

Christoph Scherer

*Die Qual der Wahl:*  
Dualistisches oder  
monistisches System?

Alternativen der Unternehmensverfassung  
einer Europäischen Gesellschaft (SE)  
in Deutschland



**PETER LANG**  
Europäischer Verlag der Wissenschaften

# Inhaltsverzeichnis

<b>Abkürzungsverzeichnis</b> .....	XV
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	XXI

## **Kapitel Eins**

<b>Einleitung</b> .....	1
-------------------------	---

<b>A. „Societas Europaea“ – Eine neue Rechtsform für europäische Unternehmen</b> .....	1
<b>B. Notwendigkeit und Vorteile der Europäischen Gesellschaft</b> .....	2
<b>C. Offene Fragen: Unternehmensverfassung und Mitbestimmung</b> .....	5
<b>D. Ziele der Untersuchung</b> .....	7
<b>E. Gang der Untersuchung</b> .....	10

## **Kapitel Zwei**

<b>Strukturmodelle und unternehmerische Mitbestimmung der SE</b> .....	15
--	----

<b>A. Einleitung</b> .....	15
<b>B. Anzuwendendes Recht</b> .....	15
I. Verhältnis der SE-VO zum mitgliedstaatlichen Recht.....	16
II. Verhältnis der SE-RiLi zum mitgliedstaatlichen Recht.....	18
III. Zusammenfassung .....	19
<b>C. Das Wahlrecht gem. Art. 38 lit. b SE-VO zwischen dem dualistischen und dem monistischen System</b> .....	19
<b>D. Die Geschäftsführung und ihre Überwachung in der dualistisch und der monistisch verfassten SE</b> .....	20
I. Die Geschäftsführung und ihre Überwachung in der dualistisch verfassten SE.....	21
1. Das Leitungsorgan als Geschäftsführungsorgan der dualistisch verfassten SE .....	22

2. Das Aufsichtsorgan als Überwachungsorgan der dualistisch verfassten SE .....	23
3. Abgrenzung der Kompetenzen von Leitungs- und Aufsichtsorgan .....	25
a) Grundsatz des Verbots der Geschäftsführung durch das Aufsichtsorgan gem. Art. 40 I S. 2 SE-VO.....	25
b) „Relativierung“ dieses Grundsatzes gem. Art. 48 I SE-VO .....	25
4. Zusammenfassung .....	27
<b>II. Die Geschäftsführung und ihre Überwachung in der monistisch verfassten SE.....</b>	<b>28</b>
1. Das Verwaltungsorgan als „doppelfunktionales“ Organ der monistisch verfassten SE .....	28
a) Die geschäftsführenden Direktoren des Verwaltungsorgans .....	29
b) Die „nichtgeschäftsführenden“ Direktoren des Verwaltungsorgans ...	31
2. Abgrenzung der Kompetenzen von geschäftsführenden und nichtgeschäftsführenden Direktoren .....	32
a) Abgrenzung der „laufenden Geschäfte“ von der „Bestimmung der Grundlinien“ der Gesellschaft .....	32
b) Gemeinsame Beratungen über den Gang der Geschäfte i.S.d. Art. 44 I SE-VO .....	34
c) „Geeignete Maßnahmen zur Überwachung“, § 22 III S. 2 SEAG .....	36
d) Vorbehalt des Beschlusses des Verwaltungsorgans, Art. 48 I SE-VO ..	37
III. Zusammenfassung und Fazit.....	38
<b>E. Die unternehmerische Mitbestimmung in der SE .....</b>	<b>40</b>
I. Die sog. „Verhandlungslösung“ .....	41
II. Die sog. „Auffanglösung“ .....	43
III. Fazit .....	44

## Kapitel Drei

### Die SE-Modelle im Vergleich

#### ***Geschäftsführung und Überwachung in der deutschen Aktiengesellschaft (AG), der britischen Public Company Limited by Shares (PLC) und der US-amerikanischen Corporation (Corp.)***..... 47

<b>A. Einleitung</b> .....	47
<b>B. Die Geschäftsführung und ihre Überwachung in der deutschen Aktiengesellschaft</b> .....	49
I. Der Vorstand als Geschäftsführungsorgan der Aktiengesellschaft .....	50
II. Der Aufsichtsrat als Überwachungsorgan der Aktiengesellschaft .....	51
III. Abgrenzung der Kompetenzen von Vorstand und Aufsichtsrat.....	54
1. Grundsatz des Verbots der Geschäftsführung durch den Aufsichtsrat gem. § 111 IV S. 1 AktG.....	54
2. „Relativierung“ dieses Grundsatzes gem. § 111 IV S. 2 AktG .....	55
a) Gründe für die Neufassung des § 111 IV S. 2 AktG.....	56
b) Folgen der Neufassung des § 111 IV S. 2 AktG.....	57
aa) Bestimmbarkeit der „bestimmten Arten von Geschäften“ i.S.d. § 111 IV S. 2 n.F. AktG.....	58
bb) Häufung der Fälle des Zustimmungsvorbehaltes .....	60
(1) Rechtslage vor der Neufassung des § 111 IV S. 2 AktG – Ermessensreduzierung auf Null.....	60
(2) Rechtslage nach der Neufassung des § 111 IV S. 2 AktG....	61
cc) Konsequenzen der mangelnden Bestimmbarkeit und der Häufung von Zustimmungsvorbehalten .....	62
dd) Unterlassen einer Maßnahme als zustimmungsbedürftiges Geschäft i.S.d. § 111 IV S. 2 n.F. AktG?.....	64
c) Fazit .....	65
IV. Zusammenfassung und Vergleich mit der dualistisch verfassten SE .....	66
<b>C. Die Geschäftsführung und ihre Überwachung in der britischen Public Company Limited by Shares</b> .....	68

I. Der sog. „Combined Code“: Empfehlungen von Cadbury und Hampel.....	70
II. Das Board of Directors als „doppelfunktionales“ Organ der Company .....	71
1. Die Executive Directors of the Board .....	72
2. Die Non-Executive Directors of the Board.....	72
3. Abgrenzung der Kompetenzen von Executive Directors und Non-Executive Directors .....	73
III. „Audit Committees“ of the Board.....	75
IV. Zusammenfassung und Vergleich mit der monistisch verfassten SE .....	75
<b>D. Die Geschäftsführung und ihre Überwachung in der US-amerikanischen Corporation .....</b>	<b>77</b>
I. Empfehlungen des „American Law Institute“ .....	79
II. Verabschiedung des „Sarbanes-Oxley-Act“.....	80
III. Das Board of Directors als „doppelfunktionales“ Organ der Corporation .....	81
1. Die Executive Officers of the Board .....	82
2. Die Independent Directors of the Board .....	83
3. Abgrenzung der Kompetenzen von Executive Officers und Independent Directors .....	83
IV. „Audit Committees“ of the Board .....	85
1. Kompetenzen des Audit Committees .....	86
2. Personelle Besetzung des Audit Committees .....	87
a) Unzulässige Vergütungen, Sec. 301 SOA.....	87
b) Unzulässige sonstige Verbindung, Sec. 301 SOA .....	87
V. Zusammenfassung und Vergleich mit der monistisch verfassten SE.....	88
<b>E. Konsequenzen für die Ausübung des Wahlrechts i.S.d. Art. 38 lit. b SE-VO.....</b>	<b>90</b>
I. Flexibilität der Geschäftsführung .....	92
1. „Zurückhaltung oder Übereifer des Aufsichtsorgans?“ – Zustimmungsvorbehalte in der dualistisch verfassten SE .....	93
a) Pflicht zur satzungsmäßigen Vorgabe von Zustimmungsvorbehalten? .....	96

b) Pflicht des Aufsichtsorgans zur Bestimmung zustimmungsbedürftiger Geschäfte? .....	97
c) Fazit .....	99
2. Nichtgeschäftsführende Direktoren – „Manager“ oder „Überwacher“ der monistisch verfassten SE? .....	100
a) Flexibilität der Geschäftsführung .....	101
b) Effektive Überwachung der geschäftsführenden Direktoren? .....	102
c) Fazit .....	104
II. Informationsfluss zwischen Geschäftsführung und Überwachung .....	105
1. Informationsfluss zwischen geschäftsführenden und nichtgeschäftsführenden Direktoren .....	106
2. Informationsversorgung des Aufsichtsorgans .....	109
a) „Ex-Ante-Überwachung“ des Leitungsorgans? .....	109
b) Durchsetzung von Informationsrechten – Persönliche Motivation als Voraussetzung für umfassende Informationen.....	112
c) Fazit .....	113
III. Haftung der Mitglieder der SE-Organe .....	114
1. Abgrenzungsprobleme in Haftungsfällen .....	115
2. Haftungsrisiko der nichtgeschäftsführenden Direktoren .....	116
3. Fazit.....	118
IV. „Combined Code“ und „Sarbanes-Oxley-Act“ als Argumente gegen die monistisch verfasste SE? .....	118
<b>F. Zusammenfassung und Schlussfolgerung.....</b>	<b>123</b>

## **Kapitel Vier**

### **Unternehmerische Mitbestimmung einer „deutschen“ SE... 129**

<b>A. Einleitung.....</b>	<b>129</b>
<b>B. Die „paritätische Mitbestimmung“ nach dem     Mitbestimmungsgesetz 1976 .....</b>	<b>133</b>
I. Anwendungsbereich des MitbestG 1976 und Kompetenzen der Arbeitnehmervertreter .....	133

II. Verfassungsmäßigkeit der paritätischen Mitbestimmung .....	134
III. Zusammenfassung .....	136
<b>C. Übertragung der paritätischen Mitbestimmung auf die SE-Modelle..</b>	<b>137</b>
I. Paritätische Mitbestimmung in der dualistisch verfassten SE .....	137
II. Paritätische Mitbestimmung in der monistisch verfassten SE .....	138
1. Arbeitnehmervertretung im Verwaltungsorgan.....	139
a) „Schematische“ Übertragung der paritätischen Mitbestimmung ....	139
b) „Funktionale“ Übertragung der paritätischen Mitbestimmung .....	140
c) Fazit .....	143
2. „Machtzuwachs“ der Arbeitnehmervertreter .....	143
a) Erweiterung des Status Quo der Mitbestimmungsrechte .....	144
b) Verletzung der Anteilseignerrechte aus Art. 14 I GG .....	147
c) Zustimmung der Anteilseigner – Werbung neuer Investoren – Haftung der Arbeitnehmervertreter .....	148
d) Deutschland – das hässliche Entlein der EU?.....	149
e) Zwischenergebnis und Bewertung .....	151
3. Möglichkeiten zur Vermeidung einer Erweiterung der Mitbestimmungsrechte .....	154
a) Einsetzung eines „Exekutivausschusses“ .....	154
b) Einsetzung eines „unternehmerischen Planungsausschusses“ .....	155
c) Aufgaben der übrigen nichtgeschäftsführenden Direktoren – Überwachung der Ausschüsse .....	155
d) Vorteile der Ausschussgründung – „Einführung des dualistischen Systems durch die Hintertüre?“ .....	156
e) Fazit.....	158
<b>D. Zusammenfassung und Schlussfolgerung .....</b>	<b>158</b>

## Kapitel Fünf

<b>Zusammenfassung und Schlussfolgerung .....</b>	<b>163</b>
---	------------