

Betriebswirtschaftliche Forschungsergebnisse

Band 129

**Führungssysteme der Europäischen
Aktiengesellschaft (SE)**

**Wettbewerb zwischen alternativen Führungsstrukturen
im Kraftfeld des deutschen Unternehmensrechts**

Von

Thorsten Minuth



Duncker & Humblot · Berlin

THORSTEN MINUTH

Führungssysteme der Europäischen Aktiengesellschaft (SE)

Betriebswirtschaftliche Forschungsergebnisse

Begründet von

Professor Dr. Dr. h. c. mult. Erich Kosiol (1899–1990)

Fortgeführt von dessen Schülerkreis

Herausgegeben von

Professor Dr. Ernst Troßmann
Universität Hohenheim

in Gemeinschaft mit

Professor Dr. Oskar Grün
Wirtschaftsuniversität Wien

Professor Dr. Wilfried Krüger
Justus-Liebig-Universität Gießen

Professor Dr. Hans-Ulrich Küpper
Ludwig-Maximilians-Universität München

Professor Dr. Gerhard Schewe
Westfälische Wilhelms-Universität Münster

Professor Dr. Axel von Werder
Technische Universität Berlin

Band 129

Führungssysteme der Europäischen Aktiengesellschaft (SE)

Wettbewerb zwischen alternativen Führungsstrukturen
im Kraftfeld des deutschen Unternehmensrechts

Von

Thorsten Minuth



Duncker & Humblot · Berlin

Die Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der Technischen Universität Berlin
hat diese Arbeit im Jahre 2004 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

D 83

Alle Rechte vorbehalten
© 2005 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: Color-Druck Dörfl GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0523-1027
ISBN 3-428-11722-0

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☉

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Geleitwort

Nach jahrzehntelangen Vorbereitungen nimmt mit der Europäischen Aktiengesellschaft bzw. Societas Europaea (SE) eine neue führungsorganisatorische Option für deutsche (wie andere EU-inländische) Unternehmen nun konkrete Gestalt an. Nachdem vom Rat der Europäischen Union 2001 im Anschluss an den historischen „Nizza-Kompromiss“ eine Verordnung über das Statut der SE mit der zugehörigen Richtlinie zur Arbeitnehmerbeteiligung verabschiedet wurde, hat der Bundestag am 29.10.2004 das entsprechende Gesetz zur Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft (SEEG) beschlossen. In Kürze steht damit erstmals eine supranationale Rechtsform als Alternative zu den herkömmlichen nationalen Kapitalgesellschaften zur Verfügung. Diese bemerkenswerte Rechtsentwicklung in Europa wirft für den Betriebswirt die theoretisch ebenso reizvolle wie praktisch relevante Frage auf, ob und unter welchen Randbedingungen die SE tatsächlich eine attraktive Alternative für das ‚Rechtskleid‘ deutscher Unternehmen darstellt.

Die diesbezügliche Untersuchung von Herrn Dr. Thorsten Minuth ist geleitet von dem Grundgedanken, dass die Einführung der SE einen vielschichtigen (Staaten-, Rechtsform- und Führungssystem-)Wettbewerb eröffnet und die Wettbewerbsvorteile auf diesen verschiedenen Ebenen letztlich über die Vorteilhaftigkeit einer SE entscheiden. Dabei muss die Stärken-Schwächen-Analyse zum einen berücksichtigen, dass eine SE aufgrund vielfältiger Staaten- und Unternehmenswahlrechte im Detail durchaus unterschiedlich ausgeformt werden kann. Ferner ist zu beachten, dass die Vor- und Nachteile alternativer Rechtsformen in weiten Bereichen nicht unabhängig vom rechtlichen, ökonomischen und kulturellen Umfeld der jeweiligen Unternehmen beurteilt werden können. Herr Minuth greift daher auf die einflussreiche Theorie der Pfadabhängigkeit zurück, um die Bedeutung dieser Kontextfaktoren zu systematisieren und zwischen pfadunabhängigen bzw. pfadabhängigen Rechtsformkonsequenzen zu differenzieren.

Vor diesem Hintergrund geht die vorliegende Schrift in drei umfangreichen Schritten der gesellschaftsrechtlichen, der mitbestimmungsrechtlichen und der konzernrechtlichen „Kompatibilität und Qualität“ der wählbaren Führungssysteme einer Europäischen Aktiengesellschaft im Kontext des deutschen Unternehmensrechts nach. Der Ertrag dieser außerordentlich kenntnisreich und differenziert ausgeführten Untersuchung ist hoch. Besonders verdienstvoll ist die Analyse der verschiedenen Modellvarianten einer monistisch geführten Europäischen Aktiengesellschaft sowie die Erörterung der Mitbestimmungsproblema-

tik. Herr Minuth stellt die interessante These auf, dass – entgegen der deutschen dualistischen Tradition der Führungsorganisation einer Aktiengesellschaft – im Fall einer monistischen SE nicht das „Trennungsmodell“, sondern das „Delegiertenmodell“ unter Berücksichtigung aller einbezogenen Aspekte die interessantere führungsorganisatorische Lösung bildet. Zugleich weist er überzeugend nach, dass das „Einheitsmodell“ (als dritter Variante des monistischen Systems) nicht nur aus mitbestimmungsrechtlichen Gründen, sondern auch aufgrund allgemeiner führungsorganisatorischer Defizite als attraktive Alternative praktisch ausscheidet.

In Hinblick auf den interessanten Fragenkreis der Mitbestimmung wird deutlich, dass die Europäische Aktiengesellschaft einerseits die Chance zu einer Auflockerung und damit Modernisierung der Mitbestimmungssituation bietet, indem der Weg zu Verhandlungen zwischen Unternehmens- und Arbeitnehmervertretern über die Form der Mitbestimmung geöffnet wird. Die führungsorganisatorische Attraktivität der SE steht und fällt allerdings auch – zumindest bei monistischer Ausprägung – mit den erzielten Verhandlungsergebnissen. Sofern sich zwischen den Sozialpartnern keine adäquaten Mitbestimmungsregelungen finden lassen, scheidet eine monistisch strukturierte SE aufgrund der subsidiär eingreifenden Auffanglösungen als realistische Option für deutsche Unternehmen aus.

Wenngleich nicht alle Thesen und Einschätzungen der Dissertation ungeteilte Zustimmung finden werden, kann die vorgelegte Untersuchung für die Fortentwicklung der Theorie der Rechtsformwahl ebenso wichtige Impulse geben wie für die Entscheidungsprozesse der Unternehmenspraxis zur möglichen Wahl einer SE. Ich wünsche der Arbeit daher die verdiente Rezeption in der zukünftigen wissenschaftlichen wie praktischen Auseinandersetzung mit der Europäischen Aktiengesellschaft.

Berlin, im November 2004

Prof. Dr. Axel v. Werder

Vorwort

Das vorliegende Werk wurde im Frühjahr 2004 von der Fakultät VIII – Wirtschaft und Management der Technischen Universität Berlin als Dissertation angenommen. Die wenigen Änderungen im Vergleich zur ursprünglichen Fassung beschränken sich auf die Vornahme rein redaktioneller Anpassungen zur Einhaltung der verlegerischen Rahmenvorgaben. Um einen gezielten Einstieg in die Materie, aber auch ein späteres Nachschlagen zu ermöglichen, wurde ferner ein Stichwortverzeichnis beigefügt. Dem interessierten Praktiker, der sich kurzerhand einen Überblick verschaffen möchte, sei die Lektüre des ersten und vierten Teils empfohlen.

Rückblickend betrachtet besitzt derjenige, der unbekümmert forschen kann, einen Freiraum von unschätzbarem Wert. Er genießt gleichsam ein Privileg; denn wer sich den Herausforderungen einer wissenschaftlichen Arbeit stellt und dabei so vielfältige Unterstützung erfährt, vermag sich einem solchen Vorhaben ganz anders, viel fokussierter zu widmen. Und mehr noch: Ihm bleibt das Stück gemeinsamen Weges unvergessen. In dieser Hinsicht gilt mein aufrichtiger Dank in erster Linie meinem akademischen Lehrer und Mentor, Prof. Dr. Axel v. Werder. Er war erkennbar Wegbereiter und unermüdlicher Wegbegleiter meiner akademischen Laufbahn. Seine Erwartungen an eine wissenschaftlich hochkarätige und dennoch praxisorientierte Forschung waren Motivation, Triebfeder und Prägung zugleich. Besonderer Dank gebührt ferner Herrn Prof. Dr. Klaus Pohle, der ungeachtet seiner zahlreichen Verpflichtungen nicht zögerte, Fragen der Corporate Governance gemeinsam zu erörtern und die zeitliche Belastung eines Gutachtens auf sich zu nehmen. Es ist vor allem sein Verdienst, meinen Blick für das Wesentliche schon sehr früh geschärft zu haben.

Worte des Dankes richten sich überdies an Herrn Matthias Scheller. Er hat die Arbeit nicht nur nach Kräften unterstützt, sondern stets mit der ihm eigenen Vehemenz und Konsequenz gefördert. Wichtige und bedeutende Impulse erhielt die Arbeit u. a. auf der Heidelberger Konferenz zur SE (November 2002), einem wohl einzigartigen Highlight, an dem neben zahlreichen Beratern der europäischen Gesetzgeber auch ein ausgewählter Kreis von Doktoranden teilhaben durfte. Herrn Dr. Christoph Teichmann sei hierfür an dieser Stelle auf das Herzlichste gedankt. Für vielfachen Rat und organisatorische Hilfe danke ich nicht zuletzt meinen Weggefährten und Kollegen am Lehrstuhl, namentlich Dr. Jens Grundei und Dipl.-Ing. Till Talaulicar, sowie Frau Margitta Schuster. Ihnen sei versichert, dass die gemeinsame Zeit eine feste Bande geschlagen hat.

Ich danke dem Verlag Duncker & Humblot sowie dem Herausgeberbeirat für die Aufnahme in diese Schriftenreihe, Anke Meyer für die mühsame Durchsicht des Manuskriptes. Ihr ist der Geduldsfaden nie wirklich gerissen.

Besonders hoch ist ferner die Dankesschuld gegenüber meinen Eltern. Ihre Förderung und Zuneigung bleiben unermesslich.

Schließlich und mit besonderem Nachhall danke ich meiner zukünftigen Frau, Dipl.-Ing. Daniela Landrock, die mich trotz aller Entbehrungen durch die Zeit hinweg auf wundersame Weise getragen hat. Ihr widme ich diese Schrift in tiefer Dankbarkeit für Vergangenes und in der Vorfreude auf das Kommende.

Berlin, im Juli 2004

Thorsten Minuth

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil

| | |
|--|----|
| Rechtsformwahl unter rechtlichen und betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten des Wettbewerbs | 19 |
|--|----|

| | |
|---|----|
| A. Grundlegung und Motivation | 19 |
| B. Zielsetzung und Gang der Untersuchung | 24 |

Zweiter Teil

| | |
|---|----|
| Rechtsformen und Führungssysteme | 28 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| A. Systematisierung von Führungsstrukturen | 28 |
| I. Regelungsabhängige Merkmale von Führungssystemen | 28 |
| 1. Normengefüge | 29 |
| a) Regelungsebenen | 29 |
| b) Regelungsdichte und Regelungsintensität | 33 |
| 2. Organgefüge | 37 |
| a) Zweistufiges System | 37 |
| b) Einstufiges System | 41 |
| 3. Kompetenzgefüge | 43 |
| a) Kompetenzbegriff | 43 |
| b) Kompetenzverteilung | 46 |
| II. Rechtsformspezifische Merkmalsausprägungen | 50 |
| 1. Führungssystem-Merkmale der Aktiengesellschaft und der U.S.-Corporation | 51 |
| a) Aufsichtsrats-Konzeption | 51 |
| b) Board-Konzeption | 57 |
| 2. Führungssystem-Merkmale der Europäischen Aktiengesellschaft | 69 |
| a) Dualistisches System | 69 |
| b) Monistisches System | 77 |
| B. Etablierung und Flankierung von Führungsstrukturen | 83 |
| I. Die Pfadabhängigkeit der Führungssysteme | 83 |
| 1. Pfadabhängigkeit: Eine Theorie der Wegmarken und Kontextfaktoren | 83 |
| 2. Rechtlich-historische Kontextfaktoren | 87 |

| | |
|---|-----|
| a) Aufsichtsrats-Konzeption | 88 |
| b) Board-Konzeption | 92 |
| 3. Lehren aus der Rechtshistorie: Die SE im Sog der Pfadabhängigkeiten | 95 |
| II. Merkmalsbezogene Vor- und Nachteile von Führungssystemen | 98 |
| 1. Klassifizierung | 98 |
| 2. Identifizierung | 103 |
| a) Pfadunabhängige Vor- und Nachteile | 103 |
| b) Pfadabhängige Vor- und Nachteile | 110 |
| aa) Zweistufiges System: Aufsichtsrats-Konzeption | 110 |
| bb) Einstufiges System: Board-Konzeption | 122 |
| III. Unternehmensrechtliche Vorschriften des Sitzstaates als Einflussfaktoren für die Entfaltung potenzieller Vor- und Nachteile von Führungssystemen | 129 |

Dritter Teil

Die Führungssysteme der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) im Spiegel des deutschen Unternehmensrechts 133

| | |
|--|-----|
| A. Gesellschaftsrechtliche Kompatibilität und Qualität | 133 |
| I. Vereinbarkeit der Führungssysteme | 133 |
| 1. Dualistisches System | 133 |
| a) Rechte und Pflichten der Mitglieder des Leitungsorgans | 133 |
| b) Rechte und Pflichten der Mitglieder des Aufsichtsorgans | 143 |
| 2. Monistisches System | 151 |
| a) Varianten des monistischen Systems | 151 |
| b) Rechte und Pflichten der Mitglieder des Verwaltungsorgans | 157 |
| aa) Leitung und Überwachung im Trennungsmodell | 157 |
| bb) Leitung und Überwachung im Delegiertenmodell | 164 |
| cc) Leitung und Überwachung im Einheitsmodell | 170 |
| II. Vorteilhaftigkeit der Führungssysteme im gesellschaftsrechtlichen Kontext | 174 |
| B. Mitbestimmungsrechtliche Kompatibilität und Qualität | 186 |
| I. Vereinbarkeit der Führungssysteme | 186 |
| 1. Modifikationen der Führungsorganisation durch die Richtlinie des Rates v. 8.10.2001 | 186 |
| a) Grundlagen und Modalitäten der unternehmerischen Mitbestimmung | 186 |
| b) Integration in das dualistische System | 195 |
| aa) Umwandlung | 196 |
| bb) Gründung i. e. S. | 199 |
| c) Integration in das monistische System | 201 |
| aa) Umwandlung | 202 |
| bb) Gründung i. e. S. | 207 |

| | |
|---|------------|
| 2. Implikationen der unternehmerischen Mitbestimmung für die Führungsorganisation | 210 |
| a) Die mitbestimmte SE mit dualistischer Führungsstruktur | 210 |
| aa) Potenzielle Auswirkungen der Ursprungs- und Auffanglösung | 210 |
| bb) Potenzielle Auswirkungen der Vereinbarungslösung | 213 |
| b) Die mitbestimmte SE mit monistischer Führungsstruktur | 216 |
| aa) Potenzielle Auswirkungen auf das Trennungsmodell | 216 |
| bb) Potenzielle Auswirkungen auf das Delegiertenmodell | 220 |
| II. Vorteilhaftigkeit der Führungssysteme im gesellschafts- und mitbestimmungsrechtlichen Kontext | 223 |
| C. Konzernrechtliche Kompatibilität und Qualität | 229 |
| I. Vereinbarkeit der Führungssysteme | 229 |
| 1. Vorbemerkungen | 229 |
| 2. Grundlagen und Begriffseinordnungen | 233 |
| 3. Die mitbestimmungsfreie SE als Konzernobergesellschaft | 235 |
| a) Unternehmensführung im Vertragskonzern | 236 |
| aa) Dualistisches System | 238 |
| (1) „Konzernleitung“ | 238 |
| (2) „Konzernüberwachung“ | 245 |
| bb) Monistisches System | 249 |
| (1) Konzernleitung und -überwachung im Trennungsmodell .. | 249 |
| (2) Konzernleitung und -überwachung im Delegiertenmodell | 253 |
| (3) Konzernleitung und -überwachung im Einheitsmodell ... | 256 |
| b) Unternehmensführung im faktischen Konzern | 258 |
| aa) Dualistisches System | 260 |
| bb) Monistisches System | 265 |
| c) Vorteilhaftigkeit der Führungssysteme im gesellschafts- und konzernrechtlichen Kontext | 267 |
| 4. Die mitbestimmungspflichtige SE als Konzernobergesellschaft | 271 |
| a) Dualistisches System | 272 |
| b) Monistisches System | 275 |
| II. Vorteilhaftigkeit der Führungssysteme im gesellschafts-, mitbestimmungs- und konzernrechtlichen Kontext | 276 |
| D. Ebenen der Entfaltung identifizierter Vor- und Nachteile | 280 |
| I. Gesetzliche Ebene | 280 |
| 1. Gemeinschaftsrechtliche Vorschriften | 280 |
| 2. SE-Ausführungs- und Ergänzungsgesetz | 283 |
| 3. Nationale Vorschriften | 287 |
| II. Satzungsrechtliche Ebene: Gestaltungshinweise für den Satzungsgeber ... | 291 |
| 1. Dualistisches System | 291 |
| 2. Monistisches System | 293 |

Vierter Teil

| | |
|---------------------------------------|-----|
| Schlussbetrachtung | 299 |
| Literaturverzeichnis | 305 |
| Rechtsquellenverzeichnis | 335 |
| Stichwortverzeichnis | 338 |

Abbildungsverzeichnis

| | |
|--|-----|
| Abbildung 1: SE-spezifische Regelungsebenen und ihre Verdichtung zu generellen Regelungsebenen von Führungssystemen | 33 |
| Abbildung 2: Formen der Gründung einer Europäischen Aktiengesellschaft | 188 |
| Abbildung 3: Entwicklungspfade der Verhandlungen über die Beteiligung der Arbeitnehmer | 191 |
| Abbildung 4: Umfang der Mitbestimmung in der SE bei Beteiligung einer deutschen Gesellschaft mit paritätisch besetztem Aufsichtsrat | 191 |
| Abbildung 5: Ausschlaggebende Kriterien der Mitbestimmung bei Wahl des dualistischen Systems | 196 |
| Abbildung 6: Ausschlaggebende Kriterien der Mitbestimmung bei Wahl des monistischen Systems | 202 |
| Abbildung 7: Mögliche Zusammensetzung und Aufgabenverteilung innerhalb des Verwaltungsorgans nach Umwandlung einer paritätisch mitbestimmten AG in eine SE | 206 |

Tabellenverzeichnis

| | |
|---|-----|
| Tabelle 1: Klassifikationsschema für die Zuordnung merkmalsbezogener Vor- und Nachteile..... | 100 |
| Tabelle 2: Wesentliche Merkmalsausprägungen der aktienrechtlichen und der dualistischen Führungsstruktur im wertenden Vergleich..... | 177 |
| Tabelle 3: Wesentliche Merkmalsausprägungen der korporationsrechtlichen und der monistischen Führungsstruktur im wertenden Vergleich..... | 179 |
| Tabelle 4: Wesentliche Merkmalsausprägungen der dualistischen und der monistischen Führungsstruktur(modelle) im wertenden Vergleich..... | 183 |
| Tabelle 5: Führungssystem(modell)e und ihre Verträglichkeit mit den deutschen Mitbestimmungsregimes..... | 225 |
| Tabelle 6: Führungssystem(modell)e und ihre Verträglichkeit mit den drei Mitbestimmungslösungen der SE-Richtlinie..... | 228 |
| Tabelle 7: Qualität der Führungssystem(modell)e im gesellschafts- und konzernrechtlichen Kontext..... | 270 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|-----------------|--|
| a. A. | anderer Ansicht |
| Abb. | Abbildung |
| Abl. EG | Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften |
| Abs. | Absatz |
| AG | Aktiengesellschaft |
| AktG | Aktiengesetz |
| Amex | American Stock Exchange |
| Anh. | Anhang |
| Anm. | Anmerkung |
| AO | Aufsichtsorgan |
| Art. | Artikel (sing.) |
| Artt. | Artikel (plur.) |
| Aufl. | Auflage |
| Bd. | Band |
| BetrVG 52 | Betriebsverfassungsgesetz 1952 |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGBI. | Bundesgesetzblatt |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BGHZ | Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen |
| bspw. | beispielsweise |
| bzw. | beziehungsweise |
| CEO | Chief Executive Officer |
| C. F. R. | Code of Federal Regulation |
| d. | der; des |
| DCGK | Deutscher Corporate Governance Kodex |
| Del.Gen.Corp.L. | Delaware General Corporation Law |
| ders. | derselbe |
| d. h. | das heißt |
| dies. | dieselbe(n) |
| Diss. | Dissertation |
| eda. | ebenda |
| EGV | Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften |
| ehem. | ehemalige; ehemals |
| et al. | et alii |
| etc. | et cetera |
| EWIV | Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung |

| | |
|-----------------|--|
| f. | folgend(e) |
| FAZ | Frankfurter Allgemeine Zeitung |
| ff. | fortfolgend(e) |
| FN | Fußnote(n) |
| FS | Festschrift |
| gem. | gemäß |
| ggf. | gegebenenfalls |
| GmbH | Gesellschaft mit beschränkter Haftung |
| GmbHG | Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung |
| GmbHR | GmbH-Rundschau |
| HB | Handelsblatt |
| h. M. | herrschende Meinung |
| H. R. | House Reports |
| hrsg. | herausgegeben |
| Hrsg. | Herausgeber |
| HS | Halbsatz |
| HV | Hauptversammlung |
| i. d. F. | in der Fassung |
| i. d. R. | in der Regel |
| i. e. S. | im engeren Sinne |
| insbes. | insbesondere |
| i. V. m. | in Verbindung mit |
| i. w. S. | im weiteren Sinne |
| Jg. | Jahrgang |
| KGaA | Kommanditgesellschaft auf Aktien |
| lit. | litera |
| LO | Leitungsorgan |
| Mass. | Massachusetts |
| M.B.C.A. | Model Business Corporation Act |
| Minn. | Minnesota |
| MitbestErgG | Mitbestimmungsergänzungsgesetz |
| MitbestG | Mitbestimmungsgesetz |
| MM | manager-magazin |
| m. N. | mit Nachweis |
| Montan-MitbestG | Montan-Mitbestimmungsgesetz |
| m.w. N. | mit weiteren Nachweisen |
| NASDAQ | National Association of Securities Dealers' Automated Quotation System |
| NaStraG | Gesetz zur Namensaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung |
| n. F. | neue(r) Fassung |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| Nr. | Nummer |

| | |
|------------|--|
| N. Y. | New York Reports |
| NYSE | New York Stock Exchange |
| o. J. | ohne Jahresangabe |
| OR | (schweizerisches) Obligationenrecht |
| o. V. | ohne Verfasser |
| RegE | Regierungsentwurf |
| resp. | respektive |
| RGBl. | Reichsgesetzblatt |
| R.M.B.C.A. | Revised Model Business Corporation Act |
| Rn. | Randnummer(n) |
| S. | Seite; Satz |
| SE | Societas Europaea |
| SEAG-E | Diskussionsentwurf eines SE-Ausführungsgesetzes |
| Sec. | Section |
| SE-RL | Richtlinie des Rates zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer |
| SE-VO | Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) |
| sog. | sogenannte(r);(n) |
| Sp. | Spalte(n) |
| SR | Systematische Sammlung des (schweizerischen) Bundesrechts |
| Stat. | Statutes at Large |
| Tab. | Tabelle |
| TransPuG | Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität |
| u. | und |
| u. a. | unter anderem |
| u. a. | und andere (bei Quellenangaben) |
| unveränd. | unveränderte(r) |
| U.S. | United States |
| u. U. | unter Umständen |
| v. | von; vom |
| Verf. | Verfasser |
| vgl. | vergleiche |
| VO | Verwaltungsorgan |
| vs. | versus |
| z. B. | zum Beispiel |
| zit. | zitiert |

Erster Teil

Rechtsformwahl unter rechtlichen und betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten des Wettbewerbs

A. Grundlegung und Motivation

Gesellschafts- oder Rechtsformen sind in erster Linie Gegenstand juristischer Forschungsarbeiten. Da sie jedoch das Unternehmensgeschehen in erheblichem Maße (vor)bestimmen, rücken sie verstärkt auch in das Zentrum betriebswirtschaftlichen Forschungsinteresses. Die Wahl der geeigneten Rechtsform ist – von der Errichtung einer unverbundenen Gesellschaft einmal abgesehen – nicht nur im Vorwege der Gründung, sondern vor allem auch im Rahmen der Umwandlung, Konzernierung und grenzüberschreitenden Fusion eine Entscheidungsaufgabe des Top-Managements von großer Tragweite.

Mit dem Erlass der Verordnung über das Statut der Europäischen (Aktien-) Gesellschaft¹ (SE) wurde jüngst ein ehrgeiziges Gesetzgebungsvorhaben nach über 30jähriger Beratungszeit abgeschlossen. Der Rat der Europäischen Union hat damit einen vielleicht sogar historischen Schritt zur Vollendung des Binnenmarktes unternommen, dessen Bedeutung die zwischenzeitlich rasant angestiegene Zahl der Publikationen erahnen lässt. Prima facie steht in Gestalt der SE eine weitere – im Vergleich zu den von Rechtswissenschaft und Rechtsprechung bereits weitgehend erschlossenen nationalen Kapitalgesellschaften freilich noch junge – Gesellschaftsform zur Auswahl². Sie soll, so die Präambel der Verordnung, vornehmlich europaweit tätigen Unternehmen einen juristisch einheitlichen Rahmen bieten³. Obgleich die Einigung im Rat und die Verabschiedung durch das Europäische Parlament insgesamt als Erfolg gewertet werden⁴, ist ge-

¹ Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), Abl. EG Nr. L 294/1 vom 10.11.2001, S. 1 ff.; im Nachfolgenden kurz SE-VO genannt. Abweichend von der in der Verordnung gewählten Terminologie soll hier gezielt die Bezeichnung ‚Europäische Aktiengesellschaft‘ verwendet werden, damit eine begriffliche Überschneidung mit dem Vorhaben der Europäischen Kommission, eine ‚Europäische Privatgesellschaft‘ zu schaffen, vermieden wird.

² Unternehmen können die Rechtsform der SE nach In-Kraft-Treten der SE-VO am 8.10.2004 wählen.

³ Erwägungsgrund (6) SE-VO.

rade die erreichte Einheitlichkeit des Rechtsrahmens Anknüpfungspunkt erheblicher Kritik⁵. Angesichts der Reduzierung auf nunmehr 70 Artikel in der endgültigen Fassung gegenüber mehr als 400 Artikeln im Verordnungsvorschlag von 1970⁶, die u. a. auch konzernrechtliche, steuerrechtliche und rechnungslegungsbezogene Bestimmungen enthielten⁷, und der zahlreichen Verweise auf mitgliedstaatliches Recht, erscheint die Einigung offenbar durch einen Verzicht auf durchgängige Einheitlichkeit erkaufte worden zu sein. So genügt bereits der Verweis auf einige wesentliche Problemkreise, um die Brisanz der damit einhergehenden gesellschafts- und unternehmensrechtlichen Fragestellungen zu vermitteln. Sie repräsentieren zugleich die Beweggründe der vorliegenden Arbeit und ordnen sie in ihren spezifischen, betriebswirtschaftlich-rechtlichen Forschungskontext ein.

Unternehmen in der Rechtsform der (deutschen) Aktiengesellschaft ist nach dem Aktiengesetz (AktG) eine dualistische Führungsstruktur, mit dem Vorstand als Leitungs- und dem Aufsichtsrat als Überwachungsorgan, zwingend vorgegeben⁸. Die Rechte und Pflichten der Führungsorgane und ihrer Mitglieder orientieren sich durchweg an diesem gesetzlichen Leitbild und bilden zusammen mit den sie ergänzenden gesellschafts-, mitbestimmungs- und konzernrechtlichen Bestimmungen⁹ ein aufeinander abgestimmtes und gewachsenes System¹⁰ der

⁴ Lutter (2002a), S. 1; Hopt (2002a), S. 1; Ulmer (2001a), S. 30; Blanquet (2002), S. 65; Bungert/Beier (2002), S. 1; Herzig/Griemla (2002), S. 77; Jahn/Herfs-Röttgen (2001), S. 637; einschränkend Schulz/Geismar (2001), S. 1086. Am Rande sei vermerkt, dass die Stellungnahmen wohl zum Teil auch Ausdruck der Überraschung sind, dass nach langjähriger Beratungszeit überhaupt (noch) eine Einigung zustande gekommen ist, was die sich nahtlos anschließenden kritischen Ausführungen belegen, vgl. dazu auch die Nachweise in der folgenden FN.

⁵ Vgl. Hopt (2002a), S. 1; Hommelhoff (2001c), S. 285; Wiesner (2001), S. 397; Hirte (2002), S. 2; Herzig/Griemla (2002), S. 56; Pluskat (2001b), S. 528; Schwarz (2001), S. 1860 f.; Torggler (2001), S. 536; siehe auch Ulmer (2001a), S. 30, allerdings ohne kritische Konnotation: „Überspitzt gesagt, ist die künftige SE also eine nationale AG im europäischen Gewande.“ Zurückhaltender dagegen Kleinsorge (2002), S. 352.

⁶ Verordnungsvorschlag vom 30.6.1970, Abl. EG Nr. C 124, S. 1 ff.

⁷ Der Ausschluss bestimmter Regelungsbereiche ist zwar durch das inzwischen teilweise harmonisierte nationale Recht der Mitgliedstaaten zu erklären, für weite Teile des Steuerrechts und für das Konzernrecht insgesamt gilt dies hingegen nicht. Zur Besteuerung der SE siehe Herzig/Griemla (2002), S. 55 ff.; Lutter (2002a), S. 6 f.; Förster/Lange (2002), S. 288 ff.; Klappdor (2001), S. 677 ff.; Blanquet (2002), S. 54 ff.

⁸ § 23 Abs. 5 AktG.

⁹ Um einem sprachlichen Missverständnis vorzubeugen, sei darauf hingewiesen, dass – juristisch präzise formuliert – konzernrechtliche Bestimmungen unter die gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen zu subsumieren sind [vgl. Kraft/Kreutz (1997), S. 9]. In der vorliegenden Untersuchung soll jedoch zu Unterscheidungszwecken der Begriff ‚Gesellschaftsrecht‘ ausschließlich als Synonym für das Recht der unverbundenen Unternehmen verwendet werden. Im Verein mit dem Recht der Mitbestimmung und dem Recht der verbundenen Unternehmen (Konzernrecht) bildet es den für die Analyse der SE relevanten Teil des Unternehmensrechts.

Unternehmensführung und -verwaltung. Wählen Unternehmen hingegen die Rechtsform der SE, so können sie sich zukünftig auch für eine monistische Führungsstruktur mit nur einem Verwaltungsorgan entscheiden. Obschon dieses nicht nur im anglo-amerikanischen Rechtskreis verbreitete Board- bzw. Verwaltungsrats-Modell nicht unbekannt ist¹¹, markiert die zweite Verfassungsoption der SE für den deutschen Rechtsraum ein wirkliches Novum¹².

In Hinblick auf die Mitbestimmung in Unternehmen¹³, um nur einen Aspekt herauszugreifen, wirft die monistische Führungsstruktur beispielsweise zwei Probleme auf: Beschränkte sich die Beteiligung der Arbeitnehmer auf Unternehmensebene bislang auf die Überwachung und Interessenvertretung im vom Leitungsorgan getrennten Aufsichtsrat, so können die von der Arbeitnehmerseite bestellten Vertreter qua Zugehörigkeit zum Verwaltungsorgan – zumindest theoretisch – direkt an der Leitung beteiligt sein. Aus der Sicht des Managements dürfte dies aber eine nicht akzeptable (oder nur schwerlich akzeptierbare) Beschränkung ihrer Leitungsautonomie darstellen¹⁴. Ferner könnten Arbeitnehmervertreter ihr Amt nicht mehr ‚nur‘ mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Überwachers ausüben. Sie müssten vielmehr weit(er)reichende Anforderungen erfüllen, und das, obwohl sie möglicherweise nicht über die erforderliche Qualifikation verfügen¹⁵.

Während zahlreiche Aspekte der Mitbestimmung in einer ergänzenden Richtlinie des Rates¹⁶ geregelt sind, wurden konzernrechtliche Bestimmungen überhaupt nicht in die Verordnung aufgenommen. Dieser Befund mutet seltsam an, wenn man berücksichtigt, dass die Mehrzahl der Europäischen Aktiengesell-

¹⁰ Zur Pfadabhängigkeit der Führungssysteme siehe unten, Zweiter Teil: B. I., S. 83 ff.

¹¹ Als Beispiele lassen sich der schweizerische Verwaltungsrat und das französische ‚Conseil d’administration‘ anführen.

¹² Vgl. *Teichmann* (2002b), S. 444. Aus der Sicht von *Hommelhoff* (2001c), S. 282 und *Hirte* (2001), S. 29, ist das Wahlrecht „revolutionär“.

¹³ Mit mehr als 500 bzw. 2000 Arbeitnehmern, vgl. § 76 Abs. 6 BetrVG 52; § 1 Abs. 2 MitbestG.

¹⁴ Vgl. *Teichmann* (2002b), S. 446. Aus der Sicht von *Hommelhoff* (2001c), S. 282: „... wird sich für den deutschen Gesetzgeber und für jene Unternehmen, die ein monistisches System der Leitung, Kontrolle und Überwachung etablieren wollen, die dogmatisch reizvolle und zugleich rechtspraktisch hervorgehoben bedeutsame Aufgabe stellen, die Mitbestimmung so in die monistische Unternehmensverfassung einzubauen, daß die Leitungs-bezogenen Entscheidungsprozesse nicht mit der Folge schwerfällig werden, daß die Aktions- und Reaktionsfähigkeit der SE auf wettbewerblich strukturierten Märkten beeinträchtigt zu werden droht.“

¹⁵ Zum vielfach geäußerten Einwand, die Arbeitnehmervertreter würden nicht über die erforderliche Qualifikation verfügen, siehe weiter unten, Zweiter Teil: B. II. 2. b) aa), S. 117 f.

¹⁶ Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8.10.2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, Abl. EG Nr. L 294/22 vom 10.11.2001; im Folgenden kurz SE-RL genannt.

schaften schon aufgrund der Gründungsvoraussetzungen – mit Ausnahme der Gründung durch Verschmelzung – ‚im Konzernsinne‘ stets vorstrukturiert sein werden¹⁷ und die Zielgruppe der Verordnung europaweit tätige Unternehmen sind, die bislang darauf angewiesen waren, Tochtergesellschaften nach dem Recht des jeweiligen Mitgliedstaates zu gründen¹⁸. Der Verzicht lässt sich jedoch ansatzweise dadurch erklären, dass ein dem deutschen Konzernrecht vergleichbares Recht der verbundenen Unternehmen nur in Portugal und Spanien vorzufinden ist¹⁹; es handelt sich demnach vorrangig um ein mitgliedstaatsspezifisches Problem. Vor diesem Hintergrund erscheint das Verwaltungsorgan zumindest im deutschen Konzernrecht, welches im Aktiengesetz verankert ist und daher primär auf aktienrechtlich verfasste Unternehmen im Konzernverbund abstellt, regelrecht als Fremdojekt. Die Einflussnahme auf und die Beherrschung durch die Organe der SE als abhängiger bzw. herrschender Gesellschaft dürfte also auf den ersten Blick offenbar nur für die dualistische Führungsstruktur in ausreichendem Maße geregelt sein.

Auf die vielfältigen unternehmensrechtlichen Aspekte bezogen, stellt sich daher die übergeordnete Frage, inwieweit sich einerseits die durch die Generalverweisungsnorm²⁰ in Art. 9 Abs. 1 lit. c) ii) SE-VO aktivierten nationalen Vorschriften mit der monistischen Verfassung vereinbaren lassen, und ob sich andererseits die mit dem aktienrechtlichen Vorbild grundsätzlich übereinstimmende dualistische Verfassung der SE nahtlos in das hiesige unternehmensrechtliche Umfeld einfügt²¹.

Ein dritter Problemkreis betrifft die Regelungen des Deutschen Corporate Governance Kodex²². Auf der Grundlage des erst kürzlich verabschiedeten

¹⁷ So dezidiert *Hommelhoff* (2001c), S. 282: „Vor diesem Hintergrund (der Gründungsformen, Anm. d. Verf.) erscheint die Europäische Aktiengesellschaft als rechtstypisches Konzernglied, ...“; siehe auch die Ausführungen von *Hommelhoff* (2001c), S. 281 f.; ähnlich *Hirte* (2002), S. 10; vgl. auch *Maul* (2002), S. 407.

¹⁸ Vgl. Erwägungsgrund (3) der SE-VO. Für grenzüberschreitend tätige Unternehmen besteht zwar die Möglichkeit, eine Zweigniederlassung in anderen Mitgliedstaaten zu errichten, aus steuerlichen Gründen werden jedoch Tochtergesellschaften oftmals bevorzugt, vgl. nur *Schäfer* (2001), S. 63.

¹⁹ Vgl. *Nagel* (1990), S. 209.

²⁰ So die zutreffende Einordnung von *Wagner* (2002), S. 986.

²¹ Hinzu kommt, dass künftige Änderungen des deutschen Aktienrechtes stets auch auf die Rechtsform der Europäischen Aktiengesellschaft ausstrahlen werden und mit Blick hierauf zu prüfen sind, vgl. *Neye* (2002), S. 382; *Teichmann* (2002a), S. 1110; *Casper* (2003), S. 65: „dynamische Verweisung“.

²² *Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex* (2002); hierzu grundlegend v. *Werder* (2002).

Für den Begriff ‚Corporate Governance‘ existieren mittlerweile zahlreiche Definitionen, siehe bspw. v. *Werder* (2000), S. 2; *Hess* (1996), S. 10; *Hopt* (1998b), S. 11; *Peltzer* (1998), S. 50 f. und *Windbichler/Bachmann* (2000), S. 797. Zur Begriffshistorie sowie zur begrifflichen Auslegung eingehender *Böckli* (2000), S. 133 f.; *Schneider* (2000), S. 2413.

Transparenz- und Publizitäts-Gesetzes (TransPuG)²³ sind börsennotierte Gesellschaften²⁴ mit Sitz in Deutschland – und darin eingeschlossen zukünftig jede notierte, hier ansässige SE²⁵ – gem. § 161 AktG (n.F.) dazu verpflichtet, eine Entsprechenserklärung (sog. ‚comply or explain‘-Erklärung) abzugeben, ob den Kodexempfehlungen entsprochen wurde und wird²⁶. Auch der genannte Kodex orientiert sich an der Organ- und Kompetenzstruktur des Aktiengesetzes²⁷ und lässt konsequenterweise – soweit die Verordnung vom Aktiengesetz abweichende Regelungen vorsieht – die Besonderheiten der Europäischen Aktiengesellschaft und insbesondere die monistische Führungsstruktur (bislang) völlig außer Betracht²⁸.

Schon angesichts dieser, nur grob skizzierten Unklarheiten wird deutlich, dass die Kompatibilität der Verfassungsalternativen mit den flankierenden rechtlichen Rahmenbedingungen (des Sitzstaates) als *eine* notwendige Grundvoraussetzung für die Wahl dieser Rechtsform zu qualifizieren ist. Hier stehen allein die nationalen Gesetzgeber in der Verantwortung, für ein entsprechend reibungsloses Zusammenspiel zu sorgen. Wer hingegen als Verantwortlicher vor der Entscheidung steht, ob er die SE wählen soll, wird auch der nicht einfach zu beantwortenden Frage nachgehen müssen, welche Auswirkungen die rechtliche Peripherie auf die Qualität der beiden SE-Systeme hat. Andererseits liegt es nahe, dass man – den Blick auf das angloamerikanische Board- bzw. das deutsche Aufsichtsrats-System gerichtet – (vor)schnell versucht sein dürfte, den (noch unbekannt) SE-Systemen entsprechende Stärken und Schwächen ungeprüft und vor allem ohne Rücksicht auf das konkrete Umfeld zu unterstellen. Dabei würden allerdings all jene rechtsnorminduzierten Konsequenzen²⁹ übersehen, die für die Herausbildung von Vor- und Nachteilen der monistischen sowie der dualistischen Verfassung der SE (mit)ursächlich sind. Das gilt sowohl für den

²³ Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität (TransPuG) v. 19.7.2002 (BGBl. I Nr. 50 S. 2681), hierzu *Seibert* (2001), S. 2194 ff.

²⁴ Genauer gesagt Vorstand und Aufsichtsrat einer börsennotierten Gesellschaft gemeinsam.

²⁵ Nach Art. 9 Abs. 1 lit. c) ii) SE-VO gilt jede SE bezüglich aller nicht von der SE-Verordnung geregelten Bereiche oder erfassten Aspekte als Aktiengesellschaft des Sitzstaates.

²⁶ Skeptisch gegenüber dem Modell der „freiwilligen Selbstkontrolle“ *Hopt* (1998b), S. 43.

²⁷ So die Präambel des Deutschen Corporate Governance Kodex, vgl. *Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex* (2002), S. 1.

²⁸ Unabhängig von den noch zu erhebenden (erforderlichen) Anpassungen bestätigt dieser Befund allerdings die Vorzüge der Formulierung als Empfehlungen. Ein Abweichen von den Empfehlungen kann durch den Hinweis auf entgegenstehende zwingende Bestimmungen der SE-VO einfach und überzeugend begründet werden.

²⁹ Zum Konzept der rechtsnorminduzierten Unterstützungen, Restriktionen und Konsequenzen grundlegend v. *Werder* (1986), S. 48 ff.

Vergleich der SE-Systeme untereinander als auch für den zwischen SE und jeweils nationaler AG. Beschränkt auf den Aspekt des Führungsregimes wäre die hinreichende Bedingung für die Wahl der SE als geeignete Rechtsform demnach erst dann erfüllt, wenn wenigstens eine der beiden Verfassungsalternativen der aktienrechtlichen Verfassung des jeweiligen Mitgliedstaates zumindest nicht nach stünde.

Für die Beurteilung einer Rechtsform unter betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten stellen die Stärken und Schwächen einzelner Führungsstrukturalternativen folglich und zweifelsohne ein nicht zu vernachlässigendes Entscheidungskriterium dar. Soweit unternehmensrechtliche (Komplementär-)Vorschriften die rechtsformspezifischen Normen überlagern oder ergänzen, wären darüber hinaus auch ihre diesbezüglichen Implikationen als beurteilungsrelevante Rahmendaten in die Entscheidungsvorbereitung miteinzubeziehen. Eine derart umfassend angelegte und systematisch aufbereitete Sondierung des entscheidungserheblichen Datenmaterials, auf die Unternehmen hilfsweise zurückgreifen könnten, steht allerdings auf der Grundlage des endgültigen Verordnungs- und Richtlinientextes – soweit ersichtlich – noch aus.

B. Zielsetzung und Gang der Untersuchung

Die Entscheidung für die Wahl einer bestimmten Rechtsform erfährt im Zuge des allmählich aufkeimenden Wettbewerbs der europäischen Gesellschaftsrechte eine weitere Komplikation, sie erlangt zugleich aber auch eine erhöhte Bedeutung. Denn (erst) durch die Verordnung über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft wird dieser Wettbewerb gleich in mehrfacher Hinsicht ermöglicht: Zum einen steht mit der SE eine zweite – allerdings supranationale – Form der Aktiengesellschaft zur Verfügung, die vorrangig solchen Unternehmen eine Option bietet, die bereits in der Aktiengesellschaft verfasst sind (Rechtsformwettbewerb)³⁰. Darüber hinaus tritt aufgrund der in Art. 38 lit. b) SE-VO eröffneten Wahlmöglichkeit das monistische System in unmittelbare Konkurrenz zum dualistischen System der SE sowie zur dualistischen Struktur der AG (Systemwettbewerb³¹)³². Ein weiteres, den Wettbewerb förderndes Moment der

³⁰ Vgl. *Teichmann* (2002b), S. 401.

Zur Eignung des endgültigen SE-Statuts für mittelständische Unternehmen vgl. die kritischen Anmerkungen von *Hommelhoff* (2001c), S. 286 ff.; zum Verordnungsentwurf von 1991 ausführlich *Gutsche* (1994), S. 151 ff.

³¹ Der Systemwettbewerb vollzieht sich dabei auf zwei Ebenen: Zum einen entsteht rechtsforminterne Konkurrenz zwischen dem monistischen und dem dualistischen System der SE und zum anderen rechtsformübergreifende Konkurrenz zwischen den Systemen der Europäischen Aktiengesellschaft und dem Führungssystem der deutschen Aktiengesellschaft. Beim letzteren handelt es sich also um einen Teilausschnitt des Rechtsformwettbewerbes, und zwar den Wettbewerb der Rechtsformen unter dem Gesichtspunkt des Führungsregimes.

SE-VO liegt zum anderen in den Ermächtigungsnormen³³ begründet. Gemäß Art. 9 Abs. 1 lit. c) i) SE-VO finden all jene Rechtsvorschriften auf die Europäische Aktiengesellschaft Anwendung, welche die Mitgliedstaaten in Form eines SE-Ausführungs- und Ergänzungsgesetzes speziell für SE mit Sitz in ihrem Hoheitsgebiet erlassen haben³⁴. Hierdurch wird den Mitgliedstaaten nicht nur die Möglichkeit eingeräumt, notwendige Anpassungen an nationale Bestimmungen vorzunehmen, sondern innerhalb der zwingenden Grenzen des SE-Statuts entsprechend attraktive rechtliche Standortbedingungen für den Sitz Europäischer Aktiengesellschaften zu schaffen (Wettbewerb der Rechtsordnungen³⁵)³⁶.

Grundlegendes Ziel der Untersuchung ist es, im Lichte dieser ‚Marktöffnungen‘ die Vor- und Nachteile der rivalisierenden SE-Systeme zu analysieren, um letztlich zu prüfen, ob sich die eine oder andere Alternative gegebenenfalls schon jetzt als die Vorteilhaftere herausstellen lässt. Hierzu werden die im Zusammenhang mit der Board-Konzeption sowie mit der Aufsichtsrats-Konzeption jeweils angeführten Stärken und Schwächen exemplarisch den insoweit strukturell gleichartigen Führungssystemen³⁷ unterstellt und anhand der Verordnungs- bzw. Richtlinienbestimmungen validiert. Da eine vom unternehmensrechtlichen

³² Insofern offeriert das Statut der SE, ungeachtet der Vor- und Nachteile des monistischen Systems, den Befürwortern einer monistischen Verfassung eine Lösung, die aktienrechtlich verfassten Unternehmen in Deutschland bislang verschlossen war. Zum Systemwettbewerb siehe auch *Hommelhoff* (2001b), S. 22; v. *Werder* (1997a), S. 310; *Theisen/Wenz* (2002), S. 43 ff.; unscharf dagegen *Wenz* (2003), S. 195 f.

³³ Bspw. können die Mitgliedstaaten gem. Art. 48 Abs. 2 SE-VO für ihr Hoheitsgebiet einen gesetzlichen Katalog zustimmungspflichtiger Rechtsgeschäfte festlegen.

³⁴ Angesichts der Äußerungen des für das Europäische Gesellschaftsrecht zuständigen Referatsleiters des Bundesministerium für Justiz, *Hans-Werner Neye*, wird die Bundesregierung hiervon offenbar umfassend Gebrauch machen, vgl. *Neye* (2002), S. 381: „Schon jetzt ist absehbar, dass das Ausführungsgesetz zur SE-Verordnung wesentlich umfangreicher (als das zur EWIV, Anm. d. Verf.) ausfallen wird.“ Vgl. auch den jüngst vom Bundesministerium der Justiz herausgegebenen Diskussionsentwurf eines SE-Begleitgesetzes, der allerdings (bislang) nur die gesellschaftsrechtlichen Aspekte abdeckt [<http://www.bmj.bund.de>, Stand: 28.2.2003].

³⁵ Da die Rechtsform der SE erstmals auch eine grenzüberschreitende Sitzverlegung ermöglicht [vgl. Art. 8 Abs. 1 SE-VO], stehen die nationalen Rechtsordnungen demnach nicht nur bei der (ersten) Gründung, sondern auch im Nachhinein bzw. fortwährend zueinander in Konkurrenz, vgl. *Schulz/Petersen* (2002), S. 1510.

³⁶ So etwa *Lutter* (2002a), S. 3; *Hommelhoff* (2001b), S. 22; *Teichmann* (2002b), S. 400; *Kloster* (2003), S. 300: „Steuerwettbewerb“; *Lange* (2003b), S. 303; *Hommelhoff/Teichmann* (2002), S. 4; kritisch *Ebert* (2003), S. 1859; vgl. aber auch *Hirte* (2001), S. 29: „Bei der Gründung (der SE, Anm. d. Verf.) wird daher erheblicher Aufwand auf die Prüfung zu verwenden sein, welches Land als Sitzland am besten geeignet ist.“ Zurückhaltender dagegen *Teichmann* (2002a), S. 1109 f., der angesichts der Verweise auf das nationale Aktienrecht zur Schaffung attraktiver Standortbedingungen eine „Modernisierung des Aktienrechts“ für unumgänglich hält; siehe hierzu ferner *Ulmer* (2002b), S. 147 f. und *Götz* (2003a), S. 1 f.

³⁷ Zur systematischen Anordnung und Abbildung von Führungsstrukturen in Führungssystemen sogleich, siehe Zweiter Teil: A.

Kontext losgelöste Beurteilung jedoch zu kurz greifen würde, wenn man bedenkt, dass die rechtlichen Rahmenbedingungen des Sitzstaates geeignet sein können, die – isoliert betrachteten – Vorzüge an ihrer Entfaltung zu hindern oder sie gar zu verkehren, sind zudem auch die einschlägigen gesellschafts-, mitbestimmungs- und konzernrechtlichen Vorschriften in gebotener Weise heranzuziehen.

Der gewählte Ansatz verspricht im Verlaufe der Untersuchung gleich mehrere Antworten hervorzubringen. Zum einen sollte sich herausstellen, ob eines und falls ja, welches der beiden SE-Systeme der jeweils anderen Alternative bei Sitz der SE in Deutschland überlegen ist (Aspekt des rechtsforminternen Systemwettbewerbs). Zum anderen dürfte die Vorgehensweise auch ein Urteil darüber erlauben, ob zumindest ein bestimmtes SE-System deutliche Vorteile gegenüber der Aufsichtsrats-Konzeption bietet (Aspekt des rechtsformübergreifenden Systemwettbewerbs). Damit wäre inzidenter auch eine Aussage über die Attraktivität der SE als Rechtsform in führungsstruktureller Hinsicht gewonnen, denn der Systemwettbewerb bildet ein nicht unbedeutendes Segment des Rechtsformwettbewerbs (Aspekt des rechtsformübergreifenden Systemwettbewerbs als Teilaspekt des Rechtsformwettbewerbs). Die Untersuchungsergebnisse sollten nicht zuletzt darüber Auskunft geben können, ob mit In-Kraft-Treten der SE-Verordnung nunmehr auch in Deutschland der Boden ‚bereitet‘ ist, um eine zum U.S.-amerikanischen Board-System vergleichbare Führungsorganisation zu installieren. Parallel dazu lassen sich im Anschluss an die Analyse voraussichtlich erste Hinweise auf Vor- und Nachteile geben, die abweichend vom Normalstatut der SE entweder durch den Satzungsgeber oder aber durch den Gesetzgeber ermöglicht, festgeschrieben bzw. überwunden werden können³⁸. Als mögliche Regelungswege hierfür kommen – sofern das SE-Statut und das Aktiengesetz dies der Entscheidung des Satzungsgebers überlässt – korrigierende Satzungsbestimmungen in Frage oder qua Verweisnormen ergänzende Vorschriften des SE-Begleitgesetzes.

Zur gezielten Vornahme der Untersuchung sind in einem – der Analyse vorausgehenden – ersten Schritt zunächst die charakteristischen Merkmale eines Führungssystems, als dem Kernbestandteil von Rechtsformen, herauszuarbeiten (Zweiter Teil). Hierbei wird zwischen den verallgemeinerbaren, rechtskreisübergreifenden, aber dennoch regelungsabhängigen Merkmalen einerseits und ihren rechtsformspezifischen Ausprägungen andererseits zu unterscheiden sein (Zweiter Teil: A.), die bis zu einem gewissen Grad von den (rechts)historischen, kulturellen sowie rechtlichen Rahmenbedingungen eines Domizilstaates abhängen. Dieser Pfadabhängigkeit rechtsformspezifischer Merkmalsausprägungen und ihrem Niederschlag in den Vorzügen und Schwächen von Führungs-

³⁸ Vereinzelt lassen sich Hinweise sicherlich auch für den im Folgenden nicht weiter betrachteten Deutschen Corporate Governance Kodex entnehmen.

strukturen ist ein gesondertes Kapitel gewidmet (Zweiter Teil: B.). Die Ausführungen konzentrieren sich dabei auf den Einfluss rechtlich-historischer Kontextfaktoren am Beispiel der Aufsichtsrats-Konzeption sowie der Board-Konzeption.

Unter der Annahme, dass sich unbesehen all jene Vor- und Nachteile, wie sie für die dualistische Führungsstruktur der Aktiengesellschaft und die monistische Führungsstruktur der U.S.-Corporation ins Feld geführt werden, auch den beiden Führungssystemen der SE zuerkennen lassen, erfolgt sodann im Hauptteil der Arbeit eine Kompatibilitäts- und Qualitätsprüfung der SE-Systeme im Kontext ausgewählter unternehmensrechtlicher Vorschriften (Dritter Teil). Zu diesem Zweck werden schrittweise zunächst nur die Vorschriften der SE-Verordnung und die gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen des deutschen Aktiengesetzes herangezogen, um die Implikationen für die Vor- und Nachteile der Führungssysteme in der nicht mitbestimmten unverbundenen SE herauszuarbeiten (Dritter Teil: A.). Auf der nächsten Stufe ist für den Fall der mitbestimmten unverbundenen SE der Normenkreis entsprechend auf die Regelungen der SE-Richtlinie, des BetrVG von 1952³⁹ und des MitbestG von 1976⁴⁰ auszuweiten (Dritter Teil: B.)⁴¹. Schließlich finden auf der letzten Stufe auch die konzernrechtlichen Bestimmungen des Aktiengesetzes Berücksichtigung, damit den Besonderheiten einer mitbestimmungsfreien sowie -pflichtigen SE im Konzernverbund Rechnung getragen werden kann (Dritter Teil: C.). Am Ende der drei Teilanalysen erfolgt jeweils eine Gegenüberstellung und Bewertung der beiden Führungssystemalternativen.

Basierend auf den Erkenntnissen, die aus den einzelnen Analyseschritten resultieren, sollen im Nachgang die Grenzen der dem Gesetz- und Satzungsgeber verbleibenden (Regelungs-)Freiräume ausgelotet werden, in denen sich (weitere) führungssystemspezifische Vorteile und Nachteile – sei es durch ergänzende Bestimmungen des SE-Begleitgesetzes oder satzungsrechtlich – verankern bzw. überwinden lassen (Dritter Teil: D.). Zum Abschluss der Untersuchung werden die Ergebnisse der einzelnen Teilabschnitte zusammengefasst und in einer Gesamtbetrachtung gewürdigt (Vierter Teil). Die Arbeit endet mit einem Ausblick.

³⁹ Betriebsverfassungsgesetz 1952 vom 11. Oktober 1952 (BGBl. I S. 681).

⁴⁰ Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (Mitbestimmungsgesetz – MitbestG) vom 4. Mai 1976 (BGBl. I S. 1153).

⁴¹ Da der überwiegende Teil der Unternehmen nicht der Montan-Industrie angehört, werden aus Gründen der Relevanz die Vorschriften des Montan-Mitbestimmungsgesetzes und des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes in der Untersuchung vernachlässigt.

Zweiter Teil

Rechtsformen und Führungssysteme

A. Systematisierung von Führungsstrukturen

I. Regelungsabhängige Merkmale von Führungssystemen

Unternehmensleitung und -überwachung können allgemein als mehr oder weniger spezifizierte Teilaufgaben der Unternehmensführung verstanden werden, die nach der Vorstellung des Gesetzgebers durch rechtlich hierzu legitimierte Akteure in eigenem oder fremdem Interesse wahrgenommen werden sollen. Zum Zwecke der Spezifikation und Legitimation erlässt namentlich der Gesetzgeber Regelungen, auf denen die Rechte und Pflichten sowohl der mit der Unternehmensführung betrauten als auch der am Unternehmen anteilmäßig beteiligten Individuen bzw. Gruppen gründen. Er benennt dabei nicht nur die Aufgabenträger (Organe), sondern schreibt darüber hinaus im Rahmen der übertragenen Befugnisse (Kompetenzen) die prinzipiellen Beziehungen zwischen ihnen vor. In diesem Sinne dienen Rechtsnormen letztlich als Mittel des Gesetzgebers zur Strukturierung der Unternehmensführung¹, verstanden als übergeordnete Aufgabe und als oberste organisatorische Einheit(en)².

Betrachtet man die skizzierten Zusammenhänge aus dem Blickwinkel des systemtheoretischen Ansatzes³, so lassen sich – der systemtheoretischen Terminologie folgend – Organe bzw. Organmitglieder im übertragenen Sinne als Elemente eines Systems auffassen, die mit Kompetenzen attribuiert zueinander in Verbindung gebracht werden⁴. Rechtsnormgeborene Führungsstrukturen bilden in ihrer Gesamtheit also interpretationsgemäß ein rechtlich fixiertes System der

¹ Siehe hierzu auch *Buchheim* (2001), S. 10 ff. Abweichend von den rechtlich-normativen Führungsstrukturen können und werden sich in der Unternehmenspraxis auch faktische Führungsstrukturen herausbilden, welche sich im Grenzbereich des rechtlich Zulässigen bewegen, vgl. z.B. das Rechtsgebilde des qualifizierten faktischen Konzerns.

² Auch als Führungsspitze oder Spitzenorganisation bezeichnet.

³ Zum systemtheoretisch-kybernetischen Ansatz der Organisationstheorie *Lehmann* (1992), Sp. 1838 ff.

⁴ Weitere Merkmale eines Systems sind ferner die Systemumwelt und die dazugehörigen Systemgrenzen sowie Input/Output-Relationen, die der Vollständigkeit halber genannt seien. Zum Begriff und Aufbau eines Systems siehe *Krallmann* (1996), S. 6 ff.

Unternehmensführung⁵. In seiner Eigenschaft als soziales System verfügt es außerdem über ein Systemziel⁶, auf das die Mitglieder der Unternehmensführung ihre Aktivitäten ausrichten bzw. auszurichten haben.

Kennzeichen dieser Führungssysteme sind, wie oben bereits angedeutet, erstens eine bestimmte Anzahl von Organen (Organgefüge) und zweitens ihre Ausstattung mit einem vorgegebenen Grundgerüst an Kompetenzen (Kompetenzgefüge), das die Wahrnehmung der ihnen übertragenen Aufgaben im Grunde erst erlaubt. Ein drittes Merkmal von Führungssystemen, das deren Organ- und Kompetenzgefüge gewissermaßen umschließt und durchdringt, lässt sich überdies an den Eigenschaften der systemkonzipierenden und -konturierenden Normen festmachen. Diese können hinsichtlich ihrer Zahl, Herkunft und Rigidität, d.h. ihrem dispositivem Charakter, zum Teil erheblich variieren. Führungssysteme sind demnach eingebettet in ein mehr oder weniger dicht geknüpftes Netz zwingender bzw. dispositiver Regelungen (Normengefüge), die – was noch zu zeigen sein wird – verschiedenen Ebenen zugeordnet werden können. Zusammen repräsentieren das Organgefüge, das Kompetenzgefüge und das sie umgebende Normengefüge die für die Untersuchung relevanten regelungsabhängigen Merkmale von Führungssystemen.

1. Normengefüge

a) Regelungsebenen

Das Geflecht der strukturbestimmenden Regelungen, welches das Organ- und Kompetenzgefüge eines Führungssystems durchzieht, muss nicht zwangsläufig nur einer Rechtsquelle entstammen und kann sich daher auf verschiedenen Ebenen erstrecken⁷. Während in Deutschland die Kodifikation derartiger Bestimmungen ihren überwiegenden Niederschlag in zahlreichen gesetzlichen Vorschriften findet, sind die Einzelheiten beispielsweise im U.S.-amerikanischen Rechtskreis nicht in vergleichbarem Maß gesetzlich geregelt. Dort sind die gesellschaftsrechtlichen Detailbestimmungen zwar durch Rückgriff auf die Grundsätze des common law⁸ mittels Model Business Corporation Acts⁹ und Uniform Laws¹⁰ auch auf gesetzlicher Ebene vereinheitlicht, ansonsten aber von

⁵ Ähnlich *Kessler* (1993), S. 253.

⁶ Das sog. Unternehmensziel, vgl. auch *Kessler* (1993), S. 255 f.

⁷ Vgl. *Kirchner* (2002), S. 96 f.

⁸ Vgl. *Windbichler* (1985), S. 51; siehe auch den deutlichen Hinweis bei *Buxbaum* (1996), S. 73.

⁹ Zuletzt geändert durch den Revised Model Business Corporation Act von 1984 der American Bar Association, vgl. *Merkt* (1991), S. 154 Rn. 178.

¹⁰ Siehe z.B. den von sämtlichen Bundesstaaten angenommenen Uniform Commercial Code, hierzu *Merkt* (1991), S. 156 Rn. 182. Im Unterschied zu den Uniform

Bundesstaat zu Bundesstaat verschieden und im Übrigen zu einem nicht unerheblichen Teil durch einzelfallbezogene Rechtsprechung, dem sog. case law, fortentwickelt¹¹. Auch in Deutschland werden zwar auf dem Wege der höchst-richterlichen Rechtsprechung vom Gesetz nicht erfasste oder zumindest nicht eindeutig präzierte Regelungen konkretisiert¹². Sie haben jedoch Ausnahmecharakter und sind dann oftmals von grundlegender Bedeutung¹³. Damit können als Regelungsebenen zunächst die Gesetzes- und die (jeweils dazugehörige) Rechtsprechungsebene voneinander unterschieden werden.

In Bezug auf das Führungssystem der Europäischen Aktiengesellschaft bedarf die gesetzliche Ebene allerdings noch einer weiteren Differenzierung: Anders als z. B. bei den nationalen deutschen Kapitalgesellschaften, deren Führungssysteme mit Ausnahme weniger Bereiche in nur einem Gesetz geregelt sind, fußt die supranationale Rechtsform auf einem „Rechtsquellen-durchmischten Konzept“¹⁴. Nach der Rangordnung des Art. 9 SE-VO finden auf die SE zuvörderst die Bestimmungen der SE-Verordnung Anwendung¹⁵, gefolgt von den speziell für die Europäischen Aktiengesellschaften mit Sitz in einem bestimmten Mitgliedstaat erlassenen Vorschriften¹⁶ und schließlich diejenigen Regelungen, welche (auch) für nationale Aktiengesellschaften gelten¹⁷. Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass Auslegung und Rechtsfortbildung wiederum in den Zuständig-

Laws, die – eine Übernahme durch sämtliche Bundesstaaten vorausgesetzt – zu einer wirklichen Rechtsvereinheitlichung führen, werden die Model Acts ggf. gar nicht oder nur mit (von Staat zu Staat verschieden weitreichenden) Änderungen übernommen. In diesem Sinne stehen sie also gewissermaßen ‚Modell‘ für die Revision gesellschaftsrechtlicher Bestimmungen. Im Ergebnis kann dadurch zwar nur, aber auch immerhin eine Rechtsangleichung erzielt werden.

¹¹ Vgl. *Windbichler* (1985), S. 51. Im Ergebnis führte diese Zersplitterung der gesellschaftsrechtlichen Vorschriften und Leitsätze zum Entwurf der ‚Principles of Corporate Governance‘ des American Law Institutes; deutlich *Ebke* (1999a), S. 207: „Die Verfasser der Principles of Corporate Governance haben versucht, das als unübersichtlich empfundene und in einer wachsenden Flut von Einzelregelungen und Einzelfallentscheidungen kaum mehr auszumachende Recht der Corporate Governance in klar gegliederter, systematisch geordneter Form aufzuzeichnen.“ Zur Regelungsebene der sog. Kodex-Regelungen sogleich.

¹² Zum Einfluss der Rechtsprechung auf das Gesellschaftsrecht siehe nur *Ulmer* (2002b), S. 148: „Denn bekanntlich hat die Rechtsprechung zum Gesellschaftsrecht schon des Reichsgerichts, vor allem aber diejenige des Bundesgerichtshofs immer wieder starke Impulse zur Fortschreibung des Organisationsrechts gegeben und dadurch gesetzliche Reformen vorgeprägt, wenn nicht sogar überflüssig gemacht.“

¹³ Siehe z. B. die Entscheidungen des II. Zivilrechtssenats des BGH zu den Fällen „ARAG/Garmenbeck“ [BGH, Urteil v. 21.4.1997 – II ZR 175/95] und „Holzmüller“ [BGH, Urteil v. 25.2.1982 – II ZR 175/80].

¹⁴ *Hommelhoff* (2001c), S. 285, der in diesem Zusammenhang auch von einer „kunstvoll aufgeschichteten Rechtsquellenpyramide aus Gemeinschaftsrecht, mitgliedstaatlichem Nationalrecht und Gesellschafts-individuellem Satzungsrecht“ spricht, eda. (Flexion geändert). Siehe auch *Kersting* (2001), S. 2080.

¹⁵ Art. 9 Abs. 1 lit. a) SE-VO.

¹⁶ Art. 9 Abs. 1 lit. c) i) SE-VO.

keitsbereich verschiedener Rechtsprechungsinstanzen fallen¹⁸. Wären an dieser Stelle also bereits fünf Regelungsebenen zu verzeichnen, so können indes noch zwei weitere angeführt werden.

Soweit es die einschlägigen Gesetze vorsehen und dem keine anderweitigen Bestimmungen entgegenstehen, können die Gründer einer Gesellschaft bzw. die Anteilseigner in der Hauptversammlung¹⁹ einer bestehenden Gesellschaft i. d. R. strukturbestimmende Regelungen in die Satzung aufnehmen²⁰. Auch in diesem Falle muss für die Rechtsform der SE eine Besonderheit festgehalten werden: Ergänzende Bestimmungen der Satzung unterliegen primär den Vorschriften der SE-VO und modifizieren die o. g. Reihenfolge des Art. 9 Abs. 1 SE-VO. Streng genommen ist die Rangordnung unter dem Aspekt der gesetzlichen Regelungsebenen zwar vollständig und korrekt wiedergegeben, Satzungsregeln, die nach der SE-VO ausdrücklich zugelassen sind, rangieren allerdings noch eine Stufe über den gesondert für die SE normierten Vorschriften²¹. Auf der letzten Stufe haben die Bestimmungen des Satzungsgebers schlussendlich auch die Voraussetzungen zu erfüllen, denen Satzungen nationaler Aktiengesellschaften entsprechen müssen²². Unterhalb von Gesetz und Rechtsprechung bildet folglich die Satzung eine nachgeordnete Regelungsebene auf höherem oder niedrigerem Niveau.

Auf einer weiteren – der deutschen Rechtsordnung erst seit kurzem offiziell auch zugehörigen²³ – Ebene sind die sog. Kodex-Regelungen und Zulassungsvoraussetzungen der Börsen angesiedelt. Sie können grundsätzlich als zwei unabhängig voneinander existierende Regelwerke qualifiziert werden, welche in der Praxis allerdings auch identisch sein können. Der englische Combined Code²⁴ bildet beispielsweise einen integralen Bestandteil der Zulassungsvoraussetzungen der London Stock Exchange (LSE), wohingegen die Zulassungsbestimmungen der Deutschen Börse, die keine strukturbestimmenden Regelungen enthalten, nicht auf den Deutschen Corporate Governance Kodex verweisen.

¹⁷ Art. 9 Abs. 1 lit. c) ii) SE-VO. In diesem Rahmen erlangt auch die dazugehörige nationale Rechtsprechung unmittelbare Geltung, vgl. *Casper* (2003), S. 68 f.; *Jaecks/Schönborn* (2003), S. 254 f.

¹⁸ Für den Bereich des Gemeinschaftsrechtes ist dies der EuGH, für das nationale Recht letztinstanzlich hingegen der BGH.

¹⁹ Im Falle der corporation als shareholders assembly oder shareholders meeting bezeichnet.

²⁰ Für die deutsche Aktiengesellschaft siehe § 23 Abs. 5 AktG. In der U.S.-Corporation können vergleichbare, aber auch weitergehende Regelungen in den ‚Articles of Incorporation‘ sowie den ‚By-laws‘ aufgenommen werden, vgl. *Frese/Mensching/v. Werder* (1987), S. 375 f.

²¹ Vgl. Art. 9 Abs. 1 lit. b) SE-VO; deutlich auch *Kübler* (2003), S. 224.

²² Art. 9 Abs. 1 lit. c) iii) SE-VO.

²³ Siehe hierzu nochmals den Hinweis auf das Transparenz- und Publizitäts-Gesetz oben, Erster Teil: A., S. 22 f.

²⁴ *Committee on Corporate Governance* (1998); siehe auch die Anmerkungen zum Combined Code von *Davies* (2001), S. 276 ff.

Demgegenüber beinhalten die Zulassungsregeln der New York Stock Exchange (NYSE) diesbezügliche Vorschriften ohne Bezugnahme auf einen Kodex²⁵. Beide Regelungsgruppen können in Abhängigkeit ihrer rechtlichen Verankerung auf verschiedenen Wegen Rechtsgültigkeit erlangen und entfalten dementsprechend mehr oder weniger starke Rechtswirkung. So ist die regelkonforme Befolgung der NYSE-Regularien unabdingbare Voraussetzung für die Zulassung als börsennotiertes Unternehmen, während ein an der LSE gehandeltes Unternehmen von den Regelungen des Combined Code nach dem Grundsatz des ‚comply or explain‘ abweichen kann, aber verpflichtet bleibt dies offenzulegen und zu begründen²⁶. Im Gegensatz hierzu würde eine unterlassene Entsprechenserklärung eines an der Deutschen Börse notierten Unternehmens nicht zwangsläufig zum Ausschluss führen²⁷.

Wenngleich die Rechtsnatur derartiger Kodex-Regelungen als sog. „soft law“²⁸ in Deutschland umstritten ist²⁹, scheint es, angesichts ihrer Erwähnung in § 161 AktG (n.F.) sowie des zu erwartenden faktischen Begründungsdrucks³⁰, gerechtfertigt, sie zusammen mit den Zulassungsregeln als weitere Regelungsebene einzuordnen. Regelungstechnisch können demzufolge insgesamt acht, bzw. ohne SE-spezifische Unterscheidungen, vier allgemeingültige Ebenen auseinander gehalten werden³¹, auf denen Regelungen zur Strukturierung von Führungssystemen vorzufinden sind (siehe Abbildung 1).

Das Normengefüge lässt sich indes nicht nur vertikal untergliedern, sondern gemessen an der Fülle der auf einer Ebene befindlichen Bestimmungen (Regelungsdichte) und ihrer Bindungswirkung (Regelungsintensität) gewissermaßen ‚horizontal‘ weiter spezifizieren.

²⁵ So muss das Audit Committee U.S.-amerikanischer Unternehmen, die an der New York Stock Exchange notiert sind, mit mindestens drei independent directors besetzt sein, NYSE Listed Company Manual, §§ 303.01 (B) (2) (a), 901.01 II 7. Bundesstaatenweite Beachtung finden ferner die ‚Principles of Corporate Governance‘ des American Law Institutes, vgl. *The American Law Institute* (1994); dazu *Ebke* (1999a), S. 207.

²⁶ Hierzu eingehender *Hopt* (2002b), S. 53.

²⁷ Angesichts der damit einhergehenden Öffentlichkeitswirkung sowie der gestiegenen Aufmerksamkeit von institutionellen Investoren dürfte eine verweigernde Haltung aus Sicht der Unternehmen allerdings kaum zu vertreten sein.

²⁸ *Lutter* (2001a), S. 225; *ders.* (2000a), S. 18.

²⁹ *Hommelhoff* (2001a), S. 244 ff.; *Lutter* (2001a), S. 237; *Wiebe* (2002), S. 208 und *Talaulicar* (2002), S. 40, ordnen die Kodex-Empfehlungen der mittleren Regulierungsebene zu; a.A. *Claussen/Bröcker* (2002), S. 1199; *Ulmer* (2002a), S. 158 ff.; *ders.* (2002b), S. 169.

³⁰ Es besteht allerdings keine gesetzliche Begründungspflicht, vgl. *Hütten* (2002), S. 1742 m. N.

³¹ Genau genommen wären noch die Bestimmungen der Geschäftsordnung zu nennen, die aber ihrem Charakter nach den Satzungsbestimmungen gleichzustellen sind oder sogar einen Bestandteil der Satzung bilden können [vgl. § 77 Abs. 2 S. 2 AktG].

Generelle Regelungsebenen

| <u>SE-spezifische Regelungsebenen</u> | Gesetzl. Ebene | Rechtspr.-ebene | Satzungs-ebene | Soft law-Ebene |
|--|-----------------------|------------------------|-----------------------|-----------------------|
| 1. Bestimmungen der SE-VO/SE-RL | X | | | |
| 2. Rechtsprechung EuGH | | X | | |
| 3. Satzungsbestimmungen i. R. d. SE-VO/SE-RL | | | X | |
| 4. Bestimmungen des SE-Ausführungsgesetzes | X | | | |
| 5. Vorschriften des Sitzstaates (z. B. AktG) | X | | | |
| 6. Rechtsprechung nat. Gerichte | | X | | |
| 7. Satzungsbestimmungen i. R. d. AktG | | | X | |
| 8. Empfehlungen des DCGK/Börsen-Regularien | | | | X |

Quelle: eigene Darstellung

Abbildung 1: SE-spezifische Regelungsebenen und ihre Verdichtung zu generellen Regelungsebenen von Führungssystemen

b) *Regelungsdichte und Regelungsintensität*

Anzahl und Rigidität der führungssystemrelevanten Normen hängen regelmäßig – aber nicht zwangsläufig immer – von der Regelungsebene ab und sind häufig Ausdruck der ‚rechtspolitischen Mentalität‘ des Gesetz- bzw. Regelgebers. Die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen beruhen beispielsweise in Deutschland vorrangig auf den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften, die eigens für eine oder mehrere Rechtsformen erlassen wurden³². Insofern wird also bereits auf gesetzlicher Ebene zwischen verschiedenen Gesellschaftsformen von Unternehmen unterschieden und im Zuge dessen den u. a. größenbedingten Anforderungen an das Führungssystem gezielt und vor allem umfassend Rechnung getragen³³. In den Vereinigten Staaten repräsentiert die Corporation demgegenüber den einzigen vergleichbaren Kapitalgesellschaftstypus³⁴ (mit eigener und gesicherter Rechtspersönlichkeit³⁵), der keiner bestimmten Unternehmensgröße

³² Während das GmbH-Gesetz ausschließlich die Rechtsform der GmbH regelt, gelten die Vorschriften des Aktiengesetzes in weiten Teilen auch für die Kommanditgesellschaft auf Aktien.

³³ Ähnlich Kraft/Kreutz (1997), S. 1.

³⁴ Vgl. Frese/Mensching/v. Werder (1987), S. 374 f.; Merkt (1991), S. 126 Rn. 131.

vorbehalten ist. Ihr Führungssystem wird deshalb unter dem Gesichtspunkt der gesetzlichen Regelungsdichte vorerst nur schwach strukturiert³⁶.

Neben der Katalogisierung in den rechtsformspezifischen Gesetzestexten, kann die systematische Erfassung der zu regelnden Strukturdetails darüber hinaus auch in den ergänzenden unternehmensrechtlichen Vorschriften, wie etwa den in der Untersuchung später ausführlich zu behandelnden Vorschriften des BetrVG 1952³⁷ und des MitbestG³⁸, erfolgen. Obwohl durch sie einzelne Bestimmungen des Gesellschaftsrechts außer Kraft gesetzt werden³⁹, liegen die verdrängenden Normen nicht auf einer den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften übergeordneten Ebene. Sie genießen vielmehr hier, bei Vorliegen gesetzlich definierter Bedingungen, als *leges speciales* Vorrang vor den rechtsformspezifischen Bestimmungen.

Ungeachtet der gesetzlichen Regelungsdichte können Führungsstrukturen entweder zwingend vorgegeben oder aber zur Disposition des in der Rangordnung folgenden Regelgebers gestellt werden, mithin also im übertragenen Sinne mehr oder weniger rigide beschaffen sein. Nur auf der Grundlage der jeweils höher-rangigen dispositiven Normen sind Aufbau und Funktionsweise eines Führungssystems einer abweichenden Regelung überhaupt zugänglich; es sei denn, dass einzelne Bereiche durch bewusste oder unbewusste Regelungslücken strukturoffen belassen wurden.

An dieser Stelle ist bereits im Vorgriff auf die noch folgende Auseinandersetzung mit den rechtsformspezifischen Merkmalsausprägungen der SE auf eine Besonderheit für die Stellung des Satzungsgebers hinzuweisen: Konnten die Anteilseigner einer Aktiengesellschaft bislang nur in den durch das Aktiengesetz genannten Fällen strukturelle Anpassungen vornehmen, so kann die im Rahmen der SE-Verordnung gewährte Satzungsautonomie nicht durch Bestimmungen des SE-Ausführungs- und Ergänzungsgesetzes oder alternativ des Aktiengesetzes

³⁵ Auch der ‚statutory partnership‘ wird nach überwiegender Meinung eine eigene Rechtspersönlichkeit zugesprochen, sie ist allerdings umstritten, vgl. *Merkt* (1991), S. 120 Rn. 115 m.N.

³⁶ Hierzu im Einzelnen unten, siehe Zweiter Teil: A. II. 1. b), S. 57 ff. Mit *Ebke* (1999a), S. 190 u. 194, ist allerdings zu bemerken, dass in den Vereinigten Staaten sehr viel detailliertere Kapitalmarktregeln vorliegen, die zwar über den ‚market for corporate control‘ tendenziell für einen Ausgleich dieses Strukturdefizites sorgen, aber interne Kontrollmechanismen nicht ersetzen können. Siehe zur Kritik auch *ders.* (1998), S. 233 f.

³⁷ Betriebsverfassungsgesetz 1952 v. 11.10.1952 (BGBl. I S. 681).

³⁸ Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (Mitbestimmungsgesetz – MitbestG) v. 4.5.1976 (BGBl. I S. 1153).

³⁹ Siehe z. B. das Verhältnis von § 27 Abs. 1 MitbestG zu § 107 Abs. 1 AktG, wonach der Aufsichtsratsvorsitzende einer Aktiengesellschaft bei Mitbestimmung nicht mehr nach näherer Bestimmung der Satzung, sondern mit einer Zweidrittel-Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder gewählt wird.

eingeschränkt werden⁴⁰. Dies verdeutlicht, dass der Grad der Gestaltungsflexibilität eines Führungssystems nicht ausschließlich anhand der Regelungsdichte und Regelungsintensität, sondern stets mit Blick auf den Rang der Regelungsebene zu beurteilen ist.

In diesem Zusammenhang steht auch die – auf dem Wege des transatlantischen sowie des innereuropäischen Vergleichs der Unternehmensverfassungen geführte – Diskussion um die vorteilhaftere Regelungstechnik auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene⁴¹. Sie spiegelt sich u. a. in der Entwicklung des SE-Statuts wider⁴² und leitet sogleich zu den Kodex-Regelungen über. Im Kern geht es dabei um die Streitfrage, ob einer (mehr oder weniger starken) Rechtsangleichung⁴³ oder dem Wettbewerb der Rechtsordnungen⁴⁴ der Vorzug zu geben ist⁴⁵.

Unter Hinweis auf die Erfahrungen mit den Gesellschaftsrechten der Vereinigten Staaten, deren föderalistisches System aus Bundesstaaten und Bundesebene insoweit dem der europäischen Mitgliedstaaten und der Gemeinschaftsebene ähnelt, wird von einer Seite generell die Vereinheitlichung der gesellschaftsrechtlichen Vorschriften befürwortet⁴⁶. Wenige, die Gründer einer Gesellschaft vor allem begünstigende Regelungen einzelner Mitgliedstaaten führen nach dieser Ansicht zu einem „race to the bottom“ (Delaware-Effekt)⁴⁷.

⁴⁰ Art. 9 Abs. 1 SE-VO.

⁴¹ Vgl. *Merkt* (1995b), S. 546 f. sowie S. 554 ff.; *Lutter* (2000b), S. 141.

⁴² Vgl. *Ebke* (1998), S. 196; *ders.* (1999a), S. 193; *Behrens* (1996), S. 832 FN 5; *Schmidt/Grohs* (2000), S. 154.

⁴³ Das für erforderlich gehaltene Ausmaß der Rechtsangleichung ist umstritten und reicht – vereinfacht gesagt – von der Mindestharmonisierung des nationalen Rechts bis zur Rechtsvereinheitlichung durch Gemeinschaftsrecht. Vielfach ist das frühere Bestreben nach einem *ius commune societatum Europae* aufgrund des ‚Reformstaus‘ auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene einer eher pragmatischen Sicht gewichen, die nunmehr die Idee einer Kernbereichsharmonisierung verfolgt und im Übrigen einen Wettbewerb der Rechtsordnungen zulassen möchte; hierzu und zum Ganzen *Schön* (1996a), S. 238 ff.; *Hopt* (1992), S. 265 ff.; *Dreher* (1999), S. 110.

⁴⁴ Ausführlich zum Wettbewerb der Rechtsordnungen *Grundmann* (2001), S. 786 ff.

⁴⁵ In diesem Kontext wird vereinzelt auch auf die programmatische Frage hingewiesen, ob Europa als ‚Vielfalt in der Einheit‘ oder als ‚Einheit in der Vielfalt‘ zu gestalten sei, vgl. *Heinze* (1997), S. 297; ähnlich *Ebke* (2000), S. 27 f.; siehe hierzu auch *Hopt* (1992), S. 292 f.; *Ebke* (1998), S. 242; für das U.S.-amerikanische Recht *Ebke* (1999a), S. 190. Treffend in Bezug auf die SE, *Roth* (2000), S. 396: „In der Tat stand man am Anfang vor zwei Alternativen: Sollte man zu einer Europäischen Gesellschaft oder zu einer Gesellschaft europäischer Prägung gelangen?“.

⁴⁶ Entschieden für eine Vereinheitlichung *Hellwig* (2001), S. 583; im Ergebnis wohl auch *Behrens* (1996), S. 849; a. A. *Ebke* (1998), S. 200 f.; *Kirchner* (2000), S. 112 f.; vermittelnd *Dreher* (1999), S. 110 ff.; *Hopt* (1998c), S. 98 f.; *Lutter* (1992), S. 447.

⁴⁷ So in Bezug auf die spezifische Rechtslage bei der SE *Kolvenbach* (1998), S. 1324 und *Merkt* (1992), S. 660, der allerdings den damit verbundenen Wettbewerb der Rechtsordnungen grundsätzlich begrüsst, vgl. *ders.* (1992), S. 661.

Für den Wettbewerb der Regelgeber in den Vereinigten Staaten ist ursprünglich der Begriff „race for laxity“ geprägt worden, vgl. *Merkt* (1991), S. 147 Rn. 168 m.N.

Aus diesem Grund werden einheitliche und deshalb umfassende Regelungen für die Unternehmensverfassung, d. h. inzidenter auch für die Führungssysteme, gefordert. Die Gegenmeinung erblickt dagegen in der Koexistenz konkurrierender Rechtsordnungen gerade erst die Möglichkeit eines „race to the top“, wodurch sich die jeweils besten Regelungen gleich einer Auslese im Zuge der unternehmerischen Standort- und Rechtsformwahl durchsetzen werden⁴⁸. Eine umfangreiche, gemeinschaftsweit gültige Kodifikation würde lediglich dem regulatorischen Übermaß Vorschub leisten und ließe sich auch nicht mit dem Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 (ex-Art. 3 b) EGV vereinbaren⁴⁹.

Die Durchsicht der SE-Verordnung fördert allerdings die ernüchternde Erkenntnis zutage, dass das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft keiner der beiden Positionen eindeutig folgt. Von einer durchweg einheitlichen Regelung ist die 70 Artikel umfassende Verordnung weit entfernt. Bedingt durch die Verweisteknik des Art. 9 Abs. 1 SE-VO wird aufgrund der zur Anwendung gelangenden mitgliedstaatlichen Vorschriften weder der Befürchtung einer Überregulierung entgegengetreten noch die gewünschte Einheitlichkeit vollständig erreicht. Immerhin ist zu konzedieren, dass die SE als eine mit den nationalen Aktiengesellschaften konkurrierende Rechtsform geeignet sein kann, den Wettbewerb tendenziell zu fördern. Sie dürfte in diesem Punkt daher ansatzweise den Zuspruch der wettbewerbsorientierten Vertreter finden. Insgesamt kann der endgültige Entwurf des SE-Statuts jedoch aus Sicht der beiden Meinungslager vermutlich nur begrenzt zufriedenstellen⁵⁰.

Ausführlich zum Delaware-Effekt, *Merkt* (1995b), S. 549 ff. m.w.N.; siehe auch *Behrens* (1996), S. 841; *Kirchner* (2000), S. 104 f.; *Lutter* (2000b), S. 135; *Dreher* (1999), S. 110. Je nach der Vehemenz der vertretenen Position wird auch das Schlagwort „Delaware-Syndrom“ verwendet, vgl. die gesammelten Nachweise bei *Ebke* (1998), S. 207, in FN 72.

Albach (2000), S. 14, hält dem entgegen: „Heute müssen wir feststellen, daß der Wettbewerb der Systeme keine Option mehr für die Staaten Europas ist. Dieser Wettbewerb ist Realität.“; ebenso *Wiesner* (1996), S. 1792; zurückhaltender *Hertig* (2000), S. 282.

⁴⁸ Ähnlich aber differenzierend *Lutter* (2000a), S. 9; für einen Wettbewerb der Regelleger u. a. *Grundmann* (2001), S. 832; *Sandrock* (2002), S. 1601; deutlich auch *Eddy Wymeersch* auf dem 1. Europäischen Juristentag [vgl. FAZ v. 17.9.2001, S. 19] und *Joachim Jahn* (2001), S. 17: „Der Markt selbst könne am besten erproben, welches Paragraphenkleid ihm passe.“; vgl. auch *Van Hulle* (2000), S. 523 und eingehender *Eidenmüller* (2002), S. 2235 ff.; kritisch *Merkt* (1995b), S. 560. Einige Befürworter sehen im Wettbewerb der Rechtsordnungen eine Möglichkeit zur Überwindung der „Euro-Sklerose“, vgl. *Albach* (2000), S. 14.

⁴⁹ Zum Subsidiaritätsprinzip siehe *Ebke* (1998), S. 223 f. mit zahlreichen Nachweisen; *Schön* (1996a), S. 228 ff.

⁵⁰ Ein gewisser Hoffnungsschimmer dürfte noch in Verbindung mit der in Art. 69 SE-VO auferlegten Verpflichtung der Europäischen Kommission einhergehen, spätestens fünf Jahre nach In-Kraft-Treten der SE-VO dem Rat und dem Europäischen Parlament Änderungsvorschläge zu unterbreiten.

Einen vermittelnden Weg markiert hierauf bezogen die Regelungsweise der bereits angesprochenen Corporate Governance-Kodizes. Mit Hilfe dieser Regelwerke werden zum einen einheitliche Gestaltungsmaßstäbe gesetzt, die im Vergleich zu den gesetzlich normierten Bestimmungen flexibler angepasst werden können, ohne dabei ein Gesetzgebungsverfahren mit allen dazugehörigen Konsultationsverfahren durchlaufen zu müssen⁵¹. Zum anderen belassen sie – als Empfehlungen formuliert – den Unternehmen bei der Gestaltung ihrer Führungssysteme genügend Freiraum, da und soweit abweichende Strukturen im Sinne des ‚comply or explain‘ lediglich offenzulegen und (gegebenenfalls) zu begründen sind. Die Anzahl der darin enthaltenen strukturelevanten Bestimmungen ist zwar von Kodex zu Kodex unterschiedlich hoch, im Wesentlichen aber davon abhängig, inwiefern Sachverhalte gesetzlich bereits geregelt sind⁵². Im Gegensatz zu den nationalen Gesellschaftsformen liegt für die Rechtsform der Europäischen Aktiengesellschaft allerdings noch kein spezifischer Corporate Governance-Kodex vor⁵³.

Nach den bisherigen Ausführungen kann somit festgehalten werden, dass Führungssysteme, gleich welcher Rechtsform, durch unterschiedlich stark ausgeprägte Regelungskomplexe gekennzeichnet sind. Unterschiede ergeben sich einerseits aus der Verteilung der meist rechtsformspezifischen Normen auf mehrere Ebenen und andererseits aus der wechselnden Regelungsdichte und -intensität der Stufen innerhalb dieser Normenhierarchie. Entsprechend dieser Regulationsbedingungen des Normengefüges kann das im Folgenden näher zu behandelnde Organ- und Kompetenzgefüge eher verbindlich vorgegeben oder aber frei gestaltbar sein.

2. Organgefüge

a) Zweistufiges System

Die Existenz von Organen ist gleichermaßen bezeichnend für eine bestimmte Art von Gesellschaftsform als auch für die hierin verfassten Führungssysteme. Im weitesten Sinne können Organe als Träger der Unternehmensverwaltung verstanden werden, deren Aufkommen unzertrennbar mit dem juristischen Prinzip der Fremddorganschaft verbunden ist. Während in den Personengesellschaft-

⁵¹ Siehe zu dieser Einschätzung auch v. *Werder* (2000), S. 6 f.

⁵² Ähnlich v. *Werder/Minuth* (2000), S. 22. Selbst in Rechtskreisen mit zahlreichen Gesetzen und einer Fülle von Detailbestimmungen, fällt den Kodizes die – nicht zu unterschätzende – Aufgabe zu, gesetzliche Normen zu konkretisieren. Nicht zu vernachlässigen ist darüber hinaus auch ihre Kommunikationsfunktion, wenn gesetzliche Vorschriften unübersichtlich angeordnet oder schwer verständlich formuliert sind.

⁵³ Zu der Frage, ob es überhaupt gemeinsame Grundsätze der Corporate Governance in Europa gibt, eingehend *Hopt* (2000a); vgl. auch *Grundmann/Mülbert* (2001).

ten des deutschen Gesellschaftsrechts⁵⁴ grundsätzlich – und nur in ganz wenigen Ausnahmefällen⁵⁵ nicht – die Geschäftsführung und Vertretung mindestens einem Gesellschafter obliegt (Grundsatz der Selbstorganschaft), ist die Verwaltung durch Dritte, d. h. nicht am Unternehmen maßgeblich beteiligte Personen, in Kapitalgesellschaften wohl die Regel⁵⁶. Dies liegt vornehmlich in der für Kapitalgesellschaften⁵⁷ typischen Eigenschaft als juristische Person begründet⁵⁸, die nicht selbständig, sondern nur durch ihre Organe (rechtsgeschäftlich) tätig werden kann. Damit kann zunächst festgehalten werden, dass Organe nur in Führungssystemen von rechtsfähigen Gesellschaften anzutreffen sind. Vorerst ungeklärt ist allerdings, welche Organe als Elemente eines Führungssystems in Frage kommen.

Orientiert man sich näherungsweise an der im deutschen Gesellschaftsrecht auffindbaren Verteilung von Aufgaben, Rechten und Pflichten, so können prinzipiell Geschäftsführungs- bzw. Leitungsorgane, Vertretungs-, Kontroll- und Willensbildungsorgane unterschieden werden⁵⁹. Als Organe, die dem Führungssystem angehören (Führungsorgane), können sie jedoch erst dann qualifiziert und bezeichnet werden, wenn ihnen qua Bestimmungen auf einer der o. g. Regelungsebenen Teilaufgaben der Unternehmensführung, also Leitung oder Überwachung (in nennenswertem Umfang) zugewiesen sind. Angesichts der selbsterklärenden Bezeichnung fallen dem Geschäftsführungsorgan, dem hierzu synonymen Leitungsorgan sowie dem ggf. vorhandenen Kontrollorgan, das die mit der Unternehmensleitung betrauten Gremien überwacht (Überwachungsorgan), eindeutig Aufgaben der Unternehmensführung zu. Demgegenüber markiert das Vertretungsorgan eine Besonderheit des deutschen Rechts, wonach im Gegensatz zu anderen Rechtsordnungen⁶⁰ zwischen Geschäftsführung im Innenverhältnis und Geschäftsführung im Außenverhältnis (Vertretung) unterschieden

⁵⁴ Dies sind die BGB-Gesellschaft, offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft, stille Gesellschaft und die Partnerschaft, eingeschränkt auch die Reederei, vgl. *Kraft/Kreutz* (1997), S. 3.

⁵⁵ Dies sind nach *Kraft/Kreutz* (1997), S. 160 f., der Nichtgesellschafter als Liquidator, der gerichtlich eingesetzte Fremdgeschäftsführer und der praktisch relevante Fall, dass eine GmbH oder AG Gesellschafter einer Personengesellschaft ist und zum Geschäftsführer bestellt wird, so etwa bei der GmbH & Co. KG.

⁵⁶ Nach den Vorschriften des Aktiengesetzes ist z. B. die Bestellung in den Vorstand nicht an die Voraussetzung geknüpft, dass das designierte Vorstandsmitglied anteilmäßig beteiligt sein muss [vgl. § 76 Abs. 3 AktG]. Davon abgesehen werden Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder spätestens durch Ausübung von Aktienoptionen, wenn auch im Nachhinein und ggf. nicht für längere Zeit, zu Anteilseignern der Gesellschaft. Eine Ausnahme bildet hier das schweizerische Aktienrecht (Obligationenrecht): Gem. § 707 Abs. 1 u. 2 OR können nur Aktionäre zu Mitgliedern des Verwaltungsrats bestellt werden.

⁵⁷ Zu denen die Europäische Aktiengesellschaft zählt, vgl. Artt. 10, 3 Abs. 1 SEVO.

⁵⁸ *Kraft/Kreutz* (1997), S. 46 f.

⁵⁹ So auch *Kraft/Kreutz* (1997), S. 47.

wird⁶¹. Da jedoch nach der gesetzlichen Anordnung insbesondere Geschäftsführungs- bzw. Leitungsorgane⁶² zugleich auch Vertretungsorgane sind⁶³, kann es aus dem Kreis der in Rede stehenden Organe ausgeklammert werden.

Im Falle des Willensbildungsorgans, einem Gremium, in dem die Gesellschafter ihren Willen durch Beschlussfassung zum Ausdruck bringen⁶⁴, lässt sich die Frage dagegen nicht sofort eindeutig beantworten. Für die Qualifikation der Gesellschafterversammlung einer GmbH als Führungsorgan spricht z.B. die gesetzlich zugewiesene Aufgabe, gem. § 46 Nr. 6 GmbHG die Geschäftsführung zu überwachen. Darüber hinaus ermächtigen die §§ 37 Abs. 1, 52 Abs. 1 GmbHG die Gesellschafterversammlung grundsätzlich auch zur Wahrnehmung der Unternehmensleitung⁶⁵ sowie zur Einrichtung eines fakultativen Überwachungsorgans⁶⁶. Es steht den Gesellschaftern in ihrer Gesamtheit also frei entweder Führungsaufgaben zu übernehmen oder alternativ sich ihrer vollständig zu begeben. Im Vergleich hierzu darf die Hauptversammlung⁶⁷ einer Aktiengesellschaft lediglich im Rahmen von Einzelentscheidungen und nur nach Aufforderung des Vorstands an der Geschäftsführung partizipieren⁶⁸. So gesehen muss das Willensbildungsorgan folglich in Abhängigkeit der gewählten Rechtsform zumindest als potenzielles Führungsorgan mit in Betracht gezogen werden.

Für das Verhältnis von und die Abgrenzung zwischen Rechtsform und Führungssystem bedeutet dies, dass die obligatorischen und fakultativen Gesellschaftsorgane je nach Rechtsform sämtlich Elemente eines Führungssystems sein können, aber nicht müssen. Anders gestaltet sich dieser Zusammenhang im Rahmen der generellen Typisierung von Organstrukturen: Gemessen an der An-

⁶⁰ Im U.S.-amerikanischen Recht finden auf das Verhältnis zwischen den geschäftsführenden Mitgliedern des Führungsorgans (sog. executive bzw. inside directors) und dem gesamten Führungsorgan (Board of Directors) die Regeln des Vertretungsrechts Anwendung, vgl. *Merkt* (1991), S. 306 Rn. 511 und dort insbes. FN 93.

⁶¹ *Kraft/Kreutz* (1997), S. 48 f.

⁶² Zu den Ausnahmen einer Gesellschafter- oder Aufsichtsratsgeleiteten GmbH v. *Werder* (1987b), S. 155 ff.

⁶³ Vgl. für die Aktiengesellschaft §§ 76 Abs. 1, 78 Abs. 1 AktG; für die GmbH §§ 35 Abs. 1, 37 Abs. 1 GmbHG. In der SE-VO wird dagegen nicht zwischen Geschäftsführung und Vertretung unterschieden, vgl. Artt. 39 Abs. 1, 43 Abs. 1 SE-VO.

⁶⁴ Ähnlich *Kraft/Kreutz* (1997), S. 47.

⁶⁵ Zu den Führungsmodellen der GmbH vgl. den Nachweis in FN 62 [Zweiter Teil: A. I. 2. a)].

⁶⁶ Im GmbHG als Aufsichtsrat bezeichnet [vgl. § 52 Abs. 1 GmbHG]. Ist das Organ vornehmlich mit Geschäftsführungskompetenzen ausgestattet, wird häufig auch die Bezeichnung Beirat verwendet.

⁶⁷ Gemeint ist die Hauptversammlung als beschlussfähiges Organ [vgl. §§ 118, 119 AktG]. Hiervon zu unterscheiden ist die jährliche oder außerordentliche Veranstaltung [vgl. §§ 121 ff. AktG] im Sinne einer Versammlung der Anteilseigner.

⁶⁸ § 119 Abs. 2 AktG.

zahl der gesetzlich vorgeschriebenen und statutarisch vorgesehenen Organe, kann die Rechtsform einer Kapitalgesellschaft eine zweigliedrige oder dreigliedrige Organstruktur aufweisen⁶⁹. In der vergleichsweise ‚einfachen‘ zweigliedrigen Struktur ist neben der Gesellschafterversammlung bzw. Hauptversammlung lediglich ein (weiteres) Führungsorgan vorhanden, während in der dreigliedrigen Struktur zwei (weitere) Führungsorgane existieren. Bei der Klassifizierung von Führungssystemen, als einem Teil einer Rechtsform, sind hingegen drei verschiedene Abstufungen auseinanderzuhalten: Übernimmt das Willensbildungsorgan, wie in der GmbH möglich, Aufgaben der Unternehmensführung, so liegt bei Vorhandensein von zwei weiteren Organen ein dreistufiges, anderenfalls ein zweistufiges System vor. Ist im entgegengesetzten Fall seine Teilnahme an der Leitung oder Überwachung prinzipiell ausgeschlossen, kann das Führungssystem entweder (auch) zweistufig oder sogar einstufig konzipiert sein. Ausgehend von den vier mithin denkbaren Grundkonstellationen⁷⁰ des Organgefüges können sich, mit Blick auf die in der Untersuchung eingehender zu behandelnden Rechtsformen der Aktiengesellschaft, der U.S.-Corporation und der Europäischen Aktiengesellschaft, die weiteren Ausführungen allerdings auf die beiden Fälle ohne Beteiligung des Willensbildungsorgans beschränken.

Gemäß dieser Einschränkung setzt sich ein zweistufiges Führungssystem demnach hier typischerweise aus zwei Führungsorganen zusammen, die nicht zugleich auch Organ der Gesellschafter sind und daher zwangsläufig einer Rechtsform mit dreigliedriger Organstruktur angehören. Der Ausschluss des Willensbildungsorgans von der Unternehmensführung unterstellt ferner, dass in mindestens einem der beiden Führungsorgane das unternehmerische Entscheidungszentrum zu lokalisieren ist. Es lassen sich zwar vereinzelte Hinweise dafür finden, dass in Gesellschaften mit zweistufigem System beide Organe über Fragen der Unternehmensführung zu entscheiden haben⁷¹. Schwerpunktmäßig wird aber – korrespondierend zur gängigen Unterteilung der Führungsaufgaben in Leitungs- und Überwachungsaufgaben⁷² – einem der beiden Führungsorgane die Funktion des Leitungsorgans und dem jeweils anderen die Funktion des Überwachungsorgans zugewiesen (sein)⁷³. Organgrenzen lassen sich unter die-

⁶⁹ Berücksichtigt man die Möglichkeit, im Rahmen der Satzungsautonomie einen Beirat einzurichten, so ist auch eine viergliedrige Organstruktur konstruierbar. Aktiengesetz und GmbH-Gesetz setzen allerdings der Kompetenzausstattung des Beirates insbesondere in mitbestimmten Gesellschaften sehr enge Grenzen [vgl. *Hofbauer* (1996), S. 63 f.]. In kleineren Gesellschaften dürfte ein viergliedrige Organstruktur dagegen überdimensioniert sein. Vor diesem Hintergrund kann sie als nicht relevante Alternative vernachlässigt werden.

⁷⁰ Einstufiges System (I), zweistufiges System ohne Beteiligung des Willensbildungsorgans (II), zweistufiges System mit Beteiligung des Willensbildungsorgans (III) sowie das dreistufige System (IV).

⁷¹ Stellvertretend kann hier auf die sog. zustimmungspflichtigen Geschäfte verwiesen werden.

⁷² Siehe hierzu nochmals oben, Zweiter Teil: A. I., S. 28.

ser Voraussetzung nicht nur als charakteristische Linien für den Grundriss eines zweistufigen Führungssystems auffassen, sondern im gleichen Atemzug auch als grobe ‚Demarkationslinie‘ für die Trennung der Funktionsbereiche interpretieren⁷⁴. Die angesprochene Funktionstrennung findet ihren prägnantesten Ausdruck in einer ggf. sanktionierten Inkompatibilitätsregelung, nach der die gleichzeitige Mitgliedschaft im Leitungs- und Überwachungsorgan unzulässig ist – eine Regelung, die aufgrund der fehlenden Organgrenzen in einstufigen Führungssystemen nicht greifen kann.

b) Einstufiges System

In zweigliedrig strukturierten Rechtsformen mit einstufigem Führungssystem erübrigt sich die Frage nach dem (offiziellen) unternehmerischen Entscheidungszentrum. Das einzige Führungsorgan übernimmt hier – sozusagen gezwungenermaßen – sowohl die Rolle des Leitungsorgans als auch die des Überwachungsorgans, weshalb es wohl häufig ganz allgemein als Verwaltungsorgan oder -rat bezeichnet wird⁷⁵. Während dem Verwaltungsorgan also auf gesetzlicher Ebene zunächst undifferenziert sämtliche Führungsaufgaben zugewiesen sind, begegnet einem in der Unternehmenspraxis aber nicht selten eine den zweistufigen Systemen entsprechende faktische Zweiteilung⁷⁶, die auch im Rahmen von Kodex-Regelungen eingefordert wird⁷⁷. Hieran wird deutlich, dass die bereits angeführten gesetzlichen Strukturdefizite ggf. durch Bestimmungen auf einer nachfolgenden Regelungsebene beseitigt werden sollen. Dies geschieht zum einen indirekt über den Umweg der personellen Besetzung des Verwaltungsorgans und zum anderen mittels Abgrenzung der Zuständigkeitsbereiche.

Indem ein mehr oder weniger großer Teil der Mitglieder bestimmten, an die Person eines jeden Amtsanwärters bzw. -inhabers gestellten Anforderungen ge-

⁷³ Die Zuteilung der Funktionen wurde bereits schon in den o.g. Bezeichnungen Leitungs- und Kontrollorgan angedeutet.

⁷⁴ In Anlehnung an diese Funktionstrennung wird das zweistufige System auch als Trennungssystem bezeichnet.

⁷⁵ Siehe hierzu nochmals den Hinweis auf die französische und die schweizerische Bezeichnung in FN 11 [Erster Teil: A.]. Ähnlich lautet die angloamerikanische Bezeichnung ‚Board of Directors‘.

⁷⁶ So für die USA und Großbritannien *Davies* (2001), S. 283.

⁷⁷ Forderungen hinsichtlich einer Aufteilung in geschäftsführende und überwachende Verwaltungsorgan-Mitglieder sind allerdings nicht immer in aller Deutlichkeit auch so formuliert, wie Principle A. 2 des Combined Code belegt: „There are two key tasks at the top of every public company – the running of the board and the executive responsibility for the running of the company’s business. There should be a clear division of responsibilities at the head of the company which will ensure a balance of powers and authority, such that no one individual has unfettered powers of decision.“, *Committee on Corporate Governance* (1998), S. 14; siehe zu dieser Einschätzung auch *Davies* (2001), S. 276.

nügen muss, soll deren Unabhängigkeit gegenüber dem Unternehmen und den anderen Angehörigen des Verwaltungsorgans sichergestellt werden. Als Indizien für die Abhängigkeit eines Mitgliedes dienen bspw. geschäftliche Beziehungen zum Unternehmen oder die Verwandtschaft mit einem nicht zur ‚unabhängigen‘ Seite gehörenden Mitglied des Verwaltungsorgans⁷⁸. Derartige oder vergleichbare Qualifikationserfordernisse sind aber nicht nur eine Begleiterscheinung des einstufigen Systems. Auch in Rechtsformen mit zweistufigem Führungssystem können ähnliche Voraussetzungen, insbesondere von den Mitgliedern des Überwachungsorgans, zu erfüllen sein⁷⁹. Als Pendant zur gesetzlichen Funktionstrennung und Inkompatibilitätsregelung im zweistufigen System zeichnen sie jedoch typischer das einstufige System aus. Diese Bedeutung ist ihnen vor allem auch in Anbetracht der ausgeprägten Ausschussarbeit beizumessen, die unabhängig davon, ob eher leitungsbezogene oder überwachungsbezogene Aufgaben durch die Mitglieder des Ausschusses wahrgenommen werden, namentlich in großen börsennotierten Unternehmen vorgeschrieben ist⁸⁰. Im Zuge dessen verlangen die einschlägigen Vorschriften neben der Einrichtung bestimmter Ausschüsse des Weiteren ihre anteilige oder ausschließliche Ausstaffierung mit unabhängigen, auch als *independent directors* bezeichneten Mitgliedern. Aber auch weniger verpflichtende Bestimmungen desselben Inhalts, wie sie etwa auf der Ebene der Kodex-Empfehlungen vorzufinden sind, legen den Unternehmen eine entsprechende Bildung und Besetzung von Ausschüssen ausdrücklich nahe.

Letztlich ausschlaggebend für die faktische Zweiteilung ist jedoch die Zuordnung unterschiedlicher Tätigkeitsfelder und -rechte zu den Verwaltungsorgan-Mitgliedern. Damit bewegen sich die Ausführungen zwar im Grenzbereich des noch zu erläuternden Kompetenzgefüges⁸¹, es sei aber schon hier auf eine spezifische Form der Kompetenzverteilung verwiesen, um den für das einstufige System äußerst bedeutsamen Aspekt der organinternen Strukturierung hervorzuheben. Eine Zweiteilung innerhalb des einstufigen Systems kann hiernach dann gegeben sein, wenn einer Gruppe von Mitgliedern des Führungsorgans durch Zuweisung von Aufgaben und Kompetenzen die Leitungsfunktion und einer anderen die Überwachungsfunktion übertragen wird. Der Schärfegrad der Funktionstrennung variiert hierbei in Abhängigkeit davon, ob einerseits den Mitgliedern Leitungs- bzw. Überwachungsaufgaben nur zum Teil, überwiegend oder

⁷⁸ Vgl. Code Provision A. 3. 2. des Combined Code, *Committee on Corporate Governance* (1998), S. 15; siehe auch *Windbichler* (1985), S. 58 f.

⁷⁹ Beachte bspw. die in § 100 AktG näher bestimmten Voraussetzungen, die Aufsichtsratsmitglieder erfüllen müssen, und insbesondere die in § 100 Abs. 4 AktG vorgesehene Möglichkeit, in der Satzung weitere Anforderungen zu benennen.

⁸⁰ Voraussetzung für die Zulassung an der American Stock Exchange ist bspw. ein mit mindestens drei [früher zwei, vgl. *Windbichler* (1985), S. 58 FN 36] unabhängigen Mitgliedern besetzter Kontrollausschuss, vgl. Sec. 121 B. (b) (i) American Stock Exchange Constitution and Rules.

⁸¹ Zum Kompetenzgefüge sogleich, siehe Zweiter Teil: A. I. 3.

ausschließlich zugeteilt werden und andererseits eine funktionsgetreue Besetzung der Ausschüsse erfolgt.

Unter den bislang behandelten Gesichtspunkten des Regelungs- und Organgefüges präsentiert sich demnach das einstufige System vorerst als flexiblere Alternative, wodurch sich sowohl die festgestellten Strukturdefizite als auch die damit einhergehenden Regelungen in Form von Zulassungs- bzw. Kodex-Regeln erklären lassen. Je nach dem Standpunkt des Betrachters vermag die Unstrukturiertheit des einstufigen Systems so gesehen entweder als Strukturierungsmangel, der durch Regelungen auf einer dem Gesellschaftsrecht nachfolgenden Ebene erst zu beheben ist, oder als begrüßenswerte Struktur(ierungs)-offenheit gewertet werden, die den unternehmensindividuellen Anforderungen hinlänglich Rechnung trägt.

Entscheidend für die freie Gestaltung in beiden Führungssystemen sind aber, wie bereits angeklungen ist, die Ausmaße der durch das Normengefüge gewährten Spielräume, in denen Aufgaben und Befugnisse, sprich Kompetenzen⁸², frei verteilt werden können. Die hier behandelte Beschaffenheit des Organgefüges stellt gerade auch in diesem Zusammenhang ihre grundlegende Bedeutung unter Beweis, da und soweit Organe, Organgrenzen sowie Organmitglieder Anknüpfungspunkte für Rechte und Pflichten bilden. Diese wiederum stecken die spielraumbezogenen Grenzen ab, indem sie die Kompetenzverteilung innerhalb des Führungssystems zwingend festlegen oder aber einer freien Gestaltung zuführen.

3. Kompetenzgefüge

a) Kompetenzbegriff

Die Wahrnehmung der übergeordneten Führungsaufgabe durch hierzu legitimierte Akteure setzt neben dem eigentlichen Legitimationsverfahren⁸³ eine zeitlich befristete oder unbefristete Ausstattung ihres Amtes mit Befugnissen voraus. Dabei postulieren betriebswirtschaftlich-organisatorische⁸⁴ sowie rechtswissenschaftliche⁸⁵ Grundsätze aus sach- und haftungslogischen Gründen der Kongruenz stets auch eine Übertragung der entsprechenden Verantwortung. Da

⁸² Zur terminologischen Auseinandersetzung mit dem Begriff Kompetenzen siehe unten, Zweiter Teil: A. I. 3. a).

⁸³ Wie z.B. die Bestellung zum Vorstandsmitglied durch Beschluss des Aufsichtsrates, vgl. § 84 Abs. 1 AktG.

⁸⁴ Zum organisatorischen Grundsatz der Kongruenz von Aufgabe, Befugnis und Verantwortung statt vieler v. *Werder* (1986), S. 43 m.w.N. und früher schon *Gutenberg* (1958), S. 51; *Potthoff* (1976), S. 1780; *ders.* (1961), S. 578. Von rechtswissenschaftlicher Seite *Hommelhoff* (1991), S. 112 f., mit Bezug zur Konzernorganisation; ablehnend dagegen *Fleischer* (2003), S. 8 f.

die Termini Aufgaben, Befugnisse und Verantwortung semantisch aber nicht ganz eindeutig voneinander abgrenzbar sind⁸⁶, scheint eine hieran anknüpfende Präzisierung und Einordnung des Kompetenzbegriffes, welche für die Untersuchung generell erforderlich ist, auf den ersten Blick problematisch. Zwar ist die begriffliche Zusammenführung von ‚Aufgaben‘ und ‚Befugnissen‘ zu ‚Kompetenzen‘ unter dem Gesichtspunkt der Einheit von Handlungsaufforderung und (Handlungs-)Zielverfolgung gerechtfertigt⁸⁷. Für die Klärung des Verhältnisses von rechtlicher Befugniserteilung und (zwangsläufig) allgemein gehaltener Aufgabenstellung ‚Unternehmensführung‘⁸⁸ ist der Ansatz jedoch nur bedingt tragfähig.

Bezieht man indessen die einschlägigen gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen in die Betrachtung mit ein, so begegnen einem als rechtliche Gestaltungs- und Konkretisierungsparameter zum einen Rechte und zum anderen Pflichten, von denen ein – auf die Bedeutung ‚Befugnis‘ reduzierter – Kompetenzbegriff scheinbar nur die Gruppe der Rechte in ihrem Wesen vollständig erfasst. Das angedeutete Problem erweist sich gleichwohl als vordergründig, wenn Pflichten – im Gegensatz zur Erteilung einer Berechtigung – als im bewusst negativen Sinne vorenthaltene Rechte verstanden werden. Nach dieser Auffassung wird dem Pflichtenträger also gerade nicht das Recht gewährt, eine bestimmte Handlung zu unterlassen, sondern er ist zu ihrer Vornahme verpflichtet. Es scheint daher berechtigt, Pflichten als ‚wesensgleiches Minus‘⁸⁹ ebenfalls unter dem Kompetenzbegriff zu subsumieren. Hieraus folgt, dass Rechte *und* Pflichten die kompetenziellen Rahmenbedingungen für die Erfüllung der zugewiesenen Aufgabe(n) bilden, mithin Aufgaben und Befugnisse auseinander zu halten sind. Insofern ließe sich – dem allgemeinen Sprachgebrauch folgend – der Begriff ‚Befugnisse‘ problemlos durch das Wort ‚Kompetenzen‘ substituieren und der erwähnte Kongruenzgrundsatz umformulieren⁹⁰.

⁸⁵ Zur Lehre vom ‚Gleichlauf von Herrschaft und Haftung‘ ausführlich *Immenga* (1970), S. 117 ff. und insbes. S. 120; siehe auch *Maul* (1998), S. 135 f. mit w.N. und Hinweisen auf Entscheidungen des Reichsgerichts; kritisch *Keßler* (1999), S. 155.

⁸⁶ So schon aus organisationswissenschaftlicher Sicht v. *Werder* (1986), S. 43 f.

⁸⁷ Vgl. v. *Werder* (1986), S. 44. Diese Kompetenzdefinition hat allerdings den Reiz, dass zwischen dem nunmehr verkürzten Grundsatz der Kongruenz (von Kompetenz und Verantwortung) und der Lehre vom ‚Gleichlauf von Herrschaft und Haftung‘ Deckungsgleichheit gegeben wäre.

⁸⁸ So unterscheidet etwa das Aktiengesetz zwischen den Aufgaben ‚Leitung‘ und ‚Überwachung‘ [vgl. §§ 76 Abs. 1, 111 Abs. 1 AktG], während das schweizerische Obligationenrecht weitergehend zwischen Geschäftsführung, Oberleitung und Überwachung differenziert, vgl. Artt. 716, 716a OR.

⁸⁹ Der Begriff ‚wesensgleiches Minus‘ ist eine höchstrichterlich bestätigte Schöpfung, die im Zusammenhang mit der Charakterisierung des Anwartschaftrechtes erfolgte, vgl. BGH, Urteil v. 24.6.1958 – VIII ZR 205/57 unter Rückgriff auf *Berg*.

⁹⁰ Dies ist keineswegs eine neue Erkenntnis, aber eine notwendige Bestätigung für die Verwendung der Termini bei der Analyse unternehmensrechtlicher Vorschriften.

Ungleich schillernder ist dagegen der Begriff der Verantwortung. Abhängig davon wie eng oder weit er ausgelegt wird, reicht seine Bedeutung vom Zwang bzw. der Verpflichtung Rechenschaft abzulegen⁹¹ („sich verantworten müssen“) bis zur Konsequenz, als Schuldiger die (u.U. verschuldeten) Folgen seines (geschuldeten, aber unterlassenen) Handelns tragen zu müssen⁹² („jemanden für etwas verantwortlich machen“). Soweit sich der Begriff der Verantwortung mit dem der Pflicht also inhaltlich überschneidet⁹³, lässt er sich zumindest teilweise unter der Rubrik ‚Kompetenz‘ einordnen. Der nicht erfasste Teil kann hingegen hier aufgrund des gewählten Untersuchungsrahmens auf den bedeutsamen Aspekt der Haftungsandrohung⁹⁴ reduziert werden, muss damit aber unter dem Begriff ‚Verantwortung‘ neben den beiden anderen Komponenten bestehen bleiben.

Die begrifflich somit explizierte und verifizierte ‚Kongruenz-Maxime‘ ist für die spätere Beurteilung der Führungssysteme der SE in doppelter Hinsicht relevant: Zum einen lässt sie sich als organisationsrechtlichen Grundsatz entfalten, dem das zwingend angeordnete Kompetenzschema in beiden Systemvarianten auch im Kontext der unternehmensrechtlichen Vorschriften des Sitzstaates (schon) entsprechen müsste. Zum anderen bildet sie einen primär an den Satzungsgeber – und nur am Rande an die Verfasser der SE-Begleitgesetze⁹⁵ – adressierten Leitsatz, nach dem eine weitergehende satzungsrechtliche Gestaltung der Kompetenzverteilung nur erfolgen (können) sollte. Beides gilt es in den Blick zu nehmen, wenn im Hauptteil der Arbeit näher zu untersuchen ist, welche Ausgestaltung(smöglichkeiten) die SE-Systeme bieten.

⁹¹ Ausführlich v. *Werder* (1986), S. 45 ff. m.w.N.

⁹² Im Extremfall kann dies haftungsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen, vgl. v. *Werder* (1986), S. 47.

⁹³ In diesem Sinne können beispielsweise die Informationspflichten des Vorstands in § 90 AktG als moderate Rechenschaftsverpflichtung gegenüber dem Aufsichtsrat interpretiert werden.

⁹⁴ Vgl. z.B. die Anspruchs- und Sanktionierungsgrundlage aus § 93 Abs. 2 S. 1 AktG. Sie ist nicht zu verwechseln mit der in § 93 Abs. 1 AktG normierten Sorgfalts^ppflicht, die dem Vorstand gerade nicht das *Recht* gewährt (im Sinne einer negativen Kompetenz), eine andere als die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden und mit der Leitung ‚unter eigener Verantwortung‘ [vgl. § 76 Abs. 1 AktG] korrespondiert. Demgegenüber entspricht die drohende Gefahr, aus § 93 Abs. 2 S. 1 AktG in Anspruch genommen zu werden, dem Teil des Verantwortungsbegriffes, der sich *nicht* mit dem Begriff der Pflicht deckt, was durch die *Ver*schuldensvermutung [vgl. § 93 Abs. 2 S. 2 AktG] belegt wird.

⁹⁵ Das berührt vor allem die Frage, inwieweit der deutsche Gesetzgeber als Verfasser des SE-Ausführungsgesetzes dem Satzungsgeber der SE Freiheit bei der Ausgestaltung des monistischen Systems belassen sollte.

b) Kompetenzverteilung

In Hinblick auf das hier näher zu behandelnde Kompetenzgefüge wird der zentrale Stellenwert des Kongruenzprinzips besonders evident, wenn man berücksichtigt, dass die Verteilung von Kompetenzen Ausfluss⁹⁶ und gleichsam auch Ausdruck der notwendigen Arbeitsteilung in Unternehmen ist, die ab einer bestimmten Unternehmensgröße auch innerhalb der Unternehmensführung einsetzt⁹⁷. Während in Führungssystemen mit nur einem Führungsorgan und unipersoneller Besetzung das Konzert aus (Führungs-)Aufgaben, (Führungs-)Kompetenzen und (Führungs-)Verantwortung im Grunde automatisch einen Dreiklang erzeugt, können in arbeitsteiligen Systemen – um im Bilde zu bleiben – mögliche Dissonanzen auftreten. So kann bspw. die Leitungsaufgabe im rechtlich zulässigen Rahmen auf eine Gruppe von Organ-Mitgliedern übertragen worden sein, die Gesamtverantwortung aber dennoch auf sämtlichen Mitgliedern des Führungsorgans lasten. Unter dem Gesichtspunkt der Kongruenz müsste daher den nicht leitenden Mitgliedern in ihrer Gesamtheit entweder das Recht zustehen, mitentscheiden zu dürfen, den leitenden Mitgliedern Weisungen zu erteilen oder die Leitung notfalls wieder an das Gesamtgremium zu übertragen. Anderenfalls würde nur eine entsprechende verantwortungsbezogene Entlastung der nicht leitenden Mitglieder einen Ausgleich herbeiführen. Ob Aufgaben- und Verantwortungsbereich mehr oder weniger gut austariert sind, ist demnach eine Frage der adäquaten Ausstattung mit Kompetenzen, die wiederum von den rechtlich gewährten Ausstattungsmöglichkeiten abhängt.

Für die Verteilung von Kompetenzen auf organisatorische Einheiten im Allgemeinen und auf Organe bzw. Organmitglieder im Besonderen lassen sich prinzipiell zwei Richtungen anführen. Von einer horizontalen Aufteilung von Kompetenzen ist dann zu sprechen, wenn in Anlehnung an eine – exemplarisch unterstellte – Aufgabenteilung die beiden zueinander nicht im Über- bzw. Unterordnungsverhältnis stehenden (Teil-)Aufgabenträger aufgabenbezogene Rechte und Pflichten erhalten. Dieser als Segmentierung⁹⁸ bezeichnete Verteilungsakt erfolgt hierbei regelmäßig nach einem bestimmten, auch der Aufgabenverteilung zugrundegelegten Segmentierungskriterium, anhand dessen der sog. Kompetenzinhalt⁹⁹ abgegrenzt wird. Folgerichtig sollte im Falle einer Spaltung der Unternehmensführung, in die Teilfunktionen Leitung und Überwachung, die Zuordnung der Kompetenzen¹⁰⁰ aus Konsistenzgründen gleichfalls nach dem funktionsorientierten Segmentierungskriterium erfolgen¹⁰¹.

⁹⁶ So deutlich *Frese* (2000), S. 6.

⁹⁷ Vgl. *Fleischer* (2003), S. 7.

⁹⁸ *Frese* (2000), S. 57 f.

⁹⁹ Grundlegend *Frese* (2000), S. 71 u. 76 f.

Ändert man das zugegebenermaßen stark vereinfachte Beispiel dahingehend ab, dass *erstens* ein Organ resp. Organmitglied dem anderen hierarchisch übergeordnet ist, *zweitens* nur dem auf der ober(st)en Hierarchieebene befindlichen die Gesamtaufgabe zugewiesen wird und dieses *drittens* das Recht besitzt, die Aufgabe insgesamt oder lediglich einen Teil davon an das ihm nachgeordnete Organ(mitglied) zu delegieren, so erfolgt eine vertikale Kompetenzverteilung, indem es bei der Aufgabendelegation die Rechte und Pflichten des untergeordneten Aufgaben- und Kompetenzträgers festlegt. Als zweite Verteilungsdimension ist damit die in der Organisationstheorie unter der Bezeichnung ‚Strukturierung‘¹⁰² firmierende Begrenzung des sog. Kompetenzspielraumes festzuhalten¹⁰³. Dabei ist keineswegs nur der Spielraum der jeweils nachgelagerten Hierarchiestufe beschränkt oder beschränkbar. Auch das oberste, an der Hierarchiespitze angesiedelte Organ(mitglied) muss die Aufgabe(n) innerhalb der ihm gezogenen (rechtlichen) Grenzen wahrnehmen¹⁰⁴.

In diesem Zusammenhang ist noch auf eine Sonderform der Strukturierung hinzuweisen, die eine für die kompetenzielle Gestaltung von Führungssystemen relevante Verteilungsmöglichkeit beschreibt und u. a. auch hierauf bezogen entwickelt wurde¹⁰⁵. Nach dem Muster der ‚lateralen Strukturierung‘ verfügt ein Führungsorgan über das Recht, den Kompetenzspielraum des anderen zwar nicht generell aber punktuell einzuschränken, obwohl es nicht oberhalb des anderen rangiert und beiden Führungsorganen getrennte Aufgabenbereiche zugewiesen sind. Die Trennung in Leitung und Überwachung liefert hierzu wiederum ein geeignetes Beispiel: Es bedarf keiner weiteren Begründung, dass die Überwachungsfunktion leerlaufen würde, wenn das hiermit betraute Organ dem Leitungsgremium unterstellt wäre. Denkbar ist jedoch eine hierarchische Anordnung, derzufolge das Leitungsorgan unterhalb des überwachenden Führungsorgans verankert ist. Das daraus (wohl immer) resultierende Weisungsrecht des Überwachungsorgans birgt aber stets die Gefahr einer Überwachung ‚in eigener Sache‘ in sich, falls und soweit es umfassend in die Leitung eingreift. Eine

¹⁰⁰ Wie bereits mehrfach angesprochen gilt dies selbstverständlich auch für die dritte Komponente ‚Verantwortung‘. Sie sei im Folgenden aber nicht immer wieder explizit erwähnt, sondern nur gedanklich hinzugefügt.

¹⁰¹ Dem entspricht in der Aktiengesellschaft bspw. § 111 AktG: Gemäß Abs. 1 hat der Aufsichtsrat das Recht und die Pflicht (sowie die Aufgabe), die Geschäftsführung zu überwachen, ein Recht zur Geschäftsführung hat er nach Abs. 4 S. 1 dagegen grundsätzlich nicht.

¹⁰² Von dieser auf den Verteilungsvorgang bezogenen (organisationswissenschaftlichen) Strukturierung i. e. S. zu unterscheiden ist die erkennbare und rechtlich zulässige Struktur(i)erung i. w. S.) der hier näher zu behandelnden Führungssysteme, welche selbstredend auch die Segmentierung miteinschließt.

¹⁰³ Vgl. Frese (2000), S. 76.

¹⁰⁴ Beispiele hierfür sind der in der Satzung festgelegte Unternehmensgegenstand [vgl. § 23 Abs. 3 Nr. 2 AktG] oder allgemein die ‚guten Sitten‘, vgl. § 138 BGB.

¹⁰⁵ Siehe zur Entwicklung v. Werder (1986), S. 79 ff. und insbes. S. 81 f.

völlig autonome Wahrnehmung der beiden Funktionen hingegen verbietet die nach ganz h.M.¹⁰⁶ erforderliche vorwärts gerichtete (ex ante) Überwachung¹⁰⁷. Als (gangbarer) Kompromiss kommt allerdings ein Mitentscheidungs- oder Vetorecht des Überwachungsorgans in besonders wichtigen Entscheidungen in Frage. Im Vergleich zur Weisungsbefugnis hat das Überwachungsorgan hier kein Recht zur Initiative, kann mögliche Fehlentscheidungen aber verhindern. Bei dieser Lösung befände sich das Überwachungsorgan also hierarchisch und kompetenziell ‚auf gleicher Augenhöhe‘ mit dem Leitungsorgan.

Soweit bislang stillschweigend entweder von zwei Führungsorganen oder, wie im Falle des einstufigen Systems geschehen, von einem Organ mit mindestens zwei Mitgliedern ausgegangen wurde, haben die bisherigen Bemerkungen zur Kompetenzverteilung nicht explizit nach der uni- und der multipersonellen Besetzung differenziert. Auch wurde dem Umstand, dass nicht nur Organe, sondern auch die Führungspersonen selbst Anknüpfungspunkte der Kompetenzverteilung bilden können, noch nicht ausreichend Rechnung getragen. Ungeachtet des individuellen Organgefüges vermag ein Führungssystem immerhin nur aus einer Führungsperson zu bestehen. Sieht man jedoch von der eher seltenen Ausnahme einer in Personalunion ausgeübten Mitgliedschaft in zwei Organen einmal ab, stellt sich das Erfordernis der geeigneten Segmentierung und Strukturierung überhaupt nur für multipersonell geführte Systeme. Da die Bestimmungen sämtlicher Regelungsebenen zudem übereinstimmend zwischen den Aufgaben Leitung und Überwachung sowie teilweise auch Beratung¹⁰⁸ und Interessenvertretung unterscheiden¹⁰⁹, können, was die Kompetenzverteilung zwischen

¹⁰⁶ Statt vieler Hüffer (2002), § 111 Rn. 5 mit zahlreichen Nachweisen; Lutter (1995a), S. 291 f. m.w.N.; Goette (2000), S. 128; Henze (1998), S. 3309 f.; so schon früher Bleicher/Paul (1986), S. 285; Bleicher (1992), Sp. 444.

¹⁰⁷ Sie wird sowohl im zweistufigen als auch im einstufigen System gefordert und spricht nach einer vertretenen Ansicht unbedingt für das einstufige System, so Böckli (1992), S. 342, allgemein: „Überwachung ist ein äusserst anspruchsvoller Erkenntnis- und Beurteilungsprozess und verlangt eine nahe, vor allem auch *zeitnahe Begleitung* sowohl der Abläufe wie der handelnden Menschen.“ (Hervorhebung im Original) und mit nachdrücklichem Plädoyer für das (schweizerische) Verwaltungsrats-Modell, eda., S. 345: „Als Beschlussorgan, das sich nur wenige Male pro Jahr versammelt, ist der Aufsichtsrat ausserstande, mit den ständig anfallenden Unternehmensinformationen Schritt zu halten. *Ereignisnähe*, die Voraussetzung jeder Begleitfunktion, ist nur dadurch zu erreichen, dass der Aufsichtsrat einen inneren Kreis bildet, der drei Kerneigenschaften aufweist: *klein* muss er sein, viel *öfter* muss er tätig werden, und *näher* muss er dabeisein.“ (Hervorhebung im Original).

¹⁰⁸ Das Recht oder die Pflicht zur Beratung findet jedoch nicht immer explizite Erwähnung im Gesetzestext. So fasst der BGH die Pflicht des Aufsichtsrates einer AG, den Vorstand in wichtigen Fragen zu beraten, als bedeutenden Teilaspekt der in die Zukunft gerichteten Überwachung des Vorstands auf, vgl. Kropff (1998), S. 615 m.N.; Semler (2003), S. 629; ferner Lutter/Drygala (2003), S. 381.

¹⁰⁹ Eine Aufgabe von herausragender Bedeutung ist ferner die Bestellung bzw. Beauftragung der leitenden Mitglieder. Zusammen mit der regelmäßigen Überprüfung ihrer Leistung lassen sie sich als – wichtige – Teilfunktionen der Überwachung auffas-

Führungsorganen anbelangt, andere als das primär hier interessierende funktionsorientierte Segmentierungskriterium generell ausgeblendet werden¹¹⁰. Es verbleibt dennoch die Frage, ob die aus der Organisationswissenschaft herangezogenen Kompetenzverteilungsschritte zumindest insoweit einer weiteren (organisationsrechtlichen) Differenzierung bedürfen, als sich – in multipersonell geführten Systemen – daraus Besonderheiten ergeben, dass die Führungspersonen nicht alle demselben, sondern unterschiedlichen Organen oder möglicherweise sogar keinem angehören. Wie die folgenden Überlegungen indes verdeutlichen, handelt es sich bei der Konstruktion von rechtlichen Organgrenzen lediglich um einen organisatorischen Akt der Gruppierung, dem eine Kompetenzverteilung durch den Gesetzgeber gleichsam nur vorausgegangen ist.

Im Unterschied zur Betrachtung eines Führungssystems *mit* vorgegebenen Organgrenzen würde nämlich die (aufgabenkonforme) horizontale Verteilung der Kompetenzinhalte auf mehrere Personen gedanklich schlichtweg nur vor einer möglichen Grenzziehung erfolgen. Sind demnach Rechte und Pflichten den Führungsmitgliedern einmal zugewiesen, wäre im Anschluss lediglich zu entscheiden, ob die Organgrenzen weit oder eng gezogen werden sollen, um wiederum zur ursprünglichen Betrachtung eines Führungssystems mit Organgrenzen zu gelangen. Eine großzügige Grenze um alle Führungsmitglieder herum führt bei diesem Gedankengang so zu einer horizontalen, *organinternen* Funktions- und Kompetenzverteilung, wohingegen eine enge Grenzziehung, die im (wohl eher theoretischen) Extremfalle jedem einzelnen Mitglied des Führungssystems den Status eines Organs verleiht, in eine horizontale, *organexterne* Verteilung mündet. Es wird deutlich, dass die Zuordnung von Kompetenzinhalten in Führungssystemen trotz der verschiedenen personellen Besetzungsmöglichkeiten im Kern überall gleichgelagert ist und auch bei unterschiedlich verlaufenden Organgrenzen keine Besonderheiten aufwirft.

Nicht anders als bei der Segmentierung verhalten sich Organgrenzen und Kompetenzspielräume zueinander. In einem Führungssystem mit mehreren (Führungs-)Personen, die vorerst nicht in Organen gruppiert sind, können die Führungsmitglieder entweder gleichberechtigt, d. h. kollegial die ihnen zugewiesene Aufgabe wahrnehmen oder mit unterschiedlich weitreichenden Rechten und Pflichten ausgestattet sein. Die ‚Diskriminierung‘ kann hierbei so weit reichen, dass ein hierarchisches Über- bzw. Unterordnungsverhältnis entsteht, wonach ein einzelnes Mitglied oder eine Gruppe von Mitgliedern gegenüber ande-

sen, durch die sichergestellt werden soll, dass die Wahrnehmung der Unternehmensleistung nur durch entsprechend qualifizierte und nachhaltig ‚engagierte‘ Leistungsträger erfolgt.

¹¹⁰ Aus rein organisatorischem Blickwinkel betrachtet wäre als Alternative z. B. auch eine produktorientierte Verteilung der Kompetenzinhalte auf der obersten Hierarchieebene in Betracht zu ziehen, die gesetzlichen Vorschriften stehen dem aber entgegen.

ren weisungsberechtigt ist. Erfolgt nun die Grenzziehung dergestalt, dass Weisungsberechtigte und Weisungsempfangende zudem auch gesonderten Gremien angehören, so handelt es sich um ein zweistufiges Führungssystem mit zwei obersten Führungsebenen. Ohne getrennte ‚Organisation‘ der Führungsmittglieder läge anderenfalls ein einstufiges System vor, das durch zwei organinterne Führungsschichten gekennzeichnet ist. Der individuelle Grenzverlauf bestimmt demzufolge allein darüber, ob die Angehörigen eines Führungsorgans oder aber zwei (Gruppen im Gewand der) Organe in direktorialer bzw. kollegialer Beziehung zueinander stehen¹¹¹. Insofern sind auch bei der Strukturierung multipersonell ausgestatteter Organe keine Besonderheiten zu verzeichnen.

Zusammengefasst und von einem höheren Standpunkt aus gesehen, führt die Kompetenzverteilung zu einer Feinzeichnung des Grundrisses von Führungssystemen. Als Folie über der groben Organstruktur stellt das ggf. rechtlich fixierte Kompetenzgefüge das Raster für die horizontale und vertikale Anordnung der Organe sowie deren Mitglieder zur Verfügung. Die Anzahl und die Stärke der Verbindungslinien zwischen diesen, wie auch die Schattierungen der Strukturdetails, bilden zusammen einen wichtigen Gegenstand rechtsformspezifischer Regelungen.

II. Rechtsformspezifische Merkmalsausprägungen

In einer Rechtsform nehmen die Merkmale, mit denen sich Führungssysteme allgemein beschreiben lassen, konkretere Gestalt an. Dabei repräsentieren die rechtsformspezifischen Vorschriften selbst einen wesentlichen, gesetzlich geregelten Bestandteil des Normengefüges. Sie bestimmen zudem das Format des Organ- und Kompetenzgefüges in oftmals weitreichendem Maße. Ihre Darlegung ist für die Beurteilung der Europäischen Aktiengesellschaft aber auch deshalb von Bedeutung, weil sich die (wahrgenommenen) Vor- und Nachteile eines Führungssystems zu einem überwiegenden Teil an solchen Merkmalsausprägungen festmachen lassen, die gerade auf gesetzlichen Regelungen beruhen¹¹². Da die Systemalternativen der SE, wie noch zu zeigen sein wird, in ihren Grundzügen mit den Führungssystemen der Aktiengesellschaft und der U.S.-Corporation übereinstimmen, liegt die Vermutung nahe, dass sie mit denselben Vor- und Nachteilen behaftet sind. Aus diesem Grund werden zunächst die rechtsformspezifischen Merkmalsausprägungen dieser beiden Rechtsformen näher beleuchtet, um später Ähnlichkeiten mit den Führungsstrukturen der SE verdeutlichen zu können.

¹¹¹ Siehe zum Kollegial- und Direktorialprinzip *Bleicher/Paul* (1986), S. 265 f.; *Frese/Mensching/v. Werder* (1987), S. 333 f. m.w.N.; *Gutenberg* (1958), S. 41.

¹¹² Sie waren und sind daher sowohl (immer wieder) Gegenstand rechtspolitischer Erwägungen als auch Beweggrund für den Entwurf von Corporate Governance-Kodizes.

1. Führungssystem-Merkmale der Aktiengesellschaft und der U.S.-Corporation

a) Aufsichtsrats-Konzeption

Die Aktiengesellschaft ist nach der Gesellschaft mit beschränkter Haftung die zweithäufigste Kapitalgesellschaftsform in Deutschland, derer sich Unternehmen bedienen¹¹³, aber bislang die einzig zulässige Rechtsform für börsennotierte Gesellschaften. Regelungen, die ihr Führungssystem konturieren, konkretisieren oder modifizieren, lassen sich vornehmlich dem Aktiengesetz (AktG)¹¹⁴ und am Rande auch dem BetrVG 1952¹¹⁵, dem MitbestG 1976¹¹⁶, dem Montan-MitbestG¹¹⁷, dem MitbestErgG¹¹⁸, der Rechtsprechung sowie dem Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK)¹¹⁹ entnehmen. Sowohl die Rechtsform an sich als auch ihr Führungsregime sind umfassend geregelt und stehen grundsätzlich unter der aktienrechtlichen Satzungsstrenge des § 23 Abs. 5 AktG¹²⁰. Zusammen mit den (hier näher betrachteten) Vorschriften des BetrVG 1952 und des MitbestG 1976, welche ausschließlich auf Unternehmen mit mehr als 500 bzw. 2000 Arbeitnehmern Anwendung finden, spannen sie ein dichtes und festes Regelungsnetz auf. Im Gegensatz dazu sind die Empfehlungen des DCGK für börsennotierte Aktiengesellschaften ausnahmslos dispositiv¹²¹ und damit entweder durch die Satzung, durch die Geschäftsordnung oder durch einen Organbeschluss abdingbar.

Als obligatorische Führungsorgane¹²² benennt das Aktiengesetz einerseits den Vorstand, der die Gesellschaft unter eigener Verantwortung zu leiten hat¹²³, und

¹¹³ Vgl. Meyer (2002a), S. 178 u. insbes. S. 184; Hansen (2001a), S. R 32; zur Entwicklung des Bestands an Aktiengesellschaften in Deutschland, ders. (2001b).

¹¹⁴ Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089).

¹¹⁵ Vgl. FN 39 [Erster Teil: B.].

¹¹⁶ Vgl. FN 40 [Erster Teil: B.].

¹¹⁷ Das Montan-Mitbestimmungsgesetz sei hier nur vollständigkeithalber genannt, siehe aber die Anmerkungen in FN 41 [Erster Teil: B.].

¹¹⁸ Gesetz zur Ergänzung des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie (sog. Mitbestimmungsergänzungsgesetz) vom 7. August 1956 (BGBl. I S. 707); siehe aber erneut die Anmerkungen in FN 41 [Erster Teil: B.].

¹¹⁹ Vgl. oben FN 22 [Erster Teil: A.].

¹²⁰ Gem. § 23 Abs. 5 AktG kann die Satzung nur in den vom Gesetz ausdrücklich genannten Fällen abweichende Regelungen statuieren.

¹²¹ Die zwingende Pflicht zur Abgabe der Entsprechenserklärung steht zwar in unmittelbarem Zusammenhang mit dem DCGK, sie ist allerdings mit In-Kraft-Treten des TransPuG als § 161 in das Aktiengesetz aufgenommen worden. Zur Entsprechenserklärung siehe Seibt (2002), S. 251 ff.; Lutter (2002b), S. 523 ff.

¹²² Da die Hauptversammlung grundsätzlich nicht über Fragen der Geschäftsführung entscheiden kann [vgl. § 119 Abs. 2 AktG], scheidet sie als Führungsorgan aus.

andererseits den im Kern auf die Überwachungsfunktion beschränkten Aufsichtsrat¹²⁴. Gefestigt durch die Inkompatibilitätsvorschrift des § 105 Abs. 1 AktG kann die gesetzlich angeordnete strikte Funktionstrennung nur ansatzweise im Rahmen der sog. zustimmungspflichtigen Geschäfte durchbrochen werden, sei es, dass die Satzung solche benennt oder sich der Aufsichtsrat, wozu er nunmehr ausdrücklich verpflichtet ist, in bestimmten Entscheidungen des Vorstands ein Vetorecht vorbehält¹²⁵. Im Übrigen trifft der Vorstand aber als grundsätzlich weisungsunabhängiges Organ seine Entscheidungen nach eigenem unternehmerischen Ermessen¹²⁶. Es handelt sich demnach unzweifelhaft um ein zweistufiges Führungssystem mit lateraler Strukturierung¹²⁷.

Ein weiteres und wichtiges Recht des Aufsichtsrats, das neben der (vorwärts gerichteten) Überwachungsfunktion als Gegengewicht zur unabhängigen Leitung gesehen und daher auch genannt werden muss, ist die Personalkompetenz bezüglich des Leitungsorgans. Nach § 84 Abs. 1 AktG obliegt es allein dem Aufsichtsrat, die Mitglieder des Vorstands auf höchstens fünf Jahre zu bestellen und sie bei Vorliegen eines wichtigen Grundes jederzeit wieder abzuberufen (§ 84 Abs. 3 S. 1 AktG). Für den Fall, dass der Vorstand aus mehreren Mitgliedern bestehen sollte, hat der Aufsichtsrat ferner das Recht, einem Mitglied des Vorstands das Amt des Vorsitzenden zu übertragen (§ 84 Abs. 2 AktG) und diesen mit einem Zweitstimmrecht auszustatten. Unbeschadet dessen nehmen die Mitglieder nach § 77 Abs. 1 S. 2 AktG jedoch gemeinschaftlich und vor allem stets gleichberechtigt an der Leitung teil (Kollegialprinzip)¹²⁸. Anderslautende Satzungsbestimmungen sind mit Blick hierauf lediglich im Bereich der Ressortbildung¹²⁹, der personellen Besetzung¹³⁰ und im Vorgriff auf die Geschäftsordnung¹³¹ möglich. Enthält das Statut dagegen keine Einzelheiten zur Geschäftsordnung und hat der Aufsichtsrat von seinem Recht, eine solche zu erlassen, keinen Gebrauch gemacht, darf sich der Vorstand selbst eine geben bzw. in den von der Satzung ausgelassenen Bereichen Regelungen zu seiner Arbeitsweise verabschieden¹³².

¹²³ § 76 Abs. 1 AktG.

¹²⁴ § 111 Abs. 1 AktG.

¹²⁵ Vgl. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG (n.F.).

¹²⁶ Vgl. *Mertens* (1992), § 76 Rn. 10 ff. u. Rn. 42; *Henze* (1998), S. 3310.

¹²⁷ Zum Begriff der lateralen Strukturierung v. *Werder* (1986), S. 81 f.

¹²⁸ Dies setzt nicht zwangsläufig eine einstimmige Beschlussfassung voraus, mindestens aber die Mehrheit der Stimmen, vgl. *Hüffer* (2002), § 77 Rn. 16. Näheres kann die Satzung bestimmen.

¹²⁹ § 77 Abs. 1 S. 2 AktG.

¹³⁰ § 76 Abs. 2 S. 2 2. HS AktG.

¹³¹ § 77 Abs. 2 S. 2 AktG.

¹³² § 77 Abs. 2 S. 1 AktG.

Während das Leitungsorgan der (mitbestimmungsfreien) Aktiengesellschaft also unipersonell besetzt sein kann¹³³, umfasst der Aufsichtsrat mindestens drei und höchstens 21 Mitglieder¹³⁴. Sie werden in nicht mitbestimmten Unternehmen vom ihm selbst vorgeschlagen (§ 124 Abs. 3 S. 1 AktG) und von der Hauptversammlung, die keineswegs an die Empfehlung gebunden ist, gewählt¹³⁵. Voraussetzung für ihre Wahl ist allerdings nach § 100 Abs. 2 AktG, dass sie weder Vertreter eines abhängigen Unternehmens noch gesetzlicher Vertreter einer Gesellschaft sind, in deren Aufsichtsrat ein Mitglied des Vorstands sitzt (sog. Überkreuzverflechtungen). Darüber hinaus dürfen sie mit der Amtsübernahme die zulässige Zahl von zehn Aufsichtsratsmandaten nicht überschreiten, wobei das Amt des Vorsitzenden doppelt angerechnet wird¹³⁶. Anders als beim Vorstand *muss* der Aufsichtsrat über einen Vorsitzenden verfügen (§ 107 Abs. 1 S. 1 AktG). Dieser nimmt im Kreise der Mitglieder zumindest insoweit eine besondere Stellung ein, als er das Gremium einberuft und die Sitzungen moderiert¹³⁷. Ob sein Votum bei Stimmgleichheit ausschlaggebend ist und wonach sich Beschlussfähigkeit und Beschlussfassung des Plenums richten, bestimmt die Satzung¹³⁸. Schweigt sie in diesen Punkten, so kommen die subsidiären Regelungen des Aktiengesetzes zur Anwendung, wonach mindestens die Hälfte aller Mitglieder bei der Abstimmung anwesend sein muss und mit der einfachen Mehrheit entschieden wird¹³⁹. Da weder der Vorsitzende noch sein Stellvertreter ein Vetorecht haben können¹⁴⁰, ist der Aufsichtsrat demzufolge auch als kollegiales Führungsorgan konzipiert¹⁴¹.

Sowohl für die Vorbereitung von Beschlüssen als auch zum Zwecke der Beschlussfassung an Stelle des Plenums, darf der Aufsichtsrat gem. § 107 Abs. 3 AktG Ausschüsse bilden. Der Aufgaben- und Kompetenzdelegation sind allerdings dort Grenzen gesetzt, wo das Aktiengesetz aufgrund der Bedeutung des zur Entscheidung stehenden Sachverhalts eine Abstimmung des Plenums verlangt. Hierunter fallen z. B. die Bestellung der Vorstandsmitglieder, ihre Abberufung und der Bericht über die Prüfung des Jahresabschlusses¹⁴². Eine bemerkenswerte Einrichtungsform, die das Aktiengesetz ausdrücklich nennt¹⁴³, ist der sog. Bilanzausschuss. Aufgabe seiner vorzugsweise mit Bilanzkenntnissen aus-

¹³³ Vgl. § 76 Abs. 2 S. 1 AktG.

¹³⁴ § 95 Abs. 1 AktG.

¹³⁵ § 101 Abs. 1 AktG.

¹³⁶ § 100 Abs. 2 S. 3 AktG.

¹³⁷ Zu den Aufgaben des Aufsichtsratsvorsitzenden *Hüffer* (2002), § 107 Rn. 5.

¹³⁸ § 108 Abs. 2 S. 1 AktG.

¹³⁹ § 108 Abs. 2 S. 2 u. 3 AktG, siehe hierzu auch *Hüffer* (2002), § 108 Rn. 5a ff.

¹⁴⁰ Vgl. *Hüffer* (2002), § 108 Rn. 8.

¹⁴¹ So deutlich *Lutter* (1981), S. 250; *Hüffer* (2002), § 171 Rn. 10.

¹⁴² § 107 Abs. 3 S. 2 AktG.

¹⁴³ § 171 Abs. 1 S. 2 AktG.

gestatteten Mitglieder¹⁴⁴ ist die eingehende Prüfung der Rechnungslegung – ein unerlässlicher Schritt zur Prüfung des Jahresabschlusses und damit zur Überwachung der Geschäftsführung¹⁴⁵.

Der Stellung ‚auf gleicher Augenhöhe‘ entspricht es, dass dem Vorstand zum einen umfangreiche Informationspflichten obliegen und der Aufsichtsrat zum anderen das Recht besitzt, jederzeit einen Bericht über die Angelegenheiten der Gesellschaft anzufordern. So ist der Vorstand nach § 90 AktG schon ohne Aufforderung verpflichtet, über die Geschäftspolitik, die Unternehmensplanung und die Rentabilität der Gesellschaft einmal jährlich sowie über den Gang der Geschäfte vierteljährlich zu berichten. Er hat zudem gem. § 90 Abs. 1 S. 3 AktG (n.F.) den Aufsichtsratsvorsitzenden über außergewöhnliche Ereignisse, die für die Lage der Gesellschaft von Bedeutung sein können, unverzüglich¹⁴⁶ in Kenntnis zu setzen. Hierdurch besitzt der Vorsitzende zwar u.U. einen Informationsvorsprung, aber kein Informationsmonopol, da grundsätzlich jedes Mitglied des Aufsichtsrats berechtigt ist, sämtliche Unterlagen einzusehen oder einen Bericht zu verlangen¹⁴⁷. Insgesamt müssen die Berichte des Vorstands jedoch unabhängig von der Berichtsart und der Berichtsfrequenz stets „den Grundsätzen einer gewissenhaften und getreuen Rechenschaft“¹⁴⁸ genügen.

In ähnlicher Weise diktiert das Aktiengesetz auch die Sorgfaltspflichten der Mitglieder in den beiden Führungsorganen. Als Generalklausel formuliert, unterstellen die §§ 93 Abs. 1, 116 S. 1 AktG im Prinzip Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder demselben Sorgfaltsmaßstab¹⁴⁹. Während die zur eigenverantwortlichen Leitung berechtigten Vorstandsmitglieder – dem Gleichlauf von Herrschaft und Haftung gebührend – die „Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“¹⁵⁰ anzuwenden haben, müssen analog Aufsichtsratsmitglieder für eine dementsprechende Ausübung ihrer Überwachungsfunktion sorgen. Pflichtwidrig handeln z.B. Aufsichtsratsmitglieder bereits dann, wenn sie ein Mandat übernehmen, ohne über die erforderliche Mindestqualifikation zu verfügen¹⁵¹. Hinzu kommt, dass die Amtsinhaber bei einer Schadenser-

¹⁴⁴ So auch *Ranzinger/Blies* (2001), S. 459.

¹⁴⁵ Ausdrücklich *Hüffer* (2002), § 171 Rn. 1.

¹⁴⁶ § 121 BGB, vgl. *Hüffer* (2002), § 90 Rn. 8.

¹⁴⁷ § 90 Abs. 5 S. 1 AktG. Eine Einschränkung ist nur dahingehend möglich, dass die Berichte nicht an die einzelnen Aufsichtsratsmitglieder ausgehändigt werden [vgl. § 90 Abs. 5 S. 2 AktG]. Das Recht auf Einsichtnahme bleibt hiervon jedoch unberührt.

¹⁴⁸ § 90 Abs. 4 AktG.

¹⁴⁹ Vgl. *Hüffer* (2002), § 116 Rn. 1 f.; so im Ergebnis auch *Hopt* (1996a), S. 911 ff.

¹⁵⁰ § 93 Abs. 1 S. 1 AktG.

¹⁵¹ Sog. Übernahmeverschulden, vgl. BGH, Urteil v. 15. 11. 1982 – II ZR 27/82 (Hertie); hierzu die ausführliche Besprechung bei *Hommelhoff* (1983), S. 572 ff.; vgl. auch *Hüffer* (2002), § 116 Rn. 2 f.; *Henssler* (2000), S. 417 ff.; *Kefßler* (1999), S. 172; *Steinmann/Klaus* (1986), S. 528; *Leyens* (2003), S. 85.

satzklage den Beweis anzutreten verpflichtet sind, falls fraglich ist, ob ihr Verhalten den Sorgfaltsanforderungen aus § 93 Abs. 1 AktG entsprach¹⁵². Angesichts dieser Beweislastumkehr stehen die Mitglieder der Führungsorgane also bis zu ihrer Exkulpation vorerst unter dem gesetzlich geäußerten Verdacht, eine Pflichtverletzung auch verschuldet zu haben¹⁵³ (sog. Verschuldensvermutung). Bedeutung gewinnt die Verantwortlichkeit der Mitglieder von Führungsorganen insbesondere im Rahmen der Einrichtung von Ausschüssen oder vergleichbar der Ressortbildung im Leitungsorgan. In beiden Fällen geht die Delegation zwar mit einer entsprechend gestiegenen Verantwortung der Aufgaben- und Kompetenzträger einher, die anderen Organmitglieder bleiben aber weiterhin entweder für die Überwachung der Ausschussarbeit oder für die Kontrolle der Ressortleitung verantwortlich¹⁵⁴. Obwohl es sich hierbei genau genommen um eine Auslegung der §§ 93, 116 AktG handelt, ist nach h.M. die Mitverantwortung vor dem Hintergrund gemeinschaftlicher Geschäftsführung und gleichberechtigter Überwachung zweifelsfrei konsequent.

Ohne die – an dieser Stelle auch nicht erforderliche – Darlegung sämtlicher Rechtsprobleme vorweggenommen zu haben, kann das Führungsstrukturgebilde der Aktiengesellschaft unter dem Gesichtspunkt der Kongruenz von Aufgaben, Kompetenz und Verantwortung zumindest überschlägig als ein in seiner Grundkonzeption konsistentes zweistufiges Führungssystem gewertet werden. Ein abschließendes Gesamturteil ist allerdings solange nicht möglich, wie die Ausführungen von jenen Strukturänderungen abstrahieren, welche Führungssysteme von mitbestimmungspflichtigen Aktiengesellschaften typischerweise erfahren. Der Ursprung solcher mitbestimmungsbegleitender Modifizierungen des Normen-, Organ- und Kompetenzgefüges liegt zum einen in den Vorschriften des BetrVG 52 und zum anderen in denen des MitbestG 1976¹⁵⁵.

Zu den gesetzübergreifenden Begleiterscheinungen, die sich im Normengefüge niederschlagen, sind Veränderungen sowohl der Regelungsdichte als auch der Satzungsfreiheit zu zählen. Wengleich die Regelungen der Mitbestimmungsgesetze aktienrechtliche Vorschriften vielfach verdrängen, ist die erhöhte Komplexität der Gemengelage – vor allem auch unter dem Aspekt der Auslegung von Normen – nicht von der Hand zu weisen. Einschränkungen der Sat-

¹⁵² Vgl. § 93 Abs. 2 S. 2 AktG; deutlich auch *Hopt* (1996a), S. 921. Rechtstatsächlich fallen solche Schadensersatzklagen bislang allerdings kaum ins Gewicht. Nach Ansicht von *Hüffer* (2002), § 116 Rn. 8, ist die praktische Bedeutung der Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern immerhin im Wachsen begriffen.

¹⁵³ Ganz h.M., vgl. *Hüffer* (2002), § 93 Rn. 16 m.w.N.

¹⁵⁴ Zur Gesamtverantwortung bei Geschäftsverteilung im Vorstand siehe *Hüffer* (2002), § 93 Rn. 13 b und für die Ausschussarbeit im Aufsichtsrat vgl. *ders.* (2002), § 116 Rn. 9; *Deckert* (1996), S. 993.

¹⁵⁵ Sofern das Unternehmen der Montan-Industrie angehört, greifen die Vorschriften des Montan-MitbestG.

zungsfreiheit treten im Bereich der personellen Besetzung des Aufsichtsrats besonders deutlich hervor: Während die Anzahl der Aufsichtsratsmitglieder in einer nicht mitbestimmten Aktiengesellschaft nach näherer Bestimmung der Satzung festgelegt werden kann, die im Übrigen die Höchstgrenzen des § 95 Abs. 1 S. 4 AktG nicht überschreiten darf, schreibt § 7 Abs. 1 MitbestG¹⁵⁶ entweder 12, 16 oder 20 Mitglieder vor und ordnet ferner eine paritätische Besetzung mit Vertretern der Arbeitnehmerseite an. Demgegenüber verlangt die vergleichsweise moderate Vorschrift des § 76 Abs. 1 BetrVG 52 lediglich eine drittelparitätische Zusammensetzung, eine Mindestgesamtzahl hingegen nicht. Zu beachten sind darüber hinaus Änderungen im Kompetenzgefüge, die darin bestehen, dass gem. § 33 Abs. 1 MitbestG einem Mitglied des Vorstands (sog. Arbeitsdirektor) das Personal- und Sozialressort zugewiesen sein muss¹⁵⁷ und der Aufsichtsratsvorsitzende¹⁵⁸ zwingend ein Zweitstimmrecht hat (§ 29 Abs. 2 MitbestG). Unverändert bleibt dagegen die Stellung eines jeden Aufsichtsratsmitgliedes¹⁵⁹ – es nimmt gleichberechtigt und gleichverpflichtet¹⁶⁰ an der Überwachung des Leitungsorgans teil¹⁶¹.

Trotz der erkennbaren Eingriffe in die Führungsstrukturen der Aktiengesellschaft, lassen sich aus den mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften rechtstheoretisch keine kongruenzbeeinträchtigenden Implikationen herleiten. Das Führungssystem ist in seinen Grundzügen nach wie vor zweistufig und durch eine – der Funktionstrennung gerechtfertigte – Aufgaben- und Kompetenzverteilung zwischen den beiden verantwortlichen Führungsorganen gekennzeichnet. Für die rechtsformspezifischen Merkmalsausprägungen als Bezugspunkt von Vor- und Nachteilen sind die strukturellen Veränderungen aber deshalb nicht minder gravierend. Sieht man (berechtigterweise¹⁶²) von der Bestellung eines

¹⁵⁶ Zu den Voraussetzungen für die Anwendung des BetrVG 1952 und des MitbestG 1976, vgl. § 76 Abs. 6 BetrVG 1952, § 6 MitbestG 1976.

¹⁵⁷ Eingehender *Säcker* (1977b), S. 1994 ff.; *Raiser* (2002), § 33 Rn. 16; *Oetker* (1999), § 33 Rn. 19 ff.

¹⁵⁸ Im Unterschied zu § 107 Abs. 1 AktG ist in Unternehmen, die dem MitbestG 1976 unterliegen, der Vorsitzende nicht nach dem in der Satzung genannten Quorum, sondern mit einer Zweidrittel-Mehrheit aller Aufsichtsratsmitglieder zu wählen [vgl. § 29 Abs. 1 MitbestG].

¹⁵⁹ Eine Ausnahme bildet die Ausübung von Beteiligungsrechten gem. § 32 MitbestG. Sofern die Beteiligung an einem anderen Unternehmen den Anteil von einem Viertel nicht unterschreitet, reicht ein Mehrheits-Beschluss der Anteilseignervertreter aus.

¹⁶⁰ Siehe schon zum RegE des MitbestG *Wiedemann* (1974), S. 570.

¹⁶¹ Vgl. § 111 Abs. 1 AktG.

¹⁶² Angesichts der Bedeutung von Mitarbeitern als Know-How-Träger wird sich zumindest in größeren Unternehmen auch ohne Mitbestimmung ein Vorstandsmitglied intensiver mit den grundlegenden Fragen der Personalbeschaffung und -entwicklung auseinandersetzen; so wohl *Rehbinder* (1990), S. 219; siehe auch den Befund bei *Raiser* (1997), S. 486 f.; vgl. aber auch *Frese/Mensching/v. Werder* (1987), S. 373 und *Raiser* (2002), § 33 Rn. 1.

Arbeitsdirektors ab, so konzentrieren sich die Vorschriften um und auf das Überwachungsorgan. Dieses kann unter dem Regime des MitbestG in seiner Mitgliederzahl ggf. erheblich wachsen und setzt sich in jedem Fall anders zusammen. Aus dem mit der Überwachung betrauten Aufsichtsrat, in dem ursprünglich die Interesseneinheit der Anteilseignervertreter herrschte, entsteht nun ein überwachendes Gremium, das gleichzeitig dem Interessenausgleich dient¹⁶³. Da der (mitbestimmte) Aufsichtsrat als zweites Führungsorgan neben dem Vorstand sowohl die Funktionstrennung als auch die im Rechtsvergleich verhaftete Besonderheit der unternehmerischen Arbeitnehmerbeteiligung verkörpert, wird das zweistufige Führungssystem der Aktiengesellschaft verschiedentlich auch als *Aufsichtsrats-* oder *Trennungsmodell* bezeichnet¹⁶⁴. Im Vergleich zu diesem weist die prominenteste Erscheinungsform des einstufigen Systems, die sog. *Board-Konzeption* der U.S.-Corporation, in ihrer Darstellung der modellspezifischen Führungsstrukturen vielfach diametrale Unterschiede auf.

b) Board-Konzeption

Allgemeingültige Aussagen zur Struktur der U.S.-amerikanischen Board-Konzeption unterliegen den Einschränkungen, die daraus resultieren, dass die Corporation als Rechtsform zwar ein in allen Bundesstaaten greifbares gesellschaftsrechtliches Phänomen ist, sie bei weitem aber kein bundesweit einheitlich geregeltes, sondern ein gewissermaßen ‚phänotypisch‘ zu differenzierendes Rechtsgebilde darstellt¹⁶⁵. Da eine Gesellschaft dem jeweiligen Gesellschaftsrecht des von ihren Gründern gewählten Inkorporationsstaates untersteht, müssten zum Zwecke einer vollumfänglichen Erhebung folglich die sog. *corporation statutes* aller 50 Bundesstaaten herangezogen werden¹⁶⁶. Doch auch ohne sämtliche Regelungen der bundesstaatlichen Gesetze synoptisch darzulegen, lässt

¹⁶³ Zur hierauf gerichteten Kritik *Peltzer* (1998), S. 54 f.; siehe auch weiter unten, FN 564 [Zweiter Teil: B. II. 2. b) aa)], und im Einzelnen S. 116 ff.

¹⁶⁴ Der Fokus auf den Aufsichtsrat beherrschte und beherrscht noch die Diskussion um die Verbesserung der Corporate Governance, die sich erneut an zahlreichen Unternehmenskrisen und -konkursen der jüngeren Vergangenheit entzündete. Für eine entschieden stärkere Akzentverschiebung hin zum Vorstand als dem eigentlichen unternehmerischen Entscheidungszentrum v. *Werder* (2000), S. 15 m.w.N.; *Hoffmann-Becking* (1998), S. 497; *Bernhardt/Witt* (1999), S. 826 u. 840; wohl auch *Grundmann/Mülbert* (2001), S. 221; *Lutter* (1998b), S. 591; *Mertens* (1997), S. 72; *Peltzer* (2002b), S. 594.

¹⁶⁵ Ähnlich, aber in Bezug auf die Rechtsform der ‚partnership‘ *Merkt* (1991), S. 115 Rn. 105.

¹⁶⁶ Genau genommen müsste man zusätzlich auch die außerordentlich weit fortentwickelte Rechtsprechung aller Gerichte in den Bundesstaaten berücksichtigen – ein kaum zu bewältigendes Unterfangen. Ähnlich *Merkt* (1991), S. 135 Rn. 147: „Eine Einführung in das US-amerikanische business corporation law ist streng genommen – je nachdem, wie man es sieht – eine Einführung ins Nichts oder eine fünfzigfache Einführung.“

sich anhand zweier Rechtsquellen das Führungssystem der Corporation fast vollständig und vor allem repräsentativ erfassen.

Zum einen können die strukturelevanten Bestimmungen des Revised Model Business Corporation Act von 1984 (kurz: R.M.B.C.A.) als maßgebliche Regelungen zu Grunde gelegt werden. Dieses Modellgesetz, welches aus der Revision des älteren Model Business Corporation Act¹⁶⁷ hervorgegangen ist und von der American Bar Association¹⁶⁸ weiterentwickelt wird¹⁶⁹, eignet sich als Orientierungshilfe vor allem deshalb, weil es wie sein Vorgänger zu einer mehr oder weniger weitreichenden Rechtsangleichung der bis dahin parallel fortentwickelten corporation laws geführt hat. Es scheint daher gerechtfertigt, den R.M.B.C.A. im Umkehrschluss als ‚schwach gefiltertes‘ Kondensat der bundesstaatlichen Gesellschaftsrechte zu betrachten¹⁷⁰.

Um ferner sicherzustellen, dass die Bestimmungen rechtstatsächlich auf einen hinlänglich großen Teil der U.S.-amerikanischen Unternehmen Anwendung finden bzw. fänden, werden parallel zum R.M.B.C.A. die einschlägigen Vorschriften des corporation statute von Delaware (Delaware General Corporation Law) berücksichtigt und ggf. abweichende Regelungen offengelegt. Der durchaus berechtigte Einwand, dass Delaware – gemessen an der Gesamtzahl aller Corporations – im Vergleich zu anderen Bundesstaaten als Domizilstaat ‚nur‘ an siebenter Stelle rangiert¹⁷¹, ist hierbei unschädlich, denn ein Großteil der Fortune 500 Unternehmen sowie der an der NYSE gehandelten Gesellschaften hat dort ihren Sitz¹⁷². Aus diesem Grund kann das corporation statute von Delaware ohne Zweifel als repräsentativ gewertet werden¹⁷³.

¹⁶⁷ Zur Entwicklung des Model Business Corporation Act *Merkt* (1991), S. 127 mit zahlreichen Nachweisen und insbes. S. 151 ff.; vgl. auch *Wiethölder* (1961), S. 153 ff.

¹⁶⁸ Genauer gesagt vom Committee on Corporate Laws of the Section of Business Law der American Bar Association.

¹⁶⁹ Die aktuelle dritte Fassung des (Revised) Model Business Corporation Act aus dem Jahre von 2002 ist abrufbar unter <http://www.abanet.org/buslaw/library/online/publications/mbca2002.pdf>, Stand: 01.12.2002.

¹⁷⁰ In diesem Sinne auch *Buxbaum* (1996), S. 71; *Merkt* (1991), S. 153 Rn. 177; *Frese/Mensching/v. Werder* (1987), S. 374.

Wenngleich auf den M.B.C.A. noch Bezug genommen wird, ist häufig tatsächlich der R.M.B.C.A. „als neueste Fassung des M.B.C.A.“ gemeint, *Merkt* (1991), S. 154 Rn. 178.

¹⁷¹ Siehe hierzu die Zahl der Inkorporationen in den einzelnen Bundesstaaten bei *Merkt* (1991), S. 150 m.N.

¹⁷² *Merkt* (1991), S. 147 Rn. 168; vgl. auch *Schneider/Burgard* (2001), S. 966; mit *Merkt* lassen sich zudem zwei weitere Belege für Delaware als repräsentativen Inkorporationsstaat anführen [*ders.*, S. 148]: „Die Vorreiterrolle von Delaware manifestiert sich unter anderem darin, daß andere Bundesstaaten neue Gesetzregelungen von Delaware zum Teil wortgetreu kopieren.“ und *ders.*, S. 149: „Darüber hinaus ist das case law von Delaware umfangreicher als in jedem anderen Bundesstaat. Nicht selten greifen die Richter anderer Bundesstaaten auf Entscheidungen aus Delaware zurück, wenn das eigene Recht schweigt.“

Über die Bestimmungen des R.M.B.C.A. und des einzelstaatlichen Gesellschaftsrechts hinaus existieren noch weitere Regelungen und Regelungsmöglichkeiten, die auf einer Ebene oberhalb der corporation laws liegen bzw. unterhalb dieser geboten werden. Hierzu gehören das Bundesrecht, die Zulassungsregelungen der Securities and Exchange Commission¹⁷⁴, die Articles of Incorporation¹⁷⁵ und die sog. By-laws. Der Kreis der strukturelevanten Vorschriften auf Bundesebene beschränkt sich dabei auf den Bereich des federal securities law, das nur die Führungssysteme börsennotierter Corporations betrifft und aus dem Securities Act von 1933 sowie dem Securities Exchange Act von 1934 besteht¹⁷⁶. Beide Gesetze sind im Zusammenhang mit der Board-Konzeption beachtlich, da sie die Ermächtigungsgrundlage für den Erlass von Zulassungsregeln durch die Securities and Exchange Commission bilden¹⁷⁷.

Innerhalb der durch das Recht des Inkorporationsstaates gezogenen Grenzen können wiederum die Gesellschafter strukturelevante Bestimmungen in die Articles of Incorporation aufnehmen¹⁷⁸. Alle anderen, weniger grundlegenden Bestimmungen werden regelmäßig in den ergänzenden By-laws niedergelegt¹⁷⁹. Vergleicht man sie mit der Satzung einer deutschen Aktiengesellschaft, so repräsentieren die Articles of Incorporation – in der Form, wie sie die corporate statutes katalogartig vorgeben¹⁸⁰ – im Wesentlichen den Teil der Satzung, der hierzulande als Gründungsurkunde dient¹⁸¹, während die By-laws alle weiteren Satzungsbestandteile¹⁸², einschließlich der in der Geschäftsordnung von Vorstand und Aufsichtsrat gewöhnlich enthaltenen Regelungsinhalte, umschließen. Im Unterschied zu den Articles of Incorporation können allerdings nicht nur die Gesellschafter, sondern auch die Mitglieder des sog. Board of Directors¹⁸³, dem

¹⁷³ Zur Bedeutung des corporation law von Delaware aus U.S.-amerikanischer Sicht *Hess* (1996), S. 11; vgl. auch *Bleicher/Leberl/Paul* (1989), S. 126.

¹⁷⁴ Bezüglich ihrer Bedeutung siehe nur *Wiesner* (2002), S. 1: „Das in den amerikanischen Bundesstaaten geregelte Gesellschaftsrecht hat nur rudimentären Charakter und erhält erst durch die Börsenzulassungsbedingungen Substanz.“

¹⁷⁵ Im Del.Gen.Corp.L. als ‚Certificate of Incorporation‘ bezeichnet.

¹⁷⁶ Vgl. *Bleicher* (1992), Sp. 442.

¹⁷⁷ General Rules and Regulations, Securities Act of 1933, Title 17 C.F.R. § 230.100 (i. d. F. von 2001); General Rules and Regulations, Securities Exchange Act of 1934, Title 17 C.F.R. § 240.0-1 (i. d. F. von 2001).

¹⁷⁸ § 2.02 (b) R.M.B.C.A.; § 102 (b) (1) Del.Gen.Corp.L.

¹⁷⁹ Vgl. *Merkt* (1991), S. 195 Rn. 270.

¹⁸⁰ Vgl. § 102 Del.Gen.Corp.L.; ähnlich, aber weniger ausführlich das R.M.B.C.A. in § 2.02 (a).

¹⁸¹ Vgl. *Wiethölter* (1961), S. 186 f. Tatsächlich beschränken sich die Articles of Incorporation häufig auf die Angabe einiger Rahmendaten, wie die Adresse der Gesellschaft und eine dem Board of Directors ausgestellte Blankovollmacht zur Ausgabe von Wertpapieren, weshalb die Bedeutung der By-laws erheblich zugenommen hat, vgl. *Buxbaum* (2000), S. 1295 f.

¹⁸² Ähnlich *Merkt* (1991), S. 165 Rn. 204.

einziges Führungsorgan der Corporation, Regelungen in den By-laws festlegen sowie bestehende ändern¹⁸⁴; entgegenstehende Vorstellungen der Gesellschafter genießen jedoch stets Vorrang¹⁸⁵. Insgesamt fällt auf, dass – bei einer Querschnittsbetrachtung der Regelungsebenen – der Schwerpunkt, an dem sich Bestimmungen zur Führungsstruktur verdichten, nicht auf der gesetzlichen Ebene liegt. Die Festlegung der Strukturdetails ist in der Corporation vielmehr Aufgabe von Gesellschaftern¹⁸⁶ und Board-Mitgliedern.

Unternimmt man den Versuch, die schematische Veranlagung des Organ- und Kompetenzgefüges zu skizzieren, so lassen sich aufgrund der Kombination von gesetzlicher ‚Zurückhaltung‘ und ausgeprägter Satzungsheftigkeit lediglich einige Eckpunkte anführen. Sie gestatten es aber immerhin verschiedene Strukturalternativen der Board-Konzeption aufzuzeigen: Der R.M.B.C.A. sowie das Del. Gen.Corp.L. unterscheiden zwei Gruppen von Führungsakteuren, von denen einzig der Board of Directors den Status eines Organs besitzt¹⁸⁷. Er besteht aus mindestens einem „Director“¹⁸⁸ und ist nach Maßgabe der Articles of Incorporation und der By-laws mit der Führung der Corporation betraut¹⁸⁹. Soweit die Gesellschafter oder nachrangig die Mitglieder des Boards dies vorsehen, können daneben Führungsaufgaben und die damit verbundenen Rechte und Pflichten auf eine zweite Gruppe, die der sog. Officers, übertragen sein¹⁹⁰. Da Officers grundsätzlich auch dem Board angehören dürfen¹⁹¹, jedoch keinesfalls angehören müssen, ist ihre Position demnach nur an die Delegation bestimmter Führungsaufgaben gebunden¹⁹². Je nachdem, wie nun die Führungsaufgaben zwischen den beiden Gruppen konkret verteilt sind, kann das unternehmerische Entscheidungszentrum tendenziell eher bei den Officers oder im Board of Directors zu ‚verorten‘ sein¹⁹³.

¹⁸³ Zur Etymologie des Begriffes ‚Board of Directors‘ *Leyerz* (2003), S. 69 in FN 42 m. N.

¹⁸⁴ § 2.06 (a) R.M.B.C.A.; § 109 (a) Del.Gen.Corp.L. Nach *Merkt* (1991), S. 305 Rn. 510, ist dies in den meisten Corporations der Fall. Siehe zu dem damit verbundenen Kompetenzstreit zwischen Board und Shareholdern *Buxbaum* (2000), S. 1295 ff.

¹⁸⁵ § 10.20 R.M.B.C.A.; § 109 (a) Del.Gen.Corp.L.

¹⁸⁶ Vgl. hierzu *Frese/Mensching/v. Werder* (1987), S. 375 f.; *Schneider-Lenné* (1995), S. 35.

¹⁸⁷ Vgl. *Merkt* (1991), S. 292 Rn. 488; *Hoffmann-Becking* (2003), S. 746.

¹⁸⁸ § 8.03 (a) R.M.B.C.A.; § 141 (b) Del.Gen.Corp.L.

¹⁸⁹ § 8.01 (b) R.M.B.C.A.; § 141 (a) Del.Gen.Corp.L.

¹⁹⁰ § 8.41 R.M.B.C.A.; § 141 (a) Del.Gen.Corp.L.

Hierunter fällt auf die Möglichkeit des Boards, bestimmte Entscheidungen an seine Zustimmung zu binden; zu den Zustimmungsvorbehalten als Instrument der ex-ante Überwachung durch den Board *Bleicher* (1992), Sp. 444.

¹⁹¹ Vgl. *Windbichler* (1985), S. 56; *Frese/Mensching/v. Werder* (1987), S. 379.

¹⁹² Officers, die zugleich Mitglied im Board of Directors sind, werden als sog. inside directors, alle anderen Board-Mitglieder als outside directors bezeichnet, vgl. statt vieler *Frese/Mensching/v. Werder* (1987), S. 379.

Nicht eindeutig zuordenbar ist das Zentrum dann, wenn bspw. die Officers das Tagesgeschäft übernehmen, der Board aber weiterhin über die Unternehmenspolitik entscheidet, die laufende Geschäftsführung überwacht und ggf. in die Geschäftsführung eingreift¹⁹⁴ (1. Strukturalternative¹⁹⁵). Beschränken sich hingegen Aufgaben, Rechte und Pflichten des Board of Directors auf die Kontrollfunktion und obliegt den Officers die Leitung der Corporation in sämtlichen Fragen, so führt die Aufgaben- und Kompetenzverteilung zu einer faktischen Funktionstrennung, bei der die Gruppe der Officers – vergleichbar zum Vorstand einer Aktiengesellschaft – autonom die Geschicke des Unternehmens bestimmt (2. Strukturalternative)¹⁹⁶. Übereinstimmung mit der Aufsichtsrats-Konzeption herrscht in diesem Falle auch insofern, als die Officers dann sinngemäß von einem Überwachungsorgan (i. d. R.) bestellt¹⁹⁷ und abberufen¹⁹⁸ werden. Im Gegensatz zum Aktiengesetz lässt sich aber weder dem R.M.B.C.A. noch dem Del.Gen.Corp.L. eine gesetzlich angeordnete Inkompatibilitätsregelung entnehmen.

Diese zunächst nur grob umrissene Aufgaben- und Kompetenzkonstellation stellt die wohl dominierende Führungsstruktur der großen börsennotierten Corporations (sog. large publicly held corporations) dar¹⁹⁹, wohingegen die zuerst genannte Strukturalternative typischerweise die Führungsorganisation der kleineren ‚closely held corporations‘ kennzeichnet²⁰⁰. Charakteristisch für die

¹⁹³ Der Richtigkeit halber sei angemerkt, dass im Grunde genommen auch die Gesellschafter einer Corporation Teile der Leitungsfunktion ausüben können, wenn sie sich in den Articles of Incorporation bzw. By-laws entsprechende Rechte vorbehalten, vgl. *Frese/Mensching/v. Werder* (1987), S. 376. Zu dieser Kompetenz-Konstellation so gleich.

¹⁹⁴ Weisungen des Gesamt-Boards sind in den Grenzen der By-laws gem. § 8.41 R.M.B.C.A.; § 142 (a) Del.Gen.Corp.L. jederzeit möglich.

¹⁹⁵ Diese Strukturalternative entspricht sowohl dem als ‚statutory scheme‘ bezeichneten gesetzlichen Leitbild der corporation statutes [vgl. *Merkt* (1991), S. 290 Rn. 482 f.] als auch dem vom American Law Institute vorgeschlagenen ‚monitoring model‘, vgl. *The American Law Institute* (1994), § 3.02; hierzu *Bleicher/Leberl/Paul* (1989), S. 10.

¹⁹⁶ Dass eine so weitreichende Delegation von Leitungskompetenzen auf die Gruppe der Officers zulässig ist, zeigt sowohl das Modellgesetz als auch das corporation statute von Delaware, § 8.01 (b) R.M.B.C.A.: „All corporate powers shall be exercised by or under the authority of, and the business and affairs of the corporation managed under the direction of, its board of directors, ...“; § 141 (a) Del.Gen.Corp.L.: „The business and affairs of every corporation organized under this chapter shall be managed by or under direction of a board of directors, ...“.

¹⁹⁷ § 8.40 (a) R.M.B.C.A.; § 142 (b) Del.Gen.Corp.L.; vgl. hierzu auch *Merkt* (1991), S. 290 Rn. 483. u. S. 305 Rn. 510.

¹⁹⁸ § 8.43 (b) R.M.B.C.A.; § 142 (b) Del.Gen.Corp.L. Hiervon abweichend kann das Recht zur Abberufung von Officers auch einem einzelnen Officer übertragen werden, vgl. § 8.43 (b) (ii) und (iii) R.M.B.C.A.; § 142 (b) Del.Gen.Corp.L.

¹⁹⁹ Vgl. *Merkt* (1991), S. 292 f. Rn. 488.

²⁰⁰ Siehe hierzu *Bleicher* (1992), Sp. 446; *Bleicher/Leberl/Paul* (1989), S. 215.

kleine close corporation ist ferner die nicht unbedeutende Tatsache, dass oftmals die Gesellschafter mehr oder weniger sichtbar als Leitungsorgan der Corporation in Erscheinung treten. Es steht den Anteilseignern bspw. frei, als Mitglied des Board of Directors kraft ihres Amtes ganz offiziell die Corporation zu führen und zu vertreten (sog. managing shareholders²⁰¹). Dabei obliegt es zudem ihrer Entscheidung, ob sie selbst eine Funktion als Officer bekleiden wollen oder es vorziehen, mit größerem Abstand vom Tagesgeschäft im Hintergrund zu dirigieren, indem sie andere Personen gewissermaßen ‚vorschieben‘.

Auch wenn ein derart konzipiertes Führungssystem im Kontext einer aktienrechtlichen Verfassung zunächst überraschen mag, ist das Modell der Gesellschafterleitung trotz der äußerst geringen Ähnlichkeiten mit der Führungsorganisation der Aktiengesellschaft keineswegs eine führungsstrukturelle ‚Anomalie‘, sondern vielmehr das Ergebnis eines numerus clausus der U.S.-amerikanischen Gesellschaftsformen. Das überraschende Moment verblasst, sobald man den Blick auf eine andere Rechtsform, namentlich die der GmbH, richtet. Dort nehmen die Gesellschafter eine vergleichbare Kompetenzposition ein und können im Extremfall sogar das Geschäftsführungsorgan auf ein weisungsempfängendes Vertretungsorgan reduzieren²⁰². Da die U.S.-amerikanischen Gesellschaftsrechte aber nur *eine* Gesellschaftsform mit eigener Rechtspersönlichkeit vorsehen, kann die führungsorganisatorische Variante der Gesellschafterleitung als eine Sonderform für solche Unternehmen, die im übertragenen Sinne GmbH-rechtlich, d.h. gerade nicht aktienrechtlich verfasst wären, dahinstehen. In Anlehnung an die erste Alternative lässt sich allerdings noch eine dritte relevante Aufgaben- und Kompetenzverteilung festhalten. Hiernach besteht der Board nur aus wenigen Mitgliedern, welche – unabhängig davon, ob sie zugleich Gesellschafter sind oder nicht – in Personalunion eine Stellung als Officer bekleiden und in ihrer Gesamtheit die Corporation führen (3. Strukturalternative²⁰³). Bei dieser rechtlich-organisatorischen Ausformung liegt also sowohl die Leitungsfunktion als auch die Überwachungsfunktion zwangsläufig in der Hand des Board of Directors.

Angesichts dieser weiten Spanne an Strukturierungsoptionen kann die Board-Konzeption als grundsätzlich flexibel strukturierbares Führungssystem klassifiziert werden²⁰⁴. Einschränkungen ergeben sich indessen für große börsennotierte Corporations, die bestimmte Voraussetzungen für die Zulassung etwa an

²⁰¹ Merkt (1991), S. 290 Rn. 484.

²⁰² Vgl. v. Werder (1987b), S. 157.

²⁰³ Zu diesen drei Strukturalternativen siehe auch Potthoff (1996), S. 254 f. Noch weitergehende Differenzierungen finden sich bei Bleicher/Leberl/Paul (1989), S. 223 ff.

²⁰⁴ So auch v. Hein (2002b), S. 504, der darin einen fundamentalen Unterschied zur aktienrechtlichen Verfassung deutscher Unternehmen sieht; ferner Schneider/Strenger (2000), S. 107.

der NYSE oder der American Stock Exchange (Amex)²⁰⁵ erfüllen müssen. Hierzu gehört z.B. die Bildung eines ständigen Überwachungs- und Kontrollausschusses, das sog. Audit Committee²⁰⁶. Seine vornehmlichsten Aufgaben sind die generelle Überwachung der Geschäftsführung sowie die Prüfung der Rechnungslegung und Bilanzpolitik²⁰⁷. Es empfiehlt überdies dem Board einen Abschlussprüfer und arbeitet mit ihm und der Revision eng zusammen²⁰⁸.

Während die Pflicht zur Einrichtung eines Audit Committees für sich allein betrachtet noch nicht als – ernsthafter, aber ernstzunehmender – Einschnitt in die Freiheit der Kompetenzverteilung aufgefasst werden kann, ja – im Grunde genommen eher eine Anleitung für die Organisation der Überwachungstätigkeit darstellt, schließen die Vorschriften zur personellen Besetzung des Kontrollausschusses – wenn auch nur anteilmäßig – die Ausschuss-Zugehörigkeit bestimmter Board-Mitglieder aus. Da das Kontrollgremium in börsennotierten Gesellschaften mit mindestens drei ‚independent persons‘ besetzt sein muss²⁰⁹, Ausschüsse sich generell aber nur aus Mitgliedern des Boards zusammensetzen dürfen²¹⁰, sind damit bereits drei Board-Mandate Personen vorbehalten, zu denen insbesondere Officers, Angestellte oder Gesellschafter mit einem höheren stimmberechtigten Kapitalanteil nicht zählen²¹¹.

Parallel zum – gegebenenfalls zwingend zu bildenden – Audit Committee wird ein Teil der Board-Aufgaben üblicherweise²¹² in zwei weiteren Ausschüssen bewältigt, die ebenfalls zur Kategorie der ‚overview committees‘ gehören²¹³. Das sog. Nominating Committee hat auf der einen Seite geeignete Amts-

²⁰⁵ Zusammen mit der National Association of Securities Dealers' Automated Quotation System (NASDAQ) repräsentieren sie die drei wichtigsten Handelsplätze in den Vereinigten Staaten.

²⁰⁶ Sec. 121 B. American Stock Exchange Constitution and Rules; für die NYSE siehe den Nachweis in FN 25 [Zweiter Teil: A. I. 1. a)]. Auch die Zulassungsregeln der NASDAQ verlangen ein Audit Committee, vgl. *Schneider-Lenné* (1995), S. 36; *Ranzinger/Blies* (2001), S. 457 m.N. in FN 9.

²⁰⁷ Vgl. *Windbichler* (1985), S. 60; *Merkt* (1991), S. 302 Rn. 505; Arbeitskreis „Externe und interne Überwachung der Unternehmung“ der Schmalenbach-Gesellschaft für Betriebswirtschaft e.V. (2000), S. 2281.

²⁰⁸ Ausführlich *Bleicher/Leberl/Paul* (1989), S. 165 f.; vgl. auch *Bleicher* (1992), Sp. 445; *Ranzinger/Blies* (2001), S. 456.

²⁰⁹ NYSE Listed Company Manual § 303.01 (B) (2) (a), 901.01 II 7; Sec. 121 B. (b) (i) American Stock Exchange Constitution and Rules.

²¹⁰ Vgl. *Frese/Mensching/v. Werder* (1987), S. 378; *Merkt* (1991), S. 300 Rn. 503.

²¹¹ Vgl. NYSE Listed Company Manual § 303.01 (B) (3); *Windbichler* (1985), S. 58 f.

²¹² Vgl. *Böckli* (1992), S. 353; *Schneider-Lenné* (1995), S. 35; siehe auch die Ergebnisse einer Erhebung bei *Merkt* (1991), S. 300 Rn. 502 m.N.

In Corporations ist häufig auch ein Executive Committee anzutreffen, dem ausschließlich inside directors (Officers) angehören (dürfen). Aufgabe des Committees ist es, das Unternehmen zwischen den Board-Sitzungen zu führen, vgl. *Merkt* (1991), S. 300 Rn. 503; *Götz* (2003a), S. 17.

anwärter für absehbar vakante Positionen in der Unternehmensleitung oder im Board zu suchen, dem Board einen Vorschlag zur Be- bzw. Anstellung zu unterbreiten und zum anderen sämtliche Board-Mitglieder sowie Officers regelmäßig einer Leistungsbeurteilung zu unterziehen²¹⁴. Vor dem Hintergrund dieser Ausschussfunktionen ist die Besetzung des Gremiums nicht unproblematisch. Erfordert einerseits die Evaluation der Managementleistung durch andere klar eine Zusammensetzung aus nicht leitenden Direktoren, so spricht andererseits die Bedeutung einer vertrauensvollen Zusammenarbeit im Rahmen der Unternehmensleitung für die Beteiligung leitender Board-Mitglieder²¹⁵. Es verwundert daher, dass Vorschriften zum Nominating Committee weder im Del.Gen. Corp.L. noch im R.M.B.C.A. vorgefunden werden können²¹⁶.

Kernaufgaben des Compensation Committees sind hingegen die Entwicklung gehaltspolitischer Richtlinien und die Überwachung der Angemessenheit von Vergütungshöhe und -modalitäten²¹⁷. Anders als beim Nominating Committee besteht es überwiegend – wenn nicht gar ausschließlich – aus unabhängigen Mitgliedern des Boards, um unangemessene Gehaltszusagen zu vermeiden²¹⁸. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang das Recht des Board of Directors, über die Vergütung seiner eigenen Mitglieder befinden zu dürfen, sofern die Articles of Incorporation oder By-laws nichts anderes bestimmen²¹⁹. Gleiches gilt generell auch für die Einrichtung von Ausschüssen insgesamt. Der R.M.B.C.A. und das corporation statute von Delaware erlauben in Ermangelung entgegenstehender Satzungsbestimmungen die beliebige Einrichtung von Ausschüssen und – nahezu unbegrenzt²²⁰ – die Übertragung der dem Board obliegenden Aufgaben und Kompetenzen. Die Delegation geht aber hierbei

²¹³ Vgl. *Merkt* (1991), S. 301 Rn. 503.

²¹⁴ *Windbichler* (1985), S. 61; *Merkt* (1991), S. 304 Rn. 507; *Frese/Mensching/v. Werder* (1987), S. 378.

²¹⁵ Nach *Bleicher/Leberl/Paul* (1989), S. 148 f. m.w.N., ist das Nominating Committee überwiegend mit outside directors besetzt.

²¹⁶ Zu diesem Befund, aber für das gesamte Gesellschaftsrecht der Vereinigten Staaten *Merkt* (1991), S. 304 Rn. 507: „Gesetzliche Bestimmungen für nominating committees gibt es – soweit ersichtlich – in keinem Bundesstaat.“

²¹⁷ Vgl. *Frese/Mensching/v. Werder* (1987), S. 377; *Windbichler* (1985), S. 61 f.; *Merkt* (1991), S. 304 Rn. 508;

²¹⁸ Deutlich *Windbichler* (1985), S. 61 f.; *Merkt* (1991), S. 304 Rn. 508; *Bleicher* (1992), Sp. 443.

²¹⁹ § 8.11 R.M.B.C.A.; § 141 (h) Del.Gen.Corp.L. Im Bereich der Vergütung ist die Rechtslage in der Aktiengesellschaft grundverschieden. Während die Hauptversammlung über die Bezüge der Aufsichtsratsmitglieder bestimmt [vgl. § 113 AktG], entscheidet der Aufsichtsrat über die Gehälter und Gewinnbeteiligungen der Vorstandsmitglieder [vgl. § 87 AktG].

²²⁰ Zu den wenigen Ausnahmen gehören Grundlagengeschäfte wie z.B. die Bestellung der Board-Mitglieder, die Änderung der Articles oder By-laws, der Abschluss von Verträgen über Unternehmenszusammenschlüsse, vgl. § 8.25 (e) R.M.B.C.A. und mit vereinzelten Unterschieden im Detail § 141 (c) Del.Gen.Corp.L.

stets mit der Pflicht des Gesamt-Boards einher, die Ausschussarbeit zu überwachen²²¹.

Infolge der vielfältigen führungsorganisatorischen Gestaltungsmöglichkeiten²²² ist die Verantwortung der Führungsmitglieder nicht wie in der Aktiengesellschaft streng organbezogen vordefiniert, sondern auf das Engste mit der Aufgaben- und Kompetenzverteilung im konkreten Führungssystem der Corporation verbunden. Der Facettenreichtum entsteht zum einen durch die Möglichkeit der Gesellschafter bereits die Rechte und Pflichten des Boards maßgeblich beschränken oder ausweiten zu können und nachgerade durch den verbleibenden mehr oder minder großen Spielraum des Boards – unter Ausschöpfung des aufgezeigten Spektrums an zulässigen Gestaltungsvarianten – die Strukturdetails selbständig zu bestimmen. Wenngleich der Bezug zu Aufgaben und Kompetenzen (noch) den Anschein ‚kongruenter Verhältnisse‘ erweckt, liegen doch Unwägbarkeiten in einzelnen Strukturalternativen verborgen.

Grundlegende Anhalts- und Ausgangspunkte für die Verantwortlichkeit der Führungsmitglieder bilden das statutory scheme²²³, welches als Leitbild der corporation laws die erste Strukturalternative unterstellt, und ferner der – dem common law und den corporation laws gemeine – Grundsatz, dass dem Management allgemein Sorgfalts- und Treuepflichten obliegen²²⁴. So führt der Board ‚musterhaft‘, als ein von den Weisungen der Gesellschafter unabhängiges Gesellschaftsorgan, die Corporation unter eigener Verantwortung²²⁵. Angehörige des Boards agieren nicht allein, sondern grundsätzlich gemeinschaftlich, d.h. kraft ihres Organstatus, und haften dementsprechend gesamtschuldnerisch²²⁶. Von der kollektiven Haftung ist ein Board-Mitglied jedoch in aller Regel dann ausgenommen, wenn es bei der Beschlussfassung²²⁷ einen schriftlichen Widerspruch²²⁸ gegen die Entscheidung der Mehrheit erhebt und dieser im Sitzungsprotokoll vermerkt wurde²²⁹. Haftungsbefreiende Wirkung besitzt dessenunge-

²²¹ Vgl. *Merkt* (1991), S. 301 Rn. 503.

²²² Ausführlich *Bleicher* (1992), Sp. 449 ff.; siehe auch *Keßler* (1999), S. 156 ff.

²²³ Siehe hierzu nochmals FN 195 [Zweiter Teil: A. II. 1. b)].

²²⁴ Vgl. *Merkt* (1991), S. 316 Rn. 527 f.; zum historischen Hintergrund der sog. ‚fiduciary duties‘ *Allen* (1998), S. 314 f. et passim.

²²⁵ *Merkt* (1991), S. 292 Rn. 488.

²²⁶ *Merkt* (1991), S. 317 Rn. 528.

²²⁷ Für die Beschlussfähigkeit und die Beschlussfassung des Boards ist die einfache Mehrheit aller amtierenden bzw. der anwesenden Board-Mitglieder maßgeblich, es sei denn die Articles of Incorporations bestimmen etwas anderes. Ein geringeres Quorum als ein Drittel kann jedoch nicht vereinbart werden, vgl. § 8.24 (a–c) R.M.B.C.A.; § 141 (b) Del.Gen.Corp.L.

²²⁸ Sogenannter ‚dissent‘.

²²⁹ § 174 (a) Del.Gen.Corp.L.; in § 8.24 (d) R.M.B.C.A. ist lediglich die Möglichkeit vorgesehen, dass Direktoren einen Widerspruch einlegen können, eine Entbindung von der Haftung ordnet das Modellgesetz hingegen nicht explizit an.

achtet auch ein durch das betroffene Direktoriumsmitglied erbrachter Nachweis, gestützt auf die (vertrauenswürdigen) Informationen, Gutachten und Urteile anderer Direktoren, Angestellter oder Experten stets in gutem Glauben gehandelt zu haben²³⁰.

Zusätzlich zu diesen Exkulpationswegen, die sowohl bei angemahnten Sorgfaltsverstößen als auch bei geltend gemachten Treuepflichtverletzungen beschränkt werden können, bestehen erhebliche Erleichterungen und Entlastungsmöglichkeiten im Bereich der Sorgfaltspflichten (fiduciary duty of care)²³¹. Nach § 102 (b) (7) Del.Gen.Corp.L. steht es den Gesellschaftern bspw. frei, in den Articles of Incorporation eine Haftungsbeschränkung oder sogar einen Haftungsausschluss für Führungskräfte zu vereinbaren²³². Sofern eine Inanspruchnahme aus pflichtwidrigem Handeln nicht bereits in dieser Form im Vorhinein begrenzt bzw. abgedungen wurde, sind die Entscheidungen des Boards spätestens jedoch durch das Rechtsinstitut der sog. Business Judgement Rule²³³ einer richterlichen Überprüfung im Nachhinein regelmäßig entzogen²³⁴. Unzulässig ist dagegen jede Beschränkung der Treuepflichten (fiduciary duty of loyalty)²³⁵. Bedeutung erlangen sie u. a. auf dem Gebiet der Mehrfach-Mandate (sog. interlocking directorates²³⁶) und der Qualifikationsanforderungen, denen Board-Mit-

²³⁰ § 8.30 (c)–(e) R.M.B.C.A. [Vorläufer-Bestimmung: § 8.30 (b) R.M.B.C.A.-1984], vgl. hierzu die Kommentare in *Solomon/Bauman/Weiss* (1994), S. 85 ff.; § 141 (e) Del.Gen.Corp.L.; siehe hierzu auch *Hess* (1996), S. 17 f. und *Merkt* (1991), S. 316 Rn. 528.

²³¹ Vgl. *Hopt* (1996a), S. 917.

²³² Vgl. *Merkt* (1991), S. 317 Rn. 529; *Schneider-Lenné* (1995), S. 48 f.; eingehend auch *Keßler* (1999), S. 165.

²³³ Voneinander zu trennen sind die Begriffe ‚business judgement‘, ‚business judgement doctrine‘ und ‚business judgement rule‘. Während die *business judgement doctrine* bestimmt, dass unternehmerische Entscheidungen des Boards (business judgement), die bestimmte Mindestvoraussetzungen erfüllen müssen [vgl. dazu die Anmerkungen in der folgenden FN] von den Gerichten inhaltlich nicht geprüft werden dürfen, ordnet die *business judgement rule* eine Haftungsfreistellung der Board-Mitglieder an. Gewöhnlich wird das gesamte Rechtsinstitut unter dem Oberbegriff ‚business judgement rule‘ zusammengefasst, vgl. *Merkt* (1991), S. 398 Rn. 682; *Allen* (1998), S. 326.

Im Gegensatz zu den §§ 93 Abs. 2 S. 2, 116 AktG unterstellt die Business Judgement Rule gerade kein Verschulden der Board-Mitglieder.

²³⁴ Einschränkung ist zu bemerken, dass die Anwendung der Business Judgement Rule (genauer doctrine) an das Vorliegen bestimmter Voraussetzungen gebunden ist. Hiernach muss die in Frage stehende Entscheidung von Direktoren getroffen worden sein, die sich weder in einem Interessenkonflikt befanden (disinterested judgement) noch in fahrlässiger Weise entscheidungsrelevante Informationen außer Acht ließen (informed judgement) und sich ausschließlich am Interesse der Gesellschaft orientierten (rational belief), ausführlich *Merkt* (1991), S. 398 Rn. 682 ff.; siehe auch *Allen* (1998), S. 326.

²³⁵ Vgl. *Merkt* (1991), S. 317 Rn. 529.

²³⁶ Obwohl die corporation statutes auf eine gesetzlich angeordnete Funktionstrennung verzichten, können Direktoren Träger mehrerer Board-Mandate sein. Mitglied-

glieder in persönlicher Hinsicht genügen müssen. Ob und welche Voraussetzungen sie konkret zu erfüllen haben, bestimmen allerdings primär die Articles of Incorporation²³⁷.

Veränderungen in der Aufgaben- und Kompetenzverteilung durch die Gesellschafter oder – bei entsprechender Ermächtigung – durch den Board berühren zwangsläufig die Verantwortung der Führungsmitglieder. Sobald Aufgaben, Rechte und (materielle) Pflichten im größeren Rahmen auf Officers übertragen werden, nehmen diese infolgedessen eine mit den Direktoren vergleichbare (formal)rechtliche Pflichtenstellung ein. Zwar obliegen den höheren leitenden Angestellten unabhängig von der jeweiligen Führungsstruktur grundsätzlich auch Sorgfalts- und Treuepflichten²³⁸. Ihre Position ist im statutory scheme aber letztlich haftungsrechtlich schwach bewehrt, da sie nur die Verantwortung für die laufende Geschäftsführung tragen, die Weisungen des Boards befolgen müssen und solange nicht haftbar sind, wie sie die Grenzen ihres zulässigen Einflussbereiches respektieren²³⁹. Auf eine derartige ‚Verantwortungslosigkeit‘ kann sich die Gruppe der Officers jedoch nicht mehr berufen, wenn sie anstelle des Boards das unternehmerische Entscheidungszentrum bildet. Anders gewendet eröffnet das Recht zur Übertragung von Aufgaben und Kompetenzen dem Board die Möglichkeit sich der Gesamtverantwortung teilweise zu entledigen, was bei weitreichender Delegation zur Folge hat, dass es ‚lediglich‘ für die Sorgfalt bei der Überwachung der Unternehmensleitung eintreten muss²⁴⁰.

Obschon die delegationsbezogene (faktische) Funktionstrennung dem Kongruenzgedanken nicht ohne weiteres zuwiderläuft, kann eine unausgewogene – in großen Corporations aber nicht ungewöhnliche – personelle Besetzung der Ämter geeignet sein, das Gleichgewicht von Aufgaben, Kompetenzen und Verantwortung beträchtlich zu stören. Potenziell unausgeglichen ist die personelle Besetzung insbesondere in den Fällen, in denen (u.U. sämtliche) Officers ebenfalls Board-Mandate innehaben und zudem der Chief Executive Officer²⁴¹ (CEO) in Personalunion das Amt des Board-Vorsitzenden (Chairman) bekleidet²⁴². Nicht selten wandelt sich der nach wie vor für die Überwachung verantwortliche Board hierbei zu einem Organ, das die Entscheidungen der Officers

schaften in den Boards mehrerer Corporations sind dabei nach Section 8 des Clayton Acts von 1914 nur ausgeschlossen, wenn die Gesellschaften demselben Geschäftszweig angehören, vgl. *Bleicher/Leberl/Paul* (1989), S. 126 f. Das Aktiengesetz schließt hingegen Überkreuzverflechtungen ausdrücklich aus [vgl. § 100 Abs. 2 Nr. 3 AktG], während das Wettbewerbsverbot für Aufsichtsratsmitglieder umstritten ist, vgl. *Hüffer* (2002), § 103 Rn. 13a f.

²³⁷ § 8.02 R.M.B.C.A.; § 141 (b) Del.Gen.Corp.L.

²³⁸ Vgl. *Merkt* (1991), S. 319 Rn. 531.

²³⁹ Zu diesem Grundsatz *Merkt* (1991), S. 318 Rn. 531.

²⁴⁰ Deutlich *Bleicher* (1992), Sp. 445 f.

²⁴¹ Der Chief Executive Officer entspricht in seiner Funktion in etwa dem Vorstandsvorsitzenden einer Aktiengesellschaft.

bzw. des CEO in den wenigen Sitzungen pro Jahr lediglich formal ‚gegenzeichnet‘²⁴³. Bezieht der CEO überdies, da die corporation laws eine gleichberechtigte bzw. kollegiale Teilnahme der Officers an der Unternehmensleitung keineswegs vorschreiben²⁴⁴, zulässigerweise eine übergeordnete und einflussreiche Position, so entsteht unter den genannten Bedingungen ein fast schon paradoxes Bild: Während vordergründig die Konturen einer faktischen Funktionstrennung aufscheinen, verwischt die omnipotente Stellung²⁴⁵ des CEO/Chairman bei näherer Betrachtung den Übergang zwischen aufgabenbezogener Kompetenz und Verantwortung²⁴⁶.

Unterzöge man Board-Konzeption und Aufsichtsrats-Konzeption einem Vergleich allein hinsichtlich der Verantwortung der Führungsakteure in der Corporation einerseits und denen der Führungsorgane in der Aktiengesellschaft andererseits, so würden bereits deutliche Unterschiede zutage treten. Ursächlich hierfür ist nicht zuletzt die hohe Flexibilität der Board-Konzeption²⁴⁷, welche das Kompetenzgefüge unverkennbar prägt und es erlaubt, das Führungssystem der Corporation in einem Kontinuum zwischen den Eckpolen streng einstufig und faktisch zweistufig zu modifizieren. Obwohl sich die Gruppe der Officers in einigen Abstufungen einem Organ beträchtlich annähert, billigt das corporation law ausschließlich dem Board of Directors diesen Status zu. Die Board-Konzeption bleibt daher im Kern ein einstufiges System²⁴⁸.

²⁴² Dies ist nach Angaben von *Monks/Minow* (2001), S. 175, in 93% der größten U.S.-amerikanischen Corporations der Fall; vgl. auch *v. Hein* (2002b), S. 506.

²⁴³ In diesem Zusammenhang wird der Board als ‚rubber stamp‘ bezeichnet, vgl. *Bleicher/Leberl/Paul* (1989), S. 135; *Salzberger* (1999), S. 88; *Merkt* (1991), S. 291 Rn. 484; *Wiethölter* (1961), S. 215.

²⁴⁴ Der Board ist demgegenüber immer ein Kollegialorgan, vgl. *Bleicher* (1992), Sp. 447; *Potthoff* (1996), S. 255; *v. Hein* (2002b), S. 502.

²⁴⁵ *Bleicher* (1992), Sp. 447; *Bleicher/Paul* (1986), S. 266; *Bleicher/Leberl/Paul* (1989), S. 184; *Schneider-Lenné* (1995), S. 42 f. m.w.N. Der ‚Vormachtsstellung‘ des CEO versuchen gegenwärtig NASDAQ und NYSE durch den Erlass neuer Vorschriften zu begegnen, nach denen der Board of Directors börsennotierter Unternehmen mehrheitlich mit unabhängigen Mitgliedern besetzt sein muss; vgl. *New York Stock Exchange* (2002), S. 5; *Thümmel* (2002), S. 22; *Gruson/Kubicek* (2003), S. 344.

²⁴⁶ Ähnlich *v. Hein* (2002b), S. 505. Insofern lässt diese Konstellation im übertragene Sinne – und überspitzt formuliert – durchaus ‚unitaristische‘ Tendenzen erkennen. So im Ergebnis wohl auch *Bleicher/Leberl/Paul* (1989), S. 216 f.; *Wiethölter* (1961), S. 214.

Zur Interessenkollision in der Person des CEO siehe die Anmerkungen bei *Bleicher* (1992), Sp. 446.

²⁴⁷ So auch *Bleicher* (1992), Sp. 442 u. Sp. 445 f.

²⁴⁸ Deutlich *Schneider-Lenné* (1995), S. 28.

2. Führungssystem-Merkmale der Europäischen Aktiengesellschaft

a) *Dualistisches System*

Im Gegensatz zu den bereits behandelten Rechtsformen ‚deutsche Aktiengesellschaft‘ und ‚U.S.-amerikanische Corporation‘ entbehrt die Europäische Aktiengesellschaft bislang jener Rechtswirklichkeit, anhand derer sich typische Erscheinungsformen und Auswirkungen rechtsformspezifischer Merkmalsbündel belegen lassen. Ihr jahrzehntelang gefristetes – aber immerhin befristetes – Dasein als (noch) rechtstheoretisches Konstrukt bewahrte sie indessen nicht vor zwischenzeitlich erhärteter Kritik²⁴⁹. Die vielfach erhobenen Einwände verwundern allerdings kaum, wenn man bedenkt, dass ein supranationales Rechtsgebilde stets mit dem Anspruch konfrontiert wird, den unterschiedlichen Rechts-traditionen sämtlicher Mitgliedstaaten gleichzeitig Rechnung tragen zu müssen. Soweit sich dabei die Rechtsform der SE als Verhandlungsergebnis auf rechtspolitische Kompromisse stützt, können diese zwar auf der einen Seite (mehr oder weniger argwöhnisch) als ‚Geburtsfehler‘ bezeichnet werden²⁵⁰. Auf der anderen Seite eröffnen sie aber einen Wettbewerb sowohl zwischen den Rechtsformen als auch zwischen dem einstufigen und zweistufigen Führungssystem²⁵¹.

In diesem Licht erscheint die Europäische Aktiengesellschaft besonders betrachtenswert, da sie mehrere rechtsformspezifische Merkmalsausprägungen der Aufsichtsrats-Konzeption und der Board-Konzeption in einer Rechtsform vereint. Ähnlich wie sich der R.M.B.C.A. in weiten Teilen der corporation statutes der Bundesstaaten niederschlug, fungiert das SE-Statut – wenn auch deutlich strikter – aufgrund seines Rechtsquellen-durchmischten Konzeptes²⁵² als hier gemeinschaftsweites Modellgesetz, das durch die SE-Ausführungs- und Ergänzungsgesetze der Mitgliedstaaten angepasst werden kann. Nicht mitgliedstaatlich abwählbar ist indessen die in Art. 38 b) SE-VO gebotene Möglichkeit, sich zwischen den beiden Führungssystemalternativen zu entscheiden²⁵³.

²⁴⁹ Aufgrund der von wechselnder Seite vorgebrachten Kritik wurden die Vorschläge der Kommission mehrfach verworfen, was insgesamt zu der langen Beratungszeit führte. Zur Entwicklungsgeschichte siehe statt vieler die Ausführungen der Vertreterin der Kommission in den Ratsverhandlungen über die Europäische Aktiengesellschaft *Françoise Blanquet* (2002), S. 21 ff.

²⁵⁰ In diese Richtung tendierend wohl *Artmann* (2002), S. 189; *Herfs-Röttgen* (2001), S. 424; ernüchternd *Weiss* (2003), S. 184.

²⁵¹ Ein vergleichbarer Wettbewerb besteht nur in Frankreich. Seit 1966 haben die Unternehmen dort die Möglichkeit zwischen einem einstufigen und einem zweistufigen Führungssystem zu wählen, vgl. *Albach* (2000), S. 9 f. m.N. in FN 5, siehe insbes. auch S. 10 und dort FN 7.

²⁵² Siehe hierzu nochmals die Ausführungen oben, Zweiter Teil: A. I. 1. a), S. 30.

²⁵³ Unzutreffend dagegen *Kleinsorge* (2002), S. 351 in FN 101; *Bungert/Beier* (2002), S. 3, die annehmen, dass den Mitgliedstaaten ein Recht zustünde, nur eines der beiden Systeme umzusetzen. Siehe dagegen nur *Hommelhoff* (2001c), S. 282;

Nach den gemeinschaftsrechtlichen Regelungen zum dualistischen System obliegt die Leitung dem gleichnamig benannten *Leitungsorgan*, das die Geschäfte unter eigener Verantwortung führt (Art. 39 Abs. 1 SE-VO), wohingegen das *Aufsichtsorgan* die Unternehmensleitung überwacht (Art. 40 Abs. 1 S. 1 SE-VO). Angehörige des Leitungsorgans müssen hierbei nicht zwangsläufig gleichberechtigt an der Unternehmensleitung teilhaben, sofern direktoriale Strukturen auch in Aktiengesellschaften zulässig sind, die nach dem Recht des jeweiligen Mitgliedstaates gegründet wurden²⁵⁴. Ferner ermächtigt die SE-Verordnung die Mitgliedstaaten eine Höchst- oder Mindestzahl für die personelle Ausstattung der beiden Führungsorgane festzusetzen²⁵⁵, im Falle des Aufsichtsorgans sogar alternativ eine fixe Mitgliederanzahl vorzuschreiben²⁵⁶. Vergleichbar mit der Verteilung der Personalkompetenzen im Führungssystem der deutschen Aktiengesellschaft werden die Mitglieder des Leitungsorgans grundsätzlich vom Aufsichtsorgan bestellt und abberufen²⁵⁷, während die Hauptversammlung Personen in das Überwachungsgremium wählt²⁵⁸. Abweichend hiervon können die Mitgliedstaaten bezogen auf das Leitungsorgan die Wahl, Wiederwahl und Abwahl der Amtsanwärter bzw. Amtsinhaber ebensfalls der Hauptversammlung übertragen oder ihr zumindest ein entsprechendes Recht gewähren, wenn dasselbe auch für nationale Aktiengesellschaften gilt²⁵⁹. Eine – primär beteiligungsrechtliche – Besonderheit besteht zudem darin, dass unter den Bedingungen des Mitgliedstaates und auf der Grundlage einer Satzungsbestimmung juristische Personen Mitglied entweder im Leitungs- oder im Aufsichtsorgan sein dürfen²⁶⁰. Ihre Mandate wären dann durch Vertreter auszuüben²⁶¹, die wie auch alle anderen Führungsmitglieder die satzungsmäßigen Anforderungen erfüllen und die im Aktienrecht des Sitzstaates genannten Voraussetzungen mitbringen müssen²⁶².

Hopt (2002a), S. 1; *Lutter* (2002a), S. 4; *Schwarz* (2001), S. 1854; *Teichmann* (2002b), S. 442; *Hirte* (2002), S. 5.

²⁵⁴ Art. 39 Abs. 1 S. 2 SE-VO.

²⁵⁵ Artt. 39 Abs. 4, 40 Abs. 3 S. 1 SE-VO.

²⁵⁶ Art. 40 Abs. 3 S. 2 SE-VO.

²⁵⁷ Art. 39 Abs. 2 SE-VO. Die Bestellung der Leitungsorgan-Mitglieder erfolgt für einen in der Satzung festgelegten Zeitraum, jedoch höchstens für sechs Jahre, eine Wiederwahl ist allerdings möglich, vgl. Art. 46 Abs. 1 u. 2 SE-VO.

²⁵⁸ Art. 40 Abs. 2 SE-VO. Auf die zeitliche Befristung eines Mandates im Aufsichtsorgan finden dieselben Vorschriften Anwendung, die für Leitungsorgan-Mitglieder gelten, vgl. Art. 46 Abs. 1 u. 2 SE-VO.

²⁵⁹ Art. 39 Abs. 2 S. 2 SE-VO.

²⁶⁰ Art. 47 Abs. 1 SE-VO.

²⁶¹ Vgl. Art. 47 Abs. 1 S. 2 SE-VO.

²⁶² Vgl. Art. 47 Abs. 2 u. 3 SE-VO. Den Voraussetzungen der Satzung unterliegen allerdings nur die von der Anteilseignerseite gewählten Mitglieder, vgl. *eda*.

Von der Mitgliedschaft im Aufsichtsorgan ausdrücklich ausgeschlossen sind bereits nach der SE-Verordnung Angehörige des Leitungsorgans et vice versa²⁶³. Diese gesetzliche Inkompatibilitätsregelung vollendet im Verein mit dem Ausschluss des Aufsichtsorgans von der Unternehmensleitung²⁶⁴ die strikte Funktionstrennung im zweistufigen Führungssystem der SE, welches sich augenscheinlich an die Grundordnung des Aktiengesetzes anlehnt²⁶⁵. Parallelen lassen sich darüber hinaus auch im Bereich der lateralen Strukturierung erkennen. So können in die Satzung bestimmte Arten von (Rechts-)Geschäften aufgenommen werden, die generell der Zustimmung des Aufsichtsorgans bedürfen. Nach Art. 48 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 SE-VO besitzen die Mitgliedstaaten darüber hinaus das Recht, dem Aufsichtsorgan eine diesbezügliche Erlasskompetenz zu übertragen und/oder selbst einen Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte gesetzlich zu verankern. Ergänzend zur begleitenden Überwachung per Mitentscheid hat das Leitungsorgan mindestens alle drei Monate einen Bericht über die geschäftliche Lage und Entwicklung an das Überwachungsorgan zu erstatten²⁶⁶ und es aus sonstigen wichtigen Anlässen rechtzeitig zu informieren²⁶⁷. Davon abgesehen ist das Aufsichtsorgan und – nach Maßgabe der Mitgliedstaaten – gegebenenfalls jedes einzelne Mitglied berechtigt, zur Wahrnehmung ihrer Überwachungsaufgabe jederzeit ein Berichtsverlangen gegenüber dem Leitungsorgan zu äußern²⁶⁸. Informationen, die dem Aufsichtsorgan übermittelt werden, sind dabei wiederum allen Mitgliedern uneingeschränkt zugänglich²⁶⁹.

Beschlussfähigkeit sowie Beschlussfassung der beiden Führungsorgane unterliegen grundsätzlich der Satzungsautonomie. Fehlen diesbezügliche Bestimmungen, muss gem. Art. 50 Abs. 1 lit. b) SE-VO mindestens die Hälfte der Mitglieder eines Organs, notfalls in Form eines Vertreters, an der beschließenden Sitzung teilnehmen, um als Organ beschlussfähig zu sein. Zur Beschlussfassung genügt nach Art. 50 Abs. 1 lit. b) SE-VO die einfache Mehrheit der Stimmen, wobei das Votum des Vorsitzenden bei Stimmgleichheit entscheidet²⁷⁰. Einschränkungen der Satzungsfreiheit ergeben sich dagegen im Falle der Mitbestimmung. Zum einen ist das Recht zum Stichentscheid des Aufsichtsorgan

²⁶³ Art. 39 Abs. 3 S. 1 SE-VO.

²⁶⁴ Art. 40 Abs. 1 S. 2 SE-VO.

²⁶⁵ Vgl. in diesem Zusammenhang die §§ 105 Abs. 1, 111 Abs. 4 S. 1 des Aktiengesetzes.

²⁶⁶ Art. 41 Abs. 1 SE-VO.

²⁶⁷ Art. 41 Abs. 2 SE-VO.

²⁶⁸ Art. 41 Abs. 3 SE-VO. Überprüfungen der Unternehmensleitung können demgegenüber nur durch das Aufsichtsorgan insgesamt erfolgen bzw. in Auftrag gegeben werden, vgl. Art. 41 Abs. 4 SE-VO.

²⁶⁹ Art. 41 Abs. 5 SE-VO.

²⁷⁰ Art. 50 Abs. 2 S. 1 SE-VO.

Vorsitzenden, der nun zwingend nur ein Vertreter der Anteilseignerseite sein darf²⁷¹, bei paritätisch besetztem Aufsichtsorgan nicht abdingbar²⁷² und zum anderen steht es den Mitgliedstaaten frei, die Beschlussmodalitäten, welche für (mitbestimmte) Aktiengesellschaften des nationalen Rechts gelten, auch auf das Aufsichtsorgan auszudehnen²⁷³.

Ob ein Unternehmen in der Rechtsform der Europäischen Aktiengesellschaft überhaupt mitbestimmungspflichtig ist und welche Änderungen an der Führungsstruktur damit einhergehen, lässt sich nicht wie bei einer deutschen Aktiengesellschaft – anhand gesetzlich definierter Schwellenwerte²⁷⁴ und auf ein mitbestimmungsrechtlich verfasstes Strukturkonzept reduziert – eindeutig vorherbestimmen. Zur Beantwortung der Frage sind vielmehr eine ganze Reihe von Faktoren in den Blick zu nehmen, von denen Mitbestimmungspflicht, -form und -intensität abhängen²⁷⁵. Dabei müssen die maßgeblichen Kriterien sowie die Gründe hierfür vor allem in den Gründungsvoraussetzungen und Gründungsformen des SE-Statuts gesucht werden. Unterschiede in den Umfängen der (zukünftigen) Mitbestimmung ergeben sich allein schon daraus, dass eine SE stets aus bereits existierenden Gesellschaften hervorgeht²⁷⁶, welche zudem oftmals unterschiedlichen Mitgliedstaaten angehören (werden)²⁷⁷ und somit möglicherweise gar keiner Mitbestimmungspflicht unterliegen. Da aber das ursprüngliche Mitbestimmungsniveau in den Gründungsgesellschaften vielfach ausschlagge-

²⁷¹ Art. 42 SE-VO.

²⁷² Art. 50 Abs. 2 S. 2 SE-VO.

²⁷³ Vgl. Art. 50 Abs. 3 SE-VO.

²⁷⁴ Streng genommen bilden Rechtsform und Branchenzugehörigkeit auch eine Voraussetzung für die Anwendung der Mitbestimmungsgesetze. Personengesellschaften mit 500 oder mehr Arbeitnehmern dürften angesichts der unbeschränkten Haftung allerdings den Ausnahmefall darstellen, während die vom Montan-MitbestG geforderte Belegschaftsstärke mangels branchenbezogener Differenzierung anderenfalls zu einer Mitbestimmung nach dem BetrVG 52 führen würde. Siehe hierzu und für die Schwellenwerte die §§ 76 Abs. 6, 77 BetrVG 52, §§ 1, 4 Abs. 1 MitbestG; §§ 1, 9 Montan-MitbestG.

²⁷⁵ Die folgenden Ausführungen beschränken sich an dieser Stelle darauf, die Grundzüge der mitbestimmungsrechtlichen Rahmenbedingungen der SE-Richtlinie überblickartig darzustellen und müssen, da neben den Richtlinien-Bestimmungen praktisch sämtliche Vorschriften zur Mitbestimmung in den jeweiligen Mitgliedstaaten einschlägig sein können, zwangsläufig auf eine Erläuterung aller denkbaren Mitbestimmungsvarianten verzichten. Eine ausführliche Darlegung der mitbestimmungsrechtlichen Implikationen für das Führungssystem einer SE mit Sitz in Deutschland erfolgt weiter unten, siehe Dritter Teil: B. I. 2., S. 210 ff.

²⁷⁶ Eine Gründung „auf der grünen Wiese“ sieht das SE-Statut nicht vor, vgl. *Schulz/Geismar* (2001), S. 1081 und früher schon *Trojan-Limmer* (1991), S. 1011; *Merkt* (1992), S. 655.

²⁷⁷ Selbst im Falle der Umwandlung fordert das SE-Statut ein Tochterunternehmen oder eine Niederlassung, das bzw. die seit mindestens zwei Jahren dem Recht eines anderen Mitgliedstaates unterliegen [vgl. Art. 2 Abs. 4 SE-VO]. Zu dieser „fin-gierte[n] Mehrstaatlichkeit“ *Hommelhoff* (2001 c), S. 281.

bend ist für die spätere Beteiligung²⁷⁸ der Arbeitnehmer einer durch Verschmelzung oder Gründung einer Holding-SE sowie Tochter-SE entstandenen Europäischen Aktiengesellschaft²⁷⁹, kann ohne Kenntnis der konkreten Gründungsparameter zumindest keine pauschale Aussage getroffen werden.

Absehbar ist demgegenüber das Ausmaß der Mitbestimmung bei Europäischen Aktiengesellschaften, deren Gründung auf dem Wege der Umwandlung erfolgt. Hier untersagt das Statut eine Minderung der den Arbeitnehmern gewährten Mitbestimmungsrechte (Vorher-Nachher-Prinzip²⁸⁰), um einer „Flucht aus der Mitbestimmung“ entgegenzuwirken²⁸¹. Hinzu kommen drei grundlegende Modelllösungen der Mitbestimmung, die in Kombination mit den Gründungsoptionen und abhängig vom Verlauf der Verhandlungen (über die Beteiligung der Arbeitnehmer in der SE) zu verschiedenen Formen der Mitbestimmung führen können und ihrerseits wiederum mehr oder minder detailliert durch die SE-Richtlinie vorgezeichnet sind. Vorrangiges Ziel der Richtlinie ist es²⁸², durch Vereinbarung zwischen den vertretungsberechtigten Führungsorganen und einem zu diesem Zweck einberufenem (besonderen) Verhandlungsgremium²⁸³ die Modalitäten der Mitbestimmung²⁸⁴ gem. Art. 4 SE-RL flexibel und im Konsens festlegen zu lassen (*Vereinbarungslösung*). Im Zuge dessen vereinbaren die Parteien unter anderem, ob ein näher zu bestimmender Anteil der Sitze im Aufsichtsorgan den Arbeitnehmervertretern vorbehalten bleibt und welche Rechte und Pflichten diese Mitglieder haben. Ein Verhandlungsergebnis,

²⁷⁸ Sprachlich und inhaltlich unterscheidet die SE-RL die Unterrichtung, Anhörung und Mitbestimmung der Arbeitnehmer, welche unter den Oberbegriff ‚Beteiligung der Arbeitnehmer‘ zusammengefasst werden [vgl. Art. 2 lit. h) SE-RL]. Hiernach meint der Begriff Mitbestimmung also nur die *unternehmerische* Mitbestimmung [vgl. Art. 2 lit. k) SE-RL]. Das hier Gesagte gilt allerdings uneingeschränkt für sämtliche Aspekte der Beteiligung.

²⁷⁹ Im Falle der durch Verschmelzung gegründeten SE findet bspw. die sog. Auffangregelung nur dann Anwendung, wenn mindestens 25% der gesamten Arbeitnehmer aller zu verschmelzenden Gesellschaften von einer Mitbestimmungsform zuvor erfasst waren oder das besondere Verhandlungsgremium einen Beschluss fasst [vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. b) SE-RL]. Zu den Einzelheiten der Auffanglösung sowie zur Rolle des Verhandlungsgremiums sogleich.

²⁸⁰ Vgl. Erwägungsgrund (18) der SE-RL.

²⁸¹ Ausführlich *Heinze* (2002), S. 69 ff.; vgl. auch *Pluskat* (2001a), S. 1487; *Jahn/Herfs-Röttgen* (2001), S. 635; *Ulmer* (2001b), S. 23; *Oplustil/Schneider* (2003), S. 14 und früher schon *Heinze* (1997), S. 291; *Behrens* (1996), S. 834; im Zusammenhang mit der Sitzverlegung innerhalb der EU auch *Lutter* (2000b), S. 134. Siehe ferner Erwägungsgrund (10) der SE-RL.

Bemerkenswert ist, dass (selbst) die *Kommission Mitbestimmung* (1998), S. 110, in ihrem Bericht diesbezügliche Befürchtungen im Hinblick auf die SE nicht teilt.

²⁸² So ausdrücklich Erwägungsgrund (8) der SE-RL. Siehe auch *Heinze* (2002), S. 92: „Primat der Vereinbarungslösung“.

²⁸³ Zur Einsetzung des besonderen Verhandlungsgremiums siehe Art. 3 Abs. 2 SE-RL.

²⁸⁴ Wie auch allgemein der Beteiligung der Arbeitnehmer.

das auf eine Minderung der Mitbestimmungsrechte oder gar auf einen vollständigen Verzicht hinausläuft, ist, wie bereits erwähnt, nur für die Verschmelzungs-SE, die Holding-SE und die Tochter-SE zulässig²⁸⁵. Kommt hingegen keine Vereinbarung innerhalb eines Zeitraumes von einem Jahr²⁸⁶ zustande oder beschließen die Verhandlungspartner dies einvernehmlich, so finden die Bestimmungen der sog. Auffangregelung Anwendung²⁸⁷ (*Auffanglösung*). Diesem Modell zufolge gelten die mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften, denen die Gesellschaft bereits vor Gründung der SE unterlag, bei Umwandlung unverändert und ohne Einschränkung fort²⁸⁸, während bei den anderen Gründungsformen entweder ein Anspruch der Arbeitnehmer auf Bestellung eines Teils der Aufsichtsorgan-Mitglieder besteht oder ihnen zumindest ein Vetorecht bei der Wahl bzw. Bestellung eingeräumt wird²⁸⁹. Sofern Arbeitnehmervertreter dem Aufsichtsorgan aufgrund der Auffangregelung angehören, nehmen sie – gleich welcher Gründungsart – mit denselben Rechten und Pflichten an der Überwachung teil²⁹⁰. Die Anzahl der auf die Arbeitnehmerseite entfallenden Sitze berechnet sich dabei nach dem höchsten Mandatsanteil, der vor Gründung der SE im Vergleich der beteiligten (Vor‘-)Gesellschaften alle anderen Sitzverhältnisse übertrifft²⁹¹.

Obschon das besondere Verhandlungsgremium zwingend eingerichtet werden muss, ist es im Gegensatz zu den vertretungsberechtigten Führungsorganen weder zur Aufnahme noch zur Beendigung der Verhandlungen verpflichtet. Nach Art. 3 Abs. 6 SE-RL kann das Gremium schon vor dem eigentlichen Beginn durch Beschluss²⁹² eine Verhandlung einseitig unterbinden oder in deren Verlauf auf die Fortführung der Gespräche verzichten. Ein derartiger Beschluss hätte zur Konsequenz, dass lediglich die Vorschriften der Mitgliedstaaten zur *betrieblichen* Mitbestimmung²⁹³ weiterhin gelten und die *unternehmerische*

²⁸⁵ Vgl. Art. 4 Abs. 4 SE-RL.

²⁸⁶ Nach Art. 5 Abs. 2 SE-RL kann der zunächst auf sechs Monate beschränkte Verhandlungszeitraum um weitere sechs Monate verlängert werden, vgl. *Heinze* (2002), S. 77.

²⁸⁷ Art. 7 Abs. 1 SE-RL. Zu den weiteren Voraussetzungen der Auffangregelung siehe Art. 7 Abs. 2 u. 3 der SE-Richtlinie.

²⁸⁸ Vgl. Teil 3 lit. a) der im Anhang der SE-Richtlinie enthaltenen Auffangregelung.

²⁸⁹ Vgl. Auffangregelung Teil 3 lit. b) S. 1 SE-RL. Die Regelung gestattet den Mitgliedstaaten ferner, die Verteilung der Mandate, welche auf Arbeitnehmervertreter ihres Landes entfallen, im Voraus zu bestimmen.

²⁹⁰ Vgl. Auffangregelung Teil 3 lit. b) S. 6 SE-RL.

²⁹¹ Vgl. Auffangregelung Teil 3 lit. b) S. 1 2. HS SE-RL. Das höchste Mitbestimmungsniveau wird somit zum maßgeblichen Standard für die SE erhoben.

²⁹² Der Beschluss erfordert eine qualifizierte Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen, die überdies zwei Drittel der Arbeitnehmer in Gesellschaften aus mindestens zwei Mitgliedstaaten repräsentieren müssen, vgl. Art. 3 Abs. 6 S. 4 SE-RL.

Mitbestimmung gänzlich entfällt²⁹⁴ (*Ursprungslösung*). Voraussetzung ist jedoch eine Gründung, die nicht auf dem Wege der Umwandlung vollzogen wird²⁹⁵, da anderenfalls die Auffanglösung eingreifen würde²⁹⁶.

Wie die modellhaften Lösungen zur Mitbestimmungsfrage und die gründungsformbedingten Sonderregelungen deutlich zeigen, untersteht die Europäische Aktiengesellschaft keinem starren Mitbestimmungsregime. Ein geringerer Umfang der Mitbestimmung als in den Gründungsgesellschaften ist grundsätzlich nur im Rahmen der Verhandlungs- und Ursprungslösung möglich²⁹⁷, und auch nur dann, wenn die SE nicht durch den Rechtsakt der Umwandlung entsteht. Für die Mitglieder des Verhandlungsgremiums besteht außerdem die – nicht zu unterschätzende – Möglichkeit, das Niveau der Mitbestimmung in den ‚sicheren Hafen‘ der Auffangregelung zu retten, indem sie die Verhandlungsfristen des Art. 5 SE-RL verstreichen lassen²⁹⁸. Voraussetzung im Falle der Umwandlung sind allerdings zuvor gewährte Mitbestimmungsrechte in den Mitgliedstaaten, denn die diesbezüglichen Vorschriften der Auffangregelung gelangen gem. Art. 7 Abs. 2 lit. a) SE-RL nur dann zur Anwendung; Unternehmen in der Rechtsform der SE können also durchaus mitbestimmungsfrei sein²⁹⁹. Den Mitgliedstaaten obliegt es ferner, für die Gründung durch Verschmelzung die Anwendung der Auffangregelungen zur Mitbestimmung auszuschließen³⁰⁰.

²⁹³ D.h. Anhörung und Unterrichtung des Vertretungsorgans der Arbeitnehmer. Siehe zum Vertretungsorgan Art. 2 lit. f) SE-RL.

²⁹⁴ Vgl. *Henssler* (2003), S. 197; *Kraushaar* (2003), S. 1617.

Angesichts des Verzichtes auf jegliche Mitbestimmung befindet sich das (besondere) Verhandlungsgremium insofern nicht in der Lage, eine Vereinbarungslösung zum Nachteil der Führungsorgane bzw. der Anteilseignerseite zu erwirken. Vielmehr ist das Gegenteil der Fall: Es gereicht den Anteilseignern zum Vorteil.

²⁹⁵ Vgl. Art. 3 Abs. 6 S. 5 SE-RL.

²⁹⁶ Bei abgebrochenen oder nicht aufgenommenen Verhandlungen wäre gewissermaßen das Verhandlungsende vorweggenommen und eine Vereinbarung nicht zustande gekommen, im Ergebnis auch *Heinze* (2002), S. 90 f.; unklar dagegen *Pluskat* (2001a), S. 1487.

²⁹⁷ Hierzu *Pluskat* (2001a), S. 1487 und *Nagel* (2001), S. 407, die vermuten, dass dem Verhandlungsgremium ein Mitbestimmungsverzicht durch Zugeständnisse zu entlocken ist. Ähnlich empfehlen *Bungert/Beier* (2002), S. 5, Angebote, um Verhandlungen zu vermeiden. Eine Absenkung des Mitbestimmungsniveaus halten *Hommelhoff/Teichmann* (2002), S. 6 in FN 40, immerhin für theoretisch möglich, da ausländische Arbeitnehmervertreter die Gruppe der deutschen Arbeitnehmervertreter überstimmen könnten; ähnlich *Götz* (2002), S. 554 f.; skeptisch dagegen *Heinze* (2002), S. 82.

Einen Abbau der Mitbestimmung im Rahmen des (europäischen) Wettbewerbs der Rechtsordnungen vermutet auch *Nutzinger* (1999), S. 491 ff.

²⁹⁸ Nach der Prognose von *Köstler* (2002), S. 329, wird es aber überwiegend zu einer Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer kommen.

²⁹⁹ Deutlich auch *Pluskat* (2001a), S. 1489.

³⁰⁰ Art. 7 Abs. 3 SE-RL. Diese Vorschrift wird auch als sog. Spanien-Option bezeichnet, da die SE-Richtlinie sonst erneut am Widerstand Spaniens gescheitert wäre, vgl. *Köstler* (2002), S. 316.

Mitbestimmungsrechtlich geborene Änderungen an den Führungsstrukturen des dualistischen Systems ‚stehen und fallen‘ somit in Abhängigkeit der Gründungsform, der Aufnahme von Verhandlungen, ihres Verlaufs, der Wahl des Sitzstaates und der Staatenzugehörigkeit der an der Gründung beteiligten Gesellschaften. Vollwertige Urteile darüber, ob und inwieweit die Kongruenz von Aufgaben, Kompetenzen und Verantwortung dem zweistufigen System der SE immanent ist, lassen sich demnach erst in einer zusammenhängenden Betrachtung von SE-Verordnung, SE-Richtlinie und rechtlichen Rahmenbedingungen in den Mitgliedstaaten und jeweils nur mit Gültigkeit für den betrachteten Ausschnitt fällen. Unter diesem Vorbehalt kann aber immerhin eine Veranlagung zur Kongruenz festgehalten werden, soweit das Statut die Grundlinien der Aufsichtsrats-Konzeption nachzeichnet. Das darf allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass die SE-Verordnung vielfach auf Vorschriften der Mitgliedstaaten verweist, wodurch mitunter erhebliche Unterschiede in der Rechtslage auftreten (können)³⁰¹. Besonders deutlich wird dies bspw. im Bereich der Sorgfalts- und Treuepflichten von Mitgliedern der Führungsorgane, die für Pflichtverletzungen gemäß Art. 51 SE-VO nach den einzelstaatlichen Bestimmungen haften. Eine sorgfalts- oder treuwidrige Amtsausübung muss folglich haftungsrechtlich nicht zwangsläufig immer vergleichbar scharf sanktioniert sein³⁰². Das angedeutete Problem der Verweise spitzt sich zu, wenn die unternehmensrechtlichen Vorschriften eines Sitzstaates nur eines der beiden Führungssysteme unterstellen oder dort ein Recht zur Mitbestimmung bislang fehlt. In diesem Zusammenhang stellt vor allem die Mitbestimmung im monistischen System³⁰³ ein noch

³⁰¹ Vgl. *Ulmer* (2001a), S. 30.

³⁰² Die Haftung für Fehler bei der Leitung oder Überwachung kann also von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat durchaus einem Gefälle unterliegen [vgl. *Rasner* (1992), S. 323]. Dabei darf allerdings nicht verschwiegen werden, dass zwischen den Haftungsgefahren, die aus der jeweiligen Haftungsnorm (rechts)theoretisch resultieren können, und den (rechts)tatsächlichen Risiken, als Mitglied eines Führungsorgans in Anspruch genommen zu werden, gravierende Unterschiede bestehen können, siehe hierzu nur *Mertens* (1990), S. 51: „Zwar ist die Haftung der Verwaltungsmitglieder nach der Regelung des deutschen Gesetzes die schärfste auf der ganzen Welt; von seltenen Fällen echter Wirtschaftskriminalität abgesehen, bleibt sie aber außer bei Konkurs oder Anteilseignerwechsel bedeutungslos, weil sie dem Aufsichtsrat, der sie gegen den Vorstand geltend machen müßte, mit dem er in einem Boot sitzt, durchweg einem Harakiri abverlangte; wo ein Geschäftsführungsver schulden naheliegt und vom Vorstand nicht entkräftet werden kann – was zur Haftung genügt –, wird sich auch der Aufsichtsrat selten von einem Kontrollverschulden entlasten können.“

³⁰³ Hierzu die frühere Einschätzung von *Lutter* (1995a), S. 297: „Das *duale System* von Vorstand und Aufsichtsrat steht nicht zur Disposition – selbst wenn man zu der Überzeugung kommen sollte, das board-System arbeite effizienter; denn im board-System lässt sich Mitbestimmung nicht verwirklichen.“ (Hervorhebung im Original); ebenso *Leyens* (2003), S. 97 f.; ähnlich *Hopt* (1998b), S. 28; *Jaecks/Schönborn* (2003), S. 263; *Grundmann* (2001), S. 826; *Forster* (1996), S. 318; *Kübler* (2002b), S. 210; wohl auch *Eidenmüller* (2002), S. 2242 und *Krause* (2003), S. 767; a. A. *Windbichler* (1985), S. 72 m.N.; *Henssler* (2003), S. 201 f.; siehe auch nochmals FN 14 [Erster Teil: A.].

völlig unerschlossenes Rechtsgebiet innerhalb der mitgliedstaatlichen Unternehmensrechte dar.

b) *Monistisches System*

Im Zentrum des monistischen Führungssystems der SE steht das sog. Verwaltungsorgan³⁰⁴. Orientiert man sich zunächst am Wortlaut der Artt. 39 Abs. 1, 43 Abs. 1 SE-VO, so scheint es in seiner Funktion fast eindeutig dem Leitungsorgan des dualistischen Systems zu entsprechen³⁰⁵. Wie auch bei diesem können die Mitgliedstaaten von der Option Gebrauch machen, die Leitung in eigener Verantwortung durch einen Teil der Verwaltungsorgan-Mitglieder für zulässig zu erklären, vorausgesetzt dasselbe Recht gewährt auch das nationale Aktienrecht³⁰⁶. Dem ersten Anschein nach deckt sich also die Grundkonzeption des monistischen Systems zur Hälfte mit der des dualistischen Systems. Bei Lichte besehen bestehen aber konzeptionelle Unterschiede im Detail, die eine der Board-Konzeption vergleichbare (Möglichkeit der) Strukturierung erkennen lassen.

Während die Übertragung der Leitungsbefugnis und -verantwortung auf ein oder mehrere Mitglieder des Leitungsorgans die gesetzlich vorgegebene horizontale Kompetenzverteilung des dualistischen Systems nicht verändert³⁰⁷, sondern im Sinne der vertikalen Kompetenzverteilung ‚lediglich‘ zu direktorialen Strukturen führt³⁰⁸, berührt derselbe Vorgang im monistischen System gegebenenfalls beide (Kompetenz-)Verteilungsdimensionen. Je nachdem, wieweit sich die übrigen Mitglieder des Verwaltungsorgans aus der Geschäftsführung zurückziehen, können sie entweder nur für die Überwachung und Beratung oder auch – qua breit gefächerter (Mit-)Entscheidungsrechte – für die Oberleitung zuständig bzw. verantwortlich sein. Im letzteren Fall würde ein Teil der Verwaltungsorgan-Mitglieder demzufolge nur das laufende Tagesgeschäft unter eigener Ver-

³⁰⁴ Nach Maßgabe des Entwurfes zum SE-Begleitgesetz wird das Verwaltungsorgan einer SE mit Sitz in Deutschland in ‚Verwaltungsrat‘ umbenannt, vgl. § 18 S. 1 SEAG-E.

³⁰⁵ Siehe die im Kern nahezu wortgleichen Bestimmungen in Art. 39 Abs. 1 S. 1 SE-VO: „Das Leitungsorgan führt die Geschäfte der SE in eigener Verantwortung.“ und in Art. 43 Abs. 1 S. 1 SE-VO: „Das Verwaltungsorgan führt die Geschäfte der SE.“ Zu den (konzern)rechtlichen Konsequenzen, die daraus resultieren, dass in der genannten Vorschrift zum monistischen System der Zusatz „unter eigener Verantwortung“ fehlt, *Hommelhoff* (2003a), S. 182.

³⁰⁶ Vgl. Artt. 39, 43 SE-VO, jeweils Abs. 1 S. 2.

³⁰⁷ Das Aufsichtsorgan ist weiterhin für die Überwachung der Geschäftsführung verantwortlich und darf nach wie vor nicht in die Geschäftsführung eingreifen.

³⁰⁸ Dies ist die unweigerliche Konsequenz, da man anderenfalls die Frage beantworten müsste, für welche Aufgaben die verbleibenden Leitungsorgan-Mitglieder verantwortlich sind, wenn das Aufsichtsorgan unverändert die Geschäftsführung überwacht.

antwortung leiten. Da das Verwaltungsorgan die Oberleitung aber nur in Form von Zustimmungsvorbehalten wahrnehmen kann, für die ein Beschluss des Plenums erforderlich ist (Plenarvorbehalt)³⁰⁹, und die für die laufende Geschäftsführung verantwortlichen Mitglieder an der Beschlussfassung gleichberechtigt teilnehmen, entstehen hierdurch noch keinerlei Über- bzw. Unterordnungsverhältnisse³¹⁰. Das schließt jedoch keineswegs aus, dass darüber hinaus der – dem Kreis der geschäftsführenden Mitglieder zugewiesene – horizontal abgegrenzte Aufgaben-, Kompetenz- und Verantwortungsbereich vertikal weiterstrukturiert wird und ihre Teilnahme an der (mehr oder weniger autonomen) Unternehmensleitung nach dem Direktorialprinzip erfolgt. Anders und knapper formuliert liegt also der Leitung unter eigener Verantwortung im monistischen System grundsätzlich immer ein Akt der horizontalen Aufgaben- und Kompetenzverteilung zugrunde, was nicht zwangsläufig auch eine hierarchische Anordnung der geschäftsführenden Mitglieder implizieren muss³¹¹.

Wie die voranstehenden Ausführungen bereits durchblicken ließen, sind im monistischen System offenbar, d.h. bei isolierter Betrachtung der Verordnungsbestimmungen, alle drei – im Zusammenhang mit dem Führungssystem der U.S.-Corporation entwickelten – Strukturalternativen³¹² rechtlich realisierbar. Damit scheint die SE monistischer Prägung jene Strukturoffenheit zu bieten, die als herausragende Eigenschaft die Board-Konzeption kennzeichnet. Dennoch weicht das gesetzliche Leitbild der SE-Verordnung in einem entscheidenden Punkt von dem des R.M.B.C.A. sowie der corporation statutes ab³¹³. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers sollten die geschäftsführenden Mitglieder des Verwaltungsorgans, die singgemäß den Officers der Corporation entsprechen, nicht nur für das laufende Tagesgeschäft verantwortlich sein, sondern im Sinne einer faktischen Funktionstrennung die Unternehmensleitung in vollem Umfang übernehmen³¹⁴. Fraglich ist allerdings, welcher Stellenwert diesem Erwägungsgrund

³⁰⁹ Vgl. Art. 48 Abs. 1 SE-VO.

³¹⁰ Das Verwaltungsorgan ist also wie der Board of Directors ein kollegial konzipiertes Organ, vgl. auch FN 244 [Zweiter Teil: A. II. 1. b)].

³¹¹ Die Verfasser der SE-Verordnung hätten dies klarer zum Ausdruck bringen können, indem sie – in Anlehnung an die gängige und präzise Unterscheidung der Unternehmensführung in die Aufgaben ‚Leitung‘ und ‚Überwachung‘ – Art. 39 Abs. 1 SE-VO dahingehend formulieren, dass das Leitungsorgan die SE in eigener Verantwortung *leitet* und dementsprechend ggf. ein oder mehrere Mitglied/er in eigener Verantwortung leiten darf bzw. dürfen.

³¹² Zu den Strukturalternativen der Board-Konzeption oben, Zweiter Teil: A. II. 1. b), S. 60 ff.

³¹³ Siehe zum statutory scheme S. 61 f. und insbes. den Hinweis in FN 195 [Zweiter Teil: A. II. 1. b)].

³¹⁴ Siehe Erwägungsgrund (14) SE-VO: „... Die Wahl des Systems bleibt der SE überlassen, jedoch ist eine klare Abgrenzung der Verantwortungsbereiche jener Personen, denen die Geschäftsführung obliegt, und der Personen, die mit der Aufsicht beauftragt sind, wünschenswert.“

(14) beizumessen ist³¹⁵. Zum einen könnte er als rechtsverbindlicher Appell an die Mitgliedstaaten verstanden werden³¹⁶, in ihren SE-Ausführungs- und Ergänzungsgesetzen zumindest ansatzweise darauf hinzuwirken³¹⁷. Auf der anderen Seite mag es sich um eine ‚bloße‘, aber für die Rechtsfindung und -auslegung beachtliche Kommentierung handeln, die unter anderem Beweggründe für einzelne rechtspolitische Entscheidungen erläutert³¹⁸.

Für eine akzentsetzende Stellungnahme im letztgenannten Sinne spricht der Befund, dass die Vorschriften zum monistischen System recht knapp ausfallen und Abschnitt 3 der SE-Verordnung zahlreiche Regelungen enthält, die für beide Systeme gelten. Hiernach finden die Bestimmungen über den Beststellungszeitraum der Organmitglieder³¹⁹, die Wiederholung der Bestellung³²⁰, die Mitgliedschaft juristischer Personen³²¹, die Voraussetzungen der Organmitglieder³²², die von der Anteilseignerseite gewählt werden, die zustimmungspflichtigen Geschäfte³²³, die Verschwiegenheitspflicht der Angehörigen eines Organs³²⁴, die Beschlussfähigkeit und Beschlussfassung der Organe³²⁵ sowie die Haftung der Organmitglieder für Sorgfaltspflichtverletzungen³²⁶ in gleicher

³¹⁵ Vgl. *Teichmann* (2002b), S. 405, der Erwägungsgründe zur teleologischen Auslegung der Vorschriften des Statuts heranzieht; ebenso *Jaecks/Schönborn* (2003), S. 257 m.w.N.

³¹⁶ Deutlich und sogar verpflichtend z.B. Erwägungsgrund (5) SE-VO: „Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, dafür zu sorgen, dass die Bestimmungen, die auf Europäische Gesellschaften aufgrund dieser Verordnung anwendbar sind, weder zu einer Diskriminierung dadurch führen, dass die Europäischen Gesellschaften ungerechtfertigterweise anders behandelt werden als die Aktiengesellschaften noch unverhältnismäßig strenge Auflagen für die Errichtung einer Europäischen Gesellschaft oder die Verlegung ihres Sitzes mit sich bringen.“

³¹⁷ Wäre dies der Fall, wird es außerordentlich spannend zu beobachten sein, inwieweit die einzelnen Mitgliedstaaten diesem Appell nachkommen und die Attraktivität anderer Strukturalternativen durch rechtliche Rahmenbedingungen eindämmen können.

³¹⁸ Zur Einordnung von Erwägungsgründen als Auslegungsmittel siehe z.B. *Maul* (1998), S. 18 m.w.N.

In diese Richtung ist z.B. Erwägungsgrund (4) SE-VO zu interpretieren: „Somit entspricht der rechtliche Rahmen, in dem sich die Unternehmen in der Gemeinschaft noch immer bewegen müssen und der hauptsächlich von innerstaatlichem Recht bestimmt wird, nicht mehr dem wirtschaftlichen Rahmen, in dem sie sich entfalten sollen, um die Erreichung der in Artikel 18 des Vertrages genannten Ziele zu ermöglichen. Dieser Zustand ist geeignet, Zusammenschlüsse zwischen Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten erheblich zu behindern.“

³¹⁹ Gem. Art. 46 Abs. 1 SE-VO höchstens sechs Jahre.

³²⁰ Art. 46 Abs. 2 SE-VO.

³²¹ Art. 47 Abs. 1 SE-VO.

³²² Auch im monistischen System können in der Satzung besondere Anforderungen im Einklang mit den aktienrechtlichen Vorschriften des Mitgliedstaates genannt werden, vgl. Art. 47 Abs. 3 SE-VO.

³²³ Vgl. Art. 48 Abs. 1 SE-VO.

³²⁴ Vgl. Art. 49 SE-VO.

³²⁵ Art. 50 SE-VO.

Weise Anwendung. Angesichts dessen lässt sich der Erwägungsgrund zumindest als tendenzielle Befürwortung des Trennungsmodells³²⁷ werten, ohne jedoch prinzipiell dem einstufigen oder zweistufigen Führungssystem ‚das Wort zu reden‘³²⁸.

Wenngleich die Mehrzahl der Regelungen dem Bereich der gemeinsamen Vorschriften entstammt und solche anderer Bereiche identisch oder ähnlich formuliert sind, entfalten doch einige aufgrund der unterschiedlichen Grundstruktur des monistischen Systems notgedrungen eine andere Wirkung. So bietet das in Art. 48 Abs. 2 SE-VO den Mitgliedstaaten zuerkannte Recht, wonach sie einen Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte gesetzlich festlegen können, den Sitzstaaten die Möglichkeit, auf den Grad der Verteilung von Aufgaben, Kompetenzen und Verantwortung zwischen den Mitgliedern des Verwaltungsorgans in nicht geringem Umfang Einfluss zu nehmen^{329,330}. Auch die jedem Mitglied erteilte Berechtigung zur Kenntnisnahme von sämtlichen Informationen, die das Verwaltungsorgan erhält³³¹, dürfte diesen aufgrund ihrer Nähe zur Unternehmensleitung i. d. R. eine tiefere Einsicht³³² verschaffen als den Angehörigen des Aufsichtsorgans. Bermerkenswert ist mit Blick hierauf außerdem, dass das Verwaltungsorgan mindestens alle drei Monate über die geschäftliche Lage und Entwicklung der SE beraten muss³³³, wohingegen die SE-Verordnung für das Aufsichtsorgan keine Sitzungsfrequenz vorschreibt.

Alle Mitglieder des Verwaltungsorgans werden wie in der U.S.-Corporation (mangels zweitem Führungsorgan) gem. Art. 43 Abs. 3 S. 1 SE-VO von der Hauptversammlung bestellt³³⁴. Die Anzahl sowie die Einzelheiten für ihre Festlegung bestimmt grundsätzlich die Satzung, wobei die Mitgliedstaaten eine Un-

³²⁶ Siehe den weiter oben [Zweiter Teil: A. II. 2. a), S. 76] bereits angesprochenen problematischen Verweis in Art. 51 SE-VO auf die mitgliedstaatlichen Vorschriften.

³²⁷ Es sei nochmals darauf hingewiesen, dass die Bezeichnung Trennungsmodell eigentlich als gebräuchliches Synonym für die Aufsichtsrats-Konzeption verwendet wird. Maßgeblich ist jedoch hier das Vorliegen einer Funktionstrennung, die unabhängig von den Organgrenzen implementiert werden kann.

³²⁸ Nach Auffassung von *Raiser* (1990), S. 204, können die vielfach gemeinsam geregelten Vorschriften als Indiz dafür gewertet werden, dass beide Systeme „übereinstimmend zu beurteilen sind.“

³²⁹ So schon im Hinblick auf die AG *Teichmann* (2002d), S. 131.

³³⁰ Über diesen Weg könnten die Mitgliedstaaten dem erwähnten Appell also Folge leisten, vgl. hierzu nochmals die zitierte Passage aus Erwägungsgrund (14) in FN 314 [Zweiter Teil: A. II. 2. b)].

³³¹ Art. 44 Abs. 2 SE-VO.

³³² Die Tiefe hängt entscheidend davon ab, in welchem Ausmaß Sachverhalte im Verwaltungsorgan (vertieft) behandelt werden.

³³³ Art. 44 Abs. 1 SE-VO.

³³⁴ Eine Ausnahme gilt lediglich für die Mitglieder des ersten Verwaltungsorgans, die alternativ durch die Satzung berufen werden können, vgl. Art. 43 Abs. 3 S. 2 SE-VO.

ter- oder Obergrenze, nicht jedoch eine fixe Mitgliederzahl festlegen können³³⁵. Ist dagegen in der SE Mitbestimmung vorgesehen, dürfen nach Art. 43 Abs. 2 S. 4 SE-VO dem Verwaltungsorgan unter dieser Voraussetzung nicht weniger als drei Mitglieder angehören. Überdies muss der Vorsitzende nun ein von der Hauptversammlung gewähltes Mitglied sein³³⁶, der im Gegensatz zum Vorsitzenden des Aufsichtsorgans – und wohl zum Erstaunen des Unternehmensrechtlers – nicht zwingend über ein Recht zum Stichtscheid verfügen muss³³⁷. Diesem Unterschied ist immerhin insofern Bedeutung beizumessen, als den Interessen der Anteilseignerseite bei paritätischer Besetzung eines mitbestimmten Organs erst durch die ausschlaggebende Stimme des Vorsitzenden mittelbar der Vorrang gegeben wird³³⁸. Das zahlenmäßige Gewicht der Arbeitnehmervertreter im Verwaltungsorgan bildet dabei nur einen wichtigen Anhaltspunkt unter anderen, will man eine Antwort auf die Frage finden, welchen (rechts-) tatsächlichen Einfluss ebendiese auf die Unternehmensführung ausüben können. Sie lässt sich letztlich nicht pauschal beantworten, weil zum einen der Tätigkeits- und Einflussbereich durch die gewählte Strukturalternative maßgeblich bestimmt wird und andererseits sämtliche Umstände durchschlagen, an deren Vorliegen die SE-Richtlinie die unterschiedlichen Mitbestimmungsformen knüpft.

Zu berücksichtigen ist also neben Gründungsform, ursprünglichem Mitbestimmungsniveau und individuellem Verhandlungsverlauf insbesondere die konkrete Verteilung von Aufgaben und Kompetenzen. Folgt die Abgrenzung der Bereiche dem Prinzip der Funktionstrennung, so bestehen nur marginale Unterschiede gegenüber dem zweistufigen System. Hier wie dort können die von der Arbeitnehmerseite bestellten Mitglieder des Verwaltungsorgans entweder gleichberechtigt oder nach Vereinbarung zwischen den Verhandlungspartnern mit geringeren Rechten ausgestattet sein. Ihre Tätigkeit ist gleichermaßen auf die Aufgabe der Überwachung beschränkt, dürfte vermutlich aber im monistischen System durch die tendenziell günstigeren Einsichtsmöglichkeiten in das Unternehmensgeschehen etwas besser unterstützt werden. Deutlich folgenreicher dürfte demgegenüber eine stimmenrechtliche Gleichstellung der Arbeitnehmervertreter sein, wenn dem Verwaltungsorgan aufgrund umfassender Plenarzuständigkeiten – sei es im Rahmen der Satzung oder in Form eines gesetzlich normierten Kataloges³³⁹ – die Oberleitung obliegt. Sehr fraglich ist aber, ob die Leitungsorgane

³³⁵ Art. 43 Abs. 2 SE-VO.

³³⁶ Art. 45 SE-VO.

³³⁷ Der Vorsitzende des Verwaltungsorgans besitzt aber immerhin ein Recht zum Stichtscheid nach der subsidiären Regelung des Art. 50 Abs. 2 SE-VO.

³³⁸ Vgl. *Jeske* (2001), S. 15. Dies ist vor allem in den Mitgliedstaaten von Bedeutung, die Organmitglieder auf das Unternehmensinteresse verpflichten.

³³⁹ An dieser Stelle ist nicht zu übersehen, dass die Gesetzgeber der Mitgliedstaaten auf der Grundlage von Art. 48 Abs. 2 SE-VO nicht nur die gesellschaftsrechtlichen

der Gründungsgesellschaften im Rahmen der Verhandlungen in die gleichberechtigte Teilnahme der Arbeitnehmervertreter einwilligen würden. Wäre dies der Fall, ist anzunehmen, dass der Satzungsgeber gleichzeitig ein Stichtenscheidrecht des Vorsitzenden vorsieht, um potenzielle Pattsituationen zu vermeiden.

Eine wesentlich stärkere Position nehmen die mit denselben Rechten und Pflichten ausgestatteten Verwaltungsorgan-Mitglieder der Arbeitnehmerseite in der dritten Strukturalternative ein. Da nach diesem Verteilungsmuster die Teilaufgaben der Unternehmensführung, d.h. Leitung und Überwachung, gerade nicht auf Mitgliedergruppen verteilt sind, setzt ihre praktische Umsetzung nicht nur die Bereitschaft der anderen Amtsanwärter voraus, sondern auch die Bereitschaft der „Arbeitnehmervertreter“³⁴⁰ in eine derart verantwortungsvolle Pflichtenstellung einzutreten³⁴¹. Das Problem verliert freilich in dem Maße an Schwere, wie die Rechte und Pflichten der – dem Verwaltungsorgan infolge der Mitbestimmung angehörenden – Mitglieder (ggf. durch die zuvor geltenden Bestimmungen der nationalen Gesetze) gemindert werden. Angesichts dessen handelt es sich in der Hauptsache um eine – so gesehen – theoretische Strukturierungsmöglichkeit, deren praktische Bedeutung für mitbestimmungspflichtige Unternehmen eher gering einzuschätzen ist.

Aus dem Blickwinkel des vergleichenden Betrachters weist das monistische System zwei bestechende Ähnlichkeiten mit den schon näher untersuchten Führungssystemen auf. Zum einen kann seine innere Struktur in Übereinstimmung mit der Board-Konzeption der U.S.-Corporation vergleichbar flexibel gestaltet werden, was ungeachtet der bereits vorhandenen und im Zuge der SE-Ausführungsgesetze später noch folgenden Vorschriften der Mitgliedstaaten eine ausgewogene Pflichtenstellung nicht ausschließt. Zwar wirft der Verweis auf die einzelstaatlichen Vorschriften zur Haftung der Organmitglieder in Bezug auf die u.U. ungleichberechtigte Stellung der Arbeitnehmervertreter gewisse Zweifel hinsichtlich der Kongruenz von Aufgaben, Kompetenzen und Verantwortung auf³⁴². Solange aber die einzelstaatlichen Sorgfalts- und Treuepflichten ihnen

Organisationsspielräume im monistischen System festlegen, sondern auch das rechtspolitisch gewünschte Ausmaß der Mitbestimmung in Rechtsnormen kleiden können; siehe hierzu auch *Nagel* (2001), S. 407.

³⁴⁰ Streng genommen kann hier nicht mehr von *Arbeitnehmervertretern* gesprochen werden, da sich ihre Funktion nicht mehr nur auf die Überwachung und Interessenvertretung beschränkt.

³⁴¹ Siehe in diesem Zusammenhang nur *Schiessl* (2003), S. 255; *Gruber/Weller* (2003), S. 299 f.

Eine entsprechende Bereitschaft könnte allenfalls bei den höheren leitenden Angestellten vorhanden sein, die (sehr Management-nahe) Positionen auf einer Ebene unterhalb des Verwaltungsorgans besetzen.

³⁴² Siehe dazu den von *Schwarz* (2000), S. 677 Rn. 1166, schon im Zusammenhang mit dem Verordnungsentwurf von 1991 vorgebrachten Kritikpunkt, dass die nicht ge-

nicht die volle Verantwortung aufbürden (würden), lassen sich aus den Bestimmungen des SE-Statuts selbst (noch) keine kongruenzbeeinträchtigenden Implikationen herleiten. Damit ist im Grunde bereits die zweite Übereinstimmung angesprochen: Sowohl im monistischen als auch im dualistischen System der SE entzieht sich der Kreis der einschlägigen Regelungen – zumindest ohne territoriale Eingrenzung – einer genauen Abschätzung. Denn das Regelungsgefüge beider Systeme enthält mehrere Schnittstellen zu den Unternehmensrechten der Mitgliedstaaten, weshalb eine eingehende Prüfung der Kongruenz nur unter Berücksichtigung dieser erfolgen kann. Auf der anderen Seite legen die mehrfach angesprochenen (Struktur-)Parallelen zwischen dem monistischen System und der Board-Konzeption einesteils sowie zwischen dem dualistischen System und der Aufsichtsrats-Konzeption anderenteils die Vermutung nahe, dass auch die jeweiligen Vor- und Nachteile für die Leitung und Überwachung in mehr oder minder starkem Maße den beiden Führungssystemen der Europäischen Aktiengesellschaft anhaften.

B. Etablierung und Flankierung von Führungsstrukturen

I. Die Pfadabhängigkeit der Führungssysteme

1. Pfadabhängigkeit: Eine Theorie der Wegmarken und Kontextfaktoren

Auch wenn die Bestätigung der mutmaßlichen Stärken und Schwächen der SE-Systeme bis zum In-Kraft-Treten der SE-Verordnung notgedrungen und vorerst nur einer rechtstheoretischen Analyse vorbehalten ist, muss die ‚Beweisführung‘ deshalb nicht ausschließlich in einem rein abstrakten Rahmen erfolgen. Sie hat vielmehr ganz konkret die mit dem späteren Sitz der SE verbundenen rechtstatsächlichen Begleitumstände zu berücksichtigen, die – als Ergebnis gewachsener Rechtsordnungen einerseits und geübter Unternehmenspraxis andererseits – Auskunft über die Entstehung akklamierter Vorteile sowie monierter Nachteile von Führungssystemen bereits wählbarer Rechtsformen geben. Da diese Rahmenbedingungen bekannt sind, sie das zukünftige Umfeld der SE-Systeme formen und als solches zur Entfaltung von Stärken und Schwächen wohl maßgeblich beitragen werden, bilden sie zudem wichtige und verlässliche Anhaltspunkte, um eine erste Prognose darüber zu wagen, ob es zu einer mehr oder weniger stereotypischen Herausbildung von Stärken und Schwächen kommt³⁴³.

schäftsführenden Verwaltungsorgan-Mitglieder gesamtschuldnerisch mit den geschäftsführenden Mitgliedern haften (können), vgl. Art. 77 Abs. 2 SE-VerordnungsE 1991.

³⁴³ Siehe in diesem Zusammenhang aber auch *Theisen/Hölzl* (2002), S. 256.

Ein Ansatz, anhand dessen das Entstehen verschiedener Merkmalsausprägungen von Führungssystemen, zugleich aber auch der unterschiedliche Effekt identischer oder zumindest gleichartiger Ausprägungen in geeigneter Weise erklärt werden kann, ist die Theorie der Pfadabhängigkeit³⁴⁴. Als Brückenschlag zwischen der Chaostheorie und der Evolutionslehre verbindet das Theoriekonstrukt Elemente beider Richtungen und liefert darüber hinaus noch dort Erklärungen für (z.B.) rechtlich-betriebswirtschaftliche Phänomene, wo chaos- oder evolutionstheoretische Begründungsmuster nicht mehr ausreichen³⁴⁵. Nach diesem generell auch auf andere erklärungsbedürftige Sachverhalte anwendbaren – und früher schon herangezogenen³⁴⁶ – Ansatz sind die Ursachen für einzelne Strukturdetails oder allgemein rechtlicher Institutionen, welche zu einem bestimmten Betrachtungszeitpunkt im Nachhinein als nachteilig empfunden werden³⁴⁷, in den zeitlich zurückliegenden Problemen und Rahmenbedingungen zu suchen. Ungeachtet der (aus heutiger Sicht u.U. schon mangelnden) Berechtigung, die eine damals (scheinbar) vorteilhafte Problemlösung hieraus bezog, besteht das Dilemma vor allem darin, dass sich nunmehr *nachteilige* Strukturen und Regelungen aufgrund von Hindernissen nicht oder nur unter erheblichem und möglicherweise prohibitiv-hohem Aufwand verändern lassen, und das, obwohl ihre negativen Auswirkungen bspw. auf dem Wege des Rechts- und Systemvergleichs eindeutig identifiziert werden konnten. Aber selbst wenn keine Veranlassung für eine Veränderung gegeben ist, gibt die Pfadabhängigkeit immer noch Auskunft über die Gründe, warum Merkmalsausprägungen eines Führungssystems von denen anderer Rechtsformen gegebenenfalls abweichen. In

³⁴⁴ Grundlegend im Hinblick auf die Entwicklung von Corporate Governance-Strukturen *Bebchuk/Roe* (1999); siehe auch schon *Roe* (1996); *ders.* (1997).

³⁴⁵ Vgl. hierzu *Roe* (1996), S. 641. Im Gegensatz zur Evolutionslehre, nach der nur überlegene Gattungen überleben, lässt sich mit dem Ansatz der Pfadabhängigkeit auch der Fortbestand inferiorer ‚Arten‘ plausibel erklären.

³⁴⁶ Siehe z.B. für die Verbreitung des weltweit standardisierten Tastaturlayouts von Schreibmaschinen und Computern, *David* (1985). Trotzdem eine andere – bereits entwickelte – Anordnung der Buchstaben nachweislich eine höhere Schreib-Frequenz zugelassen hätte, setzte sich das unter dem Begriff „QWERTY“ bekannte Tastaturlayout letztlich durch, da die Außendienst-Mitarbeiter mit Hilfe der nach wie vor gültigen Buchstaben-Anordnung der ersten Reihe (QWERTYUIOP) in eindrucksvoller Kürze das Wort „TYPEWRITER“ tippen konnten.

³⁴⁷ Rechtliche Institutionen und Strukturen verhalten sich wiederum auch wie Ursache und Folge zueinander. Denn ineffiziente Strukturen können sowohl aus zwingenden Normen, die ein Abweichen nicht zulassen, als auch aus dispositiven oder fehlenden Bestimmungen resultieren, welche eine Entwicklung hin zu nachteiligen Strukturen erst ermöglichen. Fehlen notwendige Regelungen, bedeutet dies nicht zwangsläufig auch, dass die bestehenden Institutionen materiell-rechtlich ‚mangelhaft‘ sind. Dies hängt vielmehr davon ab, ob einzelne Bereiche bewusst ausgelassen wurden, um die Regelungslücken z.B. in einem späteren, bislang aber nicht geschaffenen Gesetz zu schließen oder die Lücke und ihre Folgen vom Regelgeber schlichtweg übersehen wurden. Ineffiziente Strukturen sind so gesehen häufig Ausdruck wenn nicht fehlender, so doch verbesserungswürdiger Regelungen.

Abhängigkeit davon, ob derartige Hürden überhaupt existieren und falls ja, worin sie bestehen, werden drei Stärkegrade der wahren Pfadabhängigkeit³⁴⁸ unterschieden.

Reagierte z.B. der Gesetzgeber eines Staates auf zahlreiche frühere Unternehmensschieflagen³⁴⁹ mit einer umfassenden Kodifizierung interner Kontrollmechanismen³⁵⁰, die schrittweise durch weitere Regelungen in anderen Rechtsbereichen ergänzt wurden, während einschneidende Reformen des Gesellschaftsrechts in einem anderen Staat angesichts ständig fortentwickelter und verschärfter Finanzmarktregelungen unterblieb, so kann die Unternehmenskontrolle in beiden Staaten zu einem späteren Betrachtungszeitpunkt dennoch gleichermaßen effizient sein. Sofern in diesem Fall weder ein Anlass noch Hindernisse³⁵¹ für eine Veränderung der bestehenden Regularien vorliegen, lassen sich die Unterschiede in den Kontrollmechanismen als das Resultat schwach-ausgeprägter Pfadabhängigkeit (weak-form path dependence)³⁵² kennzeichnen. Da die Regelungen im Vergleich zu den anderen unter Effizienzgesichtspunkten weder über- noch unterlegen sind, beschränkt sich hier der Beitrag der Pfadabhängigkeit darauf, Ursachen für die Entstehung divergierender Bestimmungen bzw. Institutionen zu nennen.

Von moderat-ausgeprägter Pfadabhängigkeit (semi-strong form path dependence) wird dann gesprochen, wenn bspw. vormalig effiziente Führungsstrukturen, wiederum verglichen mit denen anderer Rechtskreise, gerade zu erkennbaren Ineffizienzen führen, die mit den Verbesserungsmaßnahmen verbundenen Kosten aber die Effizienzgewinne übersteigen würden³⁵³. Der diesbezügliche Aufwand erhöht sich dabei in aller Regel umso stärker, je umfassender ergänzende Begleitregelungen im Verlaufe der Zeit den einmal implementierten Füh-

³⁴⁸ Hiervon zu trennen ist der als ‚falsche Pfadabhängigkeit‘ bezeichnete, angenommene Kausalzusammenhang, nach dem die frühzeitige Implementierung nun vorzugswürdiger Strukturen zwangsläufig zu einer besseren Entwicklung geführt hätte. Demgegenüber argumentiert die Theorie der Pfadabhängigkeit gerade, dass die zu einem früheren Zeitpunkt gewählten und aufgrund des damaligen Informationsstandes berechtigten Strukturen erst die Entwicklung bis zum jetzigen Betrachtungszeitpunkt ermöglichen haben. Dies resultiert auch aus der anderweitigen Verwendung der Ressourcen, die für die Umsetzung der in Rede stehenden Restrukturierungsmaßnahmen (auch damals) erforderlich gewesen wären, vgl. *Roe* (1996), S. 652 f. und dort insbes. FN 22.

³⁴⁹ Das gehäufte Aufkommen von Unternehmenskrisen und -insolvenzen ist hier als chaostheoretisches Zufallsmoment einzuordnen.

³⁵⁰ Im gewählten Beispiel ist die Wahl des Gesetzgebers, interne Kontrollmechanismen zu stärken, – im Sinne der Selektion – zugleich eine Entscheidung gegen das Vertrauen auf die Wirksamkeit finanzmarktlicher Regelungen.

³⁵¹ Einschränkungen können allerdings daraus resultieren, dass bei gleich effizienten Strukturen ein Wechsel stets Transaktionskosten verursacht, die an sich schon ein Hindernis darstellen können; siehe hierzu das Verharren bei multiplen Optima bei *Bechuk/Roe* (1999), S. 142.

³⁵² Vgl. *Roe* (1996), S. 647 f.

³⁵³ Vgl. *Roe* (1996), S. 648 ff.

rungsstrukturen anheimgestellt werden bzw. wurden³⁵⁴ – das Führungssystem also eingebettet ist. Änderungen am System bedingen damit stets auch (ggf. kostenintensive) Anpassungen der rechtlichen ‚Peripherie‘, weshalb die Beibehaltung des status quo gemessen an der Effizienz-Kosten-Relation als die günstigere Alternative erscheint. Bei moderater Pfadabhängigkeit ist die Theorie also in der Lage – über die Entstehungswege voneinander abweichender Regelungen hinaus – zu erklären, weshalb sich Tendenzen abzeichnen können, in ineffizienten Strukturen zu verharren.

Denkbar ist allerdings auch, dass effizienzfördernde Korrekturen unterbleiben, obwohl der Effizienzgewinn die Kosten für Veränderungen (mehr als) kompensiert. Scheitern Vorschläge für korrigierende Eingriffe am Widerstand der hiervon betroffenen (Interessen-)Gruppen oder fehlen schlichtweg Informationen, die als Argumente entsprechende Maßnahmen erst rechtfertigen würden, aber nur schwer zugänglich sind, liegen die Bedingungen der stark-ausgeprägten Form der Pfadabhängigkeit (strong-form path dependence) vor³⁵⁵. Veraltete, wenig effiziente Strukturen werden in diesem Fall deshalb aufrechterhalten, weil sich mangels ausreichender Kenntnisse die Implikationen veränderter Strukturen einer genauen Abschätzung entziehen³⁵⁶. Doch selbst mit den nötigen Informationen können Änderungsvorhaben durch beteiligte Interessengruppen zu Fall gebracht werden, wenn und soweit diese über entsprechende Machtpositionen verfügen.

Parallel zur moderat ausgeprägten Pfadabhängigkeit fördert die dritte und stärkste Form nicht nur Erkenntnisse über das Zustandekommen ineffizienter Strukturen zutage, sondern liefert überdies Hinweise auf die Art und den Umfang von Beseitigungshemmnissen. Allen drei Abstufungen ist der dem Erklärungsansatz immanente Grundgedanke gemein, dass verbesserungswürdige Regelungen der Gegenwart das Ergebnis einer (zufälligen) Konstellation bestimmter Ausgangsbedingungen (Ursprung des Pfades) sind, die im Zuge der sich ändernden oder neu hinzugekommenen Kontextfaktoren entlang dieser ‚Wegmarken‘ modifiziert und/oder ergänzt wurden (Verlauf des Pfades). Dabei gibt die pfadbezogene Entwicklung Aufschluss über die Gründe, warum unterschiedliche Regelungen bestehen und trotz erkennbarer Ineffizienzen zum Teil fortbestehen.

Neben der paradigmatisch-theoretischen Dimension weist der Begriff Pfadabhängigkeit allerdings ferner auch eine deskriptive Dimension auf. In diesem Sinne besitzen all jene Strukturmerkmale (der hier näher zu untersuchenden Führungssysteme) die Eigenschaft ‚pfadabhängig‘, die im Zusammenspiel mit anderen Kontextfaktoren zur Entfaltung von strukturbedingten Nachteilen füh-

³⁵⁴ Vgl. *Roe* (1996), S. 650 f.

³⁵⁵ Vgl. *Roe* (1996), S. 651.

³⁵⁶ Vgl. *Roe* (1996), S. 651.

ren und deren Ursprung in der mehr oder weniger zufälligen Verkettung historischer Umstände begründet liegt. Wenngleich das Augenmerk auf die Begründung und Erklärung nachteiliger (struktureller) Regelungen gerichtet ist, lassen sich die unterstellten Kausalzusammenhänge im Umkehrschluss auch für die Vorzüge von Strukturmerkmalen fruchtbar machen. Denn das Auftreten positiver Effekte kann in gleicher Weise von der Existenz bestimmter Rahmenbedingungen abhängen, durch die etablierte oder zu etablierende Strukturmerkmale erst zum Vorteil gereichen. Soweit vorhandene Regelungen bereits eine vorteilhafte Wirkung erzielen, fehlt zwar der Bedarf an Restrukturierung und demzufolge auch das Problem, Hindernisse zu überwinden. Mit Blick auf die Übernahme von (Struktur-)Regelungen aus anderen Rechtskreisen, die helfen sollen, ineffiziente Strukturen zu beseitigen, ist jedoch gerade der Existenz solcher Kontextfaktoren und ihrer Wirkung erhöhte Aufmerksamkeit zu widmen³⁵⁷.

2. Rechtlich-historische Kontextfaktoren

Die strukturbegleitenden Rahmenbedingungen sind Legion – auch soweit sie neben den Strukturdetails von Führungssystemen als rechtserhebliche Einflussgrößen im Rahmen des rechtspolitischen Diskurses immer wieder selbst Gegenstand von Reform-Debatten waren. Da die Vielzahl eine detaillierte und umfassende Nachzeichnung der historischen Entwicklung unter Berücksichtigung sämtlicher, den Entwicklungspfad säumenden Kontextfaktoren ausschließt, und sie im Hinblick auf die eingehender zu behandelnden Führungssysteme der SE auch nicht in vollem Umfang erforderlich ist, sollen aus der Fülle der bekannten Begleitumstände³⁵⁸ lediglich einige rechtlich-historische Kontextfaktoren exemplarisch angeführt werden. Zu der keinen Anspruch auf Vollständigkeit er-

³⁵⁷ Zur Beseitigung der zahlreichen Überkreuz-Beteiligungen deutscher Unternehmen käme in Anlehnung an das U.S.-amerikanische Finanzmarkt-Recht beispielsweise der Erlass vergleichbarer Bestimmungen in Frage, die Banken, Versicherungen und anderen Unternehmen eine größere Beteiligung als 5% bzw. 2% an einer einzelnen Gesellschaft untersagen. Die dahinter verborgene Hoffnung, dass sich die Unternehmenskontrolle durch einen ‚Market for Corporate Control‘ effektuieren lässt, kann sich nur bewahrheiten, wenn die übrigen finanzmarkt- und steuerrechtlichen Bestimmungen sowie die Mentalität der Anleger feindlichen wie freundlichen Übernahmen nicht entgegenstehen. Die Übertragung pfadabhängiger Regelungen dürfte daher vornehmlich auf dem Wege der *Adaption* und eher selten durch *Adoption* erfolgen können.

Zu den einzelnen U.S.-amerikanischen Regelungen, die den Anteilsbesitz beschränken, *Salzberger* (1999), S. 90 m.N. sowie zu den Lockerungen durch den Financial Services Modernization Act of 1999 *Hoffmann* (2000), S. 1778 ff. Siehe in diesem Zusammenhang auch *Hopt* (1996b), S. 249 f., der einer Übernahme dieser Regelungen kritisch gegenübersteht.

³⁵⁸ Das beim historischen Ansatz der Rechtsauslegung ggf. auftretende Problem, dass nicht immer alle Einzelheiten, namentlich solche, die länger zurückliegen, be-

hebenden Auswahl³⁵⁹ gehören nur diejenigen Faktoren, die bei der Entstehung und Entwicklung des zentralen Unterschiedes zwischen dem Organgefüge der Aktiengesellschaft und der U.S.-Corporation einen *offensichtlichen* Einfluss ausübten³⁶⁰.

a) Aufsichtsrats-Konzeption

Vom heutigen Standpunkt aus gesehen, hat sich die zweistufige Organstruktur der Aktiengesellschaft nach bisher überwiegender, allerdings nicht unumstrittener Meinung gegenüber der monistischen Verfassung der Corporation als (wenigstens) gleichwertig erwiesen³⁶¹. Nicht wenige sind sogar zu der Überzeugung gelangt, sie habe sich durchaus bewährt³⁶². Die – auch unter dem Aspekt der Kongruenz von Aufgaben, Kompetenzen und Verantwortung – konsequent vollzogene Trennung zwischen Leitung und Überwachung³⁶³ geht einher mit der Inkompatibilität des Vorstands- und Aufsichtsratsamtes³⁶⁴ und findet ihre Bestätigung in der von der Rechtsprechung vertretenen Auffassung, dass niemand im Rechtssinne sich selbst kontrollieren kann und darf³⁶⁵. Obgleich die

kannt sind oder aus älteren Quellen entnommen werden können, stellt sich grundsätzlich auch für den Ansatz der Pfadabhängigkeit.

³⁵⁹ Der Kreis der nicht berücksichtigten Gegebenheiten und Entwicklungen, welche eher mittelbar die Gestalt der Führungsstrukturen prägten (wie z.B. das Universalbanksystem), ist selbstverständlich sehr groß und schließt eine vollumfängliche Wiedergabe aller komplexen Zusammenhänge aus. Daher muss die folgende Darstellung auf einen rechtshistorischen Ausschnitt beschränkt bleiben; soweit aber die hier vernachlässigbaren Umstände für die Vor- und Nachteile der Führungssysteme in erkennbarem Maße zumindest mitverantwortlich gemacht werden können, finden sie im nächsten Abschnitt Berücksichtigung.

³⁶⁰ Die folgenden Ausführungen stützen sich in weiten Teilen auf die umfassende und detaillierte Aufarbeitung der historischen Entwicklung der Aktiengesellschaft und der U.S.-Corporation bei *Wiethölter* (1961), auf die im juristischen Schrifttum oft zurückgegriffen wird.

³⁶¹ So schon *Lutter* (1981), S. 225; zustimmend *Windbichler* (1985), S. 72. Deutlich auch *Raiser* (1993), S. 289; *Hopt* (1998b), S. 28; *Henssler* (2003), S. 200 f.; *Hommelhoff/Mattheus* (1998), S. 251; *Scheffler* (1996), S. 318; *Dreher* (1996), S. 59; *Röllner* (1994), S. 334; *Schiessl* (2003), S. 249 f.; *Bungert/Beier* (2002), S. 9; v. *Werder* (1997a), S. 310 m.w.N.; *Lutter* (1997), S. 540; wohl auch *Lambsdorff* (1996), S. 218; *Buchheim* (2001), S. 148 f. und jüngst die Präambel des DCGK, vgl. *Regierungskommission Deutscher Corporate Kodex* (2002), S. 1.

³⁶² Vgl. *Lutter* (1995b), S. 10; *Pothhoff* (1996), S. 260; *Seibert* (1997), S. 2; *Schmitz* (1996b), S. 309; *Schreib* (1996), S. 286; siehe auch den – auf einer Befragung der DAX 100-Unternehmen beruhenden – Meinungsspiegel bei *Pohle/v. Werder* (2001), S. 1106. A.A. v. *Greyerz* (1982), S. 198; *Böckli* (1992) passim.

³⁶³ Zu diesem Ergebnis siehe nochmals oben, Zweiter Teil: A. II. 1. a), S. 56 f.

³⁶⁴ § 105 Abs. 1 AktG.

³⁶⁵ OLG Frankfurt am Main, Urteil v. 7.7.1981 – 20 W 267/81, S. 160. Vgl. auch *Semler* (1987), S. 720. Ähnlich, aber mit Blick auf den Board of Directors, v. *Hein* (2002b), S. 509 und *Schiessl* (2003), S. 243.

Überwachung durch ein gesondertes Organ in diesem Lichte als nahezu ‚geniestreichartig‘ konzipiertes Führungsmodell erscheinen muss, weisen mehrere Anhaltspunkte darauf hin, dass der Aufsichtsrat – überspitzt formuliert – das Ergebnis eines redaktionellen Versehens³⁶⁶ während der Nürnberger Beratungen zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch (ADHGB) ist³⁶⁷.

So standen denn auch im Mittelpunkt der Verhandlungen der von 1857–1861 in Nürnberg tagenden Delegierten-Kommission weit weniger Fragen zur inneren Verfassung der AG als vielmehr die Debatte um das Wesen der juristischen Person und insbesondere das zu diesem Zeitpunkt noch rechtskräftige staatliche Konzessionssystem für Kapitalgesellschaften³⁶⁸. Vorschriften zur Binnenorganisation fehlten bis dahin im Grunde genommen völlig – sieht man von den zaghaften Ansätzen des Preussischen Gesetzes über die Aktiengesellschaften von 1843 einmal ab³⁶⁹. Das, was die Delegierten zu Beginn der Beratungen hingegen vorfinden konnten, war wenig konturiert, beruhte fast vollständig auf satzungsrechtlichen Reglementen³⁷⁰ und lässt sich zumindest nach heutigen Maßstäben schwerlich als Verfassung bezeichnen.

Umso mehr muss es überraschen, dass die Verfassungswirklichkeit der damals erst noch im Aufkommen befindlichen Aktiengesellschaft ein im Vergleich zu heute gänzlich anderes, nämlich den Grundzügen der Board-Konzeption sehr ähnliches Bild zeichnete³⁷¹. Danach existierte in aller Regel ein (nicht obligatorischer) Verwaltungsrat, der die Funktion eines Gesellschafterausschusses übernahm und aus dem Kreis seiner Mitglieder geschäftsführende Direktoren bestellte³⁷². Vor diesem Hintergrund und nicht unbeeinflusst von den Arbeiten am Statut der Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA), gestalteten sich nun die Beratungen zur Zuständigkeitsverteilung in der Aktiengesellschaft. Da-

³⁶⁶ Siehe dagegen die scharfe Kritik von *Wiethölter* (1961), S. 275: „Die Beratungen in Nürnberg über die *gesetzliche Zuständigkeitsordnung* kranken wie die Konzessionsdebatte an der mißlichen Unklarheit über die Grundlagen.“ (Hervorhebung im Original); ähnlich *Kropff* (1986), S. 523.

³⁶⁷ Ähnlich *Wiethölter* (1961), S. 285; siehe auch *ders.* (1961), S. 271 m.w.N. und S. 280. Insofern trifft die Einschätzung von *Lutter* (1981), S. 225, dass es sich um eine „... offenbar *geglückte* Führungsstruktur unserer Großunternehmen“ (Hervorhebung d. Verf.) handelt, wortgetreu zu.

³⁶⁸ Vgl. *Schiessl* (2003), S. 237; *Wiethölter* (1961), S. 272 u. *ders.*, S. 275: „Der Meinungsstreit um die Konzessionsfrage in KGaA und AG hat nicht nur die Debatte über die innere Verfassung dieser Gesellschaften überschattet; sie nimmt auch einen wesentlich breiteren Raum ein, ebenfalls ein Zeichen, wie sehr noch die Außenbeziehung zwischen Gesellschaft und Staat im Vordergrund steht, während die innere Organisation Statuten vorbehalten bleibt; ...“.

³⁶⁹ Am Rande *Bleicher/Leberl/Paul* (1989), S. 52.

³⁷⁰ Vgl. *Wiethölter* (1961), S. 271; *Bleicher/Leberl/Paul* (1989), S. 52.

³⁷¹ So auch *Wiethölter* (1961), S. 283 und S. 287, dort FN 51; *Hopt* (1998a), S. 230 f.

³⁷² Vgl. *Bleicher/Leberl/Paul* (1989), S. 52.

bei wurde der in den Vorentwürfen noch als Verwaltungsrat bezeichnete Ausschuss der Gesellschafter zwischen der ersten und zweiten Lesung durch die Redaktionskommission – aus heute unerfindlichen Gründen – in „Aufsichtsrath“ umbenannt³⁷³, und zwar nachdem dieses unmittelbar zuvor schon auf Vorschlag eines Kommissionsmitgliedes für den Verwaltungsrat der KGaA geschah und ohne dass sich damit in dessen Zuständigkeitsbereich – weder im Falle der KGaA noch bei der AG – etwas geändert hat³⁷⁴. Namentlich Erwähnung fand zum ersten Male auch der Vorstand, doch blieb bereits während der ersten Lesung unklar, welche Funktionen er wahrzunehmen habe³⁷⁵. Hieran änderte im Wesentlichen auch der von der Redaktionskommission überarbeitete und eingebrachte Entwurf zur 2. Lesung nichts, der die Möglichkeit einen sog. Aufsichtsrat(h) einzurichten in Art. 204 (später Art. 225) ADHGB (1861) nun erstmals expressis verbis vorsah. Zwar wurde die Bestellung eines Vorstandes immerhin zur Pflicht erhoben³⁷⁶ und die Überwachung der Geschäftsführung – wie kurz zuvor für den Aufsichtsrat der KGaA – als Aufgabe des ‚fakultativen‘ Aufsichtsrates ausdrücklich festgeschrieben. Seine im Übrigen ebenfalls wortgleichen Befugnisse³⁷⁷ gestatteten ihm allerdings, in die Geschäftsführung des Vorstands durch mehr oder weniger detaillierte Weisungen einzugreifen³⁷⁸. Offen belassen wurde insbesondere, ob es sich beim Vorstand nur um ein reines Exekutivorgan handeln solle, ob sich seine Mitglieder aus dem – ggf. neben (!) dem Aufsichtsrat eingerichteten³⁷⁹ – Gesellschafterausschuss rekrutierten und in welchem genauen Verhältnis er zu den anderen Organen der AG stünde. Die im Zuge dessen verankerte Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht des Vorstands war dementsprechend auch keine Maßnahme zu seiner kompetenziellen Standortbestimmung im Innenverhältnis³⁸⁰, sondern eine Klarstellung der Vertre-

³⁷³ Vgl. *Wiethölter* (1961), S. 276 f., unter Berufung auf die Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches; zu Quellenangaben siehe *ders.* (1961), S. 271 FN 7. Warum die Redaktionskommission parallel zur KGaA den Verwaltungsrat der AG in Aufsichtsrat umbenannte ist unklar, vgl. *Wiethölter* (1961), S. 280: „Was die Redakteure dazu bewegen hat, ist den Protokollen (zu den Beratungen der Kommission, Anm. d. Verf.) nicht zu entnehmen.“

³⁷⁴ Vgl. *Wiethölter* (1961), S. 278 und S. 280.

³⁷⁵ *Wiethölter* (1961), S. 279.

³⁷⁶ Vgl. *Bleicher/Leberl/Paul* (1989), S. 52.

³⁷⁷ Siehe *Wiethölter* (1961), S. 280.

³⁷⁸ Vgl. *Bleicher/Leberl/Paul* (1989), S. 52 f.; zu den damit verbundenen Unklarheiten *Schiessl* (2003), S. 238.

Zu den Rechten des Aufsichtsrates der KGaA siehe Art. 164 des preußischen Entwurfes, der mit „stilistischen Abweichungen“ zunächst in die Kommissionsentwürfe übernommen und später zu Art. 186 des ADHGB wurde, abgedruckt bei *Wiethölter* (1961), S. 276.

³⁷⁹ Vgl. *Lutter* (1995b), S. 7.

³⁸⁰ Die Unabhängigkeit des Vorstands gegenüber dem Aufsichtsrat und der Hauptversammlung wurde erst mit Einführung des § 70 AktG 1937 gefestigt, vgl. *Schilling*

tungsmacht des Vorstandes im Außenverhältnis. Sie war sozusagen eine gesetzliche Regelung mit Schutzwirkung zugunsten Dritter³⁸¹.

Die Regelungen des ADHGB von 1861 beschränkten den fakultativen Aufsichtsrat also keineswegs in seiner Macht die Aktiengesellschaft zu leiten. Sie ordneten vielmehr nur seine Überwachungsaufgabe gesetzlich an. Faktisch ließen sie aber nach wie vor die Geschäftsführung durch einen Verwaltungsrat – nun allerdings entweder im neuen Namensgewande³⁸² oder sogar als weiteres Organ neben dem Aufsichtsrat³⁸³. Das belegt nicht zuletzt die von den Kodifikationen scheinbar unbeeindruckte, fortgeführte Praxis nach der Novellierung³⁸⁴. Obligatorisch wurde der Aufsichtsrat dagegen erst mit dem Wechsel vom Konzessionssystem³⁸⁵ zum Normativsystem im Zuge der Reformarbeiten am ADHGB von 1870, die unter dem Eindruck der zeitweilig überhand nehmenden Betrügereien gewissermaßen als Ausgleich für die staatliche Genehmigung und Kontrolle einen solchen zur Voraussetzung machte³⁸⁶. Die sich bis dahin allein dem Ansatz nach abzeichnende Trennung zwischen Leitung und Überwachung wurde durch die Aktiennovelle von 1884 und durch das Aktiengesetz von 1937 schrittweise weiter verfestigt. So führte die erstgenannte Reform zunächst nur zu einer Lichtung der internen Verhältnisse, indem sie zum einen die Inkompatibilität von Vorstands- und Aufsichtsratsmandat einführte³⁸⁷ und zum anderen die Möglichkeit abschaffte, einen Verwaltungsrat neben den Aufsichtsrat zu konstituieren³⁸⁸. Dennoch konnte der Aufsichtsrat vorerst weiterhin Träger von Geschäftsführungsbefugnissen sein³⁸⁹. Dem Verfassungswirrwarr bereitete schließlich erst das Aktiengesetz von 1937 ein wirkliches Ende. Es reduzierte das Weisungsrecht des Aufsichtsrats endgültig auf ein Mitwir-

(1971), S. 162; Kübler (2002a), S. 1; Zöllner (1994), S. 337; Schmidt/Spindler (1997), S. 540 f. u. insbes. S. 543; Fleischer (2003), S. 3; Hoffmann-Becking (2003), S. 747.

³⁸¹ Vgl. Wiethölter (1961), S. 282 m.N.

³⁸² Ähnlich Wiethölter (1961), S. 285 u. 282 f. m.N.; vgl. auch Bleicher/Leberl/Paul (1989), S. 52 f.

³⁸³ Mit Bezug auf Art. 231 Abs. 2 ADHGB von 1861 Lutter (1995b), S. 7 u. 8; siehe ferner auch Wiethölter (1961), S. 282.

³⁸⁴ Deutlich Wiethölter (1961), S. 285; Hopt (1998a), S. 230; Bleicher/Leberl/Paul (1989), S. 52 f.; Schreyögg (1983), S. 278. So auch Lutter (1995b), S. 7 f., der jedoch zu dem Ergebnis gelangt, dass die Fortsetzung der geschäftsführenden Tätigkeit des Aufsichtsrates nicht mit den in Art. 225 ADHGB genannten Aufgaben zu vereinbaren war.

³⁸⁵ Vgl. Hopt (1998a), S. 230; ders. (1997), S. 6. Die Ablösung des Konzessionssystems war im Rahmen der ersten großen handelsrechtlichen Kodifikation von 1861 noch fast einstimmig abgelehnt worden; siehe hierzu Wiethölter (1961), S. 274 f.

³⁸⁶ Vgl. Lutter (1995b), S. 8; Hopt (1998a), S. 230; Bleicher/Leberl/Paul (1989), S. 53; Wiethölter (1961), S. 286; Kindler (1998), S. 110.

³⁸⁷ Vgl. Bleicher/Leberl/Paul (1989), S. 53 f.; Lutter (1995b), S. 8.

³⁸⁸ Vgl. Lutter (1995b), S. 8.

³⁸⁹ Vgl. Lutter (1995b), S. 9; Bleicher/Leberl/Paul (1989), S. 54.

kungsrecht in Form zustimmungspflichtiger Geschäfte³⁹⁰. Gleichzeitig gewann der Vorstand an Unabhängigkeit dazu, der von diesem Zeitpunkt an die Gesellschaft unter eigener Verantwortung zu leiten hatte und noch immer hat³⁹¹. In seiner bis heute nur graduell veränderten Struktur erwies sich das gesetzlich statuierte und ausdifferenzierte zweistufige Führungssystem der Aktiengesellschaft als geradezu ideale Grundlage für die dann später folgende Integration der Mitbestimmung auf Unternehmensebene³⁹².

Die Folgen dieses letzten großen Entwicklungsschrittes sind weitreichend. Denn es entbehrt wohl jeder Übertreibung, wenn man behauptete, dass es ohne das Aufkommen der Mitbestimmung in Deutschland vermutlich weder zu einem Recht der Arbeitnehmer auf Beteiligung in den Organen der SE noch zu einer derart langen Verhandlungsdauer gekommen wäre³⁹³. Vor diesem Hintergrund ist die Rechtsform der Europäischen Aktiengesellschaft mit diesem rechtshistorischen Erbe – je nach dem Standpunkt des Betrachters – belastet oder ausgestattet ‚zur Welt gekommen‘³⁹⁴.

b) Board-Konzeption

Die rechtshistorischen Anfänge der U.S.-Corporation und ihrer Führungsstrukturen liegen gleichfalls weit zurück und sind der Beginn einer – zur Reformierung des deutschen Aktienrechts – stellenweise parallel verlaufenden Entwicklung³⁹⁵. Bis zum Befreiungsschlag durch die Unabhängigkeitserklärung 1776 entstanden Corporations ähnlich wie die großen Handelskompagnien in Deutschland durch Octroi³⁹⁶. An dessen Stelle traten erst in den frühen Jahren des 19. Jahrhunderts gesetzliche Normativbestimmungen³⁹⁷, die zu einer stei-

³⁹⁰ Vgl. *Bleicher/Leberl/Paul* (1989), S. 54 f.; *Lutter* (1995b), S. 9; *Wiethölter* (1961), S. 291; *Rittner* (1971), S. 148.

³⁹¹ Vgl. *Fleischer* (2003), S. 3; *Bleicher/Leberl/Paul* (1989), S. 54.

³⁹² So auch *Kolvenbach* (1995), S. 680 f.; *Davies* (2001), S. 288; *Krause* (2003), S. 766 und *Peltzer* (1998), S. 53. Zur Entstehung der Mitbestimmung siehe den Bericht der *Kommission Mitbestimmung* (1998), S. 29 ff. und *Püttner* (1989), S. 28. Einen vorzüglichen geschichtlichen Abriss über die rechtspolitische Entwicklung der Arbeitnehmerbeteiligung seit der Weimarer Republik, der insbesondere auch die damit verbundenen Pfadabhängigkeiten dokumentiert, findet sich ferner bei *Rittner* (2001), S. 367 ff.; siehe auch *Raiser* (2002), S. 2 ff.; *Oetker* (1999), S. 6 ff. und ansatzweise *Paul* (1977), S. 402 ff.

³⁹³ Wenngleich es auch in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union, namentlich Niederlande, Schweden, Luxemburg und Österreich, Formen der Arbeitnehmerbeteiligung gibt, waren der Widerstand und die Vorbehalte gegenüber einer Erosion des (gewohnten) Mitbestimmungsniveaus während der Verhandlungen zur SE auf deutscher Seite doch am größten; deutlich *Henssler* (2003), S. 193.

³⁹⁴ Drastisch *Wiesner* (2001), S. 398: „Mißgeburt“.

³⁹⁵ Die einzelnen Entwicklungsschritte erfolgten allerdings nicht synchron.

³⁹⁶ Das Recht zur Gründung einer Corporation wurde entweder königlich oder parlamentarisch verliehen, vgl. *Wiethölter* (1961), S. 144; *Großfeld/Ebke* (1977a), S. 62.

genden Zahl von Inkorporierungen führen sollten und auch führten. Da das englische Recht selbst nach der Ablösung der englischen Herrschaft zumindest für private Corporations eine Zeit lang³⁹⁸ weiterhin galt, die Zuständigkeit für Gründungen nun aber bei den Einzelstaaten lag³⁹⁹, nahm das Verhältnis von (Bundes-)Staat und Gesellschaft – so später auch bei den Beratungen zum ADHGB – in der Entwicklung des Korporationsrechtes einen weitaus breiteren Raum ein als die innere Zuständigkeitsordnung der Corporation⁴⁰⁰.

Während die Verwaltung der Corporation⁴⁰¹ nach der damals herrschenden Rechtsauffassung zunächst als Treuhänder der Eigentümer agierte, die Träger aller Rechte waren⁴⁰², begann sich der gesetzlich nicht vorgeschriebene⁴⁰³ und (deshalb) noch wenig konturierte Verwaltungsrat (Board of Directors) gegen Ende der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts vom Einfluss der Aktionärschaft und damit von seiner Rolle als Aktionärsausschuss zu befreien. Hierzu kam es, weil einerseits die Anzahl der Aktionäre mit steigendem Kapitalbedarf der Corporations zunahm und sich infolgedessen die ursprüngliche (Interessen-)Einheit der Gesellschafter-Gesamtheit in die Gruppe der tendenziell einflussreichen Gründer und die der rentabilitätssuchenden Anleger auflöste. Zum anderen wurde die Tendenz zur Verselbständigung durch die daraufhin erst geschaffene Möglichkeit der Stimmrechtsübertragung (proxy) sowie die Aufhebung des Rechtes zur jederzeitigen und grundlosen Abberufung von Verwaltungsmitgliedern unterstützt⁴⁰⁴.

Zu einer „Gradwendung“⁴⁰⁵, wengleich nur zu einer höchstrichterlichen Bestätigung der bis dahin geübten Praxis⁴⁰⁶, führte ferner die Rechtsprechung zum Fall *Hoyt vs. Thompson's Executor* (1859)⁴⁰⁷. Hiernach war nicht nur die Dele-

Für einen geschichtlichen Abriss zu den Handelskompagnien siehe *Steinmann* (1969), S. 12 ff.

³⁹⁷ Vgl. *Wiethölter* (1961), S. 146.

³⁹⁸ Ersetzt wurde es 1811 durch das erste Aktiengesetz von New York, dem weitere Bundesstaaten in mehr oder weniger großen Abständen folgten, vgl. *Wiethölter* (1961), S. 145 f. und insbes. S. 146, dort in FN 12.

³⁹⁹ Mit dem 10. Amendment zur Verfassung waren dem Bund u.a. diesbezügliche Rechte entzogen worden, vgl. *Wiethölter* (1961), S. 145.

⁴⁰⁰ Vgl. *Wiethölter* (1961), S. 177 f. und S. 180.

⁴⁰¹ Während dieser Zeit entweder (schon) durch bestellte Verwaltungsbeamte oder – wie so häufig in Gesellschaften mit überschaubarem Anteilseignerkreis – (noch) durch Aktionäre selbst wahrgenommen, vgl. *Wiethölter* (1961), S. 181 m.N.

⁴⁰² So *Wiethölter* (1961), S. 182 m.N.; in diesem Sinne wohl auch *Buxbaum* (1996), S. 71.

⁴⁰³ *Buxbaum* (1996), S. 71.

⁴⁰⁴ Vgl. *Wiethölter* (1961), S. 182.

⁴⁰⁵ So *Wiethölter* (1961), S. 183.

⁴⁰⁶ Ähnlich *Buxbaum* (1996), S. 72.

⁴⁰⁷ 19 N. Y. 207 (1859), hier insbes. S. 216.

gation von Befugnissen auf einen Ausschuss des Board of Directors (im zitierten Fall das executive committee) mit Wirkung nach außen zulässig, sondern klargestellt wurde auch, dass der Board of Directors Träger originärer, d.h. nicht von den Aktionären delegierter Rechte ist⁴⁰⁸. Spätestens mit dieser wegweisenden Rechtsentscheidung, die zusammen mit den vorgenannten Veränderungen den Scheidepunkt markiert, an dem sich die Fortentwicklungswege der aktienrechtlichen Verfassungen trennen, begannen sich die im Kern gleichgeordneten Führungsstrukturen der Aktiengesellschaft und der U.S.-Corporation voneinander zu entfernen. Während auf deutscher Seite zunächst am Gedanken der Aktionärsherrschaft festgehalten und der Verwaltungsrat gewollt oder ungewollt zum aktionärsnahen Überwachungsorgan umfunktioniert wurde⁴⁰⁹, führte die Entmachtung der Aktionäre im U.S.-amerikanischen Rechtskreis zur konsequenten Trennung von Verwaltung und Eigentum mit einem erstarkten, nun unabhängigen Board of Directors⁴¹⁰. Zwar ging auch in Deutschland die Verwaltung gestärkt aus den Reformen hervor, zum unabhängigen Leitungsorgan entwickelte sich aber der Vorstand – nach U.S.-amerikanischer Terminologie also die zu bestellenden Verwaltungsbeamten⁴¹¹.

Die weitere Entwicklung der aktienrechtlichen Verfassung(en) in den Vereinigten Staaten vollzog sich unterschiedlich schnell, mit verschiedenen gelagerten Schwerpunkten in den Einzelstaaten und mündete recht früh schon in einen Wettbewerb der bundesstaatlichen Rechtsordnungen, der letztlich mit dem Ziel ausgetragen wurde, möglichst viele Neukorporationen verzeichnen zu können. Sie lässt sich hinsichtlich der Grundstrukturen im Wesentlichen – und vereinfachend – auf die Rechtsvereinheitlichung durch den Model Business Corporation Act⁴¹² bzw. den Revised Model Business Corporation Act⁴¹³ reduzieren. Als erwähnenswerte Veränderung, der die beiden Vereinheitlichungsakte Rechnung trugen⁴¹⁴, ist die vor allem in größeren Corporations gewandelte Rolle des

⁴⁰⁸ Ganz deutlich *Wiethölter* (1961), S. 184: „Der board ist ursprünglicher Inhaber aller korporativen Macht und kann wie ein sonstiger Geschäftsherr seine Befugnisse übertragen.“ Vgl. auch *Steinmann* (1969), S. 26.

⁴⁰⁹ In diesem Zusammenhang konzediert *Wiethölter* (1961), S. 285: „... daß zwar der Aufsichtsrat nicht von Beginn an der Verwaltungsrat bisheriger Prägung war, sondern ein der Anlageidee nach neuartiges Organ, ...“, er beurteilt diese Systemänderung allerdings als „Bruch“ mit der (seiner Ansicht nach wohl richtigeren) Geschäftspraxis, der auf einer bis heute nicht korrigierten „Fehlvorstellung“ beruht, *ders.* (1961), S. 286.

⁴¹⁰ Siehe diesbezüglich auch *Steinmann* (1969), S. 26 f.

⁴¹¹ Heute i. d. R. inside directors, wobei anzumerken ist, dass diese qua ihrer Zugehörigkeit zum Board of Directors keine reinen Verwaltungsbeamten im Sinne der Officers darstellen.

⁴¹² Siehe den Nachweis in FN 169 [Zweiter Teil: A. II. 1. b)].

⁴¹³ Siehe hierzu auch oben, Zweiter Teil: A. II. 1. b), S. 58 f.

⁴¹⁴ Zur Möglichkeit des Boards, sich auf die Überwachung zu beschränken, siehe § 8.01 (b) R.M.B.C.A. in FN 196 [Zweiter Teil: A. II. 1. b)] und Sec. 35 M.B.C.A.

Boards als – nach wie vor einflussreich(er)es – Überwachungsorgan hervorzuheben. Im Vergleich zu Deutschland, wo die aktienrechtlich vorgeschriebene und mitbestimmungsrechtlich festgeschriebene Funktionstrennung praktiziert werden musste, führte demnach vielmehr die Praxis der U.S.-amerikanischen Unternehmensführung zur Herausbildung einer *faktischen* Trennung zumeist innerhalb der Organgrenzen des Board of Directors. Dieser in der U.S.-amerikanischen Unternehmenslandschaft sich abzeichnenden Näherungstendenz entsprach und entspricht noch die in deutschen Aktiengesellschaften erforderlich gewordene enge Zusammenarbeit zwischen Vorstandsvorsitzendem und Aufsichtsratsvorsitzendem⁴¹⁵, zu der es entweder aus Praktikabilitätsgründen oder vor dem Hintergrund eines gestiegenen Überwachungsbedarfs kam bzw. kommt.

3. Lehren aus der Rechtshistorie: Die SE im Sog der Pfadabhängigkeiten

Eine derartige, aus der Unternehmenspraxis hervorgetretene Konvergenz rechtsformspezifischer Merkmalsausprägungen lässt sich aus der theorieverhafteten Perspektive der Pfadabhängigkeit gleichsam als gegenseitige Annäherung der Pfade auffassen und so mit dem Ansatz nahtlos in Verbindung bringen⁴¹⁶. Sie legt die Vermutung nahe, dass von den Unternehmen hier wie dort ‚gelebte‘ und aus der Notwendigkeit geschaffene Strukturen wohl – allerdings nicht zweifelsohne immer – ihre Berechtigung haben. Im Gegensatz zu dieser Konvergenz ‚von unten‘ kann es aber durch rechtliche ‚Flurbereinigungsmaßnahmen‘ auch zu einer Annäherung ‚von oben‘ kommen⁴¹⁷. In diesem Sinne führen z.B. Uniform Laws, Model Acts, EU-Verordnungen und EU-Richtlinien zu einer (gemeinschafts)rechtlich erzwungenen Angleichung oder gar Übereinstimmung von Strukturmerkmalen. Harmonisierende oder vereinheitlichende Regelungen, welche die Beseitigung von Strukturdefiziten zum Ziel haben, sind aufgrund der damit verbundenen rechtspolitischen, altruistisch-hehren Absichten zwar grundsätzlich gerechtfertigt. Soweit sie jedoch zu schwer praktizierbaren Strukturen und damit als starre Regelungen zu einer Belastung der Unternehmenspraxis führen, verlieren sie letzten Endes an Berechtigung⁴¹⁸; schaffen sie doch möglicherweise bloß einen weiteren Anlass dafür, die Vorschriften formal zu erfüllen, ansonsten aber durch geeignete Praktiken zu umgehen.

(i. d. F. von 1969). Dem entspricht auch das vom American Law Institute vertretene ‚monitoring model‘, siehe den Nachweis in FN 195 [Zweiter Teil: A. II. 1. b)].

⁴¹⁵ Siehe hierzu die empirischen Nachweise bei *Bleicher/Paul* (1986), S. 271.

⁴¹⁶ Umgekehrt sind divergierende Merkmalsausprägungen – im bildlichen Sinne gesprochen – Ausdruck des Auseinanderdriftens von Entwicklungspfaden.

⁴¹⁷ Ähnlich *Dreher* (1999), S. 110.

⁴¹⁸ Siehe z.B. die im Zusammenhang mit der Reform des Aufsichtsrates geführte Diskussion bei *Dreher* (1996), der die dienende Funktion des Organisationsrechts hervorhebt, vgl. *ders.* (1996), S. 35 f.

In Hinblick auf die – sowohl in der ökonomischen als auch in der betriebswirtschaftlichen Analyse des Rechts generell behandelte – Frage⁴¹⁹, ob und inwieweit Regelungen unter Effizienzgesichtspunkten legitimiert sind oder nicht, ist die Pfadabhängigkeit von Strukturdetails gerade auch bei der Harmonisierung und Vereinheitlichung⁴²⁰ des Rechtes der EU-Mitgliedstaaten zu beachten. Denn pfadabhängige Begleitregelungen (rechtliche Kontextfaktoren) können eine Angleichung entweder gar nicht erst ermöglichen⁴²¹, sie lange Zeit verhindern⁴²² oder die mit ihr bezweckten und anvisierten Veränderungen in uneinheitlichem Maße eintreten lassen. Sie können mithin zu verschiedenen Zielerreichungsgraden in den einzelnen Mitgliedstaaten führen⁴²³. Durch Regelungen harmonisierbar⁴²⁴, d.h. dem Harmonisierungszweck nicht abträglich⁴²⁵, sind demzufolge nur konvergenzfähige, also nicht durch Pfadabhängigkeit erstarrte (Rahmen-)Strukturen⁴²⁶. Eben hieraus können Harmonisierungsvorhaben ihre

⁴¹⁹ Siehe hierzu statt vieler *Kirchner* (1993), S. 64 f. et passim und *Kübler* (1990), S. 687 ff.

⁴²⁰ Die Vereinheitlichung von Recht ist streng genommen nichts anderes als eine extreme Form der Harmonisierung, vgl. *Wahlers* (1990), S. 452 f., der allerdings statt Harmonisierung den Terminus Angleichung verwendet; vgl. auch *Abelthausen* (1990), S. 293 f. und die Anmerkung von *Dreher* (1999), S. 105, dort in FN 1, der hervorhebt, dass der EGV zwar wörtlich, aber nicht inhaltlich zwischen den Begriffen Rechtsangleichung, Harmonisierung und Koordinierung unterscheidet.

Zur Diskussion, welcher der beiden Angleichungsformen der Vorzug zu geben ist, siehe *Hellwig* (2001), S. 580 ff.; *Kirchner* (2000), S. 105 ff.; *Dreher* (1999), S. 107 f.; *Lutter* (2000b), S. 121 f.; *Hopt* (1992), S. 275 ff.; *Groß* (2000), S. 201 ff.

⁴²¹ Ein diesbezügliches Beispiel ist die bis heute nicht verabschiedete 5. EU-Richtlinie (sog. Strukturrichtlinie) zur Vereinheitlichung der Führungsstrukturen der Aktiengesellschaften.

⁴²² Ähnlich *Grundmann/Mühlbert* (2001), S. 218 f. So war bspw. die unternehmerische Mitbestimmung immer wieder Kernstreitpunkt bei den Verhandlungen zum Statut der Europäischen Aktiengesellschaft und stand einer Einigung im Wege, vgl. *Blanquet* (2002), S. 30; *Heinze* (2002), S. 69; *Sadowski/Junkes/Lindenthal* (2001a), S. 111; *dies.* (2001b), S. 146; *Behrens* (1996), S. 833; *Lutter* (2000b), S. 142; *ders.* (2000a), S. 17, dort FN 71; *Wiesner* (2000), S. 1792; *Hopt* (1992), S. 277; *ders.* (1995), S. 475; *Hertig* (2000), S. 274 f.; *Schwarz* (2000), S. 697 Rn. 1209; *Jahn/Herfs-Röttgen* (2001), S. 631; *Herzig/Griemla* (2002), S. 55; *Heinze* (1997), S. 289; *Wahlers* (1990), S. 449; v. *Maydell* (1990), S. 442; *Rasner* (1992), S. 317; *Kolvenbach* (1991), S. 380; *ders.* (1995), S. 669; *Artmann* (2002), S. 195; *Roth* (2000), S. 396; *Köstler* (2002), S. 305.

⁴²³ Deutlich *Hopt* (1992), S. 287 f.: „Gerade im Gesellschaftsrecht sind die Resultate der Harmonisierung fast immer komplexe Kompromisse, die nicht nur zu unterschiedlicher nationaler Auslegung einladen, sondern unter den verschiedenen nationalen Rahmenbedingungen auch sehr unterschiedliche Wirkungen zeitigen.“

⁴²⁴ Im weiteren wird nicht stets zwischen Harmonisierung und Vereinheitlichung unterschieden, vgl. die Anmerkungen oben, FN 420 [Zweiter Teil: B. I. 3.].

⁴²⁵ Die These setzt voraus, dass keine Harmonisierung ‚um jeden Preis‘ angestrebt wird.

⁴²⁶ Je nach dem wie stark der tatsächliche Einfluss betroffener Interessengruppen ist, können in Kenntnis der (stark-ausgeprägten) Pfadabhängigkeit durch rechtliche Harmonisierung mitunter aber auch ‚verkrustete‘ Strukturen aufgebrochen werden; in

u. U. endgültige Rechtfertigung beziehen. Fehlt nämlich bei potenziell konvergenzfähigen Strukturen bzw. Regelungen lediglich der nötige Anstoß, so lassen sich auf dieser Grundlage Harmonisierungsvorschläge – bei gegebenen Pfadabhängigkeiten – dann nicht nur erfolgversprechend gründen, sondern unter Hinweis auf den noch fehlenden Impuls auch begründen⁴²⁷. Dies gilt erst recht für bereits konvergente Strukturen, für die eine nachträgliche Einheitsregelung bislang aussteht.

Das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft – als ein auf Kompromissen beruhendes Rechtsgebilde mit beachtlicher Vorgeschichte – repräsentiert zwar auf der einen Seite unmittelbar geltendes Einheitsrecht und etabliert in weiten Teilen einheitliche Führungsstrukturen. Die späteren rechtsformspezifischen Merkmalsausprägungen werden jedoch, wenn man der bisher überwiegenden Ansicht⁴²⁸ folgt, auf zahlreichen Gebieten, bedingt durch Rückgriffe auf die nationalen Unternehmensrechte, von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat variieren und das Bild einer Rechtsform entstehen lassen, die über das Stadium einer ‚harmonisierten‘ Gesellschaftsform nicht hinausreicht. Ob die hierauf gerichtete Kritik⁴²⁹ berechtigt ist, kann allerdings nicht von vornherein und ausschließlich an dem vom Statut erreichten Grad der (ex ante) Vereinheitlichung beurteilt werden. So hat Raiser schon früher zu Recht darauf hingewiesen, dass Einheitlichkeit weder an sich noch de jure ein unbedingt erstrebenswertes Ziel darstellt⁴³⁰. Entscheidend ist vielmehr, inwieweit die erwartete Zersplitterung zu unerwünschten Beeinträchtigungen führt. Denn die durch Zugeständnisse entstandenen offenen Flanken des SE-Statuts ermöglichen immerhin einen Wettbewerb der (mitgliedstaatlichen) Rechtsordnungen in den Grenzen der Verweisnormen, dessen Ausgang noch offen ist. Insofern bestehen zwar durchaus Gefahren eines ‚race for laxity‘ um die günstigsten ‚Sitzbedingungen‘⁴³¹. Mit

diesem Sinne *Grundmann/Mülbert* (2001), S. 218 f.; ähnlich *Schmidt/Grohs* (2000), S. 186 f.

⁴²⁷ Den Befürwortern der Harmonisierung stellt sich dann allerdings die anspruchsvolle Aufgabe, den Nachweis der Konvergenzfähigkeit zu erbringen.

⁴²⁸ Vgl. *Brandt/Scheifele* (2002), S. 551; *Hirte* (2002), S. 2; *Lutter* (2002a), S. 3; *Schwarz* (2001), S. 1860 f.; *Ebke* (2002), S. 1; *Hommelhoff* (2001c), S. 285; *Hopt* (2002a), S. 1; *Wiesner* (2001), S. 397; *Teichmann* (2002b), S. 390 ff.; *Schulz/Geismar* (2001), S. 1079; *Herzig/Griemla* (2002), S. 56; *Pluskat* (2001b), S. 528; *Förster/Lange* (2002), S. 288; *Ulmer* (2001a), S. 30; kritisch schon zum Entwurf von 1989 *Lutter* (1990), S. 414 u. S. 416; *Kolvenbach* (1991), S. 387 und zum Entwurf von 1991 *Rasner* (1992), S. 319. Siehe aber auch die betont positive Beurteilung von *Blanquet* (2002), S. 46 ff.

⁴²⁹ Siehe hierzu im Einzelnen die Nachweise in FN 428 [Zweiter Teil: B. I. 3.].

⁴³⁰ So *Raiser* (1993), S. 280: „Auch aus rechtswissenschaftlicher Perspektive kann die Einheitlichkeit des für die SE geltenden Organisationsrechts kein Wert an sich sein. Wer sein Urteil darauf baut, muß sich fragen lassen, ob er nicht einem unkritischen Ästhetizismus oder einer unrealistischen Idee gemeineuropäischer Rechtskultur huldigt.“ (Hervorhebung im Original); ähnlich *Hopt* (1998c), S. 99.

⁴³¹ Siehe hierzu die Nachweise in FN 36 [Erster Teil: B.].

Blick auf die jüngere U.S.-amerikanische Rechtsentwicklung und die Pfadabhängigkeiten ist es dennoch keineswegs ausgeschlossen, dass sich zumindest langfristig konvergenz- und tragfähige Strukturregelungen herausbilden und durchsetzen werden⁴³².

Trotz der nicht bis ins letzte Detail absehbaren Rechtslage einerseits sowie der nur schwerlich abschätzbaren zukünftigen Unternehmenspraxis andererseits, dürfte sich mittels rechtstheoretischer Überlegungen gleichwohl ein Großteil der Vorzüge und Schwächen wenigstens dem Ansatz nach am SE-Statut festmachen lassen. Von Interesse sind dabei sowohl die Vor- und Nachteile der strukturell ähnlichen Führungssysteme der Aktiengesellschaft und der Corporation selbst als auch die Rahmenbedingungen, welche zu deren Entstehung beitragen. Denn als zukünftige Sitzbedingungen formen sie das rechtliche Umfeld, in dem sich komparative Vorteile wie Nachteile der SE mitunter erst entfalten (können).

II. Merkmalsbezogene Vor- und Nachteile von Führungssystemen

1. Klassifizierung

Für die im dritten Teil der Arbeit vorgesehene Analyse der Führungssysteme der SE ist es erforderlich, das Verhältnis von Merkmalen, Merkmalsausprägungen, Pfadabhängigkeit sowie Vorzügen und Schwächen näher darzulegen. Erst die herausgearbeiteten Zusammenhänge können deutlich machen, warum die dort gewählte Vorgehensweise geboten ist. Einen Kerngedanken haben die Ausführungen zur Pfadabhängigkeit bereits angesprochen: Sollen die den SE-Systemen unterstellten Vor- und Nachteile der Aufsichtsrats-Konzeption und der Board-Konzeption durch Abgleich der Merkmalsausprägungen der SE mit denen der Aktiengesellschaft und der Corporation validiert werden, kann dies eingedenk möglicher Pfadabhängigkeiten nur unter Berücksichtigung etwaiger Kontextfaktoren erfolgen.

Wie oben eingehender dargestellt⁴³³, weisen Führungssysteme regelungsabhängige Merkmale auf, deren Ausprägungen sich in einer Rechtsform charakteristisch und nicht selten im Vergleich zu anderen unterschiedlich herausbilden. Diese rechtsformspezifischen Merkmalsausprägungen können wiederum – ggf. im Verein mit bestimmten Kontextfaktoren – zu Vor- und Nachteilen führen, so z. B. für die Effizienz der Überwachung, weshalb sie immer wieder Gegenstand

⁴³² Wenngleich dies keine Gewähr für die Herausbildung allein positiv zu beurteilender Führungsstrukturen bietet, so erfährt doch die Einheitlichkeit der Rechtsform durch die Konvergenz ‚von unten‘ gewissermaßen ihre Vollendung.

⁴³³ Siehe hierzu die Abschnitte des Zweiten Teils: A. I. und A. II., S. 28 ff. und S. 51 ff.

vornehmlich rechtspolitischer sowie rechtswissenschaftlicher Debatten sind. Die aus der Pfadabhängigkeitstheorie gewonnene Erkenntnis, dass sowohl die Ausprägungen selbst als auch die Regelungen, auf denen sie fußen oder die sie ergänzen, in aller Regel pfadabhängig sind, berechtigt dazu, generell auch einen Zusammenhang zwischen der Pfadabhängigkeit und dem Entstehen von Vor- und Nachteilen anzunehmen. Da andererseits nicht alle Auswirkungen zwangsläufig pfadabhängig sein müssen und selbst von der Pfadabhängigkeit beeinflusste Ausprägungen bzw. Regelungen verschiedener Rechtsformen, welche vergleichbare Wirkungen eben nur auf anderen Wegen herbeiführen, nicht ausgeschlossen werden können, dürften sich folglich Vor- und Nachteile in eine pfadabhängige und in eine pfadunabhängige Klasse einteilen lassen.

Als geeignetes Klassifizierungskriterium, mit Hilfe dessen eine Gruppenzuordnung vorgenommen werden könnte, kommen in Anlehnung an das Phänomen, für das die Pfadabhängigkeit eine Erklärung zu liefern sucht⁴³⁴, zum einen die Merkmale von Führungssystemen und ihre Ausprägungen in Frage. Vergleicht man nun zu diesem Zweck (im einfachsten Fall) zwei Rechtsformen miteinander, so verrät die Gegenüberstellung allerdings nur, ob die jeweils paarweise verglichenen Ausprägungen des betrachteten Merkmals entweder übereinstimmen oder sich voneinander unterscheiden. Deckungsgleiche wie nicht deckungsgleiche Merkmalsausprägungen können jedoch theoretisch beide gleichgerichtete als auch entgegengerichtete Effekte erzeugen. Aus diesem Grund muss zum anderen als zweites Kriterium die Richtung der Wirkung herangezogen werden. Damit ergeben sich aus der Kombination von Ausgangsgröße (Merkmalsausprägung) und Variable (Richtung der Wirkung), wie in Tabelle 1 dargestellt, insgesamt vier mögliche Fälle.

Während die Ursache-Wirkungsketten ‚identische Ausprägungen führen zu gleichen oder gleichgerichteten Effekten‘ (Fall I) und ‚verschiedene Ausprägungen erzeugen gegenteilige oder nicht gleichgerichtete Effekte‘ (Fall IV) ganz offensichtlich bestimmten, womöglich einfacher zu erklärenden Gesetzmäßigkeiten folgen⁴³⁵, ist dieses bei den beiden verbleibenden Konstellationen (Fälle II und III) fraglich. Die dahinter sich verbergenden Kausalitäten gewinnen indessen an Klarheit, wenn man die beiden Fälle weiter untergliedert und für sich getrennt betrachtet.

So ist es einerseits möglich, dass rechtsformspezifische Merkmalsausprägungen trotz ihrer Verschiedenartigkeit einen sehr ähnlichen Nachteil nach sich zie-

⁴³⁴ Es sei daran erinnert, dass die Pfadabhängigkeit Aufschluss u. a. darüber geben soll, warum es entweder zu unterschiedlichen, aber gleich effizienten Strukturen kommt (weak-form path dependence) oder vergleichsweise ineffiziente Strukturen trotz erkennbarer Nachteile aufrechterhalten werden (semi-strong form und strong-form path dependence).

⁴³⁵ Sie können hier allerdings außer Betracht bleiben. Es liegt nahe, dass es sich dabei in aller Regel um systembedingte Vor- und Nachteile handeln wird.

Tabelle 1

**Klassifikationsschema für die Zuordnung merkmalsbezogener
Vor- und Nachteile**

| Systemmerkmale Richtung d. Wirkung | Ausprägungen identisch | Ausprägungen verschieden |
|--|---|---|
| gleicher oder gleichgerichteter Effekt | <i>I.</i> | <i>II. pfadunabhängige Vor- bzw. Nachteile</i> ⁴³⁶ |
| gegenteiliger oder nicht gleichgerichteter Effekt | <i>III. pfadabhängige Vor- bzw. Nachteile</i> | <i>IV.</i> |

Quelle: eigene Darstellung

hen (Fall II a). Dabei mag jedoch eine Ausprägung, im Unterschied zur anderen, an sich nicht unbedingt eine nachteilige Strukturkomponente darstellen und nur aufgrund bestimmter Rahmenbedingungen, die ihre (positive) Wirkung beeinträchtigen oder gar verhindern, in eine solche umschlagen:

Ein Beispiel hierfür bilden das zweistufige Organgefüge der Aktiengesellschaft und das einstufige Organgefüge der Corporation. Im Gegensatz zur Aufsichtsrats-Konzeption, bei der die Organgrenze als Hindernis für den Informationsfluss durchaus erkannt und durch die in § 90 AktG normierten Informationspflichten zu überwinden versucht wird, kann die – vielbeschworene – Überwachungsnahe der Board-Konzeption nur wirklich dann zum Vorteil gereichen, wenn die überwachenden Board-Mitglieder vom Management mehr bzw. bessere Informationen erhalten (würden). Tatsächlich ist aber mit der außerordentlich starken Stellung des CEO/Chairman nicht selten ein Informationsmonopol verbunden. Zu den Rahmenbedingungen, die eine derart unausgewogene Informationsverteilung tendenziell fördern, gehört das gesetzlich nur rudimentär geregelte Kompetenzgefüge der Corporation⁴³⁷.

Anders herum können verschiedenartig herausgebildete Merkmale auch die gleichen oder zumindest ähnliche Vorteile gewähren (Fall II b), und das, obwohl eines der beiden für sich allein genommen noch keinen eindeutigen, aber in Verbindung mit weiteren Begleitregelungen bzw. -umständen schließlich doch einen Vorteil erzielt:

So ermöglicht die Verfassung der Corporation verschiedene Stufen der Beratung wichtiger Entscheidungsfragen. Sie reichen von der Initiative der ge-

⁴³⁶ Dass die zugrundeliegenden Merkmale weiterhin pfadabhängig bleiben, steht ihrer Einordnung als pfadunabhängige Vor- oder Nachteile nicht entgegen.

⁴³⁷ Vgl. hierzu im Einzelnen die Ausführungen oben, Zweiter Teil: A. II. 1. b), S. 57 ff.

schäftsführenden Board-Mitglieder, andere Board-Angehörige zu konsultieren, bis zum Mitentscheidungsrecht des Board-Plenums. Demgegenüber besitzt der Aufsichtsrat das Recht und die Pflicht, bestimmte Angelegenheiten unter seinen Zustimmungsvorbehalt zu stellen. Nach Einführung der unternehmerischen Mitbestimmung sind jedoch die Kataloge zustimmungspflichtiger Geschäfte – offenbar aus Furcht vor dem Einfluss der Arbeitnehmerseite – in ihrem Umfang zunächst reduziert worden⁴³⁸. Erst das Zweitstimmrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden, der stets der Anteilseignerseite angehört, und die zurückhaltende Stimmenpraxis der Arbeitnehmervertreter haben verhindert, dass das Instrument in mitbestimmten Gesellschaften nicht (von vornherein) in die Bedeutungslosigkeit versinkt.

An der Untergliederung des Falles ‚verschiedene Ausprägungen haben gleiche oder gleichgerichtete Effekte zur Folge‘ ist der Einfluss von Kontextfaktoren, auf die identische oder wenigstens ähnliche Wirkungen zurückzuführen sind, unschwer zu erkennen. Durch sie lässt sich aber nicht nur einer der gesuchten Kausalzusammenhänge plausibel erklären. Den Unterfällen kann vielmehr auch entnommen werden, dass die Vor- und Nachteile, wenngleich abhängig von der Existenz bestimmter Kontextfaktoren, so doch unabhängig von den Abweichungen im Detail bestehen. Sie beruhen also auf einer im Kern übereinstimmenden pfadunabhängigen Grundstruktur, die in den Rechtsformen lediglich auf andere Weise konstruiert wird oder zustandekommt.

Von *pfadunabhängigen Vor- und Nachteilen* ist demnach dann zu sprechen, wenn sie das Resultat historisch gewachsener Merkmalsausprägungen (mindestens zweier Rechtsformen) sind, die sich gegebenenfalls mit flankierenden Ausprägungen zu einer rechtsform- und systemübergreifenden Grundstruktur verdichten, im Übrigen aber – mit Ausnahme ihrer Gesamtwirkung – aufgrund von Pfadabhängigkeiten in ihrer Gestalt oder in ihrem Zusammenspiel mit anderen (rechtlichen) Rahmenbedingungen mehr oder weniger stark voneinander abheben⁴³⁹. Zu den gleichgerichteten Wirkungen kommt es hierbei deshalb,

⁴³⁸ Zum Rückgang der Zustimmungsvorbehalte durch Mitbestimmung siehe *Lambsdorff* (1996), S. 223; *Kommission Mitbestimmung* (1998), S. 103; S. 223; *Bernhardt* (1995), S. 313; *ders.* (2002c), S. 122; *Peltzer* (1998), S. 72; *Hopt* (2002b), S. 60 f.; *Schwark* (2002), S. 85; *Röller* (1994), S. 333; *Ulmer* (2002c), S. 275; *Köstler* (2002), S. 325; *Berrar* (2001), S. 2182; *Schiessl* (2002), S. 597; wohl auch *Götz* (1990), S. 637. Zu einem anderen Befund gelangt eine ältere Untersuchung von *Ulmer* (1977), S. 515, der die Satzungen mitbestimmungspflichtig gewordener Aktiengesellschaften vor und nach Einführung des MitbestG 1976 verglich.

⁴³⁹ Als Beispiel lässt sich hier die Bestellung von Board- und Aufsichtsratsmitgliedern anführen. Während das proxy-voting in den Vereinigten Staaten eine Kooptation der Board-Mitglieder sogar direkt ermöglicht, kam es in Deutschland bislang zwar nur auf Umwegen, aber doch immerhin nicht selten zu einer faktischen Kooptation. Denn es entspricht der gängigen Praxis, dass der Aufsichtsrat der Hauptversammlung Kandidaten oftmals (nur) nach Absprache mit dem Vorstand vorschlägt und die Banken ihre Stimmenmacht (Depotstimmrechte) im Sinne der Verwaltung wahrnehmen.

weil in zumindest einem der beiden Führungssysteme bestimmte Rahmenbedingungen entweder als kompensierende Kontextfaktoren für den notwendigen (strukturellen) Ausgleich sorgen oder aber als beeinträchtigende Kontextfaktoren zu einer unerwünschten (strukturellen) Veränderung führen.

Ohne den hierzu insofern spiegelbildlichen Fall ‚identische Ausprägungen bewirken einen gegenteiligen oder nicht gleichgerichteten Effekt‘ weiter zu differenzieren, kann sogleich im Umkehrschluss die zweite Gruppe abgegrenzt werden: Unter *pfadabhängigen Vor- und Nachteilen* sind folglich diejenigen Vorzüge und Schwächen zu verstehen, die trotz identischer oder zumindest gleichgearteter Führungssystemkomponenten bedingt durch Kontextfaktoren (in markanter Weise) nur in einem der beiden betrachteten Führungssysteme auftreten (würden). Sie stehen daher auch einer Übernahme der dem dazugehörigen Rechtskreis entstammenden vorteilhafteren Strukturregelung ohne Anpassung der Peripherie entgegen^{440,441}. Dabei können fehlende Voraussetzungen einerseits der Grund dafür sein, dass erhoffte Effekte ausbleiben oder andererseits den Erlass von Regelungen erst gestatten, die anderswo Beeinträchtigungen zur Folge hätten⁴⁴².

Um nicht nur Klarheit darüber zu erhalten, welche Vorzüge und Schwächen der Aufsichtsrats- und der Board-Konzeption sich – aller Voraussicht nach – auch in den Führungssystemen der SE widerspiegeln, sondern überdies aufzuzeigen, ob Pfadabhängigkeiten fortgelten oder durch das SE-Statut qua höher-rangigem Recht überwunden werden, empfiehlt es sich, sie entsprechend ihrer Gruppenzugehörigkeit getrennt zu erfassen.

⁴⁴⁰ Zur Verdeutlichung möge folgendes Beispiel dienen: Wollte man – in der Überzeugung, dass mit der Einführung eines monistischen Systems Verbesserungen im Bereich von Leitung und Überwachung einhergehen – auch den deutschen Aktiengesellschaften ein Wahlrecht gewähren, wie dies in Frankreich schon seit längerem der Fall ist, so würde dies eingedenk der Mitbestimmungsregelungen – wenn überhaupt – nicht automatisch zur damit bezweckten engeren Zusammenarbeit zwischen leitenden und überwachenden Mitgliedern führen. Dabei kollidierte ein monistisches System schon mit der Konzeption der deutschen Mitbestimmung und wäre daher nicht ohne weiteres möglich.

⁴⁴¹ In diesem Sinne und unter Hinweis auf die Pfadabhängigkeit dezidiert gegen eine unreflektierte Übertragung übernahmrechtlicher Grundsätze aus dem U.S.-amerikanischen Recht *Hopt* (2000c), S. 1374 f.; ähnlich, aber mit Bezug auf das U.S.-amerikanische proxy system, *Hüther* (2001), S. 74 und mit Blick auf den Grundsatz der Kapitalaufbringung und -erhaltung auch *Fleischer* (2001), S. 13.

⁴⁴² In diesem Sinne auch *Leyens* (2003), S. 65.

2. Identifizierung

a) Pfadunabhängige Vor- und Nachteile

Pfadunabhängige Vor- und Nachteile sind überall dort zu vermuten, wo sich Strukturparallelen zwischen den Rechtsformen ‚Aktiengesellschaft‘ und ‚Corporation‘ herausgebildet haben. Allen voran ist als wohl bedeutendste Strukturparallele die schon durch Berle und Means⁴⁴³ hervorgehobene Trennung zwischen Eigentum und Verwaltung zu nennen⁴⁴⁴. Sie prägt das Erscheinungsbild aktienrechtlicher Verfassungen bis heute entscheidend und legte zugleich das Fundament für die Führungssysteme von Aktiengesellschaften. So nehmen die Verwaltungs- resp. Führungsorgane die Leitung und Überwachung in der Aktiengesellschaft „unter eigener Verantwortung“⁴⁴⁵ und in der Corporation als Träger originärer Rechte und Pflichten⁴⁴⁶ wahr, wohingegen die Anteilseigner in ihrer Gesamtheit als Willensbildungsorgan grundsätzlich von der Führung der Gesellschaft ausgeschlossen bleiben⁴⁴⁷. Der mit dieser Kompetenzverteilung verbundene Vorteil einer nicht allzu sehr dem Willen wechselnder Aktionärsmehrheiten ausgesetzten Führung⁴⁴⁸, besteht ungeachtet dessen, ob die Rechtsformen ein einstufiges oder ein zweistufiges Führungssystem vorschreiben. Auf der anderen Seite führt sie allerdings auch zu dem rechtsformunabhängigen ‚Principal-Agent-Problem‘, dass die Interessen der Führungsmitglieder nicht stets auch denen der Eigentümer entsprechen müssen⁴⁴⁹. Aus diesem Grund

⁴⁴³ Grundlegend *Berle/Means* (1967), S. 78 ff. und 84 ff.

⁴⁴⁴ Siehe in diesem Zusammenhang pointiert *Druey* (1998), S. 129: „Der Schrecken über die Feststellung von *Berle* und *Means*, im modernen Großunternehmen würden *ownership* und *control* auseinanderfallen, ist im Grund noch immer das Stimulans der *corporate governance*-Diskussion.“ (Kursivierungen im Original).

⁴⁴⁵ Vgl. für die Leitung durch den Vorstand § 76 Abs. 1 AktG. Ein Recht bzw. eine Pflicht zur Überwachung unter eigener Verantwortung wird zwar sprachlich durch das Aktiengesetz nicht explizit hervorgehoben, der Überwachungsauftrag aus § 111 Abs. 1 AktG dient jedoch nach h.M. in gleicher Weise zur Kompetenzabgrenzung gegenüber dem Vorstand und der Hauptversammlung, vgl. *Hüffer* (2002), § 111 Rn. 1 m.N.

⁴⁴⁶ Siehe hierzu nochmals oben, Zweiter Teil: B. I. 2. b), S. 93 f. mit Nachweisen in FN 407 und 408.

⁴⁴⁷ Ausnahmen bilden lediglich Beschlussvorlagen der Führungsorgane, über welche die Hauptversammlung bzw. die shareholders assembly entscheidet. Siehe z.B. für die deutsche Aktiengesellschaft § 119 Abs. 2 AktG.

⁴⁴⁸ So für die Aktiengesellschaft *Kübler* (2002a), S. 1; *Zöllner* (1994), S. 337; ähnlich *Schmidt/Spindler* (1997), S. 541 f. u. S. 543; *Bleicher/Paul* (1989), S. 57 m.N.; *Bleicher/Leberl/Paul* (1989), S. 55. Für die Corporation *Buxbaum* (2000), S. 1299.

Hinter dieser ‚Autonomisierung‘ der Verwaltung steht nicht zuletzt der Gedanke, dass den Aktionären, insbesondere in der Publikumsgesellschaft, der nötige Überblick über die Geschäftslage fehlt und ein professionalisiertes Management die Geschicke der Gesellschaft weitaus effizienter lenken kann, vgl. *Schön* (1996b), S. 439 m.N.

⁴⁴⁹ Eingehender *Bernhardt/Witt* (1999), S. 838 ff.; vgl. auch *Franck* (2002), S. 214 ff., der Corporate Governance als Bündel von Vorkehrungen gegen opportunistisches Verhalten von Managern versteht.

und wegen der generellen Gefahr möglicher Interessenkonflikte unterliegen die Angehörigen eines Führungorgans, gleich welcher Funktion und Herkunft, in ihrer Eigenschaft als Verwalter fremden Vermögens prinzipiell Sorgfalts- und Treuepflichten⁴⁵⁰. Zwar unterscheiden sich die haftungsrechtlichen Einzelheiten und insofern auch die Möglichkeiten einer Inanspruchnahme zum Teil erheblich⁴⁵¹. Der von einer drohenden Haftungsgefahr ausgehende positive Disziplinierungs- und Verhaltenssteuerungseffekt lässt sich aber nicht gänzlich abstreiten⁴⁵².

Eine weitere, bereits im Zusammenhang mit den rechtlich-historischen Kontextfaktoren angesprochene Parallele ist die namentlich von börslich notierten Unternehmen praktizierte Trennung von Leitung und Überwachung. Für das zweistufige Führungssystem der deutschen Aktiengesellschaft gesetzlich vorgeschrieben, entsteht im einstufigen Organgefüge der Corporation faktisch eine vergleichbare Funktionstrennung⁴⁵³, indem zum einen die Leitung ausschließlich durch einen – meist kleineren – Teil der Board-Mitglieder ausgeübt und im Gegenzug durch den verbleibenden Teil überwacht wird⁴⁵⁴. Neben der aufgaben- und kompetenzbezogenen Gruppierung der Organangehörigen vollzieht sich die Trennung zum anderen, wenn auch nicht durchgängig, durch personelle Voraussetzungen, die unabhängige Board-Mitglieder (independent directors⁴⁵⁵) von anderen unterscheiden und den Erstgenannten gewissermaßen den ‚nüchternen Blick‘ eines Überwachers attestieren. Einhellig anerkannter Vorteil dieses ‚Trennungsmodells‘⁴⁵⁶ ist die Überwachung durch Führungsmitglieder, die nicht

⁴⁵⁰ So *Hopt* (2000a), S. 785.

⁴⁵¹ Vgl. *Hopt* (2000a), S. 785. Im Gegensatz zu Board-Mitgliedern, deren Entscheidungen bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen unter dem Schutz der Business Judgement-Doktrin stehen, tragen Vorstands- wie Aufsichtsratsmitglieder in Streitfällen die Beweislast [vgl. § 93 Abs. 2 S. 2 AktG]. Demgegenüber sind Schadensersatzklagen in den Vereinigten Staaten keine Seltenheit – in Deutschland hingegen die Ausnahme. Zur Business Judgement-Doktrin siehe die Anmerkungen in FN 233 u. 234 [Zweiter Teil: A. II. 1. b)]; ausführlich zu den Sorgfaltsanforderungen im U.S.-amerikanischen Recht v. *Werder/Feld* (1996).

⁴⁵² Vgl. *Götz* (2002b), S. 604; v. *Werder* (1996b), S. 31; zurückhaltender *Hopt* (1996a), S. 914. Zur Einschränkung der verhaltenssteuernden Wirkung durch Abschluss einer sog. D&O-Versicherung bspw. *Mertens* (1996), S. 156 f.; *Schüppen/Sanna* (2002), S. 553; *Leyens* (2003), S. 90; *Schwark* (2002), S. 101.

⁴⁵³ Zu diesem Befund siehe auch *Hopt* (1996a), S. 912; *Baums* (1995), S. 15; *Buxbaum* (1996), S. 69.

⁴⁵⁴ Z.T. wird diese Funktionstrennung durch Ernennung eines sog. lead directors, der als Pendant zum Aufsichtsratsvorsitzenden ein Gegengewicht zum CEO bilden soll, verstärkt, vgl. *Lawler III et al.* (2002), S. 93.

⁴⁵⁵ Nach einer Umfrage (aus dem Jahr 1996) unter den 100 größten U.S.-amerikanischen Unternehmen gehören dem Board in der Mehrzahl der Fälle (nur) ein bis drei unabhängige Mitglieder an, vgl. *Baghat/Black* (1998), S. 282 (Tabelle 1).

⁴⁵⁶ Nicht zu verwechseln mit dem Begriff des Trennungsmodells, der im Schrifttum stellenweise als Synonym für das Aufsichtsrats-System der AG gebraucht wird.

in die Leitung involviert sind. Dieses lässt sich mithin als Indiz dafür werten, dass die ‚Kontrolle durch Außenstehende‘ gegenüber einer Selbstkontrolle des Managements als vorzuzugswürdig erachtet wird⁴⁵⁷. Die Meinungen beginnen indes auseinanderzugehen, sobald die Frage nicht nur auf den reinen Aspekt der Geschäftsführungsprüfung abzielt, sondern im weiteren Sinne unter Überwachung auch die Möglichkeit korrigierender Eingriffe versteht, und bilden spätestens dann opponierende Meinungslager, wenn sie zur rechtsvergleichenden Streitfrage kulminiert, ob die Überwachung in einem gesonderten Organ zu verankern sei oder nicht.

Davon abgesehen besteht immerhin auch Einigkeit hinsichtlich der positiv zu beurteilenden Bildung von Ausschüssen, durch die nach übereinstimmender Ansicht die Überwachung der Unternehmensleitung intensiviert werden kann. Dass es sich dabei um eine strukturelle Ähnlichkeit handelt, belegen sowohl die diesbezüglichen Normen der corporation statutes⁴⁵⁸, der Börsenplätze⁴⁵⁹ und des Aktiengesetzes⁴⁶⁰ als auch die Praxis der Überwachungstätigkeit in den Unternehmen beider Rechtsformen, die von dieser rechtlich gebotenen Möglichkeit mehr oder weniger umfangreich Gebrauch machen. Mit zunehmendem Detaillierungsgrad zeigen sich zwar auch hier Unterschiede in den rechtlichen Delegationsspielräumen entweder nur entscheidungsvorbereitend oder anstelle des jeweiligen Plenums tätig zu werden. Im Allgemeinen verspricht die Arbeit im engeren Kreis aber tendenziell effektiver zu sein und bessere Ergebnisse hervorzubringen als ein eher schwerfälliges Organ mit bis zu zwanzig Mitgliedern wie im (Extrem-)Fall des paritätisch mitbestimmten Aufsichtsrats.

Das nahezu unbestrittene Erfordernis, die Überwachung, sei es durch Organ Grenzen oder in anderer Form, von der Leitung abzusondern, birgt jedoch auch einen systemübergreifenden Nachteil in sich. Denn mit wachsender Leitungsfürerferne steigt der Informationsvorsprung des Managements und zugleich der Informationsbedarf aller zur Überwachung berufenen Führungsmitglieder. An dem hiermit verbundenen Dilemma ändert grundsätzlich auch die durchaus anzuerkennende Überwachungsnähe der einstufigen Board-Konzeption nichts⁴⁶¹. Sie vermag allenfalls die Nachteile einer ‚Kontrolle durch Entfernte‘ – insbesondere im Vergleich zur Aufsichtsrats-Konzeption stärker – zu minimieren⁴⁶²,

⁴⁵⁷ Siehe z.B. mit Bezug auf das SE-Ausführungs- und Ergänzungsgesetz die Forderung von *Teichmann* (2002b), S. 447: „... entscheidend ist, dass die funktionale Trennung von Geschäftsführung [und Überwachung, Anm. d. Verf.] eine systemübergreifende Komponente ist und somit auch im monistischen System realisiert werden kann und sollte.“

⁴⁵⁸ Für das corporation statute von Delaware siehe den Nachweis in FN 220 [Zweiter Teil: A. II. 1. b)].

⁴⁵⁹ Vgl. hierzu nochmals FN 206 [Zweiter Teil: A. II. 1. b)].

⁴⁶⁰ Vgl. § 107 Abs. 3 AktG und für den Bilanzausschuss § 171 Abs. 1 AktG.

⁴⁶¹ Siehe nur *Keßler* (1999), S. 160.

einen verlässlichen Ausweg aus der trennungsbedingten Zwangslage bietet sie hingegen nicht. Sobald nämlich das Dabeisein⁴⁶³ der überwachenden Mitglieder letztlich nichts anderes als eine verdeckte Teilnahme an Leitungsmaßnahmen darstellt, was angesichts der Gestaltungsoptionen im Rahmen der Board-Konzeption ohne weiteres möglich ist, wird die Trennlinie sukzessive wieder aufgehoben⁴⁶⁴. Zwischen den leitenden und den überwachenden Führungsmitgliedern existiert also bei der gesetzlichen wie bei der faktischen Funktionsaufteilung ein mehr oder minder stark ausgeprägtes Informationsgefälle⁴⁶⁵, das in der Vergangenheit nicht selten zu Überwachungsdefiziten führte⁴⁶⁶ und sich offenbar durch Informationspflichten des Managements nur ansatzweise ebenen lässt.

Das Problem der asymmetrischen Informationsverteilung⁴⁶⁷, insbesondere das des damit verbundenen Informationsmonopols⁴⁶⁸, leitet zu einem anderen Nachteil über: Es ist in aller Regel Ausdruck der einflussreichen Machtposition der Vorsitzenden⁴⁶⁹. Obwohl eine omnipotente Stellung, wie sie den in Personalunion geführten Ämtern ‚Chief Executive Officer‘ und ‚Chairman of the Board‘ erwachsen kann⁴⁷⁰, infolge der Unvereinbarkeit von Vorstands- und Aufsichtsratsmandat im zweistufigen System der Aktiengesellschaft nicht möglich ist, vereinen Vorstandsvorsitzende teilweise eine ähnliche Machtfülle auf sich⁴⁷¹.

⁴⁶² Vgl. z.B. die Diskussionsberichte bei *van Aerssen* (1998), S. 420 und bei *Merkt* (1998), S. 493; siehe auch *Hopt* (1998b), S. 28 f.; *Artmann* (2002), S. 195 m.N.

⁴⁶³ So nachdrücklich gefordert von *Böckli*, zit. in FN 107 [Zweiter Teil: A. I. 3. b)].

⁴⁶⁴ Vgl. *Böckli* (1992), S. 354; *Lorsch* (1995), S. 114. So wird schon im Zusammenhang mit der Ausübung von Zustimmungsvorbehalten von einer partiellen Leitungsfunktion gesprochen, deutlich *Götz* (1990), S. 640 f.; vgl. auch *Hopt* (1996a), S. 912; *Oetker* (1999), § 32 Rn. 9; *Leyens* (2003), S. 83; *Berrar* (2001), S. 2181 f.; ähnlich *Böckli* (1992), S. 344. Zur gestaltenden Überwachung durch den Aufsichtsrat im Krisenfall siehe *Henze* (2000), S. 214.

Sofern man an dem Erfordernis getrennter Führungsfunktionen festhält, wäre eine derart verstandene Überwachungsnahe als alleiniges Argument für einen Systemwechsel vom zweistufigen zum einstufigen Modell schlichtweg unzureichend.

⁴⁶⁵ Vgl. aus U.S.-amerikanischer Sicht *Hess* (1996), S. 15 f.; *Monks/Minow* (2001), S. 171 ff.; siehe auch *v. Hein* (2002a), S. 497 f.

⁴⁶⁶ Deutlich *Peltzer* (1998), S. 59 f.: „Jede, aber auch ausnahmslos jede Unternehmenskrise beruht auch darauf, daß der Sachverhalt den Aufsichtsführenden nicht in vollem Umfange bekannt war.“ (Hervorhebung im Original).

⁴⁶⁷ Selbst wenn die Informationen gleichmäßig verteilt wären, verbleibt stets ein zeitlicher Informationsvorsprung des Managements, vgl. *Frühauf* (1998), S. 414.

⁴⁶⁸ Für den CEO siehe nochmals die Ausführungen oben, Zweiter Teil: B. II. 1., S. 100 f.; zum Verhältnis von Vorstandsvorsitzendem und Aufsichtsratsvorsitzendem, *Peltzer* (2002b), S. 596, „monopolisierte Informationsschienen“.

⁴⁶⁹ So auch *v. Hein* (2002b), S. 503 m.w.N.

⁴⁷⁰ Vom CEO dominierte Boards sind nach *Schwarz/Holland* (2002), S. 1665, die Regel.

⁴⁷¹ *Bernhardt* (2002c), S. 125, spricht sogar von einem „lautlosen Wandel des deutschen Vorstandsvorsitzenden zum amerikanischen CEO“. Vgl. auch *Breuer* (2001), S. 546 f.; *Hoffmann-Becking* (2003), S. 745; *Kübler* (2002a), S. 1; *Semler* (2000),

Dabei ist die Beherrschung des Vorstandsgeschehens zwar im Wesentlichen eine Frage des von ihm gepflegten Führungsstils⁴⁷², sie setzt aber auf der anderen Seite auch eine entsprechende Kooperationsbereitschaft der übrigen Vorstandsmitglieder voraus⁴⁷³. Beeinträchtigungen des aktienrechtlichen Kollegialgebotes (§ 77 Abs. 1 AktG) resultieren in diesem Zusammenhang mittelbar aus der an sich vorteilhaften engen Zusammenarbeit zwischen den Vorsitzenden des Vorstands und des Aufsichtsrats⁴⁷⁴. So ist es keineswegs unüblich, dass der Vorstandsvorsitzende dem Aufsichtsratsvorsitzenden in vertrautem Rahmen mitteilt, ob er mit der individuellen Leistung seiner Kollegen zufrieden ist⁴⁷⁵. Über den direkten Kontakt zum Vorsitzenden des Aufsichtsrats vermag er ferner auch die Bereitschaft des Aufsichtsrats einzelne Leitungsmaßnahmen, geplante Vorhaben oder gar Kursänderungen zu unterstützen, im Vorhinein sowohl zu erkunden als auch indirekt zu beeinflussen. Denn die anderen Mitglieder des Aufsichtsrats werden dem Urteil des – durch regelmäßige Information ‚aus erster Hand‘ privilegierten – Aufsichtsratsvorsitzenden immerhin Beachtung schenken. Insofern findet die ‚Führung in der Führung‘ durch das Doppelamt ‚CEO/Chairman‘ ihre strukturelle Entsprechung⁴⁷⁶ in dem Gespann aus Vorstands- und Aufsichtsratsvorsitzendem im zweistufigen System der Aktiengesellschaft⁴⁷⁷.

Eine sehr junge, eher flankierende Regelungsparallele, deren Vor- oder Nachteile sich zumindest in der deutschen Stimmrechtspraxis noch nicht herauskris-

S. 728; *Bernhardt/Witt* (1999), S. 830; *Bernhardt* (2002a), S. 18; *ders.* (2002b), S. 1843; *Schwark* (2002), S. 95; *Esser* (2002), S. 25; *Pothhoff* (2000), S. I unter Berufung auf *Hilmar Kopper*; *ders.* (1996), S. 261 f.; wohl auch *Peltzer* (1998), S. 92; v. *Hein* (2002a), S. 482 und *Henzler* (1986), S. 523. Entschieden für eine ‚Aufwertung‘ der Vorstandsvorsitzenden zum CEO, *Berger* (2002), S. 17 und *Breuer*, zit. in HB v. 14.3.2002, S. 35.

⁴⁷² Prononciert das Aufsichtsratsmitglied der Aventis S. A., früher Aufsichtsratsvorsitzender der Hoechst AG, *Frühauf* (1998), S. 410: „Wie es CEO’s gibt, die hervorragend im Team arbeiten, gibt es Vorstandsvorsitzer, die ihre Kollegen wie Assistenten behandeln.“ und *Endres*, ehem. Mitglied des Vorstandes der Deutschen Bank AG, *ders.* (1999), S. 450: „Manch ein Vorstandsvorsitzender fühlt sich schon heute als CEO, obgleich das deutsche Recht dafür keine Grundlage bietet.“ Vgl. auch *Hesse* (2002), S. 18.

⁴⁷³ Hierzu die Feststellung von *Semler* (2000), S. 728: „Formal kommt es oft gar nicht zur entscheidenden Abstimmung. Der Vorsitzende kann nach von ihm beendeter Diskussion feststellen, daß der Vorstand einer, nämlich seiner Meinung ist.“

⁴⁷⁴ Vgl. *Pothhoff* (1996), S. 257.

⁴⁷⁵ Vgl. *Semler* (2000), S. 728 f.

⁴⁷⁶ Es sei nochmals darauf hingewiesen, dass die generelle Vormacht der Vorsitzenden als pfadunabhängige Erscheinung anzusehen ist, nicht aber ihre individuelle Machtfülle. Sie kann sich pfadbedingt schon deshalb unterscheiden, weil die Unternehmensleitung in der Aktiengesellschaft nach dem Kollegialprinzip erfolgen muss, in der Corporation dagegen auch nach dem Direktorialprinzip erfolgen darf.

⁴⁷⁷ Vgl. *Martens* (1995), S. 583: „Duumvirat“; *Semler* (2000), S. 730, sieht in dieser „Leitungsinstitution“ eine Aushebelung des aktienrechtlichen Systems der *checks and balances*.

tallisiert haben können, die aber immerhin Anlass zur Vermutung gibt, dass vergleichbare Effekte wie im U.S.-amerikanischen Rechtsraum nicht auszuschließen sind⁴⁷⁸, ist das mit dem Gesetz zur Namensaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung (NaStraG) in § 134 Abs. 3 AktG erst vor kurzem eingeführte Verwaltungsstimmrecht. Dominierten in Deutschland bislang an Banken⁴⁷⁹ und Aktionärsvereinigungen erteilte Stimmrechtsvollmachten⁴⁸⁰, so ist die Stimmrechtsausübung durch von der Unternehmensführung bestellte Vertreter⁴⁸¹ nunmehr möglich und als weitere Alternative prinzipiell geeignet, dem Markt für Stimmrechtseinwerbung⁴⁸² einen bedeutsamen Impuls zu geben⁴⁸³. Die Erfahrungen mit dem U.S.-amerikanischen Proxy-Voting⁴⁸⁴, an das sich das Verwaltungsstimmrecht aus § 134 Abs. 3 S. 3 AktG offenkundig anlehnt⁴⁸⁵, zeigen allerdings, dass mit dem Rechtsinstitut nicht ausschließlich Vorzüge einhergehen müssen. Es ist im Hinblick auf die Willensbildung in der Aktiengesellschaft vielmehr von ambivalenter Natur, weshalb sich zum jetzigen Zeitpunkt die Vorteilhaftigkeit nur schwer und keineswegs eindeutig bestimmen lässt. Während auf der einen Seite der Wettbewerb um die Gunst der Stimmrechtsinhaber durchaus zu einer ‚Mobilmachung‘ rational apathischer Kleinaktionäre führen könnte⁴⁸⁶, vermag auf der anderen Seite – im ungünstigsten Fall

⁴⁷⁸ Letztlich führt die stellvertretende Ausübung des Stimmrechtes dazu, dass der Board seine eigenen Vorschläge in der Hauptversammlung mit mehr oder minder großem Stimmenanteil ‚absegnet‘. Soweit es dabei um die (Wieder)Bestellung von Board-Mitgliedern geht, weicht die Personalhoheit der Hauptversammlung demzufolge einer Kooptation des Boards. Durch sie drohen selbst Mitglieder, die bspw. die Unabhängigkeitskriterien der NYSE erfüllen, in eine mentale Abhängigkeit zu geraten.

⁴⁷⁹ Unschärf auch als Depotstimmrecht bezeichnet, vgl. *Hommelhoff* (1998b), S. 236. Zur Entstehung der Stimmrechtsvertretung durch Banken siehe *Püttner* (1989), S. 26 m.N.

⁴⁸⁰ Vgl. *Hüther* (2001), S. 69 mit zahlreichen Nachweisen; siehe auch die empirischen Ergebnisse bei *Wiebe* (2002), S. 183 f. m.w.N.

⁴⁸¹ Als Vertreter kommen sowohl Unternehmensangehörige und der Gesellschaft nahestehende Personen als auch – in Anlehnung an das Schweizerische Aktienrecht – Unabhängige in Betracht, vgl. *Wiebe* (2002), S. 190 f. und S. 200.

⁴⁸² Der Antrag auf Erteilung der Stimmrechtsvollmacht wird im U.S.-amerikanischen Sprachgebrauch als ‚proxy solicitation‘ bezeichnet, vgl. *Großfeld/Ebke* (1977b), S. 95; *Wiethölter* (1961), S. 171.

⁴⁸³ *Wiebe* (2002), S. 200, erblickt darin den „ersten Schritt“ des Gesetzgebers „auf dem Weg zu einem Wettbewerb der Stimmrechtsvertreter“; *Hopt* (1996b), S. 259, hält dagegen die Vorstellung für „praxisfremd“.

⁴⁸⁴ Zur Diskussion in den Vereinigten Staaten siehe die Nachweise bei *Hüther* (2001), S. 73 FN 75; zu den Anfängen siehe auch *Wiethölter* (1961), S. 259 ff.

⁴⁸⁵ Vgl. *Wiebe* (2002), S. 190, unter Bezugnahme auf die Beschlussempfehlung und den Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss), dort m.N. in FN 39; siehe auch *Hüffer* (2002), § 134 Rn. 26 a; *Hüther* (2001), S. 69.

⁴⁸⁶ So *Wiebe* (2002), S. 209; im Ergebnis wohl auch *Wymeersch* (2001), S. 321 f.; skeptisch dagegen *Hüther* (2001), S. 70; *Hertig* (2000), S. 273. Zum Problem der „rationalen Apathie“ siehe *Teichmann* (2001), S. 651 f.; *Hopt* (1998b), S. 17; *Hüther* (2001), S. 73; *Wiebe* (2002), S. 185 u. S. 191; *Peltzer* (1998), S. 96; *Kübler* (1998b),

– die (Stimmen-)Macht der Banken⁴⁸⁷ lediglich einer Stärkung des Vorstands zu weichen⁴⁸⁸. Insofern würde also ein (pfadabhängiger) Nachteil bloß durch einen anderen (dann pfadunabhängigen) ausgeräumt⁴⁸⁹.

Ogleich sich an dieser Stelle für beide Szenarien weitere Argumente anführen ließen, kann eine vertiefende Behandlung der vom Verwaltungsstimmrecht möglicherweise ausgehenden Verschiebungen im Kräftefeld der Aktiengesellschaft unterbleiben. Denn solange der erforderliche rechtstatsächliche Beweis ausbleibt, wären hierdurch nicht mehr als Mutmaßungen plausibilisiert. Sicher scheint dagegen eines: Die gepflegte Zurückhaltung der Kleinaktionäre wird nicht – wenn überhaupt – ‚von einem aufs andere‘, sondern nur allmählich verblasen.

Im Zusammenhang betrachtet haben sich – bestehenden Unterschieden und Pfadabhängigkeiten zum Trotz – beachtliche Übereinstimmungen in den Führungsstrukturen der Aktiengesellschaft und der Corporation herausgebildet. Dabei fällt auf, dass die hiermit verbundenen vergleichbaren (und zum Teil noch ungesicherten) Vorzüge und Schwächen auf Merkmalsausprägungen zurückzuführen sind, die um zwei demnach fundamentale (Struktur-)Momente kreisen. Auf der einen Seite bewegen sich Sorgfalts- und Treuepflichten sowie das Verwaltungsstimmrecht im Spannungsfeld zwischen ‚nicht regierendem Kapital‘ und ‚kapitalloser Regierung‘⁴⁹⁰. Gäbe es keine unabhängige Fremdverwaltung, verlören die dort induzierten Problematiken erheblich an Gewicht, was allein schon der Idealfall des einzelnen geschäftsführenden Gesellschafters zu erkennen gibt. Demgegenüber stehen Ausschussbildung und Informationsasymmetrie mehr oder minder unter dem Einfluss der Trennung von Leitung und Überwa-

S. 326 m.w.N.; *Baums* (1995), S. 11; *Roth* (2003), S. 376 und unter dem Begriff ‚Passivität der Aktionäre‘ früher schon *Großfeld/Ebke* (1977a), S. 61.

⁴⁸⁷ Die Entmachtung der Banken war bereits schon Ziel des KonTraG, vgl. *Hommelhoff* (1998b), S. 236; siehe hierzu auch *Hopt* (1998b), S. 40; *ders.* (2000a), S. 803. Rechtstatsächliche Angaben zur Kumulation der Stimmrechtsanteile bei Banken finden sich bei *Adams* (1997), S. 22 in Tabelle 1.

Einschränkend ist mit *Hommelhoff* (1998b), S. 237 f., allerdings zu bemerken, dass der Einfluss der Banken noch auf zwei weiteren Gegebenheiten beruht. Neben der Stimmrechtsvertretung nehmen die Banken erstens im Rahmen ihrer Beteiligungen eigene Stimmrechte wahr und stellen zweitens einen beachtlichen Teil der Aufsichtsratsmitglieder, vgl. *Henle* (1999), S. 167; siehe in diesem Zusammenhang auch *Möschel* (1998), S. 408: ‚Das Land (Deutschland, Anm. d. Verf.) gilt als hoffnungslos *overbanked*.‘ (Hervorhebung im Original).

⁴⁸⁸ So die Einschätzung von *Hüther* (2001), S. 68 und S. 75 und *Roth* (2003), S. 374; vermittelnd *Wiebe* (2001), S. 199 und S. 209, der in der – seiner Ansicht nach nun möglichen – Überwindung der rationalen Apathie ein erforderliches Gegengewicht zur erwarteten Erstarkung der Verwaltung sieht.

⁴⁸⁹ Zustimmend *Hüther* (2001), S. 77. Nach *Hopt* (1996b), S. 257, stimmen Banken ohnehin schon ‚in aller Regel‘ mit den Verwaltungsvorschlägen; wohl auch *Roth* (2003), S. 373; *Peltzer* (2002b), S. 597 und v. *Rechenberg* (2000), S. 359.

⁴⁹⁰ *Wiethölter* (1961), S. 210.

chung. Erst durch die – wie auch immer geartete – ‚Abschottung‘ der Überwachung von der Unternehmensleitung entsteht das Problem ungleichmäßig verteilter Informationen und die Notwendigkeit, die Nähe zu ihr mittels intensiver Arbeit in Ausschüssen wiederherzustellen. Etwas anders verhält es sich dagegen mit der Macht des Verwaltungsvorsitzes. Ihr Ursprung liegt in der Trennung von Eigentum und Verwaltung, aus der die Verwaltung zunächst insgesamt gestärkt hervorgegangen ist. Hinzu kam die sich später abzeichnende Trennung von Leitung und Überwachung, wodurch sich die Leitungsmacht immerhin schon auf wenige(r) Führungsmitglieder verteilte. Ihre Konzentration an der Verwaltungsspitze ist so gesehen zwar nicht in jeder Hinsicht direkt, aber zumindest indirekt Ausfluss der beiden ‚Trennungsparallelen‘.

b) Pfadabhängige Vor- und Nachteile

aa) Zweistufiges System: Aufsichtsrats-Konzeption

Zur möglichst lückenlosen Bestandsaufnahme der pfadabhängigen Vor- und Nachteile der zweistufigen Aufsichtsrats-Konzeption bietet es sich an, große Aktiengesellschaften gewissermaßen als problembehafteten Prototyp zugrunde zu legen. Dafür spricht nicht nur die Rechtsform der Europäischen Aktiengesellschaft, die in erster Linie den größeren Unternehmen eine bedenkenswerte Alternative offeriert, sondern auch der Umstand, dass sich in größeren Gesellschaften allein schon das Regelungsgeflecht verdichtet. Strukturbezogene Probleme dürften sich daher vor allem dort tendenziell häufen und zuspitzen, womit gleichzeitig Vorzüge einer härteren Belastungsprobe ausgesetzt wären.

Im Gegensatz zur manifestierten Trennung von *ownership* und *control*, die zumindest aus den westlichen Volkswirtschaften nicht mehr wegzudenken ist, hat sich die konkrete Ausgestaltung der gemeinhin akzeptierten Trennung von Leitung und Überwachung fast schon zur ‚Glaubensfrage des einstufig oder zweistufig‘ stilisiert. Wenngleich sich Anhängerschaften in der betriebswirtschaftlichen, rechtswissenschaftlichen und rechtspolitischen Diskussion bilden konnten und sich die Frage für deutsche Unternehmen mit (avisierter) Börsennotierung bislang nicht stellte⁴⁹¹, war und ist das Aufsichtsrats-System als ‚pe-

⁴⁹¹ Vorausgesetzt hinreichend viele Unternehmen entschließen sich zu einem Wechsel in die Rechtsform der SE, wird die unvermeidliche Entscheidung für eines der beiden Führungssysteme erstmals einen breiteren länderübergreifenden Nachweis erbringen, welches Grundsystem von der Unternehmenspraxis als das vorzugswürdigere erachtet wird. Dabei ist es insbesondere von Interesse, welche Unternehmen einen Systemwechsel vornehmen oder aber ein ‚vertrautes‘ System beibehalten.

Einschränkend muss allerdings betont werden, dass u.U. aus der Pflicht zur Mitbestimmung diesbezüglich Verzerrungen resultieren können. Da jedoch in der SE nicht zwangsläufig immer Mitbestimmung auf Unternehmensebene gegeben sein wird, kann man immerhin diesem Kreis der Unternehmen ein Urteil entnehmen. Entscheiden sich

trifizierte' Form der institutionalisierten Überwachung nicht stets über jeden Zweifel erhaben (gewesen).

So erstaunt es kaum, dass eine Vielzahl der rechtsformspezifischen Merkmalsausprägungen, deren Vorteile für die Aufsichtsrats-Konzeption durchaus vorgebracht werden können, von den Kritikern gerade als Argument *gegen* dieses eingewendet und nicht selten im gleichen Atemzug als Begründung *für* die Board-Konzeption verwendet werden. Denn was dem zweistufigen Führungssystem der Aktiengesellschaft durch Organgrenzen, Inkompatibilität, klar vorgegebene Kompetenzen und eindeutige Verantwortlichkeiten, um vorab nur einige Strukturdetails zu nennen, an Trennschärfe, Transparenz und Rechtssicherheit verliehen wird, geht ihm auf der anderen Seite an Flexibilität der Führungsorganisation gleichermaßen verloren⁴⁹². Der Blick darf allerdings nicht auf das Aktienrecht beschränkt bleiben. Zu berücksichtigen sind vielmehr alle Bestandteile des Unternehmensrechtes und – wo erforderlich – deren strukturelevante Regelungen in ihrem Zusammenwirken zu würdigen. Dies gebietet nicht zuletzt das Wissen um die Pfadabhängigkeit der hier näher zu behandelnden Vor- und Nachteile, was die Ausführungen zur Theorie primär verdeutlichen sollten.

Der vielbemühte Einwand, der Aufsichtsrats-Konzeption fehle es an Flexibilität, ist zwar angesichts der Satzungsstrenge aus § 23 Abs. 5 AktG berechtigt, lässt sich aber insoweit entkräften, als der Gesetzgeber offenbar nur für einen kleineren Teil der Unternehmen eine rechtlich ausdifferenzierte Verfassung vorgeben konnte und (bewusst) wollte, im Übrigen aber das Erfordernis flexibler Binnenverhältnisse namentlich in der GmbH in ausreichendem Maße berücksichtigt sah⁴⁹³. Insofern trifft die Kritik in ihrem Kern also nur auf den Notstand in Unternehmen mit ausgeprägtem Kapitalbedarf zu, insbesondere auf solche, denen vor Einführung der SE aufgrund ihrer (geplanten) Börsennotierung keine Ausweichmöglichkeit blieb.

Für die strikte Trennung spricht die Unabhängigkeit und die Neutralität eines separaten Überwachungsorgans⁴⁹⁴, das im Sinne der *checks and balances* über einen eigenen Vorsitzenden verfügt, über die Bestellung sowie Abberufung der Mitglieder des Leitungsorgans befindet und nicht an der Leitung beteiligt ist. Die Ausnahme, mittels Veto bei zustimmungspflichtigen Geschäften fallweise korrigierend einzugreifen, geht dabei konform mit der Auffassung, dass sich das Überwachungsorgan nicht durch eigene Initiativen zur Nebenregierung erheben darf⁴⁹⁵. Zusammen dienen sie als Strukturkomplemente zur Umsetzung

demgegenüber Unternehmen trotz Mitbestimmung für das monistische System der SE, dürfte dies sogar als nachdrückliche Befürwortung zu verstehen sein.

⁴⁹² In diesem Sinne z.B. *Böckli* (1992), S. 348 f. und S. 354.

⁴⁹³ Vgl. *Davies* (2001), S. 277; *Windbichler* (1985), S. 72.

⁴⁹⁴ Vgl. *Lutter* (1995b), S. 17.

⁴⁹⁵ Vgl. *Peltzer* (1998), S. 87 m.N.; *Frühauf* (1998), S. 411; *Götz* (2002b), S. 602.

der aktienrechtlichen Grundidee, nach der die Teilaufgaben der Unternehmensführung auf zwei getrennte Organe zu verteilen sind. An diesem Gedanken, die innere Struktur verbindlich vorzugeben, und der dafür gewählten Vorgehensweise, sie durch detaillierte Rechtsvorgaben auf gesetzlicher Ebene zu regeln, lassen sich zwei entscheidende Vorteile festmachen.

Zum einen beugen zwingende Organgrenzen und -kompetenzen der unterstellten ‚konspirativen Nähe‘ zwischen Leitungs- und Überwachungsfunktion bereits auf gesetzlichem Wege vor, die durch Anforderungen an sog. unabhängige Board-Mitglieder erst zu überwinden versucht wird⁴⁹⁶. Davon legen jedenfalls die Zulassungsvorschriften der Börsenplätze und Corporate Governance-Kodizes beredtes Zeugnis ab. Zum anderen ist ein System der *checks and balances* einem *market for corporate control* überlegen, da es noch dort greift, wo (bisher) kein funktionsfähiger entwickelter Kapitalmarkt existiert, und der Markt für Unternehmenskontrolle selbst unter den nötigen Voraussetzungen erst spät – nicht selten zu spät – zu den erforderlichen Kurskorrekturen, u.a. durch Austausch des Managements führt^{497,498}.

Angesichts der verschwindend geringen Zahl an Unternehmensübernahmen in der Vergangenheit und des im Vergleich zu angloamerikanischen Börsenplätzen immer noch unterentwickelten deutschen Kapitalmarktes⁴⁹⁹ blieb dem deut-

⁴⁹⁶ Zu diesem Vorsprung des deutschen Unternehmensrechts v. *Werder* (2002), S. 801.

⁴⁹⁷ Vgl. *Schmidt* (1997), S. 18 f.; *Schiltknecht* (2001), S. R 394 und früher schon *Großfeld/Ebke* (1977b), S. 98.

Deutlich *Lutter* (1995a), S. 306: „Im übrigen mag der Markt das Problem einer ineffizienten und glücklosen Leitung des Unternehmens sanft und eher kostengünstig lösen, das eines ineffizienten Aufsichtsrates löst er nicht – allenfalls durch eine in Deutschland sehr seltene Übernahme des Unternehmens durch einen Aufkäufer.“; siehe auch *Ebke* (1999a), S. 194: „Die Rechtsvergleichung lehrt uns jedoch, dass Kapitalmärkte gesellschaftsinterne Kontrollmechanismen überlagern und ergänzen, aber nicht substituieren können.“ Zur Kritik am Konzept des Marktes für Unternehmenskontrolle siehe auch *Schneider/Burgard* (2001), S. 963 f.

⁴⁹⁸ Die Unzulänglichkeit des Konzeptes eines *market for corporate control*, die interne Überwachung nicht vollständig ersetzen zu können, steht freilich einer Ergänzung interner durch externe Kontrollmechanismen nicht entgegen, siehe hierzu *Schwarz/Holland* (2002), S. 1672 und die diesbezüglichen Erwartungen von *Fischer* (2001), S. 195.

⁴⁹⁹ So bspw. *Schmidt* (2001), S. 72; *Ehrhardt/Nowak* (2002), S. 337 und *Prigge* (1998), S. 1024. Deutlich auch *Schmidt/Grohs* (2000), S. 159: „Der Kapitalmarkt als Mechanismus der Corporate Governance ist in Deutschland (noch) weitgehend irrelevant.“; ebenso *Schmidt/Hackethal/Tyrell* (2002), S. 33; die Unterentwicklung des deutschen Übernahmemarktes konstatieren auch *Strenger* (2001), S. 167 und *Leyens* (2003), S. 66.

Diese an U.S.-amerikanischen Verhältnissen gemessene Unterentwicklung des deutschen Kapitalmarktes ist u.a. auf die (noch) bestehenden Unterschiede im Altersversorgungssystem zurückzuführen, weshalb institutionelle Investoren, wie z.B. Pensionsfonds, bislang nur eine untergeordnete Rolle spielen, vgl. *Baums* (1997), S. 1947.

schen Gesetzgeber – rückblickend – nichts anderes übrig, als nicht auf den Kapitalmarkt allein zu vertrauen und stattdessen die Innenkontrolle weiter auszubauen. Der zu diesem Zweck beschrittene Weg *gesetzlicher* Reformen steht dabei sichtlich im Zeichen der erst vor kurzem gebrochenen Tradition⁵⁰⁰ deutscher Rechtspolitik⁵⁰¹.

Kehrseite dieser – lediglich im Rahmen dispositiver Normen modifizierbaren – Führungsstruktur ist neben der mangelnden Flexibilität die aus- und bereits angesprochene Leitungsferne des Überwachungsorgans⁵⁰². Eingezwängt in ein Korsett aus Rechtsnormen darf es (zur Wahrung seiner Unabhängigkeit) dem Vorstand weder Weisungen erteilen noch durch andere Mittel eigene Initiativen ergreifen⁵⁰³. Dem Aufsichtsrat verbleibt vielmehr nur die Möglichkeit, auf den Vorstand in beratender Form einzuwirken und seine Leitungsautonomie durch Zustimmungsvorbehalte, wie sie nunmehr vom Gesetz gefordert werden⁵⁰⁴, einzuschränken. Macht er davon keinen ausreichenden Gebrauch und beschränkt er sich überdies auf die für börsennotierte Gesellschaften gesetzlich eingeforderte Sitzungsfrequenz von vier Sitzungen pro Jahr⁵⁰⁵, bleibt dem Aufsichtsrat als ultima ratio im (sich abzeichnenden) Krisenfall nur die Abberufung schlichtweg erfolgloser, mangelhaft qualifizierter oder gar pflichtvergessener Vorstandsmitglieder⁵⁰⁶. Der zeitliche Vorteil, den die Binnenkontrolle gegenüber dem Markt für Unternehmenskontrolle grundsätzlich besitzt, kann sich also in Abhängigkeit der konkreten Überwachungsgepflogenheiten im Aufsichtsrats-System im Vergleich zum Board-System mitunter erheblich relativieren. Hinzu kommt, dass das Gleichgewicht der Kräfte deutlich strapaziert wird, wenn ehemalige Mitglieder des Vorstandes in den Aufsichtsrat wechseln und gegebenenfalls sogar dessen Vorsitz übernehmen⁵⁰⁷. In diesen Fällen ist entweder die Neutralität des Aufsichtsrats nicht uneingeschränkt gewährleistet, weil das aus-

⁵⁰⁰ Zur Ordnungsfunktion des Deutschen Corporate Governance Kodex grundlegend v. *Werder* (2002), S. 801 f.; vgl. auch *Seibert* (2002a), S. 581.

⁵⁰¹ So für das Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG), *Hopt* (2000a), S. 784 f. und für die „Verrechtlichung der Mitbestimmung“ *Raiser* (2000), S. 420.

⁵⁰² *Pothhoff* (1996), S. 264.

⁵⁰³ Deutlich *Götz* (2002b), S. 602.

⁵⁰⁴ Vgl. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG (n.F.).

⁵⁰⁵ § 110 Abs. 3 AktG. Hinzu kommt die viel gescholtene Anhäufung von Aufsichtsratsmandaten, die dem einzelnen, mitunter als Vorstandsmitglied einer anderen Gesellschaft tätigen Aufsichtsratsmitglied eine zeitliche Belastung aufbürden, so dass die Qualität der wenigen Sitzungen leidet. Siehe hierzu statt vieler *Lutter* (1995a), S. 302 f. und jüngst *Bernhardt* (2002c), S. 126.

⁵⁰⁶ Vgl. *Thümmel* (1999), S. 886; in diesem Sinne auch *Keßler* (1999), S. 173.

⁵⁰⁷ Gegen eine solche Praxis bspw. v. *Wartenberg* (2001), S. 2240 und aus U.S.-amerikanischer Sicht *Monks/Minow* (2001), S. 176 ff., die hervorheben, dass ehemalige CEO's nur selten als Board-Mitglied verweilen; deren Expertise wird vor allem durch Abschluss von Beraterverträgen weiterhin zu nutzen versucht.

geschiedene Vorstandsmitglied u.U. seine zuvor getroffenen Entscheidungen nicht mehr unvoreingenommen beurteilen kann⁵⁰⁸, oder die Unabhängigkeit des Vorstands wird unterminiert, indem der Aufsichtsratsvorsitzende qua seiner umfassenden Kenntnisse und Kontakte mehr oder weniger im Hintergrund ‚weiterregiert‘.

Das aktienrechtliche Prinzip austarierter Kräfte beruht zu einem nicht unbeachtlichen Teil auf der Personalkompetenz des Aufsichtsrates. Eine seiner vorrangigsten Aufgaben und Pflichten ist es, den Vorstand mit geeigneten Kandidaten zu besetzen⁵⁰⁹. Wird er dieser Aufgabe (im Vorhinein) gerecht, vermeidet er in aller Regel, zu einem späteren Zeitpunkt überhaupt erst zur Abberufung schreiten zu müssen. Da die erforderliche Eignung von Vorstandsmitgliedern – mit Blick auf das Gebot der kollegialen Leitung – nicht nur in der fachlichen Qualifikation bestehen darf⁵¹⁰, sondern darüber hinaus (u.a.) die Balance zwischen notwendiger Teamfähigkeit und ‚Rückrat‘ umfasst⁵¹¹, kann und sollte der Aufsichtsrat das Urteil der – in der Gesamtverantwortung stehenden – amtierenden Vorstandsmitglieder zumindest insoweit berücksichtigen, als sie ernsthafte Bedenken gegenüber den zur Auswahl stehenden Amtsanwärtern hegen⁵¹². Nach herrschender Meinung handelt der Aufsichtsrat jedoch pflichtwidrig, wenn er die Entscheidung dem Vorstand überlässt und ohne kritisch-distanzierte Prüfung offiziell in Kraft setzt⁵¹³. Denn dieses stellenweise praktizierte Vorgehen⁵¹⁴ führt letztlich zu einer rechtswidrig-faktischen Kooptation, die das Prinzip der *checks and balances* aushebelt⁵¹⁵. So gesehen birgt das zweistufige

⁵⁰⁸ So jüngst auch *Lück* (2002), S. 24 und *Breuer* (2002) in *MM*, 11/02, S. 68; a. A. *Frühauf* (1998), S. 417 und *Claussen/Bröcker* (2000), S. 490. Nach einer Umfrage steht jedoch die Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder dem Wechsel vom Vorstand zum Aufsichtsrat kritisch gegenüber, vgl. *Hopt* (1998b), S. 31 m.N.

⁵⁰⁹ Ausführlich *Peltzer* (2002a), S. 12 f.; vgl. auch *Lambsdorff* (1996), S. 221; *Bernhardt/Witt* (1999), S. 831; *Semler* (1998), S. 271; *Theisen/Hölzl* (2002), S. 274; *Götz* (2002), S. 305.

⁵¹⁰ Die mangelnde Teamfähigkeit des Vorstandsmitgliedes kann sogar einen wichtigen Grund für seine Abberufung bilden, vgl. *Hüffer* (2002), § 84 Rn. 28 m.w.N.

⁵¹¹ So aus der Praxis *Frühauf* (1998), S. 414; *Bernhardt/Witt* (1999), S. 831, sehen hierin gerade eine Möglichkeit des Aufsichtsrates, „für eine ausgewogene Geschäftsführung durch einen kollegialen Vorstand Sorge zu tragen.“

⁵¹² So z. B. *Semler* (2000), S. 722 f.

⁵¹³ Deziert *Hüffer* (2002), § 84 Rn. 5; *Peltzer* (2002a), S. 13; *Semler* (2000), S. 722.

⁵¹⁴ Wenngleich sich die Zahl der Kooptationsfälle nicht genau beziffern lässt, wird diese Vorgehensweise im Schrifttum als geübte ‚Praxis‘ häufig bemängelt; vgl. *Frühauf* (1998), S. 414; *Lambsdorff* (1996), S. 221; *Peltzer* (1998), S. 89; weniger kritisch *Semler* (2000), S. 723.

⁵¹⁵ In diesem Zusammenhang droht eine entsprechende Hebelwirkung noch von anderer Seite. Namentlich dann, wenn der Aufsichtsrat der Hauptversammlung Kandidaten für einen vakanten Aufsichtsratsposten in enger Abstimmung mit dem Vorstand(svorsitzenden) vorschlägt [vgl. § 124 Abs. 3 S. 1 AktG]. Im Ergebnis würde sich der Vorstand seine Kontrolleure selbst aussuchen; zur Kritik an dieser Praxis

Aufsichtsrats-System zwar in der Rechtstheorie den Vorteil eines mit der Personalhoheit ausgestatteten gleichgewichtigen zweiten Führungsorgans. Es bietet in der Rechtswirklichkeit aber keine uneingeschränkte Gewähr dafür, dass aufgrund eindeutig zugewiesener Kompetenzen stets auch ein ausgeglichenes Machtgefüge vorherrscht.

Ein typisches Kennzeichen großer Aktiengesellschaften ist ferner die aus Gründen der Arbeitsteilung nahezu unumgängliche Ressortbildung im Vorstand⁵¹⁶. Aus organisationstheoretischer Perspektive verkörpert ein Ressort nichts anderes als einen (nach einem bestimmten Segmentierungskriterium) abgegrenzten Aufgaben- und Kompetenzbereich auf Leitungsebene, innerhalb dessen das einzelne Vorstandsmitglied eigenständig leitet⁵¹⁷. Als berechtigter und verpflichteter Ressortleiter obliegt ihm daher in diesen Grenzen eine gesteigerte Führungsverantwortung, während die übrigen Vorstandsmitglieder weiterhin verantwortlich für die Überwachung der Ressortleitung bleiben⁵¹⁸. Im Gegensatz zur Gesamtverantwortung aller Vorstandsmitglieder für Aufgaben, die vom Plenum gemeinsam und kollegial wahrzunehmen sind⁵¹⁹, verteilt sich demnach durch Bereichsbildung die Verantwortung zwischen ressortleitendem Vorstandsmitglied und überwachenden Vorstandsmitgliedern sinngemäß wie im Verhältnis von Vorstand zu Aufsichtsrat⁵²⁰. Das Aufsichtsrats-System verfügt damit über Kontrollmechanismen auf insgesamt drei Ebenen. Auf der obersten Führungsebene erfolgt die Überwachung des Leitungsorgans durch ein eigens dafür vorgesehenes zweites Organ mit all den ihm zur Verfügung gestellten Rechtsmitteln (organexterne Kontrolle durch andere). Darüber hinaus zwingt das Kollegialprinzip⁵²¹, sofern es sich um nicht delegierbare Aufgaben handelt, durch die gleichberechtigte Teilnahme sämtlicher Mitglieder – im Leitungsorgan – zur Ausschöpfung des vorhandenen Wissens (organinterne gegenseitige Selbstkontrolle⁵²²). Dass dabei eine breitere Entscheidungsfundierung zu einem tenden-

siehe statt vieler nur *Ulmer* (2002b), S. 161; zurückhaltender dagegen *Breuer* in MM, 11/02, S. 68 und *Hommelhoff* (1983), S. 569.

⁵¹⁶ Aufschlussreich hierzu die Bemerkung von *Endres* (1999), S. 448: „Bei vielen Großunternehmen haben die einzelnen Unternehmensbereiche inzwischen zum Teil selbst den Umfang von Großunternehmen.“ Siehe ferner auch *Fleischer* (2003), S. 7.

⁵¹⁷ Im Unterschied zur ressortgebundenen Unternehmensleitung hat ein Mitglied des Leitungsorgans bei portfeuillegebundener nur entscheidungsvorbereitende Aufgaben und Rechte, grundlegend hierzu v. *Werder* (1987a), S. 2266 f.; *ders.* mit Bezug zum Entwurf der SE-Verordnung von 1991 (1993), S. 72 f. und insbes. S. 76 ff.

⁵¹⁸ Vgl. *Hiffer* (2002), § 93 Rn. 13 b m.w.N.; v. *Werder* (1987a), S. 2271; *Fleischer* (2001), S. 26; *Hoffmann-Becking* (1998), S. 512 f.

⁵¹⁹ Zum Bereich der zwingend dem Gesamtvorstand vorbehaltenen Aufgaben statt vieler *Hoffmann-Becking* (1998), S. 507 ff.

⁵²⁰ Ähnlich *Endres* (1999), S. 449.

⁵²¹ Das verhältnismäßig junge Kollegialprinzip fand erst mit der Reform von 1965 seinen Einzug in das Aktiengesetz und löste das zuvor geltende „Führerprinzip“ ab, vgl. *Bleicher/Leberl/Paul* (1989), S. 55; ausführlich v. *Hein* (2002a), S. 478 ff.

ziell längeren Abstimmungsaufwand führt⁵²³, liegt einesteils in der Sache selbst und ist anderenteils abhängig von der individuellen Bereitschaft der Vorstandsmitglieder, zu kooperieren oder zu remonstrieren⁵²⁴. Nachteilig wirkt sich das Kollegialprinzip in diesem Zusammenhang allerdings dann aus, wenn der Widerstand nicht in konstruktiver Kritik, sondern in einem – von Ressortegoismus getragenen – Beharren besteht⁵²⁵. Bei allen anderen in Zuständigkeitsbereichen zusammengefassten Leitungsaufgaben übernehmen die jeweils verbleibenden Vorstandsmitglieder in ihrer Gesamtheit die Rolle eines Überwachers (organinterne Kontrolle durch andere)⁵²⁶.

Einfluss der Mitbestimmung

Zieht man zur Beurteilung der genannten Kontrollmechanismen die Veröffentlichungen im Vor- und Nachgang zu früheren Reformarbeiten hinzu, so bilden – zur Genugtuung und vermeintlichen Bestätigung der Gegner des ‚internal control‘ – vornehmlich Defizite der für die Aufsichtsrats-Konzeption gerade charakteristischen Überwachung durch ein gesondertes Organ zum wiederholten Male Anknüpfungspunkte erheblicher Kritik. Dieselben kritischen Stimmen lassen ihrer Mängelliste indes fast ausnahmslos Verbesserungsvorschläge folgen, um die Aufsichtsrats-tätigkeit zu intensivieren⁵²⁷. Die darin zum Ausdruck kommende Überzeugung, das zweistufige Modell sei ein verbesserungswürdiges, weil richtig gewähltes System⁵²⁸, teilte offenbar auch der Gesetzgeber, da das Überwachungsorgan zwar in Frage, aber zugunsten einer Rückkehr zum Verwaltungsrat nach der Aktienrechtsreform von 1937 selbst von ihm nie ernsthaft zur Disposition gestellt wurde⁵²⁹. Unklar ist allerdings, inwieweit hierbei die

⁵²² Deutlich *Hoffmann-Becking* (1998), S. 512; *Götz* (2003a), S. 15; *Fleischer* (2003), S. 7; v. *Hein* (2002a), S. 496, der von „horizontale[n] Kontrollmechanismen“ spricht.

⁵²³ Vgl. *Witt* (2000), S. 161.

⁵²⁴ Hierzu *Frese* (2000), S. 568.

⁵²⁵ Zum Ressortegoismus als Problem kollegialer Leitung *Potthoff* (1996), S. 262; v. *Werder* (1996a), S. 272 und insbes. FN 32; *Frese* (2000), S. 567 f.; sowie am Rande *Frese/Mensching/v. Werder* (1987), S. 360.

⁵²⁶ *Bernhardt/Witt* (1999), S. 829 f., sprechen in diesem Zusammenhang von „Checks und Balances im Vorstand“.

⁵²⁷ Siehe statt vieler nur die Beiträge von *Lutter* (1995a), S. 287 ff. und *Bernhardt* (1995), S. 310 ff., sowie jüngst v. *Werder* (2004), S. 166 ff., *Kirchner* (2004), S. 197 ff., *Säcker* (2004), S. 180 ff., *Windbichler* (2004), S. 190 ff., *Schwalbach* (2004), S. 186 ff., *Schwark* (2004), S. 173 ff.

⁵²⁸ In diesem Sinne jüngst *Leyens* (2003), S. 60 f. Siehe hierzu die konzise Bemerkung von *Lutter* (1995a), S. 295: „Dem Aufsichtsrat stehen für die Erfüllung seiner Aufgaben *alle erforderlichen Instrumente von Rechts wegen und reichlich zur Verfügung*; sie werden allerdings meiner Kenntnis nach nur unzureichend eingesetzt.“ (Hervorhebung im Original); vgl. auch *Götz* (2002b), S. 600.

Vorschriften zur unternehmerischen Mitbestimmung⁵³⁰, die der deutschen Unternehmensverfassung im internationalen Vergleich bis heute eine Sonderstellung verleihen⁵³¹, im Sinne der Pfadabhängigkeit für einen gewissen Bestandschutz sorgen. Denn paradoxerweise schien vor allem die bereits vor Einführung des MitbestG 1976 heftig umstrittenene paritätische Mitbestimmung eine monistische Verfassung auszuschließen, obwohl gerade ihr schwerwiegende Überwachungsmängel des zweistufigen Aufsichtsrats-Systems mehrheitlich zugeschrieben werden.

Danach sei die Beteiligung der Arbeitnehmer auf Unternehmensebene hauptverantwortlich für zu große und daher ineffektive Kontrollgremien⁵³². Die Überwachung würde geschwächt durch die Besetzung mit Arbeitnehmerv Vertretern, denen die erforderliche Qualifikation fehle⁵³³, und durch die Präsenz von Gewerkschaftsvertretern, weshalb es zu einer generellen Politisierung des Überwachungs geschehens⁵³⁴ und nachgerade einseitigen Interessenwahrnehmungen sowohl auf Arbeitnehmer- als auch auf Anteilseignerseite käme⁵³⁵. Überdies führen ideologieverhaftete Meinungspositionen⁵³⁶ und der mangelhafte Umgang mit vertraulichen Informationen⁵³⁷ zu getrennten Vorbesprechungen in sog. „AR-Bänken“⁵³⁸, die offene Diskussionen im Plenum gar nicht erst aufgenommen lassen⁵³⁹. Ein derart formalisierter Aufsichtsrat entspräche nicht dem

⁵²⁹ Vgl. v. Hein (2002a), S. 494 und jüngst auch für die Regierungskommission Corporate Governance Baums (2002), S. 19. Zur Debatte unter den Juristen während der Weimarer Zeit v. Hein (2002a), S. 473 f. und im Vorfeld der Aktienrechtsreform von 1965 Schiessl (2003), S. 238.

⁵³⁰ Der Gedanke einer Beteiligung von Arbeitnehmern an der Unternehmensführung lässt sich – soweit ersichtlich – bis zum Jahre 1835 zurückverfolgen, in dem der Staatsrechtler Robert von Mohl erste Forderungen vertrat, vgl. Hopt (1998a), S. 236 m.N.; ders. (1992), S. 277 m.N.; Kolvenbach (1995), S. 675; Püttner (1989), S. 28; eingehend Raiser (2002), S. 5.

⁵³¹ Vgl. Frühauf (1998), S. 417; Peltzer (1998), S. 78; Ulmer (2002c), S. 272; Rittner (2001), S. 380; Oetker (1999), S. 16 Rn. 22.

⁵³² Deutlich Hopt (2002b), S. 44: „§ 7 MitbestG, ..., ist ein Fossil“. Vgl. auch Dreher (1996), S. 44; Lambsdorff (1996), S. 226; Raiser (1997), S. 488; Baums (1995), S. 18; Adams (1997), S. 25; Bernhardt (1995), S. 312; Lutter (1995a), S. 297; Kübler (1999), S. 240; Endres (1999), S. 454; Hommelhoff (2001a), S. 251; Seibert (1997), S. 4; Dörner/Oser (1995), S. 1087; Schreib (1996), S. 286; Theisen (1996), S. 313; Ulmer (2002b), S. 162.

⁵³³ Vgl. Hopt (2002b), S. 44 f.; Raiser (1997), S. 488; Baums (1995), S. 14; Mohn (1986), S. 526.

⁵³⁴ Vgl. Baums (1995), S. 14.

⁵³⁵ Vgl. Semler (1998), S. 274; Hopt (2000a), S. 801. Offenbar a.A. Schneider (2002a), S. 1: „Die Anteilseignervertreter und die Arbeitnehmerv Vertreter im Aufsichtsrat sind gleichermaßen dem Unternehmensinteresse verpflichtet. Und die Praxis lehrt, dass sie auch so handeln.“

⁵³⁶ Ähnlich Raiser (1997), S. 492.

⁵³⁷ Vgl. Hopt (1995), S. 479; Kropff (1998), S. 615; Raiser (1997), S. 488; wohl auch Mertens (1997), S. 72; Ulmer (2002c), S. 275.

aktienrechtlichen Leitbild und fördere letztlich bloß eine weitere Stärkung des Vorstands⁵⁴⁰. Nicht zuletzt sei die Pflicht zur Mitbestimmung der Grund dafür, dass deutsche Unternehmen von einer feindlichen Übernahme bislang verschont geblieben sind⁵⁴¹.

Wenngleich den mitunter überzeichneten Auswirkungen der Mitbestimmung auf die Effektivität der Überwachung nur vereinzelt positive Effekte, wie z. B. fundiertere Kenntnisse über das Unternehmen aufgrund der Betriebsnähe von leitenden Angestellten⁵⁴² und Förderung der Akzeptanz von Entscheidungen in schwierigen Unternehmenslagen⁵⁴³, entgegengehalten werden können⁵⁴⁴, scheinen sich die Unternehmen mit ihr doch mehr als nur abgefunden zu haben⁵⁴⁵. Ganz ähnlich mehren sich auch im Schrifttum Stimmen, die weniger die Mitbestimmung an sich und das mit ihr Erreichte in Frage stellen⁵⁴⁶, als vielmehr die damit verbundene Vergrößerung der Aufsichtsräte kritisieren⁵⁴⁷. Der Widerstand

⁵³⁸ Zuletzt *Ulmer* (2002a); *ders.* (2002b), S. 162; *ders.* (2002c), S. 275; vgl. auch *Hopt* (1995), S. 482; *Feddersen/Hommelhoff/Schneider* (1996), S. 3; v. *Schimmelmann* (1997), S. 12; *Semler* (1998), S. 274; *Bernhardt* (1995), S. 316; *Oetker* (1999), S. 22 Rn. 32; *Kommission Mitbestimmung* (1998), S. 103; *Raiser* (1997), S. 492; *Schiessl* (2002), S. 596.

⁵³⁹ Vgl. *Raiser* (1997), S. 488 u. S. 492; *Lambsdorff* (1996), S. 227; *Pothoff* (1996), S. 261; *Bernhardt* (1995), S. 312; *Schilling* (2001), S. 149 f. Dieser Praxis kann *Schmitz* (1996a), S. 238, durchaus Positives abgewinnen; wohl auch *Frühauf* (1998), S. 417 und *Theisen* (1998), S. 261 f.

⁵⁴⁰ Vgl. *Lambsdorff* (1996), S. 226 f.; *Hopt* (1995), S. 475; *Bernhardt* (1995), S. 316; *Peltzer* (1998), S. 54 f.

⁵⁴¹ Deutlich *Hopt* (1995), S. 483; *ders.* (1997), S. 10 und früher schon *ders.* (1992), S. 276 f.; siehe auch *Raiser* (1997), S. 489; *Ulmer* (2002c), S. 274; *Krause* (2003), S. 767; *Sadowski/Junkes/Lindenthal* (2001b), S. 148 f. und mit Blick auf das Übernahmegesetz *Albach* (2002), S. 451 f.

⁵⁴² Vgl. *Pothoff* (1996), S. 261; *Röller* (1994), S. 335; *Peltzer* (1998), S. 67; *Kübler* (1999), S. 240; *Schiessl* (2002), S. 597.

⁵⁴³ Vgl. *Hopt* (2000a), S. 801; *Henssler* (2000), S. 421 und *Raiser* (1997), S. 485, unter Berufung auf die Kommission Mitbestimmung.

⁵⁴⁴ Demgegenüber zeichnet der Bericht der *Kommission Mitbestimmung* (1998) – wohl zur Überraschung vieler Gesellschafts- und Unternehmensrechtler – ein überwiegend positives Bild von den Auswirkungen der Mitbestimmung; ausführlich hierzu *Raiser* (2000), passim; vgl. auch die kritischen Anmerkungen von *Hopt* (1998b), S. 37 f. und *Ulmer* (2002a), S. 180 FN 115: „Heile Welt-Darstellung“.

⁵⁴⁵ Siehe die positiven Urteile aus praktischer Sicht von *Breuer* (2001), S. 547; *Kopper* zit. bei *Drost* (2002), S. 5; *Schmitz* (1996a), S. 238; *Endres* (1999), S. 454; *Schäfer* (2001), S. 76. Vgl. auch *Kaden* (2003), S. 86; *Bernhardt* (1995), S. 316 f.; *Hopt* (2000a), S. 801; zurückhaltender dagegen *Baums* (1995), S. 14; *Schwark* (2002), S. 85; *Schiessl* (2003), S. 239 f. und jüngst *Ulmer* (2002a), S. 181, der eine Überprüfung der Vor- und Nachteile für unausweichlich hält. Allgemein werden derartige Eingeständnisse lt. *Hopt* (1992), S. 276, eher „hinter vorgehaltener Hand“ konzediert.

⁵⁴⁶ Deutlich *Hopt* (1998b), S. 38; *Ulmer* (2002b), S. 162 und früher schon *Rittner* (1974), S. 10 f. Zur seit kurzem wieder aufkeimenden Kritik an der paritätischen Mitbestimmung siehe aber auch *Götz* (2002), S. 552 ff.; *Kübler* (1999), S. 237 ff.; *Ulmer* (2002c), S. 271 ff.; *Sünner* (2000), S. 498; *Baums* (2002), S. 16.

der Gewerkschaften gegenüber aus- und nachdrücklichen Forderungen, die gesetzliche Anzahl der Aufsichtsratsmandate unter Beibehaltung der Parität zu reduzieren⁵⁴⁸, und die Entscheidung des Gesetzgebers auf eine entsprechende Änderung im Zuge des KonTraG zu verzichten⁵⁴⁹, zeigen deutlich, dass die Größe des Aufsichtsrats der AG im Vergleich zur Mitgliederstärke des Board einer (vergleichbar großen) U.S.-Corporation einen komparativen Nachteil der Aufsichtsrats-Konzeption darstellt, der aufgrund stark-ausgeprägter Pfadabhängigkeit bisher nicht ausgeräumt werden konnte⁵⁵⁰.

Hinsichtlich dieser wie auch anderer mitbestimmungsbezogener Schwächen ließe sich zwar argumentieren, es handele sich nicht um Nachteile der Aufsichtsrats-Konzeption im engeren Sinne und unter gleichen Bedingungen wäre es der Board-Konzeption sogar überlegen, da es immerhin eine Beteiligung der Arbeitnehmer ermögliche⁵⁵¹, ohne sie mit Geschäftsführungsaufgaben zu betrauen⁵⁵². In Anbetracht der hier in Rede stehenden *pfadabhängigen* Vor- und Nachteile war jedoch die organ- und später kompetenzbezogene Trennung von Leitung und Überwachung erkennbar wegbereitend für die Aufnahme von Arbeitnehmervertretern in die Führungsorganisation⁵⁵³. Zudem darf nicht vernachlässigt werden, dass die Mitbestimmung nur einen – allerdings folgenreichen und die Verfassung von Kapitalgesellschaften nachhaltig prägenden – Entwicklungsschritt von anderen verkörpert, die nach zwischenzeitlich vertretener, aber wieder verworfener Auffassung zur Entstehung eines Unternehmensverfassungsrechts führen sollten⁵⁵⁴. Obschon von den rechtsdogmatisch viel behandelten

⁵⁴⁷ Noch einen Schritt weiter geht *Rolf-E. Breuer* [vgl. FAZ v. 27.11.2002, S. 15], der an der betrieblichen Mitbestimmung nichts auszusetzen habe, die Mitbestimmung in den Aufsichtsräten aber für „überholt“ hält.

⁵⁴⁸ Vgl. *Lambsdorff* (1996), S. 227; *Dreher* (1996), S. 44; *Schreib* (1996), S. 286; v. *Schimmelmann* (1997), S. 13; *Hommelhoff* (2001a), S. 251 f.; *Kübler* (1999), S. 245 f.; *Breuer* (2001), S. 547; *Raiser* (2002), S. 41 Rn. 68; *Oetker* (2000), S. 59; *Prigge* (1998), S. 1026; betont a. A. *Kommission Mitbestimmung* (1998), S. 102 f.

⁵⁴⁹ Resignierend *Hopt* (1998b), S. 29: „Daß dies (der Verlust von Einfluss aufgrund einer geringeren Sitzanzahl, Anm. d. Verf.) angesichts der Beibehaltung der Proportionen nicht zutrifft und gerade umgekehrt der Einfluss der Arbeitnehmer, wenn das Gremium insgesamt weniger arbeitsfähig ist, abnimmt, war weder den Interessenten noch dem Bundesarbeitsministerium und dem Gesetzgeber rational zu vermitteln.“. Siehe auch *Endres* (1999), S. 454 m.N.

⁵⁵⁰ Ganz deutlich *Hopt* (2000a), S. 785; *ders.* (1998a), S. 256. Aus der Sicht von *Dreher* (1996), S. 44; *Peltzer* (1998), S. 70 m.N. und *Ulmer* (2002a), S. 180, handelt es sich dabei um ein Politikum. Siehe auch *Seibert* (1997), S. 2; *Raiser* (2000), S. 426 f.; *Peltzer* (2002b), S. 597 und mit europäischem Akzent *Van Hulle* (2000), S. 522.

⁵⁵¹ Vgl. *Kolvenbach* (1995), S. 681.

⁵⁵² So schon *Wiedemann* (1974), S. 573; wohl auch *Großfeld/Ebke* (1977b), S. 94.

⁵⁵³ Vgl. *Peltzer* (1998), S. 53 und nochmals die Nachweise in FN 392 [Zweiter Teil: B. I. 2. a)].

⁵⁵⁴ Zur Debatte um ein Unternehmensverfassungsrecht siehe statt vieler nur *Köhler* (1959), S. 716 ff.; v. *Nell-Breuning* (1964), S. 669 ff., *Rittner* (1974), S. 1 ff. m.w.N.;

Lehren wie ‚Unternehmen an sich‘⁵⁵⁵, ‚pluralistische Legitimation der Unternehmensleitung‘⁵⁵⁶ und ‚Unternehmen als sozialer Verband‘⁵⁵⁷ letztlich keine wie das Recht auf Mitbestimmung ihren Niederschlag in Gesetzenormen fand, wirkt doch in dem von Rechtswissenschaft und Rechtsprechung mehrheitlich anerkannten Unternehmensinteresse⁵⁵⁸ eine gedankliche Hinterlassenschaft⁵⁵⁹ fort, an die bis heute die Angehörigen des Vorstands und des Aufsichtsrates gebunden sind. Dieser rechtliche Apell, sich bei seinen Entscheidungen am Unternehmensinteresse zu orientieren, kann indes nicht nur als verpflichtende Anforderung, sondern auch als berechtigende Aufforderung verstanden werden. Als Verhaltensformel liefert er so gesehen allenfalls ‚Leitplanken‘. Mag die Unbestimmtheit des Begriffes den Führungsmitgliedern auch einen theoretisch dehnbaren wie praktisch schwer handhabbaren Ermessensspielraum eröffnen⁵⁶⁰, so lassen sich an ihm dennoch zumindest strukturelle Besonderheiten der Aufsichtsrats-Konzeption festmachen.

In der Auslegung als Recht des Vorstands, sich nicht ausschließlich und u.U. auf Kosten anderer (berechtigter) Belange am Aktionärsinteresse ausrichten zu müssen⁵⁶¹, führt es dazu, dass das Leitungsorgan Entscheidungen treffen darf, die möglicherweise einer kurzfristigen Steigerung des Shareholder Value entgegenstehen⁵⁶², dafür aber zu einer langfristigen und nachhaltigen Unternehmens-

aus betriebswirtschaftlicher Sicht *Steinmann* (1969), passim.; vgl. auch *Gerum* (1992), Sp. 2494 f.

⁵⁵⁵ Siehe dazu *Raiser* (1976), S. 118 f.; *Wiethölter* (1961), S. 38 ff.; *Teubner* (1985), S. 470 ff.; *Schmidt/Spindler* (1997), S. 542 f. Hierzu und zum Ganzen jüngst auch *Zöllner* (2003), S. 2 ff.

⁵⁵⁶ *Köhler* (1959), S. 735; *Rittner* (1974), S. 9; *Rittner* (2001), S. 376; ausführlich *Steinmann* (1969); *ders.* (1976), S. 2 ff.

⁵⁵⁷ Hierzu *Raiser* (1976), S. 106 f.; *Rittner* (1974), S. 8 f.; *Laske* (1979), S. 197 ff.

⁵⁵⁸ Siehe die h.M.: *Hüffer* (2002), § 76 Rn. 15 u. § 116 Rn. 5; *Kübler* (1998a), S. 165 ff.; *Semler* (1996), § 3 Rn. 49 ff.; *Mertens* (1992), § 76 Rn. 23; ganz deutlich *ders.* (1990), S. 53; *Windbichler/Bachmann* (2000), S. 804; *Hommelhoff* (2000), S. 102, dort FN 30; *Goette* (2000), S. 135; *Schön* (1996b), S. 438 f.; *Keßler* (1999), S. 155; *Schilling* (1971), S. 165; *Raiser* (1976), S. 101 ff.; *Teubner* (1985), S. 485; *Raisch* (1976), S. 347 ff.; *Eichhorn* (1989), S. 19; *Laske* (1979), S. 173 ff.; *Säcker* (1977a), S. 1792; wohl auch *Huber* (1975), S. 144 ff.; BGH Urteil v. 5.6.1975 – II ZR 156/73; BGH Urteil v. 21.4.1997 – II ZR 175/95; nach wie vor entschieden a.A. *Zöllner* (2003), S. 7 f.; *ders.* (2000), S. 146 f.; *ders.* (1994), S. 337; skeptisch auch *Wiedemann* (1974), S. 576 f.

Klarstellend jüngst auch der DCGK, vgl. *Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex* (2002), S. 1 et passim.

⁵⁵⁹ Deutlich *Zöllner* (1994), S. 337; vgl. auch *Teubner* (1985), S. 474 f.; *Kessler* (1993), S. 252 f.; *Windbichler/Bachmann* (2000), S. 797 f.; *Druey* (1998), S. 131 f.; *Ulmer* (2002b), S. 155 ff. m.w.N.

⁵⁶⁰ Vgl. *Mertens* (1992), § 76 Rn. 23.

⁵⁶¹ Ähnlich *Hüffer* (2002), § 76 Rn. 12.

⁵⁶² Vgl. *Hüffer* (2002), § 76 Rn. 14 und *Goette* (2000), S. 127; offenbar a.A. *Ulmer* (2002b), S. 159 f., der bei mitbestimmungsfreien Aktiengesellschaften Satzungs-

entwicklung beitragen⁵⁶³. Gleichzeitig verpflichtet es ihn aber auch darauf, nicht im eigenen, sondern stets im Interesse des Unternehmens zu handeln. Ganz ähnlich verhält es sich mit dem Aufsichtsrat. Nur dort soll es die Aufsichtsratsmitglieder davon abhalten, allzu sehr im Interesse ihrer Treugeber, von denen sie ihre Mandat erhalten, zu votieren. Denn im Gegensatz zum Vorstand ist das Überwachungsorgan – wenn auch nicht ursprünglich – seit Einführung der Mitbestimmung als Arena des Interessenausgleichs angelegt⁵⁶⁴.

Es wäre allerdings sowohl übereilt als auch verkehrt, hierin bereits eine von der herrschenden Meinung getragene rechtliche Wertung zu wähen, die einer interessenpluralistischen Ausrichtung der Unternehmensführung, wie sie z. T. im Rahmen der Diskussion zum Unternehmensverfassungsrecht gefordert worden ist⁵⁶⁵, das Wort redet⁵⁶⁶. Der Verpflichtung auf das Unternehmensinteresse kann dagegen nur, aber auch immerhin eine Absage an jedwede interessenmonistische Verengung der Entscheidungsfreiheit von Vorstand und Aufsichtsrat entnommen werden. Damit verfügen also beide Führungsorgane im Aufsichtsrats-System über den erforderlichen Freiraum, um – losgelöst von einseitigen Interessenbindungen – unternehmerische Entscheidungen nach eigenem Ermessen treffen zu können, für die sie im Gegenzug aber auch die entsprechende Verantwortung tragen. Da der schwach angedeutete Freiheitsgrad also nur unscharf den konkreten Grenzverlauf zwischen rechtmäßigem Ermessen und unbotmäßiger Willkür vorgibt, kann sich der Vorteil einer weithin unabhängigen Unter-

regelungen zur Verpflichtung des Vorstands auf das Shareholder Value-Konzept für zulässig erachtet.

Zur erneuten Auseinandersetzung über das Unternehmensinteresse im Rahmen der Shareholder Value-Kontroverse *Mülbert* (1997), S. 129 ff.; *Schilling* (1997), S. 373 ff.; *Kübler* (1998b), S. 334 f.; *Schmidt/Spindler* (1997), S. 542 ff. et passim; v. *Werder* (1997b), S. 9 ff.; *ders.* (1998), S. 69 ff.; *Bartölke et al.* (1999), S. 16 ff.; *Walz* (1996), S. 33 ff.; *Wagner* (1997), S. 473 ff.; *Titzrath* (1997), S. 36; *Hommelhoff* (1997), S. 18 f. und zuletzt auch *Seibert* (2002b), S. 419.

⁵⁶³ Hierunter fallen bspw. auch Spenden sowie Maßnahmen, die zur Förderung des „Image eines good corporate citizen“ dienen, vgl. *Mertens* (1992), § 76 Rn. 32 ff.; *Hüffer* (2002), § 76 Rn. 14 und früher schon *Rittner* (1971), S. 154 ff.

⁵⁶⁴ Deutlich v. *Schimmelmann* (1997), S. 10: „Der Gesetzgeber hat dabei bewußt in Kauf genommen, daß der Interessenkonflikt zwischen Arbeit und Kapital institutionalisiert und in den Aufsichtsrat getragen wird, ohne daß er Lösungen für die damit entstehenden Probleme angeboten hat.“; ähnlich *Raiser* (2000), S. 427; siehe auch *Zöllner* (1994), S. 338, der die Beteiligung von Arbeitnehmervertretern als „einen bis heute nicht überwundenen und mit den Grundgedanken des Aktienrechts und der Marktwirtschaft nicht zu vereinbarenden Systembruch“ bezeichnet; in diesem Sinne auch *Ulmer* (2002c), S. 275 und *Böckli* (1999), S. 7; vgl. auch *Raiser* (2002), S. 23 Rn. 39; wohl a. A. *Bälz* (1990), S. 241 f.

⁵⁶⁵ Siehe statt vieler die Habilitationsschrift von *Steinmann* (1969).

⁵⁶⁶ Treffend insoweit *Mülbert* (1997), S. 156, der im Aufsichtsrat „ein interessenpluralistisch, aber zielmonistisch konzipiertes Gesellschaftsorgan“ sieht. *Mülbert* gelangt allerdings zu dem Ergebnis, dass Aufsichtsrat und Vorstand dem Verbandszweck und nicht dem Unternehmensinteresse verpflichtet sind, *ders.*, eda.; siehe hierzu auch *Schwarck* (2002), S. 78 f.

nehmensverwaltung jedoch durchaus auch als nachteilige Stärkung der Verwaltungsautonomie herausstellen. Sie vollzieht sich dann nämlich schlicht und ergreifend unter dem Deckmantel des zu wahrenen Unternehmensinteresses⁵⁶⁷. Vor diesem Hintergrund bleibt die Bindung an das Unternehmensinteresse problematisch, auch wenn es als haftungsrelevante Verhaltensmaxime eine nachträgliche richterliche Bestimmung im Einzelfall ermöglicht⁵⁶⁸. Denn der materielle Gehalt ist einer allgemeingültigen Konkretisierung im Vorhinein entzogen.

Führt man sich die Vorzüge und Schwächen der Aufsichtsrats-Konzeption gesamthaft vor Augen, so steht den Vorteilen des aktienrechtlichen Führungssystems im Ergebnis eine beachtliche Reihe von Nachteilen gegenüber. Weitaus interessanter aber als die nur schwer zu beantwortende Frage, welche der beiden Seiten überwiegt, ist hingegen der Einfluss des charakteristisch-ausgeprägten Normengefüges auf die Herausbildung von Modell-Schwächen, der hier hervorgehoben sei. Das ernüchternde Bild von der – unter Kongruenzgesichtspunkten theoretisch äußerst stimmigen – Führungskonzeption zeigt, ohne weiter ins Detail gehen zu müssen, dass einer detaillierten und ausgefeilten Regelung der Binnenverhältnisse auf gesetzlicher Ebene insoweit Grenzen gesetzt sind, als auch sie die Lücke zwischen rechtstheoretischem Anspruch und rechtstatsächlich gebotener Wirklichkeit nicht vollständig zu schließen vermag⁵⁶⁹. Sie könnte sich gleichwohl als (immerhin noch) relativ bessere Vorgehensweise herausstellen, sofern sich im Board-System bei weniger starren Struktur(vorgab)en mehr oder schwerwiegendere Mängel nachweisen lassen.

bb) Einstufiges System: Board-Konzeption

Aus der Sicht des vergleichenden Betrachters, dem sich der Eindruck von einem in vielen Punkten grundsätzlich anders strukturierten Führungssystem regelrecht aufzwingt, nähren zurückhaltende Rechtsvorgaben zunächst die Vermutung, dass bei einer generell gestaltungsoffenen Führungsorganisation zahlreiche (rechtnorminduzierte) Schwächen des Aufsichtsrats-Systems vermieden werden (können). Ob aber die rechtlich gewährte Gestaltungsfreiheit tatsächlich weniger oder schlichtweg nur andere Nachteile zu Tage fördert, hängt im Board-System stärker davon ab, wie die Unternehmenspraxis mit ihr umgeht und vor allem welche anderweitigen Kontextfaktoren dabei einen unerwünschten Gebrauch tendenziell verhindern oder hervorrufen. Die Frage berührt mit anderen

⁵⁶⁷ Dies wird vor allem für den Vorstand kritisch gesehen, vgl. *Kübler* (1998b), S. 334; *Baums* (1995), S. 14; *Zöllner* (1994), S. 337; *Schmidt* (1997), S. 17; *Leyens* (2003), S. 64; zurückhaltender *Mertens* (1990), S. 53.

⁵⁶⁸ So *Mertens* (1992), § 76 Rn. 23; „... eine justitiable und von der Rechtsprechung anerkannte Handlungsmaxime.“

⁵⁶⁹ So explizit *Peltzer* (2002a), S. 12, für die faktische Kooptierung des Vorstands; siehe auch *Mertens* (1990), S. 54; *Theisen/Hölzl* (2002), S. 275.

Worten also das Problem der (rechtlich-historisch bedingten) Pfadabhängigkeiten.

Die gesellschaftsrechtlich nur schwach vorgeprägte Verfassung der Corporation und ihre zunehmende Durchdringung durch kapitalmarktrechtliche Regelungen verliehen der Board-Konzeption alsbald – gewissermaßen als Abgrenzung zur ‚insider control‘ basierten Aufsichtsrats-Konzeption – den sinnbildhaften Status eines auf der ‚outsider control‘-Philosophie⁵⁷⁰ beruhenden Führungssystems. Nach diesem Konzept können gesellschaftsrechtliche Regelungen der internen Überwachung weitestgehend in den Hintergrund treten, weil kapitalmarktrechtliche sowie kapitalmarktrechtlich-angenäherte Vorschriften auf zwei Wegen, über externe oder zumindest extern vorgegebene Kontrollmechanismen, für eine ordnungsgemäße Leitung und Überwachung sorgen. Zum einen sollen genuin kapitalmarktrechtliche Bestimmungen eine langfristige externe Unternehmenskontrolle ermöglichen, indem sie die Voraussetzungen für einen funktionierenden Kapitalmarkt und darin eingeschlossen für ein Marktsegment ‚corporate control‘ schaffen. Auf dieser Grundlage erhofft man sich u.a. von Offenlegungspflichten, sinkenden Aktienkursen und drohenden Übernahmegefahren eine entsprechende Disziplinierung und – indirekt über die Vergütung durch Aktienoptionen – gleichfalls eine Sanktionierung des Managements⁵⁷¹. Zum anderen stellen kapitalmarktrechtsnahe Regelungen, namentlich die Zulassungsregeln der Börsen, sozusagen ‚von außen‘ die Vornahme regelmäßiger (interner) Kontrollen sicher, wenn sie bspw. die Besetzung des Boards einer börsennotierten Corporation mit unabhängigen Mitgliedern oder die Einrichtung eines Audit Committee verlangen. Es handelt sich also um Vorkehrungen, die zwar auf die unternehmensinterne Kontrolle abstellen, aber – was deren regelkonforme Umsetzung angeht – (durch Aufsichtsbehörden) extern überwacht werden⁵⁷².

Obwohl somit streng genommen nicht mehr nur korporationsrechtliche, sondern primär finanzmarktliche Aspekte angesprochen sind, bedarf dies der Erwähnung, da sich hierdurch der anhaltende Verzicht auf einen Ausbau der internen Unternehmenskontrolle mit rein *gesellschaftsrechtlichen* Mitteln erklären lässt⁵⁷³. Die ausgesprochen kapitalmarktorientierte Ausrichtung der Unternehmensverwaltungen, der sich ständig weiterentwickelnde Kapitalmarkt in den

⁵⁷⁰ So *Hopt* (1998b), S. 13 m.N., unter Bezugnahme auf *Franks/Mayer; ders.* (2000a), S. 782; vgl. auch *Schmidt* (1997), S. 22 f.; *Schwarz/Holland* (2002), S. 1662 ff.

Sprachlich ist diese terminologische Zuordnung allerdings recht unglücklich gewählt, wenn man bedenkt, dass die nicht geschäftsführenden Board-Mitglieder angesichts ihrer Teilnahme an wichtigen Leitungsentscheidungen wohl eher als besser informierte ‚insider‘ zu qualifizieren sind, wohingegen die Mitglieder des Aufsichtsrats aufgrund von Organgrenzen – überspitzt formuliert – ein Dasein als ‚Outsider‘ fristen.

⁵⁷¹ Vgl. *Merkt* (1991), S. 651 Rn. 1183; *Schneider-Lenné* (1995), S. 39; *Heinze* (2001), S. 645 m.N.

⁵⁷² Ganz deutlich mit Bezug zum Sarbanes-Oxley Act *Krause* (2003), S. 764.

Vereinigten Staaten und das zeitweilige Ausbleiben von schwerwiegenden Unternehmensschiefen, die dieser gewählten Vorgehensweise Erfolg beschieden, führte zwischenzeitlich zu einer intensiven Auseinandersetzung um optimale Übernahme- und Kapitalmarktregeln⁵⁷⁴. Sie ließ jedoch – getreu der unausgesprochenen, aber mitschwingenden Auffassung, man könne sich eine entsprechende Strukturoffenheit eben ‚leisten‘ – Reformüberlegungen hierzulande weitgehend unberücksichtigt⁵⁷⁵.

Vor diesem Hintergrund überrascht regelrecht die Aufmerksamkeit, die den Binnenstrukturen in der früheren U.S.-amerikanischen Corporate Governance-Diskussion zuteil wurde⁵⁷⁶ und allmählich, was die diesbezüglichen Forderungen der Pensionsfonds und Investmentgesellschaften eindrucksvoll illustrieren⁵⁷⁷, in Form einer – mehr oder weniger stillschweigenden Renaissance – wieder zu teil wird⁵⁷⁸. Als Gründe für die geänderte Einstellung der institutionellen Investoren lassen sich vor allem kapitalmarkt- und steuerrechtliche Regelungen zur Begrenzung des Anteilsbesitzes anführen⁵⁷⁹. Zwar führen diese und nicht zuletzt Insiderbestimmungen zunächst nur dazu, dass institutionelle Investoren ihren Anteilsbesitz an einer Gesellschaft ‚klein‘ halten und von einer aktiven Rolle im Board der beteiligten Gesellschaften Abstand nehmen⁵⁸⁰. Aber die Veräußerung der selbst in den vorgeschriebenen Grenzen noch bemerkenswert großen Beteiligungen wird durch die erforderliche Registrierungspflicht vor Verkauf nicht unbedeutend erschwert⁵⁸¹. Um ein ‚Abstimmen mit den Füßen‘ (vote by feet⁵⁸²) als verlustbehaftete Alternative soweit wie möglich zu umgehen, legen institutionelle Investoren aus diesem Grund bereits vor und

⁵⁷³ Zu einer insoweit ganz ähnlichen Einschätzung *Schwarz/Holland* (2002), S. 1664.

⁵⁷⁴ Vgl. *Salzberger* (1999), S. 94; *Hopt* (1998b), S. 41.

⁵⁷⁵ Bezeichnend schon *Bayless Manning* (1962) [zit. bei *Monks/Minow* (2001), S. 196 m.N.]: „Corporation Law, as a field of intellectual effort, is dead in the United States.“; vgl. in diesem Zusammenhang auch *Merkt* (2003a), S. 127.

⁵⁷⁶ So deutlich unter Bezug auf die ‚Principles of Corporate Governance‘ des American Law Institute *Hopt* (1998b), S. 13 ff.; siehe auch *v. Hein* (2002b), S. 503.

⁵⁷⁷ Siehe hierzu bspw. die Corporate-Governance-Guidelines von *CalPERS* (1999) und *TIAA-CREF* (2000).

⁵⁷⁸ In diesem Sinne *Hess* (1996), S. 20; *Salzberger* (1999), S. 94. Siehe hierzu auch *Buxbaum* (2000), S. 1304 ff.; *Teichmann* (2001), S. 652; *Allen* (1998), S. 309.

⁵⁷⁹ So ist es [gem. 15 United States Code § 80a Abs. 5 (b)] bspw. diversifizierten Investmentfonds weder gestattet mehr als 10% der Anteile einer Gesellschaft auf sich zu vereinen noch mehr als 5% ihres verwalteten Vermögens in die Anteile einer einzigen Gesellschaft zu investieren. Siehe hierzu und zur Offenlegung von Stimmrechtsvereinbarungen sowie des Anteilsbesitzes gemäß der sog. ‚Schedule 13 D‘ *Salzberger* (1999), S. 90 m.w.N.; *Hess* (1996), S. 20 ff.

⁵⁸⁰ Vgl. *Roth* (2003), S. 376.

⁵⁸¹ Vgl. *Salzberger* (1999), S. 90; siehe auch *Hess* (1996), S. 20.

⁵⁸² Zuweilen auch als Wall Street Rule bezeichnet, vgl. *Schwarz/Holland* (2002), S. 1670 m.N.; siehe ferner auch *Roth* (2003), S. 375.

auch für die Dauer einer Beteiligung ihr Augenmerk auf die Führungsgegebenheiten in den Gesellschaften⁵⁸³.

Gegen die Existenz eines aktiven Marktes für Übernahmen⁵⁸⁴ und damit gegen die uneingeschränkte Wirksamkeit der externen Unternehmenskontrolle spricht ferner die Möglichkeit des Managements, einer feindlichen Übernahme durch ein Arsenal von Abwehrinstrumenten vorzubeugen⁵⁸⁵. Dabei genießen Abwehrstrategien des Boards einen außerordentlich wirkungsvollen Schutz durch sog. *anti-takeover-statutes*, die die Einzelstaaten zwar erst auf „Drängen“ der Unternehmen, allerdings nicht ganz uneigennützig erlassen haben⁵⁸⁶. Das Management einer Zielgesellschaft kann sich demnach, wie vereinzelt geäußerte Ansichten bestätigen, bei feindlichen Übernahmeversuchen fast schon in Sicherheit wiegen⁵⁸⁷. Wenn aber eine der zentralen Voraussetzungen für den Ansatz der externen Unternehmenskontrolle, der Übernahmemarkt, wegfällt oder zumindest erheblichen Beeinträchtigungen unterliegt⁵⁸⁸, dann hat dies bei Verzicht auf eine stärkere gesellschaftsrechtliche Reglementierung der Führungsstrukturen gleichermaßen auch Auswirkung auf die Autonomie der Verwaltung⁵⁸⁹.

Ein gewisses Gegengewicht zur Unabhängigkeit der Verwaltung bilden immerhin – bei börsennotierten Corporations – einerseits die genannten (externen)

⁵⁸³ Dabei zeigen sich jedoch im Vergleich der Fondsgesellschaften deutliche Unterschiede im Rollenverständnis und damit auch in der Intensität der Überwachung, vgl. *Schiltknecht* (2001), S. R 394, der hervorhebt, dass vor allem Pensionskassen eine aktive Rolle spielen, während sich Anlagefonds kaum als Eigentümer fühlen, da sie ihr Portefeuille häufiger umschichten.

⁵⁸⁴ Vgl. *Monks/Minow* (2001), S. 199: „The takeover era of the 1980s demonstrated that the market for corporate control was more theoretical than real.“

⁵⁸⁵ Ausführlich zur Vielfalt der Abwehrmittel, wie ‚poison pill‘, ‚golden parachute‘ und ‚control clauses‘, *Hopt* (2000c), S. 1386 ff.; *Monks/Minow* (2001), S. 199 ff. Zu change of control-Klauseln siehe insbes. *Dreher* (2002), S. 214 ff.

⁵⁸⁶ Der zwischen den Bundesstaaten geführte Wettlauf um Inkorporationen vollzieht sich damit nicht nur in Form eines Wettbewerbs um laxer Gründungsbedingungen, sondern auch im Rahmen eines Wettbewerbs um die besten Übernahmeschutzregelungen. Siehe hierzu sowie zur gesamten Problematik *Merk* (1995b), S. 556, insbes. FN 47; siehe auch *Monks* (1996), S. 333; *Hess* (1996), S. 19; v. *Hein* (2002b), S. 503 f. m.w.N.

⁵⁸⁷ Nach einer Bemerkung von *Marco Becht* auf der First European Conference on Corporate Governance sei es nahezu unmöglich, eine Delaware-Company feindlich zu übernehmen, vgl. *Teichmann* (2001), S. 661 m.w.N.; generell zurückhaltender *Ebke* (1991), S. 309 f.

⁵⁸⁸ Siehe hierzu auch die kritischen Anmerkungen bei *Hess* (1996), S. 11. A.A. *Schmidt* (1997), S. 18.

⁵⁸⁹ Die Argumentation, der Mangel an interner Strukturierung würde durch den (angeblich) funktionierenden U.S.-amerikanischen Übernahmemarkt kompensiert, ist damit ernsthaft in Frage zu stellen. Sie überzeugt vielmehr mit Bezug auf den lebhaften und am weitesten fortentwickelten Übernahmemarkt in Großbritannien, hierzu *Hopt* (2000c), S. 1368 f.

Strukturvorgaben, die als Bestandteil der Zulassungsvoraussetzungen statt gesellschafts- eben nur kapitalmarktrechtlich gesetzte Standards repräsentieren. Auf der anderen Seite sorgt darüber hinaus die von der Rechtsprechung bestätigte Vorrangstellung der Anteilseignerinteressen⁵⁹⁰ – mit mehr oder minder großen Erfolg – dafür, dass die Mitglieder des Boards ihren fiduziarischen Pflichten erhöhte Beachtung schenken. Obgleich der Board of Directors bei seinen Entscheidungen ohne weiteres auch andere Interessen berücksichtigen darf, sofern nur die Aktionärsbelange hiervon unberührt bleiben⁵⁹¹, reicht sein Spielraum zur Abwägung von Interessen keineswegs soweit wie er Vorstand und Aufsichtsrat in der Unbestimmtheit des Unternehmensinteresses konkludent zuerkannt wird. Die rechtliche Bevorzugung des Aktionärsinteresses ermöglicht(e) also und der Druck des weltweit größten Kapitalmarktes fördert(e) dementsprechend auch eine konsequentere Shareholder Value-Orientierung der Unternehmensführung im Vergleich zur Aufsichtsrats-Konzeption.

Diese einseitige Bindung an das Aktionärsinteresse erweist sich im Hinblick auf ihre Beurteilung allerdings als durchaus ambivalent. Denn soweit man von der konkreten Zielsetzung, den Unternehmenswert zu steigern, abstrahiert, vermag eine interessenmonistische Ausrichtung im Vergleich zu konkurrierenden Interessen naturgemäß weniger Interessengegensätze, insbesondere bei der Überwachung, hervorzurufen als dies im Aufsichtsrats-System der Fall ist. Auch die Verpflichtung auf das Interesse der Aktionäre ist grundsätzlich positiv zu bewerten, da sie das finanzielle Risiko tragen und dem Ermessen des Managements Grenzen gesetzt werden⁵⁹². Was jedoch das Interessenziel selbst anbetrifft, birgt eine Steigerung des Unternehmenswertes ‚unter allen Umständen‘⁵⁹³ auf der anderen Seite stets auch die Gefahr der Vernachlässigung anderer, gewichtiger Interessen in sich, die für die langfristige Entwicklung des Unternehmens von Bedeutung sind^{594,595}. Ein derartiges Fokussieren auf die Maximierung des Unternehmenswertes kann sich daher früher oder später als ebenso kurzfristige wie kurzsichtige Zielverfolgung herausstellen.

⁵⁹⁰ Ausführlich *Merkt* (1995b), S. 554 ff. m.w.N.; vgl. auch *Huber* (1975), S. 140.

⁵⁹¹ Vgl. *Hess* (1996), S. 23; v. *Werder/Feld* (1996), S. 492 f.; im Zusammenhang mit Übernahmeangeboten siehe auch *Hopt* (2000c), S. 1371 f.

⁵⁹² Hieran ändert auch die Business Judgement-Doctrine nichts, da die Business Judgement Rule das Ermessen der Board-Mitglieder nur dann schützt, wenn ihre Entscheidungen im Interesse der Gesellschaft, d.h. also im kollektiven Interesse der Aktionäre getroffen wurden. Zu den diesbezüglichen Voraussetzungen der Business Judgement Rule vgl. nochmals FN 234 [Zweiter Teil: A. II. 1. b)].

⁵⁹³ Siehe in diesem Zusammenhang die Abstufungen der Shareholder Value-Orientierung bei v. *Werder* (1998), S. 77 ff.

⁵⁹⁴ Zur „Shareholder“ Value-Falle siehe statt vieler v. *Werder* (1998), S. 88 f.; ähnlich *Salzberger* (1999), S. 99 f.

⁵⁹⁵ Welches konkrete Unternehmensziel und Unternehmensinteresse mit welchem Zeithorizont verfolgt wird, bestimmt im Board-System letztlich der CEO, vgl. hierzu *Schmidt* (1997), S. 17 und für den Vorstand der AG *Mertens* (1990), S. 53.

Im Ergebnis zeigt sich also, dass der Kapitalmarkt zwar rechtlich und faktisch großen Einfluss auf die Leitung und Überwachung von börsennotierten Unternehmen ausüben kann und tatsächlich auch ausüben wird, die Binnenverhältnisse der Corporation deshalb aber – in ihrer Bedeutung für die (ordnungsgemäße) Unternehmensführung – weder geschmälert noch verdrängt hat. Im Gegenteil, die genannten kapitalmarktrechtsnahen Bestimmungen der Börsenplätze lassen sich nicht nur dem Anschein nach als Reaktion auf erkannte Steuerungs- und Kontrolldefizite begreifen, die eine Regelung der internen Strukturen (samt ihrer Bedeutung) wieder aufgreift. So ist es vor allem die Flexibilität der Führungsorganisation, welche ein zweifelhaftes Licht auf die korporationsrechtliche Verfassung wirft, weil sie nicht nur die Möglichkeit schafft, die Führung der Corporation gesellschaftsindividuell zu strukturieren, zu arrangieren und zu praktizieren, sondern in gleicher Weise auch eine unstrukturierte und unkontrollierte Leitung überhaupt erst zulässt.

Zu den Vorteilen, welche die Gestaltungspraxis entweder hervorgebracht oder bestätigt hat, gehört die geringe Größe des Board of Directors⁵⁹⁶, der in aller Regel kleiner ist⁵⁹⁷ und im Durchschnitt häufiger tagt als der mitbestimmte Aufsichtsrat⁵⁹⁸. Seine Angehörigen besitzen in der Funktion als überwachende Board-Mitglieder weitaus mehr Einflussnahmemöglichkeiten, da sie in wichtigen Leitungsfragen mitentscheiden und Initiativen aktiv ergreifen dürfen. Dabei kann sich das Fehlen einer gesetzlichen Funktionstrennung besonders dann als vorteilhaft herausstellen, wenn in kritischen Situationen oder gar im Krisenfall ein aktives Eingreifen derjenigen Board-Mitglieder erforderlich erscheint⁵⁹⁹, die sich ansonsten – ihren Kollegen im Aufsichtsrat gleich – auf die Überwachung und Beratung beschränken. Problematisch sind Interventionen der Board-Mitglieder jedoch insofern, als sie sich durch Teilnahme an der Leitung zwangsläufig erhöhten Haftungsgefahren aussetzen, obwohl sie in aller Regel mit dem Unternehmen weniger vertraut sein dürften als die geschäftsführenden Mitglieder⁶⁰⁰. Berücksichtigt man außerdem die bereits angesprochene omnipotente

⁵⁹⁶ Einschränkungen können lediglich aus den Zulassungsvoraussetzungen resultieren, wenn die amtierenden Board-Mitglieder nicht die Unabhängigkeits-Kriterien erfüllen.

⁵⁹⁷ Siehe hierzu den empirischen Nachweis bei *Salzberger* (1999), S. 95. Die Durchschnittsgröße des Aufsichtsrats beträgt nach jüngeren Angaben von *Hopt* (1998b), S. 29 f. m. N., 13,25 Mitglieder.

⁵⁹⁸ Nach Angaben von *Schneider-Lenné* (1995), S. 37 m. N., beläuft sich die durchschnittliche Anzahl der Board-Sitzungen auf sechs bis neun; vgl. auch *Scheffler* (1996), S. 318.

⁵⁹⁹ Die rechtlich zulässige Option, die Delegation der Leitungsbefugnisse an die geschäftsführenden Mitglieder zu widerrufen, um die Leitung selbst wahrzunehmen, dürfte wohl zugunsten einer Ab- und Neuberufung nur eine theoretisch denkbare und daher vernachlässigbare Alternative darstellen.

⁶⁰⁰ So etwa aus U.S.-amerikanischer Sicht *Lorsch* (1995), S. 111; vgl. auch *Bleicher* (1992), Sp. 444; *Pothoff* (2000), S. I.

Stellung des Chief Executive Officers, die primär darauf basiert, dass Board-Mitglieder in der Praxis durch Ausübung des Verwaltungsstimmrechtes häufig faktisch kooptiert werden⁶⁰¹, so scheint eine aktivere und opponierende Rolle der überwachenden Board-Mitglieder, welche im Grunde genommen ihr Mandat vom Management erhalten haben, weder selbstverständlich noch die Regel zu sein⁶⁰². Nennenswerter Widerstand ist dagegen erst recht nicht von den anderen geschäftsführenden Board-Mitgliedern zu erwarten, denn ihre Weisungsabhängigkeit gegenüber dem CEO im Rahmen der Leitung lassen Zweifel an ihrer Unabhängigkeit als Board-Mitglieder entstehen⁶⁰³.

Bereits der gezielte Verweis auf den eben dargelegten Sachverhalt genügt, um die eingangs aufgestellte Vermutung, typische Schwächen der Aufsichtsratskonzeption können durch weniger Rechts- und Strukturvorgaben vermieden werden, grundsätzlich in Frage zu stellen. Dort, wo im mitbestimmten Aufsichtsrat Befangenheiten und getrennte Vorbesprechungen eine offene Diskussion unterbinden⁶⁰⁴, bewirken im Board-System bei ‚mitbestimmungsfreien Verhältnissen‘ allzu unkritisch-loyale Haltungen der Board-Mitglieder⁶⁰⁵ eine u.U. trügerische und nicht minder schwerwiegende Einstimmigkeit⁶⁰⁶, die einer kontrovers geführten Auseinandersetzung mit der Unternehmensleitung abträglich ist. In diesem Zusammenhang stellt gerade die Besetzung des Boards und seiner Ausschüsse mit unabhängigen Mitgliedern eine weitere und wichtige Voraussetzung für die Effizienz dieses Führungssystems dar. Seine Gestaltungsfreiheit und deren Vorzüge, wie geringere Größe des Boards und die Nähe zur Unternehmensleitung, dürfen allerdings nicht über die Notwendigkeit hinwegtäuschen, interne Regelungen vielfach erst festlegen zu müssen⁶⁰⁷. Sie sind in

⁶⁰¹ Vgl. *Windbichler* (1985), S. 61; *Bleicher/Leberl/Paul* (1989), S. 135 f.; *Schneider-Lenné* (1995), S. 36; *Hess* (1996), S. 15; *Salzberger* (1999), S. 96; v. *Schimmelmann* (1997), S. 8; v. *Hein* (2002b), S. 503; *Pothhoff* (1996), S. 259; *Kübler* (2002a), S. 1; *Leyens* (2003), S. 71 und früher schon *Wiethölter* (1961), S. 216.

⁶⁰² Deutlich auch *Ulmer* (2002b), S. 161; *Monks* (2001), S. 144; *Leyens* (2003), S. 71 f.; wohl a. A. *Kübler* (2002a), S. 1.

Hinzu kommt, dass sich die überwachenden Board-Mitglieder „in den meisten Fällen“ in der Unterzahl befinden; so *Theisen/Hölzl* (2002), S. 276. Anders dagegen *Leyens* (2003), S. 77.

⁶⁰³ Siehe nur v. *Hein* (2002b), S. 503.

⁶⁰⁴ Siehe nur *Kaden* (2003), S. 88: „Kampfabstimmungen sind gefürchtet und finden so gut wie nie statt. Es herrscht eitel Harmonie in den Aufsichtsratssitzungen – und mag die Situation des Unternehmens noch so sehr eine lebhafte Debatte verlangen.“

⁶⁰⁵ Das trifft nach Ansicht von *Monks* (2001), S. 147, dort in FN 4, sogar auch auf die independent directors zu.

⁶⁰⁶ Dass dieser Einstimmigkeit gelegentlich auch eine ‚Einstimmung‘ vorausgeht, verdeutlicht *Hess* (1996), S. 16: „Last but not least, werden Zusammenkünfte des Board nicht selten in einem durchaus angenehmen Rahmen ausgerichtet, den es sich durch Ansprechen heikler Themen nicht zu stören geziemt.“

⁶⁰⁷ Siehe hierzu *Hess* (1996), S. 12.

der Aktiengesellschaft durch den Gesetzgeber gleichsam nur vorweggenommen. Als Resümee kann damit festgehalten werden, dass im anders konzipierten Führungssystem der Corporation system- und pfadbedingte Mängel der Aufsichtsrats-Konzeption zwar überwiegend nicht auftreten, andere Merkmalsausprägungen und Pfadabhängigkeiten aber auch zu anderen Nachteilen führen.

III. Unternehmensrechtliche Vorschriften des Sitzstaates als Einflussfaktoren für die Entfaltung potenzieller Vor- und Nachteile von Führungssystemen

Alle Gesellschaften⁶⁰⁸, die eine SE gründen wollen oder eine Umwandlung in die Rechtsform der Europäischen Aktiengesellschaft anstreben, müssen spätestens beim Gründungsvorgang in der Satzung festlegen, für welches der beiden Führungssysteme sie sich entscheiden⁶⁰⁹. Wie die Ausführungen in den vorherigen Abschnitten bereits andeutungsweise erkennen ließen, handelt es sich dabei um ein komplexes Entscheidungsproblem, weshalb diesbezügliche Überlegungen wohl allein schon aus Gründen der Sorgfaltspflicht frühzeitig anzustellen sind. Die Frage, woher die Komplexität und auch die Besonderheit dieses Entscheidungsproblems eigentlich rührt, ist nun, nachdem das Phänomen der Pfadabhängigkeit allgemein und am Beispiel der Führungssysteme von Aktiengesellschaft und Corporation eingehender behandelt wurde, zwar leichter zu beantworten. Sie erfordert aber zu ihrer sorgfältigen Klärung eine Unterscheidung in verschiedene Teilaspekte, die durch sie angesprochen werden. Diese dient gleichzeitig als Vorbereitung für den Hauptteil der Untersuchung.

Die Möglichkeit, zwischen zwei Führungssystemen innerhalb nur einer Rechtsform wählen zu können, stellt nahezu alle gründungsberechtigten und -willigen Gesellschaften⁶¹⁰ in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union – mit Ausnahme vielleicht derjenigen Frankreichs⁶¹¹ – vor eine durchaus neue Entscheidungsaufgabe. Mit ihr ist aus der Sicht deutscher Unternehmen, welche weder der Mitbestimmung unterliegen noch börsennotiert sind, allenfalls die

⁶⁰⁸ Genauer gesagt die Mitglieder der Führungsorgane.

⁶⁰⁹ Art. 38 lit. b) SE-VO.

⁶¹⁰ Zu den Unternehmen, die ein nachhaltiges Interesse an der Rechtsform bekundet haben, gehören namentlich British Petroleum, FINA, Elf Aquitaine, Mobil, British Aerospace, Airbus, IBM; siehe die Nennungen bei *Blanquet* (2002), S. 28 und 36 f. Daneben hat der aus der Fusion von Arbed, Aceralia und Usinor hervorgegangene Stahl-Konzern Arcelor jüngst in einer Pressemitteilung bekanntgegeben, in die Rechtsform der Europäischen Aktiengesellschaft zu wechseln, sobald diese zur Verfügung steht [vgl. http://www.arcelor.de/anglais/html/presse/com_03.htm, Stand: 14.03.2002]. So auch die Hoechst AG und die Rhône-Poulenc S. A. in ihrem Bericht über den Unternehmenszusammenschluss zur Aventis S. A., vgl. *Hoechst AG* (1999), S. 53; hierzu eingehender *Hoffmann* (1999), S. 1083 f.

⁶¹¹ Vgl. nochmals FN 251 [Zweiter Teil: A. II. 2. a].

Entscheidung zwischen dem (zweistufigen) Führungssystem der Aktiengesellschaft und dem (prinzipiell einstufigen) der GmbH zu vergleichen⁶¹². Ungleich schwieriger wird die Wahl jedoch dadurch, dass die Führungssysteme der Europäischen Aktiengesellschaft im Gegensatz zu denen der nationalen Gesellschaftsformen nicht bekannt, geschweige denn erprobt sind. Eine Hilfestellung gibt der Verordnungstext nur insofern, als die zur Entscheidung berufenen Führungsorgane ihr jeweiliges Führungssystem bzw. ihre jeweiligen Systeme immerhin den Grundzügen nach auch im SE-Statut wiederfinden und daher bei ihrer Entscheidung zumindest teilweise auf vorhandene Erfahrungen und Erkenntnisse zurückgreifen können. Aber selbst wenn Grundsystem und gegenwärtiger Sitz beibehalten werden, müssen sie ungeachtet dessen der Frage nachgehen, ob nicht relevante Strukturdetails rechtsformspezifisch mitunter wesentlich anders ausfallen. Da und soweit nämlich auch die als vertraut angenommene Systemalternative andere Eigenschaften aufweisen kann, ist zudem danach zu fragen, welche systembedingten Auswirkungen sie selbst und welche sie insbesondere im Zusammenspiel mit den (rechtlichen) Kontextfaktoren, die im Sitzstaat vorherrschen, auf die Leitung und Überwachung des Unternehmens haben. Dies bedarf im Falle der dem jeweiligen nationalen Recht fremden Systemalternative erst recht einer gründlichen Überprüfung, weil hier – wie auch bei einer Verlegung des Sitzes⁶¹³ – vor allem die pfadbedingten Implikationen weitaus schwieriger zu überblicken sind.

Erste und geeignete Anhalts- sowie Ansatzpunkte dafür bieten die Verweisnormen der SE-Verordnung und der ergänzenden SE-Richtlinie. Eine Bestimmung von außerordentlicher Reichweite bildet in diesem Kontext Art. 9 Abs. lit. c) ii) SE-VO, wonach die SE „in Bezug auf die nicht durch diese Verordnung geregelten Bereiche oder, sofern ein Bereich nur teilweise geregelt ist, in Bezug auf die nicht von dieser Verordnung erfassten Aspekte den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten, die auf eine nach dem Recht des Sitzstaates der SE gegründete Aktiengesellschaft Anwendung finden würden“, unterliegt. Legt man als zukünftigen Sitzstaat, wie dies für den folgenden dritten Teil der Untersuchung exemplarisch unterstellt sei, bspw. die Bundesrepublik Deutschland zugrunde, so gelangt über die zitierte ‚Öffnungsklausel‘ eine Fülle von Rechtsnormen zur Anwendung, die sehr unterschiedlichen Rechtsbereichen entstammen und im Prinzip zunächst ohne Einschränkung Beachtung verdienen⁶¹⁴. Der Katalog der einschlägigen Vorschriften lässt sich gleichwohl mit Blick auf die hier verfolgte Fragestellung auf ein überschaubares Maß reduzieren.

⁶¹² Zur sog. Strukturentscheidung siehe *Lutter* (1998a), S. 378 m.w.N.

⁶¹³ Dieselben Überlegungen wären in gleicher Weise auch bei einer späteren Verlegung des Sitzes anzustellen.

⁶¹⁴ Vgl. *Casper* (2003), S. 53.

Wie bereits aus Art. 9 SE-VO implizit und aus Art. 10 SE-VO explizit hervorgeht, gilt die SE als eine in bestimmten Bereichen dem Recht des Sitzstaates unterliegende *Aktiengesellschaft*⁶¹⁵, was Art. 3 Abs. 1 SE-VO für die Gründung nochmals ausdrücklich bekräftigt. Aus diesem Grund wird den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften des Aktiengesetzes (AktG) und ihren rechtsnorminduzierten Implikationen erhöhte Aufmerksamkeit zu widmen sein. Da die SE gemäß den Gründungsvoraussetzungen in der Regel zugleich eine rechtlich verbundene Aktiengesellschaft im Sinne des § 15 AktG repräsentiert, sind ferner auch die konzernrechtlichen Regelungen des Aktiengesetzes als relevante Einflussfaktoren für die Entfaltung von Vor- und Nachteilen mit in Betracht zu ziehen. In den Kreis der prüfungsbedürftigen Rechtsnormen gehören darüber hinaus die Vorschriften des BetrVG 52 und des MitbestG 76⁶¹⁶, auf die primär die SE-Richtlinie Bezug nimmt. Denn das in den Gründungsgesellschaften zuvor herrschende, weitreichendste Mitbestimmungsregime, wozu das deutsche Mitbestimmungsrecht zweifelsohne zählt, liefert den – im Grunde frei verhandelbaren – Maßstab für das spätere Niveau der unternehmerischen Mitbestimmung in der SE⁶¹⁷. Einschränkend ist zwar zu bemerken, dass eine SE mit Rechtssitz in Deutschland nicht zwangsläufig immer von Gesellschaften ins Leben gerufen sein muss, in denen sich die Beteiligung der Arbeitnehmer ausschließlich nach den hiesigen Regelungen richtete. Die Mehrzahl der zukünftig hier ansässigen Europäischen Aktiengesellschaften wird aber, wenn nicht durch deutsche Unternehmen allein, so doch überwiegend unter maßgeblicher Beteiligung ihrerseits gegründet werden. Der Einfluss deutscher Mitbestimmungsregeln auf die Führungssysteme der SE ist somit generell absehbar.

Auf einen Nenner gebracht muss also geprüft werden, ob sich die Vor- und Nachteile der einstufigen Board-Konzeption einerseits im monistischen System und die der zweistufigen Aufsichtsrats-Konzeption andererseits im dualistischen System einer SE mit Sitz in Deutschland trotz (oder wegen) des unternehmensrechtlichen Umfelds ungehindert entfalten können. Dahinter verbirgt sich die *praktisch relevante Frage*, ob die vergleichsweise einfache Herangehensweise ausreicht, sich im Rahmen der Entscheidungsvorbereitung behelfsmäßig an den bekannten Vorzügen und Schwächen der beiden Modelle zu orientieren. Dabei gilt es nämlich zu bedenken, dass der positive Entschluss für ein bestimmtes Führungssystem nicht nur dessen Kompatibilität mit den rechtlichen Rahmenbedingungen voraussetzt, sondern – als Betriebswirt gesprochen – sozusagen per Saldo ein Überwiegen komparativer Vorteile erfordert.

⁶¹⁵ Vgl. auch Erwägungsgrund (13) SE-VO.

⁶¹⁶ Zur Begründung, warum die Regelungen des Montan-MitbestG in der Untersuchung ausgeklammert werden, siehe nochmals FN 41 [Erster Teil: B.].

⁶¹⁷ Zur Ausnahme bei der Gründung durch Umwandlung und zum sog. Vorher-Nachher-Prinzip siehe S. 59.

Besondere Bedeutung erlangen in diesem Zusammenhang die Bestimmungen des deutschen SE-Ausführungs- und Ergänzungsgesetzes, die in der Regelungshierarchie des Art. 9 SE-VO noch vor den genannten nationalen Vorschriften rangieren und deshalb punktuell ausschlaggebend sein können. Auf sie soll allerdings, da sich das Gesetz zum jetzigen Zeitpunkt noch in der ersten Entwurfsphase befindet⁶¹⁸ und spätere Änderungen nicht auszuschließen sind, in der folgenden Analyse zwar vollständig, aber nur am Rande eingegangen werden⁶¹⁹. Wenngleich hierdurch die bei wissenschaftlichen Arbeiten wohl nie ganz auszuschließende Gefahr entsteht, rückblickend betrachtet *stellenweise* hypothetische Überlegungen angestellt zu haben, kann die Untersuchung immerhin (mit Bezug zur Realität) den reizvollen Beitrag leisten, regelungsbedürftige Sachverhalte anhand identifizierter Systemschwächen aufzuzeigen. Sie kann zweitens jene Vorzüge kenntlich machen, die durch (Änderung der vorgeschlagenen) Normen des SE-Begleitgesetzes bzw. alternativ durch Bestimmungen in der Satzung (erst) sichergestellt oder wenigstens nicht beseitigt werden sollten.

⁶¹⁸ Vgl. den vom Bundesministerium der Justiz veröffentlichten Diskussionsentwurf zum SEEG/SEAG vom 28. Februar 2003 [<http://www.bmj.bund.de>, Stand: 28.2.2003]; hierzu vorbereitend *Neye* (2002); *Teichmann* (2002a) und *ders.* (2002b).

⁶¹⁹ Ein Abgleich mit den hier interessierenden Bestimmungen des SEAG-E erfolgt jeweils in den Fußnoten.

Dritter Teil

Die Führungssysteme der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) im Spiegel des deutschen Unternehmensrechts

A. Gesellschaftsrechtliche Kompatibilität und Qualität

I. Vereinbarkeit der Führungssysteme

1. Dualistisches System

a) Rechte und Pflichten der Mitglieder des Leitungsorgans

Bereits das gemeinschaftsrechtlich verfasste, d. h. ohne Rückgriff auf nationales Aktienrecht errichtete Grundgerüst des dualistischen Führungssystems zeigt auffällige Übereinstimmungen mit den Führungsstrukturen des Aufsichtsrats-Systems¹. Schenkt man dem – im Kontext der zahlreichen Verweise des SE-Statuts gefällten – Urteil des Rechtswissenschaftlers Ulmer Glauben, die Europäische Aktiengesellschaft sei eine „nationale AG im europäischen Gewande“², so müssten sich u. a. auch die Mitglieder des Leitungsorgans (einer SE mit Sitz in Deutschland³) streng genommen in exakt derselben Rechts- und Pflichtenstellung wiederfinden wie sie Vorstandsmitglieder nach dem Aktiengesetz einnehmen. Als Beleg dafür lässt sich eine Reihe von Verordnungsbestimmungen anführen, die entweder selbst oder im Verein mit aktienrechtlichen Vorschriften für den Aufsichtsrats-modellspezifischen Feinschliff des dualistischen Systems sorgen.

Sichtbares Zeichen einer der aktienrechtlichen Verfassung entsprechenden Rechtslage ist die Abgrenzung der Aufgaben, Kompetenzen und Verantwortung des Leitungsorgans. Es besitzt das Recht und die Pflicht, „die Geschäfte der SE unter eigener Verantwortung“ zu führen⁴, während das Aufsichtsorgan (nach

¹ Siehe hierzu nochmals oben, Zweiter Teil: A. II. 2. a), S. 69 ff.

² *Ders.* (2001 a), S. 30.

³ Zur Entlastung des Textes wird die im gesamten dritten Teil der Arbeit aufrechterhaltene Annahme, Sitzstaat sei Deutschland, nicht ständig wiederholt.

⁴ Art. 39 Abs. 1 S. 1 SE-VO.

Art. 40 Abs. 1 S. 2 SE-VO) und die Hauptversammlung (gemäß § 119 AktG i.V.m. Art. 52 S. 2 SE-VO) von der Unternehmensleitung grundsätzlich ausgenommen sind. Damit vollzieht die SE-Verordnung von Grund auf eine klare Trennung zwischen Eigentum und Verwaltung⁵ sowie zwischen Leitung und Überwachung, indem sie die Mitglieder des Leitungsorgans von den Weisungen anderer Organe freistellt. Über- bzw. Unterordnungsverhältnisse innerhalb des Leitungsgremiums schließt die Verordnung dagegen nicht von vornherein aus. Voraussetzung ist allerdings nach Art. 39 Abs. 1 S. 2 SE-VO, dass direktoriale Leitungsstrukturen in den allein dem Recht des Mitgliedstaates unterliegenden Aktiengesellschaften zulässig sind⁶. Da § 77 Abs. 1 AktG eine kollegiale Teilnahme der Vorstandsmitglieder zwingend vorschreibt, gilt entsprechendes folglich auch für die Ausübung der Leitungsbefugnis durch die Angehörigen des Leitungsorgans. Mangels entgegenstehender Vorschriften im SE-Statut wird sich daher die Bildung von Ressorts und ihre Zuweisung an einzelne Mitglieder nachgerade in den durch Rechtswissenschaft und Rechtsprechung anerkannten Grenzen des § 77 Abs. 1 AktG bewegen müssen⁷.

Die weder von der Verordnung noch vom Aktiengesetz explizit genannte Möglichkeit, leitungsbezogene Aufgaben und Kompetenzen organintern zu ver-

⁵ Die Trennung zwischen Eigentum und Verwaltung ist zwar von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat betrachtet klar, jedoch keineswegs einheitlich, vgl. *Artmann* (2002), S. 196.

⁶ Die Option trägt nach Angaben von *Teichmann* (2002a), S. 1113 und *ders.* (2002c), S. 599; primär den Besonderheiten des schwedischen Gesellschaftsrechts Rechnung, das zwischen den Organen Unternehmensleitung und Geschäftsführung unterscheidet. Unklar bleibt der Verordnungstext in Art. 39 Abs. 1 S. 2 allerdings insoweit, als der Wortlaut „in eigener Verantwortung“ nicht deutlich genug zum Ausdruck bringt, ob damit im Rahmen der Möglichkeit, Vorschriften zum dualistischen System zu erlassen [vgl. Art. 39 Abs. 5 SE-VO], eventuell ein Weisungsrecht vorgesehen werden darf oder lediglich eine Grenzlinie zwischen Geschäftsführung und Oberleitung – wie im schwedischen Modell – gezogen werden kann. Gegen letzteres sprechen zumindest die Rechtsfolgen, denn das dualistische System wäre nach dieser Lesart in Wahrheit einem trialistischen System angenähert.

Davon abgesehen kommt der Weg, über Art. 39 Abs. 5 SE-VO ergänzende Vorschriften festzulegen, nur für solche EU-Mitgliedstaaten in Betracht, deren Aktienrecht kein dualistisches Führungssystem kennt. Ob darüber auch die Möglichkeiten und Grenzen der Leitungsorganisation näher geregelt werden können, ist allerdings mehr als zweifelhaft, da Art. 39 Abs. 1 S. 2 SE-VO eigentlich unmissverständlich auf die „Voraussetzungen“ des im betreffenden Mitgliedstaat geltenden Aktienrechtes zurückgreift. In den Aktienrechten der Mitgliedstaaten mit monistisch verfasster Aktiengesellschaft fehlen aber andererseits derartige Vorschriften, die als Voraussetzungen im Sinne von Art. 39 Abs. 1 S. 2 SE-VO qualifiziert werden können – d.h. der Verweis verläuft dort ‚ins Leere‘. Im Ergebnis bliebe damit der Weg über Art. 39 Abs. 5 SE-VO gerade jenen Mitgliedstaaten verschlossen, die einen echten Regelungsbedarf haben. Sie wären also gezwungen, derartige Organisationsvorschriften in ihr nationales Aktienrecht aufzunehmen. Siehe dazu auch weiter unten, Dritter Teil: A. I. 2. a), S. 151 ff.

⁷ So im Ergebnis *Hommelhoff* (2001c), S. 284. Zu den Möglichkeiten und Grenzen der Ressortbildung *Hüffer* (2002), § 77 Rn. 10 und 14 ff.

teilen, wirft sogleich die Frage auf, welche Auswirkungen dies auf die Verantwortung der Leitungsorgan-Mitglieder hat und welche Sorgfaltspflichten ihnen obliegen. Auch hier behilft sich das Statut in Art. 51 eines Verweises auf die im Sitzstaat geltenden Haftungsbestimmungen. Zum haftungsrelevanten Sorgfaltsmaßstab, dem die Qualität der Unternehmensleitung zu entsprechen hat, werden somit die (unbestimmten) Anforderungen an eine ordentliche und gewissenhafte Geschäftsleitung aus § 93 Abs. 1 AktG erhoben. Im Sinne einer rechtsformübergreifenden Auslegung der (aktienrechtlichen) Sorgfaltsnorm entbindet die Geschäftsverteilung das einzelne Mitglied des Leitungsorgans also nicht von der Gesamtverantwortung, modifiziert und reduziert sie aber auf eine Verantwortung für die Überwachung der Ressortleitung⁸.

Die Ermächtigung zur eigenverantwortlichen Leitung legt es nahe, ferner auch einen vergleichbaren Ermessensspielraum des Leitungsorgans anzunehmen⁹. Hält man sich zum Zwecke seiner näheren Bestimmung zunächst eng an den Verordnungstext¹⁰, so lässt sich den insgesamt 70 Artikeln selbst (noch) keine unmittelbare Verpflichtung auf das Unternehmensinteresse entnehmen. Vielmehr nimmt das Statut nur einmal, und zwar in Verbindung mit der Verschwiegenheitspflicht (aller Organe der SE) in Art. 49 SE-VO, ausdrücklich und unabhängig von der sprachlichen Fassung des Statuts Bezug auf die „Interessen der Gesellschaft“¹¹. Es entspräche jedoch verkürzter Teleologie, wenn man – in überzogenem Vertrauen auf die Klarheit der Diktion – in einer eher am Rande verwendeten Formulierung die ausschließliche Bindung der Führungsorgane an das kollektive Interesse der Gesellschafter erkennen wollte¹². Dagegen ließe sich zwar einwenden, anderen Rechtskreisen der Europäischen Union ist ein Unternehmensinteresse, wie es vor dem besonderen Hintergrund der mitbestimmungsrechtlichen Situation in Deutschland gesehen werden muss, als solches inhaltlich fremd. Eine interessenseitig engere Grenzziehung als beim

⁸ Vgl. Hüffer (2002), § 93 Rn. 13 b.

⁹ Der Passus „in eigener Verantwortung“ war in früheren Entwürfen der SE-VO nicht enthalten und verdeutlicht nun, wie von Hommelhoff gefordert [ders. (1990), S. 427], in welcher Weise das Leitungsorgan die Geschäfte zu führen hat.

¹⁰ Oberster Grundsatz bei der Auslegung von Gemeinschaftsrecht ist die wörtliche Sinnermittlung des Gesetzestextes durch Vergleich der sprachlichen Fassungen. Ausführlich zu den Auslegungsmethoden und zur Rangordnung von wörtlicher, systematischer, historischer und teleologischer Auslegung Maul (1998), S. 16 ff.; Casper (2003), S. 54 ff.; siehe auch Teichmann (2002b), S. 403 f. m.w.N.

¹¹ Siehe nur den inhaltlich identischen Wortlaut der englisch- oder französischsprachigen Version des Art. 49 SE-VO ‚company’s interests‘ bzw. ‚intérêts de la société‘.

¹² In der Kontroverse um das für die Führungsorgane in der AG maßgebliche Interesse verwenden Teile der deutschen Rechtswissenschaft den Begriff ‚Gesellschaftsinteresse‘, der auf das „überindividuelle“ Interesse der Gesellschafter abstellt, als bewusste Abgrenzung gegenüber dem weitergehenden Unternehmensinteresse; so z.B. bei Milbert (1997), S. 141 f.; Schmidt/Spindler (1997), S. 534 f.; Zöllner (2000), S. 146 f.

Vorstand, die sich argumentativ lediglich auf den Einheitlichkeitsgedanken stützt¹³, deshalb aber als rechtsverbindlich zu unterstellen, dürfte mit dem Gebot, Europäische Aktiengesellschaften nicht „ungerechtfertigterweise anders“ zu behandeln¹⁴, kaum zu vereinbaren sein¹⁵.

Insofern kann immerhin, vorerst aber auch nur unterstellt werden, dass das Leitungsorgan im Rahmen seiner Leitungsautonomie durchaus andere als nur die Aktionärsbelange berücksichtigen kann und Interessen generell gegeneinander abwägen darf. Ob sich allerdings der Freiraum autonomer Leitungsentscheidungen in seiner gesamten Ausdehnung mit dem des Vorstands einer Aktiengesellschaft deckt, lässt sich erst in der Gesamtbetrachtung des dualistischen Systems, d.h. also mit Rücksichtnahme auf die Rechte und Pflichten des Aufsichtorgans, genauer beurteilen. Da die Auswirkungen autonomer Leitung nicht allein vom Grad der gewährten Unabhängigkeit abhängen, sondern im Wesentlichen das Ergebnis einer (meist) faktischen Machtkonzentration sind, ist – ungeachtet der noch ausstehenden Antwort – an dieser Stelle nach den gesellschaftsrechtlichen Regelungen des SE-Statuts und des Aktiengesetzes zu fragen, die einer nachteiligen Entwicklung im Bereich der leitungsorganinternen Kräfteverhältnisse Einhalt gebieten sollen.

In personeller Hinsicht überlässt es die SE-Verordnung dem Satzungsgeber, die Anzahl der Leitungsorgan-Mitglieder in den vom SE-Ausführungs- und Ergänzungsgesetz möglicherweise genannten Grenzwerten frei festzulegen¹⁶. Greift der deutsche Gesetzgeber, was zu erwarten ist¹⁷, hierzu auf die Bestimmung des § 76 Abs. 2 AktG zurück, so kann das Leitungsorgan aus einer oder mehreren Personen bestehen¹⁸. Ein unipersonell besetztes Leitungsorgan, dessen

¹³ Siehe hierzu die Ausführungen zur wörtlichen Auslegungsmethode von *Maul* (1998), S. 17: „Ferner ist zu beachten, daß die Begriffe des Gemeinschaftsrechts als autonome Rechtsbegriffe zu verstehen sind, die zwar vor dem Hintergrund der mitgliedstaatlichen Vorstellungsbilder zu sehen sind, die aber letztlich zu einem gemeinsamen Wortsinn verschmolzen werden müssen, um die Einheit des europäischen Rechts zu wahren.“

¹⁴ Vgl. Erwägungsgrund (5) der SE-VO.

¹⁵ Dagegen spricht – im Sinne der historischen Auslegung – zudem auch der Wortlaut des Art. 74 Abs. 2 des Verordnungsentwurfes von 1991, der noch vorsah, dass Organmitglieder ihr Amt im Interesse der Gesellschaft unter besonderer Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre und der Arbeitnehmer auszuüben haben; vgl. auch *Schwarz* (2000), S. 677 Rn. 1165 und früher schon für den Verordnungsentwurf von 1975, *Rittner* (1978), S. 97. Siehe aber auch die Bedenken von *Teichmann* (2002b), S. 404, bezüglich einer Orientierung an früheren Verordnungsentwürfen.

¹⁶ Vgl. die Ermächtigungsnorm in Art. 39 Abs. 4 SE-VO.

¹⁷ Vgl. § 14 S. 1 SEAG-E; siehe auch die hierauf zielenden Vorschläge von *Teichmann* (2002a), S. 1114; *ders.* (2002c), S. 442 f. und *Hirte* (2002), S. 6.

¹⁸ Die Ausnahmeregelung des § 76 Abs. 2 S. 2 AktG, wonach der Vorstand bzw. das Leitungsorgan bei einem Grundkapital von mehr als drei Millionen Euro nur dann eingliedrig sein darf, wenn die Satzung dies vorsieht, sei hier nur der Vollständigkeit halber erwähnt, weil Art. 39 Abs. 4 SE-VO dem Satzungserfordernis aus § 76 AktG

einziges Mitglied zwangsläufig die gesamte Leitungsmacht auf sich vereint, wäre unter diesen Voraussetzungen also rechtlich zulässig. Setzt sich das Gremium demgegenüber aus mehreren Personen zusammen, kommen, wie schon erwähnt, einerseits das Kollegialprinzip und andererseits die aktienrechtlichen Grundsätze zur Geschäftsverteilung zum Tragen. Soweit sie im Rahmen von Art. 39 Abs. 1 SE-VO auch im dualistischen System Geltung erlangen, besagt dies jedoch nur, dass einzelne Mitglieder weder von der Geschäftsführung insgesamt ausgeschlossen noch anderen als weisungsabhängig unterstellt werden dürfen und innerhalb des ihnen übertragenen Ressorts alleinige Leitungsbefugnis besitzen können. Dagegen finden die Regelungen des § 77 Abs. 1 AktG im Bereich der Leitungsentscheidungen, die dem Plenum als Mindestzuständigkeiten vorbehalten sind, keine Anwendung; denn für die Beschlussfähigkeit und Beschlussfassung des Leitungsorgans hält die SE-Verordnung in Art. 50 SE-VO eigene Bestimmungen bereit. Danach genügt für einen Beschluss des Leitungsorgans die einfache Mehrheit der mindestens zur Hälfte anwesenden oder vertretenen Mitglieder¹⁹, wobei die Stimme des Vorsitzenden notfalls entscheidet²⁰.

Obwohl dieses vom aktienrechtlichen Prinzip der Gesamtgeschäftsführung²¹ abweichende Leitbild der SE-Verordnung nur solche subsidiären Regelungen vorschlägt²², die als fakultative Satzungsvereinbarungen in einer deutschen Aktiengesellschaft ohne weiteres zulässig wären und daher auf den ersten Blick wohl kaum befremden²³, bedarf die Vorschrift einer genaueren Betrachtung. Ihr Regelungsgehalt droht nämlich bei näherem Hinsehen mit dem Kollegialgebot zu kollidieren, da Art. 50 SE-VO im Gegensatz zu § 77 Abs. 1 AktG keine ausdrückliche Bestimmung enthält, nach der eine Satzungsvereinbarung, die einem oder mehreren Mitgliedern des Leitungsorgans das Recht erteilt, „Meinungsverschiedenheiten ... gegen die Mehrheit seiner Mitglieder zu entscheiden.“²⁴, ausgeschlossen ist. Es stellt sich deshalb die Frage, ob Art. 50 Abs. 1 SE-VO eine hinreichende Rechtsgrundlage bietet, auf der sich das Direktorialprinzip, wenn auch in abgemilderter Form, vielleicht doch im Leitungsorgan der SE verwirklichen lässt.

Aufschluss darüber könnte möglicherweise die Normenhierarchie des Art. 9 SE-VO geben, sofern sich die Rangpositionen der konfligierenden Bestimmun-

vorgreift, indem sie stets eine satzungsmäßige Bestimmung zur personellen Ausstattung verlangt.

¹⁹ Vgl. Art. 50 Abs. 1 lit. a), b) SE-VO.

²⁰ Vgl. Art. 50 Abs. 2 SE-VO.

²¹ Zum damit verbundenen Einstimmigkeitserfordernis Hüfner (2002), § 77 Rn. 6.

²² Gem. Art. 50 Abs. 1 S. 1 SE-VO greifen die Regelungen nur dann, wenn die Satzung der SE nichts anderes bestimmt.

²³ Ausführlich zu den Möglichkeiten vom Modell der Gesamtgeschäftsführung abzuweichen Hüfner (2002), § 77 Rn. 9 ff.

²⁴ § 77 Abs. 1 S. 2 2. HS AktG.

gen unterscheiden. Demnach würde Art. 39 Abs. 1 S. 2 SE-VO, der auf das aktienrechtliche Kollegialprinzip verweist, formal gesehen als übergeordnete Vorschrift eine anderslautende Satzungsklausel verdrängen. Da sich der Artikel jedoch eines Verweises behilft, darf man an der verdrängenden Wirkung berechtigterweise Zweifel hegen. Denn das Kollegialgebot selbst ist nicht materiell-rechtlicher Bestandteil des Gemeinschaftsrechtes. Es entspringt einer nationalen Vorschrift, die zwar, weil es sich um einen von der Verordnung nur teilweise geregelten Bereich handelt²⁵, grundsätzlich in Frage kommt, an sich aber keinen Vorrang vor den Satzungsbestimmungen genießt²⁶. Eine direktorial ausgerichtete Unternehmensleitung, bei der namentlich der Leitungsorgan-Vorsitzende qua Satzung weitergehende Befugnisse als nur ein Vetorecht²⁷ oder ein Recht zum Stichentscheid erhält, dürfte jedoch letztlich am gemeinschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz scheitern. Dieser vom Europäischen Gerichtshof mittlerweile höchstichterlich bestätigte Grundsatz²⁸ fand zumindest zwischenzeitlich seinen Niederschlag in den früheren Entwürfen der SE-Verordnung²⁹. So sah bspw. das Statut in der Fassung von 1991 in Art. 74 Abs. 1 noch ausdrücklich vor, dass die Mitglieder desselben Organs ihre Aufgaben mit denselben Rechten und Pflichten wahrnehmen. Es besteht deshalb Grund zur Annahme, das Leitungsorgan (unabhängig vom Sitz der SE) als kollegial konzipiertes Organ einzustufen.

Die voranstehenden Ausführungen zur Stellung der Leitungsorgan-Mitglieder lenken das Interesse auf die bereits am Rande kurz angesprochene Person des Vorsitzenden. Trotz oder, so möchte man sagen, gerade wegen der Zurückhaltung des Statuts, ein Gebot gleichberechtigter Teilnahme klar auszusprechen, verwundert es, dass dieser – im Gegensatz zum Vorsitzenden des Aufsichts- sowie des Verwaltungsorgans – im Grunde nur beiläufig im Rahmen der genannten Beschlussfassungsmodalitäten erwähnt wird³⁰, sind es doch ausnahmslos die Vorsitzenden der jeweiligen Leitungsgremien, welche in den Führungssystemen eine denkwürdige Machtposition einnehmen³¹. Anhaltspunkte zu sei-

²⁵ Vgl. Art. 9 Abs. 1 lit. c) ii) SE-VO.

²⁶ Gem. Art. 9 Abs. 1 gehen Satzungsbestimmungen, soweit sie die Verordnung „ausdrücklich zulässt“, den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten vor.

²⁷ Das Vetorecht des Vorstandsvorsitzenden wird nach überwiegender, aber nicht unumstrittener Ansicht nur in mitbestimmungsfreien Aktiengesellschaften als zulässig erachtet, vgl. *Hüffer* (2002), § 77 Rn. 13 und § 84 Rn. 21 m.w.N.

²⁸ Vgl. *Teichmann* (2002b), S. 408.

²⁹ So deutlich *Schwarz* (2001), S. 1856; *ders.* (2000), S. 676 Rn. 1164 m.N. und früher schon *Rittner* (1978), S. 101, der darauf verweist, dass in Art. 64 Abs. 2 des Verordnungsentwurfes von 1975 der Begriff „Kollegium“ verwendet wird und von einer Übernahme des Kollegialprinzips spricht, vgl. *ders.* (1978), S. 112.

³⁰ Am Rande auch schon *Raiser* (1993), S. 291, allerdings mit Bezug zum Verordnungsentwurf von 1991.

³¹ Siehe hierzu nochmals die Anmerkungen und Nachweise oben, Zweiter Teil: B. II. 2. a), S. 106 f.

ner Rechtsstellung liefert der Verordnungstext nur insofern, als der Vorsitzende wie auch alle anderen ordentlichen Mitglieder sein (einfaches) Mandat vom Aufsichtsorgan bezieht³² und seine Stimme mangels anderslautender Satzungsbestimmungen bei Stimmgleichheit den Ausschlag gibt³³. Der alleinige Hinweis auf einen gegebenenfalls mit dem Recht des Stichtscheidenden ausgestatteten Vorsitzenden reicht jedoch nicht aus, um daraus eine Pflicht zur Bestellung eines Vorsitzenden abzuleiten. Die Rechtslage ist vielmehr mit Blick auf eine in Deutschland ansässige SE dahingehend auszulegen, dass das Aufsichtsorgan, sei es in Anlehnung an oder durch Rückgriff auf § 84 Abs. 2 AktG³⁴, einen Vorsitzenden bestimmen kann, aber nicht muss. Dies alles und nicht zuletzt der bereits angeführte Gleichbehandlungsgrundsatz sprechen dafür, im Leitungsorgan-Vorsitzenden ‚allenfalls‘ einen *primus inter pares* zu erblicken.

Im Gegensatz zur Rechtsfigur des Vorsitzenden findet das organisationsrechtliche Instrument der Geschäftsordnung kein Wort der Erwähnung. Die SE-Verordnung lässt somit zunächst offen, ob dem Leitungsorgan eine solche überhaupt vorgegeben werden soll und vor allem wer im Falle dessen für ihren Erlass zuständig ist. Gem. Art. 9 Abs. 1 lit. c) ii) SE-VO gelangt folglich § 77 Abs. 2 des Aktiengesetzes zur Anwendung. Das Leitungsorgan darf hiernach per einstimmigen Beschluss eine Geschäftsordnung festlegen, sofern nicht die Satzung der SE die Erlasskompetenz dem Aufsichtsorgan vorbehält oder dieses Richtlinien für die Arbeit des Leitungsorgans auch ohne gesonderte satzungsmäßige Ermächtigung, spricht eigenständig, verabschiedet (hat). Dabei können der Organisationsautonomie des Aufsichts- bzw. Leitungsorgans allerdings Grenzen gesetzt sein, falls und soweit die Satzung selbst Teile der Geschäftsordnung zum Gegenstand hat³⁵. Nach maßgeblich von Lutter geprägter, aber breiter vertretener Ansicht sollte sie u.a. konkretisierende oder gar weitergehende Informationsanforderungen an das Leitungsgremium (sog. Informationsordnung) enthalten³⁶. Als grundlegende und zwingende Schritte zur Informationsversorgung des Aufsichtsorgans nennt die SE-Verordnung bereits von sich aus vierteljährliche Berichte „über den Gang der Geschäfte der SE und deren voraussichtliche Entwicklung“ (Art. 41 Abs. 1 SE-VO) und ferner die unver-

³² Art. 39 Abs. 2 S. 1 SE-VO. Zur Ausnahme einer Bestellung und Abberufung durch die Hauptversammlung siehe unten, S. 140 f.

³³ Art. 50 Abs. 2 S. 1 SE-VO.

³⁴ Ob es sich hierbei um eine Regelungslücke im Sinne von Art. 9 Abs. 1 lit. c) SE-VO handelt, die durch nationales Aktienrecht zu schließen wäre, oder das Diskriminierungsverbot [vgl. Erwägungsgrund (5) SE-VO] eine rechtliche Gleichstellung des Aufsichtsorgans verlangt, kann hier offen bleiben, da beide ‚Rechtswege‘ zu demselben Ergebnis führen.

³⁵ Vgl. § 77 Abs. 2 S. 2 AktG.

³⁶ Zur wiederholten Forderung, die Informationsversorgung des Aufsichtsrates durch eine Informationsordnung zu regeln und zu verbessern Lutter (1995a), S. 308; vgl. auch Kropff (1998), S. 614; Semler (2001), S. 510.

zügliche Übermittlung von Informationen über Ereignisse, „die sich auf die Lage der SE spürbar auswirken können“ (Art. 41 Abs. 2 SE-VO). Die Bringschuld des Leitungsorgans deckt sich also insoweit inhaltlich wie periodisch mit den Pflichten des Vorstands aus § 90 Abs. 1 Nr. 3 und 4 i.V.m. Abs. 2 Nr. 3 und 4 AktG.

Übereinstimmung herrscht auch insofern, als das Leitungsorgan Aufforderungen des Aufsichtsorgans, es mit Informationen zu versorgen, die es zur Erfüllung seiner Überwachungspflichten benötigt, uneingeschränkt nachkommen muss³⁷. Gemessen an den recht breit gefächerten und (gesetzlich) ausformulierten Informationspflichten des Vorstands in § 90 AktG steht die SE-Verordnung jedoch insgesamt deutlich hinter dem Aktiengesetz zurück. So schweigt das Statut bspw. im Bereich der für die Überwachung nicht minder bedeutsamen Geschäftspolitik, der Planung und der relevanten Kennzahlen wie Umsatz, Eigenkapitalrendite sowie Liquidität völlig. Sieht man einmal davon ab, dass derartige Größen wohl in nahezu allen größeren Unternehmen, gleich welcher Herkunft, einen selbstverständlichen Bestandteil der Berichterstattung bilden³⁸, wäre der Verzicht auf weitergehende Informationspflichten nur dann nachvollziehbar, wenn sich der europäische Gesetzgeber mit Blick auf die detaillierteren Anforderungen in den mitgliedstaatlichen Aktienrechten bewusst für eine Teilregelung entschieden hat. Ohne der Frage, ob es sich nun um eine absichtliche oder unbeabsichtigte Zurückhaltung des Ordnungsgebers handelt, im Einzelnen weiter nachzugehen, lässt sich die aufgerollte Problematik indes recht einfach entschärfen. Denn, wenn nicht bereits der deutsche Gesetzgeber im SE-Begleitgesetz in diesem Punkt für eine Gleichstellung der Leitungsorgane von SE und AG sorgt³⁹, bewirkt spätestens der Verweis in Art. 9 Abs. 1 lit. c) ii) SE-VO, welcher die Aktivierung nationaler Rechtsvorschriften an das Vorliegen einer Teilregelung knüpft, eine Erweiterung der Berichtspflichten um all jene, die § 90 AktG zusätzlich zu den Artt. 41 und 42 Abs. 1 SE-VO nennt. Somit ist ihre Wiederholung, nicht aber deren Konkretisierung oder Ergänzung im Rahmen der Geschäftsordnung entbehrlich.

Wenngleich der angesprochene Verzicht, umfangreiche(re) Berichterstattungspflichten auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene zu kodifizieren, bei einer SE mit Sitz in Deutschland aufgrund des aktienrechtlichen Umfeldes kaum ins Gewicht fällt, bleibt er angesichts der mitgliedstaatlichen Option, Bestellung und Abberufung der Leitungsorgan-Mitglieder alternativ durch die Hauptversammlung vornehmen zu lassen⁴⁰, unverständlich. Auf Unverständnis trifft er deshalb,

³⁷ Vgl. Art. 41 Abs. 3 S. 1 SE-VO.

³⁸ Dies zeigt allein schon ein Blick in die regelmäßig zu veröffentlichenden umfangreichen Quartals- und Geschäftsberichte vornehmlich der großen börsennotierten Unternehmen.

³⁹ Der vorliegende Diskussionsentwurf zum SE-Begleitgesetz verzichtet (bislang) auf eine Klarstellung, vgl. Abschnitt 4, Unterabschnitt 1 des SEAG-E.

weil es zu bedenken gilt, dass die Qualität der Überwachung auch – und stärker noch bei einem durch Organgrenzen abgesonderten Überwachungsorgan (!) – vom Gehalt der übermittelten Informationen abhängt und die Bereitschaft der Leitungsorgan-Mitglieder, ihren Informationspflichten gründlicher nachzukommen, bei einem Aufsichtsorgan, das die Mitglieder abberufen kann, zumindest tendenziell größer sein dürfte. Ein Aufsichtsorgan, dem die Personalkompetenz fehlt, läuft also Gefahr, informationell schlechter gestellt zu werden, wenn nicht das nationale Aktienrecht oder die Geschäftsordnung dem Leitungsorgan weiterreichende Informationspflichten auferlegen. Da gem. § 84 AktG nicht die Hauptversammlung, sondern nur der Aufsichtsrat, d. h. das Überwachungsorgan, die Personalhoheit über den Vorstand besitzt, die SE-Verordnung das Gegenteil aber zur Voraussetzung für die optionale Bestellung des Leitungsorgans durch die Hauptversammlung der SE macht, droht nach gegenwärtiger Rechts- und Sitzlage in Deutschland weder von der einen noch von der anderen Seite Gefahr. Überlegungen, die in die Richtung gehen, dies zum Anlass einer entsprechenden Änderung des Aktiengesetzes zu nehmen⁴¹, ist jedoch mit Nachdruck entgegen zu halten, dass die Kombination von ‚Personalhoheit der Hauptversammlung‘ und (jüngst eingeführten) ‚Verwaltungsstimmrecht‘⁴² die Kooptation des Leitungsorgans sowie des Vorstands faktisch auf eine rechtliche Grundlage stellen würde⁴³. Sie können daher nicht überzeugen.

Einer Lockerung der mitgliedschaftlichen Voraussetzungen in § 76 Abs. 3 AktG begegnen demgegenüber grundsätzlich keine Bedenken. Sie wäre erforderlich, um außer natürlichen auch juristischen Personen die Möglichkeit einer Mitgliedschaft im Leitungsorgan zu eröffnen (Art. 47 Abs. 1 SE-VO)⁴⁴. Derartige Mandate böten im direkten Vergleich zur Bestellung von ‚gewöhnlichen‘ Mitgliedern, insbesondere wenn das Maximum von sechs Jahren ausgeschöpft wird⁴⁵, sogar einen signifikanten Vorteil. Denn die Mitglieder des Leitungsorgans der SE können, was sich mit dem Aktiengesetz insoweit deckt⁴⁶, nach überwiegender Ansicht nicht ohne wichtigen Grund abberufen werden⁴⁷, die als

⁴⁰ Vgl. Art. 39 Abs. 2 S. 2 SE-VO.

⁴¹ So wohl Kübler (2003), S. 233; Bungert/Beier (2002), S. 3 in FN 26; DAV (2004), S. 80, und für das Aktiengesetz Beier (2002), S. 246 f.; einschränkend dagegen Hommelhoff (2001 c), S. 283.

⁴² Vgl. § 134 Abs. 3 S. 3 AktG.

⁴³ Vgl. Ulmer (2002b), S. 145: „Vertretung von Aktionärsstimmen durch ein Vorstandsmitglied der AG“. Deutlich auch Roth (2003), S. 374: „Praktisch läuft das auf eine Bevollmächtigung des Managements zur Stimmrechtsausübung in seiner eigenen Hauptversammlung hinaus.“

⁴⁴ Nach Ansicht von Hommelhoff (2001 c), S. 283, sollte der deutsche Gesetzgeber eine diesbezügliche Änderung des Aktiengesetzes zumindest erwägen.

⁴⁵ Art. 46 Abs. 1 SE-VO. Die wiederholte Bestellung ist möglich, vgl. Art. 46 Abs. 2 SE-VO.

⁴⁶ Siehe die Möglichkeit zur Abberufung aus wichtigem Grund in § 84 Abs. 3 S. 1 AktG; hierzu Hüffer (2003) § 84 Rn. 26 f.

Vertreter entsandte natürliche Person hingegen schon. So regt der Deutsche Corporate Governance Kodex bereits im Hinblick auf das geringere aktienrechtliche Höchstmaß von fünf Jahren an⁴⁸, bei Erstbestellungen nicht regelmäßig den zulässigen Rahmen vollständig auszureizen⁴⁹. Das dahinter verborgene Problem, sich von einem Mitglied, das sich erst im Nachhinein als ungeeignet herausstellt, wahrscheinlich nur unter Zahlung entsprechend hoher Abfindungsbeträge vorzeitig trennen zu können⁵⁰, dürfte sich bei einem Abgesandten gerade nicht oder zumindest nicht in gleichem Umfang stellen, da ihm die Vertretungsbefugnis vor Ablauf der Amtszeit vergleichsweise einfach entzogen werden kann, ohne dass dieser Vorgang am Mandat der juristischen Person etwas ändert.

Zwischenergebnis zum Leitungsorgan

In dem Maße wie die isolierte Betrachtung nur eines Führungsorgans ein Urteil über ein Führungssystem mit zweistufigem Organgefüge erlaubt, lassen sich – vorbehaltlich der noch folgenden Ausführungen zum Aufsichtsorgan – für das Leitungsorgan einer mitbestimmungsfreien, unverbundenen SE mit Sitz in Deutschland drei (vorläufige) Teilergebnisse festhalten: *Erstens* resultieren aus der Gemengelage von Gemeinschafts- und Aktienrecht keine Inkompatibilitäten, die unter dem Gesichtspunkt der Unternehmensleitung einen Sitz in Deutschland mit nennenswerten Rechtsunsicherheiten belegen würden. Selbst dort, wo die Verordnung Regelungslücken belässt, sind die gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen des Aktiengesetzes mit den statutarischen Gegebenheiten im dualistischen System der SE grundsätzlich vereinbar. Dabei reicht der Gleichlauf zwischen dem Kompetenzgefüge von (dualistisch strukturierter) SE und AG soweit, dass – trotz der Unterschiede im Regelungsgefüge – *zweitens* vom Leitungsorgan deutschen Zuschnitts als Gremium mit Vorstandsformat gesprochen werden kann. Wenn aber die beiden Organprofile nahezu identisch sind, dann dürften sich im selben Umfeld, d.h. unter gleichen Rahmenbedingungen im Übrigen, *drittens* insoweit auch die potenziellen Vor- und Nachteile einander entsprechen. Als nachteilig gegenüber der Aufsichtsrats-Konzeption

⁴⁷ Vgl. Maul (2002), S. 418; Hommelhoff (2001c), S. 283; a.A. Theisen/Hölzl (2002), S. 266; Jaecks/Schönborn (2003), S. 263 und S. 265. Zur Kritik an der im Verordnungsentwurf von 1989 und 1991 enthaltenen Vorläufer-Bestimmung [vgl. Art. 62 Abs. 2 SE-VerordnungsE-1989/1991], die noch eine grundlose und jederzeitige Abberufung vorsah oder zumindest eine diesbezügliche Interpretation zuließ, Hommelhoff (1990), S. 427; Trojan-Limmer (1991), S. 1016.

⁴⁸ Vgl. § 84 Abs. 1 S. 1 AktG.

⁴⁹ Vgl. Abschnitt 5.1.2 des DCGK, vgl. Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex (2002), S. 8.

⁵⁰ Aus diesem Grund muss das Überwachungsorgan nach Meinung von Semler (2001), S. 517, auch vor einer Verlängerung der Bestellung prüfen, ob das betreffende Mitglied des Leitungsorgans weiterhin die nötigen Voraussetzungen erfüllt.

könnte sich allenfalls – sollte die von Theisen und Hölzl vertretene (Minder-) Meinung zutreffen⁵¹ – die Gefahr der vorzeitigen und grundlosen Abberufung erweisen, die Leitungsorgan-Mitglieder möglicherweise zu überzogener Vorsicht anhält. Der Profilvergleich wie auch der Systemvergleich bliebe jedoch ohne Ausweitung des Betrachtungshorizontes auf das zweite, zur Überwachung berufene Führungsorgan unvollständig.

b) Rechte und Pflichten der Mitglieder des Aufsichtsorgans

Das aktienrechtliche Leitbild einer Überwachung durch ein breitflächig separiertes Organ, dessen Angehörige weder als Mitglied des Leitungsorgans i. w. S. noch auf irgendeine andere Weise, denn durch Zustimmungsvorbehalte, an der Unternehmensleitung teilhaben dürfen, spiegelte sich bereits im ersten Verordnungs-Entwurf⁵² von Sanders wider. Es hinterließ aber auch in allen darauf folgenden Novellierungen seine gedanklichen Spuren. Daran sowie an der Überzeugung, dass die externe Aufsicht ein tragfähiges, wenn nicht gar überlegenes Überwachungskonzept darstellt, lässt zumindest die Entwicklungsgeschichte der SE-Verordnung keinen Zweifel. Anfänglich noch als bessere Lösung angesehen⁵³, verlor das dualistische System jedoch allmählich seinen privilegierten Status als bevorzugtes Überwachungsmodell – zuerst durch das Wahlrecht der Mitgliedstaaten, die entweder nur eines der beiden Führungssysteme zulassen oder die Entscheidung den Gründern überlassen konnten, und später dann durch die Öffnung der Satzung, wie sie Art. 38 lit. b) SE-VO gegenwärtig vorsieht.

Selbst in der mehrfach revidierten, nun verabschiedeten Fassung ist das aktienrechtliche Gedankengut nicht zu übersehen. Den Mitgliedern des Aufsichtsorgans bleibt die Zugehörigkeit zum Leitungsorgan – mit Ausnahme der zeitweiligen Übernahme eines vakanten Postens, währenddessen ihr Amt als Mitglied des Aufsichtsorgans ruht – generell untersagt (Art. 39 Abs. 3 SE-VO)⁵⁴. Sie

⁵¹ Vgl. *Theisen/Hölzl* (2002), S. 266. Dies ist allerdings höchst unwahrscheinlich.

⁵² Siehe dazu den Nachweis bei *Blanquet* (2002), S. 22 in FN 4.

⁵³ So nachzulesen bei *Rittner* (1978), S. 95: „Etwas konkreter (zur Übernahme der aktienrechtlichen Grundstruktur, Anm. d. Verf.) hatte sich noch der Entwurf von 1970 geäußert: Zwischen dem System der strikten und zwingenden Trennung (deutsche Lösung), dem System der strikten, aber dispositiven Trennung (französische und niederländische Lösung) und dem System der lockeren Trennung (Belgien, Italien und Luxemburg) habe man sich zugunsten der ersteren entschieden; ‚dieses ermöglicht eine dauerhaftere und wirksamere Überwachung und Kontrolle‘.“

⁵⁴ Zur insoweit deckungsgleichen Inkompatibilitätsvorschrift des Aktiengesetzes siehe § 105 AktG. Man wird im Hinblick auf die Ermächtigungsnorm, Art. 39 Abs. 3 S. 4 SE-VO, zu Recht davon ausgehen dürfen, dass der deutsche Gesetzgeber die ersatzhalber erfolgende Übernahme wie in § 105 Abs. 2 S. 1 AktG auf ein Jahr beschränkt; so auch der Diskussionsentwurf zum SE-Ausführungsgesetz, vgl. § 13 S. 1 SEAG-E.

werden von der Hauptversammlung bestellt⁵⁵ und wählen aus ihrer Mitte ein Mitglied zum Vorsitzenden⁵⁶. Dessen Recht zum Stichtscheid bildet denn auch den einzigen Punkt, worin sich die (subsidiären und damit dispositiven) Regeln zur Beschlussfähigkeit und Beschlussfassung des Aufsichtsorgans von den aktienrechtlichen Beschlussmodalitäten unterscheiden⁵⁷. Der Unterschied ist gleichwohl ein geringer und noch dazu vordergründiger, weil er lediglich darin besteht, dass die Stimme des Aufsichtsorgan-Vorsitzenden bei Stimmengleichstand bereits ohne, diejenige des Aufsichtsratsvorsitzenden hingegen erst bei Aufnahme einer gleichlautenden Satzungsbestimmung den Ausschlag gibt⁵⁸.

Die Größe des Aufsichtsorgans zu bestimmen, ist wie in der Aktiengesellschaft Aufgabe des Satzungsgebers. Sie wird aller Voraussicht nach den aufsichtsratsbezogenen Einschränkungen des § 95 AktG unterliegen, da gem. Art. 40 Abs. 3 S. 2 SE-VO der deutsche Gesetzgeber die Anzahl der Mitglieder sowohl nach unten als auch nach oben begrenzen oder alternativ eine feste Mitgliederzahl vorgeben darf⁵⁹. Mitglied des Aufsichtsorgans kann dabei nur sein, wer zum einen die in der Satzung der SE ggf. aufgestellten besonderen Voraussetzungen erfüllt⁶⁰ und zum anderen zugleich als Mitglied des Aufsichtsrates einer AG rechtlich zugelassen wäre⁶¹. Die zahlenmäßige Begrenzung aus § 100 Abs. 2 AktG – auf insgesamt höchstens zehn (einfach anzurechnende⁶²) Mandate in Überwachungsorganen – erstreckt sich als Ausschlusskriterium demnach auch auf die Mitgliedschaft im Aufsichtsorgan.

Weitere Gemeinsamkeiten zwischen dem Aufsichtsorgan und dem Aufsichtsrat finden sich darüber hinaus im Bereich der mit ihrer Hauptaufgabe⁶³ eng verbundenen Rechte und Pflichten. Hierzu gehören die bereits erwähnte Zuständigkeit in den Fragen zur personellen Besetzung des Leitungsorgans⁶⁴, das Verbot, Maßnahmen der Geschäftsführung zu ergreifen, die über die Erteilung oder

⁵⁵ Art. 40 Abs. 2 S. 1 SE-VO; vgl. § 101 Abs. 1 AktG.

⁵⁶ Art. 42 SE-VO; siehe auch § 107 Abs. 1 AktG.

⁵⁷ Aus Art. 50 SE-VO geht ferner (implizit) hervor, dass das Aufsichtsorgan, wie auch der Aufsichtsrat [vgl. § 108 Abs. 1 AktG], durch Beschluss entscheidet.

⁵⁸ Vgl. Art. 50 Abs. 2 SE-VO und § 108 Abs. 2 AktG. Siehe hierzu auch die Anmerkungen von *Hüffer* (2002), § 108 Rn. 8.

⁵⁹ So z.B. der Vorschlag für ein SE-Ausführungs- und Ergänzungsgesetz von *Teichmann* (2002a), S. 1114; ausführlicher *ders.* (2002c), S. 443 f.; so auch der Diskussionsentwurf zum SE-Begleitgesetz, vgl. § 15 Abs. 1 SEAG-E.

⁶⁰ Art. 47 Abs. 3 SE-VO; siehe auch § 100 Abs. 4 AktG.

⁶¹ Vgl. Art. 47 Abs. 2 SE-VO. Siehe hierzu auch *Theisen/Hözl* (2002), S. 270 f.

⁶² Zur Anrechnung von Konzernmandaten und Mandaten als Vorsitzendem siehe § 100 Abs. 3 AktG.

⁶³ Die Geschäftsführung zu überwachen, vgl. Art. 40 Abs. 1 S. 1 SE-VO; § 111 Abs. 1 AktG.

⁶⁴ Erinnerungshalber sei auf Art. 39 Abs. 2 S. 2 SE-VO verwiesen, der i.V.m. § 84 Abs. 1 AktG eine Bestellung durch die Hauptversammlung ausschließt.

Verweigerung einer Zustimmung hinausgehen⁶⁵, das Recht, zu Überwachungszwecken gem. Art. 41 Abs. 4 SE-VO u.a. Überprüfungen durchzuführen oder durchführen zu lassen⁶⁶, sowie die Verschwiegenheits- und Sorgfaltspflichten der Aufsichtsorgan-Mitglieder⁶⁷. Auch bezüglich der Informationsrechte stehen die Angehörigen des Aufsichtsorgans ihren Kollegen im Aufsichtsrat nicht nach. Sie dürfen von allen Informationen, die das Aufsichtsorgan erhalten hat, Kenntnis nehmen⁶⁸, was ihnen nicht nur Zugang zu den vierteljährlichen Berichten nach Art. 41 Abs. 1 SE-VO und den Ad-hoc Berichten im Sinne von Art. 41 Abs. 2 SE-VO verschafft, sondern – wie oben dargelegt – ihren Zugriff auf sämtliche gem. § 90 AktG vom Leitungsorgan zu erstattenden Berichte erlaubt. Sofern der deutsche Gesetzgeber sich nicht wider Erwarten anders entscheidet⁶⁹, wird ferner jedes Mitglied des Aufsichtsorgans eigenständig einen Bericht anfordern können⁷⁰. Offen belässt dagegen die SE-Verordnung, ob Berichte in Schriftform jedem Mitglied auf Verlangen auch auszuhändigen sind oder nur zur Einsichtnahme bereitgestellt werden müssen. Da der Verordnungstext hierzu schweigt, findet – falls nicht das SE-Begleitgesetz etwas anderes bestimmen sollte – die Regelung des § 90 Abs. 5 S. 2 AktG analog Anwendung, wonach das Plenum die Aushändigung schriftlich übermittelter Informationen ausschließen kann.

Neben diesen, den Überwachungsgremien von SE und AG gemeinen Bestimmungen, die sich aus rechtsvergleichender Sicht synoptisch recht einfach aufreihen und ihren Regelungsinhalten nach ohne weiteres gleichsetzen lassen, enthält das SE-Statut nur einige wenige Vorschriften, an denen deutlich wird, dass sich die Rechts- und Pflichtenstellung – und damit die Kompetenzausstattung – des Aufsichtsorgans bzw. seiner Mitglieder nicht durchgängig mit dem Kompetenzgefüge in der Aktiengesellschaft deckt. So fällt dem Aufsichtsorgan zwar in gleicher Weise die Aufgabe zu, sich für oder gegen die Vornahme eines zustimmungspflichtigen Geschäftes, welches entweder die Satzung der SE oder das

⁶⁵ Vgl. Artt. 40 Abs. 1 S. 2, 48 Abs. 1 SE-VO; § 111 Abs. 4 S. 1 und 2 AktG. Siehe hierzu auch *Theisen/Hölzl* (2002), S. 267.

⁶⁶ Für den Aufsichtsrat vgl. § 111 Abs. 2 AktG.

⁶⁷ Vgl. Art. 49 SE-VO, § 116 AktG i.V.m. Art. 51 SE-VO. Ausführlich zur Pflicht der Aufsichtsratsmitglieder, über die Angelegenheiten der Gesellschaft Stillschweigen zu bewahren, *Hüffer* (2002), § 116 Rn. 6 ff. m.w.N. Die Pflicht zum sorgfältigen Umgang mit vertraulichen Informationen, welche sich nach h.M. zuvor aus den Sorgfaltspflichten ergab, hebt der durch das TransPuG angefügte Satz 2 in § 116 AktG (n.F.) nun explizit hervor.

⁶⁸ Art. 41 Abs. 5 SE-VO.

⁶⁹ Dem entspricht zumindest der Vorschlag von *Teichmann* (2002c), S. 602; sowie der Diskussionsentwurf zum SE-Ausführungsgesetz, vgl. § 16 SEAG-E.

⁷⁰ Vgl. die Ermächtigung in Art. 41 Abs. 3 S. 2 SE-VO. Der Gesetzgeber sollte und wird aller Voraussicht nach hiervon auch Gebrauch machen, da die Rechtslage in diesem Punkt dann exakt der jüngst durch das TransPuG korrigierten Regelung in § 90 Abs. 3 S. 2 AktG (n.F.) entspräche; vgl. Artikel 1 Nr. 5 b) des TransPuG.

Aufsichtsorgan selbst unter seinen Vorbehalt gestellt hat⁷¹, auszusprechen. Im Gegensatz zum Aufsichtsrat *darf* es aber abwägen, ob es von der Möglichkeit, stärker in die Geschäftsführung einbezogen zu werden⁷², Gebrauch machen sollte⁷³, während der Aufsichtsrat nach jüngst durch das Transparenz- und Publizitätsgesetz (TransPuG) veränderter Rechtslage bestimmte Arten von Geschäften als zustimmungsbedürftig deklarieren *muss*⁷⁴. Anders als bei der Aktiengesellschaft kann sich das Überwachungsorgan im dualistischen System der SE also tendenziell stärker – und ohne dabei ihre Sorgfaltspflichten zu verletzen – von den übergeordneten Leitungsmaßnahmen distanzieren als dies beim Aufsichtsrat neuerdings der Fall ist. Im Ergebnis wird somit aber der monierten „Sphäre gepflegter Zurückhaltung“⁷⁵, in die sich einige Aufsichtsräte in der Vergangenheit zurückgezogen haben, ausreichend Raum belassen. Auch wenn oder gerade weil die Rechtslage in diesem Punkt der aktienrechtlichen Situation vor In-Kraft-Treten des Transparenz- und Publizitätsgesetzes entspricht, ruft die Regelung der SE-Verordnung grundsätzliche Bedenken hervor. Denn es darf nicht vernachlässigt werden, dass ein höheres Maß an Zurückhaltung des Aufsichtsorgans dem Leitungsorgan gleichzeitig einen (vergleichsweise) größeren Handlungsspielraum verschafft und sich jede noch so gut gemeinte Enthaltensamkeit im Nachhinein, wie vergangene Unternehmensschieflagen belegen, als nachlässig herausstellen kann – eine Schwäche, die das Transparenz- und Publizitätsgesetz gezielt auszuräumen sucht⁷⁶.

⁷¹ Vgl. Art. 48 Abs. 1 SE-VO.

⁷² Dass die Billigung oder Ablehnung von Geschäftsführungsmaßnahmen als Teilnahme an der Leitung zu qualifizieren ist, dürfte wohl unstrittig sein, vgl. *Kindler* (1998), S. 108 m.w.N.; *Hüffer* (2002), § 111 Rn. 5; *Schreyögg* (1983), S. 279 m.w.N.

⁷³ Vgl. die Kann-Bestimmung des Art. 48 Abs. 1 S. 2 SE-VO, die allerdings nur dann Anwendung findet, wenn der Sitzstaat dem Aufsichtsorgan ein diesbezügliches Recht im SE-Ausführungs- und Ergänzungsgesetz einräumt. Da der Wortlaut unmissverständlich zu erkennen gibt, dass das Aufsichtsorgan – bei entsprechender Bestätigung durch den Gesetzgeber des Sitzstaates – Zustimmungsvorbehalte festlegen kann aber nicht muss, wird das deutsche SE-Begleitgesetz das diesbezügliche Recht nicht zu einer Pflicht verdichten können; dem zustimmend *Lange* (2003b), S. 305. Das bestätigt überdies auch der Diskussionsentwurf zum SE-Ausführungsgesetz, vgl. § 17 SEAG-E. Unklar daher der Vorschlag von *Teichmann* (2002a), S. 1115, wonach der deutsche Gesetzgeber die mit dem TransPuG bewirkte Änderung des § 111 Abs. 4 AktG auch für die Rechtsform der SE fruchtbar machen soll.

An diesem Punkt wird einmal mehr deutlich, dass dem Deutschen Corporate Governance Kodex nicht nur eine wichtige Regulierungsfunktion, sondern – soweit man die Unterschiede zwischen AG und SE in Betracht zieht – zukünftig auch eine Nivellierungsfunktion zukommt, vgl. Abschnitt 3.3.3 des DCGK.

⁷⁴ Siehe die Änderungen des § 111 Abs. 4 S. 2 AktG durch Artikel 1 Nr. 9 des TransPuG. Hierzu eingehender *Götz* (2002b), S. 602 f.; vgl. auch *Schüppen* (2002b), S. 1273. Ausführlich zur Vorläufer-Bestimmung *Götz* (1990), S. 637 ff.

⁷⁵ *Pothhoff* (1996), S. 265.

⁷⁶ So die Begründung zu Artikel 1 Nr. 9 des TransPuG, vgl. Regierungsentwurf TransPuG, S. 38 f.

Für Abhilfe könnte indessen der deutsche Gesetzgeber selbst sorgen, wenn er sich die Ermächtigung in Art. 48 Abs. 2 SE-VO zunutze machen würde, um einen gesetzlichen Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte näher zu bestimmen. Er hat dies zwar schon im Vorfeld der jüngsten Aktienrechtsreform generell in Erwägung gezogen, sich letztlich aber – aus nachvollziehbaren Gründen – dagegen entschieden⁷⁷. Es steht daher zu vermuten, dass dieselben Beweggründe den deutschen Gesetzgeber davon abhalten werden, die Satzungsfreiheit bei der Europäischen Aktiengesellschaft dahingehend einzuschränken⁷⁸. Angesichts dessen wird man die dargelegte Schwäche nicht vollends und allein dem SE-Statut anlasten können; sie ist bzw. wäre vielmehr das Produkt aus den genannten gemeinschaftsrechtlichen Rahmenregelungen der SE-Verordnung und einer rechtspolitischen Entscheidung des deutschen Gesetzgebers.

Die geäußerte Befürchtung, im Aufsichtsorgan könne sich jene Passivität fortsetzen, die teilweise das Geschehen in den Aufsichtsräten krisenangezeichneter Unternehmen beherrschte, erscheint vor allem auch im Hinblick auf die Unabhängigkeit des einzelnen Aufsichtsorgan-Mitgliedes gerechtfertigt. Wenngleich die Höchstgrenze einer Bestellung auf sechs Jahre⁷⁹ – verglichen mit der maximalen Amtszeit eines Aufsichtsratsmitgliedes von vier bis fünf Jahren Jahren pro Bestellakt⁸⁰ – für sich allein genommen noch keinen hinreichenden Grund zur Beanstandung bietet⁸¹, weckt sie ernsthafte Bedenken. Denn Aufsichtsorgan-Mitglieder können einer rechtlich zulässigen langen Amtszeit unbeschadet zwar de lege, insbesondere in großen Unternehmen de facto jedoch nur mit hohem Aufwand vorzeitig abberufen werden⁸². Die einmal in das Aufsichtsorgan berufenen (natürlichen⁸³) Personen gelangen damit in den Genuss einer

⁷⁷ Das Hauptargument betont vor allem die Schwierigkeit, einen griffigen und all-gemeingültigen Katalog für sämtliche Unternehmen, gleich welcher Größe und Branchen-zugehörigkeit, festzulegen, vgl. die Begründung zum Regierungsentwurf Trans-PuG, S. 39. In diesem Sinne auch *Schwark* (2002), S. 92 f.

⁷⁸ Die Bundesregierung würde damit dem Vorschlag von *Teichmann* (2002a), S. 1115, folgen. Der Verzicht auf die Festlegung eines Kataloges lässt sich allerdings auf den Gedanken des Gleichlaufs zwischen den Rechtsformen AG und SE nur unzu-reichend stützen, da im Gesamtkomplex ‚Zustimmungsvorbehalte‘ – wie dargelegt – weiterhin Unterschiede bestünden, so aber *Teichmann* (2000a), S. 1115 und die (un-zutreffende) Begründung zu § 17 SEAG-E, vgl. SEAG-E, S. 36.

⁷⁹ Art. 46 Abs. 1 SE-VO.

⁸⁰ Vgl. § 102 Abs. 1 AktG; siehe dazu das Rechenbeispiel bei *Hüffer* (2002), § 102 Rn. 2.

⁸¹ Ähnlich *Hommelhoff* (2001c), S. 283: „rechtspolitisch durchaus noch akzeptabel“.

⁸² Gem. §§ 103 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 AktG i.V.m. Art. 9 Abs. 1 lit. c) ii) SE-VO müsste zur Abberufung eines Mitgliedes entweder die Hauptversammlung einberufen oder ein Gericht angerufen werden.

⁸³ Gem. Art. 47 Abs. 1 SE-VO kann auch eine juristische Person dem Aufsichtsorgan angehören, wenn das nationale Aktienrecht dies vorsieht. Da nach § 100 Abs. 1 AktG nur natürliche Personen als Mitglied (des Aufsichtsrates) in Frage kommen, darf

kaum zu erschütternden Überwachungs- und Entscheidungsautonomie^{84,85}, die zwar bezogen auf das Verwaltungsstimmrecht zu begrüßen ist, einer allzu laxen Aufsicht aber gewiß nicht entgegenwirkt.

Die Effizienz der Überwachung ist aber nicht nur eine Frage der persönlichen Einstellung des einzelnen Mitgliedes; sie steht auch im (überwiegenden) Falle einer Besetzung mit motivierten und qualifizierten Mitgliedern in direktem Zusammenhang mit der Organisation der Aufsichtstätigkeit. Dass sich die Intensität und Qualität der Überwachung durch Arbeit in Ausschüssen schon in Gremien von mittlerer Größe erheblich verbessern lässt, dürfte wohl mittlerweile allgemeiner Erkenntnis entsprechen⁸⁶. Nicht zuletzt deshalb verwundert jedoch die vergebliche Suche im Verordnungstext nach gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen zur Ausschussbildung. Obwohl auch hier die Vorschriften des Aktiengesetzes über Art. 9 lit. c) ii) SE-VO weiterhelfen und das Ausschusswesen in der SE einer näheren Regelung zuführen, bleibt der Verzicht nicht ohne Folgen. Denn was das dualistische System der SE durch Abgrenzung der Kompetenzen des Aufsichtsorgans an Klarheit gewinnt, büßt es (aus der Sicht eines Außenstehenden) teilweise ein, da die Rechte und Pflichten der Ausschüsse bislang nicht durch eine Richtlinie der EU angeglichen wurden, in Abhängigkeit der einzelstaatlichen Aktienrechte also nicht zwangsläufig immer gleich sein müssen⁸⁷. Im Ergebnis kann ungeachtet dessen immerhin festgehalten werden, dass zwischen dem zweistufigen System der SE und dem Aufsichtsrats-System der AG in diesem Punkt keine Unterschiede bestehen⁸⁸. Die gesetzlichen Möglichkeiten und Grenzen der Ausschussbildung sind damit insgesamt weder besser noch schlechter als in der Aktiengesellschaft.

Zu einer entsprechenden, auf einen einzelnen Aspekt beschränkten Schlussfolgerung berechtigt der Verordnungstext überdies, wenn man nach den Regelungen zur Sitzungshäufigkeit sowie nach dem Verhältnis des Abschlussprüfers

das Aufsichtsorgan einer SE mit Sitz in Deutschland bei unveränderter Rechtslage nur aus solchen bestehen.

⁸⁴ Ähnlich *Hommelhoff* (2001c), S. 283.

⁸⁵ Hieran dürfte auch die jährliche Entlastung der Aufsichtsorgan-Mitglieder durch die Hauptversammlung der SE [vgl. § 119 Abs. 1 Nr. 3 AktG i.V.m. Art. 52 S. 2 SE-VO] wenig ändern.

⁸⁶ Dies belegen bspw. die Börsenzulassungsregeln und Corporate Governance-Kodizes vieler Staaten; vgl. nur Deutscher Corporate Governance Kodex, 5.3.1 ff.; Combined Code, A.5.1, B.1.1 ff. und D.3.1 f.; siehe auch die Nachweise in FN 25 [Zweiter Teil: A. I. 1. a)] und 206 [Zweiter Teil: A. II. 1. b)]. Skeptisch dagegen *Sünner* (2000), S. 496.

⁸⁷ Zu den vom Aktiengesetz genannten Aufgaben, die nicht auf einen Ausschuss übertragen werden können, siehe § 107 Abs. 3 S. 2 AktG.

⁸⁸ Hieraus folgt u. a., dass die Erteilung oder Verweigerung der Zustimmung grundsätzlich auch durch einen Ausschuss des Aufsichtsorgans erfolgen kann, wenn die Geschäftsordnung bzw. das Plenum dies bestimmt; vgl. mit Bezug zum Aktiengesetz *Hüffer* (2002), § 111 Rn. 19.

zu den Organen der SE fragt. Auch in diesen Bereichen schweigt die SE-Verordnung und auch hier gelangen die Vorschriften des Aktiengesetzes über Art. 9 lit. c) ii) SE-VO zur Anwendung⁸⁹. Der Verdienst des KonTraG, die Unabhängigkeit des Abschlussprüfers und die Position des Aufsichtsrats gestärkt zu haben⁹⁰, kommt demnach in gleicher Weise auch der SE bzw. dem Aufsichtsorgan zugute. Was aber im Hinblick auf die Erteilung des Prüfungsauftrages einen akzeptablen Ausgang findet, führt in puncto Sitzungshäufigkeit zur ‚Fortsetzung‘ eines bemängelten Zustandes. Der Ordnungsgeber muss sich deshalb nicht nur dieselbe Kritik, die schon an der Regelung des § 110 Abs. 3 AktG geübt wurde⁹¹, sondern – wegen seines einseitigen Verzichtes auf die Vorgabe eine Mindestanzahl von Sitzungen für das Aufsichtsorgan – auch den Vorwurf der Inkonsequenz gefallen lassen. Es sind nämlich keine Gründe ersichtlich, warum einerseits nur für das Verwaltungsorgan des monistischen Systems eine – fragwürdig niedrige – Sitzungsfrequenz⁹² verbindlich vorgegeben wurde und weshalb diese auf der anderen Seite, wenn der Ordnungsgeber die Anzahl der Pflichtsitzungen ‚schon‘ für mitgliedstaatsübergreifend regelbar hält, nicht parallel oder mit abweichendem Inhalt auch für das Aufsichtsorgan gelten soll.

Letztlich entscheidend für die hier verfolgte Fragestellung, ob das dualistische System in seinen Vor- oder Nachteilen das monistische System der SE und das Aufsichtsrats-System der AG übertrifft, ist jedoch der materielle Gehalt der einschlägigen Regelung, gleich welcher Ebene er entspringt. Insofern unterscheiden sich die drei Führungssysteme nur unwesentlich voneinander. Während das dualistische System (deutscher Façon) und das Aufsichtsrats-System derselben Regelung unterliegen, fällt die vorgeschriebene Mindestanzahl der Zusammenkünfte im monistischen System graduell stärker aus, da der mehr oder minder auf die Überwachung beschränkte Verwaltungsrat, ob börsennotiert oder nicht⁹³, in jedem Falle vierteljährlich zusammentreten muss.

Den bislang angesprochenen Aufgaben, Rechten und Pflichten des in der Verantwortung stehenden Aufsichtsorgans ist eines gemein: Sie lassen sich entweder direkt den gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen der SE-Verordnung oder – wie bspw. im Falle der Sitzungsfrequenz und des Prüfungsauftrages – den durch Verweis aktivierten Vorschriften des Aktiengesetzes entnehmen.

⁸⁹ Das Aufsichtsorgan einer börsennotierten SE muss gem. § 110 Abs. 3 AktG mindestens viermal im Jahr tagen. Es erteilt ferner in allen Fällen dem Abschlussprüfer den Prüfungsauftrag, vgl. § 111 Abs. 2 S. 3 AktG.

⁹⁰ Vgl. *Peltzer* (2002a), S. 14; *ders.* (1998), S. 92; *Hüffer* (2002), § 111 Rn. 12 a.; eingehend *Hommelhoff* (1998a), S. 2627 f. und *Mattheus* (1999), S. 707 ff.

⁹¹ Siehe statt vieler nur *Peltzer* (2002a), S. 15. Seiner Ansicht nach gehe die Regelung schon in die richtige Richtung, aber eben nicht weit genug.

⁹² Vgl. Art. 44 Abs. 1 SE-VO.

⁹³ Siehe im Vergleich hierzu die Bestimmung aus § 110 Abs. 3 AktG mit der Differenzierung zwischen börsennotierten und nicht börsennotierten Aktiengesellschaften.

Weitaus schwieriger und keineswegs frei von Rechtsunsicherheit kann hingegen die Rechtslage in den Bereichen beurteilt werden, in denen sich Rechte und Pflichten erst durch die Rechtsprechung des jeweiligen Sitzstaates herauskristallisiert haben⁹⁴. Davon konkret betroffen ist erstens die Beratung des Leitungsorgans durch das Aufsichtsorgan und zweitens die nicht minder bedeutsame Verpflichtung der Aufsichtsorgan-Mitglieder auf das Gesellschafts- bzw. Unternehmensinteresse.

Unterstellt man, dass zumindest im Rahmen der Verweise auf nationales Aktienrecht die dazugehörigen, von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze Geltung beanspruchen können, so wären die Angehörigen des Aufsichtsorgans nach § 116 AktG i.V.m. Art. 51 SE-VO auch in der mitbestimmungsfreien SE an das Unternehmensinteresse gebunden. Ein derartiger Rückgriff auf die mitgliedstaatliche Judikatur ist allerdings bei der Beratungskompetenz nicht ohne weiteres möglich, weil das diesbezügliche Recht und die Pflicht des Aufsichtsrates das Ergebnis einer Auslegung von § 111 Abs. 1 AktG sind, mithin einen präventiv-ausgerichteten Bestandteil seiner generellen Überwachungspflicht bilden⁹⁵. Die Überwachungspflicht des Aufsichtsorgans folgt aber aus Art. 40 Abs. 1 S. 1 SE-VO⁹⁶, beruht also ausschließlich auf Gemeinschaftsrecht, dessen Auslegung Sache des EuGH ist⁹⁷. Einer (späteren) höchstrichterlichen Klärung unbeschadet, wird man gleichwohl – in Anbetracht der von allen Mitgliedstaaten einhellig hervorgehobenen Beratungsfunktion der überwachenden Mitglieder⁹⁸ – ein Beratungsrecht und eine Beratungspflicht des Aufsichtsorgans sowohl annehmen dürfen als auch vernünftigerweise annehmen müssen⁹⁹.

Zwischenergebnis zum Aufsichtsorgan

Zusammengefasst und zu einem Zwischenergebnis verdichtet, ist also zu konstatieren, dass das Aufsichtsorgan nur wenig vom Aufsichtsrat trennt. Mit der Beschlussfassung und den zustimmungspflichtigen Geschäften konnten insgesamt zwei Bereiche identifiziert werden, in denen überhaupt nennenswerte Unterschiede existieren. Vor diesem Hintergrund scheint sich das weiter oben erwähnte Urteil von Ulmer¹⁰⁰, die SE sei eine nationale AG im europäischen Ge-

⁹⁴ Vgl. *Ulmer* (2001 a), S. 30; vgl. aber auch *Wagner* (2002), S. 987 m.w.N.

⁹⁵ Zur diesbezüglichen Klarstellung im Rahmen der ARAG/Garmenbeck-Entscheidung des BGH siehe *Henze* (1998), S. 3309 f.; vgl. auch *Hüffer* (2002), § 111 Rn. 5.

⁹⁶ Unzutreffend *Lange* (2003 b), S. 304 f.

⁹⁷ Vgl. *Wagner* (2002), S. 989; *Teichmann* (2002 a), S. 1110.

⁹⁸ So bspw. die rechtsvergleichende Studie von *Weil, Gotshal and Manges LLP* (2002), S. 53.

⁹⁹ Ein anderslautendes Urteil des EuGH ist angesichts der einhellig geteilten Meinung, die Beratung durch das Überwachungsorgan sei unverzichtbar, höchst unwahrscheinlich.

wande, beschränkt auf den Aspekt des (zweistufigen) Führungsregimes einer in Deutschland ansässigen SE offenbar bestätigt zu haben. Auf der anderen Seite ließen sich in den genannten Bereichen doch immerhin auch erste Unterschiede ausmachen, deren Implikationen *hier* – dies gilt es dabei zu bedenken – zunächst nur für den Vergleich zwischen dualistischem System und Aufsichtsrats-System eines mitbestimmungsfreien und ungebundenen Unternehmens herausgearbeitet wurden. Damit dürfte sich bereits vage erahnen lassen, warum zumindest die vom Aktiengesetz verschiedene Regelung der Zustimmungsvorbehalte Beachtung verdient. Im Gegensatz zum Zweitstimmrecht des Aufsichtsorgan-Vorsitzenden, bei dem es sich im Grunde genommen nur um eine subsidiär anders geregelte Nuance zur Beschlussfassung handelt, verdeutlicht das Recht der Zustimmungsvorbehalte nämlich, dass sich die beiden Überwachungsorgane trotz identischer Aufgaben einerseits und derselben sorgfaltsbezogenen Verantwortung andererseits in ihrer Rechts- und Pflichtenstellung nicht bloß geringfügig, sondern in einem für die Mitbestimmung und Konzernierung bedeutsamen Aspekt unterscheiden¹⁰¹. Allein unter gesellschaftsrechtlichen Gesichtspunkten betrachtet steht das Geflecht aus Rechten und Pflichten jedoch zweifelsohne im Einklang mit dem Kongruenzprinzip. Ob dies in gleicher Weise auch auf das Verwaltungsorgan einer mitbestimmungsfreien, unverbundenen SE zutrifft, ist fraglich, da die Rechtslage im Bereich der zustimmungspflichtigen Geschäfte¹⁰² – wie noch zu zeigen sein wird – einen neuralgischen Punkt des monistischen Systems berührt.

2. Monistisches System

a) Varianten des monistischen Systems

Das wesentliche Kennzeichen, welches einstufige Führungssysteme wie auch das monistische System der SE geschlossen aufweisen, ist die mehr oder weniger weitreichende Flexibilität der Führungsorganisation. Sie ermöglicht es in aller Regel, die Führungsstrukturen den unternehmensspezifischen Gegebenheiten gemäß anzupassen. Sie erfordert daher, will man – bei dem oftmals breiten Spektrum an Strukturierungsmöglichkeiten – die Vor- und Nachteile nicht anhand aller denkbaren Abstufungen, aber dennoch möglichst vollständig herausstellen, die Bildung von und die (vereinfachende) Unterscheidung zwischen typischen Strukturierungsalternativen.

Als relevante Strukturierungsvorlagen kommen aufgrund der gewählten Vorgehensweise, Vor- und Nachteile der Board-Konzeption dem monistischen Sys-

¹⁰⁰ Siehe weiter oben, Dritter Teil: A. I. 1. a), S. 133.

¹⁰¹ Zur Problematik der Rücknahme von Zustimmungsvorhalten in mitbestimmten Aktiengesellschaften siehe nochmals FN 438 [Zweiter Teil: B. II. 1.].

¹⁰² Streng genommen handelt es sich um Plenarvorbehalte.

tem (gedanklich) zu unterstellen, nur die schon erläuterten drei Strukturalternativen der U.S.-amerikanischen Corporation in Betracht¹⁰³. Wie in Abschnitt A. II. 2. b) (Erster Teil) ausgeführt, sind diese mit dem monistischen System der SE grundsätzlich zu vereinbaren. Dabei wurde jedoch die SE gewissermaßen als ‚sitzstaatenlose‘ Gesellschaftsform behandelt; mit anderen Worten ist vorerst nur geprüft und auch bestätigt worden, welche Strukturalternativen nach den Bestimmungen der SE-Verordnung (gemeinschafts)rechtlich zulässig wären. Zwischen welchen Alternativen Unternehmen tatsächlich wählen dürfen, hängt aber letztlich von der Wahl des Sitzstaates ab, da die SE-Verordnung die Zulässigkeit einzelner Lösungen im monistischen (wie im dualistischen) System daran knüpft, ob das jeweilige Aktienrecht des Mitgliedstaates solche kennt¹⁰⁴. Eine Überprüfung auf ihre rechtliche Verfügbarkeit hin scheint also angesichts der – auch in anderen Bereichen erkennbaren – ‚Renationalisierung‘¹⁰⁵ des SE-Statuts schon deshalb geboten.

Der Kunstgriff des Ordnungsgebers, auf die nationalen Aktienrechte zu verweisen, um nicht selbst ein für alle Mitgliedstaaten einheitlich geltendes Organisationsschema für die Verteilung der Aufgaben, Kompetenzen und Verantwortung innerhalb des (Leitungs- oder) Verwaltungsorgans detailliert vorgeben zu müssen, ist zwar – zugegeben – ein geschickter, aber auch nicht ganz unproblematischer Schachzug gewesen. Denn der aus durchsetzungstaktischen Gründen kodifizierte Rückgriff, der sicherlich die Verständigung der Mitgliedstaaten auf das endgültige SE-Statut erheblich erleichtert haben mag¹⁰⁶, erweist sich als durchaus problembehaftet, wenn das System dem nationalen Aktienrecht völlig unbekannt ist. Es stellt sich dann nämlich die Frage, wonach sich die Möglichkeiten und Grenzen der zulässigen Strukturierung richten sollen. Dabei hilft auch die Ermächtigung der Mitgliedstaaten, dass diese Vorschriften über ein monistisches System erlassen können, sofern das Aktienrecht keine Bestimmungen über ein einstufiges Führungssystem enthalten¹⁰⁷, im Grunde nicht weiter. Denn Art. 43 Abs. 1 S. 1 SE-VO nimmt streng genommen nur auf jene Voraussetzungen Bezug, die für nationale Aktiengesellschaften gelten – in Deutschland also nach dem Aktiengesetz gegründete Gesellschaften¹⁰⁸. Regelungen zur Strukturierung des Verwaltungsorgans im Rahmen des deutschen

¹⁰³ Siehe hierzu nochmals die Ausführungen oben, Zweiter Teil: A. II. 1. b), S. 60 ff.

¹⁰⁴ Vgl. Artt. 43 Abs. 1 und 39 Abs. 1 SE-VO.

¹⁰⁵ So *Franz J. Säcker* in seinem Diskussionsbeitrag auf dem 8. Münchener Konzern-Workshop zur Europäischen Aktiengesellschaft; siehe auch *Casper* (2003), S. 58; *Schwarz* (2001), S. 186f und *Merkt* (1992), S. 660.

¹⁰⁶ In diesem Sinne auch *Merkt* (1992), S. 654.

¹⁰⁷ Vgl. Art. 43 Abs. 4 SE-VO.

¹⁰⁸ So lautet unmissverständlich Art. 43 Abs. 1 SE-VO: „Das Verwaltungsorgan führt die Geschäfte der SE. Ein Mitgliedstaat kann vorsehen, dass ein oder mehrere Geschäftsführer die laufenden Geschäfte in eigener Verantwortung *unter denselben*

SE-Begleitgesetzes wären damit gerade nicht als Voraussetzungen im Sinne von Art. 43 Abs. 1 SE-VO zu qualifizieren¹⁰⁹. Vielmehr sind nach dieser Lesart und nach zutreffender Ansicht entsprechende Änderungen des AktG erforderlich¹¹⁰.

Fraglich ist somit, ob die zentrale Norm für das Verwaltungsorgan dahingehend zu verstehen wäre, dass die Leitungs- und Überwachungsfunktion von allen Mitgliedern des Verwaltungsorgan unbedingt gemeinsam wahrzunehmen sind (Einheitsmodell¹¹¹), zumindest solange das Aktienrecht des Sitzstaates eine Funktionstrennung nicht explizit auch für hiernach gegründete, monistisch strukturierte Aktiengesellschaften zulässt oder gar bestimmt. Gegen eine derartig strenge und enge Auslegung spricht aber in aller Deutlichkeit die Stellungnahme des Ordnungsgebers in Erwägungsgrund (14): „... eine klare Abgrenzung der Verantwortungsbereiche jener Personen, denen die Geschäftsführung obliegt, und der Personen, die mit der Aufsicht betraut sind, [ist] wünschenswert.“ Andererseits lässt der Wortlaut in Art. 43 Abs. 1 SE-VO auch eine entgegengesetzte Interpretation zu. Danach wäre die funktionale Trennung zwischen Leitung und Überwachung (Trennungsmodell¹¹²) im Verwaltungsorgan einer hier ansässigen SE zwingend einzuhalten, weil sie – wie bspw. in der deutschen Aktiengesellschaft – ‚sogar‘ durch Organgrenzen festgeschrieben ist. Die Interpretation wird jedoch weder der Konzeption des monistischen Systems, die ‚erst‘ im Falle der Mitbestimmung mindestens drei Verwaltungsorgan-Mitglieder verlangt¹¹³, noch dem Anspruch, ebenfalls kleinen und mittleren Unternehmen eine attraktive Rechtsform zur Verfügung zu stellen¹¹⁴, wirklich gerecht.

Daraus lässt sich vorsichtig schlussfolgern, dass die Verteilung der Aufgaben, Kompetenzen und Verantwortung zwischen den Mitgliedern des Verwaltungsorgan – bei unveränderter Rechtslage in Deutschland – sowohl nach dem Muster des Einheitsmodells als auch nach dem des Trennungsmodells vorgenommen werden darf¹¹⁵. Sollte allerdings das SE-Begleitgesetz in der vorliegenden Fas-

Voraussetzungen, wie sie für Aktiengesellschaften mit Sitz im Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaates gelten, führt bzw. führen.“ (Hervorhebung durch den Verf.).

¹⁰⁹ Deutlich *Teichmann* (2002a), S. 1114; *ders.* (2002c), S. 603.

¹¹⁰ So z.B. *Lutter* (2002a), S. 5 und *Teichmann* (2002b), S. 455, zur Option, auch juristische Personen als Mitglied eines Organs zu bestellen. Von der Option kann nur dann Gebrauch gemacht werden, wenn das Aktienrecht des Sitzstaates dies zulässt, vgl. Art. 47 Abs. 1 SE-VO.

¹¹¹ Siehe auch die Binnenorganisationsformen des monistischen Systems bei *Theisen/Hözl* (2002), S. 278 (dort in Abbildung 3); vgl. auch *Maul* (2002), S. 419 f.

¹¹² Die Bezeichnung überschneidet sich zwar mit einem für das Aufsichtsrats-System der AG verwendeten Synonym, soll hier aber gerade wegen der strukturellen Ähnlichkeiten zwischen ihnen gebraucht werden.

¹¹³ Vgl. Art. 43 Abs. 2 S. 3 SE-VO. Prinzipiell ist also auch eine Besetzung mit weniger als drei Mitgliedern zulässig.

¹¹⁴ Vgl. Erwägungsgrund (13) der SE-VO.

sung des Diskussionsentwurfes verabschiedet werden, ließe sich das Einheitsmodell zumindest nicht in dieser extremen Form verwirklichen, da sich das Verwaltungsorgan für den Fall, dass Verwaltungsorgan-Mitglieder zu sog. geschäftsführenden Direktoren bestellt werden, zwingend mehrheitlich aus nicht geschäftsführenden Mitgliedern zusammensetzen muss¹¹⁶. Soweit der Schluss bis hierher durch die zusammenhängende Betrachtung von SE-Verordnung und Aktiengesetz gestützt werden konnte, reichen die genannten Anhaltspunkte als Indizien freilich noch nicht aus, um die beiden Modelle als qualitativ gleichwertiges Pendant zur zweiten bzw. dritten Strukturalternative der U.S.-Corporation bezeichnen zu können. Die bisherigen Ausführungen haben nämlich (aus Gründen der Vereinfachung) die Analyse der Gestaltungsmöglichkeiten auf den Aspekt der horizontalen Segmentierung verkürzt. Über die Möglichkeit der vertikalen Strukturierung, d.h. der hierarchischen Anordnung von Organ-Mitgliedern im monistischen System allgemein¹¹⁷ wurde also noch gar keine Aussage getroffen. Diese bildet jedoch eine zur Umsetzung der drei Strukturalternativen der Board-Konzeption, insbesondere der ersten Strukturalternative¹¹⁸, nicht zu vernachlässigende Voraussetzung, die auch das monistische System erfüllen müsste, soll seinen Varianten das Prädikat ‚gleichwertig‘ verliehen werden.

Die Frage nach der Zulässigkeit direktorialer Strukturen rückt damit zum wiederholten Male in das Zentrum der Betrachtung. Grund zur Annahme, dass Über- bzw. Unterordnungsverhältnisse zwischen den (geschäftsführenden) Mitgliedern des Verwaltungsorgans gegebenenfalls statthaft sein könnten, besteht überhaupt nur deshalb, weil die Formulierung „in eigener Verantwortung“ aus Art. 43 Abs. 1 SE-VO – wie schon erwähnt – eine dementsprechende Interpretation durchaus erlaubt und sich dem Verordnungstext überdies keine entgegenstehenden Bestimmungen entnehmen lassen¹¹⁹. Daran ändert grundsätzlich auch der Versuch eines Analogieschlusses, das aktienrechtliche Kollegialgebot aus § 77 Abs. 1 AktG als Voraussetzung im Sinne des Art. 43 Abs. 1 S. 2 SE-VO einzustufen, nichts. Denn weder der Vorstand allein noch Vorstand und Aufsichtsrat zusammen entsprechen exakt dem Profil des Verwaltungsorgans¹²⁰. Beschränkt man den Blick allerdings nicht nur auf die (aktuellen) Verordnungsvorschriften und die Bestimmungen des Sitzstaates, sondern berücksichtigt zudem auch frühere Verordnungsentwürfe sowie die Rechtsprechung des EuGH,

¹¹⁵ Mit Bezug zum Verordnungsentwurf von 1991 auch *Gutsche* (1994), S. 158.

¹¹⁶ Vgl. § 24 Abs. 1 SEAG-E sowie die dazugehörige Begründung, SEAG-E, S. 39 f.; siehe aber auch die deutliche Kritik des *DAV* (2004), S. 82; im Ergebnis ferner *Merkt* (2003b), S. 656.

¹¹⁷ Wie auch der spezifischen Anordnung im Einheits- oder Trennungsmodell.

¹¹⁸ Siehe hierzu im Einzelnen weiter oben, Zweiter Teil: A. II. 1. b), S. 61 ff.

¹¹⁹ Siehe weiter oben, Zweiter Teil: A. II. 2. b), S. 77 f.

¹²⁰ Vgl. in diesem Zusammenhang nochmals die Nachweise in FN 109 [Dritter Teil: A. I. 2. a)].

so ist von der Unzulässigkeit des Direktorialprinzips aus denselben Gründen, die schon beim Leitungsorgan zu seinem Ausschluss führten¹²¹, mit der gebotenen Vorsicht auszugehen. Ein Weisungsrecht, wie es der CEO gegenüber den geschäftsführenden Board-Mitgliedern häufig besitzt, kann einem Mitglied des Verwaltungsorgans demnach nicht eingeräumt werden¹²². Doch selbst noch unter den Einschränkungen des (gemeinschaftsrechtlichen) Kollegialgebots lassen sich im Verwaltungsorgan nahezu identische ‚Board-Verhältnisse‘ schaffen.

Der Schlüssel zur fast vollständigen Nachbildung der Board-bezogenen Strukturalternativen und damit auch zur weiteren Unterscheidung der Modelle liegt im monistischen System vielmehr im Bereich der lateralen Strukturierung; d.h. konkret bei den Zustimmungsvorbehalten¹²³, für die nach Art. 48 Abs. 1 S. 1 SE-VO ein ausdrücklicher Beschluss aller Verwaltungsorgan-Mitglieder erforderlich ist (Plenarvorbehalt). Während sich beim Einheitsmodell durch Aufnahme eines umfangreichen Kataloges in die Satzung eine weitreichende Gesamtverwaltung erzwingen lässt¹²⁴, zeichnet sich das Trennungsmodell dadurch aus, dass davon zwar zum Zwecke der Überwachung ausreichender, im Vergleich aber eher zurückhaltender Gebrauch gemacht wird. Ein weiteres, der ersten Strukturalternative recht ähnliches Modell, das in Anlehnung an den Schweizer Verwaltungsrat als Delegiertenmodell bezeichnet sein soll¹²⁵, könnte der Satzungsgeber konstruieren¹²⁶, indem er nur für (sämtliche) Geschäfte nennens-

¹²¹ Siehe nochmals oben, Dritter Teil: A. I. 1. a), S. 136 ff. und die Nachweise in FN 29.

¹²² A. A. *Teichmann* (2002b), S. 444 und S. 451. Seiner Einschätzung zufolge sei der CEO in greifbare Nähe gerückt. Vgl. auch § 24 Abs. 2 S. 4 u. 5 SEAG-E, wonach die geschäftsführenden Mitglieder zwar grundsätzlich nur gemeinschaftlich zur Geschäftsführung berechtigt sind, die Satzung aber Abweichendes bestimmen kann.

¹²³ Trefflicher wäre die Bezeichnung ‚Plenarvorbehalte‘ oder ‚Plenarkompetenzen‘. Aus Gründen der Vergleichbarkeit mit den Zustimmungsvorbehalten des Aufsichtsorgans sowie des Aufsichtsrats soll hier und im Folgenden der Begriff teilweise synonym verwendet werden.

¹²⁴ Der Ausdruck ‚Gesamtverwaltung‘ sei hier bewusst anstelle der Begriffe ‚Gesamtgeschäftsführung‘ oder ‚Gesamtleitung‘ verwendet, da beide in engem Bezug zum Vorstand stehen und darüber hinaus auch nicht definitorisch streng aufeinander abgestimmt sind. So meint Gesamtgeschäftsführung Beschlussfassung nach dem Einstimmigkeitsprinzip, während der Terminus ‚Gesamtleitung‘ den Aufgaben- und Entscheidungsbereich umschreibt, der erstens nicht an einzelne Vorstandsmitglieder delegiert werden darf und zweitens einen Beschluss des Gesamtvorstands erfordert. Er sagt allerdings nichts darüber aus, ob diese Beschlüsse nur einstimmig oder auch mehrheitlich gefasst werden können; siehe hierzu *Hüffer* (2002), § 76 Rn. 6 und 18.

¹²⁵ Die Spitzenverfassung der schweizer Aktiengesellschaft ist vergleichbar gestaltungsflexibel wie die der U.S.-Corporation. In der Praxis wird die Geschäftsführungsbefugnis jedoch häufig delegiert, während der Verwaltungsrat weiterhin die Oberleitung in Form von Zustimmungsvorbehalten ausübt; vgl. *Böckli* (1992), S. 340 und 347 f.

¹²⁶ Gem. Art. 48 Abs. 1 SE-VO obliegt die Festlegung von Zustimmungsvorbehalten allein dem Satzungsgeber, sprich der Hauptversammlung der SE.

werter Größenordnung weitreichende Zustimmungsvorbehalte vorsieht¹²⁷. Hierdurch wären die grundsätzlich nur zur Aufsicht berufenen Mitglieder des Verwaltungsorgans weitaus stärker in die (Ober-)Leitung¹²⁸ eingebunden als dies im Trennungsmodell der Fall ist, und zwar ohne dass sie dabei auch an der laufenden Geschäftsführung teilhaben müssten¹²⁹.

Das Verwaltungsorgan der SE lässt sich also in Form der drei Modelle dem U.S.-amerikanischen Board of Directors entsprechend gestalten. Dabei reichen die Gestaltungsmöglichkeiten allerdings nicht soweit, dass man vom monistischen System mit Recht als konsequente Umsetzung der U.S.-amerikanischen Board-Konzeption sprechen könnte, denn dafür fehlt das Moment der Weisungsabhängigkeit. Ob das geringere Maß an Flexibilität, das aus dem Gebot kollegialer Teilnahme resultiert, allein ausreicht, um hieran schon einen rechtsformspezifischen Nachteil gegenüber der Corporation festmachen zu können, kann an dieser Stelle noch nicht abschließend beantwortet werden. Es schränkt den Satzungsgeber zwar ohne Frage in seiner Gestaltungsfreiheit ein. Bedenkt man aber die nachteiligen Wirkungen, die in der Omnipotenz des CEO zum Ausdruck kommen, so vermag sich diese Einschränkung (objektiv gesehen) sogar als nützliche und notwendige Vorbeugungsmaßnahme herauszustellen – auch wenn sie sich aus der individuellen Sicht des Gestalters zunächst als Beschneidung darstellen mag. Zumindest würde dadurch das Risiko eines übermächtigen Verwaltungsorgan-Vorsitzenden drastisch verringert, was den Vorteil hätte, dass einem hinlänglich bekannten Nachteil immerhin rechtlich Einhalt geboten wäre¹³⁰. Die CEO-Problematik beruht jedoch nicht nur, wenn auch zum wesentlichen Teil, auf den Weisungsbeziehungen zwischen den leitenden Mitgliedern. Ein omnipotenter Vorsitzender muss überdies auch rechtlich (wie faktisch) in der Lage sein, das Verwaltungsorgan insgesamt zu beherrschen. Zur endgültigen Klärung der Frage ist deshalb zu prüfen, welche Rechtsstellung die Verwaltungsorgan-Mitglieder einnehmen (können).

¹²⁷ Das Recht, einen derart breit gefassten Katalog an Zustimmungsvorbehalten festzulegen, wird zumindest für den Aufsichtsrat der AG bejaht, deutlich *Götz* (1990), S. 640.

¹²⁸ Siehe hierzu einerseits die Ausführungen zum französischen Conseil d'Administration von *Teichmann* (2002c), S. 605 f. und andererseits den Wortlaut von § 21 Abs. 1 S. 1 SEAG-E: „Der Verwaltungsrat (Verwaltungsorgan, Anm. des Verf.) leitet die Gesellschaft, bestimmt die Grundlinien ihrer Tätigkeit und überwacht deren Umsetzung.“

¹²⁹ Dieses (Leit-)Modell liegt offenbar auch dem Diskussionsentwurf zum SE-Ausführungsgesetz zugrunde; vgl. §§ 21 Abs. 1 S. 1, 24 Abs. 2 S. 1 SEAG-E.

¹³⁰ Rechtsvorschriften bieten keine absolute Sicherheit vor einer faktischen Übermacht des Verwaltungsorgan-Vorsitzenden, insbesondere dann nicht, wenn alle anderen Mitglieder seinen direktorialen Führungsstil dulden.

b) Rechte und Pflichten der Mitglieder des Verwaltungsorgans

Ziel des deutschen Gesetzgebers wird es sein, soweit möglich auch in Bezug auf das monistische System einen Gleichlauf mit dem Aktiengesetz herzustellen¹³¹. Überall dort, wo dies nur unter Einschränkungen erfolgen kann, sollte er – und wird er dem Vernehmen nach – die Unterschiede zwischen dem Verwaltungsorgan und den Organen der Aktiengesellschaft so zu minimieren suchen, dass die Wahl des monistischen Systems attraktiv bleibt¹³². Da die Eigenheiten des Trennungmodells aufgrund der Nähe zur aktienrechtlichen Verfassung vergleichsweise gering ausfallen dürften, empfiehlt es sich, zunächst dieses als Schema, nach dem das Verwaltungsorgan organisiert sein soll, näher zu beleuchten und erst im Anschluss daran die Rechte und Pflichten der Verwaltungsorgan-Mitglieder im Delegierten- bzw. Einheitsmodell zu behandeln¹³³. Die Unterschiede, aus denen sich (komparative) Vor- und Nachteile gegebenenfalls ableiten lassen, bleiben so vorerst im überschaubaren Rahmen und verdichten sich jeweils von Modell zu Modell.

aa) Leitung und Überwachung im Trennungsmodell

Konzentriert man sich als erstes auf die beiden Kerncharakteristika des Trennungsmodells, die strikt aufgabenbezogene Gruppierung der Mitglieder¹³⁴ und den eher schmalen Katalog an Plenarvorbehalten, so fällt auf, dass an der Abstimmung über zustimmungsbedürftige Maßnahmen auch die zur Leitung berufenen Verwaltungsorgan-Mitglieder teilnehmen (müssen), bei der Aktiengesellschaft indes nur die Angehörigen des Aufsichtsrats darüber befinden¹³⁵. Vor diesem Hintergrund erlangen die – für beide Systeme der SE geltenden – Regelungen zur Beschlussfassung und dadurch bedingt auch jene zur personellen

¹³¹ Siehe dazu den Beitrag von *Teichmann* (2002a), S. 1110, der Überlegungen zum SE-Ausführungsgesetz zusammenfasst, die gemeinsam mit dem zuständigen Ministerialrat des Bundesministeriums der Justiz, *Hans-W. Neye*, angestellt wurden. Eine vergleichbare Gestaltung fordern auch *Theisen/Hölzl* (2002), S. 279. Siehe auch die Begründung zum Diskussionsentwurf des SE-Begleitgesetzes, S. 23 f.

¹³² Vgl. *Teichmann* (2002b), S. 444. Der Gesetzgeber steht hier vor einer schwierigen und anspruchsvollen Aufgabe. Will er das monistische System seiner Vorzüge nicht berauben, muss er sehr sorgfältig prüfen, ob die Einschränkungen, die aus den mitbestimmungs- und konzernrechtlichen Besonderheiten resultieren werden, auch zur Einschränkung der gesellschaftsrechtlichen Möglichkeiten berechtigen.

¹³³ Es sei an dieser Stelle nicht verkannt, dass die drei Modelle in nicht wenigen Punkten ganz ähnliche Probleme aufweisen, da sie letztlich auf denselben Vorschriften beruhen. Die Probleme können sich jedoch bei der einen oder anderen Lösung weitaus drastischer auswirken und sollen aus diesem Grunde jeweils dort eingehender behandelt werden, wo sie besonders ‚virulent‘ erscheinen.

¹³⁴ In eigenständig leitende und rein überwachende Personen.

¹³⁵ Vgl. Art. 48 Abs. 1 S. 1 SE-VO; § 111 Abs. 4 S. 2 AktG.

Stärke eine völlig andere Qualität. Dieser Einsicht gewahr zu werden, bedarf es lediglich einer einfachen Überlegung.

Nach der SE-Verordnung obliegt es allein dem Satzungsgeber, innerhalb der durch den Sitzstaat vorgegebenen Schranken¹³⁶ die Anzahl der Verwaltungsorgan-Mitglieder frei zu bestimmen¹³⁷. Er kann damit festlegen, ob dem Gremium eine gerade oder ungerade Zahl an (natürlichen oder juristischen¹³⁸) Personen angehört und wie sich die Mitglieder der Stärke nach auf die Gruppe der Leitenden und die der Überwachenden verteilen soll¹³⁹. Ferner ist es seiner Entscheidung überlassen, wonach sich die Beschlussfähigkeit und die Beschlussfassung im Verwaltungsorgan richten. Als Möglichkeiten kommen grundsätzlich die subsidiären Regeln aus Art. 50 SE-VO, d.h. einfache Mehrheit und Stichentscheid des Vorsitzenden, in Betracht, was nicht ausschließt, dass die Satzung ein beliebig höheres Quorum, das bis hin zum Einstimmigkeitserfordernis reichen kann, verlangt. Über diese statutarischen ‚Stellschrauben‘ ist es der Hauptversammlung also möglich, die Abläufe im monistischen System gewissermaßen ‚zu justieren‘ und das Kräfteverhältnis auszutarieren.

Von den theoretisch denkbaren Konstruktionen, auf deren vollumfängliche und detaillierte Darstellung hier verzichtet werden kann, erfüllen allerdings nur einige die Grundvoraussetzung des Trennungsmodells. Soll dieses dem Gedanken der *checks and balances* wirklich gerecht werden, so scheidet unter anderem eine Lösung aus, bei der z.B. beide Mitgliedergruppen zahlenmäßig gleich stark sind, die subsidiären Beschlussmodalitäten der SE-Verordnung Anwendung finden und der – mit dem Recht zum Stichentscheid ausgestattete – Vorsitzende der Leitungsseite angehört. Derartige Lösungen, die leitende Mitglieder dauerhaft in die Lage versetzen würden, die überwachenden Mitglieder geschlossen zu überstimmen¹⁴⁰, sind mit der Überwachung auf gleicher Augenhöhe schlechthin nicht zu vereinbaren. Jedes strengere Mehrheitserfordernis würde dagegen eine personelle Ungleichverteilung problemlos gestatten¹⁴¹. Welche der vielen Konstellationen mit Bestimmtheit als beste Lösung anzuse-

¹³⁶ Gem. § 19 Abs. 1 SEAG-E gelten für die Besetzung des Verwaltungsorgans voraussichtlich dieselben Höchstgrenzen wie für das Aufsichtsorgan bzw. den Aufsichtsrat.

¹³⁷ Art. 43 Abs. 2 SE-VO.

¹³⁸ Vgl. Art. 47 Abs. 1 SE-VO. Voraussetzung für die Bestellung von juristischen Personen wäre eine Änderung von §§ 76 Abs. 3, 100 Abs. 1 AktG.

¹³⁹ Näheres wäre in der Satzung niederzulegen. Vgl. aber § 24 Abs. 1 S. 2 SEAG-E, wonach das Verwaltungsorgan mehrheitlich aus überwachenden Mitgliedern bestehen muss.

¹⁴⁰ Den nicht leitenden Mitgliedern käme hierbei allenfalls eine Rolle als Berater zu.

¹⁴¹ Die beiden Stellgrößen ‚Quorum‘ und ‚Mitgliederanzahl‘ sind also interdependent. Besonders deutlich wird dies am Einstimmigkeitserfordernis. Hier genügt es, im (wenig sinnvollen) Extremfall nur ein einziges Mitglied zur Überwachung abzustellen.

hen ist, lässt sich aber ohne konkreten Bezug zur Unternehmensgröße nicht ohne weiteres sagen und bleibt auch dann noch von anderen Rahmenbedingungen abhängig¹⁴². Doch selbst wenn es die Vielfalt verbietet, eine überragende Lösung konkret zu benennen, erlaubt sie immerhin eine Eingrenzung.

Geeignet sind danach nur solche Lösungen, bei denen das Stimmengewicht der überwachenden Mitglieder das der anderen wenigstens aufwiegt oder – besser noch – überwiegt¹⁴³. Die Begründung dafür liefert die SE-Verordnung selbst. Im Gegensatz zum Aufsichtsorgan darf das Verwaltungsorgan nämlich den Kreis der Geschäfte, für die ein Beschluss des Plenums erforderlich ist, weder selbständig bestimmen noch eigenmächtig verändern¹⁴⁴. Da im Trennungsmodell der Einfluss der überwachenden Mitglieder aufgrund der wenigen Zustimmungsvorbehalte ohnehin schon begrenzt ist und der deutsche Gesetzgeber aus den bereits genannten Gründen auf einen gesetzlichen Katalog voraussichtlich verzichten wird¹⁴⁵, wäre bei einem Stimmenübergewicht der Leitungsseite das System der *checks and balances* infolgedessen empfindlich gestört. Die funktionale Trennung, verstanden als Aufteilung des Führungsauftrages (aus Art. 43 Abs. 1 SE-VO) in einen Leitungs- und in einen Überwachungsauftrag, bietet so gesehen allein noch keine Sicherheit für ein ausgewogenes Kräfteverhältnis im Verwaltungsorgan. Vielmehr muss auch die Verteilung der Stimmengewichte als Produkt aus personeller Stärke und Beschlussfassungsregeln dem Gedanken, der hinter der funktionalen Trennung steckt, entsprechen, damit sich die Kräfte nicht zugunsten der Leitung und zum Nachteil der Überwachung verschieben.

Ein weiteres Indiz für das unausgewogene Verhältnis zwischen leitenden und überwachenden Mitgliedern beruht zudem auf der Tatsache, dass die Personalhoheit im monistischen System allein bei der Hauptversammlung liegt¹⁴⁶. Angesichts der Alternative, die dem Ordnungsgeber einzig geblieben wäre, eine Kooptation der Mitglieder vorzusehen¹⁴⁷, ist die Zuständigkeit bei der Haupt-

¹⁴² Ausschlaggebend könnte u. a. die Anteilseignerstruktur sein. Aber auch in Familiengesellschaften mit nur einem Groß- oder Alleinaktionär macht es einen Unterschied, ob Familienangehörige ihren Einfluss als leitendes Mitglied aktiv oder als überwachendes Mitglied eher passiv ausüben wollen.

¹⁴³ Sind die Stimmengewichte beider Seiten gleich stark, so kann es ungewollt oft zu Pattsituationen kommen.

¹⁴⁴ Die Mitgliedstaaten können das Recht, Zustimmungsvorbehalte festzulegen, nur dem Aufsichtsorgan gewähren, vgl. Art. 48 Abs. 1 S. 2 SE-VO. Unklar deshalb *Teichmann* (2002b), S. 454 f., der dieses Recht auch dem Verwaltungsorgan zugestehen will; a. A. *Hommelhoff* (2001 c), S. 284.

¹⁴⁵ Der Diskussionsentwurf zum SE-Begleitgesetz enthält (bislang) keinen Kanon zustimmungspflichtiger Geschäfte.

¹⁴⁶ Art. 43 Abs. 3 SE-VO.

¹⁴⁷ Zum Problem, das sich im Zusammenhang mit dem Verwaltungsstimmrecht aus § 134 AktG ergeben könnte, siehe weiter unten, S. 168 ff.

versammlung zwar generell ‚gut aufgehoben‘. Die Position der überwachenden Mitglieder wird jedoch dadurch nicht unerheblich geschwächt¹⁴⁸. Diese Schwäche (monistischer Systeme) kann sich vor allem auf die Qualität der Aufsicht spürbar negativ auswirken. Um ein Gespür für die Folgen zu bekommen, braucht man sich im Grunde nur den engen Zusammenhang zwischen der Qualität der Überwachung und dem Informationsstand der Überwachenden in Erinnerung zu rufen. Ohne die Gefahr personeller Konsequenzen aber mag zuweilen der nötige Anreiz fehlen, der leitende Mitglieder zur sorgfältigen Informationsversorgung der Überwachungsseite anhält. Dass die Befürchtung ihre Berechtigung hat, zeigen vergangene Fälle von Überwachungsversagen, die nicht nur, aber im Wesentlichen auch, auf die unzureichende Unterrichtung der Aufsichtspersonen zurückzuführen waren¹⁴⁹. Wie schon die Ausführungen zum Aufsichtsorgan zu bedenken gaben, droht also ein Überwachungsorgan, oder wie hier eine mit der Aufsicht betraute Gruppe, ohne Personalkompetenz informationell schlechter gestellt zu werden¹⁵⁰; umso dringlicher und bedeutender wären daher weitreichende Informationsrechte aller Verwaltungsorgan-Mitglieder. Der direkte Vergleich mit den Informationsrechten des Aufsichtsorgans, des Aufsichtsrats und ihrer jeweiligen Mitglieder fördert aber gerade an dieser Stelle deutliche Unterschiede zu Tage.

Lässt man das Aktiengesetz zunächst außer Betracht und beschränkt sich nur auf die Bestimmungen der SE-Verordnung, so überrascht es, wie knapp die Vorschriften zur Information und Unterrichtung der Verwaltungsorgan-Mitglieder – verglichen mit denen der Aufsichtsorgan-Mitglieder – ausfallen. Übereinstimmung herrscht nur insofern, als die Mitglieder vierteljährlich über „den Gang der Geschäfte der SE und deren voraussichtliche Entwicklung“ unterrichtet werden (bzw. beraten können¹⁵¹) und sie im Übrigen von allen Informationen, die dem jeweiligen Organ übermittelt werden, Kenntnis nehmen dürfen¹⁵². Den Angehörigen des Verwaltungsorgans fehlt demnach auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene das explizite Recht als aufsichtsführende Gruppe oder – nach Maßgabe der Mitgliedstaaten – auch allein, relevante Informationen von den

¹⁴⁸ Nach § 24 Abs. 5 S. 1 SEAG-E kann einem geschäftsführenden Mitglied (des Verwaltungsorgans) zwar durch Beschluss die Geschäftsführungsbefugnis entzogen werden, auf sein Verwaltungsorgan-Mandat selbst hat dies jedoch keine Auswirkung. Die dort genannte Möglichkeit der jederzeitigen Abberufung gilt lediglich für ‚Dritte‘, d. h. geschäftsführende Direktoren, die nicht dem Verwaltungsorgan angehören [vgl. § 24 Abs. 1 S. 4 SEAG-E].

¹⁴⁹ Siehe hierzu nochmals das Zitat von *Peltzer* in FN 466 [Zweiter Teil: B. II. 2. a)].

¹⁵⁰ Zur Alternative, die Mitglieder des Leitungsorgans nicht vom Aufsichtsorgan, sondern von der Hauptversammlung bestellen zu lassen [Art. 39 Abs. 2 S. 2 SE-VO], siehe oben, Dritter Teil: A. I. 1. a), S. 140 f.

¹⁵¹ Art. 44 Abs. 1 SE-VO.

¹⁵² Art. 44 Abs. 2 SE-VO. Offen bleibt damit, ob ein einzelnes Mitglied auch die Aushändigung von Unterlagen verlangen kann.

leitenden Mitgliedern zu verlangen sowie Überprüfungen vorzunehmen. Die Vorschriften zum monistischen System lassen ferner eine Bestimmung missen, wonach die leitenden Mitglieder zur rechtzeitigen Mitteilung wichtiger Ereignisse ausdrücklich verpflichtet wären. Dahinter mag sich zwar vermutlich die Überzeugung des Ordnungsgebers verbergen, dass in einem System ohne Organgrenzen die Hürden des Informationsaustausches wesentlich niedriger liegen würden¹⁵³ – schärfere Informationsrechte also gar nicht nötig seien. Doch es zeugt von blindem Vertrauen, wenn der Ordnungsgeber aus den bekannten Schieflagen monistisch-verfasster Unternehmen keine Lehren zieht und – wie hier – auf strengere Vorgaben verzichtet¹⁵⁴. Davon abgesehen ist auch die sprachliche Unterscheidung in Verwaltungsorgan-Mitglieder, die vierteljährlich beraten¹⁵⁵ und Aufsichtsorgan-Mitglieder, die vierteljährlich ‚bloß‘ unterrichtet werden¹⁵⁶, nicht so aussagekräftig, geschweige denn selbstverständlich, als dass man die für das monistische System nicht ausdrücklich kodifizierten Vorschriften zum Aufsichtsorgan unter den Begriff ‚Beratungen‘ einfach subsumieren könnte. Auch darf eine höhere Sitzungsfrequenz, wie sie im Allgemeinen für einstufige Führungssysteme angenommen wird, nicht über die Gefahr eines Informationsgefälles im Verwaltungsorgan hinwegtäuschen. Denn erstens kann von der Anzahl der Sitzungen nicht sicher auf deren Qualität geschlossen werden und zweitens entspricht das Minimum von mindestens vier Sitzungen im Jahr (Art. 44 Abs. 1 SE-VO) lediglich dem aus § 110 Abs. 3 AktG, das für börsennotierte Aktiengesellschaften gilt¹⁵⁷. Zur Vermeidung von Informationsasymmetrien im Verwaltungsorgan müsste der deutsche Gesetzgeber demnach zur Tat schreiten und im SE-Ausführungsgesetz und Ergänzungsgesetz die Informationsrechte und -pflichten aus § 90 AktG vorsehen¹⁵⁸.

Klarstellungs- und Regelungsbedarf besteht des Weiteren hinsichtlich der Geschäftsordnung, der Ausschussbildung und der Erteilung des Prüfungsauftrages. Während die beiden letztgenannten Bereiche entweder aufgrund entgegenstehender Ordnungsbestimmungen oder wegen der Nähe von Leitung und Überwachung weiterer Vorüberlegungen bedürfen, wirft der Erlass einer Geschäftsordnung durch das Verwaltungsorgan grundsätzlich keine Probleme auf. Da und soweit das Aktiengesetz auch dem Vorstand sowie dem Aufsichtsrat ein Recht

¹⁵³ So deutlich *Artmann* (2002), S. 195 m.N.

¹⁵⁴ Es sei nur an die älteren Fälle ‚Maxwell‘ und ‚Queens Moat Houses‘ erinnert; hierzu *Röller* (1994), S. 334 und *Peltzer* (1998), S. 53 in FN 18.

¹⁵⁵ Vgl. Art. 44 Abs. 1 SE-VO.

¹⁵⁶ Vgl. Art. 41 Abs. 1 SE-VO.

¹⁵⁷ Die Kritik bezieht sich nicht auf die Vorgabe an sich, da vier Sitzungen durchaus ausreichend sein können, wenn bspw. der zur Überwachungsseite gehörende Vorsitzende einen sehr engen Kontakt zur Leitungsseite pflegt, wie dies bei Aufsichtsratsvorsitzenden häufig der Fall ist.

¹⁵⁸ So auch der Diskussionsentwurf zum SE-Ausführungsgesetz, vgl. § 24 Abs. 6 SEAG-E.

zur Selbstorganisation gewährt¹⁵⁹ und überdies keine Gründe ersichtlich sind, warum nicht auch das Verwaltungsorgan unter Beachtung der satzungsmäßigen Grenzen sich selbst organisieren können soll¹⁶⁰, ist anzunehmen, dass der Gesetzgeber das Verwaltungsorgan durch eine entsprechende Bestimmung im SE-Begleitgesetz dazu ermächtigen wird¹⁶¹. Eine unbesehene und unreflektierte Übernahme der aktienrechtlichen Regelungen zum Ausschusswesen sowie zur Auftragsvergabe an den Abschlussprüfer ist demgegenüber nicht ohne weiteres möglich. So stünde einer uneingeschränkten Weitergabe der von § 107 Abs. 3 AktG enger umrissenen Delegationsmöglichkeiten schon Art. 48 Abs. 1 SE-VO entgegen. Danach erfordern Geschäfte, die im dualistischen System und (entsprechend) im Aufsichtsrats-System der Zustimmung des Überwachungsorgans bedürfen, einen ausdrücklichen Beschluss aller Verwaltungsorgan-Mitglieder. Anders als in der Aktiengesellschaft müssen sich Ausschüsse des Verwaltungsorgans jedoch nicht zwangsläufig immer nur oder überwiegend aus überwachenden Mitgliedern zusammensetzen¹⁶². Sinn und Zweck der Plenarvorbehalte ist es aber gerade, den Einfluss der überwachenden Mitglieder im monistischen System sicherzustellen, letztlich also bedeutende Geschäfte durch einen größeren Mitgliederkreis kritisch beurteilen zu lassen. Abweichend vom dualistischen System wird man daher dem Verwaltungsorgan das Recht, die Erteilung oder Verweigerung der Zustimmung einem Ausschuss zu übertragen, nicht oder zumindest nicht bedingungslos einräumen können¹⁶³.

Das Problem stellt sich in ganz ähnlicher Weise auch für die Vergabe des Prüfungsauftrages. Nur resultieren die Einschränkungen hier nicht aus entgegengesetzten Normen der SE-Verordnung¹⁶⁴, sondern einzig und allein aus der Organgemeinschaft von leitenden und überwachenden Mitgliedern im monisti-

¹⁵⁹ Vgl. § 77 Abs. 2 AktG für den Vorstand und § 82 Abs. 2 AktG i.V.m. § 107 AktG für den Aufsichtsrat; zu beidem *Hüffer* (2002), § 77 Rn. 19 ff. und § 107 Rn. 23 ff.

¹⁶⁰ Am Rande auch *Teichmann* (2002b), S. 453. In der Geschäftsordnung könnte bspw. ein Ressortverteilungsplan dokumentiert werden, auf den sich die Mitglieder des Verwaltungsorgans geeinigt haben.

¹⁶¹ Vgl. §§ 24 Abs. 4, 38 Abs. 3 SEAG-E.

¹⁶² Bedingt durch die strikte Trennung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat, wurden im hiesigen Schrifttum vornehmlich und zu Recht Effizienzvorteile für die Tätigkeit des Aufsichtsrats hervorgehoben. Die Leitungsnähe der überwachenden Mitglieder dürfte sich im monistischen System mit Funktionstrennung aber gerade dadurch erreichen und auch nutzen lassen, dass den Ausschüssen i. d. R. auch Mitglieder angehören, die in die Leitung involviert sind. Die gemeinsame Teilnahme an den Sitzungen des Verwaltungsorgans steht demgegenüber in ihrer Bedeutung zurück, da auch Vorstandsmitglieder, wengleich nicht an der Beschlussfassung, so doch häufig an den Sitzungen des Aufsichtsrats teilnehmen; vgl. *Schneider* (2002b), S. 873 ff. und früher schon *Witte* (1986), S. 529.

¹⁶³ So aber der Diskussionsentwurf zum SE-Begleitgesetz; vgl. die enumerativen Nennungen in § 38 Abs. 4 SEAG-E.

¹⁶⁴ Die SE-Verordnung schweigt hierzu völlig.

schen System. Der Kern des Problems besteht darin, dass die durch das KonTraG erst kürzlich geschaffene Distanz des Prüfers zur Unternehmensleitung nicht mehr gewahrt wäre, wenn dem Verwaltungsorgan oder einem mit Mitgliedern beider Seiten besetzten Ausschuss das Recht zur Auftragsvergabe zufiele. Was aber im Trennungsmodell keinen Schwierigkeiten begegnet, lässt sich weder im Delegierten- noch im Einheitsmodell umgehen. Um die Verdienste des KonTraG wenigstens für einen Teil der Unternehmen, die sich für das monistische System der SE entscheiden, fruchtbar zu machen, sollte der deutsche Gesetzgeber eine Regelung vorsehen, nach der – im Falle einer Funktionstrennung – die Auftragserteilung entweder nur durch die Gesamtheit der überwachenden Mitglieder oder alternativ durch einen Prüfungs- und Bilanzausschuss erfolgen darf, der sich ausschließlich aus überwachenden Mitgliedern rekrutiert¹⁶⁵. Nur so bliebe die Unabhängigkeit des Abschlussprüfers zur Leitungsseite und die aktienrechtlich geschlagene ‚Bande‘ zwischen ihm und der Überwachungsseite aufrechterhalten.

Die strukturelle Nähe zur Aufsichtsrats-Konzeption erleichtert die An- und Verwendung der aktienrechtlichen Vorschriften im Trennungsmodell darüber hinaus noch in zwei weiteren, wichtigen Bereichen. Zum einen können die Vorschriften zur Sorgfaltspflicht der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder (§§ 93, 116 AktG) recht einfach und vor allem mit der nötigen Trennschärfe den leitenden Mitgliedern einerseits und den überwachenden Mitgliedern andererseits zugeordnet werden¹⁶⁶. Die damit einhergehenden Haftungsbestimmungen, auf die Art. 51 SE-VO verweist, fügen sich insofern reibungslos in das Normengerüst des monistischen Systems ein¹⁶⁷, lassen aber die angesprochene Erweiterung der Informationsrechte umso dringlicher erscheinen; denn der scharfe Sorgfaltsmaßstab aus § 93 i.V.m. § 116 AktG setzt stillschweigend voraus, dass die für die Überwachung im Trennungsmodell verantwortlichen Mitglieder denselben Anspruch auf Information haben (müssen) wie die Angehörigen des Aufsichtsrats¹⁶⁸. Zum anderen korrespondiert die funktionale wie personelle Abgrenzung mit den Voraussetzungen, die gem. Art. 47 Abs. 2 lit. a) SE-VO i.V.m. § 100 AktG auch für die Mitgliedschaft im Verwaltungsorgan gelten¹⁶⁹. Dadurch profitiert letztlich die Überwachung im Trennungsmodell, da sowohl Interessenkonflikte, die sich aus Überkreuz-Mandaten ergeben können¹⁷⁰, als auch die über-

¹⁶⁵ Anders der Diskussionsentwurf zum SE-Ausführungsgesetz [vgl. § 21 Abs. 3 SEAG-E], der dem Verwaltungsrat die Erteilung des Prüfungsauftrages pauschal überantwortet.

¹⁶⁶ Zutreffend *Teichmann* (2002b), S. 451 f.

¹⁶⁷ Der Sachverhalt ist deshalb bemerkenswert, weil der Verweis in Art. 51 SE-VO – seinem Wortlaut nach – eine gesonderte Normierung im Rahmen des SE-Begleitgesetzes [vgl. Art. 43 Abs. 4 SE-VO] eigentlich ausschließt. Vgl. in diesem Zusammenhang §§ 24 Abs. 8, 43 SEAG-E.

¹⁶⁸ Anderenfalls wäre die Kongruenz von Aufgaben, Kompetenzen und Verantwortung beeinträchtigt.

mäßige Anhäufung von Aufsichtsmandaten schon im voraus vermieden werden¹⁷¹. Gleichwohl ist anzumerken, dass die von § 100 AktG näher spezifizierten Anforderungen weder das Ausmaß noch die Strenge haben, durch die sich die U.S.-amerikanischen Vorschriften zur Unabhängigkeit der ‚independent directors‘ auszeichnen – ein Nachteil, der allein auf die Rechtslage in Deutschland zurückzuführen ist.

bb) Leitung und Überwachung im Delegiertenmodell

Die strukturellen Unterschiede zur Spitzenverfassung der Aktiengesellschaft vergrößern sich, wenn die monistische Führungsorganisation der SE dem Schema des Delegiertenmodells folgt. Obgleich hier das Auseinanderfallen von (laufender) Geschäftsführung und (einflussreicher) Aufsicht immerhin noch eine schemenhafte Trennung zwischen Leitung und Überwachung erkennen lässt, wird ein Gleichlauf mit dem Aktiengesetz ungleich schwieriger zu erreichen sein. Während beim Trennungsmodell mit Hilfe künstlich errichteter Grenzen vielfach Inkompatibilitäten mit den aktienrechtlichen Bestimmungen umgangen werden können oder aufgrund dessen gar nicht erst entstehen, sind es im Delegiertenmodell gerade die gemeinschaftsrechtlich zulässigen ‚Grenzüberschreitungen‘, die die Vorschriften des Aktiengesetzes gleichsam auf den Prüfstand stellen. Probleme bereiten dabei vor allem diejenigen Verwaltungsorgan-Mitglieder, die als Aufsichtsführende die Geschicke des Unternehmens maßgeblich mitbestimmen. Da einerseits die Möglichkeiten der Einflussnahme ihre Einordnung als Aufsichtsratsmitglieder verbieten, ihnen andererseits aber auch die Teilnahme am sowie die genaue Kenntnis vom laufenden Tagesgeschäft fehlen, um sie als vollwertige Vorstandsmitglieder zu behandeln, bewegen sie sich letzten Endes in einer vom Aktiengesetz schwer zu durchdringenden Grauzone.

Die besonderen Schwierigkeiten, die sich bereits vage andeuten, erwecken zwar in Anbetracht der Gleichlaufbestrebungen den Anschein, als handle es sich – salopp gesprochen – um ein ‚hausgemachtes‘ Regelungsproblem des deutschen Gesetzgebers, welcher im Grunde nur vom aktienrechtlichen Leitbild loslassen und auf das monistische System zugeschnittene Sonderregelungen zulassen müsste. Am Entstehen des Problems haben jedoch die undifferenzierten Einzelverweise auf das nationale Aktienrecht und die Generalverweisungsnorm, Art. 9 SE-VO, ihren eigenen Anteil. So finden bspw. auf die Tätigkeit der Verwaltungsorgan-Mitglieder gem. Art. 51 SE-VO die Sorgfalts- und Haftungsnor-

¹⁶⁹ Vgl. auch § 22 Abs. 1 SEAG-E. Zum Ausschluss von Personen, die dem vertretungsberechtigten Organ einer abhängigen Gesellschaft angehören, siehe weiter unten, FN 552 [Dritter Teil: C. I. 3. a) bb) (1)].

¹⁷⁰ Vgl. § 100 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 AktG.

¹⁷¹ Vgl. § 100 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 sowie Abs. 2 S. 2 AktG.

men für Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder (§§ 93, 116 AktG) Anwendung, obwohl sich ihre Aufgaben, Rechte und Pflichten – im Falle der Delegiertenlösung – nicht unwesentlich voneinander unterscheiden¹⁷². Haftungsrechtliches Reibungspotenzial liegt dabei vor allem in den Plenarkompetenzen. Aus ihnen erwachsen gerade auch den nicht geschäftsführenden Mitgliedern Mitwirkungsrechte, die sich keineswegs nur auf die für den Aufsichtsrat typischen Rechte – Aufsicht führen, Rat erteilen und die Annahme oder Ablehnung einer durch die Geschäftsführung eingebrachten Beschlussvorlage – beschränken¹⁷³. Vielmehr können diese eigene Vorstellungen einbringen und die Geschäfts- und Unternehmenspolitik entscheidend mitgestalten¹⁷⁴. In Abhängigkeit des Umfanges, der im Delegiertenmodell definitionsgemäß sehr groß ist, verleihen demnach Plenarkompetenzen den nicht geschäftsführenden Mitgliedern als Gruppe wesentlich größeren Einfluss, als ihn der Aufsichtsrat besitzt. Es macht sie zusammen mit den geschäftsführenden Mitgliedern zum übergeordneten Leitungszentrum und nachgerade zu Regelungsadressaten von § 93 AktG. Ungeachtet der Frage, ob die Tätigkeiten des Verwaltungsorgans nun im Einzelnen dem Sorgfaltsmaßstab aus § 93 AktG oder § 116 AktG entsprechen müssen, wird man zumindest davon ausgehen können, dass die zur gemeinschaftlichen Führung der SE berechtigten Mitglieder gleichermaßen hierfür auch die Gesamtverantwortung tragen¹⁷⁵.

Mit dem haftungsrechtlichen Prinzip der Gesamtverantwortung vertragen sich indes nicht alle Formen der Stimmenverteilung problemlos. Bei Geltung der subsidiären Beschlussfassungsregeln und einem Stimmenübergewicht der nicht geschäftsführenden Mitglieder besäßen diese z.B. faktisch ein Weisungsrecht, da ein Beschluss des (gesamten) Verwaltungsorgans Bindungswirkung entfaltet und von den geschäftsführenden Mitgliedern umzusetzen ist¹⁷⁶. Jene aber wären

¹⁷² Wohl deshalb sieht der Diskussionsentwurf zum SE-Begleitgesetz ‚nur‘ eine entsprechende Anwendung von § 93 vor; vgl. §§ 24 Abs. 8, 43 SEAG-E und die dazugehörigen Begründungen, SEAG-E, S. 40 und S. 44. Indes – auch die Ausgestaltung der §§ 93, 116 AktG als Generalklauseln hilft hierbei nur bedingt weiter, denn eine spätere sinngemäße Anwendung und Auslegung unter Berücksichtigung der konkreten Gegebenheiten im Verwaltungsorgan schafft keine völlige Rechtssicherheit im Vorhinein; siehe hierzu *Teichmann* (2002b), S. 451 f.

¹⁷³ Siehe in diesem Zusammenhang auch die Begründung zu § 21 Abs. 1 S. 1 SEAG-E, Diskussionsentwurf, S. 37: „Die Formulierung in Absatz 1 Satz 1 ist dem französischen Code de commerce (Artikel L. 225-35) entlehnt. Sie soll deutlich machen, dass die Aufgaben des Verwaltungsrats weiter reichen als diejenigen des Aufsichtsrats im dualistischen Modell. Dies gilt *ungeachtet* der Bestellung geschäftsführender Direktoren gem. § 24.“ (Hervorhebung d. Verf.).

¹⁷⁴ Dies ist unverkennbarer Telos der Art. 44 Abs. 1, 48 Abs. 1 SE-VO.

¹⁷⁵ Dies ergibt sich zwangsläufig aus der gesamtschuldnerischen Haftung; vgl. §§ 116 i.V.m. 93 Abs. 2. S. 1 AktG. Dem entsprechen auch die Bestimmungen der §§ 24 Abs. 8, 43 SEAG-E.

¹⁷⁶ Klarstellend § 28 Abs. 2 SEAG-E. In der Begründung zu § 28 Abs. 2 des Diskussionsentwurfes zum SE-Begleitgesetz wird dazu ausgeführt, dass die Stellung der

als Mitglieder, die an der Beschlussfassung teilgenommen haben, trotz ihrer Gegenstimme weiterhin mitverantwortlich¹⁷⁷. Eine derartig unausgewogene Verteilung der Stimmengewichte erscheint nicht zuletzt deshalb ungeeignet, weil Verwaltungsorgan-Mitglieder anders als nach U.S.-amerikanischen Recht nicht in den Genuss einer haftungsrechtlichen Freistellung durch die Business Judgment Doktrin¹⁷⁸ gelangen; eine Haftung somit nicht dadurch ausschließen können, dass sie ihren Einspruch zu Protokoll geben¹⁷⁹. Weniger geeignet, wenn auch aus anderen Gründen, dürfte außerdem eine Regelung sein, nach der Beschlüsse stets einstimmig zu fassen sind. In diesem Fall ist der individuelle Einfluss des einzelnen Mitglieds zwar weitaus größer, Einstimmigkeitserfordernisse bergen jedoch stets die Gefahr in sich, die Organtätigkeit schon beim ersten Anzeichen gegenteiliger Ansichten zu lähmen. Eine qualifizierte Mehrheitsregel hingegen wäre nicht nur weniger anfällig für Meinungsverschiedenen, sondern stellt zudem die Beschlüsse auf einen breiten Konsens, der ohne die eine oder andere Seite des Verwaltungsorgans nicht zustande kommen kann.

So gestaltet wartet das monistische System gleich mit mehreren Vorteilen auf. Die Möglichkeit der weitreichenden Beratung und der Zwang, Beschlüsse mit einer qualifizierten Mehrheit zu verabschieden, tragen einerseits dafür Gewähr, dass der Beschlussfassung im Regelfall eine breite Entscheidungsfundierung vorausgehen dürfte und aufgrund der erforderlichen breiten Zustimmung nur solche Maßnahmen beschlossen werden, die nach dem überwiegenden Urteil der Mitglieder auch als entsprechend fundierte Entscheidungen anzusehen sind. Anders herum provoziert und forciert ein höheres Quorum auch dann weitere Beratungen, falls ein größerer Teil der Verwaltungsorgan-Mitglieder, gleich welcher Seite, gegen die in Frage stehende Maßnahme stimmt, dringender Handlungsbedarf jedoch besteht. Damit kann sich auch im Delegiertenmodell ein Vorteil entfalten, den Böckli für das Board-System auf den Punkt gebracht hat: „Die tendenzielle ‚Betriebsblindheit‘ der einen wird ausgeglichen durch die Unvoreingenommenheit der anderen.“¹⁸⁰

geschäftsführenden Mitglieder derjenigen der GmbH-Geschäftsführer entsprechen soll; vgl. SEAG-E, S. 41.

¹⁷⁷ In diesem Sinne wohl auch die Begründung zu § 24 Abs. 8 SEAG-E; vgl. Discussionentwurf, S. 40.

¹⁷⁸ Vgl. die ausführlichen Begründungen bei *Hopt* (1998), S. 32; *ders.* (1996), S. 920 und zuletzt *ders.* (1999), § 93 Rn. 81 ff.; ihm zustimmend *Henssler* (2000), S. 415. Zur im Aufkommen befindlichen Gegenmeinung *Ulmer* (2002a), S. 167; *Kübler* (1998b), S. 334; *Kindler* (1998), S. 107; *Mertens* (1990), S. 55; *Keßler* (1999), S. 172 ff.; wohl auch *Lutter* (2001b), S. 246 und *Fleischer* (2001), S. 24.

¹⁷⁹ Zu den präventiven Exkulpationsmöglichkeiten im Board-System siehe weiter oben, Zweiter Teil: A. II. 1. b), S. 65 ff.

¹⁸⁰ *Böckli* (1992), S. 353. Einschränkend ist anzumerken, dass von einer Unvoreingenommenheit der nicht geschäftsleitenden Mitglieder dann nicht mehr die Rede sein kann, wenn es um die (spätere) Beurteilung der von ihnen selbst eingebrachten oder verabschiedeten Vorschläge geht.

Soweit sich in diesem Sinne die Mitglieder beider Seiten gegenseitig ‚befruchten‘ können, entsteht also gerade jene, als unverzichtbar erachtete Nähe zur Leitung, die einstufige Führungssysteme für sich (berechtigterweise) in Anspruch nehmen (können). Dieser Befund muss überraschen, denn im Unterschied zum Trennungsmodell scheint sich demnach weder das Fehlen der Personalkompetenz noch der Mangel an Informationsrechten gravierend auszuwirken. Er zeigt überdies, dass sich die Nähe im monistischen System nicht geradewegs deshalb einstellt, weil die Führungspersonen einem (Verwaltungs-)Organ gemeinsam angehören. Somit ist vornehmlich der Satzungsgeber und weniger der deutsche Gesetzgeber in die Pflicht genommen, Regelungen bzw. Satzungsbestimmungen vorzusehen, die eine engere Zusammenarbeit aller Mitglieder fördern und einen Ansporn zur Informationsversorgung der nicht geschäftsführenden Mitglieder schaffen. Beides sollte – wie hier – durch umfangreiche(re) Plenarkompetenzen und einem qualifizierten Mehrheitserfordernis erreicht werden können. Die geschäftsführenden Mitglieder wären so regelmäßig gezwungen, bei ihren Kollegen, deren Stimme sie sich sichern wollen, entsprechende Überzeugungsarbeit zu leisten, womit letztlich immer die Übermittlung und Darlegung von Informationen verbunden sein dürfte.

Die Konzentration der übergeordneten Leitungsentscheidungen im Verwaltungsorgan ist augenfälliges Anzeichen einer im Kern auf die Selbstkontrolle reduzierten Überwachung, die lediglich im Verhältnis von Aufsicht und laufender Geschäftsführung noch Grundzüge einer Fremdkontrolle aufweist. Es stellt sich daher die Frage, ob die vorgeschriebene Anwendung der personellen Voraussetzungen¹⁸¹, welche für Aufsichtsratsmitglieder gelten¹⁸², auf die Mitgliedschaft im Verwaltungsorgan nach wie vor sinnvoll erscheint. Die Frage stellt sich im Grunde umso schärfer, wenn das monistische System nicht in Gestalt des Trennungsmodells vorliegt, sondern wie hier die des Delegiertenmodells annimmt. Mit anderen Worten kann es nicht als selbstverständlich angenommen werden, dass die in § 100 AktG enthaltenen Ausschlusskriterien¹⁸³ den rechtlich-organisatorischen Besonderheiten einer Delegiertenlösung ausreichend Rechnung tragen und vor diesem Hintergrund den Regelungszweck der Vorschrift weiterhin erfüllen.

Ziel von § 100 AktG ist es eine effektive Überwachung sicherzustellen¹⁸⁴. Wie die Vorschrift selbst zu erkennen gibt, sind Beeinträchtigungen der Effektivität insbesondere dann zu befürchten, wenn die Annahme des Aufsichtsmandates entweder zu Interessenkonflikten in der Person des Amtsanwärters oder zu

¹⁸¹ Vgl. Art. 47 Abs. 2 lit. b) SE-VO.

¹⁸² So der Diskussionsentwurf zum SE-Ausführungsgesetz, vgl. § 22 SEAG-E.

¹⁸³ Sie wurden unverändert in den Diskussionsentwurf zum SE-Begleitgesetz übernommen [vgl. § 22 SEAG-E].

¹⁸⁴ Vgl. Hüffer (2002), § 100 Rn. 1.

einer zeitlichen Überlastung führen würde. Da bei einer Überkreuzverflechtung auch im Verwaltungsorgan ganz ähnliche Konfliktgefahren drohen, ist der Ausschluss von Personen, die aufgrund ihrer Position als gesetzliche Vertreter eines anderen Unternehmens im Ergebnis ein hier geschäftsführendes und dort ihn selbst überwachendes Mitglied des Verwaltungsorgans zu beaufsichtigen hätten¹⁸⁵, nur sachgerecht. Richtig in der Sache, aber unzureichend in der Wirkung erscheint hingegen die Obergrenze von höchstens zehn Aufsichtsmandaten¹⁸⁶. Bedenkt man, dass die Teilnahme an der (Ober-)Leitung auch den nicht geschäftsführenden Mitgliedern regelmäßig einen höheren zeitlichen Einsatz abverlangen wird¹⁸⁷, so ist es durchaus fraglich, ob Mitglieder – mit im Extremfall zehn Mandaten – ein Pensum von mindestens 40 Sitzungen mit der gebotenen Sorgfalt (!) bewältigen können¹⁸⁸. Der Gesetzgeber sollte deshalb ernsthaft erwägen, das ohnehin schon als zu lax kritisierte Höchstmaß von zehn Aufsichts- resp. Verwaltungsmandaten herabzusetzen¹⁸⁹.

Die Ergänzung des SE-Rechts durch das deutsche Aktienrecht wirkt im Zusammenhang mit der Bestellung von Verwaltungsorgan-Mitgliedern allerdings noch ein weiteres Problem auf. Gemeint ist die Gefahr der faktischen Kooptation, welche im monistischen System durch den Verein von Personalkompetenz der Hauptversammlung (Art. 43 Abs. 3 SE-VO) und Verwaltungsstimmrecht aus § 134 Abs. 3 S. 3 AktG entsteht¹⁹⁰. Dabei handelt es sich im Grunde genommen um das Ergebnis einer zufälligen Verkettung von Vorschriften, denn die Personalhoheit der Hauptversammlung ist für monistische Führungssysteme weder ungewöhnlich noch für sich allein betrachtet in irgendeiner Weise problematisch. Auch sieht die SE-Verordnung selbst die Möglichkeit der Kooptation nicht ausdrücklich vor. Auf der anderen Seite hat sich der deutsche Gesetzgeber (wohl) nur deshalb zur Einführung des von der Gesellschaft benannten Stimmrechtsvertreters durchgerungen, weil er in der Aktiengesellschaft darauf vertrauen konnte, dass sich zwischen Vorstand und Hauptversammlung immer noch der für die Bestellung und Abberufung zuständige Aufsichtsrat befindet.

¹⁸⁵ Siehe *Hüffer* (2002), § 100 Rn. 6: „Wer überwachen soll, soll nicht selbst in einer anderen Gesellschaft der Überwachung durch den Überwachten unterliegen.“

¹⁸⁶ So aber der Diskussionsentwurf zum SE-Ausführungsgesetz [vgl. § 22 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und S. 2 SEAG-E], der sich in diesem Punkt mit § 100 Abs. 2 Nr. 1 und S. 2 AktG deckt.

¹⁸⁷ So auch *Schiessl* (2003), S. 242.

¹⁸⁸ Dabei darf nicht übersehen werden, dass ein Board of Directors im Durchschnitt sechs bis neunmal pro Jahr tagt; vgl. die Nachweise in FN 598 [Zweiter Teil: B. II. 2. b) bb)].

¹⁸⁹ Anders dagegen der Diskussionsentwurf zum SE-Begleitgesetz [vgl. § 22 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SEAG-E]. Zur Kritik und zu den Forderungen im Vorwege des KonTraG siehe die Nachweise in FN 505 [Zweiter Teil: B. II. 2. b) aa)]; vgl. auch die diesbezügliche Empfehlung des DCGK, Abschnitt 5.4.3.

¹⁹⁰ Ausführlich zum Verwaltungsstimmrecht *Wiebe* (2002); vgl. in diesem Zusammenhang auch *Roth* (2003), S. 374.

Anders verhält es sich dagegen im monistischen System der SE. Zwar ist es noch zu früh, als dass man schon zu diesem Zeitpunkt die Folgen hinreichend genau abschätzen könnte. Die Gefahr nachteiliger Entwicklungen kann jedoch nicht generell ausgeschlossen werden und dürfte im Delegiertenmodell allemal größer sein als im Trennungsmodell¹⁹¹. Den Ausschlag dafür gibt die funktionale Trennung, die im Trennungsmodell zumindest ansatzweise für die Unabhängigkeit der Überwachung sorgt. Letztlich ist aber auch hier mit Beeinträchtigungen der Überwachungsautonomie zu rechnen, wenn und soweit die Leitungsseite sich ihre Überwacher selbst aussuchen würde¹⁹².

Im Unterschied zur Bestellung schweigt die SE-Verordnung zur Abberufung der Verwaltungsorgan-Mitglieder völlig. Da in diesem Punkt eine Regelungslücke vorliegt und der deutsche Gesetzgeber vergleichbare Verhältnisse schaffen möchte, steht zu vermuten, dass er in Anlehnung an die für die Abberufung von Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder geltenden Regelungen des Aktiengesetzes entsprechende Bestimmungen im SE-Begleitgesetz vorsehen wird¹⁹³. Fraglich ist jedoch, ob die Mitglieder des Verwaltungsorgans in dieser Hinsicht als Vorstandsmitglieder zu behandeln wären, also ‚nur‘ aus wichtigem Grund¹⁹⁴, oder – wie im Falle der Aufsichtsratsmitglieder – schon grundlos abberufen werden können¹⁹⁵. Gegen das Recht die Bestellung jederzeit zu widerrufen, spräche zumindest die Folge, dass über der Tätigkeit der Verwaltungsorgan-Mitglieder stets das Damoklesschwert ‚Abberufung‘ schweben würde, was sie u. U. zu übertriebener und für das Unternehmen nachteiliger Vorsicht anhält¹⁹⁶. Gleichwohl muss der Schutz, den Vorstandsmitglieder in der Aktiengesellschaft genießen, im Kontext des aktienrechtlich ausgeklügelten Systems der *checks and balances* gesehen werden¹⁹⁷. Anders als im monistischen System der SE existiert neben dem Leitungsorgan (Vorstand) der Aufsichtsrat als Überwa-

¹⁹¹ Einschränkung ist zu bemerken, dass akute Gefahren vermutlich nur oder zumindest überwiegend in einer Europäischen Aktiengesellschaft mit breit gestreutem Anteilsbesitz drohen.

¹⁹² So schon für die Vorauswahl von Vertretern der Anteilseignerseite durch den Vorstand *Ulmer* (2002b), S. 161.

¹⁹³ Vgl. § 33 SEAG-E. Siehe hierzu auch *Teichmann* (2002b), S. 453, der bei grundloser Abberufung den Verwaltungsorgan-Mitgliedern einen Anspruch auf Schadensersatz einräumen möchte.

¹⁹⁴ Vgl. § 84 Abs. 3 S. 1 AktG. In diese Richtung zielt der Vorschlag von *Theisen/Hölzl* (2002), S. 280.

¹⁹⁵ Vgl. § 103 Abs. 1 AktG. Die Möglichkeit der Abberufung aus wichtigem Grund kennt das Aktiengesetz zwar auch für Aufsichtsratsmitglieder [vgl. § 103 Abs. 3 AktG], jedoch nur als gerichtlichen Entzug des Mandates auf Antrag des Aufsichtsrates oder, sofern es sich um durch die Satzung entsandte AR-Mitglieder handelt, auf Antrag der Aktionäre. Sie dient also primär als Selbsthilfe des Überwachungsorgans, das anderenfalls vom Beschluss der Hauptversammlung abhängig wäre.

¹⁹⁶ So ganz deutlich für den Vorstand der AG *Goette* (2000), S. 124.

¹⁹⁷ Ähnlich *Maul* (2002), S. 418.

chungsorgan mit Personalkompetenz. Würde er Vorstandsmitglieder grundlos, d. h. im ungünstigsten Falle mehr oder weniger willkürlich, abberufen dürfen, so könnte er sich allzu leicht zum eigentlichen Leitungsorgan erheben. Das aber entspräche nicht der eigenverantwortlichen Leitungsfunktion des Vorstands (§ 76 Abs. 1 AktG)¹⁹⁸ und wollte der Gesetzgeber durch die Pflicht zur Begründung der Abberufung vermeiden. Eine solche Gefahr besteht hingegen weder im Delegiertenmodell noch im Trennungsmodell. Das Hauptargument, warum Verwaltungsorgan-Mitglieder ohne wichtigen Grund abberufen werden können (sollten), liegt allerdings in der recht hohen Verwaltungsautonomie, die das Verwaltungsorgan gegenüber der Hauptversammlung besitzt¹⁹⁹. Das Risiko einer leichtfertigen Abberufung könnte dabei umgangen werden, indem der Gesetzgeber bspw. eine Drei-Viertel-Mehrheit zur Voraussetzung für ein entsprechendes Misstrauensvotum der Hauptversammlung machen würde²⁰⁰.

cc) Leitung und Überwachung im Einheitsmodell

Wenn die Verteilung der Aufgaben, Kompetenzen und Verantwortung sich nicht mehr an den Teilfunktionen der Unternehmensführung²⁰¹ orientiert, sondern im Ergebnis einer Ressortbildung gleichkommt, die alle übergeordneten, als Plenarkompetenzen formulierten und von sämtlichen Mitgliedern gemeinsam wahrzunehmenden Führungsaufgaben unangetastet lässt, dann avanciert das monistische System zum Einheitsmodell²⁰². Führt man sich die Grundstrukturen der drei monistischen Systemvarianten gesamthaft vor Augen und vergleicht sie jeweils mit der Führungsstruktur der Aktiengesellschaft, so ist eine abgestufte ‚Strukturerosion‘ unschwer zu erkennen. Die Grundzüge der aktienrechtlichen Verfassung lösen sich in der Reihenfolge ‚Trennungs-, Delegierten- und Einheitsmodell‘ sukzessive auf, bis – im übertragenen Sinne – nur noch der Vorstand übrig bleibt. In der Tat sprechen gleich mehrere Indizien dafür, dass sich das Verwaltungsorgan im Einheitsmodell mehr oder weniger auf die Rolle des Vorstands beschränkt.

Besonders deutlich wird dies am Funktionswandel, den die Plenarkompetenzen von Modell zu Modell durchlaufen. Während sie im Trennungsmodell als ‚bessere‘ Veto- und Mitentscheidungsrechte den Einfluss der überwachenden

¹⁹⁸ So *Hüffner* (2002), § 84 Rn. 26; *Maul* (2002), S. 418.

¹⁹⁹ Dafür, jedoch ohne weitere Begründung *Teichmann* (2002b), S. 453.

²⁰⁰ So die derzeitige Rechtslage in Bezug auf Aufsichtsratsmitglieder [vgl. § 103 Abs. 1 S. 2 AktG]; der Vorschlag von *Maul* (2002), S. 422 f. und der Diskussionsentwurf zum SE-Begleitgesetz [vgl. § 33 Abs. 1 SEAG-E].

²⁰¹ Leitung und Überwachung; vgl. weiter oben, Zweiter Teil: A. I., S. 28.

²⁰² Siehe hierzu *Teichmann* (2002b), S. 451, der bei der Ausgestaltung des monistischen Systems weitgehend Satzungsfreiheit gewähren möchte, sofern es sich um eine mitbestimmungsfreie und unverbundene SE handelt.

Mitglieder sicherstellen sollen und daher noch recht zwanglos mit den Zustimmungsvorbehalten des Aufsichtsrates gleichgesetzt werden können, nehmen sie im Delegiertenmodell sowie im Einheitsmodell den Charakter initiatorisch-leitungsbezogener Entscheidungsrechte an. Sie führen dort zwar im Prinzip in gleicher Weise zur Verlagerung des Leitungszentrums in das Verwaltungsorgan, nur erzwingen sie im Einheitsmodell eine Form der *Gesamtverwaltung*, die im Gegensatz zur Delegiertenlösung eine Delegation der Geschäftsführung auf einen Teil der Verwaltungsorgan-Mitglieder und damit auch eine klare Unterscheidung zwischen Geschäftsführung und (Ober-)Leitung nicht mehr erlaubt²⁰³. Damit grenzen die Plenarkompetenzen hier im Einheitsmodell letztlich denjenigen Bereich nicht delegationsfähiger Leitungs- und Geschäftsführungsaufgaben ab, der vom rechtswissenschaftlichen Schrifttum zur Vorstandsorganisation mit dem Begriff der *Gesamtleitung* umschrieben wird²⁰⁴.

Eine weitere Parallele zur Vorstandsorganisation zeigt sich, wenn man neben den Plenarvorbehalten zusätzlich die Beschlussfassungsmodalitäten mit in Betracht zieht. Sie bilden das zweite Gestaltungsmittel, mit Hilfe dessen sich die spezifische Form der Gesamtverwaltung im Einheitsmodell stärker ausdifferenzieren lässt. Anhand der Beschlussfassungsregeln kann der Satzungsgeber bestimmen, wie breit die Zustimmung der Verwaltungsorgan-Mitglieder sein muss, falls es zur Abstimmung über die der Gesamtleitung vorbehaltenen Entscheidungsgegenstände kommt. Sieht die Satzung bspw. vor, dass Beschlüsse des Verwaltungsorgans stets einstimmig zu fassen sind, so wären im Ergebnis alle Voraussetzungen gegeben, die auch im Vorstand der Aktiengesellschaft eine Pflicht zur sog. *Gesamtgeschäftsführung* begründen²⁰⁵. Mit der Festlegung der konkreten Beschlussfassungsregeln wird demnach darüber entschieden, ob die Gesamtverwaltung das Ausmaß einer Gesamtgeschäftsführung annehmen oder auf das Prinzip der Gesamtleitung beschränkt bleiben soll²⁰⁶.

Das besondere Verteilungsschema des Einheitsmodells verzichtet auf die Überwachung durch Außenstehende. Somit verbleiben als Kontrollmechanismen nur die gegenseitige Selbstkontrolle im Bereich der Gesamtleitung und die Kontrolle der Ressortleitung durch andere Mitglieder des Verwaltungsorgans. Da Maßnahmen der wechselseitigen Kontrolle einen festen Bestandteil der Vorstandstätigkeit bilden, vom Standpunkt des Aktiengesetzes aus gesehen also zu den Leitungsaktivitäten zählen, drängt sich unweigerlich die Frage auf, ob die Mitglieder des Verwaltungsorgans überhaupt in den Anwendungsbereich von § 100 AktG fallen (sollen). Vordergründig zumindest haben sie mit dem rechts-

²⁰³ Zu dieser Ausgestaltungsmöglichkeit *Theisen/Hözl* (2002), S. 278 (Abbildung 3).

²⁰⁴ Zum Prinzip der Gesamtleitung siehe statt vieler *Hüffer* (2002), § 77 Rn. 17 f.

²⁰⁵ Zur Gesamtgeschäftsführung im Vorstand *Hüffer* (2002), § 77 Rn. 6.

²⁰⁶ Vgl. in diesem Kontext die insoweit mit § 77 Abs. 1 AktG übereinstimmende Regelung des § 24 Abs. 2 S. 4 u. 5 SEAG-E. Danach bildet die Gesamtgeschäftsführung den (abdingbaren) Regelfall.

typischen Aufsichtsratsmitglied wenig gemein, was auf den ersten Blick eine Übertragung der Voraussetzungen nicht sinnvoll erscheinen lässt. So ist es – allein unter dem Aspekt der zeitlichen Belastung betrachtet – kaum vorstellbar, dass ein Mitglied des Verwaltungsorgans, das wie hier im Einheitsmodell Leitungsaufgaben wahrnimmt, gleichzeitig Mitglied der Unternehmensleitung einer anderen (großen) Gesellschaft wäre²⁰⁷. Fallkonstellationen, in denen ein Angehöriger des Verwaltungsorgans der SE als Mitglied des Leitungsorgans einer anderen Gesellschaft der Aufsicht eines Kollegen unterliegt, können demnach berechtigterweise ausgeschlossen werden. Auch in Bezug auf die Vorgabe einer zulässigen Höchstzahl von Verwaltungsmandaten gilt es, die besondere Stellung als Mitglied der Unternehmensleitung zu berücksichtigen. In diesem Kontext darf insbesondere der angesprochene Regelungszweck von § 100 AktG nicht verkannt werden. Dem Zweck entsprechend sollen die Voraussetzungen, wie schon erwähnt, Beeinträchtigungen der Überwachungsqualität verhindern, nicht aber einen Anwärter auf das Amt im Verwaltungsorgan davor schützen, dass er sich übermässig viele Nebenämter aufbürdet und dadurch möglicherweise seiner Verantwortung im Leitungsgremium eines anderen Unternehmens nicht gerecht wird²⁰⁸.

Im Verwaltungsorgan ohne (ab)gesonderte Überwachung entfällt zugleich die mit den Sorgfalts- und Haftungsnormen verbundene Zuordnungsproblematik. Wer vornehmlich leitet und ‚lediglich‘ zur Selbstkontrolle verpflichtet ist, hat zwangsläufig nur, aber auch immerhin für die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters einzustehen. Die Mitglieder des Verwaltungsorgans müssten deshalb bei Vorliegen des Einheitsmodells zukünftig und ohne Ausnahme den umfangreicheren Sorgfaltspflichten von § 93 Abs. 1 AktG (i.V.m. Art. 51 SE-VO) unterliegen. Folglich stellt sich die Frage nach dem adäquaten Sorgfaltsmaßstab also nur im monistischen System mit Delegiertenlösung. Nicht anders verhält es sich mit der Figur und Funktion des Verwaltungsorgan-Vorsitzenden in den einzelnen Gestaltungsmodellen des monistischen Systems. Unter den Bedingungen des Einheitsmodells entspricht er mehr oder weniger eindeutig dem Vorstandsvorsitzenden²⁰⁹, während die der Aufsichtsrats-Konzeption angenäherte Funktionsverteilung des Trennungsmodells

²⁰⁷ Es sei daran erinnert, dass hier ein Unternehmen in der Rechtsform der Europäischen Aktiengesellschaft untersucht wird, das nicht Konzernglied ist. Die Aussage bezieht sich auf Mitgliedschaften in fremden Unternehmen. Zur konzernrechtlichen Problematik der Vorstandsdoppelmandate siehe weiter unten, Dritter Teil: C. I. 3. a) bb) (2), S. 256 ff.

²⁰⁸ Der Umfang der vertretbaren Nebentätigkeiten wird vielmehr durch jene Sorgfalts- und Treuepflichten bestimmt, die dem Mitglied qua Mitgliedschaft im Leitungsorgan des anderen Unternehmens obliegen.

²⁰⁹ Im Unterschied zur SE muss in der Aktiengesellschaft allerdings ein Vorstandsvorsitzender nicht zwingend ernannt werden; vgl. die Kann-Bestimmung von § 84 Abs. 3 AktG und Art. 45 SE-VO.

ihn entweder auch zum Äquivalent des Vorstandsvorsitzenden oder aber als Mitglied der Überwachungsseite zum Ersatz des Aufsichtsratsvorsitzenden macht. Im Delegiertenmodell vereint der Verwaltungsorgan-Vorsitzende hingegen Aufgaben, Rechte und Pflichten beider Ämter auf sich, bei weitem jedoch nicht so lückenlos und umfassend, als dass man zu Recht von einer vollwertigen Personalunion sprechen könnte²¹⁰.

Mit dem Verweis auf die Haftungsbestimmungen des Aktiengesetzes werden mittelbar auch die Konturen der Leitungs- bzw. Verwaltungsautonomie des Verwaltungsorgans konkretisiert. Dabei geht es weniger um die Unabhängigkeit des Verwaltungsorgans an sich, die sich schon aus dem Umstand ergibt, dass es von Weisungen anderer frei ist. Es geht vielmehr um den schmalen Grat zwischen haftungsbegründenden Sorgfaltspflichtverletzungen und Entscheidungen, die (noch) im Bereich des unternehmerischen Ermessens liegen. In dieser Hinsicht wird man, obschon die diesbezügliche nationale Rechtsprechung keinen gesicherten Anspruch auf gemeinschaftsrechtliche Geltung erheben kann, angesichts des ausdrücklichen Verweises auf das Aktienrecht des Mitgliedstaates (Art. 51 SE-VO) die zur Sorgfaltspflicht der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder gefällten höchstrichterlichen Urteile als richtungweisend heranziehen dürfen. Danach haben Verwaltungsorgan-Mitglieder generell einen weiten Ermessensspielraum²¹¹, den zu nutzen sie allerdings gewissen Einschränkungen unterliegen; denn die Mitglieder des Verwaltungsorgans müssen sich – wie auch die Angehörigen von Vorstand und Aufsichtsrat – im Rahmen ihrer Entscheidungen an den Interessen des Unternehmens bzw. der Gesellschaft orientieren²¹². Dieser von der Rechtsprechung entwickelte und an den deutschen Sitz gebundene Grundsatz der Ermessensausübung im Unternehmensinteresse gewinnt im Hinblick auf die Vor- und Nachteile des monistischen Systems modellübergreifend an Bedeutung.

Auf der einen Seite dürften all diejenigen, die den Blick auf die (U.S.-amerikanische) Board-Konzeption richten und sich vom monistischen System eine konsequente Shareholder Value-Orientierung erhofft haben, enttäuscht werden – obgleich das, was aus Sicht der Befürworter einer solchen Ausrichtung vermutlich als Nachteil empfunden wird, in Anbetracht der Gefahren, die sich bei einer kurzfristigen Gewinnmaximierung für die langfristige Entwicklung der SE ergeben können, objektiv gesehen durchaus von Vorteil ist. Andererseits muss es namentlich im Einheits- und im Delegiertenmodell bedenklich erscheinen, ob nicht der Freiraum, der Verwaltungsorgan-Mitgliedern gerade dadurch zuteil

²¹⁰ Ob und inwieweit der Verwaltungsorgan-Vorsitzende dadurch eine haftungsrechtliche hervorgehobene Stellung im Delegiertenmodell einnimmt bzw. einnehmen wird, dürfte vom Einzelfall abhängig sein und kann hier offen gelassen werden.

²¹¹ Vgl. BGH, Urteil v. 21.4.1997 – II ZR 175/95; BGH, Urteil v. 7.3.1994 – II ZR 52/93.

²¹² Vgl. BGH, Urteil v. 5.6.1975 – II ZR 156/73.

wird, dass ihre Entscheidungen (im Rahmen der richterlichen Überprüfung im Nachhinein) nicht ausschließlich am Maßstab des Gesellschaftsinteresses gemessen werden²¹³, letztlich doch zur Vernachlässigung von Aktionärsinteressen führen könnte. Denn obwohl dem Ermessen des Verwaltungsorgans und des Vorstands rechtlich betrachtet dieselben Grenzen gesetzt sind, verleiht erstens das Fehlen des Überwachungsorgans, zweitens die Möglichkeit der Kooptation und drittens die enge Beziehung zum Abschlussprüfer einer Stärkung der Verwaltungsautonomie – in den beiden zuletzt behandelten Varianten des monistischen Systems – faktisch deutliche Impulse.

II. Vorteilhaftigkeit der Führungssysteme im gesellschaftsrechtlichen Kontext

Aufbauend auf die (rein) gesellschaftsrechtliche Kompatibilitätsprüfung lassen sich nun die Aussagen zur Qualität der Führungssysteme zusammentragen und zu einem ersten Teilergebnis verdichten. Dabei gilt es zu bedenken, dass im besonderen Falle der Europäischen Aktiengesellschaft Wettbewerb in mehrfacher Hinsicht entsteht²¹⁴. Wie auch schon bei der Formulierung des Arbeitszieles angedeutet wurde, umschließt die Ausgangsfrage deshalb gleich mehrere Fragestellungen. So kommt es darauf an, von welchem Standpunkt aus man sich der Frage, ob das monistische oder das dualistische System der SE zu wählen sei, zuwendet. Da eine SE nicht ohne Vorgesellschaft(en) gegründet werden kann²¹⁵, geht mit dem Rechtsformwechsel – außer bei der Gründung als Tochtergesellschaft – stets die Ablösung mindestens eines bestehenden Führungssystems durch eines der beiden SE-Systeme einher²¹⁶. Für die hier exemplarisch unterstellte Gründung einer SE mit Sitz in Deutschland, an der in aller Regel deutsche Gesellschaften beteiligt sein werden, dürfte also aus der Sicht der Vertretungsorgane einer (beteiligten) deutschen Aktiengesellschaft primär der Vergleich zwischen der Aufsichtsrats-Konzeption der AG und den Systemalternativen der SE interessieren. Weitaus interessanter aber und auch aufschlussreicher

²¹³ Zur begrifflichen und rechtspolitisch motivierten Unterscheidung zwischen dem Unternehmens- und Gesellschaftsinteresse vgl. nochmals FN 12 [Dritter Teil: A. I. 1. a)].

²¹⁴ Zur Unterscheidung zwischen den einzelnen Wettbewerbsebenen sowie dem rechtsforminternen und dem rechtsformübergreifendem Systemwettbewerb siehe weiter oben, Erster Teil: B., S. 24 ff. und insbes. FN 31.

²¹⁵ Vgl. hierzu die Gründungsvoraussetzungen des SE-Statuts.

²¹⁶ Das ist bei der Gründung durch Umwandlung und Verschmelzung unmittelbar einsichtig, während bei der Gründung einer SE als Holdinggesellschaft die Führungssysteme der Gründungsgesellschaften bestehen bleiben. Doch auch hier verlagert sich das (oberste) Führungszentrum von den späteren Tochtergesellschaften in die Dachgesellschaft (SE). Insofern werden die Führungssysteme der beiden Gründungsgesellschaften in ihrer Funktion als Organisationsstruktur der Unternehmens- bzw. Konzernspitze abgelöst.

als die Gegenüberstellung von Aufsichtsrats-Konzeption und monistischem System ist der Vergleich der monistischen SE-Variante mit der U.S.-amerikanischen Board-Konzeption²¹⁷. Denn zum einen sind die grundlegenden (systembedingten) Unterschiede zwischen der zweistufigen Führungsstruktur der deutschen Aktiengesellschaft und der einstufigen Führungsstruktur der Europäischen Aktiengesellschaft offenkundig und zum anderen dürfte ein in Betracht gezogener Systemwechsel vom national zweistufigen zum supranational einstufigen Führungsregime wohl primär von der Überlegung getragen sein, ob man nicht die Rechtsform der SE nutzen könne, um im Einzelnen entsprechende Board-Verhältnisse zu schaffen²¹⁸.

Die beiden avisierten Gegenüberstellungen stellen also auf den Wettbewerb der Rechtsformen ab, welche unter anderem auf dem ‚Markt für Führungssysteme‘ miteinander konkurrieren (rechtsformübergreifender Systemwettbewerb)²¹⁹. Die Besonderheit der SE, dass zwei Systemalternativen innerhalb nur einer Rechtsform wetteifern können (rechtsforminterner Systemwettbewerb), ermöglicht allerdings darüber hinaus auch einen rechtsforminternen Systemvergleich. Er dürfte von besonderem Erkenntniswert sein, weil die traditionelle rechtsvergleichende Betrachtung der U.S.-amerikanischen und der deutschen Unternehmensverfassung bislang durch (rechtliche) Pfadabhängigkeiten sowohl erschwert als auch verzerrt wurde. Zwar können durch die Einschränkung, Sitz der SE sei Deutschland, Pfadabhängigkeiten nicht umgangen werden, sie erlaubt aber immerhin einen Vergleich unter sonst gleichen Rahmenbedingungen (Kontextfaktoren)²²⁰.

Insgesamt hat die Kompatibilitätsprüfung des dualistischen Systems einer in Deutschland ansässigen SE verblüffend wenig Unterschiede zur Aufsichtsrats-Konzeption zu Tage gefördert. Von vereinzelt Ausnahmen abgesehen, die namentlich den Bereich der Zustimmungsvorbehalte, die maximale Amtszeit von Führungsmitgliedern und die subsidiären Beschlussfassungsregeln des Leitungsorgans betreffen²²¹, bietet die zweistufige Führungsstruktur ein nahezu identi-

²¹⁷ Auf eine Gegenüberstellung des Aufsichtsrats-Systems der AG und des monistischen Systems der SE kann nicht zuletzt deshalb verzichtet werden, weil die Unterschiede zwischen den dualistischen Führungsstrukturen der AG und der SE so marginal sind, dass der folgende Vergleich zwischen dem monistischen und dem dualistischen Führungssystem der SE sie fast vollständig mit abdeckt. Dazu sogleich.

²¹⁸ Im Vordergrund dieser Fragestellung stehen weniger die Unterschiede und Ähnlichkeiten gegenüber der Aufsichtsrats-Konzeption, von der man sich gerade trennen möchte, sondern vielmehr die bekannten oder angenommenen Vorzüge der Board-Konzeption, die das monistische System in Aussicht stellt.

²¹⁹ Anders als bei der Konkurrenz zwischen AG und SE handelt es sich im Verhältnis von Europäischer Aktiengesellschaft und U.S.-Corporation allerdings um einen in der Theorie ausgetragenen Wettbewerb.

²²⁰ Die aus den folgenden Vergleichen abgeleiteten Aussagen stehen jedoch unter dem Vorbehalt der ergänzenden Bestimmungen des deutschen SE-Begleitgesetzes.

ches führungsorganisatorisches Grundgerüst. Es erfährt durch die ergänzenden gesellschaftsrechtlichen Normen des Aktiengesetzes sozusagen den letzten aktienrechtlichen Feinschliff und wird im Umfeld der sonstigen Sitzstaatsbedingungen vermutlich sämtliche Vorzüge und Schwächen der Aufsichtsrats-Konzeption aufweisen (siehe Tabelle 2). Einziger Anhaltspunkt für einen zusätzlichen Nachteil ist die im Zusammenhang mit den Zustimmungsvorbehalten des Aufsichtsorgans verwendete Kann-Bestimmung²²². Die Rechtslage entspricht in diesem Punkt der Fassung des Aktiengesetzes vor In-Kraft-Treten des Transparenz- und Publizitätsgesetzes und gewährt dem Überwachungsorgan der SE damit weiterhin jene Möglichkeit der Passivität, die der Unternehmensleitung nach Auffassung des deutschen Gesetzgebers einen zu großzügigen Freiraum belässt²²³.

Auch unter dem Aspekt der Pfadabhängigkeit betrachtet, lassen sich aus dem noch (rechts)theoretischen Systemgebilde keine Unterschiede herleiten. Die rechtsformspezifischen Merkmalsausprägungen des dualistischen Systems geben weder Anlass zur Vermutung, dass – auf gesellschaftsrechtlichem Gelände – pfadabhängige Vor- und Nachteile der Aufsichtsrats-Konzeption beseitigt werden, noch geben sie Hinweise auf neuartige (rechtsnorminduzierte) Implikationen oder Komplikationen, die durch das Zusammenwirken von Systemeigenschaften und rechtlichen Kontextfaktoren entstehen könnten. Allerdings ist die Entfaltung einiger der mit dem Aufsichtsrats-System in Verbindung gebrachten Nachteile – wie auch dort – davon abhängig, ob sich im dualistischen System entsprechende Gepflogenheiten einstellen (werden). So wird zwar dem monierten Wechsel von ehemaligen Mitgliedern des Leitungsorgans in das Aufsichtsorgan, dem Einfluss des Leitungsorgans bzw. des Vorsitzenden auf die Vorauswahl von Personen, die für das Amt im Aufsichtsorgan vorgeschlagen werden sollen, und den Gefahren der engen Zusammenarbeit zwischen den Vorsitzenden beider Gremien gemeinschaftsrechtlich nichts entgegengesetzt. Die damit verbundenen Folgen für das System der *checks and balances* sind aber, wenn es zu vergleichbaren Auswirkungen kommen sollte, in erster Linie das Ergebnis der konkreten Machtverhältnisse und wären nicht zuletzt Ausdruck einer fortgesetzten Führungspraxis.

²²¹ Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass sich die beiden zweistufigen Führungssysteme auch in ihrem Regelungsgefüge unterscheiden. Soweit die zusätzlichen Regelungsebenen den Überblick über die Rechtslage bei der SE erschweren und möglicherweise zu Rechtsunsicherheiten führen, dürfte dies zunächst nur höhere Rechtsberatungskosten zur Folge haben [siehe hierzu etwa *Torggler* (2001), S. 536; *Wagner* (2002), S. 991]. Auf das Problem braucht hier deshalb nicht näher eingegangen zu werden.

²²² Siehe nochmals Art. 48 Abs. 1 S. 2 SE-VO.

²²³ Inwieweit der Deutsche Corporate Governance Kodex [vgl. DCGK Abschnitt 3.3.] auch in diesem Bereich für einen gewissen Ausgleich zwischen AG und SE sorgt, kann hier nicht eingehender erörtert werden.

Tabelle 2

Wesentliche Merkmalsausprägungen der aktienrechtlichen und der dualistischen Führungsstruktur im wertenden Vergleich²²⁴

| Aufsichtsrats-Konzeption der AG²²⁵ | Dualistisches System der SE²²⁶ |
|--|--|
| Erteilung des Prüfungsauftrages durch Überwachungsorgan (+) | Erteilung des Prüfungsauftrages durch Überwachungsorgan (+) |
| Ressortbildung zwecks Arbeitsteilung im VS (+) | Ressortbildung zwecks Arbeitsteilung im LO (+) |
| <i>Ausschussbildung</i> , Delegationsgrenzen (+); Audit Committee, hier: Bilanzausschuss (-/+) | <i>Ausschussbildung</i> , Delegationsgrenzen (+); Audit Committee, hier: Bilanzausschuss (-/+) |
| Personalkompetenz des Überwachungsorgans (+) | Personalkompetenz des Überwachungsorgans (+) |
| Einfluss über Zustimmungsvorbehalte (+); Muss-Bestimmung (+) | Einfluss über Zustimmungsvorbehalte (+); Kann-Bestimmung (-) |
| Unabhängige und neutrale Überwachung, da keine Teilnahme an Leitung (+) | Unabhängige und neutrale Überwachung, da keine Teilnahme an Leitung (+) |
| Beratung als \,Rat erteilen\6 (+/-) | Beratung als \,Rat erteilen\6 (+/-) |
| <i>Informationsgefälle</i> ; Leitungsferne; § 90 AktG (+/-) | <i>Informationsgefälle</i> ; Leitungsferne; § 90 AktG (+/-) |
| <i>Gespann VS-Vorsitzender/AR-Vorsitzender</i> (-) | <i>Gespann LO-Vorsitzender/AO-Vorsitzender</i> (-) |
| Kollegialgebot (+/-) | Kollegialgebot (+/-) |
| Breite Entscheidungsfundierung (+); Abstimmungsaufwand (-) | Breite Entscheidungsfundierung (+); Abstimmungsaufwand (-) |
| Mangelnde Flexibilität der Führungsorganisation (-) | Mangelnde Flexibilität der Führungsorganisation (-) |
| Sitzungsfrequenz: nur 4 Sitzungen (-) | Sitzungsfrequenz: weiterhin nur 4 Sitzungen (-) |
| Ehem. Vorstandsmitglieder im Aufsichtsrat (-) | Ehem. Leitungsorgan-Mitglieder im Aufsichtsrat (-) |
| <i>Trennung von \,ownership and control\6; kein Einfluss wechselnder HV-Mehrheiten</i> (+) | <i>Trennung von \,ownership and control\6; kein Einfluss wechselnder HV-Mehrheiten</i> (+) |
| <i>Trennung von Leitung und Überwachung</i> (+); <i>Organgrenzen</i> (+/-) | <i>Trennung von Leitung und Überwachung</i> (+); <i>Organgrenzen</i> (+/-) |
| Kontrollmechanismen auf drei Ebenen (+) | Kontrollmechanismen auf drei Ebenen (+) |
| Unternehmensinteresse; Verwaltungsautonomie (+/-) | Unternehmensinteresse; Verwaltungsautonomie (+/-) |
| <i>Sorgfaltspflichten</i> ; <i>Disziplinierung des Managements</i> (+) | <i>Sorgfaltspflichten</i> ; <i>Disziplinierung des Managements</i> (+) |
| <i>Verwaltungsstimmrecht</i> ; <i>Kooptation möglich</i> (-) | <i>Verwaltungsstimmrecht</i> ; <i>Kooptation möglich</i> (-) |
| Auswahl der AR-Mitglieder durch Vorstandsvorsitzenden; faktische Kooptation (-) | Auswahl der AO-Mitglieder durch Leitungsorganvorsitzenden; faktische Kooptation (-) |
| Fehlen eines entwickelten Kapitalmarktes (-) | Fehlen eines entwickelten Kapitalmarktes (-) |

Quelle: eigene Darstellung

Der Vergleich zwischen Board-System und monistischem System offenbart dagegen stellenweise ein völlig anderes Bild. Während das Vorkommen an pfadunabhängigen Merkmalsausprägungen als neuerlicher Beleg für deren rechtsform- und rechtskreisübergreifende Geltung gewertet werden kann, unterscheidet sich das monistische System in seinem pfadabhängigen Merkmalsgepräge in nicht wenigen Punkten vom U.S.-amerikanischen Pendant (siehe Tabelle 3). Grob gesagt wird es aufgrund der rechtlichen Peripherie in Deutschland wesentlicher Eigenschaften des Board-Systems beraubt. Das Kollegialprinzip verdrängt das Direktorialprinzip, die Verpflichtung auf das Unternehmensinteresse ersetzt die einseitige Bindung an das Aktionärsinteresse, und die aktienrechtlichen Sorgfalts- und Haftungsbestimmungen treten an die Stelle der Business Judgment-Doktrin²²⁷. Über die Voraussetzungen für Aufsichtsratsmitglieder hinaus bestehen zudem keine weiteren Anforderungen, die unabhängige Mitglieder des Verwaltungsorgans erfüllen müssten. Nach derzeitiger Rechtslage wird also nicht zwischen unabhängigen und nicht unabhängigen Mitgliedern differenziert²²⁸. Je nachdem, welche Modellform das monistische System annimmt und inwieweit der deutsche Gesetzgeber einen Gleichlauf mit dem Aktiengesetz erzielt, dürfte (bzw. sollte) ferner die Delegation von Aufgaben und Entscheidungsrechten an Ausschüsse des Verwaltungsorgans engeren Grenzen unterliegen als sie die corporation statutes ziehen.

Trotz der signifikanten Unterschiede fällt die Bilanz der Vor- und Nachteile beim monistischen System keineswegs schlechter aus. So bietet die einstufige Systemalternative, wenn auch mit Einschränkungen, (vermutlich)²²⁹ eine beachtliche Flexibilität der Führungsorganisation, die sich durchaus mit den Gestaltungsmöglichkeiten des Board-Systems messen lassen kann. Dabei verlieren die – auf dem Kollegialgebot und den Delegationsgrenzen beruhenden – sitzstaatspezifischen Gestaltungsauflagen erheblich an Gewicht, da die Einschränkungen einer allumfassenden Omnipotenz des Verwaltungsorgan-Vorsitzenden schließlich entgegenwirken. Kehrseite der Pflicht zur gleichberechtigten Teilnahme ist freilich die immanente Tendenz zu längeren Entscheidungsprozessen²³⁰. Angesichts des nur schwach entwickelten deutschen Kapital- und Übernahmemarktes tritt der zeitliche Nachteil in seiner Bedeutung gleichwohl zu-

²²⁴ Die pfadunabhängigen Strukturerscheinungen sind jeweils durch Kursivierung hervorgehoben.

²²⁵ Zu den Bewertungen im Einzelnen oben, Zweiter Teil: B. II. 2. a) und b) aa), S. 103 ff. u. S. 110 ff.

²²⁶ Zu den Bewertungen im Einzelnen oben, Dritter Teil: A. I. 1., S. 133 ff.

²²⁷ Vgl. mit rechtspolitischem Tenor *Semler* (2003), S. 642, der einer Anwendung der Business Judgment Rule in Deutschland entschieden entgegentritt.

²²⁸ Vgl. nur *Teichmann* (2002b), S. 446.

²²⁹ D.h. nach Maßgabe des Sitzstaates.

²³⁰ Vgl. *Witt* (2000), S. 161.

Tabelle 3

Wesentliche Merkmalsausprägungen der korporationsrechtlichen und der monistischen Führungsstruktur im wertenden Vergleich²³¹

| Board-Konzeption der U.S.-Corporation²³² | Monistisches System der SE²³³ |
|--|---|
| Interessenmonismus; strikte Shareholder Value-Orientierung (-/+) | Unternehmensinteresse; moderate Shareholder Value-Orientierung (+/-) |
| Direktorialprinzip; Omnipotenz CEO (-) | Kollegialprinzip; ggf. Präpotenz VO-Vorsitzender (+/-) |
| <i>Personalunion CEO/Chairman (-/+)</i> | <i>Modellabhängiger Aufgabenbereich des VO-Vorsitzenden (+/-)</i> |
| <i>Informationsgefälle (-/+); abhängig von tatsächlicher Leitungsnähe</i> | <i>Informationsgefälle (-/+); abhängig von Ergänzung durch § 90 AktG</i> |
| Schnelle Entscheidungen (+); Beeinträchtigung der breiten Entscheidungsfundierung (-) | Schnelle Entscheidungen (+/-); ggf. Beeinträchtigung der breiten Entscheidungsfundierung (-/+) |
| Organisationsflexibilität (+); interne Regeln erst festlegen müssen (+/-) | Organisationsflexibilität (+); interne Regeln erst festlegen müssen (+/-) |
| Gesetzliche Anforderungen an unabhängige Mitglieder (+) | Keine gesetzlichen Anforderungen an unabhängige Mitglieder (-) |
| <i>Ausschussbildung; kaum Delegationsgrenzen (+/-)</i> | <i>Ausschussbildung; Delegationsgrenzen (-/+)</i> |
| Hohe Sitzungsfrequenz (+) | Höhere Sitzungsfrequenz fraglich (-/+) |
| Audit Committee (+) | Audit Committee; hier: Bilanzausschuss (+/-) |
| Aktive Beratung mit Initiativen; Reaktionen im Krisenfälle (+) | Aktive Beratung mit Initiativen; Reaktionen im Krisenfälle (+) |
| Haftungsgefahren bei Mitwirkung (-); Business Judgement Doktrin (+) | Haftungsgefahren bei Mitwirkung (-); keine Business Judgement Doktrin (-) |
| <i>Sorgfaltspflichten; Disziplinierung des Managements (+)</i> | <i>Sorgfaltspflichten; Disziplinierung des Managements (+)</i> |
| <i>Trennung von ownership and control; kein Einfluss wechselnder HV-Mehrheiten (+)</i> | <i>Trennung von ownership and control; kein Einfluss wechselnder HV-Mehrheiten (+)</i> |
| <i>Trennung von Leitung und Überwachung (+); unternehmensindividuelle Aufgabenverteilung (+); scharfe personelle Voraussetzungen (+)</i> | <i>Trennung von Leitung und Überwachung (+); unternehmensindividuelle Aufgabenteilung (+); personelle Voraussetzungen (+/-)</i> |
| <i>Proxy-Voting; Kooptation (-)</i> | <i>Verwaltungsstimmrecht; Kooptation möglich (-)</i> |
| Hoch entwickelter Kapitalmarkt (+); market for corporate control (-); anti-takeover-statutes (-) | Kein hoch entwickelter Kapitalmarkt (-); kein market for corporate control (-); keine anti-take over-statutes (+) |

Quelle: eigene Darstellung

²³¹ Die pfadunabhängigen Strukturerscheinungen sind jeweils durch Kursivierung hervorgehoben.

²³² Zu den Bewertungen im Einzelnen oben, Zweiter Teil: B. II. 2. a) und b) bb), S. 103 ff. u. S. 122 ff.

gunsten der durch das Kollegialprinzip gewonnenen Vorteile in den Hintergrund. Denn das Fehlen externer Kontrollmechanismen macht eine breitere Entscheidungsfundierung und erst recht die gegenseitige Selbstkontrolle im monistischen System unverzichtbar – im Allgemeinen wie auch bei den Ausgestaltungsformen des Delegierten- bzw. des Einheitsmodells im Besonderen. Das gilt sowohl für das Verhältnis der leitenden bzw. geschäftsführenden Mitglieder untereinander als auch für die Zusammenarbeit im gesamten Verwaltungsorgan. Grundsätzlich ist die Möglichkeit der proaktiven Beratung durch Verwaltungsorgan-Mitglieder, die entweder der Überwachungsfraktion angehören (Trennungsmodell) oder nur in begrenztem Maße an der Leitung teilnehmen (Delegiertenmodell), im monistischen System zwar gleichermaßen gegeben. Inwieweit sie tatsächlich zur breiteren Entscheidungsfundierung beitragen können, hängt jedoch von mehreren Faktoren ab. Unterstellt, dass das Verwaltungsorgan mit engagierten und fachlich ausgewiesenen Mitgliedern besetzt sei, wird der Beitrag des einzelnen Mitgliedes zur Beratung und Kontrolle immer noch in Abhängigkeit des modellbezogenen Umfangs an Plenarkompetenzen und der Sitzungsfrequenz variieren. Insofern bietet das Minimum von mindestens vier Sitzungen keine Gewähr dafür, dass es im monistischen System zu einer mit der Board-Konzeption vergleichbaren Beratungs- und Kontrollintensität kommt, worauf eine höhere Sitzungsfrequenz zumindest hindeuten würde²³⁴.

Ein Grund, warum dieses Regelungsdefizit nicht überbewertet werden sollte, besteht immerhin insoweit, als es selbst in der schwach reglementierten U.S.-amerikanischen Board-Praxis zur Herausbildung der stattlichen Anzahl von durchschnittlich sechs bis neun Sitzungen gekommen ist²³⁵, und das, obschon die corporation statutes keinen näher bestimmten Sitzungsturnus vorschreiben. Für eine höhere Kontrolldichte sprechen außerdem die größeren Haftungsgefahren, denen Verwaltungsorgan-Mitglieder in Deutschland zumindest de jure ausgesetzt sind. Aus diesem Blickwinkel betrachtet dürfte es schon in ihrem eigenen Interesse liegen, sich regelmäßig von der Qualität der Unternehmensleitung zu überzeugen und überall dort, wo sie selbst an der Beschlussfassung teilnehmen, auf die erforderlichen Weichenstellungen hinzuwirken. Anders als in der Corporation stehen die Tätigkeiten der Verwaltungsorgan-Mitglieder nämlich nicht unter dem Schutz der Business Judgement Doktrin. *Ihnen* obliegt die Beweislast, falls fraglich ist, ob sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters oder Überwachers haben walten lassen²³⁶. Dieser Sorgfalt entspricht es, wenn sie sich bei ihren Entscheidungen am Unternehmens-

²³³ Zu den Bewertungen im Einzelnen oben, Dritter Teil: A. I. 2. b), S. 157 ff., S. 164 ff., S. 170 ff.

²³⁴ Häufige Sitzungen sind allerdings nur ein Indiz, keinesfalls ein Beleg für eine bessere Überwachungs- und Beratungsqualität.

²³⁵ Vgl. nochmals die Nachweise oben, in FN 598 [Zweiter Teil: B. II. 2. b) bb)].

²³⁶ Vgl. §§ 116 i.V.m. 93 Abs. 2 S. 2 AktG.

interesse orientieren. Für eine Unternehmenspolitik, die in konziser Auslegung des Shareholder Value-Gedankens auf eine kurzfristige Gewinnmaximierung abzielt, bleibt somit im monistischen System kein Raum mehr²³⁷. Im Ergebnis wird dadurch ein hinlänglich bekannter (pfadabhängiger) Nachteil der Board-Konzeption ausgeräumt. Auf der anderen Seite birgt die Verwässerung des Interessenmonismus aber auch die Gefahr, dass die Verwaltungsautonomie gestärkt aus ihr hervorgeht und Aktionärsinteressen vernachlässigt werden²³⁸.

Alles in allem berechtigen die identifizierten Vor- und Nachteile des monistischen Systems zum jetzigen Zeitpunkt nur zu einem gleichermaßen zwiespältigen wie vagen Urteil. *Wir halten fest*: Die einstufige Führungsstruktur der (mitbestimmungsfreien und unverbundenen) SE kann mit einigen Vorzügen aufwarten, die bekannte und wohl auch anerkannte Mängel der Board-Konzeption gleichsam abstellen. Sie werden aber gleichzeitig von eigenen pfadbedingten Schwächen überschattet, so dass ‚unterm Strich‘ weder das monistische System noch das Board-System eindeutig überlegen ist. Das Urteil könnte gleichwohl früher oder später zugunsten der monistisch strukturierten SE ausfallen, wenn und soweit die noch ausstehenden Ergänzungsnormen des SE-Begleitgesetzes und die zukünftige Verwaltungspraxis ungesicherte oder weitere Vorteile festschreibt bzw. bestätigt. Wer jedoch mit der Wahl des monistischen Systems die Hoffnung verbindet Board-Verhältnisse zu schaffen, muss konzedieren, dass dies im hiesigen gesellschaftsrechtlichen Umfeld nur unter Einschränkungen erreicht werden kann.

Während sich das dualistische Führungssystem im Großen und Ganzen als gemeinschaftsrechtliche Version der Aufsichtsrats-Konzeption herausgestellt hat, ist die monistische Alternative demnach weit davon entfernt eine unverfälschte Kopie der Board-Konzeption zu verkörpern. Dieser Befund spricht an sich allerdings nicht gegen die Attraktivität des monistischen Systems. Es handelt sich vielmehr um ein Führungssystem, das überwiegend (strukturelle) Eigenschaften der Board-Konzeption und in Teilen auch der Aufsichtsrats-Konzeption auf sich vereint, im Grunde also um ein *Board-System europäisch-deutschen Zuschnitts*. Ob das monistische System deswegen eine attraktivere Alternative zur dualistischen Struktur darstellt, ist eine Frage, die sich nicht pauschal für das monistische System beantworten lässt. Denn die Gestaltungsflexibilität erlaubt kein durchgängig einheitliches Urteil. Sie erfordert vielmehr eine modellbezogen differenzierte Beurteilung.

²³⁷ So in aller Deutlichkeit Hüffer (2002), § 76 Rn. 12 ff.

²³⁸ In diesem Kontext schwelt im juristischen Schrifttum stellenweise sogar der Eindruck, als ob es das vernachlässigte Aktionärsinteresse wiederzuentdecken gelte, vgl. Windbichler/Bachmann (2000), S. 798; Kübler (1998b), S. 326 ff.; Rittner (2001), S. 385; wohl auch Peltzer (2002b), S. 593.

Aus modellübergreifender Perspektive betrachtet reduzieren sich die Detailunterschiede der im Kern nach wie vor grundverschiedenen Systemalternativen auf ein überschaubares Maß (siehe Tabelle 4). Dazu kommt es freilich nicht schon deshalb, weil die beiden Systeme auf einer einheitlichen Rechtsgrundlage beruhen, sondern weil sie in weiten Teilen gemeinsamen Verordnungsvorschriften unterliegen²³⁹ und im Übrigen auf dasselbe rechtliche Umfeld treffen. Von den verbleibenden Unterschieden zum dualistischen System sind jedoch nur einige auch durchgängig in allen Modellen des monistischen Führungssystems zu erkennen. Zu diesen modellunabhängigen Eigenschaften der monistischen Führungsstruktur gehören vier Merkmalsausprägungen, von denen jeweils zwei (im Vergleich zum dualistischen System) positiv und zwei negativ bewertet werden können. Von Vorteil sind die Möglichkeiten der mehr oder weniger freien führungsorganisatorischen Gestaltung und die Vorgabe, jährlich mindestens vier Sitzungen abzuhalten²⁴⁰. Die Einschränkung, dass das Verwaltungsorgan im Gegensatz zum Aufsichtsorgan den Kreis der Plenarvorbehalte weder eigenständig festlegen noch anpassen kann, dürfte sich demgegenüber als nachteilig erweisen²⁴¹. Das gilt gleichermaßen auch für die mit dem Verwaltungsstimmrecht verbundenen Kooptationsgefahren. Sie sind – anders als im dualistischen System – in den monistischen Modellen nicht von der Hand zu weisen, führen sie doch entweder zur Selbstergänzung der Führungsriege oder zur Auswahl der Kontrolleure durch die Kontrollierten²⁴².

Erste modellabhängige und bewertungsrelevante Eigenheiten lassen sich erkennen, sobald man die monistischen Varianten mit dem dualistischen System unter dem Aspekt der Informationsversorgung vergleicht. Gemessen am Umfang und Detaillierungsgrad der aktienrechtlich vorgegebenen Informationsrechte (und -pflichten) fallen schon die gemeinschaftsrechtlich kodifizierten Informationsansprüche des Aufsichtsorgans vergleichsweise ‚dürftig‘ aus, was den – von der Leitungsnähe der Verwaltungsorgan-Mitglieder überzeugten – Verfasser der SE-Verordnung offenbar nicht davon abhielt, deren Informationsrechte noch knapper zu formulieren. Dies scheint im Hinblick auf die Personalhoheit der Hauptversammlung in erster Linie ein Schwäche des Trennungsmodells zu sein, während man im Delegierten- und Einheitsmodell wohl eher davon ausgehen kann, dass die Leitungsnähe der Verwaltungsorgan-Mitglieder einen ausreichenden Informationsfluss und -stand verspricht²⁴³. Um jedoch den mit der funktionalen Trennung beabsichtigten Mechanismus der Kontrolle durch Außenste-

²³⁹ Vgl. Abschnitt 3 der SE-Verordnung.

²⁴⁰ Im Gegensatz zum Verwaltungsorgan muss nur das Aufsichtsorgan einer *börsennotierten* SE mindestens viermal im Jahr tagen.

²⁴¹ Das zeigt insbesondere die Gegenüberstellung von dualistischem System und Trennungsmodell, betrifft aber grundsätzlich alle monistischen Modelle.

²⁴² Wie im Trennungsmodell.

²⁴³ Vgl. *Artmann* (2002), S. 195 m. N.

Tabell e 4
Wesentliche Merkmalsausprägungen der dualistischen und der monistischen Führungsstruktur(modelle) im wertenden Vergleich

| Dualistisches System | Trennungsmodell | Delegiertenmodell | Einheitsmodell |
|--|--|--|---|
| Sitzungsfrequenz gem. § 110 Abs. 3 AktG (4 Sitzungen nur bei börsennotierten SE zwingend) (-) keine Organisationsflexibilität (-) | Sitzungsfrequenz gem. Art. 44 Abs. 1 SE-VO (4 Sitzungen zwingend) (+) weitreichende Organisationsflexibilität (+) | Sitzungsfrequenz gem. Art. 44 Abs. 1 SE-VO (4 Sitzungen zwingend) (+) weitreichende Organisationsflexibilität (+) | Sitzungsfrequenz gem. Art. 44 Abs. 1 SE-VO (4 Sitzungen zwingend) (+) |
| AO kann Kreis der Zustimmungsvorbehalte eigenständig bestimmen (+) | VO kann Kreis der Plenarvorbehalte nicht eigenständig bestimmen (-) | VO kann Kreis der Plenarvorbehalte nicht eigenständig bestimmen (-) | VO kann Kreis der Plenarvorbehalte nicht eigenständig bestimmen (-) |
| Informationsrechte und -pflichten gem. § 90 AktG (+/-) | Informationsrechte und -pflichten, konkretisiert durch § 90 AktG (+) | Informationsrechte und -pflichten (-), konkretisiert durch § 90 AktG (+) | ./. |
| Personalkompetenz AO (+) | keine Personalkompetenz der Überwachungsseite (-) | keine Personalkompetenz der nicht geschäftsführenden Mitglieder (+/-) | ./. |
| Ermittlung des Prüfungsauftrages (+) | Ermittlung des Prüfungsauftrages (+) | Ermittlung des Prüfungsauftrages (-) | Ermittlung des Prüfungsauftrages (-) |
| Beratung als Rat erteilen/6 (+/-) | Beratung als begrenzte Teilnahme an der Leitung (+/-) | Beratung als weitreichende Teilnahme an der Leitung (+/-) | ./. |
| Verwaltungsstimmrecht: Kooptationsgefahren gering, da AO „zwischen-geschaltet“/6 (+) | Verwaltungsstimmrecht birgt Kooptationsgefahren (-) | Verwaltungsstimmrecht birgt Kooptationsgefahren (-) | Verwaltungsstimmrecht birgt Kooptationsgefahren (-) |
| Kontrollmechanismen auf drei Ebenen (+) | Kontrollmechanismen auf drei Ebenen (+) | Kontrollmechanismus auf oberster Ebene nur ansatzweise (-) | Kontrollmechanismus auf oberster Ebene fehlt (-) |
| Klare Zuordnung der aktienrechtlichen Sorgfaltspflichten (+) | Klare Zuordnung der aktienrechtlichen Sorgfaltspflichten (+) | Zuordnung der aktienrechtlichen Sorgfaltspflichten problematisch (-) | Klare Zuordnung der aktienrechtlichen Sorgfaltspflichten (+) |

Quelle: eigene Darstellung

hende im Verwaltungsorgan nicht nur in Gang zu setzen, sondern auch weitestgehend auszureizen, müssten die Informationsrechte der Mitglieder (aus den weiter oben dargelegten Gründen²⁴⁴) durch § 90 AktG ergänzt werden. Er fehlt im Einheitsmodell völlig und ist im Delegiertenmodell auf die Überwachung der Geschäftsführung beschränkt.

Je stärker sich die Beratung in den drei Modellen zur aktiven Teilnahme am Leitungsgeschehen verdichtet, desto symmetrischer wird die Informationsverteilung, umso eher setzen sich die Angehörigen des Verwaltungsorgans aber auch den Haftungsgefahren von Vorstandsmitgliedern aus. Haftungsrechtlich problematisch erscheint dabei allerdings nur die Aufgabenverteilung des Delegiertenmodells, die im Unterschied zu den beiden anderen Modellen keine klare und eindeutige Zuweisung der aktienrechtlichen Sorgfalts- und Haftungsbestimmungen zu den nicht geschäftsführenden Mitgliedern erlaubt. Mit der zunehmenden Ausblendung von Überwachungsaufgaben wird es aber gleichzeitig auch schwieriger oder gar unmöglich, das Recht zur Erteilung des Prüfungsauftrages einer Gruppe von Mitgliedern zuzuweisen, die nicht in die Leitung involviert sind.

Diese und andere Schwierigkeiten treten beim dualistischen System nicht auf. Zwar fehlt ihm die Organisationsflexibilität des monistischen Systems und dem Überwachungsorgan das Recht zur aktiven Mitwirkung²⁴⁵. Dafür kann es aber immerhin den Umfang der zustimmungspflichtigen Geschäfte eigenständig bestimmen. Es besitzt zudem die Personalkompetenz gegenüber dem Leitungsorgan und damit insgesamt einen besseren Ausgangspunkt, um Informationsansprüche notfalls auch durchsetzen zu können. Andererseits ließe sich gegen das dualistische und für das monistische System einwenden, dass die Verwaltungsorgan-Mitglieder gar nicht erst in derartige Bedrängnis geraten, wenn sie selbst an der Leitung beteiligt sind. So gesehen halten sich die Vorteile und Nachteile des dualistischen Systems einerseits und die der Gesamtheit der monistischen Modelle andererseits mehr oder weniger die Waage. Es fällt daher schwer ein eindeutiges Urteil zu fällen. Betrachtet man hingegen jedes Modell für sich allein, so lassen sich doch immerhin recht klare Tendenzaussagen treffen.

So hat sich das Trennungsmodell unter dem Gesichtspunkt der (gesellschaftsrechtlichen) Kompatibilität sicherlich als verträglichste und in dieser Hinsicht die anderen Modelle überragende Variante herausgestellt. Verglichen mit dem dualistischen System steht es jedoch – wenn man die dualistische Struktur als Abbild der aktienrechtlichen Verfassung zum Maßstab erheben will – zurück. Die Frage, ob man anstatt des Trennungsmodells nicht vorzugsweise

²⁴⁴ Siehe hierzu die Bemerkungen weiter oben, Dritter Teil: A. I. 2. b) aa), S. 159 ff.

²⁴⁵ Unter dem Gesichtspunkt der Neutralität und Unabhängigkeit stellt es deshalb aber auch das „adäquatere Organisationsmodell“ dar; vgl. *Artmann* (2002), S. 195.

gleich das dualistische System wählen sollte, ist also durchaus berechtigt. Insofern dürfte das Trennungsmo­dell unter objektiven wie subjektiven Kriterien als attraktive Alternative zum dualistischen System ausscheiden.

Die andere extreme Ausformung des monistischen Systems, das Einheitsmodell, erscheint zumindest für größere Gesellschaften ungeeignet. Da es das Verwal­tungsorgan auf ein reines Leitungsorgan reduziert, verlagert sich das System der *checks and balances* auf das Verhältnis von Verwaltungsorgan und Hauptversammlung. Die Rolle des Kontrolleurs könnte also nur ein Großaktionär wirklich ausfüllen, wie er typischerweise in Familiengesellschaften vorhanden ist. Hierdurch wären nicht zuletzt Kooptationsgefahren gemieden, die in Gesellschaften mit atomistischer Anteilseignerstruktur schon eher bestehen. Das Einheitsmodell bietet demnach vornehmlich all denen eine akzeptable Strukturierungsoption, die ansonsten auf die Rechtsform der GmbH zurückgreifen müssten²⁴⁶, wenn aus ihrer Sicht entscheidende Gründe gegen die Rechtsform der (deutschen) Aktiengesellschaft sprechen.

Wir halten fest: Als potenzielle Alternative für größere (mitbestimmungsfreie) Aktiengesellschaften bleibt somit nur das monistische System in seiner Konzeption als Delegiertenmodell übrig. Obwohl die Schwächen des Einheitsmodells auch hier ansatzweise gegeben sind, vermag es immerhin einige durch die spezifische Aufgaben- und Kompetenzverteilung auszugleichen. So sorgt die Gruppierung in geschäftsführende und nicht geschäftsführende Mitglieder wenigstens für die Überwachung der Geschäftsführung und verhindert, dass die Geschäftsführung allein die Vergabe des Prüfungsauftrages übernimmt. Daneben gewährleistet die Teilnahme aller Mitglieder an der Oberleitung ein Mindestmaß an Information und Unterrichtung, wozu selbst die Personalkompetenz nicht sichtlich und signifikant mehr beitragen könnte. Mit dem Delegiertenmodell und der dualistischen Führungsstruktur empfehlen sich den Gründern einer SE, die später weder der Mitbestimmung unterliegt noch Teil eines Konzernverbundes sein wird, also zwei Systemalternativen, die unter gesellschaftsrechtlichen Gesichtspunkten mehr oder weniger gleichwertig sind. Ob das monistische System (mit Delegiertenlösung) der mitbestimmungsrechtlichen ‚Belastungsprobe‘ allerdings besser standhält als das dualistische System, ist fraglich.

²⁴⁶ Das Statut einer Europäischen Privatgesellschaft wird schon seit längerer Zeit namentlich von *Hommelhoff* eingefordert, vgl. zuletzt *ders.* (2001c), S. 287; ferner *Roth* (2000), S. 401 ff. Forderungen äußerte jüngst auch der Verband des deutschen Maschinen- und Anlagenbaus (VDMA), vgl. FAZ v. 12.11.2002, S. 23; während die von *Jaap Winter* geleitete Expertengruppe der Europäischen Kommission vorerst keinen Bedarf für eine solche Rechtsform erkennen konnte; vgl. *Maul* (2003), S. 31.

B. Mitbestimmungsrechtliche Kompatibilität und Qualität

I. Vereinbarkeit der Führungssysteme

1. Modifikationen der Führungsorganisation durch die Richtlinie des Rates v. 8.10.2001

a) Grundlagen und Modalitäten der unternehmerischen Mitbestimmung

Ähnlich wie im Bereich des Gesellschaftsrechts treffen auf der Ebene der Mitbestimmung wiederum gemeinschaftsrechtliche und nationale Bestimmungen aufeinander. Nur ist der Weg, auf dem die nationalen Mitbestimmungsregelungen zur Anwendung gelangen, hier ein anderer. Von wenigen Ausnahmen abgesehen bedient sich die SE-Richtlinie nämlich nicht mehr des (direkten) Verweises auf die Vorschriften des jeweiligen Sitzstaates²⁴⁷. Auch sind die Optionen der Mitgliedstaaten, in Bezug auf die Mitbestimmung entsprechend attraktive Sitzbedingungen zu schaffen, zahlenmäßig ungleich kleiner als auf dem Gebiet der gesellschaftsrechtlichen Ausgestaltung²⁴⁸. Den Ausschlag für das spätere Mitbestimmungsniveau in der SE geben vielmehr die ursprünglichen Mitbestimmungsmodalitäten in den Gründungsgesellschaften, die gewählte Gründungsform sowie der Verlauf der Verhandlungen über die zukünftige Beteiligung der Arbeitnehmer^{249, 250}.

In Abkehr von einem für alle Mitgliedstaaten starren Mitbestimmungsregime hat der Verordnungs- bzw. Richtliniengeber also die Beteiligung in der SE grundsätzlich verhandlungsoffen belassen – mit der Einschränkung, dass die „Sicherung erworbener Rechte der Arbeitnehmer“ als Richtschnur dienen solle und mit der Konsequenz, dass sich hieraus jeweils unterschiedliche Folgen für den späteren Umfang ergeben werden. Dieses sog. Vorher-Nachher-Prinzip ist „fundamentaler Grundsatz und erklärtes Ziel“²⁵¹, welches die gesamte SE-Richtlinie durchzieht. Hierin liegt zugleich aber auch der Anknüpfungspunkt,

²⁴⁷ Siehe z.B. für den Fall der Umwandlung, Auffangregelung Teil 3 lit. a) SE-RL.

²⁴⁸ So ist es den Mitgliedstaaten bspw. überlassen, ob sich die Beschlussfähigkeit und Beschlussfassung des Aufsichtsorgans nach den für nationale (mitbestimmte) Aktiengesellschaften geltenden Vorschriften bestimmen sollen [vgl. Art. 50 Abs. 3 SE-VO]. Ferner können die Mitgliedstaaten vorgeben, dass die Auffangregelungen zur Mitbestimmung auf die Gründung durch Verschmelzung keine Anwendung finden (sog. Spanien-Option), vgl. Art. 7 Abs. 3 SE-RL.

²⁴⁹ Siehe auch *Pluskat* (2001 a), S. 1486.

²⁵⁰ Die SE-Richtlinie untergliedert die Beteiligung der Arbeitnehmer in die Komponenten Unterrichtung, Anhörung und (unternehmerische) Mitbestimmung; vgl. nochmals die Anmerkungen in FN 278 [Zweiter Teil: A. II. 2. a)].

²⁵¹ Vgl. Erwägungsgrund (18) der SE-RL.

über den die nationalen Regelungen zur Mitbestimmung Eingang finden. Sie erlangen nicht mehr infolge der Wahl eines bestimmten Domizilstaates als sitzstaatspezifische Normen unmittelbar Rechtskraft, sondern bilden nur dann die Meßlatte für den auszuhandelnden Mitbestimmungsstandard der SE, wenn sie in mindestens einer der beteiligten Gründungsgesellschaften zuvor Grundlage der dort vorgeschriebenen und praktizierten Mitbestimmungsform(en) waren²⁵². Entscheidend ist also vor allem die Herkunft der Gründungsgesellschaften und nur am Rande der künftige satzungsmäßige Sitz²⁵³. Da eine SE in jedem beliebigen Mitgliedstaat errichtet werden kann bzw. ihren Sitz dorthin verlegen darf, wäre es demnach theoretisch möglich, dass auf eine in Deutschland ansässige SE, deren Gründung ohne Beteiligung deutscher Gesellschaften erfolgt, die deutschen Mitbestimmungsgesetze zum größten Teil gar keine Anwendung finden²⁵⁴. Um die Auswirkungen der Mitbestimmung auf die Vor- und Nachteile der Führungssysteme einer SE (mit Sitz in Deutschland) ableiten und abschätzen zu können, bedarf es daher einiger Vorüberlegungen.

Neben der Wahl des Führungssystems und des geeigneten Standortes müssen sich die Gründer im Vorhinein überlegen, für welche Form der Gründung sie sich entscheiden sollen²⁵⁵. Zu den vier primären Gründungsformen²⁵⁶, die die SE-Verordnung nennt, gehören die Gründung durch Verschmelzung, die Gründung einer Holding-SE, die Gründung einer Tochter-SE und die Umwandlung (siehe Abbildung 2). Einschlägig und damit maßgeblich wären die Bestimmungen des BetrVG 52 oder des MitbestG 76 demzufolge nur, sollte die SE nicht auf dem Wege der Umwandlung entstehen, wenn eine Europäische Aktiengesellschaft (zumindest) unter Beteiligung einer deutschen Gesellschaft gegründet wird.

In Abhängigkeit davon, ob Verhandlungen überhaupt aufgenommen werden, wie die Verhandlung verläuft und welchen Ausgang sie letztlich nimmt, erfolgen erste Weichenstellungen, die den Umfang der Mitbestimmung in der SE mehr oder minder stark vorherbestimmen. Sie können jedoch in Kombination mit der gewählten Gründungsform noch zu unterschiedlichen Ergebnissen füh-

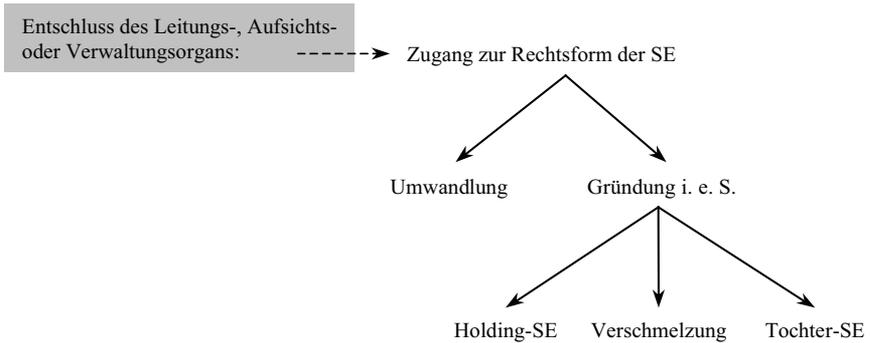
²⁵² Das konkrete Ausmaß der Mitbestimmung ist nicht nur durch die gesetzlich verankerten Mindeststandards zu bestimmen, sondern auch durch solche Mitbestimmungsgepflogenheiten, die tarifvertraglich oder betrieblich vereinbart wurden; siehe hierzu mit Bezug zur SE eingehender *Nagel* (2001), S. 406 ff.

²⁵³ Er ist gleichwohl nicht gänzlich ohne Belang, wie vereinzelte Bestimmungen der SE-VO und der SE-RL zeigen; vgl. bspw. Art. 50 Abs. 3 SE-VO; Auffangregelung Teil 3 lit. b) S. 5 SE-RL.

²⁵⁴ Ähnlich *Thoma/Leuering* (2002), S. 1454. Davon ausgenommen wären die Beschlussfassungsmodalitäten des Aufsichtsorgans, wenn der deutsche Gesetzgeber von der Ermächtigung in Art. 50 Abs. 3 SE-VO Gebrauch macht.

²⁵⁵ Die Entscheidung für eine bestimmte Gründungsform wird, wie auch die Wahl des Standortes, u. a. steuerrechtlich motiviert sein.

²⁵⁶ Eine sekundäre Gründungsform besteht darin, dass eine SE selbst eine oder mehrere Tochtergesellschaften in der Rechtsform der SE gründen kann; vgl. Art. 3 Abs. 2 SE-VO.



Quelle: eigene Darstellung

Abbildung 2: Formen der Gründung einer Europäischen Aktiengesellschaft

ren²⁵⁷ (siehe Abbildung 3). Beschließt z.B. das besondere Verhandlungsgremium (mit einer Zwei-Drittel-Mehrheit²⁵⁸) erst gar nicht in Verhandlungen mit den Vertretungsorganen der Gründungsgesellschaften einzutreten oder aufgenommene Verhandlungen abzubrechen, käme dies u.U. einem völligen Mitbestimmungsverzicht gleich²⁵⁹, da gem. Art. 3 Abs. 6 SE-RL in diesen Fällen nur die – zuvor in den Gründungsgesellschaften geltenden – nationalen Bestimmungen zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer Anwendung finden (Ursprungslösung). Verstreicht dagegen der vorgeschriebene Verhandlungszeitraum von sechs Monaten²⁶⁰, der maximal um weitere sechs Monate verlängert werden darf²⁶¹, ohne dass sich die Parteien auf eine unternehmensspezifische Vereinbarung einigen konnten oder beschließen sie dies ausdrücklich²⁶², so richtet sich die Mitbestimmung – falls der Sitzstaat nicht von der sog. Opt-Out-Regelung²⁶³ Gebrauch macht – nach den Vorgaben der Auffangregelung (Auffanglösung)²⁶⁴. Die dritte Basislösung beruht auf dem Idealfall erfolgreich be-

²⁵⁷ Ausführlicher dazu sogleich.

²⁵⁸ Art. 3 Abs. 6 S. 4 SE-RL.

²⁵⁹ Zur Ausnahme der ‚Gründung‘ durch Umwandlung sogleich.

²⁶⁰ Art. 5 Abs. 1 SE-RL.

²⁶¹ Art. 5 Abs. 2 SE-RL.

²⁶² Vgl. Art. 7 Abs. 1 lit. a), b) SE-RL.

²⁶³ Vgl. nochmals FN 248 [Dritter Teil: B. I. 1. a)].

²⁶⁴ Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Auffangregelung ist ferner, dass sich im Falle der Verschmelzung die Mitbestimmung auf mindestens ein Viertel und bei Gründung einer Holding-SE oder Tochter-SE auf mindestens die Hälfte der Belegschaft aller an der Gründung beteiligten Gesellschaften zuvor erstreckte [vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. b) und c), jeweils 1. Spiegelstrich SE-RL]. Allerdings handelt es sich dabei nicht um unabdingbare Voraussetzungen, da die Auffangregelung selbst dann (noch)

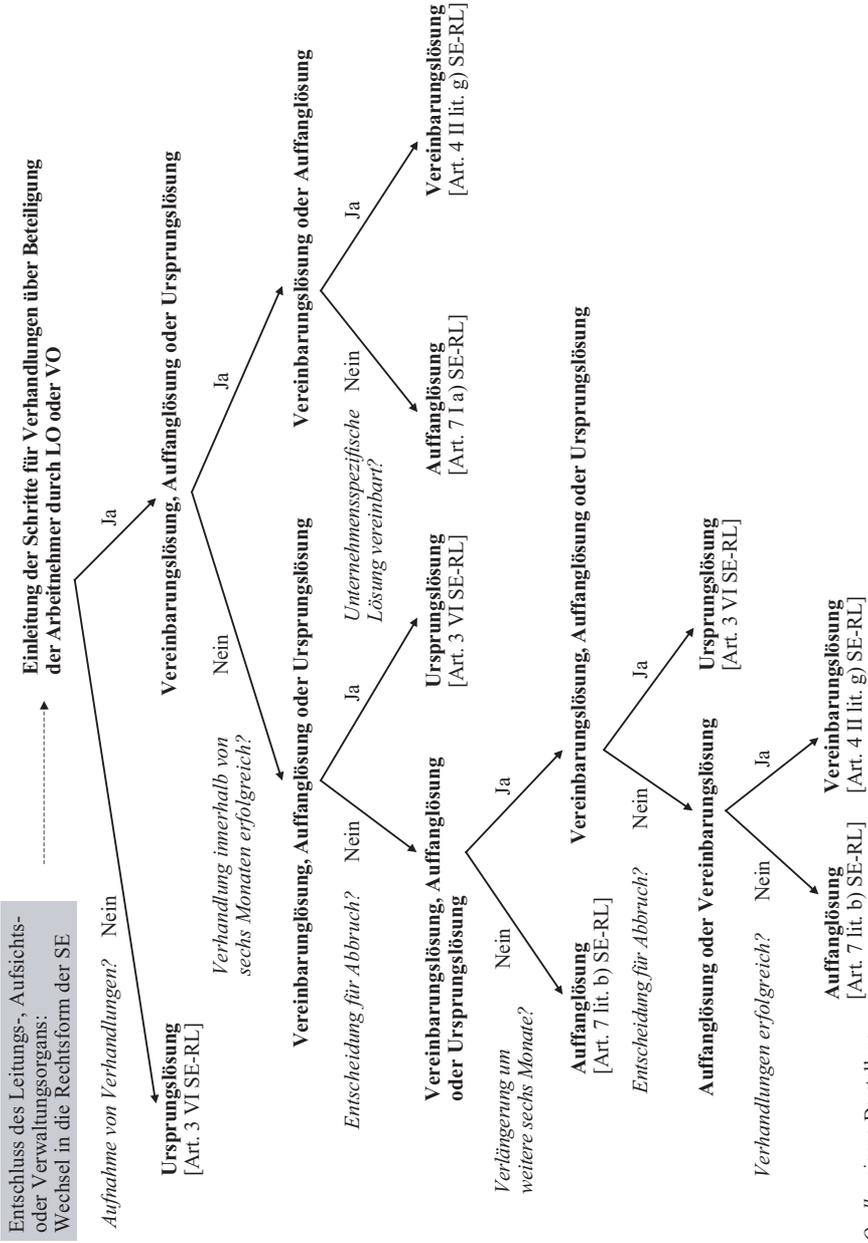


Abbildung 3: Entwicklungspfade der Verhandlungen über die Beteiligung der Arbeitnehmer

endeter Verhandlungen (Vereinbarungslösung). Sie eröffnet generell ein weites Feld für maßgeschneiderte Mitbestimmungsformen, unterliegt allerdings den Einschränkungen einzelner Gründungsformen und dürfte – im Vorher-Nachher-Vergleich – als Ergebnis in aller Regel Ausdruck des Verhandlungsgeschickes der Arbeitgeber- bzw. der Arbeitnehmerseite sein²⁶⁵.

Das spätere Ausmaß der Mitbestimmung lässt sich bei einer SE, die aus der Umwandlung einer nach nationalem Recht gegründeten Aktiengesellschaft hervorgeht²⁶⁶, vergleichsweise einfach bestimmen. Denn unbeschadet dessen, welchen Verlauf die Verhandlung nimmt, d.h. ob die Ursprungs-, Auffang- oder Vereinbarungslösung zum Tragen kommt, finden nach vollzogenem Formwechsel weiterhin alle Komponenten der Mitbestimmung uneingeschränkt Anwendung²⁶⁷. Anders gewendet wird die mitbestimmungsrechtliche Situation schlicht fortgeschrieben²⁶⁸. Sie kann im Rahmen einer Vereinbarung zwischen den Parteien allenfalls ausgebaut, nicht aber gemindert werden. Eine – praktisch durchaus bedeutsame – Lockerung besteht gleichwohl insoweit, als die Reduzierung der Arbeitnehmersitze keine Minderung im Sinne der SE-Richtlinie darstellt, solange nur das ursprüngliche Sitzverhältnis im mitbestimmten Organ erhalten bleibt²⁶⁹. Für deutsche mitbestimmungspflichtige Aktiengesellschaften bedeutet dies, dass nach wie vor und je nachdem entweder das Mitbestimmungsregime des BetrVG 52 (Drittelparität) oder gegebenenfalls das schärfere des MitbestG von 1976 (Parität) maßgeblich ist (siehe Abbildung 4)²⁷⁰.

zur Anwendung gelangt, wenn der Anteil der Arbeitnehmer, auf den eine oder mehrere Mitbestimmungsform(en) entfiel(en), die genannten Schwellenwerte unterschreitet und das besondere Verhandlungsgremium sich durch ‚heilenden‘ Beschluss für die Geltung der Auffangregelung ausspricht [vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. b) und c) jeweils 2. Spiegelstrich SE-RL]; es sei denn, in den beteiligten Gesellschaften bestand überhaupt keine Mitbestimmung. Unter dieser Voraussetzung kann die SE mitbestimmungsfrei bleiben; vgl. Auffangregelung Teil 3 lit. b) S. 2 SE-RL.

²⁶⁵ Zur Teilnahme von Gewerkschaftsvertretern an den Verhandlungen siehe auch die Anmerkungen von *Heinze* (2002), S. 94 f.

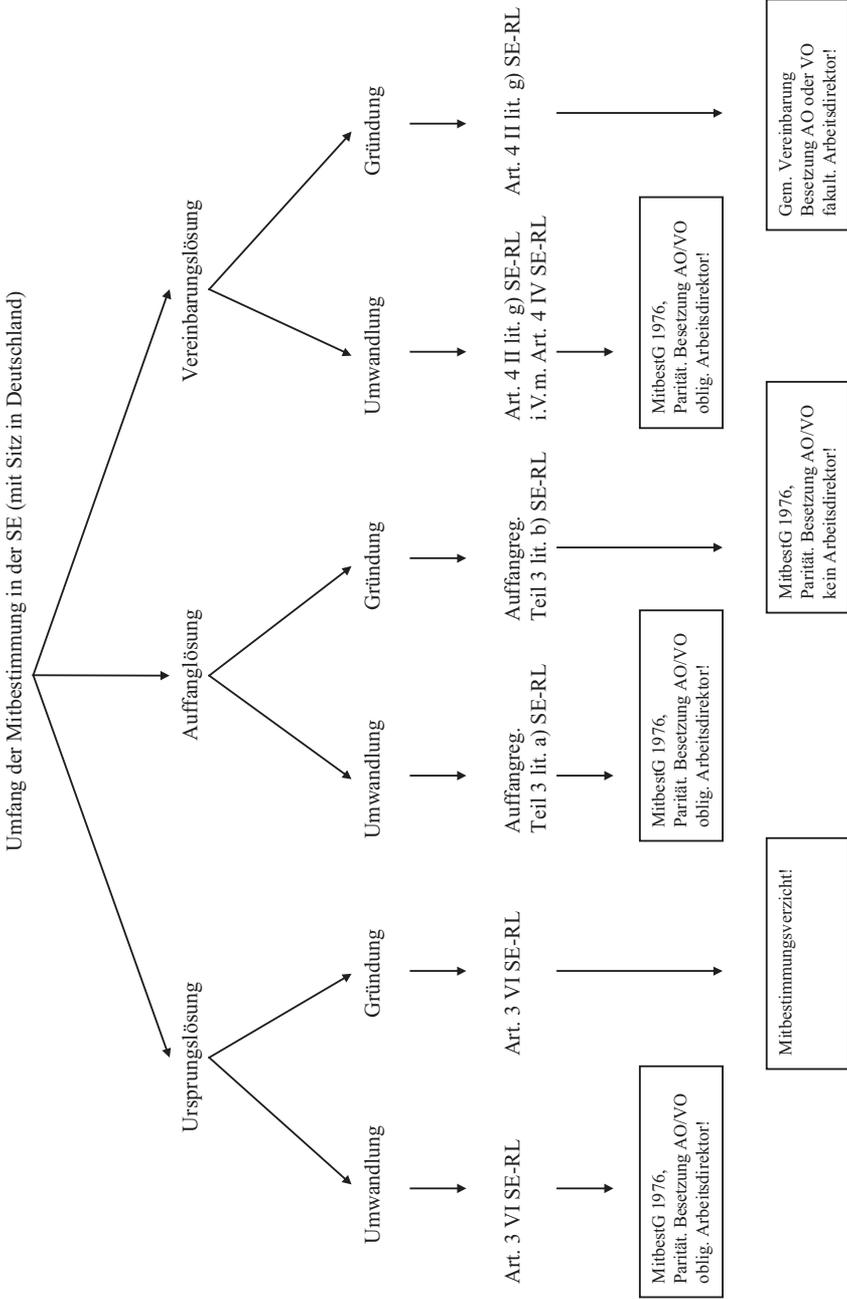
²⁶⁶ Gemäß Art. 2 Abs. 4 SE-VO ist die Umwandlung in eine SE allein Unternehmen in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft vorbehalten.

²⁶⁷ Vgl. für die Ursprungslösung Art. 3 Abs. 6 SE-RL, für die Auffanglösung Teil 3 lit. a) der Auffangregelung und für die Vereinbarungslösung Art. 4 Abs. 2 lit. g) i.V.m. Art. 4 Abs. 4 SE-RL.

²⁶⁸ So auch *Herfs-Röttgen* (2001), S. 429; *Lutter* (2002a), S. 6; *Hirte* (2002), S. 7; *Heinze* (2002), S. 90 f. Das bedeutet u.a., dass Gewerkschaftsvertreter Mitglieder des Aufsichts- oder Verwaltungsorgans werden; vgl. *Köstler* (2002), S. 312.

²⁶⁹ Vgl. die Legaldefinition in Art. 4 Abs. 4 S. 4 SE-RL: „Minderung der Mitbestimmungsrechte bedeutet, dass der Anteil der Mitglieder der Organe der SE im Sinne des Artikels 2 Buchstabe k geringer ist als der höchste in den beteiligten Gesellschaften geltende Anteil.“ (Kursivierung hinzugefügt). Siehe auch *Kallmeyer* (2003a), S. 199.

²⁷⁰ Für den Fall, dass sich die überbetriebliche Beteiligung der Arbeitnehmer nach den Regelungen des MitbestG 76 richtet, gehörten dem Aufsichtsorgan auch Gewerkschaftsvertreter an; vgl. *Köstler* (2002), S. 312.



Quelle: eigene Darstellung

Abbildung 4: Umfang der Mitbestimmung in der SE bei Beteiligung einer deutschen Gesellschaft mit paritätisch besetztem Aufsichtsrat

Bei den übrigen drei Gründungsformen variiert der Umfang der Mitbestimmung in gleicher Weise von Lösung zu Lösung. Während die Nichtaufnahme oder der Abbruch von Verhandlungen²⁷¹ – wie schon erwähnt – die SE von der Verpflichtung zur Einführung der Arbeitnehmerbeteiligung auf Unternehmensebene befreit, haben die Arbeitnehmer der SE, sollte die (notfalls prolongierte) Verhandlungsfrist ergebnislos verstreichen, einen Anspruch auf einen Teil der Sitze im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan²⁷². Der Anteil der auf die Arbeitnehmerseite entfallenden Sitze berechnet sich dabei, ungeachtet der individuellen Belegschaftsstärke des einzelnen an der Gründung beteiligten Unternehmens, nach dem – aus Sicht der Arbeitnehmer – günstigsten (früheren) Sitzverhältnis in den Führungsorganen der Gründungsgesellschaften²⁷³. Bedenkt man, dass die paritätische Mitbestimmung nach dem MitbestG 76 im Vergleich der europäischen Mitgliedstaaten von bislang unerreichtem Niveau ist²⁷⁴, so dürfte die Beteiligung einer deutschen Gesellschaft wohl in nicht wenigen Fällen über die endgültige (relative) Sitzverteilung im jeweiligen Organ der SE entscheiden^{275, 276}. Diese Sachlage gewinnt auch insofern an Bedeutung, als die von der Arbeitnehmerseite bestellten, gewählten oder empfohlenen Vertreter nach Maßgabe der Auffangregelung den Status gleichberechtigter und -verpflichteter Organmitglieder einnehmen²⁷⁷. Im Unterschied zur Umwandlung entfällt allerdings sowohl die (vorherige) Pflicht zur Bestellung eines Arbeitsdirektors als auch der Zwang zur anteiligen Besetzung des Aufsichts- oder Verwaltungsorgans mit Gewerkschaftsvertretern²⁷⁸.

²⁷¹ Für einen entsprechenden Beschluss des besonderen Verhandlungsgremiums ist eine Mehrheit von zwei Dritteln erforderlich, wobei sich das diesbezügliche Votum aus Stimmen von Mitgliedern zusammensetzen muss, die Arbeitnehmer in mindestens zwei Mitgliedstaaten vertreten.

²⁷² Vgl. Teil 3 lit. b) S. 1 der Auffangregelung.

²⁷³ Vgl. Teil 3 lit. b) S. 1, 2. Halbsatz der Auffangregelung. Siehe in diesem Zusammenhang auch *Lutter* (2002a), S. 6: „Der höchste Mitbestimmungsstandard einer beteiligten Gesellschaft wird also auf das gesamte neue Gebilde SE übertragen, gleichgültig, wo diese ihren Sitz hat.“

²⁷⁴ So wohl *Köstler* (2002), S. 310 in FN 2.

²⁷⁵ So *Herfs-Röttgen* (2001), S. 429; wohl auch *Kleinsorge* (2002), S. 350 und *Teichmann* (2002c), S. 590. Sie gibt gleichwohl nur den Ausschlag für die Verteilung der Sitze zwischen der Anteilseigner- und der Arbeitnehmerseite. Über die Zuteilung der Sitze zu den Vertretern der Arbeitnehmer aus den jeweiligen Mitgliedstaaten befindet allein das Vertretungsorgan der Arbeitnehmer der SE; vgl. Teil 3 lit. b) S. 3 der Auffangregelung.

²⁷⁶ Vor diesem Hintergrund besteht die Befürchtung, dass deutsche Unternehmen zum unliebsamen Gründungspartner werden können; vgl. *Heinze* (2002), S. 92; *Hirte* (2002), S. 6; *Kaden* (2003), S. 90; *Jahn/Herfs-Röttgen* (2001), S. 638; *Forsthoff* (2002), S. 2471; *Leyens* (2003), S. 101; *Ulmer* (2002c), S. 272; *ders.* (2001b), S. 23; *Kolvenbach* (1998), S. 1325; *Hopt* (2000b), S. 301 in FN 9; *ders.* (2002b), S. 42; wohl auch *Lutter* (2002a), S. 5 f.; zurückhaltender dagegen *Hommelhoff/Teichmann* (2002), S. 6 f.; *Thoma/Leuering* (2002), S. 1454; *Kübler* (2003), S. 227.

²⁷⁷ Vgl. Teil 3 lit. b) S. 6 der Auffangregelung.

Im Rahmen der Vereinbarungslösung bleibt die konkrete Form der Mitbestimmung, wie im Übrigen auch die Entscheidung, ob eine überbetriebliche Beteiligung der Arbeitnehmer überhaupt vorgesehen werden soll, den Verhandlungsparteien (zur freien Gestaltung) überlassen²⁷⁹. Als Mindestinhalt der Vereinbarung wird, falls eine Einigung über die Mitbestimmungsmodalitäten zustande kommt, von Seiten der Richtlinie lediglich vorgeschrieben, dass sie Näheres zur Anzahl der von den Arbeitnehmern zu stellenden Mitglieder, zum dazugehörigen Bestellungs-, Wahl- oder Empfehlungsverfahren sowie zu den Rechten und Pflichten der (bestellten, gewählten oder empfohlenen) Mitglieder enthalten muss²⁸⁰. Die Richtlinie belässt demnach prinzipiell genügend Spielraum für alternative Formen der Mitwirkung in einer SE, deren Gründung auf dem Wege der Verschmelzung oder als Holding- bzw. Tochtergesellschaft erfolgt. Das schließt auch eine Absenkung der zuvor in den Gründungsgesellschaften geltenden Mitbestimmungsstandards nicht aus. Wenn sich aber als Ergebnis einer solchen Minderung (i. S. der SE-RL²⁸¹) der Anteil der auf die Arbeitnehmerseite entfallende Sitze im betreffenden Organ reduzieren würde und die Mitbestimmung zuvor einen bestimmten Prozentsatz der Arbeitnehmer erfasste, muss das besondere Verhandlungsgremium eine dahingehende Vereinbarung mit einer Mehrheit von zwei Dritteln billigen²⁸². Die dafür einschlägigen Schwellenwerte betragen für die Gründung durch Verschmelzung 25% und für die Holding- bzw. Tochter-SE 50% (Art. 3 Abs. 4 SE-RL).

Vor diesem Hintergrund mag man vermuten, dass es – bei Beteiligung eines deutschen Unternehmens – nur selten zu mitbestimmungsmindernden Vereinbarungen kommen dürfte. Die zur Voraussetzung erhobenen Schwellenwerte bilden indes, wie unlängst in der Literatur erkannt wurde²⁸³, kein unüberwindbares Hindernis, wonach eine Abkehr vom ursprünglichen Mitbestimmungsniveau

²⁷⁸ Die (beratende) Mitwirkung von Vertretern der Gewerkschaften bleibt nach der SE-Richtlinie darauf beschränkt, sie entweder als Mitglied des besonderen Verhandlungsgremiums berufen oder als Sachverständige hinzuziehen zu können [vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. b) S. 4 und Abs. 5 SE-RL]; siehe hierzu auch Erwägungsgrund (19) der SE-RL.

²⁷⁹ Vgl. *Herfs-Röttgen* (2001), S. 427.

²⁸⁰ Vgl. Art. 4 Abs. 2 lit. g) SE-RL. Obgleich in der Vorschrift nur die Rechte der Mitglieder wörtlich Erwähnung finden, ist davon auszugehen, dass neben den von der SE-Verordnung ausdrücklich genannten auch weitere Pflichten festgelegt werden können.

²⁸¹ Zur Definition des Begriffes ‚Minderung der Mitbestimmung‘ siehe nochmals FN 269 [Dritter Teil: B. I. 1. a)].

²⁸² Vgl. Art. 3 Abs. 4 SE-RL. Auch hier gilt, dass die abgegebenen Stimmen von Mitgliedern des Verhandlungsgremiums stammen müssen, die Arbeitnehmer in mindestens zwei Mitgliedstaaten vertreten. Überdies kommt die Vorschrift nur dann zur Anwendung, wenn im Falle der Verschmelzung wenigstens ein Viertel und im Falle der Holding-SE oder Tochter-SE die Hälfte aller Arbeitnehmer der SE zuvor ein Recht auf Mitbestimmung besaßen.

²⁸³ Eingehend *Kallmeyer* (2003a), S. 201.

von vornherein aussichtslos erscheinen muss. Denn bei der Berechnung, auf welchen Arbeitnehmeranteil sich die Mitbestimmung in den (an der Gründung beteiligten) Gesellschaften zuvor erstreckte, zählen abhängige Konzerngesellschaften nicht mit^{284,285}. Folglich wird in nicht wenigen Fällen nur eine absolute Mehrheit des besonderen Verhandlungsgremiums erforderlich sein (Art. 3 Abs. S. 1 SE-RL). Dabei gilt es gleichzeitig zu bedenken, dass sich das Verhandlungsgremium wiederum entsprechend der Arbeitnehmerstärke in allen (von der Gründung) betroffenen Gesellschaften zusammensetzt. Darin sind abhängige (mitbestimmungsarme oder -freie) Konzerngesellschaften eingeschlossen²⁸⁶. Mit absoluter Mehrheit gefasste Beschlüsse, die eine Minderung der Mitbestimmung zur Folge hätten, liegen also, zumal bei Zugeständnissen auf der Arbeitgeber- bzw. Anteilseignerseite, im Bereich des Möglichen.

Insgesamt betrachtet gleicht das fast schon kasuistisch anmutende Mitbestimmungsregime der SE-Richtlinie mehr einem fein austarierten Balance-Akt, der auf der einen Seite zur „eigentlichen Sensation“²⁸⁷ von Nizza geführt hat, andererseits aber zur bemängelten Zersplitterung der Rechtsform (unv)erkennbar beiträgt²⁸⁸. Die Vielfalt der nun möglich gewordenen Mitbestimmungslösungen ist zwar, was die Vereinbarungslösung anbetrifft, der Preis für die auf der anderen Seite hinzugewonnene Verhandlungs- und Gestaltungsfreiheit. Die Attraktivität der Führungssysteme der SE steht damit jedoch unter dem unmittelbaren Einfluss des Verhandlungserfolges. Selbst wenn die Vertretungsorgane der (an der Gründung) beteiligten Gesellschaften sich vor dem Verhandlungsbeginn überlegen würden, welches Führungssystem unter gesellschaftsrechtlichen Gesichtspunkten – bei gegebener Gründungsform – als das geeignetere erscheint, wären sie immer noch gezwungen, auf eine Integration der Mitbestimmung hinzuwirken, die die (komparativen) Vorzüge der avisierten Systemalternative nicht völlig zunichte macht. Dafür belässt ihnen die Auffangregelung aber wenig Raum. Denn der Schutz, den die Auffanglösung vor einer Abschmelzung des ursprünglichen Mitbestimmungsniveaus bietet, verschafft dem besonderen Verhandlungsgremium eine günstige Ausgangsposition²⁸⁹. Es könnte problemlos durch Anwendung einer Wartetaktik den maximalen Verhandlungszeitraum verstreichen

²⁸⁴ Vgl. Art. 3 Abs. 4 i.V.m. Art. 2 lit. b) SE-RL.

²⁸⁵ Man denke in diesem Zusammenhang nur an die Gründung einer SE durch eine französische Stammhaus-S.A. und eine deutsche Holding-AG. Selbst wenn beide – als Konzern betrachtet – eine gleich große Zahl an Arbeitnehmern stellen, dürften der deutschen Konzernholding – als Einzelgesellschaft – in aller Regel deutlich weniger Arbeitnehmer angehören.

²⁸⁶ Vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. a) SE-RL.

²⁸⁷ So *Herfs-Röttgen* (2001), S. 424; *Jahn/Herfs-Röttgen* (2001), S. 634.

²⁸⁸ Im Ergebnis auch *Nagel* (2001), S. 407, der überzeugend darlegt, dass aufgrund der Option, die Mitglieder des Leitungsorgans alternativ durch die Hauptversammlung bestellen zu lassen, das Aufsichtsorgan in einem Mitgliedstaat nur ein reines Kontrollorgan und in einem anderen hingegen auch ein Wahlorgan wäre.

lassen und so eine – doch immerhin noch recht weitreichende – mitbestimmungsrechtliche „Besitzstandswahrung“²⁹⁰ lancieren.

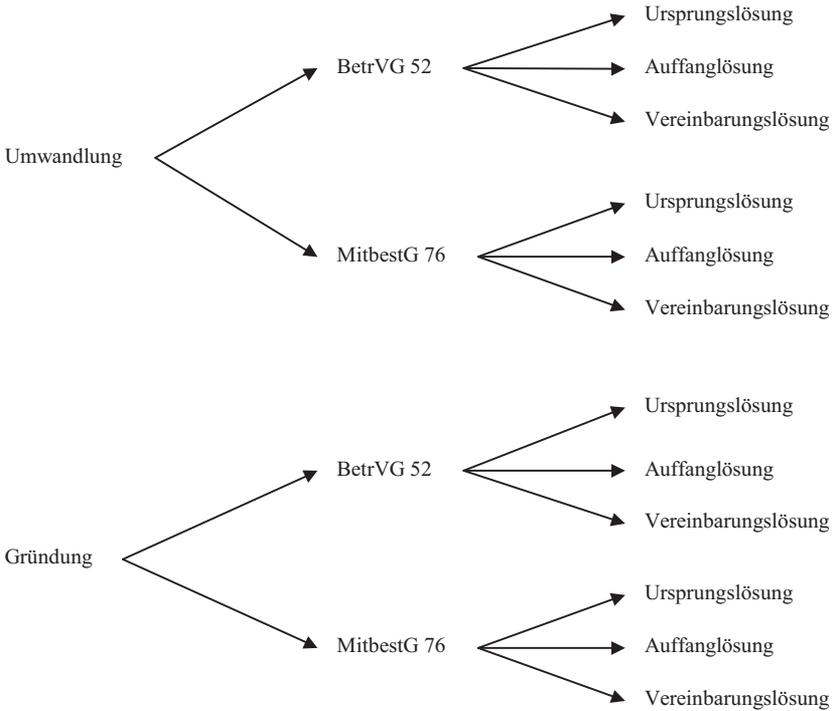
Die gesellschaftsrechtliche und die mitbestimmungsrechtliche Ausgestaltung der Führungsorganisation sind somit in hohem Maße interdependent. Dementsprechend wird mitunter auch der zu wählende (oder schon geplante) Gründungsweg eine Ausstrahlungswirkung auf die Eignung der Führungssysteme haben. Dabei gilt es zu bedenken, dass bei höchst unterschiedlichen Mitbestimmungsstandards der Richtlinien-Lösungen (Ursprungs-, Auffang- und Vereinbarungslösung) einerseits und den deutschen Mitbestimmungsgesetzen andererseits die Vor- und Nachteile der Systemalternativen lösungs- wie modellbedingt anders ausfallen können. Daher ist, bevor sie näher beleuchtet werden können, zunächst danach zu fragen, in welcher Form und wie tendenziell gut oder schlecht sich die jeweiligen – mit einer Lösung verbundenen – Mitbestimmungskomponenten in das jeweilige Führungssystem(modell) integrieren lassen.

b) Integration in das dualistische System

Konkrete Aussagen zur Integration der Mitbestimmung und darauf aufbauend zur integrationsbedingten Modifikation der Führungssysteme können, wie die voranstehenden Vorbemerkungen gezeigt haben, ohne Bezug zur Gründungsart nicht getroffen werden. Dabei ist nicht nur die Auswahl einer bestimmten Gründungsform von Bedeutung. Ausschlaggebend sind auch die ursprüngliche Mitbestimmungsintensität und -form der beteiligten Gesellschaften. Aus Gründen der Übersichtlichkeit und zum Zwecke der Vereinfachung sei im Folgenden angenommen, dass erstens die Gründung einer SE unter mindestens hälftiger Beteiligung einer deutschen Gesellschaft erfolge und zweitens sich nur solche (deutschen) Gesellschaften daran beteiligen würden, in denen zuvor Mitbestimmung entweder nach dem BetrVG 52 oder nach dem MitbestG von 1976 bestand. Damit muss zum einen nur noch zwischen der formwechselnden Umwandlung und der Gründung i. e. S. (Verschmelzung, Holding-SE und Tochter-SE) unterschieden werden. Auf der anderen Seite bilden das deutsche drittelparitätische und das vollparitätische Mitbestimmungsmodell jeweils den Maßstab, an den zwei der drei Richtlinienlösungen anknüpfen²⁹¹ (siehe Abbildung 5).

²⁸⁹ Deutlich *Heinze* (2002), S. 92 und *Sadowski/Junkes/Lindenthal* (2001 a), S. 111; optimistischer *Teichmann* (2002 c), S. 606 f. und *Köstler* (2002), S. 310. Zu einer betont anderen Ansicht siehe *Nagel* (2001), S. 411: „Nach der Verabschiedung der EG-Verordnung zum Statut der Europäischen Aktiengesellschaft und der entspr. RL zur Mitbestimmung werden sich die Mitbestimmungsträger auf die Möglichkeit verschlechternder gesetzlicher Mitbestimmungsregelungen oder vertraglicher Mitbestimmungsvereinbarungen einstellen müssen.“; „Mitbestimmungsverluste“ werden auch von *Hanau* (2001), S. 102, befürchtet.

²⁹⁰ Vgl. *Hirte* (2002), S. 6; *Herfs-Röttgen* (2001), S. 429; *Ulmer* (2001 b), S. 23; *Götz* (2002), S. 552; wohl auch *Hanau* (2001), S. 104.



Quelle: eigene Darstellung

Abbildung 5: Ausschlaggebende Kriterien der Mitbestimmung bei Wahl des dualistischen Systems

aa) Umwandlung

Je nach der Konstellation der Gründungsparameter und des Verhandlungsverlaufes ergeben sich nun verschiedene Integrationsalternativen, die allerdings nicht durchgängig zur freien Disposition der Verhandlungsparteien stehen. Zu unterscheiden ist vielmehr zwischen den obligatorischen Strukturänderungen und den fakultativen Strukturierungsmöglichkeiten²⁹². Erstere überwiegen im Falle der ‚Gründung‘ durch Umwandlung. Unabhängig vom individuellen Verhandlungsgeschehen ordnet die Richtlinie zur Beteiligung der Arbeitnehmer

²⁹¹ Für die Ursprungslösung sind nur die Komponenten der Beteiligung auf Betriebsebene (Unterrichtung und Anhörung), nicht aber der überbetrieblichen Beteiligung (Mitbestimmung) maßgebend; vgl. Art. 3 Abs. 6 SE-RL.

²⁹² Die fakultativen Strukturierungsmöglichkeiten bilden die eigentliche ‚Verhandlungsmasse‘.

nämlich als Mindeststandard die Fortgeltung der vor Eintragung der SE gesetzlich vorgeschriebenen oder vereinbarten Mitbestimmungsregelungen an.

Das Aufsichtsorgan setzt sich demgemäß bei einer ehemals dem Anwendungsbereich des BetrVG 52 unterliegenden Aktiengesellschaft, welche lediglich das Rechtskleid der AG durch das der SE ersetzt, zu einem Drittel aus Vertretern der Arbeitnehmerseite und zu zwei Dritteln aus Repräsentanten der Anteilseignerseite zusammen²⁹³. Die von der Arbeitnehmerseite, nach dem in § 76 Abs. 2 bis 4 BetrVG 52 näher bestimmten Verfahren, gewählten deutschen Vertreter werden – ebenso wie die übrigen Arbeitnehmervertreter aus den anderen Mitgliedstaaten²⁹⁴ – für den in der Satzung der SE festgelegten Zeitraum zu gleichberechtigten und gleichverpflichteten Mitgliedern des Aufsichtsorgans. Ihre vorzeitige Abberufung ist gem. § 76 Abs. 5 BetrVG 52 auf Antrag von mindestens einem Fünftel der wahlberechtigten Arbeitnehmer (in Deutschland) durch einen Beschluss, der einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen bedarf, möglich. Als rechtlich gleichgestellte Mitglieder sind sie in allen Punkten voll stimmberechtigt. Sie nehmen also u. a. an der Beschlussfassung über die Bestellung der Leitungsorgan-Mitglieder teil und bewilligen zustimmungspflichtige Geschäfte.

Macht der deutsche Gesetzgeber von der Ermächtigung in Art. 50 Abs. 3 SE-VO Gebrauch, was zu erwarten steht, finden abweichend von Art. 50 Abs. 1 und 2 SE-VO auf eine mitbestimmte SE mit Sitz in Deutschland die Regeln zur Beschlussfähigkeit und Beschlussfassung des Aktiengesetzes Anwendung (§ 108 AktG). Da sie sich nur unwesentlich von den subsidiären Regelungen der SE-Verordnung unterscheiden, würde die einzige Besonderheit darin bestehen, dass der Vorsitzende des Aufsichtsorgans nicht von Gesetzes wegen über ein Recht zum Stichentscheid verfügt – eine Nuance, die bezogen auf das unterparitätische Mandatsverhältnis praktisch bedeutungslos ist. Bei diesem Umfang und dieser Form der Mitbestimmung bliebe es, wenn nicht die Vertragspartner darüber hinausgehende oder ergänzende Vereinbarungen treffen würden. Mit derartigen, die Mitbestimmungsrechte erweiternden Vereinbarungen dürfte jedoch nicht zu rechnen sein, da hier der Schutz der Auffangregelung der Arbeitgeberseite ‚zugute‘ kommt.

Hinsichtlich des deutschen paritätischen Mitbestimmungsmodells gestaltet sich der führungsorganisatorische Ausbau bei Gründung durch Umwandlung

²⁹³ Vgl. § 76 Abs. 1 BetrVG 52.

²⁹⁴ Die Anzahl der Mandate, die auf Arbeitnehmer in den einzelnen Mitgliedstaaten entfallen, hat das sog. Vertretungsorgan, welches vom besonderen Verhandlungsgremium zu unterscheiden ist, entsprechend ihres Anteils an der Gesamtzahl der Arbeitnehmer der SE festzulegen [vgl. Auffangregelung Teil 3 lit. a) und b) SE-RL]. Damit ist also die Mitbestimmung im Aufsichtsorgan der SE nicht (mehr) allein den deutschen Arbeitnehmervertretern vorbehalten. Zur Kritik an der Privilegierung deutscher Arbeitnehmer vgl. etwa *Breuer* (2001), S. 547.

ähnlich reibungslos. Der frühere mitbestimmungsrechtliche Standard wird als Minimalanforderung in die dualistische Struktur der SE transportiert. Ohne weiterreichende Vereinbarung, d. h. im Falle der Ursprungs- oder Auffanglösung, behält das Überwachungsorgan zwar nicht unbedingt seine Größe²⁹⁵, jedenfalls aber seine paritätische Zusammensetzung mit gleichgestellten Mitgliedern beider Seiten bei. Die zahlenmäßige Verteilung der Sitze im Aufsichtsorgan auf die Gruppen Anteilseigner-, Arbeitnehmer- und Gewerkschaftsvertreter²⁹⁶ richtet sich dabei unverändert nach den Bestimmungen aus § 7 MitbestG i.V.m. Art. 40 Abs. 3 SE-VO²⁹⁷, während die gesamte Mitgliederstärke des Aufsichtsorgans Gegenstand der Satzung bleibt²⁹⁸. Auch ist gem. § 33 MitbestG ein Arbeitsdirektor als gleichberechtigtes Mitglied des Leitungsorgans zu bestellen. Ein nennenswerter Unterschied zur paritätischen Mitbestimmung in der AG ergibt sich aber insoweit, als es zu einer Internationalisierung der Arbeitnehmerbank im Aufsichtsorgan kommt, da das sog. Vertretungsorgan²⁹⁹ der SE die Zuordnung der Sitze innerhalb der Arbeitnehmerfraktion nach Maßgabe der jeweiligen Belegschaftsstärke in den einzelnen Mitgliedstaaten vorzunehmen hat³⁰⁰. Zugleich treten zwei Bestimmungen der SE-Verordnung in Kraft, die an den Tatbestand der paritätischen Mitbestimmung anknüpfen. Danach verfügt der Vorsitzende des Aufsichtsorgans, der nunmehr nur ein von der Anteilseignerseite gewähltes Mitglied sein darf³⁰¹, bei zahlenmäßig gleich starker Sitzverteilung zwingend über die ausschlaggebende Stimme (Art. 50 Abs. 2 SE-VO); es sei denn, der deutsche Gesetzgeber lässt auf der Grundlage von Art. 50 Abs. 3 SE-VO erwartungsgemäß an die Stelle der subsidiären Regeln die Vorschriften zur Beschlussfassung des MitbestG treten.

Im Ergebnis hätte dies allerdings nur geringfügig andere Konsequenzen, und zwar insoweit, als der Aufsichtsorgan-Vorsitzende anstatt eines unmittelbar grei-

²⁹⁵ Im Ergebnis auch *Kallmeyer* (2003 a), S. 199 f.

²⁹⁶ Für die Abberufung der Arbeitnehmer- und Gewerkschaftsvertreter gilt § 23 MitbestG.

²⁹⁷ Siehe hierzu die Anmerkungen zum deutschen SE-Ausführungsgesetz von *Teichmann* (2002 a), S. 1114.

²⁹⁸ Vgl. Art. 40 Abs. 3 S. 1 SE-VO. Zutreffend *Kallmeyer* (2003 a), S. 199.

²⁹⁹ Das Vertretungsorgan der SE, das nicht mit dem besonderen Verhandlungsgremium verwechselt werden sollte, wird in erster Linie zum Zwecke der Anhörung und Unterrichtung der Arbeitnehmer eingerichtet, vgl. Art. 2 lit. f) SE-RL.

³⁰⁰ Vgl. Auffangregelung Teil 3 lit. a) i.V.m. lit. b) S. 3 der SE-RL.

³⁰¹ Art. 42 S. 2 SE-VO. Seine Wahl setzt gem. § 27 MitbestG i.V.m. Art. 50 Abs. 3, 42 S. 1 SE-VO eine Zwei-Drittel-Mehrheit voraus; vgl. *Teichmann* (2002 b), S. 443 f. Überdies wird auch ein Stellvertreter zu wählen sein; vgl. § 27 MitbestG.

Teichmann (2002), S. 443, weist zu Recht darauf hin, dass die Wahl eines Arbeitnehmervertreters zum Aufsichtsrats-Vorsitzenden zwar nach § 27 MitbestG theoretisch möglich wäre, in der Praxis gleichwohl nie anzutreffen ist; so auch *Raiser* (1997), S. 482. Insofern unterscheidet sich die Rechtslage zwischen der mitbestimmten AG und der mitbestimmten SE allein in der Rechtstheorie.

fenden Stichtentscheides (erst) bei der zweiten Abstimmung ein Zweitstimmrecht³⁰² einsetzen darf und – dies ist praktisch bedeutsam(er) – die Bestellung eines Leitungsorgan-Mitgliedes im ersten Wahlgang nur mit einer zwei Drittel-Mehrheit, also nicht ohne die Zustimmung wenigstens einiger Arbeitnehmervertreter, erfolgen kann³⁰³. Kommt eine diesbezügliche Einigung nicht zustande, so muss der Vermittlungsausschuss, der nach § 27 Abs. 3 MitbestG auch in einer durch Umwandlung entstandenen SE zu bilden wäre³⁰⁴, dem Aufsichtsplenum binnen Monatsfrist einen Vorschlag für die Bestellung unterbreiten. In der darauf folgenden Abstimmung genügt für die Wirksamkeit der Bestellung die einfache Mehrheit aller Stimmen der Aufsichtsorgan-Mitglieder, wobei dem Aufsichtsorgan-Vorsitzenden bei Stimmgleichheit und erneuter Abstimmung wiederum ein Zweitstimmrecht zukommt³⁰⁵. Angesichts des gründungsformbedingt rigiden und durchaus anspruchsvollen Mitbestimmungsniveaus ist auch hier anzunehmen, dass von der Arbeitgeberseite freiwillig keine weitergehenden Zusagen erfolgen. Denn selbst wenn das besondere Verhandlungsgremium es wollte, könnte es im Austausch mit anderen Mitbestimmungskomponenten im Bereich der gesetzlichen Vorgaben keine Zugeständnisse machen.

bb) Gründung i. e. S.

Der rechtlich gewährte Freiraum für individuelle Vereinbarungen ist bei den anderen Gründungsformen dagegen weitaus größer. Sowohl das frühere Mitbestimmungsniveau mindernde als auch die bisherigen Mitbestimmungsformen abändernde Abreden sind generell zulässig. Vor Verhandlungsbeginn wie auch im Verhandlungsstadium selbst sorgen mehrere Regelungen der SE-Richtlinie dafür, dass die Verhandlungspartner nicht nur – wie dies Art. 4 Abs. 1 SE-RL fordert – „mit dem Willen zur Verständigung“, sondern auch von einer mehr oder weniger gleichwertigen Verhandlungsposition aus verhandeln können, gleich welchen Umfang die Mitbestimmung in den Gründungsgesellschaften zuvor besaß. So dürfte die Konsequenz, die die Nichtaufnahme oder der Abbruch der Verhandlungen hätte, den vollständigen Verzicht auf jede überbetriebliche Beteiligung (Ursprungslösung)³⁰⁶, das besondere Verhandlungsgremium der Arbeitnehmer zur (fortgesetzten) Teilnahme an den Verhandlungen anhalten. Auf der anderen Seite schützt die Auffangregelung im Großen und Ganzen vor einer Veränderung des ursprünglichen Mitbestimmungsstandards zu Lasten einer der

³⁰² Vgl. § 29 Abs. 2 MitbestG.

³⁰³ Vgl. § 31 Abs. 2 ff. MitbestG.

³⁰⁴ Ein Kurz-Kommentar zum Vermittlungsausschuss findet sich bei Hüffer (2002), § 107 Rn. 20 m.w.N.; eingehender Oetker (1999), § 27 Rn. 22 ff. und Raiser (2002), § 27 Rn. 34 ff.

³⁰⁵ Vgl. § 31 Abs. 4 MitbestG.

³⁰⁶ Vgl. Art. 3 Abs. 6 SE-RL.

beiden Verhandlungsseiten, falls es entgegen der Vorstellung des Richtliniengegers zu keiner Einigung kommen sollte.

Zwar wäre die Übertragung des (wohl) regelmäßig von deutscher Seite übertragenden Sitzverhältnisses auf das Aufsichtsorgan aus Sicht der Arbeitnehmer, die zuvor keine Sitze oder nur eine verschwindend geringere Anzahl von Sitzen im Überwachungs- bzw. Verwaltungsorgan beanspruchen konnten, ein Zugewinn³⁰⁷; vor allem auch deshalb, weil die Vertreter der Arbeitnehmer bei Geltung der Auffangregelung als gleichberechtigte Mitglieder teilnehmen. Insgesamt gesehen hielten sich die ‚Gewinne‘ der Arbeitnehmerseite und die ‚Verluste‘ der Arbeitgeber- bzw. der Anteilseignerseite jedoch in Grenzen. Zum einen würde die (zahlenmäßig stärkere) Besetzung des Aufsichtsorgans mit Arbeitnehmervertretern nur von einem Teil der Anteilseignervertreter, namentlich solcher, die aus mitbestimmungsfreien oder mitbestimmungsräreren Unternehmen stammen, als Verschlechterung empfunden werden. Zum anderen ginge im Falle der Beteiligung einer dem MitbestG 1976 unterliegenden deutschen Gesellschaft der Zugewinn der Arbeitnehmerseite mit einem Verlust an anderer Stelle einher: Die Verpflichtung zur Bestellung eines Arbeitsdirektors als Mitglied des Leitungsorgans entfällt. Gerade in dieser für die Arbeitnehmerseite so bedeutsamen Personalentscheidung³⁰⁸, die oftmals aufgrund einer Vereinbarung nicht gegen die Mehrheit der Arbeitnehmervertreter getroffen werden kann³⁰⁹, verlören sie an Einfluss.

Unter den Bedingungen dieser weitestgehenden ‚Waffengleichheit‘ obliegt es nun den Vertragsparteien, einen Kompromiss in der Frage der zukünftigen Mitbestimmung der SE zu finden. Dabei reicht die Bandbreite der denkbaren und zulässigen Komponenten auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene recht weit. Einschränkungen können sich gleichwohl aufgrund des satzungsmäßiges Sitzes der SE, d.h. konkret durch Ausübung der in der Verordnung enthaltenen Optionen ergeben. Eine Vereinbarung, die bspw. als Ausgleich für die Reduzierung der Aufsichtssorgansitze den Einfluss der Arbeitnehmerrepräsentanten durch bestimmte Zustimmungsvorbehalte zu sichern sucht, würde voraussetzen, dass entweder das Aufsichtsorgan nach Maßgabe des Mitgliedstaates selbst bestimmte Geschäfte unter seinen Vorbehalt stellen kann³¹⁰ oder die Satzung der SE ohne gesonderten Beschluss der Hauptversammlung anpassen darf³¹¹. Da nach neue-

³⁰⁷ Vgl. Teil 3 lit. b) der Auffangregelung.

³⁰⁸ Der Arbeitsdirektor ist das für die Personal- und Sozialangelegenheiten zuständige Mitglied im Leitungsorgan eines Unternehmens.

³⁰⁹ Siehe z.B. *Nagel* (2001), S. 410 und *Raiser* (1997), S. 485.

³¹⁰ Vgl. die Ermächtigung in Art. 48 Abs. 1 S. 2 SE-VO.

³¹¹ Vgl. Art. 12 Abs. 4 SE-VO. Diese Option begegnet in Deutschland allerdings verfassungsrechtlichen Bedenken und wird deshalb aller Voraussicht nach im Rahmen des deutschen SE-Ausführungsgesetzes nicht ausgeübt; eingehender *Teichmann* (2002c), S. 591 ff.

rer Rechtslage der Aufsichtsrat einer AG Zustimmungsvorbehalte sogar zu erlassen hat, wird das Aufsichtsorgan einer SE mit Sitz in Deutschland solche gewiß eigenständig festlegen können³¹². Dafür sprechen zumindest die schon mehrfach erwähnten Gleichlauf-Erwägungen des deutschen Gesetzgebers.

Mit der Verordnung und der Richtlinie vereinbar sind aber auch suspensive Vetorechte, Spartenaufsichtsräte, Sprechklauseln und die Teilnahme des stimmrechtslosen Betriebsratsvorsitzenden an den Sitzungen des Aufsichtsorgans³¹³. Sie alle stehen – soweit ersichtlich – im Einklang mit der dualistischen Führungsstruktur, was sich wohl im Wesentlichen darauf zurückführen lässt, dass sie sich schwerpunktmässig in der ‚Mitbestimmungshochburg‘ Deutschland, in der ein zweistufiges Führungssystem vorgeschrieben ist, entwickelt und größtenteils auch bewährt haben. Insofern garantiert die Zweistufigkeit des dualistischen Systems, die schon in der Aktiengesellschaft den Weg für die Integration der überbetrieblichen Mitbestimmung ebnete³¹⁴, erneut eine integrationsfreundige Grundstruktur.

c) *Integration in das monistische System*

Die wenigen Sonderregelungen der SE-Verordnung zur Mitbestimmung im Verwaltungsorgan erwecken dem ersten Anschein nach den Eindruck, als ob die monistische Führungsstruktur ähnlich integrationsoffen ist wie die dualistische. Einige modellspezifische Ausgestaltungen könnten sich hingegen auf den zweiten Blick durchaus als echtes Integrationshindernis für die deutsche Mitbestimmungsform herausstellen. Soweit es sich um obligatorische Strukturänderungen handelt, liegt anders herum sogar die Vermutung nahe, dass einzelne Systemmodelle, in der Hauptsache das Delegierten- und das Einheitsmodell, unter bestimmten Voraussetzungen faktisch nicht mehr realisierbar und somit im Grunde zur Bedeutungslosigkeit degradiert wären.

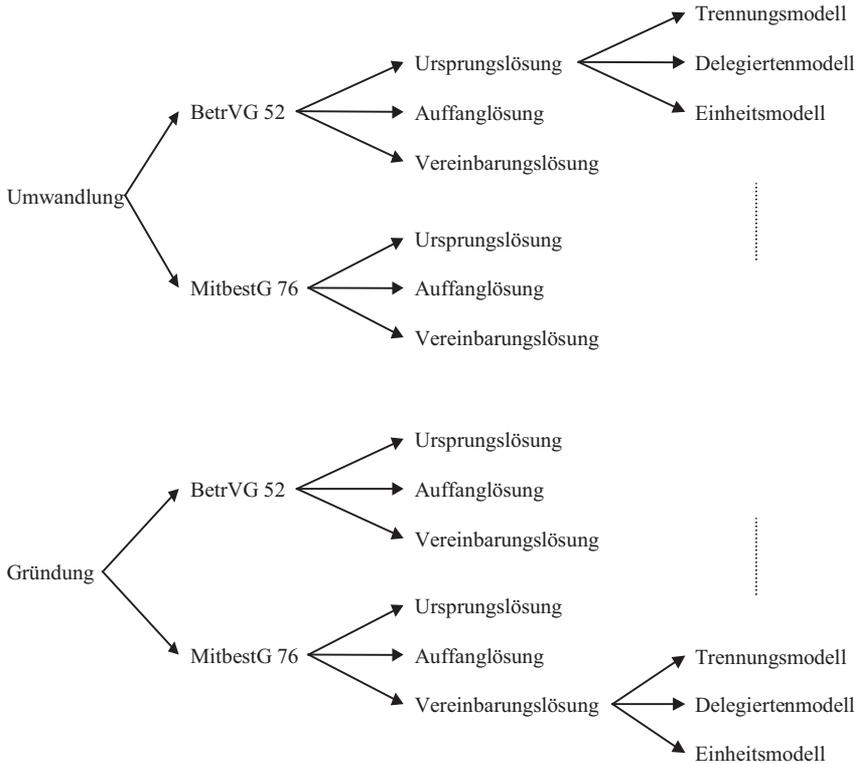
Theoretisch betrachtet eröffnet sich ein weites Feld an möglichen Fallkonstellationen. Als (mitbestimmungs)niveauregulierende Rahmenbedingungen müssen – wie beim dualistischen System – die Gründungsform, der frühere Mitbestimmungsstandard und der Verhandlungsverlauf in Betracht gezogen werden. Damit sind erstens die Umwandlung und die Gründung i. e. S., zweitens die drittelparitätische und die paritätische Mitbestimmung sowie drittens Ursprungs-, Auf-fang- und Vereinbarungslösung zu unterscheiden. Hinzu kommen hier jedoch

³¹² So der Vorschlag von *Teichmann* (2001 a), S. 1115 und auch der Diskussionsentwurf zum SE-Begleitgesetz, vgl. § 17 SEAG-E.

In den Mitgliedstaaten, die weder von der einen noch von der anderen Option Gebrauch machen, besteht also die durchaus ernst zu nehmende Gefahr, dass die u. U. nur mühsam errungene Vereinbarung an dem Willen der Hauptversammlung scheitert.

³¹³ Siehe eingehender *Nagel* (2001), S. 410.

³¹⁴ Siehe nochmals die Nachweise in FN 392 [Zweiter Teil: B. I. 2. a)].



Quelle: eigene Darstellung

Abbildung 6: Ausschlaggebende Kriterien der Mitbestimmung bei Wahl des monistischen Systems

noch die drei herausgearbeiteten Modelle des monistischen Systems, die jeweils eine völlig andere Aufgaben- und Kompetenzverteilung unterstellen (siehe Abbildung 6).

aa) Umwandlung

Geht man vom einfachsten Fall aus, der Errichtung einer SE durch Umwandlung, bei dem eine Erweiterung, nicht aber eine Minderung der Mitbestimmung erlaubt ist, so müsste das Verwaltungsorgan, wenn die Aktiengesellschaft zuvor dem BetrVG 52 unterlag, zu einem Drittel aus Vertretern der Arbeitnehmerseite bestehen. Als einzige Sonderregelung tritt Art. 43 Abs. 2 S. 3 SE-VO in Kraft, wonach die Anzahl der Verwaltungsorgan-Mitglieder auf ein Minimum von drei

heraufgesetzt wird. Selbst bei diesem vergleichsweise moderaten Mitbestimmungsniveau ergeben sich von Modell zu Modell schon deutliche Unterschiede hinsichtlich der Teilnahme- und Einflussnahmemöglichkeiten der Arbeitnehmervertreter. Im nach dem Trennungsmodell organisierten Verwaltungsorgan gehörten der oder die Arbeitnehmervertreter wohl geschlossen der Überwachungsseite an³¹⁵. Sein resp. ihr Aufgabenbereich bliebe damit – wie im dualistischen System und im Aufsichtsrats-System der AG – auf die Überwachung und Interessenvertretung beschränkt. Bei Ausgestaltung nach dem Delegiertenmodell würden die Arbeitnehmervertreter demgegenüber als nicht geschäftsführende Mitglieder überdies auch an der Oberleitung teilhaben, und zwar im Rahmen der Plenarzuständigkeiten. Da das Verwaltungsorgan im Gegensatz zum Aufsichtsorgan Plenarvorbehalte nicht eigenständig festlegen kann³¹⁶, entscheidet folglich die Hauptversammlung der Gründungsgesellschaft unmittelbar über das Ausmaß und die Reichweite der Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmerseite – und zwar durch Aufnahme von Plenarkompetenzen in die Satzung³¹⁷. Das betrifft gleichermaßen auch die Festlegung oder Erweiterung von Plenarkompetenzen, die gegebenenfalls eine Vereinbarung der Verhandlungspartner zum Inhalt hätte³¹⁸. Gemäß Art. 12 Abs. 4 S. 3 SE-VO darf das Verwaltungsorgan nämlich nur nachträglich und unter der Voraussetzung, dass der Sitzstaat es dazu im SE-Ausführungsgesetz ausdrücklich ermächtigt, die Satzung eigenmächtig, d.h. ohne gesonderten Beschluss der Hauptversammlung, hierfür entsprechend ändern. Aufgrund der verfassungsrechtlichen Schwierigkeiten, die einer Ausübung dieser Option entgegenstehen³¹⁹, wird die Verwaltung einer SE mit Sitz in Deutschland den erforderlichen Beschluss der Hauptversammlung vermutlich herbeiführen müssen³²⁰. Insofern obliegt der Hauptversammlung – sowohl in der Gründungsphase als auch im Nachhinein – auf jeden Fall das Letztentscheidungsrecht³²¹.

³¹⁵ Eine Einbindung der Arbeitnehmervertreter in die Unternehmensleitung dürfte angesichts der Kritik an der Mitbestimmung im Überwachungsorgan (!) weder den Zusppruch der Anteilseignerseite noch den der (späteren) Geschäftsführer ernten; siehe ferner die (verfassungsrechtlichen) Bedenken von *Henssler* (2003), S. 202; *Kallmeyer* (2003a), S. 200; *ders.* (2003b), S. 1534.

³¹⁶ Vgl. Art. 48 Abs. 1 SE-VO.

³¹⁷ In der Praxis dürfte die Hauptversammlung wohl häufig über einen von den Vertretungsorganen der beteiligten Gesellschaften vorgelegten Satzungsentwurf abstimmen.

³¹⁸ Zwar sieht die SE-Verordnung nur für den Fall der Verschmelzungs-SE und der Holding-SE vor, dass die Hauptversammlung sich die Zustimmung zur ausgehandelten Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer vorbehalten kann [vgl. Art. 23 Abs. 2 S. 2 und 32 Abs. 6 Unterabs. 2 S. 2 SE-VO], Art. 37 Abs. 7 S. 1 SE-VO gibt jedoch unmissverständlich zu erkennen: „Die Hauptversammlung der betreffenden Gesellschaft stimmt dem Umwandlungsplan zu und genehmigt die Satzung der SE.“

³¹⁹ Vgl. hierzu nochmals die Anmerkungen in FN 311 [Dritter Teil: B. I. 1. b) bb)].

³²⁰ Wohl anders *Teichmann* (2002c), S. 592, der die Frage jedoch offen belässt.

Ungleich folgenreicher wäre dagegen die Mitgliedschaft von Arbeitnehmervertretern im Einheitsmodell. Auf der Grundlage dieser Ausgestaltungsform würden sie nachgerade zu Verwaltungsorgan-Mitgliedern mit Geschäftsführungs- und Leitungsfunktion. Eine derart weitreichende Involvierung von bislang ungekanntem Ausmaß setzt allerdings nicht nur das Einverständnis der Hauptversammlung, sondern auch die Bereitschaft des Arbeitnehmers voraus, in eine haftungsrechtlich exponierte Pflichtenstellung einzutreten³²². Sie dürfte wohl allenfalls bei leitenden Angestellten vorhanden sein. Angesichts dessen scheint das Einheitsmodell – wenn überhaupt – nur für sehr kleine mitbestimmungspflichtige Gesellschaften, mit anderen Worten also äußerst selten, in Frage zu kommen. Mit Blick auf die Umwandlung einer dem BetrVG 52 unterliegenden Gesellschaft scheidet demzufolge das Einheitsmodell als – obschon nicht völlig abwegige, so doch immerhin praxisfremde – Gestaltungsalternative aus. Das gilt erst recht für die Umwandlung von Unternehmen mit ehemals paritätisch besetztem Aufsichtsrat. Für diese kommt das Einheitsmodell schon deshalb nicht in Betracht, weil das in seinen Relationen (!) gem. § 7 Abs. 2 Nr. 1–3 MitbestG zu besetzende Verwaltungsorgan entweder zu wenig Wunschkandidaten der Anteilseignerseite zulässt oder aber zu groß ausfallen dürfte³²³. Zudem fänden sich die Gewerkschaftsvertreter unversehens als Mitglieder mit Leitungsverantwortung wieder, was je nach Aufgabenbereich zu ernsthaften und mehr oder minder schwerwiegenden Interessenkonflikten führen könnte. Auch würde der zeitliche Aufwand, den ein solches Mandat mit sich bringt, wohl prohibitiv hoch sein.

Die angeführten Probleme entschärfen sich im Delegiertenmodell. Zwar wäre das Verwaltungsorgan – bei gleichen Gründungsbedingungen – immer noch recht groß, ein überwiegender Teil der Verwaltungsorgan-Mitglieder, einschließlich aller Arbeitnehmer- und Gewerkschaftsvertreter, würde aber nach dieser Konzeption zumindest schwerpunktmäßig mit der Aufsicht über die Geschäftsführung betraut sein. Unproblematisch ist dabei auch die Integration des obliga-

³²¹ So auch *Teichmann* (2002c), S. 592, allerdings mit Bezug zur Gründung durch Verschmelzung und Gründung einer Holding-SE.

³²² Der kandidierende Arbeitnehmer muss sich darüber im Klaren sein, dass er die erforderliche Mindestqualifikation für ein solches Amt mitzubringen hat, auch wenn er nur für das Personalressort zuständig wäre, da er anderenfalls gem. § 93 Abs. 2 S. 1 AktG i.V.m. Art. 51 SE-VO durch Annahme des Mandates eine Pflichtverletzung begehen würde; siehe *Hüffer* (2002), § 93 Rn. 14; *Henssler* (2003), S. 202 f.

³²³ Zur sinngemäßen Zusammensetzung des Verwaltungsorgans nach dem MitbestG vgl. § 7 Abs. 1 und 2 MitbestG: Im Verwaltungsorgan einer durch Umwandlung entstandenen SE mit in der Regel nicht mehr als 10.000 Arbeitnehmern müssten sich bspw. die Sitze der Arbeitnehmerseite im Verhältnis von 2:1 auf Arbeitnehmer des Unternehmens und Gewerkschaftsvertreter verteilen [vgl. § 7 Abs. 2 Nr. 1]. Da die Gewerkschaften in diesem Falle der Umwandlung mit mind. einem Mitglied vertreten sein müssen, wären folglich zwei Sitze den Arbeitnehmern des Unternehmens und lediglich drei der Anteilseignerseite vorbehalten.

torischen Arbeitsdirektors, der dem Regelungszweck von § 33 MitbestG entsprechend ein geschäftsführendes Mitglied des Verwaltungsorgans sein müsste³²⁴. Ob und inwieweit die Arbeitnehmervertreter auf dessen Auswahl Einfluss nehmen können, wird in erster Linie von der Hauptversammlung abhängig sein. Denn anders als beim dualistischen System liegt im monistischen System die Personalhoheit bei der Hauptversammlung³²⁵. Es kommt also darauf an, ob sie ein Verwaltungsorgan-Mitglied mit der Zuständigkeit für das Ressort ‚Personal und Soziales‘ bestellt oder es dem Verwaltungsorgan überlässt, aus dem Kreis der von der Hauptversammlung als geschäftsführende Mitglieder bestellten Personen eine als Arbeitsdirektor zu benennen.

Eine weitere, im Vergleich zum dualistischen System auffällige (modellübergreifende) Besonderheit des monistischen Systems besteht darin, dass die Mitgliedstaaten die Anwendung der nationalen Bestimmungen zur Beschlussfähigkeit und Beschlussfassung nicht für das Verwaltungsorgan vorsehen können. In Ermangelung einer anderslautenden Satzungsbestimmung gelten folglich die subsidiären Regelungen aus Art. 50 SE-VO, wonach die einfache Mehrheit der mindestens zur Hälfte anwesenden Mitglieder genügt und die Stimme des Verwaltungsorgan-Vorsitzenden bei Stimmengleichheit den Ausschlag gibt. Da dieser im Falle der paritätischen Besetzung zwingend nur ein von den Anteilseignern gewähltes Mitglied sein kann³²⁶, verfügt die Anteilseignerseite im Ergebnis über das erforderliche, leichte Stimmenübergewicht³²⁷, damit das Verwaltungsorgan entscheidungsfähig bleibt³²⁸.

All dies spricht zunächst nicht gegen die Umsetzung des Delegiertenmodells in einer SE, welche aus der zuvor paritätisch mitbestimmten AG hervorgeht. Ob das Delegiertenmodell angesichts der weitreichenden Einflussnahmemöglichkeiten der Arbeitnehmerseite der Hauptversammlung aber letztlich praktikabel erscheint und (bei ihr) nicht auf Vorbehalte stößt, ist fraglich und darf – zumindest im Falle der Umwandlung – mit Recht bezweifelt werden.

In offenbar besserer ‚Verfassung‘ präsentiert sich das Trennungsmo-
del mit seiner der dualistischen Führungsstruktur angenäherten Aufgaben- und Kompe-

³²⁴ Das gebietet zumindest die von der h.M. angenommene, zwingende Zuständigkeit für alle Personal- und Sozialangelegenheiten; vgl. statt vieler Hüfner (2002), § 77 Rn. 23 m.w.N.

³²⁵ Art. 43 Abs. 3 SE-VO.

³²⁶ Vgl. Art. 45 S. 2 SE-VO.

³²⁷ Insofern wird zutreffend von *quasiparitätischer* Mitbestimmung gesprochen; vgl. Ulmer (2002b), S. 162; Raiser (1997), S. 478. Siehe in diesem Kontext auch Henssler (2000), S. 392, „gesetzestechnische Raffinesse“.

Um Pattsituationen zu vermeiden, sollte die Satzung jedoch nicht von den subsidiären Beschlussfassungsregeln abweichen.

³²⁸ Es wäre wohl nicht verfehlt, im Stichtscheid des Vorsitzenden eine *conditio sine qua non* zu erblicken, wenn man die Einbindung der Arbeitnehmer in die Oberleitung bedenkt.

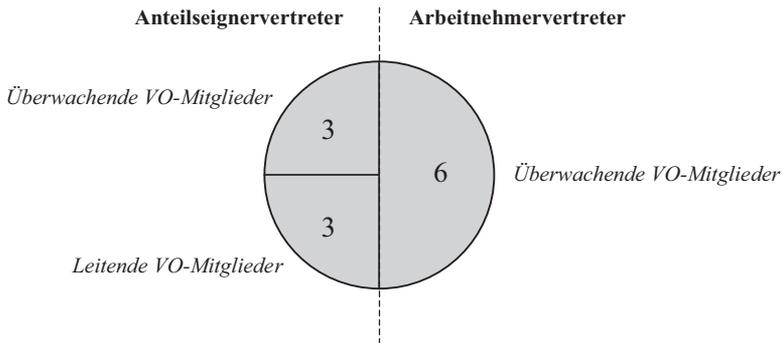


Abbildung 7: Mögliche Zusammensetzung und Aufgabenverteilung innerhalb des Verwaltungorgans nach Umwandlung einer paritätisch mitbestimmten AG in eine SE

tenzverteilung. Es bietet insbesondere für das paritätische Mitbestimmungsregime eine geeignete Grundstruktur, wenn – wie hier – die gewählte Gründungsart eine Abänderung des Mitbestimmungsstandards ausschließt³²⁹. Ein bemerkenswerter Unterschied zum Organgefüge des dualistischen Systems ergibt sich jedoch insoweit, als die Anzahl der Führungsmitglieder trotz der mitbestimmungsrechtlichen Aufstockung durch das MitbestG insgesamt niedriger ausfällt. Denn die gesetzlichen Vorgaben zur Größe und Zusammensetzung beziehen sich beim dualistischen System allein auf das Aufsichtsorgan, beim monistischen System hingegen – im übertragenen Sinne – auf Leitungs- und Überwachungsorgan³³⁰.

Wie aus dem Beispiel in Abbildung 7 hervorgeht, befinden sich die Anteilseignervertreter demnach auf der Überwachungsseite in der Unterzahl, bezogen auf das Gesamtorgan, d.h. inklusive der leitenden Mitglieder, dennoch zahlenmäßig auf gleicher Höhe. Daraus lässt sich allerdings nur ein scheinbarer Nachteil für die gesamte (!) Anteilseignerseite ableiten³³¹, gilt es doch zu berücksichtigen, dass erstens an der Beschlussfassung über die dem Plenum vorbehaltenen Entscheidungen stets auch die leitenden Mitglieder teilnehmen und zweitens der Verwaltungsorgan-Vorsitzende, dessen Stimme notfalls entscheidet, der Anteilseignerseite angehört.

³²⁹ Vgl. nochmals Artt. 4 Abs. 6 S. 5, 4 Abs. 4 SE-RL und Teil 3 der Auffangregelung lit. a) SE-RL.

³³⁰ Unter dem Gesichtspunkt der Personalkosten ist dieser Befund immerhin von Bedeutung.

³³¹ Siehe aber die Anmerkungen weiter unten, Dritter Teil: B. I. 2. b) aa), S. 216 f.

Als Zwischenergebnis kann somit folgendes festgehalten werden: Für die rechtlich-organisatorische Ausgestaltung des Verwaltungsorgans kommt bei einem Rechtsformwechsel von der paritätisch mitbestimmten AG in die SE weder das Einheitsmodell noch das Delegiertenmodell in Frage. Beide Modelle sind zwar theoretisch zulässig, aber entweder gar nicht oder nur bedingt für die Implementierung eines Mitbestimmungsregimes geeignet, das der Sache nach auf die Überwachung und Interessenvertretung zugeschnitten ist. Die Hauptursache dafür liegt in der mangelnden Rücksichtnahme der SE-Richtlinie auf die Abgestimmtheit von nationalem Führungs- und Mitbestimmungssystem³³². Mitbestimmungsniveau und -form müssen im Falle der Umwandlung auf das neue Gebilde SE übertragen werden³³³. Nicht zuletzt deshalb erscheint nur das Trennungsmodell unter dem Aspekt der organisatorischen Integration gleichermaßen akzeptabel wie praktikabel. Es bekommt allerdings im Hinblick auf die drittelparitätische Mitbestimmung Konkurrenz durch das Delegiertenmodell. Dieses dürfte aus Sicht der Arbeitgeber- und Anteilseignerseite, sofern sie sich – aus welchen (sonstigen) Gründen auch immer – entschieden für das monistische System ausspricht, immerhin noch eine annehmbare Lösung darstellen und auf Seiten der Arbeitnehmervertreter, denen mehr Einfluss beschieden wäre, ohnehin befürwortet werden. Demgegenüber bietet das Einheitsmodell selbst für die drittelparitätische Besetzung des Verwaltungsorgans keine geeignete Verteilung der Aufgaben, Kompetenzen und Verantwortung.

bb) Gründung i. e. S.

An dem Ergebnis ändert sich im Wesentlichen auch dann nichts, wenn die Europäische Aktiengesellschaft auf dem Wege der Verschmelzung oder als Holding-SE bzw. Tochter-SE gegründet wird und die Auffangregelung zur Anwendung gelangt. Es bleibt im Großen und Ganzen bei dem vorherigen Mitbestimmungsstandard, zumindest soweit dies die vorherige Sitzverteilung und die rechtliche Gleichstellung der Arbeitnehmervertreter betrifft³³⁴. Zu den einzigen Unterschieden gehört, dass bei einer Gesellschaft, die vor der Gründung in den Anwendungsbereich des MitbestG 76 fiel, nun eine Reduzierung der Arbeitnehmersitze auf ein Niveau unterhalb von § 7 Abs. 2 MitbestG möglich ist³³⁵, die Pflicht zur Bestellung eines Arbeitsdirektors entfällt und dem Verwaltungsorgan

³³² Siehe in diesem Zusammenhang nur *Teichmann* (2002b), S. 446: „Auch die deutsche Mitbestimmung bereitet Probleme, denn sie ist gleichfalls für ein dualistisches System konzipiert.“

³³³ Es kann wohl auch angenommen werden, dass es Absicht des Verordnungsgebers war, die Veränderungen bei einer Umwandlung insgesamt so gering wie möglich zu halten. Das kommt u. a. in dem Verbot der gleichzeitigen Sitzverlegung [vgl. Art. 37 Abs. 3 SE-VO] sowie in der auf die Beschäftigungsbedingungen bezogenen Gesamtrechtsnachfolge [vgl. Art. 37 Abs. 9 SE-VO] zum Ausdruck.

³³⁴ Siehe Auffangregelung Teil 3 lit. b) SE-RL.

keine Gewerkschaftsvertreter (mehr) angehören. Aber auch hier gelten anstelle der Beschlussfassungsregelungen des MitbestG entweder die satzungsmäßigen oder alternativ die subsidiären Abstimmungsregeln aus Art. 50 SE-VO, während der Vorsitzende des Verwaltungsorgans wiederum ein von den Anteilseignern gewähltes Mitglied sein muss³³⁶.

Unter der Voraussetzung eines entsprechenden Verhandlungserfolges könnte allerdings das eine oder andere Modell sowohl im Vergleich der monistischen Varianten untereinander als auch im Vergleich zur dualistischen Struktur deutlich an Attraktivität gewinnen. Einen Schwerpunkt der Verhandlungen dürften wohl einerseits die Anzahl der Sitze im Verwaltungsorgan und andererseits die Rechte (und Pflichten) der Arbeitnehmervertreter bilden. Mit Blick auf das Delegiertenmodell ist damit vor allem an eine Reduzierung der Stimmrechte auf die für Arbeitnehmer besonders kritischen Fragen zu denken³³⁷, worauf sich die Arbeitnehmerseite vermutlich einlassen würde, wenn sie unter gleichzeitiger Beibehaltung der Mandatsanzahl als Ausgleich weitergehende Rechte auf betrieblicher Ebene erhielte³³⁸. Eine derartige Vereinbarung vermag durchaus auf die Zustimmung des besonderen Verhandlungsgremiums zu stoßen. Denn die Arbeitnehmervertreter können, auch wenn mit weniger Stimmrechten ausgestattet, aufgrund der weitreichenden Kompetenzen des Plenums zu einer weitaus größeren Zahl von Angelegenheiten Stellung beziehen und darüber hinaus ihre eigenen Vorstellungen einbringen³³⁹. Vorstellbar wäre aber auch, dass sich die Zahl der Arbeitnehmersitze vermindert, dafür aber im Gegenzug in bestimmten Fragen, wie z.B. der Benennung des Arbeitsdirektors, nicht gegen die Stimmen der (dann verbleibenden und im Grundsatz gleichberechtigten) Arbeitnehmervertreter entschieden werden kann^{340,341}.

³³⁵ Vgl. Teil 3 der Auffangregelung lit. a) und b) der SE-RL; hierzu mit übereinstimmendem Ergebnis *Kallmeyer* (2003a), S. 200.

³³⁶ Vgl. Art. 45 SE-VO.

³³⁷ Dahingehende Überlegungen finden sich auch bei *Kallmeyer* (2003b), S. 1535.

³³⁸ Eine zunehmende „Verbetrieblung“ der Mitbestimmung konstatieren u.a. *Ulmer* (2002c), S. 273 m.N.; *Schiessl* (2003), S. 254 und *Kübler* (1999), S. 253; siehe in diesem Zusammenhang auch *ders.* (1999), S. 239.

³³⁹ Vgl. *Gutsche* (1994), S. 160; *Gruber/Weller* (2003), S. 299; *Henssler* (2003), S. 208 f.

³⁴⁰ So gibt *Jaeger* (2002), S. 40, in einer von der *Hans-Böckler-Stiftung* herausgegebenen Arbeitshilfe für Arbeitnehmervertreter in Aufsichtsräten im Hinblick auf die Verhandlungen zur Arbeitnehmerbeteiligung in den Verwaltungsorganen der SE zu bedenken: „Die Frage nach der Konstruktion der Arbeitnehmervertretung im Unternehmensorgan ist mit der Zielplanung darüber verknüpft, welche Entscheidungen im Unternehmen denn seitens der Arbeitnehmervertreter überhaupt beeinflusst werden sollen. Man war durchaus nicht immer einer Meinung, dass tatsächlich wirtschaftlich/strategische Unternehmensentscheidungen seitens der Arbeitnehmervertreter mitentschieden werden sollten.“ (ursprüngl. Hervorhebung geändert).

Siehe in diesem Zusammenhang auch die Feststellung von *Kaden* (2003), S. 88: „Mindestens so bedeutsam scheint, dass die überwiegende Mehrzahl der Arbeitneh-

Dasselbe ließe sich prinzipiell auch im Zusammenhang mit dem Trennungsmodell vereinbaren. Nur bietet die dort unterstellte Kompetenzverteilung insgesamt weniger ‚Verhandlungsmasse‘, denn nach dieser Konzeption beschränken sich die Plenarkompetenzen mehr oder minder auf das für dualistische Systeme gewöhnliche Ausmaß an Zustimmungsvorbehalten. Folglich wäre eine Absenkung der auf die Arbeitnehmer entfallenden Sitze wohl nur durch erhebliche Konzessionen im Bereich der betrieblichen Mitbestimmung zu erreichen³⁴². Dafür aber müssten die Vertretungsorgane der an der Gründung beteiligten Gesellschaften vermutlich weniger Überzeugungsarbeit bei der Hauptversammlung leisten als für den ausgehandelten Umfang der (überbetrieblichen) Mitbestimmung³⁴³.

Im Gegensatz zum Trennungs- und Delegiertenmodell erweist sich die Ausgestaltung nach dem Einheitsmodell selbst im Rahmen der Vereinbarungslösung als äußerst problematisch. Trotz beachtlichem Verhandlungsfreiraum vermag eine – wie auch immer geartete – Vereinbarung die Integrationsprobleme, die aus der Einbindung der Arbeitnehmervertreter in das Leitungsgeschehen resultieren, nicht zu beseitigen³⁴⁴. Vielmehr kommt das Einheitsmodell allein dann in Betracht, wenn die Verhandlungen tatsächlich abgebrochen oder erst gar nicht aufgenommen würden, de facto also nur für die rein betrieblich mitbestimmte SE (Ursprungslösung). In diesem Fall stellt sich die Frage der Integration jedoch überhaupt nicht. Unter dem Aspekt der Arbeitnehmerbeteiligung auf Unternehmensebene betrachtet scheidet das *Einheitsmodell* demnach aus, womit sich der anfänglich geäußerte Verdacht, dass die mitbestimmungsrechtlichen Vorgaben die Bandbreite der Gestaltungsmöglichkeiten einschränkt, bestätigt sieht. Auf der anderen Seite hat die (bisherige) Untersuchung aber auch, was insbesondere die Integration der Arbeitnehmer anbelangt, die Tauglichkeit des *Delegiertenmodells* unter einen ersten Beweis gestellt. Eine Regelung, nach der

mer-Aufsichtsräte so gut wie kein Interesse an unternehmensstrategischen Fragen hat. Der Fokus der Arbeitnehmerbank ist zentriert auf personalwirtschaftliche Themen.“ Dahingehende rechtspolitische Überlegungen finden sich auch bei *Schiessl* (2003), S. 251 und S. 254 f.

³⁴¹ Komponenten wie Sprechklauseln zugunsten des Betriebsrates, die die hier verfolgten Fragestellungen nicht berühren, oder Spartenaufsichtsräte, deren Abhandlung den gewählten Untersuchungsrahmen sprengen würde, bleiben außer Betracht. Zum Übergang von der funktionalen Unternehmensorganisation zur Spartenorganisation und der damit verbundenen Problematik für die Mitbestimmung im Konzern, die Spartenaufsichtsräte erforderlich machen, eingehender *Nagel* (1990), S. 206.

³⁴² Deutlich *Raiser* (1993), S. 430.

³⁴³ Nach Art. 23 Abs. 2 S. 2 und Art. 32 Abs. 6 S. 3 SE-VO können sich die Hauptversammlungen der an der Gründung beteiligten Gesellschaften die ausdrückliche Genehmigung der Vereinbarung vorbehalten.

³⁴⁴ Siehe hierzu die treffende Bemerkung von *Teichmann* (2002b), S. 446: „Dagegen würde eine Beteiligung von Arbeitnehmern in einem Geschäftsführungsorgan ganz andere Interessenkonflikte provozieren, die vermutlich weder die Arbeitgeber- noch die Arbeitnehmerseite herbeiseht.“

in der mitbestimmten SE mit monistisch strukturierter Führungsorganisation eine (strikte) Funktionstrennung zwingend einzuhalten wäre, ist mithin entbehrlich³⁴⁵.

2. Implikationen der unternehmerischen Mitbestimmung für die Führungsorganisation

a) Die mitbestimmte SE mit dualistischer Führungsstruktur

aa) Potenzielle Auswirkungen der Ursprungs- und Auffanglösung

Die Konsequenzen der Mitbestimmung für ein noch rechtstheoretisches Gebilde präzise oder wenigstens einigermaßen treffsicher herauszuarbeiten, gleicht einem schwierigen Unterfangen. Dabei erleichtert zwar die Annahme, die SE entstehe entweder durch Umwandlung einer mitbestimmten deutschen AG oder – unter maßgeblicher Beteiligung einer solchen – durch Gründung, die Abschätzung der Folgen insoweit, als sie den Rückgriff auf die in Deutschland gesammelten Erfahrungen erlaubt. Die Auswirkungen der Mitbestimmung sind jedoch auch dort wissenschaftlich umstritten³⁴⁶, und nicht zuletzt leidet die gesamte Mitbestimmungs-Diskussion unter der anhaltenden (rechts)politischen Tabuisierung³⁴⁷. Insofern können die dort gewonnenen Erkenntnisse lediglich Anhaltspunkte für deren Tragweite liefern. Die Implikationen der Mitbestimmung lassen sich daher nur, aber auch immerhin grob abschätzen.

Allein unter dem Aspekt der Größe des Aufsichtsorgans betrachtet wäre die Ursprungslösung bzw. eine ihr entsprechende Vereinbarung gewissermaßen der Idealfall. Die Sichtweise ist jedoch zu einseitig, denn sie verkürzt die Mitbestimmungsproblematik unzulässigerweise auf ein, wenngleich bedeutendes und allenthalben hervorgehobenes³⁴⁸, Teilproblem. Richtig ist zwar, dass in Sitzungen mit zwanzig, oder bei Teilnahme der Mitglieder des Leitungsorgans und

³⁴⁵ So auch *Teichmann* (2002b), S. 452 f., der eine entsprechende „Öffnungsklausel“ vorsehen möchte.

³⁴⁶ Eine Zusammenstellung zur empirischen Mitbestimmungsforschung findet sich bei *Raiser* (1997), S. 479 in FN 8.

³⁴⁷ Drastisch *Zöllner* (1994), 338: „Bei kaum einer Frage wird soviel gelogen und soviel geschwiegen. Wer die Praxis kennt, weiß, daß das mitbestimmte aktienrechtliche Führungssystem teuer und ineffektiv ist, daß es in nicht wenigen Fällen die Berufung der Besten in die Unternehmensführung verhindert, in manchen Unternehmen sogar zu echtem Filz geführt hat und daß es eine wesentliche Ursache für die mangelnde Effektivität der Aufsichtsratskontrolle ist, ...“; siehe auch *Raiser* (1997), S. 479 ff.; *Ulmer* (2002c), S. 272 und *Schiessl* (2003), S. 237.

Ein ganz anderes Bild zeichnet dagegen der Bericht der *Kommission Mitbestimmung* (1998); dazu kritisch *Raiser* (2000), S. 423 et passim; *Hopt* (1998b), S. 37 f.; *Ulmer* (2002a), S. 180 FN 115: „Heile Welt-Darstellung“ und *Kübler* (1999), S. 237 ff.

³⁴⁸ Siehe hierzu nochmals die Nachweise in FN 532 [Zweiter Teil: B. II. 2. b) aa].

gegebenenfalls sonstiger Funktionsträger sogar dreißig bis vierzig Personen³⁴⁹, die Arbeitsfähigkeit des paritätisch mitbestimmten Aufsichtsorgans erheblich eingeschränkt sein dürfte. Nicht minder schwer wiegen aber der Vorwurf des mangelhaften Umgangs mit vertraulichen Informationen auf Seiten der Arbeitnehmervertreter sowie der des interessenbedingt vorherrschenden Oppositionsverhaltens auf beiden Seiten, wodurch es zu getrennten Vorbesprechungen käme und eine freie kontrollbezogene Diskussion verhindert würde³⁵⁰. Hinzu kommt die kritisierte Ausdünnung der Kataloge an zustimmungspflichtigen Geschäften, die nach Meinung der Kritiker zumeist unter dem Vorzeichen erfolgte, den Einfluss der Arbeitnehmerseite einzudämmen³⁵¹.

An alledem vermag aber zumindest die Auffanglösung kaum etwas zu ändern. Wenn es den Vertragsparteien nicht gelingt, sich auf eine unternehmensspezifische Lösung zu einigen, bleibt es – dem Vorher-Nachher-Prinzip entsprechend – bei der ursprünglichen Partitionierung des Überwachungsorgans in gleich große Teile und der Gleichstellung der Arbeitnehmervertreter³⁵². Ohne an anderer Stelle kompensierte Abstriche der Arbeitnehmerseite werden der Arbeitgeber- bzw. Anteilseignerseite wohl auch keine Zusagen im Bereich der zustimmungspflichtigen Rechtsgeschäfte zu ‚entlocken‘ sein. Dabei fällt die diesbezügliche Kann-Bestimmung der SE-Verordnung (Art. 48 Abs. 1 S. 2 SE-VO) umso schwerer ins Gewicht. Sie ermöglicht den Aufsichtsführenden jene ‚falsche Bescheidenheit‘, die schon an der Praxis der deutschen Aufsichtsräte bemängelt wurde³⁵³ und jüngst das Transparenz- und Publizitätsgesetz aufgegriffen hat³⁵⁴. Insoweit bestehen auch hier Gefahren für die uneingeschränkte Kontrollfähigkeit des Aufsichtsorgans und damit verbunden der übermäßigen Stärkung der Leitungsautonomie³⁵⁵.

Einzig im Falle der Gründung dürfte das Festhalten an (z. T.) ideologisch gefärbten Meinungspositionen – wenn es denn stimmt, dass die Politisierung des Überwachungsorgans im Wesentlichen auf die Mitgliedschaft der Gewerkschaftsvertreter zurückgeht³⁵⁶ – einer sachbezogenen Kontrolle weichen, da die paritätische Besetzung des Aufsichtsorgans nur noch mit Arbeitnehmervertretern er-

³⁴⁹ So *Ulmer* (2002b), S. 162.

³⁵⁰ Ganz deutlich *Raiser* (1997), S. 492; siehe auch die Nachweise in FN 538 und 539 [Zweiter Teil: B. II. 2. b) aa)].

³⁵¹ Deutlich *Bernhardt* (2002b), S. 1844; *Lange* (2003a), S. 380; vgl. auch die Nachweise in FN 438 [Zweiter Teil: B. II. 1.].

³⁵² Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass im Falle der Umwandlung auch ein Arbeitsdirektor als gleichberechtigtes Mitglied des Leitungsorgans zu bestellen ist.

³⁵³ Siehe nochmals FN 75 [Dritter Teil: A. I. 1. b)].

³⁵⁴ Vgl. Art. 1 Nr. 10 des TransPuG.

³⁵⁵ So *Raiser* (1997), S. 488; vgl. auch FN 540 [Zweiter Teil: B. II. 2. b) aa)].

³⁵⁶ Vgl. *Raiser* (2000), S. 423.

folgt. Inwieweit es hierdurch auch zu einer freie(re)n Diskussion kommt, hängt indes davon ab, ob die Vertraulichkeit tatsächlich gewahrt wird. Rein rechtlich gesehen hätten die Verfasser der SE-Verordnung und der SE-Richtlinie zumindest nicht mehr tun können. Die Pflicht zur Verschwiegenheit hebt nicht nur Art. 49 der SE-VO hervor, sondern nochmals gesondert für die Arbeitnehmervertreter Art. 8 der SE-Richtlinie. Unter dieser Voraussetzung könnte sich also das Informationsgefälle zwischen Leitungs- und Aufsichtsorgan reduzieren, wenn und soweit sich die Mitglieder des Aufsichtsorgans pflichtgemäß verhalten.

Ein weiterer Kritikpunkt beruht auf dem Argument, dass den Arbeitnehmervertretern nicht selten die erforderlichen (betriebswirtschaftlichen) Kenntnisse fehlen³⁵⁷. Von anderer Seite, namentlich von den Gewerkschaften, wird demgegenüber eingewandt, die im Unternehmen angestellten Arbeitnehmervertreter verfügen gerade über unternehmensspezifisches Know-how, das für die Kontrollfunktion des Überwachungsorgans besonders wertvoll sei³⁵⁸, während die Gewerkschaftsvertreter vor allem unternehmensübergreifende und regionale Aspekte einbringen würden³⁵⁹. So wenig aber wie dies bislang für Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmerseite umfassend nachgewiesen werden konnte, lässt sich das eine oder andere für die von den Arbeitnehmern gewählten Aufsichtsorgan-Mitglieder allgemein unterstellen. Vielmehr werden beide Sachverhalte auf Unternehmen in der Rechtsform der Europäischen Aktiengesellschaft mal mehr und mal weniger zutreffen. In diesem Zusammenhang gilt es jedoch auf Art. 47 Abs. 3 SE-VO hinzuweisen, der beide Systemalternativen der SE betrifft. Danach kann die Satzung besondere Voraussetzungen nur für diejenigen Mitglieder des Aufsichts- oder Verwaltungsorgans nennen, die von der Hauptversammlung gewählt bzw. bestellt werden. Obschon die Regelung an sich nicht zu kritisieren ist, da überzogene Qualifikationsanforderungen der Anteilseigner allzu leicht die Wahlmöglichkeiten der Arbeitnehmer (unzulässigerweise) einschränken können, bedarf sie der Erwähnung. Denn die Rechtslage entspricht in diesem Punkt dem Aktiengesetz, was immerhin zeigt, dass das dualistische System unter diesem Gesichtspunkt weder besser noch schlechter ist als das Aufsichtsrats-System der AG.

Insgesamt gesehen reichen die zum jetzigen Zeitpunkt erkennbaren Verbesserungen und Verschlechterungen als Indizien nicht aus, um dem nach Maßgabe der Auffanglösung paritätisch mitbestimmten Aufsichtsorgan eine signifikant höhere oder niedrigere Kontrollfähigkeit zu attestieren. Der oberste Kontrollmechanismus im dualistischen System unterliegt – zumindest (rechts)theoretisch –

³⁵⁷ Vgl. die Nachweise in FN 533 [Zweiter Teil: B. II. 2. b) aa)].

³⁵⁸ Vor allem Sorge die Mitgliedschaft der Arbeitnehmervertreter für einen besseren Informationsstand der Aufsichtsführenden; vgl. hierzu die Nachweise in FN 542 [Zweiter Teil: B. II. 2. b) aa)].

³⁵⁹ Vgl. *Raiser* (2000), S. 418, dort in FN 6.

ungefähr den gleichen mitbestimmungsbezogenen Einschränkungen wie die Überwachung durch den Aufsichtsrat der AG. Einzig der Nachteil eines überdimensionierten Überwachungsorgans dürfte wegfallen, da die Festlegung der absoluten Mitgliederstärke dem Satzungsgeber überlassen bleibt. Ohne besondere Auswirkungen bleibt auch die drittelparitätische Mitbestimmung im Aufsichtsorgan im Vergleich zum Aufsichtsrat. Von der Drittelparität scheint mit Ausnahme der erwähnten mangelnden Qualifikation der Arbeitnehmer generell kein nennenswerter Nachteil auszugehen³⁶⁰. Sie zieht ohnedies keine ersichtliche Kritik auf sich³⁶¹, bietet auf der anderen Seite aber auch weniger Mitbestimmungspotenziale³⁶².

bb) Potenzielle Auswirkungen der Vereinbarungslösung

Einen Ausweg aus der mitbestimmungsrechtlichen Zwangslage bietet theoretisch die Vereinbarungslösung. Sie setzt eine Einigung der Verhandlungspartner voraus und verspricht, wenngleich nicht für alle, so doch immerhin für drei der vier möglichen Gründungsformen Verbesserung, ohne dass es dabei zwangsläufig auch zum Abbau der (bisherigen) Mitbestimmungspotenziale kommen muss. Soweit die überbetriebliche Mitbestimmung bei den Verhandlungen in Rede steht, werden – wie schon erwähnt – wohl einerseits die Stimmrechte und andererseits die Anzahl der Sitze der Arbeitnehmer einen wesentlichen Verhandlungsschwerpunkt bilden³⁶³.

Gelänge es, durch ein Entgegenkommen in anderen Punkten eine Reduzierung der auf die Arbeitnehmerseite entfallenden Mandate unterhalb der Parität zu erreichen, so könnte das Aufsichtsorgan verkleinert und in seiner Arbeitsfähigkeit tendenziell gestärkt werden. Mit einer wirklichen Stärkung der Kontrollfunktion ist allerdings nur dann zu rechnen, wenn die Anzahl der Arbeitnehmersitze deutlich reduziert würde, und selbst dann bleibt die Effektivität der Überwachung immer noch von weiteren Faktoren abhängig. Auf eine derart weitreichende Rückführung der Arbeitnehmerpräsenz im Aufsichtsorgan dürfte sich das besondere Verhandlungsgremium indessen nur unter der Bedingung einlassen, dass den verbleibenden Arbeitnehmervertretern im Gegenzug nicht nur die gleichen mitgliederschaftlichen Stimmrechte eingeräumt werden, sondern in den für die Arbeitnehmerseite außerordentlich bedeutsamen Fragen das ausschlaggebende Stimmengewicht zukäme. Letzten Endes hätte also die Anteils-

³⁶⁰ Vgl. *Witt* (2000), S. 161.

³⁶¹ Die im Schrifttum geführte jüngere Mitbestimmungskontroverse fokussiert nahezu ausschließlich die Mitbestimmung nach dem MitbestG und dem Montan-MitbestG.

³⁶² So *Nagel* (1990), S. 210.

³⁶³ Das folgt nicht zuletzt aus dem Inhalt, den eine Vereinbarung gem. Art. 4 Abs. 2 lit. g) SE-RL haben muss.

eignerseite personenbedingt ein deutliches Stimmenübergewicht im Aufsichtsorgan, während die Arbeitnehmervertreter im Bereich der Entscheidungen, die vornehmlich die Arbeitnehmerinteressen berühren, ungleich größeren Einfluss besäßen. Dass eine dementsprechende Vereinbarung durchaus auf die Zustimmung des besonderen Verhandlungsgremiums, einschließlich der Gewerkschaftsvertreter³⁶⁴, stoßen mag, mit anderen Worten also nicht völlig fern der Realität liegt, zeigen Praxis und Usancen im mitbestimmten Aufsichtsrat der AG.³⁶⁵

Die rechtliche Zulässigkeit einer so konzipierten Lösung ist allerdings nicht ganz unproblematisch. Um den zahlenmäßig unterlegenen Arbeitnehmervertretern in den vereinbarten Bereichen die erforderliche ‚Sperrminorität‘ zu sichern, müsste nämlich – bei unterparitätischer Besetzung – für einen Beschluss des Aufsichtsorgans eine höhere als die einfache Mehrheit vorgesehen werden. Auf der anderen Seite ermächtigt Art. 50 Abs. 3 SE-VO die Mitgliedstaaten ausdrücklich, anstatt der subsidiären Regelungen aus Art. 50 Abs. 1 und 2 SE-VO für die Beschlussfähigkeit und Beschlussfassung des mitbestimmten Aufsichtsorgans diejenigen Regelungen vorzuschreiben, die auf nationale (mitbestimmte) Aktiengesellschaften Anwendung finden. Macht der deutsche Gesetzgeber hiervon Gebrauch, bedürften gem. § 29 Abs. 1 MitbestG Beschlüsse des Aufsichtsorgans grundsätzlich nur der einfachen Mehrheit³⁶⁶. Es fragt sich demnach, ob sich punktuell strengere Beschlussfassungsregeln mit der SE-VO bzw. dem MitbestG überhaupt vereinbaren lassen.

Während nach einhelliger Meinung die Beschlussfassungsregeln aus § 29 Abs. 1 MitbestG nicht gelockert werden können, ist sowohl in der Rechtswissenschaft als auch in der Rechtsprechung umstritten, ob die Satzung schärfere Anforderungen aufstellen darf³⁶⁷. Zweck der Vorschrift ist es jedoch, solche strengeren Regelungen auszuschließen, durch die die Quasiparität über das Zweitstimmrecht des Vorsitzenden hinaus auf eine überwiegende oder dauerhafte Unterparität zu Lasten der Arbeitnehmerseite hinauslaufen würde. Damit

³⁶⁴ Gem. Art. 3 Abs. 2 lit. b) S. 4 SE-RL können und gem. Erwägungsgrund (19) sollten Gewerkschaftsvertreter dem besonderen Verhandlungsgremium angehören (dürfen).

³⁶⁵ Vgl. *Kaden* (2003), S. 88. Siehe ferner nur das ‚prominente‘ Beispiel bei *Ulmer* (2002b), S. 163, das hier in voller Länge wiedergegeben sei: „Wenn Herr *Zwickel*, wie man den Zeitungen kürzlich entnehmen konnte, sich als IG Metall-Chef und stellvertretender Aufsichtsratsvorsitzender bei Mannesmann über den Vorwurf wunderte, daß er als Mitglied des zuständigen Ausschusses die großzügige Abschiedsdotierung ehemaliger Mannesmann-Manager nicht verhindert, sondern sich der Stimme enthalten habe, so spiegelt sich darin, wenn ich es recht sehe, treffend das Selbstverständnis von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat wider, nämlich sich in erster Linie für die von ihnen vertretenen Wähler einzusetzen und bei Belangen, die ausschließlich oder in erster Linie die Anteilseignerseite betreffen, Abstinenz zu üben.“ (Hervorhebung im Original).

³⁶⁶ Zu den Ausnahmen siehe §§ 27, 31 und 32 MitbestG.

³⁶⁷ Statt vieler *Hüffer* (2002), § 108 Rn. 13 mit zahlreichen Nachweisen.

aber kollidieren strengere Beschlussfassungsregeln, die den Stimmen der Arbeitnehmerrepräsentanten in ausgewählten Entscheidungen mehr Gewicht verschaffen, gerade nicht³⁶⁸. Folglich steht § 29 MitbestG einer derartigen Vereinbarung nicht entgegen.

Eine dieser Entscheidungen, auf die Arbeitnehmervertreter sicherlich Einfluss nehmen wollen, dürfte zweifelsohne die Bestellung eines Arbeitsdirektors sein. Obschon im Falle der Gründung die Pflicht zur gesonderten Berufung eines für das Personalressort zuständigen Mitgliedes des Leitungsorgans entfällt, ist davon auszugehen, dass eine Vereinbarung, wonach die zwingende Wahl eines Arbeitsdirektors nicht gegen die Stimmen der Arbeitnehmervertreter erfolgen kann, in der Regel nicht auf Vorbehalte der Arbeitgeber- und Anteilseignerseite trifft; gerade wenn sie – wie hier – ihrem Verhandlungspartner, dem besonderen Verhandlungsgremium, eine Reduzierung der Sitze im Aufsichtsorgan abringen möchte. Denn in Unternehmen, die zuvor mitbestimmungspflichtig waren, dürfte die Belegschaft im Allgemeinen groß genug sein, um einem Mitglied des Leitungsorgans den Bereich ‚Personal- und Sozialfragen‘ – sei es ausschließlich oder u. a. – zuzuweisen³⁶⁹. Auch besteht insoweit kein Problem, als das Aufsichtsorgan einer SE mit Sitz in Deutschland über die hierfür erforderliche Personalkompetenz verfügen wird³⁷⁰.

Die potenziellen Vorteile eines im Einvernehmen der Verhandlungspartner personell entlasteten Aufsichtsorgans liegen klar auf der Hand. In kleineren Gremien ist die Zusammenarbeit tendenziell effektiver, was der Kontrollfunktion des Aufsichtsorgans letztlich zugute kommt. Bleiben überdies Gewerkschaftsvertreter außen vor, so könnten sich möglicherweise Interessengegensätze entschärfen, die sich anderenfalls u. U. einstellen würden³⁷¹ – sei es nun als Folge des ideologisch motivierten Verhaltens der Gewerkschaftsvertreter oder aufgrund unbegründeter Ressentiments der Anteilseignervertreter. Ferner wirkt die zahlenmäßige Ungleichverteilung zumindest ansatzweise dem ‚Denken in Bänken‘ entgegen, so dass in den Sitzungen des generell vorbehaltloseren und vor allem kleineren Mitgliederkreises ein vertrauter Rahmen entstehen könnte, der eine offene, in der Sache aber nach wie vor kontrovers geführte Diskussion zulässt. Dabei wäre es den Arbeitnehmervertretern weiterhin möglich ihre unternehmensspezifischen Kenntnisse und ihre Erfahrung einzubringen³⁷². Die (Möglichkeit der) Vereinbarungslösung bietet gleichwohl keine un-

³⁶⁸ Vgl. hierzu *Hiffer* (2002), § 108 Rn. 13.

³⁶⁹ Wohl deshalb wird die „Institution des Arbeitsdirektors“ sowohl von Arbeitnehmer- als auch von Arbeitgeberseite befürwortet; vgl. *Raiser* (1997), S. 486 f.

³⁷⁰ Siehe hierzu nochmals die Anmerkung in FN 64 [Dritter Teil: A. I. 1. b)].

³⁷¹ Siehe hierzu ausführlicher *Raiser* (1997), S. 492, der das Konfrontationsdenken bemängelt, welches nach wie vor das Aufsichtsratsgeschehen beherrscht.

³⁷² Insofern könnten sie also weiterhin zu einer breiten Entscheidungsfundierung beitragen.

bedingte Gewähr für die voranstehend genannten Auswirkungen³⁷³. Insbesondere muss es infolgedessen nicht notgedrungen auch zu einer Ausdehnung der zustimmungspflichtigen Geschäfte kommen³⁷⁴. Sie ermöglicht es aber immerhin, einen Großteil der mit der Mitbestimmung verbundenen (negativen) Begleiterscheinungen zu umgehen, und scheint daher im Vergleich zur Auffanglösung die vielversprechendere Lösung für das dualistische System zu sein.

b) Die mitbestimmte SE mit monistischer Führungsstruktur

aa) Potenzielle Auswirkungen auf das Trennungsmodell

Mit dem monistischen System der SE gerät nicht zum ersten Mal ein einstufiges Führungssystem in die ‚Fänge‘ der deutschen Mitbestimmung. Es handelt sich gleichwohl um ein rechtliches Novum³⁷⁵, weil es im Unterschied zur mitbestimmten Führungsstruktur der GmbH zu keiner vergleichbaren Strukturveränderung kommt³⁷⁶, falls nicht der deutsche Gesetzgeber eine Funktionstrennung doch als notwendig erachten und deshalb zwingend vorschreiben sollte. Für die Notwendigkeit einer obligatorischen ‚Dualisierung‘ des Verwaltungsorgans lieferte die bisherige Untersuchung jedoch keinen ausreichenden Anhalt³⁷⁷; obschon die konzeptionelle Verwandtschaft des Trennungsmodells mit dem dualistischen System eine ähnlich reibungslose ‚Implantation‘ der Arbeitnehmervertretung zunächst erwarten lässt. Bei näherer Betrachtung zeigen sich allerdings auch hier, wiederum abhängig von der gewählten Gründungsform, zum Teil unterschiedliche Auswirkungen, die nicht ausnahmslos positiv ausfallen.

Ein grundlegender Unterschied ergibt sich – sowohl bei der Umwandlung als auch bei der Auffanglösung generell – allein dadurch, dass sich, wie schon bemerkt, die relativen Vorgaben des BetrVG 52 sowie des MitbestG zur personellen Ausstattung im Falle des monistischen Systems sozusagen gleichzeitig auf Leitungs- und Überwachungsorgan erstrecken. Im Ergebnis verkleinert sich das Gremium der überwachenden Verwaltungsorgan-Mitglieder demnach von selbst,

³⁷³ Da sich Erwartungen, die sich rechtstheoretisch begründen lassen, nicht zwangsläufig immer auch in der Rechtswirklichkeit erfüllen müssen, läge es fern der Realität, hier etwas anderes anzunehmen.

³⁷⁴ Das betrifft sowohl das Aufsichtsorgan als auch die Hauptversammlung, die zum einen Zustimmungsvorbehalte in die Satzung aufnehmen kann und zum anderen die ausgehandelte Vereinbarung selbst von ihrer Zustimmung abhängig machen darf.

³⁷⁵ In vergleichbarem Sinne auch *Kleinsorge* (2002), S. 352.

³⁷⁶ Vgl. *Henssler* (2000), S. 403 f. Nach § 77 Abs. 1 S. 1 BetrVG 52 ist neben der Geschäftsführung [§ 35 Abs. 1 GmbHG] als zweites Organ ein Aufsichtsrat zu bilden. Im Zuge dessen ergeben sich sowohl Veränderungen am Organgefüge als auch Veränderungen innerhalb des Kompetenzgefüges; vgl. hierzu § 77 Abs. 1 S. 2 BetrVG 52.

³⁷⁷ Zu diesem Ergebnis siehe weiter oben, Dritter Teil: B. I. 1. c) bb), S. 209 f.

was unter Kosten- und Kontrollgesichtspunkten zweifelsfrei für das Trennungsmodell spricht³⁷⁸. Auf der anderen Seite hat dies freilich auch Auswirkung auf die Überwachung und Interessenvertretung im Verwaltungsorgan. Dort befinden sich nämlich bei Geltung des MitbestG die Anteilseignervertreter *innerhalb* der Überwachungsfraktion in der Unterzahl^{379,380}. Die Parität ist zwar, soweit dies die Plenarkompetenzen betrifft, gewährleistet, da im monistischen System die Leitenden als von den Anteilseignern gewählte Mitglieder an der Beschlussfassung teilnehmen. Der Befund gewinnt aber insofern an Bedeutung, als die Interessen des Managements und die der überwachenden Anteilseignervertreter nicht zwangsläufig immer übereinstimmen müssen. Mit anderen Worten kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Management mitunter eigene Interessen verfolgt und sich zwecks ihrer Durchsetzung mit den Arbeitnehmervertretern zusammenschließt^{381,382}. D.h. selbst wenn der Verwaltungsorgan-Vorsitzende, der bei paritätischer Besetzung nur ein von der Hauptversammlung bestelltes Mitglied sein darf³⁸³, den überwachenden Mitgliedern angehört, wären die (nicht leitenden) Anteilseignervertreter in ihrer Stimmenmacht stets unterlegen.

Für die Hauptversammlung stellt sich daher ein ganz neues Problem. Sie allein entscheidet im monistischen System über den Kreis der Plenarvorbehalte, kann damit aber – anders als beim dualistischen System – im mitbestimmten Verwaltungsorgan die Zustimmung zur Vornahme bedeutender Geschäfte nicht mehr in die Hand einer Gruppe von Mitgliedern legen, die erstens nicht in die Leitung involviert sind, zweitens das Mandat von ihr erhalten haben und letztlich mit ihren Stimmen den Ausschlag geben. Um aber das Management in seiner Leitungsautonomie zu beschränken, müssten die Anteilseigner in der

³⁷⁸ Wenn es, wie der amtierende Aufsichtsratsvorsitzende der Deutschen Bank, *Rolf-E. Breuer*, es fordert [vgl. FAZ v. 27.11.2002, S. 15], dazu kommt, dass ein Teil der Vergütung der Aufsichtsrats- bzw. Aufsichtsorgan-Mitglieder in Aktien(optionen) erfolgt, könnte das Einsparpotenzial eine durchaus beachtliche Größenordnung erreichen.

³⁷⁹ Deutlich *Kallmeyer* (2003b), S. 1534: „Die RL (SE-Richtlinie, d. Verf.) huldigt insoweit erkennbar einem Schematismus und behandelt hinsichtlich der Zahl der Arbeitnehmersitze Aufsichtsrat und Verwaltungsrat gleich.“

³⁸⁰ Das wäre bei der drittelparitätischen Mitbestimmung nicht zwangsläufig der Fall.

³⁸¹ Siehe in diesem Zusammenhang nur *Leyens* (2003), S. 93 m.N.: „Schon die hohe Anzahl von Aufsichtsratsmitgliedern macht Vorbesprechungen erforderlich. Dabei soll es Vorständen nicht selten gelungen sein, einzelne Bänke des Aufsichtsrats durch Interessenvermittlung letztlich für sich einzunehmen.“; in aller Deutlichkeit auch *Schiessl* (2003), S. 241 und früher schon *Paul* (1977), S. 304 f. m.N.

³⁸² Man denke in diesem Zusammenhang nur an das Spannungsverhältnis zwischen der Thesaurierungspolitik und der Ausschüttungspolitik. Es ist daher ohne weiteres denkbar, dass die Arbeitnehmervertreter und die leitenden Mitglieder, auch wenn sie ihr Mandat den Anteilseignern zu verdanken haben, bereit sind verschiedentlich zu koalieren.

³⁸³ Vgl. Art. 45 S. 2 SE-VO.

Hoffnung, dass die Arbeitnehmervertreter sich grundsätzlich nicht mit den leitenden Mitgliedern verbünden, den Kreis tendenziell eher ausdehnen. Das wiederum würde aber den Arbeitnehmern größeren Einfluss verschaffen und widerspricht daneben auch dem Konzept der Funktionstrennung. Bei Lichte besehen befindet sich die Hauptversammlung also in einem Dilemma. Ursächlich dafür ist die leicht modifizierte Form des Systems der *checks and balances* im mitbestimmten Trennungsmodell (mit Auffanglösung). Es beruht nicht mehr auf der Trennung zwischen einem Leitungs- und einem Überwachungsgremium, das geschlossen seine Zustimmung erteilt oder verweigert, sondern auf dem Prinzip der breiter fundierten Entscheidungen durch einen größeren Mitgliederkreis.

Im Hinblick auf die Qualität der Überwachung erscheint es darüber hinaus fraglich, ob die auf der Verkleinerung des Überwachungsgremiums beruhenden möglichen Effektivitätssteigerungen den Verlust an Expertise ausgleichen können, der bei paritätischer Zusammensetzung der Überwachungsgruppe nicht entstehen oder zumindest deutlicher geringer ausfallen würde. Auch ist zweifelhaft, ob in getrennten Sitzungen des Überwachungsgremiums die Kontrollarbeit stets sachlich erfolgt oder ob nicht Interessengegensätze zuweilen wieder die Oberhand gewinnen, wenn – wie im Falle der Umwandlung – dem Verwaltungsorgan Arbeitnehmer- und Gewerkschaftsvertreter angehören. Eine Schwächung der Kontrollfunktion an sich droht zum anderen deshalb, weil die Überwachungsseite – selbst bei der besitzstandswahrenden Umwandlung – nicht über die nötige Personalkompetenz verfügt, um leitende Mitglieder einfach kurzerhand abberufen zu können. Abhilfe dürfte nur eine Satzungsbestimmung schaffen, durch die das Verwaltungsorgan ermächtigt wird, einem Mitglied durch Beschluss die Leitungsbefugnis zu entziehen³⁸⁴.

Zum Positiven wirkt sich die Mitbestimmung dagegen auf die Kooptationsverfahren im monistischen System aus. Sie löst die Bestellung eines mehr oder minder großen Teils der Verwaltungsorgan-Mitglieder aus der Zuständigkeit der Hauptversammlung heraus und gewährleistet so deren mandatsbezogene Unabhängigkeit vom Verwaltungsorgan. Das ändert freilich nichts an der mangelnden Qualifikation der Arbeitnehmervertreter als in jeder Beziehung unabhängige Verwaltungsorgan-Mitglieder. Ihr Angestelltenverhältnis steht dem grundsätzlich entgegen. Zwar kennt das deutsche Recht den Status von unabhängigen Aufsichtsratsmitgliedern nicht³⁸⁵, die Notwendigkeit, Überwachungsgremien mit solchen zu besetzen, hat jedoch in jüngster Zeit eine quasi-rechtliche Aufwertung erfahren³⁸⁶. Vor diesem Hintergrund muss es als ein spezifischer Nachteil

³⁸⁴ So auch Maul (2002), S. 422 und der Diskussionsentwurf zum SE-Begleitgesetz, vgl. § 40 Abs. 5 S. 1 SEAG-E.

³⁸⁵ So zutreffend Teichmann (2002b), S. 446.

³⁸⁶ Siehe in diesem Zusammenhang Punkt 5.4.1. des Deutschen Corporate Governance Kodex, vgl. Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex (2002), S. 9 sowie für die Besetzung des Audit Committee eines an der NYSE notier-

der zwingenden paritätischen Zusammensetzung des Verwaltungsorgans angesehen werden, dass sie den Kreis der Mitglieder verkleinert, die einerseits in ihrer Person für die Unabhängigkeit der Überwachung sorgen und andererseits als unabhängige Mitglieder für die Besetzung des Bilanz- und Prüfungsausschusses in Betracht kämen.

Angesichts der mit der Auffanglösung verbundenen Auswirkungen stellt sich die Frage, inwieweit sich diese durch eine geeignete Mitbestimmungsvereinbarung möglicherweise abwenden lassen. Von einer Reduzierung der Arbeitnehmersitze, bspw. auf die Parität innerhalb der Überwachungsfraktion, dürften kaum positive Effekte ausgehen. Sieht man von der nochmaligen Verkleinerung des Verwaltungsorgans einmal ab, so bleibt es bei den Beeinträchtigungen der Kontrollfunktion, die aufgrund von Interessengegensätzen zwischen Arbeitnehmer- und Anteilseignervertretern oder durch Interessengemeinschaften von Arbeitnehmersitzvertretern und leitenden Mitgliedern theoretisch entstehen könnten. Allein das für die Plenarkompetenzen relevante Problem der Stimmenabsprache ließe sich nur dann umgehen, wenn – unter Beibehaltung der Organgröße – die Zahl der Arbeitnehmerrepräsentanten hingegen so weit reduziert würde, dass die Anteilseignervertreter bezogen auf das gesamte Verwaltungsorgan zumindest dasselbe Stimmengewicht besäßen wie Arbeitnehmervertreter und leitende Mitglieder zusammen. Aus der Sicht des besonderen Verhandlungsgremiums würde dies allerdings einen nicht annehmbaren Verlust an Einfluss bedeuten, wenn und soweit auch in den für sie wichtigen Angelegenheiten gegen die verbleibenden Stimmen der Arbeitnehmerseite entschieden werden könnte.

Zwischenergebnis

In der Tat scheint die Anpassung der Stimmrechte – verglichen mit den Möglichkeiten, die eine Reduzierung der Arbeitnehmermandate bietet – der geeignetere Weg zu sein, um dem Trennungsmodell zu mehr Praktikabilität und Attraktivität zu verhelfen. Eine Vereinbarung, nach der die Arbeitnehmervertreter in ausgewählten Fragen eine Sperrminorität erhielten und ihr Stimmrecht darauf beschränkt bliebe, würde vermutlich die Beschlussfassung in weiten Teilen von Interessengegensätzen befreien. Demnach bestünde auch die Gefahr der Stimmenbündelung gegen die überwachenden Anteilseignervertreter nur noch in wenigen Fällen. Gleichzeitig könnte die Hauptversammlung den Umfang der Plenarvorbehalte auf das für die Überwachung im Trennungsmodell erforderliche Maß ausweiten, ohne dabei den übermäßigen Einfluss der Arbeitnehmerseite befürchten zu müssen. Über die Regelung der Stimmrechte lassen sich dagegen selbstredend weder Verbesserungen hinsichtlich der Unabhängigkeit noch

ten Unternehmens Sec. 301 (3) des Sarbanes-Oxley Acts; hierzu *Lanfermann/Maul* (2002), S. 1731 und kritisch *Wiesner* (2002), S. 1.

der (fachlichen) Qualifikation von Verwaltungsorgan-Mitgliedern erreichen. Sie bleiben nach wie vor eine Frage der Sitzverteilung zwischen Arbeitnehmervertretern und überwachenden Anteilseignervertretern.

Vom ‚gewöhnlichen‘ Verwaltungsorgan-Mitglied abweichende Stimm- und Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmervertreter sind allerdings unter dem Gesichtspunkt der Sorgfaltspflichten nicht ganz unproblematisch. So erlaubt das Trennungsmodell zwar auf der Grundlage seiner Funktionstrennung eine klare Zuordnung der gleichfalls zwischen Leitung und Überwachung differenzierenden aktienrechtlichen Sorgfaltspflichten. Das Aktiengesetz unterstellt aber auch in mitbestimmten Aufsichtsräten rechtlich gleichgestellte Mitglieder. Fraglich ist daher, ob grundlegende Rechte, wie bspw. die Informationsrechte eines jeden ordentlichen Verwaltungsorgan-Mitgliedes³⁸⁷, überhaupt zur Disposition der Verhandlungspartner stehen und wenn ja, welche Auswirkungen dies für die gesamtschuldnerische Haftung der Arbeitnehmervertreter hat³⁸⁸. Da sich der SE-Verordnung keine entgegenstehenden Bestimmungen entnehmen lassen und die SE-Richtlinie die Rechte der Arbeitnehmervertreter ausdrücklich zum Gegenstand und Mindestinhalt einer Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer im Verwaltungsorgan macht, ist davon auszugehen, dass eine Minderung ihrer Rechte, gleich welcher Art, grundsätzlich zulässig ist. Rechtlich schwächer gestellte Verwaltungsorgan-Mitglieder müssten infolgedessen – dem ‚Gleichlaufs von Herrschaft und Haftung‘³⁸⁹ entsprechend – je nach dem Umfang ihrer Einflussmöglichkeiten von einer gesamtschuldnerischen Haftung mehr oder weniger ausgenommen sein. Was jedoch im Ergebnis zu einer haftungsrechtlich adäquaten Differenzierung führt, bleibt für die ‚Organgemeinschaft‘ im Verwaltungsorgan problematisch. Denn auch den mit geringeren Rechten ausgestatteten Arbeitnehmervertretern obliegt die Kontrolle der Unternehmensleitung, ihr Verantwortungsbewusstsein wird aber durch geringere Haftungsgefahren gewiß nicht gefördert.

bb) Potenzielle Auswirkungen auf das Delegiertenmodell

Ein wesensnotwendiges Merkmal des Delegiertenmodells, das zugleich für die Beurteilung der mitbestimmungsrechtlichen Implikationen von elementarer Bedeutung ist, ist die Durchbrechung der faktischen Funktionstrennung. Während die Beteiligung der Arbeitnehmer im Trennungsmodell im Grunde genommen weiterhin in einem dualistisch geprägten Umfeld und somit weitgehend isoliert von der Unternehmensleitung erfolgt, trifft sie im Delegiertenmodell auf eine wesentlich andere Grundstruktur. Hält man sich dieses zentrale Unterschei-

³⁸⁷ Siehe z. B. Art. 44 Abs. 2 SE-VO.

³⁸⁸ Vgl. § 93 Abs. 2 S. 1 AktG i. V. m. § 116 S. 1 AktG, Art. 51 SE-VO.

³⁸⁹ Siehe hierzu nochmals die Nachweise in FN 85 [Zweiter Teil: A. I. 3. a)].

dungsmerkmal vor Augen, so wird recht schnell deutlich, dass der Interessenausgleich hier in die (Ober-)Leitung hineingetragen wird. Obwohl es angesichts dessen keiner ausführlichen Begründung mehr für die mangelnde Akzeptanz seitens der Arbeitgeber und Anteilseigner bedarf, sollen die Folgen der Aufanglöstung kurz skizziert werden, um im Anschluss daran zu überprüfen, ob das Delegiertenmodell auf Basis einer Mitbestimmungsvereinbarung nicht doch eine attraktive Gestaltungsalternative für mitbestimmungspflichtige SE darstellen könnte.

Allem voran dürfte es wohl die weitreichende Einbindung der – bei Geltung der Aufanglöstung – gleichberechtigten Arbeitnehmervertreter in die Unternehmensleitung sein, an der sowohl die Anteilseignervertreter als auch die Anteilseigner selbst Anstoß nehmen würden. Ob die hohe Einbindung allerdings von vornherein auf Ablehnung stoßen wird, ist nicht zuletzt eine Frage des vorherigen Mitbestimmungsniveaus. Denn im Vergleich zur Mitbestimmungsintensität des BetrVG 52 hätte das Mitbestimmungsregime des MitbestG 76 die weitaus schwerwiegenden Folgen für die Leitung und Überwachung im Verwaltungsorgan. Darunter fallen zum einen langsamere Entscheidungsprozesse und die generellen Verluste an Effektivität³⁹⁰, die mit der eventuellen Vergrößerung des Verwaltungsorgans einhergehen können. Sie erscheinen allein schon unter dem Aspekt der Überwachung bedenklich, für die Leitung indes untragbar. Zum anderen provoziert die paritätische Zusammensetzung in stärkerem Maße Blockbildung, getrennte Vorbesprechungen und möglicherweise ‚Kampfabstimmungen‘. Hinzu kommt, dass im Extremfalle der Umwandlung auch Gewerkschaftsvertreter als rechtlich gleichgestellte Mitglieder des Verwaltungsorgans an den übergeordneten Leitungsentscheidungen teilhaben. Bei alledem erhielten die – der mangelnden Vertraulichkeit gemeinhin bezichtigten³⁹¹ – Vertreter der Arbeitnehmerseite wesentlich mehr Informationen als sie benötigen würden, wenn sie nur mit der Überwachung betraut wären.

Daran gemessen dürfte die Akzeptanzschwelle bezüglich der drittelparitätischen Mitbestimmung demnach deutlich niedriger liegen. Dennoch bleibt das von der konkreten Sitzverteilung unabhängige Problem bestehen, dass die Hauptversammlung weder als Satzungsgeber noch als das für die Bestellung der Verwaltungsorgan-Mitglieder zuständige Organ Einfluss auf die Qualifikation der Arbeitnehmervertreter nehmen kann³⁹², und das, obschon die Teilnahme an der Oberleitung an deren fachliche Qualifikation regelmäßig höhere Ansprüche stellen dürfte³⁹³. Auf der anderen Seite begründen die aus Sicht des besonderen

³⁹⁰ So *Raiser* (1997), S. 486.

³⁹¹ Siehe nur die Nachweise in FN 537 [Zweiter Teil: B. II. 2. b) aa)].

³⁹² Gem. Art. 47 Abs. 3 SE-VO kann die Satzung besondere Voraussetzungen nur für die von den Anteilseignern gewählten Verwaltungsorgan-Mitglieder vorschreiben.

³⁹³ So zutreffend *Gutsche* (1994), S. 158.

Verhandlungsgremiums begrüßenswerten Partizipationsmöglichkeiten außerdem tendenziell größere Haftungsgefahren, denen sich auszusetzen die Arbeitnehmervertreter wohl kaum bereit sind. Bei Lichte besehen kann also auch die Akzeptanz der Arbeitnehmerseite nicht als selbstverständlich angenommen werden. Kurzum, eine Reihe von Gefahren, die im dualistischen System sowie im Trennungsmodell primär für die Kontrollfunktion bestehen, befällt im Delegiertenmodell mit Auffanglösung zusätzlich auch die Oberleitungsfunktion des Gesamtorgans.

Wir halten fest: Da die drittelparitätische Besetzung des Verwaltungsorgans mit gleichberechtigten Arbeitnehmervertretern allenfalls als weniger einschneidende Notlösung in Betracht kommt, verbleibt, abgesehen vom wenig wahrscheinlichen Fall des Mitbestimmungsverzichts (Ursprungslösung), nur der Verhandlungsweg, auf dem die mitbestimmungsrechtliche Überfrachtung des Delegiertenmodells umgangen werden könnte. Der Aufgaben- und Kompetenzverteilung des Delegiertenmodells liegt der Gedanke zugrunde, die Leitungsautonomie der geschäftsführenden Mitglieder einzuschränken, wichtige Leitungsentscheidungen grundsätzlich dem Gesamtorgan zu überlassen und die Nähe der Überwachung zur Geschäftsführung zu fördern. Soll die Beteiligung der Arbeitnehmer gewährleistet sein, das modellspezifische Funktionsschema von möglichen mitbestimmungsinduzierten Beeinträchtigungen aber verschont und dabei auch die Haftungsgefahr für Arbeitnehmervertreter reduziert werden, so sind zwangsläufig Anzahl und Stimmrechte der Arbeitnehmerrepräsentanten in geeigneter Weise anzupassen. Der Vorteil einer Reduzierung der auf die Arbeitnehmerseite entfallenden Sitze wäre auch hier, dass sich das Verwaltungsorgan zunächst verkleinert und bei unterparitätischem (Sitz-)Verhältnis den Auswirkungen, die eine Fraktionsbildung wenn nicht typischerweise, so doch häufig nachschiebt, zumindest vom Ansatz her entgegengewirkt wird. Die Wahrnehmung der Oberleitungsfunktion könnte somit theoretisch in kleinerem und vertrauenswürdigerem Rahmen effektiver und vermutlich auch sachbezogener erfolgen. Haftungsbefreiende Wirkung hätte dagegen nur eine stimmenrechtliche ‚Diskriminierung‘ der Arbeitnehmerrepräsentanten. Damit die Vertretung der Arbeitnehmerinteressen aber nicht zu einer bloßen Präsenz einiger weniger Arbeitnehmervertreter verkümmert, muss wiederum ihr Stimmengewicht in den Fragen, die die Belange der Belegschaft (stark) berühren, den Ausschlag geben können. Für die Verkleinerung des Verwaltungsorgans müssten daher die Anteilseigner und deren Vertreter Beschlussfassungsregeln in Kauf nehmen, die Arbeitnehmervertreter in einigen Punkten begünstigen. Denn ohne die Einräumung einer Sperrminorität dürfte die Zustimmung des besonderen Verhandlungsgremiums nicht zu erreichen sein.

Nur wenn die Vertragspartner in dieser oder einer vergleichbaren Form handelseinig werden, kommt das Delegiertenmodell als Gestaltungsvariante des monistischen Systems ernsthaft in Frage. Es hätte dann aber auch für beide Sei-

ten mehrere Vorteile: Der Einfluss der Arbeitnehmervertreter wäre in den für sie bedeutenden Entscheidungen gewahrt, während ihnen die Teilnahme an den Sitzungen des Verwaltungsorgans in ausreichendem Maße Informationen sowie Einblicke in das Leitungsgeschehen verschafft. Auf der anderen Seite kann die Hauptversammlung Plenarkompetenzen in dem Ausmaß festlegen, das für die Umsetzung des Delegiertenmodells erforderlich ist, ohne den übermäßigen Einfluss der Arbeitnehmervertreter fürchten zu müssen. Darüber hinaus profitieren Leitung und Überwachung davon insoweit, als bei einem insgesamt verkleinerten Personenkreis mehr Mitglieder die in der Satzung gegebenenfalls aufgestellten Anforderungen erfüllen (müssen) und Interessengegensätze auf wenige Entscheidungen beschränkt bleiben. Die Veränderung der vorherigen Mitbestimmungsform und -intensität ist also mit anderen Worten sogar Voraussetzung für die Implementierung des Delegiertenmodells.

II. Vorteilhaftigkeit der Führungssysteme im gesellschafts- und mitbestimmungsrechtlichen Kontext

Mit dem Recht der Mitbestimmung erweitert sich der Kreis der beurteilungsrelevanten Kriterien, sobald in mindestens einer der Gründungsgesellschaften zuvor Arbeitnehmerbeteiligung auf Unternehmensebene bestand. Spätestens die voranstehenden Ausführungen sollten gezeigt haben, dass die Frage des zukünftigen Mitbestimmungsstandards der SE unauflöslich mit dem Gründungsvorgang verbunden ist³⁹⁴. Aus diesem Grund lassen sich Urteile über die Qualität der Führungssysteme – auch im Hinblick auf die Mitbestimmung – sinnvollerweise nur mit konkretem Bezug zur jeweiligen Gründungsart fällen. Dafür bieten sich im Wesentlichen zwei Sicht- und Herangehensweisen an³⁹⁵, von denen jedoch nur eine praktisch relevant sein dürfte. Sie führt letztlich zu der Frage, welches Führungssystem(modell) bei gegebener Gründungsvariante, vorherigem Mitbestimmungsniveau und abhängig vom jeweiligen Verhandlungsverlauf theoretisch gesehen das Bessere wäre. Die im Grunde noch recht allgemein gehaltene Fragestellung kann indes weiter eingegrenzt werden, weil die zu Beginn des Kapitels zugrundegelegten Annahmen auch hier die vereinfachende Unterscheidung zwischen Umwandlung und Gründung (i. e. S.) einerseits sowie drittelparitätischer und paritätischer Mitbestimmung andererseits erlauben³⁹⁶. Im Kern beschränkt sich die Frage also darauf, welche Systemalternative sich für

³⁹⁴ So auch *Pluskat* (2001b), S. 527; *dies.* (2001a), S. 1486.

³⁹⁵ Sie sind danach zu unterscheiden, ob die Entscheidung für eine bestimmte Gründungsform bereits feststeht oder nicht bzw. noch revidiert werden kann. Ausgangspunkt wäre also entweder eine vorgegebene Gründungsart oder ein gewünschtes Führungs- und Mitbestimmungsregime, das sich möglicherweise nicht bei allen Gründungsformen realisieren lässt.

³⁹⁶ Zu den Annahmen siehe weiter oben, Dritter Teil: B. I. 1. b), S. 195 f.

die Umwandlung und für die Gründung (überhaupt) eignen würde, wenn die formwechselnde bzw. beteiligte Gesellschaft entweder dem BetrVG 52 oder dem MitbestG 76 unterliegt.

Bei einem ‚schlichten‘ Wechsel des Rechtskleides, hier also der Umwandlung von der mitbestimmten AG in die SE, macht es streng genommen keinen Unterschied, welchen Verlauf die Verhandlungen nehmen. Auch wenn die Verhandlungsparteien es wollten, kann der vor Eintragung der SE geltende Mitbestimmungsstandard weder der Form noch des ihm zugrundeliegenden Proporz nach abgemindert werden. Zulässig wäre allein ein Ausbau der Mitbestimmung³⁹⁷, wozu sich die Anteilseigner und ihre Vertreter angesichts der rechtlichen Gleichstellung der Arbeitnehmervertreter selbst bei drittelparitätischer Mitbestimmung sicherlich nicht bereit erklären würden. Unter diesen starren Voraussetzungen scheiden sowohl das Delegiertenmodell als auch das Trennungsmodell als tragfähige Gestaltungsformen aus, sofern das Verwaltungsorgan zur Hälfte aus Arbeitnehmervertretern bestehen müsste. Während im Delegiertenmodell schon die Aufgaben- und Kompetenzverteilung einer derart umfangreichen Beteiligung (von Arbeitnehmer- und Gewerkschaftsvertretern) entgegensteht, ist es im Trennungsmodell in erster Linie die Sitzverteilung, die im Ergebnis zu unerwünschten Stimmengewichten führt. Gegenüber dem dualistischen System bietet es zwar den eindeutigen Vorteil, dass das Überwachungsgremium kleiner ausfällt, auf der anderen Seite schwächt es aber die überwachenden Anteilseignervertreter mit den entsprechenden Gefahren für die Kontrolle der Unternehmensleitung. Da aus bereits genannten Gründen das Einheitsmodell für mitbestimmungspflichtige SE generell nicht in Betracht kommt³⁹⁸, dürfte demnach das monistische System an sich keine geeignete Systemalternative für die Umwandlung einer zuvor den Regelungen des MitbestG 76 unterliegenden Aktiengesellschaft darstellen.

Anders verhält es sich dagegen mit dem dualistischen System. Es stellt als gemeinschaftsrechtliches Pendant zur Aufsichtsrats-Konzeption einen gleichermaßen auf die paritätische Mitbestimmung zugeschnittenen gesellschaftsrechtlichen Rahmen zur Verfügung, was dazu berechtigt, bei ihm all jene Vor- und Nachteile zu vermuten, die aus dem Aufsichtsrats-System bekannt sind und dort auch schon hervorgehoben oder kritisiert wurden. Dasselbe gilt grundsätzlich auch für die weitgehend kritikfreie Arbeitnehmerbeteiligung nach dem BetrVG 52. Insofern liegen dualistisches System und Aufsichtsrats-System unter gesellschaftsrechtlichen wie mitbestimmungsrechtlichen Gesichtspunkten betrachtet ‚gleich auf‘. Im Vergleich zwischen dualistischem und monistischem System bekommt es jedoch bei nur drittelparitätischer Besetzung ernsthafte Konkurrenz durch das Trennungsmodell, wohingegen das Delegiertenmodell zu einer (ver-

³⁹⁷ Deutlich *Ulmer* (2001b), S. 23.

³⁹⁸ Siehe weiter oben, Dritter Teil: B. I. 1. c) bb), S. 209.

mutlich) weder von der Anteilseigner- noch der Arbeitnehmerseite ersehnten Involvierung führen würde. Wenngleich der Vorteil eines verkleinerten Überwachungsgremiums hier kaum ins Gewicht fällt, da bei einer relativen Größenvorgabe des BetrVG 52 auch die Größe des Aufsichtsorgans auf das für die Kontrolle geeignete Maß reduziert werden kann, bietet es – allein aus dem Blickwinkel der Mitbestimmung gesehen – doch immerhin keine erkennbaren Nachteile, die eine schlechtere Beurteilung des Trennungsmodells rechtfertigen würden³⁹⁹. Wenn und soweit aber die Gegenüberstellung beider Systemalternativen ein mitbestimmungsrechtliches Patt zum Ergebnis hat, entscheidet letzten Endes der gesellschaftsrechtliche Vergleich, welches von ihnen bei Gründung durch Umwandlung und drittelparitätischer Arbeitnehmerbeteiligung vorgezogen werden sollte. Er fällt unterm Strich, wie die zusammenfassende Betrachtung in Abschnitt A. II. (Dritter Teil) zu erkennen gab, leicht zugunsten des dualistischen Systems aus⁴⁰⁰.

Tabelle 5 fasst die Ergebnisse noch einmal zusammen:

Tabelle 5
**Führungssystem(modell)e der SE und ihre Verträglichkeit
mit den deutschen Mitbestimmungsregimes**

| Umwandlung | Dualistisches System | Trennungsmodell | Delegiertenmodell | Einheitsmodell |
|-------------------|----------------------|-----------------|-------------------|----------------|
| MitbestG 76 | + | – | – | – |
| BetrVG 52 | + | + | (+) | – |

Quelle: eigene Darstellung

Anders als bei der Gründung durch Umwandlung stehen Form und Intensität der Mitbestimmung bei einer SE, deren Gründung auf dem Wege der Verschmelzung, als Holding oder Tochtergesellschaft erfolgt, unter dem Primat der Vereinbarung. Sie sind deshalb primär abhängig vom Verlauf und Ergebnis der Verhandlungen und, was im Wesentlichen den Umfang anbelangt, nur in zweiter Linie durch das Mitbestimmungsregime der jeweiligen Gründungsgesellschaften vorgeprägt⁴⁰¹. Nur wenn die Verhandlungspartner nicht übereinkommen sollten

³⁹⁹ Den Arbeitnehmervertretern verschafft es im Übrigen auch mehr (informationelle) Nähe zum Leitungsgeschehen. Hier besteht zwar immerhin die theoretische Gefahr, dass sich die mangelnde Vertraulichkeit durch ein Mehr an Informationen drastischer auswirkt, das Risiko dürfte jedoch nicht signifikant höher liegen als im dualistischen System.

⁴⁰⁰ Zum Ergebnis des gesellschaftsrechtlichen Vergleichs siehe weiter oben, Dritter Teil: A. II., S. 184 f.

oder dies ausdrücklich beschließen, richten sich Umfang und Dichte der Mitbestimmung nach dem Schema der Auffanglösung. Im direkten Vergleich zur mitbestimmungsrechtlichen Situation, die der Formwechsel hervorrufen würde, ändert sich dadurch allerdings wenig. Mit dem Wegfall des obligatorischen Arbeitsdirektors und der Gewerkschaftsvertreter zeigen sich zwar – gemessen am Standard des MitbestG 76 – erste Erosionserscheinungen, davon abgesehen bleibt es aber bei den Strukturveränderungen, denen die Führungssysteme der SE auch im Falle der Umwandlung unterliegen. Konkret bedeutet dies, dass sich bei der hier unterstellten häufigen Beteiligung einer deutschen Gesellschaft der Anteil der als gleichberechtigte Mitglieder in das Aufsichts- bzw. Verwaltungsorgan entsandten Arbeitnehmervertreter entweder nach dem BetrVG 52 oder nach den relativen Vorgaben des MitbestG 76 bemisst⁴⁰². Das für die Umwandlung herausgearbeitete Ergebnis lässt sich also für den gesamten Anwendungsbereich der Auffanglösung unverändert auf die drei Arten der ‚echten‘ Gründung projizieren.

Das Bild verändert sich unter den Bedingungen einer geeigneten Mitbestimmungsvereinbarung hingegen drastisch. Potenziell dürften zunächst alle Ausgestaltungsformen der Führungsorganisation von einer Flexibilisierung der Mitbestimmung profitieren. Die Vereinbarungslösung hat – zumindest aus deutscher Sicht – vor allem den Reiz, dass hinlänglich bekannte, pfadabhängige Nachteile der Mitbestimmung überwunden werden können, ohne dabei die Vorteile der Arbeitnehmerbeteiligung, wie das Einbringen von unternehmensspezifischem Know How, Zurückhaltung der Belegschaft in ‚schweren Zeiten‘ und sozialer Frieden, ernsthaft zu gefährden. Allein die Aussicht auf eine Ablösung des starren paritätischen Mitbestimmungsregimes lässt das strukturell insoweit mit der aktienrechtlichen Verfassung vergleichbare dualistische System schon wesentlich attraktiver als das Aufsichtsrats-System erscheinen. Sie hat allerdings keinen Wert an sich. Wie in den vorangegangenen Abschnitten dargelegt wurde, ist eine Absenkung der Anzahl der Arbeitnehmervertreter unterhalb der Parität sowohl im Trennungsmodell als auch im Delegiertenmodell unverzichtbar, wenn sich – bei rechtlicher Gleichstellung der Arbeitnehmervertreter – die (Stimmen-) Machtverhältnisse nicht zuungunsten der überwachenden bzw. nicht geschäfts-

⁴⁰¹ Da die Mitgliedstaaten die Auffanglösung in nationales Recht umsetzen müssen [vgl. Art. 7 Abs. 1 S. 1 SE-RL] und nach Maßgabe der SE-Richtlinie für ihren Hoheitsbereich in ausgewählten Punkten anpassen können, sind Einzelheiten der Mitbestimmungsform hauptsächlich von der Wahl des Sitzes abhängig und nicht vom vorherigen Mitbestimmungsstandard. Das betrifft aber im Grunde nur die Frage, ob Arbeitnehmer die Mitglieder, durch die sie im Aufsichts- bzw. Verwaltungsorgan vertreten werden, wählen, bestellen oder ihre Bestellung empfehlen resp. ablehnen können.

⁴⁰² Selbst die Auffanglösung als „kleinster gemeinsamer Nenner“ [vgl. *Ulmer* (2001b), S. 23; *Roth* (2000), S. 401; *Pluskat* (2001a), S. 1489] dürfte somit bei Beteiligung einer deutschen Gesellschaft in den meisten Fällen zu einem recht hohen Mitbestimmungsniveau in der SE führen.

führenden Anteilseignervertreter verschieben sollen. Demgegenüber kann die Reduzierung im dualistischen System prinzipiell unter Beibehaltung der paritätischen Sitzverteilung erfolgen, obgleich das ‚Bänke-System‘ dadurch streng genommen erhalten bleibt.

Im Hinblick auf die gleichberechtigte Mitgliedschaft der Arbeitnehmervere- ter hat die Untersuchung der Systemalternativen gezeigt, dass sie wiederum im dualistischen System mit paritätisch zusammengesetztem Aufsichtsorgan ohne weiteres möglich ist, im Trennungsmodell dagegen nur bei unterparitätischer Besetzung und im Delegiertenmodell aufgrund der Teilnahme an den Leitungs- entscheidungen gar nicht in Frage kommt. Um das Leitungs- und Überwa- chungsgeschehen von vornherein in den Bereichen von Interessengegensätzen zu befreien, in denen am Unternehmensinteresse orientierte Arbeitnehmervere- ter vermutlich ohnehin Enthaltung üben oder ihre Stimmrecht dementsprechend ausüben würden, sollte ihr Stimmenrecht insoweit auch zurückgenommen wer- den. Dafür müssten sie allerdings im Gegenzug durch Festlegung höherer Mehr- heiterfordernisse faktisch mehr Stimmengewicht in den für sie besonders rele- vantem Entscheidungen erhalten. Eine derartige Vereinbarung sollte im Grunde auf die Zustimmung beider Verhandlungsseiten treffen, da letztlich weder gegen die Arbeitnehmer- noch gegen die Anteilseignerstimmen entschieden werden könnte. Sie dürfte darüber hinaus auch Voraussetzung für eine nachhaltige Re- duzierung der Arbeitnehmersitze sein, in die das besondere Verhandlungsgre- mium ohne weitere Zusagen – sei es in puncto Anhörung, Unterrichtung oder Mitbestimmung – gewiß nicht einwilligt.

Auf Basis einer solchen oder vergleichbaren, aber gleichfalls unterstellten Mitbestimmungsvereinbarung haben sich – mit Ausnahme des nicht eingehen- der geprüften, weil generell ungeeigneten Einheitsmodells – alle (drei) System- varianten als durchaus tragfähig erwiesen. Fragt man jedoch danach, welches System(modell) sich im Verein von mitbestimmungsrechtlicher und gesell- schaftsrechtlicher Perspektive auch behaupten kann, so überschatten das dualis- tische System und das Delegiertenmodell das Modell der Funktionstrennung im Verwaltungsorgan. Es unterliegt dem dualistischen System zum einen des- halb, weil dem Überwachungsgremium die Personalkompetenz fehlt⁴⁰³, und zum anderen, weil es – im übertragenen Sinne – nicht eigenständig Zustim- mungsvorbehalte festlegen darf⁴⁰⁴. Damit kann sich gerade der Vorteil der hier zugrunde gelegten Mitbestimmungsvereinbarung, dass für die Ausdünnung der

⁴⁰³ Vgl. Art. 43 Abs. 3 SE-VO. Zu den damit verbundenen Gefahren für die ordnungsgemäße Informationsversorgung der mit der Aufsicht betrauten Mitglieder siehe eingehender, Dritter Teil: A. I. 1. a), S. 140 ff. und Dritter Teil: A. I. 2. b) aa), S. 159 ff.

Das Argument verliert allerdings etwas an Gewicht, wenn die Satzung das Verwal- tungsorgan dazu ermächtigen würde, einem Mitglied durch einen mit qualifizierter Mehrheit gefassten Beschluss die Leitungsbefugnis zu entziehen; siehe auch oben, Dritter Teil: B. I. 2. b) aa), S. 218.

Zustimmungskataloge kein Anlass mehr besteht, im Trennungsmodell nicht mehr unabhängig vom Willen der Hauptversammlung entfalten. Auf der anderen Seite wird es vom Delegiertenmodell insoweit übertroffen, als dort der Umfang der Plenarvorbehalte schon modellbedingt groß ausfällt. Hinzu tritt, dass die Teilnahme der nicht geschäftsführenden Mitglieder an den übergeordneten Leitungsentscheidungen diesen regelmäßig bessere Einblicke ermöglicht, was ihnen in ihrer Funktion als Überwacher der Geschäftsführung zugleich auch einen höheren Informationsstand verschaffen dürfte.

Im direkten Vergleich von dualistischem System und Delegiertenmodell lässt sich dagegen keines als eindeutig überlegene Führungsstruktur herausstellen. Während in der monistischen Variante der nunmehr auf wenige Sachverhalte reduzierte Interessenausgleich in die Leitung hineingetragen wird, dafür aber der Kreis der Plenarvorbehalte satzungsgemäß groß angelegt ist, verhält es sich beim zweistufigen Führungssystem der SE umgekehrt. Die Interessenvertretung findet mehr oder weniger fern der Leitung im Aufsichtsorgan statt, das nach eigenem Ermessen Zustimmungsvorbehalte aussprechen kann, aber keineswegs – wie seit kurzem der Aufsichtsrat der AG – aussprechen muss⁴⁰⁵. Unter gesellschafts- und mitbestimmungsrechtlichen Gesichtspunkten betrachtet sind das dualistische System und das monistische System in Gestalt des Delegiertenmodells im Ergebnis demnach einander nahezu ebenbürtig (siehe Tabelle 6).

Tabelle 6

**Führungssystem(modell)e der SE und ihre Verträglichkeit
mit den drei Mitbestimmungslösungen der SE-Richtlinie**

| Gründung | Dualistisches System | Trennungsmodell | Delegiertenmodell | Einheitsmodell |
|-------------------------------|----------------------|-----------------|-------------------|----------------|
| Ursprungslösung | + | + | + | + |
| Auffanglösung/ MitbestG 76 | + | – | – | – |
| Auffanglösung/ BetrVG 52 | + | + | (+) | – |
| Vereinbarungslösung | ++ | + | ++ | – |

Quelle: eigene Darstellung

⁴⁰⁴ Vgl. Art. 48 Abs. 1 S. 2 SE-VO, wonach Mitgliedstaaten nur das Aufsichtsorgan hierzu ermächtigen können.

⁴⁰⁵ So das zutreffende Ergebnis bei *Lange* (2003b), S. 305.

C. Konzernrechtliche Kompatibilität und Qualität

I. Vereinbarkeit der Führungssysteme

1. Vorbemerkungen

Im bisherigen Verlauf der Untersuchung wurde davon ausgegangen, dass die mitbestimmungsfreie oder -pflichtige SE eine im konzernrechtlichen Sinne unverbundene Gesellschaft darstellt. Probleme, die sich aus der spezifischen Verbindung zweier oder mehrerer Unternehmen (u. a.) für deren Leitung und Überwachung ergeben, blieben folglich insoweit außen vor. Erst der Zustand der Konzernierung einer SE vermag jedoch das (notgedrungen in die Zukunft zu projizierende) Realitätsbild der Unternehmenspraxis einigermaßen wirklichkeitsgetreu wiederzugeben. Dafür sprechen nicht nur die Gründungsvoraussetzungen der SE-Verordnung, sondern auch und vor allem die Verbreitung des Konzerns als ein von Unternehmen angewandtes und aus deren Sicht mittlerweile wohl unverzichtbares „Organisationsmodell“⁴⁰⁶, das unverbundene Aktiengesellschaften fast schon zur Ausnahmeerscheinung werden lässt⁴⁰⁷. Die vorangegangenen Ausführungen entbehren gleichwohl nicht jeden Bezug zur Unternehmenswirklichkeit. Sie betreffen vielmehr nur einen kleine(re)n (Teil-)Ausschnitt aus der Fülle der aktienrechtlich verfassten Gesellschaften und können im Kern – wenn auch nur begrenzt – als gesellschafts- und mitbestimmungsrechtliches Erkenntnisfundament Gültigkeit auch für die konzernrechtlich verflochtene SE beanspruchen⁴⁰⁸.

Schon bei lediglich grober Durchsicht der einschlägigen (deutschen) Konzernrechtsliteratur entsteht der Eindruck, als ob sich durch die korporationsrechtliche⁴⁰⁹, vertragliche oder nur faktische Verbindung zweier (Aktien-)Gesellschaften die gesellschaftsrechtlichen und mitbestimmungsrechtlichen Institute ‚schlicht und einfach‘ um eine Konzerndimension erweitern⁴¹⁰. Dabei

⁴⁰⁶ Bälz (1990), S. 178.

⁴⁰⁷ Siehe nur die rechtstatsächlichen Angaben bei Hoffmann-Becking (1995), S. 325, wonach nur ca. 15%–25% der (befragten) Aktiengesellschaften als ‚konzernfrei‘ angesehen werden können; siehe insbes. ders. (1995), S. 326 „Normalfall“; vgl. auch Bälz (1990), S. 182; Maul (2002), S. 409; Meyer (2002a), S. 186; ders. (2002b), S. 243 ff. Umso mehr verwundert es, dass – mit den Worten von Hopt (1998b), S. 34 f. – „wirtschaftlich gebotene Verflechtungen im Konzern – ein[en] in der corporate governance-Diskussion bisher völlig unterbelichtete[n] Bereich“ markieren. Eine sprachliche Andeutung findet sich bei Druery (2000), S. 1079: „group governance“.

⁴⁰⁸ Die gewählte Vorgehensweise bietet außerdem den Vorzug, dass sich den komplizierten Rechtsverhältnissen in der mitbestimmten Konzern-SE schrittweise angenähert werden konnte.

⁴⁰⁹ Für die Konzernbildung durch Eingliederung einer Gesellschaft siehe die §§ 319 ff. AktG. Hierzu Emmerich/Sonnenschein/Habersack (2001), S. 132: „innergesellschaftliche[r] Vorgang“; Hüffer (2002), § 319 Rn. 2.

neigen begriffliche Fortbildungen wie Konzernleitung⁴¹¹, Konzernvorstand⁴¹², Konzernaufsichtsrat⁴¹³, Konzernkontrolle⁴¹⁴, Konzernbetriebsrat⁴¹⁵, Konzernberichterstattung⁴¹⁶ etc. dazu, ein vom Einheitsgedanken getragenes Rechtsverständnis des Konzerns zu suggerieren⁴¹⁷. Tatsächlich aber begegnen sich in der Frage, ob der Gesetzgeber des AktG 1965 den Konzern als rechtliche Einheit oder Vielfalt von Unternehmen veranlagte, zwei unterschiedliche rechtsdogmatische Ansätze⁴¹⁸. Während eine vertretene Meinung den Konzern zwar (immerhin) als wirtschaftliche Einheit anerkennt, aber die rechtlichen Regelungen nach wie vor an das gruppierte Einzelunternehmen knüpft, will eine andere (extreme) Sicht ihm sogar den Status als Rechtssubjekt zuerkennen⁴¹⁹. Die h.M.⁴²⁰ sieht den Konzern dagegen als wirtschaftliche und organisatorische, nicht aber als rechtliche Einheit, an die es anzuknüpfen gelte. Dementsprechend definiert sie – ohne die Spannung zwischen den beiden Grundpositionen vollständig aufzulösen – den Konzern in Anlehnung an § 18 AktG als Verbund rechtlich selbständiger Unternehmen unter *einheitlicher* Leitung⁴²¹.

Mit der angesprochenen Einheits-Vielheits-Problematik ist allerdings eine weitere gewichtige Streitfrage auf das Engste verwoben⁴²², nämlich die, ob das kodifizierte (Aktien-)Konzernrecht als reines Schutzrecht oder darüber hinaus auch als Organisationsrecht angelegt sei⁴²³. Zwischen beiden Problematiken

⁴¹⁰ Siehe hierzu nur *Bälz* (1990), S. 188.

⁴¹¹ Z. B. *Götz* (1998), S. 530.

⁴¹² Vgl. bspw. *Martens* (1991), S. 524 ff.

⁴¹³ Vgl. *Hommelhoff* (1988), S. 125.

⁴¹⁴ So u. a. *Schneider* (1981), S. 252.

⁴¹⁵ Siehe nur §§ 54 ff. BetrVG.

⁴¹⁶ Vgl. *Hoffmann-Becking* (1995), S. 334.

⁴¹⁷ So betonen *Hoffmann-Becking* (1995), S. 325; *Martens* (1991), S. 524 und *Schneider* (1981), S. 250, zu Recht, dass das Gesetz weder einen Konzernvorstand noch einen Aufsichtsrat des Konzerns kennt, sondern nur den Vorstand bzw. Aufsichtsrat der Konzernobergesellschaft oder der Konzerntochter.

Zur Abgrenzung gegenüber rein gesellschaftsrechtlichen Fragestellungen und zur Entlastung des Textes hat dieser ‚unsaubere‘ Sprachgebrauch aber durchaus seine Berechtigung. Es wird daher im Folgenden vereinfacht von Konzernleitung, Konzernüberwachung etc. gesprochen.

⁴¹⁸ Vgl. *Emmerich/Sonnenschein/Habersack* (2001), S. 60 ff.; *Schmidt* (2000), S. 1168 f.; *Ehricke* (1996), S. 306 f.; *Mülberr* (1999), S. 38 und bildhaft *Lutter* (1988), S. 225 f.

⁴¹⁹ Siehe hierzu die gesammelten Nachweise bei *Ehricke* (1996), S. 306 f. in FN 25 f.

⁴²⁰ So *Ehricke* (1996), S. 307 mit zahlreichen Nachweisen in FN 27.

⁴²¹ Siehe statt vieler nur *Emmerich/Sonnenschein/Habersack* (2001), S. 58 f.; *Hüfner* (2002), § 18 Rn. 1 f.

⁴²² In diesem Sinne *Schmidt* (2000), S. 1168.

⁴²³ Für eine stärkere Ausrichtung am Organisationsrechtsgedanken *Mülberr* (1999), S. 27 und S. 50; der Tendenz nach auch *Hommelhoff* (1988), S. 108 f.; ebenso *Eh-*

existieren Überschneidungen. Vom einzelnen Unternehmen aus betrachtet, das trotz mehr oder weniger starker Einbindung in den Konzern als juristische Person fortbesteht, dienen die konzernrechtlichen Bestimmungen eher seiner rechtlichen wie faktischen Unversehrtheit; man gelangt mit anderen Worten also zur Schutzfunktion des Konzernrechts⁴²⁴. Betrachtet man demgegenüber – in Übereinstimmung mit der vorherrschenden betriebswirtschaftlichen Sichtweise⁴²⁵ – den Konzernverbund als organisatorische und funktionale Einheit, so bilden die konzernrechtlichen Regelungen ein aufeinander abgestimmtes System rechtlich-organisatorischer Verflechtungsmöglichkeiten⁴²⁶, die es erlauben, Unternehmen – gleich welcher Rechtsform – zu einem (mehr oder minder verdichteten) Unternehmenskonglomerat zusammenzufügen⁴²⁷.

In eben diesem Schnittfeld (offenbar) unversöhnlicher Dogmen⁴²⁸ liegt nicht zuletzt die mehrfache Bedeutung des Konzernrechts für die Wahl des SE-Systems verborgen. Als konzerntypisches Glied wirft die Europäische Aktiengesellschaft mit Sitz in Deutschland einerseits die Frage auf, inwiefern sich die (alternativen) Führungsstrukturen der Rechtsform unter dem Gesichtspunkt der organisatorischen Einheit mit dem Konzernrecht problemlos vereinbaren lassen. Auf der anderen Seite spielt auch der Schutz(rechts)aspekt eine nicht minder bedeutsame Rolle, wenn man bedenkt, dass den Organen und Organmitgliedern – wie noch zu zeigen sein wird – auch vom Konzernrecht bestimmte, gegebenenfalls haftungsbegründende Aufgaben, Rechte und Pflichten zugewiesen werden. Soweit dadurch rechtsformspezifische Inkompatibilitäten hervorgerufen werden können, dürften sie insbesondere auf das gesetzliche Leitbild des Ge-

ricke (1996), S. 318 ff. und früher schon *Schneider* (1981), S. 249 ff. Skeptisch dagegen *Hüfner* (2002), § 15 Rn. 3: „Verglichen mit Gefahrenabwehr sind Bemühungen um ein Konzernorganisationsrecht (...) mehr Programm als Realität.“; vgl. auch *Schmidt* (2000), S. 1179 ff.; vermittelnd *Lutter* (1988).

⁴²⁴ Das gilt sowohl für das abhängige Unternehmen, soweit es z.B. einen Anspruch auf Ausgleich der ihm durch die Obergesellschaft zugefügten (meist finanziellen) Nachteile hat, als auch für die Haftungsabschottung des herrschenden Unternehmens. Siehe aber auch mit Unterschieden im Detail *Emmerich/Sonnenschein/Habersack* (2001), S. 14.

⁴²⁵ So *Emmerich/Sonnenschein/Habersack* (2001), S. 61; *Lutter* (1988), S. 226; *Schmidt* (2000), S. 173 m.N.

⁴²⁶ Je nach dem, ob eine (Mehrheits)Beteiligung erst im Nachhinein erworben oder ein Unternehmensteil als Tochtergesellschaft ausgegründet wird, kann es sich dabei auch um Entflechtungsmöglichkeiten handeln.

⁴²⁷ Siehe in diesem Zusammenhang die unter dem Titel ‚Gesellschaftsformen als Organisationselemente im Konzernaufbau‘ erschienene Veröffentlichung von *Hommelhoff* (1991), S. 91 ff. Vgl. auch *Mülbert* (1999), S. 2: „Unternehmen sind die Bausteine des Rechts der verbundenen Unternehmen.“

⁴²⁸ In diesem Sinne *Bälz* (1990), S. 231, 234 und deutlich auf S. 240: „unüberbrückbar“. Anders dagegen *Mülbert* (1999), S. 50, der die „schutzrechtlichen Elemente des Konzernrechts als eine Konsequenz seiner organisationsrechtlichen Wirkungen“ verstanden wissen möchte.

setzgebers von der Aktiengesellschaft als Publikumsgesellschaft zurückzuführen sein. Denn durch die klare Abgrenzung der Kompetenzen des Vorstands (sowohl gegenüber der Hauptversammlung wie auch gegenüber dem Aufsichtsrat), der unter eigener Verantwortung leitet, soll eine einseitige Einflussnahme durch einen Aktionär oder eine Gruppe von Aktionären vermieden werden⁴²⁹. Das Interesse einer beteiligten Gesellschaft kann es aber gerade nahe legen, innerhalb der rechtlich zulässigen Grenzen in die Leitung der abhängigen Gesellschaft durch Weisungen einzugreifen⁴³⁰; mithin also die aktien- bzw. gesellschaftsrechtlich angelegte Kompetenzordnung zu stören. Im Blickfeld des Gesetzgebers stand daher, so zumindest die h.M.⁴³¹, primär das aus dem vertraglichen oder faktischen Abhängigkeitsverhältnis resultierende Schutzbedürfnis des abhängigen Unternehmens und mittelbar seiner übrigen Aktionäre, Gläubiger und Arbeitnehmer⁴³².

Kerninhalt dieser ‚Schutznormen‘ sind jedoch nicht nur die Rechte und Pflichten der Gesellschaftsorgane des abhängigen Unternehmens, sondern spiegelbildlich auch die rechtlichen Möglichkeiten und Grenzen der Einflussnahme der Organe des herrschenden Unternehmens. Die konzernrechtlichen Bestimmungen legen dabei eine zweigeteilte Organstruktur nur für die abhängige Aktiengesellschaft⁴³³ zugrunde und sprechen von der einflussausübenden Gesellschaft im Übrigen als dem „herrschenden Unternehmen“⁴³⁴. Dieser Befund ist insoweit unproblematisch, als es sich um Vorschriften des Aktiengesetzes handelt, die verbundene (deutsche) Aktiengesellschaften mit zwingend vorgegebenem Organ- und Kompetenzgefüge regeln (sollen). Schwierigkeiten können sich jedoch bei der analogen Anwendung auf andere Gesellschaftsformen ergeben, für die bislang auf ein gesondertes Konzernrecht verzichtet wurde⁴³⁵; zumal,

⁴²⁹ *Emmerich/Sonnenschein/Habersack* (2001), S. 11 f.; vgl. auch die Nachweise in FN 448 [Zweiter Teil: B. II. 2. a)].

⁴³⁰ Eine derartiges Interesse kann rechtlich bindend schon durch eine Bestimmung in der Satzung der herrschenden Gesellschaft geschaffen werden [vgl. bspw. *Götz* (1998), S. 526] oder durch einen Beherrschungsvertrag; vgl. *Schneider* (1981), S. 257.

⁴³¹ Deutlich *Schmidt* (2000), S. 1191; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack* (2001), S. 11 f.; *Hommelhoff* (1991), S. 92.

⁴³² In diesem Zusammenhang wird vom Konzernrecht als Schutzrecht gesprochen. Hiervon zu unterscheiden ist die Funktion des Konzernrechts als Konzernverfassungs- oder Konzernorganisationsrecht, das in der Diskussion über die Grundlagen des Konzernrechts vorzudringen scheint, vgl. *Emmerich/Sonnenschein/Habersack* (2001), S. 8 f.; siehe auch *Schmidt* (2000), S. 1167 ff.

⁴³³ Vgl. hierzu bspw. § 308 Abs. 2 S. 1 AktG: „Der Vorstand ist verpflichtet, die Weisungen des herrschenden Unternehmens zu befolgen.“ oder § 314 Abs. 1 AktG: „Der Vorstand hat den Bericht über die Beziehungen zu verbundenen Unternehmen unverzüglich nach dessen Aufstellung dem Aufsichtsrat vorzulegen.“ (Hervorhebungen durch den Verf.).

⁴³⁴ Nur vereinzelt lassen sich im Aktiengesetz Hinweise auf einen ggf. vorhandenen Aufsichtsrat finden, vgl. § 308 Abs. 3 S. 2 2. HS AktG. Siehe in diesem Zusammenhang auch *Hommelhoff* (1991), S. 131.

wenn deren Führungssystem nicht in allen Einzelheiten dem der deutschen Aktiengesellschaft entspricht. Das betrifft die Rechtsform der Europäischen Aktiengesellschaft gleich in mehrerlei Hinsicht. Zum einen enthält die SE-Verordnung – im Gegensatz zu früheren Entwürfen⁴³⁶ – keinerlei konzernrechtliche Bestimmungen⁴³⁷. Überdies sind die in den vorangegangenen Abschnitten näher behandelten Unterschiede zwischen den Führungsstrukturen des monistischen Systems und dem zweistufigen Modell der AG offenkundig, was es erforderlich macht, die Führungssystemalternativen jeweils getrennt zu untersuchen. Zum anderen darf es angesichts des grenzüberschreitenden Charakters der SE keineswegs als selbstverständlich angenommen werden, dass stets und ausschließlich die Bestimmungen des deutschen Konzernrechts auf die SE (unmittelbar oder analog) Anwendung finden⁴³⁸.

2. Grundlagen und Begriffseinordnungen

Präzise ausgedrückt wären die §§ 15 bis 22 und 291 bis 338 AktG nicht mit dem Begriff des Aktienkonzernrechts, sondern terminologisch korrekt mit dem Recht der verbundenen Unternehmen gleichzusetzen. Denn nicht jede rechtlich zulässige Form der Unternehmensverbindung stellt zugleich auch eine Konzernverbindung im Sinne des § 18 AktG dar⁴³⁹. Tatbestandliche Voraussetzung für das Vorliegen eines Konzerns ist danach die schon erwähnte einheitliche Leitung, unter der mindestens zwei (verbundene) Unternehmen zusammengefasst sein müssen⁴⁴⁰. Beim Konzern handelt es sich so gesehen also um eine legaldefinierte Unterform des rechtlichen Unternehmensverbundes, die sich durch mehr oder weniger stark koordinierte Leitungsentscheidungen und -maßnahmen auszeichnet⁴⁴¹. Dabei unterscheidet das Aktiengesetz zwischen der Zusammenfas-

⁴³⁵ Exemplarisch sei hier nur auf das – allerdings weit vorangeschrittene – GmbH-Konzernrecht verwiesen. So lässt sich in der GmbH aufgrund der fehlenden Satzungsstrenge die Geschäftsführung nicht immer zwangsläufig auch als Leitungsorgan qualifizieren. Zu den verschiedenen Formen der GmbH-Leitung grundlegend v. *Werder* (1987a), S. 155 ff.; *Frese/Mensching/v. Werder* (1987), S. 324 ff.

⁴³⁶ Siehe nur den Verordnungsentwurf von 1975, der noch ein vollständiges Konzernrecht sein eigen nennen durfte.

⁴³⁷ Auch die Vorarbeiten des *Forum Europaeum Konzernrecht* (1998), S. 672 ff., zur Entwicklung eines europäischen Konzernrechts sind über den Entwurfsstand hinaus (bislang) nicht weiter vorangeschritten.

⁴³⁸ Welche nationalen Regelungen auf grenzüberschreitende Unternehmensverbindungen jeweils Anwendung finden, bestimmen die Vorschriften und Grundsätze des Internationalen Privatrechts; ausführlich mit Bezug zur SE *Maul* (2002), S. 434 ff.

⁴³⁹ Ungeachtet dessen überwiegt im heutigen Sprachgebrauch der Begriff des Konzernrechts im so weiter verstandenen Sinne, siehe hierzu statt vieler die Anmerkungen von *Hüffer* (2002), § 15 Rn. 2 und *Emmerich/Sonnenschein/Habersack* (2001), S. 1.

⁴⁴⁰ Die Zusammenfassung selbst ist ein eigenständiges Tatbestandsmerkmal des Konzerns, das allerdings vom Aktiengesetz nicht näher bestimmt wird, siehe hierzu *Emmerich/Sonnenschein/Habersack* (2001), S. 64 f.

sung eines herrschenden mit einem zu ihm in erkennbarer oder vermuteter Abhängigkeit⁴⁴² stehenden Unternehmens zum sog. Unterordnungskonzern einerseits (§ 18 Abs. 1 AktG) und der Zusammenfassung zweier nicht zueinander im Abhängigkeitsverhältnis befindlichen Unternehmen zum Gleichordnungskonzern andererseits (§ 18 Abs. 2 AktG). Beide Konzerntypen lassen sich dahingehend weiter untergliedern, ob die Verbindung zwischen den Unternehmen auf einem sog. Beherrschungsvertrag⁴⁴³ beruht, oder die (Möglichkeit der) einheitliche(n) Leitung – sei es aufgrund einer Mehrheitsbeteiligung des herrschenden am abhängigen Unternehmen oder infolge der personellen Verflechtung zwischen den Organen der Konzerngesellschaften – faktisch gegeben ist. Dementsprechend kann also entweder ein vertraglicher oder faktischer Unterordnungs- bzw. Gleichordnungskonzern vorliegen. Hinzu tritt als zusätzliche, nur den Unterordnungskonzern betreffende, fünfte Form der Konzernierung die Eingliederung gem. § 319 AktG. Sie steht allerdings – aus dem hier interessierenden Blickwinkel von Leitung und Überwachung gesehen – dem (Beherrschungs-)Vertragskonzern sehr nahe, da sie ebenfalls ein Weisungsrecht gegenüber dem Leitungsorgan der abhängigen Gesellschaft begründet⁴⁴⁴. Sie soll und kann aus diesem Grunde als eine dem Vertragskonzern verwandte Form vernachlässigt werden.

Im Vergleich zum Unterordnungskonzern handelt es sich beim Gleichordnungskonzern indes um eine in Deutschland verhältnismäßig selten gewählte Art der Konzernierung⁴⁴⁵. Das reale Vorkommen der Konzerne wird somit durch den Unterordnungskonzern dominiert. Seine Ausformungen als Vertragskonzern oder faktischer Konzern bilden anders gewendet einen Großteil der rechtlichen Konzernlandschaft bereits ab, weshalb es durchaus gerechtfertigt erscheint, die konzernrechtliche Einbindung der SE nur in diesen beiden Unterformen einer näheren Betrachtung zu unterziehen. Daher beschränken sich die folgenden Ausführungen darauf, die Implikationen von Unterordnungsverhältnissen für die Konzernführung eingehender zu beleuchten.

⁴⁴¹ Zum Begriff der einheitlichen Leitung *Hüffer* (2002), § 18 Rn. 8 ff. m.w.N.

⁴⁴² Vgl. die Abhängigkeitsvermutung in § 17 Abs. 2 AktG.

⁴⁴³ Das Konzernrecht kennt zwar neben dem Beherrschungsvertrag [vgl. § 291 AktG] noch andere Unternehmensverträge [vgl. §§ 291, 292 AktG], nur er vermag aber durch das damit legitimierte Weisungsrecht einen Vertragskonzern zu konstituieren [vgl. *Emmerich/Sonnenschein* (1997), S. 61 f.; *Hüffer* (2002), § 291 Rn. 2]. So werden in der Praxis Beherrschungsverträge zumeist mit einem Gewinnabführungsvertrag gekoppelt; vgl. *Maul* (2002), S. 445; *Hüffer* (2002), § 291 Rn. 23 f.; *Altmeyden* (2000), S. 981; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack* (2001), S. 51 in FN 39.

⁴⁴⁴ Siehe für den beherrschungsvertraglichen Konzern § 308 Abs. 1 S. 1 AktG und für den Eingliederungskonzern § 323 Abs. 1 S. 1 AktG.

⁴⁴⁵ So deutlich *Lutter/Drygala* (1995), S. 557; *Bälz* (1990), S. 189; wohl auch *Emmerich/Sonnenschein/Habersack* (2001), S. 69.

3. Die mitbestimmungsfreie SE als Konzernobergesellschaft

Die Eingrenzung der Untersuchung auf die beiden zentralen Formen des Unterordnungskonzerns findet u. a. im *numerus clausus* der Gründungsarten⁴⁴⁶ und den damit zusammenhängenden Gründungsvoraussetzungen der SE-Verordnung ihre sachliche Bestätigung. Abgesehen von der Gründung durch Verschmelzung ist sämtlichen Gründungsformen gemein, dass Unterordnungs- bzw. Abhängigkeitsverhältnisse entweder, wie im Falle der Umwandlung⁴⁴⁷, schon vor Gründung der SE existieren müssen oder aber spätestens durch den Gründungsvorgang geschaffen werden. Das ergibt sich sowohl bei der Holding-SE als auch bei der Tochter-SE bereits aus dem Wortlaut, während nach Art. 2 Abs. 4 SE-VO der Rechtsformwechsel ausdrücklich solchen Unternehmen vorbehalten ist, die „seit mindestens zwei Jahren eine dem Recht eines anderen Mitgliedstaates unterliegende Tochtergesellschaft“ haben. Einzig die Gründung durch Verschmelzung führt nicht zwangsläufig zur Etablierung von Konzernstrukturen⁴⁴⁸. Sie setzt auch keine Tochtergesellschaften voraus. Dennoch ist in Anbetracht des hohen Konzernierungsgrades in Deutschland⁴⁴⁹ mit einiger Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass in der Mehrzahl der Fälle zumindest eine der daran beteiligten Gesellschaften über (wenigstens) eine Tochtergesellschaft verfügen dürfte⁴⁵⁰.

Indem die konzernrechtlich ansonsten enthaltsame SE-Verordnung bestimmte Konzernstrukturen verlangt bzw. erzwingt, trifft sie gleichzeitig auch eine Aussage darüber, an welchen Knotenpunkten im Konzerngeflecht sich die SE generell befinden kann und infolge der gewählten Gründungsart – vorbehaltlich etwaiger Restrukturierungen oder eines später erfolgenden Beteiligungserwerbs durch ein anderes Unternehmen – zunächst auch befinden wird. So nehmen die Holding-SE, eine durch Umwandlung entstandene SE und gegebenenfalls eine aus der Verschmelzung hervorgegangene SE automatisch die Stellung als Ober-

⁴⁴⁶ So wörtlich auch *Teichmann* (2002b), S. 412 und *Neun* (2002), S. 169.

⁴⁴⁷ Das gilt gleichermaßen auch für die Gründung einer Holding-SE sowie der Tochter-SE, wenn die Gründungsgesellschaften dem Hoheitsgebiet desselben Mitgliedstaates angehören [vgl. Art. 2 Abs. 2 und Abs. 3 SE-VO]. Allerdings lässt sich das Erfordernis dadurch umgehen, dass mindestens zwei Gründungsgesellschaften mit einer Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat vertreten sind; vgl. *eda*.

⁴⁴⁸ Ob der Verschmelzung ein größerer Stellenwert beizumessen ist als den anderen Gründungsarten, ist umstritten [vgl. nur die zum Teil unterschiedlichen Einschätzungen von *Hirte* (2002), S. 7; *Wenger* (2001), S. 318 f.; *Ulmer* (2001a), S. 30; *Thoma/Leuering* (2002), S. 1452; *Blanquet* (2002), S. 46; *Hommelhoff* (2001c), S. 280; *Trojan-Limmer* (1991), S. 1015] und zum jetzigen Zeitpunkt auch schwerlich vorherzusagen.

⁴⁴⁹ Vgl. in diesem Zusammenhang nochmals die Angaben in FN 407 [Dritter Teil: C. I. 1.].

⁴⁵⁰ So auch die Einschätzung von *Hommelhoff* (1994), S. 59 und mit Bezug zur Gründung einer SE durch Verschmelzung *Jaecks/Schönborn* (2003), S. 254.

gesellschaft ein. Allein die Gründung einer Tochter-SE drängt diese in ein vertraglich vereinbartes oder faktisches Abhängigkeitsverhältnis gegenüber den Gründungsgesellschaften. Damit muss folgerichtig zwischen zwei grundlegend verschiedenen Fallkonstellationen differenziert werden, macht es doch (auch haftungsrechtlich) einen Unterschied, ob das Leitungs- bzw. Verwaltungsorgan der SE zum Initiativzentrum der einheitlichen Leitung avanciert oder sich unter die einheitliche Leitung eines anderen Unternehmens zu stellen hat. Insofern scheint es zwar geboten, die Führungssysteme der SE unter beiden Blickwinkeln zu betrachten, entgegen der dominierenden Perspektive im Schrifttum soll jedoch im Folgenden der Schwerpunkt auf die SE als Konzernobergesellschaft gelegt werden⁴⁵¹. Dass dadurch die konzernrechtliche Analyse weder ungerechtfertigt noch unverhältnismäßig stark verkürzt wird, belegt zum einen die an den Gründungsformen gemessene Relation von drei zu eins für den Status als Konzernobergesellschaft⁴⁵² und zum anderen auch die herrschende Auffassung, wonach der Zusatz ‚SE‘ besonders prestigeträchtig sei⁴⁵³. Es liegt so gesehen nahe, diese Prestigegegewinne für die Konzernobergesellschaft zu ‚verbuchen‘⁴⁵⁴. Inwieweit sich aber die Europäische Aktiengesellschaft als solche mit ihren Führungssystemen für die Organisation der Konzernspitze eignet, bestimmt sich einestheils nach der Art der konkreten Unternehmensverbindung und ist im besonderen Falle der SE nicht zuletzt eine Frage, deren Beantwortung durch die (höherrangige!) gemeinschaftsrechtliche Normierung gewissermaßen präjudiziert sein kann. Auf letzteres ist daher zu achten, wenn im Folgenden den konzernrechtlichen Implikationen nachgegangen wird.

a) Unternehmensführung im Vertragskonzern

Die Einbindung der SE in einen Vertragskonzern, dessen rechtliche Zulässigkeit wohl außer Frage steht und der als maßgebliches Konzernkonstrukt den folgenden Überlegungen zugrunde gelegt werden soll, erfordert zunächst einen

⁴⁵¹ Ausführliche Abhandlungen zur SE als abhängiges Unternehmen finden sich bei Hommelhoff (2003a), S. 182 ff.; Maul (2002) und – auf der Grundlage des Verordnungsentwurfes von 1991 – dies. (1998).

⁴⁵² Es sei nicht verkannt, dass dieses Verhältnis nicht unbedingt etwas darüber aussagen muss, welche Art der Gründung in der späteren Praxis wie häufig gewählt wird. Zu ersten Einschätzungen, die aber allen anderen Gründungsformen als die der Tochter-SE größere Bedeutung beimessen siehe die Nachweise in FN 448 [Dritter Teil: C. I. 3.].

⁴⁵³ Zu diesem allenthalben hervorgehobenen Vorteil der Rechtsform *Blanquet* (2002), S. 36; *Lutter* (2002), S. 7; *Torggler* (2001), S. 537; *Raiser* (1993), S. 296; *Kallmeyer* (1990), S. 104; *ders.* (2003a), S. 200; *Wenz* (2003), S. 188. Zu weiteren psychologischen Vorteilen siehe ferner *Bungert/Beier* (2002), S. 11; *Hommelhoff/Teichmann* (2002), S. 2 f.; *Thoma/Leuering* (2002), S. 1454; *Schwarz* (2001), S. 1860; *Monti* (1997), S. 608 und sehr früh schon *Sanders* (1960), S. 3.

⁴⁵⁴ Man denke dabei z. B. an die Börsennotierung.

Ableich mit den gründungsbezogenen Konzernierungsformen des SE-Statuts. Dabei fällt auf, dass die mit dem Gründungsvorgang hergestellten oder von ihm unberührt belassenen Verbindungen im Ergebnis allesamt vorerst zu faktischen Konzernverhältnissen führen⁴⁵⁵, wenn nicht, wie bei der Umwandlung oder Verschmelzung, gegebenenfalls vertragliche Konzernverbindungen zuvor schon existierten und im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die SE übergehen⁴⁵⁶. Ihrer Ergänzung und Überlagerung durch einen Beherrschungsvertrag dürfte freilich nichts entgegenstehen, zumal der Vertragskonzern im direkten Vergleich zum faktischen Konzern insgesamt mehr Rechtssicherheit sowohl für das herrschende als auch für das abhängige Konzernunternehmen schafft. Dafür spricht beiläufig auch die in der Bezeichnung ‚Holding-SE‘ anklingende Möglichkeit der Errichtung eines Holdingkonzerns⁴⁵⁷. Er ist als Konzerntypus dem deutschen Konzernrecht zwar grundsätzlich fremd⁴⁵⁸. Er wird aber als betriebswirtschaftlich geprägte Konzernorganisationsform seit geraumer Zeit praktiziert und erzeugt trotz der oftmals deutlich dezentralen Leitung in den einzelnen Tochtergesellschaften mitunter erheblichen Koordinierungsbedarf auf der Ebene der Konzernobergesellschaft⁴⁵⁹. Gerade dieser Koordinierung durch Ausübung einheitlicher Leitung sind aber – was noch zu zeigen sein wird – im faktischen Konzern deutlich engere Grenzen gesetzt als im Vertragskonzern. Insofern dürfte letzterem durchaus Bedeutung beizumessen sein. Ob sich in der verwendeten Bezeichnung, dies sei am Rande vermerkt, eine gesetzliche Wertung verbirgt, die ihr als Dachgesellschaft allein Leitungs- und Verwaltungsfunktionen zugesteht⁴⁶⁰, ist fraglich und mangels ersichtlicher Gründe ernsthaft zu bezweifeln⁴⁶¹. Ungeachtet dessen bleibt festzuhalten, dass sich der Vertragskonzern immerhin mit allen Gründungsformen der SE-Verordnung problemlos vereinbaren lässt.

⁴⁵⁵ So deutlich auch *Maul* (2002), S. 409 f.

⁴⁵⁶ Für die Verschmelzung vgl. Art. 29 Abs. 4 SE-VO und für die Umwandlung Art. 37 Abs. 9 SE-VO; siehe auch *Hey* (2001), S. 1004.

⁴⁵⁷ Siehe auch Erwägungsgrund (10) der SE-VO, wonach die Rechtsform „Holdinggesellschaften“ ermöglichen soll.

⁴⁵⁸ Vgl. *Brandt* (2002), S. 995; *Hirte* (2002), S. 4; *Neun* (2002), S. 128. Eingehend zum Holding-Konzern aus rechtswissenschaftlicher Sicht *Martens* (1991), S. 524 f.

⁴⁵⁹ Stärker noch *Hoffmann-Becking* (1995), S. 332: „Bei einer konzernleitenden Holding besteht die geschäftsführende Tätigkeit des Holding-Vorstands sogar per definitionem ganz überwiegend aus der Beeinflussung und Kontrolle der nachgeordneten Konzernunternehmen, ...“.

⁴⁶⁰ Das Gegenstück zum Holding-Konzern bildet der sog. Stammhauskonzern, der dadurch gekennzeichnet ist, dass in der Obergesellschaft nicht nur Verwaltungsfunktionen, sondern bspw. auch Produktions- oder Vertriebsfunktionen angesiedelt sind; vgl. *Pothoff/Trescher* (2001), S. 52.

⁴⁶¹ So stellt auch Erwägungsgrund (10) der SE-VO relativierend klar, dass die mit der Europäischen Aktiengesellschaft verfolgten Ziele, wozu u. a. die Gründung einer Holdinggesellschaft gehört, „unbeschadet wirtschaftlicher Erfordernisse, die sich in der Zukunft ergeben können“ zu verstehen sind.

aa) Dualistisches System

(1) „Konzernleitung“

Für die konzernrechtliche Analyse der dualistisch strukturierten (wie auch der monistisch strukturierten) SE ist es nicht ohne Belang, welcher nationalen Rechtsform sich das abhängige Konzernunternehmen bedient. Um einerseits den Kreis der einschlägigen Rechtsnormmaterie auf ein überschaubares Maß zu reduzieren, namentlich das gesamte Kollisionsrecht auszuklammern, und andererseits unnötige und zudem ungesicherte Analogieschlüsse zu vermeiden⁴⁶², sei deshalb unterstellt, dass die SE, wie auch in den vorigen Kapiteln, ihren Sitz in Deutschland nimmt und das abhängige Unternehmen, mit dem sie der Beherrschungsvertrag verbindet, in der Rechtsform der deutschen Aktiengesellschaft verfasst ist. Damit fallen beide Konzernunternehmen, d.h. die SE ebenso wie die AG qua ihrer Geltung als Aktiengesellschaft des Sitzstaates⁴⁶³, unmittelbar in den Anwendungsbereich der aktienrechtlichen Vorschriften zum Vertragskonzern.

Ist nun der herrschenden SE – wie hier angenommen – das dualistische Führungssystem vorgegeben, so stehen zwar angesichts der strukturellen Nähe zur Aufsichtsrats-Konzeption *prima vista* keine besonderen Inkompatibilitäten zu erwarten. Auf der anderen Seite besteht aber gerade deswegen auch die Gefahr, dass sich die dort erkannten konzernrechtlichen Probleme in unveränderter Form neu stellen. Im Brennpunkt der demnach ganz offensichtlich auch für die SE akut drohenden Problematiken begegnet einem wiederum die „Dichotomie“⁴⁶⁴ der Konzernrechtslehren. Sie führt aufgrund des damit verbundenen uneinheitlichen Verständnisses vom Konzerngebilde zu einer im Ergebnis punktuell verschieden weitreichenden (Konzern)Leistungsautonomie und erlangt somit auch für die Leitung und Überwachung im SE-Konzern Bedeutung. Soweit der Organisationsrechtsgedanke dafür verantwortlich zeichnet, geht es aus der Sicht des herrschenden Unternehmens schwerpunktmäßig darum, vom Recht zur einheitlichen Leitung des Konzerns – mit den geeigneten Mitteln und unbeschadet der jeweiligen Rechtsformgrenzen – idealerweise so Gebrauch zu machen, als ob den gesamten Konzern nur ein einziges Rechtskleid umhüllen würde – der Konzern, mit anderen Worten, also der Organisation eines Einzelunternehmens entspräche. Dabei gilt es, die einheitliche Leitung zugleich so auszuüben, dass die mit der Gründung von Tochtergesellschaften häufig bezweckte Haftungsab-

⁴⁶² Selbst das von Rechtsprechung und Rechtswissenschaft schon beachtlich fortentwickelte GmbH-Konzernrecht ist in großen Teilen nach wie vor (heftig) umstritten; siehe bspw. zum (qualifizierten) faktischen GmbH-Konzern *Emmerich/Sonnenschein/Habersack* (2001), S. 388 ff. und S. 437 ff. mit umfangreichen Nachweisen.

⁴⁶³ Vgl. Art. 10 und Art. 3 Abs. 1 SE-VO.

⁴⁶⁴ *Bälz* (1990), S. 231.

schottung⁴⁶⁵, und hier spätestens tritt die Schutzrechtsfunktion des Konzernrechts zum Vorschein, nicht gefährdet wird. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob sich die Organe der herrschenden SE auf demselben schmalen Grat zwischen noch zulässiger und schon haftungsbewehrter Einflussnahme bewegen werden müssen wie die Führung der herrschenden AG.

Als Mittel der einheitlichen Leitung kommen generell Weisungen, informelle Einflussnahmen, Ratschläge oder Empfehlungen in Betracht. Deren Abstufungen sind allerdings rechtlich unerheblich⁴⁶⁶ und werden (wohl deshalb) vereinzelt unter dem Begriff der Veranlassung zusammengefasst⁴⁶⁷. Nur durch Abschluss eines Beherrschungsvertrages (oder durch den hier nicht näher behandelten Eingliederungsbeschluss⁴⁶⁸) wird aber auch ein unmittelbares Weisungsrecht des herrschenden gegenüber dem abhängigen Unternehmen begründet (§ 308 Abs. 1 S. 1 AktG). Als das zur Leitung unter eigener Verantwortung berufene Organ bildet das Leitungsorgan der SE zweifelsohne den Adressaten der Vorschrift, während das Aufsichtsorgan gem. Art. 40 Abs. 1 SE-VO in Übereinstimmung mit dem aktienrechtlichen Leitbild weiterhin für die Überwachung der sodann auf Konzernsachverhalte ausgedehnten Leitung verantwortlich bleibt. Das Leitungsorgan kommt dadurch in erster Linie in den Genuss eines beachtlich weitreichenden Spielraumes für Eingriffe in die Leitung der Tochtergesellschaft; denn § 308 Abs. 1 S. 2 AktG gestattet ihm ausdrücklich auch die Erteilung von Weisungen, die sich nachteilig auf diese auswirken können. Ihre Grenzen findet die Weisungsmacht des Leitungsorgans ‚lediglich‘ darin, dass es generell⁴⁶⁹ und folglich nicht anders bei der ‚Konzernleitung‘ zur Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angehalten ist⁴⁷⁰ und das Leitungsorgan der Tochtergesellschaft, d. h. hier der Vorstand, den erteilten Weisungen zum anderen dann nicht Folge leisten muss, wenn sie ‚offensichtlich‘ den Interessen der herrschenden und denen der abhängigen Gesellschaft zuwiderlaufen⁴⁷¹. Nach dem Wortlaut des § 308 Abs. 1 S. 1 AktG zu urteilen, erweitert sich also die Leitungskompetenz des Leitungsorgans bei Vorliegen eines Beherrschungsvertrages insoweit, als es in die Leitung des Tochterunter-

⁴⁶⁵ Eingehend *Hommelhoff* (1991), S. 94 und S. 117; vgl. auch *Lutter* (1988), S. 227 und mit Bezug zum Vertragskonzern *Schneider* (1981), S. 254.

⁴⁶⁶ Vgl. *Emmerich/Sonnenschein/Habersack* (2001), S. 65; *Hüffer* (2002), § 18 Rn. 12.

⁴⁶⁷ Vgl. *Emmerich/Sonnenschein/Habersack* (2001), S. 401 ff. Der Begriff ‚Veranlassung‘ ist allerdings in unmittelbarem Zusammenhang mit dem faktischen Konzern zu sehen [vgl. § 311 Abs. 1 AktG]. Ein anderes, scheinbar ‚probates‘ Mittel sind personelle Verflechtungen zwischen den Organen der Gesellschaften; dazu ausführlicher weiter unten, S. 241 ff.

⁴⁶⁸ Siehe nur § 323 Abs. 1 S. 1 AktG.

⁴⁶⁹ Vgl. § 93 Abs. 1 AktG i.V.m. Art. 51 SE-VO.

⁴⁷⁰ § 309 Abs. 1 AktG.

⁴⁷¹ § 308 Abs. 2 S. 2. HS AktG, sog. Remonstrationsrecht.

nehmens, so auch die einhellige Meinung der Rechtswissenschaft, zumindest eingreifen *darf*.

Eine ganz andere, nach wie vor nicht abschließend geklärte Frage beruht auf der Überlegung, ob das Leitungsorgan hiervon auch intensiven Gebrauch machen *muss*. Die Rede ist von der sog. Konzernleitungspflicht⁴⁷², die im Vertragskonzern argumentativ u. a. auf die Risikohaftung im Innenverhältnis⁴⁷³ gestützt wird. Nach diesem Begründungsansatz bilden das herrschende und das abhängige Unternehmen eine Risikoeinheit⁴⁷⁴, weshalb das Leitungsorgan des herrschenden Unternehmens geradewegs dazu verpflichtet sei, Einfluss auf Leitungsentscheidungen und damit auf jene Geschäftsaktivitäten der Tochtergesellschaft zu nehmen, die zu einer ungewollten Inanspruchnahme der Obergesellschaft führen können⁴⁷⁵. Von der Gegenmeinung⁴⁷⁶ wird eine Konzernleitungspflicht jedoch unter Hinweis auf das unternehmerische Ermessen des unter eigener Verantwortung tätigen Leitungsorgans generell abgelehnt. Ohne die Diskussion wieder aufleben zu lassen⁴⁷⁷, ist daher mit der wohl überwiegenden (vermittelnden) Meinung anzunehmen, dass es grundsätzlich im Ermessen des Leitungsorgans der SE liegt, dem abhängigen Unternehmen mehr Entscheidungsfreiheit zu gewähren oder aber das Zentrum der unternehmerischen Entscheidungen mehr oder weniger stark auf der Ebene der Obergesellschaft zu konzentrieren; dass sich dieses Ermessen aber nach Maßgabe der gebotenen Sorgfalt durchaus und nicht nur ausnahmsweise zu einer Pflicht, präventiv oder korrigierend zu intervenieren, verdichten kann⁴⁷⁸.

(Erneute) Bedeutung erlangen in diesem Zusammenhang die maßgeblichen Interessen, denen die Mitglieder des Leitungsorgans uneingeschränkte Beachtung zu schenken haben oder anders gewendet ein sorgfältig und gewissenhaft agierender Geschäftsleiter schenken würde. Schon als Angehörige des Leitungsorgans einer unverbundenen SE sind sie, wie oben dargelegt⁴⁷⁹, an das Unter-

⁴⁷² Grundlegend *Hommelhoff* (1982), S. 41 ff. et passim und zuvor schon *Schneider* (1981), S. 256 ff. m.w.N. Für eine Konzernleitungspflicht im Vertragskonzern ferner auch *Bälz* (1990), S. 199 und *Schmidt* (2000), S. 1176.

⁴⁷³ Vgl. die Pflicht zur Verlustübernahme des herrschenden Unternehmens gem. § 302 Abs. 1 AktG.

⁴⁷⁴ Vgl. *Schneider* (1981), S. 256.

⁴⁷⁵ Vgl. *Hommelhoff* (1982), S. 73. So auch die Auffassung von *Heinrich Götz* zit. bei *Drygala* (1998), S. 550; ansatzweise auch *Martens* (1995), S. 569 f.

⁴⁷⁶ Siehe bspw. *Hüffer* (2002), § 76 Rn. 17 und § 309 Rn. 10, jeweils m.w.N.; *Reuter* (1999), S. 2251; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack* (2001), S. 394 f.; wohl auch *Schwark* (2003), S. 612.

⁴⁷⁷ Dazu sei vermerkt, dass selbst darüber, welches die herrschende Meinung sei, unterschiedliche Auffassungen existieren. Von der überwiegenden Meinung anerkannt ist offenbar nur eine allgemeine Konzernleitungspflicht; vgl. nur *Hüffer* (2002), § 76 Rn. 17; *Götz* (1998), S. 526 und *Martens* (1991), S. 531 in FN 14.

⁴⁷⁸ In diesem Sinne *Götz* (1998), S. 529 f.; *Martens* (1991), S. 531; *Pothoff/Trescher* (2001), S. 101 f.

nehmensinteresse bzw. bei strengerer Auslegung des § 93 Abs. 1 AktG (i.V.m. Art. 51 SE-VO) an das Gesellschaftsinteresse gebunden⁴⁸⁰. In dieses Spannungsfeld zwischen enger verstandenem Gesellschaftsinteresse und weiterreichendem Unternehmensinteresse treten nunmehr zusätzlich das Interesse der Tochtergesellschaft und, sofern man der überwiegenden Ansicht folgt, ferner das hier dem Beherrschungsvertrag erwachsende Konzerninteresse⁴⁸¹. Für das Leitungsorgan der SE verbindlich sind gleichwohl im Vertragskonzern allein die übergeordneten Belange der Konzernobergesellschaft, da sich die Tochtergesellschaft mit Abschluss des Beherrschungsvertrages an diese interessenmäßig bindet⁴⁸². Das verleiht dem Vertragskonzern vor allem Rechtssicherheit. Dass die Interessen des herrschenden und des abhängigen Unternehmens – trotz Beherrschungsvertrages – jedoch nicht notwendigerweise immer übereinstimmen müssen, verdeutlicht indes bereits der Fall eines abhängigen Unternehmens, an dem neben dem beherrschenden Unternehmen als Mehrheitsaktionär auch Minderheitsaktionäre beteiligt sind⁴⁸³. Deren primäres Interesse, wie im Übrigen auch das der Gläubiger, dürfte vor allem in der Substanzerhaltung der Tochtergesellschaft bestehen und sowohl der Weisungsbefugnis des Leitungsorgans der SE als auch der Folgepflicht des Vorstands der AG zumindest insoweit ihre Grenzen aufzeigen⁴⁸⁴.

Der Entscheidungsautonomie des Leitungsorgans werden überdies durch § 308 Abs. 3 AktG Schranken gesetzt. Danach kann es eine seinerseits zuvor schon einmal erteilte Order, die der Vorstand der abhängigen AG jedoch nur mit der Einwilligung seines Aufsichtsrates befolgen darf, lediglich nach der vorherigen Zustimmung wiederum seines Aufsichtsorgans bekräftigen⁴⁸⁵, falls das Überwachungsorgan der Tochtergesellschaft die Einwilligung „nicht innerhalb einer angemessenen Frist“ erteilt oder gar verweigert⁴⁸⁶. Ein in der Konzernpra-

⁴⁷⁹ Siehe hierzu die Ausführungen oben, Dritter Teil: A. I. 1. a), S. 135 f.

⁴⁸⁰ Zur diesbezüglichen Kontroverse siehe nochmals die Anmerkungen und Nachweise in FN 12 [Dritter Teil: A. I. 1. a)].

⁴⁸¹ Vgl. *Hüffer* (2002), § 308 Rn. 16; ablehnend *Hoffmann-Becking* (1995), S. 329 ff.; *ders.* (1986), S. 579. Die Diskussion leidet allerdings unter der Tatsache, dass die Begriffe ‚Unternehmensinteresse‘ und ‚Konzerninteresse‘ schillern und als solche in aller Regel ‚diffus‘ sind, vgl. *Hoffmann-Becking* (1995), S. 330.

⁴⁸² Deutlich *Schneider* (1981), S. 251; ebenso *Hoffmann-Becking* (1986), S. 575; *Martens* (1991), S. 533; *Säcker* (1987), S. 69; *Pothhoff/Trescher* (2001), S. 104 und *Hüffer* (2002), § 308 Rn. 16.

⁴⁸³ Hierin spiegelt sich ein dem Konzern inhärentes Grundproblem wider, das nahezu alle konzernrechtlich bedeutsamen Sachverhalte durchzieht. Es wäre wohl nicht übertrieben vom Antagonismus der Interessen sogar als dem zentralen Problem des Konzernrechts zu sprechen; ähnlich *Ehricke* (1996), S. 324 und *Kropff* (2000), § 311 Rn. 93.

⁴⁸⁴ Vgl. *Emmerich/Sonnenschein/Habersack* (2001), S. 370 ff. und S. 447; *Schneider* (1981), S. 251; siehe auch *Hüffer* (2002), § 308 Rn. 19 mit zahlreichen Nachweisen zur h. M.

⁴⁸⁵ § 308 Abs. 3 S. 2. 2. HS AktG.

xis geläufiges⁴⁸⁷, wenngleich äußerst umstrittenes Mittel, das derartige Verzögerungen zu vermeiden und die Einheitlichkeit der Leitung zu wahren verspricht, sind personelle Verflechtungen zwischen den Organen des herrschenden und des abhängigen Unternehmens⁴⁸⁸. Ihre Verbreitung, vor allem in Holdingkonzernen⁴⁸⁹, die sich durch eine rechtliche Verselbständigung der Sparten auszeichnen, ist vornehmlich darauf zurückzuführen, dass Doppelmandate die Ausrichtung am Interesse der Obergesellschaft in den Organen des abhängigen Unternehmens gewissermaßen institutionalisieren. Sie ermöglichen somit (erst) eine betont dezentrale Leitung⁴⁹⁰. Da sich die SE als Holdinggesellschaft, die die einzelnen Tochtergesellschaften in den europäischen Mitgliedstaaten unter einem Dach vereint, geradezu anbietet⁴⁹¹, dürften demnach personelle Verflechtungen zwischen den Organen der SE und ihrer Töchter vermutlich eher den Regel- denn den Ausnahmefall darstellen.

Der Popularität von Doppelmandaten, die ihnen die Konzernpraxis regelrecht bescheinigt, stehen allerdings (rechtliche) Bedenken sowohl von rechtswissenschaftlicher als auch von wirtschaftswissenschaftlicher Seite gegenüber⁴⁹². In diesem Zusammenhang muss zwischen den verschiedenen Möglichkeiten, Ämter miteinander zu koppeln, differenziert werden. Verbreitet besitzen Mitglieder des Leitungsorgans der Muttergesellschaft, oftmals der Leitungsorgan-Vorsitzende, zusätzlich ein Mandat im Überwachungsorgan der Tochtergesellschaft und dort in aller Regel wiederum das des Vorsitzenden⁴⁹³. Namentlich in Holdingkonzernen hat sich zudem eine Ämterunion herauskristallisiert, bei der ein oder mehrere Mitglieder des Leitungsorgans der Obergesellschaft zugleich Vorsitzender des Leitungsorgans der einzelnen Tochtergesellschaften sind⁴⁹⁴. Finden beide Verflechtungsformen gleichzeitig Verwendung, so spricht man von einem Doppelmandats-Verbund⁴⁹⁵.

⁴⁸⁶ Vgl. *Hüffer* (2002), § 308 Rn. 23.

⁴⁸⁷ Vgl. v. *Werder* (1989), S. 37; *Semler* (1987), S. 720; *Hoffmann-Becking* (1986), S. 570; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack* (2001), S. 362.

⁴⁸⁸ Vgl. *Kropff* (2000), § 311 Rn. 91.

⁴⁸⁹ Vgl. *Hoffmann-Becking* (1986), S. 570; *Martens* (1995), S. 576.

⁴⁹⁰ So nachdrücklich *Hoffmann-Becking* (1986), S. 572 und *Martens* (1991), S. 534; *ders.* (1995), S. 575.

⁴⁹¹ Dies entspricht offenbar auch der Einschätzung des Ordnungsgebers; siehe hierzu nochmals Erwägungsgrund (10) der SE-VO.

⁴⁹² So beispielhaft aus betriebswirtschaftlicher Sicht v. *Werder* (1989), S. 37 ff. und aus rechtswissenschaftlicher Perspektive *Säcker* (1987), S. 59 ff., der allerdings im Ergebnis Doppelmandate im Vertragskonzern für zulässig und sinnvoll erachtet [vgl. *ders.* (1987), S. 69], im faktischen Konzern hingegen ablehnt.

⁴⁹³ Vgl. *Hommelhoff* (1988), S. 122; *Semler* (1987), S. 721 f.; *Martens* (1995), S. 570 f.

⁴⁹⁴ In der aktien(konzern)rechtlichen Terminologie als Vorstands-Doppelmandate bezeichnet; vgl. *Semler* (1987), S. 721; *Hüffer* (2002), § 76 Rn. 20.

⁴⁹⁵ Vgl. *Semler* (1987), S. 722.

In ihrer Problematik und Zulässigkeit erfahren die drei genannten Verflechtungsoptionen gleichwohl höchst unterschiedliche Beurteilungen. Während im Hinblick auf die Übernahme eines Aufsichtsmandates in der Tochtergesellschaft durch Leitungsorgan-Mitglieder der Obergesellschaft zutreffend darauf verwiesen wird, diese seien in § 100 Abs. 2 S. 2 AktG durch das Aktiengesetz sogar rechtlich privilegiert⁴⁹⁶, sieht die überwiegende Meinung eine in Personalunion geführte Mitgliedschaft im Leitungsorgan der Ober- sowie der Tochtergesellschaft mangels gesetzlichem Verbot als zulässig an⁴⁹⁷. Dies geschieht angesichts der intrapersonellen Interessenkonflikte⁴⁹⁸, die in der Person des Doppelmandat-Trägers generell zu befürchten sind, im Vertragskonzern zumeist und zu Recht mit der Begründung, dass er dort, gleich ob als Mitglied des einen oder anderen Gremiums, in jedem Falle auf das Konzerninteresse, hinter dem die Interessen der Tochtergesellschaft zurückstehen (müssen), verpflichtet sei⁴⁹⁹. Für sich allein betrachtet, erscheint also weder die Kombination von Leitungsmandat in der SE mit einem Aufsichtsmandat in der AG noch ein doppeltes Leitungsmandat wirklich bedenklich.

Auf nachhaltige Skepsis im Schrifttum, wenn auch mit deutlichem Gewicht auf dem faktischen Konzern, stößt vielmehr erst der Doppelmandats-Verbund. Denn was sich einesteils als äußerst wirksame und zudem gesetzlich anerkannte Form der konzernweiten Kontrollpflichten aus § 76 Abs. 1 AktG darstellt⁵⁰⁰ sowie anderenteils einer oftmals sinnvollen – und in Ermangelung von Interessenkollisionen rechtlich unproblematischen – Verzahnung von Leitungsfunktionen im Vertragskonzern entspricht, kann im Verein miteinander theoretisch wie praktisch zu Beeinträchtigungen der Leitungs- und Überwachungsfunktion führen. Zwar droht der Doppelmandats-Verbund in erster Linie die reibungslose Leitung und Überwachung der Tochtergesellschaft zu stören, indem sich nämlich Mitglieder des Leitungsorgans der SE, die dort Kollegen sind, auf der Ebene der Tochtergesellschaft als Mitglied der jeweils anderen Seite wiederfinden. Es wird also mit anderen Worten die Inkompatibilitätsregelung des § 105 AktG durchbrochen⁵⁰¹. Doch bleibt dies nicht gänzlich ohne (Rück-)Wirkung auf das (hier primär interessierende) Verhältnis im Leitungsorgan der Konzernoberge-

⁴⁹⁶ *Martens* (1995), S. 571; *Semler* (1987), S. 721, dort FN 6; *Hüffer* (2002), § 100 Rn. 4.

⁴⁹⁷ Vgl. *Hüffer* (2002), § 76 Rn. 21; *Hoffmann-Becking* (1986), S. 574; *Potthoff/Trescher* (2001), S. 103; *Kropff* (2000), § 311 Rn. 95; *Semler* (1987), S. 734; für den Vertragskonzern wohl auch *Hommelhoff* (1988), S. 125 und *Säcker* (1987), S. 60. Wesentlicher weiter geht *Martens* (1991), S. 535, der die Berufung der Leitungsorgan-Vorsitzenden der Tochtergesellschaften in das Leitungsorgan des herrschenden Unternehmens zur „pflichtgemäßen Ermessen[sausübung]“ erhebt.

⁴⁹⁸ Hierzu v. *Werder* (1989), S. 39; am Rande auch *Mertk* (1995a), S. 437.

⁴⁹⁹ Deutlich *Hoffmann-Becking* (1986), S. 575; *Semler* (1987), S. 759 f.

⁵⁰⁰ Vgl. *Martens* (1995), S. 570 m.N., der sogar von einer „Präsenzpflicht“ ausgeht.

⁵⁰¹ Statt vieler *Martens* (1995), S. 572.

sellschaft. So könnte die Aufgaben- und Kompetenzverteilung auf der Ebene der Tochtergesellschaft ohne weiteres Ausstrahlungswirkung auf das vorgeschriebene Kollegialverhältnis zwischen den einzelnen Mitgliedern im Leitungsorgan der SE haben. Im Extremfall wäre das im Grunde genommen gleichberechtigte, auf der anderen Seite aber weisungsabhängige und unter der Aufsicht eines anderen stehende Mitglied (bspw.) im Vergleich zum Leitungsorgan-Vorsitzenden mit Aufsichtsmandat faktisch zum Mitglied zweiten Ranges degradiert. Umgekehrt liegt es aber auch im Bereich des Möglichen, dass in Abhängigkeit des (strategischen, operativen oder allgemein finanziellen) Stellenwertes der Tochtergesellschaft im Konzernverbund dem Urteil des mit zweifachem Leitungsmandat ausgestatteten Mitgliedes u. U. über Gebühr großer Einfluss zukommt⁵⁰². Diese Gefahr besteht schon deshalb, weil es gegenüber seinen Kollegen, einschließlich derjenigen, die ihn in der Tochtergesellschaft überwachen⁵⁰³, regelmäßig einen Wissensvorsprung besitzen wird.

Bei Lichte besehen erinnern die angesprochenen Probleme jedoch stark an die typischen Auswirkungen einer Ressortverteilung im Einheitsunternehmen. Dementsprechend besteht auch im Konzern die grundsätzliche Gefahr des Auftretens von Ressortegoismen⁵⁰⁴. Aber weder diese Gefahr noch der Vorsprung an ‚Herrschaftswissen‘ dürfte, wenn überhaupt, wesentlich größer ausfallen als im Vergleich zur unverbunden SE. Dort ist, wie gezeigt⁵⁰⁵, nicht nur eine Doppelfunktion als ressortverantwortliches Mitglied des Leitungsorgans zulässig, sondern – in Anlehnung an die einhellige Meinung zur Vorstandsorganisation – auch die damit verbundene Pflicht zur Überwachung der Ressortleitung obligatorisch⁵⁰⁶. Vor diesem Hintergrund macht es zumindest im Vertragskonzern keinen Unterschied, ob die gegenseitige Kontrolle organintern oder über Organengrenzen hinweg stattfindet⁵⁰⁷, zumal nach zutreffender Ansicht von Martens auf der Ebene des herrschenden Unternehmens nach wie vor eine unabhängige Überwachung durch das Aufsichtsorgan der SE gewährleistet ist⁵⁰⁸. Aus diesem Grund muss davon ausgegangen werden, dass das Leitungsorgan der herrschenden SE (bei dieser Form der Konzernierung) den Doppelmandats-Verbund wie auch die beiden anderen Formen der Personalverflechtung als Mittel der einheitlichen Leitung verwenden darf. Umso mehr Bedeutung erlangt dann aber

⁵⁰² Zur „Gefahr unausgewogener Einflußverteilungen“ siehe auch v. Werder (1989), S. 40 und Semler (1987), S. 737 f.

⁵⁰³ Zum pfadunabhängigen Nachteil der Informationsasymmetrien siehe weiter oben, Zweiter Teil: B. II. 2. a), S. 105 f.

⁵⁰⁴ Vgl. v. Werder (1989), S. 43; Martens (1995), S. 572.

⁵⁰⁵ Siehe die Anmerkungen weiter oben, Dritter Teil: A. I. 1. a), S. 133 f.

⁵⁰⁶ Siehe statt vieler Hüffer (2002), § 77 Rn. 14 f. und § 93 Rn. 13 b.

⁵⁰⁷ So auch die überzeugende Begründung von Semler (1987), S. 733 f.; siehe in diesem Zusammenhang auch Martens (1995), S. 572 f.

⁵⁰⁸ Vgl. Martens (1995), S. 574 und 577; ihm zustimmend Hoffmann-Becking (1995), S. 344; im Ergebnis wohl auch Semler (1987).

auch die unabhängige Überwachung der „Konzernleitung“ durch das Aufsichtsorgan der SE.

(2) „Konzernüberwachung“

Im Einheitsunternehmen korrespondiert die Überwachungspflicht des Aufsichtsorgans mit der Leitungspflicht des Leitungsorgans in rechtlicher wie funktioneller Hinsicht. An dieser Konkordanz ändert sich nach h.M. auch im Falle einer Konzernierung im Ergebnis nichts⁵⁰⁹, obgleich vordergründig nur das Leitungsorgan vom Abschluss des Beherrschungsvertrages zu profitieren scheint. Dieser Eindruck könnte zumindest dann entstehen, wenn die SE erst nach ihrer Gründung eine Beteiligung an einem anderen Unternehmen erwirbt, und sich damit der Einflussbereich des Leitungsorgans (scheinbar) vergrößert. Bei näherem Hinsehen entspricht jedoch der Zuwachs an Einfluss durch Beteiligungserwerb rein quantitativ dem, der anderenfalls auf vergleichbarem ‚organischem‘ Wachstum beruht. Problematisch ist dabei nur, dass im Konzern aufgrund der Rechtsformgrenzen (der hier unterstellten abhängigen AG) lediglich dem Leitungsorgan – in seiner Eigenschaft als Allein- oder Mehrheitsaktionär, mittels Weisungsrecht oder aber personeller Verflechtungen – eine Einflussnahme offensteht, während das Aufsichtsorgan weiterhin ‚bloß‘ die Tätigkeit des Leitungsorgans der herrschenden SE überwacht. Im Gegensatz zu Weisungen oder dem Abstimmverhalten in der Hauptversammlung fällt aber weder die Tätigkeit des Vorstands noch die des Aufsichtsrats der Tochtergesellschaft unmittelbar in seinen Überwachungsbereich. Die Überwachung in der Konzernobergesellschaft droht daher „leerzulaufen“⁵¹⁰, wenn und soweit das Leitungsorgan des herrschenden Unternehmens von seinem Recht, betont dezentral zu führen, umfassend Gebrauch macht und dies gegebenenfalls über Doppelmandats-Träger absichert⁵¹¹.

Hier offenbart sich augenscheinlich eine konzernspezifische Überwachungslücke, die gleichermaßen auch die SE als Konzernspitze betrifft. Um sie zu schließen, und weil das Aktiengesetz nur vereinzelte Vorschriften mit Konzernbezug bereithält⁵¹², legt die Rechtswissenschaft daher gesellschaftsrechtliche Kontrollinstrumente schon für den Aufsichtsrat der herrschenden AG zum Teil konzernweit aus⁵¹³. Dazu gehört vor allem das Recht und nach neuerer Rechtslage auch die Pflicht, wichtige Entscheidungen von seiner Zustimmung abhängig

⁵⁰⁹ Deutlich Götz (1998), S. 539; Martens (1995), S. 576; Hoffmann-Becking (1995), S. 332; Reuter (1999), S. 2251; vgl. auch Hüfner (2002), § 111 Rn. 10; Schmidt (2000), S. 1176 und Emmerich/Sonnenschein (1997), S. 90.

⁵¹⁰ Hoffmann-Becking (1995), S. 341; Götz (1990), S. 647.

⁵¹¹ Das Problem dürfte demnach bei der Holding-SE besonders akut sein.

⁵¹² Siehe bspw. § 337 Abs. 1 AktG für die Prüfung des Konzernabschlusses und des Konzernlageberichts und ferner § 308 Abs. 3 S. 2 2. HS AktG.

zu machen⁵¹⁴. Als solche wird man bevorstehende Entscheidungen in den Tochtergesellschaften, die sich auf die Obergesellschaft erheblich auswirken können, grundsätzlich einordnen müssen⁵¹⁵. Doch bleibt es bei den Kompetenzbeziehungen zwischen den Organen der beiden Gesellschaften, insbesondere bei dem fehlenden Rechtsverhältnis zwischen dem Überwachungsorgan des herrschenden und dem Leitungsorgan des abhängigen Unternehmens. Vielmehr können die Zustimmungsvorbehalte nur deshalb greifen, weil das Leitungsorgan der Konzernobergesellschaft nach einhelliger Ansicht seine Weisungsmacht gegenüber der Tochtergesellschaft dahingehend auch einzusetzen hat⁵¹⁶. Hierin liegt demnach ein besonderer Vorteil des Vertragskonzerns, da nur er dem Leitungsorgan des herrschenden Unternehmens ein originäres Weisungsrecht einräumt⁵¹⁷.

Ebenso kann auch das Aufsichtsorgan der SE – vorausgesetzt der deutsche Gesetzgeber reagiert erwartungsgemäß auf die Ermächtigung in Art. 48 Abs. 1 S. 2 SE-VO⁵¹⁸ – für bestimmte Arten von Geschäften Zustimmungsvorbehalte eigenständig aussprechen. Bedenkt man, dass sich die Sachlage im Vertragskonzern mit dualistisch strukturierter SE als Konzernobergesellschaft nicht anders darstellt, so wird man folgerichtig dem Aufsichtsorgan der SE gleichwohl nicht nur das Recht zugestehen müssen, sondern in gewissen Grenzen auch eine Pflicht zur Festlegung von konzernweiten Zustimmungsvorhalten anzunehmen haben⁵¹⁹. Das folgt unmittelbar aus der Sorgfaltsverpflichtung der Aufsichtsorgan-Mitglieder gem. § 116 AktG i.V.m. Art. 51 SE-VO, denn – mit den Worten von Schneider – auch „Nichtstun, ‚die Zügel hängen lassen‘“ entspricht nicht den Vorstellungen des Aktiengesetzgebers von einem ordentlichen und gewissenhaften Überwacher⁵²⁰.

In den Bereich konzernweit auszusprechender Zustimmungsvorbehalte fallen insbesondere auch personalpolitische Entscheidungen, soweit es um die Besetzung der Organe von Tochtergesellschaften geht⁵²¹. Eine Pflicht zur Mitwirkung des Überwachungsorgans wird dabei vor allem im Hinblick auf die Aus-

⁵¹³ So u. a. *Martens* (1995), S. 580 und *Hoffmann-Becking* (1995), S. 340, beide m.w.N. zur h.M.; siehe auch *Götz* (1998), S. 542; *Potthoff/Trescher* (2001), S. 113; *Schmidt* (2000), S. 1176; *Reuter* (1999), S. 2252 und *Hüffer* (2002), § 111 Rn. 21.

⁵¹⁴ Vgl. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG (n.F.).

⁵¹⁵ Vgl. *Hoffmann-Becking* (1995), S. 340; *Martens* (1995), S. 580; *Götz* (1998), S. 542; ausführlicher *ders.* (1990), S. 647 ff.

⁵¹⁶ Vgl. *Hoffmann-Becking* (1995), S. 341 m.N.; *Hüffer* (2002), § 111 Rn. 22; *Potthoff/Trescher* (2001), S. 114.

⁵¹⁷ Vgl. nochmals FN 443 [Dritter Teil: C. I. 2.].

⁵¹⁸ So zumindest der Diskussionsentwurf zum SE-Begleitgesetz, vgl. § 17 SEAG-E.

⁵¹⁹ So schon für den Aufsichtsrat der AG vor In-Kraft-Treten des TransPuG *Hüffer* (2002), § 111 Rn. 17 „Ermessensschumpfung“.

⁵²⁰ *Ders.* (1981), S. 256, jedoch mit Bezug zum Leitungsorgan.

⁵²¹ Vgl. *Potthoff/Trescher* (2001), S. 113; *Hoffmann-Becking* (1995), S. 340 f.

wahl von Mitgliedern für das Leitungsorgan bedeutender Tochtergesellschaften unterstellt⁵²². Dahinter verbirgt sich sicherlich der auf das Konzernverhältnis übertragene Gedanke, dass das Überwachungsorgan schon im Einheitsunternehmen durch sorgfältig getroffene Personalentscheidungen auf die Geschicke des Unternehmens frühzeitig Einfluss nehmen kann und soll⁵²³. Dasselbe lässt sich im Prinzip gedanklich auch für die Besetzung des Überwachungsorgans der Tochter gewinnen. Zwar obliegt es hier wie dort grundsätzlich dem Leitungsorgan der SE, als das zur Vertretung befugte Organ Beteiligungsrechte in der Hauptversammlung oder in mediatisierter Form im Überwachungsorgan der Tochter auszuüben. Je nach der Bedeutung der Tochtergesellschaft darf sich aber das Aufsichtsorgan der SE die Besetzung des Kontrollorgans vorbehalten⁵²⁴. Dies geschieht, indem es entweder durch einen Zustimmungsvorbehalt an der Personalentscheidung des Leitungsorgans mitwirkt oder gar Kandidaten aus den eigenen Reihen rekrutiert⁵²⁵. Derartige Doppelmandate dürften also auch im Rahmen der beherrschungsvertraglichen Anbindung einer AG an die SE ohne weiteres zulässig sein.

Ein Kontrollinstrumentarium von wesentlicher Bedeutung, ohne das eine gezielte Überwachung schlechterdings möglich ist, sind die Berichte des Leitungsorgans an das Aufsichtsorgan⁵²⁶. Ihr Stellenwert dürfte im Konzern eher zunehmen, da sich häufig ein Großteil der überwachungsbedürftigen Geschäftsvorgänge in den Tochtergesellschaften abspielt, und deshalb nicht gering zu achten sein. Hält man sich zunächst an die gemeinschaftsrechtlich statuierten Informationspflichten, so fällt jedoch auf, dass Berichte über verbundene Unternehmen in den diesbezüglichen Vorschriften der SE-Verordnung mit keinem Wort Erwähnung finden. Allenfalls mag man in Art. 41 Abs. 2 SE-VO, demzufolge das Leitungsorgan das Aufsichtsorgan neben der regelmäßigen Unterrichtung über „Ereignisse, die sich auf die Lage der SE spürbar auswirken können“ unverzüglich zu informieren hat, eine Formel erblicken, wonach für die Konzernobergesellschaft wichtige Vorkommnisse in den Tochtergesellschaften hierunter zu subsumieren wären⁵²⁷. Auch könnte das Aufsichtsorgan sein Recht aus Art. 41 Abs. 3 S. 1 SE-VO dahingehend nutzen, dass es Berichte über verbundene Un-

⁵²² So *Martens* (1995), S. 578; im Ergebnis wohl auch *Hoffmann-Becking* (1995), S. 340 f.

⁵²³ Es entspricht der verbreiteten Ansicht, dass die Besetzung des Vorstands mit qualifizierten Kandidaten die vermutlich wichtigste Aufgabe des Aufsichtsrats darstellt; vgl. hierzu die Nachweise in FN 509 [Zweiter Teil: B. II. 2. b) aa)].

⁵²⁴ Vgl. *Martens* (1995), S. 588.

⁵²⁵ Zu diesen sog. Aufsichtsrats-Doppelmandaten siehe eingehend *Martens* (1995), S. 588; vgl. auch *Pothhoff/Trescher* (2001), S. 103; *Kropff* (2000), § 311 Rn. 104 und für personelle Verflechtungen auf der Arbeitnehmerseite *Löwisch* (2003), S. 847.

⁵²⁶ Vgl. *Götz* (1998), S. 540.

⁵²⁷ So schon mit Blick auf § 90 Abs. 1 S. 3 AktG (n.F.) für die Aktiengesellschaft *Hoffmann-Becking* (1995), S. 336.

ternehmen beim Leitungsorgan eigenständig anfordert. Unbeschadet dessen enthält die Verordnung aber zumindest keine – ausdrückliche – Verpflichtung des Leitungsorgans zur regelmäßigen Berichterstattung über die Lage und Entwicklung der Tochtergesellschaften.

Infolge dieser gemeinschaftsrechtlichen Regelungslücke gelangen die einschlägigen Vorschriften des Aktiengesetzes kraft der Generalverweisungsnorm Art. 9 Abs. 1 lit. c) ii) SE-VO subsidiär zur Anwendung. Danach hat das Leitungsorgan der herrschenden SE analog zu § 90 Abs. 1 S. 2 AktG (n.F.)⁵²⁸ das Aufsichtsorgan im Rahmen der gewöhnlichen Berichterstattung (gem. Art. 41 Abs. 1 SE-VO i.V.m. § 90 Abs. 1 S. 1 AktG) außerdem turnusmäßig über die Vorgänge in den verbundenen Unternehmen zu unterrichten⁵²⁹. Gleichzeitig wird durch die ergänzende Anwendung von § 90 Abs. 1 S. 3 AktG (n.F.)⁵³⁰ klargestellt, dass das Aufsichtsorgan auch über solche Vorkommnisse unverzüglich zu informieren ist, die sich in einer Tochtergesellschaft ereignet haben. Soweit es die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Überwachers erfordert⁵³¹, muss das Aufsichtsorgan, wie auch der Aufsichtsrat einer herrschenden AG, im Übrigen schon von sich aus das Leitungsorgan zur sachgerechten Informationsversorgung (präventiv) anhalten, indem es ein konzernweites Informationsstatut erlässt⁵³².

Ergänzt werden die Informationsrechte des Aufsichtsorgans durch die Möglichkeit Sonderprüfungen vorzunehmen oder in Auftrag zu geben⁵³³. Dieses Recht besitzt das Aufsichtsorgan jedoch nur im Verhältnis zur SE, es erstreckt sich keineswegs auf die Vorgänge in den Tochtergesellschaften. Zur Prüfung von Angelegenheiten in den abhängigen Unternehmen sind vielmehr nur die Mitglieder des Leitungsorgans berechtigt, sofern sie gleichzeitig Mitglied des Aufsichtsrats wären und dort einen entsprechenden Beschluss des Plenums herbeiführen würden. Insoweit unterscheidet sich die Rechtslage bei der SE nicht von der bei der AG⁵³⁴. Vereinzelt findet sich allerdings die Auffassung, auch das Überwachungsorgan der herrschenden Gesellschaft könne unter der Voraussetzung, dass entweder die Leitungsorgan-Mitglieder ihm ihr Einsichtsrecht überlassen⁵³⁵ oder der Vorstand der abhängigen AG einwilligt⁵³⁶, „vor Ort“

⁵²⁸ Eingefügt durch Art. 1 Nr. 5 lit. a) bb) des Gesetzes zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität (TransPuG).

⁵²⁹ Zu den Einzelheiten und Anforderungen einer Konzernberichterstattung *Potthoff/Trescher* (2001), S. 143 f.

⁵³⁰ Vormals Satz 2, vgl. FN 528 [Dritter Teil: C. I. 3. a) aa) (2)].

⁵³¹ § 116 S. 1 AktG i.V.m. Art. 51 SE-VO.

⁵³² Siehe hierzu *Götz* (1998), S. 540 f. m.w.N.

⁵³³ Vgl. Art. 41 Abs. 4 SE-VO.

⁵³⁴ Vgl. § 111 Abs. 2 S. 1 und 2 AktG.

⁵³⁵ So z. B. *Martens* (1995), S. 586, mit dahingehenden rechtspolitischen Forderungen.

Überprüfungen durchführen. Letztlich handelt es sich aber in beiden Fällen um rechtlich ungesicherte Hilfskonstruktionen⁵³⁷, worauf sich eine konzernweite (analoge) Auslegung des Sonderprüfungsrechts aus Art. 41 Abs. 4 SE-VO wohl nur unzureichend stützen ließe. Nicht zuletzt deshalb könnten sich unter diesem Aspekt betrachtet Doppelmandate der Aufsichtsorgan-Mitglieder empfehlen.

Alles in allem findet sich also die eingangs geäußerte Vermutung bestätigt. Das dualistische System einer mitbestimmungsfreien herrschenden SE ruft im Vergleich zur Aufsichtsrats-Konzeption – nach dem jetzigen Untersuchungsstand – weder besondere rechtsnorminduzierte Friktionen noch andere Komplikationen hervor. Damit hat sich die zweistufige Führungsstruktur im Kontext des Konzernrechts vorerst als grundsätzlich kompatible Führungssystemalternative für die Organisation der Vertragskonzernspitze erwiesen. Andererseits stellen sich aber auch für sie die aus der Diskussion um die Aktiengesellschaft bekannten konzernrechtlichen Probleme in durchweg unveränderter Gestalt. In Anbetracht dieses Ergebnisses können der dualistisch strukturierten SE daher – unter dem Gesichtspunkt der Konzernführung – bislang keine nennenswerten Vorteile gegenüber der aktienrechtlichen Verfassung attestiert werden.

bb) Monistisches System

(1) Konzernleitung und -überwachung im Trennungsmodell

In den bislang veröffentlichten Vorarbeiten zu einem deutschen SE-Begleitgesetz wird stellenweise die zwingende Funktionstrennung im Verwaltungsorgan der SE gefordert, sobald diese dem deutschen Konzernrecht (und/oder dem Mitbestimmungsrecht) unterliegt⁵³⁸. Die dabei zugrundegelegte Argumentation, eine Aufgliederung in Leitung und Überwachung biete einen hinreichenden Anknüpfungspunkt für die Zuordnung der zwischen Vorstand und Aufsichtsrat differenzierenden konzernrechtlichen Bestimmungen⁵³⁹, trifft zwar im Grundsatz

⁵³⁶ Vgl. *Hoffmann-Becking* (1995), S. 339.

⁵³⁷ Siehe nur die Bedenken von *Martens* (1995), S. 586.

⁵³⁸ So namentlich *Jaecks/Schönborn* (2003), S. 263 f. und *Teichmann* (2002b), S. 452, letzterer allerdings mit der zutreffenden Einschränkung, dass dies für die monistisch strukturierte SE als abhängiges Unternehmen erforderlich sei. Siehe auch *Maul* (2002), S. 448, die in Bezug auf den Vertragskonzern zumindest für die monistisch strukturierte abhängige SE zu einem positiven Ergebnis gelangt. Gegen eine zwingende Funktionstrennung *Kübler* (2003), S. 231 f.

Für eine generelle Funktionstrennung, aber ohne erkennbare Unterscheidung zwischen der SE als Konzernobergesellschaft und der SE als abhängiges Unternehmen hingegen *Theisen/Hölzl* (2002), S. 279. Eine vage Andeutung findet sich auch in der Pressemitteilung Nr. 12/03 des Bundesministeriums der Justiz [<http://www.bmj.bund.de>].

⁵³⁹ Vgl. *Teichmann* (2002b), S. 451.

zu. Auch lässt sich nicht leugnen, dass die Funktionstrennung einen mittlerweile nahezu einhellig anerkannten Grundsatz guter Corporate Governance darstellt⁵⁴⁰. Ob dies allerdings dazu berechtigt, generell, d.h. ohne Rücksicht auf den konkreten Rang der SE in der Konzernhierarchie, eine – aus deutscher Sicht wohl ideale – *weitestgehende* Annäherung des monistischen an das dualistische System und damit letztlich an das Aufsichtsrats-System zu diktieren, ist selbst pauschal betrachtet durchaus fraglich⁵⁴¹.

Vordergründig zumindest scheint die Aufspaltung der Verwaltungsorgan-Mitglieder in eine Leitungsfraktion und eine Überwachungsfraktion in der Tat die nötigen Voraussetzungen zu schaffen, um die führungsbezogenen Vorschriften zum Vertragskonzern zur Anwendung zu bringen. Während sich die Gesamtheit der leitenden Mitglieder grob gesehen als Leitungsorgan bzw. Vorstand qualifizieren lässt, dem das Weisungsrecht aus § 308 Abs. 1 S. 1 AktG zusteht⁵⁴², schlüpft die Gruppe der überwachenden Mitglieder in die Rolle des Aufsichtsorgans bzw. -rats der Konzernobergesellschaft. So gesehen besticht der gedankliche Ansatz im Grunde nur deshalb, weil er die strukturellen Unterschiede zwischen den beiden Systemalternativen zu überwinden verspricht.

Ein erster Unterschied, der daran ernste Zweifel aufkommen lässt und deshalb nicht einfach übergangen werden sollte, zeigt sich indes schon darin, dass im monistischen System der Plenarentscheid den Zustimmungsvorbehalt ersetzt⁵⁴³. Das an sich ist zwar zunächst noch völlig unproblematisch, da die überwachenden Mitglieder z.B. bei personalpolitischen Entscheidungen oder in dem konzernrechtlich relevanten Fall des § 308 Abs. 3 AktG, der die erneute Weisung (hier) von der Zustimmung aller Verwaltungsorgan-Mitglieder abhängig macht, ebenfalls mitwirken. Es dürfen jedoch in diesem Zusammenhang zwei weitere Besonderheiten des monistischen Systems nicht übersehen werden. Zum einen können die überwachenden Mitglieder nicht eigenständig Plenarvorbehalte festlegen⁵⁴⁴, und zum anderen muss der – nach dem Leitbild des Verordnungsgebers – mit dem Recht des Stichtenscheidendes ausgestattete Vorsit-

⁵⁴⁰ Vgl. *Maul* (2002), S. 431; ebenso *Teichmann* (2002b), S. 447; *Theisen/Hölzl* (2000), S. 279; *Jaecks/Schönborn* (2003), S. 264.

⁵⁴¹ Was auf den ersten Blick für die abhängige SE im faktischen Konzern unmittelbar einleuchtet, kann für die herrschende SE im Vertragskonzern nur dann überzeugen, wenn sich das Trennungsmo-
dell den anderen Gestaltungsmodellen des monistischen Systems gegenüber als eindeutig überlegen erweisen sollte.

⁵⁴² Vgl. in diesem Zusammenhang auch § 46 Abs. 1 SEAG-E, wonach die geschäftsführenden Direktoren im Bereich der §§ 308 bis 318 des Aktiengesetzes an die Stelle des Vorstands treten (sollen).

⁵⁴³ Vgl. Art. 48 Abs. 1 SE-VO.

⁵⁴⁴ Einschränkend ist allerdings zu bemerken, dass die leitenden Mitglieder den Anweisungen des Plenums Folge leisten müssen [vgl. § 28 Abs. 2 SEAG-E], in dem die überwachenden Mitglieder – zumindest nach der derzeitigen Fassung des SE-Ausführungsgesetzes – gem. § 24 Abs. 1 S. 2 SEAG-E zahlenmäßig dominieren werden.

zende⁵⁴⁵ nicht zwingend ein überwachendes Mitglied des Verwaltungsorgans sein. Bei Lichte besehen setzt also die Anwendung von § 308 Abs. 3 AktG sowohl eine zahlenmäßig adäquate Stärke der Überwachungsfraktion als auch eine geeignete Stimmenverteilung sowie darauf zugeschnittene Beschlussfassungsregeln voraus, soll der konzernrechtliche Informations- und Schutzmechanismus⁵⁴⁶ wirklich greifen können. Ihre Festlegung ist aber gerade Sache des Satzungsgebers der SE und zunächst nur, was die personelle Stärke angeht, durch die vom deutschen Gesetzgeber gezogenen Mindest- bzw. Höchstgrenzen vorgeprägt⁵⁴⁷. Die Satzung der SE entscheidet somit auch in konzernrechtlicher Hinsicht, ob und welches Gegengewicht die Überwachungsseite im Trennungsmodell bildet⁵⁴⁸.

Angesichts dessen muss es fast schon als ein konzernrechtliches Gebot angesehen werden, dass erstens der Überwachungsfraktion ein (leichtes) Stimmenübergewicht innerhalb des Verwaltungsorgans zukommen sollte⁵⁴⁹ und zweitens der in der Satzung niedergelegte Katalog der Plenarkompetenzen einen gewissen Mindestumfang besitzt⁵⁵⁰. Denn nur dadurch lässt sich der Spielraum der leitenden Mitglieder wenigstens ansatzweise begrenzen. Das gilt sowohl für Leitungsentscheidungen auf der Ebene der Konzernobergesellschaft als auch für solche, die erst durch einen ablehnenden Beschluss des Überwachungsorgans der Tochtergesellschaft in den Kompetenzbereich des Plenums gelangen würden. Anders nämlich als beim Aufsichtsorgan oder auch im Vergleich zum Aufsichtsrat der AG kann, wie schon angedeutet, die Überwachungsfraktion nicht ohne weiteres konzernweite Plenarvorbehalte aussprechen. Sie kann demnach auch nicht darüber befinden, ob der Konzern aus ihrer Sicht eher zentral oder dezentral zu führen ist⁵⁵¹. Fehlt aber eine solche Ermächtigung, so könnten die leitenden Mitglieder theoretisch – sei es mittels einfacher Doppelmandate oder einem Doppelmandats-Verbund⁵⁵² – die Leitung des Konzerns verhältnismäßig leicht der Sphäre unabhängiger und präventiver Konzernüberwachung entziehen.

⁵⁴⁵ Vgl. Art. 50 Abs. 2 S. 1 SE-VO.

⁵⁴⁶ Zu dieser Informationsfunktion des § 308 Abs. 3 AktG siehe *Hüffer* (2002), § 308 Rn. 23 unter Berufung auf die Regierungsbegründung zum AktG 65, m.N.

Wenngleich *Hüffer* nur die Informationsversorgung des Aufsichtsrats der abhängigen AG hervorhebt, liegt es nahe, dass der Gesetzgeber auch eine Information des Überwachungsorgans der herrschenden Gesellschaft erreichen wollte.

⁵⁴⁷ Vgl. Art. 43 Abs. 2 SE-VO; §§ 19 Abs. 1, 24 Abs. 1 S. 2 SEAG-E.

⁵⁴⁸ Gem. Art. 9 Abs. 1 SE-VO haben Satzungsbestimmungen Vorrang vor den Regelungen des SE-Begleitgesetzes und den Vorschriften, die auf nach nationalem Recht gegründete Aktiengesellschaften Anwendung finden.

⁵⁴⁹ Sofern das SE-Ausführungsgesetz in seiner derzeitigen Fassung als Diskussionsentwurf in Kraft treten sollte, wäre ein leichtes Übergewicht der nicht geschäftsführenden Mitglieder durch § 24 Abs. 1 S. 2 SEAG-E gewährleistet.

⁵⁵⁰ So im Allgemeinen auch *Bungert/Beier* (2002), S. 4.

⁵⁵¹ So deutlich für den Aufsichtsrat *Hoffmann-Becking* (1995), S. 332 f. m.w.N.

Die Enthaltbarkeit der SE-Verordnung im Bereich des Konzernrechts fand ferner auch ihren Niederschlag in den Bestimmungen zur Informationsversorgung der (überwachenden) Verwaltungsorgan-Mitglieder. Den ohnehin knapp und wenig detailliert gehaltenen Berichtspflichten der Leitungsseite fehlt jedweder Bezug zu verbundenen Unternehmen. Sie erschöpfen sich lediglich darin, dass jedes Mitglied von allen Informationen, die dem Verwaltungsorgan übermittelt werden, Kenntnis nehmen darf und das Plenum in Abständen von maximal drei Monaten zu Beratungen über die Lage und Entwicklung der SE zusammentreten muss⁵⁵³. Da der Verordnungstext Regelungen zur Berichterstattung also immerhin enthält, konzernrechtliche Aspekte aber vollständig ausgeklammert, handelt es sich demzufolge eindeutig um eine Teilregelung i. S. v. Art. 9 Abs. 1 lit. c) SE-VO. Gemäß Abs. 1 lit. c) ii) der Vorschrift gelangen infolgedessen die einschlägigen Bestimmungen des Aktiengesetzes zur Anwendung, wenn und soweit nicht das noch ausstehende deutsche SE-Begleitgesetz Näheres für das monistische System regelt⁵⁵⁴.

Die Berichtsansforderungen aus § 90 AktG werden damit zum integralen Bestandteil des Pflichtenheftes der Leitungsfraktion. Sie hat in gleichem Maße wie das Leitungsorgan und der Vorstand im Rahmen der regelmäßigen Berichterstattung an die überwachenden Mitglieder auf wichtige Vorgänge und Entwicklungen in den Tochtergesellschaften einzugehen⁵⁵⁵. Über (bevorstehende) Ereignisse in einem verbundenen Unternehmen, die Auswirkungen auf die Lage der SE befürchten lassen, muss sie erforderlichenfalls sogar unverzüglich berichten⁵⁵⁶. Auf der anderen Seite stärkt § 90 Abs. 3 AktG die überwachenden Mitglieder in ihren Rechten aber auch unmittelbar, die nunmehr allein oder in ihrer Gesamtheit Auskünfte über die Vorgänge in den konzernzugehörigen Unternehmen verlangen können⁵⁵⁷. Im Ergebnis sind diese also den Angehörigen des Aufsichtsorgans resp. des Aufsichtsrats informationsrechtlich gleichgestellt⁵⁵⁸.

⁵⁵² Rechtlich unzulässig wäre nur die Konstellation, bei der ein gesetzlicher Vertreter der Tochter (Vorstandsmitglied der AG) zugleich ein Mandat als überwachendes Mitglied im Verwaltungsorgans der SE übernimmt; vgl. § 100 Abs. 2 Nr. 2 AktG.

⁵⁵³ Vgl. Art. 44 SE-VO.

⁵⁵⁴ Vgl. § 24 Abs. 6 SEAG-E i.V.m. Art. 9 Abs. 1 lit. c) i) SE-VO.

⁵⁵⁵ § 90 Abs. 1 S. 2 AktG (n.F.).

⁵⁵⁶ Vgl. § 90 Abs. 1 S. 3 AktG (n.F.). Sofern der Vorsitzende des Verwaltungsorgans der Leitungsseite angehört, wären derartige Ad hoc-Berichte sämtlichen überwachenden Mitgliedern zu übermitteln.

⁵⁵⁷ Vgl. § 90 Abs. 3 AktG (n.F.).

⁵⁵⁸ Im Hinblick auf das Sonderprüfungsrecht wird man, obwohl die SE-Verordnung nur dem Aufsichtsorgan ein solches ausdrücklich zugesteht, in Anlehnung an § 111 Abs. 2 S. 1, 2 AktG annehmen müssen, dass auch die überwachenden Mitglieder des Verwaltungsorgans Überprüfungen vornehmen oder anordnen können; so auch der Diskussionsentwurf zum SE-Ausführungsgesetz, vgl. § 21 Abs. 3 SEAG-E. Da sie aber ohnehin nur als ultima ratio in Frage kommt [vgl. *Martens* (1995), S. 586], sollte ihr Stellenwert nicht überbewertet werden.

Ob sie allerdings in der späteren Praxis tatsächlich einen vergleichbaren Informationsstand für sich in Anspruch nehmen können, darf mit Blick auf die fehlende Personalkompetenz wohl bezweifelt werden^{559, 560}.

Als maßgebliche Ausgestaltungsform für die Vertragskonzernspitze hat das Trennungsmodell demnach – bei näherer Betrachtung – auch seine Schattenseiten. Obwohl die strikte Trennung zwischen Leitungs- und Überwachungsfunktion insgesamt und verbleibenden Strukturunterschieden zum Trotz zu erkennbaren rechtstechnischen Erleichterungen führt, was die problemlose Zuordnung der konzernrechtlichen Vorschriften des Aktiengesetzes gezeigt haben sollte, muss sie doch unter dem Gesichtspunkt der *checks and balances* im Konzern nachdenklich stimmen. Denn sie bietet nach allem keine unbedingte Gewähr für ein ausgewogenes Machtverhältnis zwischen Leitung und Überwachung. Eine Funktionstrennung für die Mehrzahl der SE zwingend vorzuschreiben, ließe sich daher mit dem Konzernrecht nur dann rechtfertigen, wenn die beiden anderen Gestaltungsmodelle des monistischen Systems, insbesondere das Delegiertenmodell, in diesem Kontext größere Probleme aufwerfen würden.

(2) Konzernleitung und -überwachung im Delegiertenmodell

Angesichts der im Delegiertenmodell nicht mehr konsequent vollzogenen Trennung zwischen Leitung und Überwachung drängen sich im (Vertrags-)Konzern zunächst zwei ganz grundsätzliche Fragen auf. So ist zum einen unklar, ob die Weisungsbefugnis in § 308 Abs. 1 AktG von Rechts wegen nur vom Plenum, d. h. von sämtlichen Mitgliedern gemeinschaftlich, oder auch von den geschäftsführenden Mitgliedern allein ausgeübt werden kann. Beides wäre zumindest denkbar. Zum anderen stellt sich die Frage, ob und inwieweit im Vertragskonzern mit einer monistisch strukturierten SE als Obergesellschaft die modellspezifisch extensive Formulierung von Plenarkompetenzen eine Pflicht zur zentralisierten Konzernleitung begründet.

Hält man sich zur Klärung der ersten Frage eng an den Wortlaut der Ermächtigungsnorm, § 308 Abs. 1 AktG, so bleibt die Antwort nach wie vor im Unklaren, da undifferenziert vom Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens die Rede ist. Etwas konkreter äußert sich das Aktiengesetz dagegen schon in § 309 Abs. 1 AktG, wenn dort klargestellt wird, dass es die gesetzlichen Vertreter des herrschenden Unternehmens sind, die bei der Erteilung von Weisungen die

⁵⁵⁹ Zur – beschränkten – Personalkompetenz der überwachenden Mitglieder siehe nochmals die Anmerkungen oben, in FN 148 [Dritter Teil: A. I. 2. b) aa)].

⁵⁶⁰ Dem ließe sich zwar entgegenhalten, dass im Trennungsmodell leitende und überwachende Mitglieder demselben Organ angehören und in diesem Organrahmen gemeinsam beraten. Verglichen mit der Teilnahme von Vorstandsmitgliedern an den Sitzungen des Aufsichtsrats dürfte die Beratungsatmosphäre aber wohl keine signifikant höheren Informationsgewinne hervorbringen.

Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden haben. Für die Beantwortung der Frage kommt es also darauf an, wer im monistischen System Vertretungsmacht besitzt⁵⁶¹. Aber auch in diesem Punkt schweigt die SE-Verordnung. Sie trifft generell keine mit dem deutschen Recht vergleichbare Unterscheidung zwischen der Geschäftsführung im Innenverhältnis und der Vertretung im Außenverhältnis⁵⁶². Teichmann schlägt deshalb vor, im SE-Begleitgesetz grundsätzlich eine Gesamtvertretungsmacht der Verwaltungsorganmitglieder vorzusehen, die eine Delegation der Vertretungsmacht an die Gruppe der geschäftsführenden Mitglieder indessen nicht ausschließen muss⁵⁶³.

Unter dieser Voraussetzung wäre es dem Verwaltungsorgan demnach gestattet, geschäftsführenden Mitgliedern das Weisungsrecht zur Ausübung zu überlassen. Für die Geschäftsführungsbefugnisse im Innenverhältnis bliebe dies allerdings ohne Folgen. Denn soweit die Satzung Fragen der Konzerngeschäftsführung der Entscheidung des Gesamtgorgans vorbehält, müssen unweigerlich Plenarbeschlüsse herbeigeführt⁵⁶⁴ und nachgerade von den geschäftsführenden Mitgliedern beachtet werden⁵⁶⁵. In gleichem Maße wie sich dadurch die Entscheidungsdichte auf der Ebene der Konzernobergesellschaft aber erhöht, verringert sich folglich auch der Ermessensspielraum der Verwaltungsorganmitglieder bei der Entscheidung, ob die Tochtergesellschaften straff oder eher lockerer zu führen sind. Er wird gleichsam nach unten begrenzt, was beim Delegiertenmodell eine tendenziell stärker zentralisierte Leitung des Konzerns vermuten lässt.

Diese mit dem Vertragskonzern durchaus im Einklang stehende Zentralisierungstendenz könnte im Vergleich zum Trennungsmodell zwei nennenswerte Vorteile mit sich bringen. So dürfte die Gefahr, dass sich durch die Verlagerung von wichtigen Entscheidungen auf die Ebene der Tochtergesellschaften die Geschäftsführung der Aufsicht ihrer Kollegen entzieht, wenn nicht gebannt, so doch zumindest erheblich eingedämmt sein. Im gleichen Atemzug sollte sich, sofern die geschäftsführenden Mitglieder ein Interesse daran haben ihre Vorstellungen im Plenum durchzubringen, zudem auch die Informationsversorgung der nicht geschäftsführenden Mitglieder verbessern. Insofern könnte das Fehlen der

⁵⁶¹ Der Aspekt der Vertretungsmacht wurde im Trennungsmodell absichtlich übergangen, weil sich die damit verbundene Problematik am Delegiertenmodell ungleich besser verdeutlichen lässt. Es wird aber nicht verkannt, dass sie das monistische System generell betrifft.

⁵⁶² Vgl. *Teichmann* (2002b), S. 453 f.

⁵⁶³ Vgl. *Teichmann* (2002b), S. 454; anders hingegen, wenn auch nicht im Ergebnis, der Diskussionsentwurf zum SE-Ausführungsgesetz, vgl. §§ 25, 46 Abs. 1 SEAG-E.

⁵⁶⁴ Auch der Aufsichtsrat darf sich über satzungsmäßige Zustimmungsvorbehalte nicht hinwegsetzen; vgl. *Hüffer* (2002), § 111 Rn. 17.

⁵⁶⁵ Zur Bindungswirkung von Plenarbeschlüssen siehe weiter oben, Dritter Teil: A. I. 2. b) bb), S. 165, und § 28 Abs. 2 SEAG-E.

Personalhoheit im Delegiertenmodell also weniger ins Gewicht fallen. Das trifft im Prinzip umso eher zu, je mehr Entschlüsse durch das Verwaltungsorgan nach Maßgabe der Satzung getroffen werden müssen. Auf der anderen Seite birgt ein solches Vorgehen aber auch das Risiko zeitlicher Verzögerungen, da erstens für Plenarbeschlüsse alle Mitglieder des Verwaltungsorgans hinzuziehen sind und zweitens Meinungsverschiedenheiten eine schnelle Abstimmung, wie sie ansonsten unter wenigen möglich wäre, verhindern können.

Ein schon im Kontext des Trennungsmodells behandeltes Problem ist die unzureichende Verteilung der Stimmengewichte zwischen den geschäftsführenden und den übrigen Mitgliedern des Verwaltungsorgans. Es stellt sich für das Delegiertenmodell zwar auch in grundsätzlich unveränderter Form, gleichwohl in spiegelverkehrter Weise mit nicht weniger ernstzunehmenden Folgen. Sind bspw. (im Extremfall) beide Seiten zahlenmäßig gleich stark⁵⁶⁶ und gelten die subsidiären Abstimmungsregeln der SE-Verordnung, übernimmt aber der Verwaltungsorgan-Vorsitzende entgegen dem angloamerikanischen Vorbild keine Geschäftsführungsaufgaben, sondern zugleich den Vorsitz im Überwachungsorgan der abhängigen Gesellschaft⁵⁶⁷, so wird er vermutlich eine überragende Stellung einnehmen. Das betrifft sowohl seinen Rang im Plenum als auch sein Verhältnis zu den geschäftsführenden Mitgliedern, die ggf. ein Leitungs-Doppelmanat haben. Es besteht daher durchaus die Gefahr, dass die mit der Delegiertenlösung verfolgte Aufgabenverteilung faktisch konterkariert wird, wenn und soweit der Vorsitzende – allein oder im Verein mit den anderen nicht geschäftsführenden Mitgliedern – sich nicht mehr darauf beschränkt, die Geschäftsführung zu beaufsichtigen und (lediglich) in den satzungsmäßigen Grenzen die übergeordneten Fragen des Konzerns mitzuentcheiden. Letzten Endes wäre also die im Delegiertenmodell immerhin noch dem Ansatz nach erkennbare Unabhängigkeit der Überwachung nicht mehr gegeben.

Für die Organisation der Konzernführung erweist sich das Delegiertenmodell somit im Großen und Ganzen als eine gangbare Alternative zum Trennungsmodell. Allerdings ist es in seinen Vorteilen – bei vertraglicher Anbindung der Tochtergesellschaften – einer Funktionstrennung nicht eindeutig überlegen⁵⁶⁸. Den hier größeren Einflussnahmemöglichkeiten der nicht geschäftsführenden Mitglieder und ihrer tendenziell besseren Informationsversorgung steht dort eine keineswegs zur Bedeutungslosigkeit degradierte unabhängige Überwachung gegenüber. Damit geht es jedoch im Kern auch aus (vertrags)konzernrechtlicher Perspektive um das grundlegende gesellschaftsrechtliche Dilemma,

⁵⁶⁶ Nach § 24 Abs. 1 S. 2 SEAG-E wären die nicht geschäftsführenden Mitglieder sogar zwangsläufig leicht in der Überzahl.

⁵⁶⁷ Vgl. die Ausführungen zu derartigen Aufsichts-Doppelmanaten von *Martens* (1995), S. 588 f. und *Dreher* (2003), S. 87 f.

⁵⁶⁸ Es ist ihm umgekehrt freilich auch nicht eindeutig unterlegen.

dass primär überwachende Mitglieder mit zunehmender Einflussnahme ihre Unabhängigkeit sukzessive aufgeben. An diesem ‚trade off‘ kann selbstredend auch das Einheitsmodell, auf das im folgenden Abschnitt näher eingegangen wird, nichts ändern⁵⁶⁹.

(3) Konzernleitung und -überwachung im Einheitsmodell

Einiges von dem, was im Rahmen der Ausführungen zum Delegiertenmodell bereits herausgestellt wurde, lässt sich nahezu unbesehen auf das Einheitsmodell übertragen. Vertretungs- und damit weisungsberechtigt gegenüber abhängigen Unternehmen ist grundsätzlich die Gesamtheit der Verwaltungsorgan-Mitglieder⁵⁷⁰. Darüber hinaus können – vorbehaltlich einer anderslautenden Bestimmung des SE-Begleitgesetzes – auch einzelne Mitglieder Alleinvertretungsmacht besitzen⁵⁷¹. Ihrer Weisungsbefugnis sind allerdings aufgrund der Gesamtleitung⁵⁷², die im Einheitsmodell durch umfangreiche Plenarkompetenzen erzwungen wird, deutliche Schranken gesetzt. Es könnte also auch hier zu entsprechenden Zentralisierungseffekten bei der Konzernführung kommen, vor allem dann, wenn breit formulierte Plenarkompetenzen dazu dienen, die gegenseitige Selbstkontrolle – sozusagen als Ersatz für die fehlende unabhängige Überwachung – schon während des Entscheidungsprozesses greifen zu lassen.

Verglichen mit dem Delegiertenmodell dürfte diese Zentralisierung jedoch in noch stärkerem Maße zu einer Machtkonzentration an der Konzernspitze führen. Das kann man schon daran erkennen, dass eine vom Verwaltungsorgan erteilte Weisung, deren Befolgung der Aufsichtsrat des abhängigen Unternehmens ablehnt, notgedrungen von demselben Mitgliederkreis bestätigt wird⁵⁷³. Dazu dürfte es indessen nur selten kommen, wenn zwischen dem Verwaltungsorgan der SE und den Gremien der AG personelle Verflechtungen existieren. Während aber der Gesetzgeber des Aktiengesetzes den zuerst genannten Fall vorausgesehen und wohl nur deshalb zugelassen hat⁵⁷⁴, weil der Abschluss eines Beherrschungsvertrages eine Verlustübernahmepflicht des herrschenden Unternehmens begründet⁵⁷⁵, ist es durchaus fraglich, ob er eine derartige Aushöhlung der Überwachung im Konzern, wie sie hier vornehmlich durch eine mehrspu-

⁵⁶⁹ Es befindet sich schlichtweg nur an einem Ende der ‚Skala‘.

⁵⁷⁰ Vgl. oben, S. 254; anders hingegen § 25 Abs. 1 u. 2 SEAG-E, wonach (nur) die geschäftsführenden Mitglieder in Ermangelung einer anderslautenden Satzungsbestimmung gemeinschaftlich zur Vertretung berechtigt sind.

⁵⁷¹ Diese Einschätzung dürfte, wie § 25 Abs. 3 S. 1 SEAG-E zeigt, zutreffen.

⁵⁷² Zu den Unterschieden zwischen der Gesamtleitung und der Gesamtgeschäftsführung siehe nochmals oben, Dritter Teil: A. I. 2. b) cc), S. 170 f.

⁵⁷³ Vgl. § 308 Abs. 3 S. 2 AktG.

⁵⁷⁴ Das ergibt sich im Umkehrschluss aus § 308 Abs. 3 S. 2 2. HS AktG.

⁵⁷⁵ Vgl. § 302 AktG.

rige Personalverflechtung entstehen könnte, bewusst in Kauf nehmen wollte. Gegen die Zulässigkeit des Doppelmandat-Verbundes im Vertragskonzern mit Einheitsmodell sprechen im Wesentlichen zwei Überlegungen.

Erstens durfte der Gesetzgeber, indem er das Konzernrecht der Aktiengesellschaften (!) regelte, darauf vertrauen, dass, selbst wenn im herrschenden Unternehmen kein Überwachungsorgan vorhanden ist, immerhin eine (mehrheitlich) unabhängige Überwachung durch den Aufsichtsrat der abhängigen Aktiengesellschaft erfolgt, und zweitens begründen die Befürworter des Doppelmandat-Verbundes seine Zulässigkeit in Konzernen mit einer Aktiengesellschaft als herrschendem Unternehmen unter anderem mit dem Argument, dass durch den dortigen Aufsichtsrat eine unabhängige Überwachung gewährleistet sei⁵⁷⁶. Beide Vorstellungen lassen sich jedoch für das hier in Rede stehende Konzerngebilde nicht aufrechterhalten. Zwar könnte man meinen, eine unabhängige Überwachung wäre auch dann noch gegeben, wenn lediglich ein gesetzlicher Vertreter der herrschenden SE zugleich dem Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft angehört. Bedenkt man jedoch, dass im Doppelmandats-Verbund die Doppelmandats-Träger in den jeweiligen Gremien der Tochtergesellschaft typischerweise den Vorsitz übernehmen und zwischen ihnen regelmäßig eine enge Zusammenarbeit entsteht⁵⁷⁷, so können Vorstand und Aufsichtsrat der abhängigen AG in ihrer Unvoreingenommenheit erheblich beeinträchtigt sein^{578, 579}.

An einer unabhängigen konzernweiten Überwachung durch Andere fehlt es bei der Ausgestaltung des monistischen Systems nach dem Einheitsmodell dagegen von vornherein. Die einzigen Aktivitäten mit Überwachungscharakter bilden Maßnahmen, die entweder der Konzernkontrolle (im Verhältnis zur abhängigen Gesellschaft) oder der gegenseitigen Selbstkontrolle (im Verhältnis der Verwaltungsorgan-Mitglieder untereinander) dienen. Sie sind gleichwohl nur Ausfluss der (Konzern-)Leitungspflichten⁵⁸⁰ des Verwaltungsorgans und zudem nicht immer ganz überschneidungsfrei. Zu Überschneidungen kommt es bspw. dann, wenn die Ressortverteilung im Verwaltungsorgan den im Holdingkonzern rechtlich verselbständigten Sparten entspricht und das jeweils für das Ressort verantwortliche Mitglied gleichzeitig den Vorstandsvorsitz in der dazugehörigen ‚Spartengesellschaft‘ inne hat. Die ‚Überwachung‘ der Ressortleitung durch die

⁵⁷⁶ Vgl. hierzu nochmals die Nachweise in FN 508; [Dritter Teil: C. I. 3. a) aa) (1)].

⁵⁷⁷ Zur Doppelspitze von Vorstands- und Aufsichtsratsvorsitzendem siehe weiter oben, Zweiter Teil: B. II. 2. a), S. 106 f.

⁵⁷⁸ In diesem Sinne *Martens* (1991), S. 529.

⁵⁷⁹ Das ist immerhin insoweit von Bedeutung, als der Aufsichtsrat der abhängigen AG auch im Vertragskonzern, wie *Schwark* (2003), S. 625 zutreffend feststellt, „Hüter der Interessen des abhängigen Unternehmens“ bleibt, selbst wenn er bisweilen erkennen muss, dass eine Maßnahme dem Konzerninteresse dient.

⁵⁸⁰ Deutlich *Götz* (1998), S. 534 f.; *Martens* (1995), S. 569 f. und *Hoffmann-Becking* (1998), S. 512 f.

übrigen Mitglieder des Verwaltungsorgans wäre hier demnach inzidenter auch Ausübung von Konzernkontrolle⁵⁸¹. Doch bleibt es angesichts der im Einheitsmodell weit gefassten Plenarkompetenzen dabei, dass die Verwaltungsorgan-Mitglieder dadurch überwiegend nur die Befolgung ihrer eigenen Entscheidungen überwachen – sei es auf der Ebene der SE oder über Aufsichtsratsmandate auf der Ebene der abhängigen AG. Vor diesem Hintergrund dürfte der Doppelmandats-Verbund als Mittel der einheitlichen Leitung aller Voraussicht nach auf rechtliche Vorbehalte stoßen. Einfache Doppelmandate scheinen hingegen – soweit ersichtlich – genügend Abstand zwischen der Leitungs- und Überwachungsfunktion in der Tochtergesellschaft zu belassen⁵⁸².

In Anbetracht der Bedenken, die dem Einheitsmodell im Zusammenhang mit der beherrschungsvertraglichen Konzernierung entgegengebracht werden können, erlauben die Ausführungen lediglich ein zurückhaltendes Urteil. Auf der einen Seite hat sich dieses Systemmodell zwar im Grunde genommen als eine (noch) rechtsnormverträgliche Variante des monistischen Systems herausgestellt⁵⁸³, da schwerwiegende Inkompatibilitäten mit den Vorschriften zum Vertragskonzern nicht nachgewiesen werden konnten. Es strapaziert jedoch andererseits erkennbar das gesetzliche Leitbild von der aktienrechtlichen Verfassung, das ebenfalls dem Konzernrecht zugrundeliegt. Was jedoch hier den Anschein des Widersprüchlichen erweckt, ließe sich möglicherweise dadurch erklären, dass das Einheitsmodell mit ungeschriebenen Rechts- oder Governance-Grundsätzen kollidiert⁵⁸⁴, die sich erst allmählich durch die Rechtsprechung oder die Rechtswissenschaft herauskristallisieren (werden).

b) Unternehmensführung im faktischen Konzern

Faktische Konzernverhältnisse bilden vereinfacht gesagt das Gegenstück zur beherrschungsvertraglichen Anbindung eines Unternehmens. Nur wenn kein Beherrschungsvertrag besteht, kommt die Anwendung der Vorschriften zum fakti-

⁵⁸¹ Die Konzernberichterstattung beschränkt sich damit im Einheitsmodell auf die an das Verwaltungsorgan übermittelten Informationen des abhängigen Unternehmens und die Berichterstattung durch das ressortleitende Mitglied vor Ort.

⁵⁸² Das dürfte im Falle des Verwaltungsorgan/Vorstands-Doppelmandat unmittelbar einsichtig sein, da der Aufsichtsrat der abhängigen AG, auch wenn er vom Verwaltungsorgan der SE gewählt wird, nicht an dessen Weisungen gebunden ist. Beim Verwaltungsorgan/Aufsichtsrats-Mandaten, die das Aktiengesetz privilegiert [vgl. § 100 Abs. 2 S. 2 AktG], bleibt die Distanz deshalb gewahrt, weil der Vorstand sowohl die Weisungen des Verwaltungsorgans als auch die Empfehlungen des Aufsichtsrats ‚nüchtern‘ betrachtet und gegebenenfalls durch Zurückweisung deren Sinn in Frage stellt.

⁵⁸³ Sollte allerdings § 24 Abs. 1 S. 2 SEAG-E einen unveränderten Bestandteil der endgültigen Fassung des SE-Begleitgesetzes bilden, so wäre das Einheitsmodell gerade nicht als rechtsnormverträgliche Variante einzuordnen.

⁵⁸⁴ Zur beispielhaften Überlegung, ob der Doppelmandats-Verbund ungeschriebenen Rechtsnormen oder Rechtsgrundsätzen widerspricht, *Semler* (1987), S. 730 ff.

schen Konzern (§§ 311 ff. AktG) überhaupt in Frage⁵⁸⁵. Gemessen an den rechtlichen Voraussetzungen liegt die Schwelle für den Eintritt in ein Konzernverhältnis im faktischen Konzern gleichwohl niedriger als im Vertragskonzern⁵⁸⁶; denn die Geburt des faktischen Konzerns ist letztlich das Resultat (widerlegbarer) gesetzlicher Vermutungen⁵⁸⁷. Das macht ihn gleichsam zum Sammelbecken all jener Unterordnungsverhältnisse, die sich rechtlich nicht als Vertrags- oder Eingliederungskonzern qualifizieren lassen. Wollte man ihn indes darauf reduzieren, würde man weder seinem rechtlichen noch seinem praktischen Stellenwert wirklich gerecht. Letzterer lässt sich allein schon daran ablesen, dass faktische Unternehmensverbindungen alle anderen in ihrer Häufigkeit übertreffen⁵⁸⁸. Aus juristischer Perspektive ist der faktische Konzern daneben aber auch deshalb bedeutsam, weil sich damit die Mehrzahl der Unternehmenskonglomerate auf einem in hohem Maße umstrittenen Terrain des Konzernrechts bewegt⁵⁸⁹.

So wird der faktische Konzern zwar mittlerweile nicht mehr bloß als ein unter strengen Auflagen geduldeter Verbund von Unternehmen interpretiert, sondern – mit dem im Vordringen befindlichen Verständnis des Konzernrechts als Organisationsrecht – mehrheitlich als eine gesetzlich zugelassene Konzernorganisationsform angesehen⁵⁹⁰. Doch trotz dieser Akzentverschiebung hat sich in der herrschenden Meinung noch kein vergleichbar klares Bild gefestigt, das es erlauben würde, die Möglichkeiten und Grenzen der Konzernführung auch nur annähernd präzise wie im Vertragskonzern auszumessen. Der Tendenz nach lässt sich immerhin eindeutig erkennen, dass die Betrachtung des Konzerns als organisatorische Einheit eher mit der rechtlichen Konzeption des Vertrags- und des Eingliederungskonzerns korrespondiert, während die Vorschriften zum faktischen Konzern konzeptionell das Schutzbedürfnis des abhängigen Unternehmens und somit – im Nebeneinander gleichwertiger Unternehmensinteressen – die Vielheit der verbundenen Gesellschaften betonen⁵⁹¹. Eben diesem Anspruch

⁵⁸⁵ Vgl. § 311 Abs. 1 AktG. Zu den weiteren Voraussetzungen siehe *Hüffer* (2002), § 311 Rn. 12 ff.

⁵⁸⁶ Dass die für die Erlangung der Mehrheitsbeteiligung zu überwindende finanzielle Schwelle mitunter beachtliche Höhen erreicht, ist rein rechtlich gesehen unerheblich und kann hier dahinstehen.

⁵⁸⁷ Vgl. die Abhängigkeitsvermutung gem. § 17 Abs. 2 AktG und darauf aufbauend die sog. Konzernvermutung gem. § 18 Abs. 1 S. 3 AktG.

⁵⁸⁸ Vgl. *Maul* (2002), S. 409 f. m.N., die u.a. deshalb eine entsprechend häufige Einbindung von Unternehmen in die Rechtsform der SE erwartet.

⁵⁸⁹ Pars pro toto sei hier nur auf die von *Hommelhoff* ins Leben gerufene Kontroverse um eine Konzernleitungspflicht im faktischen Konzern verwiesen; vgl. weiter oben, Dritter Teil: C. I. 3. a) aa) (1), S. 240 f.

⁵⁹⁰ So z.B. *Mülbert* (1999), S. 23; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack* (2001), S. 393 f.; *Säcker* (1987), S. 61 m.w.N. und *Hüffer* (2002), § 311 Rn. 6 f. mit Nachweisen zur Gegenmeinung.

auf Unversehrtheit hat die Konzernführung bei nur faktischer Unterstellung der Tochtergesellschaften durchweg Rechnung zu tragen.

aa) Dualistisches System

Die unter Führungsgesichtspunkten alles andere überragende Besonderheit des faktischen Konzerns liegt darin, dass die Konzernobergesellschaft zwar beherrschenden Einfluss auf die Tochtergesellschaft ausüben kann, es aber nur in sehr eng gezogenen Grenzen auch darf⁵⁹². Anders nämlich als beim Vertragskonzern steht dem herrschenden Unternehmen ein vergleichbares gesetzliches Weisungsrecht, auf das sich hier das Leitungsorgan der SE im Rahmen der Konzernführung berufen könnte, nicht zu⁵⁹³. Dementsprechend existiert auch keine Folgepflicht für die Organe der Tochtergesellschaft⁵⁹⁴. Für eine einheitliche Leitung des Konzerns bleibt im faktischen Konzern genau genommen nur insoweit Spielraum, als der Tochtergesellschaft keine Nachteile entstehen dürfen oder entstandene durch die Obergesellschaft zwingend auszugleichen sind⁵⁹⁵. Die abhängige Aktiengesellschaft lässt sich mit anderen Worten den Belangen der herrschenden SE also nicht beliebig dienstbar machen. Zu diesem deutlich begrenzten Freiraum rechtlich zulässiger Einflussnahme steht jedoch die faktische Leitungsmacht, die die herrschende SE aufgrund der Mehrheitsbeteiligung gegenüber den Organen der Tochtergesellschaft regelmäßig besitzen wird, in ‚krassem‘ Missverhältnis. Sie beruht zum einen auf der mehrheitlichen Besetzung des Aufsichtsrats mit ‚Vertrauensleuten‘ und damit mittelbar auf der Entscheidung über die Bestellung und Abberufung der Vorstandsmitglieder⁵⁹⁶. Diese haben mit personellen Konsequenzen zumindest dann zu rechnen, wenn sie, was durchaus vorstellbar ist, dem Willen des Leitungsorgans der SE nicht auf Dauer die gewünschte Aufmerksamkeit entgegenbringen⁵⁹⁷. Da sie eine derartig sanktionierende Reaktion antizipieren, dürften selbst vorsichtig formulierte Empfehlungen oder Ratschläge des Leitungsorgans im Grunde das Gewicht von Weisungen erhalten. Es macht daher auch rechtlich keinen Unterschied, in welcher Schärfe der Wille übermittelt wird⁵⁹⁸. Das eigentliche Steuerungsinstru-

⁵⁹¹ In diesem Sinne auch *Hüffer* (2002), § 311 Rn. 1. Zur Gleichwertigkeit der Interessen im faktischen Konzern siehe auch – mit Unterschieden im Detail – *Schneider* (1981), S. 258; *Hommelhoff* (1991), S. 99.

⁵⁹² Diese Sachlage trägt sich ohne weiteres mit der gemeinschaftsrechtlichen Definition der Tochtergesellschaft in der SE-Richtlinie; vgl. Art. 2 lit. c) SE-RL.

⁵⁹³ Allgemeine Meinung, vgl. bspw. *Bälz* (1990), S. 209; *Mülbert* (1999), S. 26; *Säcker* (1987), S. 61; *Hommelhoff* (1991), S. 101.

⁵⁹⁴ Statt vieler *Emmerich/Sonnenschein/Habersack* (2001), S. 413.

⁵⁹⁵ Vgl. § 311 Abs. 1 AktG.

⁵⁹⁶ Vgl. z. B. *Hommelhoff* (1991), S. 101 f.; *Semler* (1987), S. 754; *Maul* (2002), S. 433 f.

⁵⁹⁷ Siehe in diesem Zusammenhang auch *Götz* (1998), S. 531.

ment im faktischen Konzern ist also, nach einer treffenden Bemerkung von Lutter, „die Psychologie, nicht der Befehl“⁵⁹⁹.

Das Wissen darum und um das Fehlen einer Verpflichtung zur generellen Verlustübernahme schafft demnach für das Leitungsorgan der SE durchaus Anreize, die Belange der Tochtergesellschaft in unzulässigem Maße dem Interesse der Konzernobergesellschaft unterzuordnen. Dieser dem faktischen Konzern immanenten Gefahr begegnete der Gesetzgeber im Wesentlichen dadurch, dass er neben der Einstandspflicht des herrschenden Unternehmens⁶⁰⁰ auch eine Haftung der gesetzlichen Vertreter vorgesehen hat⁶⁰¹. Sie kommt immer dann zum Tragen, wenn sie die Tochtergesellschaft zu einer nachteiligen Maßnahme veranlassen haben, ohne ihr hierfür einen adäquaten Ausgleich zu gewähren. Auf der anderen Seite droht aber zugleich auch dem Vorstand und dem Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft eine Inanspruchnahme, falls sie ihrer Verpflichtung, sämtliche Geschäfte mit dem herrschenden Unternehmen in einen sog. Abhängigkeitsbericht aufzunehmen bzw. ihn darauf hin zu überprüfen, nicht mit der gebotenen Sorgfalt nachkommen sollten⁶⁰². Die besonderen Pflichten des Vorstands einer faktisch abhängigen AG erschöpfen sich indes nicht nur in einer vollständigen Dokumentation der Beziehungen zur Konzernobergesellschaft im Nachhinein. Er muss – nach wohl einhelliger Ansicht – vielmehr schon vor der Umsetzung einer an ihn herangetragenen Maßnahme kritisch prüfen, ob sie mit dem Interesse der Tochtergesellschaft im Einklang steht, er also dem Begehren Folge leisten darf oder nicht⁶⁰³. Das ist für das (Konzern-)Leitungsorgan der SE nicht mehr, aber auch nicht weniger als für die gesetzlichen Vertreter eines herrschenden Unternehmens anderer Rechtsform von Bedeutung. Denn Gegenkräfte aus dem Recht des faktischen Konzerns⁶⁰⁴, die einer einheitlichen Leitung tendenziell hinderlich sein können, sind somit nicht nur legitimiert, sondern auch vorprogrammiert⁶⁰⁵.

⁵⁹⁸ Vgl. Hüffer (2002), § 311 Rn. 16; Emmerich/Sonnenschein/Habersack (2001), S. 401 f.

⁵⁹⁹ Lutter (1987), S. 359.

⁶⁰⁰ Vgl. § 317 Abs. 1 AktG.

⁶⁰¹ Vgl. § 317 Abs. 3 AktG.

⁶⁰² Vgl. für den Vorstand § 318 Abs. 1 S. 1 AktG und für den Aufsichtsrat § 318 Abs. 2 AktG.

⁶⁰³ Vgl. ausführlich Emmerich/Sonnenschein/Habersack (2001), S. 413 f.; Semler (1987), S. 753; Potthoff/Trescher (2001), S. 122 m.w.N.; Maul (1998), S. 24; im Ergebnis auch Hüffer (2002), § 311 Rn. 48; Hommelhoff (1991), S. 104.

⁶⁰⁴ Hierzu eingehender Hommelhoff (1982), S. 109 ff.

⁶⁰⁵ Mit Blick auf den Einfluss, den die Konzernspitze auf die Personalentscheidungen in aller Regel haben dürfte, bemerkt Hommelhoff (1991), S. 104, zwar zu Recht, dass den Gegenkräften kein „sonderlich hohes Gewicht“ beizumessen ist. Ein pflichtbewusster Vorstand, der zwischen der Sanktionierung durch das herrschende Unternehmen einerseits und den haftungsrechtlichen Folgen andererseits abwägen muss, wird

Um solche Widerstände, die mangels gesetzlichem Weisungsrecht nicht – wie im Vertragskonzern – durch eine erneute Weisung einfach gebrochen werden können⁶⁰⁶, bereits von vornherein so weit wie möglich auszuschließen, bedient sich die Konzernspitze zumeist personeller Verflechtungen⁶⁰⁷. Zu diesem Zweck erfolgt nicht selten eine Entsendung von Mitgliedern des Leitungsorgans der Konzernobergesellschaft entweder in den Vorstand oder den Aufsichtsrat des abhängigen Unternehmens⁶⁰⁸. Doppelmandate bilden also auch im faktischen Konzern ein gleichermaßen geeignetes wie geläufiges Mittel der Konzernleitung. Doch gerade dort, wo der Bedarf an Personalverflechtungen aus der Sicht der herrschenden SE vergleichsweise am größten erscheint, begegnen sie – mit Ausnahme des einfachen Aufsichtsratsmandats – offenbar den nachhaltigsten Bedenken⁶⁰⁹. Problematisch sind sie vor allem deswegen, weil sie nach vereinzelter Ansicht geradezu die „institutionellen Voraussetzungen“ für eine umfassende und auf Dauer angelegte Leitung schaffen⁶¹⁰, was sich mit dem Gebot dezentraler Konzernführung bei nur faktischer Anbindung eines Unternehmens nicht vereinbaren ließe⁶¹¹ und einen sog. qualifizierten faktischen Konzern begründen würde^{612,613}. Das damit verbundene Risiko, nach den Vorschriften zum Vertragskonzern in Anspruch genommen zu werden, mithin der bezweckten Haftungsabschottung verlustig zu gehen, dürfte folglich im Falle des Doppelmandat-Verbundes am größten sein. Wenngleich nicht alle Stimmen im Schrifttum diese Ansicht teilen⁶¹⁴, lassen sich die Argumente derjenigen, die Doppelmandaten kritisch gegenüberstehen, kaum entkräften. Dabei ist es vor allem der

aber wohl nicht immer bedingungslos den ‚Wünschen‘ des herrschenden Unternehmens folgen.

⁶⁰⁶ Vgl. § 308 Abs. 3 AktG.

⁶⁰⁷ So im Ergebnis auch *Martens* (1995), S. 575 und früher schon *ders.* (1991), S. 524.

⁶⁰⁸ Nichts anderes bezweckt auch die Berufung des Vorstandsvorsitzenden der Tochtergesellschaft in das Leitungsorgan des herrschenden Unternehmens.

⁶⁰⁹ Entschieden gegen die Zulässigkeit von Doppelmandaten im faktischen Konzern *Säcker* (1987), S. 62 ff.

⁶¹⁰ Vgl. *Säcker* (1987), S. 65; *Oetker* (2000), S. 36 m.w.N.

⁶¹¹ Vgl. *Säcker* (1987), S. 67 f.; zurückhaltender *Götz* (1990), S. 653. Zum ungeschriebenen Grundsatz dezentraler Führung im faktischen Konzern siehe *ders.* (1987), S. 69; *Hommelhoff* (1988), S. 119; *ders.* (1994), S. 66; v. *Werder* (1989), S. 39 und am Rande *Pothhoff/Trescher* (2001), S. 102.

⁶¹² *Säcker* (1987), S. 70; a.A. *Hüffer* (2002), § 311 Rn. 22; *Semler* (1987), S. 755 m.w.N.; *Kropff* (2000), § 311 Rn. 96 und § 317 Anh. Rn. 79 ff.; vermittelnd *Emmerich/Sonnenschein* (1997), S. 359.

⁶¹³ Der qualifizierte faktische Konzern ist keine spezifische Variante des faktischen Konzerns in dem Sinne, dass sie eine wählbare Konzernorganisationsform darstellt, sondern eine haftungsrechtlich sanktionierte, weil unzulässige Ausübung der einheitlichen Leitung. Siehe hierzu auch *Hommelhoff* (1991), S. 118 f.

⁶¹⁴ Siehe nur *Semler* (1987), S. 754: „Der Doppelmandats-Verbund ist gerade im faktischen Konzern dazu angetan, die aktienrechtlichen Einflußstrukturen zu erhalten.“

Konflikt zwischen den Interessen der herrschenden SE und der abhängigen AG, der einer personellen Verzahnung im faktischen Konzern entgegensteht. Er droht sich in der Person des Doppelmandat-Trägers zu verfestigen und wird im Zweifel wohl eher zugunsten des herrschenden Unternehmens ausgehen⁶¹⁵. Ihn generell über Stimmverbote – sei es bei Abstimmungen im Leitungsorgan oder im Vorstand bzw. Aufsichtsrat – zu entschärfen⁶¹⁶, mag zwar vordergründig sinnvoll erscheinen. Eine solche Lösung stellt aber, soweit durch den Träger des Doppelmandats repräsentierte Interessen auch im Zuge der Beschlussfassung berücksichtigt werden sollen⁶¹⁷, das mit der Mehrfachfunktion verfolgte Ziel selbst in Frage⁶¹⁸.

Vor diesem Hintergrund müssen die Mitglieder des Leitungsorgans letztlich sehr sorgfältig abwägen, ob sie einerseits die SE und andererseits auch sich selbst in ihrer Doppelfunktion größeren Haftungsgefahren aussetzen wollen. Liegt ein Schwerpunktmotiv der Konzernbildung in der Haftungsabschottung, so sind sie gezwungen, die Interessen der Tochtergesellschaft strikt zu respektieren und es ansonsten bei der Präsenz in deren Aufsichtsrat zu belassen. Besteht dagegen die Notwendigkeit umfassender einheitlicher Leitung, bleibt ihnen nur die Möglichkeit, in den Vertragskonzern zu wechseln⁶¹⁹. Aber auch hier hat die Konzernleitung mittels Weisungsrecht und Doppelmandats-Verbund ihren Preis in der Verpflichtung zur jährlichen Verlustübernahme.

Die im faktischen Konzern aus der Autonomie der Tochtergesellschaft resultierenden rechtlichen Schranken der Konzernleitung dürften indirekt auch den Einflussbereich des Aufsichtsorgans begrenzen. Denn es kann sich, wie im Vertragskonzern, grundsätzlich nur über das Leitungsorgan als seinem ‚verlängertem Arm‘ bemerkbar machen⁶²⁰. Dieser besitzt jedoch hier – rein rechtlich gesehen – ganz offensichtlich eine kürzere Reichweite. Berührungspunkte im konzern(rechts)spezifischen Zusammenspiel von Leitungs- und Aufsichtsorgan, in denen die verminderte Reichweite zum Ausdruck kommt, sind im Wesentlichen

⁶¹⁵ Zum personifizierten Interessengegensatz *Hommelhoff* (1988), S. 124; v. *Werder* (1989), S. 39. Siehe in diesem Zusammenhang aber auch das pointierte Statement von *Säcker* (1987), S. 65: „Was der Vorstandsvorsitzende der Tochter ‚oben als Mitglied des Konzernvorstandes‘ mitbeschlossen und als Konzernpolitik geplant hat, ist, da oben nicht zwei Seelen und Hirne in seinem Kopfe sind, auch ‚unten‘ sein Konzept.“; ähnlich *Semler* (1987), S. 758 und *Merkt* (1995a), S. 437, „Unteilbarkeit der Loyalität“; vgl. auch *Götz* (1990), S. 651.

⁶¹⁶ Siehe die Überlegungen bei *Hoffmann-Becking* (1986), S. 582 f.; enger und differenzierend *Semler* (1987), S. 757 f.; ablehnend *Säcker* (1987), S. 70.

⁶¹⁷ Vgl. *Hommelhoff* (1988), S. 122; wohl auch *Martens* (1991), S. 537.

⁶¹⁸ Konzedierend *Hoffmann-Becking* (1986), S. 583.

⁶¹⁹ Zu diesem indirekten Vertragszwang, den die Sanktionsregelung der §§ 311 ff. AktG erzeuge, *Bälz* (1990), S. 191; a.A. *Hüffer* (2002), § 311 Rn. 9; wohl auch *Schmidt* (2000), S. 1182.

⁶²⁰ Hierbei bilden lediglich Überwachungsorgan-Doppelmandate eine Ausnahme.

die Berichterstattung über verbundene Unternehmen und die Auslegung und Durchsetzung von konzernweiten Zustimmungsvorbehalten. Was zunächst die (mittelbare) Einflussnahme des Aufsichtsorgans auf die Entscheidungen in der Tochtergesellschaft anbelangt, so werden auch im faktischen Konzern konzerndimensionale Zustimmungsvorbehalte als generell zulässig erachtet⁶²¹. Voraussetzung für die spätere Ablehnung einer auf der Ebene der Tochtergesellschaft geplanten Maßnahme ist allerdings, dass sie durch das Unterlassen der Maßnahme keinen Nachteil erleidet oder zumindest ein Nachteilsausgleich im Bereich des Möglichen liegt⁶²². Nur unter dieser Bedingung darf das Aufsichtsorgan auf eine Umsetzung des Vetos durch das Leitungsorgan der SE dringen. Seine Grenzen findet ein solches Verlangen gleichwohl in der eingeschränkten Leitungsbefugnis der Leitungsorgan-Mitglieder, die sich zwar immerhin, aber auch nur unter Ausschöpfung ihrer konzernrechtlich gegebenen Möglichkeiten dafür einsetzen dürfen bzw. einzusetzen haben⁶²³. Dazu gehört nach vereinzelter Ansicht auch die Stimmabgabe im Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft⁶²⁴. Das gilt gleichermaßen auch für die Beschaffung von Informationen über die Vorgänge in der Tochtergesellschaft; sei es im Rahmen der gewöhnlichen Berichterstattung, für Sonderberichte gem. Art. 41 Abs. 3 SE-VO oder auf dem Wege der Sonderprüfung (Art. 41 Abs. 4 SE-VO)⁶²⁵. Dem Leitungsorgan obliegt nur in dem Maße eine Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Versorgung des Aufsichtsorgans mit Informationen, wie es solche auf rechtlich zulässigem Wege beschaffen kann oder tatsächlich erhalten hat⁶²⁶.

Im Ganzen gesehen ergeben sich bei dualistischer Strukturierung der SE und nur faktischer Konzernierung der AG erwartungsgemäß keine konzernrechtlichen Besonderheiten⁶²⁷. Festzuhalten bleibt vor allem, dass sich insbesondere keine Probleme erkennen lassen, die nicht schon im Hinblick auf das Aufsichtsrats-System von der Rechtswissenschaft identifiziert und vertieft behandelt wurden. Soweit aus dem Recht des faktischen Konzerns Einschränkungen für die umfassende Konzernsteuerung resultieren, handelt es sich vielmehr um die typi-

⁶²¹ Unbeschadet dessen ist der Vorstand der abhängigen AG aber rechtlich nicht an die Beschlüsse des Aufsichtsorgans gebunden; vgl. *Hüffer* (2002), § 311 Rn. 48.

⁶²² Vgl. *Götz* (1998), S. 543; *Hüffer* (2002), § 111 Rn. 22 m.w.N.

⁶²³ Vgl. *Hoffmann-Becking* (1995), S. 542; *Hüffer* (2002), § 111 Rn. 22; *Götz* (1998), S. 543.

⁶²⁴ Vgl. *Hoffmann-Becking* (1995), S. 341.

⁶²⁵ Vgl. *Martens* (1995), S. 586; *Hoffmann-Becking* (1995), S. 337 und mit Bezug auf die Sonderprüfung auch *Götz* (1998), S. 542.

⁶²⁶ Treffend *Hoffmann-Becking* (1995), S. 337.

⁶²⁷ Eine Prüfung schien dennoch erforderlich, da das Ausbleiben konzernrechtlicher Friktionen keineswegs als selbstverständlich angenommen werden konnte. So ist bspw. *Hommelhoff* in einer jüngst erschienenen Veröffentlichung zu dem überraschenden Ergebnis gelangt, dass die SE als Tochtergesellschaft nicht beherrschungsvertraglich angebunden werden darf, vgl. *ders.* (2003a), S. 182 f.

schen Restriktionen im Vergleich zur Konzernleitung im Vertragskonzern. Sie verlangen sowohl dem Leitungsorgan als auch dem Aufsichtsorgan ein behutsames Vorgehen ab, wenn das Ziel der Haftungssegmentierung nicht gefährdet werden und es bei der Veranlassungshaftung gem. §§ 311 ff. AktG bleiben soll⁶²⁸.

bb) Monistisches System

Wie die vorangegangenen Ausführungen zum dualistischen System gezeigt haben, führen auch faktische Konzernverhältnisse zu keinen neuartigen ‚Schnittstellenproblemen‘ in der Zusammenarbeit zwischen Leitungs- und Aufsichtsorgan. Ein Grund dafür ist gewiß in den Regelungen der §§ 311, 317 AktG zu suchen, die in erster Linie bei der Konzernobergesellschaft als Ganzem ansetzen. Sie begrenzen durch die relative Eigenständigkeit der abhängigen Gesellschaft gegenüber der herrschenden SE im Ergebnis den Einflussbereich beider Führungsorgane in mehr oder weniger gleichem Maße. Das lässt auf dem Boden der Rechtstheorie zunächst auch eine entsprechende Kompatibilität der monistischen Modelle erwarten.

So macht es denn auch prinzipiell keinen Unterschied, ob die Zustimmung bzw. Ablehnung durch ein gesondertes Überwachungsorgan erfolgt und die Konzernleitung nach Kräften dafür eintreten muss, oder ob überwachende und leitende Mitglieder des Verwaltungsorgans, wie im Falle des monistischen Systems, gemeinsam über eine in der Tochtergesellschaft bevorstehende Maßnahme befinden. Entscheidend ist, dass die Beschlüsse der Konzernspitze stets und ungeachtet dessen, wer sie gefasst hat, (auch) dem Interesse des abhängigen Unternehmens Rechnung tragen müssen. Insofern ersetzt der konzernweite Plenarvorbehalt im monistischen System schlicht den konzerndimensionalen Zustimmungsvorbehalt des dualistischen Systems. Berücksichtigt man jedoch die modellbedingt verschiedenen Umfänge der Plenarkompetenzen, so zeigen sich durchaus modellspezifische und z. T. ambivalente Eigenheiten. Im Hinblick darauf erscheint es vor allem im *Trennungsmode*ll als ein besonderer Nachteil, dass bei einem zurückhaltend formulierten Kompetenzkatalog die überwachenden Mitglieder weder präventiv noch ad hoc (bestimmte) Entscheidungen der Tochtergesellschaft eigenständig unter ihren Vorbehalt stellen können⁶²⁹. Das

⁶²⁸ Zu den Unterschieden zwischen der vorsatzabhängigen Veranlassungshaftung im faktischen Konzern und der Erfolgshaftung im Vertragskonzern *Schneider* (1981), S. 256.

⁶²⁹ Unklar ist in diesem Zusammenhang, ob die Regelung des § 28 Abs. 2 SEAG-E, wonach die geschäftsführenden Direktoren die „Anweisungen“ und „Beschränkungen“ des Verwaltungsorgans zu beachten haben, das Plenum dazu berechtigt, Plenarvorbehalte auch eigenständig auszusprechen; denn die SE-Verordnung gewährt diese Option ausdrücklich nur für das Aufsichtsorgan [vgl. Art. 48 Abs. 1 S. 2 SE-VO]. Vor diesem Hintergrund muss die Zulässigkeit der Bestimmung bezweifelt werden.

mag zwar mit dem Gebot der dezentralen Leitung sichtlich harmonisieren, dürfte aber die überwachenden Mitglieder umso stärker benachteiligen, als in der Praxis satzungsmäßig festgelegte Zustimmungsvorbehalte einen ausdrücklichen Konzernbezug in aller Regel vermissen lassen⁶³⁰. Für die leitenden Mitglieder wäre es demnach nicht sonderlich schwer, das Zentrum des Leitungsgeschehens auf die Ebene der Tochtergesellschaft(en) zu verlegen, indem sie aus dem Aufsichtsrat der Tochter heraus die Geschicke des Konzerns bestimmen⁶³¹. Der faktischen Konzernleitungsmacht stehen also im Trennungsmodell tendenziell geschwächte Einflussmöglichkeiten der Konzernüberwachung gegenüber.

In keineswegs besserer Verfassung präsentiert sich demgegenüber das *Einheitsmodell*. Hier fehlt es schon an einer unabhängigen Überwachungsinstanz im Konzern, zu deren Ausgleich selbst eine noch so umfangreiche Selbstkontrolle der leitenden Mitglieder untereinander, soweit sie durch die Plenarzuständigkeiten erzwungen wird, nur einen begrenzten Beitrag leisten kann. Zudem drohen im Einheitsmodell die ihm innewohnende Tendenz zur zentralisierten Leitung⁶³² einerseits und die faktische Weisungsmacht des Verwaltungsorgans andererseits das gesetzlich geforderte, lose Konzernverhältnis zwischen herrschendem und abhängigem Unternehmen in unzulässigem Maße zu verfestigen. Ein mit dem faktischen Konzern verträgliches und so gesehen ‚gesundes‘ Mittelmaß an Plenarkompetenzen verspricht vom Ansatz her dagegen nur das *Delegiertenmodell*. Wenngleich auch dort den nicht geschäftsführenden Mitgliedern das Recht fehlt, den Kreis der dem Plenum zwingend vorbehaltenen Entscheidungen zu vergrößern, und die Satzung *ceteris paribus* keine Konzernklauseln enthält⁶³³, ist doch die Gefahr, dass wichtige Weichenstellungen in der Tochtergesellschaft an ihnen vorbei allein von den geschäftsführenden Mitgliedern vorgenommen werden, eher geringer. Denn sofern man bevorstehende Entscheidungen in den Tochtergesellschaften als Sachverhalte aufgreift, die sich auf das im Beteiligungsbesitz gebundene Vermögen der herrschenden SE (spürbar) auswirken können, dürften sie regelmäßig in das engere Raster der im Delegiertenmodell weiter gefassten und an niedrigere Schwellenwerte geknüpften Plenarkompetenzen fallen.

Ist die Gefahr unverhältnismäßiger Dezentralisierung mithin gebannt, so wird im Gegenzug einer übermäßigen Zentralisierung durch das Delegiertenmodell deshalb aber nicht automatisch und ausreichend Einhalt geboten. Es verbleibt vielmehr eine gewisse, wenn auch im Vergleich zum Einheitsmodell schwächer

⁶³⁰ Deutlich und übereinstimmend *Martens* (1995), S. 581; *Hoffmann-Becking* (1995), S. 339; *Hüffer* (2002), § 111 Rn. 21.

⁶³¹ Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich, die Ausübung von Beteiligungsrechten ausdrücklich unter den Vorbehalt des Plenums zu stellen.

⁶³² Siehe weiter oben, Dritter Teil: C. I. 3. a) bb) (3), S. 256 f.

⁶³³ Vgl. nochmals die diesbezügl. Bemerkung auf dieser Seite sowie die Nachweise in FN 630 [Dritter Teil: C. I. 3. b) bb)].

ausgeprägte Tendenz zur Zentralisierung, der die Mitglieder beider Seiten des Verwaltungsorgans mit der im faktischen Konzern gebotenen Sorgfalt begegnen müssen⁶³⁴. Vor diesem Hintergrund dürften sich die gegenüber Doppelmanuten hervorbrachten Bedenken bei einer herrschenden SE mit Delegierten- oder Einheitsmodell eher noch erhärten. Sie werfen als Mittel zur Umsetzung der einheitlichen Leitung im Grunde genommen dieselben Probleme auf, jene aber umso nachhaltiger, wenn die Ämterunion als Werkzeug zur Durchsetzung der zentralistischen Leitung gebraucht wird⁶³⁵. Dagegen lassen sich in der Gegenüberstellung der monistischen Modelle – soweit auf sie nicht schon an anderer Stelle eingegangen wurde⁶³⁶ – keine nennenswerten konzernrechtlichen Besonderheiten mit Blick auf die Informationsversorgung der überwachenden bzw. der nicht geschäftsleitenden Mitglieder anführen.

Fasst man das Gesagte zusammen, so lässt sich dem monistischen System im Rahmen des faktischen Konzerns nicht pauschal, sondern nur unter gewissen Einschränkungen Rechtsnormverträglichkeit und Tauglichkeit bescheinigen. Für die Organisation der Konzernspitze scheint sich nach allem nur das Delegiertenmodell als Ausgestaltungsform zu empfehlen, während das Einheitsmodell aus den bereits genannten Gründen als oberste Führungsstruktur ausscheidet. Allerdings ist auch das Trennungsmodell nicht so schwerwiegend mit Mängeln behaftet, als dass seine Verwendung gänzlich auszuschließen wäre. Sofern bei der Festlegung von Plenarkompetenzen in der Satzung eine ausdrückliche Bezugnahme auf die entscheidungserheblichen Vorgänge in verbundenen Unternehmen erfolgt, könnte es neben dem Delegiertenmodell durchaus Bestand haben.

c) Vorteilhaftigkeit der Führungssysteme im gesellschafts- und konzernrechtlichen Kontext

Die Implikationen des Konzernrechts, die soeben anhand der verbundenen mitbestimmungsfreien SE herausgearbeitet wurden, erlauben nunmehr mit Rücksicht auf die Ergebnisse aus der gesellschaftsrechtlichen Analyse die Aussagen zur Qualität der Systemalternativen und deren Modelle weiter zu präzisieren. Dazu scheint es wiederum sinnvoll, zwischen dem faktischen Konzern und dem Vertragskonzern zu unterscheiden, da die Zielsetzungen, die mit der Wahl

⁶³⁴ § 317 Abs. 2 und 3 AktG dürften im Delegiertenmodell insoweit auf alle Angehörigen des Verwaltungsorgans Anwendung finden.

⁶³⁵ Siehe in diesem Zusammenhang nur die Charakterisierung des Aufsichtsrats von abhängigen Konzerngesellschaften bei *Martens* (1995), S. 587, die mit dem Rollenverständnis der Praxis wohl übereinstimmen dürfte: „Seine wesentliche Funktion besteht aus der Sicht der Konzernholding in der Ausübung konzernrechtlicher Leitungsmacht.“ Leitungsorgan-Doppelmanuten sollte diese Aufgabe dann erst recht zufallen.

⁶³⁶ Zu den Stärken und Schwächen der Modelle im Bereich der Informationsversorgung siehe im Einzelnen, Dritter Teil: A. I. 2. b) aa) bis cc), S. 157 ff.

der einen oder anderen Konzernverbindungsart verfolgt werden, im Kern anders gelagert sind.

Das tragende Motiv für den Abschluss eines Beherrschungsvertrages dürfte neben der Gewinnabschöpfungsabsicht, die nicht zuletzt in der flankierenden Kopplung mit einem Gewinnabführungsvertrag zum Ausdruck kommt⁶³⁷, vor allem in einer möglichst ungehinderten Einflussnahme auf die Entscheidungen der Tochtergesellschaft bestehen. Demnach kann man ungeachtet dessen, ob nun ein solcher schon vor der Gründung der SE existiert oder im Zuge dessen erst abgeschlossen wird, mit aller Wahrscheinlichkeit davon ausgehen, dass (weiterhin bzw. zukünftig) eine enge Anbindung der Tochtergesellschaft(en) gewollt ist. Im Vordergrund steht also hier eine eher zentralisierte einheitliche Leitung, die sich aufgrund des Weisungsrechts zunächst auch in allen vier Systemvarianten problemlos verwirklichen ließe und – soweit dadurch tendenziell mehr Entscheidungen auf der Ebene der SE gefällt werden – deren Aufsicht erleichtert. Sie ist dennoch nicht auch in allen Varianten einer Überwachung im erforderlichen Maße zugänglich. Das bedarf im Einheitsmodell, wo eine unabhängige Überwachung generell fehlt, keiner näheren Begründung und äußert sich im Trennungsmodell, wie oben aufgezeigt wurde, hauptsächlich in zwei Punkten:

Zum einen ist im Vergleich zum dualistischen System sowie zum Delegiertenmodell die Beteiligung der überwachenden Mitglieder an den Leitungsentscheidungen verhältnismäßig gering, weshalb zum anderen auch deren Informationsversorgung im Rahmen der Konzernberichterstattung vermutlich relativ schlechter ausfallen dürfte⁶³⁸. Beidem wird im Delegiertenmodell hingegen schon aufgrund seiner Konzeption vorgebeugt⁶³⁹, während es die Aufsichtsorgan-Mitglieder im dualistischen System selbst in der Hand haben, sich durch Ausweitung der Zustimmungsvorbehalte in die Konzernleitung stärker einzubringen. Hinzu kommt, dass die Personalhoheit des Aufsichtsorgans – sozusagen als „fleet in being“ – ihren Informationsrechten unterschwellig Nachdruck verleiht, was das Trennungsmodell gerade nicht für sich in Anspruch nehmen kann⁶⁴⁰. *Wir halten fest:* Für den Vertragskonzern ohne Mitbestimmung bilden

⁶³⁷ Siehe hierzu nochmals FN 443 [Dritter Teil: C. I. 2.].

⁶³⁸ Dass dieser verschiedentlich hervorgehobene Einwand von Bedeutung ist, belegen die Bemerkungen von *Martens* (1995), S. 568: „Ist somit der Großkonzern geradezu prädestiniert für ein manipulatives Versteckspiel, so stellt sich die Frage nach der Effizienz der Aufsichtsratskontrolle in diesem Zusammenhang mit besonderem Nachdruck.“ und *Peltzer*, vgl. FN 466 [Zweiter Teil: B. II. 2. a)].

⁶³⁹ Freilich zum Preis der Gefahr zeitlicher Verzögerungen.

⁶⁴⁰ Ein vergleichbares Drohpotenzial besteht nur im Verhältnis von Verwaltungsorgan zu ‚externen‘ geschäftsführenden Direktoren, und auch nur dann, wenn die Satzung nichts anderes bestimmt [vgl. § 24 Abs. 5 SEAG-E]. Demgegenüber kann geschäftsführenden Mitgliedern des Verwaltungsorgans zwar die Geschäftsführungsbefugnis, nicht aber das Mandat durch Beschluss des Plenums entzogen werden [vgl. § 33 SEAG-E].

somit nur das dualistische System und das monistische System in Form des Delegiertenmodells tragfähige Alternativen.

Mit vereinzelt Korrekturen und Ergänzungen lässt sich diese Bewertung auch unter den Bedingungen der faktischen Konzernierung aufrechterhalten. Dort dürfte der Entschluss, es bei einer faktischen Anbindung der Tochtergesellschaft zu belassen bzw. keinen Beherrschungsvertrag abzuschließen, im Wesentlichen durch die Intention der Haftungsabschottung motiviert sein. Daraus ergeben sich, wie schon erwähnt, für ausnahmslos alle Angehörigen der Konzernspitze strikte Verhaltenspflichten, die weder eine kompensationslose Benachteiligung der Tochtergesellschaft(en) noch eine übermäßig zentralisierte Konzernführung gestatten. Insofern trifft dies zwar beide Systemalternativen ohne Unterschied, doch namentlich das Gebot der dezentralisierten Leitung liefert einen stichhaltigen Grund, warum das Einheitsmodell mit dem – von der h. M. vertretenen – Telos der §§ 311 ff. aller Voraussicht nach nicht zu vereinbaren ist⁶⁴¹. Es kann daher und nicht zuletzt wegen der fehlenden Überwachungsinstanz als Gestaltungsmodell für die monistisch strukturierte herrschende SE im faktischen Konzern nicht ernsthaft in Betracht gezogen werden.

Obwohl auch die erkennbaren Zentralisierungstendenzen im Delegiertenmodell einen derartigen Konflikt befürchten lassen, reicht der Befund als Begründung allein jedoch nicht aus, um seine Rechtsnormverträglichkeit grundsätzlich in Frage zu stellen, geschweige denn seine Tauglichkeit im faktischen Konzern zu bezweifeln. Es besteht vielmehr Grund zur Annahme, dass der Einfluss der nicht geschäftsführenden Mitglieder als Gegengewicht zur faktischen Weisungsmacht der geschäftsführenden Mitglieder deren Autonomie in geeigneter Weise und zudem auch in mehrfacher Hinsicht wirksam begrenzen kann. So dürften umfangreiche(re) Plenarkompetenzen nicht nur einem – durch übermäßige Zentralisierung bedingten – ‚Leerlaufen‘ der Überwachung, sondern auch der Gefahr von Benachteiligungen der Tochtergesellschaften vorbeugen, da ein größerer Mitgliederkreis an der Beschlussfassung teilnimmt. Gerade darin ist wiederum ein signifikanter Nachteil des Trennungsmodells zu sehen. Dort können die Angehörigen der Überwachungsfraktion, im Gegensatz zu den Mitgliedern des Aufsichtsorgans, nur in dem begrenzten Rahmen der satzungsmäßig festgelegten Plenarzuständigkeiten und auch nur unter der Voraussetzung, dass ihnen ein leichtes Stimmenübergewicht zufällt, präventiv Einfluss nehmen⁶⁴².

⁶⁴¹ Zum Zentralisierungseffekt im Rahmen der gegenseitigen Selbstkontrolle siehe Dritter Teil: C. I. 3. a) (2), S. 254 f. u. Dritter Teil: C. I. 3. b) bb), S. 265 f.

⁶⁴² Dieser modellbedingten Schwäche lässt sich selbst durch einen ausdrücklichen Konzernbezug nur ansatzweise begegnen; siehe aber auch den Diskussionsentwurf zum SE-Ausführungsgesetz, der den überwachenden bzw. nicht geschäftsführenden Mitgliedern mehr Einfluss einräumen will [vgl. §§ 24 Abs. 2 S. 1, 28 Abs. 2 SEAG-E].

Während die Mitglieder des Aufsichtsorgans im dualistischen System (konzernweite) Zustimmungsvorbehalte festlegen können, aber nicht müssen⁶⁴³, werden die nicht geschäftsführenden Mitglieder des Verwaltungsorgans durch die satzungsmäßigen Plenarvorbehalte sogar verpflichtet, wichtige Entscheidungen stets mitzutreffen. So gesehen würde durch die Wahl des Delegiertenmodells u. U. sogar der typische Nachteil zweistufiger Führungssysteme umgangen, dass der Geschäftsleitung zu viel Freiheit gewährt wird, weil sich überwachende Mitglieder einer Teilnahme am Leitungsgeschehen weitestgehend enthalten⁶⁴⁴. Auf der anderen Seite sind damit aber gegebenenfalls auch Gefahren verbunden, die im dualistischen System aufgrund der konsequenten Funktionstrennung erst gar nicht entstehen können. Ernstzunehmende Beeinträchtigungen der Leitungsautonomie drohen zumindest dann, wenn sich im Delegiertenmodell die geschäftsführenden Mitglieder stimmenmäßig in der Unterzahl befinden, der Vorsitzende des Verwaltungsorgans nicht der Geschäftsführung angehört und zusätzlich den Aufsichtsratsvorsitz in der Tochtergesellschaft übernimmt⁶⁴⁵. In Anbetracht dessen bieten die bislang gewonnenen Erkenntnisse demnach (noch) keine hinreichenden Anhaltspunkte, die es gestatten würden, im direkten Vergleich zwischen dualistischem System und Delegiertenmodell die eine oder andere Alternative als eindeutig überlegen herausstellen zu können (siehe Tabelle 7).

Tabelle 7

Qualität der Führungssystem(modell)e im gesellschafts- und konzernrechtlichen Kontext

| | Dualistisches System | Trennungsmodell | Delegiertenmodell | Einheitsmodell |
|-----------------|----------------------|-----------------|-------------------|----------------|
| Vertragskonzern | + | (+) | + | – |
| Fakt. Konzern | + | (+) | + | – |

Quelle: eigene Darstellung

Wollte man, um an dieser Stelle dennoch einen Zwischenstand zu formulieren, die Ergebnisse der konzernrechtlichen Prüfung auf einen Nenner bringen, so lässt sich immerhin festhalten, dass sich die ‚Reihen‘ gelichtet und die Ab-

⁶⁴³ Vgl. nochmals Art. 48 Abs. 1 S. 2 SE-VO und die Anmerkungen in FN 73; [Dritter Teil: A. I. 1. b)].

⁶⁴⁴ Vgl. *Pothoff* (1996), S. 265.

⁶⁴⁵ Eine derartige Verflechtung dürfte angesichts der Zulässigkeit von Aufsichtsrats-Doppelmandaten rechtmäßig sein; vgl. in diesem Zusammenhang nochmals die Nachweise in FN 567 [Dritter Teil: C. I. 3. a) bb) (2)].

stände zwischen den Platzierungen der monistischen Modelle insgesamt vergrößert haben. Sowohl die Ausführungen zur verbundenen mitbestimmungsfreien SE als auch zur unverbundenen mitbestimmten SE haben gravierende Mängel des Einheitsmodells und begründete Zweifel an der Überlegenheit des Trennungsmodells hervorgebracht.

4. Die mitbestimmungspflichtige SE als Konzernobergesellschaft

Nachdem die Führungssysteme jeweils getrennt einer mitbestimmungsrechtlichen und einer konzernrechtlichen Kompatibilitätsprüfung sowie Bewertung unterzogen wurden⁶⁴⁶, gilt es nunmehr im letzten Schritt den Besonderheiten einer verbundenen mitbestimmten SE nachzugehen. Dabei stellt sich allerdings das Problem, dass eine vollumfängliche und integrative Betrachtungsweise streng genommen die Berücksichtigung sämtlicher Randbedingungen (wie Gründungsform, ursprüngliches Mitbestimmungsniveau, Verhandlungsverlauf, Art der Konzernverbindung etc.) erforderte. Folglich wäre – selbst unter den hier getroffenen Vereinfachungen⁶⁴⁷ – ein außerordentlich großes Untersuchungsfeld systematisch abzarbeiten. Aus diesem Grunde ist vorab zu überlegen, wie sich das Untersuchungsschema sinnvoll vereinfachen lässt, ohne dass wesentliche Probleme dadurch übersehen oder wichtige Konstellationen übergangen würden.

Was zunächst die Vereinbarkeit der Führungssysteme mit den unternehmensrechtlichen Vorschriften angeht, so können eingedenk der gewählten Vorgehensweise bislang bloß solche Bestimmungen vernachlässigt worden sein, die im Schnittfeld von Mitbestimmungs- und Konzernrecht anzusiedeln sind. Unberücksichtigt blieben demnach allein Konzernrechtsnormen, die ggf. mitbestimmungsbezogene Sachverhalte regeln, und Vorschriften der deutschen Mitbestimmungsgesetze mit ausdrücklichem Konzernbezug. Beide Normengruppen halten sich jedoch zahlenmäßig in überschaubarem Rahmen und betreffen, was noch zu zeigen sein wird, entweder nur den Vertragskonzern oder ehemals paritätisch mitbestimmte Unternehmen. Hinzu kommt, dass die Vorschriften der deutschen Mitbestimmungsgesetze – mit Ausnahme der Beschlussfassungsregeln⁶⁴⁸ und mittelbar der Bestimmungen über die Sitzverteilung – ohnehin nur auf eine durch Umwandlung entstandene SE direkt Anwendung finden, da nur dort alle Komponenten weiterhin gelten⁶⁴⁹. Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich, primär auf eine herrschende SE im Vertragskonzern abzustellen, welche auf

⁶⁴⁶ Dabei konnte bislang nur den zuvor schon in Kapitel A. des dritten Teils herausgearbeiteten gesellschaftsrechtlichen Implikationen Rechnung getragen werden.

⁶⁴⁷ Bezügl. der vereinfachenden Annahmen im konzernrechtlichen Teil dieser Arbeit siehe weiter oben, Dritter Teil: C. I. 3. a) aa), S. 238.

⁶⁴⁸ Dies wäre aber nur dann der Fall, wenn der deutsche Gesetzgeber von der Ermächtigung in Art. 50 Abs. 3 SE-VO Gebrauch machen würde.

dem Wege der Umwandlung aus einer zuvor dem MitbestG 76 unterliegenden AG hervorgegangen ist. Denn die mit der faktischen Konzernierung, Auffangregelung oder Minderung der Mitbestimmung (im Falle der Holding-SE bzw. Verschmelzungs-SE⁶⁵⁰) verbundenen Besonderheiten lassen sich jeweils im Kontext durch entsprechende Rückschlüsse recht einfach herausarbeiten.

Angesichts der schwerwiegenden Bedenken, die dem Einheitsmodell nach dem jetzigen Kenntnisstand nicht nur aus mitbestimmungsrechtlicher, sondern auch aus konzernrechtlicher Perspektive entgegengebracht werden können, erscheint es zudem überflüssig, auf alle drei Gestaltungsmodelle des monistischen Systems näher einzugehen. Daher beschränken sich die folgenden Ausführungen auf das monistische System in Form des Trennungs- oder Delegiertenmodells einerseits und auf das dualistische System andererseits. Um vielfache Wiederholungen zu vermeiden, soll ferner der Schwerpunkt auf solchen Implikationen liegen, die weder im gesellschaftsrechtlichen noch im mitbestimmungsrechtlichen Teil aufgezeigt wurden. Die Ergebnisse werden sodann in die anschließende Gesamtbewertung der Führungssystemalternativen einfließen.

a) Dualistisches System

Zu den Bestimmungen, die sich zwar der Herkunft nach fraglos als dem Konzernrecht oder dem Recht der Mitbestimmung zugehörig einordnen lassen, die aber aufgrund ihres übergreifenden Regelungsgehalts gewissermaßen Elemente der Schnittmenge beider Rechtsgebiete bilden⁶⁵¹, zählt unter anderem die Sonderregelung des § 32 MitbestG. Nach dieser rechtspolitisch vielfach kritisierten Vorschrift⁶⁵² kann (hier) das Leitungsorgan einer paritätisch mitbestimmten herrschenden SE eine Reihe von Beteiligungsrechten, wie z.B. die Bestellung der Mitglieder des Aufsichtsrats der abhängigen AG⁶⁵³, nur aufgrund von Beschlüssen des Aufsichtsrats ausüben⁶⁵⁴. Von Bedeutung ist dabei vor allem, dass an der Beschlussfassung ausnahmsweise nur die Anteilseignervertreter teilnehmen und deren Entscheidungen für das Leitungsorgan verbindlich sind⁶⁵⁵. Sie unterscheiden sich also insofern wesentlich von den gewöhnlichen Zustimmungsvorbehalten gem. Art. 48 Abs. 1 SE-VO. Dahinter verbirgt sich

⁶⁴⁹ Vgl. die Ausnahmeregelungen in Art. 3 Abs. 6 SE-RL (Ursprungslösung), Teil 3 lit. a) der Auffangregelung (Auffanglösung) und Art. 4 Abs. 2 lit. g) i.V.m. Art. 4 IV SE-RL.

⁶⁵⁰ Da die SE im Rahmen der Untersuchung nur als Konzernobergesellschaft behandelt wird, kann die Tochter-SE außer Betracht bleiben.

⁶⁵¹ Siehe vorige Seite.

⁶⁵² Siehe statt vieler Kübler (1999), S. 242 m.w.N.

⁶⁵³ In § 32 Abs. 1 S. 1 MitbestG ist allgemein von Verwaltungsträgern die Rede.

⁶⁵⁴ Vgl. § 32 Abs. 1 S. 1 MitbestG.

⁶⁵⁵ Vgl. § 32 Abs. 1 S. 2 MitbestG; hierzu Raiser (2002), § 32 Rn. 23 ff.

letztlich die Absicht des Gesetzgebers, eine Überparität der Arbeitnehmervertreter zu vermeiden, die immer(hin) dann droht, wenn auch die Tochtergesellschaft der quasi-paritätischen Mitbestimmung unterliegt⁶⁵⁶.

Gegenstand der Kritik ist denn auch nicht die Privilegierung der Anteilseignerseite an sich, sondern vielmehr die damit verbundene Durchbrechung der gesetzlichen Funktionstrennung⁶⁵⁷. Obwohl die überwachenden Mitglieder grundsätzlich von der Geschäftsführung ausgenommen sind⁶⁵⁸, werden sie hier in systemwidriger Weise mit Aufgaben der Geschäftsführung betraut und haben zudem darüber eigenständig zu entscheiden⁶⁵⁹. Das System der *checks and balances* könnte demnach theoretisch auch im dualistischen System aus dem Gleichgewicht geraten, falls und soweit die Anteilseignervertreter sich hierdurch zur Nebenregierung erheben würden. Die Gefahr, dass es zu einem derartigen Systembruch überhaupt kommt, ist in der dualistisch strukturierten SE indes wesentlich geringer als in der AG, da – wie schon erwähnt – die Regelungen des § 32 MitbestG nur auf eine durch Umwandlung gegründete SE Anwendung finden⁶⁶⁰. Auf der anderen Seite dürfen aber die Folgen, die mit dem Wegfall der Vorschrift verbunden sein können, keinesfalls verschwiegen werden. Denn weder der SE-Verordnung noch der SE-Richtlinie lässt sich eine Regelung entnehmen, die einen vergleichbaren Schutz vor einer Potenzierung der Mitbestimmung im Konzern bietet. Das verwundert umso mehr, als die Richtlinie in Art. 13 Abs. 3 lit. b) SE-RL ausdrücklich klarstellt, dass die Mitbestimmung in den Tochtergesellschaften von einer Vereinbarung über die Arbeitnehmerbeteiligung im Aufsichtsorgan der SE unberührt bleibt. *Wir halten fest*: Erfolgt also die Gründung einer Holding-SE oder einer Verschmelzungs-SE⁶⁶¹ unter Beteiligung eines deutschen Unternehmens, das in den Anwendungsbereich des MitbestG 76 fällt, und richtet sich die Mitbestimmung nach

⁶⁵⁶ Zum Potenzierungseffekt siehe *Oetker* (1999), § 32 Rn. 1; *Raiser* (2002), § 32 Rn. 1; *Potthoff/Trescher* (2001), S. 306; *Emmerich/Sonnenschein/Habersack* (2001), S. 76; *Hoffmann-Becking* (1995), S. 342; am Rande auch *Löwisch* (2003), S. 847 und früher schon *Schneider* (1981), S. 251.

⁶⁵⁷ Vgl. *Raiser* (2002), § 32 Rn. 3; *Oetker* (1999), § 32 Rn. 1 m.w.N.; *Kübler* (1999), S. 242; wohl auch *Emmerich/Sonnenschein/Habersack* (2001), S. 76.

⁶⁵⁸ Vgl. Art. 40 Abs. 1 SE-VO, der insoweit § 111 Abs. 4 S. 1 AktG entspricht.

⁶⁵⁹ Anders als im Falle der Zustimmungsvorbehalte besitzen derartige Beschlüsse des Aufsichtsorgans Weisungscharakter; so für die AG *Hüffer* (2002), § 78 Rn. 8a; *Potthoff/Trescher* (2001), S. 306; vgl. auch *Kübler* (1999), S. 242.

⁶⁶⁰ Voraussetzung ist ferner, dass die SE mit mindestens 25% an der abhängigen AG beteiligt ist; vgl. § 32 Abs. 2 MitbestG.

⁶⁶¹ Bei Gründung durch Verschmelzung erlöschen zwar die Gründungsgesellschaften von Rechts wegen [vgl. Art. 29 Abs. 2 lit. c) SE-VO], ihre u.U. mitbestimmungspflichtigen Tochtergesellschaften werden jedoch zu Tochtergesellschaften der SE. Dabei gilt es zu bedenken, dass eine an der Gründung einer Verschmelzungs-SE beteiligte deutsche Dachgesellschaft meist nur deshalb der paritätischen Mitbestimmung unterliegt, weil ihr gem. § 5 Abs. 1 MitbestG die Arbeitnehmer in den Tochtergesellschaften zugerechnet werden.

den Regelungen der Auffanglösung⁶⁶², so könnte der Einfluss der Arbeitnehmerseite erkennbar zunehmen.

Eine weitere Regelung, die allerdings schon im Zusammenhang mit der Leitung und Überwachung im Vertragskonzern behandelt wurde, ungeachtet dessen aber auch im Kontext der Mitbestimmung im SE-Konzern der Erwähnung bedarf, enthält § 308 Abs. 3 AktG. Dort, d. h. unter den Bedingungen eines mitbestimmungsfreien Vertragskonzerns, diene sie zunächst ‚nur‘ dem Zweck, die Autonomie der Konzernleitung einzuschränken. Das erschien dem Gesetzgeber offenbar notwendig, weil das Leitungsorgan der (hier) herrschenden SE ein Weisungsrecht besitzt und sich, anders als im faktischen Konzern, durch Wiederholung einer bereits erteilten Anordnung über den Aufsichtsrat der abhängigen AG hinwegsetzen kann⁶⁶³. Damit derartige Eingriffe, die im Überwachungsorgan der Tochter auf Ablehnung stoßen, aber nicht vom Aufsichtsorgan des herrschenden Unternehmens völlig unbemerkt und unabhängig erfolgen, verlangt § 308 Abs. 3 S. 2 2. HS AktG, dass das Leitungsorgan dessen Zustimmung einholt, bevor es die fragliche Weisung zum wiederholten Male erteilt.

Der Stellenwert dieser Vorschrift für die Mitbestimmung im Vertragskonzern ist unschwer zu erkennen. Da das Leitungsorgan der SE seinen Willen in gleicher Weise auch gegen den mitbestimmten Aufsichtsrat der abhängigen AG durchsetzen kann, werden die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmervertreter de facto beschnitten. Gäbe es das angesprochene Zustimmungserfordernis nicht, könnte demnach das Leitungsorgan aufgrund seiner Weisungsbefugnis die Mitbestimmung auf der Ebene der Tochtergesellschaft ohne weiteres aushebeln. Erst die Regelung des § 308 Abs. 3 S. 2 2. HS AktG verhindert also, dass Maßnahmen nicht völlig ohne Beteiligung der Arbeitnehmervertreter beschlossen und in der Tochtergesellschaft umgesetzt werden⁶⁶⁴. Anders jedoch als beim Vertragskonzern mit einer deutschen Aktiengesellschaft als herrschendem Unternehmen an der Spitze, lässt sich ein vergleichbarer Einfluss der Arbeitnehmerseite in der dualistisch strukturierten SE keineswegs immer unterstellen. Wie die Ausführungen zur SE-Richtlinie gezeigt haben, bietet die Möglichkeit individueller Vereinbarungen durchaus Raum für eine Absenkung des vorigen Mitbestimmungsstandards – entweder durch Reduzierung der Arbeitnehmersitze oder durch eine stimmenrechtliche ‚Diskriminierung‘. Eine Minderung der Mitbestimmung auf der Ebene der SE hätte somit im Vertragskonzern zugleich auch Auswirkungen auf das konzernweite Mitbestimmungsniveau, während es im faktischen Konzern wohl kaum zu spürbaren Folgen kommen dürfte⁶⁶⁵.

⁶⁶² An dieser Stelle sei nochmals darauf hingewiesen, dass sich der Anteil der Arbeitnehmersitze im Aufsichts- bzw. Verwaltungsorgan der SE nach dem höchsten Verhältnis im Vergleich der Gründungsgesellschaften untereinander bemisst; vgl. Auffangregelung Teil 3 lit. b) S. 1 SE-RL.

⁶⁶³ Vgl. § 308 Abs. 3 S. 2 1. HS AktG.

⁶⁶⁴ Deutlich *Emmerich/Sonnenschein/Habersack* (2001), S. 368.

b) Monistisches System

Sofern eine monistisch strukturierte SE aus der Umwandlung eines zuvor dem paritätischem Mitbestimmungsregime unterliegenden Unternehmens hervorgeht, müssen auch die Mitglieder des Verwaltungsorgans die Vorgaben des § 32 MitbestG beachten. Allerdings stellt sich hier die relevante Frage, an welchen Mitgliederkreis sich die Vorschrift konkret wendet⁶⁶⁶. Eine eindeutige Zuordnung scheint zunächst nur im Trennungsmo­dell möglich. Im Delegiertenmodell gibt es dagegen keine (ausschließlich) überwachenden Verwaltungsorgan-Mitglieder, die sich so ohne weiteres mit den „Aufsichtsratsmitgliedern der Anteil­eig­nerseite“ gleichsetzen lassen⁶⁶⁷. Unklar ist also, ob nach Maßgabe der Vorschrift als Zuordnungskriterium nur die Zugehörigkeit zur Anteil­eig­nerseite oder zusätzlich auch die Überwachungstätigkeit entscheidend ist. Träfe ersteres zu, würden demzufolge auch die geschäftsführenden Mitglieder an der Beschlussfassung teilnehmen. Dafür spricht zumindest, dass der Gesetzgeber so weit ersichtlich vor allem den übermäßigen Einfluss der Arbeitnehmervertreter verhindern wollte⁶⁶⁸. Demgegenüber dürfte es wohl gerade nicht in seiner Absicht gelegen haben, den Aufsichtsratsmitgliedern Aufgaben der Konzernleitung zuzuweisen, um diese der Geschäftsführung schlicht vorzuenthalten⁶⁶⁹. So gesehen sollten im monistischen System, unabhängig von der Aufgaben- und Kompetenzverteilung, grundsätzlich alle von der Hauptversammlung gewählten Mitglieder entscheidungsberechtigt sein.

In den Fällen, in denen § 32 MitbestG hingegen keine Anwendung findet, weil die SE als Holding oder durch Verschmelzung gegründet wurde, besteht jedoch unbeschadet dessen auch in der monistisch strukturierten SE die generelle Gefahr, dass die Stimmen der Arbeitnehmervertreter – wenn es gemäß der Auffangregelung bei der paritätischen Besetzung bleiben sollte – im gesamten Konzern mehr Gewicht erlangen. Es lässt sich demnach noch ein weiterer Grund anführen, warum die monistischen Modelle für eine (quasi-)paritätische Mitbestimmungslösung nicht in Frage kommen⁶⁷⁰. Sie setzen vielmehr eine ge-

⁶⁶⁵ Siehe in diesem Zusammenhang auch *Hommelhoff* (1991), S. 108, der feststellt, dass die Überwachungsaufgabe im mitbestimmten Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft besonders intensiv wahrgenommen wird. Im faktischen Konzern liege dort deshalb auch das Zentrum der Gegenkräfte; vgl. *Hommelhoff* (1991), S. 124; ähnlich *Hoffmann-Becking* (1995), S. 343 f.

⁶⁶⁶ Aufschluss hierüber dürfte ggf. der mitbestimmungsrechtliche Teil des SE-Begleitgesetzes geben, er liegt jedoch – soweit ersichtlich – noch nicht vor; vgl. in diesem Zusammenhang den angekündigten ‚Fahrplan‘ bei *Neye/Teichmann* (2003), S. 170.

⁶⁶⁷ Vgl. den Wortlaut in § 32 Abs. 1 S. 2 MitbestG.

⁶⁶⁸ Wohl a. A. *Schneider* (1981), S. 251 f.; vgl. aber die anderen Akzente bei *Oetker* (1999), § 32 Rn. 1 und *Raiser* (2002), § 32 Rn. 1.

⁶⁶⁹ Zur diesbezüglichen Kritik an der Regelung des § 32 Abs. 1 MitbestG siehe nochmals die Nachweise in FN 657 [Dritter Teil: C. I. 4. a)].

eignete Vereinbarung über die Modalitäten der Mitbestimmung voraus, was letzten Endes immer auf ein unterparitätisches Sitzverhältnis und/oder auf stimmrechtliche Beschränkungen hinauslaufen wird. In dem Maße wie die Arbeitnehmerseite dadurch an Stimmengewicht im Verwaltungsorgan verliert, dürfte folglich mit Blick auf die Regelung des § 308 Abs. 3 AktG mehr oder weniger auch der Einfluss der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der beherrschungsvertraglich (an)gebundenen AG abnehmen⁶⁷¹.

Im Ergebnis lässt sich allerdings bei einem direkten Vergleich der beiden monistischen Alternativen ein beachtlicher Unterschied erkennen; denn trotz der nur beschränkten Möglichkeiten, die Entscheidungen des Verwaltungsorgans in ihrem Sinne und mit ihrer Stimme zu beeinflussen, sind die Arbeitnehmervertreter im Delegiertenmodell doch immerhin wesentlich stärker in die (Konzern-)Leitung eingebunden als im Trennungsmodell. Damit besteht für die Arbeitnehmerseite nicht nur in den Fällen des § 308 Abs. 3 AktG, sondern auch ganz allgemein bei einer Minderung der Mitbestimmung im Konzern – aufgrund der dort weiter gefassten Plenarkompetenzen – häufiger Gelegenheit, vor der eigentlichen Abstimmung über Maßnahmen Stellung zu beziehen. Das gilt selbstverständlich auch für Maßnahmen, die die Tochtergesellschaften betreffen.

Sieht man von den angesprochenen Schwierigkeiten bei der Anwendung von § 32 MitbestG auf das Delegiertenmodell einmal ab, so ruft auch das monistische Führungssystem keinerlei Inkompatibilitäten hervor, die letztlich auf seine Konzeption zurückzuführen wären. Dass die mit den Bestimmungen der §§ 308 Abs. 3 AktG und 32 Abs. 1 MitbestG bezweckte Sicherstellung der Mitbestimmung im Konzern einerseits und deren Beschränkung auf ein (quasi-)paritätisches Niveau andererseits ausbleiben können, ist allein eine Folge der gemeinschaftsrechtlichen Regelungen der SE-Richtlinie. Hierzu kommt es nur deshalb, weil sie unabhängig davon, ob der herrschenden SE eine monistische oder eine dualistische Führungsorganisation vorgegeben wurde, erstmals eine Absenkung unterhalb des paritätischen Mitbestimmungsstandards ermöglichen und zum anderen keinen mit § 32 MitbestG vergleichbaren Schutz gewähren.

II. Vorteilhaftigkeit der Führungssysteme im gesellschafts-, mitbestimmungs- und konzernrechtlichen Kontext

Insgesamt gesehen sind unter dem Aspekt der Mitbestimmung im SE-Konzern überraschend wenig beurteilungsrelevante Anhaltspunkte hinzugekommen. Es scheint daher gerechtfertigt, auch ohne die ausführliche Rekapitulation aller gewonnenen (Teil-)Ergebnisse ein konzentriertes Fazit zur Kompatibilität und

⁶⁷⁰ Zu den anderen entgegenstehenden Gründen siehe im Einzelnen oben, Dritter Teil: B. I. 2. b), S. 216 ff.

⁶⁷¹ Nicht so im faktischen Konzern.

Qualität der Führungssysteme zu ziehen. Kurz gefasst haben sich – mit Ausnahme des Einheitsmodells – alle hier untersuchten Systemvarianten als mit dem deutschen Unternehmensrecht grundsätzlich kompatibel erwiesen. *Aber:* Nur das dualistische System und – unter gewissen Einschränkungen – das Delegiertenmodell verkörpern zugleich auch tragfähige Gestaltungsalternativen für die Führungsorganisation der mitbestimmten herrschenden SE, als der zukünftig wohl am häufigsten anzutreffenden Erscheinungsform. Insofern lieferten die jeweils im Anschluss an die mitbestimmungsrechtliche bzw. konzernrechtliche Prüfung abgegebenen Zwischenbewertungen bereits ein, wenn auch unvollständiges, so doch in den Grundzügen immerhin zutreffendes Bild. Indes – erst die gesamthafte Betrachtung aller drei rechtlichen Teilbereiche vermag ein hinreichend detailgetreues, weil vollständig ausgeleuchtetes Bild zu geben.

So haben zwar die gesellschaftsrechtliche, die mitbestimmungsrechtliche und die konzernrechtliche Analyse bereits hier und dort vereinzelte Bedenken hinsichtlich der Überlegenheit des Trennungsmodells, vor allem gegenüber der Konzeption des Delegiertenmodells, aufkommen lassen. Handfeste Zweifel, die wie im Falle des Einheitsmodells schon recht früh dazu berechtigt hätten, es als nicht tragfähig zu qualifizieren, bestanden jedoch nicht. Beim Trennungsmodell ist es eher die allmählich hervortretende Fülle der Bedenken, die einer durchweg positiven Beurteilung entgegenstehen. Suchte man hierfür eine einfache Erklärung, so stößt man unweigerlich auf seine Konzeption als ‚dualisiertes‘ Modell des monistischen Systems. Als eine derart ‚mutierte‘ Zwischenform, die weder streng monistisch noch dualistisch ist, kann es im Umfeld des – auf ein dualistisches System zugeschnittenen – deutschen Unternehmensrechts folgerichtig weder im vollen Umfang mit den (typischen) Vorteilen eines einstufigen Führungssystems noch mit denen eines zweistufigen Systems aufwarten. Obschon das deutsche Unternehmensrecht daran nach allem einen erkennbaren Anteil trägt, sollte in diesem Zusammenhang freilich nicht verkannt werden, dass in erster Linie die gemeinschaftsrechtlichen Regelungen dafür verantwortlich zu machen sind. Denn die SE-Verordnung regelt das monistische System nur in seinen Grundzügen und beschränkt sich im Übrigen darauf, eine Funktionstrennung für „wünschenswert“ zu erklären⁶⁷².

Dieser gewünschten klaren Abgrenzung zwischen Geschäftsführung und Aufsicht wird das Delegiertenmodell zwar nicht vollends, im Unterschied zum Einheitsmodell aber immerhin noch ansatzweise gerecht. Bemerkenswert ist vor allem, dass es nicht nur wesentliche Schwächen des Trennungsmodells⁶⁷³ ver-

⁶⁷² Vgl. nochmals Erwägungsgrund (14) SE-VO.

⁶⁷³ Zu den Kernschwächen des Trennungsmodells, an die hier erinnert sei, zählen die vermutlich schwache Informationsversorgung bei fehlender Personalhoheit der überwachenden Mitglieder und deren geringe Leitungsnähe infolge schmal gehaltener Plenarzuständigkeiten, woraus im Konzern überdies die Gefahr resultiert, dass ein Leerlaufen der Überwachung bei betont dezentraler Leitung droht. Die Auswirkungen

müssen lässt, sondern in einigen Punkten auch das dualistische System übertrifft⁶⁷⁴. Es stellt somit als überragende Ausgestaltungsform des monistischen Systems eine echte Alternative zur dualistischen Führungsstruktur dar. Im Gegensatz zur letzteren bleibt sein Anwendungsbereich allerdings vergleichsweise beschränkt. Während das Modell der gesetzlichen Funktionstrennung – soweit ersichtlich – an keinerlei Voraussetzungen gebunden ist⁶⁷⁵, erscheint die Wahl des Delegiertenmodells sowohl im Falle des Rechtsformwechsels als auch bei Geltung der Auffangregelung abwegig, wenn nicht gar faktisch unmöglich – zumindest, sofern die Gründungsgesellschaft zuvor dem paritätischen Mitbestimmungsregime unterlag. Es käme im Rahmen der Umwandlung bzw. der Aufanglösung allenfalls dann in Betracht, wenn zuvor nur drittelparitätische Mitbestimmung nach dem BetrVG 52 bestand. Eine Grundvoraussetzung wäre jedenfalls hier, dass den Stimmen der gleichberechtigten Arbeitnehmervertreter nicht aufgrund von qualifizierten Mehrheitserfordernissen ein unverhältnismäßig großes Gewicht zukommt, da sie ansonsten theoretisch Abstimmungen des Verwaltungsorgans allzu oft blockieren könnten.

Ist die praktische Wählbarkeit des Delegiertenmodells mithin von einer adäquaten Vereinbarungslösung abhängig, so kann die Möglichkeit, eine geeignete Mitbestimmungsform und -intensität auszuhandeln, in ihrer Bedeutung für die Attraktivität der Rechtsform kaum überschätzt werden. Diese Gefahr der Überbewertung besteht im Grunde genommen schon deshalb nicht, weil das monistische System zumindest von denjenigen Unternehmen, die in den Anwendungsbereich des MitbestG 76 fallen, überhaupt nur unter der Bedingung eines entsprechenden Verhandlungserfolges als ernstzunehmende Alternative in Erwägung gezogen werden dürfte. Hinzu kommt, dass die mögliche Abkehr vom starren Mitbestimmungsregime der Parität auf der anderen Seite auch den eigentlichen Reiz des dualistischen Systems ausmacht⁶⁷⁶. Denn nur die hier in

dieser Schwachstellen gewinnen zusätzlich an Dynamik, wenn dem Verwaltungsorgan Arbeitnehmervertreter angehören, vgl. Dritter Teil: B. I. 2. b) aa), S. 216 ff.

⁶⁷⁴ Als Vorzüge des Delegiertenmodells gegenüber dem dualistischen System seien erinnerungshalber nochmals folgende Punkte kurz angesprochen: Die modellspezifische Aufgabenverteilung im Verwaltungsorgan und die weit gefassten Plenarzuständigkeiten dürften zu mehr Leitungsnähe, einem besseren Informationsstand und einer höheren Sitzungsfrequenz führen. Dabei sollte es generell zu einer besseren, weil breiteren Entscheidungsfundierung kommen – sei es durch die gegenseitige Selbstkontrolle im Rahmen der Oberleitung oder durch intensive und präventive Beratungen im Plenum. Ferner bilden die nicht geschäftsführenden Mitglieder, insbesondere im Konzern, ein stärkeres Gegengewicht zur Geschäftsführung. Nur am Rande sei erwähnt, dass der vielfach kritisierte Systembruch, den § 32 Abs. 1 MitbestG auch im dualistischen System herbeiführen würde, im mitbestimmten Delegiertenmodell ausbleibt, vgl. hierzu nochmals die Ausführungen weiter oben, Dritter Teil: C. I. 4. a) und b), S. 272 f. bzw. S. 275 f.

⁶⁷⁵ Dieser Befund lässt sich, worauf verschiedentlich schon hingewiesen wurde, durch die starke Ähnlichkeit zwischen dem dualistischen System der SE und dem Aufsichtsrats-System der AG erklären.

Aussicht gestellte Auflockerung der ‚Mitbestimmungskorsage‘ verspricht ein Wiederaufleben der von rechtswissenschaftlicher, betriebswirtschaftlicher und praktischer Seite monierten (pfadabhängigen) Mängel des Aufsichtsratsystems zu verhindern⁶⁷⁷.

Im Verlaufe der Untersuchung hat sich zudem die These bestätigt, dass über die (hier identifizierten) Stärken und Schwächen der Systemvarianten *vielfach* erst das rechtliche Umfeld des (späteren) Sitzstaates entscheidet. Den Ausschlag geben dabei allerdings nicht nur die bereits vorhandenen Vorschriften, die auf nationale Aktiengesellschaften Anwendung finden, sondern (zukünftig) auch die speziell in Bezug auf die SE erlassenen Regelungen des jeweiligen Mitgliedstaates. Da erste Vorschläge zu einem deutschen Ausführungsgesetz zwar schon vorliegen⁶⁷⁸, eine endgültige Fassung aber noch aussteht, konnten Aussagen zur Qualität der Führungssysteme stellenweise nur unter Vorbehalt getroffen werden⁶⁷⁹. Dasselbe gilt im Prinzip auch für die Bereiche, in denen es dem Satzungsgeber grundsätzlich freigestellt ist, vom Normalstatut abweichende oder generell nähere Bestimmungen festzulegen. Was sich jedoch in diesem frühen Stadium nicht vermeiden ließ, unterstreicht auf der anderen Seite lediglich eine rechtsformspezifische Besonderheit der SE. Sie besteht darin, dass sich die Vor- und Nachteile ihrer Führungssysteme – entsprechend der in Art. 9 Abs. 1 SE-VO eingelassenen Normenhierarchie – schwerpunktmäßig einer von fünf verschiedenen Regelungsebenen zuordnen lassen. Für diese ist aber je nachdem entweder der Verordnungs- bzw. Richtliniengeber, der nationale Gesetzgeber oder der Satzungsgeber zuständig. Folgerichtig liegt es auch in deren individuellem Verantwortungsbereich, die Herausbildung von bestimmten Vorteilen gezielt zu unterstützen und das Entstehen von Nachteilen nach Kräften zu unterbinden⁶⁸⁰. Während aber der europäische Gesetzgeber Veränderungen an der Verordnung erklärtermaßen nicht vor Ablauf einer fünfjährigen Frist nach Inkraft-Treten der Verordnung vornehmen wird⁶⁸¹, können sich sowohl die nationalen Gesetzgeber als auch die Gründungsgesellschaften schon mehr oder weni-

⁶⁷⁶ Angesichts der verblüffenden Ähnlichkeit zwischen dem dualistischen System und der Aufsichtsrats-Konzeption könnte man sogar noch weiter gehen und fragen, was durch den Wechsel von der AG in die SE in rein (!) führungsstruktureller Hinsicht zusätzlich gewonnen wäre.

⁶⁷⁷ Zur Kritik am mitbestimmten Aufsichtsrats-System siehe im Einzelnen weiter oben, Zweiter Teil: B. II. 2. b) aa), S. 116 ff.

⁶⁷⁸ Vgl. den vom Bundesministerium der Justiz herausgegebenen Diskussionsentwurf eines SE-Ausführungsgesetzes [Nachweis in FN 34, Erster Teil: B.]. Siehe insbesondere auch die Vorarbeiten von *Teichmann* (2002a), S. 1109 ff.; *ders.* (2002b), S. 383 ff.; *ders.* (2002c), S. 573 ff. und *Brandt* (2002), S. 991 ff.

⁶⁷⁹ Darauf wurde an den einschlägigen Stellen hingewiesen.

⁶⁸⁰ Hierbei geht es nicht um ‚Schuldzuweisungen‘ genereller Art, sondern vielmehr darum, hervorzuheben, dass die einzelne Regelungsinstanz nur nach ihren Möglichkeiten Einfluss nehmen kann.

⁶⁸¹ Siehe Art. 69 SE-VO und dort insbes. lit. d).

ger umgehend geeignete Regelungen bzw. Gestaltungsmaßnahmen überlegen. Es scheint daher zum jetzigen Zeitpunkt, da die Diskussion um das deutsche SE-Begleitgesetz in Gang gekommen ist und sich die Unternehmen zu einer ersten Prüfung veranlasst sehen dürften⁶⁸², angezeigt, nochmals für jede Regelungsebene herauszustellen, welche *zentralen* Vorteile oder Nachteile ihr entspringen⁶⁸³.

D. Ebenen der Entfaltung identifizierter Vor- und Nachteile

I. Gesetzliche Ebene

1. Gemeinschaftsrechtliche Vorschriften

In ihrer Eigenschaft als genuin gemeinschaftsrechtliche Gesellschaftsform unterliegt die SE, gleich wo sich ihr späterer Sitz befinden wird, in erster Linie den Bestimmungen der SE-Verordnung und der dazugehörigen SE-Richtlinie⁶⁸⁴. Da ihr Statut zudem durch eine mit der deutschen Aktiengesellschaft vergleichbare Satzungsstrenge gekennzeichnet ist⁶⁸⁵ und das Gemeinschaftsrecht allem anderen vorgeht, müssten demnach Vorzüge wie Mängel ihrer Organisationsverfassung zunächst auch in den Regelungen der gemeinschaftsrechtlichen Normen gesucht werden. Wie sich im Rahmen der Untersuchung jedoch deutlich abgezeichnet hat, sind sie mitnichten Quell aller Vor- und Nachteile.

Dualistisches System

So lassen sich, wenn man von der generellen Kritik an der Torso-Regelung⁶⁸⁶ und der damit verbundenen Zersplitterungswirkung einmal absieht, auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene genau genommen nur drei negative Aspekte bezüglich des dualistischen Systems anführen. Zum einen verwundert es, dass der europäische Gesetzgeber für das Aufsichtsorgan keine verbindliche Mindestanzahl von Sitzungen vorgegeben hat, und das, obwohl er eine Mindestfrequenz für das Verwaltungsorgan diktieren konnte⁶⁸⁷. Plausible Gründe, die eine unter-

⁶⁸² So in etwa auch die Einschätzungen von *Hommelhoff* (2001c), S. 280 und *Theisen/Wenz* (2002), S. 50.

⁶⁸³ Damit sollen zugleich wichtige Teilergebnisse der Untersuchung grob zusammengefasst werden.

⁶⁸⁴ Das stellt Art. 9 Abs. 1 lit. a) SE-VO unmissverständlich klar und ergibt sich bezüglich der SE-Richtlinie mittelbar aus Erwägungsgrund (20) SE-VO.

⁶⁸⁵ Vgl. für die SE den Wortlaut von Art. 9 Abs. 1 lit. b) SE-VO und für die AG § 23 Abs. 5 AktG; deutlich auch *Lutter* (2002a), S. 4 und *Hirte* (2002), S. 5.

⁶⁸⁶ Vgl. *Lutter* (2002a), S. 3.

schiedliche Behandlung rechtfertigen würden, sind soweit nicht ersichtlich⁶⁸⁸. Zum anderen fallen die Berichtspflichten des Leitungsorgans im direkten Vergleich zum Vorstand der AG relativ dürftig aus. In beiden Punkten ist es kaum vorstellbar, dass diesbezügliche Regelungen nur deshalb nicht in den Verordnungstext aufgenommen wurden, weil sie einer endgültigen Einigung im Europäischen Rat womöglich entgegengestanden hätten. Das scheint schon eher bei den Zustimmungsvorbehalten der Fall gewesen zu sein. Hier hat der Verordnungsgeber zwar immerhin, aber auch nur eine mitgliedstaatliche Option vorgesehen⁶⁸⁹, deren Ausübung das Aufsichtsorgan gegebenenfalls berechtigt, nicht aber verpflichtet, Arten von Geschäften nach eigenem Ermessen unter seinen Vorbehalt zu stellen. Wie vergangene Unternehmensschiefen lehren, ist diese Kann-Bestimmung unter gesellschaftsrechtlichen wie mitbestimmungsrechtlichen und letztlich auch konzernrechtlichen Gesichtspunkten ganz offensichtlich zu schwach.

Als grundsätzlich positiv muss demgegenüber die klare Aufgabenverteilung zwischen dem Leitungsorgan und dem Aufsichtsorgan gewertet werden⁶⁹⁰. Ihre Flankierung durch die Inkompatibilitätsregelung des Art. 39 Abs. 3 SE-VO schafft die nötigen Vorbedingungen für ein neutrales und unabhängiges Überwachungsorgan, das lediglich durch Zustimmungsvorbehalte, im Extremfall aber sogar durch personelle Maßnahmen korrigierend eingreifen darf⁶⁹¹. Dass dabei die Stimme des Vorsitzenden, der bei paritätischer Zusammensetzung des Aufsichtsorgans zwingend ein von den Anteilseignern gewähltes Mitglied sein muss⁶⁹², notfalls als ‚Zünglein an der Waage‘ entscheidet⁶⁹³, ist mitbestimmungspolitisch folgerichtig und generelle Voraussetzung für die Handlungsfähigkeit des Aufsichtsorgans. In diesem Licht verdient auch die mehrfach hervorgehobene und ausnahmslos alle Angehörigen der Führungsorganisation betreffende Pflicht zur Verschwiegenheit Beifall⁶⁹⁴; denn sie verspricht einem bekannten Missstand Einhalt zu gebieten, der eine offene und vertrauensvolle Diskussion in den Aufsichtsräten mitbestimmter Aktiengesellschaften nicht selten schon im Keim ersticke⁶⁹⁵.

⁶⁸⁷ Vgl. Art. 44 Abs. 1 SE-VO.

⁶⁸⁸ Man könnte zwar meinen, die Vorgabe einer Mindestfrequenz sei entbehrlich, da und soweit das nationale Aktienrecht aller Mitgliedstaaten entsprechende Vorschriften enthalten. Erstens kennen aber nicht alle Mitgliedstaaten ein zweistufiges Führungssystem und zweitens hätte dies, wenn es denn so wäre, wohl ohne weiteres eine einvernehmliche Klarstellung in der Verordnung ermöglicht.

⁶⁸⁹ Vgl. Art. 48 Abs. 1 S. 2 SE-VO.

⁶⁹⁰ Vgl. Art. 39 Abs. 1, 40 Abs. 1 SE-VO.

⁶⁹¹ Vgl. Art. 39 Abs. 2 S. 1 SE-VO.

⁶⁹² Art. 42 S. 2 SE-VO.

⁶⁹³ Vgl. Art. 50 Abs. 2 S. 2 SE-VO.

⁶⁹⁴ Vgl. Art. 49 SE-VO und insbesondere für die Arbeitnehmervertreter Art. 8 Abs. 2 SE-RL.

Monistisches System

Bedenkt man, welchen Stellenwert intensive Beratungen in einstufigen Führungssystemen einnehmen, so wird verständlich, warum dieser (gesetzlich hervorgehobenen) Geheimhaltungspflicht im monistischen System eine geradezu herausragende Bedeutung zukommt⁶⁹⁶; vor allem auch insofern, als in der monistisch strukturierten SE Anteilseignervertreter und Arbeitnehmervvertreter in bislang einzigartiger Weise aufeinander treffen. Nicht zuletzt deshalb ist es zu begrüßen, dass die Verordnung dem Satzungsgeber genügend Freiheit belässt, um das monistische System weitgehend selbstverantwortlich und den unternehmensindividuellen Anforderungen entsprechend zu gestalten. Das gilt insbesondere für die Möglichkeit, sowohl Plenarkompetenzen als auch die Anzahl der Verwaltungsorgan-Mitglieder (in den vom Sitzstaat u.U. gezogenen Grenzen) frei festzulegen und von den subsidiären Beschlussfassungsregeln nach Belieben abzuweichen⁶⁹⁷. Soweit Einschränkungen überhaupt existieren, handelt es sich entweder um solche mitbestimmungsbezogenen Vorgaben, die der Satzungsgeber wohl auch von sich aus einhalten würde⁶⁹⁸, oder um notwendige Korrektive, damit keine Ungleichheiten zwischen dem einstufigen System der nationalen Aktiengesellschaft und dem monistischen System der SE entstehen⁶⁹⁹.

Die Zurückhaltung des Ordnungsgebers, die sich im Bereich der Detailgestaltung also durchaus positiv auswirken dürfte, wirft allerdings an anderer Stelle auch seine Schatten auf das monistische System. Denn es kann keineswegs als gesichert gelten, dass sich – bei ansonsten freier Gestaltung – im monistischen System schon aufgrund der fehlenden Organgrenzen automatisch eine größere Nähe der überwachenden Mitglieder zur Leitung einstellt. So fragt es sich, weshalb die Berichterstattungspflichten im Vergleich zu den an sich schon schmal gehaltenen Berichtspflichten der Leitungsorgan-Mitglieder noch knapper ausfallen⁷⁰⁰. Des Weiteren bleibt unverständlich, wieso der Ordnungsgeber – indem er eine Funktionstrennung ausdrücklich für wünschenswert erklärt⁷⁰¹ –

⁶⁹⁵ Hierzu jüngst *Kaden* (2003), S. 86; siehe ferner auch die Nachweise in FN 538 u. 539 [Zweiter Teil: B. II. 2. b) aa].

⁶⁹⁶ Die Vorschriften zur Geheimhaltung gelten unabhängig davon, ob das dualistische oder monistische System gewählt wird, vgl. nochmals Artt. 49 SE-VO, 8 Abs. 2 SE-RL.

⁶⁹⁷ Vgl. Art. 48 Abs. 1; Art. 43 Abs. 2 und Art. 50 SE-VO.

⁶⁹⁸ Zu den Einschränkungen, wonach das Verwaltungsorgan im Falle der Mitbestimmung aus mindestens drei Mitgliedern bestehen muss und bei paritätischer Zusammensetzung nur ein von der Hauptversammlung bestelltes Mitglied zum Vorsitzenden gewählt werden darf, vgl. Artt. 43 Abs. 2 S. 3, 45 S. 2 SE-VO.

⁶⁹⁹ Vgl. Art. 43 Abs. 1 SE-VO.

⁷⁰⁰ Siehe nur die pauschal gehaltenen Vorgaben in Art. 44 SE-VO.

⁷⁰¹ Vgl. nochmals Erwägungsgrund (14) SE-VO.

nicht auch (zumindest) eine entsprechende mitgliedstaatliche Option vorsah, die gegebenenfalls entweder nur die überwachenden Mitglieder oder das Plenum in den Lage versetzen würde, Plenarkompetenzen eigenständig festzulegen⁷⁰². Mit der in Art. 44 Abs. 1 SE-VO vorgeschriebenen Anzahl von jährlich mindestens vier Sitzungen hat er zwar immerhin einen vertretbaren Mindestturnus für Beratungen vorgegeben, er bleibt damit freilich unter dem Niveau der für Board-Verhältnisse als gewöhnlich angenommenen Sitzungshäufigkeit⁷⁰³.

Schließlich gilt es die Vereinbarungslösung hervorzuheben, mit der die SE-Richtlinie die – aus vereinzelter Sicht wohl längst überfällige⁷⁰⁴ – Liberalisierung der Mitbestimmung in durchaus beifallwürdiger Weise in Angriff nimmt⁷⁰⁵. Zu kritisieren bleibt lediglich die diesbezügliche Ungleichbehandlung der Gründungsformen, da sie die an sich attraktive Alternative des Rechtsformwechsels dahingehend benachteiligt, dass eine Abänderung der Mitbestimmungsformen, die nicht zwangsläufig immer auch eine Minderung der Mitbestimmung bedeuten muss, unmöglich wird⁷⁰⁶.

2. SE-Ausführungs- und Ergänzungsgesetz

Für den deutschen Gesetzgeber markieren die gemeinschaftsrechtlichen Regelungen ein unverrückbares Datum. Sein Regelungsspielraum wird aber vor al-

⁷⁰² Vgl. in diesem Zusammenhang den Wortlaut von Art. 48 Abs. 1 S. 2 SE-VO, der sich *expressis verbis* nur auf das Aufsichtsorgan bezieht. Zu den damit verbundenen Nachteilen des monistischen Trennungsmodells siehe im Einzelnen, Dritter Teil: A. I. 2. b) aa), S. 157 ff.; Dritter Teil: B. I. 2. b) aa), S. 216 ff.; Dritter Teil: C. I. 3. a) bb) (1), S. 249 ff.; Dritter Teil: C. I. 3. b) bb), S. 265 ff.; Dritter Teil: C. I. 4. b), S. 275 f.

⁷⁰³ Angesichts der durchschnittlichen Anzahl von sechs bis neun Board-Sitzungen [vgl. die Nachweise in FN 598, Zweiter Teil: B. II. 2. b) bb)] wäre eine Verpflichtung, spätestens nach zwei Monaten zusammenzutreten, rechtspolitisch durchaus wünschenswert gewesen.

⁷⁰⁴ Vgl. *Weiss* (2003), S. 182; *Götz* (2003b), S. 1067; *Schiessl* (2003), S. 255.

⁷⁰⁵ Damit hat der europäische Gesetzgeber – gewollt oder ungewollt – Überlegungen aus der Property-Rights-Theorie aufgegriffen. In diesem Zusammenhang stößt man verschiedentlich auf das Argumentationsmuster, dass die Mitbestimmung, wenn und soweit sie im Interesse der Anteilseigner und Arbeitnehmer läge, auch freiwillig vertraglich vereinbart würde, vgl. *Gerum* (1989), S. 48 f. m.w.N.; *Sadowski/Junkes/Lindenthal* (2001b), S. 148.

⁷⁰⁶ Zum fadenscheinigen Argument der ‚Flucht aus der Mitbestimmung‘ siehe nur überzeugend *Heinze* (2002), S. 70: „Im Übrigen ist zu betonen, dass man oft die beschworene ‚Flucht aus der Mitbestimmung‘ in Deutschland nicht zu beobachten hat, da die gesellschaftsrechtliche Mitbestimmung von den Unternehmen nicht als Bedrohung empfunden, sondern sogar exportiert wird. Wenn es in jüngster Zeit gleichwohl verstärkt zu einer Verlegung von Betrieben ins Ausland bzw. dazu gekommen ist, dass Neugründungen nicht in Deutschland, sondern im Ausland initiiert werden, dann hat dieses Phänomen nichts mit dem deutschen Mitbestimmungssystem, sondern mit dem Steuerrecht und der Höhe der deutschen Lohn- und Nebenkosten zu tun.“ Und früher schon *Monti* (1997), S. 608.

lem auch dadurch nachhaltig begrenzt, dass er Satzungsbestimmungen hinnehmen muss, soweit sie sich innerhalb der von der Verordnung gewährten Satzungsfreiheit bewegen⁷⁰⁷. Zum anderen kann er grundsätzlich nur auf Basis einer Ermächtigungsgrundlage gesetzgeberisch tätig werden⁷⁰⁸. Bei Lichte besehen verbleibt ihm dennoch in einigen Bereichen weitaus mehr Spielraum als nur für Randkorrekturen. So räumt Art. 43 Abs. 4 SE-VO – im Unterschied zu den anderen Ermächtigungsnormen, die lediglich ausgewählte Detailfragen ansprechen – dem deutschen Gesetzgeber pauschal das Recht ein, speziell auf das monistische System zugeschnittene Regelungen zu erlassen. Angesichts der wenigen Optionen, die daneben verbleiben⁷⁰⁹, sollte der deutsche Gesetzgeber hiervon auch im erforderlichen Maße Gebrauch machen.

Wie die Untersuchungsergebnisse indes deutlich belegen, wäre es nicht ratsam, dem Wunsch des Ordnungsgeber nach einer klaren Abgrenzung der Verantwortungsbereiche dergestalt zu entsprechen, dass eine Funktionstrennung nach dem Vorbild des Trennungmodells im Zuge dessen als obligatorisch vorgeschrieben wird⁷¹⁰. Sie mag zwar einem allgemein anerkannten Grundsatz guter Corporate Governance Rechnung tragen, das Modell der faktischen Funktionstrennung birgt jedoch aufgrund der gemeinschaftsrechtlichen Grundkonzeption des monistischen Systems – bei Sitz der SE in Deutschland – sowohl unter gesellschafts- und mitbestimmungsrechtlichen als auch unter konzernrechtlichen Gesichtspunkten erhebliche Nachteile im Vergleich zum Delegiertenmodell⁷¹¹. Daran würde auch ein gesetzlicher Kanon zwingender Plenarkompetenzen, den der Gesetzgeber gem. Art. 48 Abs. 2 SE-VO im Begleitgesetz aufnehmen könnte, nur bedingt etwas ändern. An Stelle einer konsequenten und künstlichen (Grenz-)Linie zwischen Leitung und Überwachung sollte der Gesetzgeber

⁷⁰⁷ Vgl. Art. 9 Abs. 1 lit. b) SE-VO.

Der Normenhierarchie (des Art. 9 Abs. 1 SE-VO) gemäß wären an dieser Stelle genaugenommen die Ausführungen zur satzungsrechtlichen Ebene den nun folgenden Anmerkungen zum SE-Begleitgesetz voranzustellen. Da jedoch nicht nur die satzungsrechtlichen Implikationen herausgearbeitet, sondern auch Gestaltungshinweise gegeben werden sollen, ist es sinnvoller, erst dann darauf einzugehen, wenn der gesetzliche Rahmen in seinen wesentlichen Punkten nochmals umrissen wurde.

⁷⁰⁸ Vgl. *Teichmann* (2002b), S. 399 f., der in diesem Zusammenhang betont, der Ordnungsgeber hätte den Mitgliedstaaten gerade nicht das Recht gewähren wollen, ein Sonder-Aktienrecht der SE zu schaffen.

⁷⁰⁹ Vgl. Art. 43 Abs. 2 S. 2, 48 Abs. 2 SE-VO.

⁷¹⁰ In diese Richtung zielt jedoch eine Ankündigung des Bundesministeriums der Justiz: „Für börsennotierte SE wird der Deutsche Corporate Governance Kodex um Regelungen zum monistischen System zu ergänzen sein, die möglicherweise eine strengere Trennung von Geschäftsführung und Überwachung vorsehen werden.“, Pressemitteilung Nr. 12/03 v. 28. Februar 2003 [http://www.bmj.bund.de, Stand 28.2.2003]. Ähnlich *Neye/Teichmann* (2003), S. 179.

⁷¹¹ Bezügl. der Kernschwächen des Trennungmodells siehe nochmals die Aufzählung in FN 673 [Dritter Teil: C. II.] und im Vergleich dazu die in FN 674 [Dritter Teil: C. II.] angeführten Vorzüge des Delegiertenmodells.

daher vorzugsweise die Figur des Geschäftsführers vorsehen, um ihn bzw. sie von den anderen Mitgliedern des Verwaltungsorgans abzugrenzen⁷¹². Dadurch würde nicht nur das Delegiertenmodell ermöglicht, sondern auch das Einheitsmodell, in dem eine unabhängige Überwachung gänzlich fehlt, von der Zulässigkeit ausgenommen⁷¹³.

In diesem Zusammenhang wäre ferner zu überlegen, ob nicht der Gesetzgeber eine Regelung vorsehen sollte, wonach wenigstens ein Teil der Verwaltungsorgan-Mitglieder bestimmte (im SE-Begleitgesetz noch näher zu benennende) Unabhängigkeitskriterien erfüllen muss⁷¹⁴. Dies erscheint ungeachtet der generellen Vorteile, die man damit verbinden mag, schon deshalb empfehlenswert, weil ihnen als ideale Kandidaten eines Bilanzausschusses so problemlos die Erteilung des Prüfungsauftrages gem. § 111 Abs. 2 S. 3 AktG anvertraut werden könnte⁷¹⁵. Zum anderen legt aber auch die dem Verwaltungsstimmrecht (§ 134 Abs. 3 S. 3 AktG) immanente Gefahr der faktischen Kooptation eine anteilige Besetzung des Verwaltungsorgans mit unabhängigen Personen nahe. Wollte der Gesetzgeber die mehr oder weniger unabhängige Kontrolle der Geschäftsführung im monistischen System darüber hinaus noch weiter stärken, so könnte er den Stimmen der nicht geschäftsführenden Mitglieder mehr Gewicht verleihen, indem er im Rahmen des Ausführungsgesetzes bestimmt, dass erstens einem geschäftsführenden Mitglied durch Plenumsbeschluss die Geschäftsführungskompetenz entzogen werden darf und zweitens die Berichterstattung den detaillierteren und schärferen Vorgaben des § 90 AktG zu entsprechen hat⁷¹⁶.

Ein derart freizügiger Ausbau bleibt ihm hingegen bei der dualistischen Systemalternative grundsätzlich versagt⁷¹⁷. Die SE-Verordnung stellt zwar auch hier die erforderliche Ermächtigungsgrundlage bereit⁷¹⁸, Art. 39 Abs. 5 SE-VO richtet sich aber ausschließlich an jene Mitgliedstaaten, denen ein zweistufiges Führungssystem bislang fremd ist. Für den deutschen Gesetzgeber besteht somit nur die Möglichkeit, Anpassungen im Rahmen der mitgliedstaatlichen Optionen vorzunehmen. Nicht bei allen hat er jedoch auch uneingeschränkte Wahlfreiheit,

⁷¹² Dabei gilt es zu bedenken, dass der Satzungsgeber ohnehin durch umfangreiche Plenarkompetenzen eine verbindliche Funktionstrennung wenn nicht unterlaufen, so doch außerordentlich strapazieren könnte.

⁷¹³ Dem trägt der aktuelle Diskussionsentwurf eines SE-Ausführungsgesetzes u. a. in § 24 Abs. 1 S. 2 SEAG-E Rechnung.

⁷¹⁴ Anders *Hopt* (2002b), S. 38 f., der sich zwar grundsätzlich für Unabhängigkeitskriterien ausspricht, aber eine gesetzliche Regelung für ungeeignet hält.

⁷¹⁵ Der Verdienst des KonTraG ließe sich also auch für das monistische System fruchtbar machen; vgl. hierzu die Nachweise in FN 90 [Dritter Teil: A. I. 1. b)].

⁷¹⁶ Vgl. §§ 24 Abs. 5 u. 6 SEAG-E und in diesem Kontext auch *Maul* (2002), S. 422.

⁷¹⁷ So auch *Teichmann* (2002b), S. 400.

⁷¹⁸ Vgl. den insoweit übereinstimmenden Wortlaut der Art. 43 Abs. 4 SE-VO (monistisches System) und Art. 39 Abs. 5 SE-VO (dualistisches System).

denn zur Ausübung von Wahlrechten verlangt die SE-Verordnung zum Teil, dass entsprechende Regelungen gleichfalls für nach dem Recht des Mitgliedstaates gegründete Aktiengesellschaften gelten⁷¹⁹. Er unterliegt also – wenn man so will – stellenweise seinen eigenen Beschränkungen, die sich nur durch Änderungen des nationalen Aktienrechts aufheben ließen⁷²⁰.

Zu den optionalen Regelungen, die der deutsche Gesetzgeber im Ausführungsgesetz ohne weiteres vorsehen kann und, weil sie der Überwachung im dualistischen System letztlich das nötige Gewicht verleihen, auch unbedingt vorsehen sollte, gehört vor allem die Berechtigung des Aufsichtsorgans eigenmächtig Zustimmungsvorbehalte festlegen zu dürfen⁷²¹. Er könnte damit immerhin an die, wenngleich nicht ganz befriedigende, Rechtslage vor Einführung des TransPuG anknüpfen⁷²² und die praktischen Schwierigkeiten, die sich bei der Formulierung eines gesetzlichen Kataloges grundsätzlich stellen würden⁷²³, umgehen⁷²⁴. Um parallel auch jedes einzelne Mitglied des Aufsichtsorgans in seinen Rechten zu stärken, sollte ihnen außerdem das Recht gewährt werden, gem. Art. 41 Abs. 3 S. 2 SE-VO Berichte des Leitungsorgans eigenständig anfordern zu dürfen. Im Ergebnis wären hierdurch zugleich die Informations- bzw. Auskunftsrechte der Aufsichtsorgans-Mitglieder mit denen der Aufsichtsratsmitglieder in Übereinstimmung gebracht⁷²⁵.

Den übrigen (vier) Wahlrechten kommt dagegen, zumindest was die Herausbildung von Stärken und Schwächen des dualistischen Systems anbelangt, nur untergeordnete Bedeutung zu⁷²⁶. So dürfte die (vom deutschen Gesetzgeber ex-

⁷¹⁹ Vgl. insbesondere Artt. 39 Abs. 1, Abs. 2 S. 2, 47 Abs. 1 SE-VO; siehe hierzu auch *Teichmann* (2002c), S. 599; *ders.* (2002a), S. 1113; *Jahn/Herfs-Rötgen* (2001), S. 633; *Thoma/Leuring* (2002), S. 1451.

⁷²⁰ Siehe in diesem Zusammenhang auch *Hirte* (2002), S. 5, der (allerdings mit Blick auf das monistische System) vermutet, dass die SE Reformen bei der Verfassung der nationalen Aktiengesellschaft anstoßen wird; zu ähnlichen Überlegungen *Hommelhoff* (2001c), S. 283.

⁷²¹ Vgl. die Kann-Bestimmung in Art. 48 Abs. 1 S. 2 SE-VO; hierzu eingehender *Lange* (2003b), S. 305; sowie § 17 SEAG-E nebst Begründung, SEAG-E, S. 36.

⁷²² Zur Neufassung des § 111 Abs. 4 S. 2 AktG durch das TransPuG siehe nochmals FN 74 [Dritter Teil: A. I. 1. b)].

⁷²³ Vgl. die Option in Art. 48 Abs. 2 SE-VO.

⁷²⁴ Mit derartigen Problemen sahen sich auch schon die Verfasser des TransPuG konfrontiert, die sich zu Recht gegen die Einführung vorformulierter Zustimmungsbedürfnisse entschieden haben; vgl. auch die Anmerkungen in FN 77 m. N. [Dritter Teil: A. I. 1. b)]

⁷²⁵ Zur Absicht des deutschen Gesetzgebers, die Regelungsoptionen so zu nutzen, dass ein Gleichlauf mit dem Aktiengesetz hergestellt wird, *Teichmann* (2002a), S. 1110; vgl. auch § 16 SEAG-E.

⁷²⁶ Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass drei weitere Optionen existieren, die allerdings ohne Änderung der (nationalen) Rechtslage nicht umgesetzt werden können. Dabei handelt es sich um die in FN 719 [Dritter Teil: D. I. 2.] genannten Vorschriften.

plizit zu diktierende⁷²⁷) Anwendung der Regelungen des MitbestG zur Beschlussfähigkeit und Beschlussfassung auf das mitbestimmte Aufsichtsorgan frei von nennenswerten Folgen bleiben. Auch einer zeitlichen Beschränkung der Interimstätigkeit eines einzelnen Aufsichtsorgan-Mitgliedes im Leitungsorgan der SE auf höchstens ein Jahr stehen keine Bedenken entgegen⁷²⁸. Nicht anders verhält es sich mit den Höchst- bzw. Mindestgrenzen, die der deutsche Gesetzgeber für die personelle Ausstattung des Leitungsorgans und des Aufsichtsorgans festlegen kann⁷²⁹. Sofern die einschlägigen Regelungen des Aktiengesetzes übernommen werden⁷³⁰, bleibt dem Satzungsgeber auch in diesem Punkt genügend Gestaltungsfreiheit.

Es zeigt sich also, dass eine Regelungsstrategie, die vornehmlich darauf abzielt, Unterschiede zwischen der Führungsorganisation der SE und der AG (weitestgehend) zu beseitigen, im Falle des dualistischen Systems sowohl möglich als auch sinnvoll wäre. Dem monistischen System würde sie hingegen nicht gerecht. Seine Konzeption erfordert vielmehr eine rechtliche Sonderbehandlung⁷³¹, der das anspruchsvolle Ziel zugrundeliegen müsste, die Attraktivität des monistischen Systems so gut es geht zu erhalten. Der Gesetzgeber sollte sich daher bei der Kodifikation des Ausführungsgesetzes soweit nötig vom aktienrechtlichen Leitbild lösen und bestehende konzeptionelle Unterschiede hinnehmen.

3. Nationale Vorschriften

Auf der Ebene des nationalen Rechts verdichtet sich schließlich das Spektrum der einschlägigen Regelungen zum Vollstatut der SE. Soweit dabei bestehende Vorschriften des Sitzstaates über die Generalverweisungsnorm des Art. 9 Abs. 1 lit. c) ii) SE-VO zur Anwendung kommen, dienen sie primär dazu solche Bereiche zu regeln, die die SE-Verordnung als ‚weiße Flecken‘ offen belassen hat. Wie die Ausführungen im Hauptteil der Arbeit gezeigt haben, lässt sich aus der Fülle dieser ergänzenden Vorschriften des deutschen Unternehmensrechts eine ganze Reihe von Bestimmungen extrahieren, die das *dualistische System* erkennbar positiv ausformen. So konkretisiert z. B. das Kollegialgebot aus § 77 Abs. 1 AktG das Verhältnis der Leitungsorgan-Mitglieder untereinander, was wohl im Ergebnis zu einer generell breiteren Entscheidungsfundierung führen dürfte, da nicht gegen die Mehrzahl der Leitungsorgan-Mit-

⁷²⁷ Diese Möglichkeit eröffnet Art. 50 Abs. 3 SE-VO.

⁷²⁸ Vgl. Art. 39 Abs. 3 S. 4 SE-VO; § 105 Abs. 2 S. 1 AktG. In diese Richtung zielt sowohl der Vorschlag von *Teichmann* (2002a), S. 1113 f., als auch der Diskussionsentwurf des SE-Ausführungsgesetzes [vgl. § 13 S. 1 SEAG-E].

⁷²⁹ Vgl. Art. 39 Abs. 4 S. 2, 40 Abs. 3 S. 2 SE-VO.

⁷³⁰ Vgl. §§ 76 Abs. 2, 95 AktG; §§ 14 S. 1, 15 Abs. 1 SEAG-E.

⁷³¹ Siehe auch die zutreffende Einschränkung bei *Teichmann* (2002a), S. 1110.

glieder entschieden werden kann. Daneben stellt § 84 Abs. 2 AktG nunmehr klar, dass das Aufsichtsorgan einen Leitungsorgan-Vorsitzenden benennen darf⁷³², dessen rechtliche Stellung – in einem Kollegialorgan – folgerichtig nicht dem Rang eines CEO, sondern dem eines *primus inter pares* entspricht. Ihm fällt, parallel zum Vorstandsvorsitzenden der AG, in erster Linie die Aufgabe zu die Sitzungen des Leitungsorgans zu leiten und zu koordinieren⁷³³.

Es kommt aber darüber hinaus noch zu weiteren Lückenschließungen, von denen das dualistische System letztlich profitiert. Von Vorteil dürfte insbesondere sein, dass sich die Berichterstattungspflichten des Leitungsorgans um § 90 AktG erweitern und Leitungsorgan-Mitglieder gem. § 84 Abs. 3 S. 1 AktG nur aus wichtigem Grund abberufen werden können⁷³⁴. Auf der anderen Seite präzisieren die Vorschriften des AktG auch in mehreren Punkten den allgemeinen Tätigkeitsrahmen für die Arbeit des Aufsichtsorgans. Konkrete Vorgaben lassen sich unter anderem den §§ 110 Abs. 3, 107 Abs. 3 AktG entnehmen. Danach muss das Aufsichtsorgan einer börsennotierten SE mindestens viermal im Jahr tagen und die aktienrechtlichen Grenzen der Ausschussbildung beachten. Als Pendant zum Aufsichtsrat obliegt ihm ferner das Recht zur Auftragsvergabe an den Abschlussprüfer⁷³⁵, womit theoretisch auch im dualistischen System die Distanz zwischen Leitungsorgan und Prüfer gewahrt wäre.

Von Bedeutung sind nicht zuletzt mehrere Bestimmungen, auf die im Verordnungstext direkt verwiesen wird. So müssen Angehörige des Aufsichtsorgans die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen, die grundsätzlich für alle Aufsichtsratsmitglieder gelten⁷³⁶, was nicht ausschließt, dass die Satzung der SE an die Person der Anteilseignervertreter weitere Anforderungen stellen kann⁷³⁷. Eine gewisse fachliche Mindestqualifikation der Amtsinhaber verlangen aber auch schon die allgemeinen Sorgfaltspflichten aus §§ 93, 116 AktG i.V.m. Art. 51 SE-VO⁷³⁸. Alles in allem sorgen also erst die Regelungen des deutschen Aktienrechts für die erforderliche Besetzung des Aufsichtsorgans mit fachlich versierten und hinreichend unabhängigen Personen.

⁷³² Zur Erinnerung sei angemerkt, dass die SE-Verordnung den Vorsitzenden des Leitungsorgans nur beiläufig, und zwar im Rahmen der Beschlussfassungsregeln erwähnt [vgl. Art. 50 Abs. 2 SE-VO]. Zur Unterscheidung zwischen dem Vorstandsvorsitzenden und dem Vorstandssprecher statt vieler *Hüffer* (2002), § 84 Rn. 20 ff.; *Hoffmann-Becking* (1998), S. 517 f.; *ders.* (2003), S. 748.

⁷³³ Vgl. *Hüffer* (2002), § 84 Rn. 21.

⁷³⁴ Die damit verbundene Stärkung des einzelnen Mitgliedes betont *Hommelhoff* (2001 c), S. 283; wohl auch *Schwarz* (2001), S. 1885.

⁷³⁵ Vgl. § 111 Abs. 2 S. 3 AktG i.V.m. Art. 9 Abs. 1 lit. c) ii) SE-VO.

⁷³⁶ Vgl. § 100 Abs. 1 bis 3 AktG i.V.m. Art. 47 Abs. 2 lit. a) SE-VO.

⁷³⁷ Vgl. § 100 Abs. 4 AktG i.V.m. Art. 47 Abs. 3 SE-VO.

⁷³⁸ Hierzu *Hüffer* (2002), § 116 Rn. 2 f. m.N. zur Rechtsprechung des BGH.

Diese durchweg positive Bilanz der gesellschaftsrechtlichen Ausformung wird allerdings mitbestimmungsrechtlich (ein)getrübt. Dabei sind es vor allem die Regelungen des paritätischen Mitbestimmungsregimes⁷³⁹, die aufgrund der veränderten Zusammensetzung des Aufsichtsorgans nachhaltige Beeinträchtigungen der Überwachung befürchten lassen. Insofern gehen vom Recht der Mitbestimmung – wenn und soweit es auf eine dualistisch strukturierte SE überhaupt Anwendung findet – prinzipiell dieselben Gefahren aus, wie sie sich im Aufsichtsrats-System längst bemerkbar gemacht haben⁷⁴⁰. Etwas anders verhält es sich dagegen mit dem Recht der verbundenen Unternehmen. Das dualistische System ruft zwar allseits bekannte Konzernrechtsprobleme in unveränderter Form hervor, seine Flankierung durch konzernrechtliche Regelungen selbst bleibt aber im Großen und Ganzen ohne gravierende Rückwirkung auf die Eignung des Systems als Führungsorganisation der Konzernspitze⁷⁴¹.

Die Auswirkungen der nationalen Vorschriften auf das *monistische System* lassen sich demgegenüber z.T. nur modellbezogen differenziert und mit einer gewissen Unsicherheit beurteilen, da sowohl dem Satzungsgeber wie auch dem deutschen Gesetzgeber ein beträchtlicher Gestaltungsspielraum zukommt⁷⁴². Abzusehen ist dennoch bereits jetzt, dass das Verwaltungsstimmrecht – mit Blick auf die Personalhoheit der Hauptversammlung – eine von der modellspezifischen Ausgestaltung unabhängige Schwachstelle des monistischen Systems schaffen könnte⁷⁴³. Im Ergebnis dürfte es zumindest keinen wesentlichen Unterschied machen, ob nun leitende Mitglieder, wie im Trennungsmodell, ihre Kollegen und Kontrolleure aussuchen oder geschäftsführende Mitglieder Kollegen bestellen, von denen einige künftig die Geschäftsführung beaufsichtigen, im Übrigen aber auch an der Oberleitung teilnehmen (Delegiertenmodell). In beiden Fällen würde es letztlich auf eine Kooptation der Verwaltungsorgan-Mitglieder hinauslaufen und in beiden Fällen könnte deren Unvoreingenommenheit durchaus ‚leiden‘.

Ein gleichfalls modellunabhängiger Nachteil des monistischen Systems, den die nationalen Bestimmungen zwar streng genommen nicht verursachen, auf der anderen Seite aber erst sichtbar machen, ist seine Unverträglichkeit mit der starren paritätischen Mitbestimmungsform. Hier reichen die Folgen für Leitung und Überwachung schließlich soweit, dass die gegebenenfalls bestehende Pflicht zur

⁷³⁹ Vgl. insbesondere § 7 MitbestG.

⁷⁴⁰ So u.a. die mögliche Potenzierung der Mitbestimmung im Konzern; vgl. weiter oben, Dritter Teil: C. I. 4. a), S. 272 ff.

⁷⁴¹ Siehe im Einzelnen, Dritter Teil: C. I. 3. a) aa), S. 238 ff. und Dritter Teil: C. I. 3. b) aa), S. 260 ff.

⁷⁴² Zur Gestaltung im Rahmen des SE-Ausführungs- und Ergänzungsgesetzes siehe eingehender weiter oben, Dritter Teil: D. I. 2., S. 283 ff.; zur Modellierung des monistischen Systems durch Satzungsbestimmungen näheres im folgenden Abschnitt.

⁷⁴³ Zur Möglichkeit Stimmrechtsvertreter zu bestellen, vgl. § 134 Abs. 3 S. 3 AktG.

hälftigen Besetzung des Verwaltungsorgans mit gleichberechtigten Arbeitnehmervertretern nachgerade ein ‚K.O.-Kriterium‘ bildet⁷⁴⁴.

Auf modellspezifische Mängel, also solche Mängel, die nicht auf die Einstufigkeit des monistischen Systems, sondern auf eine bestimmte Zuständigkeitsordnung (innerhalb des Verwaltungsorgans) zurückzuführen sind, stößt man im Kontext des deutschen Gesellschaftsrechts indessen nur im Delegiertenmodell. Seine außergewöhnliche Aufgaben- und Kompetenzverteilung bereitet im aktienrechtlichen Umfeld vorerst insoweit (Zuordnungs-)Probleme, als die Sorgfaltspflichten (§§ 93, 116 AktG) und das Recht zur Erteilung des Prüfungsauftrages (§ 111 Abs. 2 S. 3 AktG) im übertragenen Sinne ein nach der Konzeption des Trennungsmodells gestaltetes Verwaltungsorgan unterstellen. Dabei handelt es sich – *de lege lata* – gleichwohl nur um (vorläufige) konzeptionelle Unzulänglichkeiten, denn sie erfordern schlicht ein Tätigwerden des deutschen Gesetzgebers⁷⁴⁵. Nur wenn die nötigen Anpassungen im Rahmen des SE-Begleitgesetzes unterbleiben sollten, könnte man berechtigterweise auch von Mängeln sprechen, da sich ansonsten die nicht geschäftsführenden Mitglieder vermutlich in einer haftungsrechtlichen Grauzone bewegen würden und – falls unabhängige Verwaltungsorgan-Mitglieder fehlen – der erforderliche Abstand zwischen Leitung und Prüfer nicht gewährleistet wäre.

Im Gegensatz zu den gesellschaftsrechtlichen wie auch den mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften ergänzt das Aktienkonzernrecht die gemeinschaftsrechtlichen Regelungen zum monistischen System, ohne dass sich für die (monistisch strukturierte) SE als Konzernobergesellschaft (!) dadurch grundlegend neuartige Probleme stellen würden. Wenngleich auch die monistischen Modelle die vertrauten Konzernrechts-Probleme wieder vollständig aufleben lassen und diesbezüglich Vor- und Nachteile aufweisen, so entwickeln sie doch auf konzernrechtlichem Gelände zumindest keine Stärken oder Schwächen, die nicht schon in gemeinschaftsrechtlicher Hinsicht bestünden⁷⁴⁶. Diese erhalten im Konzern vielmehr nur ein größeres Gewicht.

⁷⁴⁴ Exemplarisch sei hier nur darauf verwiesen, dass im Delegiertenmodell Interessengegensätze in die Oberleitung hineingetragen werden (können), während es im Trennungsmodell zu ungewünschten Stimmengewichtsverteilungen kommt. Zu den mitbestimmungsrechtlichen Implikationen siehe weiter oben, Dritter Teil: B. I. 2. b) aa), S. 216 ff. (Trennungsmodell) und Dritter Teil: B. I. 2. b) bb), S. 220 ff. (Delegiertenmodell).

⁷⁴⁵ Siehe hierzu die klarstellenden Formulierungen in §§ 24 Abs. 8, 43 SEAG-E und die dazugehörigen Begründungen, SEAG-E, S. 40 u. S. 44.

⁷⁴⁶ Beispiele hierfür bilden die Plenarkompetenzen im Trennungsmodell und der im Hintergrund regierende Verwaltungsorgan-Vorsitzende beim Delegiertenmodell.

II. Satzungsrechtliche Ebene: Gestaltungshinweise für den Satzungsgeber

1. Dualistisches System

Vor dem Hintergrund dieser kaskadenförmigen Verschachtelung von Gemeinschaftsrecht, SE-spezifischem Recht und nationalem Unternehmensrecht steht der Satzungsgeber vor der durchaus anspruchsvollen Aufgabe, das (von ihm gewählte) Führungssystem der SE mittels Satzungsbestimmungen rechtlich-organisatorisch zu gestalten. Einem Satzungsgeber, der von seiner Regelungskompetenz jedoch nicht bloß im gemeinschaftsrechtlich geforderten Mindestmaß⁷⁴⁷, sondern umfassend Gebrauch machen möchte, dürfte sich schon unmittelbar vor der Gründung die Frage stellen, inwieweit er gestalterisch tätig werden kann und welche Gestaltungsmaßnahmen sich – mit Blick auf die Untersuchungsergebnisse – für die jeweilige Systemalternative empfehlen.

Was zunächst die Frage nach dem generellen Gestaltungsfreiraum angeht, so ist zu berücksichtigen, dass eine SE mit Sitz in Deutschland gleich einer doppelten Satzungsstrenge unterliegt, namentlich einer gemeinschaftsrechtlichen und einer aktienrechtlichen⁷⁴⁸. Hiernach darf der Satzungsgeber also grundsätzlich nur in den Bereichen näheres oder abweichendes bestimmen, in denen die SE-Verordnung bzw. das Aktiengesetz dies ausdrücklich zulässt. Zusätzliche Einschränkungen der Satzungsfreiheit finden sich aber zum Teil auch dort, wo der europäische Gesetzgeber den Mitgliedstaaten ein Wahlrecht zugesteht⁷⁴⁹. Damit deutet sich bereits an, dass für weitreichende Modifikationen der Führungssysteme im Rahmen der Satzung offenbar nur wenig Raum bleibt.

Eine der Stellgrößen, mit Hilfe derer der Satzungsgeber das *dualistische System* konfigurieren kann, beruht auf der personellen Ausstattung des Leitungssowie des Aufsichtsorgans. Dabei obliegt es seinem Ermessen, die maßgebliche Mitgliederstärke des jeweiligen Gremiums in den (gegebenenfalls) durch das SE-Begleitgesetz gezogenen Grenzen festzulegen⁷⁵⁰. Konkrete Richtwerte lassen sich zwar angesichts der höchst unterschiedlichen unternehmensindividuellen Gegebenheiten, wie z.B. Größe und Tätigkeitsfelder des Unternehmens,

⁷⁴⁷ Nicht in allen Fragen muss der Satzungsgeber auch tätig werden; vgl. z.B. die subsidiären Beschlussfassungsregeln in Art. 50 SE-VO.

⁷⁴⁸ Vgl. Art. 9 Abs. 1 lit. b) SE-VO und § 23 Abs. 5 AktG i.V.m. Art. 9 Abs. 1 lit. c) iii) SE-VO.

⁷⁴⁹ So z.B. in Art. 39 Abs. 4 S. 2 SE-VO, wonach die Mitgliedstaaten bezüglich der Mitgliederstärke des Leitungsorgans Ober- und/oder Untergrenzen festlegen können.

⁷⁵⁰ Vgl. Artt. 39 Abs. 4, 40 Abs. 3 S. 1 SE-VO. Aller Voraussicht nach werden die aktienrechtlichen Grenzwerte, die für die Besetzung des Vorstands bzw. des Aufsichtsrats gelten, für das dualistische System übernommen; vgl. *Teichmann* (2002a), S. 1114; §§ 14 S. 1, 15 Abs. 1 SEAG-E.

nicht allgemeingültig benennen. Der Tendenz nach scheint aber zumindest im Hinblick auf das Aufsichtsorgan eine Mitgliederzahl geboten, die einerseits genügend ‚Expertise‘ versammelt und andererseits das Gremium arbeitsfähig belässt⁷⁵¹. Um ein Mindestniveau des im Aufsichtsorgan vertretenen Fachwissens sicherzustellen, kann und sollte die Satzung der SE nicht zuletzt besondere Qualifikationsanforderungen aufstellen, denen Amtsanwärter genügen müssen⁷⁵². Aber auch hier erlauben die unternehmensspezifischen Verhältnisse keine Verallgemeinerung⁷⁵³.

Über die Größe des Aufsichtsorgans kann der Satzungsgeber sogar dann noch mehr oder weniger frei bestimmen, wenn die SE aus einer zuvor dem MitbestG 76 unterliegenden Aktiengesellschaft hervorgeht – sei es, dass sie durch Umwandlung entsteht oder auf anderem Wege gegründet wird und die Auflösung zur Anwendung kommt. Die SE-Richtlinie ordnet in diesen Fällen zwar die Beibehaltung des Mitbestimmungsstandards an⁷⁵⁴. Davon betroffen ist allerdings nur die Sitzverteilung und nicht die Gesamtgröße des Überwachungsorgans⁷⁵⁵. Wollte der Satzungsgeber den möglichen mitbestimmungsrechtlich induzierten Beeinträchtigungen der Überwachung, die sich – überspitzt formuliert – zumeist in einem phlegmatischen Überwachungsverhalten äußern, dennoch ansatzweise vorbeugen oder wenigstens stärker entgegenzutreten, so könnte er das Aufsichtsorgan allenfalls durch satzungsmäßig vorgeschriebene Zustimmungsbedürfnisse zu einer intensiveren Teilnahme am Leitungsgeschehen anhalten⁷⁵⁶. Da im Zuge dessen jedoch auch der Einfluss der Arbeitnehmervertreter auf die Entscheidungen des Leitungsorgans und damit auch das Risiko, dass Interessenkonflikte die Oberhand gewinnen, wachsen würde, sollte der Satzungsgeber von einer Änderung der subsidiären Regelungen zur Beschlussfähigkeit und Beschlussfassung (des Aufsichtsorgans) absehen, soweit sie ein qualifiziertes Quorum zum Inhalt hätte⁷⁵⁷. Einschränkend ist allerdings zu bemerken, dass es möglicherweise schon an der dafür erforderlichen Berechtigung fehlen könnte,

⁷⁵¹ Zur Kritik an den mitbestimmungsrechtlichen Größenvorgaben des MitbestG 76 siehe nochmals die gesammelten Nachweise in FN 532 [Zweiter Teil: B. II. 2. b) aa].

⁷⁵² Vgl. § 100 Abs. 4 AktG i.V.m. Art. 47 Abs. 3 SE-VO. Satzungsmäßige Zusatzanforderungen unterliegen lediglich der Auflage, dass sich das Wahlrecht der Hauptversammlung nicht dadurch auf ein ‚Recht zur Bestätigung‘ reduzieren darf; vgl. *Hüfner* (2002), § 100 Rn. 9.

⁷⁵³ Ein konkretes Beispiel für derartige Erfordernisse liefert der jüngst in Kraft getretene Sarbanes-Oxley Act. Nach Sec. 407 (a) des Sarbanes-Oxley Acts müssen börsennotierte Unternehmen offenlegen, ob dem Bilanzausschuss und damit letztlich hier dem Aufsichtsorgan der SE mindestens ein Finanzexperte angehört, der u.a. mit dem Rechnungslegungsstandard US-GAAP vertraut ist.

⁷⁵⁴ Siehe im Einzelnen, Dritter Teil: B. I. 1. b) aa), S. 196 ff. und Dritter Teil: B. I. 2. a) aa), S. 210 ff.

⁷⁵⁵ Vgl. nochmals die Ausführungen oben, Dritter Teil: B. I. 1. a), S. 190.

⁷⁵⁶ Vgl. Art. 48 Abs. 1 SE-VO.

⁷⁵⁷ Vgl. Art. 50 SE-VO.

falls nämlich der deutsche Gesetzgeber dem Satzungsgeber vorgreift und auf der Ermächtigungsgrundlage von Art. 50 Abs. 3 SE-VO die diesbezüglichen Bestimmungen des MitbestG 76 zur Geltung bringt⁷⁵⁸.

Demgegenüber bleibt es dem Satzungsgeber unbenommen für die Abstimmungen im Leitungsorgan abweichende Regeln festzulegen⁷⁵⁹. Ihm steht es frei zu entscheiden, ob Beschlüsse des Leitungsorgans mit einfacher Mehrheit, qualifizierter Mehrheit oder nur einstimmig gefasst werden dürfen. Damit kann er vorgeben, ob die Unternehmensleitung nach dem Prinzip der Gesamtgeschäftsführung oder – beschränkt auf den Bereich der nicht delegierbaren Leitungsentscheidungen – nach dem Grundsatz der Gesamtleitung zu erfolgen hat⁷⁶⁰. Auch über die Frage, welcher Stellenwert der Stimme des Leitungsorgan-Vorsitzenden zufallen soll, entscheidet letztlich die Satzung⁷⁶¹. Hierzu lassen sich freilich nur genauso vage Empfehlungen geben wie für die satzungsmäßige Begrenzung der Amtszeit von Leitungsorgan- und Aufsichtsorgan-Mitgliedern⁷⁶². Jedenfalls sollte der Vorsitzende dann über die ausschlaggebende Stimme verfügen, wenn sich das Leitungsorgan aus einer geraden Anzahl von Personen zusammensetzt, da es anderenfalls relativ leicht zu Pattsituationen kommen könnte⁷⁶³.

2. Monistisches System

Obschon sich die Bereiche des monistischen Systems, in denen die SE-Verordnung Satzungs- und Organisationsautonomie gewährt, im Großen und Ganzen mit denen des dualistischen Systems decken⁷⁶⁴, verfügt der Satzungsgeber im monistischen System – aufgrund der dort fehlenden Aufgabenverteilung – doch letzten Endes über deutlich mehr Gestaltungsmöglichkeiten⁷⁶⁵. Sieht man

⁷⁵⁸ Sie sind allerdings unbedenklich, da das erforderliche leichte Übergewicht der Anteilseignerseite gewahrt bliebe; vgl. § 29 MitbestG.

⁷⁵⁹ Vgl. nochmals Art. 50 SE-VO.

⁷⁶⁰ Zur Unterscheidung zwischen Gesamtgeschäftsführung und Gesamtleitung siehe statt vieler *Hüffer* (2002), § 77 Rn. 6 und 18.

⁷⁶¹ Vgl. Art. 50 Abs. 2 S. 1 SE-VO.

⁷⁶² Vgl. Art. 46 SE-VO, wonach in der Satzung bestimmt werden kann, für welchen Höchstzeitraum Mitglieder einmalig oder mehrmals (wieder)bestellt werden dürfen. Siehe in diesem Zusammenhang auch die Anregung des DCGK [Nachweis in FN 49, Dritter Teil: A. I. 1. a)].

⁷⁶³ Dazu bedarf es allerdings keiner Satzungsbestimmung, da der Leitungsorgan-Vorsitzende bereits nach Maßgabe der subsidiären Beschlussfassungsregeln das Recht zum Stichtentscheid besitzt; vgl. Art. 50 Abs. 2 S. 1 SE-VO.

⁷⁶⁴ Das liegt nicht zuletzt daran, dass die SE-Verordnung wesentliche Bereiche für beide Systeme gemeinsam regelt; vgl. die Vorschriften in Abschnitt 3, Titel III der SE-VO.

⁷⁶⁵ Zum Meinungsstand bezügl. der Zulässigkeit von verordnungsergänzenden Satzungsbestimmungen *Casper* (2003), S. 71; *Hommelhoff* (2003b), S. 272 u. S. 278; *Neye/Teichmann* (2003), S. 175 und am Rande *Kallmeyer* (2003a), S. 197.

einmal davon ab, dass der deutsche Gesetzgeber im Rahmen des Ausführungsgesetzes weitere Gestaltungsaufgaben festsetzen kann⁷⁶⁶, so erlaubt die SE-Verordnung theoretisch eine Fülle von Gestaltungsvarianten, die sich trotz Unterschieden im Detail im Kern durch die drei hier näher untersuchten Modelle des monistischen Systems kategorisieren und beschreiben lassen. Wie die Ausführungen im Hauptteil der Untersuchung jedoch zu erkennen geben, sollte der Satzungsgeber von der Implementierung des Einheitsmodells aus mehreren Gründen Abstand nehmen. Wenngleich auch das Trennungsmodell dem Delegiertenmodell nach allem deutlich unterlegen ist, wird er es unbeschadet dessen zumindest insoweit in Betracht zu ziehen haben, als eine Trennung zwischen Leitung und Überwachung – dem Vernehmen nach – unter bestimmten (mitbestimmungs- wie konzernrechtlichen) Bedingungen bei Sitz der SE in Deutschland künftig gewährleistet sein muss⁷⁶⁷. Unter dem Gesichtspunkt der satzungsrechtlichen Gestaltung interessieren somit nur das Trennungs- und das Delegiertenmodell.

Ob das monistische System eher die Gestalt des einen oder anderen Modells annimmt, ist eine Frage der grundlegenden Aufgabenverteilung zwischen den Mitgliedern des Verwaltungsorgans und des darauf abzustimmenden Umfangs der Plenarkompetenzen. Über beides kann der Satzungsgeber nach Maßgabe des Sitzstaates mehr oder weniger frei entscheiden⁷⁶⁸. Damit sind jedoch zunächst nur die groben Rahmenbedingungen für die Tätigkeit des Verwaltungsorgans umrissen. Weitere und wichtige Konfigurationsmöglichkeiten finden sich im Bereich der personellen Besetzung sowie im Bereich der Beschlussfassung. So kann der Satzungsgeber – wie auch im dualistischen System – die Anzahl der Verwaltungsorgan-Mitglieder (wiederum nur) innerhalb der sitzstaatspezifischen Höchst- und/oder Mindestgrenzen nach seinen Vorstellungen festlegen⁷⁶⁹, ihre maximale Amtszeit begrenzen⁷⁷⁰ und die Mitgliedschaft der Anteilseignervertreter an besondere, in der Satzung aufgeführte Voraussetzungen knüpfen⁷⁷¹.

⁷⁶⁶ Vgl. Art. 43 Abs. 4 SE-VO und in diesem Kontext *Casper* (2003), S. 71.

⁷⁶⁷ Vgl. nur die rechtspolitischen Überlegungen bei *Teichmann* (2002b), S. 444 ff.; *Maul* (2002), S. 407 ff., und *Kübler* (2003), S. 231 f.; siehe ferner auch die zitierte Passage aus der Pressemitteilung des Bundesministeriums der Justiz in FN 710 [Dritter Teil: D. I. 2.].

⁷⁶⁸ Hinsichtlich der Plenarkompetenzen ergibt sich dies unmittelbar aus Art. 48 Abs. 1 und 2 SE-VO, während das Recht zur satzungsrechtlichen Festlegung der Aufgabenverteilung aus (der analogen Anwendung von) § 77 Abs. 2 S. 2 AktG i.V.m. Art. 9 Abs. 1 lit. c) iii) SE-VO resultiert.

⁷⁶⁹ Vgl. Art. 43 Abs. 2 S. 1 SE-VO; § 19 Abs. 1 SEAG-E. Eine weitere Einschränkung enthält zudem Art. 43 Abs. 2 S. 3 SE-VO, wonach sich das Verwaltungsorgan einer mitbestimmungspflichtigen SE aus mindestens drei Mitgliedern zusammensetzen muss.

⁷⁷⁰ Vgl. Art. 46 SE-VO, wonach der Satzungsgeber nicht nur die einfache ‚Amtszeit‘, sondern auch die Anzahl der Wiederbestellungen beschränken darf.

Ferner ist es ihm überlassen, von den subsidiären Abstimmungsregeln der SE-Verordnung abzuweichen⁷⁷².

Vordergründig scheinen sich demnach das monistische und das dualistische System in ihren Bereichen, die einer (mehr oder weniger) freien Gestaltung zugänglich sind, kaum zu unterscheiden. Indes – bei näherem Hinsehen lassen sich einige augenfällige (Regelungs-)Details anführen, an denen deutlich wird, warum der Satzungsgeber bei der monistischen Systemalternative vergleichsweise mehr Gestaltungsfreiraum besitzt. Ein erster Unterschied zeigt sich schon darin, dass die Satzung dem Vorsitzenden des (paritätisch) mitbestimmten Verwaltungsorgans im Gegensatz zum Aufsichtsorgan-Vorsitzenden das Recht zum Stichtscheid vorenthalten kann⁷⁷³. Auch fehlt es an einer mit Art. 50 Abs. 3 SE-VO vergleichbaren Bestimmung, wonach die Mitgliedstaaten im Falle der Mitbestimmung die Anwendung der nationalen Beschlussfassungsmodalitäten vorsehen können⁷⁷⁴. Der Satzungsgeber hat also, was die Regelung der Beschlussfähigkeit und Beschlussfassung betrifft, im Ergebnis völlig ‚freie Hand‘.

Einer weiteren Besonderheit wird man gewahr, wenn man sich die Einstufigkeit des monistischen Systems und die Aufgabenverteilung der monistischen Modelle gemeinsam vor Augen führt. Da es nur einen Verwaltungsorgan-Vorsitzenden gibt und nur dieser mit dem Recht zum Stichtscheid ausgestattet werden kann, entscheidet seine Zugehörigkeit zu einer der beiden Mitgliedergruppen⁷⁷⁵ – bei gleicher Gruppenstärke – darüber, welcher Fraktion innerhalb des Verwaltungsorgans das größere Stimmengewicht zufällt. So gesehen verfügt der Satzungsgeber also mit den Gestaltungsgrößen ‚Gruppenstärke‘, ‚Abstimmungsregeln‘ und ‚Gruppenmitgliedschaft des Vorsitzenden‘ über insgesamt drei ‚Stellschrauben‘, über die er das System der *checks and balances* im Verwaltungsorgan justieren und gleichsam austarieren kann.

⁷⁷¹ Vgl. Art. 47 Abs. 3 SE-VO.

Nur am Rande sei vermerkt, dass die persönlichen Voraussetzungen im besonderen Falle des monistischen Systems auch für die leitenden bzw. geschäftsführenden Verwaltungsorgan-Mitglieder gelten, da sie im Unterschied zu den Angehörigen des Leitungsorgans auch als Anteilseignervertreter zu qualifizieren sind. Siehe in diesem Zusammenhang auch Hüffer (2002), § 84 Rn. 5, der hervorhebt, dass die Satzung der Entscheidung des Aufsichtsrats über die Bestellung eines Vorstandsmitgliedes allerdings nicht vorgereifen darf.

⁷⁷² Vgl. Art. 50 SE-VO.

⁷⁷³ Vgl. den Wortlaut in Art. 50 Abs. 2 (insbes. S. 2) SE-VO.

⁷⁷⁴ In Art. 50 Abs. 3 SE-VO wird ausdrücklich auf das Aufsichtsorgan Bezug genommen.

⁷⁷⁵ Entsprechend der modellspezifischen Aufgabenverteilung lassen sich im Trennungsmodell die Gruppe der leitenden Mitglieder und die der überwachenden Mitglieder, im Delegiertenmodell hingegen die Gruppe der geschäftsführenden und die der nicht geschäftsführenden Mitglieder unterscheiden.

Aus der Sicht des Satzungsgebers stellt sich mithin die Frage, welche diesbezüglichen satzungsrechtlichen Vorkehrungen er treffen müsste, um das von ihm gewählte Modell möglichst vorteilhaft zu konfigurieren. Vorgefertigte und bis ins Detail ausdifferenzierte Gestaltungsempfehlungen lassen sich freilich auch hier nicht geben. Vielmehr kann der Kreis der theoretisch denkbaren Konfigurationsalternativen nur – aber auch immerhin – unter Berücksichtigung der gewonnenen Untersuchungsergebnisse enger eingegrenzt und durch einzelne Gestaltungshinweise ergänzt werden. Dabei gilt es allerdings zu bedenken, dass das monistische System grundsätzlich eine geeignete Mitbestimmungsvereinbarung zur Voraussetzung hat⁷⁷⁶. Überlegungen zur Gestaltung des Verwaltungsorgans im Falle einer paritätischen Besetzung (mit gleichberechtigten Arbeitnehmervertretern) können folglich außen vor bleiben.

Bei der Konfiguration des *Trennungsmodells* ist vor allem dessen ‚gutgemeinte‘, letztlich aber mangelbehaftete Grundkonzeption in Rechnung zu stellen. Sie lehnt sich gedanklich an das dualistische System an, verschafft der Überwachungsfraktion jedoch gemessen an den Einflussmöglichkeiten des Aufsichtsorgans deutlich weniger Kontrollautorität, wofür im Wesentlichen die fehlende Personalkompetenz und die schmalen Plenarkompetenzen sprechen. Damit die ohnehin geschwächte Gruppe der überwachenden Mitglieder zumindest ihr verbleibendes Einflusspotenzial – auch konzernweit – (aus)nutzen kann, sollte ihr gesamtes Stimmengewicht unbedingt so groß sein, dass die (relativ wenigen) Plenarentscheidungen im Ergebnis von ihrer Zustimmung abhängen. Das ließe sich – bei gleicher Gruppenstärke – prinzipiell auf zwei unterschiedlichen Wegen erreichen. Gelten die subsidiären Beschlussfassungsregeln des Art. 50 SE-VO (einfache Mehrheit), so müsste der hiernach mit dem Recht zum Stichentscheid ausgestattete Verwaltungsorgan-Vorsitzende zwangsläufig der Überwachungsseite angehören. Alternativ würde aber auch ein beliebig höheres Quorum das ‚Vetorecht‘ der Überwachungsfraktion sicherstellen. Im Vergleich zu den Abstimmungsmodalitäten der SE-Verordnung scheinen qualifizierte Mehrheitserfordernisse allerdings schon deshalb die vorzugswürdigere Alternative darzustellen, weil sie nicht nur verhindern, dass Entscheidungen des Öfteren nur mit denkbar knapper Mehrheit getroffen werden, sondern auch generell eine Verkleinerung des Verwaltungsorgans und damit implizit eine zahlenmäßige Ungleichverteilung zwischen der Leitungs- und der Überwachungsseite ermöglichen⁷⁷⁷.

Mitbestimmungsbedingte Gestaltungsrestriktionen bestehen dagegen nur dort, wo eine Mitbestimmungsvereinbarung die gleichberechtigte Mitgliedschaft von

⁷⁷⁶ Denkbar wäre allenfalls eine drittelparitätische Besetzung des Verwaltungsorgans mit gleichberechtigten Arbeitnehmervertretern.

⁷⁷⁷ Siehe hierzu nochmals die Ausführungen oben, Dritter Teil: A. I. 2. b) aa), S. 158 ff. und Dritter Teil: B. I. 2. b) aa), S. 216 ff.

Arbeitnehmervertretern vorsieht⁷⁷⁸. Da in diesen Fällen – je nach der Verteilung der Stimmengewichte – immerhin die theoretische Gefahr entstehen könnte, dass die leitenden Verwaltungsorgan-Mitglieder und die Arbeitnehmervertreter ihre Stimmen sozusagen ‚im Schulterschluss‘ gegen die überwachenden Anteilseignervertreter bündeln⁷⁷⁹, reduzieren sich die Gestaltungsmöglichkeiten erheblich. Dabei hilft auch ein qualifiziertes Mehrheitserfordernis im Grunde nicht weiter. Denn es würde zwar ein Überstimmen der überwachenden Anteilseignervertreter verhindern, möglicherweise aber, d.h. abhängig von der Anzahl der Arbeitnehmervertreter, die Arbeitnehmerseite in die Lage versetzen Entscheidungen zu Fall zu bringen. Als tragfähige Gestaltungslösung für das Trennungsmodell kann folglich nur eine solche Konfiguration in Betracht kommen, bei der die Gruppe der überwachenden Anteilseignervertreter im Verhältnis zu den restlichen Verwaltungsorgan-Mitgliedern ein leichtes Stimmenübergewicht besitzt⁷⁸⁰.

Wer sich als Satzungsgeber dagegen für das *Delegiertenmodell* entscheidet, bringt damit implizit zum Ausdruck, dass nach seinen Vorstellungen nur das laufende Tagesgeschäft von einem kleineren Mitgliederkreis eigenverantwortlich geführt werden soll, während wichtige(re) Führungsentscheidungen von allen Mitgliedern des Verwaltungsorgans grundsätzlich gemeinsam, sprich von einem erweiterten Mitgliederkreis zu treffen sind. Die Verteilung der Stimmengewichte würde diesem Grundgedanken nur dann Rechnung tragen, wenn im Ergebnis nicht gegen die (Mehrzahl der) nicht geschäftsleitenden Mitglieder entschieden werden könnte. Modellverträglich wären demnach, wie auch im Trennungsmodell, nur solche Konfigurationen, die entweder bei einer Ungleichverteilung der Stimmen qualifizierte Mehrheitserfordernisse vorsehen oder aber bei Geltung der subsidiären Beschlussfassungsregeln der Gruppe der nicht geschäftsführenden Mitglieder ein starkes Stimmengewicht verleihen; sei es allgemein durch eine größere Gruppenstärke oder aufgrund der Zugehörigkeit des Vorsitzenden.

In diesem Zusammenhang sollte die Figur des Verwaltungsorgan-Vorsitzenden allerdings weder als stimmenrechtlicher ‚Spielball‘ angesehen noch als sol-

⁷⁷⁸ Fälle, in denen die Mitbestimmungsvereinbarung zu einer stimmenrechtlichen Diskriminierung der Arbeitnehmerrepräsentanten führt, sind in diesem Zusammenhang ohne Belang.

⁷⁷⁹ Siehe in diesem Zusammenhang nur die Bemerkung von *Schiessl* (2003), S. 241: „Hinzu kommt, dass es Vorstandsmitglieder gibt, die geschickt auf der Klaviatur der Mitbestimmung zu spielen verstehen, um sich die Unterstützung der Arbeitnehmerbank für die eigenen Interessen zu sichern und im Einzelfall sogar Arbeitnehmervertreter und Anteilseignervertreter gegeneinander auszuspielen.“

⁷⁸⁰ Wenn sich das Verwaltungsorgan bspw. aus drei leitenden Mitgliedern, zwei Arbeitnehmervertretern und fünf überwachenden Anteilseignervertretern zusammensetzt und die subsidiären Beschlussfassungsregeln gelten, müsste der Verwaltungsorgan-Vorsitzende wiederum zwangsläufig der Überwachungsseite angehören.

cher leichtfertig verwendet werden. Denn der Verwaltungsorgan-Vorsitzende dürfte in seiner Eigenschaft als Leitfigur in aller Regel eine hervorgehobene Stellung innerhalb des Verwaltungsorgans einnehmen. Der Satzungsgeber sollte sich daher bei der Festlegung der Gruppenzugehörigkeit nicht primär von stimmenrechtlichen Gesichtspunkten leiten lassen, sondern vielmehr bedenken, dass er im Zuge dessen mittelbar darüber entscheidet, wo sich das Leitungs- und Gravitationszentrum zukünftig befinden wird⁷⁸¹. Dem ist, wie die Ausführungen zur konzernrechtlichen Kompatibilität gezeigt haben, nicht zuletzt unter dem Aspekt der Konzernführung besondere Bedeutung beizumessen⁷⁸². Für die Stimmenverteilung zwischen Anteilseigner- und Arbeitnehmerseite hingegen sollte die Zugehörigkeitsfrage zunächst ohne Belang sein. Denn eine geeignete Mitbestimmungsvereinbarung würde – idealerweise – ein Stimmenübergewicht der Anteilseignerseite bereits sicherstellen und somit der (späteren) Entscheidung über die Zuordnung des Vorsitzenden auch nicht vorgreifen. Etwas anderes gilt freilich für das Stimmenverhältnis zwischen geschäftsführenden und nicht geschäftsführenden Mitgliedern. Bei einer anteiligen Besetzung des Verwaltungsorgans mit Arbeitnehmervertretern wären auch hier die schon im Kontext des Trennungsmodells herausgearbeiteten Gestaltungsrestriktionen zu beachten.

⁷⁸¹ Sofern der Satzungsgeber den Verwaltungsorgan-Vorsitzenden nicht mit Geschäftsführungsaufgaben betraut, mit anderen Worten also das Leitungszentrum bei den nicht geschäftsführenden Mitgliedern ansiedelt, sollte er konsequenterweise auch von seinem Recht, eine höhere Sitzungsfrequenz vorzuschreiben, Gebrauch machen; vgl. Art. 44 Abs. 1 SE-VO.

⁷⁸² Siehe im Einzelnen weiter oben, Dritter Teil: C. I. 3. a) bb) (2), S. 255 und Dritter Teil: C. I. 3. b) bb), S. 266 f.

Vierter Teil

Schlussbetrachtung

Würdigung

Als gleichsam hochkonzentrierte Essenz der Untersuchungsergebnisse mag stellvertretend die Aussage dienen, dass sich der Torso-Regelung bei aller (berechtigten) Kritik durchaus und nicht bloß punktuell Positives abgewinnen lässt. Sie schafft vor allem Wettbewerb auf mehreren Ebenen. Dabei handelt es sich zum einen um den hier nicht näher betrachteten – zwischen den Mitgliedstaaten aufkeimenden – Wettstreit um die günstigsten Standortbedingungen (Wettbewerb der Rechtsordnungen) und zum anderen um die Konkurrenz zwischen der SE und der jeweils nationalen AG. Dieser Konkurrenzkampf der Rechtsformen dürfte letztlich auf verschiedenen rechtlichen ‚Schauplätzen‘ ausgetragen werden, von denen hier jedoch nur der Markt für Führungssysteme eingehender zu untersuchen war (Ebene des Systemwettbewerbs¹).

Wenngleich das Wissen um die verschiedenen wettbewerbsfördernden Momente gemeinschaftsrechtlicher Normen an sich noch keinen sonderlich bemerkenswerten Erkenntnisgewinn darstellt, so belegen doch auf der anderen Seite erst die Ergebnisse dieser Untersuchung, dass – zumindest unter dem Aspekt der Führungsstrukturen – ein Wettbewerb auch tatsächlich stattfinden dürfte, da die Konkurrenzfähigkeit der SE-Systeme im Kontext des deutschen Unternehmensrechts (vorerst eindeutig) nachgewiesen werden konnte. Im Rahmen dieser unternehmensrechtlichen Kompatibilitäts- und Qualitätsprüfung haben sich sowohl das dualistische als auch das monistische System in Gestalt des Delegiertenmodells als grundsätzlich kompatible und tragfähige Führungsstrukturalternativen (zur Aufsichtsrats-Konzeption) herausgestellt. Dieser primär für die Unternehmenspraxis bedeutsame Befund ist nebenbei auch von rechtstheoretischem Wert und in seiner Tragweite besser zu fassen, wenn man ihn (unter Berücksichtigung wichtiger Teilergebnisse) jeweils getrennt einer betriebswirtschaftlich-praktischen und einer rechtswissenschaftlich-orientierten Würdigung unterzieht².

¹ Zur weiteren Unterscheidung zwischen rechtsforminternem und rechtsformübergreifendem Systemwettbewerb siehe die Anmerkungen in FN 31 [Erster Teil: B.].

² Es steht dem Verfasser zwar nicht zu, aus rechtswissenschaftlicher Perspektive zu urteilen, da er für sich keine diesbezügliche Expertise in Anspruch nehmen kann. Es

Aus rein betriebswirtschaftlicher Perspektive wäre der Befund im Grunde genommen schon deshalb als recht bedeutungsvoll einzustufen, weil er zu erkennen gibt, dass ein Übergang vom Aufsichtsrats-System zum dualistischen System keine schwerwiegenden Nachteile mitsichbringt. Unternehmen, die vor der Wahl zwischen dem Rechtskleid der SE und der AG stehen und notgedrungen eine ganze Reihe von Beurteilungskriterien heranziehen müssen, könnten ihre Entscheidung also ohne weiteres von anderen Kriterien abhängig machen³. Ob dies allerdings in der Mehrzahl der Fälle später auch so sein wird, ist durchaus fraglich. Nach den Untersuchungsergebnissen zu urteilen spricht nämlich einiges dafür, dass die Führungssysteme der SE wenn nicht allein, so doch (mit) einer der bewegenden Gründe sein dürften, warum Unternehmen einen Wechsel von der AG in die SE ernsthaft in Betracht ziehen werden.

So bietet (bislang) nur die Rechtsform der Europäischen Aktiengesellschaft die Möglichkeit der abändernden Mitbestimmungsvereinbarung und somit theoretisch eine Abkehr vom starren Mitbestimmungsregime der (Quasi-)Parität⁴. Diesen vermutlich gewichtigen Vorteil gegenüber dem mitbestimmten Aufsichtsrats-System können zunächst beide Führungssystemalternativen der SE für sich in Anspruch nehmen. Hinzu kommt aber als zweiter potenzieller Beweggrund, dass mit dem monistischen System erstmals auch größeren, insbesondere börsennotierten Aktiengesellschaften eine einstufige Führungsstruktur zur Verfügung steht. Das ergibt sich zwar schon unmittelbar aus dem Verordnungstext und ist demzufolge keine Erkenntnis, die erst die Untersuchung zu Tage gefördert hat. Im besonderen Falle des monistischen Systems stand jedoch schon ganz grundsätzlich in Frage, ob es im ‚dualistisch geprägten‘ Umfeld des deutschen Unternehmensrechts neben den zweistufigen Systemen⁵ überhaupt Bestand haben würde. Zu hinterfragen war mit anderen Worten seine praktische Wählbarkeit.

Vor diesem Hintergrund galt es, zwei Überlegungen, die für die Arbeit unter anderem richtungweisend waren, weiterzuverfolgen. Zum einen dürfte bei einem Teil der Unternehmen früher oder später ein nachhaltiges Interesse daran entstehen zu erfahren, ob und inwieweit sich mit der Wahl des monistischen Systems nunmehr auf deutschem Boden das Board-System U.S.-amerikanischer Prägung verwirklichen lässt. Im Hinblick darauf liefern die vorliegenden Untersuchungsergebnisse zumindest insoweit eine Antwort, als es nach dem jetzigen

soll dennoch zumindest versucht werden, die rechtlich beachtlichen Punkte herauszuarbeiten.

³ Anders gewendet müssen Unternehmen keine führungsstrukturellen Nachteile in Kauf nehmen, um von anderen rechtsformspezifischen Vorteilen der SE profitieren zu können, die die AG (gerade) nicht bietet.

⁴ Das gilt selbstverständlich auch für die hier vernachlässigte Montan-Mitbestimmung.

⁵ Gemeint sind das dualistische System der SE und das Aufsichtsrats-System der AG.

Stand der Dinge – vorerst und mit der gebotenen Vorsicht formuliert – als gesichert angesehen werden darf, dass dem monistischen System, wenn auch unter Abstrichen, bei Sitz der SE in Deutschland immerhin (noch) ein Board-ähnliches Aussehen verliehen werden kann. Um generell zu einem rechtlich hinreichend abgesicherten Ergebnis zu gelangen, war notwendigerweise ein besonderes Augenmerk auf die Rechtsnormverträglichkeit der monistischen Modelle zu legen. In diesem Zusammenhang muss auch die zweite Überlegung gesehen werden. Sie stand ganz im Zeichen der Frage, welchen Einfluss die Vorschriften des SE-Begleitgesetzes auf die Attraktivität und Qualität des monistischen Systems theoretisch haben können. Ihr nachzugehen erschien vor allem deshalb erforderlich, weil der deutsche Gesetzgeber in Anbetracht des rechtlichen Umfeldes in Deutschland und mit Blick auf den Wunsch des Ordnungsgebers nach einer klaren Abgrenzung der Verantwortungsbereiche (schnell) geneigt sein könnte, eine Funktionstrennung ohne weitere Differenzierung verbindlich vorzuschreiben. Wie der Vergleich von Trennungs- und Delegiertenmodell indessen zeigt, ginge sie höchstwahrscheinlich nicht nur zu Lasten der (aus unternehmensindividueller Sicht meist subjektiv empfundenen) Attraktivität, sondern auch der (objektiv beurteilbaren) Qualität des monistischen Systems.

Damit ist im Grunde schon ein gleichfalls unter rechtspolitischen Gesichtspunkten beachtliches Ergebnis angesprochen. Insofern kann die möglicherweise auch für den deutschen Gesetzgeber neu hinzugewonnene Einsicht gerade darin gesehen werden, dass es sich beim monistischen System nur dann um eine praktisch gangbare, weil tragfähige Führungssystemalternative handeln dürfte, wenn auch eine vom Trennungsmodell abweichende Ausgestaltung zulässig wäre⁶. Es wird also in hohem Maße vom Ausführungsgesetz abhängig sein, ob sich die Unternehmen tatsächlich für sie entscheiden (können).

Mit Blick auf das Phänomen der Pfadabhängigkeiten bringt der Befund allerdings noch ein weiteres Ergebnis ans Tageslicht. Es sollte insbesondere in der Rechtstheorie auf Interesse stoßen und lässt sich an den Folgen der (paritätischen) Mitbestimmung als dem Paradebeispiel pfadabhängigkeitsbedingter Nachteile außerordentlich gut verdeutlichen. Auf eine Formel gebracht zeigt sich: Nationale Pfadabhängigkeiten könn(t)en durch gemeinschaftsrechtliche Institute überwunden werden^{7,8}. In diesem Sinne gehen vom SE-Statut (einschließlich der SE-Richtlinie) genaugenommen zwei Impulse aus. Zum einen

⁶ In diesem Sinne sind wohl die Forderungen von *Kübler* (2003), S. 231; *Hommelhoff* (2003b), S. 278; *Kallmeyer* (2003b), S. 1535; *Kallmeyer* (2003a), S. 198 und *Lange* (2003b), S. 306, zu verstehen, wonach der deutsche Gesetzgeber bei der Regelung des monistischen Systems (zunächst) Zurückhaltung üben solle.

⁷ Mit der (materiell-rechtlichen oder wettbewerblich induzierten) Überwindung von Pfadabhängigkeiten dürfte zwar immerhin eine Verbesserung im betreffenden Regelungsbereich einhergehen. Aber weder die Normsetzung durch den europäischen Gesetzgeber noch der Wettbewerb der Rechtsordnungen, Rechtsformen oder Systeme bie-

versetzen die Verordnung und die Richtlinie – qua ihrem Status als in jedem Mitgliedstaat (letztlich)⁹ unmittelbar geltendes Recht¹⁰ – Unternehmen in die Lage, sich aus dem ‚Zwangskorsett‘ der Mitbestimmung sowie gegebenenfalls aus dem der gesetzlichen Funktionstrennung zu befreien. Letzteres würde indes, wie soeben dargelegt, eine entsprechend zurückhaltende Umsetzung des deutschen Gesetzgebers voraussetzen. Daran kann man unmittelbar erkennen, dass mitgliedstaatliche Optionen wiederum Raum für Pfadabhängigkeiten schaffen. Einen (zweiten) Anstoß vermag das SE-Statut zum anderen aber auch insoweit zu geben, als es die aktienrechtliche Verfassung und die Mitbestimmungsge- setze auf den Prüfstand stellt¹¹. Spätestens eine massenhafte ‚Flucht‘ der Unter- nehmen in die Rechtsform der SE, so unwahrscheinlich sie auch sein mag, dürfte entsprechenden Handlungs- und Reformbedarf aufzeigen¹².

Ausblick

Wollte man eine erste Prognose darüber wagen, welche Veränderungen die SE in der deutschen Corporate Governance-Landschaft hervorrufen wird, so ist trotz (oder gerade wegen) der optimistisch stimmenden Untersuchungsergeb- nisse Vorsicht geboten. Zurückhaltung scheint allein schon deswegen ange- bracht, weil hier bei weitem nicht das ganze Spektrum, sondern vielmehr nur ein kleiner, auf die rechtlich-betriebswirtschaftlichen Aspekte der Führungsorga- nisation beschränkter Ausschnitt der relevanten Fragen zur SE behandelt werden konnte. Daneben existiert freilich eine Vielzahl weiterer Punkte, die im Zusammenhang mit der Europäischen Aktiengesellschaft einer Klärung (noch) bedürfen¹³. Für eine gesicherte Stellungnahme zur übergeordneten Frage, inwie-

ten Gewähr dafür, dass nachteilige Regelungen gleichsam automatisch nur durch opti- male Regelungen verdrängt werden; vgl. in diesem Zusammenhang *Schmidt* (1996), S. 74 f.

⁸ Das setzt im konkreten Falle der SE freilich voraus, dass die Rechtsform auf eine ausreichende Resonanz in den europäischen Mitgliedstaaten stößt.

⁹ Richtlinien bedürfen zwar generell der Umsetzung in nationales Recht und bilden damit genau genommen keine unmittelbar geltendes Recht im juristisch strengen Sinne, die *inhaltlichen* Änderungen sind jedoch im Falle der SE-Richtlinie marginal, vgl. *Kallmeyer* (2003a), S. 197.

¹⁰ So für die SE-Verordnung *Neye/Teichmann* (2003), S. 169; *Kallmeyer* (2003a), S. 197.

¹¹ Zu entsprechenden Erwartungen bezüglich eines Modernisierungsschubes siehe bspw. *Hirte* (2002), S. 5; *Hopt* (2002a), S. 1 und *Teichmann* (2002a), S. 1110; wohl auch *Lutter* (2002a), S. 3 und *Baums* (2002), S. 17. Vgl. in diesem Zusammenhang auch *Hopt* (2002b), S. 45 f. und *Höpner/Jackson* (2002), S. 367.

¹² Reformen dürften dann wohl auch nicht mehr am Widerstand betroffener Interes- sengruppen scheitern.

¹³ Verwiesen sei hier nur auf die zahlreichen noch ungeklärten Fragen zur steuer- rechtlichen Behandlung der SE sowie den Aspekt des Minderheitenschutzes; zu letzterem jüngst *Teichmann* (2003), S. 367 ff.

weit die SE als Rechtsform geeignet ist, die AG aus ihrer noch ‚marktbeherrschenden‘ Position mehr oder minder stark zu verdrängen, fehlt somit die erforderliche breite Grundlage¹⁴.

Zum anderen bildet das noch ausstehende SE-Begleitgesetz eine beachtlich offene Flanke, was vor allem Voraussagen zur Akzeptanz des monistischen Systems erschwert. Ob monistisch verfasste Unternehmen künftig das Bild der hier ansässigen Aktiengesellschaften zieren oder vielleicht sogar beherrschen¹⁵, wird im Wesentlichen vom Inhalt dieser Ausführungsnormen und nicht zuletzt vom Geschick der Unternehmen bei den Verhandlungen über die Mitbestimmung abhängen. Gegen die letztlich allzu hoch gespannte Erwartung, es komme zu einer derartigen Strukturveränderung, spricht aber die nicht von der Hand zu weisende Gefahr, dass der (rechts)traditionsbewusste deutsche Gesetzgeber (leider) wohl mehr noch als der der anderen Mitgliedstaaten versucht sein könnte, die SE und ihre Führungsstrukturen in das Prokrustesbett des deutschen Unternehmensrechts zu pressen¹⁶. Angesichts dessen ist auch mit einem Modernisierungsschub im nationalen Gesellschaftsrecht weder kurz- noch mittelfristig zu rechnen¹⁷.

Vor diesem Hintergrund zeugt die Anordnung des Europäischen Gesetzgebers¹⁸, das Statut spätestens fünf Jahre nach In-Kraft-Treten der SE-Verordnung u. a. daraufhin zu überprüfen, ob nicht dem Satzungsgeber durch die Mitgliedstaaten mehr Autonomie eingeräumt werden (können) sollte, schon jetzt von einer mit Weitblick gefassten Entscheidung¹⁹. Zwar läge es auch dann noch im Ermessen des deutschen Gesetzgebers es bei der Satzungsfreiheit zu belassen, die für in seinem Hoheitsgebiet ansässige SE gilt. Der Wettbewerbs- bzw. Mo-

¹⁴ Siehe aber *Theisen/Wenz* (2002), S. 50, die sich von der SE ein Aufbrechen der ‚Deutschland AG‘ erhoffen und (schon) von einem ‚Europa Inc.‘ sprechen.

¹⁵ In diesem Sinne etwa *Roth* (2003), S. 377: „Doch der Aufsichtsrat ist ein Thema für sich; seine Existenzberechtigung verspricht im Übrigen mit der Einführung der Europäischen AG in Deutschland (und Österreich) erneut zum Thema zu werden, weil dieser neuen Rechtsform in jedem Fall und überall eine monistische (Board-)Struktur zur Wahl gestellt ist.“ Ähnlich *Kübler* (2003), S. 233: „massive Abwanderung in das monistische System“; skeptisch dagegen *Götz* (2003 b), S. 1067.

¹⁶ Vgl. die gemeinsame Stellungnahme von Bundesverband der Deutschen Industrie/Bundesverband Deutscher Banken/Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände/Deutscher Industrie und Handelskammertag/Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft (2003), S. 4 (zu §§ 18 ff.).

¹⁷ Siehe nur die klare Absage bei *Teichmann* (2002a), S. 1109 f.; *ders.* (2002b), S. 446; skeptisch auch *Leyens* (2003), S. 101; wohl a.A. *Kübler* (2003), S. 232; *Henssler* (2003), S. 195.

¹⁸ Vgl. Art. 69 lit. d) SE-VO.

¹⁹ So bemerkte schon *Sanders* (1960), S. 3: „Je mehr Bewegungsfreiheit es (das europäische Gesellschaftsrecht, Anm. d. Verf.) läßt, um die Satzungen den Erfordernissen des Einzelfalles anzupassen, um so mehr Anziehungskraft wird von dieser neuen Rechtsform (SE, Anm. d. Verf.) ausgehen.“

dernisierungsdruck dürfte sich indes erhöhen, wenn andere Mitgliedstaaten hiervon Gebrauch machen würden.

Bei aller Skepsis muss dennoch die Einführung der SE als ein grundlegender und wichtiger Schritt in die richtige Richtung gewertet werden. Sie verspricht, wie Kleinsorge unlängst hervorhob²⁰, ein neues gesellschafts- und mitbestimmungsrechtliches Kapitel in Europa zu eröffnen. In diesem Sinne war hier unter dem Gesichtspunkt der Führungssysteme eine erste ‚Lesung‘ vorzunehmen.

²⁰ *Ders.* (2002), S. 352.

Literaturverzeichnis

- Abeltshauer*, Thomas E. (1990): Der neue Statutsvorschlag für eine Europäische Aktiengesellschaft, in: *Die Aktiengesellschaft*, 35. Jg., S. 289–297.
- Adams*, Michael (1997): Corporate Governance: Vertragen sich die deutsche Unternehmensverfassung und das Shareholder Value-Prinzip?, in: *Betriebswirtschaftslehre und Rechtsentwicklung*, Ergänzungsheft 4 der Zeitschrift für Betriebswirtschaft, S. 21–30.
- Albach*, Horst (2000): Globalisierung und Organisationsstruktur mittelständischer Unternehmen. Eine Analyse aus europäischer Sicht, in: *Deutsches und Europäisches Gesellschafts-, Konzern- und Kapitalmarktrecht*. FS für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag, hrsg. v. *Uwe H. Schneider et al.*, Köln, S. 3–15.
- (2002): Das neue Übernahmegesetz, in: *Zeitschrift für Betriebswirtschaft*, 72. Jg., S. 449–455.
- Allen*, William T. (1998): The Corporate Director's Fiduciary Duty of Care and the Business Judgement Rule Under U.S. Corporate Law, in: *Comparative Corporate Governance – The State of the Art and Emerging Research*, hrsg. v. *Klaus J. Hopt et al.*, Oxford, S. 307–331.
- Altmeppen*, Holger (2000): Zur Delegation des Weisungsrechts im mehrstufigen Konzern, in: *Deutsches und Europäisches Gesellschafts-, Konzern- und Kapitalmarktrecht*. FS für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag, hrsg. v. *Uwe H. Schneider et al.*, Köln, S. 975–993.
- American Stock Exchange (o.J.): American Stock Exchange Constitution and Rules. <http://www.amex.com/?href=/atamex/constitutionRules/constitution.html>, Stand: 15.07.2002.
- Arbeitskreis „Externe und interne Überwachung der Unternehmung“ der Schmalenbach-Gesellschaft für Betriebswirtschaft e.V. (2000): Prüfungsausschüsse in deutschen Aktiengesellschaften, in: *Der Betrieb*, 53. Jg., S. 2281–2285.
- Arcelor* (2001): Shaping the Steel Future. Pressemitteilung vom 19.2.2001. http://www.arcelor.de/anglais/html/presse/com_03.htm, Stand: 14.03.2002.
- Artmann*, Eveline (2002): Die Organisationsverfassung der Europäischen Aktiengesellschaft, in: *Zeitschrift für österreichisches und europäisches Wirtschaftsrecht*, 16. Jg., S. 189–197.
- Bälz*, Ulrich (1990): Verbundene Unternehmen – Konzernrecht als Speerspitze eines fortschrittlichen Gesellschaftsrechts?, in: *40 Jahre Bundesrepublik Deutschland – 40 Jahre Rechtsentwicklung*. Ringvorlesung der Juristischen Fakultät der Universität Tübingen 1989, hrsg. v. *Knut W. Nörr*, Tübingen, S. 177–249.

- Bartölke, Klaus et al.* (1999): Zur Berücksichtigung unterschiedlicher Interessen im und am Unternehmen, in: Unternehmensethik und die Transformation des Wettbewerbs. Shareholder – Value – Globalisierung – Wettbewerb. FS für Horst Steinmann zum 65. Geburtstag, hrsg. v. *Brij. N. Kumar, Margit Osterloh u. Georg Schreyögg*, Stuttgart, S. 3–26.
- Baums, Theodor* (1995): Der Aufsichtsrat – Aufgaben und Reformfragen, in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 16. Jg., S. 11–18.
- (1997): Aktienmarkt und Finanzierung kleiner Unternehmen, in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 18. Jg., S. 1942–1948.
- (2002): Aktienrecht für globalisierte Kapitalmärkte – Generalbericht, in: Corporate Governance. Gemeinschaftssymposium der Zeitschriften ZHR/ZGR. Beiheft 71 der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, hrsg. v. *Peter Hommelhoff et al.*, S. 13–25.
- Bebchuk, Lucian A./Roe, Mark J.* (1999): A Theory of Path Dependence in Corporate Ownership and Governance, in: Stanford Law Review, 52. Jg., S. 127–170.
- Behrens, Peter* (1996): Krisensymptome in der Gesellschaftsrechtsangleichung, in: FS für Ernst-J. Mestmäcker zum siebzigsten Geburtstag, hrsg. v. *Ulrich Immenga et al.*, Baden-Baden, S. 831–849.
- Beier, Constantin H.* (2002): Der Regelungsauftrag als Gesetzgebungsinstrument im Gesellschaftsrecht, Köln u. a.
- Berger, Roland* (2002): Der Chief Executive ist in Deutschland überfällig, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 17.1.2002, S. 17.
- Berle, Adolf A./Means, Gardiner C.* (1967): The Modern Corporation and Private Property, 4. Aufl., New York.
- Bernhardt, Wolfgang* (1995): Aufsichtsrat – die schönste Nebensache der Welt?, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, 159. Bd., S. 310–321.
- (2002a): Eine Rückkehr zum Generaldirektor ist nicht wünschenswert, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 29.1.2002, S. 18.
- (2002b): Der Deutsche Corporate Governance Kodex: Zuwahl (comply) oder Abwahl (explain)? – Unternehmensführung zwischen „muss“, „soll“, „sollte“ und „kann“, in: Der Betrieb, 55. Jg., S. 1841–1846.
- (2002c): Vorstand und Aufsichtsrat (unter Einschluß des Verhältnisses zum Abschlußprüfer), in: Corporate Governance. Gemeinschaftssymposium der Zeitschriften ZHR/ZGR. Beiheft 71 der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, hrsg. v. *Peter Hommelhoff et al.*, S. 119–130.
- Bernhardt, Wolfgang/Witt, Peter* (1999): Unternehmensleitung im Spannungsfeld zwischen Ressortverteilung und Gesamtverantwortung, in: Zeitschrift für Betriebswirtschaft, 69. Jg., S. 825–845.
- Berrar, Carsten* (2001): Die zustimmungspflichtigen Geschäfte nach § 111 Abs. 4 AktG im Lichte der Corporate Governance-Diskussion, in: Der Betrieb, 54. Jg., S. 2181–2186.

- Bhagat, Sanjai/Black, Bernard* (1998): The Relationship Between Board Composition and Firm Performance, in: Comparative Corporate Governance – The State of the Art and Emerging Research, hrsg. v. *Klaus J. Hopt et al.*, Oxford, S. 281–306.
- Blanquet, Françoise* (2002): ECLR – Das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft (Societas Europaea „SE“). Ein Gemeinschaftsinstrument für die übergreifende Zusammenarbeit im Dienste der Unternehmen, in: *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 31. Jg., S. 20–65.
- Bleicher, Knut* (1992): Corporation, Organisation der, in: *Handwörterbuch der Organisation*, hrsg. v. *Erich Frese*, 3. Aufl., Stuttgart, Sp. 441–454.
- Bleicher, Knut/Leberl, Diethard/Paul, Herbert* (1989): Unternehmensverfassung und Spitzenorganisation: Führung und Überwachung von Aktiengesellschaften im internationalen Vergleich, Wiesbaden.
- Bleicher, Knut/Paul, Herbert* (1986): Das amerikanische Board-Modell im Vergleich zur deutschen Vorstands-/Aufsichtsratsverfassung – Stand und Entwicklungstendenzen, in: *Die Betriebswirtschaft*, 46. Jg., S. 263–288.
- Böckli, Peter* (1992): Verwaltungsrat oder Aufsichtsrat? Konvergenz der Systeme in der Spitzenverfassung der Aktiengesellschaft, in: *Durchblick*, FS zum 65. Geburtstag von *Walter Reist*, hrsg. v. *Susanne Rau-Reist, Andreas Reist u. Gerd Rau*, Zürich, S. 337–362.
- (1999): Corporate Governance: Der Stand der Dinge nach den Berichten „Hampel“, „Viénot“ und „OECD“ sowie dem deutschen „KonTraG“, in: *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 71. Jg., S. 1–16.
 - (2000): Corporate Governance auf Schnellstrassen und Holzwegen. Folgerungen für die Schweizer Praxis aus den neuesten Texten – „Hampel“, „London Stock Exchange Combined Code“, „Turnbull“ und „Blue Ribbon“, in: *Der Schweizer Treuhänder*, 74. Jg., S. 133–152.
- Brandt, Ulrich* (2002): Überlegungen zu einem SE-Ausführungsgesetz, in: *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 5. Jg., S. 991–996.
- Brandt, Ulrich/Scheifele, Matthias* (2002): Die Europäische Aktiengesellschaft und das anwendbare Recht, in: *Deutsches Steuerrecht*, 40. Jg., S. 547–555.
- Breuer, Rolf-E.* (2001): Corporate Governance – der Verantwortung verpflichtet, in: *Die Bank*, 41. Jg., S. 544–548.
- (2002): „Die Debatte ist so bizarr“. Interview mit *Rolf-E. Breuer*, in: *manager-magazin*, 32. Jg., Heft 11/02, S. 66–73.
- Buchheim, Regine* (2001): Europäische Aktiengesellschaft und grenzüberschreitende Konzernverschmelzung. Der aktuelle Entwurf der Rechtsform aus betriebswirtschaftlicher Sicht, Wiesbaden.
- Bundesverband der Deutschen Industrie/Bundesverband Deutscher Banken/Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände/Deutscher Industrie und Handelskammertag/Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft (2003): Gemeinsame Stellungnahme v. 11.6.2003. <http://www.bdi-online.de>, Stand: 13.6.2003.

- Bungert, Hartwin/Beier, Constantin H.* (2002): Die Europäische Aktiengesellschaft – Das Statut und seine Umsetzung in die Praxis, in: *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 13. Jg., S. 1–12.
- Buxbaum, Richard M.* (1996): Die Leitung von Gesellschaften – Strukturelle Reformen im amerikanischen und deutschen Gesellschaftsrecht, in: *Corporate Governance. Optimierung der Unternehmensführung und der Unternehmenskontrolle im deutschen und amerikanischen Aktienrecht*, hrsg. v. *Dieter Feddersen, Peter Hommelhoff u. Uwe H. Schneider*, Köln, S. 65–93.
- (2000): Die feindliche Übernahme der anderen Art, in: *Deutsches und Europäisches Gesellschafts-, Konzern- und Kapitalmarktrecht. FS für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag*, hrsg. v. *Uwe H. Schneider et al.*, Köln, S. 1295–1315.
- CalPERS (1999): *Germany Market Principles*. <http://www.calpers-governance.org/principles/international/germany/page01.asp>, Stand: 09.03.2003.
- Casper, Matthias* (2003): Der Lückenschluß im Statut der Europäischen Aktiengesellschaft, in: *FS für Peter Ulmer*, hrsg. v. *Matthias Habersack et al.*, Berlin, S. 51–72.
- Claussen, Carsten P./Bröcker, Norbert* (2000): Corporate-Governance-Grundsätze in Deutschland – nützliche Orientierungshilfe oder regulatorisches Übermaß?, in: *Die Aktiengesellschaft*, 45. Jg., S. 481–491.
- Committee on Corporate Governance (1998): *The Combined Code*, London.
- DAV (2004): Stellungnahme zum Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) (SE-Ausführungsgesetz-SEAG), in: *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 7. Jg., S. 75–86.
- David, Paul A.* (1985): Clio and the Economics of QWERTY, in: *The American Economic Review*, 75. Jg., S. 332–337.
- Davies, Paul* (2001): Struktur der Unternehmensführung in Großbritannien und Deutschland: Konvergenz oder fortbestehende Divergenz?, in: *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 30. Jg., S. 268–293.
- Deckert, Martina* (1996): Effektive Überwachung der AG-Geschäftsführung durch Ausschüsse des Aufsichtsrates, in: *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 17. Jg., S. 985–994.
- Dörner, Dietrich/Oser, Peter* (1995): Erfüllen Aufsichtsrat und Wirtschaftsprüfer ihre Aufgaben?, in: *Der Betrieb*, 48. Jg., S. 1085–1093.
- Dreher, Meinrad* (1996): Die Organisation des Aufsichtsrats, in: *Corporate Governance. Optimierung der Unternehmensführung und der Unternehmenskontrolle im deutschen und amerikanischen Aktienrecht*, hrsg. v. *Dieter Feddersen, Peter Hommelhoff u. Uwe H. Schneider*, Köln, S. 33–60.
- (1999): Wettbewerb oder Vereinheitlichung der Rechtsordnungen in Europa?, in: *Juristenzeitung*, 54. Jg., S. 105–112.
- (2002): Change of control-Klauseln bei Aktiengesellschaften, in: *Die Aktiengesellschaft*, 47. Jg., S. 214–223.

- (2003): Direktkontakte des Aufsichtsrats in der Aktiengesellschaft zu dem Vorstand nachgeordneten Mitarbeitern, in: FS für Peter Ulmer, hrsg. v. *Matthias Habersack et al.*, Berlin, S. 87–103.
- Drost*, Frank M. (2002): Kopper warnt vor Scheinheiligkeit bei Debatte um Unternehmenskontrolle, in: Handelsblatt vom 4.3.2002, S. 5.
- Druey*, Jean N. (1998): Verantwortlichkeit aus Leitung, in: FS für Wolfgang Zöllner, hrsg. v. *Manfred Lieb, Ulrich Noack u. Harm P. Westermann*, Köln u. a., S. 129–141.
- (2000): „Konzernvertrauen“, in: Deutsches und Europäisches Gesellschafts-, Konzern- und Kapitalmarktrecht. FS für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag, hrsg. v. *Uwe H. Schneider et al.*, Köln, S. 1069–1082.
- Drygala*, Tim (1998): Bericht über die Diskussion, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 27. Jg., S. 547–550.
- Ebert*, Sabine (2003): Das anwendbare Konzernrecht der Europäischen Aktiengesellschaft, in: Betriebs-Berater, 58. Jg., S. 1854–1859.
- Ebke*, Werner F. (1991): Die Konzernierung im US-amerikanischen Recht, in: Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich, hrsg. v. *Ernst-J. Mestmäcker u. Peter Behrens*, Baden-Baden, S. 279–327.
- (1998): Unternehmensrecht und Binnenmarkt – E pluribus unum?, in: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 62. Jg., S. 195–242.
- (1999a): Unternehmensrechtsangleichung in der Europäischen Union: Brauchen wir ein European Law Institute?, in: FS für Bernhard Großfeld zum 65. Geburtstag, hrsg. v. *Ulrich Hübner u. Werner F. Ebke*, Heidelberg, S. 189–221.
- (2000): Märkte machen Recht – auch Gesellschafts- und Unternehmensrecht!, in: Deutsches und Europäisches Gesellschafts-, Konzern- und Kapitalmarktrecht. FS für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag, hrsg. v. *Uwe H. Schneider et al.*, Köln, S. 17–30.
- (2002): Die Europäische Aktiengesellschaft ist da – und jetzt?, in: Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht, 13. Jg., Heft 1, S. I.
- Ehrhardt*, Olaf/*Nowak*, Eric (2002): Die Durchsetzung von Corporate-Governance-Regeln, in: Die Aktiengesellschaft, 47. Jg., S. 336–345.
- Ehricke*, Ulrich (1996): Gedanken zu einem allgemeinen Konzernorganisationsrecht zwischen Markt und Regulierung, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 25. Jg., S. 300–325.
- Eichhorn*, Peter (1989): Das öffentliche Interesse an der Unternehmensverfassung, in: Unternehmensverfassung in der privaten und öffentlichen Wirtschaft. FS für Erich Potthoff zur Vollendung des 75. Lebensjahres, hrsg. v. *Peter Eichhorn*, Baden-Baden, S. 15–20.
- Eidenmüller*, Horst (2002): Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa, in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 23. Jg., S. 2233–2245.
- Emmerich*, Volker/*Sonnenschein*, Jürgen (1997): Konzernrecht. Das Recht der verbundenen Unternehmen bei Aktiengesellschaft, GmbH, Personengesellschaften, Genossenschaft, Verein und Stiftung, 6. Aufl., München.

- Emmerich, Volker/Sonnenschein, Jürgen/Habersack, Mathias* (2001): Konzernrecht. Das Recht der verbundenen Unternehmen bei Aktiengesellschaft, GmbH, Personengesellschaft, Genossenschaft, Verein und Stiftung, 7. Aufl., München.
- Andres, Michael* (1999): Organisation der Unternehmensleitung aus der Sicht der Praxis, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, 163. Bd., S. 441–460.
- Esser, Hendrik* (2002): Ackermann erhält Machtfülle eines CEO, in: Handelsblatt vom 19.1.2002, S. 25.
- Fedderson, Dieter/Hommelhoff, Peter/Schneider, Uwe H.* (1996): Corporate Governance – eine Einführung, in: Corporate Governance. Optimierung der Unternehmensführung und der Unternehmenskontrolle im deutschen und amerikanischen Aktienrecht, hrsg. v. *Dieter Feddersen, Peter Hommelhoff u. Uwe H. Schneider*, Köln, S. 1–8.
- Fischer, Thomas R.* (2001): Corporate Governance – Challenges of Increased Management Accountability, in: Corporate Governance: Essays in Honor of Horst Albach, hrsg. v. *Joachim Schwalbach*, Berlin u. a., S. 192–201.
- Fleischer, Holger* (2001): Grundfragen der ökonomischen Theorie im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 30. Jg., S. 1–32.
- (2003): Zur Leitungsaufgabe des Vorstands im Aktienrecht, in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 24. Jg., S. 1–11.
- Förster, Guido/Lange, Carsten* (2002): Steuerliche Aspekte der Gründung einer Europäischen Aktiengesellschaft (SE), in: Der Betrieb, 55. Jg., S. 288–294.
- Forster, Karl-H.* (1996): Reform des Aufsichtsrates, in: Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis, 48. Jg., S. 306–322.
- Forsthoff, Ulrich* (2002): EuGH fördert Vielfalt im Gesellschaftsrecht – Traditionelle deutsche Sitztheorie verstößt gegen Niederlassungsfreiheit, in: Der Betrieb, 55. Jg., S. 2471–2477.
- Forum Europaeum Konzernrecht (1998): ECLR – Konzernrecht für Europa, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 27. Jg., S. 672–772.
- Franck, Egon* (2002): Zur Verantwortung des Verwaltungsrats aus ökonomischer Sicht, in: Die Unternehmung, 56. Jg., S. 213–225.
- Frese, Erich* (2000): Grundlagen der Organisation. Konzept – Prinzipien – Strukturen, 8. Aufl., Wiesbaden.
- Frese, Erich/Mensching, Helmut/v. Werder, Axel* (1987): Unternehmensführung, Landsberg am Lech.
- Frühauß, Martin* (1998): Geschäftsleitung in der Unternehmenspraxis, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 27. Jg., S. 407–418.
- Gerum, Elmar* (1989): Mitbestimmung und Effizienz. Neuere theoretische Entwicklungen und empirische Befunde, in: Unternehmensverfassung in der privaten und öffentlichen Wirtschaft. FS für Erich Potthoff zur Vollendung des 75. Lebensjahres, hrsg. v. *Peter Eichhorn*, Baden-Baden, S. 46–60.

- (1992): Unternehmensverfassung, in: Handwörterbuch der Organisation, Bd. 2, hrsg. v. *Erich Frese*, 3. Aufl., Stuttgart, Sp. 2480–2502.
- Goette, Wulf* (2000): Leitung, Aufsicht, Haftung – zur Rolle der Rechtsprechung bei der Sicherung einer modernen Unternehmensführung, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof. FS aus Anlaß des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, hrsg. v. *Karlmann Geiß et al.*, Köln u.a., S. 123–142.
- Götz, Heinrich* (1990): Zustimmungsvorbehalte des Aufsichtsrates der Aktiengesellschaft, in: *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 19. Jg., S. 633–656.
- (1998): Leitungssorgfalt und Leitungskontrolle der Aktiengesellschaft hinsichtlich abhängiger Unternehmen, in: *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 27. Jg., S. 524–546.
- (2002a): Die vorzeitige Wiederwahl von Vorständen, in: *Die Aktiengesellschaft*, 47. Jg., S. 305–307.
- (2002b): Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats nach dem Transparenz- und Publizitätsgesetz, in: *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 5. Jg., S. 599–604.
- Götz, Jürgen* (2002): Unternehmerische Mitbestimmung in der multinationalen Holdinggesellschaft. Ein Beitrag zur Notwendigkeit einer Deregulierung des Mitbestimmungsrechts, in: *Die Aktiengesellschaft*, 47. Jg., S. 552–556.
- (2003a): Corporate Governance multinationaler Konzerne und deutsches Unternehmensrecht, in: *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 32. Jg., S. 1–20.
- (2003b): Ist die Europäische Aktiengesellschaft eine überzeugende Option für die Praxis?, in: *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 24. Jg., S. 1067.
- v. *Greyerz, Christoph* (1982): Kommentierungen, in: *Schweizerisches Privatrecht*. 8. Bd., 2. Teilband, hrsg. v. *Werner v. Steiger et al.*, Basel/Frankfurt a.M.
- Groß, Wolfgang* (2000): Komponenten und Lücken bei der Gesellschaftsrechtsharmonisierung aus Sicht der Praxis, in: *Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts: Gesellschafts-, Arbeits- und Schuldvertragsrecht*, hrsg. v. *Stefan Grundmann*, Tübingen, S. 189–206.
- Großfeld, Bernhard/Ebke, Werner F.* (1977a): Probleme der Unternehmensverfassung in rechtshistorischer und rechtsvergleichender Sicht (I), in: *Die Aktiengesellschaft*, 22. Jg., S. 57–65.
- (1977b): Probleme der Unternehmensverfassung in rechtshistorischer und rechtsvergleichender Sicht (II und Schluß), in: *Die Aktiengesellschaft*, 22. Jg., S. 92–102.
- Gruber, Johannes/Weller, Marc-P.* (2003): Societas Europaea: Mitbestimmung ohne Aufsichtsrat? Ideen für die Leitungsverfassung der monistischen Europäischen Aktiengesellschaft in Deutschland, in: *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 6. Jg., S. 297–301.
- Grundmann, Stefan* (2001): ECLR – Wettbewerb der Regelgeber im europäischen Gesellschaftsrecht – jedes Marktsegment hat seine Struktur, in: *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 30. Jg., S. 783–832.

- Grundmann, Stefan/Mülbert, Peter O.* (2001): ECLR – Corporate Governance – Europäische Perspektiven. Symposium zum 60. Geburtstag von Klaus J. Hopt am 1./2. September 2000 in Mainz, in: *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 30. Jg., S. 215–223.
- Gruson, Michael/Kubicek, Matthias* (2003): Der Sarbanes-Oxley Act, Corporate Governance und das deutsche Aktienrecht (Teil I), in: *Die Aktiengesellschaft*, 48. Jg., S. 337–352.
- Gutenberg, Erich* (1958): *Einführung in die Betriebswirtschaftslehre*, unveränd. Nachdruck 1990, 1. Aufl., Wiesbaden.
- Gutsche, Robert* (1994): Die Eignung der Europäischen Aktiengesellschaft für kleine und mittlere Unternehmen in Deutschland, Baden-Baden.
- Hanau, Peter* (2001): Sicherung unternehmerischer Mitbestimmung, insbesondere durch Vereinbarung, in: *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 30. Jg., S. 75–109.
- Hansen, Herbert* (2001a): Die Rechtsformen der deutschen Unternehmen, in: *Die Aktiengesellschaft*, 46. Jg., R 31–R 37.
- (2001b): Der Bestand an Aktiengesellschaften steigt bis Ende 2001 auf mehr als 13000 an, in: *Die Aktiengesellschaft*, 46. Jg., R 315–R 318.
- v. *Hein, Jan* (2002a): Vom Vorstandsvorsitzenden zum CEO?, in: *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 166. Bd., S. 464–502.
- (2002b): Die Rolle des US-amerikanischen CEO gegenüber dem Board of Directors im Lichte neuerer Entwicklungen, in: *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 48. Jg., S. 501–509.
- Heinze, Meinhard* (1997): Ein neuer Lösungsweg für die Europäische Aktiengesellschaft, in: *Die Aktiengesellschaft*, 42. Jg., S. 289–297.
- (2002): ECLR – Die Europäische Aktiengesellschaft, in: *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 31. Jg., S. 66–95.
- Heinze, Thomas* (2001): Transformation des deutschen Unternehmenskontroll-Systems? – Eine empirische Analyse zum Stellenwert der feindlichen Übernahme der Mannesmann AG für die Unternehmenskontroll-Debatte, in: *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, 53. Jg., S. 641–674.
- Hellwig, Hans-J.* (2001): Angleichung des Gesellschaftsrechts in Europa – Notwendigkeit, Schwerpunkte und Wege aus der Sicht des Kapitalmarkts, in: *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht*, 12. Jg., S. 580–583.
- Henle, Walter* (1999): Neue gesetzliche Grundlagen für das Shareholder-Value-Denken in Deutschland, in: *The International Lawyer*, Freundesgabe für Wulf H. Döser, hrsg. v. *Friedrich Kübler, Joachim Scherer u. Joachim Treeck*, Baden-Baden, S. 161–169.
- Henssler, Martin* (2000): Die Unternehmensmitbestimmung, in: *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, Bd. II, Handels- und Wirtschaftsrecht, Europäisches und Internationales Recht, hrsg. v. *Andreas Heldrich u. Klaus J. Hopt*, München, S. 387–422.

- (2003): Unternehmerische Mitbestimmung in der Societas Europaea. Neue Denkansätze für die „Corporate Governance“-Diskussion, in: FS für Peter Ulmer, hrsg. v. *Matthias Habersack et al.*, Berlin, S. 193–210.
- Henze, Hartwig* (1998): Prüfungs- und Kontrollaufgaben des Aufsichtsrates in der Aktiengesellschaft. Die Entscheidungspraxis des Bundesgerichtshofes, in: *Neue Juristische Wochenschrift*, 51. Jg., S. 3309–3312.
- (2000): Leitungsverantwortung des Vorstands – Überwachungspflicht des Aufsichtsrats, in: *Betriebs-Berater*, 55. Jg., S. 209–216.
- Henzler, Herbert A.* (1986): Anmerkungen zum Beitrag von Bleicher/Paul: Das amerikanische Board-Modell im Vergleich zur deutschen Vorstands-/Aufsichtsratsverfassung, in: *Die Betriebswirtschaft*, 46. Jg., S. 521–523.
- Herfs-Röttgen, Ebba* (2001): Arbeitnehmerbeteiligung in der Europäischen Aktiengesellschaft, in: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 18. Jg., S. 424–429.
- Hertig, Gérard* (2000): Western Europe’s Corporate Governance Dilemma, in: *Corporations, Capital Markets, and Business in the Law, Liber Amicorum Richard M. Buxbaum*, hrsg. v. *Theodor Baums, Klaus J. Hopt u. Norbert Horn*, London/The Hague/Boston, S. 265–282.
- Herzig, Norbert/Griemla, Stefan* (2002): Steuerliche Aspekte der Europäischen Aktiengesellschaft/Societas Europaea, in: *Steuer und Wirtschaft*, 79. Jg., S. 55–77.
- Hess, Glenn E.* (1996): Corporate Governance – zum Stand der Diskussion in den Vereinigten Staaten, in: *Corporate Governance. Optimierung der Unternehmensführung und der Unternehmenskontrolle im deutschen und amerikanischen Aktienrecht*, hrsg. v. *Dieter Feddersen, Peter Hommelhoff u. Uwe H. Schneider*, Köln, S. 9–24.
- Hesse, Burc* (2002): Auch deutsche Vorstandsvorsitzende besitzen große Machtfülle, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 9.2.2002, S. 18.
- Hey, Johanna* (2001): Umwandlungssteuergesetz nach der Unternehmenssteuerreform – Anpassung an das Halbeinkünfteverfahren. Notwendigkeit einer Öffnung für grenzüberschreitende Sachverhalte, in: *GmbH-Rundschau*, 92. Jg., S. 993–1004.
- Hirte, Heribert* (2001): Für Deutschland eine kleine Revolution, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 17.10.2001, S. 29.
- (2002): Die Europäische Aktiengesellschaft, in: *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 5. Jg., S. 1–10.
- Hoechst AG* (1999): Report on the Business Combination of Hoechst and Rhône-Poulenc, Basel.
- Hofbauer, Peter* (1996): Die Kompetenzen des (GmbH-)Beirats, Köln.
- Hoffmann, Jochen* (1999): Die Bildung der Aventis S. A. – ein Lehrstück des europäischen Gesellschaftsrechts, in: *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 2. Jg., S. 1077–1085.
- (2000): Das Ende des amerikanischen Trennbankensystems, in: *Wertpapier-Mitteilungen*, 54. Jg., S. 1773–1783.

- Hoffmann-Becking*, Michael (1986): Vorstands-Doppelmandate im Konzern, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, 150. Bd., S. 570–584.
- (1995): Der Aufsichtsrat im Konzern, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, 159. Bd., S. 325–345.
 - (1998): Zur rechtlichen Organisation der Zusammenarbeit im Vorstand der AG, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 27. Jg., S. 497–519.
 - (2003): Vorstandsvorsitzender oder CEO?, in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, 6. Jg., S. 745–750.
- Hommelhoff*, Peter (1982): Konzernleitungspflicht. Zentrale Aspekte eines Konzernverfassungsrechts, Köln u. a.
- (1983): Die Autarkie des Aufsichtsrats – Besprechung der Entscheidung BGHZ 85, 293 „Hertie“, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 12. Jg., S. 551–580.
 - (1988): Konzernmodelle und ihre Realisierung im Recht, in: Das St. Galler Konzernrechtsgespräch. Konzernrecht aus der Konzernwirklichkeit, hrsg. v. *Jean N. Druey*, Bern/Stuttgart, S. 107–127.
 - (1990): Gesellschaftsrechtliche Fragen im Entwurf eines SE-Statuts, in: Die Aktiengesellschaft, 35. Jg., S. 422–435.
 - (1991): Gesellschaftsformen als Organisationselemente im Konzernaufbau, in: Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich, hrsg. v. *Ernst-J. Mestmäcker* u. *Peter Behrens*, Baden-Baden, S. 91–132.
 - (1994): Konzernrecht für den Europäischen Binnenmarkt, in: Konzernrecht im Ausland, Sonderheft 11 der Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, hrsg. v. *Marcus Lutter*, Berlin/New York, S. 55–75.
 - (1997): Corporate Governance: Vertragen sich die deutsche Unternehmensverfassung und das Shareholder Value-Prinzip?, in: Betriebswirtschaftslehre und Rechtsentwicklung, Ergänzungsheft 4 der Zeitschrift für Betriebswirtschaft, Wiesbaden, S. 17–20.
 - (1998a): Die neue Position des Abschlußprüfers im Kraftfeld der aktienrechtlichen Organisationsverfassung (Teil II), in: Betriebs-Berater, 53. Jg., S. 2625–2631.
 - (1998b): Der Einfluß der Banken in der Aktiengesellschaft, in: FS für Wolfgang Zöllner, hrsg. v. *Manfred Lieb*, *Ulrich Noack* u. *Harm P. Westermann*, Köln u. a., S. 235–252.
 - (2000): Das Unternehmensrecht vor den Herausforderungen der Globalisierung, in: Deutsches und Europäisches Gesellschafts-, Konzern- und Kapitalmarktrecht. FS für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag, hrsg. v. *Uwe H. Schneider et al.*, Köln, S. 95–106.
 - (2001a): Die OECD-Principles on Corporate Governance – ihre Chancen und Risiken aus dem Blickwinkel der deutschen corporate governance-Bewegung, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 30. Jg., S. 238–267.
 - (2001b): Der Wettbewerb der Rechtsordnungen im Europäischen Unternehmensrecht, in: Rhein-Neckar-Zeitung vom 24.10.2001, S. 22.

- (2001c): Einige Bemerkungen zur Organisationsverfassung der Europäischen Aktiengesellschaft, in: *Die Aktiengesellschaft*, 46. Jg., S. 279–288.
 - (2003a): Zum Konzernrecht in der Europäischen Aktiengesellschaft, in: *Die Aktiengesellschaft*, 48. Jg., S. 179–184.
 - (2003b): Satzungsstrenge und Gestaltungsfreiheit in der Europäischen Aktiengesellschaft, in: *Festschrift für Peter Ulmer*, hrsg. v. *Matthias Habersack et al.*, Berlin, S. 267–278.
- Hommelhoff, Peter/Mattheus, Daniela* (1998): Corporate Governance nach dem KonTraG, in: *Die Aktiengesellschaft*, 43. Jg., S. 249–259.
- Hommelhoff, Peter/Teichmann, Christoph* (2002): Die Europäische Aktiengesellschaft – das Flaggschiff läuft vom Stapel, in: *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 74. Jg., S. 1–12.
- Höpner, Martin/Jackson, Gregory* (2002): Das deutsche System der Corporate Governance zwischen Persistenz und Konvergenz, in: *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, 54. Jg., S. 362–368.
- Hopt, Klaus J.* (1992): ECLR – Harmonisierung des europäischen Gesellschaftsrechts – Status quo, Probleme, Perspektiven, in: *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 21. Jg., S. 265–295.
- (1995): Arbeitnehmermitbestimmung im Aufsichtsrat – Auswirkungen der Mitbestimmung auf corporate governance und wirtschaftliche Integration in Europa, in: *FS für Ulrich Everling*, hrsg. v. *Ole Due, Marcus Lutter u. Jürgen Schwarze*, Baden-Baden, S. 475–492.
 - (1996a): Die Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat – Zugleich ein Beitrag zur corporate governance-Debatte, in: *FS für Ernst-J. Mestmäcker zum siebzigsten Geburtstag*, hrsg. v. *Ulrich Immenga et al.*, Baden-Baden, S. 909–931.
 - (1996b): Corporate Governance und deutsche Universalbanken, in: *Corporate Governance. Optimierung der Unternehmensführung und der Unternehmenskontrolle im deutschen und amerikanischen Aktienrecht*, hrsg. v. *Dieter Feddersen, Peter Hommelhoff u. Uwe H. Schneider*, Köln, S. 243–263.
 - (1997): The German Two-Tier Board (Aufsichtsrat). A German View on Corporate Governance, in: *Comparative Corporate Governance. Essays and Materials*, hrsg. v. *Klaus J. Hopt u. Eddy Wymeersch*, Berlin/New York, S. 3–20.
 - (1998a): The German Two-Tier Board: Experience, Theories, Reforms, in: *Comparative Corporate Governance – The State of the Art and Emerging Research*, hrsg. v. *Klaus J. Hopt et al.*, Oxford, S. 227–258.
 - (1998b): Corporate Governance: Aufsichtsrat oder Markt? – Überlegungen zu einem internationalen und interdisziplinären Thema, in: *Max Hachenburg. Dritte Gedächtnisvorlesung 1998*, hrsg. v. *Peter Hommelhoff, Heinz Rowedder u. Peter Ulmer*, Heidelberg, S. 9–47.
 - (1998c): Europäisches Gesellschaftsrecht – Krise und neue Anläufe, in: *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 19. Jg., S. 96–106.

- (1999): Kommentierungen, in: AktG. Großkommentar, hrsg. v. *Klaus J. Hopt* u. *Herbert Wiedemann*, 11. Bd., 4. Aufl. 1999, Berlin/New York.
 - (2000a): Gemeinsame Grundsätze der Corporate Governance in Europa?, in: *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 29. Jg., S. 779–818.
 - (2000b): Europäisches Konzernrecht: Zu den Vorschlägen und Thesen des Forum Europaeum Konzernrecht, in: *Corporations, Capital Markets, and Business in the Law, Liber Amicorum Richard M. Buxbaum*, hrsg. v. *Theodor Baums, Klaus J. Hopt* u. *Norbert Horn*, London/The Hague/Boston, S. 299–314.
 - (2000c): Verhaltenspflichten des Vorstands der Zielgesellschaft bei feindlichen Übernahmen – Zur aktien- und übernahmerechtlichen Rechtslage in Deutschland und Europa, in: *Deutsches und Europäisches Gesellschafts-, Konzern- und Kapitalmarktrecht. FS für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag*, hrsg. v. *Uwe H. Schneider et al.*, Köln, S. 1361–1400.
 - (2002a): Europäische Aktiengesellschaft – per aspera ad astra, in: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 13. Jg., S. 1.
 - (2002b): Unternehmensführung, Unternehmenskontrolle, Modernisierung des Aktienrechts – Zum Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, in: *Corporate Governance. Gemeinschaftssymposium der Zeitschriften ZHR/ZGR. Beiheft 71 der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, hrsg. v. *Peter Hommelhoff et al.*, S. 27–67.
- Huber, Ulrich* (1975): Welche Bedeutung hat die Rechtsform der Unternehmen für die Transferzeit der Veränderung gesellschaftlicher Wertvorstellungen und der Änderung unternehmerischer Ziele?, in: *Die Bedeutung gesellschaftlicher Veränderung für die Willensbildung im Unternehmen, Schriften des Vereins für Socialpolitik*, n.F. Bd. 88, hrsg. v. *Horst Albach* u. *Dieter Sadowski*, Berlin, S. 139–159.
- Hüffer, Uwe* (2002): *Aktiengesetz. Kommentar*, 5. Aufl., München.
- Hüther, Mario* (2001): Namensaktien, Internet und die Zukunft der Stimmrechtsvertretung, in: *Die Aktiengesellschaft*, 46. Jg., S. 68–78.
- Hütten, Christoph* (2002): Unternehmenseigner Corporate-Governance-Kodex – Zulässigkeit und Sinnhaftigkeit in Zeiten von TransPuG und Deutschem Kodex, in: *Betriebs-Berater*, 57. Jg., S. 1740–1742.
- Immenga, Ulrich* (1970): Die personalistische Kapitalgesellschaft. Eine rechtsvergleichende Untersuchung nach deutschem GmbH-Recht und dem Recht der Corporation in den Vereinigten Staaten, Bad Homburg v.d.H.
- Jaecks, Jörg/Schönborn, Christoph A.* (2003): Die Europäische Aktiengesellschaft, das Internationale und das deutsche Konzernrecht, in: *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 49. Jg., S. 254–265.
- Jaeger, Rolf* (2002): Praxisprobleme bei Verhandlungen über Arbeitnehmerbeteiligung in der europäischen Aktiengesellschaft (SE), in: *Die Europäische Aktiengesellschaft. Eine Einführung in das Vorhaben der Europäischen Aktiengesellschaft. Arbeitshilfen für Arbeitnehmervertreter in Aufsichtsräten*, Nr. 6, hrsg. v. *Hans-Böckler-Stiftung*, Düsseldorf.

- Jahn, Andreas/Herfs-Röttgen, Ebba* (2001): Die Europäische Aktiengesellschaft – Societas Europaea, in: *Der Betrieb*, 54. Jg., S. 631–638.
- Jahn, Joachim* (2001): Mehr Wettbewerb der Rechtsordnungen, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 17.9.2001, S. 17.
- Jeske, Jürgen* (2001): Das Tabu der Mitbestimmung, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 24.7.2001, S. 15.
- Kaden, Wolfgang* (2003): Der deutsche Weg. Die Mitbestimmung in Aufsichtsräten verhindert wirkungsvolle Kontrolle und schadet dem Standort. Doch kaum einer stellt sie öffentlich infrage, in: *manager-magazin*, 33. Jg., Heft 4/03, S. 86–90.
- Kallmeyer, Harald* (1990): Die Europäische Aktiengesellschaft – Praktischer Nutzen und Mängel des Statuts, in: *Die Aktiengesellschaft*, 35. Jg., S. 103–106.
- (2003a): Europa AG: Strategische Optionen für deutsche Unternehmen, in: *Die Aktiengesellschaft*, 48. Jg., S. 197–203.
 - (2003b): Das monistische System in der SE mit Sitz in Deutschland, in: *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 24. Jg., S. 1531–1536.
- Kersting, Christian* (2001): Societas Europaea: Gründung und Vorgesellschaft, in: *Der Betrieb*, 54. Jg., S. 2079–2086.
- Keßler, Jürgen* (1999): Die aktienrechtliche Organhaftung im Lichte der „business judgement rule“ – eine rechtsvergleichende Betrachtung zum deutschen und US-amerikanischen Recht, in: FS für Horst Baumann, hrsg. v. *Verein zur Förderung der Versicherungswissenschaft an den drei Berliner Universitäten*, Karlsruhe, S. 153–178.
- Kessler, Manfred H.* (1993): Interessen- und Kompetenzkonflikte in einer Aktiengesellschaft aus juristischer und betriebswirtschaftlicher Sicht, in: *Die Aktiengesellschaft*, 38. Jg., S. 252–273.
- Kindler, Peter* (1998): Unternehmerisches Ermessen und Pflichtenbindung – Voraussetzungen und Geltendmachung der Vorstandshaftung in der Aktiengesellschaft, in: *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 162. Bd., S. 101–119.
- Kirchner, Christian* (1993): Ökonomische Analyse des Rechts. Interdisziplinäre Zusammenarbeit von Ökonomie und Rechtswissenschaft, in: *Ökonomische Analyse des Rechts*, hrsg. v. *Heinz-D. Assmann, Christian Kirchner u. Erich Schanze*, Tübingen, S. 62–78.
- (2000): Ein Regelungsrahmen für Rechtseinheitlichkeit und Rechtsvielfalt in der Gemeinschaft, in: *Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts: Gesellschafts-, Arbeits- und Schuldvertragsrecht*, hrsg. v. *Stefan Grundmann*, Tübingen, S. 99–113.
 - (2002): Regulierung durch Unternehmensführungskodizes (Codes of Corporate Governance), in: *BWL und Regulierung, Sonderheft 48 der Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung*, hrsg. v. *Wolfgang Ballwieser*, Düsseldorf/Frankfurt a. M., S. 93–120.
 - (2004): Grundstruktur eines neuen institutionellen Designs für die Arbeitnehmermitbestimmung auf der Unternehmensebene, in: *Die Aktiengesellschaft*, 49. Jg., S. 197–200.

- Klapdor*, Ralf (2001): Überlegungen zur Besteuerung der europäischen Aktiengesellschaft, in: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 12. Jg., S. 677–680.
- Kleinsorge*, Georg (2002): Europäische Gesellschaft und Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer, in: *Recht der Arbeit*, 55. Jg., S. 343–352.
- Kloster*, Lars (2003): Societas Europaea und europäische Unternehmenszusammenschlüsse, in: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 14. Jg., S. 293–301.
- Köhler*, Herbert W. (1959): Rechtsform und Unternehmensverfassung. Einige Bemerkungen zu einer rechtsstaatsorientierten Verfassung privatrechtlich gegliederter und ungliederter Unternehmen, in: *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 115. Bd., S. 716–746.
- Kolvenbach*, Walter (1991): Die Europäische Aktiengesellschaft – eine wohlgemeinte Utopie?, in: FS für Theodor Heinsius zum 65. Geburtstag, hrsg. v. *Friedrich Kübler*, *Hans-J. Mertens* u. *Winfried Werner*, Berlin/New York, S. 379–395.
- (1995): Die weitere Entwicklung der Betriebsverfassung und Unternehmensmitbestimmung in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, in: FS für Ulrich Everling, hrsg. v. *Ole Due*, *Marcus Lutter* u. *Jürgen Schwarze*, Baden-Baden, S. 669–689.
- (1998): Scheitert die Europa AG an der Mitbestimmung?, in: *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 15. Jg., S. 1323–1328.
- Kommission Mitbestimmung (1998): Mitbestimmung und neue Unternehmenskulturen – Bilanz und Perspektiven. Bericht der Kommission Mitbestimmung, hrsg. v. *Bertelsmann Stiftung* u. *Hans-Böckler-Stiftung*, Gütersloh.
- Köstler*, Roland (2002): Mitbestimmung, in: *Die Europäische Aktiengesellschaft. Recht, Steuern und Betriebswirtschaft der Societas Europaea (SE)*, hrsg. v. *Manuel R. Theisen* u. *Martin Wenz*, Stuttgart, S. 301–331.
- Kraft*, Alfons/*Kreutz*, Peter (1997): *Gesellschaftsrecht*, 10. Aufl., Neuwied.
- Krallmann*, Hermann (1996): *Systemanalyse*, 2. Aufl., München/Wien.
- Krause*, Rüdiger (2003): Sarbanes-Oxley Act und deutsche Mitbestimmung, in: *Wertpapier-Mitteilungen*, 57. Jg., S. 762–771.
- Kraushaar*, Martin (2003): Europäische Aktiengesellschaft (SE) und Unternehmensmitbestimmung, in: *Betriebs-Berater*, 58. Jg., S. 1614–1620.
- Kropff*, Bruno (1986): Das amerikanische Board-Modell im Vergleich zur deutschen Vorstands-/Aufsichtsratsverfassung, Stellungnahme zum Beitrag von Knut Bleicher/Herbert Paul, in: *Die Betriebswirtschaft*, 46. Jg., S. 523–525.
- (1998): Die Unternehmensplanung im Aufsichtsrat, in: *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 1. Jg., S. 613–619.
- (2000): Kommentierungen, in: *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, hrsg. v. *Bruno Kropff* u. *Johannes Semler*, Bd. 8, 2. Aufl. 2000, München.
- Kübler*, Friedrich (1990): Effizienz als Rechtsprinzip. Überlegungen zum rechtspraktischen Gebrauch ökonomischer Argumente, in: FS für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag, hrsg. v. *Jürgen F. Baur*, *Klaus J. Hopt* u. *K. Peter Mailänder*, Berlin/New York, S. 687–704.

- (1998a): Gesellschaftsrecht: d. privatrechtlichen Ordnungsstrukturen und Regelungsprobleme von Verbänden und Unternehmen, 5. Aufl., Heidelberg.
 - (1998b): Shareholder Value: Eine Herausforderung für das Deutsche Recht?, in: FS für Wolfgang Zöllner, hrsg. v. *Manfred Lieb, Ulrich Noack u. Harm P. Westermann*, Köln u. a., S. 321–335.
 - (1999): Aufsichtsratsmitbestimmung im Gegenwind der Globalisierung, in: *The International Lawyer*, Freundesgabe für Wulf H. Döser, hrsg. v. *Friedrich Kübler, Joachim Scherer u. Joachim Treeck*, Baden-Baden, S. 237–254.
 - (2002a): Der CEO: ein Fremdkörper im deutschen Recht?, in: *Betriebs-Berater*, 57. Jg., Heft 12, S. I.
 - (2002b): Deregulierungen, in: *Corporate Governance. Gemeinschaftssymposium der Zeitschriften ZHR/ZGR. Beiheft 71 der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, hrsg. v. *Peter Hommelhoff et al.*, S. 207–214.
 - (2003): Leitungsstrukturen der Aktiengesellschaft und die Umsetzung des SE-Statuts, in: *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 167. Bd., S. 222–234.
- Lambsdorff, Otto Graf* (1996): Die Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats. Verbesserungsmöglichkeiten de lege lata und de lege ferenda, in: *Corporate Governance. Optimierung der Unternehmensführung und der Unternehmenskontrolle im deutschen und amerikanischen Aktienrecht*, hrsg. v. *Dieter Feddersen, Peter Hommelhoff u. Uwe H. Schneider*, Köln, S. 217–233.
- Lanfermann, Georg/Maul, Silja* (2002): Auswirkungen des Sarbanes-Oxley Acts in Deutschland, in: *Der Betrieb*, 55. Jg., S. 1725–1732.
- Lange, Oliver* (2003a): Zustimmungsvorbehaltspflicht und Kataloghaftung des Aufsichtsrats nach neuem Recht, in: *Deutsches Steuerrecht*, 41. Jg., S. 376–381.
- (2003b): Überlegungen zur Umwandlung einer deutschen in eine Europäische Aktiengesellschaft, in: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 14. Jg., S. 301–306.
- Laske, Stephan* (1979): Unternehmensinteresse und Mitbestimmung, in: *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 8. Jg., S. 173–200.
- Lawler III, Edward E. et al.* (2002): Adding Value in the Boardroom, in: *MIT sloan management revue*, 44. Jg., S. 92–93.
- Lehmann, Helmut* (1992): Organisationstheorie, systemtheoretisch-kybernetisch orientierte, in: *Handwörterbuch der Organisation*, hrsg. v. *Erich Frese*, 3. Aufl., Stuttgart, Sp. 1838–1853.
- Leyens, Patrick C.* (2003): Deutscher Aufsichtsrat und U.S.-Board: ein- oder zweistufiges Verwaltungssystem? Zum Stand der rechtsvergleichenden Corporate Governance-Debatte, in: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Bd. 67, S. 57–105.
- Lorsch, Jay W.* (1995): Empowering the Board, in: *Harvard Business Review*, 73. Jg., Heft 1, S. 107–117.

- Löwisch*, Manfred (2003): Unternehmensmitbestimmung im Mehrmütterkonzern, in: Festschrift für Peter Schlechtriem, hrsg. v. *Ingeborg Schwenzer* u. *Günter Hager*, Tübingen, S. 833–851.
- Lück*, Wolfgang (2002): Corporate Governance und Aufsichtsrat, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 21.10.2002, S. 24.
- Lutter*, Marcus (1981): Bankenvertreter im Aufsichtsrat, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, 145. Bd., S. 224–251.
- (1987): Stand und Entwicklung des Konzernrechts in Europa, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 16. Jg., S. 324–369.
 - (1988): Zur Aufgabe eines Konzernrechts: Schutz vor Missbrauch oder Organisationsrecht?, in: Das St. Galler Konzernrechtsgespräch. Konzernrecht aus der Konzernwirklichkeit, hrsg. v. *Jean N. Druey*, Bern/Stuttgart, S. 225–233.
 - (1990): Genügen die vorgeschlagenen Regelungen für eine „Europäische Aktiengesellschaft“ ?, in: Die Aktiengesellschaft, 35. Jg., S. 413–421.
 - (1992): Perspektiven eines europäischen Unternehmensrechtes – Versuch einer Summe, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 21. Jg., S. 435–451.
 - (1995a): Defizite für eine effiziente Aufsichtsrats Tätigkeit und gesetzliche Möglichkeiten der Verbesserung, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, 159. Bd., S. 287–309.
 - (1995b): Das dualistische System der Unternehmensverwaltung, in: Corporate Governance, hrsg. v. *Eberhard Scheffler*, Wiesbaden, S. 5–26.
 - (1997): Eine größenabhängige und zwingende Unternehmensverfassung für Kapitalgesellschaften in Europa?, in: Die Aktiengesellschaft, 42. Jg., S. 538–540.
 - (1998a): Gesellschaftsrecht und Kapitalmarkt, in: FS für Wolfgang Zöllner, hrsg. v. *Manfred Lieb*, *Ulrich Noack* u. *Harm P. Westermann*, Köln u. a., S. 363–383.
 - (1998b): Focus, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 27. Jg., S. 589–591.
 - (2000a): ECLR – Das Europäische Unternehmensrecht im 21. Jahrhundert, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 29. Jg., S. 1–18.
 - (2000b): Konzepte, Erfolge und Zukunftsaufgaben Europäischer Gesellschaftsrechtsharmonisierung, in: Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts: Gesellschafts-, Arbeits- und Schuldvertragsrecht, hrsg. v. *Stefan Grundmann*, Tübingen, S. 121–143.
 - (2001a): Vergleichende Corporate Governance – Die deutsche Sicht, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 30. Jg., S. 224–237.
 - (2001b): Grenzen zulässiger Einflußnahme im faktischen Konzern. Nachbetrachtung zum Mannesmann/Vodafone-Takeover, in: FS für Martin Peltzer, hrsg. v. *Marcus Lutter*, *Manfred Scholz* u. *Walter Sigle*, Köln, S. 241–259.
 - (2002a): Europäische Aktiengesellschaft – eine Rechtsfigur mit Zukunft?, in: Betriebs-Berater, 57. Jg., S. 1–7.

- (2002b): Die Erklärung zum Corporate Governance Kodex gemäß § 161 AktG. Pflichtverstöße und Binnenhaftung von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern, in: *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 166. Bd., S. 523–543.
- Lutter, Marcus/Drygala, Tim* (1995): Grenzen der Personalverflechtung und Haftung im Gleichordnungskonzern, in: *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 24. Jg., S. 557–577.
- (2003): Die besondere sachverständige Beratung des Aufsichtsrats durch seine Mitglieder, in: FS für Peter Ulmer, hrsg. v. *Matthias Habersack et al.*, Berlin, S. 381–398.
- Martens, Klaus-P.* (1991): Die Organisation des Konzernvorstands, in: FS für Theodor Heinsius zum 65. Geburtstag, hrsg. v. *Friedrich Kübler, Hans-J. Mertens u. Winfried Werner*, Berlin/New York, S. 523–544.
- (1995): Der Aufsichtsrat im Konzern, in: *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 159. Bd., S. 567–592.
- Mattheus, Daniela* (1999): Die gewandelte Rolle des Wirtschaftsprüfers als Partner des Aufsichtsrats nach dem KonTraG, in: *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 28. Jg., S. 682–714.
- Maul, Silja* (1998): Die faktisch abhängige SE (Societas Europaea) im Schnittpunkt zwischen deutschem und europäischem Recht, München.
- (2002): Konzernrecht, in: *Die Europäische Aktiengesellschaft. Recht, Steuern und Betriebswirtschaft der Societas Europaea (SE)*, hrsg. v. *Manuel R. Theisen u. Martin Wenz*, Stuttgart, S. 399–464.
- (2003): Vorschläge der Expertengruppe zur Reform des EU-Gesellschaftsrechts, in: *Der Betrieb*, 56. Jg., S. 27–31.
- v. *Maydell, Bernd* (1990): Die vorgeschlagenen Regeln zur Mitbestimmung für eine Europäische Aktiengesellschaft, in: *Die Aktiengesellschaft*, 35. Jg., S. 442–447.
- Merkt, Hanno* (1991): US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, Heidelberg.
- (1992): Europäische Aktiengesellschaft: Gesetzgebung oder Selbstzweck? Kritische Bemerkungen zum Entwurf von 1991, in: *Betriebs-Berater*, 47. Jg., S. 652–661.
- (1995a): Unternehmensleitung und Interessenkollision, in: *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 159. Bd., S. 423–453.
- (1995b): Das Europäische Gesellschaftsrecht und die Idee des „Wettbewerbs der Gesetzgeber“, in: *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 59. Jg., S. 545–568.
- (1998): Bericht über die Diskussion, in: *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 27. Jg., S. 490–496.
- (2003a): Zum Verhältnis von Kapitalmarktrecht und Gesellschaftsrecht in der Diskussion um die Corporate Governance, in: *Die Aktiengesellschaft*, 48. Jg., S. 126–136.
- (2003b): Die monistische Unternehmensverfassung für die Europäische Aktiengesellschaft aus deutscher Sicht. Mit vergleichendem Blick auf die Schweiz, das Ver-

- einte Königreich und Frankreich, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 32. Jg., S. 650–678.
- Mertens*, Hans-J. (1990): Der Aktionär als Wahrer des Rechts? – Aktuelle Probleme der Durchsetzung von Aktionärsrechten, in: Die Aktiengesellschaft, 35. Jg., S. 49–55.
- (1992): Kommentierungen, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, hrsg. v. *Wolfgang Zöllner*. 2. Bd., 2. Aufl. 1988, Nachdruck 1992, Köln u. a.
 - (1996): Organhaftung, in: Corporate Governance. Optimierung der Unternehmensführung und der Unternehmenskontrolle im deutschen und amerikanischen Aktienrecht, hrsg. v. *Dieter Feddersen*, *Peter Hommelhoff* u. *Uwe H. Schneider*, Köln, S. 155–164.
 - (1997): Aufsichtsrat und Organhaftung, in: Die Aktienrechtsreform 1997, Sonderheft der Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen, für deutsches, europäisches und internationales Unternehmens- und Kapitalmarktrecht (Die Aktiengesellschaft), Köln, S. 70–72.
- Meyer*, Justus (2002a): Die GmbH und andere Handelsgesellschaften im Spiegel empirischer Forschung (I), in: GmbH-Rundschau, 93. Jg., S. 177–189.
- (2002b): Die GmbH und andere Handelsgesellschaften im Spiegel empirischer Forschung (II), in: GmbH-Rundschau, 93. Jg., S. 242–256.
- Mohn*, Reinhard (1986): Dialogbeitrag zu Prof. Dr. Bleicher und Dr. Paul: Das amerikanische Board-Modell im Vergleich zur deutschen Vorstands-/Aufsichtsratsverfassung, in: Die Betriebswirtschaft, 46. Jg., S. 525–526.
- Monks*, Robert A. (1996): „Schlafende Riesen“, in: Corporate Governance. Optimierung der Unternehmensführung und der Unternehmenskontrolle im deutschen und amerikanischen Aktienrecht, hrsg. v. *Dieter Feddersen*, *Peter Hommelhoff* u. *Uwe H. Schneider*, Köln, S. 331–339.
- (2001): Redesigning Corporate Governance Structures and Systems for the Twenty First Century, in: Corporate Governance, 9. Jg., Heft 3, S. 142–147.
- Monks*, Robert A./*Minow*, Nell (2001): Corporate Governance, 2. Aufl., Oxford/Malden, Mass.
- Monti*, Mario (1997): Statut der Europäischen Aktiengesellschaft, in: Wertpapier-Mitteilungen, 51. Jg., S. 607–608.
- Möschel*, Wernhard (1998): Einflüsse der europäischen auf die deutsche Wirtschaftsordnung, in: FS für Wolfgang Zöllner, hrsg. v. *Manfred Lieb*, *Ulrich Noack* u. *Harm P. Westermann*, Köln u. a., S. 395–409.
- Mülbert*, Peter O. (1997): Shareholder Value aus rechtlicher Sicht, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 26. Jg., S. 129–172.
- (1999): Unternehmensbegriff und Konzernorganisationsrecht. Bemerkungen zum BGH-Beschluss vom 17.3.1997 – II ZB 3/96 (VW/Niedersachsen), in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, 163. Bd., S. 1–53.
- Nagel*, Bernhard (1990): Erosion der Mitbestimmung und EG-Kommissionsentwürfe zur Europa-AG, in: Arbeit und Recht, 38. Jg., S. 205–213.

- (2001): Verschlechternde Regelungen und Vereinbarungen zur Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft, in: *Arbeit und Recht*, 49. Jg., S. 406–411.
- v. *Nell-Breuning*, Oswald (1964): Von der Mitbestimmung zur Unternehmensverfassung, in: *Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung*, 16. Jg., S. 669–673.
- Neun*, Josef (2002): Gründung, in: *Die Europäische Aktiengesellschaft. Recht, Steuern und Betriebswirtschaft der Societas Europaea (SE)*, hrsg. v. *Manuel R. Theisen* u. *Martin Wenz*, Stuttgart, S. 51–169.
- New York Stock Exchange (1999): NYSE Listed Company Manual. <http://www.nyse.com/listed/listed.html>, Stand: 15.07.2002.
- (2002): Corporate Governance Rule Proposals Reflecting Recommendations from the NYSE Corporate Accountability and Listing Standards Committee As Approved by the NYSE Board of Directors August 1, 2002. http://www.nyse.com/pdfs/corp_gov_pro_b.pdf, Stand: 2.11.2002.
- Neye*, Hans-W. (2002): ECLR – Kein neuer Stolperstein für die Europäische Aktiengesellschaft, in: *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 32. Jg., S. 377–382.
- Neye*, Hans-W./*Teichmann*, Christoph (2003): Der Entwurf für das Ausführungsgesetz zur Europäischen Aktiengesellschaft, in: *Die Aktiengesellschaft*, 48. Jg., S. 169–179.
- Nutzinger*, Hans G. (1999): Soziale Marktwirtschaft und Mitbestimmung angesichts europäischer und globaler Wirtschaftsintegration, in: *Unternehmensethik und die Transformation des Wettbewerbs. Shareholder – Value – Globalisierung – Wettbewerb*. FS für *Horst Steinmann* zum 65. Geburtstag, hrsg. v. *Brij N. Kumar*, *Margit Osterloh* u. *Georg Schreyögg*, Stuttgart, S. 477–497.
- Oetker*, Hartmut (1999): Kommentierungen, in: *AktG. Großkommentar*, hrsg. v. *Klaus J. Hopt* u. *Herbert Wiedemann*, 12. Bd., 4. Aufl., Berlin u. a.
- (2000): Das Recht der Unternehmensmitbestimmung im Spiegel der neueren Rechtsprechung, in: *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 30. Jg., S. 19–60.
- Oplustil*, *Krzysztof/Schneider*, Maximilian (2003): Zur Stellung der Europäischen Aktiengesellschaft im Umwandlungsrecht, in: *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 6. Jg., S. 13–17.
- o. V.* (2001): Juristen für Rechtsangleichung in Europa, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 17.9.2001, S. 19.
- (2002a): Breuer fordert kürzere Hauptversammlungen, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 27.11.2002, S. 15.
- (2002b): Breuer fürchtet Standortnachteile, in: *Handelsblatt* vom 14.3.2002, S. 35.
- (2002c): Der Mittelstand will ein europäisches Unternehmensstatut, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 12.11.2002, S. 23.
- Paul*, Günter (1977): Bedürfnisberücksichtigung durch Mitbestimmung, Diss., Ludwig-Maximilians-Universität München, München.

- Peltzer, Martin* (1998): Corporate Governance aus der Sicht der deutschen Reformdiskussion, in: Max Hachenburg. Dritte Gedächtnisvorlesung 1998, hrsg. v. *Peter Hommelhoff, Heinz Rowedder u. Peter Ulmer*, Heidelberg, S. 49–104.
- (2002a): Corporate Governance Codices als zusätzliche Pflichtenbestimmung für den Aufsichtsrat, in: *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 5. Jg., S. 10–16.
 - (2002b): Handlungsbedarf in Sachen Corporate Governance, in: *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 5. Jg., S. 593–599.
- Pluskat, Sorika* (2001a): Die Arbeitnehmerbeteiligung in der geplanten Europäischen AG, in: *Deutsches Steuerrecht*, 39. Jg., S. 1483–1490.
- (2001b): Die neuen Vorschläge für die Europäische Aktiengesellschaft, in: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 12. Jg., S. 524–528.
- Pohle, Klaus/v. Werder, Axel* (2001): Die Einschätzung der Kernthesen des German Code of Corporate Governance (GCCG) durch die Praxis, in: *Der Betrieb*, 54. Jg., S. 1101–1107.
- Potthoff, Erich* (1961): Prüfung und Überwachung der Geschäftsführung, in: *Zeitschrift für handelswissenschaftliche Forschung*, 13. Jg., S. 563–580.
- (1976): Dreigliedrige Überwachung der Geschäftsführung, in: *Der Betrieb*, 29. Jg., S. 1777–1780.
 - (1996): Board-System versus duales System der Unternehmensverwaltung – Vor- und Nachteile, in: *Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis*, 48. Jg., S. 253–268.
 - (2000): Fehlt im Konzernvorstand der Chief Executive Officer (CEO)?, in: *Der Betrieb*, 53. Jg., Heft 42, S. I.
- Potthoff, Erich/Trescher, Karl* (2001): *Das Aufsichtsratsmitglied*, 5. Aufl., Stuttgart.
- Prigge, Stefan* (1998): A Survey of German Corporate Governance, in: *Comparative Corporate Governance – The State of the Art and Emerging Research*, hrsg. v. *Klaus J. Hopt et al.*, Oxford, S. 943–1044.
- Püttner, Günter* (1989): Unternehmensverfassung im Wandel, in: *Unternehmensverfassung in der privaten und öffentlichen Wirtschaft. FS für Erich Potthoff zur Vollendung des 75. Lebensjahres*, hrsg. v. *Peter Eichhorn*, Baden-Baden, S. 21–30.
- Raisch, Peter* (1976): Zum Begriff und zur Bedeutung des Unternehmensinteresses als Verhaltensmaxime von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern, in: *Strukturen und Entwicklungen im Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, FS für Wolfgang Hefermehl*, hrsg. v. *Robert Fischer et al.*, München, S. 347–364.
- Raiser, Thomas* (1976): Das Unternehmensinteresse, in: *FS für Reimer Schmidt*, hrsg. v. *Fritz Reichert-Facilides, Fritz Rittner u. Jürgen Sasse*, Karlsruhe, S. 101–119.
- (1990): Führungsstruktur und Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft nach dem VO-Vorschlag der Kommission vom 25. August 1989, in: *FS für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag*, hrsg. v. *Jürgen F. Baur, Klaus J. Hopt u. K. Peter Mailänder*, Berlin/New York, S. 201–214.
 - (1993): Die Europäische Aktiengesellschaft und die nationalen Gesetze, in: *Unternehmen und Unternehmensführung im Recht, FS für Johannes Semler zum 70. Ge-*

- burtstag, hrsg. v. *Marcus Bierich, Peter Hommelhoff* u. *Bruno Kropff*, Berlin/New York, S. 277–297.
- (1997): Bewährung des Mitbestimmungsgesetzes nach zwanzig Jahren?, in: *Wirtschafts- und Medienrecht in der offenen Demokratie*, Freundesgabe für Friedrich Kübler, hrsg. v. *Heinz-D. Assmann et al.*, Heidelberg, S. 477–492.
 - (2000): Unternehmerische Mitbestimmung auf dem Prüfstand, in: *Corporations, Capital Markets, and Business in the Law*, Liber Amicorum Richard M. Buxbaum, hrsg. v. *Theodor Baums, Klaus J. Hopt* u. *Norbert Horn*, London/The Hague/Boston, S. 415–431.
 - (2002): *Mitbestimmungsgesetz. Kommentar*, 4. Aufl., Berlin.
- Ranzinger, Christoph/Blies, Peter* (2001): Audit Committees im internationalen Kontext, in: *Die Aktiengesellschaft*, 46. Jg., S. 455–462.
- Rasner, Henning* (1992): ECLR – Die Europäische Aktiengesellschaft (SE) – ist sie wünschenswert?, in: *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 21. Jg., S. 314–326.
- v. *Rechenberg, Wolf-G. Frhr.* (2000): Holzmüller – Auslaufmodell oder Grundpfeiler der Kompetenzverteilung in der AG?, in: *FS für Gerold Bezenberger*, hrsg. v. *Harm P. Westermann* u. *Klaus Mock*, Berlin/New York, S. 359–378.
- Regierungskommission Deutscher Corporate Governance Kodex (2002): *Deutscher Corporate Governance Kodex i.d.F. vom 21. Mai 2003*. <http://www.corporate-governance-code.de/ger/kodex/index.html>, Stand: 19.09.2002.
- Rehbinder, Eckard* (1990): Ein Umweltschutzdirektor in der Geschäftsleitung der Großunternehmen?, in: *FS für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag*, hrsg. v. *Jürgen F. Baur, Klaus J. Hopt* u. *K. Peter Mailänder*, Berlin/New York, S. 215–228.
- Reuter, Alexander* (1999): Die Konzerndimension des KonTraG und ihre Umsetzung in Konzernobergesellschaften, in: *Der Betrieb*, 52. Jg., S. 2250–2253.
- Rittner, Fritz* (1971): Zur Verantwortung des Vorstandes nach § 76 Abs. 1 AktG 1965, in: *FS für Ernst Geßler*, hrsg. v. *Kurt Ballerstedt* u. *Wolfgang Hefermehl*, München, S. 139–158.
- (1974): Das Problem der Unternehmensverfassung – Eine Bestandsaufnahme der deutschen Diskussion, in: *Schweizerische Aktiengesellschaft*, 46. Jg., S. 1–11.
 - (1978): Vorstand, in: *Die europäische Aktiengesellschaft*, hrsg. v. *Marcus Lutter*, 2. Aufl., Köln u. a., S. 93–113.
 - (2001): Der 30jährige Krieg um das deutsche Gesellschaftsrecht und seine Lehren, in: *FS für Martin Peltzer*, hrsg. v. *Marcus Lutter, Manfred Scholz* u. *Walter Sigle*, Köln, S. 367–388.
- Roe, Mark J.* (1996): Chaos and Evolution in Law and Economics, in: *Harvard Law Review*, 109. Jg., S. 641–668.
- (1997): Path Dependence, Political Opinions, and Governance Systems, in: *Comparative Corporate Governance. Essays and Materials*, hrsg. v. *Klaus J. Hopt* u. *Eddy Wymeersch*, Berlin/New York, S. 165–184.

- Röhricht*, Volker (1999): Von Rechtswissenschaft und Rechtsprechung, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 28. Jg., S. 445–478.
- Röller*, Wolfgang (1994): Quo vadis Aufsichtsrat?, in: Die Aktiengesellschaft, 39. Jg., S. 333–336.
- Roth*, Christian (2000): Entwicklung des Gesellschaftsrechts: Kündigt die Europäische Gesellschaft die Europäische Privatgesellschaft an?, in: The European Legal Forum, 1. Jg., S. 396–403.
- Roth*, Günther H. (2003): Die (Ohn-)Macht der Hauptversammlung. Oder: Unlautere Werbung für Aktienrecht, in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 24. Jg., S. 369–378.
- Säcker*, Franz J. (1977a): Die Anpassung der Satzung der Aktiengesellschaft an das Mitbestimmungsgesetz, in: Der Betrieb, 30. Jg., S. 1791–1799.
- (1977b): Die Geschäftsordnung für das zur gesetzlichen Vertretung eines mitbestimmten Unternehmens befugte Organ, in: Der Betrieb, 30. Jg., S. 1993–2000.
 - (1987): Zur Problematik von Mehrfachfunktionen im Konzern, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, 151. Bd., S. 59–71.
 - (2004): Rechtliche Anforderungen an die Qualifikation und Unabhängigkeit von Aufsichtsratsmitgliedern, in: Die Aktiengesellschaft, 49. Jg., S. 180–186.
- Sadowski*, Dieter/*Junkes*, Joachim/*Lindenthal*, Sabine (2001a): Gesetzliche Mitbestimmung in Deutschland: Idee, Erfahrungen und Perspektiven aus ökonomischer Sicht, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 30. Jg., S. 110–145.
- (2001b): Labour Co-Determination and Corporate Governance in Germany: The Economic Impact of Marginal and Symbolic Rights, in: Corporate Governance: Essays in Honor of Horst Albach, hrsg. v. *Joachim Schwalbach*, Berlin u. a., S. 146–162.
- Salzberger*, Wolfgang (1999): Institutionelle Investoren und Corporate Governance in den USA, in: Finanzmanagement. Ergänzungsheft 3/99 der Zeitschrift für Betriebswirtschaft, S. 87–106.
- Sanders*, Pieter (1960): Auf dem Wege zu einer europäischen Aktiengesellschaft?, in: Recht der Internationalen Wirtschaft, 6. Jg., S. 1–5.
- Sandrock*, Otto (2002): Deutschland als gelobtes Land des Kapitalgesellschaftsrechts?, in: Betriebs-Berater, 57. Jg., S. 1601–1603.
- Schäfer*, Albrecht E. H. (2001): Erwartungen eines deutschen Großkonzerns an das europäische Gesellschaftsrecht, in: Europäisches Unternehmensrecht, hrsg. v. *Dieter H. Scheuing*, *Günter C. Schwarz* u. *M. Wollenschläger*, Baden-Baden, S. 61–79.
- Scheffler*, Eberhard (1996): Reform des Aufsichtsrates, in: Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis, 48. Jg., S. 306–322.
- Schiessl*, Maximilian (2002): Deutsche Corporate Governance post Enron, in: Die Aktiengesellschaft, 47. Jg., S. 593–604.
- (2003): Leitungs- und Kontrollstrukturen im internationalen Wettbewerb, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, 167. Bd., S. 235–256.

- Schilling*, Florian (2001): Corporate Governance in Germany: the move to shareholder value, in: *Corporate Governance*, 9. Jg., Heft 3, S. 148–151.
- Schilling*, Wolf U. (1997): Shareholder Value und Aktiengesetz, in: *Betriebs-Berater*, 52. Jg., S. 373–381.
- Schilling*, Wolfgang (1971): Macht und Verantwortung in der Aktiengesellschaft (oder das Prinzip der Interesseneinheit), in: FS für Ernst Geßler, hrsg. v. *Kurt Ballerstedt* u. *Wolfgang Hefermehl*, München, S. 159–169.
- Schiltknecht*, Kurt (2001): Wer kontrolliert künftig die Unternehmen?, in: *Die Aktiengesellschaft*, 46. Jg., R 392–R 394.
- v. *Schimmelmann*, Wulf (1997): Unternehmenskontrolle in Deutschland, in: *Finanzmärkte*, hrsg. v. *Bernhard Gahlen*, *Helmut Hesse* u. *Hans J. Ramser*, Tübingen, S. 7–13.
- Schmidt*, Karsten (2000): Konzernunternehmen, Unternehmensgruppe und Konzern-Rechtsverhältnis – Gedanken zum Recht der verbundenen Unternehmen nach §§ 15 ff., 291 ff., in: *Deutsches und Europäisches Gesellschafts-, Konzern- und Kapitalmarktrecht*. FS für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag, hrsg. v. *Uwe H. Schneider et al.*, Köln, S. 1167–1192.
- Schmidt*, Reinhard H. (1996): Betriebswirtschaftslehre und Rechtspolitik. Eine ökonomische Perspektive, in: *Regulierung und Unternehmenspolitik: Methoden und Ergebnisse der betriebswirtschaftlichen Rechtsanalyse*, hrsg. v. *Dieter Sadowski*, *Hans Czap* u. *Hartmut Wächter*, Wiesbaden, S. 51–78.
- (1997): Unternehmenskontrolle in Deutschland, Korreferat, in: *Finanzmärkte*, hrsg. v. *Bernhard Gahlen*, *Helmut Hesse* u. *Hans J. Ramser*, Tübingen, S. 15–24.
- (2001): Kontinuität und Wandel bei der Corporate Governance in Deutschland, in: *Neuere Ansätze in der Betriebswirtschaftslehre – in memoriam Karl Hax*. Sonderheft 47 der Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung, hrsg. v. *Gert Laßmann*. S. 61–87.
- Schmidt*, Reinhard H./*Grohs*, Stefanie (2000): Angleichung der Unternehmensverfassung in Europa aus ökonomischer Perspektive – ein Forschungsprogramm, in: *Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts: Gesellschafts-, Arbeits- und Schuldvertragsrecht*, hrsg. v. *Stefan Grundmann*, Tübingen, S. 145–188.
- Schmidt*, Reinhard H./*Hackethal*, Andreas/*Tyrell*, Marcel (2002): The Convergence of Financial Systems in Europe, in: *German Financial Markets and Institutions: Selected Studies*, hrsg. v. *Günter Franke*, *Günther Gebhardt* u. *Jan P. Krahenen*, Sonderheft 1/2002 der *Schmalenbach Business Review*, S. 7–53.
- Schmidt*, Reinhard H./*Spindler*, Gerald (1997): Shareholder-Value zwischen Ökonomie und Recht, in: *Wirtschafts- und Medienrecht in der offenen Demokratie*, Freundesgabe für Friedrich Kübler, hrsg. v. *Heinz-D. Assmann et al.*, Heidelberg, S. 515–555.
- Schmitz*, Ronaldo (1996a): Praktische Ausgestaltung der Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrats in Deutschland, in: *Corporate Governance. Optimierung der Unternehmensführung und der Unternehmenskontrolle im deutschen und amerikanischen*

- Aktienrecht, hrsg. v. *Dieter Feddersen, Peter Hommelhoff* u. *Uwe H. Schneider*, Köln, S. 234–242.
- (1996b): Reform des Aufsichtsrates, in: *Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis*, 48. Jg., S. 306–322.
- Schneider*, Uwe H. (1981): Konzernleitung als Rechtsproblem, in: *Betriebs-Berater*, 36. Jg., S. 249–259.
- (2000): Kapitalmarktorientierte Corporate Governance-Grundsätze, in: *Der Betrieb*, 53. Jg., S. 2413–2417.
 - (2002a): Mitbestimmte Pensionsfonds – eine ordnungspolitische Herausforderung?, in: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 13. Jg., Heft 8, Editorial.
 - (2002b): Die Teilnahme von Vorstandsmitgliedern an Aufsichtsratssitzungen, in: *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 23. Jg., S. 873–876.
- Schneider*, Uwe H./*Burgard*, Ulrich (2001): Übernahmeangebote und Konzerngründung – Zum Verhältnis von Übernahmerecht, Gesellschaftsrecht und Konzernrecht, in: *Der Betrieb*, 54. Jg., S. 963–969.
- Schneider*, Uwe H./*Strenger*, Christian (2000): Die „Corporate Governance-Grundsätze“ der Grundsatzkommission Corporate Governance (German Panel on Corporate Governance), in: *Die Aktiengesellschaft*, 45. Jg., S. 106–113.
- Schneider-Lenné*, Ellen R. (1995): Das anglo-amerikanische Board-System, in: *Corporate Governance*, hrsg. v. *Eberhard Scheffler*, Wiesbaden, S. 27–55.
- Schön*, Wolfgang (1996a): Mindestharmonisierung im europäischen Gesellschaftsrecht, in: *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 160. Bd., S. 221–249.
- (1996b): Der Einfluß öffentlich-rechtlicher Zielsetzungen auf das Statut privatrechtlicher Eigengesellschaften der öffentlichen Hand: Gesellschaftsrechtliche Analyse, in: *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 25. Jg., S. 429–457.
- Schreib*, Hans P. (1996): Reform des Aufsichtsrates aus der Sicht der Aktionäre, in: *Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis*, 48. Jg., S. 285–291.
- Schreyögg*, Georg (1983): Der Aufsichtsrat als Steuerungsinstrument des Vorstands – die Verwaltung der Aktiengesellschaft im Lichte der neueren Managementlehre, in: *Die Aktiengesellschaft*, 28. Jg., S. 278–283.
- Schulz*, Andreas/*Geismar*, Bernhard (2001): Die Europäische Aktiengesellschaft – Eine kritische Bestandsaufnahme, in: *Deutsches Steuerrecht*, 39. Jg., S. 1078–1086.
- Schulz*, Andreas/*Petersen*, Sven (2002): Die Europa AG: Steuerlicher Handlungsbedarf bei Gründung und Sitzverlegung, in: *Deutsches Steuerrecht*, 40. Jg., S. 1508–1517.
- Schüppen*, Matthias (2002a): Der Kodex – Chancen für den Deutschen Kapitalmarkt!, in: *Der Betrieb*, 55. Jg., S. 1117–1119.
- (2002b): To comply or not to comply – that’s the question! „Existenzfragen“ des Transparenz- und Publizitätsgesetzes im magischen Dreieck kapitalmarktorientierter Unternehmensführung, in: *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 23. Jg., S. 1269–1279.

- Schüppen, Matthias/Sanna, Thomas* (2002): D&O-Versicherungen: Gute und schlechte Nachrichten!, in: *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 23. Jg., S. 550–553.
- Schwalbach, Joachim* (2004): Effizienz des Aufsichtsrats, in: *Die Aktiengesellschaft*, 49. Jg., S. 186–190.
- Schwark, Eberhard* (2002): Corporate Governance: Vorstand und Aufsichtsrat, in: *Corporate Governance. Gemeinschaftssymposium der Zeitschriften ZHR/ZGR*, Beiheft 71 der *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, hrsg. v. *Peter Hommelhoff et al.*, S. 75–117.
- (2003): Virtuelle Holding und Bereichsvorstände – eine aktien- und konzernrechtliche Betrachtung, in: *Festschrift für Peter Ulmer*, hrsg. v. *Mathias Habersack et al.*, Berlin, S. 605–626.
 - (2004): Globalisierung, Europarecht und Unternehmensmitbestimmung im Konflikt, in: *Die Aktiengesellschaft*, 49. Jg., S. 173–180.
- Schwarz, Günter C.* (2000): *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 1. Aufl., Baden-Baden.
- (2001): Zum Statut der Europäischen Aktiengesellschaft. Die wichtigsten Neuerungen und Veränderungen der Verordnung, in: *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 22. Jg., S. 1847–1861.
- Schwarz, Günter C./Holland, Björn* (2002): Enron, WorldCom ... und die Corporate Governance-Diskussion, in: *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 23. Jg., S. 1661–1672.
- Seibert, Ulrich* (1997): Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG) – Der Referenten-Entwurf zur Aktienrechtsnovelle, in: *Wertpapier-Mitteilungen*, 51. Jg., S. 1–9.
- (2001): Transparenz- und Publizitätsgesetz, in: *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 22. Jg., S. 2192–2199.
 - (2002a): Im Blickpunkt: Der Deutsche Corporate Governance Kodex ist da, in: *Betriebs-Berater*, 57. Jg., S. 581–584.
 - (2002b): Aktienrechtsreform in Permanenz?, in: *Die Aktiengesellschaft*, 47. Jg., S. 417–420.
- Seibt, Christoph H.* (2002): Deutscher Corporate Governance Kodex und Entsprechenserklärung (§ 161 AktG-E), in: *Die Aktiengesellschaft*, 47. Jg., S. 249–259.
- Semler, Johannes* (1987): Doppelmandats-Verbund im Konzern – Sachgerechte Organisationsform oder rechtlich unzulässige Verflechtung, in: *FS für Ernst C. Stiefel zum 80. Geburtstag*, hrsg. v. *Marcus Lutter et al.*, München, S. 719–762.
- (1996): *Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft*. 2. Aufl., Köln u. a.
 - (1998): The Practice of the German Aufsichtsrat, in: *Comparative Corporate Governance – The State of the Art and Emerging Research*, hrsg. v. *Klaus J. Hopt et al.*, Oxford, S. 267–280.
 - (2000): Rechtsvorgabe und Realität der Organzusammenarbeit in der Aktiengesellschaft, in: *Deutsches und Europäisches Gesellschafts-, Konzern- und Kapitalmarktrecht. FS für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag*, hrsg. v. *Uwe H. Schneider et al.*, Köln, S. 721–734.

- (2001): Grundsätze ordnungsmäßiger Überwachung?, in: FS für Martin Peltzer, hrsg. v. *Marcus Lutter, Manfred Scholz u. Walter Sigle*, Köln, S. 489–517.
 - (2003): Entscheidungen und Ermessen im Aktienrecht, in: Festschrift für Peter Ulmer, hrsg. v. *Matthias Habersack et al.*, Berlin, S. 627–642.
- Solomon, Lewis D./Baumann, Jeffrey D./Weiss, Elliott J.* (1994): *Selected Corporation and Partnership Statutes, Rules and Forms*, St. Paul, Minn.
- Steinmann, Horst* (1969): *Das Großunternehmen im Interessenkonflikt*, Stuttgart.
- (1976): Die Unternehmung als Interessenverbund, in: *Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis*, 28. Jg., S. 1–12.
- Steinmann, Horst/Klaus, Hans* (1986): Der Aufsichtsrat: Beratungs- oder Kontrollorgan des Vorstandes? Stellungnahme zum Beitrag von Knut Bleicher/Herbert Paul, in: *Die Betriebswirtschaft*, 46. Jg., S. 526–529.
- Strenger, Christian* (2001): Corporate Governance – The Viewpoint of Large Institutional Investor, in: *Corporate Governance: Essays in Honor of Horst Albach*, hrsg. v. *Joachim Schwalbach*, Berlin u. a., S. 163–171.
- Sünner, Eckart* (2000): Effizienz von Unternehmensorganen als Grundsatz der Corporate Governance, in: *Die Aktiengesellschaft*, 45. Jg., S. 492–498.
- Talaular, Till* (2002): *Der Deutsche Corporate Governance Kodex: Zwecksetzungen und Wirkungsprognosen. Diskussionspapier 2002/8 der Wirtschaftswissenschaftlichen Dokumentation der Technischen Universität Berlin*, Berlin.
- Teichmann, Christoph* (2001): ECLR – Corporate Governance in Europa, in: *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 30. Jg., S. 645–679.
- (2002a): Vorschläge für das deutsche Ausführungsgesetz zur Europäischen Aktiengesellschaft, in: *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 23. Jg., S. 1109–1116.
 - (2002b): ECLR – Die Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft. Grundlagen der Ergänzung des europäischen Statuts durch den deutschen Gesetzgeber, in: *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 32. Jg., S. 383–464.
 - (2002c): Ausführungsgesetz in Deutschland, in: *Die Europäische Aktiengesellschaft. Recht, Steuern und Betriebswirtschaft der Societas Europaea (SE)*, hrsg. v. *Manuel R. Theisen u. Martin Wenz*, Stuttgart, S. 573–608.
 - (2002d): Bericht über die Diskussion der Referate Schwark und Bernhardt, in: *Corporate Governance. Gemeinschaftssymposium der Zeitschriften ZHR/ZGR, Beiheft 71 der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, hrsg. v. *Peter Hommelhoff et al.*, S. 131–135.
 - (2003): ECLR – Minderheitenschutz bei Gründung und Sitzverlegung der SE, in: *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 32. Jg., S. 367–401.
- Teubner, Gunther* (1985): Unternehmensinteresse – das gesellschaftliche Interesse des Unternehmens „an sich“?, in: *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 149. Bd., S. 470–488.
- The American Law Institute (1994): *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*, St. Paul, Minn.

- Theisen*, Manuel R. (1996): Reform des Aufsichtsrates, in: Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis, 48. Jg., S. 306–322.
- (1998): Empirical Evidence and Economic Comments on Board Structure in Germany, in: Comparative Corporate Governance – The State of the Art and Emerging Research, hrsg. v. *Klaus J. Hopt et al.*, Oxford, S. 259–265.
- Theisen*, Manuel R./*Hözl*, Michael (2002): Corporate Governance, in: Die Europäische Aktiengesellschaft. Recht, Steuern und Betriebswirtschaft der Societas Europaea (SE), hrsg. v. *Manuel R. Theisen* u. *Martin Wenz*, Stuttgart, S. 247–299.
- Theisen*, Manuel R./*Wenz*, Martin (2002): Hintergründe, historische Entwicklung und Grundkonzeption, in: Die Europäische Aktiengesellschaft. Recht, Steuern und Betriebswirtschaft der Societas Europaea (SE), hrsg. v. *Manuel R. Theisen* u. *Martin Wenz*, Stuttgart, S. 1–50.
- Thoma*, Georg F./*Leuring*, Dieter (2002): Die Europäische Aktiengesellschaft – Societas Europaea, in: Neue Juristische Wochenschrift, 55. Jg., S. 1449–1454.
- Thümmel*, Roderich C. (1999): Aufsichtsräte in der Pflicht? – Die Aufsichtsratshaftung gewinnt Konturen, in: Der Betrieb, 52. Jg., S. 885–888.
- (2002): Mehr Unabhängigkeit für Aufsichtsräte, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 26.6.2002, S. 22.
- TIAA-CREF (2000): TIAA-CREF Policy Statement on Corporate Governance. <http://www.tiaa-cref.org/libra/governance/index.html>, Stand: 09.03.2003.
- Titzrath*, Alfons (1997): Corporate Governance: Vertragen sich die deutsche Unternehmensverfassung und das Shareholder Value-Prinzip?, in: Betriebswirtschaftslehre und Rechtsentwicklung, Ergänzungsheft 4 der Zeitschrift für Betriebswirtschaft, S. 31–40.
- Torggler*, Hellwig (2001): Zur Europäischen Gesellschaft (SE), in: Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht (ecolex), 12. Jg., S. 533–537.
- Trojan-Limmer*, Ursula (1991): Die geänderten Vorschläge für ein Statut der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), in: Recht der Internationalen Wirtschaft, 37. Jg., S. 1010–1017.
- Ulmer*, Peter (1977): Die Anpassung von AG-Satzungen an das Mitbestimmungsgesetz – eine Zwischenbilanz, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, 141. Bd., S. 490–519.
- (2001a): Gestaltungsfreiheit in der Europa-AG bietet Vorteile, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 21.3.2001, S. 30.
- (2001b): Mitbestimmung kann zum Hindernis werden, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 28.4.2001, S. 23.
- (2002a): Der Deutsche Corporate Governance Kodex – ein neues Regulierungsinstrument für börsennotierte Aktiengesellschaften, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, 166. Bd., S. 150–181.
- (2002b): Aktienrecht im Wandel – Entwicklungslinien und Diskussions Schwerpunkte, in: Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 202, S. 143–178.

- (2002c): Paritätische Arbeitnehmermitbestimmung im Aufsichtsrat von Großunternehmen – noch zeitgemäß?, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht, 166. Bd., S. 271–277.
- van Aerssen*, Rick (1998): Bericht über die Diskussion, in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 27. Jg., S. 419–422.
- Van Hulle*, Karel (2000): Aktuelle Entwicklungen im europäischen Gesellschaftsrecht, in: Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht, 11. Jg., S. 521–526.
- Wagner*, Franz W. (1997): Shareholder Value: Eine neue Runde im Konflikt zwischen Kapitalmarkt und Unternehmensinteresse, in: Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis, 49. Jg., S. 473–498.
- Wagner*, Jens (2002): Die Bestimmung des auf die SE anwendbaren Rechts, in: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, 5. Jg., S. 985–991.
- Wahlers*, Henning W. (1990): Art. 100a EWG – Unzulässige Rechtsgrundlage für den geänderten Vorschlag einer Verordnung über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft?, in: Die Aktiengesellschaft, 35. Jg., S. 448–458.
- Walz*, W. Rainer (1996): Rechtspolitik und Betriebswirtschaftslehre. Eine juristische Perspektive, in: Regulierung und Unternehmenspolitik: Methoden und Ergebnisse der betriebswirtschaftlichen Rechtsanalyse, hrsg. v. *Dieter Sadowski*, *Hans Czap* u. *Hartmut Wächter*, Wiesbaden, S. 23–49.
- v. *Wartenberg*, Ludolf (2001): Corporate Governance aus der Sicht der deutschen Industrie, in: Wertpapier-Mitteilungen, 55. Jg., S. 2239–2240.
- Weil*, *Gotshal and Manges LLP* (2002): Comparative Study Of Corporate Governance Codes Relevant to the European Union And Its Member States. Final Report & Annexes I–III. http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/company/company/news/corp-gov-codes-rpt_en.htm, Stand: 26.06.2002.
- Weiss*, Manfred (2003): Arbeitnehmermitwirkung in Europa, in: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 20. Jg., S. 177–184.
- Wenger*, Thomas (2001): Die Europäische (Aktien-)Gesellschaft (SE) wird Realität, in: Österreichische Zeitschrift für Recht und Rechnungswesen, 11. Jg., S. 317–320.
- Wenz*, Martin (2003): Einsatzmöglichkeiten einer Europäischen Aktiengesellschaft in der Unternehmenspraxis aus betriebswirtschaftlicher Sicht, in: Die Aktiengesellschaft, 48. Jg., S. 185–196.
- v. *Werder*, Axel (1986): Organisationsstruktur und Rechtsnorm. Implikationen juristischer Vorschriften für die Organisation aktienrechtlicher Einheits- und Konzernunternehmungen, Wiesbaden.
- (1987a): Organisation der Unternehmensleitung und Haftung des Top-Managements, in: Der Betrieb, 40. Jg., S. 2265–2273.
- (1987b): Die Führungsorganisation der GmbH – Grundtypen und Konsequenzen, in: Die Betriebswirtschaft, 47. Jg., S. 151–164.
- (1989): Vorstands-Doppelmanate im Konzern. Bewertung und Gestaltungsalternativen aus organisatorischer Sicht, in: Die Betriebswirtschaft, 49. Jg., S. 37–54.

- (1993): Rechtsform und Organisation der Unternehmensführung, in: *Handbuch der Unternehmung und Europäisches Recht*, hrsg. v. *Elmar Gerum*, Stuttgart, S. 63–95.
 - (1996a): Unipersonale Führung der Europäischen Aktiengesellschaft? Organisationstheoretische Kritik ausgewählter Kommissionsvorschläge zur Leitungsorganisation der Societas Europaea, in: *Regulierung und Unternehmenspolitik: Methoden und Ergebnisse der betriebswirtschaftlichen Rechtsanalyse*, hrsg. v. *Dieter Sadowski, Hans Czap u. Hartmut Wächter*, Wiesbaden, S. 257–277.
 - (1996b): Grundsätze ordnungsmäßiger Unternehmensleitung (GoU) – Bedeutung und erste Konkretisierung von Leitlinien für das Top-Management, in: *Grundsätze ordnungsmäßiger Unternehmensführung (GoF) für die Unternehmensleitung (GoU), Überwachung (GoÜ) und Abschlussprüfung (GoA)*. Sonderheft 36/96 der Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung, hrsg. v. *Axel v. Werder*, S. 27–73.
 - (1997a): Formen der Führungsorganisation einer Europäischen Aktiengesellschaft, in: *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 43. Jg., S. 304–310.
 - (1997b): Corporate Governance: Vertragen sich die deutsche Unternehmensverfassung und das Shareholder Value-Prinzip? Ein betriebswirtschaftliches Statement, in: *Betriebswirtschaftslehre und Rechtsentwicklung*, Ergänzungsheft 4 der Zeitschrift für Betriebswirtschaft, S. 9–16.
 - (1998): Shareholder Value-Ansatz als (einzige) Richtschnur des Vorstandshandelns?, in: *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 27. Jg., S. 69–91.
 - (2000): Der German Code of Corporate Governance im Kontext der internationalen Governance-Debatte: Umfeld, Funktionen und inhaltliche Ausrichtung des GCCG, in: *German Code of Corporate Governance (GCCG): Konzeption, Inhalt und Anwendung von Standards der Unternehmensführung*, hrsg. v. *Axel v. Werder*, 1. Aufl., Stuttgart, S. 1–27.
 - (2002): Der Deutsche Corporate Governance Kodex – Grundlagen und Einzelbestimmungen, in: *Der Betrieb*, 55. Jg., S. 801–810.
 - (2004): Überwachungseffizienz und Unternehmensmitbestimmung, in: *Die Aktiengesellschaft*, 49. Jg., S. 166–172.
 - v. *Werder, Axel/Feld, Christa* (1996): Sorgfaltsanforderungen der US-amerikanischen Rechtsprechung an das Top Management, in: *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 42. Jg., S. 481–493.
 - v. *Werder, Axel/Minuth, Thorsten* (2000): Internationale Kodizes der Corporate Governance – Bestandsaufnahme und Vergleich mit dem Aktiengesetz. Diskussionspapier 2000/5 der Wirtschaftswissenschaftlichen Dokumentation der Technischen Universität Berlin, Berlin.
- Wiebe, Andreas* (2002): Vorstandsmacht oder Bankenmacht? Aktienrechtlicher Rahmen und strukturelle Auswirkungen der Einführung eines Verwaltungsstimmrechts (§ 134 Abs. 3 S. 3 AktG), in: *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 166. Bd., S. 182–210.
- Wiedemann, Herbert* (1974): Unternehmerische Verantwortlichkeit und formale Unternehmensziele in einer zukünftigen Unternehmensverfassung, in: *Wirtschaftsfragen*

- der Gegenwart, FS für Carl H. Barz zum 65. Geburtstag, hrsg. v. *Robert Fischer, Philipp Möhring* u. *Harry Westermann*, Berlin/New York, S. 561–577.
- Wiesner*, Peter M. (1996): Europäisches Unternehmensrecht im Umbruch, in: *Die Aktiengesellschaft*, 41. Jg., S. 390–395.
- (2000): Europäisches Unternehmensrecht, in: *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 21. Jg., S. 1792–1812.
 - (2001): Der Nizza-Kompromiss zur Europa AG – Triumph oder Fehlschlag?, in: *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 22. Jg., S. 397–398.
 - (2002): Zwischen Scylla und Charybdis: Sarbanes Act greift in die Satzungsautonomie deutscher Unternehmen ein, in: *Betriebs-Berater*, 57. Jg., Heft 35, S. I.
- Wiethölter*, Rudolf (1961): *Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft im amerikanischen und deutschen Recht*, Karlsruhe.
- Windbichler*, Christine (1985): Zur Trennung von Geschäftsführung und Kontrolle bei amerikanischen Großgesellschaften. Eine „neue“ Entwicklung und europäische Regelungen im Vergleich, in: *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 14. Jg., S. 50–73.
- (2004): Arbeitnehmerinteressen im Unternehmen und gegenüber dem Unternehmen – Eine Zwischenbilanz, in: *Die Aktiengesellschaft*, 49. Jg., S. 190–196.
- Windbichler*, Christine/*Bachmann*, Gregor (2000): Corporate Governance und Mitbestimmung als „wirtschaftsrechtlicher ordre public“, in: FS für *Gerold Bezenberger*, hrsg. v. *Harm P. Westermann* u. *Klaus Mock*, Berlin/New York, S. 797–805.
- Witt*, Peter (2000): Corporate Governance im Wandel. Auswirkungen des Systemwettbewerbs auf deutsche Aktiengesellschaften, in: *Zeitschrift Führung + Organisation*, 69. Jg., S. 159–163.
- Witte*, Eberhard (1986): Dialogbeitrag zu K. Bleicher/H. Paul: Das amerikanische Board-Modell im Vergleich zur deutschen Vorstands-/Aufsichtsratsverfassung, in: *Die Betriebswirtschaft*, 46. Jg., S. 529–530.
- Wymeersch*, Eddy (2001): Gesellschaftsrecht im Wandel: Ursachen und Entwicklungslinien, in: *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 30. Jg., S. 294–324.
- Zöllner*, Wolfgang (1994): Aktienrechtsreform in Permanenz – Was wird aus den Rechten des Aktionärs?, in: *Die Aktiengesellschaft*, 39. Jg., S. 336–342.
- (2000): Zur Problematik der aktienrechtlichen Anfechtungsklage, in: *Die Aktiengesellschaft*, 45. Jg., S. 145–157.
 - (2003): Unternehmensinnenrecht: Gibt es das?, in: *Die Aktiengesellschaft*, 48. Jg., S. 2–12.

Rechtsquellenverzeichnis

1. Gesetze

- ADHGB 1870: Gesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaft vom 11.6.1870 (RGBl. 1870, S. 375).
- ADHGB 1884: Gesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaft vom 18.7.1884 (RGBl. 1884, S. 123).
- AktG: Aktiengesetz vom 6.9.1965 (BGBl. I S. 1089) mit den Änderungen bis zum 19.07.2002.
- AktG 1937: Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien vom 30.1.1937 (RGBl. I 1937 S. 107).
- BetrVG 1952: Betriebsverfassungsgesetz 1952 vom 11.10.1952 (BGBl. I S. 681) mit den Änderungen bis zum 23.7.2001.
- BGB: Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.8.1896 (RGBl. S. 195) mit den Änderungen bis zum 24.08.2002.
- Del.Gen.Corp.L.: Delaware General Corporation Law, abgedruckt in: Selected Corporation and Partnership. Statutes, Rules, and Forms, hrsg. v. *Lewis D. Solomon, Jeffrey D. Bauman* u. *Elliot J. Weiss*, 1994, St. Paul, Minn., S. 231–332.
- EGV: Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft. Konsolidierte Fassung, abgedruckt in: *Europäische Union*. Textsammlung, Bd. I, Teil I. Luxemburg. 1999. http://europa.eu.int/eur-lex/de/treaties/dat/treaties_de.pdf.
- GmbHG: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20.4.1892 (RGBl. S. 477) mit den Änderungen bis zum 13.7.2001.
- M.B.C.A: Model Business Corporation Act von 1969 mit den Änderungen bis Oktober 1981, abgedruckt in: Business Law, hrsg. v. *Rate A. Howell, John R. Allison* u. *Robert A. Prentice*, 1988, Chicago u. a., S. 1327–1364.
- MitbestErgG: Gesetz zur Ergänzung des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie (Mitbestimmungsergänzungsgesetz) vom 7.8.1956 (BGBl. I S. 707) mit den Änderungen bis zum 23.7.2001.
- MitbestG: Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (Mitbestimmungsgesetz – MitbestG) vom 4.5.1976 (BGBl. I S. 1153) mit den Änderungen bis zum 23.7.2001.
- Montan-MitbestG: Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie (Montan-Mitbestimmungsgesetz) vom 21.5.1951 (BGBl. I S. 347) mit den Änderungen bis zum 23.7.2001.

- NaStraG: Gesetz zur Namensaktie und zur Erleichterung der Stimmrechtsausübung vom 18.1.2001 (BGBl. I S. 123).
- OR: Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30.3.1911 (SR 220) mit den Änderungen bis zum 5.10.2001.
- R.M.B.C.A.: Revised Model Business Corporation Act von 1984 mit den Änderungen bis November 2002. <http://www.abanet.org/buslaw/library/onlinepublications/mbca2002.pdf>, Stand: 14.12.2002.
- R.M.B.C.A.-1984: Revised Model Business Corporation Act von 1984, abgedruckt in: *Selected Corporation and Partnership. Statutes, Rules, and Forms*, hrsg. v. *Lewis D. Solomon, Jeffrey D. Bauman u. Elliot J. Weiss*, 1994, St. Paul, Minn., S. 1–167.
- Sarbanes-Oxley Act: To protect investors by improving the accuracy and reliability of corporate disclosures made pursuant to the securities laws, and for other purposes. Public Law 107–204 (H.R. 3763), 30.7.2002, 107th Congress, 116. Stat., S. 745–810.
- SEAG-E: Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) (SE-Ausführungsgesetz – SEAG), Artikel 1 des Gesetzes zur Einführung der Europäischen Gesellschaft. Diskussionsentwurf vom 28.2.2003. <http://www.bmj.bund.de>, Stand: 28.02.2003.
- SE-Richtlinie: Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8.10.2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, veröffentlicht in: *Abl. EG Nr. L 294/22* vom 10.11.2001, 44. Jg., S. 22–32.
- SE-Verordnung: Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), veröffentlicht in: *Abl. EG Nr. L 294/1* vom 10.11.2001, 44. Jg., S. 1–21.
- SE-VerordnungsE 1970: Vorschlag einer Verordnung (EWG) des Rates über das Statut für europäische Aktiengesellschaften vom 30.6.1970, veröffentlicht in: *ABl. EG Nr. C 124* vom 10.10.1970, 13. Jg., S. 1–55.
- SE-VerordnungsE 1975: Geänderter Vorschlag einer Verordnung des Rates über das Statut für Europäische Aktiengesellschaften vom 30.4.1975, veröffentlicht in: *Drucksachen des Deutschen Bundestages*, Nr. 7/3713 vom 2.6.1975, Bd. 207.
- SE-VerordnungsE 1989: Vorschlag für eine Verordnung (EWG) des Rates über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft vom 25.8.1989, veröffentlicht in: *ABl. EG Nr. C 263* vom 16.10.1989, S. 41–68.
- SE-VerordnungsE 1991: Geänderter Vorschlag für eine Verordnung (EWG) des Rates über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft vom 16.5.1991, veröffentlicht in: *ABl. EG Nr. C 176* vom 8.7.1991, 34. Jg., S. 1–68.
- TransPuG: Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität vom 19.7.2002 (BGBl. I Nr. 50 S. 2681 vom 25.7.2002).

2. Gerichtsentscheidungen**Court of Appeals of the State of New York**

| Datum | Aktenzeichen | Fundstelle |
|--------------|---------------------------------|---------------------------------------|
| Juni, 1859 | Hoyt vs. Thompson's Executor | New York Reports, 19. Jg., S. 207–226 |

Bundesgerichtshof

| Datum | Aktenzeichen | Fundstelle |
|--------------|---------------------|-----------------------------------|
| 24.6.1958 | VIII ZR 205/57 | NJW (1958), 11. Jg., S. 1133–1136 |
| 5.6.1975 | II ZR 156/73 | BGHZ, 64. Bd., S. 325–333 |
| 15.11.1982 | II ZR 27/82 | NJW (1983), 36. Jg., S. 991–992 |
| 25.2.1982 | II ZR 174/80 | BGHZ, 83. Bd., S. 122–144 |
| 7.3.1994 | II ZR 52/93 | BGHZ, 125. Bd., S. 239–251 |
| 21.4.1997 | II ZR 175/95 | NJW (1997), 50. Jg., S. 1926–1928 |

Oberlandesgericht Frankfurt/Main

| Datum | Aktenzeichen | Fundstelle |
|--------------|---------------------|-----------------------------------|
| 7.7.1981 | 20 W 267/81 | GmbHR (1982), 73. Jg., S. 159–160 |

Stichwortverzeichnis

- Abschlussprüfer 63, 162, 174, 288
- Aktiengesellschaft, deutsche
 - abhängige 232, 241, 245, 248, 257 f., 260 f., 263, 272, 274
 - börsennotierte 51, 113, 161
 - Entwicklung, historische 94, 109
 - herrschende 239, 245, 248
 - Rechtsformwahl 185
 - Verfassung 104
- Anteilseignervertreter 200
 - Aufsichtsorgan 273, 288
 - Beteiligungsrechte 272
 - Interesseneinheit 57
 - Interessengegensätze 215, 217, 219
 - Verwaltungsorgan 206, 217, 219, 221, 224, 227, 282, 294, 297
- Anti-takeover-statutes 125
- Arbeitnehmerbeteiligung, unternehmerische *siehe* Mitbestimmung, unternehmerische
- Arbeitnehmersvertreter 199, 207
 - Aufsichtsorgan 73 f., 200, 211
 - Beteiligungsrechte 274, 276
 - Einflussnahme 203, 208, 215, 223, 276, 278
 - Gleichstellung 207, 211, 221, 224, 227
 - Informationsrechte 220 f., 223
 - Interessengegensätze 219, 292
 - Personalentscheidungen 200, 205, 215
 - Qualifikation 117, 212, 218
 - Sorgfaltspflichten 21, 82, 220, 222
 - Sperrminorität 214, 219, 222
 - Stimmenpraxis 101, 214, 218 f., 227, 297
 - Überparität 273, 275
 - Vertraulichkeit 211 f.
 - Verwaltungsorgan 81 f., 203 f., 209, 222, 224, 226, 282, 290, 298
 - Wahl 197
- Arbeitsdirektor
 - Leitungsorgan 198, 200, 215
 - obligatorischer 192, 226
 - Verwaltungsorgan 205, 207 f.
 - Vorstand 56 f.
- Articles of Incorporation 59 f., 64, 66 f.
- Audit Committee 63, 123
- Auffanglösung 74, 188, 198
 - Bestandsschutz 194
 - dualistisches System 211 f., 216, 274, 292
 - monistisches System 216, 218, 221 f., 278
- Auffangregelung 74, 275
 - Ausschluss 75
 - Geltung 75, 188, 226
 - Schutzfunktion 197, 199
 - Stellung der Arbeitnehmervertreter 74, 192, 200, 207
 - Systemwahl 194, 278
- Aufsichtsorgan 70
 - Aufgaben 133
 - Ausschussbildung 148, 288
 - Beschlussfähigkeit und -fassung 71, 144
 - Beschlussmodalitäten, satzungsrechtliche 292
 - Beschlussmodalitäten bei Mitbestimmung 72, 197, 214
 - Besetzung, drittelparitätische 213
 - Besetzung, paritätische 72, 198, 211 f., 227, 281
 - Größe 70, 144
 - Sitzungsfrequenz 80, 149, 280

- Vorsitzender 72, 144, 151, 197 ff., 281
- Aufsichtsorgan-Mitglieder
 - Abwahl 70
 - Beteiligungsrechte 247, 272
 - Informationsrechte 145, 184, 248, 252, 268, 286
 - Qualifikationsanforderungen 144, 212, 288, 292
 - Sorgfaltspflichten 76, 145 f., 163, 246, 248, 288
 - Wahl 70
- Aufsichtsrat
 - Ausschussbildung 53
 - Beschlussfähigkeit und -fassung 53
 - Beschlussmodalitäten bei Mitbestimmung 56
 - Besetzung, drittelparitätische 56
 - Besetzung, paritätische 56, 105, 204
 - fakultativer 90 f.
 - Größe 56
 - Sitzungsfrequenz 113
 - Vorsitzender 53 f., 95, 107, 111, 114
- Aufsichtsrats-Konzeption 25
 - Aktionärsinteressen 126
 - Binnenkontrolle 105, 116
 - Entwicklung, historische 88
 - Ermessensspielraum 120
 - Funktionstrennung 172
 - Gestaltungsflexibilität 111
 - Informationsfluss 100
 - Kontrollmechanismen 115
 - Struktur 51
 - Strukturparallelen 83
 - Veranlagung 123
 - Vor- und Nachteile, pfadabhängige 110 f., 119, 122, 129
 - vs. Board-Konzeption 61, 68, 89
 - vs. dualistisches System 142, 175 f., 181, 224, 249
 - vs. monistisches System 181, 299
- Beherrschungsvertrag 234, 237 f., 241, 258, 269
- Besonderes Verhandlungsgremium
 - Aufgabe 73
 - Beschlussfassung bei Minderung der Mitbestimmung 193
 - Verhandlungen 74 f., 188, 194, 199, 208, 213 ff., 219, 222, 227
 - Zusammensetzung 194
- Beteiligung der Arbeitnehmer
 - Anhörung 188, 227
 - Mitbestimmung *siehe* Mitbestimmung
 - Unterrichtung 188, 227
- Bilanzausschuss 53
- Board of Directors 59, 93
 - Ausschussbildung 63 f., 94
 - Emanzipation 94
 - Funktion 60 f.
 - Funktionstrennung, faktische 95
 - Größe 60, 127
 - Managing shareholders 62
 - Organstatus 60, 68
 - Sitzungsfrequenz 180
 - Vergütung 64
- Board-Konzeption 25, 57
 - Aktionärsinteressen 126
 - Entwicklung, historische 92
 - Gestaltungsflexibilität 62, 68, 106
 - Informationsfluss 100
 - Statutory scheme 65, 67
 - Struktur 57, 60, 68
 - Strukturparallelen 83
 - Überwachung 105
 - Veranlagung 123
 - Vor- und Nachteile, pfadabhängige 111, 119, 122, 181
 - vs. Aufsichtsrats-Konzeption 61, 68, 89
 - vs. monistisches System 77 f., 82, 154, 156, 173, 180 f.
- Business Judgement-Doktrin 178
- Business Judgement Rule 66
- By-laws 59 f., 64

- Case law 30
- Chairman of the Board 68, 100
- Personalunion 67, 106 f.
- Checks and balances 112
- Aufsichtsrats-Konzeption 111, 114
 - dualistisches System 176, 273
 - monistisches System 158 f., 169, 185, 218, 253, 295
- Chief Executive Officer 67
- Informationsmonopol 100
 - Omnipotenz 68, 106, 128, 156
 - Personalunion 67, 107
 - Weisungsrecht 128, 155
- Combined Code 31
- Common law 29, 65
- Compensation Committee 64
- Comply or explain *siehe* Entsprechenserklärung
- Corporation 33
- börsennotierte 59, 62, 123, 125
 - closely held 61
 - Entwicklung, historische 92 ff., 109
 - large publicly held 61
 - Verfassung 57 f., 60 ff., 65, 68, 100, 103 f., 123, 127, 129, 156
- Corporation law 58 f., 65, 68
- Corporation statutes 57 f., 64, 69, 78, 105, 178, 180
- Delaware-Effekt** 35
- Delegiertenmodell 155, 289
- Deutscher Corporate Governance Kodex 22, 31, 51
- Director 60
- Direktorialprinzip 78, 137, 178
- Doppelmandate 242
- Aufsichtsorgan 247, 249
 - Leitungsorgan 242, 245, 251, 262 f.
 - Verwaltungsorgan 255, 258, 267
- Doppelmandats-Verbund 242 f.
- dualistisches System 243 f., 262 f.
 - monistisches System 251, 257 f.
- Dualisierung, Verwaltungsorgan 216
- Dualistisches System 69 f.
- Kontrollmechanismen 212
 - Strukturparallelen 83, 133
 - Systemwahl 24, 174
- Eingliederungskonzern** 259
- Einheitsmodell 153, 155
- Entsprechenserklärung 23, 32, 37
- Ermächtigungsnormen 25, 284
- Ermessen, unternehmerisches 52, 240
- Faktischer Konzern**
- Doppelmandate 262 f.
 - Leitungsmacht 260, 266
 - Nachteilsausgleich 264
 - SE, dualistisch strukturierte 264
 - SE, monistisch strukturierte 267
 - Vorkommen 234, 259
- Fiduciary duty of care 66
- Fiduciary duty of loyalty 66
- Fremdkontrolle 167
- Fremdorganschaft 37
- Führungsorgan 38
- Führungsstruktur der SE
- dualistische *siehe* Dualistisches System
 - monistische *siehe* Monistisches System
- Führungssystem
- einstufiges 41
 - zweistufiges 40, 50
- Funktionstrennung
- faktische 61, 67 f., 78, 220, 284
 - gesetzliche 42, 52, 127, 273, 278, 302
 - Schärfegrad 42
- Generalverweisungsnorm** 22, 164, 248, 287
- Gesamtgeschäftsführung 137, 171, 293
- Gesamtleitung 171, 256, 293
- Gesamtverwaltung 155, 171
- Geschäftsführer 285
- Geschäftsführung, laufende 61, 67, 78
- Geschäftsführungsorgan 38, 62

- Geschäftsordnung
 - Board of Directors 59
 - Leitungsorgan 140 f.
 - Verwaltungsorgan 161
 - Vorstand 51 f.
- Gesellschaft mit beschränkter Haftung
 - Führungsstruktur 40, 62, 216
 - Gesellschafterversammlung 39
 - Rechtsformwahl 111, 130, 185
 - Vorkommen 51
- Gesellschaftsinteresse 174, 241
- Gewerkschaftsvertreter
 - Aufsichtsorgan 198, 212
 - Aufsichtsrat 117
 - Ausschluss 192, 208, 211, 215, 226
 - Interessengegensätze 215
 - Verwaltungsorgan 204, 218, 221, 224
- Gewinnabführungsvertrag 268
- Gleichordnungskonzern 234
- Gründung einer SE
 - Arten 187
 - Gründungsgesellschaft *siehe* Gründungsgesellschaft
 - Voraussetzungen 22, 72, 131, 229, 235
- Gründungsgesellschaft
 - Gründungsvorbereitung 279
 - Hauptversammlung 203
 - Mitbestimmung der SE 72, 75, 82, 131, 186 ff., 192 f., 199, 223, 225
 - Tochter-SE 236
- Harmonisierung
 - EU-Recht 96
 - Strukturen 96
- Hauptversammlung der SE
 - Aufgaben 134
 - Gestaltung des monistischen Systems 158, 205, 217 ff., 228, 282
 - Personalkompetenz 70, 80, 140 f., 144, 159 f., 168, 170, 182, 205, 289
 - Satzungsänderungen 203
- Holding-SE 187, 195
 - Auffanglösung 207
 - Holdingkonzern 237
 - Konzernierung 235
 - Mitbestimmung 73 f., 273
- Holdingkonzern 237, 242, 257
- Independant directors 63, 104
- Informationsordnung 139, 248
- Informationsverteilung, asymmetrische 100, 106, 109, 161
- Inkompatibilitätsregelung 41
 - Board-Konzeption 61
 - Doppelmandate 243
 - dualistisches System 71, 281
 - zweistufiges Führungssystem 42
- Interessenmonismus 181
- Interessenvertretung 21, 48, 203, 207, 217, 228
- Interlocking directorates 66
- Internationalisierung der Arbeitnehmerbank 198
- Investoren, institutionelle 124
- Kollegialgebot** 107, 137 f., 154, 178, 287
- Kollegialprinzip 52, 115, 137 f., 178 f.
- Kommanditgesellschaft auf Aktien 89 f.
- Kompetenzbegriff 44
- Kompetenzgefüge 29, 42 f., 46, 50
 - Aufsichtsrats-Konzeption 56
 - Board-Konzeption 60, 68, 100
 - dualistisches System 142, 145
 - monistisches System 152 f.
- Kompetenzinhalt 46
- Kompetenzspielraum 47
- Kompetenzverteilung
 - horizontale *siehe* Segmentierung
 - organexterne 49
 - organinterne 49
 - vertikale *siehe* Strukturierung
- Kongruenzprinzip 151
- Konsequenzen, rechtsnorminduzierte 23

- Kontextfaktoren
- Einfluss 98, 101 f., 130, 176
 - Pfadabhängigkeit 86, 96, 98, 175
 - rechtlich-historische 87, 104, 122
- Kontrollorgan 38
- Konzern
- faktischer *siehe* Faktischer Konzern
 - qualifizierter faktischer 262
- Konzerninteresse 241, 243
- Konzernleitung 230
- dualistisches System 238 f., 263, 265, 274
 - Mittel 262
 - monistisches System 249, 253, 256, 265
- Konzernleitungspflicht 240
- Konzernobergesellschaft
- Einflussnahme im faktischen Konzern 260, 265
 - Interessen 241, 261
 - SE 236, 246, 290
 - Überwachung 245, 247
- Konzernrecht
- Holdingkonzern 237
 - Leitbild, aktienrechtliches 258
 - Mitbestimmung, (quasi-)paritätische 272
 - Organisationsrecht 230, 259
 - Schutzrecht 230 f., 239
- Konzernüberwachung 251, 266
- Konzessionssystem 89, 91
- Kooptation, faktische
- Aufsichtsrats-Konzeption 114
 - Board-Konzeption 128
 - dualistisches System 141
 - monistisches System 168, 174, 182, 185, 218, 285, 289
- Leitung, einheitliche 233, 236, 238, 260, 268
- Leitungsautonomie
- dualistisches System 136, 211
 - Einschränkung durch Zustimmungsvorbehalte 113
 - Konzern-SE 238
 - monistisches System 217, 222, 270
- Leitungsorgan 70
- Beschlussfähigkeit und -fassung 71, 137
 - Größe 70, 136
 - Vorsitzender 137 ff., 176, 242, 244, 288, 293
- Leitungsorgan-Mitglieder
- Abberufung 70, 140, 143
 - Bestellung 70
 - Sorgfaltspflichten 76, 135, 239
- Managing shareholders *siehe* Board of Directors, Managing shareholders
- Market for corporate control 112
- Merkmalsausprägungen, rechtsformspezifische 26, 34, 50, 56, 111
- Folgen 98 f., 109
 - Konvergenz 95
 - Pfadabhängigkeit 84
 - SE 69, 97, 176
- Mitbestimmung
- betriebliche 74, 208 f.
 - drittelparitätische 190, 195, 201, 207, 213, 221 ff., 278
 - Flucht 73
 - Minderung 73 f., 190, 193 f., 199, 202, 220, 224, 274, 276, 283
 - Pflicht 55, 72, 190, 204, 215, 221, 224
 - Potenzierungseffekt 273
 - (quasi-)paritätische 117, 190, 192, 195, 197 f., 201, 204 ff., 211, 217, 219, 221, 223 f., 271 ff., 275 f., 278, 289, 301
 - Schwellenwerte 72, 193
 - unternehmerische 57, 75, 192 f., 199, 201, 209, 213, 223
 - Verhandlungen 73, 76, 82, 186 ff., 190, 199, 208, 213, 224 f., 303
 - Verhandlungsabbruch 74, 192, 199, 209

- Verhandlungsaufnahme 74, 76, 187
- Verhandlungsfrist 75, 188, 192
- Verhandlungsparteien 73
- Model Business Corporation Act 29
- Monistisches System 77 ff.
 - ergänzende Vorschriften 152, 157, 164, 252, 284
 - Kontrollmechanismen 162, 171, 179, 218
 - Strukturparallelen 83
 - Systemwahl 24, 157, 174, 181, 278
 - Varianten 151, 154
- Nachteil
 - pfadabhängiger 101 f., 110, 119
 - pfadunabhängiger 99, 103
- Nominating Committee 63 f.
- Normalstatut 26, 279
- Normativsystem 91
- Normengefüge 29, 32, 37, 43, 50, 55, 122
- Nürnberger Beratungen 89
- Oberleitung** 77, 81, 185, 203, 221, 289
- Octroi 92
- Officers 60 ff., 67 f., 78
- Opt-Out-Regelung 188
- Organgefüge 29, 88, 100, 104, 142, 206
- Organstruktur
 - dreigliedrige 40
 - zweigliedrige 40
- Personalhoheit** *siehe* Personalkompetenz
- Personalkompetenz
 - Aufsichtsorgan 70, 141, 184, 215, 268
 - Aufsichtsrat 52, 114 f., 141, 170
 - Hauptversammlung der SE 141, 159, 168, 182, 205, 289
- Pfadabhängigkeit 26, 86, 95 f., 98 f., 111, 117, 119, 129, 176
 - moderat-ausgeprägte 85
 - schwach-ausgeprägte 85
 - stark-ausgeprägte 86
- Stärkegrade 85
- Theorie 84
- Plenarentscheid *siehe* Verwaltungsorgan, Plenarkompetenzen
- Plenarvorbehalt 78, 155
 - Festlegung 182, 203, 250
 - Festlegung durch Hauptversammlung der SE 217, 219
 - Gestaltung des monistischen Systems 156, 171
 - konzernweiter 251, 265
 - Umfang 157, 228
 - Zweck 162, 270
- Primat der Vereinbarung 225
- Principal-Agent-Problem 103
- Proxy-Voting *siehe* Verwaltungsstimmrecht, Corporation
- Rechtsangleichung**
 - Corporation law 58
 - EU-Recht 35
- Rechtsformwechsel *siehe* Umwandlungs-SE
- Rechtsformwettbewerb 24
- Rechtsvereinheitlichung
 - Corporation law 29, 94
 - EU-Recht 35
 - Strukturen 95
- Regelungsdichte 32, 34 f., 37, 55
- Regelungsebene
 - gesetzliche 30
 - Rechtsprechung 30
 - satzungsrechtliche 31
 - Soft law 32
- Regelungsintensität 32, 35
- Ressortegoismus 116, 244
- Ressortleitung
 - Überwachung 55, 115, 135, 171, 244, 257
- Revised Model Business Corporation Act 58, 94

- Satzungsautonomie 34, 71
- Satzungsstrenge
- Aktiengesellschaft, deutsche 51, 111
 - SE 280, 291
- SE-Ausführungs- und Ergänzungsgesetz 25 ff., 34, 45, 132, 140, 145, 153, 162, 169, 181, 249, 252, 254, 256, 280, 285, 290 f., 301, 303
- Verwaltungsorgan 153
- SE-Begleitgesetz *siehe* SE-Ausführungs- und Ergänzungsgesetz
- Segmentierung 46, 48, 154
- Selbstkontrolle, gegenseitige 105
- Verwaltungsorgan 167, 171 f., 179, 256 f., 266
 - Vorstand 115
- Selbstorganschaft 38
- Shareholder Value 120, 181
- Soft law 32
- Sonderprüfung 248 f., 264
- Sorgfaltspflichten
- Aufsichtsorgan-Mitglieder *siehe* Aufsichtsorgan-Mitglieder, Sorgfaltspflichten
 - Aufsichtsratsmitglieder 54
 - Board-Mitglieder 65 ff.
 - Leitungsorgan-Mitglieder *siehe* Leitungsorgan-Mitglieder, Sorgfaltspflichten
 - Officers 67
 - Verwaltungsorgan-Mitglieder *siehe* Verwaltungsorgan-Mitglieder, Sorgfaltspflichten
 - Vorstandsmitglieder 54
- Statutory scheme *siehe* Board-Konzeption, Statutory scheme
- Stichentscheid
- bei Aufsichtsorganbeschluss 71, 144, 197, 199
 - bei Leitungsorganbeschluss 138 f.
 - bei Verwaltungsorganbeschluss 82, 158, 250, 295 f.
- Stimmenbündelung 217, 219, 297
- Stimmrechtsübertragung 93
- Stimmrechtsvertreter 168
- Strukturalternativen
- Board-Konzeption 61 f., 65, 78
 - monistisches System 82, 152, 154 f.
- Strukturänderungen, obligatorische 196, 201
- Strukturierung 48
- Begrenzung des Kompetenzspielraumes 47
 - laterale 47, 52, 71, 155
 - organinterne 42
- Strukturierungsmöglichkeiten, fakultative 196
- Subsidiaritätsprinzip 36
- Systemwettbewerb 24, 299
- rechtsforminterner 26, 175
 - rechtsformübergreifender 26, 175
- Tochter-SE 187, 193, 195
- Auffanglösung 207
 - Konzernierung 235 f.
 - Mitbestimmung 73 f.
- Torso-Regelung 280, 299
- Trennungsmodell
- Aktiengesellschaft, deutsche 57
 - Corporation 104
 - SE 153, 155
- Überkreuzverflechtung 53, 168
- Überwachungsorgan 38
- Aufsichtsorgan 146
 - Aufsichtsrat 20
 - Board of Directors 95
 - fakultatives 39
 - Politisierung 211
- Umwandlungs-SE 187, 195
- Auffanglösung 75
 - Konzernierung 235, 237
 - Mitbestimmung 73 ff., 190, 196 f., 199, 202, 204, 207, 216, 218, 221, 224, 271, 275, 283
 - Systemwahl bei Mitbestimmung 224 f., 278

- Unternehmensführung
 - Aktienrecht 112
 - Arbeitsteilung 46
 - Interessenpluralismus 121
 - Shareholder Value 173
 - System 28
 - Teilaufgaben 28, 38, 46, 82
 - Träger 28
 - U.S.-amerikanische Praxis 95
 - Willensbildungsorgan 40
- Unternehmensinteresse
 - Interessenpluralismus 120 f., 178
 - Leitungsentscheidungen 120, 126, 135, 150, 173, 181, 241
 - Verwaltungsautonomie 122
- Unternehmenskontrolle, externe 123, 125
- Unternehmensleitung 28, 38
 - Legitimation, pluralistische 120
- Unternehmensverwaltung
 - Autonomie *siehe* Verwaltungsautonomie
 - Kapitalmarkt 123
 - Träger 37
- Unterordnungskonzern 234
- Ursprungslösung 75, 188, 199, 209 f., 222
- U.S.-Corporation *siehe* Corporation

- Veranlassung 84, 239
 - Haftung 265
- Vereinbarungslösung 73, 190, 193 f., 201, 209, 213, 215, 226, 278, 283
- Verflechtungen, personelle *siehe* Doppelmandate
- Verschmelzungs-SE 195
 - Auffanglösung 207
 - Konzernierung 235, 237
 - Mitbestimmung 73 f., 273
- Verschuldensvermutung 55
- Vertragskonzern
 - Doppelmandate 243, 257
 - Einbindung der SE 236 f.
 - Konzernleitungspflicht *siehe* Konzernleitungspflicht
 - SE, dualistisch strukturierte 263, 274
 - SE, monistisch strukturierte 250, 253 f., 258
 - Vorkommen 234
- Vertretungsorgan 38, 62, 198
- Verwaltungsautonomie 122, 170, 173 f., 181
- Verwaltungsorgan
 - Ausschussbildung 161, 163, 178
 - Beschlussfähigkeit und -fassung 81, 158
 - Beschlussmodalitäten, satzungsrechtliche 295
 - Beschlussmodalitäten bei Mitbestimmung 81, 205, 295
 - Besetzung, drittelparitätische 207, 222, 224
 - Besetzung, paritätische 205 f., 217, 219, 221, 276, 295
 - Größe 80, 158
 - Plenarkompetenzen 81, 165, 167, 170 f., 180, 203, 219, 223, 250 f., 253, 256, 265 ff., 269, 282, 294, 296
 - Sitzungsfrequenz 80, 161, 180, 182, 280, 283
 - Vorsitzender 81, 156, 158, 172 f., 178, 205 f., 208, 217, 251, 255, 270, 295 ff.
 - Weisungsrecht, faktisches 165
- Verwaltungsorgan-Mitglieder 161
 - Abberufung 169 f., 218
 - Bestellung 80
 - Beteiligungsrechte 275
 - Entzug der Leitungsbefugnis 218
 - Gesamtvertretungsmacht 254
 - geschäftsführende 78, 154, 165, 185, 253 ff., 266
 - Informationsrechte 160 f., 163, 167, 182, 184, 220, 252
 - leitende 158, 160, 218 f., 265, 289

- nicht geschäftsführende 154, 165, 167 f., 184 f., 228, 254 f., 266, 269 f., 285, 290, 297 f.
- Qualifikationsanforderungen 212, 294
- Sorgfaltspflichten 79, 163 ff., 172 f., 178, 180, 184, 254, 267, 290
- überwachende 106, 150, 158 ff., 162 f., 171, 250, 252, 265 f., 268, 273, 282 f., 296
- Weisungsrecht 155
- Verwaltungsrat
 - Aktiengesellschaft, deutsche 89 ff., 116
 - Aktiengesellschaft, schweizerische 155
 - Corporation 93
 - KGaA 90
 - Überwachungsorgan 94
- Verwaltungsstimmrecht
 - Aktiengesellschaft, deutsche 108 f.
 - Corporation 108 f., 128
 - Kooptationsgefahr 141, 168, 182, 285, 289
- Vorher-Nachher-Prinzip 73, 186, 211
- Vorstand
 - Größe 52
 - Vorsitzender 52, 95, 106 f.
- Vorteil
 - pfadabhängiger 99, 101 f., 110, 119
 - pfadunabhängiger 103
- Weisungsrecht
 - Vertragskonzern 239, 245
 - Verwaltungsorgan-Mitglieder, geschäftsführende 254
 - Verwaltungsorgan-Mitglieder, leitende 250
 - Wiederholung der Weisung 274
- Wettbewerb der Rechtsordnungen 25, 35, 299
- Willensbildungsorgan 38 ff., 103
- Zulassungsvoraussetzungen 31, 126
- Zustimmungsvorbehalt
 - Aufsichtsorgan 143, 176, 200, 228, 246, 268, 281, 286
 - Aufsichtsrat 52, 101, 113, 201
 - Katalog, gesetzlicher 71, 80, 147, 159, 286
 - konzernweiter 246 f., 264, 266, 270
 - Verwaltungsorgan *siehe* Plenarvorbehalt