschäfte an diese delegiert (§ 56 Abs 1 iVm § 59 des Entwurfs). Die Grenze der Übertragbarkeit bilden jene Aufgaben, die explizit dem Kompetenzbereich des Gesamtverwaltungsrats zugewiesen werden.<sup>176)</sup> Delegationsresistent sind weiters Aufgaben und Befugnisse, die als Teilaspekt der Oberleitung zugeordnet werden können.<sup>177)</sup> Den geschäftsführenden Direktoren kommt regelmäßig nicht nur die Besorgung der laufenden Geschäfte zu, sondern auch die Beschäftigung mit Fragen, die aufgrund ihrer relativ geringen Bedeutung nicht die Behandlung durch den Gesamtverwaltungsrat erfordern. In diesem Bereich können die geschäftsführenden Direktoren die erforderlichen Entscheidungen selbst fällen, sie unterliegen dabei, sofern sie nicht durch

einen Beschluss des Verwaltungsrats freigestellt wurden, seinen Weisungen. Der Verwaltungsrat kann diesen Freiraum jederzeit durch Beschluss aufheben. Auch im Bereich der laufenden Geschäfte ist es mitunter notwendig, besonders grundlegende Beschlüsse der Genehmigung des Verwaltungsrats zu unterwerfen.<sup>178)</sup> Ebenso können Vorbereitung und Ausarbeitung von Führungsentscheidungen überantwortet werden, solange die letzte Entscheidungsbefugnis beim Verwaltungsrat verbleibt.<sup>179)</sup>

### 3.4. Vertretungsbefugnis

Die Gesellschaft wird durch den Verwaltungsrat und die geschäftsführenden Direktoren gerichtlich und außergerichtlich vertreten (§ 43 Abs 1 des Entwurfs). Die Vertretungsbefugnis des Verwaltungsrats entsteht wirksam mit der Bestellung durch die Hauptversammlung. Bei den geschäftsführenden Direktoren ist der Zeitpunkt der Bestellung durch den Verwaltungsrat maßgeblich. Sofern die Satzung nichts anderes bestimmt, sind sämtliche Mitglieder des Verwaltungsrats sowie die geschäftsführenden Direktoren gemeinsam zur Abgabe von Willenserklärungen für die Gesellschaft befugt. Wie im dualistischen System gilt der Grundsatz der Gesamtvertretung.<sup>180)</sup> Ein Abgehen von diesem gesetzlichen Vertretungsmodell ist jedoch zulässig. Der Entwurf ermächtigt den Verwaltungsrat, einzelnen Mitgliedern oder geschäftsführenden Direktoren Einzelvertretungsbefugnis zu verleihen (§ 43 Abs 2 des Entwurfs). Derartige Vertretungsmodelle können – gegebenenfalls auch unter Einbeziehung eines Prokuristen – aufgrund der Satzung oder durch den Verwaltungsrat mit entsprechender Satzungsermächtigung eingerichtet werden (§ 43 Abs 2 und § 43 Abs 3 des Entwurfs).<sup>181)</sup> Die Einräumung dieser Einzelvertretungsmacht lässt die Gesamtvertretungsbefugnis der Übrigen unberührt,<sup>182)</sup> da die Satzung nicht befugt ist, einem Verwaltungsratsmitglied

<sup>170)</sup> S Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht § 30, N 28–32 Rz 31; Böckli, Schweizer Aktienrecht<sup>2</sup> Rz 1528; vgl Fleischer, ZIP 2003, 1 (5); Kallmeyer, ZIP 2003, 1531 (1532); Neye/Teichmann, AG 2003, 169 (177).

<sup>171)</sup> S dazu Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Aktienrecht § 30, N 33–38 Rz 34; Böckli, Schweizer Aktienrecht<sup>2</sup>, Rz 1555.

<sup>172)</sup> Vgl Fleischer, ZIP 2003, 1 (5).

<sup>173)</sup> Neye/Teichmann, AG 2003, 169 (177).

<sup>174)</sup> Kalss, Das interne Kontrollsystem (IKS), in Krejci-FS 699 (707); dieselbe in Baums/Kübler, Die SE in Europa (in Druck) s ferner Semler, Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft<sup>2</sup> (1996) 15 Rz 18.

<sup>175)</sup> Schaefer/Missling, Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat, NZG 1998, 441 (445).

<sup>176)</sup> Vgl Erl des Entwurfs zu § 56 Abs 1.

<sup>177)</sup> S dazu Erl des Entwurfs zu § 56.

<sup>178)</sup> So etwa Merkt, ZGR 2003, 650 (662).

<sup>179)</sup> S dazu Böckli, Schweizer Aktienrecht<sup>2</sup> Rz 1527; Fleischer, ZIP 2003, 1 (8); Reichert/Brandes, ZGR 2003, 767 (799).

<sup>180)</sup> Vgl die Ausführungen zum dualistischen System Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 71 Rz 11; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>4</sup> §§ 71–74 Rz 27.

<sup>181)</sup> Kalss in Münchener Kommentar<sup>2</sup> Bd 3 § 78 Rz 124.

<sup>182)</sup> So auch im dualistischen System Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 71 Rz 19; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>4</sup> §§ 71–74 Rz 32.

oder geschäftsführendem Direktor die Vertretungsmacht gänzlich zu entziehen.<sup>183)</sup> So kann etwa den geschäftsführenden Direktoren im Bereich der laufenden Geschäfte Einzelvertretungsbefugnis verliehen werden, um den Gesamtverwaltungsrat zu entlasten.

Soweit Bestimmungen außerhalb des Aktiengesetzes den gesetzlichen Vertretern einer Gesellschaft oder vertretungsbefugten Organen bestimmte Rechte und Pflichten zuweisen, treffen diese den Verwaltungsrat (§ 39 Abs 3 des Entwurfs), zB die Konkursantragspflicht (§ 69 Abs 2 und 3 KO) oder der Ausgleichsantrag (§ 1 Abs 1 AO iVm § 69 KO). Damit ist noch nicht geklärt, ob ein einzelnes Verwaltungsratsmitglied oder gar der Gesamtverwaltungsrat tätig werden muss. Das ist gesondert aus jeder einzelnen Bestimmung zu ermitteln. Die Konkursantragspflicht trifft bei juristischen Personen grundsätzlich nur die organschaftlichen Vertreter.<sup>184)</sup> Adressat der Verpflichtung ist ohne Rücksicht auf eine bestehende Gesamtvertretung jedes einzelne Verwaltungsratsmitglied.<sup>185)</sup> Geschäftsleiter iSd BWG sind jene Personen, die nach dem Gesetz oder der Satzung zur Führung der Geschäfte *und* zur *organschaftlichen* Vertretung des Kredit- oder Finanzinstitutes nach außen vorgesehen sind (§ 2 Z 1 lit a BWG). Gemeint ist damit wohl der Verwaltungsrat, nur er hat die formelle Geschäftsführungsbefugnis und jedenfalls auch die organschaftliche Vertretungsmacht. Die konkreten Anforderungen an die Mitglieder des Verwaltungsrats bzw an die geschäftsführenden Direktoren hängen letztlich von der Ausgestaltung der einzelnen Aufsichtsgesetze (BWG, WAG, VAG) – insbesondere auch unter Berücksichtigung der Arbeitnehmervertreter – ab.

### 3.5. Organisationsmodelle

Aufgrund der allgemeinen Tendenz des Entwurfs, auf zwingende organisationsrechtliche Vorschriften zum monistischen System möglichst zu verzichten, wird die konkrete Ausformung des monistischen Systems weitgehend in die Gestaltungsautonomie der SE-Satzungsgeber gestellt. Schranken ergeben sich einzig aus der einzuhaltenden Boardbalance, der zwingenden Bestellung von geschäftsführenden Direktoren (nur) in börsennotierten Gesellschaften sowie durch das Verbot der Personalunion von Verwaltungsratsvorsitzendem und geschäftsführendem Direktor. Danach kommen folgende Varianten<sup>186)</sup> in Betracht:

#### 3.5.1. Einfaches monistisches System

In privaten Gesellschaften kann durch die Satzung die Bestellung von geschäftsführenden Direktoren ausgeschlossen werden. In einer derartigen Gesellschaft ist das monistische System in reiner Form verwirklicht.<sup>187)</sup> Der Entwurf gestattet es dabei, die unmittelbare Verwaltung, dh das Tagesgeschäft und Strategiefragen, bei einem einzigen Organ zu konzentrieren. Zulässig ist es, einen geschäftsführenden Ausschuss zu etablieren. Bei einem sehr kleinen nicht der Mitbestimmung unterliegenden Verwaltungsrat, der folglich aus nur drei Personen besteht, wird sich die Einrichtung eines solchen geschäftsführenden Komitees erübrigen, da das Tagesgeschäft entweder von einer Person erledigt oder gemeinsam besorgt wird.<sup>188)</sup> Die Aktionärsstruktur ist im Regelfall wohl relativ einfach, von einem Groß- bzw Kernaktionär geprägt, oder die Gesellschaft ist im Besitz einer Familie, sodass die Hauptversammlung über eine solide Informationsbasis verfügt, um sich gegebenenfalls in die Geschäftsführung einzuschalten.

#### 3.5.2. Erweitertes monistisches System

Die schlanke Ausgestaltung des einfachen monistischen Modells kann durch Einbeziehung von geschäftsführenden Direktoren erweitert werden. Dabei kann der Verwaltungsrat auf eigene Mitglieder zurückgreifen oder auch außenstehende Dritte bestellen. Die Verwaltung ist arbeitsteilig gestaltet – Geschäftsführung/Strategie und Überwachung. Die Aufsichtsfunktion wird von den nicht geschäftsführenden Direktoren wahrgenommen.

#### 3.5.3. Strukturiertes monistisches System

In börsennotierten Gesellschaften ist die Bestellung von außenstehenden Dritten zwingend vorgeschrieben. Tendenziell wird der Verwaltungsrat größer und um die Arbeitnehmervertreter erweitert sein. Die laufenden Geschäfte werden von den geschäftsführenden Direktoren erledigt, um den Verwaltungsrat zu entlasten. Der Verwaltungsrat, der in diesem Fall nach § 59 Abs 2 des Entwurfs nur aus nicht geschäftsführenden Direktoren besteht, widmet sich ausschließlich der Geschäftsführung im Großen und der Festlegung der Strategie, während das Tagesgeschäft ausgelagert ist. Um die Oberleitung ordnungsgemäß wahrnehmen zu können, ist der Verwaltungsrat im Sinne einer funktionellen und organisatorischen Gestaltung weitgehend arbeitsteilig organisiert. Sollte der Verwaltungsrat aus mehr als fünf Personen bestehen, ist überdies ein Bilanzausschuss zur Prüfung und Vorbereitung der Feststellung des Jahresabschlusses zu installieren (§ 51 Abs 3 des Entwurfs). Ist die Gesellschaft betriebsratspflichtig, sind Bilanzausschuss und Verwaltungsrat drittelparitätisch mit Arbeitnehmervertretern zu besetzen.

### 3.6. Weisungsbefugnisse

#### 3.6.1. Verwaltungsrat–geschäftsführende Direktoren

Die effiziente Wahrnehmung der Oberleitung der Gesellschaft erlaubt, verlangt es vielmehr, strategische Ent-

<sup>183)</sup> Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>4</sup> §§ 71–74 Rz 32.

<sup>184)</sup> OGH 13.9.1995 ecolex 1996, 94 = ZIK 1996, 100.

<sup>185)</sup> Zu den Geschäftsführern einer GmbH vgl OGH 5.4.1989 SZ 62/61 = NRsp 1989/151 = ÖBA 1989, 1120 = JUS 5/182 = RdW 1989, 270 = wbl 1989, 250.

<sup>186)</sup> Vgl zu Gestaltungsmöglichkeiten nach dem alten monistischen System vor 1938 Kalss, in Wundsam-FS (2003), 519 (531).

<sup>187)</sup> S zur Schweiz Forstmoser, Monistische oder dualistische Unternehmensverfassung? Das Schweizer Konzept, ZGR 2003, 688 ff.

<sup>188)</sup> Nach rechtsvergleichenden Erhebungen findet sich diese Ausgestaltungsmöglichkeit bei kleinen und mittleren Unternehmen in der Schweiz: Kalss, in Wundsam-FS, 519 (531); Forstmoser, ZGR 2003, 688 ff.

scheidungen zu bündeln und lediglich die Ausführung der Entscheidungen zu delegieren.<sup>189)</sup> Zur Sicherung eines reibungslosen und ordnungsgemäßen Ablaufs bedarf es konkreter Anweisungen an die ausführenden Personen. Ebenso macht es die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats für die Qualitätssicherung des Managements erforderlich, dass er die Entscheidungsfindung der geschäftsführenden Direktoren bei Bedarf beeinflussen bzw. revidieren kann. Der Entwurf geht von der *Weisungsunterworfenheit*<sup>190)</sup> der geschäftsführenden Direktoren aus, die sich aus der Oberleitung des Verwaltungsrats ergibt. Darüber hinaus sind geschäftsführende Direktoren ihrerseits verpflichtet, Grundlagenentscheidungen dem Gesamtverwaltungsrat vorzulegen. An die Weisungen des Verwaltungsrats sind die geschäftsführenden Direktoren gebunden; die Einhaltung der Weisungen kann auch durch die jederzeitige Abberufungsmöglichkeit erzwungen werden.

### 3.6.2. Hauptversammlung–Verwaltungsrat

Das monistische System sieht ein Organ vor, das sich nicht ohne weiteres in das bestehende dualistische System einpassen lässt. Denn die vorgegebenen Mechanismen zur Sicherung und Erhaltung der organisationsrechtlichen Machtbalance sind auf ein System mit Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung zugeschnitten. Der geltende Normenbestand stellt deshalb kein probates Gegengewicht zur Machtfülle des Verwaltungsrats zur Verfügung. Die Hauptversammlung hat zwar als Eigentümerversammlung die Befugnis, entweder einzelne oder auch sämtliche Mitglieder des Verwaltungsrats jederzeit und ohne Begründung abzuberufen. Die tatsächliche Ausübung dieser Kompetenz wird in den meisten Fällen überschießend, unwirtschaftlich und/oder faktisch – in der Publikumsgesellschaft – schwer oder überhaupt nicht durchführbar sein. Die Abberufung kann daher nur das letzte Mittel sein.<sup>191)</sup> Es sollte für die Hauptversammlung ein gelinderes Instrument geben, lenkend auf das Geschäftsführungsmonopol des Verwaltungsrats einzuwirken.<sup>192)</sup>

Die Verordnung nimmt keinen Bezug auf ein Weisungsrecht. Für das dualistische System sieht sie jedoch vor, dass das Leitungsorgan die Geschäfte der SE „in eigener Verantwortung“ führt (Art 39 Abs 1 SE-VO). Diese Diktion steht in Österreich für die *Weisungsfreiheit* des Vorstands (§ 70 AktG).<sup>193)</sup> Nach der korrespondierenden Bestimmung für das monistische System „führt das Verwaltungsorgan die Geschäfte der SE“ (Art 43 Abs 1 erster Satz SE-VO). Der Passus der „eigenen Verantwortlichkeit“ bleibt für das monistische System unerwähnt, woraus geschlossen werden kann, dass das Verwaltungsorgan im monistischen System den Weisungen der Hauptversammlung unterliegt. Noch grundsätzlicher ist davon auszugehen, dass die Geschäftsführung und das Verhältnis Verwaltungsrat–Hauptversammlung als europarechtliche Begriffe autonom auszulegen sind und nicht durch die jeweilige nationale Brille! Zwar sollte die SE so weit wie möglich wie die nationale AG gestaltet sein, im Besonderen will die Verordnung verhindern, dass im monistischen oder dualistischen System für die SE Regelungen einge-

führt werden, die im gleichen System zu unterschiedlichen Vorgaben führen. Derartige Diskrepanzen können aber nicht entstehen, wenn eine Rechtsordnung für das dualistische oder umgekehrt das monistische System gar keine Regelungen vorsieht; die Verordnung verhindert es nicht, für den nicht geregelten Organisationstyp, einschlägige nationale Regelungen einzuführen. Die Verordnung zwingt jedenfalls nicht dazu, auf das dualistische System zugeschnittene Regelungsmechanismen auf das monistische System 1:1 zu verschieben, vielmehr ist eigenständig das Funktionieren des Zusammenspiels der gesellschaftsrechtlichen Einrichtungen gem § 43 Abs 4 SE-VO zu entwickeln.<sup>194)</sup> Die Weisungsfreiheit im dualistischen System hindert daher nicht, jedenfalls mit Satzungsbestimmung die Weisungsbefugnis der Hauptversammlung gegenüber dem Verwaltungsrat zu etablieren. Somit bleibt es den Mitgliedstaaten unbenommen, diese Grundsatzentscheidung nach Art 9 Abs 1 lit c Z i) SE-VO auf der Ebene jener Rechtsvorschriften zu treffen, die speziell für die SE erlassen werden. § 39 Abs 1 des Entwurfs, der die Oberleitung der Gesellschaft auf den Verwaltungsrat überträgt, verzichtet auf den in § 70 AktG geprägten Begriff der „eigenen Verantwortung“. Es stellt sich nun die Frage, ob dadurch unmittelbar auf die Weisungsgebundenheit des Verwaltungsrats geschlossen werden kann. Sowohl dem europäischen als auch dem nationalen Gesetzgeber darf unterstellt werden, dass er das organisationsrechtliche Machtgefüge funktionsgerecht gestalten will. Der Entwurf ist vom Konzept getragen, die Konzentration von Aufsichts- und Leitungsfunktion beim Verwaltungsrat durch die verstärkte Einbindung der Hauptversammlung auszubalancieren.

Art 52 SE-VO der Verordnung ist auf das jeweils bestehende nationale Recht zugeschnitten, wonach die Hauptversammlung nur für jene Angelegenheiten zuständig ist, die ihr gesetzlich oder aufgrund einer Satzungsbestimmung zugewiesen sind.<sup>195)</sup> Da es auch für die nationale AG nach § 103 AktG unzulässig ist, die Zuständigkeit der Hauptversammlung durch die Satzung beliebig zu erweitern,<sup>196)</sup> ist diese Bestimmung für die Begründung der Kompetenzerweiterung ungeeignet.<sup>197)</sup>

<sup>189)</sup> Vgl Neye/Teichmann, AG 2003, 169 (177).

<sup>190)</sup> Eine solche Weisungsunterworfenheit findet sich ferner in Dänemark und Finnland: Artmann, wbl 2002, 189 (194); Alsted/Hansen in Hohloch, EU-Handbuch Gesellschaftsrecht (1997), Länderbericht Dänemark Rz 131; Collan/Uusitalo in Hohloch, Länderbericht Finnland Rz 662.

<sup>191)</sup> Als Minus zur Drohung der jederzeitigen Abberufung kann die Hauptversammlung wohl auch Anleitungen geben.

<sup>192)</sup> IdS auch Arlt/Grechenig/Kalss in Oplustil/Teichmann, The SE in Europe (in Druck).

<sup>193)</sup> Vgl Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>4</sup> § 70 Rz 10; Doralt in Grün-FS, 31 (43); Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 70 Rz 6; Reich-Rohrwig, eolex 1990, 285.

<sup>194)</sup> Vgl Teichmann, BB 2004, 53 (59), der aber ein engeres Verständnis hat.

<sup>195)</sup> Vgl Bachner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 103 Rz 6.

<sup>196)</sup> Bachner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 103 Rz 6.

<sup>197)</sup> Vgl zum dualistischen System Doralt in Grün-FS, 31 (49); Bachner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 103 Rz 16 und 18; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>4</sup> Vor Vierter Teil Rz 2 ff.

### 3.7. Haftungsrechtlicher Aspekt

Von zentraler Bedeutung ist die Frage der Haftung des Verwaltungsrats gegenüber der Gesellschaft. Das monistische System ist gekennzeichnet durch die Kombination von Leitungs- und Überwachungsfunktion in einem einzigen Organ. Im dualistischen System ergibt sich aufgrund der funktionalen und organisatorischen Trennung von Leitungs-<sup>198)</sup> und Aufsichtsorgan<sup>199)</sup> eine jeweils eigenständige Haftung der Mitglieder des jeweiligen Organs, dh die Pflichten sind unterschiedlich. Die Haftung knüpft am Verhalten oder Unterlassen des einzelnen Organmitglieds an, eine von einer eigenen Sorgfaltspflichtverletzung unabhängige Einstandspflicht für das Verhalten anderer Organmitglieder gibt es nicht.<sup>200)</sup> Der Verwaltungsrat haftet gem § 55 des Entwurfs, die geschäftsführenden Direktoren gem § 57 Abs 3 des Entwurfs für die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters bzw geschäftsführenden Direktors. Maßgeblich sind jeweils die konkrete Aufgabenstellung und die Pflicht zur eigenständigen Leitungsentscheidung bzw Überwachung.

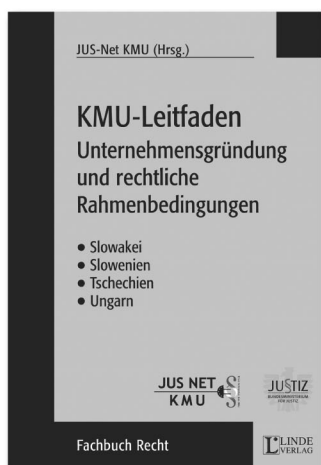
### V. Fazit

Der Entwurf beschränkt sich im Wesentlichen auf die Umsetzung der Vorgaben der Verordnung. Großzügigen Gebrauch macht er von den Ermächtigungen, die dem Schutz beteiligter Interessenträger (insbesondere Minderheitsaktionäre und Gläubiger) bei grenzüberschreitenden (Gründungs-) Maßnahmen dienen. Eine SE mit Sitz in Österreich wird maßgeblich vom nationalen Recht geprägt sein. Eine dualistische SE wird wie eine nationale AG organisiert sein, eine monistische SE hat sich am Entwurf zu orientieren. Das monistische System räumt der Gesellschaft im Vergleich zum dualistischen System einen weiteren Gestaltungsspielraum ein, und kann doch für die Praxis durchaus attraktiv sein.

<sup>198)</sup> S dazu nur *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 84 Rz 1 ff.

<sup>199)</sup> S nur *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 99 Rz 1 ff.

<sup>200)</sup> Für den Vorstand *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 84 Rz 21; ebenso in Deutschland *Schaefer/Missling*, NZG 1998 441 (445); *Fleischer*, NZG 2003, 449 (453).



2004, 118 Seiten, kart.  
ISBN 3-7073-0614-3

**EUR 12,-**

## Praxisinfos für KMUs!

### Aus dem Inhalt:

- Unternehmensgründung
- Produkthaftung und Konsumentenschutz
- Forderungsbesicherung
- Verfahrens-, Schieds- und Insolvenzrecht

Am 1. Mai 2004 kommt es mit dem Beitritt von 10 Ländern Mittel- und Osteuropas zur größten wirtschaftspolitischen Veränderung in der Geschichte der Europäischen Union. Österreich ist durch vier angrenzende Beitrittsländer – Tschechische Republik, Slowakei, Ungarn und Slowenien – so stark betroffen wie kein anderer Mitgliedsstaat der EU.

Dieses Handbuch ist in einer Zusammenarbeit des Bundesministeriums für Justiz, des Centers of Legal Competence und von JUS-Net KMU erarbeitet worden und wendet sich vor allem an die Klein- und Mittelbetriebe in den österreichischen Grenzregionen. Es vermittelt einen ersten Überblick über die KMU-relevanten Rechtsbereiche in den vier neuen EU-Nachbarstaaten.

In vier Kapiteln zu Unternehmensgründung, Produkthaftung und Konsumentenschutz, Forderungsbesicherung und Verfahrens-, Schieds- und Insolvenzrecht wird allen Unternehmern die Grundinformation gegeben, die sie für ein wirtschaftliches Engagement im neuen erweiterten „Heimmarkt“ benötigen.

### Der Herausgeber:

**JUS-Net KMU**, ein vom Bundesministerium für Justiz gegründeter Verein, dessen Aufgabe es ist, Klein- und Mittelbetriebe in den Grenzregionen durch Rechtsinformation und Information zur Standort- und Arbeitsplatzsicherung in Österreich zu versorgen und Netzwerke aufzubauen.

**LINDE  
VERLAG**

**Linde Verlag Wien**

**www.lindeverlag.at**

Scheydgasse 24 • 1211 Wien • Tel.: (01) 24 630 • Fax: (01) 24 630-23 • E-Mail: office@lindeverlag.at