

Diskussionsbericht

zu den Referaten von *Verse* und *Fleischer*

ECKART BUEREN UND ELKE HEINRICH

Auf die Referate von *Verse* und *Fleischer* folgte eine Diskussion, welche von *Koch* geleitet wurde. Beiträge der Teilnehmer wurden in zwei Runden zusammengetragen, nach denen die Referenten jeweils das Wort erhielten. Der Austausch erstreckte sich auf zahlreiche unterschiedlicher Aspekte.

I.

Eröffnet wurde die Diskussionsrunde mit zwei Fragen einer Teilnehmerin an *Verse*: Zunächst erkundigte sie sich, inwieweit das deutsche Aktienrecht der Kontrolle durch europäische Grundrechte, insbesondere Eigentumsgrundrechte, unterliegt. Sodann lenkte sie den Blick auf die neue Kommissionsinitiative zur Kapitalmarktunion. In dem dazugehörigen Grünbuch werde die Corporate Governance erwähnt, wenn auch hauptsächlich mit Verweis auf die Aktionärsrechterichtlinie, daneben würden die Schnittstellen zum Insolvenzrecht und zum Steuerrecht angesprochen. Die Teilnehmerin erkundigte sich, wie weit fortgeschritten in diesem Bereich die Verzahnung zwischen dem für die Kapitalmarktunion Geplanten einerseits und dem bereits in Deutschland Vorhandenen andererseits erscheine.

Verse antwortete auf die erste Frage, dass die Mitgliedsstaaten bei der Ausführung des europäischen Gesellschaftsrechts an die europäischen Grundrechte gebunden seien. Die Kontrolle des deutschen Aktienrechts durch europäische Grundrechte gehe im Ergebnis aber nicht über die Kontrolle durch deutsche Grundrechte hinaus. In Deutschland habe Artikel 14 GG eine gewisse Rolle gespielt. Dass der europäische Eigentumsschutz weiter reiche, sei für ihn bisher nicht ersichtlich gewesen. *Fleischer* ergänzte, dass es zur Frage der Kontrolle anhand europäischer Grundrechte Rechtsprechung zur EMRK gebe, die in einem Zusatzprotokoll einen Eigentumsschutz gewährleiste, beispielsweise zum Squeeze out. Im Übrigen stimmte er der Einschätzung von *Verse* zu: Die Kontrolle an europäischen Grundrechten führe zu keinen schärferen Ergebnissen als nach genuin deutschem Recht.

Zur wichtigen, grundsätzlichen Frage nach der Verzahnung von europäischem Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht bemerkte *Verse*, dass diese ein sehr weites Feld eröffne. Hierzu nannte er nur ein konkretes Beispiel, das gut illustriere, dass die Verzahnung nach seinem Eindruck noch nicht hinreichend gegeben sei: So sei etwa die neue Marktmissbrauchsverordnung unter anderem dadurch gekennzeichnet, dass die ad-hoc-Publizität über den organisierten Markt hinaus auf den Freiverkehr ausgedehnt wird, sofern der Emittent dem Handel im Freiverkehr zugestimmt habe. Im europäischen Gesellschaftsrecht, etwa in der Aktionärsrecht-

richtlinie, werde dagegen noch an eine Notierung auf dem organisierten Markt angeknüpft. Wenn sich im europäischen Kapitalmarktrecht die Grenzziehung verschiebe, liege es aus seiner Sicht nahe, dass man dies im Gesellschaftsrecht ebenfalls nachvollzieht.

II.

Kropff ergänzte den Vortrag von *Fleischer* mit eigenen Beobachtungen zur rechtsvergleichenden Grundlage und Aufnahme des AktG 1965: Zunächst bekannte er, dass ihn die rechtsvergleichende Untersuchung *Dölleners*, die dieser bei der Entstehung des deutschen AktG 1965 angestellt hatte, besonders beeindruckt habe. Ihre Erkenntnisse seien auch in die kleine Aktienrechtsreform eingeflossen, und zwar insofern, als die Argumentation für die Bekanntgabe der Umsatzerlöse, für deren Unschädlichkeit auch im Verhältnis zur Konkurrenz, unter anderem der US-amerikanischen Rechtsprechung und der Erfahrungen in den USA entnommen wurde.

Zur Ausstrahlung des AktG auf andere Länder ergänzte *Kropff*, dass er – zu seinem Erstaunen – gebeten worden sei, für die von ihm 1965 erstellte Materialsammlung eine Lizenz zur Übersetzung ins Japanische zu erteilen. Es habe ihn beeindruckt, dass trotz des sehr starken amerikanischen Einflusses in der japanischen Gesetzgebung auch ein großes Interesse am deutschen Aktiengesetz bestanden habe.

Schließlich erzählte *Kropff*, dass er einst mit der Frage beschäftigt war, nach welchem Recht eine Gesellschaft mit Sitz sowohl im deutschen Saarbrücken und im französischen Straßburg leben sollte. Die Grundhaltung der Franzosen sei es gewesen, und dies sei auch umgesetzt worden, in den Statuten festzulegen, dass die Gesellschaft nach den gemeinsamen Grundsätzen des deutschen und französischen Rechts geführt werden sollte. *Kropff* berichtete, dass er die Gesellschaft danach aus den Augen verloren hatte. 20 Jahre später sei er wieder mit der Gesellschaft konfrontiert gewesen und habe auf Nachfrage vom Vorstand die Auskunft erhalten, dass in der Gesellschaft problemlos vorstättengehe. *Kropff* schloss vor diesem Hintergrund mit der Beobachtung, dass Rechtsvergleichung eben manchmal, wenn auch nur im kleinen Bereich, einfacher sei als man denkt.

III.

Ein nachfolgender Diskutant verwies zunächst auf die verschiedenen, in der Veranstaltung bislang behandelten Einflüsse auf das AktG 1965, die es in seiner heutigen Form entstehen ließen: Die Globalisierung, die Auflösung der Deutschland-AG, die Bankenmacht-Diskussion, die internationalen Kapitalmärkte sowie die internationale und europarechtliche Rechtsentwicklung. *Kropff* habe zudem in seinem Vortrag einen kleinen Ausflug in rechtssoziologische Aspekte unternommen. So habe er hervorgehoben, dass eine Aktienrechtsreform nicht zwingend 1965 hätte erfolgen müssen,

aber durch den Wunsch motiviert war, nationalsozialistische Elemente im Gesetz zu bereinigen. Insofern sei die Reform ein Akt politischer Symbolik gewesen. Die Form des AktG 2015 sei ebenfalls einem rechtssoziologischen Phänomen geschuldet, das bisher keine Erwähnung gefunden habe: Das Gesetz von 1994 sei bereits mehrfach erwähnt worden, insbesondere im Zusammenhang mit dem erweiterten Bezugsrechtsausschluss. Der Begriff „kleine Aktiengesellschaft“ sei bisher indes nicht gefallen. Tatsächlich sei das Gesetz von 1994, das ein Gesetz für die „kleine AG“ gewesen sei, aber ganz maßgeblich und nur wegen des Marketingerfolgs dieses Begriffs so bedeutend geworden. Wenngleich dahinter nur Bagatellen stünden, sei die Zahl der AGs allein wegen dieses gigantischen Marketingerfolgs in der zweiten Hälfte der 90er Jahre explodiert und auch die literarischen Auseinandersetzungen mit der AG hätten gewaltig zugenommen. Insofern sei der heutige Stand des AktG auch ein Produkt juristischen Marketings.

Dazu bemerkte *Verse*, dass er die „kleine AG“ in seinem Vortrag nur in einem Halbsatz erwähnt habe und ihr nicht dieselbe Bedeutung beigemessen habe wie der Diskussionsteilnehmer. Er wolle nicht in Abrede stellen, dass die „kleine AG“ ein großer Erfolg gewesen sei, bezweifle aber, dass dies nur dem Marketingeffekt zu verdanken sei.

Ein weiterer Diskutant stimmte *Schüppen* zu, dass Rechtsmarketing sehr wichtig sei und auch täglich betrieben werde, sonst könnte man die Gesetzgebungsvorhaben auch nicht vermarkten und praktisch umsetzen. Gleichzeitig betonte er aber, dass Marketing bei der „kleinen AG“, die eines seiner ersten Gesetzgebungsprojekte war, nicht alles gewesen sei. Dazu verwies er auf den historischen Kontext mit den Schlagworten „Goldene 90er Jahre“, Bill Clinton als Präsident der USA, dem Neuen Markt, dem „Ende der Geschichte“ und einem Glauben, dass es immer aufwärts geht. Das deutsche Aktienrecht habe sich aber an „Bayer und BASF“ orientiert. Ziel sei es gewesen, ein Durchlaufstadium zu schaffen, das den Jungen, die an den neuen Märkten ihre Chancen mit neuen Technologien wie der Biotechnologie sahen, einen Weg eröffnen sollte. Die „kleine AG“ habe, wiewohl sie nur mit minimalen Eingriffen in das AktG verbunden gewesen sei, auch genau das bewirkt.

IV.

Anschließend ging ein Diskussionsteilnehmer auf das Gruppeninteresse ein. In dem SUP-Verordnungsentwurf sei zwar das Weisungsrecht erwähnt, es stehe aber unter dem Vorbehalt mitgliedschaftsrechtlicher Restriktionen. Die übliche Lesart gehe dahin, dass dieser Zusatz klarstellen solle, dass durch die Ausübung von Weisungsrechten der Verwaltungssitz der Gesellschaft nicht verlegt wird. Allerdings stehe auch eine andere „Phantasie“ dahinter: Würde der Satz über den Vorbehalt mitgliedschaftsrechtlicher Restriktionen schlicht und ergreifend gestrichen, würde dies zu einem Weisungsrecht führen, das auch eine Nachteilszufügung zur Verfolgung eines Gruppeninteresses erlaubt. Dies habe er zumindest aus der Reflection Group, aber auch aus anderer Richtung gehört. Das sei bei der SUP nicht so problematisch, aber eine Er-

weiterung. Vor diesem Hintergrund bat der Diskutant *Fleischer* um eine Begründung, warum er zum Abschluss seines Referats eine Beschäftigung mit dem Gruppeninteresse empfohlen habe. Namentlich erkundigte er sich, welches Vorgehen der Referent mit Blick auf die Bedenken von *Hommelhoff* für angezeigt erachte, der sich gegen eine isolierte Regelung gewandt hat.

Verse bemerkte, dass die Harmonisierung des GmbH-Konzernrechts in der Tat ein wichtiges Projekt auf europäischer Ebene sei. Da nicht die AG, sondern die GmbH die konzernierte Gesellschaftsform par excellence sei, liege es besonders nahe, das GmbH-Konzernrecht zu harmonisieren, wenn man Fortschritte für die Vereinheitlichung der Gruppenführung im Binnenmarkt erzielen wolle. Bisher solle zwar die Gründung der SUP vereinheitlicht werden, jedoch sei die Frage danach, wie man die SUP führt, wie weit das Weisungsrecht reicht, bislang noch unterbelichtet. Der Kommissionsvorschlag sehe vor, dass das Weisungsrecht unter dem Vorbehalt des nationalen Gesellschaftsrechts stehe. Das erschien *Verse* zu wenig ambitioniert. Wenn es jemals gelingen sollte, Fortschritte bei der Vereinheitlichung des Konzernrechts zu erzielen, dann müsse dies doch am ehesten bei dem relativ einfachen Beispiel der 100% beherrschten Gesellschaft möglich sein. Hier spiele der Schutz von Minderheitsgesellschaftern schließlich keine Rolle, sondern es gehe „nur“ um den Gläubigerschutz. Es sei daher ein dringendes Anliegen, die Regelungen zum Weisungsrecht im SUP-Entwurf auszubauen.

Zum Gruppeninteresse bemerkte *Fleischer*, dass viele Mitgliedstaaten den Wunsch artikulierten, das Gruppeninteresse in der einen oder anderen Form auf europäischer Ebene zu verankern. Dies werde insbesondere von französischer Seite vorgetragen, was angesichts der Rozenblum-Formel nicht verwundere. *Conac* sei von dem französischen Wirtschaftsministerium gebeten worden, einen fundierten Vorschlag zu lancieren. Taktgeber in Frankreich sei institutionell also nicht das Justiz-, sondern das Wirtschaftsministerium. *Conac* habe auch eine Liste zur Anerkennung des Gruppeninteresses in Europa vorgelegt: Danach würden zehn Staaten das Gruppeninteresse anerkennen und zehn Staaten würden dies nicht tun. Es sei aber so, dass die letzten Bewegungen in Richtung Adaption des Gruppeninteresses gegangen seien, sodass offenbar ein gewisses Momentum bestehe. Dennoch warnte *Fleischer* davor, „die Katze im Sack zu kaufen“, weil man nicht genau wisse, was das Gruppeninteresse sei. Seine Vorstellung gehe dahin, sich vielleicht zehn typische konzernrechtliche Problemkonstellationen vorzunehmen, angefangen vom Cash Pooling über die Allokation von Geschäftschancen in der Unternehmensgruppe usw., und dann zu schauen, wie die verschiedenen Rechtsordnungen diese lösen und welche alternativen Schutzmechanismen sie haben. In kürzerer Zeit, jedenfalls in diesem Jahr, sei in diesem Bereich kein Rechtsakt zu erwarten und danach wohl kein schärferer Rechtsakt als eine Empfehlung. Um jedoch vorbereitet zu sein, nach dem englischen Sprichwort „*forwarned is forarmed*“, sollte man sich mit dem Thema näher beschäftigen.

V.

Der nächste Teilnehmer brachte zwei weitere Punkte vor. Erstens äußerte er Bedenken bezüglich eines Wahlrechts zwischen dem dualistischen und dem monistischen Modell. Er betonte, dass eine solche Regelung jedenfalls nicht „mit einem Federstrich“ umzusetzen sei, sondern umfassende Änderungen erfordern würde. Eine Abbedingung des Aufsichtsrats würde die gesamte Corporate Governance einebnen, welche an sich gem. § 23 V AktG, dem Grundsatz der Satzungsstrenge, zwingendes Recht sei. Der Aufsichtsrat komme an über 100 Stellen im Gesetz vor. Die Umsetzung eines Wahlrechts sei jedenfalls außerhalb der börsennotierten Gesellschaften denkbar, obgleich das monistische Modell gerade in den börsennotierten Gesellschaften interessant sei. Im Falle der Normierung eines allgemeinen Wahlrechts wäre eine konzeptionell sehr intensive Herangehensweise erforderlich.

Zweitens ging der Diskutant auf die Mitbestimmung im Kontext der Europäisierung des Aktienrechts ein. Er stellte zunächst klar, dass es nicht um eine Abschaffung der Mitbestimmung gehe, zumal diese in Frankreich gerade begeistert übernommen worden sei. Aber man müsse der Tatsache ins Auge sehen, dass die Mitbestimmung bisher immer im Wege gestanden habe, wenn Elemente europarechtlich geregelt bzw. das deutsche Modell als europäische Regelung exportiert werden sollte. Die Strukturrichtlinie sei gescheitert und auch die Schaffung der SE habe 30 Jahre gedauert, weil eine Lösung für die Mitbestimmung gefehlt habe. Hätte Deutschland sich früher bewegt, gäbe es heute eine Strukturrichtlinie, in der zwar ein dualistisches und ein monistisches Modell stünden, aber das monistische System eine verkappte Version des dualistischen Systems wäre. Wäre dies der Fall, gäbe es keine Probleme mit *related party transactions* und Ähnlichem, weil alle in Europa das deutsche Modell übernommen hätten. Am Ende stehe sich Deutschland mit der Mitbestimmung häufig selbst im Wege. Seit 1965 sei Deutschland mit konzeptionellen Neuentwicklungen schwach geworden. Es sei eine Lösung erforderlich, welche die Mitbestimmung von allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Fragen entkoppelt. Auch die Strukturmaßnahmen hingen eigentlich daran. Man hätte längst eine Sitzverlegungsrichtlinie, wenn man der Kommission zusagen würde, keine Einwände mit Blick auf die Mitbestimmung zu erheben, was Deutschland tatsächlich aber jedenfalls tun werde. Schließlich sei nicht einmal national eine Lösung mit dem Referentenentwurf zum internationalen Gesellschaftsrecht gefunden worden. Wenn man auf der Mitbestimmung in der gegenwärtigen Form beharre, werde Deutschland abseits stehen und nicht gehört werden. Wie eine Lösung aussehen könnte, habe dieser Vorschlag eigentlich gezeigt: Eine Verhandlungslösung, vernünftige Schwellenwerte und eine vernünftige Auffanglösung, auch wenn letztere nicht perfekt funktioniere.

Verse nahm zunächst zum Wahlrecht zwischen monistischer und dualistischer Organisationsstruktur Stellung. Der Diskussionsteilnehmer habe völlig zu Recht darauf hingewiesen, dass ein Halbsatz im AktG nicht ausreiche. Die Anwendung der Vorschriften zum monistischen System bei der SE zeige die Schwierigkeiten; es stellen sich dort allerlei Friktionen. So sei etwa der Umstand problematisch, dass der deutsche Corporate Governance Kodex allein auf das dualistische System zugeschnit-

ten sei. Er sehe aber keinen Grund, warum nicht auch eine befriedigende Regelung einer monistischen AG möglich sein sollte.

Zur Mitbestimmung bemerkte *Verse*, dass diese sicherlich eine zentrale Schwierigkeit im Rechtsvereinheitlichungsprozess auf europäischer Ebene sei. Er brachte aber große Skepsis zum Ausdruck, ob es realistisch sei, eine Änderung der paritätischen Mitbestimmung zu erreichen.

VI.

Ein österreichischer Teilnehmer ergänzte zunächst kurz, dass Tschechien sich stark am deutschen Konzernrecht orientiert habe. Anschließend spürte er der Frage nach, warum das deutsche Aktienrecht in Österreich fast „zum Werkzeug des eigenen geltenden Rechts geworden“ sei. Als Grund betonte der Diskutant die gemeinsame Rechtskultur, die weit über die gemeinsame Sprache hinausgehe. Anschließend ging er näher auf das Jahr 1861 ein. Hier sei zu gemeinsamen Entwürfen preußische Geschicklichkeit hinzugetreten: Man habe die Österreicher dazu gebracht, den preußischen Vorschlägen, die im Wesentlichen in einem ausgefeilten preußischen Entwurf vor den Verhandlungen fixiert waren, zuzustimmen, indem man Österreich das Präsidium über die Verhandlungen angeboten habe. Diese Anekdote illustriere, wie unglaublich wichtig klimatische Umstände seien. Dazu gehöre eine gemeinsame Rechtskultur, die ein hohes Maß an Verständnis für die Anliegen des anderen mit sich bringt sowie eine perfekt beherrschte gemeinsame Sprache. Demgegenüber sei die Zugänglichkeit des City Codes oder des Company Act für einen deutschen oder österreichischen Juristen unglaublich schwierig. Man verfehle ihren Inhalt, wenn man sie genauso behandle wie einen deutschen oder österreichischen Text, weil sie ohne Kenntnis des case law völlig unverständlich seien.

Ein anderes Phänomen, das die Rechtsvergleichung – das Verstehen dessen, was aus einer Rechtsordnung kommt – erschwert, sei die heutige Art der Beratung. In Nürnberg 1861 habe man etwa eineinhalb Jahre, unterbrochen durch Weihnachts-, Oster- und Sommerferien, am Stück gearbeitet, ohne Pausen und Hin- und Herreisen. Die Delegierten seien vor Ort geblieben, hätten Briefe nach Hause geschrieben und man habe wöchentlich ein Zwischenprotokoll gehabt, das lithografiert wurde. Bei den Tagungen der UNCITRAL, die zur Hälfte in Wien stattfinden, sei die kürzeste Konferenzdauer eine Woche. Beim UN-Kaufrecht habe es bis zu dreiwöchige Konferenzen gegeben. Der Diskutant schilderte, dass er selbst an einigen UNCITRAL-Konferenzen teilgenommen habe. Dabei habe er bemerkt, dass den einzelnen Delegationen völlig unterschiedliches Gewicht zukam, das nicht bloß abhängig von der Größe des Landes war. Maßgeblich seien vielmehr die langjährige Vertrautheit der Delegierten, das Gewicht der einzelnen Persönlichkeit und die Bereitschaft, auf andere einzugehen, gewesen. Werde heute dagegen in Brüssel verhandelt, spiele sich dies nach den Erfahrungen des Diskussionsteilnehmers, die sieben bis acht Jahre zurückliegen, in etwa so ab: Beginn der Sitzung um zehn Uhr oder zehn Uhr dreißig, um 13 Uhr Mittagspause, wobei sich der „Club Med“ zu seiner Zeit in einem marokkanischen

Restaurant getroffen habe, d.h. alle französischsprachigen Länder plus in der Regel Spanien und gelegentlich die Italiener. Die anderen hätten dies nicht geschafft, sondern seien in die Cafeteria gegangen, wo es unzulässig gewesen sei, einen Tisch für zehn Personen zu reservieren. Daher habe man in der eineinhalb-stündigen Mittagspause kaum etwas akkordieren können. Ende der Sitzung sei üblicherweise gegen 17 Uhr gewesen, ausnahmsweise nach vorheriger Absprache mit dem Dolmetscherteam 18 Uhr, die Rückkehr nach Hause, also nach Österreich, gegen elf Uhr nachts erfolgt. Es säßen über 20 Leute am Tisch, jeder komme mehr oder weniger zu jeder Frage zu Wort, so dass es fast unmöglich sei, produktiv an einem Tag etwas zu leisten. Man dürfe sich daher auch nicht wundern, wie schwierig es sei, einen Kompromiss zu erzielen.

Als der Diskussionsteilnehmer Verhandlungen anlässlich der Übernahmekommission zu leiten hatte, und ein vollständiger Stillstand eingetreten war, zum Teil verursacht durch die Leiterin der Abteilung, habe ihn der österreichische Justizminister gefragt, ob er sich das Projekt zutraue. Es sei ihm gelungen, die Blockade zu lockern, was jedoch dem glücklichen Umstand geschuldet war, dass er sich mit den Engländern gut verstanden habe und er sie einige Tage nach Wien einladen durfte. Der Einladung seien sie gerne gefolgt und man habe sehr davon profitiert, da man durch den Austausch ein besseres Verständnis für die Probleme des jeweils anderen entwickelt habe. All dies sei im normalen Verhandlungsprozess völlig unmöglich gewesen. Abschließend lobte er das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg als weltweit einzigartige Institution.

VII.

Abschließend hob *Fleischer* hervor, dass es für Deutschland nicht unmöglich sei, wieder eine stärkere Rolle als Taktgeber im Aktienrecht zu spielen. Als ein Beispiel aus dem GmbH-Recht verwies er darauf, dass die Unternehmergesellschaft (UG) international überall Beachtung finde. Sie sei in Dänemark, Belgien und Italien nachgeahmt worden, freilich mit unterschiedlichem Erfolg. In Belgien sei die Gesellschaft aus bestimmten Gründen kein Erfolg geworden. Aber dies zeige, dass, wenn man ein Referenzmodell habe, andere Rechtsordnungen sich daran orientieren und überlegen, ob sie dies rezipieren können. Auch im Aktienrecht gebe es den einen oder anderen Anknüpfungspunkt, ein solches Referenzmodell auszuarbeiten und vorzulegen.