

Ausgewählte Fragen zur Satzungsgestaltung bei der Societas Europaea

Mit der Zunahme von Europäischen Aktiengesellschaften (SE)¹⁾ in Österreich und dem deutlichen Interesse zahlreicher Unternehmen an der Rechtsform der SE²⁾ steigt auch die Zahl der mit dieser Gesellschaftsform einhergehenden Rechtsfragen. Im Folgenden werden einige ausgewählte Fragen rund um die Satzungsgestaltung, insb zur Sacheinlagenpublizität bei der Umwandlung einer AG in eine SE, zu Aufgabenumschreibung und Arbeitsmodus für Vorstand und Aufsichtsrat sowie schließlich zu Gestaltungen rund um die Hauptversammlung, erörtert.

I. Die dualistische SE im Allgemeinen

Bekanntlich stellt es die SE-VO den Gesellschaften frei, durch Wahl in der Satzung für eine monistische oder dualistische SE zu optieren (Art 38).³⁾ Im Allgemeinen ist aufgrund der Gleichstellung der SE mit der nationalen AG (Art 10 SE-VO) davon auszugehen, dass die dualistisch gestaltete SE⁴⁾ mit der nationalen AG weitestgehend übereinstimmt.⁵⁾ Ein genauerer Blick zeigt aber, dass die SE-VO auch für die dualistische SE einige Besonderheiten vorsieht, die von der nationalen Ausprägung der österreichischen AG abweichen. Zudem gewährt die SE-VO verschiedene Wahlrechte, die entweder auf nationaler oder auf individueller Ebene der Gesellschaft auszuüben sind. Schließlich bedient sich die SE-VO mehrfach des Gestaltungselements des Regelungsauftrags und verzichtet auf eine ergänzende dispositive Gesetzesregelung, vielmehr verlangt sie von der jeweiligen Gesellschaft eine konkrete Regelung. Eine Durchsicht der einzelnen Regelungen wird zeigen, dass die dualistische SE daher einerseits eine größere Gestaltungsfreiheit genießt als die nationale AG, umgekehrt aber wegen der Unterwerfung unter konkrete Regelungen der SE-VO und des SEG zum Teil einer stärkeren Regulierung ausgesetzt ist.

II. Sacheinlagenpublizität bei der Umwandlung einer AG in eine SE

Eine der häufigsten Entstehungsformen einer SE ist die in Art 2 SE-VO ausdrücklich aufgezählte Umwandlung einer nationalen AG in eine SE.⁶⁾ Voraussetzung für die Zulässigkeit der Entstehung einer SE auf diesem Weg ist es, dass die nationale AG seit mehr als zwei Jahren über eine Tochtergesellschaft im Ausland oder eine Zweigniederlassung im Ausland verfügt. Im Folgenden soll nicht eine vollständige Darstellung der bei der Umwandlung maßgeblichen Rechtsfragen vorgenommen werden,⁷⁾ vielmehr sollen bloß Möglichkeiten und Grenzen einer darauf aufbauenden Satzungsgestaltung der künftigen SE diskutiert werden.

1. Sacheinlagenpublizität bei der Umgründung

Auf eine entstehende SE findet gem Art 15 Abs 1 SE-VO das für Aktiengesellschaften geltende Recht des

Sitzstaats Anwendung. Daher sind auf die SE grundsätzlich die aktienrechtlichen Gründungsvorschriften des österreichischen Aktienrechts anzuwenden.⁸⁾

Bei der Sachgründung einer AG ist gem § 20 Abs 1 AktG eine Festlegung der Vermögensgegenstände in der Satzung erforderlich. Der Gegenstand der Sacheinlage muss dabei ausreichend identifiziert sein.⁹⁾ Nach § 145 Abs 3 AktG dürfen rechtswirksam getroffene Festsetzungen über Sondervorteile, Gründungsaufwand, Sacheinlagen und Sachübernahmen erst nach Ablauf der fünfjährigen Verjährungsfrist gem § 44 AktG geändert werden. Die Einhaltung der Frist ist nach der hL auch dann gebo-

*) Univ.-Prof. Dr. Susanne Kalss, LL.M. (Florenz) lehrt am Institut für Bürgerliches Recht und Handelsrecht der Wirtschaftsuniversität Wien. Dr. Edith Hlawati und MMag. Dr. Maria Doralt, MIM (CEMS) sind Rechtsanwältinnen in Wien. Dr. Nikolaus Adensamer ist Rechtsanwaltsanwärter in Wien.

¹⁾ Mit Stand vom 31.1.2007 waren im österreichischen Firmenbuch acht SE eingetragen: Lyreco CE, SE; MatMar SE; Tchibo (Austria) Beteiligungsinvest SE; MDM Holding SE; SE TRADE-COM Finanzinvest; STRABAG SE; Galleria di Base del Brennero – Brenner Basistunnel BBT SE; PLANSEE SE.

²⁾ Siehe für Deutschland nur Redecker, Die SE und ihr Erfolg in der Praxis – Eine Zwischenbilanz, AG 2006, R 343 ff; Lutter/Kollmorgen/Feldhaus, Die Europäische Aktiengesellschaft – Satzungsgestaltung bei der „mittelständischen SE“, BB 2005, 2473.

³⁾ Siehe dazu nur Kalss/Greda in Kalss/Hügel, Europäische Aktiengesellschaft – SE-Kommentar (2004) Vor § 34 Rz 1; Schwarz, SE-VO (2006) Art 38 Rz 1.

⁴⁾ Zu den Eigenheiten der monistischen SE siehe hingegen Kalss/Greda in Kalss/Hügel, Europäische Aktiengesellschaft, § 38.

⁵⁾ Vgl Kalss/Greda in Kalss/Hügel, Europäische Aktiengesellschaft, Vor § 34 Rz 14.

⁶⁾ Für einen Überblick zu den in der SE-VO taxativ aufgezählten Gründungsvarianten (Verschmelzung, Umwandlung, Holdingbildung oder Gründung einer Tochter-SE) siehe etwa Kalss/Greda, GesRZ 2004, 199; Kalss in Kalss/Hügel, Europäische Aktiengesellschaft, Vor § 17 Gründung Rz 2 ff; Ratka, Gründung einer SE – Allgemeine Strukturen der Gründungsvarianten, in Straube/Aicher, Handbuch zur Europäischen Aktiengesellschaft (2006) 61 ff; Reich-Rohrwig, Societas Europaea – SE (2006) Rz 31.

⁷⁾ Vgl dazu Zollner in Kalss/Hügel, Europäische Aktiengesellschaft, Vor § 29–33; siehe auch Wallner in Straube/Aicher, Handbuch zur Europäischen Aktiengesellschaft, 119 ff.

⁸⁾ Vgl Schwarz, SE-VO, Art 37 Rz 67.

⁹⁾ Ettel in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 20 Rz 7.

ten, wenn die Festlegungen in der Zwischenzeit obsolet geworden sind.¹⁰⁾ Die Festlegung in der Satzung dient der Publizität und der Verhinderung der Bevorzugung eines Gesellschafters zu Lasten der anderen, was auch durch die mindestens fünfjährige Bestandsdauer derartiger Satzungsregelungen gem § 145 Abs 3 AktG erreicht werden soll.¹¹⁾

2. Sacheinlagenpublizität bei der Umwandlung einer AG in eine SE

In der Literatur wird auch die Entstehung einer SE durch Umwandlung einer nationalen AG als Umwandlungs-Gründung bezeichnet und die subsidiäre Anwendung der §§ 239 ff AktG vertreten.¹²⁾ Ein genauerer Blick in die SE-VO zeigt aber, dass bei der Umwandlung einer AG in eine SE gerade nicht von „Gründung“, sondern schlicht von „Umwandlung“ gesprochen wird. Art 37 Abs 2 SE-VO betont ausdrücklich, dass eine Neugründung einer Gesellschaft bei Entstehung der SE aus einer Umwandlung gerade nicht vorliegt. Vielmehr wird eine bereits bestehende Gesellschaft in einem anderen Organisationsstatut fortgeführt.¹³⁾ Diese Differenzierung ist wesentlich, zeigt sie doch, dass die allgemeinen Gründungsvorschriften, wie sie §§ 19 f AktG für die AG vorsieht, nicht zwingend für die Entstehung einer SE aus einer Umwandlung anzuwenden sind und insofern der Verweis in Art 37 iVm Art 15 SE-VO, der auf das nationale Gründungsrecht verweist, einzuschränken ist. Da eine umwandlungsgeborene SE nicht neu gegründet wird, sind §§ 19 f AktG nicht unmittelbar anwendbar.

3. Rechtsformwechselnde Umwandlung

Das österreichische Recht kennt keinen generellen Tatbestand der Umwandlung einer Rechtsform in eine andere, sondern regelt nur punktuell die rechtsformwechselnde Umwandlung von einer GmbH in eine AG gem §§ 239 ff AktG. Die Besonderheit der Umwandlung gem § 239 AktG liegt darin, dass es sich um eine sog identitätswahrende Umwandlung handelt, somit um eine Umwandlung, bei der sich der Vermögens- und Rechtsträger nicht ändert, insb kein Vermögen übertragen und neu eingebracht wird, sondern nur bestehendes Vermögen von ein und demselben Rechtsträger unter anderem Organisationsstatut fortgeführt wird. Mangels einer Neugründung und mangels einer Übertragung des Vermögens dürfen daher ganz generell bei derart identitätswahrenden Umwandlungen die Gründungsvorschriften nicht pauschal angewendet werden.¹⁴⁾ Vielmehr sind diese Regelungen nur so weit anzuwenden, als es aus Gründen des Schutzes vor einer Umgehung von Gründungsvorschriften im Kapitalgesellschaftsrecht, insb des Grundsatzes der Kapitalaufbringung, geboten ist.¹⁵⁾

So wird etwa im deutschen Recht ausdrücklich betont, dass im Fall des Formwechsels einer Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA) in eine AG das Gründungsrecht nicht anzuwenden ist, da es ohnehin bei der Gründung der KGaA beachtet wurde und daher eine Umgehung strengere

rer Vorschriften insoweit nicht zu befürchten ist.¹⁶⁾ Genau aus diesem Grund wird im deutschen Recht auch klar ausgesprochen, dass bei derartigen identitätswahrenden Umwandlungen, insb von einer Sonderform einer AG auf eine AG, die Gründungsvorschriften nicht anzuwenden sind.¹⁷⁾ Dieses Prinzip muss grundsätzlich auch bei der identitätswahrenden Umwandlung einer AG in eine SE gelten.

4. Umwandlung GmbH – AG

Die Umwandlung einer GmbH auf eine AG stellt zwar eine identitätswahrende Umwandlung in dem Sinn dar, dass kein Vermögen neu auf die AG im Rahmen der Umwandlung übertragen wird. Dennoch wird aber eine Umgestaltung von einer GmbH in eine AG vorgenommen, die sich nicht nur im Organisationsstatut iSd Organisationsverfassung der Gesellschaft auswirkt, sondern auch Änderungen der Kapitalverfassung mit sich bringt. Genau aus diesem Grund sieht § 247 Abs 1 AktG für die Umwandlung einer GmbH in eine AG die Anwendung der aktienrechtlichen Gründungsbestimmungen (§§ 19 und 20 AktG) – und somit ausdrücklich die satzungsmäßige Festlegung der Sacheinlagen und der sonstigen Bestimmungen – vor.

Der Zweck dieser Regelung dient klar der Verhinderung von Umgehungen des aktienrechtlichen Gründungsrechts. Es soll eben nicht möglich sein, das strenge aktienrechtliche Gründungsregime durch die Gründung einer GmbH (für die deutlich weniger strenge Maßstäbe gelten) und nachfolgende Umwandlung in eine AG zu umgehen.¹⁸⁾

Die maßgeblichen Erleichterungen der Gründung einer GmbH liegen darin, dass das GmbHG mehrere Gestaltungsvarianten zulässt, nach welchen eine GmbH mit Sacheinlagen gegründet werden kann, ohne dass die strengen aktienrechtlichen Regelungen greifen. Zu nennen sind die sog Hälferegulierung gem § 6a Abs 1 GmbHG oder die Einbringung eines Familienunternehmens gem § 6a Abs 2 und 3 GmbHG. Darüber hinaus unterliegen nur mittelgroße und große GmbHs iSv § 221 UGB sowie kleine GmbHs, die von Gesetzes wegen einen Aufsichtsrat haben

¹⁰⁾ Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 145 Rz 68; Nagele in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 145 Rz 26.

¹¹⁾ Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 145 Rz 68.

¹²⁾ Hügel in Kalss/Hügel, Europäische Aktiengesellschaft, Vor § 17 SEG, Art 15 SE-VO Rz 34 (281).

¹³⁾ Schwarz, SE-VO, Art 37 Rz 68. Vgl auch den Wortlaut von Art 2 Abs 4 SE-VO, wo anders als in Art 2 Abs 1 bis 3 SE-VO nicht von Gründung, sondern von Umwandlung die Rede ist.

¹⁴⁾ Vgl Decher in Lutter, UmwG², § 197 Rz 6.

¹⁵⁾ Decher in Lutter, UmwG², § 197 Rz 6; Meister/Klöcker in Kallmeyer, UmwG², § 197 Rz 7.

¹⁶⁾ Bärwaldt in Semler/Stengel, Kommentar zum Umwandlungsgesetz, § 197 Rz 36.

¹⁷⁾ Schwarz, SE-VO, Art 37 Rz 68; ferner Decher in Lutter, UmwG², § 197 Rz 8.

¹⁸⁾ Siehe bereits die amtliche Begründung zum AktG 1937/38 zu § 247 AktG, abgedruckt in Kalss/Burger/Eckert, Entwicklung des österreichischen Aktienrechts (2003) § 247 Rz 1; Zollner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 247 Rz 2.

müssen, der jährlichen Prüfungspflicht des Jahresabschlusses, sodass insofern ein „weniger kontrolliertes“ Vermögen im Vergleich zu Aktiengesellschaften vorliegt.

Diese maßgeblichen Unterschiede in der Sacheinlagen-Gründung einerseits und in der jährlichen Vermögensgebarung andererseits rechtfertigen es, bei der Umwandlung einer GmbH in eine AG die aktienrechtlichen Gründungsvorschriften und insb die Satzungspublizität in § 247 Abs 1 AktG anzuwenden, obwohl es – wie bereits gezeigt wurde – dabei zu keiner Gründung im technischen Sinn kommt.

Völlig anders ist die Situation bei Umwandlung einer nationalen AG in eine SE. Bei der Gründung der nationalen AG werden – naturgemäß – die strengen aktienrechtlichen Gründungsvorschriften eingehalten. Insofern besteht kein Raum für einen besonderen umwandlungsrechtlichen Umgehungsschutz, wie er § 247 Abs 1 AktG im Verhältnis GmbH – AG ausweislich der Materialien zu Grunde liegt. Genau aus diesem Grund ist das Fehlen des Verweises in den §§ 29 ff SEG auf das aktienrechtliche Gründungsrecht bzw auf die umwandlungsrechtlichen Regelungen gem §§ 239 ff AktG und insb auf § 247 Abs 1 AktG verständlich und geradezu nahe liegend. Auch der in § 30 SEG enthaltene Verweis auf § 25 Abs 3 bis 5 und §§ 26, 27, 42 und 44 AktG betrifft nur die Prüfung des Nettoaktivvermögens in Höhe des Kapitals sowie der gebundenen Rücklagen gem Art 37 Abs 6 SE-VO. Auch daraus kann daher keinesfalls eine Anwendbarkeit der §§ 19 und 20 AktG abgeleitet werden.¹⁹⁾

Aber auch der Generalverweis in Art 37 iVm Art 15 SE-VO, wonach auf eine Umwandlung die nationalen Vorschriften anzuwenden sind, führt gerade nicht zur Anwendung von § 247 Abs 1 AktG mit der Regelung der Sacheinlagenpublizität. Ausdrücklich und vollkommen zu Recht wird in der Literatur betont, dass auf eine Umwandlung einer nationalen AG in eine SE die pauschale sinnge-
mäßige Anwendung der nationalen Vorschriften über den Rechtsformwechsel, somit der §§ 239 ff AktG, nicht zulässig ist, einfach weil die Wirkungen des Rechtsformwechsels einer nationalen AG in eine SE weit weniger gravierend sind als jene beim Wechsel einer GmbH in eine AG.²⁰⁾

Ein Beispiel dieser deutlich geringeren Gravität bildet gerade die Sicherung der Kapitalaufbringung in der AG im Verhältnis zur SE im Gegensatz zur Kapitalaufbringung der GmbH im Verhältnis zur AG. Da ein Umgehungsschutz der aktienrechtlichen Gründungsvorschriften im Verhältnis AG – SE gerade nicht erforderlich ist, besteht kein Bedarf einer besonderen Publizitätsregelung als Umgehungsschutz. Folglich besteht daher keine – planwidrige – Lücke einer mangelnden Regelung einer derartigen Publizität und ist daher § 247 Abs 1 AktG gerade nicht auf die Umwandlung der nationalen AG in eine SE anzuwenden.

Die Regelung von § 247 Abs 1 AktG ist daher auf die Umwandlung einer nationalen AG in eine SE nicht anzuwenden, die darin verwiesenen §§ 19 und 20 AktG kommen nicht zur Anwendung und eine Festlegung der Sacheinlage und des Sacheinlagenaufwands in der Satzung ist

nicht erforderlich. Aus diesem Grund greift auch die fünfjährige Sperrfrist gem § 145 Abs 3 AktG nicht.

III. Organisation

I. Vorstand

Die Rechtsstellung des Vorstands in der dualistischen SE ist weitgehend analog zum österreichischen AktG gestaltet.²¹⁾ Dies wird auch in den Art 39 bis 41 SE-VO deutlich. Die dort angeordneten Leitungs-, Überwachungs- und Berichtspflichten entsprechen ebenso wie die aus Art 39 Abs 3 und Art 40 Abs 1 SE-VO abzuleitende Weisungsfreiheit²²⁾ im Wesentlichen dem österreichischen Aktienrecht.

1.1. Bestellung und Zusammensetzung

Dies gilt grundsätzlich auch für die Bestellung der Vorstandsmitglieder, für die wie bei der AG der Aufsichtsrat der Gesellschaft zuständig ist (Art 39 Abs 2 SE-VO). Die Bestimmung der Zahl der Mitglieder (oder die Regelung für deren Festlegung) wird dabei, ähnlich wie im österreichischen Aktienrecht (§ 17 Z 5 AktG), der Satzung überlassen (Art 39 Abs 4 SE-VO).²³⁾

Die Satzung sieht dafür idR Rahmenbestimmungen – meist in Form einer Höchstzahl – vor.²⁴⁾ Damit steckt die Satzung den Gestaltungsspielraum des Aufsichtsrats ab, ohne ihm die Bestellung einer fixen Anzahl von Vorstandsmitgliedern vorzuschreiben. Der Aufsichtsrat ist somit in der Lage, auf aktuelle Gegebenheiten zu reagieren, ohne dass die Gesellschaft dafür jedes Mal die Satzung ändern muss. Gleiches gilt für die Satzungsgestaltung bei der SE, was sich schon mit dem Gleichstellungsgebot im Verhältnis zur nationalen AG²⁵⁾ begründen lässt. Eine Rahmenbestimmung in der Satzung entspricht auch den Vorgaben der SE-VO, welche eine Regelung durch die Satzung vorschreibt.²⁶⁾ In der Praxis empfiehlt es sich, in die Satzung neben einer Rahmenbestimmung auch eine ausdrückliche Delegation dieser Regelungsermächtigung an den Aufsichtsrat aufzunehmen.

1.2. Beschlussfähigkeit und Beschlussfassung des Vorstands

Art 50 SE-VO regelt die Beschlussfähigkeit und Beschlussmehrheit der Organe der SE und gestattet aus-

¹⁹⁾ Gleiches gilt für die ausdrückliche Nennung der §§ 19 und 20 AktG in § 26 AktG.

²⁰⁾ Zollner in Kalss/Hügel, Europäische Aktiengesellschaft, Vor § 29 SEG Rz 7. AA offenbar Hügel, siehe FN 12.

²¹⁾ Siehe nur Kalss/Greda in Kalss/Hügel, Europäische Aktiengesellschaft, § 35 Rz 1.

²²⁾ Anders Murschütz, Vorstand und Aufsichtsrat in der dualistischen SE, *ecolex* 2006, 658 (659), welche die Weisungsfreiheit des Vorstands der dualistischen SE aus nationalem Aktienrecht ableitet.

²³⁾ Vgl dazu Schwarz, SE-VO, Art 39 Rz 71 f.

²⁴⁾ Vgl Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 17 Rz 24.

²⁵⁾ Ausführlich dazu unter Punkt III.2.2.3.

²⁶⁾ Murschütz, *ecolex* 2006, 660.

drücklich der Satzung abweichende Regelungen. Nach der Verordnung ist für die Beschlussfähigkeit die Anwesenheit der Hälfte der Mitglieder erforderlich, ein gültiger Beschluss wird mit der Mehrheit der Stimmen gefasst.

In der Praxis stellt sich folgende Frage: Können Regelungen über die Beschlussfähigkeit und die Beschlussfassung des Vorstands (bzw des Aufsichtsrats) der SE, wie sie Art 50 SE-VO regelt, allein in der Satzung getroffen werden oder ist bei entsprechender Satzungsermächtigung auch eine Regelung in der Geschäftsordnung zulässig?

Das österreichische Aktienrecht regelt Fragen der Beschlussfassung und der Beschlussfähigkeit von Vorstand und Aufsichtsrat nur punktuell: § 70 Abs 2 AktG normiert für den Vorstand, dass in dem Fall, in dem die Satzung nichts anderes bestimmt, der allfällig Vorsitzende des Vorstands bei Stimmgleichheit ein Dirimierungsrecht hat. § 92 Abs 5 AktG sieht eine Regelung für die Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrats vor.

Selbst wenn das österreichische Aktienrecht weder eine Regelung über eine Geschäftsordnung des Vorstands noch über die Geschäftsordnung des Aufsichtsrats enthält, ist es ganz allgemein anerkannt, dass eine AG berechtigt ist, eine Geschäftsordnung für den Vorstand bzw eine Aufsichtsratsgeschäftsordnung²⁷⁾ zu erlassen.²⁸⁾ Typischerweise finden sich Regelungen über die Ordnung des Geschäftsablaufs der Organe Aufsichtsrat und Vorstand teilweise in der Satzung, teilweise in Geschäftsordnungen.

Ebenso wenig wie das AktG enthält die SE-VO bzw das SEG eine Regelung über Geschäftsordnungen von Vorstand (und Aufsichtsrat). Trotz Fehlens einer derartigen Regelung ist die Verwendung von internen Geschäftsordnungen für das Leitungs- und Aufsichtsorgan der SE ganz allgemein anerkannt.²⁹⁾

Ausgehend von der Formulierung in Art 50 Abs 1 SE-VO ist davon auszugehen, dass das SE-Recht für eine von der SE-VO abweichende Regelung jedenfalls eine Regelung in der Satzung verlangt. Eine schlichte Regelung über die Beschlussfähigkeit oder Beschlussfassung von Vorstand oder Aufsichtsrat in der Geschäftsordnung, die in der Satzung keine ausdrückliche Regelung erfährt, ist hingegen – anders als im nationalen Aktienrecht³⁰⁾ – nicht zulässig; jedenfalls ist eine Satzungsregelung erforderlich. Die SE-VO sieht somit für den Fall einer von der ihr abweichenden Regelung der Beschlussfähigkeit und Beschlussfassung von Vorstand und Aufsichtsrat einen Regelungsauftrag der Satzung vor und greift damit einen mehrfach angewendeten Regelungsmodus des SE-Rechts auf.

Die entscheidende Frage liegt nun darin, wie diese Satzungsbestimmung auszugestalten ist, nämlich ob sie die konkrete Regelung der Beschlussfähigkeit und der Beschlussfassung auszuformulieren hat oder ob es auch zulässig ist, dass die Satzung bloß eine Ermächtigungsregelung enthält und damit die Regelung im Einzelnen auf die Geschäftsordnung überträgt.

Aus der engen Formulierung von Art 50 SE-VO folgt im Umkehrschluss, dass sonstige, nicht von Art 50 erfasste Fragen der inneren Ordnung von Organen (Sitzungsort,

schriftliche Abstimmung und Abstimmung im elektronischen Weg) jedenfalls in einer Geschäftsordnung auch ohne ausdrückliche Satzungsermächtigung geregelt werden können.³¹⁾ Dies ergibt sich aus dem notwendigen Rückgriff gem Art 9 SE-VO auf das nationale Recht und ergänzend aus Art 10 SE-VO, dh dem Gleichstellungsgebot mit der nationalen AG.

Zwar sprechen die Literaturstellen zum österreichischen Recht zu Art 50 SE-VO die unbedingte Notwendigkeit einer Satzungsregelung³²⁾ an, gehen auf die konkrete Gestaltung einer derartigen Satzungsbestimmung aber nicht genau ein.

Auf der Grundlage einer Satzungsbestimmung, dh einer in der Satzung enthaltenen Ermächtigungsklausel, ist es iE zulässig, die konkrete Ausgestaltung der Beschlussfassung und Beschlussfähigkeit auf die Geschäftsordnung zu delegieren,³³⁾ dh die abweichende Regelung muss nicht vollständig in der Satzung ausformuliert werden. Denn:

1.2.1. Das Gesetz spricht in Art 50 SE-VO ausdrücklich nur von einer Bestimmung der Satzung. Eine Regelung über die konkrete Formulierung enthält die SE-VO nicht. Die SE-VO trägt der Satzung bloß auf, bei der Absicht, eine abweichende Regelung zur Verordnung festzulegen, eine Bestimmung vorzusehen und somit die Regelungsermächtigung in die Gesellschaft zu holen.

Das Anliegen der Delegation auf die Satzung ist klar: Der europäische Normgeber will die Regelungsbefugnis nicht an den Gesetzgeber, sondern an die Gesellschaft delegieren; sie muss diese in der Verordnung vorgegebene Ermächtigung aufgreifen und in ihrer Organisationsverfassung grundlegend vorsehen. Wie sie von dieser Abweichungsermächtigung Gebrauch macht, schreibt aber der europäische Normgeber der einzelnen Gesellschaft nicht vor. Vielmehr ist die Anknüpfung an die Satzung als klare Zuweisung an die einzelne Gesellschaft – im Unterschied zum nationalen Gesetzgeber – zu sehen.

Daher muss eine klare Satzungsbestimmung den Willen zur Abweichung von der europäischen Verordnungsbestimmung aufgreifen und normieren. Inwieweit die Sat-

²⁷⁾ Zu einer Geschäftsordnung für den Verwaltungsrat vgl Lutter/Kollmorgen/Feldhaus, Muster-Geschäftsordnung für den Verwaltungsrat einer SE, BB 2007, 509 ff.

²⁸⁾ Für den Vorstand Kalss in MünchKomm AktG³ III, § 77 Rz 60. Für den Aufsichtsrat Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 92 Rz 4; Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriß des Gesellschaftsrechts⁵ (1990) 256; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, §§ 92–94 Rz 7.

²⁹⁾ Siehe nur Kalss/Greda in Kalss/Hügel, Europäische Aktiengesellschaft, AT Rz 29; ferner Schwarz, SE-VO, Art 50 Rz 27; Lutter/Kollmorgen/Feldhaus, BB 2007, 509.

³⁰⁾ Siehe für den Aufsichtsrat Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 92 Rz 68.

³¹⁾ Brandes/Reichert in MünchKomm AktG² XI/2, Art 50 SE-VO Rz 52.

³²⁾ Kalss/Greda in Kalss/Hügel, Europäische Aktiengesellschaft, § 37 Rz 10; Murschütz, *ecolex* 2006, 658; Reich-Rohrwig, Societas Europaea, Rz 267.

³³⁾ Schwarz, SE-VO, Art 50 Rz 27; siehe offenbar auch Brandes/Reichert in MünchKomm AktG² XI/2, Art 50 SE-VO Rz 52.

zung selbst diese Abweichung bereits konkretisiert oder die Konkretisierung der Geschäftsordnung überlässt, bleibt aber ihr überlassen. Eine genaue Determinierung der Satzungsbestimmung zur Anerkennung der Zuständigkeit enthält Art 50 SE-VO gerade nicht.

1.2.2. Die SE wird nach Art 10 SE-VO dem Recht einer nationalen AG völlig *gleichgestellt*. Die supranationale SE ist daher wie eine nationale AG zu behandeln.³⁴⁾ Die Gleichstellungsanordnung verbietet den Mitgliedstaaten, inhaltlich abweichendes Sonderrecht für die SE zu schaffen. Die SE darf grundsätzlich weder besser- noch schlechtergestellt werden als die nationale AG.

Wie bereits ausgeführt, anerkennt das österreichische Aktienrecht sowohl für den Vorstand als auch für den Aufsichtsrat die Regelung der Beschlussfassung und (unter Beachtung der gesetzlichen Mindestvoraussetzungen gem § 92 Abs 5 AktG für den Aufsichtsrat) auch die Regelung der Beschlussfähigkeit in der Geschäftsordnung jedenfalls auf der Grundlage einer Satzungsermächtigung.³⁵⁾

Sieht man nunmehr die Möglichkeit einer Satzungsermächtigung an die Geschäftsordnung im Lichte von Art 10 SE-VO, so bedeutet dies, dass die SE gegenüber der AG nicht schlechter gestellt werden darf. Eine Satzungsregelung ist im Regelfall mit einer erschwerten Änderbarkeit einer Regelung verbunden, zumal eine Satzungsänderung gem Art 59 SE-VO jedenfalls der Zwei-Drittel-Mehrheit der abgegebenen Stimmen bedarf und zudem zwingend von der Hauptversammlung zu beschließen ist, somit Gegenstand eines förmlichen Verfahrens ist. Fragen der Beschlussfähigkeit und der Beschlussfassung im Vorstand (und Aufsichtsrat) sind zwar keine Angelegenheiten, die der steten Änderung unterliegen, jedenfalls ist aber eine Flexibilität für eine notwendige Anpassung geboten. In der Gesellschaft sollte sichergestellt sein, dass die Flexibilität gleich wie für nationale Gesellschaften erhalten wird und die SE nicht zwingend in den deutlich beschwerlicheren Mechanismus der ausführlichen Satzungsregelung und Änderungsnotwendigkeit gedrängt wird.

Im Ergebnis ist bei entsprechender Satzungsermächtigung die Regelung über die Beschlussfähigkeit und die Beschlussfassung des Vorstands der SE in der Geschäftsordnung zulässig.³⁶⁾

2. Aufsichtsrat

Auch beim Aufsichtsorgan der dualistischen SE kommt im Ergebnis in weiten Bereichen das österreichische AktG zur Anwendung. Dies wird bereits in den Art 39 bis 41 SE-VO deutlich. Insb die dort angeordneten Überwachungspflichten entsprechen im Wesentlichen dem österreichischen Aktienrecht.

Darüber hinaus enthält das SEG nähere Regelungen über den Aufsichtsrat der dualistischen SE, welche auf nationales Aktienrecht verweisen.³⁷⁾ Die Bestimmungen über die Zahl der Mitglieder des Aufsichtsrats und über die zustimmungspflichtigen Geschäfte verweisen in §§ 35 und 37 SEG auf nationales Aktienrecht.

2.1. Bestellung und Zusammensetzung

Die Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder obliegt wie bei der AG der Hauptversammlung der Gesellschaft (Art 40 Abs 2 SE-VO). Die Bestimmung ihrer Zahl (oder die Regelung für deren Festlegung) wird von der SE-VO den Mitgliedstaaten bzw der Satzung überlassen (Art 40 Abs 3 SE-VO). Das SEG enthält dafür nähere Regelungen für den Aufsichtsrat der dualistischen SE: Die Zahl der Mitglieder richtet sich gem § 35 SEG nach § 86 Abs 1 AktG.

Wird keine nähere Regelung in der Satzung getroffen, gilt § 86 Abs 1 AktG (drei Personen). Bei der AG wie bei der SE kann die Satzung aber gem § 86 Abs 1 AktG auch eine höhere Anzahl von bis zu 20 Aufsichtsräten zulassen.

2.2. Zustimmungspflichtige Geschäfte

§ 95 Abs 5 AktG normiert für die nationale AG im Gesetz selbst eine Reihe von Maßnahmen, die der Genehmigung durch den Aufsichtsrat bedürfen. Darüber hinaus enthält das Gesetz einen Regelungsauftrag an die Gesellschaft, entweder in der Satzung oder in der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats oder in der vom Aufsichtsrat erstellten Geschäftsordnung des Vorstands oder durch sonstige Beschlüsse weitere Maßnahmen der Genehmigung zu unterwerfen.³⁸⁾ Es ist ganz allgemein anerkannt, dass der gesetzliche Katalog von § 95 Abs 5 AktG, der 1982 in das AktG eingeführt wurde, der damaligen aktienrechtlichen Übung bzw Praxis entsprochen hat³⁹⁾ und daher ein gesetzlicher Auftrag ergangen ist.

Für die dualistische SE sieht Art 48 SE-VO iVm § 37 SEG eine im Regelungsanliegen völlig parallele Regelung vor. Die Regelungstechnik unterscheidet sich allerdings von jener des AktG, nämlich insofern, als im Aktienrecht von Gesetzes wegen Zustimmungsvorbehalte normiert sind, während in der SE diese Zustimmungsvorbehalte durch Satzungsauftrag normiert werden. Auf eine Regelung über die zustimmungspflichtigen Geschäfte des Aufsichtsrats der dualistischen SE kann daher in der Satzung der SE nicht verzichtet werden.⁴⁰⁾

Nach Art 48 Abs 2 SE-VO können die Mitgliedstaaten für die in ihrem Hoheitsgebiet eingetragenen SE festle-

³⁴⁾ Kalss/Greda in Kalss/Hügel, Europäische Aktiengesellschaft, AT Rz 30; Schwarz, SE-VO, Art 10 Rz 2; Schäfer in MünchKomm IX/2, Art 10 SE-VO Rz 3. Siehe dazu auch unter Pkt III.2.2.3.

³⁵⁾ Für den Aufsichtsrat Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 92 Rz 68; für den Vorstand Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 70 Rz 21; Kalss in MünchKomm AktG² III, § 77 Rz 60.

³⁶⁾ Im Ergebnis wie hier Schwarz, SE-VO, Art 50 Rz 27.

³⁷⁾ Anderes gilt für den Vorstand.

³⁸⁾ Siehe nur Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 95 Rz 77.

³⁹⁾ Kastner/Doralt/Nowotny, Gesellschaftsrecht⁵, 260.

⁴⁰⁾ Vgl Kalss/Greda in Kalss/Hügel, Europäische Aktiengesellschaft, § 37 SEG Rz 1; Reich-Rohrwig, Societas Europaea, Rz 240, S 69; Barnert/Dolezel/Egermann/Illigash, Societas Europaea – Das Handbuch für Praktiker (2004) 83; Eiselsberg/Haberer, Organisationsverfassung und Leitungsstruktur, in Straube/Aicher, Handbuch zur Europäischen Aktiengesellschaft, 181, 183; Bruckbauer in Nowotny/Winkler, Wiener Vertragshandbuch III (2006) 843, 847.

gen, welche Arten von Geschäften auf jeden Fall in der Satzung aufzunehmen sind. Im Einklang mit dieser Bestimmung normiert § 37 Satz 1 SEG, dass die Satzung der Gesellschaft die in § 95 Abs 5 Z 1 bis 12 AktG angeführten Geschäfte als zustimmungspflichtige Geschäfte gem Art 48 Abs 2 SE-VO festzulegen hat.

Damit ordnet das Gesetz für die Satzung einen Regelungsauftrag an, wonach jedenfalls die gesetzlich vorgesehenen zustimmungspflichtigen Geschäfte des AktG gem § 95 Abs 5 AktG für die nationale AG durch die Satzung für die SE anzuordnen sind.⁴¹⁾

Aus den Formulierungen im Schrifttum, „wonach jedenfalls die gesetzlich zustimmungspflichtigen Geschäfte gem § 95 Abs 5 AktG in den Katalog der Satzung aufzunehmen seien“⁴²⁾ oder „die Geschäfte nach § 37 SEG zwingend in der Satzung der SE angeführt werden müssen“⁴³⁾ oder „in jedem Fall die Satzung der SE die zustimmungsbedürftigen Geschäfte im Umfang des § 95 Abs 5 Z 1 bis 12 AktG anzugeben habe“,⁴⁴⁾ kann und darf aber nicht zwingend geschlossen werden, dass die Satzung die Geschäfte gem § 95 Abs 5 Z 1 bis 12 AktG tatsächlich im Einzelnen kataloghaft nennen muss, selbst wenn dies in einigen Mustersatzungen empfohlen wird.⁴⁵⁾

Dies ergibt sich aus folgenden Überlegungen:

2.2.1. Aus dem Gesetzeswortlaut auf österreichischer wie auch auf europäischer Ebene lässt sich in Einklang mit der gesamten österreichischen Literatur keine notwendige Pflicht der Einzelaufzählung der Maßnahmen, wie sie im Gesetz gem § 95 Abs 5 AktG für die nationale AG vorgesehen sind, ableiten. Vielmehr trägt der Gesetzgeber der Satzung einer SE auf, sicherzustellen, dass die gem § 95 Abs 5 AktG für nationale Aktiengesellschaften zustimmungspflichtigen Geschäfte auch für eine SE zustimmungspflichtig sind.

Das Regelungsanliegen ist klar: Die nach österreichischem Aktienrecht zustimmungspflichtigen Geschäfte für nationale Aktiengesellschaften sollen inhaltsgleich auch für eine SE zustimmungspflichtig sein. Wie die Satzung der SE diese Zustimmungspflicht normiert, nämlich durch einen kurzen klaren Hinweis auf den gesetzlichen Katalog und die Anordnung der Zustimmung zu den in § 95 Abs 5 AktG normierten Maßnahmen und Geschäften oder durch eine Abschreibübung durch konkrete Nennung dieser einzelnen Tatbestände in der Satzung oder etwa durch eine eigenständige Formulierung, steht dem einzelnen Satzungsgeber frei.

Die Satzung hat auf diese Geschäfte in klarer Weise Bezug zu nehmen und muss eindeutig anordnen, dass diese im Gesetz klar umschriebenen Maßnahmen und Tatbestände der Zustimmung des Aufsichtsrats der SE bedürfen. Eine Ausformulierung der Tatbestände wird vom Gesetz aber nicht angeordnet, vielmehr legt das Gesetz in § 37 SEG bloß fest, dass die Satzung die in § 95 Abs 5 Z 1 bis 12 AktG genannten Geschäfte zustimmungspflichtig zu machen hat. Eine Formulierungsvorgabe enthält das Gesetz für diesen Regelungsauftrag nicht.

2.2.2. Nach den EB⁴⁶⁾ zu § 37 SEG soll nur die Regelungstechnik eine andere sein, wonach in der Satzung die

zustimmungspflichtigen Geschäfte festzulegen sind. Ausdrücklich betonen die Materialien, dass die Ermächtigung inhaltlich entsprechend der nationalen Rechtslage ausgefüllt werden soll.

Inhaltlich entspricht nunmehr eine Satzung ganz genau dem gesetzgeberischen Anliegen, die Ermächtigung entsprechend der nationalen Rechtslage auszufüllen, wenn gerade und eindeutig auf den in § 95 Abs 5 AktG genannten Katalog verwiesen und dessen Anwendung angeordnet wird.

2.2.3. Eine SE wird gem Art 10 SE-VO einer nach dem Recht des Sitzstaats gegründeten AG völlig *gleichgestellt*. Die supranationale SE ist daher wie eine nationale AG zu behandeln.⁴⁷⁾ Durch diese Gleichstellungsanordnung wird den Mitgliedstaaten durch die SE-VO verboten, inhaltlich abweichendes Sonderrecht für die SE zu schaffen, die SE darf grundsätzlich weder bessergestellt noch der AG gegenüber benachteiligt werden.

Sieht man nunmehr § 37 SEG im Lichte von Art 10 SE-VO, dh im Licht des Verbots der Besserstellung, aber auch vor allem der Schlechterstellung der SE gegenüber der AG, so bedeutet dies, dass der satzungsmäßige Hinweis auf den gesetzlichen Zustimmungskatalog des AktG für die SE genügen muss und es keiner detailreichen Auflistung der Geschäfte in der Satzung bedarf. Eine zwingende Einzelaufzählung der Geschäfte in der Satzung der SE führte bei jeder Gesetzesänderung, die keineswegs ausgeschlossen ist – wie die jüngste Gesetzgebungsgeschichte zeigt (Z 10 „Optionen“ durch das AOG 2001 oder Z 12 „Mitgliedergeschäfte“ durch das GesRÄG 2005) –, jedes Mal zwingend zu einer notwendigen Satzungsänderung, während für nationale Aktiengesellschaften der Zustimmungskatalog schlicht gesetzlich erweitert wird und für die Gesellschaft unmittelbar gilt. Allein die SE wäre unbedingt zur Satzungsänderung verpflichtet, was für eine Gesellschaft durchaus einen Aufwand darstellt.

Umgekehrt unterläge die SE bei Unterlassung der notwendigen Satzungsänderung nicht sofort dieser Verpflichtung, da eben der Regelungsauftrag und die satzungsmäßige – insofern einschränkende – Anordnung sie (noch) nicht erfasst. § 65 SEG sieht für die mangelnde

⁴¹⁾ Kalss/Greda in Kalss/Hügel, Europäische Aktiengesellschaft, § 37 Rz 2.

⁴²⁾ Kalss/Greda in Kalss/Hügel, Europäische Aktiengesellschaft, § 37 Rz 2.

⁴³⁾ Barnert/Dolezel/Egermann/Illigash, Societas Europaea, 83.

⁴⁴⁾ Reich-Rohrwig, Societas Europaea, Rz 240, S 69; ferner Bruckbauer in Nowotny/Winkler, Wiener Vertragshandbuch III, 843, 847.

⁴⁵⁾ So Reich-Rohrwig, Societas Europaea, Rz 230; Bruckbauer in Nowotny/Winkler, Wiener Vertragshandbuch III, 843 f, 847.

⁴⁶⁾ Abgedruckt in Kalss/Hügel, Europäische Aktiengesellschaft, 436.

⁴⁷⁾ Kalss/Greda in Kalss/Hügel, Die europäische Aktiengesellschaft, AT Rz 30; Schwarz, SE-VO, Art 10 Rz 2; Fuchs in Manz/Mayer/Schröder, Europäische Aktiengesellschaft – SE (2005) Art 10 Rz 1; Schäfer in MünchKomm AktG² IX/2, Art 10 SE-VO Rz 3.

nachträgliche Satzungsanordnung eine Zwangsstrafe nicht vor. Auch das GesRÄG 2005, das § 95 Abs 5 Z 12 AktG neu einführte, enthält für die Notwendigkeit der Aktualisierung des gesetzlich vorgegebenen Katalogs in der Satzung keine spezielle Anordnung für die jeweiligen Satzungsgeber, innerhalb einer bestimmten Frist tätig zu werden. Allerdings ist § 24 FBG anzuwenden, der die Notwendigkeit einer Anmeldung, nämlich einer Änderung der Satzung, mit Zwangsstrafe des Firmenbuchgerichts belegt. Umgekehrt folgt daraus aber, dass eine unmittelbare Geltung in der Satzung nicht genannter Tatbestände für die Gesellschaft weder nach nationalem noch nach europäischem Recht greift.

Insofern würde eine zwingende Verpflichtung zur Einzelaufzählung der zustimmungspflichtigen Geschäfte in der Satzung der SE einerseits zu einer Schlechterstellung, dh unbedingte Notwendigkeit der Satzungsänderung, andererseits zu einer zumindest temporären Besserstellung, dh mangelnde Übernahme des Regelungsauftrags, führen und daher nicht in Einklang mit Art 10 SE-VO stehen.

Art 37 Satz 1 SEG ordnet diese Einzelaufzählung tatsächlich auch nicht an, sondern gestattet nach dem Wortlaut und der Regelungsintention des Gesetzgebers auch den satzungsmäßigen Hinweis auf den gesetzlichen Katalog in § 95 Abs 5 Z 1 bis 12 AktG und steht daher auch mit den europarechtlichen Regelungen in Einklang. Insofern ist eine Satzungsregelung mit dem bloßen Hinweis auf den zustimmungspflichtigen Katalog, wie er im AktG vorgesehen ist, gesetzeskonform und auch europarechtskonform.

2.2.4. In Fortführung des Gedankens des Diskriminierungs- und Besserstellungsverbots der SE spricht ein weiteres Argument für die Zulässigkeit eines Hinweises. Kürzlich hat der deutsche BGH in einer Entscheidung ausgesprochen, dass Vorstand und Aufsichtsrat der Gesellschaft im Rahmen ihres *unternehmerischen Ermessens* handeln. Sie haben dabei aber den durch Gesetz und Satzung abgesteckten Rahmen einzuhalten.⁴⁸⁾ Denkt man diesen Gedanken fort, so könnte dies bedeuten, dass das volle unternehmerische Ermessen des Vorstands und des Aufsichtsrats nur in dem Fall besteht, in dem es keine satzungsmäßige Vorgabe gibt, umgekehrt der Satzungsgeber und damit die Hauptversammlung das unternehmerische Ermessen einschränken können, sofern sie eine satzungsmäßige Vorgabe machen.⁴⁹⁾

Legt man diesen Gedanken nunmehr auf die vorliegende Frage um, so bedeutete dies, dass der Vorstand und der Aufsichtsrat nur in der nationalen AG über das volle unternehmerische Ermessen verfügen, um ihre Beschlüsse gem § 95 Abs 5 AktG zu fassen, während sie bei genauer Auflistung der Tatbestände in der Satzung der SE eingeschränkt wären. Angesichts des Anliegens des Gesetzgebers, einen Gleichlauf zwischen der dualistischen SE und der nationalen AG herzustellen und insb bezogen auf die zustimmungspflichtigen Geschäfte des Aufsichtsrats keine inhaltliche Abweichung zwischen SE und AG zu etablieren, lässt sich daraus ableiten, dass den Verwal-

tungsorganen der Gesellschaft unbedingt der gleiche Handlungsspielraum im Rahmen des unternehmerischen Ermessens zur Verfügung gestellt und er nicht durch eine satzungsmäßige Regelung eingeschränkt werden soll.

Im Ergebnis besteht daher keine zwingende Verpflichtung einer Einzelaufzählung der Geschäfte gem § 95 Abs 5 Z 1 bis 12 AktG in der Satzung. Vielmehr reicht ein klarer Hinweis auf den gesetzlichen Katalog aus.

2.3. Betragsgrenzen für aufsichtsratspflichtige Geschäfte

§ 37 SEG beschränkt sich darauf, zu normieren, dass die Satzung der Gesellschaft die in § 95 Abs 5 Z 1 bis 12 AktG angeführten Geschäfte als zustimmungspflichtige Geschäfte festzulegen hat und dass ergänzend dazu der Aufsichtsrat bestimmte Arten von Geschäften von seiner Zustimmung abhängig machen kann.

Allerdings fehlt in § 37 SEG eine an § 95 Abs 5 AktG angelehnte Bestimmung, wonach die Satzung oder der Aufsichtsrat für bestimmte Geschäfte (Z 1, 2) Betragsgrenzen festsetzen kann bzw für die in § 95 Abs 5 Z 4, 5 und 6 AktG genannten Geschäfte eine Betragsgrenze festlegen muss. Nunmehr stellt sich die Frage, ob derartige Betragsgrenzen überhaupt zulässig sind, ob sie in der Satzung normiert werden müssen oder ob sie auch – wie nach nationalem Recht – von der Satzung oder vom Aufsichtsrat, insb in der Geschäftsordnung, festgelegt werden können.

In der Literatur wird vertreten, dass die betragsmäßigen Grenzen jedenfalls in der Satzung der SE festzulegen seien,⁵⁰⁾ ohne allerdings diese Meinung zu begründen. Aus der mangelnden Regelung für die SE im nationalen Gesetz und in der SE-VO ist aber vielmehr ein anderes Ergebnis abzuleiten.

2.3.1. Zunächst spricht § 37 Satz 2 SEG ausdrücklich davon, dass der Aufsichtsrat bestimmte Arten von Geschäften von seiner Zustimmung abhängig machen kann. Unter bestimmten Arten lassen sich nicht bloß Geschäftstypen (zB Beteiligungserwerb) oder bestimmte Formen von Geschäften verstehen, sondern auch Geschäfte bestimmter Größenordnung. Schon die mehrfache Bedeutung des Begriffs „Arten von Geschäften“ spricht für die Berechtigung des Aufsichtsrats aufgrund der Regelung in § 37 Satz 2 SEG, die betragsmäßigen Grenzen für einzelne Geschäftstypen in der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats bzw in der vom Aufsichtsrat beschlossenen Geschäftsordnung des Vorstands vorzusehen.

2.3.2. Nach der klaren gesetzgeberischen Intention soll die Festlegung zustimmungspflichtiger Geschäfte durch die SEG-rechtliche Regelung inhaltlich entsprechend der nationalen Rechtslage und insb die satzungsmäßige Ermächtigung entsprechend der nationalen Rechtslage aus-

⁴⁸⁾ BGH, NZG 2006, 20.

⁴⁹⁾ Siehe ausdrücklich *Semler*, Diskussionsbeitrag beim 16. ÖJT 2006 in Graz, Verhandlungen zum 16. ÖJT (2007).

⁵⁰⁾ *Reich-Rohrwig*, Societas Europaea, Rz 240, S 69; *Bruckbauer* in *Nowotny/Winkler*, Wiener Vertragshandbuch III, 847.

gefüllt werden.⁵¹⁾ Es soll somit ein Gleichklang mit der nationalen Regelung hergestellt werden, die eben – nach ihrem ausdrücklichen Wortlaut – die Berechtigung der betragsmäßigen Konkretisierung der zustimmungspflichtigen Geschäfte entweder der Satzung oder dem Aufsichtsrat überlässt. Genau dieser Gleichklang kann durch eine Freistellung einer satzungsmäßigen Regelung oder einer aufsichtsratsmäßigen Beschlussfassung auch für die SE hergestellt werden.

2.3.3. Der SE-rechtliche Gleichstellungsgrundsatz gem Art 10 SE-VO, wonach die SE weder besser- noch schlechtergestellt werden darf als die nationale AG, spricht für diese flexible Regelung auch zugunsten der SE. Die betragliche Festlegung in der Satzung verlangt bei jeder Änderung eine von der Hauptversammlung zu beschließende Satzungsänderung, was – vielfach – Zeitaufwand und Kosten verursacht. Die Regelung ist auch nicht durch spezielle SE-bezogene Zwangsstrafen gem § 65 SEG abgesichert, was ebenso für eine offene Gestaltung spricht. Die allgemeine Regelung von § 24 FBG greift nicht, da eine Anmeldung bei einer Regelung durch den Aufsichtsrat nicht vorgenommen werden muss. In Fortführung des Gedankens des Diskriminierungs- und Besserstellungsverbots der SE spricht auch das Prinzip des *unternehmerischen Ermessens* des Aufsichtsrats dafür, dass eine Regelung in der Geschäftsordnung zulässig sein muss.

2.3.4. Nach Art 9 SE-VO unterliegt die SE in Bezug auf die nicht durch diese Verordnung geregelten Bereiche oder, sofern ein Bereich nur teilweise geregelt ist, in Bezug auf nicht von dieser Verordnung erfasste Aspekte, den Rechtsvorschriften, die die Mitgliedstaaten in Anwendung der speziell die SE betreffenden Gemeinschaftsmaßnahmen erlassen, bzw den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten, die auf eine nach dem Recht des Sitzstaates der SE gegründete AG Anwendung finden würden.

Nach Art 9 Abs 1 lit c Z ii SE-VO würden für den von dieser Verordnung erfassten Aspekt der Teilregelung der zustimmungspflichtigen Geschäfte des Aufsichtsrats der dualistischen SE die aktienrechtlichen Regelungen ergänzend zur Anwendung kommen, was für die vorliegende Frage geradewegs zur Anwendung von § 95 Abs 5 vorletzter Satz AktG führt. Dieser Satz in § 95 Abs 5 AktG stellt es eben der Gesellschaft frei, die Betragsgrenzen entweder in der Satzung zu regeln oder durch den Aufsichtsrat festzulegen.

Der Verweis auf das nationale Recht erfasst neben den Regelungen des AktG auch andere gesetzliche Bestimmungen, aber auch das von den Richtern geprägte Recht, somit die Judikatur.⁵²⁾ Dies ist im vorliegenden Fall insofern von Bedeutung, als die Judikatur für die nationale AG ausdrücklich die Festlegung von Betragsgrenzen entsprechend dem Wortlaut des Gesetzes durch den Aufsichtsrat gestattet⁵³⁾ und somit die Gesetzesanordnung bestätigt.

Im Ergebnis können Betragsgrenzen – wie auch nach nationalem Recht – vom Aufsichtsrat, insb in der Geschäftsordnung, festgelegt werden.

2.4. Beschlussfähigkeit und Beschlussfassung des Aufsichtsrats

Wie bereits unter Punkt III.1.2. ausgeführt, ist bei entsprechender Satzungsermächtigung die Regelung über die Beschlussfähigkeit und die Beschlussfassung des Vorstands der SE in der Geschäftsordnung zulässig. Gleiches gilt für die Beschlussfähigkeit und die Beschlussfassung des Aufsichtsrats der SE:

Nach Art 50 SE-VO ist für die Beschlussfähigkeit – anders als für den Aufsichtsrat der nationalen AG gem § 92 Abs 5 AktG – die Anwesenheit der Hälfte der Mitglieder (Kapitalvertreter) erforderlich; ein gültiger Beschluss wird mit der Mehrheit der Stimmen gefasst. Abweichende Regelungen in der Satzung sind aber ausdrücklich gestattet.

Das österreichische Aktienrecht regelt Fragen der Beschlussfassung und der Beschlussfähigkeit von Vorstand und Aufsichtsrat nur punktuell: So sieht § 92 Abs 5 AktG eine Regelung für die Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrats vor. Auch ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung ist aber ganz allgemein anerkannt, dass der Aufsichtsrat berechtigt ist, sich eine Geschäftsordnung zu geben.⁵⁴⁾

Den Aufsichtsrat trifft sogar eine Pflicht zur Selbstorganisation, dh er hat entsprechende Regelungen festzulegen, um seine Arbeitsfähigkeit sicherzustellen.⁵⁵⁾

Wie unter Punkt III.1.2. ausgeführt, bedarf es zwar zur Regelung der Beschlussfähigkeit und der Beschlussfassung von Vorstand oder Aufsichtsrat einer Regelung in der Satzung. Die Satzung kann allerdings auch bloß eine Ermächtigungsregelung enthalten und damit die Regelung im Einzelnen auf die Geschäftsordnung übertragen.⁵⁶⁾

3. Hauptversammlung

Die Hauptversammlung erfährt in der SE-VO, vor allem aber im österreichischen SEG nur eine punktuelle Regelung. Die Rechtslage bildet daher in besonderem Maße ein Zusammenspiel aus VO-Recht, nationalem SE-Recht und allgemeinem nationalen Aktienrecht. Dabei folgen Organisation und Ablauf der Hauptversammlung sowie das jeweilige Abstimmungsverfahren⁵⁷⁾ grundsätzlich den allgemein-aktienrechtlichen Bestimmungen. Das stellt die Verordnung für die Hauptversammlung in Art 53

⁵¹⁾ RV 23 zu § 37 SEG, abgedruckt in *Kalss/Hügel*, Europäische Aktiengesellschaft, 436.

⁵²⁾ *Kalss/Greda* in *Kalss/Hügel*, Europäische Aktiengesellschaft, AT Rz 27.

⁵³⁾ OGH, SZ 64/191.

⁵⁴⁾ *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵, 256; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 92 Rz 4 (Aufsichtsrat); *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴, §§ 92–94 Rz 7; für den Vorstand: *Kalss* in *MünchKomm AktG*² III, § 77 Rz 60.

⁵⁵⁾ *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 92 Rz 5; *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats⁴ (2002) Rz 534; *Semler* in *Semler*, Handbuch des Aufsichtsrats² (2005) Rz A28.

⁵⁶⁾ Im Ergebnis wie hier *Schwarz*, SE-VO, Art 50 Rz 27.

⁵⁷⁾ Zum Subtraktionsverfahren siehe sogleich unter Pkt III.3.2.2.

SE-VO nochmals ausdrücklich fest. Die Einberufung der Hauptversammlung erfolgt gem Art 54 Abs 2 SE-VO entweder durch das Leitungs- oder das Aufsichtsorgan. Die Hauptversammlung der SE muss jedoch – anders als die einer österreichischen AG (vgl § 126 AktG) – bereits in den ersten sechs Monaten des Geschäftsjahres zusammentreten. Zusätzlich ergeben sich aus der SE-VO für Minderheitsaktionäre, vor allem aber für die Beschlussmehrheiten wesentliche Abweichungen:

3.1. Mindestquote für die Einberufung

Art 55 SE-VO gewährt einer 10%-Minderheit das Einberufungsrecht für die Hauptversammlung. Ausdrücklich gestattet die Bestimmung der Satzung oder einzelstaatlichen Rechtsvorschriften, unter der gleichen Bedingung wie für die nationale AG eine niedrigere Schwelle vorzusehen. § 62 SEG verweist demgemäß auf § 106 AktG, der bereits einer 5%-Minderheit das Einberufungsrecht einräumt.

Die entscheidende Frage liegt nunmehr darin, ob die Satzung der SE trotz der Regelung von § 62 SEG iVm § 106 Abs 2 AktG auf die SE-VO-rechtliche Bestimmung zurückgehen und eine höhere Einberufungsschwelle (maximal jedoch 10 %) verlangen kann.

3.1.1. Zunächst spricht für diese Möglichkeit, dass Art 55 Abs 1 SE-VO ausdrücklich eine parallele Ermächtigung an die Satzung und an den nationalen Gesetzgeber richtet, eine andere Regelung als jene der SE-VO vorzusehen. Insofern lässt der Ordnungsgeber gerade für diese Frage – anders als etwa für die Frage der Beschlussfähigkeit oder Beschlussmehrheit der Organe (siehe oben Pkt III.1.2. und III.2.4.) – eine zweigeteilte Ermächtigung zu, die somit jedenfalls auch von der Satzung ausgenutzt werden kann.

3.1.2. Maßgeblich ist aber vor allem die von der SE-VO selbst vorgesehene Normenhierarchie gem Art 9 SE-VO. Art 9 SE-VO etabliert eine Art „Stufenbau“ für die Normen der SE. An der Spitze steht naturgemäß die SE-VO selbst.⁵⁸⁾ An zweiter Stelle kommt jedoch gem Art 9 Abs 1 lit b SE-VO nicht das nationale SEG oder ergänzendes Aktienrecht; vielmehr gehen Satzungsregelungen, die unmittelbar auf einer Ordnungsbestimmung beruhen, den mitgliedstaatlichen, gesetzlichen, sogar zwingenden Vorschriften vor.⁵⁹⁾ Die Satzungsautonomie ist insofern unmittelbar aus der SE-VO abgeleitet, sodass das nationale Recht diese nicht beseitigen kann.⁶⁰⁾ Dies ist der entscheidende Punkt: Weil in Art 55 Abs 1 SE-VO ausdrücklich eine Satzungsermächtigung enthalten ist und daher primär die Satzung als Adressat der Gestaltungsfreiheit angesprochen wird, ist es zulässig, dass für diese Frage die individuelle Gestaltung in der Satzung einer allenfalls ausgeübten Ermächtigung durch den nationalen Gesetzgeber vorgeht.⁶¹⁾

3.1.3. Selbst wenn Art 55 Abs 1 SE-VO nur davon spricht, dass die Satzung bloß einen niedrigeren Prozentsatz als 10 % vorsehen kann, der gesetzlich in der SE-VO

festgeschrieben wird, heißt dies nicht, dass die Satzung nicht auch bloß das Ordnungsrecht durch eine Wiederholung dieser Bestimmung festschreiben und individuell für die konkrete Gesellschaft festlegen kann. Insofern hat die Satzungsbestimmung wiederholenden Charakter; im Verhältnis zur Ermächtigung für das nationale Gesetz gem § 62 SEG hat sie hingegen gestaltenden Charakter in dem Sinn, dass auf die SE-VO-rechtliche Regelung zurückgegangen wird.

Von entscheidender Bedeutung ist es daher, zu erkennen, dass die einzelstaatliche Regelungsermächtigung die Satzungsermächtigung nicht beseitigt, sondern beide parallel bestehen. Weil die Satzungsermächtigung unmittelbar aus der Verordnung folgt, geht eine individuelle Satzungsbestimmung der allgemeinen gesetzlichen nationalen Regelung vor. Diese Erkenntnis ist unabhängig davon, ob man die unmittelbar aus der Verordnung abgeleitete Satzungsregelung als generell dem nationalen Recht vorrangig ansieht⁶²⁾ oder ob man die unmittelbar aus der Verordnung abzuleitenden Satzungsautonomie anerkennt.⁶³⁾

3.1.4. Die Grenze der Satzungsautonomie liegt naturgemäß in den zwingenden Vorgaben der SE-VO, die jedenfalls der Satzungsbestimmung vorgeht.⁶⁴⁾ Dies bedeutet, dass es der Satzung möglich ist, die Einberufungsschwelle auf 10 % festzulegen⁶⁵⁾ – und sie insofern die Ordnungsbestimmung nur wiederholt – oder auf einen niedrigeren Prozentsatz zu gehen. Jedenfalls ist es wegen der zwingenden Schranken der SE-VO der Satzung verboten, eine über 10 % liegende Schwelle festzulegen und damit den Anteil der Minderheit zu erhöhen.

3.2. Beschlussfassung

3.2.1. Mehrheit für Satzungsänderung

3.2.1.1. Allgemeines

Die maßgebliche Rechtsgrundlage für die Beschlussmehrheiten in der Hauptversammlung bilden Art 57 und 59 SE-VO. Das SEG selbst enthält dafür keine spezifischen Regelungen, sodass die Frage aus einer Zusammenschau der SE-VO mit dem allgemeinen Aktienrecht zu lösen ist.

Die SE-VO enthält in Art 57 eine allgemeine Regelung für Beschlussfassungen durch die Hauptversammlung,

⁵⁸⁾ Kalss/Greda in Kalss/Hügel, Europäische Aktiengesellschaft, AT Rz 17; Schäfer in MünchKomm AktG² IX/2, Art 9 SE-VO Rz 21; Schwarz, SE-VO, Art 9 Rz 13.

⁵⁹⁾ Kalss/Greda in Kalss/Hügel, Europäische Aktiengesellschaft, AT Rz 18.

⁶⁰⁾ Schäfer in MünchKomm AktG² IX/2, Art 9 SE-VO Rz 22.

⁶¹⁾ Schwarz, SE-VO, Art 55 Rz 15; Kubis in MünchKomm AktG² IX/2, Art 55 SE-VO Rz 5.

⁶²⁾ Kalss/Greda in Kalss/Hügel, Europäische Aktiengesellschaft, AT Rz 18.

⁶³⁾ Schäfer in MünchKomm AktG² IX/2, Art 9 SE-VO Rz 22.

⁶⁴⁾ Kalss/Greda in Kalss/Hügel, Europäische Aktiengesellschaft, AT Rz 17; Schäfer in MünchKomm AktG² IX/2, Art 9 SE-VO Rz 21; Schwarz, SE-VO, Art 9 Rz 13.

⁶⁵⁾ Kubis in MünchKomm AktG² IX/2, Art 55 SE-VO Rz 5.

wonach die einfache Mehrheit der gültig abgegebenen Stimmen für die Beschlussfassung ausreicht. Art 59 SE-VO normiert aber eine Sonderbestimmung für Satzungsänderungen.

Nach Art 59 SE-VO bedarf die Änderung der Satzung eines Beschlusses der Hauptversammlung, der mit der Mehrheit von nicht weniger als zwei Drittel der abgegebenen Stimmen gefasst worden ist, sofern die Rechtsvorschriften für Aktiengesellschaften im Sitzstaat der SE keine größere Mehrheit vorsehen oder zulassen.

Nach Abs 2 leg cit kann jeder Mitgliedstaat jedoch bestimmen, dass die einfache Mehrheit der Stimmen iSV Abs 1 ausreicht, sofern mindestens die Hälfte des gezeichneten Kapitals vertreten ist. Der österreichische Gesetzgeber hat von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht.

Unter den Begriff der Satzungsänderung fallen sämtliche formelle und materielle Satzungsregelungen, insb Kapitalmaßnahmen.⁶⁶⁾ Selbst wenn für das Kapital der SE, dessen Erhaltung und dessen Änderungen auf die nationalen aktienrechtlichen Regelungen verwiesen wird und damit etwa auch die Erleichterungen gem § 149 AktG zur Anwendung kommen könnten, fallen Kapitalmaßnahmen, die eine Satzungsänderung enthalten, nach ganz überwiegender Meinung unter die Regelung von Art 59 SE-VO.⁶⁷⁾

Die Ordnungsbestimmung stellt auf Stimmrechtsmehrheiten, nicht auf Kapitalmehrheiten, ab. Etwaige Kapitalmehrheiten, die von der Stimmenmehrheit differieren, bleiben im Rahmen von Art 59 SE-VO außer Betracht.⁶⁸⁾

Art 59 Abs 1 SE-VO sieht für eine Satzungsänderung als Mindestregelung die Mehrheit von nicht weniger als zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen vor. Die Zwei-Drittel-Regelung gilt, wenn die Rechtsvorschriften für nationale Aktiengesellschaften keine größere Mehrheit vorsehen oder zulassen. Wie korreliert nun dieser letzte Halbsatz gem Art 59 Abs 1 SE-VO mit der aktienrechtlichen Bestimmung von § 146 AktG, wonach für eine Satzungsänderung grundsätzlich die Beschlussfassung von drei Vierteln des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals verlangt wird? Zwar ist – wie bereits ausgeführt – auf Kapitalmehrheiten nicht abzustellen; da aber im Regelfall die Kapitalmehrheit mit der Stimmenmehrheit übereinstimmt (die Ausnahme der Einräumung eines satzungsmäßigen Höchststimmrechts sei nur erwähnt), muss dieses dispositive, somit abänderbare Drei-Viertel-Erfordernis der Mehrheitsanforderung von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen gegenübergestellt werden. Die beiden Regelungen sind in Einklang zu bringen.

3.2.1.2. Herabsetzung auf die einfache Mehrheit?

Nach dem nationalen Aktienrecht gestattet es die Formulierung in § 146 Abs 1 Satz 2 AktG, wonach die Satzung diese Mehrheit durch eine andere Kapitalmehrheit ersetzen kann, der Gesellschaft, die Satzungsänderung auf eine einfache Mehrheit herabzusetzen.⁶⁹⁾ Die Herab-

setzung auf die einfache Stimmenmehrheit lässt Art 59 Abs 2 SE-VO aber nur zu, sofern die nationale gesetzliche Regelung bestimmt, dass mindestens die Hälfte des gezeichneten Kapitals vertreten ist. Die SE-VO knüpft somit eine Herabsetzung auf die einfache Stimmenmehrheit – anders als das nationale Aktienrecht gem § 146 Abs 1 Satz 2 AktG – an ein gleichzeitiges 50%iges Präsenzquorum.

Da das österreichische Gesetz eine derartige Regelung über ein Präsenzquorum nicht vorsieht und den Gesellschaften diese Alternative nicht einräumt, kommt die Herabsetzung der satzungsändernden Mehrheit auf die einfache Mehrheit nicht in Betracht.⁷⁰⁾

3.2.1.3. Erhöhung der Mehrheit?

Wie verhält sich nun das nationale Aktienrecht, dessen Rechtsvorschriften eine größere Mehrheit vorsehen oder zulassen, zu der SE-rechtlichen Mindestanforderung?

Die nationalen Beschlussmehrheiten kommen zur Anwendung, wenn sie höhere Schwellen zwingend anordnen, aber auch nur zulassen, sodass eine Erhöhung des Zwei-Drittel-Erfordernisses jedenfalls möglich ist.⁷¹⁾ Aus der Wendung „zulassen“ ist abzuleiten, dass eine höhere Mehrheit, nämlich die Drei-Viertel-Mehrheit oder eine noch höhere Mehrheit, wie sie das nationale Recht gestattet, zulässig ist, etwa die Mehrheit von 90 % der abgegebenen Stimmen. Die Zulässigkeit der Festsetzung auf 90 % durch die Satzung beruht auf dispositivem Gesetzesrecht.

3.2.1.4. Herabsetzung auf Zwei-Drittel-Mehrheit?

Zu klären bleibt nun, ob eine dispositive Gesetzesregelung des Aktienrechts, die eine Drei-Viertel-Mehrheit vorsieht, durch Satzungsbestimmung auf die SE-rechtliche Mindestschwelle von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen herabgesetzt werden kann.

3.2.1.4.1. Die Formulierung in Art 59 Abs 1 SE-VO spricht klar für die Einbeziehung dispositiver Regelungen. Der Begriff der Rechtsvorschriften bezieht sich nach ganz überwiegender Meinung nicht allein auf zwingendes, sondern auch auf dispositives Recht.⁷²⁾ Da § 146

⁶⁶⁾ Schwarz, SE-VO, Art 59 Rz 11.

⁶⁷⁾ Schwarz, SE-VO, Art 59 Rz 11; Spindler, Die Hauptversammlung der Europäischen Gesellschaft, in Lutter/Hommelhoff, Die Europäische Gesellschaft (2005) 223, 247; Brandt, Die Hauptversammlung der Europäischen Aktiengesellschaft (2004) 243 ff, 245.

⁶⁸⁾ Kubis in MünchKomm AktG² IX/2, Art 59 SE-VO Rz 5.

⁶⁹⁾ Siehe nur OGH, GesRZ 2004, 63; Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 146 Rz 10.

⁷⁰⁾ Reich-Rohrig, Societas Europaea, Rz 201; unklar Bruckbauer in Nowotny/Winkler, Wiener Vertragshandbuch III, 847. Vgl auch Schwarz, SE-VO, Art 59 Rz 13.

⁷¹⁾ Wie hier Schwarz, SE-VO, Art 59 Rz 14: Eine höhere Stimmenquote kann sich aus nationalem Aktienrecht, oder aus der Satzung ergeben, sofern nationales Aktienrecht eine solche Satzungs-gestaltung zulässt.

⁷²⁾ Schwarz, SE-VO, Art 59 Rz 14; Mayer in Manz/Mayer/Schröder, Europäische Aktiengesellschaft, Art 59 Rz 12; Bayer in MünchKomm AktG² IX/2, Art 59 SE-VO Rz 7.

Abs 1 Satz 2 AktG ausdrücklich eine andere Mehrheit zulässt, ergibt die Zusammenschau von Art 59 Abs 1 SE-VO und § 146 Abs 1 AktG, dass die Satzung die satzungsändernde Mehrheit mit zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen festlegen kann.⁷³⁾ § 146 Abs 1 Satz 2 AktG stellt somit eine dispositive Regelung dar, die in Art 59 Abs 1 SE-VO Berücksichtigung findet.

Aus dem Begriff von Art 59 Abs 1 letzter Halbsatz, wonach die Rechtsvorschriften eine höhere Mehrheit vorsehen oder zulassen, darf nicht geschlossen werden, dass die dispositive Regelung der Drei-Viertel-Mehrheit eine Sperre nach unten darstellt. Vielmehr soll damit neben der möglichen Zwei-Drittel-Mehrheit bloß eine höhere als die Zwei-Drittel-Mehrheit gestattet werden.

3.2.1.4.2. Art 59 Abs 1 SE-VO verlangt die Festlegung der Beschlussmehrheit nicht durch eine spezielle gesetzliche Regelung für die SE, somit im SEG, vielmehr reicht gem Art 59 Abs 1 SE-VO iVm § 146 AktG eine Regelung in der Satzung der SE. Dem Satzungsgeber steht es somit – jedenfalls innerhalb der zwingenden nationalen Schranken – frei, zwischen den Polen der Zwei-Drittel-Mehrheit der abgegebenen Stimmen und der Einstimmigkeit eine Beschlussmehrheit festzulegen.

Der maßgebliche Grund dafür liegt wiederum in Art 10 SE-VO, der das Gleichstellungsgebot der SE mit der AG anordnet. Wenn es der nationalen AG möglich ist, Beschlussmehrheiten durch eine Satzungsänderung herabzusetzen, muss dieser Weg auch der SE zugänglich sein, soweit die SE-VO diesem Weg nicht Grenzen setzt. Die einzige Grenze liegt in der in Art 59 Abs 1 SE-VO vorgesehenen Zwei-Drittel-Mehrheit, sodass bis zu dieser Schwelle die Gestaltung zulässig ist. Dies führt – jedenfalls innerhalb der zwingenden nationalen Schranken – dazu, dass der Satzungsgeber eine Herabsetzung des Beschlussquorums zwar nicht auf eine einfache Mehrheit, wohl aber auf die Zwei-Drittel-Mehrheit festlegen kann.⁷⁴⁾

3.2.1.4.3. Zu beachten ist aber, dass die Zwei-Drittel-Mehrheit der abgegebenen Stimmen nur für die Satzungsänderungen zur Anwendung kommt, bei denen das nationale Recht eine Absenkung des grundsätzlichen Mehrheitserfordernisses gestattet, etwa bei der „einfachen Satzungsänderung“, bei der ordentlichen Kapitalerhöhung unter Wahrung des Bezugsrechts, nicht aber etwa bei der bedingten Kapitalerhöhung oder bei Einräumung des genehmigten Kapitals. In derartigen Fällen geht das zwingende nationale Recht, das selbst keine Herabsetzung anerkennt, der SE-rechtlichen Bestimmung vor.

Im Ergebnis kann der Satzungsgeber daher innerhalb der zwingenden nationalen Schranken die erforderliche Mehrheit für Satzungsänderungen auf zwei Drittel der abgegebenen Stimmen herabsetzen.

3.2.2. Ermittlung des Stimmergebnisses

Für das Abstimmungsverfahren in der Hauptversammlung gilt gem Art 53 SE-VO nationales Aktienrecht. Nach

ganz hL legt der Leiter der Hauptversammlung das Verfahren der Stimmzählung fest,⁷⁵⁾ wofür grundsätzlich das Additions- und das Subtraktionsverfahren zur Verfügung stehen. Während beim Additionsverfahren die Ja- und Nein-Stimmen gezählt werden, werden beim Subtraktionsverfahren nur die Nein-Stimmen und Stimmenthaltungen gezählt und von der aktuell festgestellten Gesamtpräsenz abgezogen. Dabei kann es zu unterschiedlichen Abstimmungsergebnissen kommen, nämlich insofern, als nicht explizit zustimmende Aktionäre, die sich nicht ausdrücklich der Stimme enthalten bzw mit Nein stimmen, dennoch den Ja-Stimmen zugerechnet werden.⁷⁶⁾

Entgegen einer in der Literatur vertretenen Meinung, wonach in der Hauptversammlung der SE für die Stimmernmittlung nur das Additionsverfahren zulässig sei,⁷⁷⁾ steht der Hauptversammlung auch die Anwendung des Subtraktionsverfahrens offen. Art 58 SE-VO enthält keine Vorgaben für die Durchführung der Abstimmung;⁷⁸⁾ die Bestimmung stellt nur klar, dass nicht teilnehmende Aktionäre nicht zu berücksichtigen und Stimmenthaltungen nicht mitzuzählen sind.⁷⁹⁾ Das Auszählungsverfahren wird in der SE-VO gerade nicht geregelt, sodass gem Art 53 SE-VO das nationale Recht zur Anwendung kommt; dies führt dazu, dass sowohl das Additions- als auch das Subtraktionsverfahren angewendet werden kann.⁸⁰⁾

3.3. Verhandlungsleitung –

Befugnisse des Vorsitzenden der Hauptversammlung betreffend Redezeit und Fragerecht der Aktionäre

Die Organisation und der Ablauf der Hauptversammlung der SE richten sich gem Art 53 SE-VO nach nationalem Aktienrecht. Nach der heute weitaus überwiegenden Literatur zum österreichischen Recht obliegt die Gestaltung und Beschränkung der Redezeit und auch der

⁷³⁾ Reich-Rohrwig, Societas Europaea, Rz 200, S 56; 237 f in der Mustersatzungsformulierung; ferner wohl Barnert/Dolezal/Egermann/Illigasch, Societas Europaea, 75.

⁷⁴⁾ Brandt, Hauptversammlung, 246; Schwarz, SE-VO, Art 59 Rz 13 und 14, der ausführt, dass die Festlegung mit zwei Dritteln insb auch dann möglich ist, wenn das nationale dispositive Recht eine höhere Mehrheit vorsieht; Teichmann, ZIP 2002, 1109, 1115; aA nur Kubis in MünchKomm AktG² IX/2, Art 59 SE-VO Rz 6, allerdings ohne überzeugende Begründung; unklar Zollner in Kalss/Hügel, Europäische Aktiengesellschaft, § 62 Rz 31, der jedenfalls eine pauschale Herabsetzung der Kapitalmehrheiten ablehnt, dabei aber offensichtlich auf die einfache Mehrheit zielt und dabei den Fall der Festlegung einer der SE-VO entsprechenden Mindestschwelle von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen nicht berücksichtigt.

⁷⁵⁾ Bachner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 108 Rz 63; Schopper, eolex 2005, 916; Kalss/Linder, Minderheits- und Einzelrechte von Aktionären (2006) 29.

⁷⁶⁾ Vgl das Beispiel bei Kalss/Linder, Minderheits- und Einzelrechte, 29.

⁷⁷⁾ Bruckbauer in Nowotny/Winkler, Wiener Vertragshandbuch III, 848.

⁷⁸⁾ Schwarz, SE-VO, Art 58 Rz 4.

⁷⁹⁾ Schwarz, SE-VO, Art 58 Rz 5.

⁸⁰⁾ Für Deutschland ausdrücklich Schwarz, SE-VO, Art 58 Rz 6; Brandt, Hauptversammlung, 235.

Fragezeit der Aktionäre dem Leiter der Hauptversammlung;⁸¹⁾ dies stimmt mit der hL in Deutschland überein.⁸²⁾ Dennoch ist es sinnvoll, die von Gesetzes wegen bestehende Befugnis des Leiters der Hauptversammlung durch eine Satzungsregelung zu präzisieren.

Grundsätzlich hat jeder Aktionär das Recht, die Hauptversammlung mit seinem Redebeitrag ungestört zu erreichen. IS einer effizienten Versammlungsführung ist es aber zulässig, eine allgemeine Redezeitbeschränkung von Anfang an zu etablieren. Dabei ist es IS einer Planbarkeit und eines absehbaren Ablaufs der Hauptversammlung zulässig, dass dem Versammlungsleiter das Recht eingeräumt wird, am Beginn der Versammlung eine maximale Redezeit pro Redner von zehn Minuten festzulegen.⁸³⁾

Über diese allgemeine anfängliche Redezeitbeschränkung hinaus ist es dem Leiter der Versammlung gestattet, in der Folge bei Bedarf und zur Sicherung des Versammlungsablaufs die Redezeit weiter zu verkürzen⁸⁴⁾ und für die Fälle, in denen der Versammlungsablauf sonst nicht gesichert werden kann, die Liste der Redner vorzeitig zu schließen.⁸⁵⁾

Zusätzlich zu der allgemeinen Redezeitbeschränkung ist der Leiter der Hauptversammlung auch berechtigt, gegen einen einzelnen Aktionär individuelle Maßnahmen zu setzen, sofern sein ungebührliches Verhalten den geordneten Ablauf der Hauptversammlung stört oder sie unnötig in die Länge zieht.⁸⁶⁾ Dabei ist das Gebot der Verhältnismäßigkeit einzuhalten.

Neben der Beschränkung der Redezeit ist dem Leiter der Hauptversammlung auch eine Beschränkung der Fragezeit gestattet, bei der ähnlich wie für die Redezeit vorgehen ist.

IV. Zusammenfassung

Eine Umwandlung einer nationalen AG in eine SE ist keine *Neugründung* iSd SE-VO. Darüber hinaus ist eine Umwandlung einer AG in eine SE ein viel geringerer Eingriff als eine Umwandlung einer GmbH in eine AG. Die Gründungs- und Publizitätsvorschriften des nationalen Aktienrechts kommen daher insb mangels Schutzbedarfs nicht zur Anwendung und die Sacheinlagenpublizität unterliegt nicht dem fünfjährigen Bestandsschutz.

Die Bestellung des Vorstands ähnelt den Bestimmungen bei der AG. Die Bestimmung der Zahl der Mitglieder (oder die Regeln für deren Festlegung) wird der Satzung überlassen. Eine Rahmenbestimmung in der Satzung entspricht auch den Vorgaben der SE-VO. Auch die Bestel-

lung des Aufsichtsrats ist den Bestimmungen bei der AG ähnlich. Die Bestimmung der Zahl der Aufsichtsratsmitglieder wird den Mitgliedstaaten bzw der Satzung überlassen. Das SEG verweist auf das AktG. Wird keine nähere Regelung in der Satzung getroffen, gilt daher § 86 Abs 1 AktG.

Sowohl für den Vorstand als auch für den Aufsichtsrat der SE ist es bei entsprechender Satzungsermächtigung zulässig, die Beschlussfähigkeit und die Beschlussfassung in der jeweiligen Geschäftsordnung zu regeln.

Das Regime des Vorstands und des Aufsichtsrats der SE ist jenem der AG zwar nicht völlig ident, das Gleichstellungsgebot zielt aber auf eine weitgehende Parallelität. Daher ist es etwa ausreichend, in der Satzung allgemein auf die zustimmungspflichtigen Geschäfte zu verweisen und sie nur in der Geschäftsordnung genau aufzulisten. Gleiches gilt für die Betragsgrenzen bei zustimmungspflichtigen Geschäften.

Die Satzung der SE kann, anders als jene für die AG, bloß einer 10%igen Minderheit das Einberufungsrecht zur Hauptversammlung einräumen, da die SE-VO selbst davon ausgeht.

Die Satzungsänderung der SE kann mangels entsprechender Präsenzregelung nicht auf die einfache, wohl aber – innerhalb der zwingenden nationalen Schranken – auf die Zwei-Drittel-Mehrheit herabgesetzt werden, die die SE-VO als Mindestschwelle vorsieht.

Die Befugnisse des Sitzungsleiters der Hauptversammlung der SE richten sich nach nationalem Aktienrecht, er kann daher das Stimmernmittlungsverfahren, ua das Subtraktionsverfahren, festlegen. Auch die Gestaltung und Beschränkung der Redezeit sowie der Fragezeit der Aktionäre obliegt dem Leiter der Hauptversammlung. Eine Präzisierung seiner Befugnisse durch eine Satzungsregelung ist sinnvoll.

⁸¹⁾ Bachner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 108 Rz 57; Kalss/Linder, Minderheits- und Einzelrechte, 25; aA nur Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁴, § 108 Rz 15 (Satzungsregelung).

⁸²⁾ Kubis in MünchKomm AktG² III, § 119 Rz 153 ff mwN.

⁸³⁾ Kalss/Linder, Minderheits- und Einzelrechte, 25 (ausdrücklich Redezeit von zehn Minuten); vgl Hüffer, AktG⁷, § 129 Rz 20 (10 bis 15 Minuten); Butzke in Obermüller/Werner/Winden, Die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft⁴, 236 Rz D 61.

⁸⁴⁾ Kalss/Linder, Minderheits- und Einzelrechte, 25.

⁸⁵⁾ Butzke in Obermüller/Werner/Winden, Hauptversammlung⁴, 562.

⁸⁶⁾ Kalss/Linder, Minderheits- und Einzelrechte, 25 f.