

Vortrag bei der deutsch-niederländischen Rechtsanwaltsvereinigung am 6.11.1997 (Schloß Krickenbeck)

Die Vortragsform wurde beibehalten, Nachweise in den Fußnoten sind exemplarisch.

Universitätsprofessor Dr. Ulrich Noack (Düsseldorf)

A. EUROPÄISCHES UNTERNEHMENSRECHT: GRUNDLAGEN UND ENTWICKLUNGEN	3
I. 40 JAHRE VERTRAG VON ROM.....	3
II. GRUNDFREIHEITEN IM GEMEINSAMEN MARKT	4
III. GESELLSCHAFTSRECHT	5
1. <i>Teilharmonisierung durch Richtlinien</i>	6
2. <i>EWIV-Verordnung</i>	8
IV. KAPITALMARKTRECHT	11
1. <i>Bank und Börse</i>	11
2. <i>Insbesondere: Übernahmerecht</i>	12
B. SCHWERPUNKTE IM EUROPÄISCHEN GESELLSCHAFTSRECHT DER GEGENWART	16
I. EUROPÄISCHE AKTIENGESELLSCHAFT (SE).....	16
1. <i>Bedürfnis für SE</i>	16
2. <i>Geschichte der SE</i>	19
3. <i>Lösung der Mitbestimmungsfrage</i>	21
II. EUROPÄISCHE UNTERNEHMENSMOBILITÄT	25
1. <i>Stand der Niederlassungsfreiheit</i>	25
2. <i>Desiderata der Niederlassungsfreiheit</i>	26
3. <i>Vorgaben des EG-Vertrags</i>	30
4. <i>„Daily Mail“ – Rechtsprechung des EuGH</i>	32
5. <i>Richtlinie zur Sitzverlegung</i>	33
6. <i>Internationale Fusion</i>	35
III. HARMONISIERUNG AM SCHEIDEWEG	36
1. <i>Zwischenbilanz der Harmonisierung</i>	36
2. <i>Ursachen für den Stillstand</i>	37
3. <i>Ansätze weiterer Harmonisierung</i>	38

C. SUMME UND AUSBLICK 44

A. **Europäisches Unternehmensrecht: Grundlagen und Entwicklungen**

I. **40 Jahre Vertrag von Rom**

Ihre Majestät die Königin der Niederlande, der Präsident der Bundesrepublik Deutschland sowie die höchsten Repräsentanten von Belgien, Frankreich, Italien und Luxemburg haben vor 40 Jahren den Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft unterzeichnen lassen. In der Präambel heißt es, die Staaten seien entschlossen, durch den **Zusammenschluß ihrer Wirtschaftskräfte** in Europa **Frieden und Freiheit** zu wahren und zu festigen. Das Ziel sei, die Volkswirtschaften zu einigen und deren harmonische Entwicklung zu fördern. Art. 2 des Vertrages nennt als Aufgabe der Gemeinschaft die Errichtung eines **Gemeinsamen Marktes**. Vor zehn Jahren wurde als weitere Aufgabe die Schaffung einer Wirtschafts- und Währungsunion eingefügt, deren Verwirklichung nahe bevorsteht.

Das **Jubiläum der Römischen Verträge** ist ein willkommener Anlaß, über den Stand des europäischen Unternehmensrechts nach vier Jahrzehnten zu berichten und über dessen Perspektiven nachzudenken. Schließlich ist eine **Wirtschaftsunion** jetzt unser Ziel. Das ist weit mehr als eine Freihandelszone und wohl auch mehr als ein Gemeinsamer Markt. Um es noch einmal zu betonen: Frieden und Freiheit in Europa verbanden die Väter des Gründungsvertrags auch und gerade mit dem Zusammenschluß der Volkswirtschaften!

II. Grundfreiheiten im Gemeinsamen Markt

Unternehmen sind der **Motor** dieser Volkswirtschaften. Eine Wirtschaftsunion kann es nur geben, wenn Tätigkeit und Organisation der Unternehmen weithin frei von nationalen Schranken sind. Zu den wirtschaftlichen Grundrechten des EG-Vertrags¹ gehören daher:

- der freie Warenverkehr
- der freie Personenverkehr
- der freie Dienstleistungsverkehr
- der freie Kapitalverkehr.

Schauen wir auf die **wirtschaftliche Betätigung der Unternehmen** im Europa der 15 Mitgliedsstaaten, so ist die Zwischenbilanz hervorragend. Die Freiheit des Waren- und Kapitalverkehrs ist unter tatkräftiger Beförderung durch den EuGH durchgesetzt. Nicht nur Diskriminierungen, sondern auch unverhältnismäßige Beschränkungen sind grundsätzlich verboten.

Mir geht es im folgenden nicht um diese wirtschaftliche Tätigkeit auf dem Binnenmarkt, sondern um die - in gewisser Hinsicht vorgelagerte - Frage, welches **rechtliche Außen- und Innenverhältnis für Unternehmen** in Europa maßgebend ist. Regelungen für dieses Verhältnis finden sich im Gesellschafts-, Wettbewerbs-,

¹ Bleckmann, Die Freiheiten des gemeinsamen Marktes als Grundrechte, GS Sasse, Bd. II, 1981, S. 665.

Steuer-, Arbeits- und Kapitalmarktrecht. Mit der Aufzählung dieser Rechtsgebiete wird meistens auch der Gegenstand dessen umschrieben, mit was sich „Europäisches Unternehmensrecht“ befaßt. Mein Thema ist also weit, zu weit – Beschränkung tut not. Das europäische Wettbewerbsrecht- und Arbeitsrecht bietet Stoff genug für ein je eigenes Referat. Ich konzentriere mich auf das Recht der Unternehmensträger, also das **Gesellschaftsrecht** und auf das Recht des Marktes für Unternehmensmitgliedschaften, also das **Kapitalmarktrecht**.

Abgrenzungsfragen sollen nicht aufhalten. Ob man etwa den nachher zu besprechenden Entwurf einer Take-over-RL zum Gesellschafts- oder Kapitalmarktrecht zählt, ist für die gemeinsame Betrachtung unter dem Blickwinkel eines europäischen Unternehmensrechts unerheblich. Außerdem verschwimmen die Grenzlinien in der modernen Entwicklung sowieso: Kapitalmarktoffene Gesellschaften sind einem anderen gesellschaftsrechtlichen Reglement unterworfen als kapitalmarktferne. Darauf ist zurückzukommen.

III. Gesellschaftsrecht

Im Gesellschaftsrecht ist die EU durch eine Verordnung und durch Richtlinien aktiv geworden. Völkerrechtliche Abkommen nach Art. 220 EGV gibt es hingegen nicht.

Die Rechtssetzung hatte zum deutlichen Schwerpunkt die **Rechtsangleichung bei den Kapitalgesellschaften** durch Richtlinien. Die Wirkungsweise der Richtlinien sind wohl hinreichend bekannt, weshalb kurze Schlagworte genügen: RL gelten grds. nicht unmittelbar, es sei denn, ihre Umsetzungsfrist in nationales Recht ist abgelaufen. Sie äußern außer der Umsetzungsdirektive

noch eine Sperrwirkung für eine abweichende spätere nationale Gesetzgebung. Das Recht der Mitgliedsstaaten ist im Lichte der Richtlinie auszulegen; können Zweifel nicht ausgeräumt werden, haben die Gerichte dem EuGH vorzulegen.

1. Teilharmonisierung durch Richtlinien

Zum Gesellschaftsrecht sind zwischen 1957 und 1997 **neun** Richtlinien ergangen. Die erste Richtlinie wurde 1968, die letzte Richtlinie 1989 vom Rat der EG erlassen. Dabei fällt auf, daß es neun Jahre dauerte, bis zum ersten Mal eine gesellschaftsrechtliche Richtlinie das Licht der Rechtswelt erblickte – und daß seit der letzten Richtlinie bald wieder neun Jahre vergangen sind. Bevor ich auf die Gründe für diese bemerkenswerte Schübe und Stillstände zu sprechen komme, sei ein kurzer Blick auf den Inhalt der Richtlinien geworfen.

a) Rechtsformen

Durch die Richtlinien wurde in erster Linie das Recht der **Aktiengesellschaft** betroffen, das Recht der GmbH nur am Rande. Personengesellschaften und Genossenschaften sind direkt nicht von europäischer Rechtssetzung angesprochen.

b) Harmonisierungsinhalte

Die Richtlinien regeln hauptsächlich zwei Bereiche: **Finanz- und Publizitätsfragen**. Zu dem Finanzbereich zählt die 2. RL von 1976, die ein **Grundkapital** bei jeder AG verlangt sowie dessen Aufbringung und Schutz regelt. Zum Publizitätsbereich zählt die 1. RL (1968), die Bestimmungen über **Registereintragung** und **Vertretungsverhältnisse** enthält. Die wichtigen Richtlinien zur **Rech-**

nungslegung (1978, 1983, 1984) betreffen sowohl Finanzen als auch Publizität.

Im übrigen gibt es RL zu der Einpersonen-Kapitalgesellschaft (1989), zur nationalen Fusion bzw. Spaltung von Aktiengesellschaften (1978; 1982) sowie zu Zweigniederlassungen (1989).

Nicht weiter gekommen ist die Harmonisierung im Bereich der **Organisation** der Gesellschaften. Alle Richtlinien, die eine Regulierung der Kompetenzen und –vor allem- der Zusammensetzung der Unternehmensführung vorsahen, sind gescheitert oder harren noch der ungewissen Verabschiedung. Das betrifft vor allem die sog. Strukturrichtlinie zur AG (1972), die an der Mitbestimmungsproblematik scheiterte. Hier gibt es neue Entwicklungen, die ich im 2. Teil am Ende vorstellen werde.

c) Beurteilung

Im Rückblick fällt es schwer, die Inhalte der RL einem schlüssigen Gesamtkonzept zuzuordnen. Offenbar haben die je zu ihrer Zeit maßgebenden Politiker und Beamten einen eher punktuellen Ansatz verfolgt, der einmal dies, einmal jenes in den Vordergrund rückte. Das mag, wer negativer Denkweise zuneigt, Stückwerk nennen. Aber wir sollten positiv denken. Immerhin ist die Finanzverfassung der Aktiengesellschaft in Europa in wichtigen Bereichen vereinheitlicht. Die Vorteile für Investoren und Gläubiger in einem Binnenmarkt liegen auf der Hand, wenn sie nicht kostenträchtig 15 verschiedene nationale AG-Modelle untersuchen müssen. Man kann sich darauf verlassen, daß jede AG in Europa ein

Grundkapital aufbringen und bilanziell erhalten muß. Das war namentlich für Großbritannien nicht selbstverständlich².

Doch man sollte diese Art von Harmonisierung nicht um ihrer selbst willen feiern. Im ausgehenden 20. Jahrhundert mehren sich die Zweifel, ob die Festlegungen der siebziger Jahre völlig richtig waren und vor allem, ob sie das Maß für die Weiterentwicklung des Unternehmensrechts auch weiterhin sind. Der Auftrag des EG-Vertrags lautet ja nicht, eine Totalharmonisierung der nationalen Gesellschaftsrechte vorzunehmen, sondern „soweit erforderlich die Schutzbestimmungen zu koordinieren, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten“ (§ 54 III lit. g EGV).

Diese Frage soll wieder aufgenommen werden, wenn ein umfassenderes Bild gewonnen wurde. Schließlich heißt Unternehmensrecht in Europa nicht nur die Anpassung der Rechtssysteme für nationale Unternehmensträger, sondern auch deren grenzüberschreitende Mobilität und ferner noch die Neuschaffung supranationaler Gesellschaften. Schauen wir zunächst auf das letztere.

2. EWIV-Verordnung

Als europäische Unternehmensformen verstehe ich solche Rechtsträger, die originär auf Europarecht beruhen, also keine nationale (und sei es noch so harmonisierte) Regelungsheimstatt haben. Davon gibt es vier Rechtsformen in der *Planung*: Europ. Genossenschaft, Europ. Gegenseitigkeitgesellschaft, Europ. Verein und vor allem: Die Europäische Aktiengesellschaft. Auf letztere

² Lutter, ZGR Sonderheft 12, 1994, S. 127.

gehe ich gleich ein, doch zuerst zu der einzigen Rechtsform, die als europäische in der *Realität* und nicht am legislatorischen Reißbrett existiert.

Es handelt sich um die **Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung**. Sie wurde aufgrund einer –unmittelbar anzuwendendes Recht schaffenden- Verordnung des Rates der Europäischen Gemeinschaften 1985 etabliert³. Die nationalen Ausführungsgesetze sind bis Ende der achtziger Jahre erlassen worden. Die EWIV stützt sich also auf zwei Rechtsgrundlagen: an erster Stelle die Ratsverordnung, an zweiter Stelle die mitgliedstaatlichen Regelungen. Deutschland hat das für die OHG geltende Recht weithin für anwendbar erklärt⁴.

Die EWIV ist konzipiert als ein **Instrument grenzüberschreitender Kooperation**. Sie soll die wirtschaftliche Tätigkeit ihrer Mitglieder erleichtern und entwickeln. Die eigentliche unternehmerische Tätigkeit liegt also bei den Mitgliedern; der EWIV ist nur eine Hilfstätigkeit zugestanden⁵; Gewinne für sich selbst soll sie nicht erzielen wollen. Plastisch hat der Münsteraner Rechtslehrer *Großfeld* einmal formuliert, die Magd dürfe nicht zur Herrin werden⁶.

Diese Restriktionen, die im Hinblick auf den Unternehmensgegenstand geschildert wurden, setzen sich an weiteren Stellen fort: Mehr als fünfhundert Arbeitnehmer dürfen nicht beschäftigt wer-

³ Verordnung Nr. 2137/85 des Rates vom 25.7.1985.

⁴ EWIV-Ausführungsgesetz v. 14.4.1988, BGBl. 1988, 514 ff.

⁵ Art. 3 EWIV-VO.

⁶ Großfeld WM 1992, 2121, 2127.

den; als Konzerninstrument ist die EWIV nicht einsetzbar, da sie keine Kontrollmacht über die eigenen Tätigkeiten ihrer Mitglieder oder anderer Unternehmen ausüben darf. Damit ist klar, daß diese besondere Form eines personengesellschaftsrechtlichen Zusammenschlusses mit genossenschaftsähnlichen Zwecken als Rechtsform für europäische Unternehmen nur sehr bedingt geeignet ist.

Die EWIV ist zwar kein Hit europäischer Rechtspolitik, aber ein Mißerfolg ist sie auch nicht. Wie sieht die Lage zur Zeit aus? Es gibt in der EU mittlerweile (nur) ca. 800 EWIVs⁷. Die meisten (fast ein Viertel der Gesamtzahl) sind in Belgien ansässig. Das ist wenig erstaunlich, denn in Brüssel wurden von Anfang an besonders viele Vereinigungen zu Lobbyzwecken gegründet. An zweiter Stelle steht Frankreich. Das erklärt sich aus der Vorbildfunktion einer seit 1967 bestehenden französischen Gesellschaftsrechtsform für die EWIV. Deutschland liegt mit der Zahl der registrierten EWIVs an vierter Stelle; danach folgen die Niederlande.

Bei den Tätigkeitsbereichen steht der Dienstleistungssektor ganz im Vordergrund. Die EWIV wird gerne für die grenzüberschreitende Kooperation von Rechtsanwälten eingesetzt; auch andere Dienstleistungsberufe (Wirtschaftsprüfer, Ingenieure) nützen die Rechtsform. Der Handel bedient sich der EWIV in Gestalt von Ein- und Verkaufsgemeinschaften. In der Industrie ist die Zusammenlegung von Forschungs- und Entwicklungsprojekten zu beobachten, aber auch die gemeinsame Herstellung von Teilprodukten.

⁷ Blick durch die Wirtschaft v. 18.9.1997; Neye DB 1997, 861 nennt mit Stand Februar 1997 die Zahl von 741 EWIVs mit 1820 Mitgliedern.

Die Kommission hat im Frühjahr 1997 auf einer Sitzung des EWIV-Kontaktausschusses eine insgesamt positive Zwischenbilanz gezogen. Das Potential der EWIV sieht man als noch nicht ausgereizt an, weshalb durch zahlreiche Aktivitäten der Bekanntheitsgrad gesteigert werden soll, z.B. durch die Publikation von Musterverträgen. Ein besonders interessanter Aspekt ist die bevorzugte Einbeziehung der EWIV in EU-Förderprogramme. Während im Regelfall die Beteiligung von Partnern aus mindestens zwei Mitgliedsstaaten die Voraussetzung für die finanzielle Förderung bildet, kann die EWIV wegen ihres grenzüberschreitenden Charakters auch einzeln gefördert werden.⁸

Beschränkungen des Unternehmensgegenstandes und unbegrenzte persönliche Gesellschafterhaftung können diese Rechtsform bei allem Wohlwollen nicht zu einem Ersatz für die klassischen Rechtsträger (AG, GmbH) machen.

IV. Kapitalmarktrecht

Wie sieht es bei dem zweiten Aspekt meines Themas aus, das ich mit Kapitalmarktrecht bezeichne? Kapitalmarkt ist, von den Akteuren und Institutionen her betrachtet, zunächst einmal Bank und Börse.

1. Bank und Börse

Im Kapitalmarktrecht mit Bezug auf Bank und Börse war die EG sehr aktiv. Allein im **Bankenrecht** haben elf Richtlinien zwischen 1977 und 1993 für Harmonisierung gesorgt. Betroffen waren da-

⁸ Blick durch die Wirtschaft v. 18.9.1997.

von der Kundenschutz und das Aufsichtsrecht⁹. Darauf gehe ich nicht weiter ein.

Den „Kapitalmarkt Europa“ hat die EU durch **börsenrechtliche Richtlinien** vorgebracht. Insgesamt neun RL haben die Vorschriften über Börsenzulassung und Börsenpublizität weithin harmonisiert. Im Schnittpunkt zum Gesellschaftsrecht stehen zwei weitere Richtlinien. Die **Insider-RL** (1989) verhindert, daß im Wertpapierhandel unlauter Informationen ausgenutzt werden, die etwa aus einer Führungsposition in der Gesellschaft erlangt worden sind. Die **Transparenz-RL** (1988) verpflichtet börsennotierte Aktiengesellschaften zur Offenlegung ihrer 5% übersteigenden Beteiligungen an anderen Gesellschaften. In Deutschland wurden beide Richtlinien vor drei Jahren im WPHG umgesetzt.

2. Insbesondere: Übernahmerecht

Im Schnittpunkt von Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht steht das Recht der take overs, also der Übernahme einer Gesellschaft durch Anteilserwerb. In Deutschland ist der Übernahmeversuch von *Krupp* gegen *Thyssen* vom Frühjahr 1997 noch in lebhafter Erinnerung. Diese Aktion scheiterte indessen nicht an einer ungenügenden Rechtsregelung, sondern an politischen Einflußnahmen. Nichtsdestotrotz: Im Gemeinsamen Markt positionieren sich die Unternehmen neu, sie stellen sich der globalen Herausforderung und bauen an wettbewerbsfähiger Größe. Take overs, seien sie nun freundlicher oder feindlicher Natur (der ehrliche Feind ist besser als der falsche Freund), werden immer mehr zum europäi-

⁹ Dazu Assmann/Buck EWS 1990, 110ff, 190ff, 220ff; Hopt ZGR 1992, 265, 272 ff; ders. in Coing (Hrsg), Staat und Unternehmen aus der Sicht des Rechts, 1994.

schen Unternehmensalltag gehören. Im Herbst 1997 ist z.B. die Wirtschaftspresse voller Meldungen über Neustrukturierungen bei Banken und Versicherungen.

Im europäischen Rahmen wurde schon früh versucht, diesen Vorgängen eine rechtssichere Grundlage zu verschaffen. Vom *Pennington*-Entwurf 1974 bis zum jüngsten Richtlinienvorschlag von 1996 spannt sich der Bogen. In den Jahren dazwischen (1989/90) wurden ambitionierte Entwürfe vorgelegt, die einen umfassenden regulatorischen Ansatz verfolgten. Insbesondere die Bestimmung, wonach derjenige, der ein Drittel der Stimmrechte bei einer Gesellschaft innehat, dann zum Erwerb aller Aktien verpflichtet sein soll, stieß auf massive Kritik. In Deutschland wurde dies als mit dem Konzept eines Konzernrechts unvereinbar angesehen und wirtschaftspolitisch als unerwünschte Konzentrationsförderung zurückgewiesen¹⁰. Großbritannien verwies auf die Selbstregulierung durch den Londoner City Code on Takeovers and Mergers, der jedenfalls eine besondere Staatsbehörde überflüssig mache.

Der aktuelle Vorschlag vom Februar 1996, auf den ich im folgenden eingehen möchte, hat den Charakter einer bloßen **Rahmenrichtlinie**. Er enthält einige wenige grundsätzliche Bestimmungen (Art. 5), das Nähere bleibt den Mitgliedsstaaten überlassen. Vorgesehen sind ein Schutz der Minderheitsaktionäre, Information und Offenlegung, Verhaltens- und Verfahrensregeln für Bieter und die Geschäftsleitung der Zielgesellschaft, Vermeidung von Marktstörungen beim Handel in den betroffenen Wertpapieren sowie die Kontrolle durch ein Aufsichtsorgan.

¹⁰ Beschlußempfehlungen und Berichte des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags BT_Drucks. 11/6612 und 12/1456; Neye DB 1996, 1121.

Für das besonders umstrittene **Pflichtangebot** gilt nun, daß die Mitgliedsstaaten bestimmen können, ab welchem Schwellenwert es einsetzt. Der Sinn des Pflichtangebots ist, die Minderheitsaktionäre davor zu schützen, daß sie sich in einer beherrschten Gesellschaft wiederfinden. Sie sollen sich aus dem „prisoners dilemma“ befreien können, indem sie sich aus der Zielgesellschaft zum Marktwert zurückziehen dürfen. Letztlich partizipieren sie an der Kontrollprämie, die der Erwerber zu zahlen bereit ist¹¹. Allerdings ist nicht unumstritten, ob die Eröffnung eines, wie manche formulieren, „vergoldeten Austritts“¹² überhaupt berechtigt ist.

Wie auch immer: Der aktuelle RL-Entwurf besteht nicht mehr auf einem Pflichtangebot. Vielmehr ist ein solches entbehrlich, wenn „andere geeignete und mindestens gleichwertige Vorkehrungen“ zum Minderheitenschutz bestehen. Es ist kein Geheimnis, daß die Alternative gleichwertiger Vorkehrungen auf den Wunsch deutscher Rechtspolitik zurückzuführen ist, das lediglich in Deutschland und Portugal kodifizierte Konzernrecht als Alternative zum Pflichtangebot zu präsentieren¹³. Das wird etwa von *Hopt* vehement bekämpft, weil ein kapitalmarktorientierter Funktionenschutz mit dem erst später einsetzenden konzernrechtlichen Minderheitenschutz nicht bewerkstelligt werden kann¹⁴. Dies läßt sich nicht leugnen, so daß man in Deutschland auf den Gedanken verfallen ist, doch nach englischem Vorbild einer Selbstregulierung der

¹¹ Hopt ZHR 161 (1997) 368.

¹² Schuster EuZW 1997, 237, 239.

¹³ Neye DB 1996, 1121, 1122; Deutscher Anwaltverein: Stellungnahme des Handelsrechtsausschusses vom Juni 1996 (NJW-Informationen Heft 28/1996, XIV).

¹⁴ Hopt ZHR 161 (1997), 368; ders. EuZW 1997, 481.

Marktteilnehmer den Vorzug vor staatlicher Normsetzung zu geben.

Der sog. **Übernahmekodex** der Börsensachverständigenkommission, den allerdings nicht alle großen börsennotierten Aktiengesellschaften unterzeichnet haben, wird als „gleichwertige Vorkehrung“ ins Spiel gebracht. Daraus dürfte nichts werden. Europarechtlich sind bloße freiwillige Selbstbindungen der Wirtschaft keine wirksame Umsetzung in nationales Recht. Auch nach deutschem Verfassungsverständnis geht es nicht an, daß der Gesetzgeber pauschal auf ein privates Regelwerk verweist, ohne selbst die wesentlichen Grundentscheidungen zu treffen¹⁵. Aber hier besteht noch Raum für Diskussionen¹⁶. Sie werden in Deutschland mit dem Entwurf eines Übernahmegesetzes im Sommer 1997 durch die SPD weiter geschürt¹⁷.

¹⁵ Zutr. Neye DB 1996, 1121, 1124 f; Roos WM 1996, 2177, 2178 ff;

¹⁶ Krause AG 1996, 209, 215 f, der für eine mittelbare Verbindlichkeit des Übernahmekodex durch bank- und börsenaufsichtsrechtliche plädiert; idS auch Schuster EuZW 1997, 237, 241, der ohne Anerkennung des Kodex keine Börsennotierung bzw. keine Finanzdienstleistung durch inländische Institute zulassen will.

¹⁷ Vgl. auch den Gesetzesvorschlag von Baums ZIP 1997, 1310.

B. Schwerpunkte im europäischen Gesellschaftsrecht der Gegenwart

Die aktuelle Diskussion in der zweiten Hälfte der neunziger Jahre wird von drei Entwicklungen bestimmt. Sie betreffen die Schaffung supranationaler Rechtsformen (nach dem Vorbild der EWIV), die Durchsetzung der Unternehmensmobilität in Europa und die Frage nach weiterer Rechtsangleichung.

I. Europäische Aktiengesellschaft (SE)

Supranationale Rechtsformen sind –ich erwähnte es bereits- für den Verein und die Genossenschaft in Planung. Im wissenschaftlichen Raum, aber noch ohne vernehmbares Echo aus den EU-Institutionen, wird an einem Vorschlag für eine europäische GmbH gearbeitet. Davon wird Herr Kollege *de Kluiver* berichten. Mein Hauptthema in diesem Zusammenhang ist die SE.

1. Bedürfnis für SE

Das Mitglied der Europäischen Kommission *Mario Monti* hat die Notwendigkeit einer SE vor kurzem wie folgt begründet:

„Die europäischen Unternehmen werden nur dann in der Lage sein, erfolgreich im Wettbewerb auf den sich schnell entwickelnden Weltmärkten mitzuhalten, wenn die letzten noch bestehenden Hindernisse, die ihrer Zusammenarbeit in der Gemeinschaft entgegenstehen, beseitigt werden. Multinationale Unternehmen, die über nationale Landesgrenzen hinaus in der Europäischen Union tätig sind, brauchen hierzu derzeit noch ein Netz

von Holding- und Tochtergesellschaften, die in bis zu 15 verschiedenen Mitgliedstaaten nach dem dort geltenden Gesellschaftsrecht niedergelassen sind. Diese zusätzlichen Managementebenen sind die Ursache für Ineffizienz und zusätzliche Kosten. Die Unternehmen werden so daran gehindert, auf der Grundlage eines gesellschaftsrechtlichen Instruments, das ihnen das Potential des Binnenmarkts in vollem Umfang erschließt, eine globale europäische Strategie zu entwickeln. Angesichts der Fortschritte, die anderswo in der Union bei der Vollendung des Binnenmarkts erreicht worden sind, gibt der gegenwärtige Stand des Gesellschaftsrechts keinen Anlaß zur Zufriedenheit.“¹⁸.

Den europaweit tätigen Unternehmen soll die Möglichkeit eröffnet werden, mit nur einer einzigen Gesellschaft statt mit einer komplexen Konzernstruktur zu operieren. Der Rat für Wettbewerbsfähigkeit schätzt die eingesparten Kosten nach Annahme des SE-Statuts auf immerhin 30 Mrd. US-Dollar pro Jahr.

Weitere Gründe für die SE sind: Mit der Einführung des Euro und einem vollständigen Kapitalbinnenmarkt dürfte das Interesse von Unternehmen zunehmen, den Investoren gegenüber in einer Rechtsform aufzutreten, die ihrem wirtschaftlichen Profil auf europäischer Ebene entspricht¹⁹.

¹⁸ Monti WM 1997, 607.

¹⁹ Monti WM 1997, 608.

Ein **europäisches Erscheinungsbild** ist für Unternehmen auch mit Blick auf die Mitarbeiterkultur sehr bedeutsam²⁰. Schon heute fühlen sich Mitarbeiter von international tätigen Gesellschaften nicht mehr als Arbeitnehmer einer französischen, niederländischen oder deutschen AG. Mit einer europäischen Firmierung könnte ein formaler Ausdruck für diese neue corporate identity gefunden werden. Insbesondere würde vermieden, daß das hochqualifizierte und mobile Personal beim Wechsel in eine europäische Betriebsstätte zu einem anderen Rechtsträger in Arbeitsbeziehungen tritt, sondern wo auch immer man in Europa tätig ist, man bleibt bei ein und demselben Arbeitgeber.

In welchen Bereichen kann man sich einen **Einsatz der SE** vorstellen?

Seit dem Unionsvertrag von Maastricht haben wir ein besonderes Kapitel im EG-Vertrag über „transeuropäische Netze“, womit die Bereiche der Verkehrs-, Telekommunikations- und Energieinfrastruktur gemeint sind²¹. Für das unternehmerische Betreiben dieser notwendig europaweit angelegten Projekte ist eine SE mit Sicherheit die ideale Rechtsform. Wenn also der EGV den Aus- und Aufbau dieser transeuropäischen Netze als industriepolitische Gemeinschaftsaufgabe vorsieht, dann liegt es nahe, daß die Union auch gesellschaftsrechtliche Instrumente zur Verfügung stellt. Zu denken ist an die Trägerschaft bei internationalen Infrastrukturprojekten, wie etwa dem Eurotunnel zwischen Frankreich und England oder bei den künftigen Hochgeschwindigkeitstrassen für die Bahn. Einsatzfelder für eine SE finden sich gewiß im Bereich

²⁰ Noack, Familienunternehmen in Europa, S. 650 f.

²¹ Art. 129b.

der Telekommunikation und Medienbranche. Ein letztes Beispiel ist das europäische Flugzeugkonglomerat Airbus, das schon seit Jahrzehnten auf ein operables Rechtskleid wartet.

Die große Politik will das Projekt: Der Europäische Rat hat auf seiner Florenz-Tagung 1996 zur baldigen Verabschiedung einer SE-Verordnung gedrängt. Die Wirtschaft benötigt es, wie soeben ausgeführt (obwohl sie auch mit Behelfskonstruktionen leben kann²²): Warum geschieht nichts?

2. Geschichte der SE

a) Vorbereitung

Die Pläne für eine Gesellschaft europäischen Typs sind über 40 Jahre alt. Das Bestreben, eine europäische Gesellschaftsform zu schaffen, wurde sogar schon vor der Gründung der EWG verfolgt. Der Europarat hat bereits 1952 die Etablierung einer solchen Gesellschaft erwogen. Vorschläge im wissenschaftlichen und politischen Raum folgten in den fünfziger und sechziger Jahren. *Pieter Sanders* hielt 1959 seine Antrittsvorlesung an der Wirtschaftshochschule in Rotterdam mit dem Titel: „Auf dem Wege zu einer Europäischen Aktiengesellschaft?“²³. Die französische Regierung schlug 1965 vor, eine Europäische Handelsgesellschaft durch Staatsvertrag unter den Mitgliedstaaten zu schaffen.

²² Kolvenbach FS Heinsius, 1991, S. 379 ff; Rasner ZGR 1992, 21; Kallmeyer AG 1990, 103.

²³ Sanders AWD 1960, 1 ff.

b) Statutsvorschläge

Dann präsentierte die Kommission 1970 den ersten Vorschlag für ein Statut einer SE. Hier kommt die neue Sicht ins Spiel, unmittelbares europäisches Recht durch eine Verordnung zu schaffen, also keine *loi uniforme* durch Abkommen der Mitgliedstaaten. Diesem Entwurf folgte ein zweiter, sehr umfangreicher Text im Jahre 1975, der die SE „aus einem Guß“, losgelöst von den nationalen Gesellschaftsrechten, regeln wollte. Diesem detailgenauen und sehr ehrgeizigen Vorschlag war kein Erfolg beschieden. Insbesondere die Mitbestimmung der Arbeitnehmer und auch die konzernrechtlichen Elemente waren nicht konsensfähig. Daraufhin wurde es sehr lange sehr still um das Projekt einer SE.

Erst 1989 und 1991 wurde das Vorhaben wieder aufgegriffen. Nun stand ein anderer Ansatz im Mittelpunkt: Nur eine Kernregelung sollte europäisch-zwingend geschaffen werden, während im übrigen die Aktienrechte der Mitgliedstaaten zuständig sind²⁴. Diese *partielle Renationalisierung* hat Kritik erfahren, denn ein solches Reglement führt, zu Ende gedacht, nicht zu einer Europa-AG, sondern zu Dutzenden verschieden national eingefärbter SEs²⁵. Insgesamt kommt es zu einer Mixtur von einheitlichem Recht (zwingendes SE-Statut), harmonisiertem Recht (z.B. durch Kapitalrichtlinie) und noch nicht angeglichenem Recht (z.B. Stimmrechtsausübung). Diese gewöhnungsbedürftige Rechtsverschrän-

²⁴ Nach dem jüngsten Vorschlag (1991) wird die Gründung, das Mindestkapital, die Sitzverlegung und die Arbeit des Verwaltungorgans durch das SE-Statut geregelt. Für die Änderungen des Kapitals, die Aktionärsrechte im einzelnen und die Auflösung gilt nationales Aktienrecht des Sitzes der Gesellschaft.

²⁵ Lutter AG 1990, 413, 420.

kung ist zwar problematisch und beratungsintensiv, aber nicht der Grund dafür, daß seit sechs Jahren auch dieser Vorstoß nicht weiter verfolgt wird.

Die Frage der *Beteiligung der Arbeitnehmer* hat auch in den neunziger Jahren eine Verabschiedung der Verordnung über das SE-Statut verhindert. Die Mitgliedstaaten bestehen darauf, ihre Mitbestimmungsvorschriften auf in ihrem Hoheitsgebiet niedergelassene SEs anzuwenden. In Deutschland ist immer noch von der „Flucht aus der Mitbestimmung“ die Rede, die eintreten könnte, falls eine SE ohne fastparitätische Arbeitnehmerbeteiligung im Aufsichtsrat gegründet werden könnte²⁶. Großbritannien will demgegenüber keinesfalls irgendwelche staatlichen Mitbestimmungsmodelle übernehmen.

3. Lösung der Mitbestimmungsfrage

a) Initiative der Kommission (1995)

Die Kommission hat vor zwei Jahren wieder die Initiative wieder ergriffen und verschiedene Optionsmöglichkeiten vorgeschlagen²⁷: Fortführung der Beratungen aufgrund der vorliegenden Richtlinievorschläge; keine Unternehmensmitbestimmung, dafür aber europaweite Harmonisierung der nationalen Betriebsverfassungsrechte; Anwendung der Richtlinie über den Europäischen Betriebsrat auf die SE. Davon ist neu nur der Ansatz bei den Vor-

²⁶ Hopt ZGR 1992, 265, 278; Heinze AG 1997, 289, 291.

²⁷ Mitteilung zur Information und Konsultation der Arbeitnehmer vom 24.11.1995, KOM Doc. (95) 0547; dazu Kolvenbach EuZW 1996, 229 ff; Wiesner AG 1996, 390, 392.

schriften zum Europäischen Betriebsrat²⁸. Manchmal war zu hören, mit der Richtlinie zur Information und Anhörung von Arbeitnehmern in grenzüberschreitend tätigen Unternehmen habe sich der Erlaß einer eigenständigen Mitbestimmungsregelung für die SE erledigt²⁹. Das ist unzutreffend, denn die betriebsverfassungsrechtlichen Konsultationsvorschriften sind keinesfalls gleichwertig mit der Teilhabe an Entscheidungen im Aufsichtsorgan der Aktiengesellschaft. Auch die anderen Optionen bringen keinen Fortschritt aus der Endlosblockade.

b) Davignon-Bericht

Ganz anders verhält es sich mit den Vorstellungen einer hochrangig besetzten Expertengruppe, die von der Kommission 1996 eingesetzt wurde und vor einem halben Jahr ihren Abschlußbericht präsentierte³⁰. Vorsitzender war der frühere EU-Kommissar und heutige Vorstandschef der Societe Generale de Belgique, *Etienne Davignon*. Ferner waren beteiligt Frau *Pichot*, Frau Prof. *Sciarra*, der ehemalige DGB-Vorsitzende *Ernst Breit*, Dr. *Thüsing* für die deutschen Arbeitgeber und Prof. *Viandier* aus Frankreich.

Grundsätzlich spricht sich der Bericht **für die Mitbestimmung** aus, denn Arbeitnehmer dürften „nicht einfach als Empfänger von Anweisungen gesehen werden, die vom Arbeitgeber diktiert werden“. Wie soll nun diese –wie auch immer geartete- Mitbestim-

²⁸ Richtlinie 94/45/EG ABI 1994 L 254 v. 30.9.1994; dazu Heinze AG 1995, 385; Pipkorn FS Everling, 1995, S. 1113.

²⁹ Redaktionsnotiz EuZW 1995, 227.

³⁰ „European systems of worker involvement“ (Mai 1997); unveröffentlicht.

mung bei der SE eingeführt werden? Die Gutachter stellen, wenig überraschend, zunächst einmal fest, daß es in Europa kein ideales System der Arbeitnehmerbeteiligung gebe. Daher setzen sie auf eine **Verhandlungslösung**, die unter den an einer konkreten SE beteiligten Sozialpartnern anzustreben ist. Binnen einer Jahresfrist müssen anlässlich der Errichtung einer SE Vereinbarungen über die Partizipation der Arbeitnehmer auf Betriebs- und Unternehmensebene gefunden werden. Und jetzt folgt die spannende Frage, was geschieht, wenn es zu keiner Vereinbarung kommt? Zuerst: Die gesellschaftsrechtliche Errichtung einer SE scheitert nicht; es kommt also zu einer Entkoppelung von Gesellschafts- und Arbeitsrecht. Das ist schon sehr bemerkenswert, aber noch unspektakulär mit Blick auf die zweite Konsequenz, die bei Scheitern einer Verhandlung eintritt. Sie sieht als sog. **Auffangregelung** vor, daß die Arbeitnehmer **ein Fünftel** der Sitze, mindestens zwei, im Verwaltungs- bzw. Aufsichtsrat der SE innehaben müssen³¹.

Das ist aus mitbestimmungs-deutscher Sicht ein geradezu grandioses Ergebnis, das immerhin von einem ehemaligen DGB-Vorsitzenden mitgetragen wird und daher gewisse Chancen auf rechtspolitischen Konsens hat. Es wurde richtig erkannt –ich referiere-, daß ein von Verantwortungsgefühl getragenes Arbeiten im Aufsichtsrat von größerer Bedeutung ist als die jeweilige Quote der Interessenvertreter, und daß es in der Praxis in effizient arbeitenden Organen selten zu Abstimmungen komme.

³¹ Abschlußbericht S. 19 (Ziff. 83 f). Auch der Wirtschafts- und Sozialausschuß hält bei der SE eine „spezifische“ Arbeitnehmerbeteiligung für angemessen (Stellungnahme WSA v. 29.5.1996; Abl. EG C 212/36).

Die namentlich in Deutschland, wie bereits erwähnt, befürchtete Flucht aus der fastparitätischen Mitbestimmung hin zu der Fünftel-Lösung der SE wird nicht stattfinden, und zwar aus zwei Gründen. Der erste besteht in der Beobachtung, daß die gesellschaftsrechtliche Mitbestimmung von den allermeisten Unternehmen nicht mehr als Bedrohung, sondern als durchaus hilfreiche institutionelle Einbindung der Arbeitnehmerseite empfunden wird.

Der zweite Grund ist besser faßbar, da direkt rechtlicher Natur: Die Umwandlung in eine SE aus einer nationalen AG ist ausgeschlossen. Eine SE kann nur gegründet werden durch grenzüberschreitende Fusion, als grenzüberschreitende Holding oder als Tochtergesellschaft durch Gesellschaften aus mindestens zwei Mitgliedsstaaten.

Die Davignon-Bericht hat die Dinge in Bewegung gebracht. Die **Luxemburger Ratspräsidentschaft** möchte noch in ihrer Amtszeit einen Vorschlag präsentieren, der sich auf die Ergebnisse des Berichts stützt. Allerdings muß man auch zur Kenntnis nehmen, daß nur der zeitliche Grundansatz (zuerst Verhandlungslösung, dann Auffanglösung) auf ganz breite Zustimmung stößt, während naturgemäß die Auffanglösung als solche ein zwiespältiges Echo hervorruft. Aus GB ist zu hören, daß selbst eine Minimalbeteiligung von einem Fünftel zu weit geht. In Deutschland hat ein Ausschuß des Bundesrats vor zwei Wochen auf dem Schutz der deutschen Mitbestimmung bestanden. Doch ist auch den gewerkschaftsnahen Rechtspolitikern klar, daß mit diesem Vorstoß wohl der letzte Versuch unternommen wird, die SE endlich zu errichten und es fatal wäre, wenn sie der Totengräber wären. Ein möglicher Kompromiß könnte darin bestehen, daß man keine Auffanglösung wählt, die für jede SE gleich ist, sondern darauf abstellt, aus welchem nationalen Recht die dominierende Gesellschaft bei der

Gründung oder Verschmelzung zu einer SE herkommt. Dieses nationale Recht wäre dann Leitlinie für die Mitbestimmung.

Vor und hinter den Kulissen wird jedenfalls an dem Projekt eifrig gearbeitet, z.B. in zwei Wochen auf einer hochrangig besetzten Konferenz in Brüssel. Die entscheidende Phase hat begonnen.

II. Europäische Unternehmensmobilität

1. Stand der Niederlassungsfreiheit

Eine der wichtigsten Grundfreiheiten des EG-Vertrags ist die Freizügigkeit der selbständig Erwerbstätigen, also der Unternehmer. Hier darf es keine Beschränkung der freien Niederlassung geben (Art. 52 EGV). Selbstverständlich ist, so Art. 6 I EGV „jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten“. Ohne Niederlassungsfreiheit und Inländergleichbehandlung (anders herum: Diskriminierungsverbot) ist ein Gemeinsamer Markt nicht zu schaffen.

a) Gründungs- und Beteiligungsfreiheit

Im einzelnen bedeutet unternehmerische Niederlassungsfreiheit, daß jeder Bürger der Union in jedem Mitgliedsstaat ein Unternehmen nach den dortigen nationalen Vorschriften gründen oder sich an einem solchen beteiligen kann³². In der Wahl der Rechtsform ist er genauso frei wie ein Inländer. Der deutsche Staat dürfte also nicht vorschreiben, daß ein Holländer nur eine Gesellschaft mit persönlicher Gesellschafterhaftung errichten darf.

³² Lutter S. 37 f.

b) Rechtslage bei Gesellschaften

Diese Gründungs- und Beteiligungsfreiheit gilt nicht nur für natürliche Personen, sondern ganz genauso für Gesellschaften. Das ist in Art. 58 EGV ausdrücklich festgehalten. Eine niederländische Gesellschaft aus Maastricht kann ein Büro in Aachen eröffnen. Das nennt der EG-Vertrag eine **Agentur**. Bei einem gewissen Umfang wird daraus eine **Zweigniederlassung**³³. Die Regelung über die registerrechtliche Publizität solcher Zweigniederlassungen ist seit den neunziger Jahren europaweit harmonisiert³⁴. Die ausländische Gesellschaft kann aber auch eine **Tochtergesellschaft** gründen oder sich an einer solchen beteiligen.

Das alles ist heute ein selbstverständlicher Vorgang. Man möge sich nur einmal gegenwärtig machen, um wie viel komplizierter (und teurer!) die genannten unternehmerischen Aktivitäten sind, wenn ein europäisches Land außerhalb der EU und des Europäischen Wirtschaftsraums ins Spiel kommt. Man kann und soll zufrieden mit dem sein, was seit meiner Lebenszeit, die fast genau mit dem Abschluß der Römischen Verträge beginnt, erreicht worden ist.

2. Desiderata der Niederlassungsfreiheit

Aber es ist –verzeihen sie die saloppe Formulierung- „noch mehr drin“. Zwei ganz wichtige Voraussetzungen für einen Gemeinsamen Markt im Hinblick auch auf die Mobilität von Unternehmen sind nämlich auch nach vierzig Jahren nicht erreicht. Die Rede ist

³³ Heymann/Sonnenschein/Weitemeyer, HGB, § 13 Rn. 6-11.

³⁴ In Deutschland: §§ 13d-g HGB (seit 1993).

von der Sitzverlegung und von der Fusion. Jedoch kommen die Dinge zur Zeit in Bewegung.

a) Sitzverlegung

Zunächst aber einmal zur gegenwärtigen Rechtslage. Sie ist, wenn man praktischerweise die Urteile des EuGH und deutscher Gerichte als maßgebend erachtet, *nicht gut* für Gesellschaften, die in EU-Europa ihren Sitz verlegen.

Das sei exemplarisch ausgeführt an einem ganz aktuellen Beschluß des OLG Hamm vom 30.4.1997. Die Gesellschafter einer deutschen GmbH haben beschlossen, den Sitz der Gesellschaft nach Luxemburg zu verlegen. Im Handelsregister des Bezirksgerichts Luxemburg wurde die Gesellschaft als GmbH luxemburgischen Rechts sodann eingetragen. Die Anmeldung der Sitzverlegung bei dem deutschen Registergericht wurde indessen zurückgewiesen. – Das OLG gibt dem Registerrichter Recht, weil die Verlegung des Verwaltungssitzes einer deutschen GmbH in das Ausland zur *Auflösung* der Gesellschaft führe.

Der Wegzug einer Gesellschaft kann also nur um den Preis ihrer Auflösung und Liquidation im Inland erfolgen. Im Ausland muß dann die Gesellschaft neu gegründet werden. Da die Rechtsträger wechseln, sind die Vermögensgegenstände (Fahrnis, Immobilien, Rechte) je einzeln nach den dafür geltenden besonderen Bestimmungen zu übertragen. Steuerrechtlich kommt es zu einer Liquidationsbesteuerung, auch und gerade der stillen Reserven (§§ 11, 12 KöStG). Diese Konsequenzen sind im Regelfall unannehmbar. Sitzverlegungen deutscher Gesellschaften kommen daher so gut wie nicht vor. Man kann diesen Befund auch so ausdrücken: wir haben uns eingemauert.

Im Fall des OLG Hamm spielte übrigens die uralte kollisionsrechtliche Debatte um Sitz- und Gründungstheorie keine Rolle. Die unglückliche GmbH wünschte, sowohl Verwaltungs- als auch Satzungssitz identitätswahrend nach Luxemburg verlegen zu dürfen. Wenn neben dem Verwaltungs- auch der *Satzungssitz* verlegt wird, so hat das nach *jeder* kollisionsrechtlichen Theorie einen Wechsel des Gesellschaftsstatuts zur Folge³⁵. In unserem Fall: vorher ist deutsches, nachher luxemburgisches Recht auf die Verhältnisse der Gesellschaft (Organisation, Kapital) anzuwenden. Das Kollisionsrecht hat also seine Aufgabe erfüllt und den Ball dem materiellen Gesellschaftsrecht zugespielt. Und dieses Gesellschaftsrecht (!) sagt nach Auffassung der deutschen Obergerichte und einer verbreiteten Literatur, was das OLG Hamm judizierte: Auflösung und Liquidation.

b) Zuzug ausländischer Gesellschaften

Satzungssitz bleibt im Ausland, Verwaltungssitz wird nach Deutschland verlegt. Nach Gründungstheorie: Gesellschaftsstatut unverändert. Nach (herrschender) Sitztheorie: Gesellschaftsstatut verändert; Gesellschaft muß Rechtsfähigkeit hierzulande erst noch erwerben.

³⁵ Anderer (häufiger) Fall: Satzungssitz bleibt in Deutschland, aber Verwaltungssitz wird verlegt. Nach Gründungstheorie: Gesellschaftsstatut unverändert. Nach (herrschender) Sitztheorie: Gesellschaftsstatut verändert, wenn Zuzugsstaat der Sitztheorie folgt (daher Liquidation); Gesellschaftsstatut unverändert, wenn Zuzugsstaat der Gründungstheorie folgt (GB, Irland, NL, Schweiz;); dann Rückverweisung auf deutsches Sachrecht, Art. 4 I 2 EBGB.

Bspl.: Niederländische B.V. wird in Rotterdam von A und B gegründet. Dann wird Verwaltung nach Düsseldorf verlegt³⁶. Wer haftet für Büromiete? B.V. wird nicht als rechtsfähig anerkannt, weil wegen der Sitzverlegung deutsches Gesellschaftsrecht gilt (und es insoweit an einer Registereintragung fehlt)³⁷. Es haftet die Vorgesellschaft, die bei einer Eintragungsabsicht besteht; A und B unterliegen nach der Rechtsprechung einer unbeschränkten Innenhaftung. Wenn keine Vorgesellschaft anzunehmen ist (etwa weil keine Eintragungsabsicht besteht), haften A und B nach personengesellschaftsrechtlichen Regeln (insbes. § 128 HGB; Außenhaftung).

Eine Zeitlang wurde in der deutschen Literatur überlegt, ob man den Zuzug einer ausländischen Gesellschaft nicht ähnlich einer formwechselnden Umwandlung begreifen und entsprechend den dafür geltenden Bestimmungen behandeln kann³⁸. Mit dem Umwandlungsrecht von 1994 scheint diesem Ansatz ein Riegel vor-

³⁶ NL folgt der Gründungstheorie (Staudinger/Großfeld, BGB, Internationales Gesellschaftsrecht, 1993, Rn. 150). Daher ändert (für NL!) die Verwaltungssitzverlegung am Gesellschaftsbestand nichts.

³⁷ BGHZ 97, 269, 272; OLG Nürnberg RIW 1985, 494; OLG München NJW 1986, 2198; OLG Zweibrücken WM 1990, 1298; LG Karlsruhe ZIP 1995, 1818. H.J.Müller ZIP 1997, 1049 ff.

³⁸ Behrens RIW 1986, 590, 593; ders. ZGR 1994, 10 f; idS auch Großfeld/Jasper RabelsZ 53 (1989), 52, 59 ff; Großfeld/König IPRax 1991, 380; Großfeld/König RIW 1992, 433, 436 f; Eyles, Das Niederlassungsrecht der Kapitalgesellschaften in der Europäischen Gemeinschaft, 1990, S. 459 ff, 474 ff; Bungert AG 1995, 201.

geschoben zu sein³⁹. Nur Rechtsträgern mit „Sitz im Inland“ ist eine Umwandlung ermöglicht; eine Analogie untersagt (§ 1 I, II UmwG). Der Gesetzgeber wollte ausdrücklich und gegen massive Kritik „aus dem wissenschaftlichen Raum“⁴⁰ grenzüberschreitende Umwandlungsvorgänge ausschließen, weil sich diese nicht isoliert durch einen Staat regeln ließen⁴¹. Angesichts der Bemühungen der EG um eine Regelung grenzüberschreitender Vorgänge wolle man nicht vordreschen. Gegenüber diesen (schließlich nicht verbindlichen) Äußerungen der Gesetzesredaktoren kann das deutsche UmwG selbst ins Feld geführt werden. Wer von „Rechtsträgern im Inland“ spricht, sagt über „Rechtsträger im Ausland“ gerade nichts⁴².

3. Vorgaben des EG-Vertrags

Jetzt muß natürlich die Frage kommen, was das europäische Recht zu der Sitzverlegung sagt. Nach zutreffender Ansicht gewähren Art. 52 und 58 EGV, von denen bereits die Rede war, nicht nur eine Art sekundäre Niederlassungsfreiheit durch Einrichtung von Zweigniederlassungen, sondern auch und gerade die *primäre* Niederlassungsfreiheit durch Verlegung der Hauptniederlassung⁴³. Der EG-Vertrag verbietet **Diskriminierung**, und um

³⁹ Großfeld AG 1996, 302, 307.

⁴⁰ Neye ZIP 1994, 917, 919 f; Ganske WM 1993, 1117, 1120; (gemeint ist Lutter ZGR 1994, 86f).

⁴¹ Neye, aaO (Bericht aus dem Rechtsausschuß).

⁴² So jetzt Lutter, UmwG, 1996, § 1 Rn. 6.

⁴³ Knobbe-Keuk ZHR 154 (1990), 325 ff; Drobnig, in: v. Bar, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht, 1990, S. 185 ff; Behrens RabelsZ 52 (1988), 498 ff.

eine solche handelt es sich, wenn man seine Staatsangehörigkeit wechseln muß, um sich frei in einem anderen EU-Staat niederlassen zu können⁴⁴. Das gilt für natürliche Personen und das gilt auch für Gesellschaften. Wenn das nationale Recht die Verlegung des Verwaltungssitzes (=der Hauptniederlassung; head office) mit der Auflösung ahndet, so verstößt dies gegen das ebenfalls in den Artt. 52, 58 EGV zu findende **Benachteiligungsverbot**. Nach der Rechtsprechung des EuGH kann auch eine nichtdiskriminierende (weil auch Inländer erfassende) Regelung als Beschränkung der Grundfreiheit unwirksam sein. Diese zur Waren- und Dienstleistungsfreiheit bereits seit längerem etablierte Rechtsprechung⁴⁵ hat der Gerichtshof in inzwischen drei Entscheidungen aus den Jahren 1993-1997 auf die Niederlassungsfreiheit übertragen⁴⁶, was eine sehr bedeutsame Weiterentwicklung des Verständnisses der Grundfreiheiten ist.

Die in Deutschland herrschende Sitztheorie (genau: die gesellschaftsrechtlichen Folgen ihrer Anwendung) ist daher europarechtlich schwerlich aufrecht zu erhalten. Das materielle Gesellschafts- und Steuerrechts ist europarechtskonform zu verstehen. Dieses Verständnis muß konsequent dazu führen, trotz Wechsel des Gesellschaftsstatuts (nach eben dieser Sitztheorie) eine steuerschädliche Liquidation zu vermeiden.

⁴⁴ Behrens ZGR 1994, 1, 18; ders. RabelsZ 52 (1988), 498, 517 ff.

⁴⁵ EuGH NJW 1979, 1766 (Cassis de Dijon).

⁴⁶ EuGH v. 31.3.1993 EuZW 1993, 322 (Kraus); EuGH v. +++ EuZW 1996, 92 (Gebhard); EuGH v. 15.5.1997 EuZW 1997, 443 (Futura) m. Anm. v. Borries.

Ich breche die Überlegungen an dieser Stelle ab, aus zwei Gründen. Erstens sieht der EuGH die erörterte Frage anders; zweitens ist –darauf komme ich gleich- eine Richtlinie zur Sitzverlegung in Vorbereitung.

4. „Daily Mail“ – Rechtsprechung des EuGH

Der EuGH hat –vor seiner geschilderten ausdehnenden Interpretation der Niederlassungsfreiheit in diesem Jahrzehnt- 1988 einen Fall zu entscheiden gehabt, in dem eine englische Gesellschaft ihren Verwaltungssitz nach den Niederlanden verlegen wollte, aber durch einen steuerrechtlichen Vorbehalt der englischen Behörden blockiert wurde. Der EuGH billigte das Vorgehen des englischen Fiskus und befand über den konkreten Fall hinausgehend:

„Art. 52 und 58 EGV (gewähren) den Gesellschaften nationalen Rechts kein Recht, den Sitz ihrer Geschäftsleitung unter Bewahrung ihrer Eigenschaft als Gesellschaft des Mitgliedsstaats ihrer Gründung in einen anderen Mitgliedsstaat zu verlegen“⁴⁷.

Die Begründung verweist darauf, daß im Gegensatz zu natürlichen Personen die nationalen Rechtsordnungen Gründung und Existenz der Gesellschaften regeln. Der EG-Vertrag sehe eine Beseitigung von Unterschieden durch Übereinkommen nach Art. 220 EGV und durch Harmonisierung gem. Art. 54 III lit. g EGV vor. Immerhin hat der EuGH seine Erwägungen unter den Vorbehalt gestellt, sie gelten für den „derzeitigen Stand des Gemeinschaftsrechts“. Doch das Urteil steht und an ihm orientiert man sich zweckmäßigerweise trotz aller Kritik im deutschen und ausländi-

⁴⁷ EuGH v. 27.9.1988 EuGHE 1988, 5483 = NJW 1989, 2186 (Daily Mail).

schen Schrifttum⁴⁸. *Roma locuta, causa finita* wird man aber gewiß nicht sagen können. Doch solange kein neuer Fall an den Gerichtshof herangetragen wird⁴⁹, bleibt die Unsicherheit bestehen.

5. Richtlinie zur Sitzverlegung

In dieser Situation hat die Europäische Kommission gehandelt. Ende April dieses Jahres hat sie einen Entwurf für eine „Vierzehnte Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verlegung des Sitzes einer Gesellschaft in einen anderen Mitgliedsstaat mit Wechsel des für die Gesellschaft maßgebenden Rechts“ vorgelegt⁵⁰. Der Entwurf bezieht sich auf alle Gesellschaftsformen. Nach der jüngsten Entwicklung sieht es jedoch so aus, als würde sich der kommende formelle Vorschlag auf Kapitalgesellschaften beschränken⁵¹.

Der Entwurf sieht vor, daß eine Sitzverlegung (Satzungssitz oder Verwaltungssitz oder beides) nicht zur Auflösung hier und Neugründung dort führt! Das ist der entscheidende Fortschritt. Die Eintragung im Register des Aufnahmestaates führt lediglich zu einem Wechsel des auf die Gesellschaft anwendbaren Rechts (Art. 3).

⁴⁸ Knobbe-Keuk ZHR 154 (1990), 325 ff; van Solinge TVVS 1991, 169 ff; Timmermanns SEW 1991, 66 ff; Bellingwout TVVS 1995, 29; ders. RIW 1996, *.

⁴⁹ Für eine Vorlage gem. §§ 177 EGV sehen nationale Gerichte eben wegen der genannten „Leitentscheidung“ keinen Raum; vgl. OLG Hamm GmbHR 1997, 848, 849.

⁵⁰ ZIP 1997, *.

⁵¹ Neye GmbHR 1997, R 181.

Im übrigen enthält der Entwurf Verfahrensregelungen, die eine Sitzverlegung für die Gläubiger und Arbeitnehmer transparent machen sollen. Der Ablauf einer Sitzverlegung gestaltet sich danach wie folgt:

Die Leitung der Gesellschaft erstellt einen **Verlegungsplan** und –bericht. Dieser enthält Angaben zum künftigen Sitz und zur neuen Satzung, aber auch zur künftigen Form der Arbeitnehmerbeteiligung. Der Plan ist zur Einsicht der Gesellschafter, der Gläubiger und der Arbeitnehmer zu erläutern. Plan und Bericht liegen einen Monat aus.

Danach beschließt die Gesellschafterversammlung mit einer Mehrheit von zwei Dritteln. Der Schutz der Minderheit, die mit der Verlegung nicht einverstanden ist, wird dem nationalen Recht überantwortet. Die Gläubiger, wozu vor allem auch die öffentliche Hand gehört (Fiskus, Sozialversicherung), haben ein Recht auf **Sicherheitsleistung**.

In das Register des Aufnahmestaates kann erst eingetragen werden, wenn alle dort geltenden Förmlichkeiten erfüllt sind. Das Besondere ist: zusätzlich wird eine **Bescheinigung** des Wegzugsstaats verlangt, daß alle für den Wegzug vorgeschriebenen Handlungen erbracht sind.

Zur Komplettierung dieser vernünftigen Regelung, die sich an die 3. und 6. Richtlinie zur Verschmelzung und Spaltung anlehnt, ist noch für eine **Steuerharmonisierung** zu sorgen. Hierfür gibt es ein Vorbild in der Fusionssteuerrichtlinie von 1990, die eine steuerneutrale Durchführung grenzüberschreitender Verschmelzungen vorsieht.

6. Internationale Fusion

Damit ist der letzte Punkt des Themas „Mobilität“ angesprochen. Es geht um die Fusion über die Grenze. Sie ist mittelbar im Wege der Einbringung der Aktiva, also durch Einzelrechtsnachfolge nach den je dafür geltenden Regeln, möglich⁵². Eine Gesamtrechtsnachfolge, d.h. eine Verschmelzung im eigentlichen Sinn, kann nach Deutschland hinein und heraus nicht erfolgen. Hier sperrt nach wohl herrschender Lehre das Umwandlungsgesetz von 1994, das Verschmelzungen nur unter Beteiligung von Rechtsträgern mit Sitz im Inland (§ 1 I UmwG) gestattet. Ferner steht entgegen die bereits erwähnte Sitztheorie und die Auffassung, wonach der Wechsel des Gesellschaftsstatuts zur Auflösung führt. *Lutter* hat in seinem Kommentar zum Umwandlungsgesetz einen europarechtskonformen Ausweg gewiesen, doch was gilt das Wort des renommierten Rechtslehrers in der harten Welt der Tatsachen? Das wüßten wir nach einer Entscheidung des EuGH – doch wer will den teuren Vorstoß wagen?

Immerhin: Es besteht Gelegenheit, seinen Namen auf immer in die europäische Rechtsgeschichte eingehen zu lassen, wenn ein entsprechendes Urteil des EuGH freie Bahn schaffen sollte, da ja die Judikate (anders als bislang in Deutschland) mit den Parteinamen verbunden sind.

Wirklich zuverlässig kann Abhilfe nur durch europäische Rechtssetzung kommen. Damit sah es lange Zeit nicht gut aus. Der Vorschlag einer 10. Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie über die

⁵² Lutter Europ. Unternehmensrecht, S. 42 f; zur steuerneutralen Gestaltung unter Hinweis auf die steuerliche Fusionsrichtlinie Sarrazin ZGR 1994, 66 und Thömmes ZGR 1994, 75 ff.

grenzüberschreitende Verschmelzung von Aktiengesellschaften⁵³ liegt seit 1985 auf Eis, vor allem deshalb, weil die Frage der unternehmerischen Mitbestimmung ungeklärt blieb. Nach neueren Entwicklungen könnte diese Blockade entfallen. Die Mitbestimmungsschwelle für Aktiengesellschaften wurde in Deutschland im Jahre 1994 auf 500 Arbeitnehmer angehoben, so daß unterhalb dieser Zahl grenzüberschreitende Fusionen keine mitbestimmungsrechtlichen Probleme aufwerfen sollten⁵⁴. Wichtiger noch ist, daß sich für die Europäische Aktiengesellschaft eine Lösung dieser Frage abzeichnet –darüber habe ich berichtet, so daß dies auch für die internationale Fusion den Durchbruch bringen könnte.

III. Harmonisierung am Scheideweg

1. Zwischenbilanz der Harmonisierung

Fassen wir das Bisherige zusammen, so ergibt sich: Die Erfolge in der Rechtsangleichung sind bedeutend, namentlich bei der Kapitalstruktur der Aktiengesellschaft und der Publizität. Dabei ist Publizität in zwei Beziehungen zu verstehen: einmal die klassische Registerpublizität, und zweitens die Berichtspflichten der Gesellschaftsverwaltungen bei wesentlichen Veränderungen, z.B. bei Umwandlungen. Im Bereich der Binnenorganisation der Gesellschaften wurde hingegen kein wesentlicher Fortschritt erzielt.

Seit Anfang dieses Jahrzehnts ist die Rechtsangleichung im Gesellschaftsrecht überhaupt zum Stillstand gekommen. Dafür gibt es nicht einen, sondern mehrere Gründe. Zuerst ist auf die Erwei-

⁵³ ABI EG 1985 Nr.C 23, S. 11; Abdruck bei Lutter, Europ. Unternehmensrecht, S. 261-265.

⁵⁴ Wiesner EuZW 1995, 821, 822; Großfeld AG 1996, 302, 306.

terung der EU (1994) um 3 MS hinzuweisen. Es liegt auf der Hand, daß eine derartige Zunahme um 25 % die Handlungsfähigkeit erst einmal beschränkt. Aber entscheidend ist diese Erweiterung nicht, denn auch die ursprünglichen sechs Gründerstaaten blieben nicht unter sich, sondern konnten sogar einen so schwierigen Partner wie Großbritannien integrieren.

2. Ursachen für den Stillstand

Vielmehr sind drei Entwicklungen zu nennen, die einen „stand still“ zur Folge haben⁵⁵. Es handelt sich um einen wirtschaftlichen, einen rechtspolitischen und einen rechtlichen Faktor. Beginnen wir mit dem letzteren und unwichtigsten.

Rechtlicher Ausgangspunkt, den Bedarf an weiterer Harmonisierung grundsätzlich in Frage zu stellen, ist das Prinzip der **Subsidiarität**, das seit dem Vertrag von Maastricht im EG-Vertrag verankert ist. Die EU soll nur tätig werden, „sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen auf Ebene der Mitgliedsstaaten nicht ausreichend erreicht werden können und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können“ (Art. 3 b II EGV). Das ist in der Sache nichts Neues, denn schon bisher war Rechtsangleichung nur zulässig, wenn sie „erforderlich“ war⁵⁶. Aber die ausdrückliche Betonung hat doch Zweifel bestärkt, ob das Harmonisierungsmuster der siebziger Jahre noch paßt, ob etwa die Kapitalrichtlinie auf die GmbH ausgedehnt werden soll usw.

⁵⁵ Wiesner AG 1996, 390, 391 f; Neye GmbHR 1997, R 97; Behrens EuZW 1996, 193.

⁵⁶ Schön, Gesellschaftsrecht nach Maastricht, ZGR 1995, 1.

Was ist der **rechtspolitische** Ausgangspunkt für diese Zweifel? In den letzten Jahren wurde –auch mit Blick auf das bundesstaatliche Gesellschaftsrecht der USA- darauf hingewiesen, daß eine Konkurrenz der Gesellschaftsrechte keinesfalls mit dem Konzept eines Binnenmarkts im Widerspruch steht. Ein offener Wettbewerb der Legislativen könne, so lauten diese Überlegungen, im Ergebnis besser für das Gesamtwohl sein als eine zentrale Rechtsvereinheitlichung. Die Versteinerung durch das Richtlinienrecht erweise sich als Hemmschuh für die weitere Entwicklung in einem sich rapide verändernden ökonomischen Umfeld.

Damit ist der dritte –**wirtschaftliche**- Faktor angesprochen. Erheblich stärker als in den für die Harmonisierungslegislative maßgebenden sechziger und siebziger Jahren sind die Unternehmen weltweit präsent. So wie die Europäisierung vor zwanzig Jahren gegen nationale Insellösungen stritt, so ist heute die Globalisierung die öffnende Kraft. Der Tag hat für die Finanzmärkte dieser Welt 24 Stunden, die Kommunikationsindustrien sind per se weltweit tätig. Wer an außereuropäische Kapitalmärkte will, muß die dortigen Zulassungsvoraussetzungen beachten. Daher verlangen international tätige Unternehmen nach weltweit vergleichbaren Standards für ihre Rechnungslegung. Die Strukturen der „global players“ sind nicht mit denjenigen lokaler oder regional tätiger Kleingesellschaften über einen Kamm zu scheren, mögen sie auch die gleiche Rechtsform benutzen.

3. Ansätze weiterer Harmonisierung

Die Orientierung auf die Kapitalmärkte zwingt zum Überdenken bisheriger Glaubenssätze der Weiterentwicklung des Gesellschaftsrechts. Ist es berechtigt, durch das System des festen Grundkapital den Gläubigerschutz zu bewerkstelligen, wie es die

2. RL tat? Hier hatte sich das europäische Gesellschaftsrecht an dem Vorbild eines damals sehr modernen Aktiengesetzes orientiert, das 1965 in Deutschland in Kraft trat.

Eine besondere organisationsrechtlich-mitgliedschaftlich geprägte Anschauungsweise von dem, was eine Aktiengesellschaft ausmacht, hat sich im Deutschland der Nachkriegszeit entwickelt⁵⁷. Gläubiger- und Minderheitenschutz durch Strukturen (Nennkapital) und „harte“ Sanktionen (Anfechtungsklage, Abfindungen) standen im Mittelpunkt der Regulierung. Das war gewiß erst einmal gut so, um eine autokratisch-selbstherrliche Linie niederzuringen („Mehrheit ist Mehrheit“), die sich im Aktienrecht breit gemacht hatte.

Die Frage ist heute, welche Bedeutung der **Verschiebung in Richtung Kapitalmarkt** zukommt. Vieles spricht dafür, jedenfalls für börsennotierte Gesellschaften andere Regeln gelten zu lassen, weil funktionierende Märkte für einen Ausgleich sorgen können. Damit sie rechtlich funktionieren, braucht man ein Reglement für den sog. Markt für Unternehmenskontrolle. Davon war schon die Rede: Insiderrecht, Transparenz bei den Beteiligungen, Take-over-Regeln. Im übrigen können weiche Sanktionen wie etwa das Sinken des Aktienkurses oder die Herabstufung beim Ranking oder soft-law-Techniken in Gestalt von Verhaltenskodices hier u.U. mehr bewirken als ein hartes, zwingendes, aber dann naturgemäß wenig flexibles Recht der Kassation und Nichtigkeit.

⁵⁷ Mülbert, Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt, 1995, S. 62 ff.

Die Harmonisierungs-Richtlinien der siebziger und achtziger Jahre haben auf die Erscheinungsweisen der Aktiengesellschaft noch keine Rücksicht genommen, sondern alle Typen über einen Kamm geschert. Das war vielleicht schon damals nicht berechtigt.

Jedenfalls zeigt sich in der neueren nationalen Gesetzgebung, daß in den Bereichen, die der Regelung durch den MS noch offenstehen, man darum bemüht ist, eine Binnendifferenzierung innerhalb der Rechtsform zu etablieren. In Deutschland und in Frankreich wurden durch Gesetz „kleine Aktiengesellschaften“ geschaffen oder doch Erleichterungen für den nicht publikumssoffenen Typ dieser Gesellschaft beschlossen.

Die weitere Harmonisierung sollte nicht oder nicht in erster Linie auf die Vereinheitlichung der Organisationsstruktur nach dem Vorbild der Vereinheitlichung der Finanzstruktur setzen. Vielmehr sollte überlegt werden, die Regeln entlang einer Grenzlinie „public or private“ zu entwickeln. Wer einen öffentlichen Kapitalmarkt in Anspruch nimmt, kann anderen Bestimmungen unterliegen als die Gesellschaft, welche aus einem geschlossenen Anteilseignerkreis besteht. Diese Unterteilung nach Größen- und Typenmerkmalen ist uns vom europäischen Recht her bereits vertraut: Rechnungslegungsintensität und –publizität knüpfen bekanntlich an Größenmerkmale an. Auch die Mitbestimmung der Arbeitnehmer ist in Deutschland je nach Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer (unabhängig von der Rechtsform der Kapitalgesellschaft) abgestuft. Wichtig ist, ein eindeutiges Kriterium für den Übergang von einer geschlossenen zu einer offenen Gesellschaft festzulegen.

a) Corporate Governance

Diesen Überlegungen verschließt sich auch die EU-Kommission nicht, im Gegenteil. Auf eine sich gerade anbahnende, brisante Entwicklung sei abschließend hingewiesen. Sie besteht in der Aufnahme der internationalen Corporate Governance-Debatte durch die zuständige Generaldirektion XV der EG-Kommission. Unter c.g. sei verstanden die Entscheidungszuständigkeit und die Haftungsverantwortung in den Gesellschaften.

Im Auftrag der Kommission hat 1995/96 die Unternehmensberatung *Ernst&Young* eine EU-weite Studie angefertigt, die sowohl eine Bestandsaufnahme der nationalen Kapitalgesellschaftsrechte als auch Vorschläge für eine zum Teil tiefgreifende Reform der Struktur dieser Gesellschaften enthält⁵⁸. Auf Grundlage dieser Ausarbeitung hat die Kommission sodann Anfang dieses Jahres den Mitgliedstaaten und ausgewählten Fachkreisen einen umfangreichen Fragenkatalog zugeleitet. Damit sollte erhoben werden, ob das Gesellschaftsrecht den Bedürfnissen des Binnenmarktes entspricht, welche Lücken bestehen und wo Möglichkeiten für eine Rechtsvereinfachung bestehen. Inzwischen sind 58 Antworten von Regierungen, Verbänden und Professoren eingegangen. Sie liegen mir kompiliert vor und geben ein eindrucksvolles Bild von ungebrochenem Reformeifer einerseits, starker Zurückhaltung andererseits. So hat das deutsche Justizministerium auf die Frage nach wünschenswerten EU-Aktivitäten kurz und bündig beschieden, es gebe „no need for action“. Die niederländische Regierung hat sich

⁵⁸ „The simplification of the operating regulations for public limited companies in the European Union“ (Kommissionsdokument). Für Deutschland hat der Rechtsanwalt Oltmanns (Stuttgart) berichtet, für Holland waren es Willemars und van der Tas (Rotterdam).

leider nicht geäußert. Im Dezember findet in Brüssel eine breit angelegte Konsultation statt, deren Ergebnisse das weitere Vorgehen bestimmen dürften.

Worum geht es in der Sache? Es ist ein breites Themenfeld, da hier nicht im einzelnen ausgebreitet werden kann. Wichtiger Punkt ist die bereits erwähnte Frage, ob man künftig eine Differenzierung bei den Kapitalgesellschaften nicht mehr in erster Linie nach Rechtsformen, sondern nach Größe und Publikumsoffenheit vornehmen soll.

Weitere Themen sind der Schutz von Minderheitsgesellschaftern, die Verantwortlichkeit von Geschäftsleitung und Aufsichtsorgan sowie die effektive Ausübung der Mitgliedsrechte. Kurzum: Es ist fast alles dabei, was die Gesellschaftsrechtler in den letzten Jahrzehnten beschäftigt hat. Wer vieles bringt, wird manchem etwas bringen, scheint das Motto zu sein. Ich möchte dieses Vorgehen aber bestimmt nicht tadeln, im Gegenteil. Daß die Kommission ihre Initiative auf eine breite Grundlage stellen möchte, die durch Analyse und Konsultation gewonnen wird, ist eine begrüßenswerte Neuerung, verglichen mit manchem Überraschungscoup in der Vergangenheit.

An dieser Stelle kann man nur die Hoffnung äußern, daß die Herkulesarbeit einer Organisationsreform der Kapitalgesellschaften nicht ein Schicksal erleidet wie die Fünfte Richtlinie zur Struktur der Aktiengesellschaft. Zur Erinnerung: Sie wurde bereits 1972 im Entwurf vorgestellt, dreimal geändert und seit 1991 nicht mehr weiter verfolgt⁵⁹.

⁵⁹ Vorstellung und Text bei Lutter, Europäisches Unternehmensrecht, S. 171 ff.

b) Konzernrecht

Nicht gesprochen habe ich bislang vom Konzern. Hierzu nur soviel: Das an der Struktur ansetzende deutsche Konzernrecht mit seiner eigenartigen Unterteilung in vertraglich geordnete und nichtvertragliche Unternehmensverbindungen mit je eigenen Rechtsfolgen hat sich in Europa als nicht überzeugungskräftig genug erwiesen. Andere Mitgliedsstaaten orientieren sich mehr an Verhaltenspflichten, die dem kontrollierenden Gesellschafter obliegen. Wie auch immer: Von einer Ordnung durch europäisches Recht sind wir zur Zeit weit entfernt. Dafür nimmt –ich halte das für ein gutes Zeichen- auf wissenschaftlicher Ebene die internationale Diskussion zu⁶⁰. Einen interessanten Vorschlag, auf den ich abschließend nur hinweisen kann, hat *Wymeersch* gemacht, der für ein europäisches Statut für grenzüberschreitende horizontale Konzerne plädiert⁶¹.

⁶⁰ Kindler, Hauptfragen des Konzernrechts in der internationalen Diskussion, ZGR 1997, 449 ff.

⁶¹ Zuletzt auf der Tagung „40 Jahre Römische Verträge“ am 28.10.1997 in Köln.

C. Summe und Ausblick

Das Gesellschaftsrecht ist der Kern des europäischen Unternehmensrechts. Seine Weiterentwicklung ist zur Zeit blockiert: erstens weil nach der „Sturm-und-Drang“-Zeit eine gewisse Ernüchterung eingeleitet ist; zweitens weil ein unternehmensrechtliches Anliegen, die Partizipation der durch Arbeit am Unternehmen Beteiligten („Mitbestimmung“), in seiner deutschen Variante in Europa nicht konsensfähig ist.

Doch zur Betrübnis besteht kein Grund. Hinter den Kulissen wird eifrig gearbeitet, wie zum Konzernrecht soeben angedeutet. Mit der take-over-RL und mit der Mobilitätsrichtlinie wäre ein Sprung nach vorne geschafft. Dann bestünde eine kapitalmarktrechtliche orientierte Normsetzung, deren Adressaten börsennotierte Gesellschaften sind. Das ist eine bemerkenswerte Abkehr von der rechtsformspezifischen Normsetzung vergangener Jahre.

Wenn wir das große Jubiläum „50 Jahre EG“ im Jahre 2007 angemessen feiern, so würde es dem Festredner sehr helfen, wenn er dann konstatieren kann:

- in der Wirtschaftsunion kann mit geringen Förmlichkeiten der Gesellschaftssitz jederzeit verlegt werden
- in der Wirtschaftsunion gibt es originär europäische Gesellschaftsformen
- in der Wirtschaftsunion haben wir ein einheitliches Anleger-schutzrecht für börsennotierte Gesellschaften

- in der Wirtschaftsunion gibt es Mindestregeln für den Schutz von Gläubigern und Minderheiten in geschlossenen Gesellschaften.

Mit diesem optimistischen Ausblick schließe ich und verbinde ihn mit der Hoffnung, daß unser europäisches Unternehmensrecht seinen Teil zu den Visionen der Gründungsväter der Europäischen Gemeinschaft beiträgt: „Frieden und Freiheit“.