

DENNIS EIFERT

Die Zukunft der Geschlossenen Gesellschaft in Europa

Eine rechtstheoretische und -vergleichende Analyse
der Harmonisierung nationalen Gesellschaftsrechts

Juristische Reihe **TENEA** / www.jurawelt.com Bd. 126



Dennis Eifert Die Zukunft der Geschlossenen Gesellschaft in Europa

126

Juristische Reihe
TENEA / www.jurawelt.com



TENEA

Diese Dissertation beschäftigt sich mit der Frage der Zukunft der Geschlossenen Gesellschaft in Europa. Der Autor hat seinen Schwerpunkt auf den Vergleich der Rechtsformen GmbH und Ltd. und der kontinentalen und angelsächsischen Rechts-, Wirtschafts- und Gesellschaftssysteme gesetzt. Ziel der Arbeit ist es, einen Aktionspfad zu entwickeln, welcher zu einem für die Marktteilnehmer funktionierenden europäischen System der Geschlossenen Gesellschaften führt. Der Autor beschäftigt sich mit der Frage, wie eine solche Harmonisierung von Statten gehen kann. Er klärt in diesem Zusammenhang zunächst die grundsätzlichen Fragen einer Zielformulierung und der Systematik auf Europäischer Ebene um sich daran anschließend der Untersuchung zu widmen, ob eine Harmonisierung über einen Wettbewerb der Systeme erzeugt durch einen Anpassungsdruck Seitens des Marktes erfolgen soll, oder durch legislative Maßnahmen auf europäischer Ebene. In diesem Zusammenhang untersucht der Autor die grundsätzlichen Differenzen in der rechtlichen Behandlung der Geschlossenen Gesellschaft in Deutschland und Großbritannien, was er auf die unterschiedlichen Rechts- und Wirtschaftskulturen (Stakeholder Value vs. Shareholder Value) und den besonders im nationalen Recht verwurzelten Charakter der Geschlossenen Gesellschaft zurückführt. Der Autor zeigt auf, wie in einer supranationalen nach seiner Vorstellung zu schaffenden Marktgesellschaft (Europäische Privatgesellschaft) die divergierenden angelsächsischen und kontinentalen Rechts-, Wirtschafts- und Gesellschaftssysteme losgelöst vom nationalen Recht harmonisiert werden können, um kleineren und mittleren Gewerbetreibenden die Möglichkeit einer einfachen aber im Sinne eines europäischen Stakeholder-Value-Systems interessengerechten grenzüberschreitenden Tätigkeit zu eröffnen.

Dennis Eifert, geboren am 10. August 1977 in Frankfurt am Main, studierte Rechtswissenschaften in Frankfurt am Main und England. Während seiner Studien- und Referendariatszeit arbeitete der Autor bei einer internationalen Wirtschaftsrechtskanzlei in Frankfurt am Main und in New York. Dennis Eifert ist als Rechtsanwalt bei einer renommierten Wirtschaftsrechtskanzlei in Frankfurt am Main tätig. Die vorliegende Dissertation wurde im Jahre 2007 an der Johann Wolfgang Goethe Universität Frankfurt am Main angenommen.

TENEA

TENEA

Juristische Reihe **TENEA** / www.jurawelt.com Bd. 126



Tenea (ἡ Τενέα), Dorf im Gebiet von Korinth an einem der Wege in die → Argolis, etwas s. des h. Chiliomodi. Sehr geringe Reste. Kult des Apollon Teneates. T. galt im Alt. sprichwörtl. als glücklich, wohl wegen der Kleinheit [...]
Aus: K. Ziegler, W. Sontheimer u. H. Gärtner (eds.): *Der Kleine Pauly*. Lexikon der Antike. Bd. 5, Sp. 585. München (Deutscher Taschenbuch Verlag), 1979.

DENNIS EIFERT

Die Zukunft der Geschlossenen Gesellschaft in Europa

*Eine rechtstheoretische und -vergleichende Analyse
der Harmonisierung nationalen Gesellschaftsrechts*

TENEA

BRISTOL

BERLIN



DENNIS EIFERT

Die Zukunft der Geschlossenen Gesellschaft in Europa

Eine rechtstheoretische und -vergleichende Analyse

der Harmonisierung nationalen Gesellschaftsrechts

(Juristische Reihe TЕНEA/www.jurawelt.com; Bd. 126)

Zugleich Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main

Dissertation 2007

Gedruckt auf holzfreiem, säurefreiem,
alterungsbeständigem Papier

© TЕНEA Verlag Ltd., Bristol, Niederlassung Deutschland
Berlin 2007

Alle Rechte vorbehalten. All rights reserved.

Digitaldruck und Bindung:

docupoint GmbH · 39108 Magdeburg

TЕНEA-Graphik: Walter Raabe, Berlin

Printed in Germany 2007

ISBN 978-3-86504-196-8

Vorwort

Im Januar des Jahres 2004 traf ich mich zu einem Gespräch mit Herrn Professor Dr. Teubner, um das Thema meiner Dissertation zu erörtern.

Vorangegangen waren bis zu diesem Zeitpunkt Gedanken darüber, welche Richtung die Arbeit einschlagen sollte.

Meine Grundüberlegung war zunächst ein Thema aus dem Bereich des Europäischen Gesellschaftsrechtes zu wählen, welches von hoher Relevanz für die Rechts- und Wirtschaftspraxis sein und gleichzeitig aber auch einen Denkanstoß für die Wissenschaft darstellen sollte.

In einem Gespräch mit Herrn Dr. Schmiegelt, von der renommierten Frankfurter Rechtsanwaltskanzlei Göring, Schmiegelt und Fischer, fragte ich diesen danach, welcher Bereich des Gesellschaftsrechtes in der momentanen praktischen Diskussion stand. Er vertrat die Auffassung, in Anlehnung an das damals neue europarechtliche Institut der Europäischen Aktiengesellschaft und die Entscheidungen des EuGH in Sachen Centros, Überseering und Inspire Art stelle sich vermehrt die Frage danach, welche Zukunft die GmbH im grenzüberschreitenden Handel habe und welche Bedeutung diese aufgrund des Wettbewerbes mit der englischen Ltd. erlangen würde.

Bereits während meines Studiums und aufgrund meines Studienaufenthaltes in England hatte ich mich für die Rechtsform der Geschlossenen Gesellschaft insbesondere im Vergleich zwischen dem kontinentalen und dem angelsächsischen Recht interessiert, und so entstand die Idee, in einer wissenschaftlichen Arbeit die Zukunft des Rechts der Geschlossenen Gesellschaft im Europäischen Rechtsraum zu behandeln.

Herr Professor Dr. Teubner zeigte für die Untersuchung dieser Frage ebenfalls Interesse, schlug mir jedoch vor, das Thema aus einem anderen Gesichtspunkt heraus zu bearbeiten: Einer rechtstheoretischen, rechtssoziologischen und insbesondere bereichsübergreifenden Sichtweise.

Ich hatte mich bis zu diesem Zeitpunkt nur in Grundzügen mit Rechtstheorie und Rechtssoziologie im Privat- und Gesellschaftsrecht beschäftigt, stellte aber im Verlauf der anfänglichen Recherche und des Einlesens fest, dass mich diese Herangehensweise fesselte, es mir erlaubte das Thema in einer Tiefe zu untersuchen, welche die Chancen das Ergebnis der Bearbeitung zu realisieren, nicht unwesentlich erhöhen konnte.

Die Entscheidung über das Gelingen von Rechtssetzungsprojekten fällt in der Herangehensweise. Viele Autoren haben sich Gedanken darüber gemacht, wie das Recht der Geschlossenen Gesellschaft in seiner endgültigen Form als Statut oder Richtlinie ausgestaltet sein sollte und dabei

Erfahrungen aus dem Recht der Aktiengesellschaften zugrundegelegt. Nur wenige haben aber untersucht welche theoretischen Grundüberlegungen anzustellen sind.

Wichtig war es also, den zu wählenden und zu wünschenden Weg der Entwicklung des Rechts der Geschlossenen Gesellschaften im europäischen Rechtsraum aus Sicht der betroffenen und beteiligten Personen und insbesondere die Bereiche der Wirtschaft, Politik und Gesellschaft zu untersuchen, die, obwohl in Rechtsnormen unerwähnt bleibend, maßgeblichen Einfluss auf die Rechtsentwicklung im Rahmen des Gesellschaftsrechts haben.

Besonderer Dank gilt Herrn Professor Dr. Teubner für die intensive, sowohl fachliche als auch persönliche Unterstützung und Betreuung meiner Dissertation.

Des Weiteren geht mein Dank an Frau Professorin Dr. Haar für die Anfertigung des Zweitgutachtens.

Bedanken möchte ich mich ebenfalls bei Herrn Dr. Schmiegel für den Impuls zu dieser Arbeit.

Mein spezieller Dank gilt aber auch meinen Eltern. Ohne Eure vielfältige Unterstützung in allen Lebenslagen hätte ich meinen persönlichen und beruflichen Weg nicht in dieser Weise beschreiten können und diese Arbeit würde wohl nicht am Ende meiner Ausbildung stehen.

Frankfurt, Juli 2007

Dennis Eifert

INHALTSVERZEICHNIS

| | Seite |
|--|---------------|
| LITERATURVERZEICHNIS | I |
| QUELLENVERZEICHNIS | XVI |
| RECHTSPRECHUNGSVERZEICHNIS | XVII |
| ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS | XVIII |
| EINLEITUNG | 1 |
| Kapitel 1: Der Begriff der Geschlossenen Gesellschaft | 6 |
| A. Allgemeine Begriffsbestimmung | 6 |
| B. Die Geschlossene Gesellschaft: Kapital- oder Personengesellschaft? | 7 |
| I. Begriffliche Einordnung | 7 |
| II. Die Begrenzung auf geschlossene Kapitalgesellschaften | 8 |
| Kapitel 2: Die Entstehung der Geschlossenen Gesellschaft – Das Modell der GmbH und der Ltd. | 10 |
| A. Die Entstehung der GmbH | 10 |
| I. Die Beweggründe | 10 |
| II. Die Ausgestaltung der Rechtsform der GmbH | 11 |
| III. Stellungnahme | 14 |
| B. Die Entstehung der Ltd. | 15 |
| I. Geschichtliche Entstehung und Beweggründe für die Ltd. | 15 |
| II. Der Fall Salomon versus Salomon & Co. | 18 |
| III. Die Folgen der Entscheidung und ihre Bewertung | 19 |
| IV. Die gesetzliche Ausgestaltung der Ltd. durch das Company Law | 20 |

| | |
|--|-----------|
| Kapitel 3: Die Geschlossene Gesellschaft und ihr Bezug zu kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) | 22 |
| A. Der Begriff der kleinen und mittleren Unternehmen | 22 |
| B. Der Bezug zwischen KMUs und Geschlossenen Gesellschaften | 23 |
| Kapitel 4: Die Bedeutung geschlossener Gesellschaften im EU-Binnenmarkt..... | 26 |
| A. Statistische Erhebungen über KMUs | 26 |
| B. Statistische Erhebungen über die GmbH und die Ltd. im Europäischen Kontext | 28 |
| I. Die Ltd. in Großbritannien | 28 |
| II. Die GmbH in Deutschland | 30 |
| III. Stellungnahme | 33 |
| Kapitel 5: Der Stand der Rechtsharmonisierung in Bezug auf die Geschlossenen Gesellschaften | 35 |
| A. Richtlinien zur Regelung des Rechts der Handels- und Kapitalgesellschaften | 35 |
| B. Der Stand der Rechtsangleichung in Bezug auf das Gesellschaftsrecht | 36 |
| C. Der Stand der Rechtsangleichung in Bezug auf die Geschlossenen Gesellschaften | 37 |
| I. Die Publizitätsrichtlinie von 1968 | 37 |
| II. Die Einpersonen-GmbH Richtlinie | 40 |
| III. Die Bilanzrichtlinie | 43 |
| IV. Abschließende Stellungnahme | 44 |
| D. SE und EWIV und die Geschlossenen Gesellschaften | 46 |
| I. Die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV) | 46 |
| II. Die Europäische Aktiengesellschaft (EAG/SE) | 50 |
| III. Abschließende Stellungnahme | 54 |

| | | |
|-------------------|--|-----------|
| Kapitel 6: | Ein europäisches Unternehmensrecht nach dem Vorbild des ius commune europaeum | 56 |
| A. | Begriff und Entstehung des ius commune europaeum | 56 |
| B. | Rechtsentwicklung in den Nationalstaaten – Der Abschied vom ius commune | 58 |
| I. | Die Entwicklung des Englischen Common Law | 58 |
| II. | Das BGB und die Abkehr vom ius commune in Deutschland | 59 |
| 1. | Der Begriff des Volksgeistes und seine Auswirkungen auf das Recht | 59 |
| 2. | Die Kodifizierungsbewegungen und das BGB | 60 |
| III. | Staatenbildung und veränderte Rechtssetzungsprozesse | 62 |
| IV. | Die Rechtssysteme im Kontext europäischer Harmonisierungsbemühungen | 63 |
| V. | Abschließende Stellungnahme | 65 |
| | | |
| Kapitel 7: | Systembildung im Europäischen Gesellschaftsrecht | 67 |
| A. | Einleitung | 67 |
| B. | Dogmatik im europäischen Gesellschaftsrecht | 68 |
| C. | Die bestehenden Auslegungsregeln auf europäischer Ebene | 69 |
| I. | Wortlaut | 70 |
| II. | Historisch | 71 |
| III. | Zwischenergebnis | 72 |
| IV. | Teleologisch | 74 |
| 1. | Zielformulierung und Rhetorik | 74 |
| a) | Die Begriffe der wertenden und der neutralen Rhetorik | 74 |
| b) | Die Rhetorik und der moralische Diskurs | 75 |
| c) | Die Antrittsvorlesung Hommelhoffs als Beispiel für neutrale Rhetorik | 77 |
| d) | Stellungnahme | 78 |

| | |
|---|-----------|
| 2. Ziele und Prinzipien des Europäischen Gesellschaftsrechts | 79 |
| a) Das Grundprinzip des „gemeinsamen Binnenmarktes“ | 79 |
| b) Sonstige Prinzipien des Europäischen Gemeinschaftsrechts | 81 |
| aa) Die Vorschrift des Art. 2 EG | 82 |
| bb) „Shareholder-Value“ und „Stakeholder-Value“ | 82 |
| cc) Stellungnahme | 86 |
| c) Besondere Ziele in Bezug auf die Geschlossene Gesellschaft | 88 |
| V. Systematisch | 89 |
| 1. Supranationale Gesellschaftsform oder Rechtsangleichung | 89 |
| 2. Stellungnahme in Bezug auf die Europäische Geschlossene Gesellschaft | 90 |
| Kapitel 8: Notwendigkeit einer Normierung der Geschlossenen Gesellschaft | 92 |
| A. Das Prinzip des Wettbewerbs der Systeme | 92 |
| B. Wettbewerb der Systeme im Europäischen Rechtsraum ? | 94 |
| I. Möglichkeit eines Wettbewerbs der Systeme auf Europäischer Ebene | 94 |
| II. Centros/Inspire Art, Wettbewerb der Systeme und der EG | 97 |
| 1. Die Entscheidung „Centros“ und der Vorgänger „Daily Mail“ | 98 |
| 2. Der Wettbewerb der Gesetzgeber und der EG | 99 |
| a) Die Auffassung der Kommission und des EuGH | 99 |
| b) Die Vorschriften der Art. 43, 48 EG im Vergleich zu den Art. 95ff. EG | 100 |
| C. Die Geschlossene Gesellschaft und der Wettbewerb der Systeme | 104 |
| I. Ltd. und GmbH und Wettbewerb der Systeme | 104 |
| II. Wettbewerb der Systeme: „race to the bottom“ oder „race to the top“? | 106 |
| 1. Die Begriffe „race to the bottom“ und „race to the top“ und der Delaware Effekt | 106 |

| | |
|--|------------|
| 2. Der Wettbewerb der Systeme und die Geschlossene Gesellschaft“ | 108 |
| a) Die Geschlossene Gesellschaft: „race to the top“ oder „race to the bottom“ | 108 |
| b) Wettbewerb der Systeme und Stakeholder-Value | 110 |
| c) Wettbewerb der Systeme und politische Selbsterhaltungsinteressen | 112 |
| d) Nicht grenzüberschreitend operierende Gesellschaften | 115 |
| e) Wettbewerb der Systeme und die Anbindung an sonstiges nationales Recht | 116 |
| D. Abschließende Stellungnahme | 119 |
| | |
| Kapitel 9: Die legislative Angleichung der europäischen Systeme der Geschlossenen Gesellschaften im Wege der Richtlinienrechtsetzung | 124 |
| A. Einleitung | 124 |
| B. Harmonisierung durch Richtlinien und die Geschlossene Gesellschaft | 125 |
| I. Das Harmonisierungsinstrument der Richtlinie | 125 |
| II. Die Richtliniengesetzgebung und der Ausdruck nationaler Interessen | 127 |
| III. Die Anschlussfähigkeit nationalen Rechts | 130 |
| 1. Harmonisierung durch Richtlinien und die Frage der Verlaufsabhängigkeit | 130 |
| 2. Die Richtlinie im nationalen Recht | 134 |
| 3. Nicht grenzüberschreitend operierende Gesellschaften | 142 |
| 4. Die Auslegungspraxis der nationalen Gerichte | 144 |
| 5. Die Richtlinie – Insellösung statt Gesamtkonzept | 147 |
| IV. Abschließende Stellungnahme | 149 |

| | |
|--|------------|
| Kapitel 10: Die Schaffung einer supranationalen europäischen Geschlossenen Gesellschaft mittels Erlass einer Verordnung | 152 |
| A. Einführung | 152 |
| B. Das Rechtsetzungsmittel der Verordnung | 153 |
| C. Die Verordnung und die Europäische Private Gesellschaft | 153 |
| | |
| Kapitel 11: Handelnde Akteure zur Ausgestaltung der Europäischen Privaten Gesellschaft | 157 |
| | |
| Kapitel 12: Die Europäische Privatgesellschaft – Modell eines legislativen Aktionspfades | 159 |
| A. Einleitung | 159 |
| B. Sinn und Legitimation für die Schaffung einer EPG | 159 |
| C. Richtlinie oder Verordnung – Gesamtlösung oder Insellösung | 161 |
| D. Die maßgeblichen Akteure bei der Entwicklung der EPG | 164 |
| E. Die inhaltliche Ausgestaltung der EPG | 166 |
| I. Grundsätzliche Ausrichtung der EPG | 166 |
| II. Die EPG als Formulargesellschaft | 167 |
| III. Die EPG als supranationales Optionsmodell | 168 |
| IV. Rechtsschutz und Auslegung von Statut, Satzung und Verträgen der EPG | 170 |
| F. Abschließende Stellungnahme | 171 |
| | |
| ZUSAMMENFASSENDE BETRACHTUNG..... | 173 |

LITERATURVERZEICHNIS

- Armour John** Who should make Corporate Law? EC Legislation Versus Regulatory Competition,
In: ILF Working Paper Series No. 41 (2005), S. 1–52,
abzurufen unter: http://www.ilf-frankfurt.de/uploads/media/ILF_WP_041.pdf.
- Bachmann, Gregor** Grundtendenzen der Reform geschlossener Gesellschaften in Europa,
in: ZGR (2001), S. 351–384.
- Barchellan, Roberto** Eurostat: Statistik kurz gefasst, Heft 34/2005,
abzurufen unter:
http://www.eds-destatis.de/de/downloads/sif/nj_05_34.pdf.
- Basedow, Jürgen** Grundlagen des europäischen Privatrechts,
in: JUS (2004), S. 89–96.
- Derselbe** Europäisches Internationales Privatrecht,
in: NJW (1996), S. 1921–1930.
- Behrens, Peter** Voraussetzungen und Grenzen der Rechtsfortbildung durch Rechtsvereinheitlichung,
in: RabelsZ (1986), S. 18–33.
- Bernholz, Peter /
Faber, Malte** Überlegungen zu einer normativ-ökonomischen Theorie der Rechtsvereinheitlichung,
in: RabelsZ (1986), S. 34–59.
- Birds, John H.** Die britische Private Company,
in: Roth, Günther H. (Hrsg.), Das System der

- Kapitalgesellschaften im Umbruch – ein internationaler Vergleich,
(Rechtsfragen der Handelsgesellschaften)
Köln, 1990, S. 138–160,
zitiert als Birds, in: Das System der Kapitalgesellschaften im Umbruch, S.
- Blaurock, Uwe** Europäisches und deutsches Gesellschaftsrecht – Bilanz und Perspektiven eines Anpassungsprozesses, in: ZeuP (1998), S. 460–483.
- Boucoucheliev, Jeanne** Die Harmonisierung des Gesellschaftsrechts in der Europäischen Union: Erreichtes und Perspektiven, in: RIW (1999), S. 1–6.
- Caruso, Daniela** The Missing View of the Cathedral: The Private Law Paradigm of European Legal Integration, in: European Law Journal (1997), S. 3–32.
- Coing, Helmut** Savigny und die deutsche Privatrechtswissenschaft, in: NJW (1979), S. 2019–2021.
- CREDA** Die Europäische Privatgesellschaft, zitiert als CREDA, die Europäische Privatgesellschaft, (Abschnitt), abzurufen unter:
<http://www.etudes.ccip.fr/dossiers/spe/de/index.html>
- Dauses, Manfred (Hrsg.)** Handbuch des EU-Wirtschaftsrechtes (Loseblattsammlung), München, zitiert als: Bearbeiter in: Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band, Abschnitt, Rn.
- Deakin, Simon** Regulatory Competition versus Harmonisation in

- European Company Law,
ESRC Centre for Business Research, University of
Cambridge, Working Paper 163, (2000), S. 1–50.
- Deckert, Martina R.** Zum Harmonisierungsbedarf im Europäischen
Gesellschaftsrecht,
in: *RabelsZ* (2000), S. 478–496.
- Dejmek, Paulina** Das künftige Europa und die Europäische
Privatgesellschaft,
in: *NZG* (2001), S. 878–884.
- Dieselbe** Neue Dynamik im Europäischen Gesellschaftsrecht –
Eine Europäische Privatgesellschaft als Ergänzung
zur Europäischen Aktiengesellschaft,
in: *GmbHHR* (2002), S. 107–108.
- Dierksmeier, Jochen /
Schabert, Markus** GmbH und englische Limited im Wettlauf der
Reformen 2006, in *BB* (2006), S. 1517–1523.
- Donath, Roland** Das Gesellschaftsrecht in Europa,
JA (1993), S. 289–296.
- Dreher, Meinrad** Wettbewerb oder Vereinheitlichung der
Rechtsordnungen in Europa,
in: *JZ* (1999), S. 105–112.
- DTI (Department of Trade and
Industrie)** Companies in 2001–2002
abzurufen unter:
<http://www.dti.gov.uk/files/file10698.pdf#search=%22DTI%20Companies%20in%202001%22>.
- Ebke, Werner** Unternehmensangleichung in der Europäischen
Union: Brauchen wir ein European Law Institute?,

in: Hübner, Ullrich/ Ebke, Werner F. (Hrsg.),
Festschrift für Bernhard Großfeld zum 65.
Geburtstag, Heidelberg, 1999, S. 189–221,
zitiert als: Ebke in FS–Großfeld, S.

Eckert, Hans-Werner

Die Harmonisierung des Rechts der Einpersonen-
GmbH,
in: EuzW (1990), S. 54–57.

Ehricke, Ulrich

Anforderungsprofil an eine Europäische
Privatgesellschaft, die Einsatzmöglichkeiten und ihre
gesellschaftsvertragliche Ausgestaltung nach dem
Statut,
in: Hommelhoff, Peter/ Helms, Dietmar (Hrsg.), Neue
Wege in die Europäische Privatgesellschaft:
Rechts- und Steuerfragen in der Heidelberger
Diskussion, Köln, 2001, S. 18–78,
zitiert als: Ehricke in Hommelhoff/Helms, S.

Derselbe

Die Überwindung von Akzeptanzdefiziten als
Grundlage zur Schaffung neuer supranationaler
Gesellschaftsformen,
in: RabelsZ (64/2000), S. 497–16.

EUROSTAT

SMEs in Europe–
Competitiveness, innovation and the knowledge-
driven society. (Data 1996–2001) 2002 Edition,
abzurufen unter:
http://epp.eurostat.cec.eu.int/cache/ITY_OFFPUB/KS-CJ-02-001/DE/KS-CJ-02-001-DE.PDF.

Ewald, William

Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal
Transplants,
in: The American Journal of Comparative Law
(1995), S. 489–510.

- Fischer, Sebastian** Brücken zur Europäischen Privatgesellschaft,
in: ZeuP (2004), S. 737–761.
- Franzen, Martin** Privatrechtsangleichung durch die Europäische
Gemeinschaft,
Berlin, 1999.
- Gleichmann, Karl** Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung,
in: ZHR (149/1985) S. 633–650.
- Götz, Volkmar** Europäische Gesetzgebung durch Richtlinien –
Zusammenwirken von Gemeinschaft und Staat,
in: NJW (1992), S. 1849–1856.
- Großfeld, Bernhard** Zur Geschichte des europäischen Bilanzrechts,
in: Lindacher, Walter F. (Hrsg.), Festschrift für
Walther J. Habscheid zum 65. Geburtstag, Bielefeld,
1989, S. 131–138,
zitiert als: Großfeld, in: FS-Habscheid, S.
- Grundmann, Stefan** Europäisches Gesellschaftsrecht,
eine systematische Darstellung unter Einbeziehung
des Kapitalmarktrechts,
Heidelberg, 2004.
- Grundmann, Stefan/
Riesenhuber, Karl** Die Auslegung des Europäischen Privat- und
Schuldvertragsrechts,
in: JUS (2001), S. 529–536.
- Guyon, Yves** Rechtliche Vorgaben: die *société fermée*: Versuch
einer Begriffsbestimmung,
in: Boucourechliev, Jeanne / Hommelhoff Peter
(Hrsg.), Vorschläge für eine Europäische

- Privatgesellschaft
(Rechtsfragen der Handelsgesellschaften),
Köln 1999, S. 43–52,
zitiert als: Guyon, in: Boucourechliev/Hommelhoff,
S.
- Habersack, Matthias** Europäisches Gesellschaftsrecht,
3. Auflage, München 2006,
zitiert als: Habersack, §, S., Rn.
- Halbhuber, Harald** Limited Company statt GmbH? Europarechtlicher
Rahmen und deutscher Widerstand,
Baden-Baden, 2001.
- Derselbe** Neutrale Rhetorik, wertender Gehalt:
Kommunikationsprobleme in der europäischen
Gesellschaftsrechtsharmonisierung am Beispiel des
Konzernrechts,
in: ZeuP (2002), S. 236–264.
- Hank, Rainer** „Bezahlen müssen die Aktionäre“,
in: FAZ vom 04. 04. 2004.
- Hauschka, Christoph E.** Grundprobleme der Privatrechtsfortbildung durch die
Europäische Wirtschaftsgemeinschaft,
in: JZ (1990), S. 521–532.
- Helms, Dietmar** Die Europäische Privatgesellschaft (Rechtsfragen der
Handelsgesellschaften),
Köln, 1998.
- Derselbe** Mustersatzungen für die Europäische
Privatgesellschaft,
in: Hommelhoff, Peter/ Helms, Dietmar (Hrsg.),

- Neue Wege in die Europäische Privatgesellschaft:
Rechts- und Steuerfragen in der Heidelberger
Diskussion, Köln, 2001, S. 285–295,
zitiert als: Helms in Hommelhoff/Helms, S.
- Hicks, Andrew/
Drury, Robert** Die Erfahrungen der Nationalrechte und Vorschläge
für eine europäische Rechtsform,
in: Boucourechliev, Jeanne / Hommelhoff Peter
(Hrsg.), Vorschläge für eine Europäische
Privatgesellschaft
(Rechtsfragen der Handelsgesellschaften),
Köln 1999, S. 62–126.
zitiert als: Hicks/Drury, in:
Boucourechliev/Hommelhoff, S.
- Hirte, Heribert** Die Europäische Aktiengesellschaft,
in: NZG (2002), S. 1–10.
- Hommelhoff, Peter** Die „Société fermée européenne“ – eine
supranationale Gesellschaftsform für kleine und
mittlere Unternehmen im europäischen Binnenmarkt,
in: WM (1997), S. 2101–2109.
- Derselbe** ECLR Konzernrecht für den Europäischen
Binnenmarkt, in: ZGR (1992), S. 121–141.
- Hopt, Klaus J.** Europäisches Gesellschaftsrecht – Krise und neue
Anläufe,
in: ZIP (1998), S. 96–107.
- Hueck, Goetz /
Windbichler, Christine** Gesellschaftsrecht – Ein Studienbuch, 20. Auflage,
München, 2003,
zitiert als: Hueck/Windbichler, §, Rn.

- Jochum, Heike** Das Erbe Friedrich Carl von Savignys,
Zur 225sten Wiederkehr des Geburtstags von
Friedrich Carl von Savigny,
in: NJW (2004), S. 568–573.
- Karoff, Martina** Richtlinie und Umsetzungspraxis – Eine
Bestandsaufnahme anhand der
Freizügigkeitsrichtlinien,
in: RabelsZ (1984), S. 649–720.
- Kieninger, Eva-Maria/
Leible, Stefan** Plädoyer für einen „Europäischen wissenschaftlichen
Ausschuss für Privatrecht“,
in: EuZW (1999), S. 37–40.
- Kittner, Michael** Die „Europäische Kooperationsvereinigung“
Ein taugliches Instrument zur Ordnung des
europäischen Konzentrationsprozesses?,
in: ZGR (1995), S. 48–67.
- Kommission der Europäischen
Gemeinschaften** Die Industriepolitik der Gemeinschaft –
Memorandum der Kommission an den Rat,
Brüssel 1970,
zitiert als: Kommission in die Industriepolitik der
Gemeinschaft, S.
- Dieselbe (Projektleiter Gérard Seguin)** Abschlussbericht Machbarkeitsstudie über ein
europäisches Statut für KMU,
abzurufen unter:
http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/craft/craft-priorities/craft_spe_event.htm
- Kornblum, Udo** Aktuelle bundesweite Rechtstatsachen zum
Unternehmens- und Gesellschaftsrecht,
in: GmbHR (2003) S. 1157–1173.

- Kötz, Hein** Gemeineuropäisches Zivilrecht,
in: Bernstein, Herbert/Drobniig, Ulrich/Kötz, Hein
(Hrsg.), Festschrift für Konrad Zweigert zum 70.
Geburtstag, Tübingen (1981),
S. 481–500,
zitiert als: Kötz, in: FS-Zweigert, S.
- Derselbe** Rechtsvereinheitlichung – Nutzen, Kosten, Methode,
Ziele,
in: RabelsZ (1986), S. 1–17.
- Krause, Rüdiger** Die Stellung von KMU im europäischen
Gesellschaftsrecht,
in: EuZW (2003), S. 747–751.
- Kübler, Friedrich/
Assmann, Heinz-Dieter** Gesellschaftsrecht, 6.Auflage, Heidelberg 2006.
- Kühling, Jürgen
Lieth, Oliver** Dogmatik und Pragmatik als leitender Parameter der
Rechtsgewinnung im Gemeinschaftsrecht,
in: EuR (2003), S. 370–389.
- Legrand, Pierre** Against a European Civil Code,
In: The Modern Law Review (1997), S. 44–63.
- Derselbe** European Legal Systems are not converging,
In: International and Comparative Law Quarterly
(1996), S. 52–81.
- Derselbe** Comparative Legal Studies and Commitment to
Theory,
in: The Modern Law Review (1995), S. 262–273.

- Lembeck, Eva-Desirée** UK Company Law Reform – Ein Überblick
In: NZG (2003), S. 956–965.
- Lenz, Carl Otto** Gemeinsame Grundlagen und Grundwerte des Rechts
der Europäischen Gemeinschaften,
in: ZRP (1988), S. 449–453.
- Lutter, Marcus** Die Entwicklung der GmbH in Europa und in der
Welt,
in Lutter, Marcus/ Ulmer, Peter/Zöllner, Wolfgang
(Hrsg.), Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, Köln,
1992, S. 49–83,
zitiert als: Lutter, in: FS-100 Jahre GmbH-Gesetz, S.
- Derselbe** Die Auslegung angeglichenen Rechts,
in: JZ (1992), S. 593–607.
- Derselbe** Für eine Unternehmer-Gesellschaft (UG) – Zur
notwendigen Erweiterung der geplanten GmbH-
Reform,
in: BB Beilage (2006), Nr. 7, S. 2–4.
- Luttermann, Claus** Juristische Übersetzung als Rechtspolitik im Europa
der Sprachen,
in: EuZW (1998), S. 151–157.
- Mattheus, Daniela** Bericht über die Diskussion
Die EPG: Grundkonzeption und rechtspolitische
Eckpunkte,
in: Hommelhoff, Peter/Helms, Dietmar (Hrsg.),
Neue Wege in die Europäische Privatgesellschaft:
Rechts- und Steuerfragen in der Heidelberger
Diskussion, Köln, 2001, S. 97–105,

- zitiert als: Mattheus, in: Hommelhoff/Helms, S.
- Merkt, Hanno** Das Europäische Gesellschaftsrecht und die Idee des „Wettbewerbs der Gesetzgeber“, in: RabelsZ (1995), S. 549–568.
- Meyer, Justus** Die GmbH und andere Handelsgesellschaften im Spiegel empirischer Forschung (I), in: GmbHR (2002), S. 177–189 (Teil 1), S. 242–257 (Teil 2).
- Mock, Sebastian** Harmonisation, Regulation and Legislative Competition in European Corporate Law, in: German Law Journal (2002/ Vol. 3), S. 1–16.
- Mosiek-Urbahn, Marlies** Rechtsvereinheitlichung durch europäisches Privatrecht – eine Herausforderung für die Mitgliedstaaten der Europäischen Union, in: ZRP (2000), S. 297–301.
- Müller, Markus** Systemwettbewerb, Harmonisierung und Wettbewerbsverzerrung, Baden-Baden, 2000.
- Müller-Graff, Peter–Christian** Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht, in: NJW (1993), S. 13–23.
- Derselbe** Rechtsgrundlagen im Gemeinschaftsrecht für die Europäische Privatgesellschaft, in: Hommelhoff, Peter/Helms, Dietmar (Hrsg.), Neue Wege in die Europäische Privatgesellschaft: Rechts- und Steuerfragen in der Heidelberger Diskussion, Köln, 2001, S. 289–308, zitiert als: Müller-Graff, in: Hommelhoff/Helms, S.

- Müller-Gugenberger, Christian** EWIV – Die neue europäische Gesellschaftsform,
In: NJW (1989), S. 1449–1458.
- North, Douglas C.** Institutionen, institutioneller Wandel und
Wirtschaftsleistung, Tübingen, 1992.
- Priester, Hans-Joachim** Die deutsche GmbH nach „Inspire Art“ – brauchen
wir eine neue?
In: DB (2005), S. 1315–1320.
- Puig, Gonzalo Villalta** A Two-Edged Sword: Salomon and the Separate
Legal Entity Doctrine,
Murdoch University Electronic Journal of Law
(2000), Volume 7, Nr. 3,
abzurufen unter:
[http://www.murdoch.edu.au/Draw/issues/v7n3/puig73
a_text.html#Salomon%20v%20Salomon](http://www.murdoch.edu.au/Draw/issues/v7n3/puig73a_text.html#Salomon%20v%20Salomon),
zitiert als: Puig, S. 6.
- Rengeling, Hans-Werner** Europäische Normgebung und ihre Umsetzung in
nationales Recht,
in: DVbl (1995), S. 945–954.
- Remien, Oliver** Über den Stil des europäischen Privatrechts –
Versuch einer Analyse und Prognose,
in: RabelsZ (1996), S. 1–39.
- Rittner, Franz** Ein Gesetzbuch für Europa,
in: Immenga, Ulrich (Hrsg.), Festschrift für Ernst-
Joachim Mestmäcker: zum 70. Geburtstag, Baden-
Baden 1996, S. 449–459,
zitiert als: Rittner, in: FS–Mestmäcker, S.

- Romano, Roberta** Is Regulatory Competition a Problem or Irrelevant for Corporate Governance,
Yale University (u. a.), Working Paper No. 05–02 (2005), S. 1–45.
- Schilling, Wolf-Ulrich** Shareholder Value und Aktiengesetz,
in: BB (1997), S. 373–380.
- Schimmelpfennig, Hans-Christoph/
Hauschka, Christoph E.** Die Zulassung der Einpersonen-GmbH in Europa und die Änderung des deutschen GmbH-Rechts,
in: NJW (1992), S. 942–945.
- Schlüter, Andreas** Die EWIV: Modellfall für ein europäisches Gesellschaftsrecht?
In: EuZW (2002), S. 589–594.
- Schön, Wolfgang** Mindestharmonisierung im europäischen Gesellschaftsrecht,
in: ZHR (1996), S. 222–249.
- Derselbe** Das Bild des Gesellschafters im Europäischen Gesellschaftsrecht,
in: RabelsZ (2000), S. 1–37.
- Schubert, Werner** Das GmbH-Gesetz von 1892 – „eine Zierde unserer Reichsgesetzsammlung“. Das historische Geschehen um die GmbH von 1888–1902, in: Lutter, Marcus/
Ulmer, Peter/Zöllner, Wolfgang (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, Köln, 1992,
S. 1–47,
zitiert als: Schubert, in: FS-100 Jahre GmbH-Gesetz,
S.

- Schwarz, Günter Christian** Europäisches Gesellschaftsrecht – Ein Handbuch für
Wissenschaft und Praxis,
Baden-Baden, 2000.
- Smits, Jan** A European Private Law as a Mixed Legal System,
in: Maastricht Journal of European and Comparative
Law (5/1998), S. 328–340.
- Streinz, Rudolf. (Hrsg.)** EUV/EGV – Vertrag über die Europäische Union und
Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft,
München, 2003,
zitiert als: Bearbeiter, in: Streinz, Art., EG, Rn.
- Teubner, Gunter** Legal Irritants: How Unifying Law ends up in New
Divergences,
in: The Modern Law Review (1998), S. 11–32.
- Derselbe** Eigensinnige Produktionsregimes: Zur Ko-Evolution
von Wirtschaft und Recht in den varieties of
capitalism,
in: Soziale Systeme (1999), S. 7–25.
- Timmermaans, Christian W.A.** Die europäische Rechtsangleichung im
Gesellschaftsrecht,
in: RabelsZ (1984), S. 1–47.
- Vitols, Sigurt** Varieties of Corporate Governance: Comparing
Germany and the UK,
in: Hall, Peter /Soskice, David (Hrsg.), Varieties of
Capitalism: The Challenges facing Contemporary
Political Economics,
Köln, 1999,
zitiert als: Vitols, in: Varieties of Capitalism, S.

**Von der Groeben, Hans/ Schwarze,
Jürgen**

Kommentar zum Vertrag über die Europäische
Gemeinschaft und zur Gründung der Europäischen
Gemeinschaft, Band 4, 6. Auflage, Baden-Baden,
2004,
zitiert als: Bearbeiter, in: Von der Groeben/Schwarze,
Band 4, Art., Rn.

Winter, Jaap (Vorsitzender)

The High Level Group of Company Law Experts
Report on “A modern regulatory framework for
company law in Europe”
Brüssel, November 2002,
abzurufen unter:
http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_en.pdf,
zitiert als: Winter Kommission, S.

Zimmermann, Reinhard

Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage
europäischer Rechtseinheit,
in: JZ (1992), S. 8–20.

Zitscher, Harriet Christiane

Probleme eines Wandels des innerstaatlichen Rechts
zu einem europäischen Rechtssystem nach der
Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofes,
RabelsZ (1996) (60), S. 649–660.

QUELLENVERZEICHNIS

| | |
|----------------------|--|
| AktG | Das Recht der Aktiengesellschaften (Aktengesetz) |
| BGB | Das Bürgerliche Gesetzbuch |
| BGHDB | Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in „Der Betrieb“ |
| BMJ | Bundesministerium der Justiz |
| CLRSG | Company Law Reform Steering Group |
| CREDA | Centre de recherche sur le droit des affaires |
| DTI | Department of Trade and Industries |
| EU/EuRLex | Die Europäische Union/ EurLex, das Informationsportal der Europäischen Union |
| EuGHE | Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes in der amtlichen Sammlung |
| EUROSTAT | Statistikamt der Europäischen Gemeinschaften |
| FAZ | Frankfurter Allgemeine Zeitung |
| Frankfurter Institut | Stiftung Marktwirtschaft-Frankfurter Institut |
| FT | Financial Times Deutschland |
| KschG | Kündigungsschutzgesetz |
| Libertas | Libertas Europäisches Institut GmbH |
| Winter Commission | The High Level Group of Company Law Experts. |

RECHTSPRECHUNGSVERZEICHNIS

| Gericht | Urteil von | Aktenzeichen/ i. S. | Fundstelle | Textseite |
|------------------------|------------|--|----------------|--------------|
| BGH | 1999 | Gesellschafter: Keine Haftungsbeschränkung einer Personengesellschaft durch „mbH“-Zusatz | BGHDB 1999 | S. 2205–2207 |
| EUGH | 1974 | Haaga GmbH | EuGHE Slg 1974 | I–1201 |
| EUGH | 1982 | CILFIT / Ministero della Sanità | EuGHE Slg 1982 | I–3415 |
| EUGH | 1988 | Daily Mail | EuGHE Slg 1988 | I–5483 |
| EUGH | 1991 | Titandioxid | EuGHE Slg 1991 | I–2867 |
| EUGH | 1999 | Centros | EuGHE Slg 1999 | I–1459 |
| EUGH | 2002 | Überseering | EuGHE Slg 2002 | I–9919 |
| EUGH | 2003 | Inspire Art | EuGHE Slg 2003 | I–10155 |
| House of Lords (UK) | 1897 | Salomon vs. Salomon & Co. | House of Lords | [1897] AC 22 |

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

| | |
|-----------|---|
| Abl. (EG) | Amtsblatt (der Europäischen Gemeinschaften) |
| Abs. | Absatz |
| AC | Court of Appeal (Berufungsinstanz) |
| Art. | Artikel |
| AG | Aktiengesellschaft (Zeitschrift) |
| BB | Der Betriebsberater (Zeitschrift) |
| BetrVG | Betriebsverfassungsgesetz |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BIP | Bruttoinlandsprodukt |
| BMJ | Bundesministerium der Justiz |
| BV | Besloten Vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (holländische GmbH) |
| bzgl. | bezüglich |
| bzw. | beziehungsweise |
| (Abl) C | (Amtsblatt) Commission |
| CDU | Christlich Demokratische Union Deutschlands |
| CREDA | Centre de recherche sur le droit des affaires |
| DB | Der Betrieb (Zeitschrift) |
| DIHT | Deutscher Industrie und Handelstag |
| DTI | Department of Trade and Industrie (UK) |
| DVB1 | Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift) |
| EAG | Europäische Aktiengesellschaft (= SE) |
| EG | Europäische Gemeinschaft(en)/ Europäischer Gemeinschaftsvertrag |
| EKV | Europäische Kooperationsvereinigung |

| | |
|----------------|--|
| EPG | Europäische Private Gesellschaft |
| Etc. | Et cetera (und so weiter) |
| EuR | Europarecht (Zeitschrift) |
| EU | Europäische Union/ Europäischer Unionsvertrag |
| EU 15/25 | Europäische Union der 15/25 Mitgliedstaaten |
| EuG | Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften |
| EuGH | Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften |
| EuGHE | Entscheidung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften |
| EUR | EURO (Währung) |
| EUROSTAT | Statistikamt der Europäischen Gemeinschaften |
| EWG | Europäische Wirtschaftsgemeinschaft |
| EWGV | Vertrag über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft |
| EWIV | Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung |
| f. | Folgende (Seite) |
| FAZ | Frankfurter Allgemeine Zeitung |
| ff. | Fortfolgende (Seiten) |
| Fn. | Fußnote |
| FS | Festschrift |
| FT | Financial Times (Deutschland) |
| GA | Generalanwalt des Europäischen Gerichtshofes |
| GbR | Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts |
| GmbH | Gesellschaft mit beschränkter Haftung |
| GmbH & Co. KG | Gesellschaft mit beschränkter Haftung und Co-(existenter) Kommanditgesellschaft |
| GmbH & Co. GbR | Gesellschaft mit beschränkter Haftung und Co-(existenter) Gesellschaft bürgerlichen Rechts |

| | |
|----------|---|
| GmbHG | Gesetz über die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH Gesetz) |
| Hrsg. | Herausgeber |
| ILF | Institute for Law and Finance |
| JUS | Juristische Schulung (Zeitschrift) |
| JA | Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift) |
| JZ | Juristen Zeitung |
| KG | Kommanditgesellschaft |
| KGaA | Kommanditgesellschaft auf Aktien |
| KMU | Kleinere/Kleinste und mittlere Unternehmen |
| KschG | Kündigungsschutzgesetz |
| (Abl) L | Legislation |
| Ltd. | Private Company limited by shares/ Private Limited Company |
| MitbestG | Gesetz über die betriebliche Mitbestimmung (Mitbestimmungsgesetz) |
| Mio. | Millionen |
| MüKo | Münchener Kommentar |
| m.w.N. | mit weiteren Nachweisen (Literatur) |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| Nr. | Nummer |
| N.Y. | New York (City) |
| NZG | Neue Zeitschrift für das Gesellschaftsrecht |
| OHG | Offene Handelsgesellschaft |
| plc/PLC | Public Limited Company (Englische Aktiengesellschaft) |
| RabelsZ | Rabels Zeitschrift des internationalen Rechts |
| RdW | Recht der Wirtschaft |

| | |
|-------------|--|
| RIW | Recht der Internationalen Wirtschaft |
| RL | Richtlinie |
| Rn. | Randnummer |
| S. | Seite |
| SE | Societas Europaea / Europäische (Aktien-)Gesellschaft |
| SEBG | Societate Europeea Beteiligungsgesetz |
| SE-RL | Richtlinie betreffend die Societas Europaea (Mitbestimmung) |
| SE-VO | Verordnung über die Societas Europaea |
| (EugH) Slg. | Sammlung (der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes) |
| SMEs | Small and medium sized enterprises (=KMUs) |
| s.o. | siehe oben |
| SPD | Sozialdemokratische Partei Deutschlands |
| u.a. | unter anderem/ unter anderen (Personen) |
| UK | United Kingdom/ Vereinigtes Königreich |
| U.S./U.S.A. | United States/ United States of America (Vereinigte Staaten von Amerika) |
| u.s.w. | und so weiter |
| vgl. | vergleiche |
| VO | (Europäische Verordnung) |
| WM | Wertpapiermitteilungen – Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankenrecht |
| WuSa | Wirtschafts- und Sozialausschuss |
| z. B. | zum Beispiel |
| ZeUP | Zeitschrift für Europäisches Privatrecht |
| ZGR | Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht |
| ZHR | Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht |

ZIP

Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

ZRP

Zeitschrift für Rechtspolitik (Beilage der NJW)

EINLEITUNG

Die Geschlossene Gesellschaft in Form der kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) ist eine Gesellschaftsform die, obwohl sie die meist gewählte Gesellschaftsform in der Europäischen Gemeinschaft ist, im Rahmen europäischer Rechtssetzungsmaßnahmen eher vernachlässigt wurde.

Seit Anbeginn der gesellschaftsrechtlichen Harmonisierungsbemühungen fand im Wesentlichen eine Konzentration auf die Rechtsform der offenen Kapitalgesellschaften statt, die in der Schaffung einer Europäischen Aktiengesellschaft (SE) ihren vorläufigen Höhepunkt fand.

In vielen Beratungen, aber auch in der Lehre und der Literatur wurde oft argumentiert, nur die offenen Kapitalgesellschaften unterlägen einem Anpassungsdruck seitens des Kapitalmarktes. Die Geschlossenen Gesellschaften hingegen würden in der Regel nicht grenzüberschreitend tätig werden, hätten also mithin keinen europarechtlichen Bezug.

Spätestens seit den Entscheidungen des EuGH in Sachen Centros, Überseering und Inspire Art, die insbesondere für die Rechtsform der Geschlossenen Gesellschaften von Bedeutung waren, aber auch seit den zahlreichen Stellungnahmen der Organe der Europäischen Gemeinschaft und des Wirtschafts- und Sozialausschusses ist es jedoch erforderlich, einen Argumentationswechsel zu vollziehen und das Augenmerk verstärkt auf die Geschlossene Gesellschaft zu richten.

In einem europäischem Rechts- und Wirtschaftsraum muss es das Ziel sein, Mobilität und Wettbewerb zu fördern und damit den gemeinsamen Markt zu erhalten. Wettbewerbsbestimmende Parameter sollten jedoch rein wirtschaftlicher, marktgeprägter und -bestimmter Art sein und nicht durch die Divergenz der Rechtssysteme und politische Interessen bestimmt werden. Gerade in Zeiten der Erweiterung der Gemeinschaft um zehn neue Mitglieder und der geplanten Fortsetzung der Erweiterung ist es erforderlich, die neuen, nicht etablierten Mitglieder sowohl rechtlich und politisch, aber auch kulturell und wirtschaftlich einzubinden, um die-

se an europäischem Wachstum und Wohlstand teilhaben zu lassen. Wie sich zeigen wird, ist die Geschlossene Gesellschaft ein wesentliches Vehikel, um den Handel aus dem rein nationalen Gebiet in den europäischen Wirtschaftsraum zu transportieren.

Diese Arbeit wird sich im Folgenden sowohl mit der Notwendigkeit, als auch mit der Art und Weise der Harmonisierungs- und Angleichungsbestrebungen im Recht der Europäischen Geschlossenen Gesellschaften befassen.

Angemerkt sei hierzu zunächst, dass sich die Bearbeitung weitgehend auf die unabhängige Geschlossene Gesellschaft und nicht auf das Konstrukt der Konzerngesellschaft beziehen wird. Zu begründen ist dies einmal damit, dass die Konzerngesellschaft bereits durch ihre Einbindung in einer Gruppe in der Regel international operiert, sich also die Vorschriften betreffend die Aktiengesellschaften auf diese eher anwenden lassen. Zum anderen bestehen für die geschlossene Konzerngesellschaft über die übergeordnete Gesellschaft die entsprechenden Mobilitätsprobleme nicht. Ziel der hier zu behandelnden Fragen soll es aber sein, gerade unabhängigen Gewerbetreibenden die Entscheidung zu einem grenzüberschreitenden Handel zu erleichtern. Bezugnahme zu der Frage des GmbH-Konzerns wird selbstverständlich dort erfolgen, wo supranationale Regelungen vorhanden sind. Die Erwähnung soll aber vielmehr der Untersuchung dienen, inwieweit diese das Vorhaben unabhängiger in der Geschlossenen Gesellschaft organisierter Gewerbetreibender fördern können.

Das Augenmerk der Arbeit wird sich nicht, wie in anderen Veröffentlichungen ausführlich geschehen, auf die detaillierte inhaltliche Ausgestaltung der Normensetzung oder der Schaffung einer supranationalen Gesellschaftsform richten, sondern vielmehr den Weg zu solchen Vorhaben untersuchen.

Die Bearbeitung soll sich mit der Frage auseinandersetzen, welche rechtssoziologischen und rechtstheoretischen Schwierigkeiten entstehen können, wenn bei einem gesellschaftsrechtlichen Harmonisierungs- oder

Angleichungsprozess oder der Schaffung einer supranationalen Gesellschaftsform zwei Rechts- und Wirtschaftssysteme wie das kontinentale und das angelsächsische aufeinander treffen, und inwieweit diese in Bezug auf die Geschlossenen Gesellschaften gelöst werden können.

Zunächst ist es hierzu erforderlich, die Geschlossene Gesellschaft zu definieren und ihren Zusammenhang mit den kleinen und mittleren Unternehmen aufzuzeigen. Dies führt wiederum zu der Frage des Stellenwertes der Geschlossenen Gesellschaft in der Europäischen Gemeinschaft und der Notwendigkeit zu ergreifender Maßnahmen. Anhand ausgewählter statistischer Erhebungen soll deutlich gemacht werden, dass der Ansatz, sich ausschließlich auf die Offenen Gesellschaften zu konzentrieren und hierbei die Geschlossenen Gesellschaften zu vernachlässigen, seit jeher verfehlt war.

Anschließend wird zu behandeln sein, welchen Stand die Rechtsharmonisierung in Bezug auf die Geschlossenen Gesellschaften erreicht hat, und warum im einzelnen der Weg einer Ausnahmebehandlung der Geschlossenen Gesellschaften im Rahmen der Offenen Gesellschaften beschränkt wurde.

Bevor sich die Arbeit mit den möglichen Wegen der Rechtsangleichung und Rechtsharmonisierung des Rechts der Geschlossenen Gesellschaften befassen wird, soll der Frage nachgegangen werden, ob die Schaffung eines gesamten europäischen Unternehmens- und Gesellschaftsrechtes nach Vorbild des *ius commune europaeum* möglich und erstrebenswert ist, und welche Gründe hiergegen im einzelnen anzuführen sind.

Die Beantwortung dieser Frage führt in den Hauptteil der Bearbeitung, nämlich der Untersuchung, auf welchem Wege eine Harmonisierung oder Angleichung bzw. die Schaffung supranationaler Gesellschaftsformen vonstatten gehen kann. Zunächst sind hierfür einige grundsätzliche Themen zu behandeln, die im weiteren Verlauf in Bezug auf die Geschlossenen Gesellschaften Aufschluss geben sollen.

Harmonisierungs- und Angleichungsmaßnahmen auf supranationaler Ebene, insbesondere im Recht der Europäischen Union müssen im Ein-

klang mit bestehenden Normen und Rechtsprinzipien stehen. Es ist daher erforderlich, sich grundsätzliche Gedanken über Fragen der Dogmatik und Systematik, aber auch der Wertung im Recht der Europäischen Union zu machen. Solche Überlegungen sind essenziell, um das Ziel und den Weg im Rahmen der technischen Ausführung von Vorhaben vorzugeben. Dies wird umso bedeutender, wenn man sich die Problematik vor Augen führt, dass für zwei sich unterscheidende Rechts- und Wirtschaftssysteme wie das kontinentale und das angelsächsische gemeinsame Rechtsprinzipien und Ziele formuliert werden sollen. Es wird jedoch auch im Rahmen dieser Untersuchung nicht nur spezifisch auf Unterschiede in Dogmatik, Systematik und den jeweiligen Prämissen einzugehen sein, sondern auch darauf, welche Hindernisse durch unterschiedliche Sprachen(-regelungen) und kulturelle Wertungen, divergierende wirtschafts- und sozialpolitische Ansätze und Erhaltungsinteressen, sowie fehlendes Verständnis und gelernte Maxime bei der Durchführung und Umsetzung, bzw. Anwendung von Harmonisierungsmaßnahmen durch die nationalen Gewalten entstehen können.

Somit stellt sich anschließend an die Behandlung grundsätzlicher Themen die Frage des Weges, der zu beschreiten ist: Vollständige oder teilweise Harmonisierung, Wettbewerb der Systeme oder legislative Maßnahmen, Koexistenzlösungen für nicht grenzüberschreitend tätige Unternehmen oder Einheitsrecht, Vielfalt der Gesellschaftsformen oder supranationale Geschlossene Gesellschaft? Im Rahmen der Beantwortung dieser Fragen werden die grundsätzlichen Themen ein Wegweiser sein. Ziel der Arbeit bleibt es zu klären, welche Ziele erstrebenswert sind und auf welchem Wege diese am besten zu erreichen sind. Ist es wünschenswert und überhaupt möglich, sich einem US-Amerikanischen Gesellschaftsrechtssystem anzunähern? Welche Akteure sollten im Vordergrund stehen und auch gestaltend mitwirken, politische Organe oder die betroffenen Marktteilnehmer und Interessengruppen? Steht eine Entwicklung, die der EuGH durch seine Entscheidungen zur Niederlassungsfreiheit mögli-

cherweise vorgezeichnet hat, im Einklang mit den Zielen des EGV oder widerspricht ihnen diese?

Am Ende der Bearbeitung soll die Frage beantwortet werden können, wie den Fragen und Problemen der Rechtsform der Geschlossenen Gesellschaft und der divergierenden Rechts- und Wirtschaftssysteme und sprachlichen sowie kulturellen und politischen Prämissen auf europäischer Ebene am besten begegnet werden kann und wer geeignet erscheint, diese am besten zu lösen, damit Rechtssicherheit und Rechtsvertrauen entstehen und die Märkte verschmelzen können.

Kapitel 1: Der Begriff der Geschlossenen Gesellschaft

A. Allgemeine Begriffsbestimmung

Die Geschlossene Gesellschaft wird meist in Abgrenzung zur offenen, börsennotierten Gesellschaft definiert.

Während die Offene Gesellschaft sich durch das Charakteristikum der Anonymität auszeichnet, also in ihrem Bestand unabhängig von der Zahl ihrer Mitglieder ist und ihre Anteile frei handelbar sind, beschreibt die Geschlossene Gesellschaft einen Typus, bei welchem gerade der Kreis der Gesellschafter begrenzt sein soll. Der Begriff der Öffentlichkeit bezieht sich im Rahmen der Offenen Gesellschaft auf entsprechende Aktivitäten am Kapitalmarkt, also den Handel mit Wertpapieren. Die Geschlossene Gesellschaft zeichnet sich im Gegensatz hierzu gerade durch ihre Kapitalmarktferne aus.¹

Es handelt sich somit um eine Gesellschaftsform deren Gesellschafterkreis in Bezug auf den Zugang von außen geschlossen ist und damit eine echte Partnerschaft, eine *affectio societatis*, begründet.² Dies zeigt sich im Wesentlichen daran, dass, im Gegensatz zur Offenen Gesellschaft, eine Übertragung von Anteilen an außerhalb der Gesellschaft stehende in der Regel³ nicht ohne die Zustimmung der übrigen Gesellschafter möglich ist: „(Dritte) müssen an die Tür klopfen, ohne sicher zu sein, ob Ihnen geöffnet wird.“⁴

¹ *Guyon* in Boucourechliev/Hommelhoff, S. 43f.

² *CREDA*, Die Europäische Privatgesellschaft, Begründung.

³ Die einzelnen Gesellschaftsverträge unterscheiden sich hier hinsichtlich der Übertragung und Belastung von Anteilen. In der Regel bedürfen diese aber eines Gesellschafterbeschlusses. Hinsichtlich der Übertragung der Anteile enthalten die meisten Gesellschaftsverträge ebenfalls bestimmte Einziehungs- und/oder Vorkaufsklauseln.

⁴ *Guyon* in Boucourechliev/Hommelhoff, S. 49ff.; Helms, S. 108.

B. Die Geschlossene Gesellschaft: Kapital- oder Personengesellschaft?

I. Begriffliche Einordnung

Fraglich ist jedoch, ob die Geschlossene Gesellschaft dem System der Kapitalgesellschaften oder der Personengesellschaften zuzuordnen ist, oder vielmehr ein solches Abgrenzungskriterium gänzlich verworfen werden sollte?

Die Beantwortung dieser Frage ist erforderlich, um den Begriff der Geschlossenen Gesellschaft weiter einzugrenzen. Werden nämlich sowohl Personen- als auch Kapitalgesellschaften erfasst, also neben der GmbH auch die GbR, die OHG und die KG, bzw. ihre entsprechenden ausländischen Pendanten würde es sich um ein Harmonisierungsvorhaben handeln, welches sich der Schaffung eines europäischen Unternehmensrechtes annäherte.

Guyon argumentiert, eine Abgrenzung zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften sei im Rahmen der Geschlossenen Gesellschaften schwerlich vorzunehmen. Dies zeige sich insbesondere an dem Beispiel der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Während die Gesellschaft zwar zum einen nur mit ihrem Kapital hafte, also als Kapitalgesellschaft zu verstehen sei, spreche die personalistische Beziehung zwischen den Gesellschaftern wiederum für den Charakter einer Personengesellschaft. Dies zeige sich in noch stärkerem Maße bei den Typenmischungen, beispielsweise der KGaA. Eine Abgrenzung nach dem System der Kapital- und Personengesellschaften sei daher nicht hilfreich und folglich abzulehnen. Vielmehr solle es einzig und allein darauf ankommen, ob der Zugang zur Gesellschaft von außen für Dritte offen oder verwehrt sei.⁵

Dieser Argumentation ist dahingehend zuzustimmen, dass eine rein begriffliche Einteilung der Geschlossenen Gesellschaft in Kapital- oder Personengesellschaften nicht zu einer eindeutigen Eingrenzung führt. Sowohl bei der GmbH als auch bei der OHG, der GbR und der KG han-

⁵ *Guyon* in Boucourechliev/Hommelhoff, S. 46ff., 49ff.; so auch Helms, S.107f.

delt es sich um einen geschlossenen Gesellschafterkreis, zu dessen Zutritt Dritte in der Regel die Zustimmung der übrigen Gesellschafter benötigen. Es müsste sich nach der oben angeführten Begriffsbestimmung also bei allen um Geschlossene Gesellschaften handeln.

Somit kann eine Begrenzung nur aus praktischer Sicht, also aus Sicht der Durchführbarkeit eines solchen Vorhabens vorgenommen werden.

Anzumerken ist jedoch, dass es verfehlt erscheint, die Problematik anhand der GmbH zu erläutern. Die GmbH ist ihrer Struktur und Organisation nach eine "Geschlossene Aktiengesellschaft". Neben ihrer körperschaftlichen Organisation (Organschaft) ist das Stammkapital wie bei der Aktiengesellschaft ziffernmäßig festgelegt, und die Haftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft beschränkt auf das Entstehen der Gesellschaft und nicht der Gesellschafter.⁶ Gerade hierdurch sowie durch das Unterliegen der Körperschaftsbesteuerung unterscheidet sich die GmbH aber von der OHG und der GbR, also den Personengesellschaften. Sicherlich ist dem zuzustimmen, dass die GmbH gerade durch ihren geschlossenen Gesellschafterkreis personalistische Strukturen aufweist, jedoch kann dies nicht dazu führen, der GmbH Einteilungsschwierigkeiten zu unterstellen. Es handelt sich bei dieser Rechtsform eindeutig um eine Kapitalgesellschaft.

II. Die Begrenzung auf geschlossene Kapitalgesellschaften

Wie bereits angedeutet, würde die Ausweitung des Begriffs der Geschlossenen Gesellschaften auf Personengesellschaften ein nicht überschaubares Harmonisierungsvorhaben bedeuten. Jedoch ist eine Eingrenzung nicht allein mit der Anzahl der zu harmonisierenden Gesellschaftsformen zu begründen.

Die Personengesellschaften sind ihrer Struktur nach tief im nationalen Recht und den individuellen Kulturvorstellungen verwurzelt⁷ und erfass-

⁶ Kübler, S. 221f.; S. 23.

⁷ CREDA, Die Europäische Privatgesellschaft, Begründung.

sen, wie im Falle der GbR, auch die Verfolgung ideeller Ziele, also beispielsweise die Vereinbarung einer Fahrgemeinschaft.⁸ Ziel einer Harmonisierung kann es aber nicht sein, alle Ziele einer Gesellschaft zu erfassen. Dies würde gemessen am Subsidiaritätsprinzip der Europäischen Gemeinschaft die Kompetenzen der Gemeinschaft weit übersteigen und auch den Bedürfnissen der Gewerbetreibenden, gerade auch derjenigen, die weder grenzüberschreitend, noch überhaupt gewerblich tätig werden, nicht gerecht werden.

Somit kann unter dem Begriff der Geschlossenen Gesellschaft im Rahmen eines Harmonisierungsvorhabens nur die geschlossene Kapitalgesellschaft verstanden werden.

Die GmbH bzw. ihre vergleichbaren ausländischen Gesellschaftsformen, wie zum Beispiel die Ltd. in Großbritannien, werden in der Regel als der Idealtypus der Geschlossenen Gesellschaften bezeichnet.⁹

Die Bezeichnungen für diesen Gesellschaftstypus sind nicht einheitlich. So wird teilweise auch die Bezeichnung „Private Gesellschaft“ verwendet. Inhaltlich beschreiben diese unterschiedlichen Bezeichnungen jedoch eine einheitliche Gesellschaftsform.

⁸ Kübler, S. 44.

⁹ Bachmann, ZGR 2001, S. 352.

Kapitel 2: Die Entstehung der Geschlossenen Gesellschaft – Das Modell der GmbH und der Ltd.

Die Gesellschaftsform der Geschlossenen Gesellschaft ist ein spezieller Typus, der sich im Grunde aus den Nachteilen der Offenen Gesellschaften für bestimmte Gewerbetreibende ergeben hat. Es ist daher erforderlich, auch in Abgrenzung zu der Erscheinungsform der Offenen Gesellschaft, kurz auf die Entstehung einzugehen. Gerade in Bezug auf den Schwerpunkt dieser Arbeit bietet es sich an, hierfür die GmbH und die Ltd. als Beispiel anzuführen.

A. Die Entstehung der GmbH

I. Die Beweggründe

Die Rechtsform der GmbH entwickelte sich 1892 aus dem Bedürfnis heraus, eine Gesellschaftsform zu schaffen, die sich an solche Gewerbetreibende richten sollte, für welche die Gründung einer Aktiengesellschaft aus Kosten- und Organisationsgründen zu aufwendig und damit nicht zweckmäßig erschien. Man kam zu dem Schluss, dass es den Bedürfnissen des Wirtschaftslebens nicht mehr entspräche, dass sich Studentenvereinigungen und katholische und sonstige religiöse Vereinigungen in die Rechtsform der Aktiengesellschaft flüchteten, weil es für sie keine anderen Rechtsformen gäbe. Es werde deutlich, dass insbesondere beim Mittelstand bzw. bei kleinen und mittleren Unternehmen ein dringendes Bedürfnis nach neuen Rechtsformen bestehe, so unter anderem die Begründung.¹⁰ Die neue Rechtsform müsse es zum Ziel haben, eine Assoziation zwischen Kapital und Intelligenz im höheren Grade zu erreichen.¹¹ Deutlich wird somit, dass eine Rechtsform geschaffen werden sollte, die gerade dem Bedürfnis nach einer Verbindung kapitalistischer und personalis-

¹⁰ *Hammacher* in Mitteilung des Deutschen Handelstages an die Mitglieder, S. 3f., vgl. Schubert in FS-100 Jahre GmbH-Gesetz, S. 14, S. 45; *Lutter* in FS-100 Jahre GmbH-Gesetz, S. 51.

¹¹ *Hammacher* in Mitteilung des Deutschen Handelstages an die Mitglieder S. 9, vgl. Schubert in FS-100 Jahre GmbH-Gesetz, S. 16.

tischer Strukturen entgegenkommen sollte. Es sollte also gezielt ein Typus geschaffen werden, der für kleine und mittlere Gewerbetreibende eine ideale Plattform bot. Daneben sollte es diesen Gewerbetreibenden aber auch möglich sein, ihre Haftung auf ein Mindestmaß zu begrenzen. So wurde die Gesellschaft mit beschränkter Haftung geschaffen.¹²

II. Die Ausgestaltung der Rechtsform der GmbH

Interessanterweise geht die Entwicklung der GmbH zu einem großen Teil auf Beobachtungen in England zurück, in der sich gleichzeitig die englische Form der Geschlossenen Gesellschaft, die Limited herausbildete.

Das englische System der Geschlossenen Gesellschaft wurde in Deutschland weithin als Missbrauch des Aktienrechts angesehen, was zu der Forderung nach einer eigenen Rechtsform und nach einer eigenständigen Regelung führte. So schrieb der Abgeordnete Oechelhäuser, einer der treibenden Kräfte für die Rechtsform der GmbH: „Der ungeheure Umfang, in welchem in England und seinen Kolonien das Aktienrecht formal missbraucht werde, liefere einen eklatanten Beweis für die wirtschaftliche Nothwendigkeit, Gesellschaftsformen auf individualistischer Grundlage, aber mit beschränkter Haftbarkeit zu schaffen und es nicht darauf ankommen zu lassen, dass sich der formale Missbrauch des Aktienrechts schließlich auch bei uns einbürgert, weil legale Wege für die Erfüllung notwendiger wirtschaftlicher Aufgaben nicht vorhanden sind.“¹³ Teilhaber einer Limited bewirtschafteten ihr Kapital in derselben Weise wie in einer Offenen Handelsgesellschaft, ohne sich im geringsten um die Vorschriften des Aktienrechts zu kümmern.¹⁴ Bereits an dieser Aussage wird, wie später noch genauer zu beschreiben sein wird, die unterschiedliche Herangehensweise im kontinentalen und im angelsächsischen Rechtsraum deutlich. So wird das System des Einheitsrechtes als formeller Missbrauch des Aktienrechts angesehen, welcher es notwendig mache,

¹² Hueck/Windbichler, § 34, Rn. 1.

¹³ Das Zitat stammt aus Schubert in FS-100 Jahre GmbH-Gesetz, S. 5.

¹⁴ Ebenda.

eigenständige Regelungen zu schaffen. Die Beweggründe für die Schaffung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung werden als akzeptabel und begrüßenswert anerkannt, jedoch berücksichtige das angelsächsische System Schutzinteressen anderer zu wenig: „Sie (die Limiteds) sind aus einem berechtigten Drang nach Verbindung mit beschränkter Haftbarkeit hervorgegangen und würden sicherlich zum großen, vielleicht größten Teil auf dem Boden der Solidarhaft nicht entstanden sein.“¹⁵ In England bestehe die Freiheit der „Association“, wenn auch auf Grund einer formell missbräuchlichen Durchbrechung des englischen Aktienrechts.¹⁶ Diese Ansicht der Notwendigkeit einer eigenständigen Rechtsform wurde denn auch in den Kommentierungen zu dem ersten Gesetzesentwurf deutlich, welcher im Wesentlichen unverändert in dem anschließenden Gesetz seinen Ausdruck fand: Der Entwurf füge sich als ein selbstständiges Glied, nicht als Anhängsel einer bestehenden Gesellschaftsart in unser Handelsrecht ein, (und werde) in 79¹⁷ Paragraphen erschöpfend behandelt.¹⁸

Diese Ansicht herrscht in übereinstimmender Weise auch heute noch vor. *Lutter* begründet die Notwendigkeit einer eigenständigen Regelung damit, dass „der Erlass eines eigenen, nur die GmbH betreffenden Gesetzes zum Ausdruck bringt, dass diese neue Gesellschaft als eigenständige und von den vorhandenen Regelungen eher abweichende Gesellschaftsform aufgefasst wird. Ihre Einführung in den Kontext bereits bestehender Regelungen unterstreicht demgegenüber ihre Zugehörigkeit zu diesen, die dann auch meist zu einer großen Zahl gemeinsamer Vorschriften führt.“¹⁹ In der Folgezeit gab es viele Ansichten und Gutachten darüber, wie das Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung auszugestalten sei. Im

¹⁵ So *Oechelhäuser*, vgl. Schubert in FS-100 Jahre GmbH-Gesetz, S. 5.

¹⁶ *Hammacher* in Mitteilung des Deutschen Handelstages an die Mitglieder S. 9, vgl. Schubert in FS-100 Jahre GmbH-Gesetz, S. 16.

¹⁷ Man beachte, dass das GmbH Gesetz auch heute noch mit lediglich 87 Paragraphen auskommt.

¹⁸ So der Kommentar des Berichterstatters *Oechelhäuser* (Verhandlungen), S. 2, vgl. Schubert in FS-100 Jahre GmbH-Gesetz, S. 24.

¹⁹ *Lutter* in FS-100 Jahre GmbH-Gesetz, S. 52.

Einzelnen gab es hier gewichtige Unterschiede, die im Wesentlichen damit zusammenhingen, dass verschiedene Gruppen wie die Gewerkschaften, der Kolonialverein, Gutachter und Wissenschaftler an den Beratungen beteiligt waren und jeweils versuchten, der ihr nahe stehenden Klientel gerecht zu werden. Jedoch hatten alle Forderungen ein Grundgerüst gemeinsam, welches sich dadurch auszeichnete, das Recht der Gesellschaft sowohl an das Aktienrecht als auch an das Recht der OHGs anzulehnen, also kapitalistische und personalistische Strukturen zu verbinden. Dies sollte durch einen geschlossenen Gesellschafterkreis mit erschwerter Übertragung der Anteile erfolgen. Die Führung der Gesellschaft, so wurde vorgeschlagen, sei den Gesellschaftern zu übertragen. Daneben sollte auf der einen Seite die Haftung auf eine festgelegte Einlage beschränkt sein, auf der anderen Seite aber auch dieses Grundkapital der Sicherung außen Stehender dienen.²⁰ Immer wieder wurde darauf hingewiesen, dass die Gesellschaft allen möglichen Zwecken offen stehe, dabei das Prinzip der Vertragsfreiheit gelten und von gesteigerten Offenlegungspflichten dringend abzusehen sei, um den erhofften wirtschaftlichen Erfolg der neuen Gesellschaftsform nicht zu gefährden.²¹

Die auf wirtschaftliche und vertragliche Bewegungsfreiheit angelegte Gesellschaftsform rechtfertigte sich durch ihre steigende Beliebtheit. Bereits im ersten Jahr ihres Bestehens gab es mehr GmbH- als AG- Gründungen. Innerhalb der ersten zehn Jahre gab es bereits mehr GmbHs als AGs, was mit Sicherheit auch mit deren steuerlicher Attraktivität zu begründen ist.²² Sämtliche Befürchtungen, die Gesellschaftsform könne dazu missbraucht werden, die Gläubiger zu schädigen und zu Spekulationszwecken genutzt werden, wurden nicht bewahrheitet. Vielmehr wuchs das Vertrauen der Marktbeteiligten in die neue Rechtsform beständig.²³

²⁰ So seinerzeit das Gutachten der Handelskammer Saarbrücken; Stellungnahme der (Unter-)kommission zur Schaffung der neuen Gesellschaftsform, vgl. Schubert in FS-100 Jahre GmbH-Gesetz, S. 10f., S. 19.

²¹ So der Kommentar des Berichterstatters *Oechelhäuser* (Verhandlungen), S. 6., vgl. Schubert in FS-100 Jahre GmbH-Gesetz, S. 25f.

²² Ebenda, S. 36.

²³ Ebenda, S. 43.

III. Stellungnahme

Man wird sagen können, dass die Schaffung der Gesellschaftsform der GmbH revolutionär war. Revolutionär dahingehend, dass in den Beratungen sowie in der endgültigen Gesetzesform einzig die Belange der Marktteilnehmer²⁴ ausschlaggebend waren. Es wurde darüber nachgedacht, wo die Probleme gewisser Gewerbetreibender, für welche die Rechtsform der AG nicht passend war, lagen, und welche Auswirkungen sich hierdurch auf die allgemeine Wirtschaftslage ergäben: „Das wirtschaftliche Leben kranke in manchen Punkten, besonders nach der Richtung hin, dass der Unternehmungsgeist für neue sich allmählich entwickelnde Unternehmungen bedenklich zu erlahmen beginne.“²⁵

Es zeigt sich hier ein marktbezogenes Denken, welches sowohl in den vorangegangenen, als auch in den folgenden Jahren selten war. Dies zeigt sich im weiteren an dem Gedanken, dem Prinzip der Vertragsfreiheit so weit wie möglich zu folgen und Beschränkungen, gerade im Bereich der Offenlegungspflichten nur insoweit aufzuerlegen, als dass sie notwendig waren und das Ziel, neue Unternehmungen anzuschieben, nicht gefährdeten. Es wird aber auch deutlich, dass neben den rein politischen Beratungen, den durch ihre Interessengruppen vertretenen Marktteilnehmern ein großes Gewicht beigemessen wurde. So war der Entwurf des Deutschen Handelstages oder die Stellungnahme der Handelskammer Saarbrücken zu großen Teilen Vorbild für die letztendliche Gesetzesform. Jedoch wurden auch den Stellungnahmen der Kaufmannschaft, der Gewerkschaften und insbesondere der Enquête des Deutschen Handelstages große Bedeutung beigemessen. Es sollte bereits im Vorfeld ermittelt werden, „ob und in welchem Umfange in den Kreisen des Handels und der Industrie selbst eine Ergänzung des bestehenden Rechts durch die Einfüh-

²⁴ Wobei unter Marktteilnehmer selbstverständlich aus deutscher Sicht alle betroffenen Interessengruppen, d. h. Gewerbetreibende, Verbraucher, Kapitalgeber, Gläubiger, Arbeitnehmer etc. zu verstehen sind. Dies ergibt sich bereits aus der Zielvorstellung, den Missbrauch zu unterbinden, und den beteiligten Interessengruppen.

²⁵ *Hammacher* in Mitteilung des Deutschen Handelstages an die Mitglieder S. 9, vgl. Schubert in FS-100 Jahre GmbH-Gesetz, S. 16.

nung neuer Rechtsformen für gesellschaftliche Unternehmungen als Bedürfnis empfunden wird und Bejahendenfalls, in welcher Weise nach Ansicht der Beteiligten diesem Bedürfnis zu entsprechen sei.“²⁶

Das abschließende GmbH-Gesetz spiegelte genau diese Bedürfnisse wider und scheint durch politische Machterhaltungsinteressen nicht gefährdet worden zu sein. Eine Rechtsform erblickte das Licht der Welt, welche es Gewerbetreibenden bis hin zu Familien ermöglichte, neue Unternehmungen zu gründen und ihre Haftung zu begrenzen, ohne deren Gläubiger schutzlos zu lassen. Die Beliebtheit der GmbH kann wohl damit begründet werden, dass die Marktteilnehmer eine Rechtsform vorfanden, die sie ihrer grundlegenden Probleme im Zusammenhang mit der AG, Kosten und komplizierte Organisation, entledigte. Im weiteren wird der GmbH die Ltd. gegenüberzustellen und zu ermitteln sein, wo sich Gemeinsamkeiten und wo sich Unterschiede gerade in der Ausgestaltung ergeben.

B. Die Entstehung der Ltd.

I. Geschichtliche Entstehung und Beweggründe für die Ltd.

Im Rahmen der Entstehung der Ltd. in Großbritannien soll vorerst noch nicht auf die Unterschiede in den Rechtssystemen eingegangen werden. Vielmehr sollen auch hier, wie im Rahmen der GmbH in Deutschland, die Bedürfnisse nach einer solchen Rechtsform und ihre Charakteristika aufgezeigt werden.

Das englische Gesellschaftsrecht kennt im Wesentlichen nur zwei Typen, unter welche die einzelnen Erscheinungsformen gefasst werden: Die Public Company (Offene Gesellschaft) und die Private Company (Geschlossene Gesellschaft). Diese Gesellschaftstypen werden durch ein einheitliches Regelwerk, den Companies Act, ausgestaltet.²⁷

²⁶ Schubert in FS-100 Jahre GmbH-Gesetz, S. 16.

²⁷ Hicks/Drury in Boucourechliev/Hommelhoff, S. 74.

Der Companies Act, welcher zahlreiche Veränderungen erfahren hat und auch gegenwärtig wieder Gegenstand zahlreicher rechtswissenschaftlicher Untersuchungen ist, geht heute von einem gegenüber der Schaffung des Companies Act 1907 umgekehrten Grundsatz aus. Während noch 1907 ein Unternehmen grundsätzlich eine Public Company war, das nur, sofern es die entsprechenden Voraussetzungen erfüllte als „Private“ galt, ist heute jedes Unternehmen grundsätzlich eine Private Company, es sei denn, es erfüllt die Voraussetzungen einer Public Company.²⁸ Diese Entwicklung ist mit Sicherheit auf die große Bedeutung der Ltd. in Großbritannien zurückzuführen, kann aber auch mit den zahlreichen Angleichungsmaßnahmen auf europäischer Ebene begründet werden.²⁹ Im Rahmen zahlreicher Veränderungen des Companies Act hat im Wesentlichen nur noch eine maßgebende Voraussetzung Bestand, welche die Private von der Public Company unterscheidet: Der Zugang zum öffentlichen Kapitalmarkt. Besteht dieser Zugang, also werden Geschäftsanteile oder Anleihen öffentlich angeboten, handelt es sich um eine Public, ansonsten um eine Private Company.³⁰ Hieraus folgt dann auch die Trennung in zwei Gesellschaftsformen, der plc. auf der einen Seite und der Ltd. auf der anderen Seite.³¹

Die Beweggründe für die Schaffung des Rechtsinstitutes der Geschlossenen Gesellschaft unterschieden sich, trotz divergierender Hintergründe, nicht wesentlich von denen in Deutschland.

Aufgrund des englischen Systems, auf ein Mindestkapital zu verzichten und dafür im Gegenzug umfassende Offenlegungspflichten zu oktroyieren, war die Public Company ein Rechtsinstitut, welches gerade für klei-

²⁸ Die Company Law Reform hat dieses Regel-Ausnahme Prinzip nun auch gesetzlich festgelegt. Ab 2007 sollen die Vorschriften, die sich nur auf die „Plc.“ beziehen, auch vom allgemeinen, für alle Gesellschaften geltenden, Recht getrennt werden. Vgl. *Dierksmeier/Schabert*, BB 2006, S. 1518.

²⁹ *Lutter* in FS-100 Jahre GmbH-Gesetz, S. 52, S. 55f. So heißt es denn auch im Companies Act 1985 s 1(3): „Eine Private Company ist eine Gesellschaft, die keine Public Company ist.“

³⁰ *Lutter* in FS-100 Jahre GmbH-Gesetz, S. 55.

³¹ Ebenda, S.55f.

nere Gewerbetreibende, die nicht am Kapitalmarkt aktiv sein wollten, zu kostenintensiv, umständlich und daher unattraktiv zu sein schien.

1907 kam der Gesetzgeber daher der Forderung nach Vertraulichkeit in der Gesellschaft und abgeschwächten Offenlegungspflichten mit der Schaffung der Private Company nach.³²

Dies stellte jedoch nicht den einzigen Beweggrund für die Schaffung einer neuen Gesellschaftsform im Rahmen des einheitlichen Unternehmensrechts dar. Vielmehr erkannte man auch hier, dass das Recht der öffentlichen Kapitalgesellschaften Missbrauchsmöglichkeiten eröffnete. Bahnbrechend erscheint in diesem Zusammenhang der Fall *Salomon versus Salomon & Co.*

Hintergrund dieser Entscheidung war eine Regelung des Joint Stock Companies Act von 1844, welcher durch die Änderungen im Jahre 1856 und 1862 Fortentwicklungen erfuhr und auf eine Gesellschaftsform ausgerichtet war, die am Kapitalmarkt tätig sein sollte und große Kapitalmengen bewegte, die von den Gesellschaftern allein nicht aufgebracht werden konnte. Eine Gesellschaftsform also, die heute als plc. bekannt ist.³³ Voraussetzung für diese Gesellschaftsform mit eigener Rechtspersönlichkeit war neben der öffentlichen Registrierung und einem Mindestkapital das Erfordernis von mindestens sieben Gesellschaftern. Gesellschaften, die diese Mindestzahl nicht erreichten, sollten sich der Personengesellschaft (Partnership/Offene Handelsgesellschaft) ohne Haftungsbegrenzung und ohne Rechtspersönlichkeit bedienen.³⁴

Problematisch an dieser Regelung war, dass an die Qualität der Gesellschafter keine übersteigerten Anforderungen gestellt wurden, also auch Familienmitglieder, Angestellte und an der Gründung beteiligte Rechtsanwälte als Gesellschafter geeignet waren. Die Problematik an dieser Auslegung zeigte sich wie sooft in der Insolvenz eines Unternehmens,

³² *Hicks/Drury* in Boucourechliev/Hommelhoff, S. 74.

³³ *Birds* in Das System der Kapitalgesellschaften im Umbruch, S. 139.;vgl. auch Erläuterungen zur „plc.“ auf S. 15f.

³⁴ Ebenda, S. 140.

was an der folgenden Entscheidung, *Salomon versus Salomon & Co.* aufgezeigt werden soll.

II. Der Fall *Salomon versus Salomon & Co*³⁵

Der Fall *Salomon* behandelte eine Konstellation, in der eine Gesellschaft mit Hilfe von sieben Familienmitgliedern gegründet wurde. Mr. Salomon, der vorher Einzelkaufmann war, übernahm 20.000 Aktien der Gesellschaft, die übrigen sechs Familienmitglieder übernahmen jeweils die Mindestanzahl von einer Aktie. In der Folgezeit gewährte Mr. Salomon der Gesellschaft mehrere Darlehen und Schuldverschreibungen. Die Gesellschaft ging aus Rezessionsgründen in Insolvenz und Mr. Salomon erhob Anspruch auf eine vorzugsweise Befriedigung gegenüber anderen Gläubigern.³⁶

Das House of Lords entschied, dass der Anspruch gerechtfertigt sei. Die Gründung sei ordnungsgemäß gewesen, die Verwendung von Strohmännern bei der Gründung stehe dem nicht entgegen. Hieraus ergebe sich, dass es sich bei der Gesellschaft um eine separate Einheit handle, die dem Gesellschafter unabhängig gegenüber stehe. Rechte und Pflichten der Gesellschaft seien von denen der Gesellschafter zu trennen.³⁷ Diese Trennung wird seither das Salomon-Prinzip genannt.³⁸ Das Prinzip der separaten künstlichen Rechtspersönlichkeit wird als Grundstein des Gesellschaftsrechts gesehen, welcher gesellschaftsrechtliche Aktivitäten erleichtert³⁹ und es lässt eine Grundkonzeption des englischen Zivilrechtes erkennen, wie *Puig* es beschreibt: „The company's creditors bear the burdens of the risks inherent in dealing with limited liability companies.“⁴⁰

³⁵ *House of Lords* [1897] AC 22.

³⁶ *Birds* in *Das System der Kapitalgesellschaften im Umbruch*, S. 141.

³⁷ *Puig*, S. 1, 9.

³⁸ Vgl. ebenda.

³⁹ Ebenda S. 1f., 9.

⁴⁰ Ebenda, S. 4, 9.

III. Die Folgen der Entscheidung und ihre Bewertung

War der Gesetzgeber zuvor von der Prämisse ausgegangen, es bestehe eine untrennbare Verbindung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter, und dass die Anzahl der Gesellschafter für deren Größe maßgeblich sei, trat durch diese Entscheidung eine veränderte Sichtweise ein.

Die Gesellschaft war unabhängig von ihren Gesellschaftern als künstliche Einheit mit eigener Rechtspersönlichkeit zu betrachten, die den Gesellschaftern gegenüber stehen und mit diesen kontrahieren konnte.

Eindeutig ist, dass diese Entscheidung in Bezug auf Strohmänner nicht die Intention des Gesetzgebers gewesen sein konnte. Es wurde eindeutig von der Prämisse ausgegangen, dass Familien einzig die Möglichkeit einer Partnerschaft offen stehen sollte. Somit ist davon auszugehen, dass der von deutschen Rechtsgelehrten angeprangerte Missbrauch des Aktienerrechts⁴¹ gleichfalls als solcher erkannt wurde, aber hiergegen nicht eingriffen wurde. Es stellt sich die Frage, warum nicht entsprechende Gegenmaßnahmen von Seiten des Gesetzgebers ergriffen wurden. Es zeigen sich hier bereits die Unterschiede zwischen kontinentalem und angelsächsischem Recht in Herangehensweise und Begründung.

Während die deutschen Rechtsgelehrten den Missbrauch erkannten und hieraus die Notwendigkeit von Gegenmaßnahmen folgerten, ohne dass in Bezug hierauf der Markt relevant gewesen wäre, versuchte man in England das Problem von der praktischen Seite zu betrachten.

Im Königreich waren bereits so viele Gesellschaften nach dem Typus der Salomon Co. gegründet worden und hatten einen solchen Stellenwert, dass ein Eingriff hierin eine immense Störung des Wirtschaftslebens bedeutet hätte. Somit wurden die Folgen von der markttechnischen Seite bewertet und gegen ein Eingreifen entschieden.⁴²

In Deutschland ging man dagegen davon aus, solche Gesellschaften wären ohne eine solche Regelung, wie das Einheitsrecht nie entstanden und

⁴¹ S. o., S. 11.

⁴² *Birds* in Das System der Kapitalgesellschaften im Umbruch, S. 142.

deswegen sei anders zu verfahren. Es zeigt sich, dass in Deutschland die Herangehensweise vielmehr von Rechtsprinzipien, Dogmatik und Systematik geleitet war. Zwar orientierte sich die Ausgestaltung der GmbH wie aufgezeigt⁴³ an den Erfordernissen des Marktes, jedoch war der Markt nicht Priorität. Die Regeln des Marktes mussten sich in das Gefüge der bestehenden Prämissen einfügen. Die Regelungen bezüglich der GmbH stellten also ein dogmatisch-markttechnisches Normengefüge dar, während in Bezug auf das Company Law und die Private Companies allein der Markt und die Wirtschaftsteilnehmer für Ausgestaltung und Auslegung maßgebend waren.

Es passt auch in dieses Gefüge, dass die Private Company mehr Zufallsprodukt als gesetzliche Intention war. Während in Deutschland aus der Problemlage heraus die Überlegungen zu solch einer Gesellschaftsform entstanden, und diese Überlegungen in die Schaffung der GmbH mündeten, entstand die Limited als ein Produkt des Marktes und erfuhr bis 1900 keine gesetzliche Ausgestaltung und Unterscheidung⁴⁴, bestand aber trotzdem allein durch ihre Anwendung. Es ist wohl auch hier als eine sich unterscheidende Systemausprägung des Common Law zu verstehen, dass die Anerkennung durch Richterrecht (Salomon-Entscheidung) und nicht durch den Gesetzgeber erfolgte.

IV. Die gesetzliche Ausgestaltung der Ltd. durch das Company Law

Zwar erfolgte eine gesetzliche Regelung für die Private Companies bereits durch das Gesetz von 1900 in welchem diese Gesellschaftsform von gewissen Erfordernissen befreit wurde, jedoch erfolgte eine explizite Nennung der Private Company in Form der Ltd. erst durch das Gesetz von 1907.

Hiernach handelte es sich bei diesen Gesellschaften um solche, deren Anteile nicht öffentlich gehandelt wurden und welche die Übertragbarkeit

⁴³ S. o. S. 10.

⁴⁴ *Birds* in Das System der Kapitalgesellschaften im Umbruch, S. 142.

ihrer Aktien beschränkte. Diese Gesellschaften hatten fortan den Zusatz Limited oder Ltd. zu führen.⁴⁵ Zu bemerken ist aber, dass auch weiterhin das Regel/Ausnahme Prinzip im Gesellschaftsrecht vorherrschte. Es gab und gibt im Wesentlichen zwei Gesellschaftstypen, die Public Limited Company (plc.) und die Private Limited Company (Ltd.).

⁴⁵ *Birds* in Das System der Kapitalgesellschaften im Umbruch, S. 142.

Kapitel 3: Die Geschlossene Gesellschaft und ihr Bezug zu kleinen und mittleren Unternehmen (KMU)

A. Der Begriff der kleinen und mittleren Unternehmen

Bevor auf den Bezug zwischen den Geschlossenen Gesellschaften und den kleinen und mittleren Unternehmen auf europäischer Ebene noch einmal genauer eingegangen wird, erscheint es hilfreich, zunächst den Begriff der KMUs zu definieren. Die Europäische Kommission wählt hierbei den Weg der Definition durch eine zahlenmäßige Begrenzung und die Festsetzung entsprechender Schwellenwerte.

Kleine bzw. kleinste und mittlere Unternehmen wurden hierbei in drei Gruppen eingeteilt und jeweils anhand von Arbeitnehmer- und Umsatz- bzw. Bilanzzahlen definiert. Die entstandenen Richtzahlen wurden in der Vergangenheit mehrmals der wirtschaftlichen Entwicklung angepasst. Nach momentanem Stand⁴⁶ ergibt sich somit folgende Einteilung:

1. Mittlere Unternehmen:

Gemäß Art. 2 Absatz I der Definition sind mittlere Unternehmen solche, „die weniger als 250 Mitarbeiter beschäftigen und entweder einen Jahresumsatz von höchstens 50 Mio. EUR erzielen oder deren Jahresbilanzsumme sich auf höchstens 43 Mio. EUR beläuft.“

2. Kleine Unternehmen:

Kleine Unternehmen sind nach Art. 2 Absatz II solche, die „weniger als 50 Personen beschäftigen und deren Jahresumsatz bzw. Jahresbilanz 10 Mio. EUR nicht übersteigt.“

⁴⁶ Vom 6. Mai 2003, gültig seit 1.01.2005.
(Vgl. http://ec.europa.eu/enterprise/enterprise_policy/sme_definition/index_de.htm)

3. Kleinstunternehmen:

Abschließend sind Kleinstunternehmen nach Art. 2 Absatz III solche, die „weniger als 10 Personen beschäftigen und deren Jahresumsatz bzw. Jahresbilanz 2 Mio. EUR nicht übersteigt.“⁴⁷

B. Der Bezug zwischen KMUs und Geschlossenen Gesellschaften

Im Rahmen der Beratungen und Diskussionen, sowohl um die Rechtsform der Geschlossenen Gesellschaften, als auch in Bezug auf die Förderung von KMUs, ist es ersichtlich, dass immer wieder versucht wird, einen Bezug zwischen den beiden Fragestellungen herzustellen. So verwendet beispielsweise die Winter-Kommission in ihrem Bericht zu einem modernen Gesellschaftsrecht unter der Überschrift „The European Private Company“ folgende Formulierung: „The SE has been designed for large enterprises and may not meet all the expectations of the business community, in particular small and medium sized enterprises (SMEs).“⁴⁸

Ebenfalls deutlich wird der Versuch, einen Bezug zwischen KMUs und Geschlossenen Gesellschaften herzustellen, in der Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Thema eines Rechtsstatutes für KMU: „(.) Die Harmonisierungsbemühungen (sind) im Wesentlichen auf Aktiengesellschaften ausgerichtet, während für die Gesellschaften mit beschränkter Haftung oder Personengesellschaften geltenden Rechtsvorschriften weiterhin erheblich durch einzelstaatliches Recht geprägt sind.“⁴⁹

Es stellt sich die Frage, wie dieser Zusammenhang zustande kommt. Wie im weiteren noch zu erläutern sein wird, war das Augenmerk der Beratungen und Diskussionen in erster Linie auf börsennotierte Aktiengesellschaften, also auf den Kapitalmarkt, ausgerichtet. Diese Ausrichtung ba-

⁴⁷ *Kommission*, Abl. Nr. L 124/36 vom 20.05.2003 (Anhang) Art. 2.

⁴⁸ *Winter Kommission*, S. 113.

⁴⁹ *WuSA* Abl. Nr. C 125/19 vom 27.05.2002, Nr. 1.2.3.

sierte auf der Annahme, nur große Unternehmen, also Aktiengesellschaften, die am Kapitalmarkt tätig seien, würden grenzüberschreitend arbeiten und würden auch als Gesellschaftsform über die Grenzen hinweg miteinander im Wettbewerb stehen. Somit entwickelten sich Harmonisierungsbemühungen, die eine neue Typenbildung festsetzten, nämlich die, dass Aktiengesellschaften große Unternehmen seien, und Geschlossene Gesellschaften in der Regel kleine und mittlere Unternehmen. Eine klare Begründung für eine solche Annahme ist selten versucht worden, erscheint aber auch entbehrlich, wenn man die Struktur der beiden Unternehmenstypen miteinander vergleicht.

Die AG, die am internationalen Kapitalmarkt auftritt, operiert bereits per se grenzüberschreitend. Jedoch ist auch eine Struktur mit Vorstand und/oder Aufsichtsrat⁵⁰ und Hauptversammlung nur für große Unternehmen sinnvoll. Für kleinere und mittlere Unternehmen trägt sich eine solche Struktur hingegen nicht. Erforderlich ist hier vielmehr eine Unternehmensform, die unkompliziert und gemessen an den finanziellen Mitteln der Gesellschafter, die zugleich über ihr Kapital an die Gesellschaft gebunden sind, kostengünstig zu gründen und zu betreiben ist. Daneben muss es diesen Gesellschaftern natürlich gerade wegen ihrer Bindung zur Gesellschaft möglich sein, ihre Haftung zu begrenzen.

Eine solche Rechtsform ist die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in Deutschland, und die Ltd. in Großbritannien. Es handelt sich hierbei um Geschlossene Gesellschaften.⁵¹

Jedoch ist zwischen Geschlossenen Gesellschaften und kleinen und mittleren Unternehmen eine Differenzierung vorzunehmen.

Der Begriff der KMUs nimmt wie dargelegt eine Einteilung nach Mitarbeiterzahl und Wirtschaftsleistung vor⁵², eine Abgrenzung zwischen Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften erfolgt gerade nicht. So-

⁵⁰ Wobei die Trennung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat ein an sich diskussionswürdiges Konstrukt ist, eine dahingehende Behandlung vorliegend jedoch für die Bearbeitung wenig Relevanz hätte.

⁵¹ Hueck/Windbichler, § 34, Rn. 2.

⁵² S. o., S. 22f. .

mit ist davon auszugehen, dass alle Unternehmenstypen, welche die Definitionskriterien erfüllen, zu den KMUs gezählt werden. Personengesellschaften werden aber wiederum nicht unter den Begriff der Geschlossenen Gesellschaften gefasst.⁵³ Somit kann eine unbeschränkte Gleichsetzung zwischen KMUs und Geschlossenen Gesellschaften nicht erfolgen. Nähme man eine solche Gleichsetzung vor, würde dies, gemessen an der Zahl der in der Europäischen Union bestehenden Personengesellschaften, ein nicht zu bewältigendes Harmonisierungsvorhaben bedeuten.⁵⁴ Ein Bezug zu den kleinen und mittleren Unternehmen kann vorliegend also nur insoweit hergestellt werden, als es sich dabei um Geschlossene Gesellschaften handelt. Geschlossene Gesellschaften sind in der Regel kleine und mittlere Unternehmen, jedoch sind nicht alle kleinen und mittleren Unternehmen auch Geschlossene Gesellschaften.

⁵³ Im Rahmen des Rechts der Geschlossenen Gesellschaften werden Personengesellschaften in der Regel nicht erfasst. Der Typenkreis ist begrenzt auf die Kapitalgesellschaften, womit deutlich wird, dass nur die GmbH und ihre ausländischen Vergleichstypen erfasst werden. Vgl. *Bachmann*, ZGR 2001, S. 352, Fn. 8.

⁵⁴ Vgl. *CREDA*, die Europäische Privatgesellschaft, Begründung.

Kapitel 4: Die Bedeutung geschlossener Gesellschaften im EU-Binnenmarkt

A. Statistische Erhebungen über KMUs

Im Folgenden soll anhand ausgewählter statistischer Daten die Bedeutung kleiner und mittlerer Unternehmen, und damit zwangsläufig die Bedeutung geschlossener Gesellschaften im europäischen Binnenmarkt aufgezeigt werden. Statistische Daten eignen sich aus einem ganz bestimmten Grund für eine solche Untersuchung: Es lässt sich auf diesem Wege ein Vergleichsbild in Bezug auf die Offenen Gesellschaften erstellen und gleichzeitig der Anteil kleinerer und mittlerer Unternehmen am Gesamtvolumen der Wirtschaftsleistung im europäischen Binnenmarkt beschreiben.

Das Europäische Statistikaamt EUROSTAT hat vor einiger Zeit damit begonnen, genau diese Analysen aufzustellen und den Forschungsbereich dahingehend erweitert, dass auch die Bedeutung der KMUs in den neuen Mitgliedstaaten berücksichtigt wurde. Die Ergebnisse dieser statistischen Erhebung sollen hier kurz dargelegt und in Bezug zu den Geschlossenen Gesellschaften gebracht werden.

Kleine und mittlere Unternehmen (ausgehend von der KMU-Definition der Europäischen Kommission) stellen innerhalb der Europäischen Union den größten Anteil an Unternehmen dar. Es handelt sich hierbei um eine Größenordnung von 99,7% aller Unternehmen, wobei bemerkenswerter Weise die kleinsten Unternehmen unter diesen mit 89,1% überwiegen. Demgegenüber stehen lediglich 0,3% der großen Unternehmen.⁵⁵ Stellt man diese Erhebungen gegeneinander, so müsste man zu dem Schluss kommen, dass die größte Wirtschaftsleistung in der Europäischen Union von KMUs stammt.

Die Anzahl der Unternehmen kann jedoch nicht die einzig relevante Größe sein. Wirtschaftsleistungsdaten ergeben sich zum einen auch aus der

⁵⁵ *EUROSTAT*, SMEs in Europe, Edition 2002, S. 13.

Anzahl der Mitarbeiter in den einzelnen Gruppen von Unternehmenstypen und zum anderen aus deren ökonomischem Gewicht. Diese Zahlen lassen vorliegend die Bedeutung der KMUs im europäischen Binnenmarkt etwas relativiert erscheinen.

So ist bemerkenswert, dass 0,3% der Unternehmen 33,8% der Arbeitnehmer beschäftigen und 38,8% des gesamten Umsatzes in der Europäischen Union erwirtschaften. Demgegenüber beschäftigen KMUs 61,2% der Arbeitnehmer und erwirtschaften jeweils ungefähr zwischen 19% und 21% des Gesamtumsatzes, wobei auch hier wieder die kleinsten Unternehmen den größten Anteil stellen.⁵⁶

Diese Erhebungen dürfen jedoch nicht zu der Annahme verleiten, die kleinen bzw. kleinsten und mittleren Unternehmen stellten einen kleineren Anteil an der Wirtschaftsleistung in der Europäischen Union dar und seien daher zu vernachlässigen. 99,7% aller Unternehmen können nicht vernachlässigt werden. Vielmehr darf man aber auch nicht unterschätzen, dass kleinere und mittlere Unternehmen zusammengenommen 66,2% des gesamten Umsatzes im Europäischen Wirtschaftsraum erwirtschaften.

Sicherlich können diese Zahlen nicht mit der Anzahl, Beschäftigtenzahl und Wirtschaftsleistung geschlossener Gesellschaften gleichgesetzt werden. In den einzelnen Mitgliedstaaten gibt es nicht nur Geschlossene Gesellschaften in Form der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und der Offenen Gesellschaft in Form der Aktiengesellschaft, sondern in der Regel eine Vielzahl von Unternehmenstypen. Sofern die Statistik alle Unternehmen erfasst, zählen hierzu auch Personengesellschaften.

Gerade diese können aber, wie dargelegt⁵⁷, im Rahmen der Untersuchung in Bezug auf Geschlossene Gesellschaften nicht berücksichtigt werden. Allerdings ist es bereits bemerkenswert, dass, wenn man die kleinsten Unternehmen aus der Statistik herausnimmt, die kleinen und mittleren

⁵⁶ *EUROSTAT*, SMEs in Europe, Edition 2002, S. 13f. Bezüglich der Mitarbeiterzahlen und des Umsatzes sind diese Zahlen aber auch nicht überraschend, zeichnen sich KMUs doch gerade durch ihre Begrenzung der Mitarbeiterzahlen und des Umsatzes bzw. Bilanzgewinne aus.

⁵⁷ S. o., S. 24f.

Unternehmen im europäischen Wirtschaftsraum 40,3% des Gesamtumsatzes erwirtschaften und 37,4% der Arbeitnehmer beschäftigen. Nichtsdestotrotz ist es erforderlich, vergleichbare statistische Daten in Bezug auf die Geschlossenen Gesellschaften in Europa heranzuziehen. Als repräsentatives Beispiel sollen wiederum die Ltd. in Großbritannien und die GmbH in Deutschland angeführt werden.

B. Statistische Erhebungen über die GmbH und die Ltd. im Europäischen Kontext

Aktuelle statistische Daten über europäische Geschlossene Gesellschaften sind derzeit als gesonderte Erhebung nicht verfügbar. Das Europäische Statistikamt beschränkt sich hierbei auf die kleinen und mittleren Unternehmen. Jedoch wird man auch Rückschlüsse auf die Bedeutung der Geschlossenen Gesellschaft in Europa ziehen können, wenn man sich anhand Deutschlands und Großbritanniens, die Bedeutung dieser Gesellschaftsform vor Augen führt. Sicherlich kann man keine allgemein gültigen Aussagen für den gesamten Europäischen Wirtschaftsraum treffen. Es wird aber doch anhand dieser Statistiken möglich sein, zumindest Hinweise hierauf zu erhalten.

I. Die Ltd. in Großbritannien

In Großbritannien waren am Ende des Erhebungsdatums im März 2002 insgesamt 1.491.500 Offene und Private Gesellschaften registriert⁵⁸. Hiervon entfielen 12.400 Unternehmen auf die Unternehmensform der Offenen Gesellschaft (plc.) und 1.479.100 Unternehmen auf die Privaten Gesellschaften, ohne solche (4200), die einer unbeschränkten Haftung unterliegen (Partnerships etc.).⁵⁹ Prozentual gesehen bedeutet dies, dass die Geschlossenen Gesellschaften ca. 99% aller Unternehmen ausma-

⁵⁸ Insgesamt waren 1.595.500 Unternehmen registriert. *DTI Companies in 2001-2002*, S. 26.

⁵⁹ Zu unterscheiden ist die einfache „Partnership“ von der LLP, der Limited Liability Partnership, die im Wesentlichen von den freien Berufen gewählt wird.

chen, während auf die Offenen Gesellschaften lediglich ein Anteil von ca. 0,8% entfällt.⁶⁰

Das Ergebnis dieser Statistik entspricht in etwa dem Verhältnis von großen Unternehmen und KMUs auf gesamteuropäischer Ebene (99,7% zu 0,3%)⁶¹. Zwar kann man, wie bereits erläutert, KMUs nicht mit den Geschlossenen Gesellschaften gleichsetzen, jedoch ist eine Vergleichsgröße bemerkenswert: Während im gesamteuropäischen Raum die kleinsten Unternehmen mit 89,1% den größten Anteil an allen kleinen und mittleren Unternehmen darstellen⁶², stellen solche Unternehmen, die weder Public, noch Private Companies sind, also in erster Linie Partnerships, in Großbritannien lediglich einen Anteil von 0,2% dar. Sofern man von der Annahme ausgeht, dass die Partnerships in der Regel kleinste Unternehmen darstellen⁶³, würde dies bedeuten, dass in Großbritannien die Hauptwirtschaftsleistung von solchen Unternehmen ausgeht, die zwischen 11 und 250 Mitarbeitern beschäftigen und einen Umsatz zwischen 10 Mio. und 50 Mio. Euro erwirtschaften. Stellt man nun die Wirtschaftsleistung des Europäischen Wirtschaftsraumes ins Verhältnis zur Wirtschaftsleistung Großbritanniens indem man das BIP Großbritanniens und das des Europäischen Wirtschaftsraumes zueinander ins Verhältnis setzt und überträgt diese auf den Prozentsatz der einzelnen Unternehmensformen an der Gesamtzahl der Unternehmen, so wird man zu dem Schluss kommen, dass die Geschlossene Gesellschaft eine maßgebliche Rolle im Europäischen Wirtschaftsraum spielt. Für einen Richtwert kann hier die Wirtschaftsleistung Großbritanniens im Vergleich zu der Wirtschaftsleistung der 25 EU-Mitgliedstaaten im 2. Quartal des Jahres 2005 als Beispiel dienen. In diesem Zeitraum erwirtschaftete das Vereinigte Königreich ein BIP von 444.081,6 (in Mio. Euro). Das Gesamt-BIP der 25 EU

⁶⁰ DTI Companies in 2001-2002, S. 26. Die Anzahl der sonstigen Gesellschaften (ca. 0,28%) soll aus bekannten Gründen unberücksichtigt bleiben.

⁶¹ S. o. S. 26.

⁶² S. o. S. 26.

⁶³ Hiervon sind selbstverständlich solche Partnerships auszunehmen, die keinen Handel betreiben, wie zum Beispiel die freien Berufe (Anwälte, Ärzte, Architekten etc.), wodurch der Anteil sich um ein Weiteres vermindert.

Mitgliedsstaaten lag bei 2.652.249,6 (in Mio. Euro). Das entspricht einem Gesamtanteil von ca. 16,74%.⁶⁴

Ein Gesamtbild ergibt sich, wenn man diese statistischen Ergebnisse zusammenfasst. Die Geschlossenen Gesellschaften nehmen in Großbritannien zahlenmäßig mit ca. 99% aller Unternehmen den höchsten Stellenwert ein und erwirtschaften, gemessen an Mitarbeiterzahl und Umsatz im Verhältnis zur gesamten britischen Volkswirtschaft das größte Volumen.⁶⁵ Setzt man nun diese Daten zur Wirtschaftsleistung der 25 EU-Mitgliedstaaten ins Verhältnis, so wird man zu dem Ergebnis kommen, dass die Geschlossene Gesellschaft in Großbritannien einen Großteil der 16,74% britischen BIP-Anteils am Euro-BIP erbringt. Zum Vergleich sollen nun ähnliche Erwägungen für die Rechtsform der GmbH in Deutschland angestellt werden.

II. Die GmbH in Deutschland

Zugegebenermaßen ist die Anzahl registrierter GmbHs in Deutschland mit den Zahlen aus Großbritannien nicht vergleichbar, stellt aber ebenfalls einen beachtlichen Faktor für die Wirtschaftsleistung der Bundesrepublik dar.

Eine genaue Aussage zu treffen ist schwierig, weil es keine eindeutigen Statistiken neueren Datums gibt.⁶⁶ Statistiken neuerer Zeit werden (wie zum Beispiel die Umsatzsteuerstatistik) nicht mehr nach Rechtsformen, sondern lediglich nach Wirtschaftszweigen gegliedert. Insgesamt muss daher versucht werden, die bestehenden Statistiken älteren Datums zu vereinen und ein Gesamtbild zu erstellen.

Anzuführen ist hierbei zunächst die Umsatzsteuerstatistik aus dem Jahre 1999. In diesem Jahr waren 438.085 GmbHs in der Bundesrepublik re-

⁶⁴ *Barchellan*, Statistik kurz gefasst, 60/2003, S. 5 (Tab. 4).

⁶⁵ S. o. S. 28.

⁶⁶ Statistiken zur GmbH wurden vor einigen Jahren aus Kostengründen weit gehend eingestellt. Aus diesem Grund ist auf einzelne Untersuchungen zurückzugreifen. Vgl. Kornblum, GmbHR 2003, S. 1157.

gistriert.⁶⁷ Setzt man diese Zahl im Vergleich zu den Private Companies in Großbritannien (1.479.100)⁶⁸, so erscheint der Wert vergleichsweise gering. Diese Annahme täuscht jedoch, wenn man sich vor Augen führt, dass die Statistik Großbritanniens England, Schottland, Wales und Nordirland erfasst. Daneben wird die deutlich höhere Anzahl geschlossener Gesellschaften in Großbritannien wohl auch damit zu begründen sein, dass Gründung und Organisation weniger kostenintensiv und weniger aufwendig sind.

In Deutschland stellten die GmbHs 1999 nach der oben angeführten Statistik einen Anteil von 15,8% aller Unternehmen dar und erwirtschafteten (und diese Größe ist weitaus bemerkenswerter) einen Gesamtumsatzanteil von 32,6%. Berücksichtigt man dabei noch, dass zahlreiche umsatzsteuerfreie Umsätze überhaupt nicht berücksichtigt werden (umsatzsteuerfreie Bank-, Versicherungs- und Grundstücksgeschäfte) und auch nur solche Unternehmen erfasst werden, die einen Mindestumsatz von 16.700 Euro erwirtschaften⁶⁹, so dürfte sich dieser Wert noch weitaus gewichtiger darstellen.⁷⁰

Zeitlich näher, aber wohl aufgrund der Beschränkung auf eingetragene Unternehmen auch nicht vergleichbar aussagekräftig, ist die Statistik des DIHT. Hiernach gab es im Jahre 2001 739.858 kammerzugehörige GmbHs, die einen Anteil von 68,5% aller Unternehmen darstellten. Gleichwohl ist diese Statistik umso imposanter, als dass ein rapider Anstieg zwischen 1999 und 2001 zu verzeichnen⁷¹ und davon auszugehen ist, dass, da nicht alle GmbHs kammerzugehörig sind, die Zahl weitaus höher liegt.⁷² Eine Hochrechnung, gemessen am Stammkapital, ergab ei-

⁶⁷ Meyer, GmbHR 2002, S. 178.

⁶⁸ S. o. S. 28.

⁶⁹ Diese Grenze sollte jedoch für eine europäische Betrachtung nützlich sein, ist doch davon auszugehen, dass Unternehmen, die unterhalb dieser Grenze tätig sind, nicht grenzüberschreitend tätig werden und gemessen an der KMU Definition die kleinsten Unternehmen darstellen.

⁷⁰ Meyer, GmbHR 2002, S. 178.

⁷¹ Dies wird im Speziellen auch mit der deutschen Wiedervereinigung im Jahre 1990 und einem hiervon ausgehenden wirtschaftlichen Aufbruch zu begründen sein.

⁷² Meyer GmbhR 2002, S. 178.

ne Schätzung von insgesamt 850.000 GmbHs für das Jahr 2001. Als momentan aktuelle und verlässliche Untersuchung erscheint die Erhebung von *Kornblum*, welcher versucht hat die Zweigniederlassungen weitgehend aus den öffentlichen Statistiken herauszurechnen, was gerade für das Ziel dieser Arbeit, unabhängige GmbHs zum Maßstab zu nehmen, vorteilhaft ist.⁷³ Nach seiner Untersuchung, gab es in der Bundesrepublik Deutschland Ende 2002 schätzungsweise ca. 950.000 GmbHs.⁷⁴ Gemessen an allen Handelsgesellschaften stellt dies einen Anteil von 93,4% dar.⁷⁵ Stellt man diesen Wert nun in den Vergleich zu den britischen Geschlossenen Gesellschaften (ca. 99%), so kann eine starke Annäherung beobachtet werden.⁷⁶

Es sollte aber auch hier die GmbH der AG, wie die Private der Public Company, gegenübergestellt werden. Die Umsatzstatistik ergab 1999 eine Anzahl von 3.881 AGs, die einen Gesamtumsatz von 20,7% erwirtschafteten, was aber angesichts des Zuschnitts auf Großunternehmen nicht weiter verwunderlich ist. Die DIHT-Statistik ergab für 2001 einen Wert von 14.174 AGs, die einen Anteil von 1,32% aller Unternehmen darstellten.⁷⁷ Nun ist auch dieser Anstieg sicherlich bemerkenswert, jedoch darf man nicht vergessen, dass die Anzahl der GmbHs im selben Zeitraum um über 400.000 Unternehmen angestiegen ist. Somit ist festzustellen, dass wirtschaftliche Aktivität in der Hauptsache von dieser Unternehmensform ausgeht.

Wichtig sind diese Zahlen insbesondere im Hinblick auf die gesamteuropäische Notwendigkeit einer Regelung für die Geschlossenen Gesellschaften. Das Argument, es bestehe kein Anpassungsdruck, kann hier schon quantitativ widerlegt werden. Man fragt sich, was im weiteren noch genauer zu erläutern sein wird, warum das Regel-/Ausnahme-

⁷³ *Kornblum*, GmbHR 2003, S. 1157.

⁷⁴ Ebenda, GmbHR 2003, S.115, S. 1158. Herausgerechnet sind bei dieser Rechnung die ca. ein bis zwei Prozent Zweigniederlassungen (ca.10.000).

⁷⁵ *Meyer*, GmbHR 2002, S. 179, welcher von 850.000 GmbHs ausgeht, vorliegend wurde die Anzahl von 950.000 zum Maßstab genommen.

⁷⁶ S. o. S. 28.

⁷⁷ *Meyer* GmbHR 2002, S. 179.

Prinzip, nicht so gestaltet wurde, dass die AG die Ausnahme und nicht die Regel darstellt, dass also jedes Unternehmen grundsätzlich eine Geschlossene Gesellschaft ist, es sei denn es erfüllt die Voraussetzungen der Offenen Gesellschaft. Anschließend an diese Prämisse müssten dann auch die Harmonisierungsbemühungen von der Geschlossenen Gesellschaft als Grundfall ausgehen. Wie bereits erläutert, wird in Großbritannien dieses Prinzip (die Offene Gesellschaft als Ausnahme zu betrachten) bereits seit geraumer Zeit exerziert. Der Markt hat hier durch die Wahl der Geschlossenen Gesellschaft als gebräuchliche Unternehmensform den Anpassungsdruck geschaffen, und der Gesetzgeber hat reagiert.

Abschließend sollte aber auch die Wirtschaftsleistung in den gesamteuropäischen Kontext gebracht werden. Es soll auch hier wieder die Erhebung für das zweite Quartal 2005 als Richtwert dienen. Die Bundesrepublik Deutschland erwirtschaftete in diesem Zeitraum ein BIP von 557.990,0 (in Mio. Euro).⁷⁸ Gemessen an dem Gesamtvolumen der EU-25 bedeutet dies einen deutschen BIP-Anteil von ca. 21,04% am Euro-BIP. Nimmt man zu diesem Wert wiederum den Anteil der GmbH an allen Unternehmen oder zumindest den Handelsgesellschaften hinzu, kommt man zu dem Ergebnis, dass die Unternehmen, welche die Gesellschaftsform der GmbH gewählt haben, wie in Großbritannien auch in Deutschland zum größten Teil für die Leistung dieses BIP im Europäischen Wirtschaftsraum verantwortlich sind.

III. Stellungnahme

Die Geschlossene Gesellschaft ist in vielfältiger Ausgestaltung eine weit verbreitete Gesellschaftsform im europäischen Wirtschaftsraum. Die statistischen Daten zeigen, dass zusammengenommen von den kleinen und mittleren Unternehmen im Allgemeinen und den Geschlossenen Gesellschaften im Besonderen, gemessen an Anzahl, Umsatz und Arbeitnehmern die größte Wirtschaftsleistung ausgeht. Die Vergleichsdaten für

⁷⁸ *Barchellan*, Statistik kurz gefasst, 60/2003, S. 5 (Tab. 4).

Deutschland und Großbritannien zeigen, dass ein Großteil von ca. 38% des gesamten BIP in den alten 15 Mitgliedstaaten alleine in Deutschland und Großbritannien von Geschlossenen Gesellschaften erwirtschaftet wird. Würde man solche Erhebungen für alle Mitgliedstaaten vornehmen, so würde man, obwohl es hier Unterschiede in der Bedeutung der einzelnen Gesellschaftsformen gibt, wahrscheinlich auf eine überwältigende Bedeutung der Geschlossenen Gesellschaft stoßen. Ihre Bedeutung ist somit mindestens mit der Offenen Gesellschaft auf eine Stufe zu stellen. Es ist also davon auszugehen, dass Harmonisierungs- und Angleichungsvorhaben bzw. die Schaffung einer supranationalen Gesellschaftsform für viele Gewerbetreibende eine attraktive Entwicklung darstellen und dem Verschmelzen der Märkte als Antriebsmotor dienen könnten. Die Bedeutung Geschlossener Gesellschaften für den Europäischen Wirtschaftsraum dokumentiert eindeutig den grenzüberschreitenden Bezug und rechtfertigt ein Tätigwerden auf europäischer Ebene.

Kapitel 5: Der Stand der Rechtsharmonisierung in Bezug auf die Geschlossenen Gesellschaften

Vereinzelt wurde bereits angedeutet, dass die Geschlossene Gesellschaft in Angleichungs- und Rechtssetzungsmaßnahmen der Europäischen Gemeinschaft nicht in dem Maße Niederschlag gefunden hat, in welchem man das angesichts ihrer Bedeutung erwarten könnte. Im Folgenden sollen vereinzelte Richtlinien, die auf die Rechtsform der Geschlossenen Gesellschaft anwendbar sind untersucht werden. Die Untersuchung soll zum Einen auf ihren praktischen Wert hin erfolgen, zum Anderen aber auch darlegen, welches System der Rechtsangleichung und der Rechtsharmonisierung hier gewählt wurde. Es bietet sich im Folgenden an, zunächst einen Überblick über die erlassenen und auf die Rechtsform der Geschlossenen Gesellschaften anwendbaren Richtlinien zu geben.

A. Richtlinien zur Regelung des Rechts der Handels- und Kapitalgesellschaften

Es erscheint sinnvoll, in einem ersten Schritt sich den erlassenen Richtlinien zuzuwenden, um zu untersuchen, inwieweit diese das Recht der Geschlossenen Gesellschaften bereits beeinflusst und angeglichen haben. In einem zweiten Schritt sollen dann EWIV (Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung) und SE (Societas Europea) als Schablone auf die Geschlossene Gesellschaft gelegt werden, um zu ermitteln, ob diese geeignet sind, die Ziele der Förderung der Mobilität und der Senkung der Transaktionskosten⁷⁹ für kleine und mittlere Gewerbetreibende zu erreichen. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass an dieser Stelle noch nicht die Probleme der Schaffung supranationaler Gesellschaftsformen untersucht werden soll, dies wird im Rahmen der Rechts-

⁷⁹ Zur Definition des Begriffs der Transaktionskosten, *D.C. North*, S. 32: „Die Tatsache, dass Information etwas kostet ist der entscheidende Aspekt an den Transaktionskosten, die sich aus den Kosten der Messung der wertvollen Attribute der getauschten Gegenstände und der Überwachung und Durchsetzung von Vereinbarungen zusammensetzen. Diese Messungs- und Erfüllungskosten sind der Grund für soziale, politische und ökonomische Institutionen.“

setzungsmöglichkeiten erfolgen. Vielmehr sollen an dieser Stelle bereits vorhandene supranationale Gesellschaftsformen für die Beantwortung der Frage einer Notwendigkeit einer Regelung betreffend das Recht der geschlossenen Gesellschaften herangezogen werden.

B. Der Stand der Rechtsangleichung in Bezug auf das Gesellschaftsrecht

Bis zum heutigen Tage wurden, die im März 2004 erlassene Strukturrichtlinie mit eingeschlossen, insgesamt 10 Richtlinien erlassen, die Einzelbereiche der nationalstaatlichen Gesellschaftsrechte angleichen. Es handelt sich hierbei im Wesentlichen um Regelungen, welche die gesamte Bandbreite des Gesellschaftsrechts abdecken, also von der Gründung bis zur Liquidation⁸⁰, aber schwerlich als Europäisches Privat-, Gesellschafts- oder Unternehmensrecht zu bezeichnen sind. Das liegt mitunter auch daran, dass viele Richtlinien, wie zum Beispiel die Übernahmerichtlinie, die Richtlinie über die grenzüberschreitende Sitzverlegung oder die Liquidationsrichtlinie über das Stadium des Vorschlages oder des Vorwurfes noch nicht hinausgekommen sind.⁸¹

Der erste Schritt in Richtung eines Tätigwerdens in Bezug auf eine gesellschaftsrechtliche Angleichung wurde 1964 mit den Überlegungen zu einer Publizitätsrichtlinie, die gleichwohl erst 1968 ihren Abschluss fand, getan.⁸² In den folgenden Jahrzehnten gingen die Bemühungen sehr schleppend voran. Erlassen wurde bis zu der großen Pause der Angleichungsbemühungen Ende der achtziger Jahre die Kapitalrichtlinie (2. RL), die Fusionsrichtlinie (3. RL), die Bilanzrichtlinie (4. RL), die Spaltungsrichtlinie (6. RL), die Konzernbilanzrichtlinie (7. RL), die Prüferbefähigungsrichtlinie (8. RL), die Zweigniederlassungsrichtlinie (11. RL) und die Einpersonen-GmbH-Richtlinie (12. RL).⁸³

⁸⁰ Hopt, ZIP 1998, S. 97.

⁸¹ Vgl. Schwarz, S. 183 f. (Tabelle bzgl. erlassener und sich im Stadium der Beratung befindlicher Richtlinien)

⁸² Hopt, ZIP 1998, S. 97.

⁸³ Vgl. Schwarz, S. 183 f. (Tabelle bzgl. erlassener und sich im Stadium der Beratung befindlicher Richtlinien); Boucourechliev, RIW 1999, S. 1.

Nun erscheint dieses Ergebnis auf den ersten Blick bemerkenswert, jedoch muss man dies relativieren. Bis Ende der achtziger Jahre waren keine maßgebenden Richtlinien in Bezug auf Struktur, Organisation und Sitzverlegung, also die Kernprobleme eines Europäischen Gesellschaftsrechtes, erlassen worden, obwohl hierfür ein reger Bedarf seitens des Marktes bestand.⁸⁴

Das Augenmerk soll hier aber auf die Geschlossene Gesellschaft gerichtet werden und da zeigt sich, dass die Ergebnisse weitaus ernüchternder sind. Zwischen 1968 und 1983 wurden mit der Publizitätsrichtlinie, der Bilanzrichtlinie und der Konzernbilanzrichtlinie gerade einmal drei Richtlinien erlassen, die auf die Geschlossene Gesellschaft anwendbar waren, und es dauerte weitere vier Jahre, bis fortführende Schritte unternommen wurden.⁸⁵ Bei allen Richtlinien handelt es sich im Wesentlichen um Offenlegungsrichtlinien, die, mit Ausnahme der Einpersonen-RL, für alle Gesellschaftsformen anwendbar waren⁸⁶. Organisation, Struktur und Sitzverlegung waren nicht Gegenstand von Regelungsbemühungen, nicht einmal von Überlegungen.

Um für diese Entwicklung eine Begründung zu finden, bietet es sich zunächst an, die Publizitätsrichtlinie hinsichtlich ihres Bezuges zur Geschlossenen Gesellschaft genauer zu untersuchen.

C. Der Stand der Rechtsangleichung in Bezug auf die Geschlossenen Gesellschaften

II. Die Publizitätsrichtlinie von 1968

Die Publizitätsrichtlinie stellte 1968 die erste erlassene Richtlinie dar, die sich spürbar auf das Unternehmens- und Gesellschaftsrecht der Mitgliedstaaten auswirkte. Die Richtlinie dient in erster Linie dem Gläubiger-

⁸⁴ Hopt, ZIP 1998, S. 97.

⁸⁵ Vgl. Schwarz, S. 183f. (Tabelle bzgl. erlassener und sich im Stadium der Beratung befindlicher Richtlinien).

⁸⁶ Wobei hinzugefügt werden muss, dass die Einpersonen-Richtlinie explizit die Möglichkeit der Anwendung der Vorschriften auf das Aktienrecht nennt und sich auch auf das Konzernrecht bezieht.

schutz und regelt die Offenlegung bestimmter Organhandlungen und wichtiger Angaben über die Gesellschaften, sowie die Wirksamkeit der Organhandlungen gegenüber Dritten und die Folgen der Nichtigkeit der Gesellschaft.⁸⁷ Nun soll die Richtlinie an sich hier nicht Gegenstand der Untersuchungen sein, sondern vielmehr ihr Bezug zur Geschlossenen Gesellschaft.

Die Richtlinie erfasst ausdrücklich die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Interessanterweise wird diese Gesellschaftsform hier erfasst, da „die Tätigkeit dieser Gesellschaften häufig über die Grenzen des nationalen Hoheitsrechts hinausreicht.“⁸⁸ Es stellt sich die Frage, wie dieser Standpunkt mit dem Argument, die Geschlossene Gesellschaft würde in der Regel nicht grenzüberschreitend tätig werden, vereinbar ist.

Man könnte nun davon ausgehen, dass es zu Beginn der Harmonisierungsbemühungen beabsichtigt war, Regelungen bezüglich aller Handels- und Kapitalgesellschaften zu treffen. Die erste Richtlinie selbst gibt jedoch bereits einige Hinweise darauf, dass im Wesentlichen Regelungen für das Recht der Aktiengesellschaften getroffen werden sollten. So wird in Art. 2 Abs. 1 Nr. f nicht auf die Geschlossene Gesellschaft im Allgemeinen Bezug genommen bzw. diese in Absatz 2 definiert, sondern vielmehr die geschlossene Aktiengesellschaft definiert.

Diese Definition lautet denn wie folgt: „Als geschlossene Aktiengesellschaften gelten diejenigen (...), die keine Inhaberaktien ausgeben können, (...) deren Aktien nicht an der Börse notiert werden können, (...) bei der jede Übertragung der Aktien an einen Dritten der Zustimmung der Gesellschaft bedarf.“⁸⁹

Man kann an diesem Beispiel erkennen, dass hier das Regel-Ausnahme-Prinzip festgesetzt wurde. Nicht nur, dass die Aktiengesellschaft an erster Stelle genannt wird, vielmehr gehen danach auch sämtliche Definitionen von der Aktiengesellschaft aus, obwohl sich doch diese Definition wie

⁸⁷ Schwarz, S. 29f. (Rn. 35).

⁸⁸ Vgl. Präambel zur ersten Richtlinie des Rates vom 9. März 1968, 68/151/EWG.

⁸⁹ Vgl. Erste Richtlinie des Rates vom 9. März 1968, 68/151/EWG. Vgl. hierzu auch Guyon in Boucourechliev/Hommelhoff, S. 43.

oben aufgezeigt in keiner Weise von der allgemeinen Definition der Geschlossenen Gesellschaft unterscheidet. Man hätte hier die Chance gehabt, eine allgemein gültige Definition aufzustellen. Stattdessen hat man die geschlossene Aktiengesellschaft nach niederländischem Recht⁹⁰ definiert. Jedoch war dies wohl zu Beginn der Harmonisierungsbemühungen nie beabsichtigt. So wird vertreten, dass der Bezug auf alle Gesellschaften in der ersten Richtlinie ein indirekter Bezug auf die Aktiengesellschaft darstellen sollte, weil nach Begründung des EG-Gesetzgebers in der Wirtschaft der Mitgliedstaaten die Tätigkeit der Aktiengesellschaft vorherrsche und diese Gesellschaften häufig die Grenzen des nationalen Gesellschaftsrechts überschritten.⁹¹ Nun trifft die erste Richtlinie nur in Bezug auf die grenzüberschreitende Tätigkeit eine klare Aussage und nennt im übrigen alle Gesellschaftsformen, jedoch wird man dieser Argumentation zustimmen können wenn man, wie oben erläutert, in der Richtlinie dergestalt zwischen den Zeilen liest, dass Ausgangspunkt und Zielgruppe der Harmonisierungsbemühungen im Europäischen Gesellschaftsrecht die Aktiengesellschaften waren.

Wichtig ist aber in Bezug auf den Untersuchungsgegenstand vielmehr die versteckte Prämisse, kleinere Unternehmen würden sich in der Regel deswegen nicht mit einem grenzüberschreitenden Recht befassen, da sie nicht grenzüberschreitend tätig würden.

Interessanterweise widerspricht diese Auffassung geradezu explizit den Stimmen zu einer europäischen Gesellschaftsrechtsharmonisierung, die sowohl der Idee der Europäischen Aktiengesellschaft als auch den anderen Harmonisierungsbemühungen vorausgegangen waren. Hervorzuheben ist insbesondere der internationale Kongress der Pariser Anwaltschaft von 1960. Hier wurde verlautbart, große Unternehmen hätten bei grenzüberschreitenden Tätigkeiten in der Regel keine Behinderungen erfahren, was aber auch daran liege, dass sie die Möglichkeiten internationaler Rechtsberatung hätten und nutzten. Die Probleme beständen eher für die

⁹⁰ Siehe Erste Richtlinie des Rates vom 9. März 1968.

⁹¹ Schwarz, S. 11 (Rn. 15).

mittleren Unternehmen, die diese Möglichkeiten nicht hätten und aus diesem Grund vor dem Risiko einer grenzüberschreitenden Tätigkeit zurückschreckten.⁹² Nun kann man mit dieser Aussage die Argumentation aufstellen, für Aktiengesellschaften hätte seitens des Marktes zunächst nur ein geringes Bedürfnis nach Angleichung bestanden, während diese für Geschlossene Gesellschaften eine große Perspektive bedeutet hätte. Diese Argumentation hat im Wesentlichen noch heute Bestand und wird vertreten.⁹³

Trotz der Tatsache, dass diese Prämisse, sich auf große Unternehmen zu konzentrieren, in der ersten Richtlinie gerade keinen expliziten Ausdruck findet, wird doch deutlich, dass ein Normengefüge geschaffen werden sollte, dass sich in erster Linie an Großunternehmen richtete und im Ausnahmefall, wenn denn nun doch auch eine Geschlossene Gesellschaft grenzüberschreitend tätig werden würde, auf diese anwendbar sein sollte.

II. Die Einpersonen-GmbH Richtlinie

Die 1989 (!) erlassene Einpersonen-GmbH Richtlinie verfolgte das Ziel, der Festsetzung einer Mindestanzahl von Gesellschaftern für die Gründung einer Gesellschaft entgegenzuwirken. Somit werden die Mitgliedstaaten verpflichtet, auch solche Gesellschaften zuzulassen, die nur einen Gesellschafter haben.⁹⁴

Die Richtlinie ist aus einem praktischen Bedürfnis heraus entstanden. Während in Belgien, Dänemark, Frankreich, Deutschland und den Niederlanden die Möglichkeit der Einmann-Gesellschaft schon lange besteht, gab es in anderen Mitgliedstaaten hierzu keine oder gegenteilige Regelungen. In Bezug hierauf, insbesondere mit Blick auf die Haftungs- begrenzungs- und Publizitätsvorschriften sollte durch eine Vereinheitlichung mehr Rechtssicherheit geschaffen werden.⁹⁵

⁹² Schwarz, S. 27 (Rn. 33).

⁹³ Vgl. Hommelhoff, WM 1997, S. 2102f.

⁹⁴ Eckert, EuZW 1990, S. 54f.

⁹⁵ Ebenda, S. 55; Habersack, § 9, S. 311, Rn. 3.

Die Richtlinie richtet sich, wie deren Name bereits aussagt, eindeutig (auch) an die Geschlossenen Gesellschaften. Sinn und Zweck war es, mittelständische Unternehmungen zu fördern und die Gründung solcher Gesellschaften zu erleichtern.⁹⁶

Die Richtlinie geht auf Überlegungen des Rates zur Förderung des Mittelstandes und ein hieraus resultierendes Aktionsprogramm zurück. Es erscheint daher geboten, die Formulierung der Ziele des Aktionsprogramms mit den Regelungen der Richtlinie zu vergleichen. Interessant ist hierbei, dass in dem Entschluss zu dem Aktionsprogramm besonderer Bezug zu der wachsenden Bedeutung kleinerer und mittlerer Unternehmen genommen wird: „(...) in der Erwägung, dass aufgrund der großen Bedeutung, die der Gründung⁹⁷ und der Entwicklung der KMU bei der Förderung der Beschäftigung zukommen kann (...) (ist) eine Gemeinschaftsstrategie für die KMU erforderlich, welche die einzelstaatlichen Maßnahmen in diesen Bereichen ergänzt.“⁹⁸

Nun erscheint es verwunderlich, dass ein Entschluss zur Förderung kleiner und mittlerer Unternehmen in eine Regelung mündet, die bis zur Schaffung eines gemeinsamen europäischen „Konzernrechtes“, den Mitgliedstaaten die Regelungsbefugnis für Schutzbestimmungen in Zusammenhang mit Konzernstrukturen belässt.⁹⁹ In welchem Zusammenhang soll ein kleines Unternehmen typischerweise in einer Konzernstruktur stehen und warum wird die Frage der Schutzbestimmungen auch nur im Rahmen der Konzernverhältnisse angesprochen? Nun mag vertreten werden, diese Formulierung zeige lediglich, es bestehe ein Zusammenhang

⁹⁶ *Habersack*, § 9, S. 311f., Rn. 3, 4.

⁹⁷ Interessanterweise wird direkt auf die Frage der Gründung Bezug genommen, entsprechende Regelungen fehlen aber für die Geschlossene Gesellschaft auch weiterhin.

⁹⁸ Vgl. Entschließung des Rates vom 3. November 1986, Abl. C. 287, S. 1.

⁹⁹ Vgl. Art. 2 II, 6 der Richtlinie vom 21. Dezember 1989, Abl. L 395, S. 0040-0042. Bemerkenswert erscheint auch, dass nach dem ursprünglichen Entwurf der Richtlinie nur natürliche Personen als Gesellschafter und kleinere und mittlere Unternehmen in den subjektiven Anwendungsbereich der Richtlinie fallen sollten. Vgl. hierzu *Eckert*, *EuZW* 1990, S. 55.

zwischen Konzernrecht und Einpersonengesellschaft¹⁰⁰, es ändert jedoch nichts an der Signalwirkung, dass letztendlich eine Vereinheitlichung der Regelungen betreffend des Konzernrechtes, also des Rechtes betreffend großer Unternehmungen angestrebt war. Die Regelungen müssen in einem Gesamtkontext gesehen werden. Sofern man davon ausging, dass kleine und mittlere Unternehmen, in persona die Geschlossenen Gesellschaften, nicht grenzüberschreitend tätig würden, so widerspräche eine Regelung für diese Unternehmen der eigenen Prämisse. Sofern diese Regelung sich aber wiederum auf große Unternehmen in Gestalt von Konzernunternehmen beziehen soll, ist das Gesamtbild wieder in sich stimmig.

Zur Verifizierung dieser These sollen auch die Beratungen angeführt werden. Größter Streitpunkt waren hierbei die Regelungen bezüglich 100%iger Konzerntöchter, insbesondere der Enkel in der Gestalt, dass die beherrschte Tochter alleinige Gesellschafterin der Enkelin ist. Die Richtlinie wurde nur dadurch konsensfähig, dass man das Verbot der Mutter als Einzelgesellschafterin in der Endfassung strich.¹⁰¹ Es lag dem Rat somit daran, die Verbreitung weit verzweigter Konzernstrukturen zu fördern. Ein Ziel, welches dem unabhängigen Einzelunternehmer bei der Gründung einer Gesellschaft eher fremd sein sollte.

Basierend auf dem Beschluss des Rates für den Aktionsplan betreffend der Förderung kleiner und mittlerer Unternehmen war die Chance gegeben zumindest in Bezug auf Gründung, Publizität und Kapitalerhaltung eine die Geschlossenen Gesellschaften (im Allgemeinen) betreffende eigenständige Regelung zu schaffen. Diese Chance wurde vertan. Besondere Regelungen in Bezug auf Gründung und Offenlegungspflichten, sowie Kapitalerhaltung wurden nicht getroffen, sondern es wurde vielmehr auf

¹⁰⁰ *Schimmelpfennig/Hauschka*, NJW 1992, S. 942 (sich auf die englische Übersetzung beziehend).

¹⁰¹ *Schimmelpfennig/Hauschka*, NJW 1992, S. 943; Eckert, EuzW 1990, S. 55.

die allgemeinen Vorschriften und die erste bzw. zweite Richtlinie verwiesen.¹⁰²

Dies hat nun zur Folge, dass der Einzelunternehmer weiß, dass er in den Mitgliedstaaten eine Geschlossene Gesellschaft gründen darf. Es erfolgt jedoch keine Minderung der Transaktionskosten¹⁰³, muss er sich doch auch weiterhin in allen relevanten Bereichen mit dem Recht des Gründungsstaates auseinandersetzen.

Die Richtlinie hat somit für die Vereinheitlichung des Rechts der Geschlossenen Gesellschaften einen sehr begrenzten Fortschritt gebracht.

Als abschließendes Beispiel für den Stand der Gesellschaftsrechtsharmonisierung in Bezug auf die Geschlossenen Gesellschaften soll nun die Bilanzrichtlinie angeführt werden.

III. Die Bilanzrichtlinie

Die Bilanzrichtlinie (oder auch Jahresabschlussrichtlinie) stellt in erster Linie eine Konsequenzrichtlinie zu der Verpflichtung der Kapitalgesellschaften aus der Publizitätsrichtlinie dar, Geschäftspartnern und interessierten Dritten Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung offen zu legen. Ziel der Richtlinie war in Bezug auf grenzüberschreitend tätige und einer Haftungsbeschränkung unterliegende Gesellschaften einen umfassenden Gläubigerschutz durch ein verlässliches System der Informations- und Offenlegungspflichten zu schaffen.¹⁰⁴

Hervorzuheben ist an dieser Richtlinie, dass erstmalig eine Differenzierung nach Größe des Unternehmens vorgenommen wurde. Je nachdem, wie sich Umsatz, Bilanz und Beschäftigtenzahl verhalten, sind die An-

¹⁰² *Habersack*, § 9, S. 313, Rn. 6f. (hinsichtlich der Haftung), S. 318, Rn.15 (hinsichtlich Gründung und Offenlegung).

¹⁰³ Der Begriff der Transaktionskosten umschreibt die Rechtsberatungs-, Informations-, Gründungs-, und sonstigen Kosten, die bei Gründung einer neuen Gesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat für den Gewerbetreibenden entstehen. Hierauf wird ebenfalls an anderer Stelle in besonderem Kontext noch einzugehen sein. Vgl. zur Definition der Transaktionskosten auch oben S. 35

¹⁰⁴ *Habersack*, § 8, S. 270, Rn. 1.

forderungen an die Offenlegungspflichten geringer oder höher.¹⁰⁵ Diese Regelung geht auf die Mittelstandsrichtlinie, nach welcher für kleine und mittlere Unternehmen die Möglichkeit abgeschwächter Regelungen vorgesehen ist, zurück.¹⁰⁶

Diese Regelung ist deswegen hervorzuheben, weil sie gerade für die Geschlossenen Gesellschaften eine eigenständige Regelung darstellt und ihrer grenzüberschreitenden Bedeutung Beachtung verleiht. Es handelt sich hierbei somit um eine zweigeteilte Richtlinie, die den Bedürfnissen der Marktteilnehmer, sowohl der Gläubiger und Geschäftspartner, als auch den Gesellschaftern in Form gesteigerter oder verminderter Offenlegungspflichten entgegenkommt. Diese Regelung ist zwar die Folge eines langwierigen Prozesses, wenn man bedenkt, dass die Bilanzrichtlinie aus dem Jahr 1972, die die Änderung hervorrufende Mittelstandsrichtlinie aus dem Jahr 1990 stammt, es zeigt sich jedoch, dass die Bedürfnisse kleiner und mittlerer Unternehmen verstärkt in das Bewusstsein der normsetzenden Organe gerückt sind.

IV. Abschließende Stellungnahme

Der Fortschritt der Rechtsangleichung in Bezug auf die Geschlossenen Gesellschaften stellt sich als sehr begrenzt dar. Der überwiegende Teil der erlassenen Richtlinien bezieht sich ausschließlich und explizit nur auf die Aktiengesellschaften. Bereits die erste Richtlinie deutet in ihrer Begründung auf eine Ausrichtung auf die Offenen Gesellschaften und eine Vernachlässigung der Geschlossenen Gesellschaften hin.

Die in Bezug auf die Geschlossenen Gesellschaften hervorzuhebenden Richtlinien, die Publizitätsrichtlinie, die Einpersonen-GmbH Richtlinie und die Bilanzrichtlinie regeln zwar vereinzelte Teilbereiche des Rechts der Geschlossenen Gesellschaften, im Wesentlichen jedoch im Wege des Regel-Ausnahme-Prinzips, wobei große Unternehmen und Konzerne die

¹⁰⁵ Vgl. Art. 11, 12 der 4. Richtlinie vom 14.08.1978, Abl. L 222, S. 011-031.

¹⁰⁶ *Habersack*, § 8, S. 273, Rn. 5. Vgl. Mittelstandsrichtlinie vom 16.11.1990, Abl. L 317, S.0057-0059.

Regel, kleine und mittlere Unternehmen, in persona die Geschlossene Gesellschaft, die Ausnahme darstellen. Besonders deutlich wird dies an der Einpersonen-Richtlinie, die sich in ihrem Kern im Wesentlichen auf Konzernstrukturen konzentriert und mit diesen das Ziel eines Europäischen Konzernrechtes voranzutreiben sucht, das Recht der Geschlossenen Gesellschaft aber, obwohl der Richtlinie ein Entschluss zur Förderung kleiner und mittlerer Unternehmen voranging, nicht in Richtung einer Harmonisierung vorantreibt. Dies ist gerade aus dem Grund bedauerlich, dass der Aktionsplan die Chance geboten hatte, einen großen Schritt in Richtung einer attraktiven Regelung für die Geschlossenen Gesellschaften zu machen.

Es fehlen weiterhin Regelungen betreffend Gründung, Struktur und Organisation sowie Kapitalerhaltung.¹⁰⁷ Genau diese Regelungen sind jedoch essenziell für das europäische Recht der Geschlossenen Gesellschaften. Einziger Lichtblick bleibt hier die Mittelstandsrichtlinie, die sich zwar nur auf die Offenlegungs- und Bilanzierungspflichten bezieht, jedoch ein gesteigertes Bewusstsein in Bezug auf kleine und mittlere Unternehmen erkennen lässt.

Festzustellen ist somit, dass für ein Recht der Geschlossenen Gesellschaften auf europäischer Ebene ein Anfang gemacht werden muss. Bestehende Regelungen lassen sich weitgehend nicht übertragen, sonstige Regelungen zeichnen sich durch ihr Fehlen aus. Es bleibt somit nach Wegen zu suchen, wie ein solches Recht der Geschlossenen Gesellschaften auf europäischer Ebene geschaffen werden kann. Im Folgenden soll versucht werden, europäische Gesellschaftsformen wie SE und EWIV auf die Geschlossene Gesellschaft zu übertragen. Darauf folgend stellt sich die Frage, ob ein gemeinsames europäisches Unternehmens- und Gesellschaftsrecht möglich wäre und darüber hinaus offene Fragen beantworten und entstehende und entstandene Konflikte zu lösen vermöchte. Es bietet sich hierbei an, auf die Rechtshistorie zurückzugreifen und zu untersuchen, ob

¹⁰⁷ Vgl. Schwarz, S. 814, Rn. 1462.

möglicherweise auf europäischer Ebene die Möglichkeit eines umfassenden Unternehmensrechts nach Vorbild des *ius commune europaeum* besteht. Zunächst sollen aber die bereits bestehenden supranationalen Gesellschaftsformen hinsichtlich der Geschlossenen Gesellschaft einer Untersuchung unterzogen werden.

D. SE und EWIV und die Geschlossenen Gesellschaften

I. Die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV)¹⁰⁸

Mit der EWIV hat im Jahre 1985 die erste supranationale europäische Gesellschaftsform das Licht der Welt erblickt.

Zielsetzung dieser Gesellschaftsform war es, gerade kleinen und mittleren Unternehmen grenzüberschreitende Unternehmenskooperationen zu erleichtern, ohne der psychologischen Barriere ausgesetzt zu sein, sich einem fremden nationalen Recht unterwerfen zu müssen.¹⁰⁹

Die EWIV soll im Einzelnen erreichen, dass Unternehmen, die bereits eine Tätigkeit ausüben, eine Kooperationsgesellschaft gründen, um „die Verbesserung, Erleichterung, Entwicklung oder Steigerung der wirtschaftlichen Tätigkeit“ zu erreichen.¹¹⁰

Voraussetzung sind also zunächst bereits bestehende Unternehmen mit einer bereits ausgeübten gewerblichen Tätigkeit. Diese Tätigkeit wiederum bildet den Anknüpfungspunkt für den Gesellschaftszweck und die sich darauf beziehenden Maßnahmen.

Untersagt ist es der Gesellschaft daher zum einen eine Leitungs- und Kontrollfunktion in einem Unternehmen auszuüben und die wirtschaftliche Tätigkeit der Mitglieder der Gesellschaft zu übernehmen.¹¹¹

¹⁰⁸ VO EWG 2137/85, abgedruckt in Abl. L 199 vom 31.07.1985, S. 1.

¹⁰⁹ Gleichmann, ZHR 1985, S. 633f.

¹¹⁰ Gleichmann, ZHR 1985, S. 635. Vgl. auch Art. 3, Abs..I, II der VO.

¹¹¹ Ebenda, S. 636f.

Die EWIV soll von ihrer Konzeption her nicht Ersatz für eine europäische Handelsgesellschaft sein.¹¹² Diesen „Bedenken“¹¹³ sollte durch die Ausgestaltung der EWIV Rechnung getragen werden.

Erwähnenswert als Beispiel für eine „Befürchtungshaltung“ ist die Abhandlung von *Kittner* aus dem Jahre 1975.¹¹⁴

Kittner „befürchtete“, eine Europäische Kooperationsvereinigung (EKV)¹¹⁵ könnte die Idee der Europäischen Aktiengesellschaft (EAG) in ihrer Funktion entleeren, indem diese die gleichen wirtschaftlichen Funktionen übernehme. Hinzu käme die Ausrichtung der Gesellschaft auf weniger als 500 Mitarbeiter, wodurch die Gefahr des Missbrauchs der Gesellschaft zur Umgehung des deutschen Mitbestimmungsrechtes¹¹⁶ bestehe.¹¹⁷ Die Gefahr des Ersatzes der EAG durch die EKV stellt er denn auch als „einen falscheren Einstieg in den Gesamtkomplex eines europäischen Unternehmensrechts, wie man ihn nicht tun kann“¹¹⁸ dar.

Die Auffassung *Kittners* verdeutlicht eine national geprägte Sichtweise und fehlendes Verständnis für die Rechtssetzungsmaßnahmen und –ziele des Europäischen Gemeinschaftsrechts, nämlich die Mobilität zu fördern und das Recht nicht zu einem Standort- und Entscheidungsfaktor für oder gegen einen grenzüberschreitenden Handel werden zu lassen.

Zunächst stellt für ihn die Aktiengesellschaft wiederum der Ausgangspunkt dar. Interessanterweise war aber sowohl EKV als auch EWIV, wie man aufgrund ihrer Beschränkung auf 500 Mitglieder erkennen kann, gerade für wachsende mittlere Gewerbetreibende und Schwellengesellschaften auf dem Weg zu einem großen Unternehmen angedacht. Die Überlegungen *Kittners* spiegeln jedoch die Grundauffassung wider, dass

¹¹² *Müller-Gugenberger*, NJW 1989, S. 1450.

¹¹³ Ebenda, S. 1450.

¹¹⁴ *Kittner*, ZGR 1975, S. 48ff., bezogen auf eine europäische Kooperationsvereinigung (EKV) aus dem Jahre 1973, die Vorgängeridee der EWIV.

¹¹⁵ Die Europäische Kooperationsvereinigung (EKV) ist der Vorläufer der EWIV in den Beratungen zur Schaffung einer supranationalen Gesellschaftsform, unterscheidet sich aber hinsichtlich der Zwecksetzung nicht von der EWIV.

¹¹⁶ Ein solches, schlägt er vor, solle zwingend vorgeschrieben sein, vgl. *Kittner*, ZGR 1975, S. 64.

¹¹⁷ Vgl. *Kittner*, ZGR 1975, S. 61f.

¹¹⁸ Ebenda, S. 63.

unternehmensrechtliche Rechtssetzungsmaßnahmen von dem Leitbild der Aktiengesellschaft ausgehen sollten. Die strukturellen Unterschiede werden verdrängt und nicht thematisiert. Interessanterweise stellt aber *Kittner* die Geschlossenen Gesellschaften und die Aktiengesellschaften indirekt auf eine Stufe, indem er davon ausgeht, diese könne die Funktion der Aktiengesellschaft übernehmen.

Wie bereits aufgezeigt, widerspricht sich diese Auffassung in sich durch die Struktur (im Vergleich zur Aktiengesellschaft) andersartiger Gesellschaftsformen (insbesondere der Geschlossenen Gesellschaften).

Die Abhandlung *Kittners* ist aber noch aus einem anderen Grunde bemerkenswert. Sie spiegelt die Angst wider, europäisches Recht könnte den Unternehmen die Möglichkeit bieten sich von nationalen Grundkonzeptionen wie zum Beispiel dem Mitbestimmungsrecht zu lösen.¹¹⁹ *Kittner* lehnt daher, indem er eine Verpflichtung zur Mitbestimmung fordert, dem Grunde nach eine Regelung, die losgelöst vom nationalen Recht operiert, mit der Begründung der Missbrauchsgefahr ab. Eine solche Sichtweise kann aber, sofern sie in europäisches Recht mündet, das Ziel den grenzüberschreitenden Handel zu befördern, nicht erreichen. Die Skepsis vor einem Rechtssystem, welches andere Maximen verfolgt als das eigene und die Auffassung, nur das bisher anerkannte nationale System sei das geeignete, kann eine grenzüberschreitende Akzeptanz nur verhindern, wenn diese Skepsis Eingang in die Regelung findet.¹²⁰

Interessanterweise war dies auch bereits vor der Schaffung von EWIV und SE erkannt worden, wie *Müller-Gugenberger* anführt: „Grundgedanke ist, den Gesellschaftern aus den verschiedenen europäischen Staaten die Unterwerfung unter die Rechtsordnung eines Mitgliedstaates zu ersparen und ihnen eine allen gleichermaßen nahe stehende Vereinigungsform zur Verfügung zu stellen, damit – auch psychologisch – die Über-

¹¹⁹ Vgl. hierzu auch *Müller-Gugenberger*, NJW 1989, S. 1454, der dies noch einmal explizit als Grund für das wirtschaftliche Betätigungsverbot der EWIV anführt.

¹²⁰ Die Realität bestätigt dies: Bis Oktober 2006 (mehr als 17 Jahre nach Inkrafttreten) waren europaweit 1707 (2001: 1173) EWIV registriert. Vgl. hierzu *Krause*, EuZW 2003, S. 750 (Fn 90), www.libertas-institut.com; *Schlüter*, EuZW 2002, S. 591.

windung nationaler Grenzen leichter fällt.¹²¹ Bedauerlicherweise ist dieser Grundgedanke im Laufe der Verhandlungen über die EWIV zugunsten der Bedenkenträger gewichen. Das Ergebnis der Ausgestaltung der EWIV, welche die Bedenken in die Regelung mit aufgenommen hat, bestätigt diese Auffassung.

Es ergibt sich aus der Zielsetzung der Gesellschaft, dass diese als Modell für ein europäisches System der Geschlossenen Gesellschaften nicht geeignet ist. Ziel ist es doch gerade, für kleine oder mittlere Gewerbetreibende den grenzüberschreitenden Handel interessant zu gestalten. Diesen Handel bzw. der Betrieb eines Gewerbes und die Gewinnerzielung wird aber der EWIV (auch als Kooperationsform) verboten.¹²² Zwar richtet sich die Gesellschaftsform insbesondere an kleinere und mittlere Unternehmen, aber erst an diejenigen, die sich bereits für einen grenzüberschreitenden Handel entschieden haben und nun versuchen, beispielsweise die Vertriebskosten zu senken, indem sie ein gemeinsames Transportsystem in der EWIV organisieren.

Ziel ist es aber, zunächst Gründung, Struktur und Organisation der Gesellschaft einheitlich zu regeln und sie auf einen grenzüberschreitenden Handel vorzubereiten und auszurichten. Dies kann die EWIV per se nicht leisten. So hat sie nicht nur die Löslösung von nationalem Recht nicht erreicht, sondern darüber hinaus verbleibt die Registrierungsregelung bei den Mitgliedstaaten, die von den Gründern unter anderem hohe Eintragungskosten und teilweise notarielle Beurkundung fordern.¹²³ Das Ziel, Rechtseinheitlichkeit und Senkung von Transaktionskosten¹²⁴ zu erreichen, wurde hierdurch evident verfehlt.

¹²¹ Müller-Gugenberger, NJW 1989, S. 1450.

¹²² Schlüter, EuZW 2002, S. 592.

¹²³ Ebenda, EuZW 2002, S. 593.

¹²⁴ Das Libertas Institut (www.libertas-institut.de) sieht denn auch unter anderem Sprach- und Kommunikationsschwierigkeiten als die hemmenden Faktoren an, vgl. Schlüter, EuZW 2002, S. 593.

Außerdem ist zu berücksichtigen, dass die EWIV eine persönliche Haftung ihrer Mitglieder normiert, demnach also das Risiko der Gesellschafter gegenüber der Geschlossenen Gesellschaft noch verstärkt.¹²⁵

Abschließend ist festzustellen, dass die EWIV eine für kleinere und mittlere und für hinsichtlich der Geschlossenen Gesellschaft wechselwillige Gewerbetreibende ungeeignete Rechtsform zum grenzüberschreitenden Handel darstellt. Fraglich ist weiterhin, ob die SE diese Probleme zu lösen vermag.

II. Die Europäische Aktiengesellschaft (EAG/SE¹²⁶)

Die Europäische Aktiengesellschaft wurde nach langjährigen und langwierigen Beratungen und Diskussionen¹²⁷ Ende 2001 geschaffen.¹²⁸

Ziel der SE war es ähnlich wie für die EWIV, psychologische Barrieren abzubauen und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu fördern.¹²⁹

Interessanterweise wurde die Gesellschaft in all ihren Regelungsbereichen nicht einheitlich durch eine Verordnung geschaffen, sondern vielmehr Organisation und Struktur der Gesellschaft im Wege der Verordnung normiert, die Mitbestimmung hingegen mittels der Richtlinie.¹³⁰

Gemäß Art. 1 der Verordnung richtet sich die Rechtsform der Europäischen Aktiengesellschaft explizit an Großunternehmen,¹³¹ also nach der Definition der Kommission an solche, die mehr als 250 Mitarbeiter beschäftigen und einen Jahresumsatz von mehr als 50 Millionen Euro erzielen.¹³²

¹²⁵ Krause, EuZW 2003, S. 750.

¹²⁶ Societas Europaea (SE) – VO EG 2157/2001.

¹²⁷ Die ersten Beratungen bezüglich der SE fanden 1970 statt, der erste Entwurf datiert aus dem Jahre 1975. Vgl. hierzu *Hirte*, NZG 2002, S. 1.

¹²⁸ In Kraft getreten sind die Regelungen seit dem 08.10.2004 (Art. 70 SE-VO).

¹²⁹ *Hirte*, NZG 2002, S. 2f.

¹³⁰ Vgl. hierzu: EGVO Nr. 2157/2001, Abl EG Nr. L 294 v. 10.11.2001, S. 1ff.

¹³¹ *Hirte* vertritt die Auffassung, dass sich das Statut angesichts der Mindestgrundkapitalziffer für die SE sogar im Wesentlichen an solche Gesellschaften richten wird, deren Größe die durchschnittliche nationale Aktiengesellschaft übersteigt., vgl. *Hirte*, NZG 2002, S. 6.

¹³² S. o., S. 22, Definition der KMUs.

An Gewerbetreibende, die im Rahmen der Geschlossenen Gesellschaft operieren, also kleine und mittlere Unternehmen, richtet sich die SE demnach bereits qua definitionem nicht. Die SE unterliegt drei maßgeblichen Rechtsquellen. Dem Recht der Verordnung und der Richtlinie auf europäischer Ebene, dem Recht des Sitzstaates auf nationaler Ebene (so weit die Verordnung bzw. Richtlinie diesbezüglich keine Regelung trifft) und dem eigenen Satzungsrecht der Gesellschaft.¹³³

Eine Rechtsvereinheitlichung stellt man sich anders vor. Richtigerweise gilt die Satzung der Gesellschaft zuvorderst als maßgeblich. Dies ist der gesellschaftsrechtliche und privatrechtliche Grundsatz der Vertragsfreiheit. Fraglich ist jedoch, wie sich die Anwendbarkeit von nationalem und europäischem Gesellschaftsrecht miteinander vertragen. Zwar gilt auch hier das Subsidiaritätsprinzip, wonach Regelungen auf europäischer Ebene nur dann getroffen werden sollen, wenn das nationale Recht die gemeinschaftsrechtlichen Ziele nicht in gleicher Weise zu erreichen vermag, dennoch stellt sich die Frage, ob dies auch für supranationale Gesellschaftsformen sinnvoll sein kann. Der Begriff der Supranationalität beschreibt in der Regel etwas vom nationalen Recht Losgelöstes, dieses Überwindendes. Zwar handelt es sich vorliegend bei der SE um eine europäische Rechtsform, diese unterliegt aber in Einzelbereichen dem nationalen Recht. Nun wird man bezüglich des Aktienrechtes annehmen können, dass (mit Ausnahme des umstrittenen Mitbestimmungsrechtes) die Vorschriften in den Nationalstaaten durch europäische und internationale Regelungen sich weit gehend ähneln. Für die Geschlossene Gesellschaft hingegen kann solches nicht gelten. Hier unterscheiden sich die Regelungen bezüglich Struktur, Organisation und Drittschutz erheblich, was mit kulturell, politisch und wirtschaftlich unterschiedlichen Grundkonzeptionen¹³⁴ zu begründen ist. Sofern darüber hinaus auch die rechtsfortbildende Rechtsprechung der Mitgliedstaaten bezüglich der SE zu den

¹³³ Hirte, NZG 2002, S. 2.

¹³⁴ Hierauf wird an anderer Stelle noch ausführlich einzugehen sein. Vgl. hierzu S. 82ff.

national zulässigen Rechtsquellen für die SE gezählt wird¹³⁵, werden sich die Ausgestaltungsunterschiede noch in weitaus größerem Maße zeigen. Ein europäisches Statut, welches nationalem Recht unterliegt, wird Transaktionskosten nicht vermindern können, da sich der Gewerbetreibende erst in Form aufwendiger Rechtsberatung darüber informieren muss, in welchen Bereichen nationales Recht gilt, und worin sich dieses in den einzelnen Mitgliedstaaten unterscheidet. Das Großunternehmen wird diese Kosten leichter tragen können als das mittelständische Unternehmen. Zu berücksichtigen ist dabei auch, dass diese Kosten für jedes Land, mit bzw. in welchem eine Gesellschaft Handel treibt, neu entstehen. So kann man denn auch mit *Hirte* das Fazit ziehen: „Es gibt so viele SE wie Mitgliedstaaten.“¹³⁶

Die Ausrichtung der Gesellschaft auf Großunternehmen zeigt sich aber auch an anderer Stelle in Bezug auf die Erwähnung der GmbH. Im Falle zweier GmbHs mit Sitz in unterschiedlichen Mitgliedstaaten können diese die Gründung einer Holding-SE anstreben.¹³⁷

Ziel einer Rechtsvereinheitlichung betreffend der Rechte der Geschlossenen Gesellschaften ist es, wie bereits in der Einleitung angesprochen, diese dazu zu bewegen einen grenzüberschreitenden Handel aufzunehmen. Angesprochen werden sollen bewusst nicht diejenigen, die bereits in Konzern- oder Abhängigkeitsstrukturen organisiert sind, sondern die unabhängigen kleinen und mittleren Unternehmen. Solche Unternehmen sind aber in der SE-VO bewusst nicht angesprochen bzw. die Konzentration auf Großunternehmen deutlich formuliert worden.

Als positives Grundmodell der SE ist die Schaffung von Optionsmodellen zu erwähnen. So kann durch Satzung entweder ein dualistisches System aus Vorstand und Aufsichtsrat geschaffen werden oder das monisti-

¹³⁵ So *Hirte*, NZG 2002, S. 2.

¹³⁶ *Hirte*, NZG 2002, S. 2.

¹³⁷ Vgl. hierzu Art. 2, 32-34 SE-VO.

sche System aus ausschließlich einem Vorstand gewählt und auch wieder geändert werden.¹³⁸

Interessant könnte ein solches System (bezogen sowohl auf Organisation und Struktur, als auch auf Drittschutz und Kapitalerhaltung) aus zwei Gründen sein. Zum einen ist dieses Optionsmodell gemeinschaftsrechtlich geregelt, also dem nationalen Recht entzogen. Weiterhin erscheint die Ein- und Anbindung an das nationale Recht konfliktfreier möglich, denn gerade bezogen auf das kontinentale und das angelsächsische Recht sind Änderungen in wirtschaftlichen und politischen Grundkonzeptionen nicht erforderlich, da ein allgemein gültiges System nicht aufgezwungen wird. Darüber hinaus stellt es für die Gewerbetreibenden in den Mitgliedstaaten keine allzu große Umstellung dar, in die supranationale Gesellschaftsform zu wechseln. Dies sollte in großem Maße Akzeptanz fördernd wirken. Wichtig ist aber, dass der Markt darüber entscheiden kann und wird, welches System sich durchsetzt und als das vorzugswürdigere anzusehen ist. Diese Idee sollte im Rahmen der Angleichung des Rechts der Geschlossenen Gesellschaften, sofern man sich für den Weg einer supranationalen Gesellschaftsform entscheidet, beibehalten werden.

Anzumerken ist auch, dass die Vorschriften betreffend Organisation und Struktur insgesamt für die Gesellschaft einheitlich gemeinschaftsrechtlich geschaffen wurden.¹³⁹ Vorschriften betreffend eine handelsrechtliche Gesellschaft müssen deren Grundkonzeption regeln. Die zuvor ergangenen Richtlinien waren auf die Lösung von Einzelproblemen beschränkt¹⁴⁰, konnten daher kein Gesamtkonstrukt ergeben. Sowohl für die Gewerbetreibenden selbst, aber auch für Dritte (seien es Arbeitnehmer, Vertragspartner oder Fremdkapitalgeber) müssen die Wege der Entscheidungsfindung in einer Gesellschaft ersichtlich sein. In diesem Punkt stellt sich die SE als revolutionär dar und kann für andere Rechtsetzungsprojekte betreffend supranationaler Gesellschaftsformen als Ideengeber fungieren.

¹³⁸ Vgl. Art. 38a, b SE-VO.

¹³⁹ Beispielsweise Art. 38ff. SE-VO betreffend die Organe der Gesellschaft, aber die Art. 2ff. SE-VO bezogen auf die Gründung.

¹⁴⁰ Wobei dies zugegebenermaßen auch in der Natur der Richtlinie liegt.

Weiterhin ist anzuführen, dass das Modell der Mitbestimmung trotz langwieriger Beratungen einen positiven Grundgedanken normiert: Die grundsätzliche Vertragsfreiheit. So können sich Unternehmensleitung und Arbeitnehmervertretung in Abweichung von den gesetzlichen Regelungen auf ein gesellschaftsspezifisches Mitbestimmungsmodell einigen.¹⁴¹

Die Regelung stellt eine Marktlösung im Wege der Schaffung reflexiven Rechts¹⁴² dar. Nicht ein oktroyiertes starres System kann die Akzeptanz fördern, sondern im Wesentlichen wird dies durch die Gewährung von (Vertrags-)Freiheit an die beteiligten Personen erreicht. Das Erfordernis einer nationalstaatlichen Auffanglösung im Falle eines Nichterreichens einer Einigung¹⁴³ verhindert die Entstehung von sozialen Ungerechtigkeiten und ungleichmäßigen Verhandlungspositionen.

III. Abschließende Stellungnahme

EWIV und SE sind nicht geeignet, die Fragen und Probleme der Geschlossenen Gesellschaften zu lösen, das Recht zu harmonisieren und den grenzüberschreitenden Handel kleiner und mittlerer Unternehmen zu fördern.

Die EWIV normiert bereits das Verbot der Ausgestaltung als Handelsgesellschaft, richtet sich an kooperationswillige Unternehmen und kann daher bereits aufgrund ihrer Zielsetzung kein Modell für die Geschlossene Gesellschaft sein. Mitunter war dies auch in ihrer Grundkonzeption nicht gewollt, vielmehr bewusst verhindert worden, dass nationale Gesellschaftsformen abgelöst werden könnten.

¹⁴¹ Vgl. Erwägungsgrund der SE-RL Nr. 8, Art. 3ff. SE-RL (2001/86/EG vom 08. Oktober 2001, Abl. EG 294, S. 22).

¹⁴² *Deakin*, *Regulatory competition versus Harmonisation in European Company Law*, S. 32f.

¹⁴³ Art. 7 I UA I SE-RL, wobei auch hier eine rein europarechtliche nicht implementierungsbedürftige Verordnung als vorzugswürdiger anzusehen gewesen wäre. Vgl. insgesamt auch das Ausführungsgesetz zur Richtlinie (SE-BG) des Deutschen Bundestages.

Die SE stellt zwar eine Handelsgesellschaft dar, richtet sich aber an Großunternehmen, die bezüglich des Umfangs die durchschnittliche nationale Aktiengesellschaft übertreffen. Eine Übertragbarkeit auf die Geschlossenen Gesellschaften ist daher ausgeschlossen. Abgelehnt wird auch die dualistische Regelung der Anwendbarkeit von nationalem und europäischem Gemeinschaftsrecht innerhalb einer Geschlossenen Gesellschaftsform. Dies stellt einen Widerspruch in sich zu dem Ziel der Rechtsangleichung dar und reduziert die Gesellschaft insgesamt wieder auf den Kompromiss der Insellösung. Die SE kann aber in Einzelbereichen als Modell für eine Europäische Geschlossene Gesellschaft dienen, sofern man sich für eine supranationale Gesellschaftsform entscheidet. Zum einen sind hier die Optionsmodelle anzuführen, die es dem Markt überlassen, ein vorzugwürdiges System zu entwickeln. Darüber hinaus wird an den Beginn der Verordnung die Organisation und Struktur der Gesellschaft und damit ein Grundpfeiler der erforderlichen Rechtssicherheit gestellt. Abschließend stellt das Mitbestimmungsmodell aus Verhandlungs- und Auffanglösung eine an den Bedürfnissen der Marktteilnehmer orientierte Regelung dar, die zumindest theoretisch soziale Ungerechtigkeiten verhindert. Die SE ist daher abschließend als Impulsgeber wichtig, als Gesellschaftsform¹⁴⁴ für die grenzüberschreitend tätige Geschlossene Gesellschaft aber abzulehnen.

¹⁴⁴ Besonders nicht in der Form, dass die Vorschriften der SE auf Geschlossene Gesellschaften entsprechend anwendbar wären.

Kapitel 6: Ein europäisches Unternehmensrecht nach dem Vorbild des *ius commune europaeum*

Die vorliegende Untersuchung beschäftigt sich mit der Findung von Wegen zu einer Harmonisierung oder Angleichung des Rechts der Geschlossenen Gesellschaften auf europäischer Ebene. Es gibt hierbei sicherlich nicht *den* einzig zu beschreitenden Weg, sondern vielmehr eine Vielzahl verschiedener Möglichkeiten. Die Wissenschaft befindet sich in der Regel bei den Überlegungen zur Rechtharmonisierung und Rechtsangleichung an einer „Abzweigung“. Soll das große Ganze einheitlich geregelt werden, bezogen auf das zu behandelnde Thema also ein einheitliches Europäisches Unternehmensrecht geschaffen werden, oder beschränkt man sich darauf, einen Teilbereich in seiner Gänze zu regeln, sich somit auf das Recht der Geschlossenen Gesellschaften zu konzentrieren?

Nun mag es erstaunlich erscheinen, dass man sich im Rahmen des Unternehmensrechtes mit dem Feld eines grenzübergreifenden gemeinsamen Staatenrechtes befasst, doch gibt es hinsichtlich der offenen Fragen, Gemeinsamkeiten, Unterschiede und Probleme zwischen den Rechten der Nationalstaaten eine große Schnittmenge, die gerade weil sie so nationalspezifisch ist, in das Unternehmensrecht hineinstrahlt. Die Behandlung des *ius commune europaeum* bietet eine geeignete Plattform, um diese angesprochenen Punkte herauszuarbeiten und in der weiteren Behandlung des Themas auf das Projekt der Angleichung und Harmonisierung zu übertragen. Zunächst ist hierzu jedoch das *ius commune europaeum* zu erläutern.

A. Begriff und Entstehung des *ius commune europaeum*

Das nationalstaatliche Recht, wie wir es heute kennen, ist rechtshistorisch betrachtet ein Produkt der neueren Zeit¹⁴⁵. Es entwickelte sich zeitgleich mit der Herausbildung der Nationalstaaten und der Entwicklung des Beg-

¹⁴⁵ Wobei unter dem Begriff der „neueren Zeit“ eine Zeitrechnung ab ungefähr der französischen Revolution, also ca. 1789, verstanden werden soll.

riffs des „Volksgeistes“ im 18. und 19. Jahrhundert.¹⁴⁶ Die Entwicklung der Nationalstaaten bedeutete auch die Entwicklung eigener Rechtsquellen, Rechtswissenschaften und Rechtslehren.¹⁴⁷

Vom Mittelalter bis zum Ende des 17. Jahrhunderts hingegen zeichnete sich Mittel- und Westeuropa durch ein gemeinsames Rechtssystem, ein common law oder auch ius commune, aus.

Die Wurzeln dieses gemeinsamen Rechtes hatten die Staaten im Kirchenrecht (kanonisches Recht) und im römischen Recht, was kulturspezifische, aber gerade in Bezug auf die Kirche auch machtspezifische Gründe hatte.¹⁴⁸ Bemerkenswert war, dass ein reger Austausch in Lehre und Rechtsanwendung bestand, was die grenzübergreifenden Gemeinsamkeiten beförderte. So studierten viele Rechtsgelehrte in anderen Staaten und wendeten diese Erkenntnisse soweit möglich und angemessenen in ihrer Arbeit zu Hause an, die sich beispielsweise in der grenzüberschreitenden gegenseitigen Zitierung von Urteilen oder der Verbreitung von Lehrwerken und Kommentaren widerspiegelte.¹⁴⁹ Somit entwickelte sich nicht nur eine gemeinsame Wissenschaft, sondern auch, und das ist die Hauptvoraussetzung für ein gemeinsames Recht, eine gemeinsame Sprache, nämlich Latein, und eine gemeinsame Ausbildung.¹⁵⁰

Recht wurde so *Herald J. Bermann* als ein zusammenhängendes Ganzes betrachtet, als ein in sich kohärentes System von Regeln, das sich im Laufe der Zeit entwickelt und verändert. Die Entwicklung des Rechts zeichnet sich dadurch aus, dass Erfahrungen der Vergangenheit auf die Anforderungen der Gegenwart übertragen werden und demgemäß das Recht der Zeit angepasst wird.¹⁵¹ Man erkennt an dieser Aussage, dass hier das Recht als die Lösung gemeinsamer, grenzüberschreitender Probleme verstanden wurde. Aufgrund der gemeinsamen Traditionen bestan-

¹⁴⁶ *Basedow*, JUS 2004, S. 90; *Zimmermann*, JZ 1992, S. 10.

¹⁴⁷ *Zimmermann*, JZ 1992, S. 10.

¹⁴⁸ *Hauschka*, JZ 1990, S. 521.

¹⁴⁹ Vgl. *Zimmermann*, JZ 1992, S. 10f.

¹⁵⁰ *Ebenda*, S. 11; *Hauschka*, JZ 1990, S. 522, 523.

¹⁵¹ Der Bezug zu *Herald J. Bermann* stammt aus *Zimmermann*, JZ 1990, S. 12.

den gemeinsame Interessen und Probleme und das Recht entwickelte sich in der entsprechenden Weise gleichförmig.

B. Rechtsentwicklung in den Nationalstaaten – Der Abschied vom *ius commune*

I. Die Entwicklung des Englischen Common Law

Wenn englische Rechtsgelehrte heute von der immer bestehenden Andersartigkeit des Englischen Common Law sprechen, so geschieht dies meist in Verkennung der historischen Tatsachen. Das englische Recht nahm eine Entwicklung, die ihre Wurzeln wie in anderen Mittel- und Westeuropäischen Staaten ebenfalls in der Herausbildung der Nationalstaaten, im Falle Englands des Parlamentarismus und der konstitutionellen Monarchie hat.¹⁵² Die Krone, in persona die Stuarts, und das Parlament stritten sich um die Bedeutung des Römischen Rechts als Ausdruck absolutistischer Machtinteressen, und der Konflikt zwischen Staat und Kirche, geführt seit Heinrich dem Achten, führte zu einer schrittweisen Abkehr vom *ius romanae* bzw. *ius canonae*, dem Recht der Römischen Kirche.¹⁵³

Es zeigt sich hieran, dass das Recht sich in seinem Sinngehalt zu verändern begann. War es vorher ein Institut der Konfliktlösung, so entwickelte es sich ab dem Ende des Absolutismus zu einem Instrument der staatlichen und kulturellen (und wohl auch religiösen) Emanzipation und des Ausdrucks eines neuen nationalen Selbstwertgefühls.

Im Kern blieb es aber und ist auch heute noch ein System, welches auf Kasuistik beruht, welches seine Lehren aus Erfahrung, Tradition und praktischer Vernunft zieht.¹⁵⁴

Bis zu dieser Zeit jedoch herrschte das Kirchenrecht. Instanz der Rechtsprechung und Rechtsauslegung waren bis zur Reformation kirchliche Gerichte, sowohl auf dem Kontinent als auch in England. Somit mussten

¹⁵² Zimmermann, JZ 1992, S. 15; Großfeld, in FS Habscheid, S. 133.

¹⁵³ Zimmermann, JZ 1992, S. 15.

¹⁵⁴ Lenz, ZRP 1988, S. 450.

zwangsläufig große Gemeinsamkeiten bestehen.¹⁵⁵ Jedoch darf das Präparlamentarische Recht in Großbritannien nicht auf das Kirchenrecht beschränkt werden, wenn es auch das bestimmende Rechtssystem war. England war zu einem Großteil sowohl juristisch als auch wirtschaftlich sehr stark vom Kontinent und hier insbesondere von Norditalien als kaufmännisches Zentrum und von Frankreich in Folge der normannischen Eroberung beeinflusst.¹⁵⁶

II. Das BGB und die Abkehr vom *ius commune* in Deutschland

1. Der Begriff des Volksgeistes und seine Auswirkungen auf das Recht

Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) und Georg Friedrich Puchta (1798-1846) gelten als die Väter des Begriffes des Volksgeistes. Nach Savignys Auffassung war das Recht „ein Bestandteil der nationalen Kultur“¹⁵⁷, dem Volk eigentümlich und entfaltetete sich in gleichem Maße wie die nationale Sprache, Sitte und Verfassung.¹⁵⁸ Das Recht sei somit Ausdruck der nationalen Grundvorstellungen. „Das Recht wachse mit dem Volke fort, bilde sich aus diesem und sterbe ab, so wie das Volk seine Eigentümlichkeit verliere.“¹⁵⁹

Aufgabe des Rechts sei es somit, diese Wert- und Kulturvorstellungen aufzunehmen und in Normen umzusetzen.¹⁶⁰

Jedoch dürfen die Lehren Savignys nicht einzig auf den Begriff des Volksgeistes reduziert werden. Vielmehr können seine Ansichten zu einem großen Teil als Grundlagen des Systematik- und Dogmatikdenkens im deutschen Recht verstanden werden. So wird er dahingehend interpretiert, dass „das positive Recht Vernunft und Ordnung in sich trage, wodurch überhaupt erst eine systematische Bearbeitung möglich werde.“¹⁶¹

¹⁵⁵ Zimmermann, JZ 1992, S. 16.

¹⁵⁶ Großfeld, in FS-Habscheid, S. 132.

¹⁵⁷ Vgl. Coing, NJW 1979, S. 2021.

¹⁵⁸ Vgl. Ebenda, S. 2021; Jochum, NJW 2004, S. 570.

¹⁵⁹ Vgl. Jochum, NJW 2004, S. 571.

¹⁶⁰ Vgl. Coing, NJW 1979, S. 2021.

¹⁶¹ Vgl. Jochum, NJW 2004, S. 571.

Recht müsse als organische und logische Einheit verstanden werden, zu erreichen sei diese und Rechtslücken könnten geschlossen werden durch Auslegung in Form von historischer, grammatikalischer, logischer und systematischer Interpretation und Analogiebildung, die wiederum eine dem Recht innewohnende Konsequenz voraussetze.¹⁶²

Diese Auffassung beschreibt im Wesentlichen die Rechtssystematik und Dogmatik im deutschen Recht wie wir sie bis heute, gerade aus dem BGB kennen.¹⁶³

2. Die Kodifizierungsbewegungen und das BGB

In Deutschland leitete die Kodifizierung des Privatrechtes in Form des BGB die Abkehr von der gemeinsamen europäischen Rechtstradition hin zu einem (nationalen) Rechtssystem wie es Savigny vorschwebte ein.

Man wird vor diesem Hintergrund auch verstehen, warum die Nationalstaaten so sehr an ihrem Privatrecht festhalten. In Deutschland bedeutete die Schaffung des BGB eine Fortsetzung der Entwicklung einer nationalen Kultur als Ausprägung der Staatenbildung, die 1871 mit der Gründung des Deutschen Reiches und der fortschreitenden Aufklärung ihren Anfang genommen hatte.¹⁶⁴

Das BGB begründete einen Neuanfang. Rechtswissenschaft, wie man sie vorher gekannt und betrieben hatte, sollte nunmehr Rechtsgeschichte sein. Die Anwendung des Rechts konzentrierte sich von nun an ausschließlich auf das Bürgerliche Gesetzbuch, wobei hinzugefügt werden muss, dass sich die Grundlagen des *ius commune* selbstverständlich im BGB wiederfanden, da dieses seine Grundlagen in den Pandektenlehrbüchern der römischen Rechtsgelehrten (*corpus iuris civilis*) hatte.¹⁶⁵

¹⁶² Vgl. *Jochum*, NJW 2004, NJW 2004, S. 572.

¹⁶³ Vgl. *Caruso*, European Law Journal 1997, S. 5, die diese Systematik als ein besonderes Merkmal des kontinentalen Rechtssystems beschreibt.

¹⁶⁴ *Hauschka*, JZ 1990, S. 522.

¹⁶⁵ *Zimmermann*, JZ 1992, S. 19.

Man wird diese Entwicklung so zu verstehen haben, dass die Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches gerade in dem Bereich der Gesetzgebung etwas Eigenständiges war, was man auch als solches verstanden wissen wollte. Es entwickelte sich ein Verständnis von Recht, als Ausdruck nationaler Wertentscheidungen und verwurzelter nationaler Grundsätze. Ein solches Verständnis herrschte in Grundzügen, wie dargelegt, aber bereits während des 19. Jahrhunderts vor, manifestierte sich aber *lex scriptum* erst 1900 im Bürgerlichen Gesetzbuch mit der Abkehr von *Code Civile* und österreichischem ABGB.¹⁶⁶ So wurde denn auch die Ungleichbehandlung des Ausländers gegenüber dem Inländer durch das so genannte Fremdenrecht eingeführt.¹⁶⁷ Die gemeinsamen Wurzeln begannen, sich im Wege dieser Nationalisierung des Rechtes aufzulösen.

Die Entwicklung eigenständiger Rechtssysteme hatte jedoch noch eine weitere Folge. Die Rechtssysteme waren so sehr national ausgerichtet, dass sie auch nur noch innerhalb der Grenzen Anwendung fanden und anwendbar waren. Der internationale Handel sah sich aufgrund des Abbruchs der Verbindungen zwischen den Rechtssystemen dem Problem der fehlenden Konfliktlösungsinstanz, dem gemeinsamen Recht, ausgesetzt. Aus diesem Problem heraus entwickelte sich das Institut der Rechtsvergleichung, welches an Stelle eines gemeinsamen Rechts trat.¹⁶⁸ Sofern zwischen den Staaten allerdings Verbindungen in Form von internationalen Abkommen eingegangen wurden, verstand man dies als Ausgleich nationaler Interessen.¹⁶⁹ Hatte man vorher die Gemeinsamkeit der Probleme erkannt und versucht, diese durch gegenseitigen Austausch der Wissenschaften und Praktiken zu lösen, galt es von nun an, die Nationalstaatlichkeit des Problems zu betonen, wobei sich tatsächlich nur die Herangehensweise änderte. Im Kern waren die Probleme weiterhin gemeinsame Fragen, die im Zuge der fortschreitenden Industrialisierung entstanden waren.

¹⁶⁶ *Basedow*, JUS 2004, S. 90.

¹⁶⁷ *Hauschka*, JZ 1990, S. 522.

¹⁶⁸ *Basdow*, JUS 2004, S. 91.

¹⁶⁹ *Ebenda*, JUS 2004, S.91.

III. Staatenbildung und veränderte Rechtssetzungsprozesse

Die Herausbildung der Nationalstaaten hatte jedoch noch eine andere gravierende Neuerung zur Folge, die es zunehmend erschwerte einen internationalen Austausch der Rechtssysteme zu betreiben. Herrschte zuvor ein fließender Austausch in der Rechtsanwendung, der dadurch möglich war, dass Recht in erster Linie durch Rechtsprechung anstatt durch Rechtsetzung in Form der Normensetzung erfolgte, wurde hier, gerade auf dem Kontinent, durch Aufklärung, Revolution und Demokratiebewegung und als Folge davon durch den Parlamentarismus ein Systemwechsel eingeleitet.

In England erschuf man das System der „Checks and Balances“. Die Gerichte übernahmen das Monopol für die Auslegung der Gesetze und der Rechtslückenschließung und übten somit gegenüber dem Parlament und der Regierung eine Kontrollfunktion aus. Auf dem Kontinent hingegen wurden die Herrscher des Absolutismus durch die Parlamente abgelöst, die fortan das Monopol der Rechtssetzung für sich beanspruchten.¹⁷⁰ Somit entwickelten sich Systeme, in denen Recht durch verschiedene Institutionen geschaffen wurde.¹⁷¹

Während sich beispielsweise in Deutschland das System der Kodifizierung¹⁷² entwickelte, vertraute man in England auf bestehende und sich durch Richterrecht weiterentwickelnde nicht kodifizierte Regeln.¹⁷³ Solche Systemunterschiede spiegeln aber wiederum auch unterschiedliche Gesellschaftsbilder und unterschiedliche Wertvorstellungen wider, die wiederum ihren Kern in Kultur und Geschichte haben.

Bezogen auf das Unternehmensrecht bedeutet dies, dass während es in England für die Gerichte sicherlich einfacher ist, über den Tellerrand, oder besser gesagt, über den Inselrand zu schauen und Herangehenswei-

¹⁷⁰ *Großfeld* in FS-Habscheid, S. 135.

¹⁷¹ Ebenda, S. 136.

¹⁷² *Großfeld* nennt dieses ein regulatives System. Vgl. *Großfeld* in FS-Habscheid, S. 137.

¹⁷³ Vgl. *Großfeld* in FS-Habscheid, S. 137.

sen anderer Nationen, soweit diese mit dem Wertesystem übereinstimmen, zu übertragen, wäre hierzu in Deutschland ein langwieriges Gesetzgebungsverfahren erforderlich, welches in bestehende Systematik- und Dogmatikstrukturen eingebunden werden müsste. Somit zeigt sich, dass die Übertragung fremder Rechtsnormen in ein Rechtssystem wie das deutsche sich als überaus schwierig darstellen kann.

IV. Die Rechtssysteme im Kontext europäischer Harmonisierungsbemühungen

Vergleicht man das englische Recht und das deutsche Recht miteinander beginnend mit der jeweiligen ursprünglichen Entwicklung, so werden die Unterschiede offensichtlich.

Das englische Recht, welches sich im Grunde als Fortsetzung römischer Kasuistik mit eigenen Rechtsvorstellungen darstellt, lebt aufgrund der Einzelfallbezogenheit von seiner flexiblen Anpassungsfähigkeit und einer am Grundsatz des Pragmatismus orientierten problembewussten Herangehensweise, welche die geänderten Vorstellungen einer Gesellschaft widerspiegeln.¹⁷⁴ Das deutsche Recht hingegen findet inhaltlich seine Wurzeln im römischen Recht, hat sich aber in der Ausgestaltung von dieser Kasuistik weg, hin zu einer alles bestimmenden inneren systematischen und dogmatischen Ordnung bewegt.

So stehen sich hier eine abstrakte Kategorisierung und Systematisierung anhand bestehender Tatbestände auf der einen Seite und eine problemlösungsbewusste einzelfallbezogene und rechtsfortbildende Herangehensweise auf der anderen Seite gegenüber.¹⁷⁵

Im Rahmen europäischer Harmonisierungsprozesse sind diese unterschiedlichen Herangehensweisen jedoch schwer zu vereinbaren.

¹⁷⁴ *Legrand*, International and Comparative Law Quarterly, S. 65f., der aus englischer Sicht den Hauptzweck des Rechts in der „Dispute Resolution“ sieht. Vgl. auch *Kühling/Lieth*, EuR 2003, S. 382, die eine abstrakte Darstellung des „pragmatisch geprägten Ansatzes“ formulieren, welcher sich allerdings auf das englische Recht übertragen lässt.

¹⁷⁵ *Kühling/Lieth*, EuR 2003, S. 376f.

Während auf der einen Seite ein System favorisiert würde, welches lediglich einen Rahmen bildet, dessen Ausgestaltung im Rahmen der Anwendung durch die betroffenen Marktteilnehmer und die Rechtsprechungsinstanzen erfolgt, sich im übrigen aber flexibel gestaltet, würde auf der anderen Seite wiederum die detaillierte Ausgestaltung forciert, die nicht nur, soweit möglich, alle Eventualitäten und Konstellationen regelt, sondern sich ebenfalls in das bestehende nationale Normengebilde einfügen sollte.

So würde dies, bezogen auf die Geschlossenen Gesellschaften bedeuten, dass entweder eine Richtlinie erlassen würde, welche die Grundsätze von Gründung, Betrieb, Organisation und Auflösung regelt, im übrigen aber den Beteiligten und der Rechtsprechung die Ausgestaltung überlässt, oder aber durch Verordnung oder Richtlinie¹⁷⁶ ein europäisches Gesetzbuch betreffend die Geschlossene Gesellschaft (wie das GmbH-G) oder noch weitergehend ein Europäisches Unternehmensrecht¹⁷⁷ geschaffen, welches dann das Gesamte en Detail regeln würde.

Es ist offensichtlich, dass beides nicht möglich ist, und es wird noch zu ermitteln sein, welches, bzw. ob überhaupt eines der Systeme als vorzugswürdig gilt. In jedem Fall zeigt es jedoch auf, dass, wenn sich bereits bei der Frage der Geschlossenen Gesellschaft diese Schwierigkeiten ergeben, ein gesamteuropäisches Unternehmensrecht ohne einen Bruch in der jeweiligen Rechtssystematik herbeizuführen wohl illusorisch erscheint.

¹⁷⁶ Dies wird an anderer Stelle zu untersuchen sein und soll hier noch nicht vorweggenommen werden. Vgl. hierzu S. 123ff.

¹⁷⁷ Vergleichbar einem englischen Company Law, welches (detaillierte) Regelungen betreffend die Geschlossenen Gesellschaften (in einem Buch, Kapitel oder Abschnitt) enthalten würde.

V. Abschließende Stellungnahme

Großfeld hat den Zusammenhang zwischen Recht und Kultur prägnant formuliert: Rechtssysteme weichen soweit voneinander ab, wie Kultur und Geschichte voneinander abweichen. „Recht drückt eben das gemeinsame Bewusstsein eines Volkes in einem Land aus.“¹⁷⁸

Das Recht ist das Spiegelbild einer Gesellschaft, ihrer Kultur und ihrer Geschichte. In den Rechtsnormen finden sich Erfahrungen und Wertvorstellungen sowohl der Vergangenheit als auch der Zukunft wieder.

Die Herausbildung der Nationalstaaten und die Entwicklung sich unterscheidender politischer Systeme hat einen unumkehrbaren Abschied von einem *ius commune europaeum* eingeleitet.

Normen wurden in der Folge statt in Latein in der jeweiligen nationalen Sprache abgefasst, neue nationale Ausbildungssysteme wurden entwickelt und das Recht, insbesondere das Privatrecht, galt als Ausdruck nationaler Eigenständigkeit.¹⁷⁹ So befinden wir uns heute in Europa in einem System der 25 Rechtssprachen, Rechtssysteme (wenn sich die Systeme des kontinentalen und des angelsächsischen Rechtes auch in Einzelbereichen untereinander ähneln), Rechtskulturen, Rechtsausbildungen und Rechtswissenschaften.¹⁸⁰ Wollte man diese nun vollständig auf demokratischem Wege vereinen, müsste man, wie es *Hauschka* beschreibt, die Mehrheit der sich entsprechenden Normen als maßgebend betrachten.¹⁸¹ Das sicherlich notwendige Institut der Rechtsvergleichung allein kann aber ein solches Unterfangen nicht bewältigen.

Man darf nicht vergessen, dass der Begriff des Systems den Begriff der Systematik beinhaltet. Aufgrund der Verästelungen eines Rechtsgebietes mit verschiedenen anderen Rechtsgebieten, gerade im Gesellschaftsrecht

¹⁷⁸ *Großfeld* in FS-Habscheid, S. 132.

¹⁷⁹ Diese Aussage wird man aus Sicht der Nationalstaaten auch heute noch treffen können. Vgl. *Caruso*, *European Law Journal* 1997, S. 4: „In the legal culture of Europe, private law is perceived as and may actually function as a bulwark against the flood of European regulation, a sort of antidote to the dilution of regional identities.“

¹⁸⁰ Vgl. *Rittner*, in FS-Mestmäcker, S. 454.

¹⁸¹ *Hauschka*, *JZ* 1990, S. 531.

und der besonders in Deutschland herrschenden strengen dogmatischen Herangehensweise, berge die Schaffung eines einheitlichen europäischen Unternehmensrechtes die Gefahr des Zusammenbruchs dieser Systematik.¹⁸²

Das politische System, die sich unterscheidenden Systeme der Gesetzgebung und das Beharren auf nationalen Eigenständigkeiten, gerade im Privatrecht, verhindern die Schaffung eines großen Ganzen in der Form eines gemeinsamen Unternehmens- oder gar Privatrechts. So wird man nun auch vor diesem Hintergrund verstehen, warum in der Europäischen Union oftmals der Weg des kleinsten gemeinsamen Nenners¹⁸³ gewählt wird. Es ist einfacher, eine Insellösung in Bezug auf einen Teilbereich voranzutreiben, als nicht zu realisierende Gesamtvorhaben zu unterstützen.

Man nehme in Bezug auf das Gesellschaftsrecht beispielsweise das oben angesprochene Recht der Personengesellschaften. Ein gemeinsames Unternehmensrecht müsste auch diese beinhalten. Gerade die Personengesellschaften sind aber, wie erläutert, so sehr im nationalen Recht verwurzelt, dass es unmöglich erscheint, sie in einem gemeinsamen Recht der 25 Mitgliedstaaten zu erfassen.

Nationale Interessen und nationale Systemvorstellungen werden immer Einfluss finden in den Prozess der Europäischen Normensetzung. Dies beinhaltet per se das System der entsandten Regierungsvertreter und die Rückbindung an die nationalen Parlamente.

Es bleibt somit ein einziger Schluss zu ziehen. Ein umfassendes gemeinsames europäisches Unternehmensrecht kann es aus den dargelegten Gründen nicht geben. Es verbleibt folglich, sich auf die Insellösung¹⁸⁴ zu konzentrieren und nach Wegen zu suchen, wie das Recht der Geschlossenen Gesellschaften auf europäischer Ebene gestaltet werden kann. Dies soll im Folgenden geschehen.

¹⁸² Vgl. *Hauschka*, JZ 1990, S. 531.

¹⁸³ Oder die sogenannte Insellösung.

¹⁸⁴ Wobei unter Insellösung hier durchaus eine mögliche Gesamtlösung für das Recht der Geschlossenen Gesellschaften verstanden wird.

Kapitel 7: Systembildung im Europäischen Gesellschaftsrecht

A. Einleitung

Harmonisierungs-, Angleichungs- und Rechtsvereinheitlichungsprojekte auf internationaler Ebene brauchen, damit diese funktionieren können und Akzeptanz finden, eine *Basis* in den bestehenden Regel- und Vertragswerken. Zu beantworten ist die Frage danach, wo und wie man neue Vorschriften in die Rechtsordnung einfügt, damit diese sowohl im Innensystem der europäischen Regelwerke als auch im Außensystem nationaler Rechtsvorschriften stimmig sind und nicht zu Konflikten führen.

Bezogen auf die Frage der Schaffung eines europäischen Rechtsinstitutes der Geschlossenen Gesellschaft müssen am Anfang des Projektes die Begriffe der Dogmatik und Systematik, genauer der Systembildung im Europäischen Gesellschaftsrecht als Leitbegriffe stehen und eingehend untersucht werden.

Maßgeblich ist hierbei weniger, und deswegen auch die Formulierung „Basis“, die Konformität mit Einzelvorschriften des EGV oder einzelner Richtlinien, sondern die Orientierung anhand der Grundkonzeptionen und Prämissen des Privat- und Gesellschaftsrechts der Europäischen Gemeinschaften.

Im Folgenden soll also zunächst geklärt werden, ob Dogmatik und Systematik im Europäischen Gesellschaftsrecht gegeben sind und welchen Rahmen diese für Rechtssetzungsmaßnahmen setzen.

Es soll hierbei zunächst ein möglicherweise unorthodoxer, aber als sinnvoll angesehener Weg beschritten werden: Die Beschreibung einer Dogmatik im Europäischen Gesellschaftsrecht anhand bestehender Auslegungsregeln.

Dies erscheint aus dem Grunde sinnvoll, da eine Auslegung die Konformität mit bestehenden Regelungsprinzipien ermöglicht. Nichts anderes kann aber für eine Rechtssetzung gelten. Zu untersuchen wird hierbei si-

cherlich auch sein, inwieweit einzelne Auslegungsregeln für die Frage nach der Art und Weise der Rechtssetzung Anwendung finden.

Ziel der nun folgenden Untersuchung ist es, wie bereits angedeutet, den rechtlichen Rahmen für das Projekt der Schaffung eines europäischen Institutes der Geschlossenen Gesellschaft zu setzen.

B. Dogmatik im europäischen Gesellschaftsrecht

Das Ziel einer dogmatischen und systematischen Untersuchung ist es, Einheit und Ordnung des Europäischen Rechts herzustellen. So stellen *Grundmann* und *Riesenhuber* bezogen auf die Auslegung von Normen fest: „die Auslegung auf europäischer Ebene ist für die wiederholt ange-mahnte Systembildung im Europäischen Privatrecht von Bedeutung.“¹⁸⁵

Kühling und *Lieth* sehen darüber hinaus eine in der Dogmatik innewoh-nende auf das Recht bezogene Verständnisfunktion: „Abstrakt betrachtet bietet Dogmatik eine Hilfe zur Konkretisierung von Normen. Dogmatik kann vor diesem Hintergrund begriffen werden als rechtswissenschaftli-che Durchdringung und Systematisierung von Rechtsproblemen durch die Bereitstellung von Lehrsätzen, Grundregeln und Prinzipien im Rah-men eines nationalen¹⁸⁶ Diskurses.“¹⁸⁷

Dogmatik und Systematik stehen also nicht nebeneinander, sondern das eine ist Voraussetzung für das andere.

Sofern man davon ausgeht, dass bei der Auslegung einer Norm die Fol-gerichtigkeit und Widerspruchsfreiheit einer Regelung zu wahren ist¹⁸⁸, wird man der Aussage zustimmen, dass Auslegung eine Teil-Definition von Dogmatik darstellt.

Bezogen auf das europäische Rechtssetzungsprojekt „Geschlossene Ge-sellschaft“ bedeutet dies, dass sich die beabsichtigten Maßnahmen und erlassenen Regelungen an der bestehenden Ordnung zu orientieren haben

¹⁸⁵ *Grundmann/Riesenhuber*, JUS 2001, S. 529.

¹⁸⁶ Hier im Rahmen eines europäischen Diskurses.

¹⁸⁷ *Kühling/Lieth*, EuR 2003, S. 380.

¹⁸⁸ Vgl. *Grundmann/Riesenhuber*, JUS 2001, S. 529.

und so geschaffen sein müssen, dass Folgerichtigkeit besteht und Widerspruchsfreiheit gewährleistet wird.

Das bestehende Europäische Recht gibt somit die Ziele vor, die durch die Geschlossene Europäische Gesellschaft zu erreichen sind. Diese Ordnung und die daraus folgenden Ziele sollen, wie bereits einleitend angedeutet, anhand der Übertragung der Auslegungsregelungen formuliert werden.

Zu beachten ist, dass bereits auf dieser Ebene der Bearbeitung europarechtlich autonom, also losgelöst von nationalen Ordnungsprinzipien vorgegangen werden soll. Dies ist erforderlich, sieht man die Europäische Rechtsordnung als eigenständig an.¹⁸⁹

C. Die bestehenden Auslegungsregeln auf europäischer Ebene

Der EuGH setzt das Erfordernis einer primärrechtskonformen Auslegung: „Jede Vorschrift ist in ihrem Zusammenhang zu sehen und im Lichte des Europäischen Gemeinschaftsrechts.“¹⁹⁰ Um dies zu erreichen, ist der Weg des herkömmlichen, auch in der europäischen Rechtsordnung anerkannten Auslegungskanons zu beschreiten:

Wortlaut – Historisch – Systematisch – Teleologisch

Nun ist bereits eingehend angedeutet worden, dass es möglicherweise angebracht sein kann, nicht alle Auslegungsregelungen auf die Frage der Rechtssetzung zu übertragen. Bevor also die Auslegungsregelungen auf das Recht der Geschlossenen Gesellschaften angewendet werden, erscheint es sinnvoll, diejenigen auszuschließen, die für die Frage der dog-

¹⁸⁹ Vgl. *EuGHE* 1974, S. 1201, (Tz. 6), in welcher der EuGH bezüglich der Registerpflicht bzw. des notwendigen Handelsregisterinhalts entschied, dass es nicht darauf ankäme, ob sich die Informationen aus nationalen Rechtsvorschriften ergäben, sondern, ob diese für jedermann aus jedem Mitgliedstaat, welcher mit der in Gesellschaft geschäftlichen Kontakt treten wolle, ersichtlich sei. Das bestehende nationale Recht, war also bei der Entscheidung für den EuGH ohne Bedeutung, nur der europarechtlich festgesetzte Zweck war für die Auslegung der Publizitätsrichtlinie maßgeblich.

¹⁹⁰ *EuGHE* 1982, S. 3430, (TZ. 20).

matischen Einfügung zu schaffender Regelungen in das Gemeinschaftsrecht nicht in Betracht kommen.

I. Wortlaut

Eine Wortlautauslegung verfolgt auf europäischer Ebene üblicherweise das Ziel, eine einheitliche Begriffsbestimmung zu erreichen.¹⁹¹ Im einzelnen bedeutet dies die Beantwortung der Frage, ob eine einheitliche grammatikalische Interpretation einer Norm in allen Mitgliedstaaten möglich ist. Hierbei ergibt sich ein Problem, dass auf europäischer Ebene bei allen Rechtssetzungsmaßnahmen zu verzeichnen ist: Das Problem der Sprachenvielfalt. *Luttermann* sieht Rechtstexte als „Steinbrüche des Rechts“. Was der Verfasser in seinen Text hineinlegt und was der „Benutzer“ herausliest, dazwischen können verständlich Welten liegen.¹⁹² Neu geschaffene Regelungen werden in die nationalen Gesetze eingefügt und demgemäß in die Sprachen der Mitgliedstaaten übersetzt. Hierbei ergeben sich Übersetzungsdifferenzen, die zu Auslegungsschwierigkeiten führen.¹⁹³ Zu berücksichtigen ist auch, dass die Formulierung eines Begriffes immer auch zugleich Ausdruck eines bestimmten Rechtsverständnisses und einer bestimmten Rechtspraxis ist, die eine gewisse nationalstaatliche Interpretation ausdrückt.¹⁹⁴

Überträgt man dies nun auf ein Rechtssetzungsvorhaben, so würde eine Orientierung am Wortlaut bedeuten, dass man versucht, Rechtsbegriffe, die in den nationalen Rechtsordnungen bestehen, unter Bezug auf die Geschlossene Gesellschaft, zum Beispiel auf den Begriff der Kapitalerhal-

¹⁹¹ *Grundmann/Riesenhuber*, JUS 2001, S. 529f.; *Kühling/Lieth*, EuR 2003, S. 375.

¹⁹² *Luttermann*, EuZW 1998, S. 155.

¹⁹³ *Lutter*, JZ 1992, S. 599; *Mosiek-Urbahn*, ZRP 2000, S. 300.

¹⁹⁴ Vgl. *Luttermann*, EuZW 1998, S. 151, 153, der als Beispiel den Vorschlag für die geänderte Bilanzrichtlinie von 1974 anführt, die als Maßstab für gesteigerte Offenlegungspflichten einer Gesellschaft den „getreuen Einblick“ anführt. Ursprünglich verfolgte die Richtlinie einen kontinentalen Ansatz vom „sicheren Einblick“. Die Formulierung „getreuer Einblick“ ist auf das angelsächsische Bilanzierungsprinzip des „true and fair view“ zurückzuführen, also Ausdruck eines bestimmten Rechtsverständnisses. Siehe hierzu auch S. 74ff. zu den Fragen der neutralen und der wertenden Rhetorik.

tung, auf die europäische Ebene zu übertragen und diesen eine einheitliche grammatikalische und sprachliche Bedeutung zu geben.

Es ist offensichtlich, dass sich hierbei die gleichen Probleme ergeben werden, wie bei der Anwendung auf bestehende Regelungen, die Übersetzungsdifferenzen werden bleiben.

Es erscheint in diesem Zusammenhang also wenig sinnvoll, eine innere Ordnung anhand des grammatikalischen Vergleichs der mitgliedstaatlichen Begriffe herzustellen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass dies nicht bedeutet, dass es Rechtsbegriffe der Mitgliedstaaten aus dem Bereich der Geschlossenen Gesellschaften nicht auch auf europäischer Ebene geben soll. Es wird aber festgestellt, dass diese Begriffe losgelöst von den Übersetzungen der Mitgliedstaaten „europäisch“ in *einer*¹⁹⁵ allgemein gültigen Sprache definiert werden müssten.

II. Historisch

Die historische Auslegung hat zunächst zum Inhalt, den Willen der Normgeber, also des Rates und subsidiär der Kommission und des Parlamentes bzw. der Ausschüsse zu ermitteln.¹⁹⁶ Dies stellt allerdings eine subjektive Auslegungsmethode dar, die Ziele derjenigen heranzieht, die für die Normsetzungsinitiative nicht relevant sind. Es ist hier von einem Stadium auszugehen, in der der Normgeber erst die Beweggründe für ein Handeln ermitteln muss. Die historische Auslegung passt daher bereits vom Zeitpunkt (nachträglich) nicht.

Zu denken wäre aber daran, das bestehende Recht der Mitgliedstaaten und deren Beweggründe für die nationale Regulierung heranzuziehen. Es geht hierbei um den Begriff des „Vorbildrechtes“. Erforderlich ist also ein Verweis auf die nationalen Auslegungsmethoden.¹⁹⁷ Hierbei ergeben

¹⁹⁵ Wobei sich hier das Grundproblem europäischer Rechtssetzung stellt, das wegen der gleichberechtigten Geltung aller Vertragssprachen nicht zu lösen scheint. Es bleibt aber zu überlegen, ob nicht Einzelbereiche (wie zum Beispiel supranationale Gesellschaften) nur in *einer* oder den wichtigsten Arbeitssprachen (Englisch, Französisch, Spanisch) geregelt werden sollten.

¹⁹⁶ Grundmann/Riesenhuber, JUS 2001, S. 530.

¹⁹⁷ Ebenda, S. 530.

sich jedoch ähnliche Probleme wie bei der Wortlautauslegung. Jeder mitgliedstaatliche Gesetzgeber hat andere Beweggründe für eine Regelung. Dies ist damit zu begründen, dass die einzelnen Staaten unterschiedliche Gesellschaftssysteme und wirtschafts- und sozialpolitische Maxime bei der Rechtssetzung zugrunde legen. Diese können aber wiederum nicht zu einer einheitlichen europäischen Regelung führen, so dass auch hier gilt, dass ein europäischer Gesetzgebungswille zu formulieren ist. Voraussetzung für einen solchen europäischen Gesetzgebungswillen ist aber, dass eine Zielformulierung nach teleologischem und systematischem Weg erfolgt.

III. Zwischenergebnis

Die Wortlaut-Auslegung und die historische Auslegung sind, wie aufgezeigt, nicht in der Lage, einen europäischen Rahmen für das Rechtssetzungsprojekt betreffend das Recht der Geschlossenen Gesellschaft zu schaffen.

Für die Auslegung einer Norm kann ihre (auch sprachliche) Herkunft und ihre Historie in den Gesellschaftsrechten der Mitgliedstaaten allenfalls eine sehr untergeordnete Rolle spielen, „auf dem Wege über die Gemeinschaftsorgane und ihre Gesetzgebung streift die betreffende Norm ihr nationales Herkunftskleid ab und wird autonomes EG Recht.“¹⁹⁸ Es kann also als Fazit aus der vorangegangenen Untersuchung gesagt werden, dass es nur einen europäischen Weg ohne Rückgriff auf die Mitgliedstaaten geben kann.¹⁹⁹ Hierzu geben der Europäische Gemeinschaftsvertrag, die Protokolle und die erlassenen sekundären Gemeinschaftsrechtsakten genügend Hinweise. Im Folgenden ist also systematisch und teleologisch eine europäische Zielformulierung und regulative Standortbestimmung

¹⁹⁸ Lutter, JZ 1992, S. 602.

¹⁹⁹ Grundmann/Riesenhuber, JUS 2001, S. 531. „Vorzunehmen ist eine teleologisch-systematische oder prinzipiell systematische Auslegung mit Rücksicht auf das innere System. (...) Bei der Ermittlung des Regelungszweckes ist es erforderlich, die auszulegende Vorschrift nicht isoliert, sondern als Teil des Systems des Europäischen Privatrechts als Ganzes zu verstehen.“

vorzunehmen und der Geschlossenen Gesellschaft ein Rahmen zu geben, innerhalb dessen diese entwickelt werden kann. Soweit sowohl *Grundmann* und *Riesenhuber* als auch *Franzen* dieser Herangehensweise eine rein mittelbare Bedeutung zuschreiben und den formalen Regelungszweck, die Angleichung zur Herstellung (oder jetzt die Erhaltung der Funktionsweise) des Binnenmarktes, nur subsidiär gegenüber der historischen Auslegung heranziehen wollen²⁰⁰, mag dies mit einer sich auf die Auslegung bestehender Rechtsregeln beschränkenden oder mit einer Betrachtung aus mitgliedstaatlicher Sicht zu begründen sein, in Bezug auf die Rechtssetzung ist dieser Auffassung aber zu widersprechen.

Nun ist danach zu fragen, in welcher Reihenfolge eine Untersuchung stattfinden soll. Beginnt man damit, systematisch den Ort zu suchen, an dem im Gemeinschaftsrecht die Regelung eingefügt werden soll, oder vergegenwärtigt man sich zunächst der Ziele, die es zu erreichen gilt und entscheidet dann, an welcher Stelle des Gemeinschaftsrechts diese am besten verwirklicht werden können?

Letzterer Weg erscheint vorliegend der geeigneteren. Dies ist damit zu begründen, dass die unterschiedlichen Prinzipien des Gemeinschaftsrechts, auch des Europäischen Gesellschaftsrechts an unterschiedlichen Stellen im EG und den Verordnungen bzw. Richtlinien ihre Heimat gefunden haben. Es ist also zunächst von immenser Bedeutung, die Ziele und Prinzipien des Europäischen Gesellschaftsrechts zu formulieren, also teleologisch vorzugehen, diese mit den Beweggründen für die Europäische Geschlossene Gesellschaft in Einklang zu bringen und dem Rechtsvereinheitlichungsprojekt dann einen lokalen Platz im Gemeinschaftsrecht, also in systematischer Weise, einzuräumen.

²⁰⁰ Vgl. *Grundmann/Riesenhuber*, JUS 2001, S. 531, *Franzen*, S. 457.

IV. Teleologisch

Ziele und Prinzipien können auf unterschiedliche Weise formuliert werden. Es ist hierbei wichtig, darauf zu achten, dass diese auch von allen Beteiligten, also den Entscheidungsträgern und insbesondere allen betroffenen Marktteilnehmern, getragen werden. Es geht also um die Frage, wie formuliert man Ziele und Prinzipien auf internationaler Ebene. Hierbei stehen zwei Möglichkeiten zur Verfügung. Zum einen kann eine wertende Rhetorik in Bezug auf die Formulierung gewählt werden, zum anderen kann dies neutral erfolgen. Im Folgenden soll untersucht werden, wo die Unterschiede liegen und welcher Weg die größtmögliche Akzeptanz fördert.

1. Zielformulierung und Rhetorik

a) Die Begriffe der wertenden und der neutralen Rhetorik

Die Begriffe wertende und neutrale Rhetorik werden auch unter dem Synonym normative und non-normative Rhetorik behandelt.

Der Unterschied zwischen einer Harmonisierung, die unter den Gesichtspunkten der wertenden Rhetorik im Gegensatz zu der neutralen Rhetorik erfolgt, liegt darin, dass bei einer wertenden Harmonisierung eine solche nach Vorbild eines Mitgliedstaates vorgenommen werden soll. Die neutrale Harmonisierung hingegen erschöpft sich in „in der Angleichung der unterschiedlichen Regelungen selbst, ohne den inhaltlichen Anspruch zu erheben, die harmonisierte Regelung sei „besser“ als einzelne der bisherigen Vorschriften der beteiligten Staaten.“²⁰¹

²⁰¹ *Halbhuber, ZeuP 2002, S. 239.*

b) Die Rhetorik und der moralische Diskurs

Im Zusammenhang mit wertender und neutraler Rhetorik steht der moralische Diskurs. Dieser Diskurs geht der Frage nach, ob es sich bei der Norm eines Mitgliedstaates nach Ansicht eines oder anderer Mitgliedstaaten um eine so genannte „unfair-trade Norm“ handelt, also eine solche, die eine Wettbewerbsverzerrung²⁰² bewirkt und als Folge hieraus für das Funktionieren des gemeinsamen Marktes eine einheitliche Regelung notwendig macht.²⁰³ Jede Sichtweise des „fremden“ Rechts aus nationalstaatlicher Sicht erfolgt auf Grundlage der eigenen Überzeugungen und gesicherten Erkenntnisse.²⁰⁴

Als Beispiel seien hier die unterschiedlichen Gläubigerschutzregelungen zwischen Deutschland und England und der daraus resultierende Standortvorteil angeführt. Aus deutscher Sicht stellen die Gläubigerschutzregelungen ein notwendiges Marktkorrektiv dar, um Vertragspartner und Dritte, außerhalb der Gesellschaft stehende Marktteilnehmer, vor den Folgen der Insolvenz des beschränkt Haftenden zu schützen. In England hingegen wird die Sichtweise vertreten, durch die Offenlegungsvorschriften wisse jeder Vertragspartner, welches Risiko er eingehe. Natürlich ist die englische Regelung für die Gesellschaften kostengünstiger²⁰⁵ und der Standort für Investoren dadurch attraktiver. Dies führt dazu, dass der Standortvorteil aus deutscher Sicht aufgrund einer „unfair-trade Norm“ entstanden ist.²⁰⁶ Der Begriff der „unfair-trade Norm“ ist mit Vorsicht zu genießen, insbesondere dann, wenn dieser durch einen Mitgliedstaat gegen einen anderen Mitgliedstaat ins Feld geführt wird. Der Begriff kann

²⁰² Oder anders formuliert, einem Mitgliedstaat einen Wettbewerbsvorteil verschafft, welcher in Bezug auf die Idee der „Gemeinschaft“ als unmoralisch angesehen wird.

²⁰³ *Halbhuber*, ZeuP 2002, S. 242.

²⁰⁴ Vgl. *Legrand*, *The Modern Law Review* 1995, S. 266.

²⁰⁵ Wobei oftmals die bestehenden Haftungs- und Durchgriffsregelungen für Geschäftsführer (Managing Director) und Gesellschafter (Shareholder) außer Acht gelassen werden. Gerade in England kann dies zu einer nicht zu unterschätzenden persönlichen Haftung führen. Dies soll nur als Hinweis angefügt werden, aber hier nicht Gegenstand der Diskussion sein.

²⁰⁶ *Halbhuber*, ZeuP 2002, S. 242.

somit sowohl neutral als auch wertend verwendet werden. Auf europäischer Ebene, gemessen an europäischen Prinzipien und dem bestehenden Primär- und Sekundärrecht,²⁰⁷ hat der Begriff eine neutrale Bedeutung. Wenn also beispielsweise ein Staat eine Regelung erlässt, die gegen die Wettbewerbsvorschriften gemäß der Art. 81ff. EG verstoßen und daher die Funktionsfähigkeit des gemeinsamen Marktes beeinträchtigt, handelt es sich dabei um eine „unfair-trade Norm“ in Bezug auf europäisches Gemeinschaftsrecht.

Anders ist die Situation dann, wenn sich, wie oben dargelegt, ein Staat gegen die Rechtsvorschriften eines anderen Staates wendet, die nicht gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen, sondern eben einen Standortvorteil für einen und spiegelbildlich einen Standortnachteil für den anderen Staat zur Folge haben. Ein Mitgliedsstaat, welcher im Rahmen eines europäischen Rechtssetzungsprozesses den Begriff der „unfair-trade Norm“ als Begründung anführt, wird sich möglicherweise dem Vorwurf aussetzen, aus rein protektionistischen Motiven zu handeln, und als Folge dadurch nicht nur die Ablehnung des Gegen-Staates²⁰⁸, sondern das Scheitern des gesamten Rechtssetzungsprojektes riskieren.

Die Problematik der wertenden Rhetorik im Rahmen von Rechtsvereinheitlichungs- oder Angleichungsprozessen besteht darin, dass sich regelmäßig eine Rechtsordnung über die andere stellt und ihre Regelung als die jeweils optimale bezeichnet. Dies führt naturgemäß zu Akzeptanzschwierigkeiten.²⁰⁹

²⁰⁷ Zu denken wäre hier auch an eine rein wirtschaftliche Herangehensweise. Beispielsweise könnte sich die Neutralität der Rhetorik auch anhand marktwirtschaftlicher Prinzipien orientieren. Dies wäre ein ebenfalls gangbarer Weg. Vorliegend jedoch soll die Konzentration gerade wegen der weiterführenden Bearbeitung zunächst auf das juristische Augenmerk gelegt werden, ohne natürlich dabei die bereichsübergreifende wirtschaftliche Sichtweise aus den Augen zu verlieren.

²⁰⁸ Der Begriff des Gegen-Staates hat hier lediglich beschreibende Funktion. Er gilt als derjenige Staat, der sich durch die Norm den „Standortvorteil“ geschaffen hat.

²⁰⁹ *Halbhuber*, *ZeuP* 2002, S. 243. Passend zu dieser These kann ein Zitat von Legrand angeführt werden: „the whole idea of a European Codification is arrogant, because it imposes on common lawyers the supposedly superior world view of continental lawyers.“ (Das Zitat stammt aus *Jan Smits*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1998, S. 333.)

Größere Akzeptanz erreicht man somit, wenn man sich auf neutrale Harmonisierungsargumente bezieht, „weil sie eine grundsätzliche Gleichwertigkeit der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen unterstellen.“²¹⁰ Dies wird wohl insbesondere aus integrationspolitischer Sichtweise zu bejahen sein. Eine sich ständig erweiternde Europäische Union und das Hinzukommen neuer Rechtssysteme und Rechtsauffassungen (die sich gerade aufgrund der historischen Erfahrungen in den ehemaligen Ostblock-Staaten von den westlichen Erfahrungen unterscheiden) erfordert eine Integration in der Weise, dass gemeinsame Standards formuliert werden²¹¹, anstatt (gerade den neuen, kleineren Mitgliedstaaten) durch den Bezug auf „vorzugswürdigere“ nationale Modelle das Gefühl zu vermitteln, über Harmonisierungsprozesse ein Machtpotenzial aufzubauen. Dies kann allein eine neutrale, sich an den gemeinsamen Zielen der Union orientierende Sichtweise leisten.

c) Die Antrittsvorlesung *Hommelhoffs* als Beispiel für neutrale Rhetorik²¹²

Als Beispiel für eine neutrale Rhetorik seien hier einige Argumente aus der Antrittsvorlesung *Hommelhoffs* für die Notwendigkeit eines europäischen Konzernrechts angeführt, die ohne Bezüge auf ein bestimmtes nationales Recht gewichtige Legitimationsargumente für gesellschaftsrechtliche Angleichungsmaßnahmen schaffen.

So vertritt er die Ansicht, unterschiedliche Rechtsordnungen verhinderten ein Minimum gleicher Wettbewerbsbedingungen. Ein solches Minimum sei aber in einem europäischen Rechtsraum erforderlich. Weiterhin, so seine Auffassung, führten die unterschiedlichen Rechtsbedingungen in

²¹⁰ *Halbhuber*, *ZeuP* 2002, S. 243.

²¹¹ Vgl. hierzu *Kühling/Lieth*, *EuR* 2003, S. 385, die zur verstärkten Integration der neuen Mitgliedstaaten die Schaffung einer gemeinsamen Dogmatik fordern, um den Anpassungsprozess an das Recht der Gemeinschaft zu erleichtern und eine pragmatische Herangehensweise ablehnen.

²¹² *Hommelhoff*, *ZGR* 1992, S. 121ff. .

den Konzernunternehmen zu Rechtsunsicherheit.²¹³ Verfolge man das Ziel, dass sich im Europäischen Rechtsraum gerade kleine und mittlere Unternehmen bewegen sollten, so stelle die Überwindung dieser Rechtsunsicherheit für diese Zielgruppe nicht nur ein Kosten- sondern auch ein Personalproblem dar, welches sie davon abhalte, grenzüberschreitend tätig zu werden.²¹⁴ Rechtsharmonisierung sei somit erforderlich, um Akzeptanz und damit verbunden grenzüberschreitende Transaktionen zu fördern.²¹⁵

d) Stellungnahme

In der vorangegangenen Untersuchung wurde aufgezeigt, dass das Problem des Scheiterns europäischer Harmonisierungsprojekte bereits in der Zielformulierung liegen kann. In der Diskussion um die Formulierung von Zielen und Prinzipien müssen die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten als gleichwertig angesehen, besser noch außen vor gelassen, und es muss ein europäisches Modell gewählt werden. Kötz hat dies prägnant formuliert: „Anstrengungen müssen unternommen werden (...), die zum Ziel haben, einen internationalen Konsens über allgemeine Regeln des Vertrags- und Deliktsrechts und damit über jenes ‚corpus of law‘ herzustellen, das die Basis jetzigen und künftigen Einheitsrechts bildet.“²¹⁶

Möglichst neutral bleibt man hierbei, wenn man sich an den Zielen der Europäischen Verträge orientiert; symbolisieren diese Verträge doch einen gewissen grenzüberschreitenden Konsens und beziehen sich nicht auf

²¹³ Diskutiert wird diese Frage unter anderem auch unter dem Begriff der Informationsasymmetrien. Ähnlich beschreibend *Luttermann*, EuZW 1998, S. 152: „In einer Staatengemeinschaft wie der Europäischen Union, die den Handel zwischen den Mitgliedstaaten fördern und (weit gehend) sogar einen gemeinsamen Markt will, ist für Rechtsgefälle kein Platz. Jedenfalls nicht, soweit dadurch ein einheitlicher Schutz Beteiligter in Frage steht.“

²¹⁴ Die hier angesprochenen Fragen der Rechts-, Informations-, Kosten-, und Personalunsicherheit umschreiben im Wesentlichen den Begriff der Transaktionskosten. Die hiermit zusammenhängenden Probleme sollen an anderer Stelle Gegenstand eingehender Untersuchung sein. Vgl. zum Begriff der Transaktionskosten auch *Teubner*, Soziale Systeme 1999, S. 8.

²¹⁵ *Hommelhoff*, ZGR 1992, S. 130f.

²¹⁶ *Kötz* in FS-Zweigert, S. 486f.

die Überlegenheit einzelner nationaler Rechtsordnungen. Im Folgenden sollen diese „neutralen“ Ziele herausgearbeitet werden und auf das Harmonisierungsvorhaben betreffend die europäische Geschlossene Gesellschaft übertragen werden.

2. Ziele und Prinzipien des europäischen Gesellschaftsrechts

a) Das Grundprinzip des „gemeinsamen Binnenmarktes“

Schön formuliert zutreffend, dass „dem gemeinschaftsrechtlichen Gesellschaftsrecht ein System von Grundwertungen und Sachentscheidungen, von Freiheitssphären und Schutzniveaus zugrunde liegt, welches als dogmatische Ordnung begriffen werden kann.“²¹⁷

Das Europäische Gesellschaftsrecht orientiert sich am Binnenmarkt. In Art. 2 EU wird formuliert, dass die Schaffung eines Raumes ohne Binnengrenzen als einer der obersten Ziele der Union angesehen wird. Prägnant formuliert beschreibt dieser Artikel das Ziel der Liberalisierung, der Ausweitung des Prinzips der Freiheiten.²¹⁸ In Bezug auf das Gesellschaftsrecht soll eine Mobilität des Geschäfts, des Kapitals und der Gesellschaft als Ganzes erreicht werden.²¹⁹ Wenn man sich auf die Ausweitung der Freiheiten bezieht, wird man an den Grundfreiheiten nicht vorbeikommen, stellen sie doch eine der Säulen des gemeinsamen Binnenmarktes dar.²²⁰

Unterschiedliches Gesellschaftsrecht führt wie bereits angesprochen zu einem „Betätigungshemmnis“, gerade für ein mittelständisches Unternehmen und kann damit verbunden eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 43 EG bedeuten.²²¹ Die Kosten für beispielsweise eine Geschlossene Gesellschaft sind im Rahmen grenzüberschrei-

²¹⁷ *Schön*, *RabelsZ*, 2000, S. 9.

²¹⁸ Unter Berücksichtigung der einzelnen betroffenen Interessengruppen. Vgl. *Remien*, *RabelsZ* 1996, S. 5.

²¹⁹ *Grundmann*, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, S. 525 (Rn.1122).

²²⁰ Vgl. auch *Schön*, *RabelsZ* 2000, S. 7.

²²¹ Vgl. hierzu auch *Ehricke*, *RabelsZ* 2000, S. 498, der diese These allgemein ohne Beschränkung auf bestimmte unternehmensspezifische Zielgruppen aufstellt.

tender gewerblicher Tätigkeit oftmals nicht kalkulierbar. Doch es sind nicht nur die Kosten, sondern es ist auch die Unsicherheit, unwirksame oder nichtige Handlungen nach nationaler Rechtsauffassung durchzuführen.

Als Beispiel seien, gerade im Recht der Geschlossenen Gesellschaften, die aufmerksam beobachteten EuGH-Urteile „Inspire Art“²²², „Centros“²²³ und „Überseering“²²⁴ angeführt, die im Folgenden zunächst auf die Probleme grenzüberschreitender gewerblicher Tätigkeit hin untersucht werden sollen, ohne eine Wertung in Bezug auf das Urteil selbst zu treffen, um damit verbunden eine Regelungsnotwendigkeit für das Recht der Geschlossenen Gesellschaften zu begründen.

Wie bereits angedeutet handelte es sich in allen zu entscheidenden Fällen um die Frage, ob einer ausländischen Gesellschaft, die in einem Land gegründet und ansässig ist, in einem anderen Mitgliedsstaat (zum Beispiel Deutschland oder den Niederlanden, wie es in den zitierten Entscheidungen der Fall war) wirtschaftlich tätig zu werden versucht, nationale Beschränkungen wie die Schaffung eines Kapitalstammes oder die Unterwerfung unter die Besteuerung des Staates, in dem die wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt wird, auferlegt werden oder gar deren Existenz und Anerkennung im nationalen Recht abgelehnt werden kann. Der EuGH entschied hier, anders als noch im Fall „Daily Mail“²²⁵ zugunsten der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit und hielt sich klar an den Regelungszweck der Vorschriften der Art. 43, 48 EG, wonach für Gesellschaften jeweils das Recht des Ortes der Inkorporation maßgeblich sei. Ausländische Gesellschaften seien nach ausländischem Recht als solche zu behandeln und nicht den Beschränkungen des nationalen Rechts auszusetzen.²²⁶ Wichtiger als die Entscheidung selbst, ist aber für die vorliegende zu behandelnde Frage der zugrunde liegende Sachverhalt.

²²² *EuGHE* 2003, I-10155.

²²³ *EuGHE* 1999, I-1459.

²²⁴ *EuGHE* 2002, I-09919.

²²⁵ *EuGHE*, Slg 1988, I-5483ff.

²²⁶ Vgl. *EuGHE* 2003, I-10155, Rz.135.

Es zeigt sich an den Sachverhalten, dass Mitgliedstaaten weiterhin versuchen, ausländischen Gesellschaften, insbesondere solchen, die bewusst ein für sie günstigeres nationales Recht auszunutzen suchen, Beschränkungen aufzuerlegen, bzw. diesen ihr eigenes nationales Recht zu oktroyieren und ihnen ansonsten die Anerkennung zu versagen. Dies wiederum steht dem Ziel, einen freien liberalen von politischem Einfluss weitgehend losgelösten²²⁷ Markt zu schaffen, entgegen. Ein Ziel europäischer Gesellschaftsrechtssetzungen muss es demnach sein, dem Protektionismus von Mitgliedstaaten entgegenzuwirken, so dass sich diese nicht mehr auf ihre nationalen Rechte als Schutzrechte²²⁸ beziehen können. Dies kann im Wesentlichen am besten durch die Beseitigung der nationalen Rechtsunterschiede erreicht werden.²²⁹ Die Kommission hat es denn auch als industriepolitisches Ziel formuliert, den Unternehmen organisationsrechtliche Strukturen zu schaffen, die denen eines Binnenmarktes vergleichbar sind.²³⁰ Solche binnenmarktähnlichen organisationsrechtlichen Strukturen können aber nur als Ziel einer Beseitigung der Rechtsunterschiede im Gesellschaftsrecht verstanden werden.

b) Sonstige Prinzipien des Europäischen Gemeinschaftsrechts

Bisher wurde eine europäische Zielformulierung ausschließlich anhand wirtschaftlicher Kriterien und dem Begriff des gemeinsamen Marktes vorgenommen. Es zeigt sich aber an der Vorschrift des Art. 2 EG, dass es sich bei der Europäischen Gemeinschaft nicht lediglich um eine Wirtschafts- sondern vielmehr auch um eine politische Wertegemeinschaft handelt. Im Folgenden soll insbesondere an den Systemen in Deutschland

²²⁷ Mit Ausnahme eines Tätigwerdens aufgrund der Notwendigkeit eines sozialen und gerechtigkeitsbegründeten Korrektivs.

²²⁸ Mit Ausnahme der durch den EG und den EuGH anerkannten Schutzrechte (Begriff des „ordre public“).

²²⁹ *Behrens*, in Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band 1, E III, Rn. 4.

²³⁰ Kommission, in Die Industriepolitik der Gemeinschaft, S. 140. Die Kommission weist explizit darauf hin, dass das Hauptproblem der Entwicklung von Unternehmen in der Gemeinschaft in den rechtlichen, steuerlichen und politischen Schwierigkeiten zu finden ist, und eine Lösung nur dadurch erreicht werden kann, dass einfache und gesicherte Bedingungen für die Entwicklung der Unternehmen geschaffen werden.

und England erläutert werden, inwiefern dies zu Konflikten bei der Harmonisierung unterschiedlicher Rechtssysteme führen kann. Wichtig wird in diesem Zusammenhang unter anderem auch sein, die Begriffe „Stakeholder Value“ und „Shareholder Value“ mit der europäischen Zielformulierung in Zusammenhang zu bringen und zu ermitteln, welches System die Gemeinschaft und welches System Mitgliedstaaten wie England und Deutschland verfolgen, und inwiefern hierdurch Konflikte entstehen können.

aa) Die Vorschrift des Art. 2 EG

Die Vorschrift des Art. 2 EG konkretisiert im Einzelnen, welche Aufgaben der Gemeinschaft sich bei der Schaffung bzw. Sicherung des Gemeinsamen Marktes ergeben und welche Maximen zu beachten sind.

Hierunter fallen neben dem Ziel, einen hohen Grad von Wettbewerbsfähigkeit und Konvergenz der Wirtschaftsleistungen zu erreichen, also der rein wirtschaftlichen Maxime, unter anderem das Ziel eines hohen Beschäftigungsniveaus, ein hohes Maß an sozialem Schutz, Gleichberechtigung, Umweltschutz und die Verbesserung der Lebensqualität.

Es wird somit erkennbar, dass die Gemeinschaft das Ziel eines umfassend hohen Schutzniveaus, sowohl für Gewerbetreibende, Anleger und Vertragspartner, als auch für Verbraucher, Arbeitnehmer, die Umwelt und die Gesellschaft als Ganzes zu erreichen versucht. Dieses System der Zielformulierung ist im Folgenden zu kategorisieren.

bb) „Shareholder-Value“ und „Stakeholder-Value“

Das Verhältnis zwischen den Begriffen Stakeholder-Value und Shareholder-Value kann als das Verhältnis zwischen den Interessen des Managements und der Anteilsinhaber (Kapitalgeber, Aktionäre etc.) auf der einen Seite und den sonstigen Interessengruppen auf der anderen Seite in und

außerhalb von Unternehmen beschrieben werden.²³¹ Es kann aber auch als zwei Systeme beschrieben werden, in welchen das eine System den Gesetzen des Marktes folgt, während das andere System die Regelung der verschiedenen Interessen durch „non-market institutions“ vollzieht.²³² Das englische Recht folgt ausschließlich erstgenanntem Modell, wonach das Interesse des Managements und der Anteilhaber, also der Marktwert des Eigenkapitals²³³, oberste Priorität genießt. „Das Unternehmen ist das private Eigentum der Aktionäre, welche mit anderen Akteuren (Arbeitern, Managern, Zulieferern, Kunden) Vertragsbeziehungen eingehen.“²³⁴ Es gilt, „als Maxime das Handeln der Geschäftsführung, dem durch leistungsorientierte Vergütungssysteme und die Formulierung eines dem Wohl der Gesellschaft verpflichteten Pflichtenkatalogs Nachdruck verliehen wird.“²³⁵ So lässt denn auch die „Company Law Reform Steering Group“²³⁶ verlauten: „the ultimate objective of companies as currently enshrined in law – i. e. to generate maximum value for shareholders – is in principle the best means of securing overall prosperity and welfare.“²³⁷ In Bezug auf das stakeholder-value Modell führt sie weiterhin an, dieses würde: „dangerously distract management into a political balancing style at the expense of economic growth and international competitiveness.“²³⁸

Das englische System geht also von der Maxime aus, wenn die Anteilhaber und die Gesellschaft Gewinne erwirtschaften, wird dies zu allgemeinem wirtschaftlichen Wachstum und internationaler Wettbewerbsfähigkeit führen. Bezeichnenderweise werden also die Maxime rein wirt-

²³¹ Vgl. *Lembeck*, NZG 2003, S. 959.

²³² *Vitols*, in *Varieties of Capitalism*, S. 341.

²³³ *Schilling*, BB 1997, S. 373.

²³⁴ *Hank*, FAZ vom 04. 04. 2004.

²³⁵ *Lembeck*, NZG 2003, S. 960f.

²³⁶ Die Company Law Reform Steering Group ist eine mit Politikern, Juristen, Wirtschaftsprüfern, Ökonomen und Industrievertretern und Wissenschaftlern besetzte Reformgruppe, die sich 1998 im Auftrag der Labour Regierung (bzw. des DTI) die Anpassung des bestehenden englischen Gesellschaftsrechts an veränderte nationale und internationale, insbesondere europäische Verhältnisse und Gegebenheiten zum Ziel gesetzt hat.

²³⁷ Vgl. *Lembeck*, NZG 2003, S. 959.

²³⁸ Vgl. ebenda, S. 959.

schaftlich und nicht sozial- oder gesellschaftspolitisch definiert.²³⁹ Diese Auffassung ist jedoch aus dem Grunde verwunderlich, dass die Labour-Regierung ursprünglich selbst das Ziel hatte, eine so genannte „Stakeholding Society“ zu schaffen, in der neben den Gesellschaftsinteressen die Verantwortung des Managements für die Mitarbeiter derart entstehen sollte, dass eine partnerschaftliche Gemeinschaft entsteht.²⁴⁰

Vergleicht man diese Maxime nun mit den Prämissen, die der Europäische Gemeinschaftsvertrag trifft, so werden die Gegensätze ersichtlich. Das Ziel der Gemeinschaft, neben der Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen und einer wirtschaftlichen Konvergenz auch ein hohes Schutzniveau für soziale, gesellschaftspolitische und umweltpolitische Belange zu schaffen, ist nach englischem Modell für die wirtschaftliche Entwicklung und die allgemeine Wettbewerbsfähigkeit schädlich und daher abzulehnen.

Jedoch wurde bereits angemerkt, dass sich die Europäische Gemeinschaft von einer reinen Wirtschaftsgemeinschaft weg, hin zu einer politischen Wertegemeinschaft entwickelt hat, die eindeutig ein weit gefasstes Stakeholder-Value Modell favorisiert und die Auffassung ausdrückt, nur eine ausgeglichene Gewichtung aller betroffenen Interessengruppen, kann das Ziel der Errichtung eines gemeinsamen Marktes erreichen und sozialverträglich und gesellschaftspolitisch Akzeptanz fördernd verwirklichen.

Es zeigt sich aber an diesen unterschiedlichen Auffassungen bezüglich der betroffenen Interessen auch, dass ein solches europäisches Rechtssetzungsvorhaben sich nicht an nationalstaatlichen Prinzipien orientieren kann, denn dies würde zu Konflikten mit anderen Rechtsbereichen führen

²³⁹ Interessanterweise verweist das englische Recht bezüglich seines Dritt- und Gläubigerschutzes auf das Insolvenzrecht. Diese Gruppen werden also nicht schon geschützt, wenn sie in geschäftliche Verbindung mit der Gesellschaft treten, sondern erst dann, wenn die Gesellschaft zahlungsunfähig geworden ist. Es gilt also die Maxime: Erst wird gehandelt, dann (ab)gerechnet. Vgl. hierzu auch *Priester*, DB 2005, S. 1316.

²⁴⁰ *Lembeck*, NZG 2003, S. 957.

und die oben beschriebene Dogmatik, die eine Konvergenz der Rechtsvorschriften und Rechtsbereiche zu erreichen sucht, beeinträchtigen.

Das deutsche Recht hingegen verfolgt im Allgemeinen eher das Prinzip des Stakeholder-Value.²⁴¹ So wird angenommen, dass beispielsweise im Aktienrecht es auch zu den Aufgaben des Vorstandes gehört, neben den Belangen des Unternehmens, die Belange der Arbeitnehmer und der Allgemeinheit zu beachten. Es handelt sich hierbei um ein Gebot sozialer Verantwortung, welches den Vorstand der Gesellschaft zwar nicht gesetzlich bindet, diesem aber gleichwohl die Möglichkeit einräumt, neben dem Unternehmensinteresse auch sozial-, umwelt-, und kulturpolitische Ziele zu verfolgen.²⁴² Begründet wird diese Pflicht zur Berücksichtigung von Allgemeinwohlinteressen unter anderem mit der Sozialbindung des Eigentums gemäß Art. 14 GG.²⁴³ Zwar ist der Begriff der Allgemeinheit hier weit gefasst, stimmt aber mit den in Art. 2 EG verfassten Zielbestimmungen überein. Im Übrigen zeigt sich die Berücksichtigung anderer Interessen unter anderem auch an der starken Ausprägung des Mitbestimmungsrechts in Deutschland. Anzuführen ist in diesem Zusammenhang auch eine denkwürdige Entscheidung des BGH in Bezug auf „GbR mbH“²⁴⁴ aus dem Jahre 1999. In dieser Entscheidung wurde folgender, dem Stakeholder-Value Prinzip folgende Grundsatz des „bürgerlichen und des Handelsrechts“ aufgestellt.²⁴⁵

²⁴¹ Fragen betreffend des Stakeholder-Value werden oft insbesondere im Arbeitsrecht auch unter den Begriffen Innenrecht und Außenrecht, im Englischen Insider System und Outsider System behandelt. Hierbei werden die Beziehung der Gesellschafter im Innenverhältnis auf der einen Seite und das Verhältnis zu Dritten, insbesondere den Gläubigern im Außenverhältnis diskutiert. Während z. B. das deutsche Recht im Innenverhältnis über § 45 GmbHG Vertragsfreiheit gewährt, gelten im Außenverhältnis gerade im Bereich der Kapitalerhaltung andere Grundsätze. Vgl. auch hierzu *Priester*, DB 2005, S. 1316.

²⁴² *Schilling*, BB 1997, S. 377.

²⁴³ Vgl. *Mertens* in Kölner Kommentar, § 76 AktG, Rn. 32, welcher die Verfolgung sonstiger Interessen als Aktivitäten eines „good corporate citizen“ bezeichnet, was zu sozialer Akzeptanz führe und damit wieder den Unternehmenserfolg fördere.

²⁴⁴ Eine GbR war von einem Geschäftsführer als Ausdruck eines beschränkten Haftungswillens bei Vertragsschluss mit dem Zusatz „mbH“ versehen worden. Vgl. *BGHDB* 1999, S. 2205.

²⁴⁵ *BGHDB* 1999, S. 2206.

„Derjenige, der als Einzelperson oder in Gemeinschaft mit anderen Geschäfte betreibt, (haftet) mit seinem gesamten Vermögen, solange sich aus Gesetz nichts anderes ergibt oder mit dem Vertragspartner keine Haftungsbeschränkung vereinbart wird.“

Anhand dieser Entscheidung ist es erkennbar, dass eine (nicht vereinbarte) Haftungsbeschränkung unter Ausschluss der Ansprüche Dritter (insbesondere der Vertragspartner) als mit dem Grundgedanken des deutschen Gesellschaftsrechts nicht konform gehende Handlung angesehen wird, soweit dies nicht gesetzlich zulässig oder mit dem Dritten vereinbart worden ist. Ausgesprochen wird hier das Stakeholder-Value Prinzip. Eine ähnlich lautende Entscheidung ist (vor Eintritt der Insolvenz) vor einem englischen Gericht schwerlich zu erwarten. Dies folgt allein schon daraus, dass die Grundkonzeption der Gesellschaft die limited Company (ob „Private“ oder „Public“) ist.²⁴⁶ Hier gilt also im Gegensatz zum deutschen Recht: Grundsätzlich ist die Haftung der Gesellschaft(er) beschränkt, in Ausnahmefällen haften diese auch persönlich.

cc) Stellungnahme

Die vorangegangenen Überlegungen haben aufgezeigt, dass eine Zielformulierung in Bezug auf ein europäisches Rechtssetzungsprojekt nur gesamteuropäisch autonom und losgelöst von den Prinzipien der nationalen Mitgliedstaaten erfolgen kann. Das englische Modell des „Shareholder-Value“ und das explizit normierte europäische Modell des „Stakeholder-Value“ sind aufgrund der starken Positionierung der angelsächsischen Rechtswissenschaftler und Entscheidungsträger, die der Ansicht sind, die Verfolgung von Interessen, die außerhalb derer des Unternehmens und der Anteilhaber lägen, gefährdeten die globale Wettbewerbsfähigkeit; nicht miteinander zu vereinbaren.

²⁴⁶ Vgl. oben, S. 15f.

Es ist aber auch zu beachten, dass aufgrund der Bedeutung der Europäischen Union als Wertegemeinschaft, die sich gleichermaßen dem gemeinsamen Markt und den wirtschaftlichen Interessen, als auch den sozial- und umweltpolitischen Belangen verpflichtet fühlt, eine Kodifizierung europäischen Unternehmens- und Gesellschaftsrechtes unter Auslassung dieser Interessen der Maxime der Kohärenz des Europäischen Gemeinschaftsrechtes widersprechen würde. Dies bedeutet nicht, dass aufgrund der Nähe des deutschen Gesellschaftsrechtes zum Stakeholder-Value Prinzip dieses vorzugswürdig wäre. Eine solche Herangehensweise würde wiederum der Maxime der neutralen Rechtsetzungsrhetorik widersprechen. Es wird also bei der Formulierung eines Regelwerkes, was nicht Ziel dieser Untersuchung ist, eine Prüfliste anzufertigen sein, anhand welcher die Normen mit den Zielen der Vertragswerke abgeglichen werden, um zu ermitteln, ob möglicherweise eine Regelung, die versucht ein Ziel zu erreichen, mit der Verfolgung eines anderen Zieles gemäß Art. 2 EG in Konflikt steht.

Zusammenfassend wird es insbesondere aus Gründen der Akzeptanz wichtig sein, Balance zu halten zwischen den einzelnen Interessen.²⁴⁷ Weder darf die wirtschaftliche Wettbewerbsfähigkeit und die Schaffung und Erweiterung des Binnenmarktes gefährdet werden, noch dürfen diese Ziele in unverhältnismäßiger Weise auf Kosten von Vertragspartnern, Arbeitnehmern, der Umwelt und der Allgemeinheit als Ganzes verfolgt werden. Welche Auswirkungen diese Maxime in Bezug auf die Entscheidung, nationale Gesellschaftstypen und -rechtssysteme zu harmonisieren oder supranationalen Gesellschaftsformen zu schaffen, haben wird, wird an anderer Stelle zu erläutern sein.

²⁴⁷ Donath, JA 1993, S. 290.

c) Besondere Ziele in Bezug auf die Geschlossene Gesellschaft

Abschließend sind im Rahmen der Teleologie und der Zielformulierung noch die Ziele anzuführen, die besonders für kleine und mittlere Unternehmen und Gewerbetreibende bzw. solche, die in der Geschlossenen Gesellschaft organisiert sind, bedeutsam sind.

Wie ebenfalls aufgezeigt unterscheiden sich die Geschlossenen Gesellschaftssysteme der Mitgliedstaaten in ihrer rechtlichen Ausgestaltung. Diese Rechtsunterschiede sorgen im grenzüberschreitenden Handel für Unsicherheit und Kosten der Rechtsinformation. Sofern diese Rechtsunterschiede verringert oder gar mittels einer supranationalen Gesellschaftsform der Vergangenheit angehörten, könnte hierdurch mehr Vertrauen in grenzüberschreitendes gewerbliches Handeln geschaffen werden und eine weitere Liberalisierung des Marktes vorangetrieben werden. Das Argument des Aufbrechens psychologischer Barrieren gilt hier in gleichem Maße wie für die EWIV und die SE.

Es stellt sich natürlich die Frage, warum dies speziell für die Geschlossenen Gesellschaften gelten soll.

Die Geschlossenen Gesellschaften besitzen das Typenmerkmal der beschränkten Haftung. Wer mit dieser Gesellschaftsform kontrahiert, ist sich im Wesentlichen darüber im Klaren, dass im Falle der Insolvenz nicht er, sondern der beschränkt mit dem Gesellschaftsvermögen haftende Gesellschafter geschützt wird.

Nun stellt sich die Problematik, dass bei der englischen Ltd. ein englisches Pfund als Mindestkapitalstock vorhanden sein muss, während dies bei den deutschen GmbHs EUR 25.000 sind. Die Unsicherheiten bestehen also im Wesentlichen in den unterschiedlichen Risikoverteilungen in den einzelnen Rechtsordnungen.

Darüber hinaus ist die Geschlossene Gesellschaft in weitaus größerem Maße fremdkapitalisiert als dies bei der Aktiengesellschaft der Fall ist. Rechtssicherheit muss hier auch für diese Kapitalgeber entstehen, damit

diese verstärkte Investitionen tätigen und auch einen grenzüberschreitenden Handel fördern. Eine einheitliche Struktur, Organisation, Kapitalisierung und Risikoverteilung kann dies erreichen, da hierdurch nicht nur Transaktionskosten gesenkt²⁴⁸, sondern Planbarkeit, Kalkulierbarkeit, Vorhersehbarkeit und damit Vertrauen in die Rechtsform und den Gewerbetreibenden von Seiten aller Marktteilnehmer geschaffen werden kann. Dies wiederum führt zu einer steigenden Mobilität von Waren und Kapital und damit zu einer Liberalisierung des Binnenmarktes unter Beachtung der übrigen betroffenen Interessen.²⁴⁹

V. Systematisch

1. Supranationale Gesellschaftsform oder Rechtsangleichung

Eine systematische Auslegung erfolgt dergestalt, dass „die Vorschrift mit Rücksicht auf ihre Stellung im äußeren System der Rechtsordnung betrachtet wird“,²⁵⁰ wobei in diesem Falle unter äußerem System die Verfassung, also der EGV, und die bestehenden Verordnungen und Richtlinien zu verstehen sind.

Systematische Fragen im Rahmen europäischer Rechtssetzungsfragen gehen unter anderem der Frage nach, welchen Weg der Kodifizierung man beschreitet. Die Einordnung eines Regelwerkes innerhalb eines bestehenden Rahmens von Vorschriften, beispielsweise des Primärrechts, oder außerhalb und isoliert von diesem gibt einen Hinweis über Sinn und Zweck der Vorschrift im Zusammenhang mit bestehenden Normen.²⁵¹

²⁴⁸ So auch *Bernholz/Faber*, *RebelsZ* 1986, S. 41, die die Vorteile einer Rechtsvereinheitlichung aus normativ-ökonomischer Sicht darin erkennen, dass Rechtssicherheit und Kenntnis der Gesetze wachsen würden, Rechtsprechung vorhersehbar würde und daher gegenüber unterschiedlichen Rechtsordnungen einen verminderten Kostenaufwand bedeuten würde.

²⁴⁹ So auch im Wesentlichen *Grundmann*, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, S. 526 (Rn. 1123f.). Diese Auffassung wird bestätigt durch eine entsprechende Umfrage zur Notwendigkeit einer „europäischen“ Rechtsform für KMU. Die Unternehmen gaben im Wesentlichen das fehlende Vertrauen zwischen den Gesellschaften der Mitgliedstaaten als entscheidenden Faktor an. Vgl. hierzu Machbarkeitsstudie über ein europäisches Statut für KMU, S. 6.

²⁵⁰ *Grundmann/Riesenhuber*, *JUS* 2001, S. 531.

²⁵¹ *Ebenda*, S. 531.

Schafft man eine supranationale Gesellschaftsform, wie es beispielsweise mit der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) oder der Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV) erfolgt ist, die neben den nationalen Gesellschaftsrechtsformen stehen,²⁵² oder entscheidet man sich dafür, die bestehenden nationalen Systeme der Gesellschaftsrechtstypen zu vereinheitlichen, indem gemeinsame Vorschriften festgelegt werden, die im Kollisionsfall nationales Recht verdrängen.

Eine allgemein gültige Aussage wird sich für das Europäische Gesellschaftsrecht nicht treffen lassen. Die Entscheidung wird im Wesentlichen davon abhängen, wie sehr sich die einzelnen nationalen Gesellschaftsrechte in Bezug auf den zu regelnden Typus unterscheiden. Sofern diese in ihrer Ausgestaltung im Wesentlichen ähnlich sind, wird es nicht zu großer Akzeptanz führen, für diese eine supranationale Gesellschaftsform zu schaffen, denn insbesondere die oben angesprochene Wettbewerbsverzerrung wird dann nicht in verstärktem Maße auftreten. Zur Erreichung der sonstigen Ziele würde es in diesem Falle ausreichen, durch die Wahl eines entsprechenden Rechtssetzungsmittels die Mitgliedstaaten zur Erreichung dieser Ziele zu verpflichten. Anders hingegen verhält es sich, wenn gerade aufgrund der unterschiedlichen Rechtsordnungen und Maxime in Bezug auf einen Gesellschaftsrechtstypus Wettbewerbsverzerrungen und dadurch Betätigungshindernisse für Unternehmen bestehen. In diesem Falle kann es sich anbieten, eine supranationale Gesellschaftsform zu schaffen, die für grenzüberschreitende Unternehmungen fakultativ zur Verfügung steht.

2. Stellungnahme in Bezug auf die Europäische Geschlossene Gesellschaft

In Bezug auf das Recht der Geschlossenen Gesellschaft wird an dieser Stelle noch keine Aussage zu treffen sein, welcher der angesprochenen Wege zu beschreiten ist. Dies ist damit zu begründen, dass der Überle-

²⁵² So genanntes fakultatives Gemeinschaftsrecht ;Vgl. *Basedow*, NJW 1996, S. 1923f.

gung, welchen Weg man beschreitet, für diese Gesellschaftsform erst die Behandlung der Frage vorangestellt werden muss, ob grundsätzlich das Erfordernis gegeben ist, normierend tätig zu werden. Untersucht wird in diesem Zusammenhang nicht, ob die oben angeführten Ziele bereits erreicht sind, sondern vielmehr ob die Erreichung dieser Ziele einen legislativen Akt erforderlich machen.

Diesem ist aus dem Grund nachzugehen, dass sich eine optimale Gesellschaftsform der europäischen Geschlossenen Gesellschaft möglicherweise durch den Markt in Form einer ökonomischen Verrechtlichung²⁵³ selbst herausbilden könnte. Zwar können die Mitgliedstaaten bereits begrifflich keine supranationale Gesellschaftsform schaffen²⁵⁴, jedoch kann sich diese möglicherweise durch Marktpraxis in der Form herausbilden, dass sich die Gesellschaftsrechtssysteme durch den Druck der Gegebenheiten angleichen.

Die Europäische Gemeinschaft unterliegt dem Subsidiaritätsprinzip. Dieses besagt, dass die Organe der Gemeinschaft nur dort tätig werden sollen, wo für die Erreichung der Ziele der Gemeinschaft eine derartige Notwendigkeit besteht, und eine nationalstaatliche Lösung nicht in gleichem Maße Erfolg versprechend wäre.²⁵⁵

Genau diese Notwendigkeit soll im Folgenden aus juristisch-ökonomischer Sicht behandelt werden. Hierzu ist es erforderlich, die unterschiedlichen Auffassungen in Bezug auf die Angleichung und Harmonisierung der Gesellschaftsrechtssysteme, im einzelnen die Vertreter des Wettbewerbes der Systeme und die des zwingenden Normierungserfordernisses, gegenüberzustellen und einen Bezug zur Geschlossenen Gesellschaft herzustellen. In diesem Zusammenhang werden ebenfalls die Erfahrungen des US-Amerikanischen Delaware Prinzips als Ausprägung des Wettbewerbs der Systeme zu betrachten sein.

²⁵³ Vgl. *Schön*, *RabelsZ* 2000, S. 3.

²⁵⁴ *Behrens*, in *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, E III, Rn. 7.

²⁵⁵ *Dreher*, *JZ* 1999, S. 108.

Kapitel 8: Notwendigkeit einer Normierung der Geschlossenen Gesellschaft

A. Das Prinzip des Wettbewerbs der Systeme

Der Begriff des Systemwettbewerbs²⁵⁶ wird oftmals miss- oder mehrdeutig verstanden und daher in vielfacher Konstellation verwandt. Daher ist es erforderlich, eine Eingrenzung vorzunehmen, die sich auf die Beantwortung der mit dieser Arbeit verbundenen Fragen konzentriert. Konkret ist die Frage zu stellen und zu beantworten: Kann sich Recht (oder ein Rechtsinstitut) auch ohne Einfluss politischer Organe, sei es national oder supranational, entwickeln. Es steht außer Frage, dass der Rechtssetzungsprozess selbst der entsprechenden Organe bedarf, jedoch stellt sich die Frage, ob es von Seiten eines Marktes einen solchen Anpassungsdruck geben kann, dass dieser den Handlungsrahmen und die inhaltliche Ausgestaltung vorgibt.

Im Wettbewerb der Systeme konkurrieren Staaten um ihre internationale Wettbewerbsfähigkeit. Es gilt hierbei verschiedene Standortfaktoren zu beachten: Kapitalfluss, Kostenintensität²⁵⁷, Infrastruktur, Arbeitsmarkt, Steuersystem etc. All diese Standortfaktoren haben einen engen Bezug zum jeweiligen Rechtssystem des Staates, da das Recht den Ordnungsrahmen vorgibt, innerhalb welchem sich Wettbewerb entwickeln kann. Dieser Ordnungsrahmen unterscheidet sich von Nationalstaat zu Nationalstaat und ist von vielen Faktoren, kulturellen, historischen, wirtschaftlichen, politischen und anderen, abhängig und belässt daher dem Investoren je nach Mitgliedstaat und je nach Standortfaktor einen größeren Aktionsradius oder einen eingeschränkten Spielraum. Das Recht hier als losgelöst von den übrigen, wie es *Müller* formuliert, mobilen Faktoren²⁵⁸ zu betrachten wäre verfehlt. Die Verknüpfung dieser Faktoren mit dem

²⁵⁶ In der hier behandelten Ausprägung des Wettbewerbs der Gesetzgeber.

²⁵⁷ In diesem Zusammenhang ist insbesondere die Frage der Transaktionskosten relevant.

²⁵⁸ *Müller*, S. 23.

Recht ist so eng, dass man auch das Recht selbst nur als eines der mobilen Standortfaktoren bezeichnen kann.²⁵⁹ Ökonomisch kann das Recht als Kapitalgröße bezeichnet werden, da zum einen die Information über bestehendes und verändertes Recht, aber auch die Anpassung an eine veränderte Rechtslage Kosten entstehen lässt.²⁶⁰

Der Wettbewerb der Systeme kann in einem kurzen Grundbeispiel prägnant erläutert werden. Der US-Amerikanische Produzent X überlegt eine Standortverlagerung seines Unternehmens oder die Gründung einer ausländischen Tochtergesellschaft vorzunehmen. Welchen Weg wird er beschreiten? Er wird verschiedene für ihn vom Absatz- oder Produktionsmarkt her gesehen interessante Industrienationen miteinander vergleichen und als Entscheidungshilfe die oben angesprochenen Standortfaktoren heranziehen. Die Wahl des Standortes wird sich nach den Bedürfnissen des Unternehmens in persona den Anteilseignern richten.²⁶¹ Will das Unternehmen günstig produzieren, wird es sich einen Standort suchen, in dem Arbeits- und Lohnnebenkosten niedrig sind. Sofern der Schwerpunkt auf der Infrastruktur liegt, sind möglicherweise die Nähe zu See-, Luft und Schienenweg und die sonstigen strukturellen Gegebenheiten entscheidend. Im Falle einer Kapitalanlage werden das Steuersystem und der Kapitalfluss entscheidend sein. Betriebswirtschaftlich gesehen wird das investierende Unternehmen eine Kosten-Nutzen Rechnung aufstellen und höhere Transaktionskosten nur dann vernachlässigen, wenn diese sich in einem gesteigerten Nutzen widerspiegeln.²⁶² Insgesamt spielt selbstverständlich die Gesamtheit der Faktoren eine Rolle, jedoch gibt es im Einzelfall Faktoren, die eine übergeordnetere Rolle spielen und Faktoren, die bei der Entscheidungsfindung vernachlässigbar sind. All diese Faktoren bewegen sich aber innerhalb des Rechtsrahmens und hier beginnt der Wettbewerb der Systeme in Form des Wettbewerbs der Gesetz-

²⁵⁹ Müller, S. 23.

²⁶⁰ Vgl. *Bernholz/Faber*, *RabelsZ* 1986, S. 41f.

²⁶¹ So zutreffenderweise die Argumentation. Vgl. hierzu *Mock*, *German Law Journal* 2002 (Vol. 3), S. 4.

²⁶² *Romano*, S. 9 (bezogen auf Delaware, S. 17).

geber. Es gilt für eine Marktwirtschaft und eine Industrienation, den Standort attraktiv zu halten. Sofern der oben angesprochene Produzent X den englischen Standort gegenüber dem deutschen wegen einer möglichen Flexibilität des Rechtssystems, des Arbeitsmarktes oder anderer Vorteile, die im Rechtsrahmen liegen, zum Beispiel des Fehlens eines Erfordernisses, einen Kapitalstock zu halten, bevorzugt, entwickelt sich für den Standort Deutschland möglicherweise ein Standortnachteil, welcher dazu führen kann, dass die Faktoren Arbeit, Kapital, technisches Wissen in das für sie günstigere System abwandern.²⁶³ Diese Situation kann zu einer Anpassung an den für die Investoren günstigeren Rechtsrahmen führen. Der Markt würde in diesem Falle über das Recht entscheiden. Die Diskussion über den Wettbewerb der Systeme konzentriert sich genau auf die Frage, ob eine solche Entwicklung, innerhalb welcher der Markt das Recht bestimmt, in der Europäischen Gemeinschaft möglich und darüber hinaus wünschenswert ist. Im Folgenden soll bei der Diskussion um den Wettbewerb der Systeme eng an der mit dieser Arbeit zu behandelnden Thematik in Bezug auf die Geschlossene Gesellschaft gearbeitet werden. Hierzu bietet es sich an, einige Faktoren miteinander zu vergleichen und eine Prognose in Bezug auf die Rechtsentwicklung bei einem Wettbewerb der Systeme anzustellen.

B. Wettbewerb der Systeme im Europäischen Rechtsraum?

I. Möglichkeit eines Wettbewerbs der Systeme auf Europäischer Ebene

Es stellt sich die grundlegende Frage, ob es einen solchen Wettbewerb der Systeme im europäischen Rechtsraum geben kann. Der US-Amerikanische Rechtsraum unterscheidet sich wesentlich von dem europäischen Rechtsraum. In den Vereinigten Staaten gibt es mit (US) Englisch eine gemeinsame Sprache, die Rechtsüberlieferungen, -prinzipien und -traditionen und die Systematik sind einheitlich, Gleiches gilt für die

²⁶³ Dreher, JZ 1999, S. 109.

Ausbildung. Daneben herrscht trotz sich unterscheidender gesellschaftsrechtlicher Vorschriften eine einheitliche Wirtschaftskultur. Im europäischen Rechtsraum dagegen sind 25 Mitgliedstaaten vertreten. Diese Mitgliedstaaten haben unterschiedliche Sprachen, unterschiedliche historische Erfahrungen, Rechtsauffassungen, Systeme der Ausbildung und unterschiedliche wirtschaftspolitische Grundsysteme.²⁶⁴ Wie bereits oben angesprochen, hat dies zur Folge, dass ein *ius commune europaeum* nicht bestehen kann.

Daraus aber zu schließen, ein Wettbewerb der Systeme könne im europäischen Rechtsraum nicht existieren, erscheint verfehlt. Es muss unterschieden werden zwischen der Frage, ob ein Wettbewerb der Systeme im europäischen Rechtsraum überhaupt existieren kann und der Frage, ob dieser Wettbewerb zur vollständigen Angleichung der Rechtssysteme in gewünschtem Maße führt. Das Zeitalter der Globalisierung bringt einen grenzüberschreitenden Handel mit sich. Das Vorhandensein eines Weltmarktes setzt sich über kulturelle, sprachliche und historische Unterschiede hinweg.²⁶⁵ Gerade durch die Tatsache, dass Englisch und Französisch, neben Spanisch, sich als Arbeitssprachen in den Unternehmen und auf europäischer politischer Ebene etabliert haben zeigt, dass die sprachlichen Barrieren überwunden wurden. *Grundmann* formuliert eine Grundvoraussetzung für die Realisierbarkeit eines Harmonisierungsvorhabens im Europäischen Gesellschaftsrecht, im Speziellen bei der Schaffung neuer supranationaler Gesellschaftstypen: Die Vergleichbarkeit zwischen den Kapitalgesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten.²⁶⁶ Gleiches gilt für die Möglichkeit eines Wettbewerbs der Systeme.

In den vorangegangenen Untersuchungen wurde erläutert, dass das System der Geschlossenen Gesellschaften zwar in den einzelnen Rechtsordnungen Unterschiede aufweist, aber sich gerade an den Beispielen der

²⁶⁴ *Mock*, German Law Journal 2002 (Vol. 3), S. 7.

²⁶⁵ Ähnlich: *Schön*, ZHR 1996, S. 237.

²⁶⁶ *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht, S. 526 (Rn. 1123).

Ltd. in England und der GmbH in Deutschland²⁶⁷ gezeigt hat, dass sowohl die Beweggründe für die Schaffung der Geschlossenen Gesellschaft als auch die Zielgruppe mittelständischer Unternehmen in beiden Rechts- und Wirtschaftsordnungen sehr ähnlich sind, und auch (mit Ausnahme der kleinsten Unternehmen) die Europäische Gemeinschaft die Geschlossene Gesellschaft als Modell für kleine und mittlere Unternehmen ansieht. Aufgrund des freien Flusses des Kapitals und des weltweiten grenzüberschreitenden Handels, sowie des zumindest in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union bestehenden gemeinsamen Systems der (sozialen) Marktwirtschaft gelten nicht sprachliche, kulturelle und historische Unterschiede für Investoren als die maßgeblichen Faktoren, sondern wirtschaftliche, rechtliche (einschließlich der Rechtsprechung)²⁶⁸ und infrastrukturelle Rahmenbedingungen. Ein Wettbewerb der Systeme ist also auch in Europa möglich und besteht, wie im Folgenden aufgezeigt werden soll, auch bereits in Bezug auf die Geschlossenen Gesellschaften. Hinzukommend ist ein erheblicher Faktor zu berücksichtigen, der, wie *Müller* es formuliert, über das Ob und Wie eines Systemwettbewerbes entscheidet: Das Vorhandensein von Ordnungsregeln, im Speziellen eines Metarahmens.²⁶⁹ Ein solcher Metarahmen gibt drei wichtige Bedingungen vor:

1. Wo gilt welches Recht (Kollisionsrecht)?
2. Was dürfen die Staaten?
3. Was dürfen die Bürger?²⁷⁰

Genau dieser Rahmen wird europarechtlich gesehen durch das Primär- und das Sekundärrecht vorgegeben. Grundsätzlich gilt im Kollisionsfall

²⁶⁷ Gleiches gilt für die entsprechenden Systeme der Geschlossenen Gesellschaften in den übrigen Mitgliedstaaten.

²⁶⁸ Vgl. *Matheus* in Hommelhoff/Helms, S. 103 (S. 101ff. zu den Meinungsständen bezüglich einer Europäischen Privatgesellschaft).

²⁶⁹ *Müller*, S. 116.

²⁷⁰ Ebenda, S. 121.

europäisches vor nationalem Recht²⁷¹ Die Staaten sind in ihrer Gesetzgebungskompetenz frei, aber beschränkt durch den eigenen nationalen Ordnungsrahmen (insbesondere die jeweiligen Verfassungen und das sonstige supranationale Recht) und die oben angesprochenen Prinzipien der Gemeinschaft und die der Gemeinschaft übertragenen und von dieser ausgeübten Kompetenzen, sowie das erlassene Sekundärrecht. Gleiches gilt für die Bürger, auch diese dürfen sich europäischem Gemeinschaftsrecht nicht widersetzen, und haben die allgemeinen Prinzipien zu beachten. In Bezug auf die Prinzipien ist hier besonders die Grundfreiheit der Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EG) und die sich daraus ergebende Kombination aus Sitz- und Gründungstheorie zu beachten, denn erst diese Vorschrift hat als Folge der freien Sitzwahl einen Wettbewerb der Systeme im europäischen Gesellschaftsrecht überhaupt möglich gemacht. Somit ist der Metarahmen für einen europäischen Wettbewerb der Systeme geschaffen.

II. Centros/Inspire Art, Wettbewerb der Systeme und der EG

Im Zusammenhang mit der Frage, ob es einen Wettbewerb der Gesetzgeber auf europäischer Ebene geben kann, ist ebenfalls zu klären, ob ein solcher gewünscht ist. Ausreichend Beachtung hat die Frage gefunden, ob die Centros-Entscheidung, die im Folgenden kurz skizziert werden soll, den Wettbewerb der Gesetzgeber festgeschrieben hat und eine Regelung betreffend die Geschlossenen Gesellschaften daher überflüssig ist. Wenig Beachtung aber hat die Problematik erfahren, ob der EG durchgehend einen Wettbewerb der Gesetzgeber zum Ziel erklärt oder ob hier Widersprüche in sich bestehen und weiterhin, ob sich der EuGH bei seiner Entscheidung vollumfänglich an den Zielen des EG orientiert hat oder sich vielmehr ebenfalls diesem gegenüber widersprüchlich verhalten hat. Die Beantwortung dieser Fragen ist aus dem Grunde erforderlich,

²⁷¹ Vorrang des Gemeinschaftsrechts – in dem EU-Verfassungsentwurf ist dieser Grundsatz explizit statuiert.

dass trotz eines möglicherweise durch EG und EuGH festgeschriebenen Wettbewerbs der Gesetzgeber ein solcher nur die zweitbeste Lösung darstellt, das europäische Gemeinschaftsrecht also die Lösung der legislativen Harmonisierung als vorzugswürdig betrachtet.

1. Die Entscheidung „Centros“ und der Vorgänger „Daily Mail“

Die Entscheidungen Centros betraf zwar eine (englische) geschlossene Gesellschaft (Ltd.)²⁷² und Daily Mail eine (englische) Aktiengesellschaft (plc.) trotzdem sind diese für die vorliegende Arbeit zwingend anzusprechen. Die Entwicklung von Daily Mail zu Inspire Art ist die der Aufgabe der reinen Sitztheorie zugunsten einer an die Vorschrift des Art. 43 EG angelehnten Mischung aus Sitz- und Gründungstheorie. Im Einzelnen bedeutet dies, dass zunächst noch das Recht des Mitgliedstaates maßgebend war, in welchem die Gesellschaft ihren Sitz hatte und ihre maßgebliche wirtschaftliche Tätigkeit entfaltete, und dies eine nicht mögliche identitätswahrende Sitzverlegung zur Folge hatte, nunmehr spätestens seit Inspire Art eine Abkehr von dieser Annahme vollzogen ist. Nunmehr gilt: Es ist das Recht desjenigen Staates anzuwenden in welchem die Gesellschaft gegründet worden ist und in welchem diese ihren satzungsmäßigen Sitz hat. Wenn somit ein deutscher Unternehmer in England eine englische Ltd. gründet, die in London ihren Sitz hat, und in Deutschland mit dieser Ltd. seine Geschäftstätigkeit entfaltet, dann ist nunmehr *quod ordine* EuGH englisches Gesellschaftsrecht anwendbar. Diese Entscheidung statuiert einen Wettbewerb der Gesetzgeber auf Grundlage von Art. 43,48 EG, denn Voraussetzung für einen solchen ist zunächst die Schaffung eines Spielraumes innerhalb welches gewählt werden kann.²⁷³ Durch die Legitimierung der Rechtsraumwahl ist dieser Spielraum entstanden.

²⁷² Ebenso die Entscheidung *Überseering* (*EuGHE* Slg. 2002 I-09919) bezüglich einer holländischen GmbH (BV) und die Entscheidung *Inspire Art* (*EuGHE* Slg 2003 I-10155) bezüglich einer englischen Ltd.

²⁷³ *Bernholz/Faber*, *RabelsZ* 1986, S. 49.

Diese Entscheidung des EuGH hat viele Autoren²⁷⁴ zu der Annahme bewogen, der Gewerbetreibende habe nun die Möglichkeit, das für ihn günstigste Recht zu suchen. Es bedürfe daher keiner Regelung mehr betreffend supranationaler Gesellschaftsformen. Der Wettbewerb der Gesetzgeber sei in der Lage, die Harmonisierung zu leisten.²⁷⁵ Dass diese Annahme so falsch wie gefährlich ist, wird noch ausführlich im Rahmen der Fragen bezüglich des Wettbewerbs der Gesetzgeber erläutert.

2. Der Wettbewerb der Gesetzgeber und der EG

a) Die Auffassung der Kommission und des EuGH

Die Kommission war bereits frühzeitig der Ansicht, der Wettbewerb der Gesetzgeber sei dem EG nicht nur fremd, vielmehr verfolge dieser gerade das Ziel einen Wettbewerb der Gesetzgeber zu verhindern: „Die Öffnung der nationalen Grenzen für grenzüberschreitende Niederlassungen ausländischer Gesellschaften und Unternehmen, könne dazu führen, dass das Maß der Strenge des nationalen Gesellschaftsrechts auch eine Rolle bei der Wahl des Niederlassungsstaates spiele. Dem sei durch eine Angleichung zuvorzukommen, die den Stand der unterschiedlichen nationalen Systeme auf einen Stand bringe.“²⁷⁶ Die Kommission spricht hier den später noch näher zu untersuchenden Delaware Effekt als negative Ausprägung des Wettbewerbs der Systeme an.²⁷⁷

Nun kann sich, gemessen an den oben angesprochenen Prinzipien der Gemeinschaft, trotz der mittlerweile bestehenden Verträge, die diese Prinzipien festgeschrieben haben, nichts geändert haben. Interessanterweise hat aber der EuGH mit der Rechtsprechung seit *Centros*, die man

²⁷⁴ Vgl. statt vieler: *Deckert*, *RabelsZ* 2000, S. 490ff. (deren Auffassung hier stellvertretend für die übrigen, sich im Wesentlichen ähnelnden vertretenen Meinungen dargestellt werden soll.)

²⁷⁵ *Deckert*, *RabelsZ* 2000, S. 494. Interessanterweise stellt *Deckert* kurze Zeit später ihre eigene Argumentation in Frage, indem sie feststellt, gerade für kleinere und mittlere Unternehmen bestehe das praktische Bedürfnis nach einer supranationalen Gesellschaftsform.

²⁷⁶ Dieses Zitat der Kommission stammt aus *Timmermaans*, *RabelsZ* 1984, S. 14.

²⁷⁷ *Timmermaans*, *RabelsZ* 1984, S. 14.

nun aufgrund Überseering und Inspire Art wohl als gefestigt betrachten kann, nun genau das als Recht manifestiert, was die Kommission seinerzeit verhindern wollte: Die Auswahl des Rechtes mit den geringsten Anforderungen an Gesellschaft und Gesellschafter. Zum Beleg dieser Auffassung mag es geboten sein, die Vorschrift der Art. 95ff. EG insbesondere deren Zielrichtung näher zu erläutern.

- b) Die Vorschriften der Art. 43,48 EG im Vergleich zu den Art 95ff. EG

Der EuGH hatte in seinem Leitsatz zum Daily Mail-Urteil ursprünglich die Ansicht vertreten, die Vorschriften des damaligen EWGV über die Niederlassungsfreiheit, die Art. 52 und 58 EG²⁷⁸ seien nicht ausreichend, um eine freie Rechtswahl für die Gesellschaft anzunehmen. So heißt es: „Der EWG-Vertrag betrachtet die Unterschiede, die die Rechtsordnungen hinsichtlich der für ihre Gesellschaften erforderlichen Anknüpfung sowie der Möglichkeit und gegebenenfalls der Modalitäten einer Verlegung des satzungsmäßigen oder wahren Sitzes einer Gesellschaft nationalen Rechts von einem Mitgliedstaat in einen anderen aufweisen, als Probleme, die durch die Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit nicht gelöst sind, sondern einer Lösung im Wege der Rechtssetzung oder des Vertragsschlusses bedürfen; eine solche wurde jedoch noch nicht gefunden.“²⁷⁹

Prägnant formuliert beinhaltet dieser Leitsatz folgende Aussage: Ein Wettbewerb der Systeme ist dem Gemeinschaftsrecht fremd, dieser ist auch nicht aus den Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit herauszulesen. Ziel des Gemeinschaftsrechts ist es, in Bezug hierauf eine Rechtsharmonisierung im Wege eines legislativen Tätigwerdens zu erreichen.

Dieser Ansicht schließt sich denn auch der Generalanwalt an: „Dadurch (durch die Rechtsunterschiede) hervorgerufene Schwierigkeiten ließen

²⁷⁸ Die sich in ihrem Wortlaut nicht von den heutigen Art. 43 und 48 EG unterscheiden.

²⁷⁹ Leitsatz *EuGHE* (Daily Mail) Slg. 1988 I-5483.

sich nur durch eine Harmonisierung auf Gemeinschaftsebene oder durch Übereinkommen zwischen den Mitgliedstaaten treffen.“²⁸⁰

Nach dieser Auffassung ist ein Wettbewerb der Systeme nicht im Sinne des Gemeinschaftsrechtes, vielmehr sollen die durch Rechtsunterschiede auftretenden Probleme im Wege der Harmonisierung gelöst werden.

Von dieser Auffassung hat sich der EuGH in seinem „Centros“-Urteil nicht vorsichtig, sondern sehr explizit abgewandt: „Das Recht, eine Gesellschaft nach dem Recht eines Mitgliedstaates zu errichten und in anderen Mitgliedstaaten Zweigniederlassungen zu gründen, folgt nämlich im Binnenmarkt unmittelbar aus der im Vertrag gewährleisteten Niederlassungsfreiheit, so dass es für sich allein keine missbräuchliche Ausnutzung des Niederlassungsrechts darstellen kann, wenn ein Staatsangehöriger eines Mitgliedstaates, der eine Gesellschaft gründen möchte, diese in dem Mitgliedstaat errichtet, dessen gesellschaftsrechtliche Vorschriften ihm die größte Freiheit lassen, und in anderen Mitgliedstaaten Zweigniederlassungen gründet.“²⁸¹

Wiederum prägnant formuliert: Die Niederlassungsfreiheit gemäß des EG normiert das von der Gemeinschaft verfolgte Ziel einer Harmonisierung (der Rechtsvorschriften) des Binnenmarktes im Wege des Wettbewerbs der Systeme.

Verwunderlich an diesen Entscheidungen²⁸² ist, dass man hier schwerlich von einer gewachsenen Rechtsentwicklung im Wege der Veränderung eines Gedankenprozesses sprechen kann. Ein und dasselbe Gericht legt die gleiche Vorschrift diametral zueinander aus. Zwar sind die Urteile weitgehend in ihren Wirkungen akzeptiert und untersucht worden. Selten ist jedoch die Frage behandelt worden, wie solche Urteile im Lichte der Gemeinschaftsverträge entstehen konnten. Es ist daher nun erforderlich wie oben angedeutet, sich dem positiven Recht zuzuwenden, und der

²⁸⁰ GA Darmon in *EuGHE* (Daily Mail) Slg. 1988 I-5500.

²⁸¹ Leitsatz *EuGHE* (Centros) Slg. 1999 I 1460.

²⁸² Die Folgeentscheidungen *Überseering* (*EuGHE* Slg. 2002 I-09919) und *Inspire Art* (*EuGHE* Slg. 2003 I-10155) haben lediglich zu einer Vertiefung der Rechtsauffassung des *EuGH* geführt, haben aber für die vorliegende Behandlung der Fragen keine Relevanz. Deren Lektüre wird gleichwohl empfohlen.

Frage nachzugehen, ob es die Vorschriften über die Niederlassungsfreiheit (Art. 43, 48 EG) einerseits und die Vorschriften bezüglich der Angleichung der Rechtsvorschriften (Art. 95ff. EG) andererseits vermögen, das Spannungsverhältnis zwischen legislativer Rechtsharmonisierung und Wettbewerb der Systeme und infolgedessen die widersprüchlichen Urteile zu erklären.

Art. 43 EG verfolgt das Ziel, für Gesellschaften (über Art. 48 EG) und Selbstständige eine Optimierung der wirtschaftlichen Tätigkeit dadurch zu erreichen, dass diese die Vorzüge eines Wettbewerbes der Standortentscheidungen und Standorte für sich nutzen können.²⁸³ Unzweifelhaft haben die Herren der Verträge mit dieser Norm einen Wettbewerb der Systeme gesetzlich legitimiert. Die Entscheidung des EuGH in Sachen Centros stellt denn auch die einzig logische Auslegung dieser Vorschrift anhand des Regelungszweckes dar. Fraglich bleibt es weiterhin, wie der EuGH in seinem „Daily Mail“ Urteil trotz des eindeutigen Wortlautes und Regelungszweckes des Art. 43 EG zu dieser Entscheidung kommen konnte. Antwort auf diese Frage gibt die Vorschrift des Art. 95 EG.

Art. 95 EG verfolgt das Ziel, zur Erreichung des *Funktionierens*²⁸⁴ des Binnenmarktes legislativ tätig zu werden.²⁸⁵ Die Vorschrift unterliegt wie in jedem Falle des Handelns europäischer Organe dem Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 EG und ermächtigt die Gemeinschaft zur Verwirklichung der in Art. 14 EG normierten Ziele (insbesondere der Schutz der Grundfreiheiten) und zum Abbau von „Freiverkehrshindernissen“ infolge mitgliedstaatlicher Vorschriften entsprechende Maßnahmen zu erlassen.²⁸⁶

Der EuGH hat hierzu ausgeführt: „Zur Verwirklichung der in Artikel 8a²⁸⁷ genannten Grundfreiheiten müssen wegen der zwischen den

²⁸³ Müller-Graff in Streinz, Art. 43 EG, Rn. 5.

²⁸⁴ Die Errichtung des Binnenmarktes gilt mit dem Datum des 31. 12. 1992 als erreicht. Daher bezieht sich die Vorschrift lediglich auf den Erhalt und das Funktionieren des gemeinsamen Marktes.

²⁸⁵ Leible in Streinz, Art. 95 EG Rn. 3.

²⁸⁶ Ebenda, Art. 95 EG, Rn. 15ff.

²⁸⁷ Jetzt Art.18 EG – Freizügigkeit.

Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten bestehenden Unterschiede Harmonisierungsmaßnahmen in den Bereichen getroffen werden, in denen die Gefahr besteht, dass diese Unterschiede verfälschte Wettbewerbsbedingungen schaffen oder aufrechterhalten. Aus diesem Grund ermächtigt Art. 100a²⁸⁸ die Gemeinschaft, nach dem dort vorgesehenen Verfahren die Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten zu erlassen.²⁸⁹

Ruft man sich die oben angeführte Auffassung der Kommission ins Gedächtnis, die Probleme in Zusammenhang mit der Verlegung des satzungsmäßigen Sitzes einer Gesellschaft, hervorgerufen durch die Rechtsunterschiede, seien durch die Vorschriften bezüglich der Niederlassungsfreiheit nicht zu lösen und bedürften einer Harmonisierungsmaßnahme²⁹⁰ so ist man mit dem EuGH bei der Auffassung in *Daily Mail*.²⁹¹

Es ist also ersichtlich, dass beide Entscheidungen des EuGH, sowohl „*Daily Mail*“ als auch „*Centros*“ im Einklang mit dem Gemeinschaftsvertrag stehen und sich inhaltlich doch widersprechen. Fraglich ist demnach, wie dieses Spannungsverhältnis zu lösen ist.

Die Antwort hierauf liefert die Vorschrift des Art. 95 EG selbst. So normiert Absatz 1, dass die Gemeinschaft nur tätig wird, „soweit in diesem Vertrag nichts anderes bestimmt“ ist. Es handelt sich somit um ein internes Subsidiaritätsprinzip des Gemeinschaftsrechts. Art. 95 EG stellt demnach eine „*lex generalis relativa*“²⁹² dar. Das oben angesprochene Spannungsverhältnis kann aber nur so gelöst werden, dass auch die Grundfreiheit selbst und der in dieser immanente Wettbewerb der Systeme vorrangig sind, und die Gemeinschaft, basierend auf Art. 95 EG nur dann handeln darf, wenn der Wettbewerb der Systeme nicht geeignet ist, die Grundfreiheiten in der durch die Ziele des EG vorgegebenen Art und Weise zu verwirklichen. Im Folgenden ist also, speziell auf die mit dieser

²⁸⁸ Jetzt Art. 95 EG.

²⁸⁹ *EuGHE* (Titandioxid) 1991 I-2899.

²⁹⁰ Vgl. oben, S. 99.

²⁹¹ Vgl. oben, S. 100.

²⁹² *Leible*, in Streinz, Art. 95 EG, Rn. 5.

Arbeit behandelten Frage zu klären, ob der Wettbewerb der Systeme in Bezug auf die Vorschriften betreffend die Geschlossenen Gesellschaften geeignet ist, eine Rechtharmonisierung der nationalen Vorschriften gemessen an den Prinzipien der Gemeinschaft zu erreichen.

C. Die Geschlossene Gesellschaft und der Wettbewerb der Systeme

Zunächst ist der Frage nachzugehen, ob im Rahmen des Rechtes der Geschlossenen Gesellschaften bereits ein Wettbewerb der Systeme stattfindet, und woran dieser erkennbar ist. In einem zweiten Schritt ist dann in Zusammenhang mit der Frage der richtigen Rechtsgrundlage (Art. 43, 48 oder Art. 95 EG) zu klären, ob ein solcher Wettbewerb geeignet ist, eine Angleichung der Rechtsvorschriften in Bezug auf die Geschlossenen Gesellschaften zu erreichen, oder ob dieser vielmehr ein legislatives Handeln auf der Ebene der Europäischen Gemeinschaft erforderlich macht. In Bezug auf die Beantwortung der ersten Frage bietet es sich an, eine Diskussion aus der nahen Vergangenheit beispielhaft anzuführen.

I. Ltd. und GmbH und Wettbewerb der Systeme

In einem Bericht der Financial Times Deutschland vom 18. 05. 2005²⁹³ wurde seitens der damaligen Bundesregierung die Entwicklung der vermehrten Gründung britischer Ltd. von deutschen Unternehmern in Großbritannien zu Lasten der GmbH beklagt. Begründet wurde diese Entwicklung im Wesentlichen mit der fehlenden gesetzlichen Verpflichtung englischer Lts. mit ausreichend Stammkapital ausgestattet zu sein und der unzureichenden Kontrolle deutscher Limited Companies durch das Companies House.²⁹⁴ In England gibt es die Möglichkeit der Ein-Pfund-Ltd., im Gegenzug werden strengere und umfassendere Offenlegungspflichten

²⁹³ Vgl. FT Deutschland vom 18. 05. 2005, S. 1: „Berlin kritisiert mangelnde Aufsicht deutscher Limiteds.“

²⁹⁴ Das englische Companies House entspricht dem deutschen Handelsregister, ist aber im Gegensatz zu diesem zentral und nicht regional organisiert und hat weitreichendere Kontroll- und Maßnahmenbefugnisse als das deutsche Handelsregister.

auferlegt. In Deutschland war und ist es bisher die Regelung einer erforderlichen Mindestkapitalausstattung von 25.000 Euro Stammkapital gemäß § 5 GmbHG. Infolge der durch den EG in den Art. 43 gewährleisteten Niederlassungsfreiheit, welche die Wahl einer mitgliedstaatlichen Gesellschaftsform nach mitgliedstaatlichem Recht zulässt und der durch die Rechtsprechung des EuGH eingetretenen Sicherung dieses Rechts, wählen zunehmend deutsche Unternehmer die Gesellschaftsform der Ltd., anstatt der GmbH.²⁹⁵ Dies hatte zu diesem Zeitpunkt zu einer Entwicklung geführt, dass in England 15.000 Ltd. deutscher Unternehmer registriert waren. Dass eine solche Entwicklung zu Lasten der nationalen GmbH geht, bedarf keiner Erläuterung.

An diesem Beispiel kann der Wettbewerb der Systeme beobachtet werden. Die damalige deutsche Bundesregierung hat die Gefahr des (faktischen) Standortnachteils erkannt und Überlegungen angestellt, wie dieser ausgeglichen werden kann. Zunächst sollte die Ein-Euro-GmbH geschaffen werden, dies würde nach Aussagen des Bundesjustizministeriums aber die Seriosität der GmbH gefährden²⁹⁶ und wurde aus diesem Grund verworfen. Die Vorschriften betreffend die GmbH befinden sich aber weiterhin auf dem Weg der Erneuerung.²⁹⁷ Ende April 2005 hat das Bundesjustizministerium den Ländern und Verbänden eine geplante Neuregelung vorgelegt, die das erforderliche Stammkapital von derzeit 25.000 Euro auf 10.000 Euro herabsetzen soll. Interessant ist die Begründung für diese geplante Neuerung. So lässt das BMJ verlauten, die Neuregelung „erhöhe die Attraktivität der Rechtsform der GmbH für den deutschen Mittelstand und stärke den Wirtschaftsstandort Deutschland insgesamt“. Weiterer Beweggrund für die Reformen des GmbH Rechts waren aus-

²⁹⁵ Dies stellt eine Bewegung dar, die die Kommission für den mitteleuropäischen Rechtsraum insgesamt festgestellt hat. Vgl. Machbarkeitsstudie über ein europäisches Statut für KMU, S. 9.

²⁹⁶ Ein Argument, dass noch aus der Diskussion um die Schaffung der GmbH von 1900 in Bezug auf die englische Regelung bekannt sein dürfte. (S. o., S. 11f.); vgl. auch *Lutter*, BB Beilage 2006, S. 4.

²⁹⁷ Im Koalitionsvertrag von CDU und SPD wurde vereinbart, einen „Small Companies Act“ zur Förderung kleiner und mittlerer Unternehmen zu erlassen. In wieweit dieser Einfluss auf das Recht der GmbH nehmen wird, bleibt abzuwarten.

drücklich der europäische Wettbewerb der Kapitalgesellschaften und die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen GmbH im europäischen Vergleich. Neben der Herabsetzung des Stammkapitals soll ebenfalls eine verstärkte Offenlegungspflicht in Bezug auf die GmbH auferlegt werden.²⁹⁸ Insbesondere diese Regelung wäre ein gerade dem englischen Gesellschaftsrecht innewohnendes Verständnis von Drittschutz.

Es ist also eindeutig erkennbar, dass die Problematik des Standortnachteils gegenüber der englischen Gesellschaftsform der Ltd. erkannt wurde und diesem, wenn auch nicht mit einer Gleichsetzung, die aber zumindest angedacht war, dann doch mit einer Annäherung in Form der Herabsetzung des Stammkapitals begegnet werden sollte. Fraglich ist aber, ob eine solche Entwicklung wünschenswert ist. Die Beantwortung dieser Frage ist vor dem Hintergrund der Begriffe „race to the bottom“ und „race to the top“ zu behandeln.

II. Wettbewerb der Systeme: „race to the bottom“²⁹⁹ oder „race to the top“?

1. Die Begriffe „race to the bottom“ und „race to the top“ und der Delaware Effekt

Die Begriffe „race to the bottom“ und „race to the top“ beschreiben den Streitstand um die Auswirkungen des Wettbewerbs der Systeme in Bezug auf eine negative oder positive Entwicklung.

Es wird zunächst von vielen Autoren die Innovationsfähigkeit des Wettbewerbs der Gesetzgeber gelobt. Der Wettbewerb der Gesetzgeber schaffe Neuerungen, verhindere Stagnation und schaffe größere Flexibilität in Bezug auf veränderte nationale (und internationale) wirtschaftliche und soziale Gegebenheiten, Interessen und sonstige Verhältnisse.³⁰⁰ Vertreten wird darüber hinaus, der Wettbewerb der Gesetzgeber sichere die Vielfalt

²⁹⁸ Vgl. Pressemitteilung des Bundesministeriums der Justiz vom 29. 4. 2005: GmbH Gründungen werden erleichtert. Abzurufen über die Homepage des BMJ unter <http://www.bmj.bund.de> (Pressemitteilungen).

²⁹⁹ Auch bekannt als „race for laxity“.

³⁰⁰ *Romano*, S. 10.

der Rechtsordnungen.³⁰¹ Vielfach wird hierbei die englisch Redewendung „the best rule will be singled out“ als bestmöglicher Weg einer optimalen Marktallokation für die Marktteilnehmer beschrieben.³⁰²

Die Auswirkungen des Wettbewerbs der Gesetzgeber im Gesellschaftsrecht der USA insbesondere das so genannte „Delaware Prinzip“ werden im Gegensatz zu den positiven Effekten verwandt, um die negativen Effekte aufzuzeigen.³⁰³

In den USA gibt es kein Bundesgesellschaftsrecht wie beispielsweise in Deutschland. Vielmehr können die einzelnen Bundesstaaten ihr Gesellschaftsrecht selbst schaffen.³⁰⁴ Vergleichbar mit Deutschland hieße dies, Bayern hätte ein anderes Gesellschaftsrecht als Hessen oder Niedersachsen. Dieses System schafft einen inneren Wettbewerb der Gesetzgeber. Jeder Bundesstaat versucht naturgemäß den attraktivsten Standort zu bieten. Der Bundesstaat Delaware scheint aus diesem Wettbewerb als (momentaner) Gewinner hervorzugehen. Dies führt nach einer Ansicht zu einem (übersetzt) Wettlauf nach unten für die Rechte der Anteilhaber³⁰⁵ und Kreditgeber.³⁰⁶ Die Vorschriften für Unternehmen stellten in diesem Bundesstaat insbesondere wegen der schnellen Inkorporation und des Fehlens von Stammkapitalvorschriften³⁰⁷ ein absolutes Minimum gegenüber den anderen Bundesstaaten dar, was attraktiv für die Unternehmen sei, jedoch verheerende Folgen für Anteilhaber, Kreditgeber und sonstige Vertragsparteien haben könne. Die Gegenansicht vertritt die Auffassung, ein solcher Wettbewerb könne nur positiv für alle Marktteilnehmer sein, hierdurch würde sich ein optimales gesellschaftsrechtliches System entwickeln. Eine Gesellschaft, die nicht die Interessen der Markt-

³⁰¹ Vgl. statt vieler: *Dreher*, JZ 1999, S. 110; *Mock*, German Law Journal, 2002 (Vol. 3), S. 3, jeweils m. w. N.

³⁰² So auch *Jan Smits*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, p. 335: „In a market of legal culture where rule suppliers seek to satisfy demand, ultimately the most efficient rule will prove to be the winner.“ Ähnlich definierend: Teubner, Soziale Systeme 1999, S. 8; *Behrens*, RabelsZ 1986, S. 27.

³⁰³ *Halbhuber*, S. 183.

³⁰⁴ *Müller*, S. 200; Vgl. *Mock*, German Law Journal 2002 (Vol. 3), S. 4.

³⁰⁵ Insbesondere der Kleinanleger.

³⁰⁶ Vgl. *Mock*, German Law Journal 2002 (Vol. 3), S. 4.

³⁰⁷ *Müller*, S. 203.

teilnehmer berücksichtige sei für Investoren nicht interessant, gerade bei börsennotierten Unternehmen berge dies die Gefahr eines Absinkens des Kurswertes und einer feindlichen Übernahme. Zu berücksichtigen sei außerdem, dass der Wettbewerb der Systeme und die daraus folgende Angleichung der Gesellschaftsrechtssysteme eine Verminderung der Transaktionskosten zur Folge habe. Der Wettbewerb der Systeme ermögliche somit einen (übersetzt) Wettlauf zum Gipfel.³⁰⁸

2. Der Wettbewerb der Systeme und die Geschlossene Gesellschaft

- a) Die Geschlossene Gesellschaft: „race to the top“ oder „race to the bottom“

Grundsätzlich können wie oben angesprochen für das Gesellschaftsrecht der Mitgliedstaaten nicht die gleichen Annahmen gelten wie für das Gesellschaftsrechtssystem in den USA und die Entscheidung für oder gegen den Sitz einer Gesellschaft in einem Bundesstaat. Interessanterweise gilt Delaware neben seinem liberalen Gesellschaftsrecht auch deswegen als attraktiv, weil der Bundesstaat nah an Washington und New York, also den politischen und wirtschaftlichen (finanzpolitischen) Zentren der USA liegt.³⁰⁹ Ein vergleichbares Argument ist für ein System der 25 Nationalstaaten mit unterschiedlichen politischen Systemen und Regelungen nur schwer zu führen. Es ergeben sich aber noch weitaus gewichtigere Problematiken. Bereits harmonisierte Vorschriften sind einem Wettbewerb der Systeme wegen des Vorranges des Gemeinschaftsrechtes entzogen. Dies gilt insbesondere für die aufgezeigten vielfältigen geschaffenen Vorschriften betreffend die Aktiengesellschaften. Anderes gilt aber für die Geschlossenen Gesellschaften gerade wegen ihrer Vernachlässigung im Rahmen europäischer Rechtssetzungsprozesse im Gesellschaftsrecht.³¹⁰

³⁰⁸ Müller, S. 204f.; Mock, German Law Journal 2002 (Vol. 3), S. 4.

³⁰⁹ Vgl. Merkt, RabelsZ 1995, S. 550f.

³¹⁰ Mock, German Law Journal 2002 (Vol. 3), S. 7.

Die oben angeführten Begründungen für oder gegen einen Wettbewerb der Systeme sind auf die Geschlossene Gesellschaft aber nur begrenzt anwendbar. Zunächst ist hier einmal das Argument des Absinkens des Börsenkurses und die Gefahr der feindlichen Übernahme³¹¹ zu nennen. Dieses Argument kann schon per se nicht auf die Geschlossenen Gesellschaften übertragen werden. Die Geschlossene Gesellschaft zeichnet sich ja gerade durch ihre Kapitalmarktferne aus. Der Kapitalmarkt kann daher auch keinen negativen Einfluss auf diese haben. Darüber hinaus ist der Anteilseigner bei der Aktiengesellschaft in der Regel anonym³¹², kann also seine Investitionen ohne Gefahr der Veröffentlichung tätigen oder zurückziehen, also seine Anteile veräußern. Gleiches gilt für den Gesellschafter der Geschlossenen Gesellschaft, welcher darüber hinaus unternehmerischer Entscheidungsträger ist, nicht. Ebenfalls stellt die Haftungsgefahr eine andere dar. Der Gesellschafter der Geschlossenen Gesellschaft haftet in der Regel gegenüber den Fremdkapitalgebern auch persönlich und zwar aus dem Vertrag mit seinem gesamten Vermögen.³¹³ Der Aktionär hingegen haftet normalerweise nur bei Missbrauch seiner Aktionärsstellung. Die Folge daraus ist nicht die feindliche Übernahme, sondern in der Regel die Insolvenz der Geschlossenen Gesellschaft und wegen der meist bestehenden Unterkapitalisierung der Gesellschaft die Nichterfüllung der Ansprüche Dritter³¹⁴.

Den Gegnern eines Wettbewerbs der Systeme oder Gesetzgeber ist daher in einem wichtigen Punkt zuzustimmen, und dieser folgt gerade aus der Tatsache, dass ausgleichende Kapitalmarktmechanismen bei der Ge-

³¹¹ Wodurch der Drittschutz in der Regel gewährleistet ist.

³¹² Zwar gibt es neben den weit verbreiteten Inhaberaktien ebenfalls noch die Namensaktien, jedoch treten diese in der Regel bei nicht an der Börse notierten Aktiengesellschaften, beispielsweise den Familienaktiengesellschaften auf. Das Inhaberpapier, welches seinen tatsächlichen Inhaber als Berechtigten ausweist, stellt die Regel dar.

³¹³ Meist im Wege eines persönlichen Schuldanerkenntnisses oder der Unterwerfung unter die persönliche Zwangsvollstreckung im Rahmen der Sicherheitenbestellung, insbesondere bei der Grundpfandrechtsbestellung.

³¹⁴ Zu nennen sind hier die Arbeitnehmer, die sonstigen Vertragspartner und die Fremdkapitalgeber.

geschlossenen Gesellschaft nicht vorhanden sind: Der Drittschutz in der Geschlossenen Gesellschaft.

b) Wettbewerb der Systeme und Stakeholder-Value

Die deutsche GmbH ist, wie angesprochen, in den meisten Fällen, trotz Stammkapital, in der Insolvenz erheblich unterkapitalisiert. Gläubiger können sich in der Regel einreihen und werden entsprechend einer minimalen Quote nur zu einem geringen Teil befriedigt. Es ist hier nicht Aufgabe dieser Arbeit, über Sinn und Zweck der Stammkapital- oder Kapitalerhaltungsvorschriften der GmbH zu diskutieren, jedoch wird der Unterkapitalisierung der GmbH auch nicht durch eine Angleichung an das englische Gesellschaftsrecht, insbesondere nicht durch eine Reduzierung des Stammkapitals auf 10.000 Euro und ebenfalls nicht durch verstärkte Offenlegungspflichten abgeholfen. Der Wettbewerb der Systeme hat eine erhebliche Schwäche, der sich gerade in Bezug auf die Geschlossenen Gesellschaften deutlich zeigt: Die fehlende Berücksichtigung aller relevanten Marktinteressen und der sonstigen Interessen, wie sie durch die Prinzipien des Gemeinschaftsrechts vorgegeben werden. Ein Wettbewerb der Systeme in Bezug auf die Geschlossene Gesellschaft bedeutet wie aufgezeigt, die Festsetzung eines Shareholder-Value-Prinzips, da der Staat um den Gewerbetreibenden im Wettbewerb steht und bei fehlender Möglichkeit des Ausgleichs der Schutzinteressen Dritter (etwa wie bei der AG durch den Kapitalmarkt) diese durch die gleichzeitige gesetzliche Reduzierung ihrer Rechte (als Folge des Wettbewerbs) im Falle der Insolvenz oder anderer schädigender Ereignisse (die auf eine unternehmerische Entscheidung der Gesellschaft zurückzuführen sind) entsprechend benachteiligt sind.

Nun bereitet dies in Bezug auf das englische Gesellschaftsrecht keine Schwierigkeiten, denn ausgehend vom Prinzip des Shareholder-Value ist es gerade nicht angezeigt, Interessen außerhalb derer des Unternehmens zu berücksichtigen. Zwangsläufig muss sich ein Staat dafür entscheiden,

in den Wettbewerb zu treten und eine Reduzierung der Rechte Dritter in Kauf zu nehmen, oder eben diesen zu verlieren mit der Konsequenz einer verminderten Wirtschaftsleistung. Dies wiederum widerspricht der Konzeption des EG und seiner Ziele und Prinzipien.

Eine Geschlossene Gesellschaft auf europäischer Ebene muss eines leisten: Vertrauen aller Marktteilnehmer in die Gesellschaftsform selbst, „einen guten Ruf bei Kreditgebern, Arbeitnehmern und Lieferanten“.³¹⁵ Die Geschlossene Gesellschaft ist in großem Maße fremdkapitalfinanziert, insbesondere durch Kredit- und Finanzinstitute. Hier unterscheidet sich diese Gesellschaftsform der Geschlossenen Gesellschaft von der Offenen Gesellschaft, die in der Regel durch die Anteilhaber eigenkapitalfinanziert ist. Die Interessen Dritter (außerhalb der Gesellschaft stehender Personen) sind also in größerem Maße betroffen und durch die zumeist unzureichende Kapitalisierung auch gefährdet, als dies bei Aktiengesellschaften der Fall ist. Dieses angesprochene Vertrauen bei Kreditgebern, Arbeitnehmern und Lieferanten und Abnehmern bzw. sonstigen Vertragspartnern kann aber gerade ein Wettbewerb der Systeme wegen seiner Ausrichtung auf das Shareholder-Value Prinzip nicht leisten.³¹⁶

³¹⁵ *Fischer*, *ZeuP* 2004, S. 746; vgl. auch *Dejmek*, *NZG* 2001, S. 883. Allerdings sollten hierzu gemessen am Stakeholder-Value-Prinzip des EG auch die Gewerbetreibenden selbst gezählt werden.

³¹⁶ Vgl. hierzu auch *Merkt*, *RabelsZ* 1995, S. 555; *Müller-Graff* in *Hommelhoff/Helms*, S. 298.

c) Wettbewerb der Systeme und politische Selbsterhaltungsinteressen

Ein Wettbewerb der Systeme ist in großem Maße anhängig von temporären politischen Interessen.³¹⁷ Die Regierung in einem Staat versucht, den Binnenmarkt gegenüber dem Weltmarkt zu schützen und betreibt protektionistische Politik. Eine andere Regierung versucht sich als international attraktiver Wettbewerber auf dem Weltmarkt der Rechtsordnungen zu etablieren und betreibt eine anpassungsfähige Politik, gemessen an den Bedürfnissen der Weltwirtschaft, öffnet sich also dem Wettbewerb der Systeme.³¹⁸ Die Entwicklung des Gesellschaftsrechtes ist also im Falle des Wettbewerbs der Systeme davon abhängig, welche Politik eine – auf Zeit gewählte – Regierung betreibt. Ein solcher Wettbewerb kann aber keine Kontinuität und bestimmt keine Rechtssicherheit auf europäischer Ebene schaffen, denn ein Fremdkapitalgeber ist in einem solchen Wettbewerb nicht von wirtschaftlichen Rahmenbedingungen, sondern von politischen Strömungen abhängig. *Armour* ist daher in seiner abstrakt aufgestellten These, ein Wettbewerb der Gesetzgeber führe dann zu einem „race to the top“, sofern die Korrektur Fehlentwicklungen³¹⁹ des Marktes zum Ziel habe und der Gesetzgeber sich über den besten Weg der Regulierung nicht sicher sei, zu widersprechen.³²⁰ Zum einen ist wie bereits

³¹⁷ Dies ist an anderer Stelle im Rahmen der Beratungen über den EU-Haushalt 2006 und die Reform der Agrarsubventionen deutlich zum Ausdruck gekommen. Bevorstehende oder sich im Gange befindliche Wahlkämpfe, das Beharren auf staatlichen Interessen (wie zum Beispiel der britische EU-Rabatt) oder die Umkehr einer regierungskritischen Stimmung der Bevölkerung wie in Deutschland, Frankreich und Holland kann einen Gesetzgebungsprozess auf europäischer Ebene empfindlich stören oder gar zum Stillstand bringen.

³¹⁸ Als Beispiel sei die UK-Company Law Reform angeführt, die es sich zum Ziel gesetzt hat, das englische Gesellschaftsrecht international „wettbewerbsfähig“ zu gestalten und aus diesem Grund, gerade für die Private Companies (unter anderem bei der Kapitalerhaltung) den Weg der Deregulierung wählt. Vgl. *Armour*, ILF Working Paper No. 41, S. 30.

³¹⁹ Es stellt sich bereits abstrakt die Frage, wie ein Staat den Begriff der „Fehlentwicklung“ definiert, ob als Rückgang der Attraktivität der nationalen Gesellschaftsform oder im Sinne der „unfair trade norm“?

³²⁰ *Armour*, ILF Working Paper No. 41, S. 11.

angeführt³²¹, der Begriff der Fehlentwicklung national geprägt, zum anderen führt diese Handlungsprämisse gerade in „Stake-Holder-Value-Societies“ eher zu Protektionismus (in Form eines defensiven Wettbewerbs)³²² und damit nicht zu einer Anpassung, sondern einer Verschärfung von Schutzrechten, als zu einer Rechtsangleichung.

Darüber hinaus sollte noch einmal wiederholt werden: Die Aktiengesellschaft operiert als Offene Gesellschaft auf dem Weltmarkt und finanziert sich durch internationale Kapitalgeber, operiert also weitgehend unabhängig von nationalen politischen Gegebenheiten.³²³ Ein Wettbewerb der Systeme mag für diese Gesellschaftsform von großem Nutzen sein.³²⁴ Die Geschlossene Gesellschaft hingegen ist von nationalen Fremdkapitalgebern und daher in weitaus größerem Maße von nationalen politischen Gegebenheiten abhängig.³²⁵ Im Umkehrschluss bedeutet dies, sollen der Geschlossenen Gesellschaft auch internationale (den europäischen Mitgliedstaaten angehörige) Fremdkapitalgeber offen stehen, müssen hierfür die Rahmenbedingungen geschaffen werden. Dies bedeutet insbesondere für den Fremdkapitalgeber verminderte Transaktionskosten, Rechtssicherheit und Vertrauen in die Gesellschaftsform als Voraussetzung für eine grenzüberschreitende Finanzierung einer Geschlossenen Gesellschaft. Zu erreichen ist die Erfüllung dieser Voraussetzungen über die

³²¹ S. o. S. 72.

³²² Vgl. zu dem Begriff des defensiven Wettbewerbs, *Romano*, S. 15. Vorliegend soll der Begriff des defensiven Wettbewerbs auch Maßnahmen zum Schutz nationaler (nach EuGH-Rechtsprechung zulässiger) Interessen umfassen.

³²³ Davon abgesehen lastet auf einer Regierung der ständige Druck, das für die Wirtschaftsleistung wichtige Unternehmen im Zuge des Wettbewerbs durch eine politische Entscheidung zu verlieren. Die Standortverlagerung eines mittelständischen Unternehmens gestaltet sich bereits aus Kostengründen weitaus komplizierter.

³²⁴ In den USA war genau diese Überlegung Ausgangspunkt für die Entscheidung zugunsten eines Wettbewerbs der Systeme im Gesellschaftsrecht. Vgl. hierzu *Halbhuber*, S. 189f. . Statistisch gesehen wird diese Annahme noch weiter unterstrichen. In den neunziger Jahren waren 40% aller an der N.Y. Börse notierten Unternehmen und 500 der größten Kapitalgesellschaften Delaware Corporations. (Bzgl. der Zahlenangaben vgl. *Merkt*, *RabelsZ* 1995, S. 549.)

³²⁵ *Vitols*, in *Varieties of Capitalism*, S. 348 stellt dies gerade in Bezug auf die deutschen Mittelstandsgesellschaften fest. Vgl. hierzu auch *Merkt*, *RabelsZ* 1995, S. 566, der den Unterschied zur USA allgemein mit der in Europa (Ausnahme Großbritannien) auftretenden Fremdkapitalfinanzierung durch Hausbanken erklärt, die auch verstärkte Einflussmöglichkeiten auf die Gesellschaft hätten. Diese hätten an einem liberaleren Gesellschaftsrecht kein Interesse.

Angleichung der Rechtsvorschriften betreffend die Geschlossenen Gesellschaften in den Mitgliedstaaten³²⁶. Die Angleichung ist aber wie aufgezeigt und im Folgenden aufzuzeigen, nicht über den Wettbewerb der Systeme zu erreichen.³²⁷ Folglich ist ein legislatives Handeln erforderlich.

³²⁶ Miteinbezogen die Möglichkeit einer supranationalen Gesellschaftsform, die an dieser Stelle noch nicht erörtert werden soll.

³²⁷ Dies zeigt sich bereits daran, dass die englische Ltd. in Deutschland kaum Kreditwürdigkeit besitzt. Es stellt sich umso mehr die Frage, ob man diese dann zum Vorbild im Wettbewerb erklären sollte. Vgl. auch *Dejmek*, NZG 2001, S. 883.

d) Nicht grenzüberschreitend operierende Gesellschaften

Es ergibt sich für die Geschlossene Gesellschaft aber im Rahmen des Wettbewerbs der Systeme noch eine weitere nicht zu unterschätzende Problematik. Angenommen man wählt den Weg des Wettbewerbs der Systeme für die Angleichung des Rechts der Geschlossenen Gesellschaft. International operierende Geschlossene Gesellschaften, insbesondere diese die in einen Konzern eingebunden sind, werden durch ihre gewachsene Größe die Möglichkeit haben, Kapital auch auf dem internationalen Markt zu akquirieren. Jedoch sind nicht alle Geschlossenen Gesellschaften grenzüberschreitend tätig, und die Frage stellt sich, ob ein Wettbewerb der Systeme, welcher auf die Bedürfnisse des Weltmarktes reagiert, diesen Gewerbetreibenden gerecht wird. Man könnte sich nun ein GmbH-Recht der zwei Strömungen vorstellen. Es würde sich also nicht das optimale Recht der Geschlossenen Gesellschaften, sondern vielmehr ein duales System der Geschlossenen Gesellschaften herausbilden. Eines für solche, die international, grenzüberschreitend operieren und eines für solche, die nur am nationalen Markt auftreten.³²⁸ Auf internationaler Ebene kann dies noch weniger Rechtssicherheit schaffen und daher nicht wünschenswert sein, denn das Ergebnis wäre die Situation einer europäischen Rechtsspaltung mit gemeinsamen angeglichenen Vorschriften, die im Wesentlichen von der Aktiengesellschaft abgeleitet und auf die Geschlossene Gesellschaft nur begrenzt anwendbar sind, während doch die Rechtsvereinheitlichung des Systems der Geschlossenen Gesellschaften das Ziel war. Es zeigt sich gerade auch an dieser Problematik, dass Annahmen, die auf der Idee der Aktiengesellschaften beruhen, nicht auf die Geschlossenen Gesellschaften übertragbar sind. Für kleinere Gesellschaften, insbesondere die Geschlossenen Gesellschaften ist ein Wettbewerb der Systeme wegen der damit verbundenen Transaktionskosten für die

³²⁸ So auch *Müller-Graff*, NJW 1993, S. 19.

Entscheidung zugunsten eines grenzüberschreitenden Handels eher hinderlich, denn förderlich.³²⁹

c) Wettbewerb der Systeme und die Anbindung an sonstiges nationales Recht

Abschließend ist noch die Anbindung an das sonstige nationale Recht zu erwähnen. Die Aktiengesellschaft war seit jeher Gegenstand vielfältiger weitreichender Rechtssetzungsmaßnahmen auf europäischer Ebene, die ihren gegenwärtigen Höhepunkt in der SE gefunden hat. Man kann wohl mit einiger Sicherheit sagen, dass die aktienrechtlichen Vorschriften und die anschließenden sonstigen Vorschriften zum Beispiel aus dem Bereich des Arbeits-³³⁰ und Arbeitsschutzrechts und des Bilanzierungsrechts³³¹, einen internationalen (zumindest europäischen) Charakter erlangt haben. Für die Geschlossene Gesellschaft gilt das aus den oben genannten Gründen nicht, und diese besitzt daher eine weitaus stärkere nationale Rechtsanbindung als die Aktiengesellschaft, gerade in den Bereichen Handelsrecht, Arbeits-, Sozial-, Steuer- und Strafrecht, aber auch im Umweltrecht.³³²

Sofern *Halbhuber* in seiner Kritik an *Merkt*³³³ davon ausgeht, dass die Anbindungen der übrigen Rechtsgebiete, insbesondere des Arbeitsrechts

³²⁹ *Halbhuber*, S. 190.

³³⁰ So zum Beispiel der europäische Betriebsrat. Vgl. RL. 94/95/EG, Abl. EG 1994 L 265/64

³³¹ Gerade im Bilanzierungs- und Buchprüfungsrecht sind hier die IAS (International Accounting Standards) und die IAFS (International Accounting and Financial Standards) für Großunternehmen als international zwingende Vorschriften zu beachten. Interessanterweise wurde festgestellt, dass die Standardisierung dieser Vorschriften zu sehr auf börsennotierte Unternehmen angelegt war, die für kleinere und mittlere Unternehmen nicht geeignet sind. So der Präsident des Deutschen Standardisierungsrates *Wiedmann*: „Man habe in den nationalen, wie internationalen Gremien der Standardisierung zu sehr große börsennotierte Gesellschaften im Auge gehabt.“ Vgl. FAZ vom 7. Februar 2006, „Familienbetriebe können für ihr bilanzielles Eigenkapital hoffen.“

³³² Vgl. *Dejmek*, NZG 2001, S. 880f.

³³³ Vgl. *Merkt*, RabelsZ, 1995, S. 557, der von einem mehrdimensionalen Ansatz des Gesellschaftsrechtes in den Europäischen Mitgliedstaaten im Gegensatz zum System der USA ausgeht.

nicht vorhanden seien, und das Gesellschaftsrecht als von diesen losgelöst zu betrachten sei³³⁴, ist diesem klar zu widersprechen.

Zum einen strahlt gerade das Arbeitsrecht, wie es *Merkt* zutreffend formuliert, durch das Zusammenwirken von Kapital und Arbeit und die Beteiligung der Arbeitnehmer an unternehmerischen Entscheidungsprozessen³³⁵ insbesondere in Bezug auf die Mitbestimmung durch die Betriebsräte in das Gesellschaftsrecht hinein, zum anderen ist es ein innewohnendes Merkmal des Wettbewerbs der Systeme, dass die Rechtssysteme der Nationalstaaten als Ganzes und die Auswirkungen aller betroffenen Rechtsgebiete auf die unternehmerischen Entscheidungen und die Qualität des Standortes in Konkurrenz zueinander stehen. In einem System wie dem deutschen, in dem, wie *Halbhuber* selbst eingesteht, die betriebliche Mitbestimmung gesellschaftsrechtliche Tatbestandsmerkmale enthält³³⁶, können für die Entscheidung bezüglich der Wahl des Standortes diese Fragen nicht ausgeblendet werden.

Der Wettbewerb der Systeme kann aber im Recht der Geschlossenen Gesellschaften gerade dort diese starken nationalen Anbindungen des Gesellschaftsrechtes an die übrigen Rechtsgebiete nicht aufbrechen, wo diese als Folge jahrzehntelanger Entwicklung in nationalen Traditionen verwurzelt sind.³³⁷ Das deutsche Gesellschaftsrecht ist in der Ausgestaltung seiner Arbeitnehmerschutzregelungen einzigartig. Es zeigt sich, wie das Prinzip des Stakeholder-Value zum Staatsziel erklärt wurde. Diese in der nationalen Kultur verwurzelten Grundprinzipien als Ausdruck eines mehrdimensionalen Ansatzes kann auch der Wettbewerb der Systeme

³³⁴ *Halbhuber*, S. 186.

³³⁵ *Merkt*, *RabelsZ* 1995, S. 557.

³³⁶ *Halbhuber*, S. 185.

³³⁷ So auch u. a. *Dejmeč*, *NZG* 2001, S. 883., allerdings nur in Bezug auf das Kapitalgesellschaftsrecht. Die Auffassung kann jedoch auch auf die übrigen Rechtsbereiche übertragen werden. Vgl. auch *Vitols* in *Varieties of Capitalism*, S. 346ff., der sich auf Untersuchungen bezieht, die aufzeigen, dass trotz des Bewusstseins eines Wettbewerbes der Systeme, dieser in Deutschland im Kapitalmarktrecht, Arbeitsrecht und Gesellschaftsrecht kaum zu Veränderungen geführt hat und die erfolgten Veränderungen eher eine Fortführung des bestehenden Systemverständnisses darstellte.

nicht verändern.³³⁸ Der Begriff der (Wirtschafts-)Kultur ist hier als ein mitunter starres Rahmengebilde zu verstehen, welches sich eine Gesellschaft gegeben hat und innerhalb welchen, wie *Legrand* es formuliert, diese operiert.³³⁹ Dieses Rahmengebilde stellt eine Grundkonzeption, wie zum Beispiel das Prinzip des Stakeholder- oder Shareholder-Value dar, von welchem ausgehend Regeln geschaffen werden, deren Veränderung nicht oder sehr schwer in einem automatischen Prozess erfolgt.³⁴⁰

Ziel einer Harmonisierungsbewegung in Bezug auf die Geschlossene Gesellschaft muss es sein, ein Gesamtkonstrukt zu schaffen und nicht nur Einzelbereiche zu regeln.³⁴¹ Es zeigt sich an dem oben genannten Beispiel, dass der Wettbewerb der Systeme zwischen GmbH und Ltd. zu Überlegungen führt, das Stammkapital von 25.000 Euro auf 10.000 Euro herabzusetzen. Es wird also an einer kleinen Schraube ein wenig gedreht mit der Erwartung, der Standort werde hierdurch attraktiver. Zu einer Änderung im Mitbestimmungsrecht oder im Steuerrecht (hier insbesondere im Körperschaftssteuerrecht³⁴²) hat der Wettbewerb aber nicht geführt, jedenfalls nicht als Ergebnis einer Diskussion um die Attraktivität der GmbH in Deutschland. Dies sind aber wie aufgezeigt, Faktoren, die für einen ausländischen Investoren entscheidungsbegründend sind. Sofern der Wettbewerb der Systeme hierauf keinen Einfluss hat, kann dies auch nicht die Attraktivität des Standorts im speziellen aber der GmbH im Vergleich zur Ltd. fördern.³⁴³ Der Wettbewerb der Systeme stößt also insbesondere in Bezug auf die Anbindung an die sonstigen Rechtsgebiete an seine Grenzen.

³³⁸ So auch *Merkt*, *RabelsZ* 1995, S. 558.

³³⁹ Vgl. *Legrand*, *The Modern Law Review* 1995, S. 263.

³⁴⁰ Siehe hierzu auch S. 127 zu der Frage der Verlaufsabhängigkeit.

³⁴¹ *Dejmek*, *NZG* 2001, S. 878.

³⁴² Bewegungen scheint es in dieser Richtung aber zumindest zu geben. Der Koalitionsvertrag von CDU und SPD enthält das Ziel einer Unternehmensrechtssteuerreform und ein Vorantreiben einer europäischen Gesamtregelung. Allerdings bleibt auch hier die Entwicklung abzuwarten.

³⁴³ So auch *Lutter*, *BB Beilage* 2006, Nr. 7, S. 3, welcher auch in dem neuen Reformentwurf zum GmbH-Recht (MoMiG-Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen) keine Neuerungen sieht, welche die Vorteile der Limited gegenüber der GmbH verringern könnten.

D. Abschließende Stellungnahme

Ein Wettbewerb der Systeme für die Geschlossenen Gesellschaften, welcher zu einem dualen System mit einem international (von den übrigen nationalen Rechtsgebieten losgelöst?) und einem national (mit starker Bindung an die übrigen nationalen Rechtsbereiche) orientierten System der Geschlossenen Gesellschaft führt, ist abzulehnen. Weder entsteht hierdurch Vertrauen bei Dritten, insbesondere den (ausländischen wie inländischen) Fremdkapitalgebern, noch fördert dies die Durchsetzung der Grundfreiheiten. Eine national operierende GmbH wird sich hierdurch nicht dem europäischen Binnenmarkt öffnen. Genau dies soll aber Ziel eines europäischen Systems der Geschlossenen Gesellschaften sein. Daher ist es erforderlich, auf europäischer Ebene normsetzend tätig zu werden.

Weiterhin stößt der Wettbewerb der Systeme, wie aufgezeigt, dort an seine Grenzen, wo sich nationale Wertvorstellungen und Rechtstraditionen in einem rechtsbereichsübergreifenden System von Regelungen wie zum Beispiel dem Arbeitsschutzrecht niedergeschlagen. Das englische und das deutsche Rechtssystem können hier als Paradebeispiele angeführt werden. In England herrscht ein liberales und flexibles, am Prinzip des Shareholder-Value orientiertes Gesellschaftsrecht, welches deswegen durch die übrigen Rechtsbereiche keine Einschränkungen erfährt und sich dadurch auszeichnet, dass Ausgleich und Gerechtigkeit durch ein einzel-fallbezogenes Richterrecht geschaffen werden. Im Gegensatz hierzu das deutsche Gesellschaftsrechtssystem, geprägt durch den insbesondere im Arbeitsrecht, aber auch in anderen betroffenen Rechtsgebieten zum Ausdruck kommenden Stakeholder-Value Gedanken. Im deutschen Recht führt dies dazu, dass jeder Einzelbereich seiner Flexibilität dadurch beraubt wird, dass dieser einer detaillierten auf alle relevanten Interessen Bezug nehmenden gesetzlichen Regelung unterzogen wird.

Genau in Bezug auf diese entgegengesetzten Auffassungen von Aufgabe und Ausgestaltung des Rechts vermag der Wettbewerb der Systeme keine

Senkung der Transaktionskosten zu erreichen. Die Prinzipien Stakeholder-Value und Shareholder-Value sind Teil grundlegender Wirtschafts- und Politikverständnisse und daher keine variablen Standortfaktoren, die im Wettbewerb stehen. *Rittner* hat dies prägnant formuliert: „Die textliche Angleichung allein gewährleistet keineswegs juristische Binnenmarktverhältnisse (...). Sie tangiert nämlich keineswegs die essenziellen Unterschiede zwischen den nationalen Rechtsordnungen und kann sie somit nicht beseitigen.“³⁴⁴ Dies zeigt sich allein daran, dass in Großbritannien die Ein-Pfund-Ltd. seit jeher den Unternehme(r)n offen steht, während diese in Deutschland seit jeher als unseriös gilt.³⁴⁵ Gleiches gilt für das Arbeitsrecht. Durch das gewachsene System der Mitbestimmung in Deutschland, insbesondere durch die Gewerkschaften und Betriebsräte und die oben angeführte Verbindung von Kapital und Arbeit, wird es nicht zur Übernahme des englischen Arbeitsrechtsverständnisses kommen. Der Mitgliedstaat hat in Zusammenhang mit dem Schutz nationaler Rechtsbereiche auch sowohl den EuGH als auch das Primärrecht auf seiner Seite. So heißt es in der „Überseering“-Entscheidung des EuGH: „Es lässt sich nicht ausschließen, dass zwingende Gründe des Gemeinwohls, wie der Schutz der Interessen der Gläubiger, der Minderheitsgesellschafter, der Arbeitnehmer und auch des Fiskus, unter bestimmten Umständen und unter Beachtung bestimmter Voraussetzungen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit rechtfertigen können.“³⁴⁶ Die Kombination aus staatlichen Grundprinzipien und europarechtlich anerkannten Schutzinteressen erzeugt Rechtsunsicherheit und Zurückhaltung bei grenzüberschreitender Tätigkeit³⁴⁷, denn genau diese vom EuGH angeführten Schutzinteressen finden sich in Deutschland normiert in den sensiblen, in das Gesellschaftsrecht hineinstrahlenden Rechtsgebieten.

³⁴⁴ *Rittner* in FS-Mestmäcker, S. 453.

³⁴⁵ S. o. S. 19, bezüglich der Auffassung des BMJ bezüglich der Einführung einer Ein-Euro-GmbH.

³⁴⁶ Vgl. *EuGHE* (Überseering) Slg. 2002 I-9974 (Tz. 92).

³⁴⁷ *Fischer*, *ZeuP* 2004, S. 760.

Die Macht des Marktes, von außen Druck auf den Staat auszuüben, stößt hier an Grenzen, die nicht zu überwinden sind. Sofern sie jedoch überwunden würden, stünde zu befürchten, dass dies auf Kosten der schutzwürdigen Dritten geschähe.

Kleine Veränderungen sind durch einen Wettbewerb der Systeme möglich, umfassende Angleichungen jedoch aus den dargelegten Gründen nicht zu erreichen.

Es wird sich an der Tatsache, dass sich ein Unternehmen bei der Suche nach einem geeigneten Inkorporationsstaat mit 25 Rechts- und Wirtschaftsordnungen³⁴⁸ auseinander zu setzen hat und hierfür in hohem Maße Rechtsberatungs-, Übersetzungs-, und Umstrukturierungskosten³⁴⁹ aufzuwenden hat, durch einen Wettbewerb der Systeme nichts ändern, denn eine vollumfängliche Angleichung aller im Wettbewerb stehenden Rechtsbereiche wird nicht erreicht werden. Komplizierte und unverhältnismäßig teure Verwaltungs- und Behördenverfahren als Folge einer Fülle komplexer nicht durchschaubarer administrativer Vorschriften stehen einem grenzüberschreitenden Tätigwerden kleiner und mittlerer Unternehmen entgegen.³⁵⁰ Zu berücksichtigen ist darüber hinaus, dass bei der Wahl der richtigen Unternehmensform, der Investor sich nicht nur über Gegebenheiten des Staates informieren muss, sondern darüber hinaus auch, ob die gewählte Unternehmensform den Wettbewerb mit anderen Unternehmensformen und damit Konkurrenten des Investoren besteht.³⁵¹

³⁴⁸ In Bezug auf die Wirtschaftsordnungen sollten zwar gemessen an dem Prinzip „soziale Marktwirtschaft“ die Unterschiede nicht sehr groß sein, da dies Grundvoraussetzung für die Mitgliedschaft in der Europäischen Union ist, allerdings sind die Auffassung bezüglich Shareholder- oder Stakeholder-Value Teil der Wirtschaftsordnungen, und da sind wie aufgezeigt, die Herangehensweisen in den einzelnen Mitgliedstaaten diametral entgegengesetzt.

³⁴⁹ Als Beispiel sie hier nur die geänderte Fassung von Gesellschafterverträgen, die Beachtung von Formerfordernissen (Beurkundungspflichten etc.), Schaffung von Mitbestimmungsorganen usw. angeführt.

³⁵⁰ So denn auch die Auffassung des *WuSA* in den Beratungen bezüglich geeigneter Rechtsangleichungsmaßnahmen für KMUs (2001). Diese Überlegungen wurden insbesondere im Hinblick auf die Konsequenzen aus dem *Centros* - Urteil angestellt. Vgl. hierzu: *Dejmek*, GmbHR 2002, S. 108. So im Ergebnis auch *Fischer*, ZeuP 2004, S. 761, der nach *Centros*, Überseering und *Inspire Art* erst Recht Handlungsbedarf für eine EPG sieht.

³⁵¹ *Bernholz/Faber*, *RabelsZ* 1986, S. 50.

Dies wird wiederum Kosten entstehen lassen, die durch eine Rechtsvereinheitlichung zu verhindern wären. Diese Auffassung kann durch die Vergangenheit belegt werden. Trotz eines durch den EuGH festgeschriebenen Wettbewerbs der Systeme aus dem Jahre 1999 und trotz einer auch durch das BMJ festgestellten bestehenden Attraktivität des englischen gegenüber dem deutschen Gesellschaftsrecht, ist eine Angleichung des Rechts der Geschlossenen Gesellschaften in der Europäischen Gemeinschaft nur marginal sichtbar erfolgt oder Gegenstand von Überlegungen gewesen. Hinzukommend sind die oben angeführten einem Ziel der Rechtssicherheit entgegenstehenden politischen Selbsterhaltungsinteressen³⁵² zu beachten, die je nach politischer Grundausrichtung einem Wandel unterzogen sind. Eine am internationalen Kapitalmarkt und internationalen (insbesondere europäischen) Regelungen unterworfenen Aktiengesellschaft ist hiervon in geringerem Maße betroffen, als eine mittelständische, von Fremdkapitalgebern abhängige und national stärker verwurzelte Geschlossene Gesellschaft.

Dieser Wettbewerb der Systeme ist offensichtlich nicht geeignet, die Ziele der Art. 14 und 43 EG zu erreichen.

Mit der Beantwortung dieser Fragen ist denn auch die Kompetenzfrage hinsichtlich des Subsidiaritätsprinzips gemäß Art. 5 EG klar beantwortet. Die Nationalstaaten sind eigenständig über einen Wettbewerb der Systeme nicht in der Lage eine Angleichung der Rechtsvorschriften betreffend die Geschlossenen Gesellschaften im Sinne einer Gesamtlösung zu erreichen. Erforderlich ist daher, um die Ziele der Gemeinschaft übereinstimmend mit dem Prinzip des europäischen Stakeholder-Value zu erreichen, ein Handeln auf europäischer Ebene im Rahmen der legislativen

³⁵² Anzuführen ist hier beispielsweise die im Jahre 2005 durch die damalige Regierung angestoßene und parteiübergreifend geführte so genannte „Heuschrecken-Debatte“ bezüglich der Vorgehensweise von Private-Equity-Gesellschaften als Ausdruck eines politisch geprägten Gesellschafts- und Wirtschaftsverständnisses. Ergebnis dieser Debatte waren Überlegungen die Übernahme und Zerschlagung von Konzernen durch Private-Equity-Gesellschaften beispielsweise durch Auferlegung von Veröffentlichungspflichten oder Pflichten und Beschränkungen nach der Übernahme zu reglementieren. Die politische und gesellschaftliche Diskussion zu diesem Thema ist weiterhin im Gange.

Möglichkeiten. Ermächtigungsgrundlage für ein solches Handeln der Gemeinschaft ist Art. 95 EG. Aufgrund der unbestimmten Formulierung des „Erlasses von Maßnahmen“ in Art. 95 EG, bleibt der Gemeinschaft die Wahl des geeigneten Rechtssetzungsmittels vorbehalten. Eine Beschränkung auf die Richtlinie ist, gerade in Abgrenzung zu Art. 94 EG nicht gegeben.³⁵³

Zurückzukommen ist aber zunächst auf die oben behandelte Frage der Systematik. Welche Form der Gesellschaft ist vorzuzugswürdig. Die supranationale vom nationalen Recht losgelöste Europäische Geschlossene Gesellschaft oder die durch Gemeinschaftsgesetzgebung angeglichen nationale Gesellschaft. Diese Frage soll im Folgenden Gegenstand der Untersuchung sein.

³⁵³ *Leible* in *Streinz*, Art. 95 EG, Rn. 32.

Kapitel 9: Die legislative Angleichung der europäischen Systeme der Geschlossenen Gesellschaften im Wege der Richtlinienrechtssetzung

A. Einleitung

Vorangegangen war die auf dem Gedanken des Subsidiaritätsprinzips beruhende Frage, ob ein legislatives Handeln auf europäischer Ebene zur Schaffung eines europäischen Systems der Geschlossenen Gesellschaften notwendig ist. Diese Frage wurde mit der Ablehnung eines Wettbewerbs der Systeme zugunsten eines Handelns des europäischen Gesetzgebers gemäß Art. 95 EG bejaht.

Es ist jedoch im Folgenden ebenso unerlässlich, Gedanken darüber anzustellen, auf welchem europäischen legislativen Wege ein solches europäisches System der Geschlossenen Gesellschaften erreicht werden kann. In einem zweiten Schritt ist dann darüber nachzudenken, ob diese Maßnahme in eine Angleichung der nationalen Vorschriften über die Geschlossene Gesellschaft oder eine Europäische Geschlossene Gesellschaft mündet.

Die unterschiedlichen Rechtssetzungsmöglichkeiten auf europäischer Ebene haben unterschiedliche Folgen zum einen hinsichtlich ihrer Wirkung im nationalen Recht, zum anderen aber auch hinsichtlich der Verwirklichung der verfolgten Ziele. Gerade hinsichtlich der ersten Frage, der Wirkung im nationalen Recht, ist es erforderlich, grundsätzliche Gedanken darüber anzustellen, ob sich beispielsweise eine Richtlinie zur Angleichung des deutschen GmbHG oder des englischen Company Law mit den übrigen betroffenen Rechtsbereichen verträgt, bzw. welche weitergehenden Folgen sich ergeben. Diese Frage wird unter anderem unter dem Begriff der „Verlaufsabhängigkeit“³⁵⁴ zu behandeln sein, und schließt sich im Wesentlichen an die oben behandelten Probleme im Zusammenhang mit dem Wettbewerb der Systeme an.

³⁵⁴ Die Diskussion, die im Wesentlichen von dem Autor *D.C. North* geprägt wurde, wird auch unter den synonym verwendeten Begriffen „Pfadabhängigkeit“, in der englischen Literatur unter „Path Dependency“ geführt.

Eine Rechtssetzungsmaßnahme gegenüber einer anderen als generell vorzugswürdig zu betrachten ist verfehlt. Vielmehr ist es im Einzelfall erforderlich, die Auswirkungen zu betrachten und eine Abwägungsentscheidung zugunsten einer Maßnahme zu treffen. In manchen Ermächtigungsgrundlagen wird die Wahl des Rechtssetzungsmittels für die europäischen Rechtssetzungsorgane bereits festgelegt, nicht so bei Art. 95 EG. Dieser spricht, wie bereits angedeutet lediglich, von „Maßnahmen“, die zu ergreifen sind.³⁵⁵

Zu unterscheiden sind hierbei zunächst die Maßnahmen der Richtlinie und der Verordnung gemäß Art. 249 EG.

B. Harmonisierung durch Richtlinien und die Geschlossene Gesellschaft

Art. 249 EG normiert neben der Entscheidung und der Empfehlung die Richtlinie und Verordnung als Möglichkeiten eines Tätigwerdens auf europäischer Ebene, wobei die Richtlinie und die Verordnung die legislativen Maßnahmen betreffen. Es ist nicht Aufgabe dieser Arbeit, im Detail die Unterschiede und Voraussetzungen von Richtlinie und Verordnung zu erläutern. Vielmehr soll im Folgenden untersucht werden, welche Folgen sich für das System der Geschlossenen Gesellschaften in Europa bei einer Harmonisierung im Wege der Richtlinie und der Verordnung ergeben.

I. Das Harmonisierungsinstrument der Richtlinie

Das Rechtssetzungsinstrument der Richtlinie gemäß Art. 249 I EG ist vergleichbar mit dem deutschen Rahmengesetz³⁵⁶. Vorgegeben durch den europäischen Gesetzgeber sind die Ziele, diese sind zwingend und in Übereinstimmung mit dem Prinzip des „*effet utile*“³⁵⁷ gemäß Art. 10 EG zu

³⁵⁵ Vgl. *Schroeder* in *Streinz*, Art. 249 EG, Rn. 69.

³⁵⁶ Dies hat nun auch in den europäischen Verfassungsentwurf Eingang gefunden. Künftig soll die Richtlinie den Namen „Europäisches Rahmengesetz“ tragen.

³⁵⁷ Übersetzt in etwa „zu wählen ist der Weg, welcher die Verwirklichung der verfolgten Ziele am besten gewährleistet“. Der „*effet utile*“ als allgemeines Loyalitätsprin-

erreichen. Auf welchem Wege diese Ziele erreicht werden, bleibt dem nationalen Gesetzgeber überlassen. Dieser kann insbesondere die Art der Norm (Gesetz, Verordnung etc.) und die inhaltliche Ausgestaltung selbst wählen. Es handelt sich bei diesem Rechtssetzungsmittel um ein solches der „gestuften Verbindlichkeit“.³⁵⁸ In der Regel hat die Umsetzung innerhalb einer festgesetzten Frist zu erfolgen. Bezogen auf die Geschlossene Gesellschaft könnte eine solche Richtlinie beispielsweise den Inhalt haben, bzw. das Ziel verfolgen, Unternehme(r)n, die grenzüberschreitend tätig sein wollen, keine Beschränkungen mit Ausnahme solcher, die dem Schutz anerkannter Interessen dienen aufzuerlegen und die Rechtsform der Geschlossenen Gesellschaft insbesondere in Bezug auf Struktur und Organisation so auszugestalten, dass diese gemessen an dem Prinzip des Funktionierens und Erhalts des Binnenmarktes und der sonstigen Prinzipien der Gemeinschaft eine für kleine und mittlere Unternehmen, sowie Fremdkapitalgeber im europäischen Rechtsraum attraktive Gesellschaftsform darstellt. Daneben könnte eine solche Richtlinie das Ziel formulieren, dass Rechtsunterschiede zwischen den Typen der Geschlossenen Gesellschaft in den Mitgliedstaaten durch Konsultation und gemeinsame Beratung im Wege der Rechtsangleichung zu beseitigen sind. Für nicht geregelte Materien solle weiterhin nationales Recht anwendbar bleiben. Eine solche Richtlinie, die hier nur als Beispiel und keinesfalls an dieser Stelle als Modell angeführt werden soll, hätte eine (mehr oder minder klare) Zielformulierung zum Inhalt. Aus dieser Richtlinie ergäbe sich nun für die Mitgliedstaaten die Aufgabe, das nationale Recht betreffend die Geschlossenen Gesellschaften (zum Beispiel deutsches GmbH-Recht und englisches Company Law) so auszugestalten, dass hinsichtlich der Rechtswahl selbst das Recht keinen Wettbewerbsfaktor mehr darstellen würde, und nur solche Beschränkungen bestehen blieben, die dem Schutz anerkannter Interessen dienen. Daneben könnten beispielsweise zwi-

zip gehört in Zusammenhang mit dem Prinzip des Vorranges des Gemeinschaftsrechts zu den Grundprinzipien der Gemeinschaft.

³⁵⁸ *Schroeder* in *Streinz*, Art. 249 EG, Rn. 66ff.

schenstaatliche Beratungsorgane (auch auf gemeinschaftlicher Ebene) eingerichtet werden, die das Ziel verfolgten, Rechtsunterschiede betreffend die Geschlossenen Gesellschaften zu beseitigen.

II. Die Richtliniengesetzgebung und der Ausdruck nationaler Interessen

Wie bereits angeführt, setzt die Gemeinschaft durch die Richtlinie die zu erreichenden Ziele fest, der nationale Gesetzgeber hat diese dann entsprechend seiner ihm gegebenen Freiheit in Bezug auf Wahl der Art und Weise und des Mittels umzusetzen. Bereits bei Erlass der Richtlinie ist den nationalen Gesetzgebern die Wirkung auf das nationale Recht bewusst. Diese Wirkung lässt sich in den Beratungen zum Erlass der Richtlinie ablesen. Die Mitgliedstaaten haben daher ein großes Interesse daran, die Übereinstimmung mit dem nationalen Recht frühzeitig im Stadium des Beratungsverfahrens soweit wie möglich zu sichern. Dies erfolgt in der Weise, dass versucht wird, die nationalen Interessen in den Richtlinientext einfließen zu lassen. Dies hat zur Folge, dass aus der ursprünglich gedachten, an Art. 95 EG orientierten, gewünschten Angleichung der nationalen Rechtssysteme ein Kompromissergebnis aus (mittlerweile) 25 Interessen wird, welches sich in den Einzelbereichen, dann doch nicht mit den nationalen Rechtssystemen verträgt.³⁵⁹

Man führe sich vor Augen, es sei das Ziel formuliert, ein europäisches System der Geschlossenen Gesellschaften mittels einer Richtlinie zu formulieren. Das Richtlinienergebnis würde dann eine Kombination aus Kapitalerhaltungs-, Offenlegungs-, Mitbestimmungs-³⁶⁰, Insolvenz- und Drittschutzvorschriften darstellen, die teilweise sehr detailliert, teilweise mit unbestimmten Rechtsbegriffen, mitunter orientiert am Aktienrecht, flexibel und der Rechtsprechung zugänglich ausgestaltet wären. In eini-

³⁵⁹ Vgl. hierzu Götz, *NJW* 1992, S. 1850; Behrens, *RabelsZ* 1986, S. 25.

³⁶⁰ Teils starr, teils flexibel.

gen Bereichen fände man Shareholder-Value Ansätze, in anderen wiederum Gedanken aus dem Bereich des Stakeholder-Value.

Eine Rechtssetzungsprozedur, die in dieser Weise von den Herren der Verträge nie beabsichtigt war, stellt sich – gerade im Gesellschaftsrecht, welches als Teilbereich des Privatrechts einen Kernbereich nationaler Rechts- und Wirtschaftskultur darstellt und Ausdruck eines starken Nationalgefühls ist³⁶¹ – in der Realität als der oftmals einzig gängige Weg dar, zu einem Kompromiss im Rahmen der Richtliniengesetzgebung zu gelangen. Das Ergebnis ist dann eine Richtlinie von „hochgradiger Technizität, kleinteiliger Segmentierung, umständlicher Weitläufigkeit und schwerer Verständlichkeit.“³⁶²

Es erscheint so, als wäre die wertende Rhetorik schließlich nicht aus der Normgebung zu entfernen. Ein rein politisch geprägtes Kompromissergebnis kann für ein europäisches System der Geschlossenen Gesellschaften oder eine supranationale europäische Geschlossene Gesellschaft nur zu fehlender Akzeptanz durch den Markt führen. Ein Rechtssetzungsvorhaben im Rahmen des Rechts der Geschlossenen Gesellschaften muss aber frei von politischen (Selbsterhaltungs-)prämissen sein. Insoweit kann auf die Argumentation im Rahmen des Wettbewerbs der Gesetzgeber verwiesen werden. Eine Angleichung des Rechts der Geschlossenen Gesellschaften muss die Akzeptanz des Marktes finden. Dies kann aber nicht erfolgen, wenn die Transaktionskosten dadurch bestehen bleiben, dass aufgrund des Kompromisscharakters der Richtlinienvereinbarung, der einen grenzüberschreitenden Handel planende Gewerbetreibende sich je nach Regelungsgebiet darüber informieren muss, welches Recht oder, was viel undurchsichtiger wäre, welche Rechtsgrundsätze und -prinzipien innerhalb der Richtlinie nun anwendbar sind, denn genau darauf steuert eine Kompromisslösung zu, dass sich alle Rechtsordnungen in einer Richtlinie wiederfinden und somit zwar nach außen angeglichenes Recht

³⁶¹ S. o. S. 59: Der Begriff des Volksgeistes.

³⁶² Götz, NJW 1992, S. 1850

geschaffen wird, innerhalb der Richtlinie aber die Rechtsunterschiede wieder zu Tage treten.

Für kleinere und mittlere Gewerbetreibende, also für solche, die in der Geschlossenen Gesellschaft nach der hier vertretenen Auffassung organisiert sind, gilt an vorderer Stelle das Prinzip der Einfachheit der Regelung und noch höher einzuschätzen, das Prinzip der Kostenminimierung. Eine Regelung muss demnach, wie bereits zuvor angesprochen, sich einzig auf europäische vom nationalen Recht losgelöste Prinzipien leiten lassen, die aufgrund ihres supranationalen Charakters für den Normadressaten, also den Gewerbetreibenden, den Fremdkapitalgeber oder sonstige Dritte überschaubar und verständlich sind, ohne dass diese die kulturellen, politischen, wirtschaftlichen oder sozialen Hintergründe aller 25 Mitgliedstaaten kennen müssten.

Ob die Richtlinie im Stande ist, dies zu erreichen, mag bezweifelt werden. Nicht nur, dass diese wie sich im weiteren zeigen wird, der (oftmals widerwilligen und fehlerhaften) Auslegung und Umsetzung durch die Nationalstaaten ausgesetzt ist, vielmehr kann diese deswegen nicht anhand rein europäischer Gesichtspunkte geschaffen werden, da sich die Nationalstaaten gerade der Implementierungsschwierigkeiten bewusst sind. Hinzuzufügen ist auch, dass sich, wie bereits angesprochen, die Geschlossene Gesellschaft infolge der starken Bindung von Kapital und unternehmerischer Entscheidung durch ein hohes Maß an nationaler Bindung auszeichnet. Diese nationalen Interessen in den Beratungen zur Angleichung der Rechte der Geschlossenen Gesellschaften außen vor zu lassen, erscheint schwer denkbar. Vielmehr ist davon auszugehen, dass das zuvor angeführte Szenario eintreten wird, dass die Richtlinie einen Pool aus 25 eingebrachten Einzelinteressen darstellen wird.

Anzumerken ist, dass die Verordnung schon bereits deswegen von solchen Schwierigkeiten befreit ist, dass diese keiner Umsetzung und Einfügung ins nationale Recht bedarf, sondern allgemein und unmittelbar gilt, sodass zumindest die Implementierungsschwierigkeiten nicht in gleichem Maße bestehen wie bei der Richtlinie. Wo aber die Implementierungs-

schwierigkeiten der Richtlinie in nationales Recht liegen und welche Auswirkungen dies auf die Angleichung des Rechts der Geschlossenen Gesellschaften hat, soll im Folgenden Gegenstand der Untersuchung sein.

III. Die Anschlussfähigkeit nationalen Rechts

1. Harmonisierung durch Richtlinien und die Frage der Verlaufsabhängigkeit

D.C. North hat Überlegungen angestellt, wie Entwicklungen in der Wissenschaft und Technik auf die Entwicklung von Wirtschaftssystemen übertragbar sind. *North* versucht anhand der so genannten „Verlaufsabhängigkeit“ zu erklären, warum Wirtschaftssysteme, die mit den gleichen Informationen ausgestattet sind, sich trotzdem unterschiedlich (effizient) entwickeln können.

Der Begriff der Verlaufsabhängigkeit stammt aus der Naturwissenschaft, insbesondere aus Untersuchungen zur Entwicklung der Technik. Es wurde untersucht, wie es dazu kommen konnte, dass sich ein allgemein gültiger Standard für die Anordnung der Buchstaben auf der Tastatur einer Schreibmaschine entwickelte. Erklärt wurde dieses Phänomen damit, dass sich eine Technik gegen eine alternative durchgesetzt hatte und dadurch nach einiger Zeit zum Standard wurde.³⁶³

Es wird bereits an der Darstellung dieses Beispiels deutlich, dass sich die Frage der Verlaufsabhängigkeit übertragen auf Rechts- und Wirtschaftssysteme an der Diskussion des Wettbewerbs der Systeme orientiert. Kann sich ein System, welches (durch den Markt) anerkannt ist, gegenüber einem anderen durchsetzen? Vorliegend wurde aber die Behandlung dieser Thematik bewusst in den Bereich der Ergreifung legislativer Maßnahmen auf europäischer Ebene verlegt, da sich die Frage, warum Richtlinien, die (trotz ihres Kompromisscharakters) gemeinsam und aufgrund gleicher Informationen als für ein europäisches System optimal angesehen wurden, nach erfolgter Umsetzung in den einzelnen Mitgliedsstaaten zu (qua-

³⁶³ *D.C. North*, S. 110f.

litativ) unterschiedlichen Ergebnissen führten. Es soll also die Frage behandelt werden, warum sich ein Standard, der sich durchgesetzt hat,³⁶⁴ trotzdem unterschiedlich entwickelt und sich aus diesem Grunde in der Umsetzung nicht durchsetzen kann.

North hat für den Begriff der Verlaufsabhängigkeit eine Definition aufgestellt, mittels welcher nicht nur wirtschaftswissenschaftlich sondern auch rechtstheoretisch gearbeitet werden kann:

„Verlaufsabhängigkeit: Die Auswirkungen unbedeutender Ereignisse und zufälliger Umstände können Lösungen herbeiführen, die sobald sie einmal überwiegen, einen ganz bestimmten Verlauf bewirken.“³⁶⁵

Warum bietet diese Definition eine gute Grundlage für die Beantwortung der Frage, wie sich durch Richtlinien gesetztes Recht in den Nationalstaaten entwickelt?

Interessanterweise verwendet *North* seine Überlegungen zur Verlaufsabhängigkeit zur Erklärung und Rechtfertigung eines Wettbewerbs der Systeme.³⁶⁶ Die Definition kann aber vielmehr auch herangezogen werden, um zum einen *North* bezüglich des Wettbewerbs der Systeme zu widerlegen, zum anderen aber auch um aufzuzeigen, dass die These gerade in Bezug auf das Rechtssetzungsinstrument der Richtlinie durch die Realität bestätigt wird.

Aufgestellt wird die These, dass sich aufgrund von Lernprozessen, Netzwerkexternalitäten, Test- und Ausprobierphasen, Bildung von Interessengruppen (Lobbys) über die Zeit ein produktiver oder unproduktiver Verlaufspfad³⁶⁷ entwickeln wird, welcher den weiteren Gang der Geschehnisse festlegt.³⁶⁸

³⁶⁴ So zumindest sollte man die Lösung des europäischen Gesetzgebers dem Grunde nach interpretieren.

³⁶⁵ *D.C. North*, S. 112.

³⁶⁶ So kommt *North* zu dem Schluss, dass steigende Erträge den Sieg einer Technik über eine andere zwangsläufig zur Folge haben, selbst wenn die obsiegende Technik auf lange Frist sich als weniger effizient herausstellt. Vgl. *D.C. North*, S. 111.

³⁶⁷ Aus dieser Feststellung stammt auch der mittlerweile vielfach verwandte Begriff der „Path Dependency“.

³⁶⁸ *D.C. North*, S. 117ff.

Bezogen auf den Wettbewerb der Systeme wurde bereits aufgezeigt, dass Rechts- und Wirtschaftsmodelle, obwohl der Markt diese mit steigenden Erträgen (in Form des Zuzugs und verstärkten Investitionen) belohnt, sich aufgrund nationaler Gegebenheiten und stark verwurzelter sozialer, politischer, rechtlicher und wirtschaftlicher Grundkonzeptionen nicht durchsetzen konnten.

Gleiches gilt für das Rechtssetzungsinstrument der Richtlinie. Die Folgen unterscheiden sich jedoch dadurch, dass im Wettbewerb der Systeme die Entscheidung bewusst getroffen wird, sich einem Wandel nicht oder doch anzuschließen und im Falle der Richtlinie, diese Entwicklung wie es *North* vorhersieht, einen eigenen Pfad einschlägt und sich verselbstständigt, was dazu führt, dass in Staaten mit gleichen Wirtschaftsmodellen und Problemen gleiche Regelungen zu anderen Ergebnissen führen.

Bereits in den Beratungen zum Erlass der Richtlinie setzt sich nicht das als effizienteste angesehene Modell durch, sondern das kompromissfähigste. Interessanterweise sind die Akteure mit allen erforderlichen Informationen ausgestattet, insbesondere mit den Informationen des Marktes, die eigentlich nach *North* dazu führen sollten, dass sich das ertragreichste Modell durchsetzt. In der Regelung überwiegen aber dann die Informationen, welche die Normgeber über ihre nationalen Gegebenheiten haben.

Der Fehler liegt in der Herangehensweise. Effizienzgedanken werden auf europäischer Ebene im Rahmen der Richtliniengesetzgebung nicht oder nur selten angestellt, vielmehr zählt allein das Ziel der Kompromissregelung. Die Gemeinschaft hat sich von einer Rechtsgemeinschaft zu einer Kompromissgemeinschaft entwickelt, und es ist nicht zu erwarten, dass durch die zehn neuen Mitglieder eine Umkehrung eintreten könnte.

Diese Kompromissregelungen begeben sich dann auf ihren (national vorgesehenen oder zumindest vorhersehbaren) Entwicklungspfad in die Rechts-, Wirtschafts- und Kultursysteme der Nationalstaaten.

Zu widersprechen ist *North* jedoch in der Formulierung, es seien „unbedeutende und zufällige Ereignisse“ die den Pfad vorzeichnen. Er wider-

spricht hier seinen an anderer Stelle aufgestellten Überlegungen zum Einfluss kultureller, politischer und wirtschaftlicher Gegebenheiten. Der Pfad ist nämlich das Ergebnis nicht zufälliger und unbedeutender, sondern historisch und kulturell überlieferter und gewachsener als Säulen des Gesellschaftsbildes angesehener nationaler Entwicklungen.

D.C. North trifft am Beginn seiner Beantwortung der Frage der Verlaufsabhängigkeit eine wegweisende Feststellung, wozu er sich eines Rückgriffs in die Anfänge der Evolutionsgeschichte bedient:

„Materiell unterschiedlich ausgestattet, mit unterschiedlichen menschlichen Fähigkeiten begabt und in unterschiedlichen Klimazonen standen Horden bzw. Stämme vor unterschiedlichen Problemen. Infolgedessen wurden für die allen gemeinsamen Überlebensprobleme unterschiedliche Lösungen entwickelt, einschließlich verschiedener Sprachen, Sitten, Traditionen und Tabus.“³⁶⁹

North hat im Rahmen wirtschaftswissenschaftlicher Untersuchungen beobachtet, dass der Eingang unterschiedlicher Regelungen³⁷⁰ in eine Gesellschaft dem Widerstand der kulturellen Gegebenheiten ausgesetzt sein kann und demzufolge die Gesellschaft in der Lage ist, diesen rechtlichen Veränderungen zu widerstehen.³⁷¹ Kultur definiert er in diesem Zusammenhang als „Übertragung von Wissen und Werten und anderen verhaltensrelevanten Faktoren vermittelt Lehre und Nachahmung von einer Generation auf die nächste.“³⁷²

North unterscheidet zwischen formgebundenen Regeln, wie zum Beispiel Verfassungsregelungen, förmlichen Gesetzen und Eigentumsrechten, die wirtschaftliche politische und rechtliche Regelungen aufstellen und formfreien Beschränkungen, „durch die Menschen ihre Beziehungen untereinander geregelt haben.“³⁷³

Eingangs seiner Untersuchungen stellt *North* die These auf, dass das Zusammenleben der Menschen durch Verhaltenskodizes, Sitten, Gebräuche

³⁶⁹ *D.C. North*, S. 109.

³⁷⁰ Bzw. die Veränderung der rechtlichen Stellung.

³⁷¹ *D.C. North*, S. 44, 56.

³⁷² Ebenda, S. 44.

³⁷³ Ebenda, S. 43.

und Konventionen bestimmt sei, die wiederum ihre Grundlagen in den formgebundenen Regelungen hätten.³⁷⁴

Die Verfassung wird als Ausdruck einer objektiven Wertordnung beschrieben. Diese Wertordnung haben sich die Menschen als Ausdruck der Ordnung ihres Zusammenlebens entwickelt. Von dieser Wertordnung wiederum gehen die formgebundenen Beschränkungen aus, die Ausdruck dieser sind. Konflikte entstehen also dann, wenn externe (so zum Beispiel durch europäische Rechtssetzung entstandene) Regelungen in ein nationales Rechtssystem Eingang finden und dieser von der Gesellschaft entwickelten (nationalen) Wertordnung widersprechen.

Weiterhin zu beachten ist aber nicht nur die Wertordnung als übergeordneter Rahmen³⁷⁵, sondern auch die Wirkung politischer und wirtschaftlicher Regelungen. Diese beeinflussen sich gegenseitig³⁷⁶ und finden schlussendlich Ausdruck in geschriebenen Regelungen. Es wäre also verfehlt, die Anschlussfähigkeit extern gesetzten Rechts nur danach zu beurteilen, ob diese sich in die nationalen Rechtsordnungen und -gebiete einfügen. Vielmehr ist es erforderlich, auch die dahinterstehenden wirtschaftlichen und politischen Grundkonzeptionen zu erforschen und auf ihre Verträglichkeit mit den externen Regelungen hin zu überprüfen.

Diese Interaktion zwischen sozialer und gesellschaftlicher Wertordnung, politischen und wirtschaftlichen Regeln soll im Folgenden anhand der Frage, ob eine Angleichung der nationalen Rechte betreffend die Geschlossenen Gesellschaften mittels einer Richtlinie zu befürworten ist, untersucht werden.

2. Die Richtlinie im nationalen Recht

Im Zusammenhang mit der Anbindung des Gesellschaftsrechtes an die übrigen Rechtsgebiete bietet es sich an, einen Exkurs in die rechtstheore-

³⁷⁴ Ebenda, S. 43.

³⁷⁵ Dieser Rahmen stellt eine Eingangskontrolle für die Vereinbarkeit mit gesellschaftlichen und sozialen Grundprinzipien dar. Die Kontrolle erfolgt meist über die Anwendung der Grundrechte und Verfassungsprinzipien.

³⁷⁶ *D.C. North*, S. 58.

tische Analyse der Rechtsharmonisierung auf europäischer Ebene zu unternehmen. Gerade unter dem Begriff der Verlaufsabhängigkeit wird die Frage diskutiert, ob sich nationale Rechtssysteme überhaupt harmonisieren lassen. Die Frage soll vorliegend nicht in dieser Breite behandelt werden, aber es erscheint sinnvoll, die Argumente für und gegen die Harmonisierung des nationalen Rechts anhand des Rechtssetzungsinstrumentes der Richtlinie auf die besondere Charakteristik der Geschlossenen Gesellschaft zu übertragen und zu erläutern, warum eine Angleichung im Wege der Richtliniensetzung es nicht vermag, diese Fragen zu beantworten und die Probleme zu lösen. Der Wettbewerb der Gesetzgeber stellt ein nationales Rechtssystem vor ähnliche Probleme wie eine europäische Richtlinie, die nationales Recht verändert bzw. angleicht. Es handelt sich hier um rein dogmatische und systematische Fragen: Wie verhält sich eine von außerhalb in das nationale Rechtssystem eingeführte Regelung (beispielsweise entstanden durch den Wettbewerb der Gesetzgeber oder durch einen europäischen Rechtssetzungsbefehl in Form der Richtlinie im nationalen Recht)?

Die Richtlinie (ob umgesetzt oder nicht) wirkt nach Ablauf der Umsetzungsfrist auf vielerlei Wegen im nationalen Recht. Zum einen über die Umsetzung selbst, aber auch und insbesondere durch die richtlinienkonforme Auslegung der durch die gemeinschaftliche Rechtssetzung betroffenen Rechtsgebiete durch Gerichte und Behörden.³⁷⁷

Zitscher formuliert in Bezug auf die Rechtsprechung des EuGH zutreffend, dass der EuGH Gemeinschaftsrecht in der Weise auslegt, dass er den Mitgliedstaaten vorgibt, wie sie ihr eigenes Recht zu verstehen haben.³⁷⁸

Diese Auffassung ist damit zu begründen, dass eine Richtlinie ihre Wirkung nicht losgelöst vom nationalen Recht in diesem entfaltet, sondern gerade wegen der durch den Rechtsanwendungsbefehl erzwungenen Einfügung, die angebundenen Rechtsgebiete auch im Sinne des Gemein-

³⁷⁷ *Zitscher*, *RabelsZ* 1996, S. 655.

³⁷⁸ *Ebenda*, S. 656.

schaftsrechts ausgelegt werden müssen, obwohl diese ursprünglich nicht in der Richtlinie erwähnt waren.

Teubner stellt die nachfolgende These auf, die sich am Beispiel der Geschlossenen Gesellschaft belegen lässt:

„Legal institutions cannot be easily moved from one context to another, like 'transfer' of a part from one machine to another. They need careful implementation and cultivation in the new environment. (...) Accordingly it comes down to the narrow alternative: repulsion or integration.“³⁷⁹

Zur Verdeutlichung kann hier die Spiegelbildtheorie angeführt werden. *Ewald* beschreibt das Recht als den Spiegel einer Sammlung von Kräften (sozialer, wirtschaftlicher, politischer oder sonstiger Art), die außerhalb des Rechtes liegen.³⁸⁰ Sicherlich sind diese Kräfte in einzelnen Regelungsmaterien stärker oder schwächer ausgeprägt, bei der Geschlossenen Gesellschaft ist aber eher ersteres anzunehmen. Diese Theorie wirkt bei der Umsetzung von Gemeinschaftsrecht in zwei Richtungen. Zum einen stellt die Richtlinie selbst einen Spiegel der rechtlichen, wirtschaftlichen, sozialen und politischen Prinzipien dar. Dieser Spiegel trifft aber bei Eingang in das mitgliedstaatliche Rechtssystem auf den Spiegel der bestehenden (anzupassenden) Rechtsordnungen. Man rufe sich das oben angeführte Richtlinienbeispiel betreffend die Geschlossene Gesellschaft ins Gedächtnis. Wenn die Richtlinie nun vorgibt, eine Rechtsangleichung müsse gemessen an den Prinzipien der Gemeinschaft erfolgen, dann bedeutet dies für das deutsche GmbH-Recht zum Beispiel in Bezug auf das Arbeitsrecht oder die Berücksichtigung anderer schutzwürdiger Interessen weniger ein Problem, als für das englische Company Law. In Deutschland strahlt, wie dargelegt, das Arbeitsrecht ohnehin in der Form in das Gesellschaftsrecht hinein, dass beispielsweise das Kündigungs-

³⁷⁹ *Teubner*, *The Modern Law Review* 1998, S. 12; vgl. auch S. 23f., 27: *Teubner* stellt die Gefahr der Ablehnung besonders für Normen des englischen und deutschen bzw. kontinentalen Rechts, die gegenseitig implementiert würden, fest. Siehe dazu auch: *Teubner*, *Soziale Systeme* 1999, S. 12, der eine doppelte Transformation, auf rechtlicher und auf wirtschaftlicher Seite für erforderlich hält, um eine Kompatibilität der Systeme zu erreichen.

³⁸⁰ *Ewald* in *The American Journal of Comparative Law* 1995, S. 491. (Mirror Theory)

schutzgesetz gemäß §§ 1, 23 KschG bereits ab einer Anzahl von 6 Mitarbeitern und einer Betriebszugehörigkeit von sechs Monaten Anwendung findet, das Betriebsverfassungsgesetz, sofern es sich um einen Betrieb mit mindestens fünf ständigen wahlberechtigten Arbeitnehmern handelt (§ 1 Absatz BetrVG). Das englische Recht kennt eine solche entsprechende Vorschrift nicht. Dies würde aber aufgrund der Vorgabe des Gemeinschaftsrechts einen hohen Standard für Arbeitnehmer zu schaffen, für die Angleichung des Company Law im Wege der Richtlinienumsetzung bedeuten, dass entsprechende Arbeitsschutzvorschriften erlassen werden müssten.³⁸¹ Dies wiederum stellt das gesamte Rechtssystem vor einen Umstrukturierungsprozess, der kaum zu bewältigen ist. Die Anwendung von Gemeinschaftsrecht in Form einer Richtlinie hat demnach eine „systemwidrige Beschneidung oder Ergänzung des Charakters der nationalen Rechtsinstitute zur Folge und bedarf daher einer erneuten Definition.“³⁸²

Nun gilt es noch einmal, darauf hinzuweisen, dass das englische und das deutsche Recht unterschiedliche wirtschaftliche Grundkonzeptionen aufweisen, die in der Form des Shareholder-Value und des Stakeholder-Value ihren Ausdruck finden. Exakt an diesem Punkt gilt es zu überlegen, welche Auswirkungen die Übertragung von Normen einer Wirtschaftskultur auf eine andere Wirtschaftskultur haben und damit verbunden, die Grundfrage, ob diese miteinander in Einklang gebracht werden können.³⁸³

Die Richtlinie³⁸⁴ nimmt aber auf diese Unterschiede keine Rücksicht, denn ihre Formulierung orientiert sich, was grundsätzlich zu begrüßen

³⁸¹ Momentan fehlen in Großbritannien gesetzliche verpflichtende Regelungen zum Arbeitnehmerschutz. Es besteht lediglich die Möglichkeit eines freiwilligen optionalen Mitbestimmungssystems. Vgl. hierzu: *Blaurock*, *ZeUP* 1998, S. 478.

³⁸² *Zitscher*, *RabelsZ* 1996, S. 658; so auch *Teubner*, *The Modern Law Review* 1998, S. 19, der zutreffend ausführt, dass die Norm selbst sich äußerlich zwar nicht verändert, durch die Einfügung in das nationale Recht diese aber doch eine Änderung ihres Charakters erfahre.

³⁸³ *Teubner*, *The Modern Law Review* 1998, S. 27.

³⁸⁴ Und ebenso der *EuGH* bei der Auslegung der Richtlinie, Vgl. *Zitscher*, *RabelsZ* 1996, S. 658f.

ist, an rein europarechtlichen Prinzipien, welche, wie bereits dargelegt, eher dem Bild des Stakeholder-Value, als dem des Shareholder-Value entsprechen.

Wenn nun also beispielsweise die Richtlinie eine Regelung enthält, die den nationalen Gesetzgeber verpflichtet, ein System des Kapitalstockes für die Geschlossenen Gesellschaften zu entwickeln, so widerspricht dies eindeutig dem britischen Verständnis von Wirtschafts- und Gesellschaftsrechtsgesetzgebung. Ebenso wäre es, wenn man oktroyieren würde die Ein-Euro GmbH zu schaffen und gleichfalls alle Jahresabschlüsse und Bilanzen zu veröffentlichen. Bezüglich der Reaktion des deutschen Gesetzgebers hierauf kann auf den oben angesprochenen Punkt im Rahmen des Wettbewerbs der Systeme verwiesen werden.³⁸⁵ Es ist bei der Implementierung einer Rechtsnorm eines Wirtschaftssystems in ein anderes Wirtschaftssystem eine charakterliche Änderung sowohl der rechtlichen als auch der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen zu beobachten. Finden externe rechtliche Regelungen Eingang in ein nationales Rechtssystem stellt sich immer die Frage der ökonomischen volkswirtschaftlichen Übersetzung der Vorschriften in das Wirtschaftssystem. Erforderlich ist es daher, wie oben bereits angesprochen, sowohl die rechtliche, als auch die wirtschaftliche Umgebung auf die neue Norm einzustimmen.³⁸⁶ Dies wiederum erzeugt Widerstand in den Nationalstaaten, stellt es doch ein Aufgeben tief verwurzelter Grundkonzeptionen dar.

Legrand ist der Auffassung eine Angleichung anglo-amerikanischen und kontinentalen Rechts sei aus diesen Gründen nicht möglich. Die jeweils diametral entgegengesetzten prägenden rechtlichen Mentalitäten, gesicherten Erkenntnisse und das grundlegende Verständnis von Recht basierend auf Geschichte und Kultur verhinderten dies.³⁸⁷

Es ist noch einmal darauf hinzuweisen, dass diese Problematiken im europäischen Gesellschaftsrecht in der Geschlossenen Gesellschaft in un-

³⁸⁵ Vgl. Überlegungen zur Reform des GmbH-Rechts, S. o., S. 99ff.

³⁸⁶ *Teubner*, Soziale Systeme 1999, S. 12.

³⁸⁷ *Pierre Legrand*, *The Modern Law Review* 1997, S. 47f.

gleich stärkerem Maße auftreten als im Recht der AG. Die Begründung liegt auch hier in der Kombination aus personalisierter und körperschaftlicher Struktur der GmbH und der Tatsache, dass die Aktiengesellschaft wegen ihrer Größe und Anonymität einem „Shareholder-Value“ Prinzip generell näher steht. Gerade aber der personalisierte Bestandteil der GmbH, also der Gesellschafter, der in der Regel auch zugleich Geschäftsführer und persönlich Haftender ist, die regelmäßige Unterkapitalisierung der GmbH und die sich daraus ergebende Gefährlichkeit der Gesellschaftsform für Dritte haben die Nationalstaaten vor die Wahl gestellt zu entscheiden, wer schützenswerter ist und damit ihrem Gesellschaftsrechtssystem eine wirtschaftliche Grundkonzeption verliehen.

Beschrieben wird hier nicht ein rein legislativer dogmatischer Prozess, sondern vielmehr eine sozioökonomische Ausrichtung eines Staates.

Diese sozioökonomische Ausrichtung ist das, was *Legrand* als tiefe Strukturen der Rechtskulturen³⁸⁸ und historisch einzigartig mit der Konsequenz des Nichtharmonisierbaren beschreibt.

Zuzustimmen ist diesen Thesen in Bezug auf die Richtlinie. Sie vermag es wegen der konfliktbeladenen Anbindung an die übrigen mittelbar betroffenen Rechtsgebiete nicht zu erreichen, diese festen Strukturen des nationalen Rechts aufzubrechen. Ob die gleiche Annahme auch für das Rechtssetzungsmodell der Verordnung gilt und ob dies auch für die Schaffung einer Europäischen Geschlossenen Gesellschaft mittels dieses Rechtssetzungsmittels angenommen werden kann, erfordert weitere Untersuchungen, darf aber bereits sofern dies eine generelle Annahme darstellt, an dieser Stelle bezweifelt werden.

Oben wurde in Bezug auf einen Wettbewerb der Systeme angesprochen, dass dieser nicht durch die unterschiedlichen Sprachen, Kulturen, Ausbildungen, politischen und gesellschaftlichen Vorstellungen verhindert werden kann, vielmehr gerade wegen des Zeitalters der Globalisierung bereits grenzüberschreitend stattfindet und sich in vielen Bereichen von

³⁸⁸ Vgl. hierzu auch *Teubner*, *The Modern Law Review* 1998, S. 14. Der Vollständigkeit halber müsste man die Rechtskultur um die Wirtschaftskultur ergänzen.

nationalen Gegebenheiten losgelöst entwickelt hat. Trotzdem wurde auch festgestellt, dass es weiterhin (kulturell und wirtschaftlich) tief verwurzelte Vorstellungen von Zusammenleben und wirtschaftlichem Treiben in der Gesellschaft gibt,³⁸⁹ die sich in dem Recht der Mitgliedstaaten wiederfinden und die nicht durch die Globalisierung aufgebrochen werden,³⁹⁰ sondern vielmehr gerade deswegen größeren gesellschaftlich begründeten Widerstand erzeugen und daher einer Rechtsangleichung im Wege stehen.³⁹¹

Wie oben angesprochen gilt dies besonders für das Recht der Geschlossenen Gesellschaften. Ob Markt oder Globalisierung, die Forderung der Gewerbetreibenden nach einer Ein-Euro-GmbH nach englischem Vorbild wird lauter³⁹². Der deutsche Gesetzgeber hält diese aus den oben angesprochenen Gründen und wahrscheinlich auch aus der ursprünglichen Idee der GmbH als sich abgrenzende Gesellschaftsform zur unseriösen englischen AG³⁹³ heraus, für nicht mit den deutschen Rechts- und Kulturvorstellungen für vereinbar. Wenn die Richtlinie nun an diesen Punkten ansetzt (ob gegensätzlich zum deutschen oder zum englischen Recht) führt dies gerade zu dem national nicht gewollten Kulturkonflikt, da, wie angesprochen, die Richtlinie als globales Regelungsinstrument für alle Mitgliedstaaten auf die einzelnen Rechts- und Kulturvorstellungen keine Rücksicht nehmen kann. Sofern *Timmermaans* die Ansicht vertritt, die Richtlinie lasse den Mitgliedstaaten die Freiheit, das vorgegebene Ergebnis in die nationale Rechtssystematik einzufügen und sei daher als

³⁸⁹ So auch *Teubner*, *Soziale Systeme* 1999, S. 16f., der die Ansicht vertritt, dass Wirtschaftsinstitutionen auch immer zugleich Anteil an einer „je spezifischen Rechtsgeschichte, Politikgeschichte Wissenschaftsgeschichte, Pädagogikgeschichte ihres Wirtschaftsraumes (haben) und deshalb kulturelle Besonderheiten aufweisen, die nur historisch aus den anderen Systemgeschichten erklärbar sind.“

³⁹⁰ Vgl. *Teubner*, *The Modern Law Review* 1998, S. 16, 18 f., welcher dieses Phänomen als „ties to the life of the nations“ bezeichnet und eine Differenzierung zwischen festen Bindungen und lockeren Bindungen an die Gesellschaft, die eine Harmonisierung verträglicher (nicht konfliktfrei) realisieren würden, vornimmt.

³⁹¹ Ebenda, S. 18ff.

³⁹² Ausgegangen werden soll hier von dem Leitbild des redlichen Gewerbetreibenden. Die Fälle des Missbrauchs der Ltd. durch ausländische Gewerbetreibende können im Rahmen dieser Bearbeitung keine Beachtung finden.

³⁹³ S. o., zur Diskussion über die Schaffung der GmbH, S. 10 ff. .

Rechtsangleichungsinstrument im Gesellschaftsrecht vorzugswürdig³⁹⁴, ist dieser Ansicht gerade in Bezug auf die Geschlossene Gesellschaft mit den oben angeführten Argumenten zu widersprechen. *Timmermaans* führt selbst an, dass die Richtlinien in der Praxis mitunter sehr detailliert sind. Es stellt sich daher die Frage, wie viel Ausgestaltungsfreiraum den Mitgliedstaaten tatsächlich noch verbleibt. Verkannt wird aber insbesondere auch die ökonomische Wirkung der Richtlinien und die angesprochenen Konflikte mit den sozioökonomischen Grundvorstellungen der Mitgliedstaaten. Darüber hinaus verkennt er, dass gerade wegen der rechtlichen und wirtschaftlichen Unterschiede im englischen und im kontinentalen Rechtsraum die Richtlinie schon bereits wegen ihrer Zielvorgaben, je nachdem welche wirtschaftliche Grundkonzeption sie verfolgt³⁹⁵, einen Fremdkörper im nationalen Recht darstellen kann.

In Bezug auf die Anbindung an das nationale Recht und die Konvergenz mit den wirtschafts- und sozialpolitischen Vorstellungen kann eine Angleichung des Rechts der Geschlossenen Gesellschaften in Europa mittels des Rechtssetzungsmittels der Richtlinie nicht zum Erfolg führen.³⁹⁶ Es bestehen hier zu viele national verwurzelte GmbH-spezifische Besonderheiten, wie der Drittschutz, die Kapitalerhaltungsvorschriften oder der Arbeitnehmerschutz im Allgemeinen. Insbesondere darf aber nicht vergessen werden, dass kein europarechtlich relevanter Gesellschaftstyp die divergierenden ökonomischen Grundkonzeptionen stärker zum Ausdruck bringt als die Geschlossene Gesellschaft. Die Aktiengesellschaft stellt eine von diesen Fragen in viel stärkerem Maße losgelöste Gesellschaftsform dar. Aus diesem Grunde ist es wohl zum Teil auch zu erklären, dass

³⁹⁴ Vgl. *Timmermaans*, *RabelsZ* 1984, S. 10.

³⁹⁵ Nach der hier vertretenen Auffassung im Zweifel das Prinzip des Stakeholder-Value.

³⁹⁶ Lehrreich ist die von *Kühling/Lieth*, *EuR* 2003, S. 386f. vertretene Auffassung, dass auf europäischer Ebene für das Rechtssetzungsinstrument der Richtlinie im Gegensatz zur Verordnung erst eine eigene Dogmatik geschaffen werden müsste, um eine konfliktlose Implementierung in das nationale Recht und besonders um einen einheitlichen Standard in den Mitgliedstaaten zu erreichen. Es zeigt sich an dieser Ansicht in Verbindung mit dem Spezialfall der Geschlossenen Gesellschaft und ihren Besonderheiten, dass die Richtlinie den ihr gestellten Harmonisierungsauftrag nicht erfüllen kann.

im Rahmen der Harmonisierung der Teilbereiche des Rechts der Aktiengesellschaften bzw. der Schaffung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) trotz anfänglicher und zwischenzeitlicher Schwierigkeiten ein Konsens erzielt werden konnte³⁹⁷.

3. Nicht grenzüberschreitend operierende Gesellschaften

Problematisch ist die Richtlinie aber auch noch aus einem anderen oben bereits angeführten Gesichtspunkt. Europarecht benötigt den grenzüberschreitenden Bezug. Dies hat zwangsläufig zur Folge dass, damit das Gemeinschaftsrecht auf die GmbH anwendbar sein kann, diese grenzüberschreitend tätig sein muss. Hier ergibt sich ein Standardkonflikt in Zusammenhang mit der Richtlinie. Über die Grenzen hinweg gilt das Gemeinschaftsrecht, für rein nationale Sachverhalte weiterhin nationales nicht angeglichenes Recht.³⁹⁸

Bezogen auf die GmbH hat dies das oben kritisierte GmbH-Recht des dualen Systems zur Folge. Solche Gewerbetreibende, die in der Rechtsform der Geschlossenen Gesellschaft tätig werden, wenden angeglichenes nationales Gemeinschaftsrecht an, die übrigen nicht grenzüberschreitend Tätigen nicht angeglichenes nationales Recht. Sofern die Richtlinie so detailliert wäre, dass sie nur einheitlich für alle Geschlossenen Gesellschaften gelten könnte, stünden die nicht grenzüberschreitend tätigen Gesellschaften vor dem Problem, die Gesellschaftsstruktur auf das neue System umzustellen, wodurch wiederum hohe Transformationskosten für diese entstehen würde, obwohl diese an einer Änderung der Rechtslage nicht interessiert waren. Dies wiederum führt zu einer Senkung der Wirtschaftsleistung aufgrund steigender Belastung der Gesellschaften. Dieses

³⁹⁷ Bezeichnenderweise stellte im Rahmen der Schaffung der SE die Frage der Mitbestimmung das größte Hindernis dar. Eine Einigung bezüglich des Instituts eines europäischen Betriebsrates konnte nur schwer und nach jahrelangen Debatten erzielt werden. Es ist also zu erkennen, dass auch hier die national stark verwurzelten Rechtsbereiche zu Konflikten führen. Es ist daher zu erwarten, dass das Konfliktpotenzial bezüglich der Angleichung des Rechts der Geschlossenen Gesellschaften aus den dargelegten Gründen ungleich höher ist.

³⁹⁸ *Zitscher*, *RabelsZ* 1996, S. 657.

Ergebnis kann in keiner Form erwünscht sein, führt es doch zu Rechtsunsicherheit und trägt aus den beschriebenen Gründen nicht zu einer Minderung der Transaktionskosten, sondern in Einzelfällen noch zu erhöhten Transformationskosten bei. Zu berücksichtigen ist hier wiederum, dass diese Diskussion in Bezug auf die Geschlossene Gesellschaft mehr als notwendig ist, denn nur diese hat den ambivalenten Charakter einer sowohl für grenzüberschreitend Tätige als auch für rein national tätige Gewerbetreibende in Frage kommenden Gesellschaftsform. Ein Problem, welches sich für die am internationalen Kapitalmarkt agierende AG wiederum nicht stellt.

Bereits an dieser Stelle ist demnach auch zu wiederholen, was bereits im Rahmen der Diskussion über einen Wettbewerb der Systeme zum Thema der Angleichung nationalen Rechts gesagt wurde.³⁹⁹ Eine reine Angleichung nationalen Rechts unter teilweiser Beibehaltung der nationalen Formen der Geschlossenen Gesellschaften kann die Öffnung des europäischen Wirtschaftsraumes für die in Geschlossenen Gesellschaften der Mitgliedstaaten Gewerbetreibenden nicht zur Folge haben. Favorisiert wird demzufolge bereits an dieser Stelle das Modell einer Europäischen Geschlossenen Gesellschaft.

Die Richtlinie ist daher aus zwei Gesichtspunkten heraus abzulehnen. Einmal aus Gründen der konfliktbeladenen Anbindung an das nationale Recht. Daneben ist diese aber auch qua Funktion und Ausgestaltung ungeeignet, eine Europäische Rechtsform zu schaffen, denn wie soll eine Ausgestaltung der Zielvorgabe einer supranationalen Gesellschaftsform durch die nationalen Gesetzgeber erreicht werden? Verbleibendes Rechtssetzungsmittel kann demnach nur die Verordnung sein.

4. Die Auslegungspraxis der nationalen Gerichte

Anzufügen ist im Anschluss an die besprochene Problematik der Anbindung an das nationale Recht noch die bereits kurz angeführte Frage der

³⁹⁹ Vgl. oben, S. 114ff.

Auslegung durch die Gerichte. Wie bereits angemerkt, unterliegen die nationalen Gerichte über Art. 10 EG der Pflicht der richtlinienkonformen Auslegung.

Die Unterschiede zwischen Common Law und kontinentalem Recht stellen auch die Grundlage der zu diskutierenden Fragen dar.

Die deutsche Rechtsprechung ist (mit Ausnahme des Bundesverfassungsgerichtes in Bezug auf das Nichtverfassungsrecht) an das geltende Recht gebunden. Eine Verwerfungskompetenz steht diesem nicht zu. Daher haben die Gerichte auch in den engen Grenzen des Willens des Gesetzgebers zu entscheiden. Zu begründen ist dies mit der positivistischen Auslegung des deutschen Rechts.⁴⁰⁰ Das geschriebene Recht ist leitender Parameter für Rechtsprechung (und Verwaltung), diese sind gemäß Art. 20 III GG an Recht und Gesetz gebunden.

Im Common Law hingegen gilt der Grundsatz der „doctrine of stare decisis“, der Bindung an Präjudizien.⁴⁰¹ Im Einzelnen bedeutet dies, die Gerichte, insbesondere das „House of Lords“, der oberste Gerichtshof, sind nicht nur Rechtssprechungsinstanz, sondern im Falle fehlender Gesetzgebung auch Gesetzgeber im konkreten Falle. Diese Gesetzgebung erfolgt durch die Schaffung von Präzedenzfällen („Rule“)⁴⁰², die wiederum solange Geltung haben, bis entweder eine gesetzliche Regelung erfolgt, (hier gilt der Grundsatz der „Parliamentary Supremacy“, der Herrschaft des Parlaments) oder bis die Rechtsprechung wiederum durch den obersten Gerichtshof aufgrund veränderter Verhältnisse im Wirtschafts- und Gesellschaftssystem ein neues Grundsatzurteil aufstellt (System des „OVERRULING“).

Bezogen auf die Geschlossene Gesellschaft ergeben sich hier wiederum Probleme im Rahmen der nicht grenzüberschreitend tätigen Gesellschaften. Sofern die Geschlossenen Gesellschaften grenzüberschreitend tätig sind, besteht für die Gerichte eine Bindung an die gemeinschaftsrechtli-

⁴⁰⁰ Kühling/Lieth, EuR 2003, S. 374, die sich aber nur auf Legislative und Exekutive beziehen.

⁴⁰¹ Ebenda, S. 371.

⁴⁰² Ebenda, S.382f.

chen Prinzipien, Rechtsprechung des EuGH und die Zielvorgabe der Richtlinie. Ansonsten gelten aber nationales Recht und nationale Rechtsprinzipien und damit einhergehend im deutschen Recht die Bindung an nationale Gesetze und Stakeholder-Value und im englischen Recht an das Prinzip des Shareholder-Value. Man hätte in diesem Falle eine vollkommen inkongruente Rechtsprechung, insbesondere in England. Nationale Sachverhalte gemessen am Prinzip der Gewinnmaximierung, grenzüberschreitende Sachverhalte würden am Prinzip des Schutzes aller Interessengruppen entschieden. Man stelle sich nun vor, dass der bisher rein national Gewerbetreibende sich entscheidet, nun mit seiner Ltd. in Deutschland Handel zu treiben. Die bisher für ihn bekannte und gewohnte Rechtsprechung kann er dann mit einiger Sicherheit für das Archiv bereitstellen. Was bleibt, ist die Einholung kostenintensiven Rechtsrates um sich mit dem nun europäischen Gesellschaftsrecht und den nicht gebotenen oder jetzt gebotenen Verhaltensweisen vertraut zu machen. Es entstehen also zunächst wieder Transaktionskosten.

D.C. North hat es in Bezug die Gefährlichkeit des Common Law zutreffend formuliert: Ein auf Rechtsprechung und Präzedenzfällen aufgebautes System ist solange als flexibel und an den Bedürfnissen der Gesellschaft und des Marktes orientiertes Institut zu befürworten, solange die das Recht auslegenden Richter zum einen über vollständige umfassende Informationen verfügen, und sich anhand konsensualen allgemein gültigen Prinzipien orientieren. Wenn dies allerdings nicht der Fall ist, und aufgrund unvollständiger Informationen und „subjektiv und ideologisch gefärbten Vorstellungen davon, wie die Welt beschaffen sein sollte“ entschieden wird,⁴⁰³ dann entstehen unterschiedliches Recht, fehlende Rechtssicherheit und nicht zu beziffernde Transaktionskosten, die wiederum nicht zur Akzeptanz einer Gesellschaft als Mittel grenzüberschreitenden Handels führen.

⁴⁰³ *D.C. North*, S. 114f. So auch *Kötz*, *RabelsZ* 1986, S. 8, Erfahrungen aus Frankreich anführend.

Zu beachten ist aber weiterhin, dass zwar im Falle grenzüberschreitender Tätigkeit Gericht und Verwaltung eine Auslegung orientiert an den europäischen Prämissen vorzunehmen haben, diese Auslegung erfolgt aber, ob gewollt oder ungewollt, nicht immer in gewünschtem Maße.⁴⁰⁴ Dies kann zum einen mit gelernten und festgefahrenen nationalen wirtschaftlichen, kulturellen und politischen Überzeugungen und dem Verhältnis zur Rechtsprechung des EuGH⁴⁰⁵, zum anderen aber auch mit einer fehlenden Befassung und daraus resultierender Nicht- oder Fehlanwendung des ordnungsgemäß umgesetzten Gemeinschaftsrechts begründet werden.⁴⁰⁶ Die infolge der Freiheit der Umsetzung durch den Gesetzgeber den Gerichten und der Verwaltung sich vermeintlich ergebenden Interpretationsmöglichkeiten der umgesetzten Richtlinienregelung gefährden und verhindern somit nicht nur in Bezug auf nicht grenzüberschreitende Sachverhalte, sondern auch in Bezug auf grenzüberschreitende Sachverhalte eine durch Auslegung zu erreichende Rechtsvereinheitlichung. Es wird in Zusammenhang mit der Frage der Rechtsprechung noch zu klären sein, ob die Judikatur betreffend eine supranationale Europäische Geschlossene Gesellschaft nicht generell den nationalen Gerichten entzogen und durch den EuGH, einen einzurichtenden Gesellschaftsrechtssenat des EuGH oder einen zu schaffenden Europäischen Gesellschaftsrechtsgerichtshof vorgenommen werden sollte. Dies wird, wie bereits angesprochen im Rahmen der Vorstellung eines Modells der Schaffung einer Europäischen Geschlossenen Gesellschaft zu diskutieren sein. Im Ergebnis ist dann eine Verstärkung des Dualen Systems der Geschlossenen Gesellschaften erreicht, die den Wechsel zu grenzüberschreitendem Handel erschwert. Dieses ist aber nachdrücklich nicht gewünscht, denn eine kodifizierte Regelung erfordert eine kongruente Rechtsprechung um Rechtssicherheit zu schaffen und Konflikte dauerhaft lösen zu

⁴⁰⁴ Karoff, *RabelsZ* 1984, S. 697, 706.

⁴⁰⁵ Ebenda, S. 709f.

⁴⁰⁶ Vgl. Behrens, *RabelsZ* 1986, S. 27; Kötz, *RabelsZ* 1986, S. 6.

können.⁴⁰⁷ Demzufolge ist auch aus diesem Grund die Richtlinie abzulehnen.

5. Die Richtlinie – Insellösung⁴⁰⁸ statt Gesamtkonzept

Ungeachtet der Ablehnung der Richtlinie zum Zwecke der Schaffung einer Europäischen Geschlossenen Gesellschaft, soll im Rahmen dieses Bearbeitungspunktes auf eine weitere Frage, die sich im Zusammenhang mit dem Rechtssetzungsinstrument der Richtlinie und im Anschluss an die gerade aufgestellten Thesen stellt, eingegangen werden: Die Reichweite der Harmonisierung durch die Richtlinie. Am Anfang der Bearbeitung der Frage eines europäischen Systems der Geschlossenen Gesellschaften in Europa stand die Darstellung des momentanen Standes europäischer Rechtsangleichungsmaßnahmen in Bezug auf die Geschlossene Gesellschaft.

Die einzelnen Regelungsbereiche hatten im Wesentlichen ein Ziel vor Augen: Umfassende Bilanz- und Offenlegungsvorschriften zu schaffen. Unabhängig von der Anwendbarkeit dieser Richtlinien auf die GmbH⁴⁰⁹, haben diese Richtlinien doch wenig zur Angleichung der Struktur- und Organisationsvorschriften der Gesellschaften beigetragen. Dies ist auch nicht weiter verwunderlich und mit der Tatsache zu begründen, dass sich die Gemeinschaft eines bestimmten Zieles annimmt (z. B. dem Schutz von Minderheiten im europäischen Wirtschaftsverkehr), zu diesem Ziel die passende Ermächtigungsgrundlage ermittelt und basierend auf dieser Rechtsgrundlage eine Richtlinie erlässt, die nur einen Teilbereich, eine so genannte Insel regelt.⁴¹⁰ Die Richtlinie schafft Bausteine im nationalen Recht, vermag aber kein vollständiges Gebilde zu schaffen.⁴¹¹

⁴⁰⁷ Kühling/Lieth, EuR 2003, S. 386.

⁴⁰⁸ Im Englischen wird auch der Begriff „piecemeal legislation“ verwandt. Vgl. hierzu Götz, NJW 1992, S. 1850.

⁴⁰⁹ Diese Frage wurde bereits oben ausführlich behandelt (s. o., S. 37ff.).

⁴¹⁰ Rittner, in FS-Mestmäcker, S. 455.

⁴¹¹ Smits, Maastricht Journal of European and Comparative Law, S. 329.

Eine solche Inzellösung kann aber nicht Ziel eines Rechtssetzungsvorhabens bezüglich der Geschlossenen Gesellschaft sein, hat es doch zur Folge, dass weiterhin im übrigen nationales Recht neben europäischem Gemeinschaftsrecht anwendbar bleibt und eine europäische Rechtsform, in Form der angeglichenen GmbH-Rechte der Mitgliedstaaten oder einer supranationalen Gesellschaftsform nicht erreicht wird.

Das Ziel gibt den Weg vor. Dieses Ziel besteht darin, die Rechtsunterschiede zwischen den Mitgliedstaaten als Wettbewerbsfaktor zu beseitigen und eine Rechtsform zu schaffen, die für kleinere und mittlere Gewerbetreibende und für Fremdkapitalgeber transaktions- und transformationskostentechnisch attraktiv genug ist, grenzüberschreitend tätig zu werden. Dies wird aber nicht allein dadurch erreicht, dass alle GmbH – Gewerbetreibenden auf gleichem Wege ihre Bilanzen offen legen. Was sich zuerst angleichen muss, sind Struktur und Organisation. Hier beginnt die Gesellschaftsform, am Ende erst steht schon rein begrifflich die Bilanzierung. *Rittner* hat in Bezug auf ein europäisches Gesetzbuch prägnant formuliert: Ein Binnenmarkt ohne Grenzen besteht, „wenn der X seine Rechte in Catania, Toulouse oder Toledo genauso effizient geltend machen kann wie in Landshut oder Lörrach.“⁴¹²

Gleiches gilt für ein europäisches System der Geschlossenen Gesellschaften. Der X in Lörrach muss wissen, wie sein Geschäftspartner, der Gesellschafter einer Geschlossenen Gesellschaft in Toledo ist, seine Gesellschaft strukturiert und organisiert hat. Nur dann fallen die Rechtsunsicherheiten weg und die Münchner Bank, sofern in einem zweiten Schritt auch die Risiken für Dritte harmonisiert sind, kann auch der Geschlossenen Gesellschaft in Barcelona ein Darlehen gewähren, ohne auf kostenintensive Rechtsberatung angewiesen zu sein oder sonstige Transaktionskosten aufwenden zu müssen.

Der Weg zum Ziel muss den Namen Gesamtkonzept tragen und der Idee einer Inzellösung und folglich einer Angleichung nationalen Rechts unter

⁴¹² *Rittner*, in FS-Mestmäcker, S. 453.

alleiniger Beibehaltung der nationalen Geschlossenen Gesellschaften eine Absage erteilen. Nur so sind die angesprochenen Ziele auch zu verwirklichen. Eine Richtlinie vermag diese Gesamtkonzeption aus den angesprochenen Gründen nicht zu schaffen. Sie schafft vereinzelte Insellösungen, die sich dogmatisch nicht zu einem Ganzen verbinden und sich auch nicht nahtlos in die Gesamtheit der Rechtsgebiete einfügen.⁴¹³ Sie ist daher auch aus diesem Grund als Rechtssetzungsmittel für ein System der Geschlossenen Gesellschaften in Europa abzulehnen.

IV. Abschließende Stellungnahme

Die vorangegangenen Untersuchungen haben aufgezeigt, dass eine Angleichung der nationalen Rechte der Geschlossenen Gesellschaften nicht die gewünschte Reduktion der Transaktions- und Transformationskosten erreichen kann, und daher der Akzeptanzgrad kleiner und mittlerer Gewerbetreibender den Weg über die Grenze mit der (dann angeglichenen) GmbH zu beschreiten aller Voraussicht nach gering wäre.

Die Ablehnung der Angleichung der nationalen Rechtssysteme und die Ablehnung der Richtlinie haben mehrere Gründe.

Zunächst ist bereits an den Beratungen anzusetzen. Die Richtlinie hat wegen ihrer bekannten Anpassungsschwierigkeiten an das nationale Recht bereits in der Beratung einen Kompromisscharakter erreicht, der die Effizienzkriterien des Marktes nicht erfüllen kann. Die verabschiedete Richtlinie soll der Angleichung der nationalen Rechtssysteme dienen, beinhaltet aber die Rechtsunterschiede der nunmehr 25 Mitgliedstaaten. Das Resultat ist eine von neutraler Rhetorik geleitete beabsichtigte Diskussion, die zu einer Regelung der wertenden Rhetorik führt. Die Ziele, den Erhalt und die Funktionsfähigkeit des gemeinsamen Marktes zu erreichen und verbessern, gerät hierbei aus dem Blickfeld.

Die nationalen Interessen finden dann, gebündelt in einer europäischen Richtlinie, Eingang in den Pfad der nationalen Rechtssysteme, wo sie

⁴¹³ *Rittner*, in FS-Mestmäcker, S. 455f.

sich verselbständigen und ihren Lauf nehmen. Die Richtlinie, geprägt von europäischen (und nationalen) Stakeholder-Value-Gedanken, trifft in Großbritannien auf ein System des Shareholder-Value; sofern beispielsweise Arbeitsschutzrechte gestaltet werden müssen, bedeutet dies einen Umstrukturierungsprozess für das gesamte Gesellschaftsrechtssystem, welcher sich aber wiederum möglicherweise nicht mit den dort vorhandenen politischen, wirtschaftlichen und sozialen Grundvorstellungen verträgt. In Deutschland entstünde der gleiche Konflikt, wenn auferlegt würde, das System des Kapitalstocks zugunsten einer verstärkten Offenlegungspflicht und staatlichen Kontrolle zu aufzugeben und/ oder zu verändern. Weiterhin bleibt das Problem der Umsetzung durch Gerichte und Behörden. Unzureichende Informationen, Wertvorstellungen, politische Ausrichtung und fehlende europarechtliche Kenntnisse führen zur Auslegung nach bekannten nationalen Mustern, was wiederum zu einer richtlinien- und zielkonträren Auslegung und damit zu Rechtsunsicherheit und erhöhten Transaktionskosten führt. Man mag sich an die Diskussion im Rahmen des Wettbewerbs der Systeme erinnern fühlen. Dies ist damit begründet, dass der Wettbewerb im inneren der nationalen Rechtssysteme weitergeführt wird, aber nicht gegen andere nationale Systeme, sondern gegen das europäische Kompromissystem, welches die Staaten bzw. die im Rat vereinigten Minister selbst geschaffen haben.

Diese Konflikte im Rahmen der Umsetzung und Eingliederung der Richtlinie treffen dann auf Regelungen die solche GmbH-Gewerbetreibende betreffen, die einen grenzüberschreitenden Handel nicht anstreben. Das Resultat wäre eine für grenzüberschreitend Tätige inkongruente Rechtslage und eine Parallelrechtslage für nicht grenzüberschreitend Tätige. Die Konfusion für solche, die dann die Überlegung anstellen einen grenzüberschreitenden Handel zu versuchen kann man sich vor Augen führen. Abschließend vermag die Richtlinie nur eine Angleichung in Teilbereichen, auf Inseln, zu erreichen, eine Gesamtlösung oder Komplettangleichung ist mittels des Rechtssetzungsmittels der Richtlinie nicht zu errei-

chen, dies verhindert die detaillierte Zielformulierung des Richtlinienauftrages.

Zusammenfassend formuliert: Die Angleichung der nationalen Rechte der Geschlossenen Gesellschaften vermag nicht die nationalen rechtlichen, wirtschaftlichen, politischen und sozialpolitischen Hürden zu überwinden.

Kapitel 10: Die Schaffung einer supranationalen europäischen Geschlossenen Gesellschaft mittels Erlass einer Verordnung

A. Einführung

Erforderlich ist es, ein neues europäisches System der Geschlossenen Gesellschaft zu schaffen, welches sich ausschließlich an solche richtet, die ihr Gewerbe auf einen grenzüberschreitenden Handel ausrichten. Dies kann nur eine supranationale, eine Europäische Geschlossene Gesellschaft (EPG) erreichen. Umzusetzen ist eine solche europäische Gesellschaftsform aber ausschließlich mit dem Rechtsetzungsmittel der Verordnung. Nur diese kann das angestrebte Gesamtkonzept hinsichtlich Struktur, Organisation, Abwicklung und Drittschutz schaffen. Diese Verordnung muss in ihrer Ausgestaltung ebenfalls europäisch, das heißt losgelöst vom nationalen Recht und ohne Anbindung an die nationalen Formen der Geschlossenen Gesellschaften erfolgen. Die völlige Unabhängigkeit vom nationalen Recht verhindert Eingliederungsmaßnahmen und -konflikte, schafft wegen ihrer Allgemeingleichheit Rechtssicherheit und vermindert infolgedessen die für Investoren (insbesondere Fremdkapitalgeber) entscheidungsweisenden Transaktionskosten.

Im Folgenden soll die Verordnung im Zusammenhang mit der Schaffung der EPG hinsichtlich ihrer Wirkungsweise im einzelnen untersucht werden. Im Wesentlichen soll dies anhand der Kritikpunkte der Richtlinie erfolgen. Richtlinie und Verordnung sollen ein letztes Mal gegenüber gestellt werden und abschließend untersucht werden, ob die Verordnung es vermag, die im Rahmen der Richtlinienbehandlung aufgeworfenen Fragen zufrieden stellend zu beantworten. Aufgrund der Vorentscheidung zugunsten einer supranationalen Europäischen Gesellschaftsform wird dass Rechtsetzungsmittel der Verordnung auch nur in Bezug auf ein solches Vorhaben behandelt werden. Die Angleichung der nationalen Systeme der Geschlossenen Gesellschaften wird in der weiteren Bearbeitung keine Beachtung mehr finden.

B. Das Rechtsetzungsmittel der Verordnung

Die Verordnung gemäß § 249 I EG ist vergleichbar mit dem Gesetz, wirkt sie doch in all ihren Bestandteilen allgemein und unmittelbar. Einen Umsetzungsspielraum haben die Mitgliedstaaten hier gerade nicht, nicht einmal eine wiederholende wortlautgleiche nationale gesetzliche Regelung ist zulässig.⁴¹⁴

Die allgemeine Geltung einer Verordnung hat zur Folge, dass bestimmte Sachverhalte für alle Mitgliedstaaten und die betroffenen Personengruppen allgemein und abstrakt in ihren Rechtswirkungen gültig sind.⁴¹⁵

Die Verordnung ist in all ihren Teilen verbindlich. Hierdurch wird eine rechtliche Gehorsamspflicht und eine rechtliche Berufungsmöglichkeit normiert. Pflichten und Rechte richten sich hier wiederum sowohl an die Mitgliedstaaten als auch an die Bürger.⁴¹⁶

Abschließend gilt die Verordnung unmittelbar, im Gegensatz zur Richtlinie bedarf es also keines entsprechenden nationalen Umsetzungsaktes durch die Mitgliedstaaten, bzw. eines entsprechenden Bekanntgabeaktes.⁴¹⁷

C. Die Verordnung und die Europäische Private Gesellschaft

Die Europäische Private Gesellschaft stellt eine zu schaffende supranationale Rechtsform dar, die auf rein europarechtlichen Prinzipien beruht, und die sich an solche Gewerbetreibende richten soll, die in Form der kleinen und mittleren Unternehmen eine grenzüberschreitende wirtschaftliche Tätigkeit ausüben suchen.

Die Verordnung bietet durch ihren Charakter den Vorteil, dass eine Anbindung an das nationale Recht nicht erforderlich ist. Voraussetzung hierfür ist grundsätzlich, dass vergleichbare Systeme vorhanden sind. Unter

⁴¹⁴ *Rengeling*, DVbl 1995, S. 948.

⁴¹⁵ *Schmidt* in Von der Groeben/Schwarze, Band 4, Art. 249 EG, Rn. 29.

⁴¹⁶ *Ebenda*, Band 4, Art. 249 EG, Rn. 30.

⁴¹⁷ *Schmidt* in Von der Groeben/Schwarze, Band 4, Art. 249 EG, Rn. 31.

den vergleichbaren Systemen ist hier zu verstehen, dass die grundsätzlichen Gegebenheiten in den Mitgliedstaaten sich nicht derart unterscheiden, dass eine Harmonisierung auch durch eine Verordnung nicht möglich erscheint. Wie bereits angesprochen, ist eine vergleichbare System-situation dadurch gegeben, dass die Gesellschaftsform kleineren und mittleren Unternehme(r)n offen stehen soll, die eine grenzüberschreitende wirtschaftliche Tätigkeit in einer Rechtsform mit beschränkter Haftung beabsichtigen. Die Systeminkongruenzen in den Mitgliedstaaten können wegen der Supranationalität der Gesellschaft und ihrer fehlenden Anbin-dung an nationales Recht nicht entstehen. Die Gefahr bestünde nur dort, wo in Einzelbereichen nationales Recht weiterhin gelten würde, und durch die nationalen Unterschiede in der Behandlung der Europäischen Gesellschaft wiederum zu Systembrüchen führen würde. Es muss hinzu-gefügt werden, dass der Ausschluss aller Rechtsbereiche nicht möglich sein wird. Hierdurch, insbesondere in Fragen der steuerrechtlichen Be-handlung, würde sich die Europäische Gemeinschaft einen Regelungs-rahmen setzen, der dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung wi-derspräche. Ähnlich der SE muss die Verordnung aber die Grundstruktu-ren der EPG regeln. Diese sind:

1. Gründung, Struktur, Organisation und Auflösung der Ge-sellschaft
2. Kapitalerhaltung und (beschränkte) Haftung
3. Mitbestimmung und Arbeitnehmerschutz
4. Bilanzierung, Buchführung und Rechnungslegung
5. Rechte Dritter (Vertragspartner, Fremdkapitalgeber etc.)
6. Behandlung sonstiger relevanter Interessen (Umwelt-schutz, Sozialgesetzgebungsgesichtspunkte etc.)
7. Behandlung von Rechtsstreitigkeiten (Rechtsprechung)

Die Verordnung muss alle Rechtsbereiche behandeln, die in den Bereich der ausschließlichen Zuständigkeit fallen. Bezüglich der konkurrierenden Rechtszuständigkeiten wird eine Analyse darüber vorzunehmen sein, in

wieweit sich die Rechtslage in den Mitgliedstaaten unterscheidet. Ziel muss es sein, auch hier eine Rechtsharmonisierung zu erreichen.

Abzulehnen ist die Spaltung in Verordnung und Richtlinie, wie sie bei der SE erfolgt ist. Eine solche belässt den Mitgliedstaaten wiederum einen zu großen Umsetzungsspielraum, stellt diese darüber hinaus vor die zuvor behandelten Probleme der Richtlinienumsetzung und führt zu Systembrüchen, was wiederum zu Transaktions- und Transformationskosten, fehlender Rechtssicherheit, fehlendem Vertrauen und unzureichender Akzeptanz führt.

Die Verordnung darf darüber hinaus einen Verweis auf bestehende Richtlinien und aktienrechtliche Vorschriften, insbesondere das Statut der SE nur dort vornehmen, wo eine Anwendbarkeit möglich ist. Neue Regelungen, auch in Fragen der Bilanzierung und Offenlegung müssten hingegen dort geschaffen werden, wo dies aufgrund der Eigenart der Geschlossenen Gesellschaft erforderlich ist. Wichtig ist auch hier wiederum, dass diese Regelungen in dem Statut enthalten sind, und nicht als Nebenvorschriften zu diesem erlassen werden. Sprachlich muss die Verordnung neutral, das heißt an den Zielen und Prinzipien des Gemeinschaftsvertrages und den sonstigen speziellen Fragen betreffend die Geschlossene Gesellschaft orientiert sein. Ein Bezug auf ein nationales System sollte nach Möglichkeit vermieden werden, da dieses wiederum zu verminderter Akzeptanz und möglichen Systembrüchen führt.

Abschließend ist es erforderlich, dass das Statut nur die Grundzüge der oben angesprochenen Regelungsbereiche normiert, im Übrigen sich aber an dem Prinzip der Vertragsfreiheit und der Satzungshoheit der Gesellschafter orientiert. Die Verordnung sollte so ausgestaltet sein, dass sie den bereits angesprochenen Metarahmen schafft, also Mitgliedstaaten und vor allem den Marktteilnehmern die Möglichkeiten und Grenzen ihres Handelns aufzeigt, ohne den erforderlichen Ausgestaltungsspielraum

der handelnden Akteure selbst in nicht gebotenen Maße zu beschränken.⁴¹⁸

⁴¹⁸ Vgl. auch Machbarkeitsstudie über ein europäisches Statut für KMU, S. 14f., welche hinsichtlich der Grundkonzeption der KMU in eine ähnliche Richtung tendiert, um eine möglichst weit gehende Akzeptanz zu erreichen.

Kapitel 11: Handelnde Akteure zur Ausgestaltung der Europäischen Privaten Gesellschaft

Es stellt sich ebenfalls die Frage, wem die Entwicklung einer supranationalen Gesellschaftsform insbesondere eines EPG-Statuts überlassen sein sollte. Einige Autoren haben sich mit den Problemen europäischer Privatrechtssetzung auseinander gesetzt und sind zu dem Ergebnis gelangt, ein beratender wissenschaftlicher Ausschuss (ohne Entscheidungsmöglichkeit – diese obliegt den jeweiligen politischen Organen) könnte die Qualität der Rechtssetzungsakte verbessern.⁴¹⁹

Zur Einsetzung eines solchen beratenden wissenschaftlichen Ausschusses ist die Kommission aufgrund ihrer inneren Organisationsgewalt befugt.⁴²⁰ Einer solchen Idee kann nur Zustimmung entgegengebracht werden. Beschränkt sein sollte eine solche beratende Gruppe nicht lediglich auf Wissenschaftler, sondern diese sollte gerade im Bereich des Unternehmens- und Gesellschaftsrechtes alle betroffenen Personen und Gruppen enthalten, die im Sinne des Stakeholder-Value Prinzips von einer solchen Regelung betroffen sind. Ein solcher wissenschaftlicher Ausschuss, oder ein European Law Institute⁴²¹ könnte in gemeinsamen Beratungen die zu behandelnden und zu regelnden Fragen klären, gemeinsame Prinzipien entwickeln und darauf basierend ein Modell-Statut erarbeiten. Eine solche Vorgehensweise fördert die Berücksichtigung der relevanten Interessen, operiert losgelöst von politischen Machterhaltungsinteressen und fördert eine umfassende Akzeptanz und Rechtssicherheit. Beispielhaft für eine solche beratende Instanz kann die Lando-Kommission für „Principles of Contract Law“ angeführt werden. Angeführt werden kann aber auch die Frankfurter „Stiftung Marktwirtschaft“⁴²². Diese Stiftung, die sich als „Think Tank“ versteht, besteht aus fachkundigen Juristen, Ökonomen, Politikern und Unternehmensrepräsentanten und entwickelt in

⁴¹⁹ Kieninger/Leible, EuZW 1999, S. 37ff., Ebke in FS-Großfeld, S 189ff.

⁴²⁰ Kieninger/Leible, EuZW 1999, S. 39.

⁴²¹ Oder auch Think Tanks, wie solche beratenden Gruppen mitunter bezeichnet werden.

⁴²² Informationen unter: <http://www.frankfurter-institut.de>

einzelnen Politikbereichen (momentan insbesondere im Steuerrecht) in überparteilicher Arbeit Konzepte zur Lösung wirtschaftlicher und politischer Fragen und Probleme. Die überparteiliche Arbeitsweise zeigt, dass losgelöst von Machterhaltungsinteressen und Lobbypolitik anerkannte Ergebnisse produziert werden können, die sich an den Bedürfnissen der betroffenen Marktteilnehmer und Interessengruppen in ausgewogener Weise orientieren. Demgemäß sind auch die Ziele in neutraler Rhetorik formuliert: „(...) Die Kommission „Steuergesetzbuch“ (erarbeitet) unter dem Dach der Stiftung Marktwirtschaft ein schlüssiges Gesamtkonzept, das unser Steuersystem einfacher und klarer macht und zugleich auf die Herausforderung des internationalen und europäischen Wettbewerbs reagiert.“⁴²³

⁴²³ Vgl. <http://www.frankfurter-institut.de> („Projekt Steuern“)

Kapitel 12: Die Europäische Privatgesellschaft – Modell eines legislativen Aktionspfades

A. Einleitung

Wie bereits in der Einleitung angesprochen, war das Ziel dieser Arbeit nicht, ein Statut für die Europäische Privatgesellschaft zu entwickeln, sondern vielmehr die zwischenstaatlichen und europarechtlichen Probleme auf dem Weg zu einer solchen supranationalen Gesellschaftsform zu beschreiben, um Fehler, die in der Entscheidungsfindung zu einem Scheitern des Gesamtprojektes führen zu vermeiden. Es wurde mehrfach darauf hingewiesen, dass das Ziel den Weg vorgibt. Sowohl die EWIV als auch die SE leiden an Missverständnissen und Kompromissen, die sich nicht an dem Ziel orientiert haben. Der Erfolg der EPG ist maßgeblich davon abhängig, dass ein erfolgssichernder Aktionspfad beschritten wird, welcher sich an den Interessen aller Marktteilnehmer und den Zielen der Gemeinschaft orientiert und diesen Pfad nicht verlässt. Im Folgenden sollen noch einmal die zuvor erarbeiteten Ergebnisse zusammengefasst werden und abschließend einen solchen Aktionspfad schaffen. Die einzelnen Unterpunkte werden sich daher an den Wesentlichen organisatorischen und grundsätzlichen Fragen, die im Rahmen der Realisierung des Projekts einer supranationalen Gesellschaftsform wie der EPG auftreten, orientieren.

B. Sinn und Legitimation für die Schaffung einer EPG

Die wichtigste Frage, die sich am Anfang eines jeden Rechtssetzungsprojektes für die handelnden Akteure stellt, ist die Frage der Notwendigkeit. Für die europäischen Rechtssetzungsorgane stellt sich diese Frage umso mehr, als diese aufgrund des Subsidiaritätsprinzips gemäß Art. 5 EG nur dann handeln dürfen, wenn die Ziele des EG nicht auf andere Weise erreicht werden können.

Möglich wäre es, die Angleichung des Rechts der Geschlossenen Gesellschaften über den Wettbewerb der Gesetzgeber zu erreichen, wie es durch Art. 43, 48 EG eröffnet wird. Dies führt aber, wie dargelegt, speziell für die Geschlossenen Gesellschaften nicht zum gewünschten Erfolg.

Zunächst kann ein US-amerikanisches System des Wettbewerbs der Systeme nicht in gleichem Maße auf die Europäische Gemeinschaft übertragen werden. Weder sind gemeinsame Rechtsüberlieferungen, -traditionen, -grundsätze und -prinzipien vorhanden, noch eine gemeinsame Sprache oder Ausbildung. Dies führt dazu, dass die Beobachtungen in den Vereinigten Staaten für die Europäische Gemeinschaft nur begrenzt Bedeutung haben können. Gleiches gilt für die Diskussion über „race to the bottom“ und „race to the top“. Die Geschlossene Gesellschaft ist mit der Aktiengesellschaft nicht vergleichbar. Es gibt aufgrund der Kapitalmarktferne keine ausgleichenden Mechanismen, wie zum Beispiel das Absinken des Börsenkurses oder die Gefahr der feindlichen Übernahme. Vielmehr steht der Mitgliedstaat vor einer Entscheidung, entweder den Wettbewerb um die Investoren, also die kleinen und mittleren Gewerbetreibenden einzugehen und infolgedessen die Schutzrechte Dritter, im speziellen die Arbeitnehmer, Abnehmer, Vertragspartner und Fremdkapitalgeber zu reduzieren, oder sich diesem Wettbewerb zu verschließen und dafür die verminderte Attraktivität des Standortes in Kauf zu nehmen. Das Ergebnis der „singled out best rule“ wird in keinem Falle erreicht. Beide Ziele werden weder durch die Mitgliedstaaten noch die Gemeinschaft verfolgt. Ziel ist es vielmehr, eine gesamteuropäische Attraktivität des Binnen-Standortes bei gleichzeitiger Berücksichtigung der Interessen aller beteiligten Marktteilnehmer zu erreichen. Hinzukommend ist zu berücksichtigen, dass der Wettbewerb der Systeme dort seine Schranken findet, wo tief verwurzelte nationale kulturelle, politische und soziale Vorstellungen ihren Eingang in das Recht gefunden haben. Dies gilt insbesondere für das Arbeitsrecht, ist aber auch an der Zurückhaltung beispielsweise der deutschen Regierung an der Aufgabe der Mindestkapital-

vorschriften zugunsten einer verschärften Offenlegungspflicht zu erkennen. Hier stehen sich Shareholder-Value und Stakeholder-Value unvereinbar gegenüber.

Die Folge ist, dass eine Senkung der Transaktions- und Transformationskosten, Erreichung von Rechtssicherheit und Schaffung von Vertrauen aller beteiligten Marktteilnehmer in die Geschlossene Gesellschaft und die Mobilität der Waren, des Kapitals und der Akteure durch den Wettbewerb der Gesetzgeber nicht erreicht werden kann. Ein legislatives Handeln auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene ist daher erforderlich und folglich die Frage nach Sinn und Legitimation für eine Maßnahme betreffend die Geschlossene Gesellschaft auch nach Centros, Überseering und Inspire Art beantwortet.⁴²⁴ Rechtsgrundlage für ein legislatives Handeln ist aufgrund der Ablehnung der Art. 43, 48 EG die Vorschrift des Art. 95 EG, welcher die Möglichkeit einer Rechtsangleichung im Wege der Richtlinien- oder Verordnungsgesetzgebung eröffnet.

C. Richtlinie oder Verordnung – Gesamtlösung oder Inzellösung

Nach der Frage der grundsätzlichen Legitimation ist der Punkt des richtigen Rechtssetzungsmittels zu behandeln. Mit der Entscheidung zugunsten der Richtlinie oder der Verordnung ist auch die Entscheidung zugunsten einer Gesamtlösung oder einer Inzellösung getroffen.

Grundsätzlich kann unter einer Gesamtlösung nur das Recht der Geschlossenen Gesellschaften zu verstehen sein. Die Schaffung eines Europäischen Unternehmensrechtes in Form eines Gesellschaftsrechtsgesetzbuches ist abzulehnen. Zum einen sind hier die aufgrund der Nationalstaatenbildung entstandenen Unterschiede in Ausbildung, Sprache und Rechtssystemen, die wiederum in starkem Maße in das Privatrecht Ein-

⁴²⁴ Aus ökonomischer Sicht ist zu denselben Ergebnissen zu gelangen, denn ökonomisch ist ein Tätigwerden des Staates immer dann zu fordern, wenn das Ziel (hier der grenzüberschreitende Handel durch Geschlossene Gesellschaften) wegen der hohen Transaktionskosten durch den Markt allein nicht erreicht wird. So auch *Bernholz/Faber*, *RabelsZ* 1986, S. 44, sich an dem „Coase-Theorem“ orientierend, welches die Notwendigkeit staatlichen Handelns gegenüber einer Markt- und Verhandlungslösung von dem Vorhandensein von Transaktionskosten abhängig macht.

gang gefunden haben, nicht zu überwinden, zum anderen würde in diesem Falle auch das Recht der Personengesellschaften mit zu regeln sein. Diese wiederum sind aber wie keine andere Gesellschaftsform im nationalen Recht verwurzelt, umfassen sie doch auch die Verfolgung nicht wirtschaftlicher Ziele wie beispielsweise der Fahrgemeinschaft. Die Leistungsfähigkeit und der Kompetenzbereich der Gemeinschaft würde hierdurch bei weitem überschritten, sodass die Konzentration auf kleinere und mittlere Unternehmen und die Geschlossenen Gesellschaften vorzunehmen ist.

In der Frage, ob das Recht der Geschlossenen Gesellschaften mittels Richtlinie oder Verordnung anzugleichen ist, ist der Verordnung der Vorzug zu erteilen.

Zum einen kann die Richtlinie aufgrund ihres Charakters Einzelbereiche, Inseln, detailliert zu lösen, eine umfassende Regelung für das Recht der Geschlossenen Gesellschaften nicht erreichen. Es verbleiben weitere Regelungsbereiche, über die sich der betroffene Marktteilnehmer informieren muss. Hierdurch entstehen wiederum Transaktions- und Transformationskosten, die gerade verhindert werden sollen. Es muss aber Ziel einer Regelung sein, um eine uneingeschränkte Rechtssicherheit und ein uneingeschränktes Vertrauen in die Rechtsform zu erreichen, ein Gesamtkonstrukt zu schaffen. Darüber hinaus stellt die Richtlinie ein zu großes Kompromissergebnis dar. Rechtsvereinheitlichung kann durch diese nur scheinbar erreicht werden. Der Inhalt der Richtlinie trägt wiederum den Charakter verschiedener nationaler Rechts-, Politik-, und Wirtschaftsinteressen.

Schwerer wiegt aber die Frage der Einbindung in das nationale Recht. Der den Mitgliedstaaten belassene Umsetzungsspielraum führt dazu, dass die Rechtsunterschiede fragmentiert beibehalten werden. Gleichzeitig besteht die Gefahr, dass die Regelung einen Fremdkörper im nationalen Recht darstellt, sei es durch sprachliche Übersetzung, sei es durch fremde Prinzipien oder durch die fehlerhafte Umsetzung.

Die Geschlossene Gesellschaft unterscheidet sich in vielen Bereichen von der Offenen Gesellschaft, der Aktiengesellschaft. Wichtigster Unterschied ist aber mitunter deren Dualismus. Die Geschlossene Gesellschaft dient sowohl dazu, rein national wirtschaftlich zu handeln, als auch grenzüberschreitend tätig zu werden. Die Richtlinie kann aber nur solche Fälle regeln, die sich auf eine grenzüberschreitende Tätigkeit beziehen. Im Fall der umfassenden Regelung lasteten die Transformationskosten auf den Gewerbetreibenden, die keine grenzüberschreitende Tätigkeit wünschten. Bezieht sich die Regelung allerdings nur auf solche Tätigkeiten, die wiederum einen grenzüberschreitenden Charakter haben, stellt sich die Frage, welches Recht und welche Rechtsprechung anwendbar ist. Es entstehen also Systembrüche, die wiederum zu Rechtsunsicherheit und damit zu Kosten führen. Für den Mitgliedstaat ergibt sich außerdem das Problem der ökonomischen Übersetzung der Regelung. Gerade für das angelsächsische System, welches das Shareholder-Value Prinzip verfolgt, bedeutet eine Regelung, die sich am Stakeholder-Value Prinzip orientiert, möglicherweise einen vollständigen Systemwechsel, welcher umfassende Änderungen im politischen und wirtschaftlichen Gedankenprozess erfordert. Rechtssicherheit und Akzeptanz können hierdurch nur schwerlich erreicht werden.

Abschließend birgt die Gefahr der unterschiedlichen Auslegung durch Gerichte und Behörden aufgrund fehlender Kenntnisse oder überlieferten Rechtsvorstellungen und -prinzipien die Gefahr der Inkongruenz der Rechtsanwendung. Marktteilnehmer müssten sich wiederum zuerst über die Auslegung und Anwendung der Vorschriften in den einzelnen Mitgliedstaaten informieren.

Somit ist die Angleichung des Rechts der Geschlossenen Gesellschaften durch die Richtlinie abzulehnen. Zu wählen ist der Weg der Verordnungsrechtssetzung. Die Verordnung muss eine Regelung schaffen, die losgelöst vom nationalen Recht sich an den Prinzipien der Gemeinschaft und den Vorstellungen der Marktteilnehmer orientiert. Dies ist nur dann zu erreichen, wenn man von einer Angleichung der nationalen Systeme

der Geschlossenen Gesellschaften absieht und sich für die Schaffung einer supranationalen EPG entscheidet. Eine Anbindung an das nationale Recht soll nur da erfolgen, wo eine ausschließliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten gegeben ist, diese eine gemeinsame Regelung erreichen oder in jedem Fall das Vertrauen in die EPG durch nationales legislatives Handeln nicht gefährdet werden kann. Nur auf diesem Wege kann sich die EPG in allen Mitgliedstaaten gleich entwickeln und Probleme der Pfad- und Verlaufsabhängigkeit vermieden werden.

Die Verordnung muss darüber hinaus einen einheitlichen Normenkomplex begründen. Eine Spaltung in Verordnung und Richtlinie zur Regelung von Einzelbereichen (wie bei der SE geschehen), sowie Nebenvorschriften durch Richtlinien ist abzulehnen. Die Verordnung muss bezogen auf die wichtigsten Fragen der Geschlossenen Gesellschaft eine Rahmenregelung treffen, deren Ausgestaltung den Gesellschaftern mittels ihrer Satzungshoheit und den übrigen Vertragspartnern im Rahmen der Vertragsfreiheit obliegt. Die Verordnung selbst soll nur Regelungen treffen, um die Ziele zu erreichen, Ungerechtigkeiten zu vermeiden und Rechtseinheitlichkeit für alle in der Geschlossenen Gesellschaft organisierten, grenzüberschreitend wirtschaftlich Tätigen zu gewährleisten.

D. Die maßgeblichen Akteure bei der Entwicklung der EPG

Der Entscheidungsprozess selbst ist durch den EG vorgegeben. Die Verabschiedung eines EPG-Statuts erfolgt durch Rat, EP und Kommission. Vorliegend ist aber die Frage zu behandeln, wem die inhaltliche Ausgestaltung eines EPG-Statuts überlassen sein sollte. Akzeptanz kann im Wesentlichen nur dadurch erreicht werden, dass die Personen und Gruppen, die von einer solchen Gesellschaftsform betroffen, oder die Adressaten dieser sind, in die Ausgestaltung mit einbezogen werden. Die Schaffung der GmbH hat es gezeigt. Diese erfreut sich in Deutschland auch deswegen solch großer Beliebtheit, weil die Gedanken, Fragen und Probleme der Marktteilnehmer in die Beratungen und den Gesetzesentwurf Eingang

gefunden haben. Ein Modell hierfür kann das Vorbild des American Law Institute, ein European Law Institute sein, wie es *Ebke* vorschlägt.⁴²⁵

Ein solches Modellstatut an deren Entwicklung Gewerbeverbände, sowie zum Beispiel der Verband mittelständischer Unternehmer, Bankenverbände, Gewerkschaften und Arbeitnehmerverbände, Verbraucherschutzverbände, Wissenschaftler, Politiker (Minister und Kommissionsmitglieder) etc. beteiligt wären, garantierte eine Regelung, die zum einen einem europäischen Stakeholder-Value Prinzip gerecht würde, zum anderen aber die auch Akzeptanz des Marktes hätte, da diese zum einen an der Entwicklung beteiligt wären, darüber hinaus aber auch in der Diskussion die Risiken thematisiert würden und marktgerechte Lösungen gefunden wären.⁴²⁶ Ein solcher Weg wäre aber auch deswegen vorzugswürdig, weil eine Entwicklung frei von parteipolitischen, parlamentarischen oder sonstigen Interessen möglich wäre und die oben angesprochene Verzögerung von Entscheidungen und ein möglicher nationaler Protektionismus aufgrund temporärer politischer Sonderlagen (Wahlen, Unzufriedenheit in der Bevölkerung, wirtschaftliche Schwankungen) keinen Einfluss finden würde.

⁴²⁵ *Ebke* in FS-Großfeld, S.212ff. Vgl. auch *Behrens*, *RabelsZ* 1986, S. 32.

⁴²⁶ Dies mag in der Praxis schwer umzusetzen sein, allerdings zeigt das angesprochene Beispiel der Frankfurter Stiftung Marktwirtschaft, dass ein solches Konzept möglich ist, wenn die handelnden Akteure nicht als Beauftragte der Interessengruppen, welchen sie angehören, an den Beratungen teilnehmen. Zu denken wäre auch daran, eine solche Verpflichtung normativ, beispielsweise in einer Geschäftsordnung, verbunden mit einer Offenlegungspflicht bei Auftreten von Interessenkollisionen zu regeln. So hat das American Law Institute eine Regel aufgestellt, die besagt: „to speak and vote on the basis of their personal and professional convictions and experience without regard to client interests or self-interests.“ Vgl. *Ebke* in FS-Großfeld, S. 208.

E. Die inhaltliche Ausgestaltung der EPG

I. Grundsätzliche Ausrichtung der EPG

Im Folgenden sollen inhaltlich einige Prinzipien dargestellt werden, deren Erarbeitung auf den vorangegangenen Untersuchungen beruht. Diese Grundsätze und Prinzipien sind Bestandteil des legislativen Aktionsplanes, da diese ein Leitbild für die verordnungsrechtliche Ausgestaltung der EPG erstellen, deren Berücksichtigung die Erreichung der Ziele fördern. Es ist bereits mehrfach darauf hingewiesen worden, dass sich eine EPG an den Bedürfnissen des Marktes und seiner Teilnehmer zu orientieren hat. Die Verordnung muss dies in ihrer grundsätzlichen Ausgestaltung klarstellen. Aus diesem Grund muss die Reichweite der Normsetzung durch die Bereiche begrenzt sein, die nicht im Wege der Satzungshoheit der Gesellschafter und der Vertragsfreiheit der handelnden Akteure geregelt werden können.⁴²⁷

Darüber hinaus muss der Adressatenkreis der EPG eindeutig definiert sein. Diese kann sich nur an solche richten, die beabsichtigen, eine grenzüberschreitende wirtschaftliche Tätigkeit aufzunehmen oder fortzusetzen und dies in Form der EPG zu organisieren. Solche Gewerbetreibende bzw. wirtschaftlich Tätige, die keine grenzüberschreitende Tätigkeit aufzunehmen suchen, sollen weiter ausschließlich an das nationale Recht betreffend die jeweilige Geschlossene Gesellschaftsform gebunden sein. Die EPG muss also eine klare Trennung zwischen rein nationalen und europäischen Sachverhalten schaffen. Es bietet sich an, diese Abgrenzung bereits in der Präambel des Statuts vorzunehmen.

⁴²⁷ Wobei in diesen Bereichen über eine Rahmenfestlegung zur Schaffung gewisser Mindeststandards nachzudenken ist.

II. Die EPG als Formularegesellschaft

Aus politisch-ökonomischer Sichtweise muss die EPG um durch den Markt akzeptiert zu werden und ein Vehikel für einen grenzüberschreitenden Handel kleinerer und mittlerer Gewerbetreibender sein zu können, kostengünstig und unkompliziert in Gründung, Struktur und Organisation sein. Dieser Leitgedanke, welcher bereits die Schaffung der GmbH beherrschte, gilt für eine supranationale Gesellschaft um so mehr. Mobilität zu fördern, bedeutet Transaktions- und Transformationskosten zu senken. Vorzuschlagen ist daher, die Gründung der EPG mittels eines standardisierten Verfahrens zu organisieren. Es wird hier das Modell der EPG als Formularegesellschaft oder AGB-Gesellschaft favorisiert.⁴²⁸ Ein solches Modell stellt kein gänzlich unbekanntes Konstrukt dar. In Großbritannien wird die Formularegesellschaft mit großem Erfolg praktiziert. Diese allgemeinen Bedingungen enthalten Regelungen bezüglich Gründung, Organisation und der Ausgestaltung von Rechtsverhältnissen der Gesellschaft, also deren Grundgerüst.⁴²⁹

Zur Vermeidung von Sprach- und Übersetzungsproblemen bei der Umsetzung des Statuts in die Sprache der jeweiligen Gesellschafter sollte darüber nachgedacht werden, dass Statut ausschließlich in den Arbeitssprachen Englisch und Französisch zu verfassen. Dies hat insbesondere den Vorteil maximal zweier gültiger Versionen der Statute. Je nachdem ob das Statut für die Gründung in englischer oder französischer Sprache gewählt würde, sollte damit auch die Verpflichtung verbunden sein, auch die Satzung in entsprechender Sprache zu verfassen.

Eine solche Formularegesellschaft hat den Vorteil der Simplizität. Je detaillierter die Ausgestaltung eines Statuts, desto größer das Erfordernis kostenintensiver Rechtsberatung und infolgedessen die Verursachung von Transaktions- und Transformationskosten. Rechtssicherheit und

⁴²⁸ Vgl. hierzu *Helms* in Hommelhoff/Helms, S. 259ff., S. 265ff.

⁴²⁹ Vgl. ebenda, S. 260 (Das Table A-Modell).

Rechtsvertrauen werden durch Rechtsvereinfachung geschaffen. Die gegenteilige Auffassung,⁴³⁰ die es bevorzugt, alternative Modelle zu entwickeln ist abzulehnen. Wieder bedeutet dies eine Steigerung der Transaktionskosten, da über die verschiedenen Modelle durch die verschiedenen Marktteilnehmer Rechtsrat eingeholt werden muss. Vorzugswürdig ist es daher sich auf eine Mustersatzung zu beschränken, die lediglich einen Mindestrahmen vorgibt und im übrigen den Gesellschaftern die Ausgestaltung und Abstimmung der Satzung auf die beabsichtigte Zielrichtung verfolgt. Durch den Mindestrahmen wird auch ein erforderliches Mindestmaß an Rechtssicherheit für Dritte geschaffen.⁴³¹

III. Die EPG als supranationales Optionsmodell

Ein EPG-Statut muss sich aber des weiteren mit der Problematik unterschiedlicher grundsätzlicher Wirtschaftskonzeptionen, im besonderen den Shareholder-Value und Stakeholder-Value Ansätzen auseinandersetzen. Angesprochen sind hier weniger die Mitgliedstaaten als solches, sondern eher die beteiligten Marktteilnehmer. Auch diese sind durch ein Wirtschafts-, Sozial-, und Politiksystem geprägt und deren unternehmerische Entscheidungsfindung an diesem orientiert.

Die SE kann wie bereits angeführt hier als Ideengeber fungieren.

In der SE wurde die Idee eines Optionsmodells umgesetzt. Besonders wird dies im Rahmen der organschaftlichen Organisation der SE. Die Aktionäre können sich wahlweise für ein System aus Vorstand und Aufsichtsrat (Two-Tier-System) oder für ein System mit nur einem Vorstand (Unitary Board System) entscheiden. Der Vorteil eines solchen Systems ist, dass bei der Entscheidung zwischen zwei Optionen sich auch die übrigen Marktteilnehmer, insbesondere Dritte, ohne Aufwand über Organi-

⁴³⁰ Vgl. hierzu *Helms* in Hommelhoff/Helms, S. 262. Abzulehnen ist auch die Vorlage eines OHG/KG-Modells, betrifft dies doch gerade die Gesellschaften die in der Regel nicht beabsichtigen, grenzüberschreitend tätig zu werden. Zurückgegriffen werden sollte vielmehr auf das bereits bestehende englische GmbH-Modell, allerdings nur seiner Idee nach, nicht inhaltlich, um eine wertende Rhetorik in der Ausgestaltung zu vermeiden.

⁴³¹ Im Ergebnis ähnlich, *Ehricke* in Hommelhoff/Helms, S. 35.

sation und Struktur einer Gesellschaft informieren können. Es ist aber in jedem Falle zu empfehlen, Dritte mittels öffentlicher Bekanntmachung, beispielsweise auf der Internetseite des Unternehmens, über die Art und Weise der Struktur und Organisation zu informieren.

Bezogen auf die EPG könnte dies bedeuten, dass die Gesellschafter beispielsweise zwischen der Register- und Publizitätspflicht und dem Erfordernis eines Stammkapitals wählen könnten.

Es wäre jedoch darüber nachzudenken, diese Optionsmodelle mit einer auflösenden Befristung (mit der Option der Verlängerung) zu versehen und danach das Modell, das sich auf dem Markt durchgesetzt hat, für allgemein gültig zu erklären. Auf diese Weise hätten wiederum die Marktteilnehmer über die Gestaltung und Veränderung ihrer Gesellschaft entschieden. Man würde einen Wettbewerb der (Markt-)Systeme schaffen, welcher aber von staatlichen Eingriffen unbelastet wäre. Die Gemeinschaft würde somit rechtssetzend einen Rahmen schaffen, innerhalb welchen sich die Systeme auf dem Markt erproben und entwickeln könnten. Durch die weit gehende Vertragsfreiheit (unter Wahrung der Mindestschutzrechte – Publizität oder Stammkapitalpflicht –) könnte sich das durchsetzungsfähige Gesellschaftsmodell ökonomisch innovationsfreudig an die Bedürfnisse der Marktteilnehmer anpassen.⁴³²

Für die Frage der Arbeitnehmermitbestimmung erscheint das Modell der SE ebenfalls vorzugswürdig, orientiert es sich doch grundsätzlich an der Theorie der Vertragsfreiheit. Ein EPG-Statut ohne eine Regelung in Bezug auf Arbeitnehmerschutzrechte widerspricht dem europäischen Prinzip des Stakeholder-Value und wird daher keine Akzeptanz seitens der politischen Entscheidungsträger (mit Ausnahme derer, die ein Shareholder-Value Prinzip vertreten) finden.⁴³³

⁴³² *Bernholz/Faber*, *RabelsZ* 1986, S. 52, die ein solches System „Rechtsvereinheitlichung durch Private“ nennen; *Kötz*, *RabelsZ* 1986, S. 9

⁴³³ Gerade im Hinblick auf „das Wesen der KMU“ hält es auch die Kommission in ihrer Bewertung einer Regelungsnotwendigkeit für KMUs auf europäischer Ebene für zwingend notwendig, Fragen der Arbeitnehmerbeteiligung und andere soziale Rechte von Arbeitnehmern mit einzubeziehen. Vgl. Machbarkeitsstudie über ein europäisches Statut für KMU, S. 33.

Mitunter wird das Unternehmen aber daran interessiert sein, einen dauerhaften Arbeitsfrieden herstellen zu können. Verhandlungsmodelle zwischen Arbeitnehmervertretern des Unternehmens und der Unternehmensleitung finden seit längerem verstärkte Zustimmung beider Seiten. Sofern man die EPG als Marktgesellschaft betrachtet, entspricht es ebenfalls dieser Idee, den Staat im Wege der Auffanglösung nur dann eingreifen zu lassen, wenn eine Einigung nicht erzielt werden kann und soziale Ungleichgewichte verhindert werden sollen.

IV. Rechtsschutz und Auslegung von Statut, Satzung und Verträgen der EPG

Bereits im Rahmen der Behandlung der Frage der Angleichung des Rechts der Geschlossenen Gesellschaften mittels der Richtlinie wurde die Problematik divergierender Auslegung der Vorschriften durch Judikatur und Exekutive besprochen. Die Rechtssicherheit und das Vertrauen in die EPG sind gefährdet, sobald sich die Rechtsprechung in den Mitgliedstaaten inkongruent entwickelt. Eine solche Entwicklung wird aus den bereits dargelegten Gründen der unzureichenden Kenntnis der Materie, einem grundsätzlichen „Verständnis davon, wie die Welt beschaffen sein soll“ und des nicht erfolgenden Austausches zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten nicht zu verhindern sein. Dies würde wiederum zur Folge haben, dass die Gefahr einer Auslegung anhand nationaler sozial- und wirtschaftspolitischer Maxime erfolgte. Es stellt sich aber die Frage der Berechtigung der Zuständigkeit nationaler Gerichte für rein supranationale Angelegenheiten im Besonderen betreffend die Europäische Private Gesellschaft.

Vorgeschlagen wird daher, die Auslegung des EPG-Statuts, der Satzungen der EPG und der sonstigen mit der Gesellschaft geschlossenen Verträge (einschließlich der Arbeitsverträge) einer ebenfalls supranationalen Instanz zuzuweisen. Dies kann in vielfältiger Weise erfolgen. Zum einen ist darüber nachzudenken, einen Europäischen Gesellschaftsrechtshof zu schaffen, der sich den Fragen betreffend die EPG, SE und

EWIV annimmt, zum anderen könnte diese Aufgabe auch von einem speziellen Gesellschaftsrechtssenat des EuGH oder des Gerichts erster Instanz (EuG) übernommen werden. Aufgrund des supranationalen Charakters der Gesellschaften ist die Gefahr einer Verletzung des Subsidiaritätsprinzips nicht ersichtlich, da hier gerade keine Sachverhalte mit nationalem Bezug betroffen sind. Anders sind lediglich solche Sachverhalte zu behandeln, die auf die zwingende Anwendbarkeit nationaler Vorschriften zurückzuführen sind, beispielsweise im Steuerrecht. In diesem Falle bleiben selbstverständlich die nationalen Gerichte weiterhin zuständig, unterliegen aber möglicherweise der Pflicht zur Anrufung des EuGH (bzw. einer für die gesellschaftsrechtsbezogene Rechtsprechung zuständigen Instanz) im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens.

F. Abschließende Stellungnahme

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die EPG als supranationale Gesellschaftsform im Wege der Verordnung für alle grenzüberschreitend wirtschaftlich Tätigen kleinen und mittleren Unternehme(r)n geschaffen werden sollte. Orientiert werden sollte sich hierbei streng an den Bedürfnissen der Adressaten und der sonstigen betroffenen Marktteilnehmer.

Die Ausarbeitung dieses Statuts sollte im Wesentlichen den Marktteilnehmern in Kooperation mit entsprechenden Wissenschaftlern und politischen Entscheidungsträgern überlassen werden. Vertrauen und Rechtssicherheit in die EPG können durch Rechtsvereinfachung und Konzentration auf die Theorie der Vertragsfreiheit erreicht werden. Zu bewerkstelligen ist dies durch eine Formularegesellschaft, welche die Möglichkeit von Optionen hinsichtlich Organisation und Struktur eröffnet.

Abschließend sollte die Auslegung des Statuts der EPG, deren Satzung und sonstiger Verträge einer supranationalen Rechtsschutzinstanz, beispielsweise einem europäischen Gesellschaftsrechtsgerichtshof oder einem gesellschaftsrechtlichen Senat des EuGH oder EuG, übertragen werden, um eine kongruente Rechtsprechung und damit sinkende Transakti-

ons- und Transformationskosten und Vertrauen aller Beteiligten in die Gesellschaft zu garantieren.

ZUSAMMENFASSENDE BETRACHTUNG

Die gesamt- bzw. volkswirtschaftliche Bedeutung der Geschlossenen Gesellschaft in der Europäischen Gemeinschaft zeigt, dass diese wachsender Beachtung bedarf. Die bisherigen Harmonisierungsbemühungen und die verabschiedeten Richtlinien und Verordnungen sowie die geschaffenen supranationalen Gesellschaftsformen SE und EWIV richten sich an Großunternehmen, Konzerngesellschaften und insbesondere Aktiengesellschaften und sind auf die an kleinere und mittlere Gewerbetreibende sich richtende Geschlossene Gesellschaft trotz positiver Aufzählung in vielen Rechtsakten, nur marginal anwendbar.

Ein gesamteuropäisches Unternehmens- und Gesellschaftsrecht nach Vorbild eines *ius commune europaeum* ist wegen der starken Verwurzelung der nationalen Eigenheiten im Privatrecht insbesondere im Recht der Personengesellschaften, aber auch wegen sich unterscheidender Sprache, Ausbildung, Rechts- und Wirtschaftskultur der jetzt 25 Mitgliedstaaten nicht zu erwarten. Darüber hinaus zeigt die Geschichte gemeinschaftsrechtlicher Unternehmensrechtssetzung, dass ein solches Projekt die Leistungsfähigkeit der Gemeinschaft übersteigen würde und darüber hinaus nicht vom Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung gedeckt wäre.

Für ein europäisches Rechtssetzungsprojekt im Bereich des Gesellschafts- und Unternehmensrechtes insbesondere betreffend die Angleichung der Rechte einer Gesellschaftsform bedarf es einer gemeinsamen gemeinschaftsrechtlich geprägten Dogmatik und Systematik. Ausgehend von den Auslegungsregeln sind hier sowohl der Wille der einzelnen nationalen Gesetzgeber bei der Schaffung ihrer Geschlossenen Gesellschaften, sowie die einzelne sprachliche Übersetzung zu vernachlässigen, da diese nicht zu einem allgemein gültigen Konsens führen kann. Vielmehr sind im Wege der teleologischen und der systematischen Herangehensweise gemeinschaftsrechtliche Ziele und Prinzipien und zusätzlich die speziellen Ziele betreffend die Regelungsnotwendigkeit der Geschlosse-

nen Gesellschaft heranzuziehen und den weiteren Rechtssetzungsschritten zugrunde zu legen. Dies erfordert eine neutrale im Gegensatz zu einer wertenden Rhetorik. Der Hinweis darauf, eine bestimmte nationale Regelung stelle eine „unfair trade norm“ dar und sei aus diesem Grund geeignet die Funktionsfähigkeit des gemeinsamen Marktes zu gefährden, kann genauso wenig die Zustimmung der politischen Entscheidungsträger erwarten, wie die Auffassung, eine bestimmte nationale Regelung verdiene die Übernahme in das Gemeinschaftsrecht, da sie im Besonderen geeignet sei, die Funktionsfähigkeit des Gemeinsamen Marktes zu stärken.

Der EG gibt in Art. 5 EG die Ziele vor. Im Wesentlichen sind diese die Funktionsfähigkeit des gemeinsamen Marktes unter Berücksichtigung der Belange des Dritt-, des Arbeitnehmer-, des Verbraucher-, und des Umweltschutzes. Normiert wird hierdurch ein Stakeholder-Value Prinzip, welches gleichzeitig einem speziell angelsächsisch geprägten Shareholder-Value Prinzip, wonach lediglich das Interesse der Anteilhaber das maßgebliche sei, eine klare Absage erteilt wird. Zu berücksichtigen sind demnach in gleichem Maße die Interessen kleiner und mittlerer Unternehmen und deren Forderung nach verstärktem grenzüberschreitendem Handel, Mobilität von Personen, Kapital, Gütern und Dienstleistungen, Senkung der Transaktions- und Transformationskosten, Rechtssicherheit und Rechtsvereinfachung, sowie der mit diesen in Kontakt tretenden Dritten insbesondere Fremdkapitalgeber, aber auch Arbeitnehmer und sonstige Vertragspartner nach Verlässlichkeit der Gesellschaft und Risikobegrenzung. Diese Interessen legitimieren in Zusammenhang mit den Prinzipien der Gemeinschaft die steigende Betrachtung der Geschlossenen Gesellschaft auf europäischer Ebene.

Die Legitimation wachsender Beachtung der Geschlossenen Gesellschaften beinhaltet nicht das automatische Recht, legislativ tätig zu werden. Dem entgegen steht der Subsidiaritätsgrundsatz, wonach die Gemeinschaft nur dann tätig wird, wenn hierzu eine Notwendigkeit besteht, also gleiche Ergebnisse auf nationaler Ebene nicht erzielt werden können. Der EuGH hat in den Entscheidungen Centros, Überseering und Inspire Art

zum Ausdruck gebracht, dass im Bereich des Gesellschaftsrechtes grundsätzlich ein Wettbewerb der Systeme über die Art. 43, 48 EG stattfindet. Die Vorschriften über die Grundfreiheiten der Gesellschaften und Gesellschafter stehen demnach in einem Konkurrenzverhältnis zu dem Recht, eine Angleichung der Rechtsvorschriften zur Sicherung der Funktionsfähigkeit des gemeinsamen Marktes gemäß Art. 95 EG vorzunehmen.

Ein Wettbewerb der Gesetzgeber vermag aber nicht, die Ziele der Gemeinschaft und der Geschlossenen Gesellschaften zu erreichen. Zunächst sind die Gegebenheiten in den Vereinigten Staaten hinsichtlich gemeinsamer Wirtschaftskultur, Rechtstradition, Sprache und Ausbildung nicht vergleichbar. Argumente für oder gegen einen Wettbewerb der Systeme werden auf europäischer Ebene in der Regel bezogen auf die Aktiengesellschaften angeführt und diese sind auf die Geschlossenen Gesellschaften nur begrenzt anwendbar. Weder gibt es ausgleichende Kapitalmarktmechanismen zur Gewährleistung der Schutzrechte Dritter (die Geschlossene Gesellschaft zeichnet sich ja gerade durch ihre Kapitalmarktfremde aus), noch ist der AG-Investor mit dem Gesellschafter einer Geschlossenen Gesellschaft oder dem Fremdkapitalgeber vergleichbar. Der Gesellschafter der Geschlossenen Gesellschaft trägt nämlich in der Regel die unternehmerischen Entscheidungen und das wirtschaftliche Risiko. Statt einer feindlichen Übernahme haben Fehlentscheidungen oftmals die Insolvenz und die Nichterfüllung der Ansprüche Dritter zur Folge. Gerade im Rahmen der Geschlossenen Gesellschaft bleibt dem Staat daher nur die Entscheidung, sich zugunsten eines Shareholder-Value Prinzips bei Vernachlässigung der Interessen Dritter zu entscheiden oder sich zum Nachteil des Standortes dem Wettbewerb zu verschließen. Ein Grundsatz der „best rule will be singled out“ findet auf die Geschlossene Gesellschaft in keinem Falle Anwendung.

Darüber hinaus ist der Wettbewerb der Systeme aber auch nicht geeignet, eine vollständige Harmonisierung der Rechte der Geschlossenen Gesellschaften zu erreichen, sondern lediglich in Teilbereichen eine Angleichung zu ermöglichen. Dies zeigt sich beispielsweise an dem Konkur-

renzverhältnis zwischen angelsächsischer Ltd. und deutscher GmbH. Trotz des Bewusstseins, aufgrund des Erfordernisses eines Kapitalstammes von 25.000 Euro einen Standortnachteil gegenüber den Ein-Pfund-Ltds. zu haben, wird die Einführung einer Ein-Euro GmbH und verstärkter Publizitätspflichten aus Seriositätsgründen abgelehnt. Hier zeigen sich in Deutschland tief verwurzelte Grundkonzeptionen und eine seit Bestehen der GmbH vertretene Ablehnung des englischen Systems, die der Wettbewerb der Systeme nicht aufzubrechen vermag. Ebenfalls stellt sich bereits hier die Frage der Behandlung der nicht grenzüberschreitend tätigen Geschlossenen Gesellschaften. Eine Angleichung aufgrund des Drucks des Standortwettbewerbes führt entweder zu einer Umstellung dieser Gesellschaften, die jedoch eine solche nicht wünschten, oder zu einem dualen System der Rechte der Geschlossenen Gesellschaften auf nationaler Ebene. Rechtssicherheit und Rechtsvertrauen kann aber hierdurch nicht geschaffen werden.

Demnach ist ein legislatives Handeln der Gemeinschaftsorgane gemäß Art. 95 EG erforderlich. Die Vorschrift eröffnet die Möglichkeit der Angleichung im Wege der Richtlinie oder der Verordnung.

Die Richtlinie kann ebenfalls keine Gesamregelung schaffen, ist sie doch als individuelles Problemlösungsvehikel konzipiert und nur dazu geeignet, Insellösungen hervorzubringen. Daneben beinhalten die Richtlinien einen derartigen Kompromisscharakter, dass diese nicht eine optimale Lösung bedeutet, sondern vielmehr sich aus 25 eingebrachten nationalen Interessen, Rechts-, Wirtschafts-, und Sozialvorstellungen zusammensetzt. Weiter geschwächt werden die Lösungen daneben durch politische Machterhaltungsinteressen der jeweiligen Regierungen, insbesondere in wirtschaftlich schwierigen Lagen.

Die Richtlinie stellt die Mitgliedstaaten darüber hinaus vor das Problem der Einbindung in das nationale Recht. Umsetzungsspielräume führen zunächst zu nationalen Abweichungen. Daneben treffen die Stakeholder-Value-Richtlinien, insbesondere in der britischen Rechtskultur auf politische, ökonomische und soziale Grundvorstellungen, die gerade im Ge-

sellschaftsrecht eine nahezu vollständige Systemkorrektur zur Folge haben können. Anzuführen sind hier besonders für die Geschlossene Gesellschaft die Kapitalerhaltungsvorschriften, aber auch das (in England normativ nicht vorhandene) Arbeitsschutzrecht.

Das Problem der Anwendbarkeit der Richtlinie auf nicht grenzüberschreitend tätige Gewerbetreibende stellt sich hier im übrigen in gleichem Maße wie beim Wettbewerb der Systeme.

Abschließend ist das Problem der Rechtsanwendung und Rechtsauslegung durch Gerichte und Behörden anzuführen.

Die tiefe Verwurzelung im nationalen Recht hat in vielen Fällen zur Folge, dass nach nationalen Grundsätzen entschieden wird und die gemeinschaftsrechtlichen Prinzipien keinen Einfluss in Anwendung und Auslegung finden. Daneben müssten die Gerichte wiederum zwei Rechtsprechungsverhalten entwickeln, für rein nationale Fälle und für grenzüberschreitende Sachverhalte.

Zusammenfassend ist die Richtlinie demzufolge nicht geeignet, Rechtsharmonisierung zu erreichen, Transaktionskosten zu senken und Vertrauen der Gesellschafter und der Fremdkapitalgeber sowie sonstiger betroffener Interessengruppen in die Gesellschaft zu schaffen.

Demzufolge ist das Rechtssetzungsinstrument der Verordnung zur Schaffung einer supranationalen Europäischen Privatgesellschaft für kleinere und mittlere Gewerbetreibende, die grenzüberschreitend tätig zu werden versuchen, zu wählen. Die Verordnung sollte eine allumfassende Regelung darstellen, wobei dies nicht als in allen Bereichen detaillierte Ausgestaltung verstanden werden soll, sondern vielmehr eine Spaltung in Verordnung und Richtlinie wie bei der SE zu vermeiden ist. Weiterhin muss die Richtlinie die grundsätzlichen Bereiche wie Organisation, Struktur, Auflösung, Kapitalerhaltung, Arbeitsschutz etc. in ihren Grundzügen regeln.

Entwickelt werden sollte ein solches System von einem so genannten Think Tanks. Ob man diesem dem Namen European Law Institute oder wissenschaftlich beratender Ausschuss gibt, ist hierbei nicht relevant.

Wichtig ist vielmehr, dass alle betroffenen Personengruppen, Wirtschaftsverbände, Arbeitnehmerverbände, Bankenverbände, Verbraucherschutzverbände, Wissenschaftler, Politiker etc. vertreten sind, um ein solches Statut frei von parteipolitischen und parlamentarischen Zwängen zu entwickeln und den Bedürfnissen aller Betroffenen gerecht zu werden, um eine größtmögliche Akzeptanz zu erreichen.

Inhaltlich sollte das Statut als Formularegesellschaft oder AGB-Gesellschaft unter Berücksichtigung der Satzungshoheit der Gesellschafter und der Theorie der Vertragsfreiheit ausgestaltet werden. Vorgegeben werden sollte ein Grundkonstrukt der Gesellschaft, daneben wären nur solche Bereiche in ihren Grundzügen zu regeln, die wie beispielsweise der Drittschutz und das Arbeitnehmerschutzrecht Gefahr liefen, eine Benachteiligung zu erfahren, um dadurch dem Prinzip des Stakeholder-Value Rechnung zu tragen. Anzulehnen wären solche Regelungen möglicherweise an das System der SE, zum einen den Gesellschaftern Optionen zu eröffnen, um die Kompatibilität mit ihren nationalen Grundvorstellungen zu gewährleisten, und in Fällen in denen wie im Arbeitsrecht Einigungen nicht erzielt werden können, eine Auffanglösung bereitzustellen. Sofern sich ein System durchgesetzt hätte, könnte man darüber nachdenken, dieses nach einer gewissen Zeit als für allgemein gültig zu erklären.

Abschließend sollte die Rechtsprechung bezüglich der EPG der Gemeinschaft übertragen werden, um eine kongruente verlässliche supranationale Rechtsprechung zu gewährleisten.

Der Weg zu einer Europäischen Privatgesellschaft ist ein langwieriger und schwieriger. Versucht wurde im Rahmen der Untersuchung, die Probleme auf diesem Weg zu ermitteln und Lösungen aufzuzeigen. Eine Garantie für das Funktionieren einer solchen Gesellschaftsform kann es nicht geben. Allerdings kann eine marktbezogene, rein gemeinschaftliche europäische Lösung die Einheitlichkeit und Akzeptanz fördern. Supranational bedeutet das nationale Recht überwindend, übersteigend. Dies ist die Grundvoraussetzung. Die besondere volkswirtschaftliche Bedeutung

der Geschlossenen Gesellschaft zeigt, dass ein Verschmelzen der Märkte nur dann möglich ist, wenn wirtschaftlich Tätige den Binnenmarkt auch als solchen verstehen und keine Grenze ziehen, wo das Nationale endet. Langfristige andauernde Prosperität in der Gemeinschaft ist nur auf diesem Wege zu erreichen, losgelöst von nationalen Besonderheiten und politischen Interessen orientiert an den Personengruppen, die betroffen sind, nämlich den Marktteilnehmern.