



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

**Ergänzende Stellungnahme
der Bundesrechtsanwaltskammer
zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Rates
über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft (SPE)
vom 25. Juni 2008**

erarbeitet von dem
**Gesellschaftrechtsausschuss und dem Europaausschuss der
Bundesrechtsanwaltskammer**

Mitglieder des Gesellschaftsrechtsausschusses:

Rechtsanwalt Fritz-Eckehard **Kempter** (Vorsitzender)
Rechtsanwalt Dr. Hans-Joachim **Fritz**, Frankfurt (Berichterstatter)
Rechtsanwalt Rolf **Koerfer**, Düsseldorf
Rechtsanwalt Rüdiger **Ludwig**, Hamburg
Rechtsanwalt Dr. Dietrich **Max**, Düsseldorf
Rechtsanwalt und Notar Wulf **Meinecke**, Hannover
Rechtsanwalt Jürgen **Wagner**, LL.M., Konstanz
Rechtsanwalt Dr. Stephan **Zilles**, Essen

Rechtsanwältin Anabel **von Preuschen**, Bundesrechtsanwaltskammer, Brüssel

Mitglieder des Europaausschusses:

Rechtsanwalt JR Heinz **Weil**, Paris (Vorsitzender)
Rechtsanwalt Dr. Martin **Abend**, LL.M., Dresden
Rechtsanwalt Dr. Hans-Joachim **Fritz**, Frankfurt (Berichterstatter)
Rechtsanwalt Andreas Max **Haak**, Düsseldorf
Rechtsanwalt Dr. Klaus **Heinemann**, Brüssel
Rechtsanwalt Dr. Frank J. **Hospach**, Stuttgart
Rechtsanwalt Stefan **Kirsch**, Frankfurt/M.
Rechtsanwalt Dr. Jürgen **Lauer**, Köln
Rechtsanwalt Dr. Hans-Michael **Pott**, Düsseldorf
Rechtsanwalt JR Dr. Norbert **Westenberger**, Mainz
Rechtsanwalt Dr. Thomas **Westphal**, Celle

Rechtsanwalt Dr. Wolfgang **Eichele**, Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin
Rechtsanwältin Dr. Heike **Lörcher**, Bundesrechtsanwaltskammer, Brüssel
Rechtsanwältin Anabel **von Preuschen**, Bundesrechtsanwaltskammer, Brüssel

Verteiler:

Europäische Kommission

 Generaldirektion Binnenmarkt und Dienstleistungen

Europäisches Parlament

 Rechtsausschuss
 Ausschuss für Wirtschaft und Währung

Ständige Vertretung Deutschlands bei der EU

Bundesministerium der Justiz

Deutscher Bundestag

 Rechtsausschuss
 Europaausschuss

Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen

Justizreferenten der Landesvertretungen

Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder

Rechtsanwaltskammern

Rat der Europäischen Anwaltschaften (CCBE)

Deutscher Anwaltverein

Bundesnotarkammer

Bundessteuerberaterkammer

Deutscher Steuerberaterverband

Wirtschaftsprüferkammer

Institut der Wirtschaftsprüfer

Deutscher Notarverein

Deutscher Juristinnenbund

Bundesvorstand Neue Richtervereinigung

Bundesverband der Freien Berufe

Deutscher Richterbund e. V., Berlin

Deutsche Industrie und Handelskammer

Bundesverband der Deutschen Industrie

Deutscher Gerichtsvollzieher Bund

C.H. Beck Verlag

Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG

Redaktion Juristenzeitung / JZ, Tübingen

Redaktion Monatsschrift für Deutsches Recht / MDR, Köln

Redaktion Neue Juristische Wochenschrift / NJW, Frankfurt a. M.

ZAP Verlag

Vorbemerkung

Die Bundesrechtsanwaltskammer hat bereits mit ihrer Stellungnahme Nr. 41/2008 zu dem Verordnungsvorschlag für ein Statut der Europäischen Privatgesellschaft (SPE) Stellung genommen und diesen grundsätzlich begrüßt. Dabei betonte sie, dass die Einführung eines Statuts entsprechend den Erwägungen im Verordnungsentwurf kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) den Zugang zum Binnenmarkt erleichtern würde. Dabei sollten Bürokratie als auch Kosten der Gründung gering gehalten werden.

Nachfolgend wird ergänzend zu den Änderungsvorschlägen des Europäischen Parlaments Stellung genommen.¹ Die Bundesrechtsanwaltskammer stellt fest, dass sich zahlreiche ihrer Anregungen zu Änderungen des Verordnungsentwurfes in den Vorschlägen des Europäischen Parlaments in seiner Sitzung vom 10.03.2009 widerspiegeln (im Folgenden A.), einzelne Änderungsvorschläge des Parlaments jedoch den ursprünglichen Erwägungen, eine attraktive, flexible und kostengünstige Rechtsform für KMU zu schaffen, nicht mehr Rechnung tragen (im Folgenden B.). Schließlich nimmt die Ausgestaltung der Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer in der Europäischen Privatgesellschaft großen Raum ein, da das Europäische Parlament auf Grund des Auseinanderfallens von Hauptverwaltung und Registersitz, nach dem sich das anzuwendende Mitbestimmungsrecht richtet, den Missbrauch befürchtet, hierdurch zukünftig die unternehmerische Mitbestimmung zu vermeiden. Die Stellungnahme des Europäischen Parlamentes ist im Wesentlichen von dem Bemühen geprägt, diesen eventuellen Missbrauch zu unterbinden und das gesamte Projekt der Einführung dieser supranationalen Rechtsform nicht daran scheitern zu lassen (im Folgenden C.).

A. Sinnvolle Anpassungen zur Verbesserung der Handhabung dieser Rechtsform

Zahlreiche vom Europäischen Parlament in seiner Stellungnahme aufgegriffene Änderungen entsprechen den von der Bundesrechtsanwaltskammer abgegebenen Anregungen zur Verbesserung des Verordnungsentwurfes. Sie lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1. Abänderung 10 zu Artikel 2 Abs. 1 lit. b VO-E: Der Begriff „Ausschüttung“ wird insoweit eingeschränkt bestimmt, dass Leistungen nicht davon erfasst sind, soweit ein finanzieller Vorteil durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch ausgeglichen ist. Dies wird im Wesentlichen der Kapitalerhaltung der SPE unter Kapitel IV, insbesondere der Regelung des Artikels 21 VO-E, dienen.

¹ Entschließung des Europäischen Parlaments (KOM(2008)0396 – C6-0283/2008 – 2008/0130(CNS)): <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2009-0094+0+DOC+XML+V0//DE&language=DE>

2. Abänderung 12 zu Artikel 2 Abs. 1 lit. d VO-E: Mit dem Ersetzen des Begriffes „Leitungsorgan“ durch den Begriff „Geschäftsleitungsorgan“ wird nunmehr deutlich, dass es sich hierbei um die Zusammenfassung der geschäftsführenden Mitglieder der Unternehmensleitung auch im monistischen System handelt.
3. Abänderung 25 zu Artikel 15 Abs. 1 lit. a VO-E: Mit der Präzisierung der Pflichtangabe „Postanschrift“ des einzelnen Anteilseigners wird eine wesentliche Voraussetzung geschaffen, um den Gläubigern für den Fall der Führungslosigkeit der SPE oder für den Insolvenzfall die Möglichkeit des raschen Rückgriffs auf die zuletzt benannten Anteilseigner zu geben.
4. Abänderung 30 zu Artikel 18 Abs. 1 VO-E: Der nunmehr komplett überarbeitete Absatz dieser Bestimmung geht von einem nicht enumerativen Katalog an Gründen aus, die ein Ausscheiden eines Anteilseigners rechtfertigen, beschränkt ihn jedoch nicht auf einzelne Fälle. Gleichzeitig würde mit dem Vorschlag des Europäischen Parlaments in Abänderung 44 zu Artikel 27 Abs. 4 VO-E, in dem ein Gerichtsstand für Anfechtungsklagen festgelegt wird, die Stellung des Anteilseigners gestärkt.
5. Abänderung 37 zu Artikel 22 VO-E: Mit dem Streichen des Nachweiserfordernisses von möglicher Bösgläubigkeit oder fahrlässiger Unkenntnis des Anteilseigners im Falle der Pflicht zur Rückerstattung ungerechtfertigter Ausschüttung sorgt der Vorschlag des Europäischen Parlaments für eine Ausgewogenheit der Interessen im System der Ausgleichshaftung. Bislang stellte die Einschränkung eine Privilegierung des Anteilseigners zu Lasten des Gesellschaftsvermögens dar. Gläubiger können nunmehr von einer grundsätzlichen Rückerstattungspflicht des Anteilseigners ausgehen; insofern ist nach einer vorgeschlagenen Abänderung der Definition „Ausschüttung“ in Artikel 2 Abs. 1 lit. b) VO-E dieser Vorschlag nur konsequent.
6. Abänderung 41 zu Artikel 26 Abs. 1 VO-E: Mit der Aufnahme einer Regelung, dass Gesellschafterbeschlüsse das Geschäftsleitungsorgan im Innenverhältnis binden, wird nunmehr die Weisungskompetenz klar geregelt. Eine durch Satzung abweichende Kompetenzstruktur zwischen Geschäftsleitungsorgan und Anteilseignern ist nach Artikel 26 Abs. 2 VO-E nach wie vor möglich.

B. Vorschläge des Europäischen Parlaments, die eine grundlegende Änderung des Statuts vorsehen

I. Grenzüberschreitender Bezug

Mit Abänderung 70 zu Artikel 3 Abs. 1 lit. e) VO-E schlägt das Europäische Parlament die Einführung eines grenzüberschreitenden Bezuges neu vor. Es hat mit seiner Abänderung 1 zum Erwägungsgrund 2 zum Ausdruck gebracht, dass für eine europäische Gesellschaftsform ein solcher grenzüberschreitender Bezug erforderlich sein sollte. Die Bundesrechtsanwaltskammer hat bislang das Fehlen eines solchen grenzüberschreitenden Bezugs und die insgesamt liberale Fassung des Verordnungsentwurfs begrüßt. Davon soll nicht weiter abgewichen werden, zumal – die Bundesrechtsanwaltskammer hatte dies angeregt – das Europäische Parlament *zusätzlich* das Erfordernis von Mindestkapital in Höhe von EUR 8.000 grundsätzlich vorschlägt (vgl. hierzu gleich unter B.II. zur Abänderung 33). Mit dem Erfordernis einer grenzüberschreitenden Tätigkeit würde die SPE von vorneherein aus dem Kanon möglicher nur national tätiger Gesellschaftsformen ausgeklammert werden. Die Konkurrenz mit nationalen Gesellschaftsformen ist grundsätzlich erwünscht, nachdem die ersten Entwürfe zur SPE aus einer Zeit stammen, in der reger Gebrauch von den Rechtsformen der Limited, der GmbH & Co. bzw. Ltd. oder GmbH & Co. KG gemacht wurde.

Mit der Einführung dieses Erfordernisses würden die ursprünglichen Erwägungen für eine kostengünstige Unternehmensform unterlaufen. Wenn der Rat den Vorschlag des Europäischen Parlaments annehmen würde, müsste er konsequenterweise auch die vorgeschlagenen Instrumente der Überwachung (Abänderung 21 zu Artikel 9 Abs. 3 lit. a) VO-E zum Pflichtnachweis des grenzüberschreitenden Bezugs nach spätestens zwei Jahren nach Eintragung; Abänderung 22 zu Artikel 10 Abs. 2 lit. ba) VO-E zum Nachweis des Gesellschaftsgegenstandes einschließlich der Darlegung des grenzüberschreitenden Bezugs im Gesellschaftsgegenstand der SPE), die Erweiterung der Publikationspflichten (Abänderung 23 zu Artikel 11 Abs. 2 lit. b) VO-E) sowie den zusätzlichen Aufwand an elektronischen Mitteilungen (z.B. Einrichtung einer SPE-Datenbank der Kommission, Abänderung 6 zu Erwägung 8b VO-E; Einrichtung von Websites durch die Mitgliedsstaaten, die mit der von der Kommission unterhaltenen Website verlinkt würden, Abänderung 64 zu Artikel 45 VO-E) übernehmen. Dies führte aber zu einem erheblichen bürokratischen Aufwand, der gerade nicht vom Ordnungsgeber bei der Gestaltung des Statuts beabsichtigt war.

II. Mindestkapital in Höhe von EUR 8.000 bei Fehlen einer Solvenzbescheinigung

Mit der Abänderung 33 zu Artikel 19 Abs. 4 VO-E gibt das Europäische Parlament vor, dass das Kapital der SPE weiterhin mindestens EUR 1 beträgt, sofern das Geschäftsleitungsorgan eine Solvenzbescheinigung gemäß Artikel 21 VO-E unterzeichnet hat. Fehlt eine solche Solvenzbescheinigung, soll das Kapital der SPE mindestens EUR 8.000 betragen. Die Bundesrechtsanwaltskammer begrüßt entsprechend ihrer Stellungnahme die Einführung eines Mindestkapitals auch in Höhe von EUR 8.000 (ursprünglicher Vorschlag: EUR 10.000). Jedoch lehnt sie das Erfordernis ab, dass die Gründung von einer Solvenzbescheinigung abhängig gemacht würde, die zusätzlich zu dem eher symbolischen Stammkapital in Höhe von EUR 1 erbracht werden soll.

Die Solvenzbescheinigung nach Artikel 21 Abs. 2 VO-E ist bereits nicht unkritisch. Nach der vorgesehenen Regelung würde nach einem Solvenzttest bescheinigt werden, dass die SPE „in dem auf die Ausschüttung folgenden Jahr in der Lage sein wird, ihre Schulden bei deren Fälligkeit im Rahmen ihrer normalen Geschäftstätigkeit zu begleichen“. Die Bundesrechtsanwaltskammer hat in ihrer früheren Stellungnahme bereits auf die Nachbesserung dieses Punktes hingewiesen und es für sinnvoll erachtet, wonach in der Zahlungsfähigkeitsprognose sämtliche Verbindlichkeiten berücksichtigt werden sollten, die im Rahmen normaler Geschäftstätigkeit „innerhalb des auf das der Ausschüttung folgenden Geschäftsjahres fällig“ werden. Damit könnten auch längerfristige Gesellschaftsverbindlichkeiten im Solvenzttest berücksichtigt werden, was die finanzielle Lage der SPE besser abbilden würde.

Jedoch begegnet die alternative Lösung des Vorschlags durch das Europäische Parlament Bedenken, wenn sich die Anteilseigner einer SPE von der Einholung einer Solvenzbescheinigung durch Erbringen eines Mindestkapitals von EUR 8.000 „freizeichnen“ können. Dabei würde diese Alternative noch „geschwächt“, weil in Abänderung 34 zu Artikel 20 Abs. 3 VO-E vorgeschlagen wird, dass der Anspruch auf Leistung einer Bareinlage in acht Jahren nach Eintragung der SPE verjährt, wenn der Wert der für das Kapital alternativ zu erbringenden Sacheinlage nicht den Betrag des dafür übernommenen Anteils erreicht. Mit derartigen Regelungen würde der Gläubigerschutz nur unzureichend gestärkt, insbesondere nachdem die Ausgleichshaftung der liberalen Rechtsform der SPE konsequent nachempfunden ist.

Schließlich ist damit zu rechnen, dass das Einholen von Solvenzbescheinigungen in der Praxis einen zusätzlichen bürokratischen Aufwand darstellt, der kontraproduktiv zu den Erwägungen des Verordnungsgebers ist. Immerhin lässt sich eine solche

Solvenzbescheinigung nicht ohne einen Wirtschaftsprüfer erbringen. Sofern ein Wirtschaftsprüfer die finanzielle Ausstattung einer SPE einer seriösen Prüfung unterziehen soll, wird der Wert seiner Inanspruchnahme in der Regel höher sein als das zu leistende Mindestkapital von EUR 8.000.

III. Einschränkung der gesamtschuldnerischen Haftung

Mit Abänderung 51 zu Artikel 31 Abs. 4 VO-E schlägt das Europäische Parlament eine Einschränkung der gesamtschuldnerischen Haftung auf Mitglieder der Unternehmensleitung vor, wenn sie nachweisen können, dass sie (hinsichtlich eventueller Schäden der SPE, die sich aus dem Nichtbefolgen der ihnen von der Verordnung auferlegten Pflichten ergeben) schuldlos sind und ihr fehlendes Einverständnis mit dem Nichtbefolgen der Pflichten protokollieren ließen. Dies bedeutet zumindest die Reduzierung der Haftung auf diejenigen Mitglieder der Unternehmensleitung, die nachweislich mit Wissen und Willen der Gesellschaft Schaden zugefügt haben. Diese Regelung fügt sich konsequent in das Haftungssystem der SPE ein.

IV. Schiedsklausel bei Streitigkeiten zwischen Anteilseignern bzw. Anteilseignern und der SPE

Abänderung 62 zu Art. 42a VO-E sieht eine fakultative Schiedsklausel vor. Die deutsche Formulierung von Art. 42a VO-E ist allerdings insofern doppeldeutig, als dass sie eingangs von einer Schiedsklausel spricht ("in Form einer Schiedsklausel"), dann aber von "Schlichtern". Dagegen heißt es im englischen Entwurfstext eindeutig "arbitrators". Hier sollte der deutsche Text entsprechend mit "Schiedsrichtern" angeglichen und damit eindeutig Position für die neben der staatlichen Gerichtsbarkeit stehende Schiedsgerichtsbarkeit bezogen werden. Denn mit der in der freiwilligen Mediation anzusiedelnden Schlichtung hat Art. 42a VO-E nichts zu tun. Insgesamt ist diese Regelung sehr zu begrüßen, weil die Schiedsgerichtsbarkeit wegen ihrer Vorteile (Vertraulichkeit / für die weitere Zusammenarbeit vorteilhafte hohe Vergleichsquote / ganz überwiegend kürzere Dauer) im Gesellschaftsrecht einen klassischen Anwendungsfall findet. Bei Fällen mit internationalem Bezug, die wegen der europäischen Rechtsform SPE zu erwarten sind, kann zudem eine gezielte Schiedsrichterauswahl zu einem gegenüber staatlichem Rechtsschutz qualitativ deutlich besseren Schiedsgerichtsverfahren führen.

C. Gestaltung der Mitbestimmung der Arbeitnehmer der SPE

Die Bundesrechtsanwaltskammer sieht die jetzigen Vorschläge des Europäischen Parlaments (Abänderungen 71 zu Artikel 34 Abs. 1 und 73 zu Artikel 38) für nicht zielführend an, hat jedoch gleichzeitig Verständnis für die Zielkonflikte des Ordnungsgebers, denen

dieser bei einer ausgewogenen Gestaltung einer Regelung für die Mitbestimmung von Arbeitnehmern begegnet.

Zum Einen sind Europäisches Parlament und Rat an der Förderung des Zugangs von KMU zum europäischen Binnenmarkt interessiert und wollen diesen daher eine eigene, flexible Rechtsform ermöglichen. Dazu gehört auch ein mögliches Auseinanderfallen von Hauptverwaltung und Satzungssitz, welcher für das Mitbestimmungsrecht entscheidend ist. Eine solche Regelung bietet zugleich die Möglichkeit, Mitbestimmung insgesamt zu vermeiden und damit Arbeitnehmerrechte dauerhaft auszuschalten (vgl. dazu Abänderung 74 zu Erwägung 15).

Zum Anderen möchten die Gremien einen möglichen Missbrauch, der sich aus einer geschickten Rechtsformwahl ergeben kann, vermeiden. Mit der Anwendung eines komplexen Stufensystems, ab dem Verhandlungen über die Mitbestimmung mit einer nachlaufenden Auffanglösung entsprechend dem Vorbild bei der Europäischen Aktiengesellschaft und bei der Europäischen Genossenschaft aufzunehmen sind, sieht das Europäische Parlament eine für Kleinunternehmen administrativ nur schwer zu bewältigende Sicherung der unternehmerischen Mitbestimmung vor. Damit ist zu befürchten, dass sich die eigentlichen Adressaten der Initiative, die auf dem sog. *Small Business Act* (KOM (2008) 394; SEK (2008) 2101) beruht, der supranationalen Gesellschaftsrechtsform nicht öffnen werden und weiterhin nationalen Rechtsformen, bei denen keine Mitbestimmung greift, den Vorzug geben. Damit wäre dem Verordnungsvorhaben wenig gedient.

Die Bundesrechtsanwaltskammer befürwortet daher ein System der Mitbestimmung für Arbeitnehmer der SPE unter Berücksichtigung folgender Kriterien:

- Das System behindert nicht den Zugang von KMU zum Binnenmarkt
- Dem nationalen Mitbestimmungsansatz ist weiterhin grundsätzlich Vorrang einzuräumen
- Entscheidendes Abgrenzungskriterium ist die Anzahl der in der SPE beschäftigten Arbeitnehmer
- Einheitliches europäisches Mitbestimmungskonzept.

Im Übrigen ist es der Bundesrechtsanwaltskammer wichtig klarzustellen, dass die SPE nicht missbraucht werden darf, bestehende Arbeitnehmerrechte zu umgehen. Andererseits kann diese Rechtsform auch nicht dazu dienen, einzelne nationale Mitbestimmungsregime europaweit einzuführen (ebenso *Klaus-Heiner Lehne* in seinen Ausführungen im

Berichtsentwurf für den Rechtsausschuss des Europäischen Parlamentes, Dokument PA/7414 39DE, 2008/0130 (CNS), vom 09.09.2008, Seite 40 f.).

Insofern regt die Bundesrechtsanwaltskammer an, die bislang vorgesehenen Regelungen der Artikel 34 und 38 VO-E bezüglich der Mitbestimmung von Arbeitnehmern mit folgender Begründung unverändert zu lassen:

1. Förderung des Zugangs von KMU zum Europäischen Binnenmarkt

Solange KMU die primären Regelungsadressaten eines Statuts der Europäischen Privatgesellschaft sind, sollte hierauf auch die Mitbestimmung ausgerichtet werden. Hierbei ist auf die spezifischen Belange der KMU einzugehen, bevor komplexe Regelungen, die administrativ eher von Großunternehmen bewältigt werden können, gestaltet werden. Insofern ist ein größenspezifisch differenzierender Regelungsansatz folgerichtig, an dem auch regelmäßig nationale Mitbestimmungsregelungen anknüpfen. Damit wird die Leitidee des *Small Business Act*, den KMU eine grenzüberschreitende Geschäftstätigkeit im Binnenmarkt zu erleichtern, gefördert.

2. Grundsatz des nationalen Mitbestimmungsansatzes

Nach Artikel 34 Abs. 1 VO-E unterliegt die SPE den Regeln zur Arbeitnehmermitbestimmung, die in einem Mitgliedsstaat anwendbar sind. Dies richtet sich nach dem Satzungssitz der SPE. An diesem nationalen Mitbestimmungsansatz für den Fall der Gründung der SPE hält auch die Stellungnahme des Europäischen Parlamentes fest. Dieser Ansatz vermeidet grundsätzlich die seit der Europäischen Privatgesellschaft bzw. Europäischen Genossenschaft bekannte Verhandlungslösung, die mit organisatorischem Aufwand und entsprechenden Kosten verbunden ist. Der nach Artikel 38 Abs. 5 Satz 1 VO-E vorgesehene Zeitraum von 6 Monaten bedeutet zusätzlich einen Zeitaufwand, der im Widerspruch zum Bestreben des Verordnungsgebers steht, dass die Gründung einer SPE nach Möglichkeit rasch und kostengünstig zu gestalten sei. Bei bestehenden Gesellschaften, die in eine SPE umgewandelt werden, ist dann der Rückgriff auf das mitgliedstaatliche Mitbestimmungsrecht ausreichend, wenn dort - meist größenspezifisch - Voraussetzungen für die Beteiligung von Arbeitnehmern an Unternehmensleitentscheidungen (unternehmerische Mitbestimmung) festgelegt sind.

Insofern belasten Bestimmungen, die nur unter engen Voraussetzungen eine europäische Verhandlungslösung zur Folge haben, KMU nicht. Nach der Definition der Kommission im *Small Business Act* handelt es sich hierbei um Unternehmen mit

insgesamt bis zu 250 Arbeitnehmern und jährlichen Umsatzerlösen von bis zu Euro 50 Millionen oder einer Bilanzsumme von bis zu Euro 43 Millionen. Dabei handelt es sich um die sozial und wirtschaftlich vorherrschende Unternehmensgröße in der Europäischen Union; KMU stellen ca. 99 Prozent aller Unternehmen und bieten rund 65 Millionen Menschen einen Arbeitsplatz (ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/facts_figures.htm).

3. Größenspezifische Gestaltung der Mitbestimmung

Die Bundesrechtsanwaltskammer befürwortet nach dem Vorbild des deutschen Drittelbeteiligungsgesetzes vom 18.05.2004 als Schwellenwert für den europäischen Mitbestimmungsansatz bei der SPE (Verhandlungslösung und Auffangregelung) die Größenordnung von 500 eigenen bzw. zuzurechnenden Arbeitnehmern.

Die Eintrittsgröße von 500 Arbeitnehmern im Konzern zur Errichtung eines neben der betrieblichen Mitbestimmung bestehenden Systems der unternehmerischen Mitbestimmung hat sich in Deutschland bewährt. Seit dem Betriebsverfassungsgesetz von 1952 ist dieser Schwellenwert unverändert geblieben. In Kapitalgesellschaften dieser Größenordnung hat sich gezeigt, dass unternehmensweite Leitentscheidungen regelmäßig eine Vielzahl von Arbeitnehmern betrifft und die Instrumente betrieblicher Mitbestimmung zur Gewährleistung der Teilhabe der Arbeitnehmer und deren Vertreter an solchen Entscheidungen nicht ausreichen. Dieser Schwellenwert entspricht im Übrigen auch der in Deutschland gebräuchlichen Grenze für KMU, die das Institut für Mittelstandsforschung bei 500 Beschäftigten und jährlichen Umsatzerlösen von bis zu Euro 50 Millionen (vgl. IFM, Schlüsselzahlen des Mittelstandes in Deutschland 2007, www.ifm-bonn.org/index.php?idee=99) zieht. Danach beläuft sich der Anteil der KMU am ermittelten Unternehmensbestand im Jahre 2007 auf 99,7 Prozent.

Die Grenzziehung des *Small Business Act* oder nach dem Vorschlag des Ausschusses für Beschäftigung und Soziale Angelegenheiten im Europaparlament (Dokument PA/7447 734DE, 2008/0130 (CNS), vom 23.09.2008, Seite 10) bei 250 Arbeitnehmern ist abzulehnen. Diese Größenordnung mag durch Artikel 27 der Bilanzrichtlinie beeinflusst sein, wonach Großunternehmen durch eine Zahl von mehr als 250 Arbeitnehmern EG-weit gekennzeichnet sind. Es handelt sich jedoch dabei um eine Größe zur Bilanzierung, die aber den Verhältnissen eines (unternehmerischen) Mitbestimmungsregimes nicht gerecht wird. Dort sollen regelmäßig nach den bisherigen Vorbildern bei der Europäischen Aktiengesellschaft und der Europäischen

Genossenschaft Unternehmensleitentscheidungen unter Teilhabe der Arbeitnehmer getroffen werden.

Ergänzend gibt es noch folgende praktische Erwägung:

Ein im Binnenmarkt tätiges KMU wird mindestens an zwei Standorten Mitarbeiter haben, die bei idealtypischerweise gleicher Teilung jeweils 250 Arbeitnehmer umfassen können. Der realistische Fall dürften gewachsene Unternehmensgruppen sein, die sich meistens auf mehr als einen Mitgliedsstaat ausgedehnt haben und nunmehr eine vereinheitlichende Rechtsform, die die SPE bieten soll, wählen. Sofern diese KMU bereits mehr als 250, aber noch weniger als 500 Arbeitnehmer beschäftigt, sind bei einer Verteilung auf mehr als zwei Mitgliedstaaten Größenordnungen bei den Beschäftigten eher im zwei- denn im dreistelligen Bereich denkbar, spätestens ab einer Präsenz in sechs Mitgliedstaaten würde bei gleicher Verteilung die Belegschaft je Standort unter 100 Arbeitnehmern liegen. Damit ist jede einzelne Einheit in jedem Mitgliedstaat schon eine KMU nach jeglicher Definition und wird erst durch die Zusammenfassung unter einer Rechtsform zu einem Großunternehmen. Für solche eher realistischen Fälle empfiehlt es sich, einen gewissen Spielraum zu belassen und nicht bei einer eher statistischen Größenordnung von 250 Arbeitnehmern den Schwellenwert anzusetzen.

4. Einheitliches europäisches Mitbestimmungskonzept

Sobald der Schwellenwert von 500 eigenen oder zurechenbaren Arbeitnehmern in der SPE überschritten wird, gilt die Vermutung für ein Großunternehmen und legt die Anwendung von Regelungen wie bei der Europäischen Aktiengesellschaft und Europäischen Genossenschaft nahe. Danach sind das Kernstück des europäischen Mitbestimmungsansatzes die Verhandlungen zwischen dem Besonderen Verhandlungsgremium der Arbeitnehmer und der Geschäftsleitung über den Abschluss einer Mitbestimmungsvereinbarung. Sofern diese Verhandlungen scheitern, kommt die sogenannte Auffanglösung zum Zuge, wonach sich das Mitbestimmungsrecht nach dem Satzungssitz der Gesellschaft richtet.

Der Verordnungsentwurf sollte insoweit hinsichtlich Ablauf und Inhalt der Verhandlungen sowie zum Übergang auf die Auffanglösung auf die Regelungen der SE- und SCE-Beteiligungsrichtlinien verweisen. Dasselbe gilt auch für die Nachverhandlungspflicht (§§ 18 Abs. 3 SEBG; 18 Abs. 3 SCEBG), wenn (geplante) strukturelle Änderungen der SPE geeignet sind, Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer

zu mindern. Schließlich sollten Möglichkeiten, bei der SPE ein Mitbestimmungsregime auf freiwilliger Basis und einvernehmlich zu vereinbaren, eingeräumt werden und - in Anlehnung an die Verschmelzungsrichtlinie - die Option bestehen, sich ohne Verhandlungen unmittelbar für die Auffangregelung zu entscheiden.
