

EUROPA UND DAS UNTERNEHMENSRECHT

I.

1. Als vor bald 30 Jahren der EWG-Vertrag in Kraft getreten ist und man in den damals erst sechs Mitgliedsländern daran ging, seine politische, wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung zu erschließen, stand vieles zur Debatte. Die politischen Maximalisten glaubten an eine Wiederholung der Entwicklung vom Zollverein des Norddeutschen Bundes zum Deutschen Reich, also von der Wirtschaftsunion zu den Vereinigten Staaten von Europa, während die Minimalisten an die kaum jemandem mehr bekannte Zollunion zwischen Belgien, Luxemburg und den Niederlanden erinnerten.

Wirtschaftlich betrachtet erwartete man unter anderem den Ausgleich des Nord-Süd-Gefälles, das sich ausgerechnet in der Bundesrepublik erst danach eingestellt, aber in der Richtung verkehrt hat, während sich dieses Gefälle in Europa seither verstärkt hat.

Im Verständnis des neuen europäischen Rechtes aber herrschte manche Ratlosigkeit. Was war geschehen? Hatte sich die Anzahl schöner Programmsätze aus internationalen Verträgen vermehrt, oder handelte es sich um den Nukleus einer echten neuen Rechtsordnung? Auch hier waren aus der historischen Perspektive betrachtet im Grunde beide Entwicklungen möglich. Daß wir heute vor einem beachtlich hohen und stolzen Gebäude europäischen Rechtes stehen, haben wir der Energie des Anfangs zu verdanken und dem EuGH. So ließ etwa die Hallstein-Kommission, energisch gedrängt von ihrem damaligen Mitglied Hans von der Groeben und dessen Berater, dem damaligen Saarbrücker Professor Mestmäcker, vom ersten Tage ihrer Tätigkeit an keinen Zweifel daran, daß sie die Art. 85 und 86 des EWG-Vertrages als unmittelbar geltendes europäisches Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen anwenden und durchsetzen werde. Und auch der Gerichtshof ließ von Anfang an keinen Zweifel daran, daß nicht nur das sekundäre europäische Recht der Verordnungen verdrängenden Charakter gegenüber

entgegenstehendem nationalem Recht hat - das ergab sich ziemlich schlicht aus Art. 189 Abs. 2 des Vertrages -, sondern daß eben auch das primäre Recht des Vertrages selbst nicht programmsetzendes, sondern selbst geltendes Recht ist, also insbesondere die Art. 12 und 30. Im Schatten dieser durchaus dramatischen Entwicklung spielte das Unternehmensrecht anfangs keine Rolle, Unternehmensrecht verstanden als Summe der Regeln, welche die Organisation, also die Gründung, die innere und äußere Verwaltung und die Auflösung von Unternehmen betrifft. Das mag überraschen. Der EWG-Vertrag richtet sich zwar an die Bürger der EG und wird jetzt nach 30 Jahren mit der wachsenden Freizügigkeit, auch für die freien Berufe, für die Chancen und Möglichkeiten der Lebensgestaltung des einzelnen, auch der Juristen, mehr und mehr bedeutend und wichtig. Aber die eigentlichen Marktbürger des Vertrages, die Träger von europaweitem Handel, Produktion, Niederlassung, sind die Unternehmen. Diese aber existieren nicht per se, sondern sind Kunstgebilde der jeweiligen Rechtsordnung, und das heißt der nationalen Rechtsordnung. Denn es gibt zwar ein internationales Privatrecht der Unternehmen und Gesellschaften, aber es gibt kein internationales Recht der Unternehmen und daher auch keine internationalen Gesellschaften.

Nun muß auch das nicht so furchtbar stören. Es gibt schließlich auch Menschen unterschiedlicher Nationalität, und das hat den wachsenden Handel und Verkehr über die Grenzen hinweg nie gehindert. Eines ist merkwürdig: Die Mäntel des Rechts, in welche die nationalen Rechtsordnungen ihre Staatsbürger einkleiden, sind gar nicht so verschieden, wohl aber sind es die Kleider der Unternehmen. Wer da was darf, nicht darf, und welche Überraschungen ein Außenstehender erleben kann, das ist in den vielen Unternehmensrechten auf der Welt doch sehr unterschiedlich geregelt. Und genau dieses Phänomen ist der Hauptgrund für das Entstehen des internationalen Konzerns und das System der vielen, vielen Tochtergesellschaften, die heute auch durchaus mittelständische Unternehmen zu Konzernen werden lassen. Die Niederlassungsfreiheit ist schön und gut, und niemand hindert eine irische Company oder eine italienische Società a Responsabilità Limitata, bei uns tätig zu sein; nur werden diese Gesellschaften praktisch die größten Schwierigkeiten bekommen, weil niemand sie und ihr Recht kennt und jeder mißtrauisch ist, von so ganz platten, aber wichtigen Dingen einmal abgesehen, daß über sie z. B. bei der Schufa

keine vernünftige Kreditauskunft zu erhalten ist. Kurz, das Phänomen der strikten Nationalität des Unternehmensrechts hat die ausländischen Unternehmen zur Integration ihrer Organisation in das Recht des Gastlandes, also zur Akzeptanz des nationalen Unternehmensrechts dieser Länder gezwungen.

Wann immer wir uns über die Spinnennetze internationaler Konzernverflechtungen beklagen, müssen wir das durchaus bedenken.

Diese Entwicklung ist in Europa übrigens bislang anders verlaufen als in den USA. Die einheitliche Sprache scheint die Frage nach der für die Gesellschaft zuständigen Rechtsordnung in den Hintergrund gedrängt zu haben. Nur so ist es zu erklären, daß in den USA der berühmte "race to the bottom" stattgefunden und zum Sieg von Delaware geführt hat, d. h. daß sich die Gesellschaften das für sie günstigste, einfachste, liberalste Recht aus den 50 Staaten aussuchen konnten und niemand z. B. in Oregon sie danach gefragt hat, wo sie inkorporiert sind.

2. Den Vätern des EWG-Vertrages war das Problem vertraut. Ihre Antwort lautete nicht: Schaffung eines Unternehmensrechts aus europäischer Rechtsquelle. Sie lautete auch nicht: Vereinheitlichung des nationalen Rechts. Sie lautete: Rechtsangleichung, Abschleifen der Ecken und Kanten, Beseitigung der gravierenden Unterschiede, um die Tendenz eines race to the bottom von vornherein auszuschließen und Wettbewerbsnachteile unter den Gesellschaften verschiedener Nationalität auszuschließen.

Was ist nun aus diesem Konzept geworden, wie hat es sich bewährt, wo sind seine Stärken und Schwächen? Das sind die Fragen, die uns heute vor allem beschäftigen werden. Und dazu will ich Ihnen in einem ersten Abschnitt berichten und unterscheiden in eine erste Phase, die sich bis zur Vorlage des Verordnungsentwurfs für eine europäische Aktiengesellschaft erstreckt; in eine zweite Phase, die mit der Verabschiedung des Bilanzrichtliniengesetzes endete, und in eine dritte Phase, in der wir uns befinden.

Das soll ein erster Abschnitt sein. Und dann will ich in einem zweiten Abschnitt fragen, wie wir das Konzept nach nunmehr 28 Jahren Praxis auf

dem Hintergrund seiner Erfolge und Mißerfolge sowie der Probleme, die dadurch auch geschaffen wurden, zu beurteilen haben.

II.

1. Beginnen wir mit dem ersten Abschnitt und der ersten Phase. Diese war gekennzeichnet durch eine unerhörte Euphorie, durch Fleiß und durch eine große Zahl von Projekten. Die erste Richtlinie zur handelsrechtlichen Publizität und zur Gültigkeit von Vertragsverhandlungen wurde verabschiedet und die zweite, die Kapitalrichtlinie vorbereitet. Sodann wurde ein Anerkennungsabkommen für Gesellschaften abgeschlossen und, wie ich glaube, zu Recht nie ratifiziert. Vor allem aber wurde als Verordnungsentwurf ein ganzes Aktiengesetz ausgearbeitet, der zu Recht so berühmte SE-Entwurf, der, was manchmal vorkommt, unmittelbar nach dem endgültig positiven Votum des Europäischen Parlaments Rechtsgeschichte geworden ist.

Die erste Richtlinie war das Musterbeispiel einer erfolgreichen Maßnahme zur Sicherung gewisser Standards. Man muß sich über die Gesellschaften in einem Register informieren können - europaweit. Zu diesem Zweck müssen die Satzungen bestimmte Angaben enthalten, damit man auch etwas erfährt. Und damit man das Register auch finden kann, müssen Ort und Nummer auf der Geschäftspost der Gesellschaft zu erkennen sein. Wer als Vorstand einer solchen Gesellschaft ausgewiesen ist, der muß dann auch als berechtigt gelten, die entsprechenden Maßnahmen wirksam durchzuführen (entsprechend unserem § 15 HGB): lauter einleuchtende und vernünftige Dinge, einschließlich der Abschaffung der berühmten ultra-vires-Lehre des englischen Rechts.

2. Aber die weitaus größte - mittelbare - Wirkung hatten die Vorarbeiten an der Kapitalrichtlinie. Diese Vorarbeiten waren allein an der Aktiengesellschaft ausgerichtet, und das heißt: in der Bundesrepublik an 1 % der bestehenden Kapitalgesellschaften, in Belgien an 20 %, in Frankreich und Italien an 40 %, in den Niederlanden aber an 100 %. Das waren die Zahlenverhältnisse zwischen Aktiengesellschaft und GmbH; und in den Niederlanden gab es keine GmbH. Die einzige Rechtsform war dort die Naamlooze Vennootschap. Um an der geplanten Differenzierung zwischen den Rechtsformen Aktiengesellschaft und GmbH überhaupt partizipieren zu

können, führten die Niederländer umgehend die GmbH ein - so wie später, nach ihrem Beitritt zur EG, auch die Dänen. Ebenso stellten die Engländer und Iren nach ihrem Beitritt zur EG - also später, aber in Berücksichtigung dieser Entwicklung - ihr bisheriges companies law auf den Kopf. Bis zum Jahre 1980 war die Company Ltd by share, also die Aktiengesellschaft, die Regelform, die Private Company eine vergleichsweise selten in Anspruch genommene Ausnahme. Heute ist dort die GmbH, die limited company, die Regel, während die public limited company (plc) hingegen die vergleichsweise seltene Ausnahme ist.

Die mittelbaren Wirkungen von Rechtsangleichung waren in und aus dieser ersten Phase heraus also enorm. Wir haben heute in allen Ländern der EG die gleiche Grundstruktur im Recht der Kapitalgesellschaften, nämlich die Unterscheidung zwischen der börsenfähigen AG und der privaten, geschlossenen GmbH.

3. In diese erste Phase gehört auch der Vorschlag zur Schaffung einer europäischen AG. Der in sie geleistete Input an Arbeit, Ideen und Leidenschaft war enorm. Allein zwei Entwürfe meines Kollegen Sanders aus den Niederlanden und zwei Entwürfe der Kommission wurden erarbeitet, vorgelegt, diskutiert und votiert. Und doch war und blieb die unmittelbare Wirkung dieser Arbeit null. Der Gedanke war bestechend: Eine Gesellschaftsform nicht national, sondern unmittelbar nach europäischem Recht sollte geschaffen werden, eine Aktiengesellschaft also, die per se nach ganz dem gleichen Recht leben sollte von Palermo bis Kopenhagen und die - dies ist die andere Seite der Medaille - dem nationalen Recht und dem nationalen Gesetzgeber nicht mehr unterworfen sein sollte. Dieser stolze Entwurf von annähernd 500 Artikeln, mit integriertem Betriebsverfassungsrecht und integriertem Konzernrecht, war der Sache nach aber ein Verrat an der Idee der Rechtsangleichung und der Nationalität der europäischen Unternehmen. Denn der Pfiff der SE lag ja gerade in der Überwindung des Nationalen und der Anbindung der Korporation an das Gemeinschaftsrecht. Das zur ersten Phase.

III.

Die zweite Phase ist gekennzeichnet durch eine reiche Fülle von Rechtsangleichungen: Die Kapitalrichtlinie und die Fusionsrichtlinie werden verabschiedet, vor allem die großen bereits erwähnten Richtlinien zum Jahresabschluß, zum Konzernabschluß, zu Prüfung und Publizität, und sie wurden inzwischen alle in unser nationales Recht umgesetzt: eine auch quantitativ betrachtet enorme gesetzgeberische Arbeitsleistung, die, anders gewendet, die unternehmensrechtliche Gesetzgebungskapazität der Bundesrepublik über fünf Jahre hin blockiert hat. Die mittelbaren und unmittelbaren Auswirkungen dieser fünf Richtlinien waren erneut groß. Großbritannien, Irland und die Niederlande mußten ihr ganzes bisheriges System, wir würden sagen: des Grundkapitals, grundlegend ändern. So unterschied man beispielsweise in den Niederlanden zwischen statuarischem, gekennzeichnetem und geleistetem Kapital. Das gezeichnete betrug vielleicht 1 Mio und das statuarische 100 Mio, die Verwaltung aber konnte jederzeit neues Kapital ausgeben, und sie konnte durch Rückkauf der Aktien und Einziehung der Aktien dieses Kapital auch wieder vernichten, ohne irgendjemanden fragen zu müssen. Anders in der Bundesrepublik: Unser System war so, wie es die zweite Richtlinie vorsieht. Bei uns entfiel dafür eines der ganz großen Privilegien der GmbH. Sie war bislang und im Gegensatz zur Aktiengesellschaft freigestellt von Prüfung und Publizität. Damit ist es vorbei, und nicht nur das, es fand auch eine Art Angleichung zwischen GmbH und Aktiengesellschaft statt; denn für die kleine AG gelten heute die gleichen Erleichterungen, die das Gesetz auch für die kleine GmbH vorsieht. Es gibt heute Aktiengesellschaften, die keiner Pflichtprüfung mehr unterliegen. Das ist eine Folge der vierten Richtlinie.

IV.

Betrachtet man nun die insgesamt regelungsbedürftigen Gegenstände im Recht der Kapitalgesellschaften, so bleiben, wenn wir uns das Ende der zweiten Phase vorstellen, vor allem noch zu behandeln die Organe: Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung sowie das Problem der verbundenen Unternehmen. Wenn man diese Gegenstände den Gegenständen der bis dahin verabschiedeten Richtlinien noch hinzurechnet, so hat man aus der Gesamtheit der Richtlinien heraus ein vollständiges Kapitalgesellschafts-

recht. Diese beiden Fragen sollen uns nun im Rahmen der dritten Phase beschäftigen, einer Phase, in der wir uns derzeit befinden. Hierzu hat die Kommission die berühmte fünfte, die sogenannte Strukturrichtlinie verabschiedet und einen Vor-Vor-Entwurf für eine Konzernrichtlinie gewissermaßen als nicht autorisierten Referentenentwurf vorgelegt. Für beide Maßnahmen sind die Aussichten schlecht, denn sie betreffen heilige Kühe und berühren Tabus.

1. Im Rahmen der fünften Richtlinie wären etwa die folgenden Fragen zu beantworten: Welche Organe soll eine Aktiengesellschaft haben, wie sind sie zusammengesetzt und welche Kompetenzen haben sie? Alle drei Fragen haben zu Konflikten geführt. Bei der ersten Frage geht es um die Entscheidung darüber, ob es zwischen dem dualen Modell Vorstand/Aufsichtsrat - dem deutschen Modell - einerseits und dem monistischen Modell des Conseil d'Administration oder Board of Directors andererseits einen qualitativen Vorrang gibt. Eine Einigung darüber ist praktisch ausgeschlossen. Daher akzeptiert der revidierte Richtlinienentwurf im Gegensatz zum ursprünglichen Vorschlag beide Modelle als gleichwertig.

Bei der zweiten Frage, der Zusammensetzung der Organe, geht es um das Problem der Mitbestimmung. Hier war der ursprüngliche Vorschlag dem Modell der deutschen Betriebsverfassung von 1952, also der sogenannten Drittel-Mitbestimmung gefolgt. Das aber war für die deutschen Gewerkschaften schlechterdings inakzeptabel. Auch eine Möglichkeit der Aufstockung durch den nationalen Gesetzgeber, die Erlaubnis, von der Drittel- auf die 50 %-Mitbestimmung aufzustoßen, wurde abgelehnt. Europa sollte einheitlich am deutschen Gedanken der vollen Mitbestimmung genesen. Für andere Länder war der gleiche Vorschlag unter anderen Vorzeichen ebenso inakzeptabel. Man wollte die Genesung nicht. Im jetzt von der Kommission vorgelegten revidierten Entwurf dieser fünften Richtlinie werden sage und schreibe fünf Modelle einander gleichgestellt - fünf Modelle! Unter dem Stichwort der Rechtsangleichung klingt das absurd. Aber die Verabschiedung dieser Lösung hätte doch immer noch gewaltige Auswirkungen. Großbritannien müßte sich beispielsweise entscheiden, entweder bei seinem monistischen Board-System zu bleiben und müßte dann mindestens ein Drittel Arbeitnehmervertreter in den Board, also nach unserer Sprachregelung in den Vorstand aufnehmen, oder es müßte sein

traditionelles Board-Modell aufgeben, nur um die Mitbestimmung auf den dann existenten Aufsichtsrat beschränken zu können. Beide Vorstellungen machen Frau Thatcher schaudern und fördern nur ihren Unmut gegen die EG.

Aber auch in der Ordnung der Zuständigkeiten gibt es Konflikte. So schreibt zum Beispiel das deutsche Aktienrecht vor, daß Vorstand und Aufsichtsrat die Hälfte des Jahresüberschusses von sich aus, also ohne Mitwirkung der Aktionäre in die Rücklagen einstellen und damit von der Verteilung als Dividende ausnehmen können. Diese Lösung ist anderen Rechtsordnungen ganz und gar fremd. Und daher steht auch im Richtlinienentwurf, daß für alle diese Fragen allein die Hauptversammlung zuständig sei - was nun wieder die Leitungen unserer großen Unternehmen als Höllenweg ansehen.

2. Während mit den soeben vorgetragenen Beispielen Board-System oder duales System, Mitbestimmung und Zuständigkeit der Aktionäre vor allem politische Tabuzonen berührt werden, stehen wir mit der geplanten oder besser gesagt: nur gedachten neunten Richtlinie, der sogenannten Konzernrichtlinie, schlicht mit dem Rücken zur Wand. Die dort behandelten Fragen - uns heute schon vielfach selbstverständlich - werden von fast allen unseren Partnerländern in der EG - Portugal ausgenommen, ich komme noch darauf zurück - als typisch germanische Regelungswut apostrophiert: konstruiert, überflüssig, hypertroph. Hier ist es daher nicht einmal zu einem förmlichen Beschluß der Kommission gekommen.

Aber in Wirklichkeit sind die Dinge vielschichtiger und in ihren Wirkungen subtiler, als man zunächst annahm. So gilt Mitbestimmung einerseits als teutosches Unwort, und auch die Idee allein läßt so manche Regierung schaudern; aber nicht nur in Dänemark und den Niederlanden gibt es inzwischen unternehmerische Mitbestimmung, sondern, wie Sie aus Ihrer Nachbarschaft wissen, auch in Luxemburg. Obwohl dort das monistische System gilt, wurde die Ein-Drittel-Mehrheit im Conseil d'administration für große Gesellschaften eingeführt - allerdings gibt es in Luxemburg auch nur eine große Gesellschaft! Aber auch in Frankreich sind jetzt zwei Vertreter des Personals im Conseil stimmberechtigt geworden, also im monistischen Organ der Gesellschaft.

Darüber hinaus antizipieren die nationalen Rechtsordnungen häufig gewisse Problemkonstellationen. So hat etwa Frankreich schon vor 20 Jahren in Erwartung der fünften Strukturrichtlinie für seine Aktiengesellschaften die Wahl zwischen der traditionellen Conseil-Lösung und der deutschen Dual-Verfassung eingeräumt. Eine sehr kluge Lösung. Frankreich kennt und erlaubt also beide Systeme; allerdings haben nur ganze 5 % der neugegründeten Gesellschaften von der Möglichkeit des Dualsystems Gebrauch gemacht, 95 % sind bei der heimischen, der klassischen Struktur geblieben: der *Président-Directeur Général*, der *PDG*, ist halt doch immer noch begehrter als der *Président du Conseil*, wie der Aufsichtsratsvorsitzende heißen würde. Ebenso als Antizipation zu verstehen ist das neue portugiesische Handels- und Gesellschaftsrecht. Es enthält tatsächlich ein an der Lösung des deutschen Aktiengesetzes orientiertes Konzernrecht - als drittes Land auf der Welt! - allerdings ohne die berühmten und so umstrittenen §§ 311 ff. des Aktiengesetzes zum sogenannten faktischen Konzern. Aber der ganze Komplex des Vertragskonzerns gilt heute in Portugal.

3. Die dritte Phase ist aber auch gekennzeichnet durch einen ganz merkwürdigen Erfolg. Vor nun gut zwei Jahren wurde als unmittelbar geltendes europäisches Recht die Verordnung über die europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung, die EWIV, verabschiedet. Und das zur Ausfüllung dieser Verordnung nach Art.189 Abs. 2 des Vertrages erforderliche nationale Gesetz liegt inzwischen im Entwurf vor und wird vor der Sommerpause 1988 mit Sicherheit noch verabschiedet werden. Damit hat der europäische Gesetzgeber doch noch einmal zurückgegriffen auf die Idee einer Gesellschaftsform unmittelbar aus europäischem Recht, hat diesen Gedanken aber verbraucht für ein Gebilde von höchst zweifelhaftem Wert. In unserer Terminologie würde man sagen: Statt einer stolzen börsenfähigen Aktiengesellschaft ist eine Spezialform der OHG entstanden, deren Zweck noch nicht einmal die Gewinnerzielung sein darf. Dieser Gewinn soll nämlich bei den unternehmerischen Kooperationspartnern entstehen. Es handelt sich also um eine OHG mit genossenschaftlichem Hintergrund. Die Angst von Kommission und Rat, die Angst also der Mitgliedsländer und der in ihnen bestehenden Interessen schlägt einem aus nahezu jeder Vorschrift dieser Verordnung entgegen.

Erlauben Sie mir, daß ich Ihnen wenigstens einige dieser weitgehend unbekanntes Vorschriften vorlese. In Art. 3 heißt es:

"Die Vereinigung hat den Zweck (eine juristische Person einheitlichen europäischen Rechts), die wirtschaftliche Tätigkeit ihrer Mitglieder zu erleichtern oder zu entwickeln. Sie hat nicht den Zweck, Gewinn für sie zu erzielen."

"Die Vereinigung darf nicht mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigen."

Artikel 23:

"Die Vereinigung darf sich nicht öffentlich an den Kapitalmarkt wenden."

Und Art. 24:

"Die Mitglieder der Vereinigung haften unbeschränkt und gesamtschuldnerisch für deren Verbindlichkeiten."

Also eine offene Handelsgesellschaft mit genossenschaftlichem Hintergrund! Bei dieser Sachlage kann ich überhaupt nicht erkennen, worin der Reiz und der Vorteil dieses Gebildes liegen sollen. Im Inland bietet die GmbH, ausgestaltet als Gemeinschaftsunternehmen der Partner, die klare Freistellung von Haftung. Und ob man einer in Frankreich gegründeten und dort im Register eingetragenen EWIV im europäischen Ausland, also etwa in der Bundesrepublik, einen so hohen Bonus einräumen wird. Daß er den Nachteil der persönlichen Haftung beseitigt, erscheint mir ganz außerordentlich fraglich.

V.

Fassen wir den Stand des europäischen Unternehmensrechts nach diesen fast 20 Jahren der Partnerschaft in der EG zusammen, so können wir sagen: Das große Vorhaben einer europäischen AG ist gescheitert. Das signalisiert nicht zuletzt die jetzige Verabschiedung der EWIV. Sie wäre überflüssig, würde man noch an die SE denken. Schon im Vorstadium gescheitert ist der von mir damals entwickelte Entwurf eines europäischen Gleichordnungskonzerns, eines konzernrechtlichen Verbundes über die Grenzen hinweg. Und gescheitert ist schließlich der Gedanke, im Rahmen der Rechtsangleichung die Organe von Aktiengesellschaften in Ihrer Art, Zusammensetzung und Zuständigkeit einander anzugleichen, also das duale System europaweit verpflichtend zu etablieren und im dualen System des Aufsichtsrats auch die Mitbestimmung einzuführen: Die grundlegenden Unterschiede zwischen Vorstand und Aufsichtsrat einerseits und Conseil d'administration bzw. Board of Directors andererseits werden bleiben. Und gescheitert sind

derzeit auch alle Versuche, dem Phänomen Konzern mit rechtlichen Mitteln einige Strukturen zu verleihen.

Erreicht wurde aber auch einiges. In allen Ländern bestehen heute die zwei Formen von Kapitalgesellschaften des Handelsrechts, die private und liberale GmbH einerseits, die börsenorientierte AG andererseits. Überall besteht eine Informationszentrale, genannt Handelsregister, mit der Rechtsfolge des § 15 HGB, also der Verlaßsituation auf die dort vermerkte Vertretungsbefugnis. Und schließlich gibt es auch die wichtige Konsolidierung der Kapitalfragen mit Ausstrahlung auf die GmbH. Diese Regeln sorgen dafür, daß reine Schein- und Schwindelgründungen nicht möglich sind. Das Ganze wird abgerundet durch das zweite große handelsrechtliche Informationssystem, den geprüften und publizierten und standardisierten Jahresabschluß. Das ist der Stand.

VI.

Was ich bislang geschildert habe, ist das Ergebnis eines seit 25 Jahren verfolgten legislativen Programms. Was aber sind seine Veränderungen und seine Probleme über das rein Faktische seiner Erfolge und Mißerfolge hinaus? Mit diesen Fragen wollen wir uns im zweiten Abschnitt befassen.

1. Mein Kollege Albach und ich werden am 3. Februar 1988 dem Bundesjustizminister einer Untersuchung sowie Vorschläge zur Deregulierung des deutschen Aktienrechts und zur Einführung von Sonderformen von Aktiengesellschaften überreichen. Bei der Bearbeitung dieses Konzepts sind wir immer wieder an die Grenzen heutiger deutscher Rechtspolitik im Unternehmensrecht gestoßen. Denn in dem Maße und in dem Umfang, in dem deutsches Recht aufgrund einer Richtlinie geschaffen oder geändert wurde, hat der deutsche Gesetzgeber die Gesetzeshoheit über die fragliche Materie verloren. Es mag sein, daß er derart angeglichenes Recht gegenüber der Richtlinie noch verschärfen kann. Die Frage ist keineswegs einheitlich zu entscheiden. Aber er kann das durch das europäische Recht festgelegte System und seine einzelnen Regelungen nicht mehr aufheben und ändern. Und dieses Nicht-Können ist ganz und gar ernst gemeint. Der deutsche Gesetzgeber würde wirkungslose Normen schaffen. Dies war, vor allem in Ländern wie Italien und Frankreich, keineswegs immer unstrittig, ist aber heute,

wenn ich es recht sehe, geklärt. Dieser zunächst einfach anmutende Tatbestand erhält seine Schwierigkeiten erst im Detail! Nehmen wir einmal folgendes Beispiel: Der deutsche Gesetzgeber wolle zur Förderung der Wirtschaft die internationalen Unternehmensverbindungen fördern und möchte die dafür sehr geeigneten wechselseitigen Beteiligungen propagieren, die elegante Formen internationaler Unternehmensverbindungen sind.

Dazu müßte er aber § 71d Satz 2 des Aktiengesetzes aufheben und reduzieren, der eben diese wechselseitigen Beteiligungen verbietet. Die Vorschrift des § 71d signalisiert schon mit ihrer merkwürdigen "Hausnummer", daß sie aus der Umsetzung der 2. Richtlinie stammt. Das spricht gegen die Möglichkeit fortbestehender Gesetzeshoheit. Aber in der 2. Richtlinie selbst sind wechselseitige Beteiligungen überhaupt nicht behandelt; man hatte sich das vorbehalten wollen für die damals geplante Konzernrichtlinie. Das spricht für den Fortbestand der nationalen Zuständigkeiten. Jedoch, wechselseitige Beteiligungen werden seit langem schon - europa-weit - als Angriff auf die Idee des festen Kapitals verstanden; es handelt sich dabei um eine Form der mittelbaren Selbstbeteiligung, also um den mittelbaren Erwerb eigener Aktien. Den unmittelbaren Erwerb eigener Aktien aber verbietet die 2. Richtlinie nachdrücklich, und das spricht dann wieder gegen den Fortbestand einer nationalen Zuständigkeit. Die Entscheidung der Frage, würde sie je akut, könnte nur vom Europäischen Gerichtshof getroffen werden, der hier, würde ich annehmen, eher zurückhaltend sein und wahrscheinlich den Fortbestand der nationalen Zuständigkeit judizieren würde. Von diesen Fragen sind übrigens mitnichten nur die Teile des deutschen Rechts betroffen, die förmlich geschaffen oder geändert wurden aufgrund einer Richtlinie, sondern auch diejenigen, bei denen der deutsche Gesetzgeber nichts tun mußte, weil die nationale Rechtslage der Richtlinie bereits entsprach. Beispiel: Die 1. Richtlinie hat die berühmte ultra-vires-Lehre des englischen Rechts abgeschafft, wonach Direktoren nur im Rahmen des statuarischen Gegenstandes vertretungsbe-rechtigt sind. Wir mußten unser Aktien- und GmbH-Recht nicht ändern, weil bei uns die ultra-vires-Lehre nie gegolten hat. Selbstverständlich hat der deutsche Gesetzgeber jetzt nicht etwa die Befugnis, § 78 des Aktiengesetzes oder § 35 des GmbH-Gesetzes entsprechend zu ändern, um den ultra-vires-Gedanken bei uns einzuführen. Soviel zum Problem fortbestehender Gesetzgebungszuständigkeiten.

2. Ein zweiter Fragenkreis betrifft die Auslegung des angeglichenen Rechtes. Ich will mich auf drei Aspekte konzentrieren. (1) Zunächst einmal ist angeglichenes Recht nach wie vor nationales Recht, bezieht sich die Auslegung also auf eine nationale Norm. Aber es ist nationales Recht von ganz besonderer Art, weil es auf einem bindenden Rechtsbefehl an den nationalen, also an den deutschen Gesetzgeber beruht. Ist aber dieser Rechtsbefehl der gesetzgeberische Grund, so muß sein Inhalt für die Auslegung von Bedeutung sein, mit der Folge, daß auch er, also der europäische Rechtsbefehl der Richtlinie seinerseits als Hintergrund der nationalen Norm ausgelegt werden muß; wir haben also einen doppelten Auslegungsvorgang. Lassen Sie mich das an einem ganz einfachen und ganz aktuellen Beispiel verdeutlichen. § 71a AktG, also auch wieder eine durch Angleichung veränderte Norm des deutschen Aktienrechts, formuliert in seinem Abs. 1 Satz 1:

"Ein Rechtsgeschäft, das die Gewährung eines ...Darlehens oder die Leistung einer Sicherheit durch die Gesellschaft an einen anderen zum Zwecke des Erwerbs von Aktien dieser Gesellschaft zum Gegenstand hat, ist nichtig."

Verboten ist also die Kreditierung eines Dritten durch eine Aktiengesellschaft, damit dieser Dritte durchaus für sich und auf eigene Rechnung, nicht etwa für Rechnung der Aktiengesellschaft, Aktien dieser AG erwerbe. Ein Beispiel: Die Bayer-AG setzt sich mit Herrn Ress in Verbindung und ruft an, dieser möge doch Bayer-AG-Aktien erwerben. Herr Ress versichert wahrheitswidrig, er fühle sich dazu finanziell nicht in der Lage. Macht nichts, sagt Bayer, wir geben Ihnen einen Kredit. Genau das wäre verboten. Passiert ist nun folgendes: Ein ausländisches Unternehmen erwirbt über eine deutsche Zwischenholding mit einem Stammkapital von 5 Millionen DM 100 % der Aktien einer deutschen Aktiengesellschaft zum Preise von 50 Millionen. Die kleine Differenz von 45 Millionen DM finanziert ein Bankenkonsortium. Der Kredit soll nach den Vorstellungen und Berechnungen der Erwerberin aus den jährlichen Dividenden der deutschen AG verzinst und getilgt werden. Man nennt heute so etwas im neudeutschen Börsenjargon "buy-out". Soweit und schon nicht mehr ganz so gut. Nun aber entstehen Verluste bei der Aktiengesellschaft, und die erwarteten Dividenden können nicht bezahlt werden. Also wird der Kredit nun nicht gerade notleidend, aber man muß sich Gedanken machen. Außerdem verlangt das Bankenkonsortium wegen des Börsenkrachs eine Sicherheit für seinen Kredit. Denn die für 50

Mio. erworbenen Aktien sind heute die 50. Mio. nicht mehr wert. Das ausländische Unternehmen möchte daher, daß ihm die deutsche AG, die es ja zu 100 % beherrscht, in Höhe der fälligen Zins- und Tilgungsleistung an das Konsortium einen Kredit gibt und außerdem ihren Grundbesitz als Sicherheit für den Konsortialkredit zur Verfügung stellt. Ist dieser Vorgang von § 71a Abs. 1 AktG erfaßt und damit verboten und nichtig? Nach dem Wortlaut der Norm gewiß nicht. Denn die Aktien sind längst erworben, zum Zwecke des Erwerbes geschieht die jetzige Umfinanzierung nicht. Auch ein Umgehungsfall liegt nicht vor, es handelt sich nicht um eine von vorneherein geplante Umfinanzierung. Aber, ist die Norm vielleicht in einem weiteren Sinne zu verstehen, als ihr Wortlaut signalisiert? Dieser Frage muß sich ja jeder Rechtsanwender stellen. Und nun beginnt das Abenteuer, das Abenteuer der Auslegung einer auf Rechtsangleichung beruhenden deutschen Norm. Im deutschen Recht ist die Norm nämlich ganz und gar neu und ohne jedes Vorbild, ohne jede Vorgeschichte. In den Materialien der deutschen Gesetzgebung, also des Umsetzungsgesetzes von 1978, findet sich daher auch nur der Hinweis auf den Rechtsbefehl aus Brüssel. Ende. So schlau waren wir schon vorher. Also, zurück in die Begründung der Richtlinie selbst. Dort steht ein ganz merkwürdiger Satz:

Die Vorschrift wolle das Verbot, eigene Aktien zu erwerben, ein Verbot, das sich an die Gesellschaft richtet, vor Umgehung schützen.

Nun ist man ganz ratlos. Denn die Aktien erwirbt ja wirklich der Dritte und nicht die AG. Also sucht man weiter und findet jetzt in den Akten des Ausschusses, der die Richtlinie beraten hat, den Hinweis, daß die fragliche Vorschrift des Art. 23 Abs. 1 der Richtlinie auf einer Intervention der britischen Delegation beruht. Mehr nicht. Nun hofft man auf ein Vorbild, ein Muster im englischen Recht, denn woher soll denn sonst die englische Delegation gerade auf diesen Gedanken gekommen sein. Und so ist es tatsächlich. Im englischen Recht gibt es eine Reihe von Entscheidungen, die solche Kredite für nichtig erklären, mit dem Hinweis auf das Verbot, eigene Shares zu erwerben. Ich halte die Begründung des englischen Richters nicht für sonderlich bestechend, aber die Entscheidungen liegen vor. Ich will Sie nun nicht mit dem Fall weiter langweilen und schließe nur mit der Bemerkung, daß ich insgesamt 8 englische Entscheidungen zur Frage des Kredits an erwerbwillige Dritte gefunden habe, die alle ganz streng und hart sind, aber alle meine Fallgestaltung nicht

betreffen. Angenommen aber, es gäbe in England hierzu eine Entscheidung, und sie hätte eine solche nachträgliche Kreditierung verboten, müßte man dann die heutige deutsche Norm über ihren Wortlaut hinaus interpretieren im Sinne einer solchen englischen Rechtsprechung? Ich neige zu einem vorsichtigen Ja.

(2) Die soeben erörterte Frage führt nun gleich zu einem anderen Aspekt. Wird nämlich die Frage dereinst entscheidungsrelevant - und sie wird eines Tages bestimmt entscheidungsrelevant sein - so kann das Instanzgericht und muß das letztinstanzliche Gericht die Frage nach Art. 177 des EWG-Vertrages dem Europäischen Gerichtshof zur Entscheidung vorlegen. Das mag überraschen. Denn § 71a AktG ist eine Norm des deutschen Rechts. Deutsches Recht wird schließlich von deutschen Gerichten entschieden und nicht vom EuGH. Und doch besteht die Vorlagepflicht. Der deutsche Richter ist zur Auslegung der Norm verpflichtet. Auslegung setzt hier aber die Auslegung des europäischen Rechts voraus, also die Festlegung des Inhalts von Art. 23 Abs. 1 der Richtlinie. Und über diesen Inhalt und diese Auslegung befindet der Europäische Gerichtshof. Der für die Auslegung deutschen Unternehmensrechts vornehmlich zuständige II. Senat des BGH hat übrigens ganz früh genau diese Sicht akzeptiert und hat bereits im Jahre 1974 eine solche Auslegungsfrage zur ersten Richtlinie dem EuGH vorgelegt; der hat sie angenommen und entschieden.

(3) Und damit sind wir bei einer letzten Frage zum Aspekt Auslegung. Nehmen wir an, der EuGH befände Art. 23 Abs. 1 der zweiten Richtlinie, der fast den gleichen Wortlaut hat wie § 71a Abs. 1 des Aktiengesetzes, sei dahin zu verstehen, daß auch eine Umfinanzierung auf die AG nach dem Erwerb der Aktien, entsprechend meinem Beispiel, von dem Verbot erfaßt wird. Nehmen wir weiter an, der deutsche Gesetzgeber habe den europäischen Rechtsbefehl aber beschränkt auf den engeren Wortlaut verstanden und nur in diesem eingeschränkten Sinne auch umsetzen wollen. Einerseits steht damit der weite Inhalt des Normbefehls aus Brüssel fest, andererseits der engere Umsetzungswille des deutschen Gesetzgebers. Der deutsche Richter muß dennoch im Sinne der Auslegung des EuGH entscheiden und darf sich nicht an die Vorstellung des deutschen Gesetzgebers halten. Er kann sich dafür entweder auf die Theorie der autonomen Auslegung des Textes berufen und die Bedeutung der deutschen Materialien, aus der sich der

eingeschränkte Umsetzungswille ergibt, ignorieren. Aus der Sicht des deutschen Rechts könnte er, methodisch genauso korrekt, auch umgekehrt verfahren und den Willen des deutschen Gesetzgebers für wichtig erachten, müßte also den Inhalt der deutschen Norm eingeschränkt verstehen. Er müßte trotzdem zu dem gleichen Ergebnis kommen; denn diese zweite Art würde ihn zu dem Ergebnis führen, daß der deutsche Gesetzgeber seiner Pflicht zur vollständigen Umsetzung der Richtlinie nicht genügt hat. Zwischen dem Mehr der Richtlinie und dem Weniger der nationalen Norm bestünde eine Lücke. Da aber die Frist zur Umsetzung der Richtlinie schon lange verstrichen ist, würde insoweit das europäische Recht der Richtlinie unmittelbar gelten, gewissermaßen in die vom nationalen Gesetzgeber bewußt gelassene Lücke einströmen. Die Theorie von der unmittelbaren Wirkung von Richtlinien nach Ablauf der Umsetzungsfrist ist vom Europäischen Gerichtshof inzwischen vielfach und wiederholt entschieden und kürzlich in dem unerhört wichtigen Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 8.4.1987 bestätigt worden. Das bedeutet: Entschließt sich der Richter zu einer restriktiven Interpretation der deutschen Norm, so muß er aufgrund der direkten Wirkung des Europäischen Rechts der Richtlinie den Vorstellungen des EuGH folgen; legt er hingegen von vornherein die deutsche Norm autonom aus, so befindet er in gleicher Weise. Theoretisch gesprochen heißt das: Angeglichenes nationales Recht hat einen merkwürdig schillernden Charakter. Es gilt, soweit es der Richtlinie entspricht. Und es gilt nicht, wo die Richtlinie etwas anderes will; diese Richtlinie gilt dann einfach unmittelbar.

3. Ein dritter Fragenkreis ist mit der Anerkennung ausländischer Gesellschaften im Inland verknüpft. Sie wissen vielleicht, daß weltweit ziemlich umstritten ist, welches Recht auf ein Unternehmen, eine Gesellschaft anwendbar ist, das Recht ihrer Gründung, die sog. Gründungstheorie, oder das ihres tatsächlichen Verwaltungssitzes, die sog. Sitztheorie. Daneben gibt es noch verschiedene und mehr problembezogene Mitteltheorien. Der Grund für diese verschiedenen Theorien liegt ausnahmsweise nicht in der Theoriebesessenheit der Professoren, sondern im unterschiedlichen Standard der Kooperationsrechte auf der Welt. In einem Land mit hohem Standard ärgert man sich natürlich furchtbar darüber, wenn versucht wird, diesem Standard durch Gründungen von Briefkastengesellschaften in "Billigländern" zu entgehen, um dann mit Niederlassungen oder Zweigniederlas-

sungen dieser ausländischen Briefkastenfirmen im Inland doch tätig zu werden. Es gab da einmal unter Beratern einen Geheimtip, man solle doch um das immer strenger werdende deutsche Recht einen Bogen machen und drüber in Schottland eine Limited gründen, die dort dann bei einem Anwalt domizilieren und mit einer Niederlassung in Deutschland erscheinen und Geschäfte machen soll. Als zur Debatte stand, daß die Bilanzrichtlinie vielleicht auf die "GmbH & Co KG" anwendbar werden könnte, hat man den Gedanken erweitert und gesagt: Nehmen wir doch die deutsche GmbH aus der "& Co" heraus und bauen wir eine englische Limited an deren Stelle ein, und schon sind wir das Problem GmbH & Co los. Auf diese Ratschläge, denen zu folgen ich Ihnen nicht empfehlen würde, haben verschiedene unserer Gerichte, insbesondere das Bayerische Oberste Landesgericht, ziemlich nachdrücklich reagiert, und zwar mit der Sitztheorie. Diese Sitztheorie, die bei uns herrschend ist, versteht solche Niederlassungen ausländischer Briefkastenfirmen kurz und trocken als inländische offene Handelsgesellschaften. Und das ist natürlich furchtbar, denn dann haftet man persönlich. Diese Niederlassungen werden einfach umqualifiziert. Die ausländische Gesellschaft wird, da sie ihren Verwaltungssitz im Inland habe, mittels der Sitztheorie deutschem Recht unterworfen; in deutschen Registern aber ist sie als GmbH nicht zu finden. Dann kann sie also keine GmbH sein; da sie aber tätig ist, ist sie also eine OHG. Ich will nicht gegen diese Theorie polemisieren. Rechte mit hohem Standard können sich solche Machenschaften nicht gar so einfach gefallen lassen. EG-weit betrachtet ist der Standard, der einheitliche Standard, des Kooperationsrechts also noch nicht hoch genug. Sollte sich aber der Standard der europäischen Unternehmensrechte in einem erneuten Schub von Rechtsangleichung noch einmal erhöhen, dann spätestens wäre die Fortsetzung der Sitztheorie gegenüber EG-Ländern problematisch, ja, unhaltbar und jedenfalls außerordentlich unfreundlich. Aber auch heute schon müßte man, jedenfalls für Aktiengesellschaften, in den Partnerländern der EG durchaus darüber nachdenken, ob man nicht insoweit zur Gründungstheorie übergehen müßte.

4. Lassen Sie mich mit einem letzten kurzen Aspekt meiner Überlegungen zum europäischen Unternehmensrecht schließen. Ich hatte bereits vorgetragen, daß der deutsche Gesetzgeber im Bereich jeder neu verabschiedeten Richtlinie die eigene Zuständigkeit verliert. Dieser Verlust hindert ihn

also an eigener Rechtspolitik in diesem Bereich. Aber dieser Verlust geht noch weiter. Die angegliche Materie - hier insbesondere das Unternehmensrecht - beruht auf Richtlinien, die sich auf Art. 54 Abs. 3 des EWG-Vertrages stützen. Für diese Richtlinien steht aber allein der Kommission der EG das Initiativrecht zu, nicht dem Rat und erst recht nicht einem im Rat vertretenen Mitgliedstaat. Auch hier ein Beispiel: Die ungemein wichtige vierte Richtlinie zur Rechnungslegung und zum Jahresabschluß, zur Prüfung und Publizität bei AG und GmbH, wurde im Juli 1978 mit einer allerletzten Kraftanstrengung der im Rat vertretenen Mitgliedsländer verabschiedet. Die deutsche Delegation hat damals zugestimmt, obwohl eine Reihe von Vorschriften, schon damals durchaus erkennbar, wenig durchdacht und unausgeglichen waren; Vorschriften, die also erneut hätten beraten und entschieden werden müssen. Diese Vorschriften betrafen vor allem die Abgrenzung zwischen kleinen, mittleren und großen Gesellschaften, aber sie betrafen auch so merkwürdig abwegige Regeln wie etwa diejenige, daß auch alle GmbHs publizieren müssen, was sie ihren Beiräten als Gehälter bezahlen: Dafür besteht kein legitimes Interesse. Die sofort nach Verabschiedung der Richtlinie eingeleiteten Bemühungen der Bundesregierung zur Änderung dieser Regeln stießen neun Jahre lang auf die eiserne Ablehnung der Kommission. Erst jetzt im Jahr 1987 entstand eine Situation, in der die Kommission ihrerseits unter den Druck anderer Mitgliedsländer geriet und außerdem die Mitwirkung der Bundesregierung in einer dritten Angelegenheit brauchte. Es entstand also eine do-ut-des-Situation. Sie wird jetzt von ihrem Initiativrecht Gebrauch machen. Nunmehr wird beraten und, wenn wir Glück haben, vielleicht im Jahr 1990 entschieden, also 12 Jahre nach dem Erkennen eines legislativen Mangels! Übrigens - und das nur am Rande - wird die Mehrheit im Rat bei dieser Gelegenheit die wichtige Einbeziehung der GmbH & Co KG in die Bilanzrichtlinie fordern und ihre Mitwirkung an der geplanten Änderung von dieser Einbeziehung abhängig machen. Insgesamt erhellt daraus, daß Rechtspolitik in den angeglichenen Materien des Unternehmensrechts ungemein schwierig ist und sich nurmehr in langen Zeiträumen verwirklichen läßt.

VII.

Lassen Sie mich die vorgetragenen Überlegungen kurz zusammenfassen. Recht ist Überbau, nur selten regelt es wirklich neu, oft bestätigt es nur.

Rechtsangleichung aber kann zu wirklich neuem, bisher unbekanntem Unternehmensrecht führen - ich verweise auf § 71a Abs. 1 AktG. Rechtsangleichung aber führt auch zu einer ganz eigentümlichen Struktur nationalen Unternehmensrechts, einer Struktur, die es deutlich unterscheidet von normalem nationalem Unternehmensrecht. Und Rechtsangleichung im zentralen Bereich des Unternehmensrechts hat sich jedenfalls derzeit erschöpft, weil die bislang nicht erfaßten Teile zum inneren Kern nationaler Traditionen gehören oder die Rechtsangleichung zur Einführung neuer Rechtsinstitute führen würde, die als Belästigung angesehen werden - Beispiel: Konzernrecht -, erschöpft aber auch, weil die Mitgliedsländer mehr und mehr merken, daß ihnen mit jeder angeglichenen Materie eigene Kompetenz verloren geht. Eine wesentlich stärkere und intensivere Europäisierung des Unternehmensrechts über den status quo hinaus wird es daher nach meiner Meinung vorerst jedenfalls nicht geben.

DISKUSSION

Prof. G. Ress:

Herr Kollege Lutter, ich möchte Ihnen für Ihr schönes Referat herzlich danken. Sie haben nicht nur dem Gesellschaftsrechtler, sondern auch dem Europarechtler aus dem Herzen gesprochen, und die Probleme des "Übergangs" der Gesetzgebungsbefugnis auf den europäischen Richtliniengesetzgeber sehr plastisch geschildert. Sie haben die eigentümliche Wirkungsweise der Richtlinien, die in der Literatur manchmal als "Selbstdurchsetzung" bezeichnet wird, und die damit verbundenen schwierigen Interpretationsprobleme, die sich für den deutschen Richter bei der Auslegung ausdrücklicher Richtlinien-Ausführungsbestimmungen, aber auch des angeblich schon richtlinienkonformen innerstaatlichen Rechts stellen, klar gekennzeichnet. Wir sprechen in diesem Zusammenhang von dem Grundsatz der "richtlinienkonformen Interpretation" des nationalen Rechts im Anschluß an die Idee der verfassungskonformen Interpretation nationalen Rechts. Es stellt sich nun die Frage, ob im Lichte einer solchen Konsequenz diese Strukturrichtlinie nicht eine Abweichung darstellt. Die Dualität, die Sie geschildert haben, daß entweder das nationale Recht richtlinienkonform interpretiert oder bei der Feststellung von Lücken im nationalen Recht auf die Richtlinie unmittelbar zurückgegriffen wird, ist dann nicht praktikabel, wenn dem nationalen Gesetzgeber in einer Art variablen Modell zur Umsetzung ins nationale Unternehmensrecht Ermessen eingeräumt worden ist. Dann bleibt nur das Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 169 EWGV. Da insofern die Richtlinie nicht unbedingt und unmittelbar wirkt, kann auf sie dann nicht selbst zurückgegriffen werden. Das ist vielleicht einer der Nachteile, die dieses Modell der Variationsmöglichkeiten bietet. In diesem Fall bleibt dem Mitgliedstaat bis zu einem gewissen Grad die Möglichkeit der Vertragsverletzung offen, die vom EuGH in eleganter Weise sonst durch die Theorie über die unmittelbare Wirkung der Richtlinien fast eliminiert worden ist. Die Staaten bleiben freilich verpflichtet, auch eine unmittelbar wirkende Richtlinie in das innerstaatliche Recht umzusetzen.

Die Probleme liegen im Übrigen in einer Fülle von Details, z.B. in der Interpretation von Vorschriften, denen man gar nicht ansieht, ob sie irgendeinen Bezug zur Richtlinie haben. Wenn es sich um fortbestehendes nationales Recht handelt, bedarf es oft intensiver Prüfung, ob und inwieweit diese Vorschrift eine Richtlinienverankerung hat.

Frage: Ich fand es interessant, daß Sie den Begriff des "Unternehmensrechts" als Titel Ihres Vortrags gewählt haben. Dieser Begriff ist doch eigentlich im deutschen Recht, wenn ich das richtig sehe, nicht sehr geläufig. Man spricht eher von Gesellschaftsrecht, oder man nennt die einzelnen Gesellschaftstypen. Ist diese Wortwahl schon eine Folge des europäischen Einflusses auf die "Denkweise" im Gesellschaftsrecht? Denn vielleicht eignet sich der Begriff "Unternehmen", der in unserer Tradition eigentlich kein Rechtsbegriff ist, im EWG-Bereich als rechtsformübergreifende Bezeichnung, als gemeinsamer Nenner für die unterschiedlichen Gesellschaftsformen, die Sie aufgezeigt haben, so daß man eine Basis hat, auf der man sich verständigen kann. Wenn ca. 20 verschiedene Rechtsformen existieren mit unterschiedlichen Zuordnungsbegriffen ist das "Unternehmen" möglicherweise inzwischen ein Begriff, der stärker konturiert ist, als man es wahrhaben möchte. Ist das richtig?

Antwort: Danke für diese schöne Frage. Sie haben natürlich vollkommen recht, wenn Sie danach fragen, wodurch unterscheidet sich Unternehmensrecht eigentlich vom klassischen Gesellschaftsrecht? Unsere Lehrbücher von Karsten Schmidt bis Wiedemann lauten "Gesellschaftsrecht". Das ist sicher auch soweit richtig. Ich verwende den Begriff zur deutlichen Konturierung, da Unternehmensrecht über die klassischen Fragen des Gesellschaftsrechts, also des Verhältnisses der Gesellschafter untereinander und zur Gesellschaft sowie ihrer Verwaltung hinausgeht. Ganz klar überschritten sehe ich das bei der Mitbestimmung. Die Mitbestimmung transzediert die Gesellschaft von den Mitgliedern weg in eine vielschichtig eingebundene Unternehmung. Das gleiche gilt für unser Betriebsverfassungsrecht; es ist Teil des Unternehmensrechts und wird von Rechtsangleichung daher auch vielfach angesprochen (z.B. die geplante Richtlinie zur Information der Arbeitnehmer). Betriebsverfassung gehört daher zum internen Recht der Unternehmung; die Organe der Gesellschaft können manches gar nicht tun, selbst wenn sie dazu von den Gesellschaftern in gültiger Weise angewiesen wurden; denn oft wirkt der Betriebsrat in die Entscheidung hinein und hat möglicherweise ein Vetorecht: Die nach § 43 GmbH-Gesetz wirksame Anweisung der Gesellschafterversammlung an den Geschäftsführer, er möge den Herrn Müller entlassen, kann vom Geschäftsführer möglicherweise nicht vollzogen werden, weil der Betriebsrat ein Mitwirkungsrecht hat und die Kündigung des Arbeitnehmers Müller ablehnt. Deshalb spreche ich von "Unternehmensrecht" und meine damit mehr als Gesellschaftsrecht.

Frage: Es hat unmittelbar eingeleuchtet, daß man im Hinblick auf feste Traditionen wie: einerseits Board-System und andererseits duales System, und wegen der politischen Brisanz bei Fragen der "Mitbestimmung", der Betriebsverfassung usw. nicht weiterkommt. Was mich überrascht hat, ist Ihr gleiches Urteil in bezug auf die Konzernproblematik. In der Bundesrepublik Deutschland gibt es eine doch reichhaltige "Paragrafenproduktion" auf diesem Gebiet, die Rechtsprechung ist noch weit darüber hinausgegangen, und in der Literatur hat man viel darüber nachgedacht. Die Sachprobleme auf diesem Gebiet können nicht auf Deutschland beschränkt sein, sie müssen doch im Grunde auch in den anderen Ländern - und nicht nur in Portugal - eine Rolle spielen. Daher meine Frage: Wie geht man diese Probleme an? Ich nehme an, man versucht, ähnlich wie bei uns, die Rechtsprechung aus dem allgemeinen Gesellschaftsrecht heraus zu entwickeln. Läßt sich da irgendeine europaeinheitliche Tendenz erkennen?

Antwort: Eine wunderbare Frage, herzlichen Dank! Es handelt sich um eines der merkwürdigsten Kapitel im Unternehmens- und Gesellschaftsrecht in Europa. Sie haben recht, man sollte annehmen, die Sachprobleme seien vollkommen identisch. Trotzdem ist die Haltung der Rechtsordnungen so divergent wie irgend nur denkbar. Um ein Beispiel zu bringen: In Frankreich gibt es aufgrund der Rechtsprechung ein sehr viel stärker ausgefeiltes Konzernarbeitsrecht als bei uns. Das Bundesarbeitsgericht, häufig fleißig beschimpft, hat sich im Konzernrecht sehr zurückgehalten. Ganz anders in Frankreich. Dennoch halten meine Kollegen vom französischen Handelsrecht das Konzernrecht durchgehend für ein Nicht-Thema des Gesellschaftsrechts, leben also nach dem Prinzip, daß nicht sein kann, was nicht sein darf. Es gibt auch keine einzige Bestimmung im französischen Gesellschaftsrecht - mit Ausnahme einer traditionellen Bestimmung zum Verbot wechselseitiger Beteiligungen -, die irgendeinen Bezug zum Konzern hätte, sondern es gibt nur eine Strafvorschrift, die es den Gesellschaftern verbietet, nachteilig auf ihre Gesellschaft einzuwirken. Angesprochen ist damit das uralte Konzern-Problem, das wir etwas entspannt haben durch unseren § 311 AktG. Auch die Franzosen wissen ganz genau, daß es trotzdem gemacht wird. Anders können Konzerne gar nicht funktionieren. Aber dann geht etwas schief wie beim Zusammenbruch der vier Brüder, die ein Spinnerei-Imperium aufgebaut hatten; dann greift man in den Topf, nimmt einen zappelnden schwarzen Peter heraus, hält ihn der wilden Meute auf dem Marktplatz vor und sagt: Seht Ihr, das ist der eine einzige Dieb, den wir seit 10 Jahren hatten. Schaut ihn Euch genau an, den Verbrecher. Dann wird er mit dem Strafrecht gebeutel und ist eine Unperson geworden. Jedermann aber weiß, daß Konzerne dadurch geführt werden, daß man gelegentlich einer Tochtergesellschaft

sagt, du mußt dein Geld, deine Liquidität abgeben zu schlechtem Zins, denn im Konzern braucht man das Geld an anderer Stelle. In Italien hat man bis vor kurzem so getan, als verstünde man nicht, wovon geredet wird. Und dann hat man vor 5 Jahren die berühmte Legge Prodi eingeführt. Das Gesetz hat zum Ziel, angeschlagene Großunternehmen mit Staatsmitteln und zu Lasten der Gläubiger zu sanieren. Irgendeinem klugen Menschen ist dann im Gesetzgebungsverfahren der Gedanke gekommen, daß es gar nichts nützt, wenn man nur die Gesellschaft behandelt. So hatte man in einem Konkursvermeidungsgesetz plötzlich eine konzernrechtliche Vorschrift. Jetzt findet in Italien ein Kongress nach dem anderen über Konzernrecht statt: Aus dieser kleinen Vorschrift hat sich plötzlich eine konzernrechtliche Diskussion entwickelt. Wir müssen also abwarten, bis sich mehr und mehr Verständnis für die konzernrechtlichen Sachfragen entwickelt; denn erst dann kann auch mit sachgerechter Regelung gerechnet werden.

Frage: Ich darf noch eine Frage zu den Richtlinien Auswirkungen stellen. Die Richtlinie und die Verordnung sind vom EWG-Vertrag bewußt unterschiedlich geregelt worden. Die Richtlinien sind gerichtet an die nationalen Regierungen, damit sie dann umgesetzt werden. Nun ist natürlich eines klar: Wenn sich die nationalen Regierungen nicht daran halten, dann will man nicht nur verwiesen sein auf das Verletzungsverfahren, sondern will auch sehen, daß sie irgendwie "self-executing" wird. Wie es dargestellt wurde, würde es eigentlich heißen, daß eine Richtlinie nach Ablauf der Übergangszeit zur Verordnung wird - ich will das bewußt überspitzt ausdrücken. Aber das kann nicht sein, selbst wenn man zugesteht, daß sie eine eigenständige und unmittelbare Auswirkung haben muß. Aber es muß doch noch irgendeine Art Spielraum bleiben, der sozusagen wertungsmäßig dem Gerichtetsein an die Staaten entspricht. Es muß doch wohl ein gewisser Ermessensspielraum für die Staaten da sein, und der kann doch nicht dadurch verloren gehen, daß sie nicht unmittelbar umgesetzt wird. Müßte man diese Wirkung nicht dahin beschränken, daß die Selbstdurchsetzung nur außerhalb eines bestimmten Ermessensbereichs eintritt?

Antwort: Die Idee der Richtlinie war, daß man einen wunderschönen materialen Gedanken hat, und diesen wunderschönen materialen Gedanken reicht man dann auf einem Tablett dem nationalen Gesetzgeber; dieser seinerseits hat dann die verschiedensten Ideen, wie man diesem wunderbaren Gedanken zu legislativer Realität verhelfen kann. Dieses Konzept hat sich in dem Grundbereich dessen, was wir an Rechtsangleichung im Unternehmensrecht bisher hatten, nicht durchhalten lassen. Man wollte Genaueres erreichen. Wenn eine Richtlinienvorschrift

das Mindestkapital festlegt oder folgendermaßen lautet: "Die Gesellschaft darf im Hinblick auf den Erwerb ihrer Aktien durch einen Dritten weder Vorschüsse geben noch Darlehen gewähren, noch Sicherheiten leisten", dann weiß ich nicht, was der nationale Gesetzgeber noch anderes machen soll, als eben diese Norm mit eben diesem Wortlaut in sein eigenes Gesetzblatt zu schreiben. Da gibt es fast keine Variationsmöglichkeiten. Der deutsche Gesetzgeber hat wenigstens etwas gemacht, er hat das "darf nicht" umgesetzt in der Form "ist nichtig". Aber das ganze Mittelstück ist nahezu wortgleich mit dem, was hier auch als Voraussetzung des Nichtdürfens angesagt ist. Andererseits sollten wir auch an den Vorschlag zur 5. Richtlinie denken mit seinem Wahlrecht unter 5 Mitbestimmungsmodellen.

Frage: Ist eine so strikt formulierte Richtlinie von der Idee der Richtlinie her überhaupt zulässig?

Antwort: Man wird sich daran erinnern, daß diese Frage 10 Jahre lang ein unglaublich umstrittenes Thema war und Bibliotheken gefüllt hat. Zwei Fragen haben uns im Zusammenhang mit der Angleichung beschäftigt. Die erste ist: Wann ist eine Richtlinie erforderlich im Sinne von Art. 54 Abs. 3? Und die zweite: Wieviel Spielraum muß sie dem nationalen Gesetzgeber lassen? An beiden Fragen ist die Rechtswissenschaft im Grunde gescheitert. Die Debatte hat nämlich geendet mit der resignierten Aussage: Angleichung ist erforderlich, wenn die Kommission sie für erforderlich erklärt. Und hinsichtlich der Detailregelung: Es wird so eng gemacht, wie es die Gesetzgebungsorgane der EG beschließen. Ich habe nie einen Ansatz gemerkt, nie einen Versuch gesehen, daß man diese Aussage rechtlich in Zweifel zieht und dem Europäischen Gerichtshof vorlegt.

Frage: Art. 54 Abs. 3 EWG-Vertrag sieht eine Angleichung eben doch nur als eine Koordinierung von Schutzmaßnahmen vor. Es stellt sich die Frage, wie weit geht diese Befugnis? Die "Mitbestimmung" betrifft eigentlich den arbeitsrechtlichen Bereich. Außerdem gibt es jetzt Richtlinien über die Befähigung der zur Durchführung der Pflichtprüfung der Rechnungsunterlagen befugten Personen. Diese Thematik geht weit in die Berufssteuerung, Berufsqualifikation hinein, also über den unmittelbaren Bereich des Gesellschaftsrechts hinaus. Wie weit sind solche Richtlinien mit dem Begriff der Koordinierung von "Schutzmaßnahmen" noch zu rechtfertigen?

Antwort: Die Kommission, gestützt übrigens auf breite Teile der Lehre, ist der Auffassung, daß im Grunde das gesamte Organisationsrecht entweder dem Schutz der Gläubiger oder dem Schutz der Gesellschafter dient. So ist man der Auffassung, eine vernünftige Organisation der Gesellschaft habe ebenso wie der Aufsichtsrat die Funktion, Gesellschaftsinteressen gegenüber dem Vorstand schützend zu vertreten. Auch Rechnungslegung ist ja nicht nur nach außen gerichtet zum Gläubiger, Rechnungslegung hat eine gleiche Funktion nach innen gegenüber den Gesellschaftern; und damit die Verwaltung die Rechnungslegung nicht nach Gutdünken machen kann, braucht man auch einen Prüfer. Aber ein Prüfer muß erfahren sein und unabhängig. In Italien konnte es die Schwiegermutter sein. Eine solche Lösung ist das Papier nicht wert, auf dem das gedruckt ist. Also muß ich mir unter den Aspekten von Art. 54 Abs. 3 des Vertrages Gedanken darüber machen, wem vertraue ich diese zweite Zone der als Schutz für Gesellschafter gedachten Maßnahme an? Diese Überlegungen gelten nicht für die Mitbestimmung, für die, da würde ich Ihnen zustimmen, Art. 54 Abs. 3 nicht herangezogen werden kann. Deshalb war es auch lange die Frage, ob man dafür nicht den Art. 100 bemühen muß, der ja alles umfaßt. Immerhin muß man aus der Sicht der Kommission akzeptieren, daß Art. 54 Abs. 3 vom Schutz der Dritten spricht, und man darunter auch den Arbeitnehmer sehen kann. Das war auch die Position des berühmten Berichts von Lyon-Caen, der als Beauftragter der Kommission vor gut 10 Jahren zu diesen Fragen Stellung genommen hat.