

INSTITUTE FOR LAW AND FINANCE

THEODOR BAUMS

EUROPÄISCHE MODELLGESETZE IM GESELLSCHAFTSRECHT



INSTITUTE FOR LAW AND FINANCE
JOHANN WOLFGANG GOETHE-UNIVERSITÄT FRANKFURT

WORKING PAPER SERIES No. 75



PROF. DR. THEODOR BAUMS
PROF. DR. ANDREAS CAHN

INSTITUTE FOR LAW AND FINANCE

JOHANN WOLFGANG GOETHE-UNIVERSITÄT

SENCKENBERGANLAGE 31

D-60054 FRANKFURT AM MAIN

TEL: +49 (0)69 / 798-28941

FAX: +49 (0)69 / 798-29018

(INTERNET: [HTTP://WWW.ILF-FRANKFURT.DE](http://www.ilf-frankfurt.de))

Theodor Baums

Europäische Modellgesetze im Gesellschaftsrecht

Institute for Law and Finance

WORKING PAPER SERIES NO. 75

01/2008

Europäische Modellgesetze im Gesellschaftsrecht

Theodor Baums

I. Einführung

Am 27. und 28. September des vergangenen Jahres hat auf Initiative von Prof. Paul Krüger Andersen, Dänemark,¹ und des Verfassers in Aarhus/Dänemark das erste Treffen der Arbeitsgruppe stattgefunden, die sich zum Ziel gesetzt hat, einen „European Model Company Law Act“ (EMCLA) zu entwickeln. Dieses Projekt soll im Folgenden vorgestellt werden. Es zielt weder auf eine zwingende Harmonisierung der nationalen Gesellschaftsrechte noch auf die Schaffung einer weiteren europäischen Gesellschaftsform ab. Ziel ist vielmehr, Modellregeln für eine Kapitalgesellschaft, zunächst die Aktiengesellschaft, zu entwerfen, die von den nationalen Gesetzgebern ganz oder zum Teil übernommen werden können. Damit tritt das Vorhaben als Alternative und Ergänzung neben die vorhandenen Instrumente der Gesellschaftsrechtsangleichung in der Europäischen Union. Darauf ist im Folgenden zunächst einzugehen (II.). Ein weiterer Abschnitt weist auf die US-amerikanischen Erfahrungen mit solchen einheitlichen „Modellgesetzen“ im Bereich des Gesellschaftsrechts hin (III.). Der letzte Teil spricht dann ausgewählte Einzelprobleme an, die sich bei der Entwicklung eines EMCLA ergeben, stellt die Arbeitsgruppe vor und erläutert ihren vorläufigen Arbeitsplan (IV.).

II. Die Aufgaben eines EMCLA

1. Die Schranken europäischer Rechtsetzung im Gesellschaftsrecht

Es sind drei verschiedene Gestaltungsmittel, deren sich die Organe der EU bedienen, um im Bereich des Gesellschaftsrechts für die Unternehmen binnenmarktkonforme Handlungsbedingungen zu schaffen: erstens, die *Angleichung der nationalen Gesellschaftsrechte* durch an den nationalen Gesetzgeber gerichtete, auf Art. 44 Abs. 2 g) EGV gestützte Richtlinien;

¹ Vgl. dessen Vorschlag „Regulation or Deregulation in European Company Law – a Challenge“, in: Bernitz (Hrsg.), *Modern Company Law for a European Economy – Ways and Means*, 2006, S. 263 ff, 277; vgl. auch bereits die Überlegungen bei Ebke, *Unternehmensrechtsangleichung in der Europäischen Union*, in: *Festschrift für Großfeld*, 1998, S. 189, 212 ff (Vorschlag, nach dem Vorbild des American Law Institute ein European Law Institute einzurichten zu dem Zweck, ein europäisches Modellgesellschaftsstatut zu entwerfen).

zweitens, das *Angebot neuer, supranationaler Rechtsformen* auf der Grundlage des Art. 308 EGV, die neben die nationalen Rechtsformen treten und als Alternativen zur Verfügung gestellt werden; drittens, die *Kontrolle der nationalen Gesellschaftsrechte am Maßstab der Niederlassungsfreiheit* (Art. 43 i.V. mit 48 EGV) durch den Europäischen Gerichtshof, der in einer Reihe grundlegender Entscheidungen in den letzten Jahren zahlreiche einzelstaatliche Beschränkungen verworfen und dadurch einen „Wettbewerb der Gesellschaftsrechte“ ausgelöst hat, dessen Ergebnisse noch nicht abzusehen sind.

Jedes dieser drei Gestaltungsmittel hat – an dieser Stelle nur knapp zu rekapitulierende² – Voraussetzungen und Funktionsbedingungen, die eine Ergänzung durch einen einheitlichen, aber nicht bindenden European Model Company Law Act sinnvoll und wünschenswert erscheinen lassen.

Rechtsangleichung durch Richtlinien ist als Minus gegenüber einer vollständigen Rechtsvereinheitlichung konzipiert und steht unter dem Vorbehalt, daß die getroffenen Maßnahmen „erforderlich“ sein müssen, um die Vertragsziele des gemeinsamen Marktes zu verwirklichen (Art. 3 Abs. 1 h), Art. 44 Abs. 2 g EGV). Rechtsangleichung setzt das Bestehen und den Erhalt einer Vielzahl einzelstaatlicher Rechtsordnungen und mit ihnen auch unterschiedlicher Lösungen voraus. Als „Mindestharmonisierung“ geht es ihr lediglich darum, binnenmarktverträgliche einzelstaatliche Lösungen herbeizuführen. Jenseits dessen bleibt den Mitgliedstaaten aber der Spielraum für eine – gemeinschaftskonforme – Gestaltung ihrer nationalen Gesellschaftsrechte in vollem Umfang erhalten. Dies mag nun zwar im Interesse eines funktionsfähigen „Wettbewerbs der Gesellschaftsrechte“³ wünschenswert sein und einer nachteiligen Zementierung des Status quo durch einmal entwickelte und zentral erlassene Vorschriften⁴ entgegenwirken, steht aber in

² Umfassend dazu zuletzt Teichmann, *Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht*, 2006, S. 73 ff; Grundmann/Möslein, *Europäisierung*, in: Bayer/Habersack, *Gesellschaftsrecht im Wandel*, 2007, Bd. II, S. 31 ff.

³ Eingehend zum „Wettbewerb der Gesetzgeber“ im Gesellschaftsrecht mit Nachweisen zum umfangreichen Schrifttum hierzu bei Kieninger, *Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt*, 2002; K. Heine, *Regulierungswettbewerb im Gesellschaftsrecht*, 2003; Teichmann, a.a.O. (Fn. 2), S. 330 ff; ders., in: Reimer, *Wettbewerb der Gesetzgeber im Europäischen Gesellschaftsrecht*, in: Reimer u.a. (Hrsg.), *Europäisches Gesellschafts- und Steuerrecht*, 2007, S. 313 ff; John Armour, *Who should make Corporate Law? EC Legislation versus Regulatory Competition*. ILF Working Paper Series Nr. 41 (http://www.ilf-frankfurt.de/uploads/media/ILF_WP_041.pdf); Andersson, *Competition between Member States as Corporate Legislator*, in: Bernitz (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 1), S. 143 ff.

⁴ Zu den Nachteilen zentraler materieller Harmonisierung (Stichworte: Ausschaltung des Regulierungswettbewerbs; „Versteinierung“ des Rechts infolge des schwerfälligen europäischen Rechtssetzungsprozesses; allfällige Anpassungskosten bei Änderung von Regeln) zusammenfassend Teichmann, in: Reimer (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 3), S. 313, 329 m. w. Nachweisen.

einem Spannungsverhältnis zur Erwartung der Unternehmen, die in einem funktionsfähigen Binnenmarkt in dem jenseits der Gestaltungsfreiheit liegenden Bereich möglichst standardisierte, beständige und in ihren Auswirkungen berechenbare Normen zum Schutz von Anlegern und Dritten wünschen, um Informations- und Transaktionskosten niedrig zu halten.

Supranationale Rechtsformen wie die Europäische Gesellschaft (SE), die Europäische Genossenschaft (SCE) oder die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV) werden dieser Erwartung nur insoweit gerecht, als sie sich auf ein Statut stützen können, das in allen Mitgliedstaaten inhaltlich gleich ist. Davon weicht die Regelungstechnik der bisher geschaffenen Rechtsformen mit ihren zahlreichen Verweisen auf das mitgliedstaatliche Recht freilich in großem Umfang ab. Nicht das Vollstatut dieser Rechtsformen ist vereinheitlicht, vielmehr bleibt es weitgehend bei der Anwendbarkeit divergierender nationaler Gesellschaftsrechte.⁵ Vor allem bei der SE wurde nur ein Torso geschaffen.⁶ Die Vorteile, die sich mit der Nutzung dieser Rechtsformen verbinden (größere Gestaltungsfreiheit; „europäische Marke“), sind zwar nicht zu bestreiten. Aber die weiteren mit einer einheitlichen Rechtsform verbundenen Vorteile konnten nicht erreicht werden. Ob die Entwicklung eines genuin europäischen Vollstatuts für die geplante Europäische Privatgesellschaft (EPG/EPC) gelingen wird, bleibt abzuwarten.

Die *Kontrolle der nationalstaatlichen Gesellschaftsrechte* am Maßstab der Niederlassungsfreiheit schließlich wirkt nur kassatorisch, nicht positiv gestaltend. Beschränkende einzelstaatliche Normen werden beseitigt, aber nicht durch neue, gemeinschaftskonforme ersetzt. Vielmehr wird der durch die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs ausgelöste „Wettbewerb der Gesellschaftsrechte“ in dem durch die Urteile des EuGH gezogenen Rahmen seitens der nationalen Gesetzgeber aufgenommen und in durchaus unterschiedlicher Weise gestaltet.

Insgesamt bleibt demnach den Mitgliedstaaten ein erheblicher eigener Regelungsspielraum im Bereich des Gesellschaftsrechts, der nur in Teilbereichen von den Beschränkungsverboten der Niederlassungsfreiheit einerseits und der bereits erfolgten gemeinschaftsrechtlichen Rechtsangleichung andererseits beschränkt wird. Diesen Freiraum gilt es im Hinblick auf die Nachteile zentraler materieller Harmonisierung⁷ und die denkbaren Vorzüge dezentraler konkurrierender Normsetzung⁸ zu bewahren und zu behaupten. Auf

⁵ Überblick bei Habersack, Europäisches Gesellschaftsrecht, 3. Auflage 2006, S. 367 ff, 404 ff, 500 ff.

⁶ Vgl. Lutter Die AG 1990, 413, 414 zum SE-Entwurf von 1989: „Der jetzige Entwurf ist ein Torso...“. Dies gilt auch für die schließlich in Kraft getretene Regelung.

⁷ Vgl. Fn. 4.

⁸ Vgl. Fn. 3.

der anderen Seite sind bei einem bewußten Verzicht auf weiter fortschreitende materielle Harmonisierung der nationalen Gesellschaftsrechte freilich auch gewisse Nachteile zu bedenken, die durch die Entwicklung eines unverbindlichen einheitlichen Modellstatuts zwar nicht vollkommen ausgeglichen, wohl aber abgeschwächt werden könnten.⁹ An dieser Stelle sei an nur drei denkbare Nachteile erinnert: Erstens bringt Standardisierung von Normen ökonomische Vorteile mit sich; die Kosten der Information über unterschiedliche Normen und der Anpassung hieran entfallen.¹⁰ Zweitens führt ein auf das Nachfrageverhalten von Managern und Kapitalanlegern gegründeter und beschränkter Wettbewerb von Regelsystemen nicht notwendig auch zu optimalen Ergebnissen für hiervon betroffene Dritte.¹¹ Drittens kann eine Regulierung auf zentraler Ebene Regulierungsblockaden durchbrechen, die auf einzelstaatlicher Ebene wünschenswerte Reformen verhindern.¹²

Diese Nachteile mögen zwar nicht sämtlich für eine zentral unternommene Harmonisierung sprechen. So ist jedenfalls derzeit nicht abzusehen, daß der bisher kaum in Gang gekommene Regulierungswettbewerb nachteilige externe Effekte für Dritte nach sich zöge, so daß insoweit ein – punktueller – Harmonisierungsbedarf gegeben wäre. Und es ist gerade Sinn eines Regulierungswettbewerbs, lokale Besonderheiten, die der eine als Regulierungsblockade, der andere aber als wünschenswert ansehen mag, unter wettbewerblichen Rechtfertigungszwang zu setzen und nicht durch eine zentrale Regelsetzung zu zerstören oder sogar umgekehrt auf zentraler Ebene zu perpetuieren. Nicht hinweg zu diskutieren ist aber, daß zwischen dem Ziel eines einheitlichen Binnenmarkts und dem Fortbestand unterschiedlicher Gesellschaftsrechtssysteme ein Spannungsverhältnis besteht, das nicht nur Vorteile, sondern auch Kosten mit sich bringt. Kann hier ein unverbindliches einheitliches Modellstatut dazu beitragen, die Vorteile dezentraler Normsetzung zu erhalten, gleichzeitig aber so viele Vorteile zentraler Rechtsangleichung wie möglich zu sichern? Darauf ist im Folgenden einzugehen.

⁹ Eingehend Krüger Andersen, a.a.O. (Fn. 1), S. 263 ff.

¹⁰ E. Kitch, *Business Organization Law: State or Federal? – An Inquiry Into the Allocation of Political Competence in Relation to Issues of Business Organization Law in a Federal System*, in: Buxbaum et al. (Hrsg.), *European Business Law – Legal and Economic Analyses on Integration and Harmonization*, 1991, S. 35, 40 f; allgemein dazu M. Adams, *Normen, Standards, Rechte*, JZ 1991, S. 941 ff.

¹¹ S. dazu die Fn. 3 angeführte Literatur m. w. Nachweisen.

¹² Der deutsche Leser wird hier an die Rolle der Mitbestimmung und deren wünschenswerte Flexibilisierung (Größe der Aufsichtsräte, Einbeziehung von Arbeitnehmern in ausländischen Tochtergesellschaften) denken. Wäre das Aktienrecht insgesamt europäisches Recht, dann gälte heute für die AG mit ziemlicher Sicherheit nicht das zwingende Mitbestimmungsrecht deutscher Ausprägung als alleinige Option.

2. Funktionen eines EMCLA

Ein europäisches Modell-Kapitalgesellschaftsgesetz¹³ würde nicht in einen Rechtsakt der EU-Organen münden, also weder den Mitgliedstaaten durch eine Richtlinie die Vereinheitlichung ihrer Gesellschaftsrechte zwingend vorschreiben noch eine weitere europäische Rechtsform schaffen. Insofern ist der Begriff eines Modell-Kapitalgesellschaftsgesetzes oder European Model Company Law Act mißverständlich. Entwickelt werden soll vielmehr ein Entwurf eines Kapitalgesellschaftsgesetzes, der dann von den Mitgliedstaaten umgesetzt werden kann, aber nicht muß. Angestrebt werden in den Bereichen, deren sich der Entwurf annimmt,¹⁴ Vorschläge zu Normen, die einerseits an das jeweilige nationale Recht „anschlußfähig“ sein müssen, andererseits aber ohne weitgehende Verweise auf nationales Recht auskommen. Inhaltlich soll der Entwurf, ausgehend von den durch gemeinsame Rechtstraditionen und dem europäischen *acquis communautaire* geschaffenen gemeinsamen Rechtsbestand, zu tunlichst einheitlichen Lösungen finden, die gleichwohl den einzelnen Gesetzgebern Raum lassen für die Berücksichtigung lokaler oder nationaler Besonderheiten, und die den Nutzern der Rechtsform ein Höchstmaß an flexibler Gestaltung ihrer Rechtsverhältnisse bieten.

Sicher geht jeder gründlich vorbereiteten Rechtsänderung auch heute schon ein Rechtsvergleich voraus. Häufig beschränkt sich dieser Vergleich aber auf die wirtschaftlich bedeutsameren Legislationen und findet in aller Regel auch nur punktuell statt. Der EMCLA bezieht demgegenüber schon wegen seiner Besetzung mit Experten aus jedem Mitgliedsstaat¹⁵ die Erfahrungen sämtlicher in der EU vertretenen Rechtsordnungen in seine Überlegungen ein und entwirft ein Gesamtregelwerk. Das dürfte nicht nur für die kleineren Mitgliedstaaten, die oft nicht über einen entsprechend umfangreichen Rechtsstab verfügen, eine wertvolle Hilfe bei der Gestaltung ihrer Gesellschaftsrechte darstellen. Darüber hinaus ist zu hoffen, daß die nationalen Gesetzgeber, auch der großen Mitgliedstaaten, gegenüber einem EU - einheitlichen Modellentwurf in einen Begründungszwang geraten, wenn sie unter Berufung auf nationale Besonderheiten vom europäischen Standard oder von der europäischen „benchmark“ abweichen wollen. Und schließlich wird eine nationalstaatliche Vorschrift, die sich als Beschränkung der Grundfreiheiten darstellt und darin einem für alle Mitgliedstaaten verfaßten Modellentwurf folgt, sehr viel eher die dagegen vorgesehene Rechtfertigungsprüfung bestehen als eine isolierte einzelstaatliche Regelung.

Des weiteren fügt sich die Entwicklung eines Modellentwurfs auch in das legislatorische Konzept der EU-Kommission ein. Ihr geht es auf der einen Seite darum, die bestehenden Rechtsetzungsakte im Bereich des Gesellschaftsrechts

¹³ Zur Frage, welche Kapitalgesellschaftsformen ein EMCLA erfassen sollte, unten IV.1.

¹⁴ S. dazu näher unten IV. 1.

¹⁵ Dazu noch unten IV. 2.

einer kritischen Prüfung zu unterziehen und, wo möglich und sinnvoll, zu vereinfachen und zu deregulieren.¹⁶ Die Entwicklung eines Modellentwurfs, der an die Stelle einer Richtlinie oder Verordnung eine Empfehlung an die Mitgliedstaaten treten lassen könnte, könnte sich insofern als Alternative zu den bestehenden Regelungsinstrumenten bewähren. Auf der anderen Seite strebt die Kommission mit der Entwicklung genuin europäischer Rechtsformen (SE, SCE, EWIV; demnächst EPG) eine Verbreiterung des Rechtsformenangebots mit zusätzlichen Optionen für die Nutzer an. Auch insoweit dürfte der Versuch, auf der Grundlage eines eingehenden Rechtsvergleichs ein Vollstatut zu entwickeln und in weitergehendem Umfang als die bisher eingeführten europäischen Gesellschaftsrechtsformen auf Verweisungen auf nationales Recht zu verzichten, von hohem Interesse sein und die weitere Entwicklung auch dieser Rechtsformen beeinflussen.

III. Modellgesellschaftsgesetze in den USA

Als Beispiele einer Rechtsvereinheitlichung des Gesellschaftsrechts durch zentral entwickelte Empfehlungen trotz dezentraler, einzelstaatlicher Gesetzgebungskompetenzen wird rechtsvergleichend in der Regel auf die Entwicklung in den USA¹⁷ und rechtshistorisch häufig auf die Entwicklung des ADGHB und seine Einführung durch die Einzelstaaten des Deutschen Bundes verwiesen.¹⁸ An dieser Stelle mag ein kurzer Blick auf die Entwicklung in den USA genügen.¹⁹ Die dort gewonnenen Erfahrungen sollen dadurch genutzt werden, daß ein US-amerikanischer Experte zu den Beratungen der europäischen Arbeitsgruppe hinzugezogen wird.

Bestrebungen zur Vereinheitlichung der *corporation statutes* der US-amerikanischen Einzelstaaten reichen in die zwanziger Jahre des letzten Jahrhunderts zurück. Eine von der American Bar Association eingesetzte Kommission („Commission on Uniform State Laws“) legte 1928 einen *Uniform Business Corporation Act* vor. Dieser Vorschlag war als Einheitsgesetz für alle Kapitalgesellschaften konzipiert und wurde den Bundesstaaten zur Übernahme, tunlichst ohne Veränderungen, empfohlen. Diesem Entwurf war kein großer Erfolg beschieden. Allerdings diente er einer Reihe von Bundesstaaten als

¹⁶ Vgl. dazu die Berichte bei Baums, Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht, Die AG 2007, S. 57, 60 ff; Weber-Rey, Effects of the Better Regulation Approach on European Company Law and Corporate Governance, ECFR 2007, S. 370, 374 ff.

¹⁷ Eingehend dazu m. w. Nachweisen etwa Romano, The Genius of American Corporate Law, 1993, S. 128 ff; von Hein, Competitive Company Law: Comparisons with the USA, in: Bernitz (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 1), S. 25 ff.

¹⁸ Dazu zuletzt Pahlow, Aktienrecht und Aktiengesellschaft zwischen Revolution und Reichsgründung. Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch von 1861, in: Bayer/Habersack, a.a.O. (Fn. 2), Bd. I, S. 237 ff.

¹⁹ Eingehender dazu Merkt/Göthel, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, 2. Auflage 2006, S. 170 ff.

Grundlage bei der Überarbeitung ihrer einzelstaatlichen Gesellschaftsgesetze. 1943 wurde der Entwurf in Business Corporation Act umbenannt und später, 1958, gänzlich zurückgezogen. Parallel zu diesem Entwurf erarbeitete die ABA in den 40er Jahren einen zweiten Modellentwurf, der 1946 als „Model Business Corporation Act“ (M.B.C.A.) der Öffentlichkeit vorgelegt und in der Folge mehrfach ergänzt und verändert wurde. Im Unterschied zum Uniform Business Corporation Act hat der M.B.C.A. die gesellschaftsrechtliche Gesetzgebung der Einzelstaaten in der Folge stark geprägt. Seit 1984 liegt der M.B.C.A. in einer nochmals umfassend überarbeiteten und umbenannten Fassung als „Revised Model Business Corporation Act“ (R.M.B.C.A.) vor.²⁰

Grundmodell des R.M.B.C.A. ist die *publicly held corporation*. Ergänzt wird der R.M.B.C.A. durch ein 1982 veröffentlichtes Model Statutory Close Corporation Supplement.²¹ Seit den 90er Jahren des letzten Jahrhunderts hat sich allerdings die Gesellschaftsform der Limited Liability Company durchgesetzt, und sämtliche Bundesstaaten verfügen über entsprechende Gesetze. Das Modellgesetz hierfür ist der „Uniform Limited Liability Company Act“, den die National Conference of Commissioners on Uniform State Laws im Jahre 1995 veröffentlicht und 2006 in revidierter Form vorgelegt hat.²²

Von besonderer Bedeutung sind neben den Modellgesetzen die „Principles of Corporate Governance“, die das American Law Institute 1994 beschlossen und veröffentlicht hat.²³ Sie stellen allerdings keine Empfehlungen an die einzelstaatlichen Gesetzgeber dar, sondern geben die insbesondere aus Gerichtsentscheidungen gewonnenen Regeln richtigen Verhaltens der Unternehmensleiter und des Board wieder und entwickeln diese als „soft law“ weiter.

IV. Einzelfragen

Im Folgenden sind verschiedene Einzelfragen, die sich derzeit stellen, jedenfalls kurz zu beleuchten. Die erste Frage betrifft den Inhalt eines EMCLA, also die Abgrenzung derjenigen Materien, die nach der derzeitigen Planung in einen solchen Modellentwurf aufzunehmen sind (dazu unten 1.). Die zweite Frage betrifft die Zusammensetzung der Arbeitsgruppe, ihre Arbeitsweise sowie ihr Verhältnis zur EU-Kommission (unten 2.). Schließlich ist der vorläufige Arbeitsplan von Interesse (unten 3.).

²⁰ Abgedruckt bei Melvin A. Eisenberg, *Corporations and Other Business Associations. Statutes, Rules, Materials, and Forms*, Ausgabe 2007, S. 677 ff.

²¹ Abdruck bei Eisenberg, a.a.O., Ausgabe 1999, S. 720 ff. In der aktuellen Auflage (Fn. 20) findet sich der Abdruck nicht mehr.

²² Abdruck bei Eisenberg, a.a.O. (Fn. 20), S. 418 ff.

²³ American Law Institute, *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*, 2 Bde., 1994; zur Entstehung Ebke, a.a.O. (Fn. 1), S. 206 f.

1. Zum Inhalt eines EMCLA

Die Arbeitsgruppe wird sich zunächst mit der Aktiengesellschaft (*société anonyme*; *company limited by shares* usw.) einschließlich der börsennotierten Gesellschaft befassen. Die GmbH soll zu einem späteren Zeitpunkt einbezogen werden. Damit ist keine Empfehlung dazu verbunden, ob sich entsprechend dem Vorgehen einzelner Mitgliedstaaten ein einheitliches Gesetz über Kapitalgesellschaften anbietet oder nicht.

Eine weitere Frage stellt sich im Hinblick auf diejenigen Bereiche, die bereits heute weitgehend, auf der Grundlage europäischer Rechtssetzungsakte, harmonisiert sind, wie etwa die Publizität, die Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsregeln usf.²⁴ Hier sprechen die bereits erreichte Rechtsvereinheitlichung sowie der Umstand, daß die nationalen Gesetzgeber die Empfehlungen des EMCLA nicht ohne voraufgehende Änderung des europäischen Rechts übernehmen könnten, dafür, insoweit keine vom *acquis communautaire* abweichenden Empfehlungen zu entwickeln. Eine Ausnahme mag sich dort anbieten, wo auch auf europäischer Ebene über Änderungen diskutiert wird und die Aussicht besteht, daß die Regeln des EMCLA von den Mitgliedstaaten tatsächlich übernommen werden können.

Der Bestand an Normen, der zusammenfassend als zum „Gesellschaftsrecht“ gehörend bezeichnet oder anderen Materien zugeordnet wird, wird in den einzelnen Mitgliedstaaten verschieden abgegrenzt. Bei funktionaler Betrachtung können zahlreiche Normen des Deliktsrechts, des Verfahrens- und Insolvenzrechts, des Kapitalmarktrechts und des Internationalen Privatrechts als (auch) zum Gesellschaftsrecht gehörend betrachtet werden. Eine überzeugende Abgrenzung des Gesellschaftsrechts von diesen anderen Rechtsgebieten wird nur bei der Erörterung des jeweiligen Sachproblems, der Betrachtung der bisher hierfür anzutreffenden nationalen Lösungen und der Entwicklung einer eigenen Empfehlung gelingen können. Sicher ist freilich im Prinzip, daß es bei dem Vorhaben eines EMCLA nicht um die Entwicklung genuin kollisionsrechtlicher oder bilanzrechtlicher usf. Regeln oder um weitreichende Übergriffe zum Beispiel in das Kapitalmarktrecht oder Insolvenzrecht gehen kann.

Eine ähnliche Vorgehensweise dürfte sich für den Bereich des Konzernrechts empfehlen. Fragen der Leitung einer Unternehmensgruppe, Informationsprobleme im Konzern, die Haftung des herrschenden Unternehmens und seiner Geschäftsleiter u.a.m. müssen im jeweiligen gesellschaftsrechtlichen Kontext gesehen und erörtert werden; ein Konzernbilanzrecht wird dagegen nicht Gegenstand von Empfehlungen sein können. Hinsichtlich einer Rechtsfigur wie dem Vertragskonzern des deutschen Rechts, der neben ihrer gesellschaftsrechtlichen auch steuerliche Bedeutung zukommt, wird schon aus diesem Grunde sichergestellt werden müssen, daß diese Gestaltung als Option erhalten bleibt.

²⁴ Überblick dazu bei Habersack, a.a.O. (Fn. 5), S. 81 ff.

Was die zwingende Mitwirkung von Arbeitnehmern in Gesellschaftsorganen betrifft, so wird dies ebenso wie die Zweiteilung in Leitungsorgan und Aufsichtsorgan als Option für diejenigen Mitgliedstaaten, die eine Mitbestimmung bzw. ein duales Führungssystem bereits kennen oder vorsehen wollen, im Grundsatz offengehalten werden müssen. Das schließt nicht aus, daß gleichwohl auch diesen Bereich berührende Empfehlungen, zum Beispiel zur Größe eines Aufsichtsrats oder Board, ausgesprochen werden können.

2. Die Arbeitsgruppe

In der Arbeitsgruppe ist jeder der 27 Mitgliedstaaten durch ein sachverständiges Mitglied vertreten.²⁵ Vorsitzender der Arbeitsgruppe ist Prof. Dr. Paul Krüger Andersen, Aarhus Business School, Dänemark; dort wird auch das Sekretariat geführt. Die Arbeitsgruppe wird ad hoc, je nach dem behandelten Thema, durch weitere Sachverständige ergänzt werden.

Es handelt sich bei dem Projekt eines EMCLA nicht um ein Vorhaben der EU-Kommission. Mit der Kommission ist aber ein Informationsaustausch vereinbart worden; die Kommission ist in den Arbeitssitzungen der Gruppe durch Mitarbeiter vertreten.

3. Der vorläufige Arbeitsplan

Die Arbeit am EMCLA wird naturgemäß in einer Reihe von Einzelschritten, die den späteren Kapiteln des EMCLA entsprechen, unternommen werden. Jedes Kapitel wird durch einen Bericht zum Recht jedes einzelnen Mitgliedstaats seitens der Mitglieder der Arbeitsgruppe oder hinzugezogene Sachverständige vorbereitet. Für jedes Kapitel wird ein Generalberichterstatter benannt, der die Einzelberichte zusammenfaßt und Empfehlungen entwickelt, die dann von der Arbeitsgruppe beraten und beschlossen werden. Sitzungen der Arbeitsgruppe sind im Abstand von jeweils ca. 4 Monaten vorgesehen. Die Empfehlungen, das heißt die vorgeschlagenen Vorschriften mit einem erläuternden Kommentar und Hinweisen zu den nationalen Regelungen, sollen kapitelweise veröffentlicht und der wissenschaftlichen Diskussion zugänglich gemacht werden.

Derzeit in Arbeit befinden sich das Kapitel über die Entstehung einer Aktiengesellschaft (durch Gründung oder Umwandlung), also ein eher technisches Kapitel, sowie das Zentralkapitel über „directors´ duties“, an dem sich erweisen wird, ob sich eine gemeinsame Basis finden und vereinheitlichte

²⁵ Derzeit (Ende 2007) haben folgende Sachverständige ihre Mitarbeit zugesagt: Susanne Kalss (AT); Hans de Wulf (BE); Alexander Belohlávek (CZ); Theodor Baums (DE); Paul Krüger Andersen (DK; Vorsitzender); Juan Sanchez-Calero (ES); Matti Sillanpää (FI); Isabelle Urbain-Parleani (FR); Evangelhos Perakis (GR); András Kisfaludi (HU); Blanaid Clarke (IR); Guido Ferrarini (IT); André Prüm (LU); Harm-Jan de Kluiver (NL); Stanislaw Soltysinski (PL); José Engrácia Antunes (PT); Rolf Skog (SE); Maria Patakyova (SK); Paul Davies (UK).

Regeln in diesem zentralen Bereich entwickeln lassen. Die Schwierigkeiten, die einer Vollendung und dem Erfolg des Projekts im Wege stehen, dürfen nicht unterschätzt werden.

WORKING PAPERS

- 1 Andreas Cahn Verwaltungsbefugnisse der Bundesanstalt für
Finanzdienstleistungsaufsicht im Übernahmerecht und
Rechtsschutz Betroffener
(publ. in: ZHR 167 [2003], 262 ff.)
- 2 Axel Nawrath Rahmenbedingungen für den Finanzplatz Deutschland: Ziele
und Aufgaben der Politik, insbesondere des
Bundesministeriums der Finanzen
- 3 Michael Senger Die Begrenzung von qualifizierten Beteiligungen nach § 12
Abs. 1 KWG
(publ. in: WM 2003, 1697-1705)
- 4 Georg Dreyling Bedeutung internationaler Gremien für die Fortentwicklung
des Finanzplatzes Deutschland
- 5 Matthias Berger Das Vierte Finanzmarktförderungsgesetz – Schwerpunkt
Börsen- und Wertpapierrecht
- 6 Felicitas Linden Die europäische Wertpapierdienstleistungsrichtlinie-
Herausforderungen bei der Gestaltung der Richtlinie
- 7 Michael Findeisen Nationale und internationale Maßnahmen gegen die
Geldwäsche und die Finanzierung des Terrorismus – ein
Instrument zur Sicherstellung der Stabilität der
Finanzmärkte
- 8 Regina Nößner Kurs- und Marktpreismanipulation – Gratwanderung
zwischen wirtschaftlich sinnvollem und strafrechtlich
relevantem Verhalten
- 9 Franklin R. Edwards The Regulation of Hedge Funds: Financial Stability and
Investor Protection
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Hedge Funds, Risks and
Regulation, 2004, S. 30 ff.)
- 10 Ashley Kovas Should Hedge Fund Products be marketed to Retail
Investors? A balancing Act for Regulators
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Hedge Funds, Risks and
Regulation, 2004, S. 91 ff.)
- 11 Marcia L. MacHarg Waking up to Hedge Funds: Is U.S. Regulation Taking a
New Direction?
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Hedge Funds, Risks and
Regulation, 2004, S. 55 ff.)

- 12 Kai-Uwe Steck Legal Aspects of German Hedge Fund Structures
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Hedge Funds, Risks and Regulation, 2004, S. 135 ff.)
- 13 Jörg Vollbrecht Investmentmodernisierungsgesetz – Herausforderungen bei der Umsetzung der OGAW – Richtlinien
- 14 Jens Conert Basel II – Die Überarbeitung der Eigenkapitalmarktregelungen der Kreditinstitute im Fokus von Wirtschaft- und Wettbewerbspolitik
- 15 Bob Wessels Germany and Spain lead Changes towards International Insolvencies in Europe
- 16 Theodor Baums / Kenneth E. Scott Taking Shareholder Protection Seriously? Corporate Governance in the United States and in Germany
(publ. in: AmJCompL LIII (2005), Nr. 4, 31 ff.; abridged version in: Journal of Applied Corporate Finance Vol. 17 (2005), Nr. 4, 44 ff.)
- 17 Bob Wessels International Jurisdiction to open Insolvency Proceedings in Europe, in particular against (groups of) Companies
- 18 Michael Gruson Die Doppelnotierung von Aktien deutscher Gesellschaften an der New Yorker und Frankfurter Börse: Die sogenannte Globale Aktie
(publ. in: Die AG 2004, 358 ff.)
- 19 Michael Gruson Consolidated and Supplementary Supervision of Financial Groups in the European Union
(publ. in: Der Konzern 2004, 65 ff. u. 249 ff.)
- 20 Andreas Cahn Das richterliche Verbot der Kreditvergabe an Gesellschafter und seine Folgen
(publ. in: Der Konzern 2004, 235 ff.)
- 21 David C. Donald The Nomination of Directors under U.S. and German Law
- 22 Melvin Aron Eisenberg The Duty of Care in American Corporate Law
(deutsche Übersetzung publ. in: Der Konzern 2004, 386 ff.)

- 23 Jürgen Than Rechtsfragen bei der Festlegung von Emissionsbedingungen für Schuldverschreibungen unter besonderer Berücksichtigung der Dematerialisierung und des Depotgesetzes
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 3 ff.)
- 24 Philipp von Randow Inhaltskontrolle von Emissionsbedingungen
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 25 ff.)
- 25 Hannes Schneider Die Änderung von Anleihebedingungen durch Beschluß der Gläubiger
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 69 ff.)
- 26 Hans-Gert Vogel Die Stellung des Anleihetrehänders nach deutschem Recht
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 94 ff.)
- 27 Georg Maier-Reimer Rechtsfragen der Restrukturierung, insbesondere der Ersetzung des Schuldners
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 129 ff.)
- 28 Christoph Keller Umschuldung von Staatenanleihen unter Berücksichtigung der Problematik einer Aggregation aller Anleihegläubiger
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 157 ff.)
- 29 René Bösch Die Emission von Schuldverschreibungen nach schweizerischem Recht – ein Rechtsvergleich mit dem geplanten deutschen Schuldverschreibungsrecht
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 189 ff.)
- 30 Lachlan Burn Bond Issues under U.K. law: How the proposed German Legislation compares
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 219 ff.)
- 31 Patrick S. Kenadjian Bond Issues under New York and U.S. Law: Considerations for the German Law Maker from a U.S. Perspective
(publ. in: Baums/Cahn [Hrsg.] Die Reform des Schuldverschreibungsrechts, 2004, S. 245 ff.)

- 32 Andreas Cahn Bankgeheimnis und Forderungsverwertung
(publ. in: WM 2004, 2041 ff.)
- 33 Michael Senger Kapitalkonsolidierung im Bankkonzern
(publ. in: Der Konzern 2005, S. 201 ff.)
- 34 Andreas Cahn Das neue Insiderrecht
(publ. in: Der Konzern 2005, 5 ff.)
- 35 Helmut Siekmann Die Unabhängigkeit von EZB und Bundesbank nach dem
geltenden Recht und dem Vertrag über eine Verfassung für
Europa
- 36 Michael Senger Gemeinschaftsunternehmen nach dem Kreditwesengesetz
- 37 Andreas Cahn Gesellschafterfremdfinanzierung und Eigenkapitalersatz
(publ. in: Die AG 2005, S. 217 ff.)
- 38 Helmut Siekmann Die Verwendung des Gewinns der Europäischen
Zentralbank und der Bundesbank
- 39 Guido Ferrarini Contract Standards and the Markets in Financial Instruments
Directive (MiFID): An Assessment of the Lamfalussy
Regulatory Architecture
(publ. in: European Contract Law Review 2005, p. 19)
- 40 David C. Donald Shareholder Voice and Its Opponents
(publ. in: The Journal of Corporate Law Studies, Vol. 5,
Issue 2, 2005)
- 41 John Armour Who should make Corporate Law? EC Legislation versus
Regulatory Competition
(publ. in: 58 Current Legal Problems [2005], p. 369 ff.)
- 42 David C. Donald The Laws Governing Corporations formed under the
Delaware and the German Corporate Statutes
- 43 Garry J. Schinasi/
Pedro Gustavo Teixeira The Lender of the Last Resort in the European Single
Financial Market
(publ. in: Corss Border Banking: Regulatory Challenges,
Gerard Caprio Jr., Douglas D. Evanoff, George G. Kaufman
eds., 2006)
- 44 Ashley Kovas UCITS – Past, Present and Future in a World of Increasing
Product Diversity

- 45 Rick Verhagen A New Conflict Rule for Securitization and other Cross-Border Assignments – A potential threat from Europe (publ. in: Lloyd’s Maritime and Commercial Law Quarterly 2006, p. 270)
- 46 Jochem Reichert/
Michael Senger Berichtspflicht des Vorstands und Rechtsschutz der Aktionäre gegen Beschlüsse der Verwaltung über die Ausnutzung eines genehmigten Kapitals im Wege der allgemeinen Feststellungsklage (publ. in: Der Konzern 2006, S. 338 ff.)
- 47 Guido A. Ferrarini One Share – One Vote: A European Rule? (publ. in: European Company and Financial Law Review 2006, p. 147)
- 48 Theodor Baums Die Fremdkapitalfinanzierung der Aktiengesellschaft durch das Publikum (publ. in: Bayer/Habersack (eds.), Aktienrecht im Wandel der Zeit, Vol. 2, 2007, 952 ff.)
- 49 Ulrich Segna Anspruch auf Einrichtung eines Girokontos aufgrund der ZKA-Empfehlung „Girokonto für jedermann“? (publ. in: BKR 2006, S. 274 ff.)
- 50 Andreas Cahn Eigene Aktien und gegenseitige Beteiligungen
- 51 Hannes Klühs/
Roland Schmidtbleicher Beteiligungstransparenz im Aktienregister von REIT-Gesellschaften (publ. in: ZIP 2006, S. 1805 ff.)
- 52 Theodor Baums Umwandlung und Umtausch von Finanzinstrumenten im Aktien- und Kapitalmarktrecht (publ. in: Festschrift für Canaris, Bd. II, 2007, S. 3 ff.)
- 53 Stefan Simon/
Daniel Rubner Die Umsetzung der Richtlinie über grenzüberschreitende Verschmelzungen ins deutsche Recht (publ. in: Der Konzern 2006, S. 835 ff.)
- 54 Jochem Reichert Die SE als Gestaltungsinstrument für grenzüberschreitende Umstrukturierungen (publ. in: Der Konzern 2006, S. 821 ff.)
- 55 Peter Kindler Der Wegzug von Gesellschaften in Europa (publ. in: Der Konzern 2006, S. 811 ff.)

- 56 Christian E. Decher Grenzüberschreitende Umstrukturierungen jenseits von SE und Verschmelzungsrichtlinie
(publ. in: Der Konzern 2006, S. 805 ff.)
- 57 Theodor Baums Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht
(publ. in: Die AG 2007, S. 57 ff.)
- 58 Theodor Baums European Company Law beyond the 2003 Action Plan
(publ. in: European Business Organization Law Review Vol. 8, 2007, 143 ff.)
- 59 Andreas Cahn/
Jürgen Götz Ad-hoc-Publizität und Regelberichterstattung
(publ. in: Die AG 2007, S. 221 ff.)
- 60 Roland Schmidtbleicher/
Anh-Duc Cordalis „Defensive bids“ für Staatsanleihen – eine Marktmanipulation?
(publ. in: ZBB 2007, 124-129)
- 61 Andreas Cahn Die Auswirkungen der Kapitaländerungsrichtlinie auf den Erwerb eigener Aktien
(publ. in: Der Konzern 2007, S. 385)
- 62 Theodor Baums Rechtsfragen der Innenfinanzierung im Aktienrecht
- 63 Theodor Baums The Law of Corporate Finance in Europe – An Essay
- 64 Oliver Stettes Unternehmensmitbestimmung in Deutschland – Vorteil oder Ballast im Standortwettbewerb?
- 65 Theodor Baums/
Astrid Keinath/
Daniel Gajek Fortschritte bei Klagen gegen Hauptversammlungsbeschlüsse? Eine empirische Studie
(publ. in: ZIP 2007, S. 1629 ff.)
- 66 Stefan Brass/
Thomas Tiedemann Die zentrale Gegenpartei beim unzulässigen Erwerb eigener Aktien
(publ. in: ZBB 2007, S. 257 ff.)
- 67 Theodor Baums Zur Deregulierung des Depotstimmrechts
(publ. in: ZHR 2007 [171], S. 599 ff.)
- 68 David C. Donald The Rise and Effects of the Indirect Holding System: How Corporate America ceded its Shareholders to Intermediaries
- 69 Andreas Cahn Das Wettbewerbsverbot des Vorstands in der AG & Co. KG
(publ. in: Der Konzern 2007, S. 716 ff.)

- 70 Theodor Baums/
Florian Drinhausen Weitere Reform des Rechts der Anfechtung von
Hauptversammlungsbeschlüssen
(publ. in: ZIP 2008, S. 145 ff.)
- 71 David C. Donald Die Übertragung von Kapitalmarktpapieren nach dem US-
Amerikanischen *Uniform Commercial Code* (UCC)
- 72 Tim Florstedt Zum Ordnungswert des § 136 InsO
(publ. in: ZInsO 2007, S. 914 ff.)
- 73 Melanie Döge/
Stefan Jobst Abmahnung von GmbH-Geschäftsführern in befristeten
Anstellungsverhältnissen
- 74 Roland Schmidtbleicher Das „neue“ acting in concert – ein Fall für den EuGH?
(publ. in: Die AG 2008, S. 73 ff.)

ILF



INSTITUTE FOR LAW AND FINANCE
JOHANN WOLFGANG GOETHE-UNIVERSITÄT FRANKFURT