

Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut

— Sektion Rechtswissenschaft —

Nr. 274

herausgegeben von

Professor Dr. Dr. Georg RESS und Professor Dr. Torsten STEIN

Dr. Christoph E. Hauschka

Frankfurt/Main

**Die Europäische Aktiengesellschaft
zwischen Einheitlichkeitsanspruch und
Nationalisierung des Statuts**

Vortrag vor dem Europainstitut der Universität des Saarlandes
Saarbrücken, den 27. Mai 1992

1992 © Europa-Institut
Universität des Saarlandes
Nicht im Buchhandel erhältlich
Abgabe gegen eine Schutzgebühr
von 10,— DM

Die Europäische Aktiengesellschaft
zwischen Einheitlichkeitsanspruch und Nationalisierung
des Statuts

Sehr geehrte Damen und Herren,

zunächst danke ich dem Europa-Institut und der Universität des Saarlandes sehr herzlich für die Einladung und Ihnen allen für Ihr Kommen zu diesem Vortrag. Wie Sie dem Thema des Vortrags sicherlich entnommen haben, werde ich über Unternehmens- und Gesellschaftsrecht referieren, somit ein für das klassische Völker- und Europarecht vielleicht noch immer irgendwie exotisches Thema. Doch habe ich dem Programm der Vortragsreihe entnommen, daß Herr Prütting bereits über Europäisches Zivilprozeßrecht referiert hat, insoweit ist ein Anfang auch in diesem Semester bereits gemacht.

Die Hinwendung des europäischen Rechts zu den Materien des Wirtschafts-, ja sogar Privatrechts ist nun zwar nicht neu, der Umstand, daß eine breite Fachöffentlichkeit hierauf aufmerksam wird, vielleicht schon eher. Der Arbeitskreis Europäische Integration hat sich in einer großen und erfolgreichen Tagung Anfang April dieses Jahres in Trier mit dem "Gemeinsamen Privatrecht" in der Europäischen Gemeinschaft ein Zeichen gesetzt. Dabei ist die Europäische Aktiengesellschaft oder SE (Societas Europae), um die es hier und heute gehen soll, eines der ältesten Vorhaben der Europäischen Gemeinschaft im Unternehmens- und Gesellschaftsrecht überhaupt. Ihre bis heute unvollendete Geschichte beginnt nur wenige Jahre nach der Unterzeichnung des EWG-Vertrages und reicht in die ausgehenden 50er und beginnenden 60er Jahre zurück.

Der EWG-Vertrag selbst hatte sich keineswegs grundsätzlich der prinzipiellen Einbeziehung der Materien des Wirtschafts- und Privatrechts enthalten. Trotzdem ist lange der Eindruck entstanden, daß das Europarecht viel näher den Materien des - in unserem, deutschen Verständnis Öffentlichen Rechts - zugeneigt sei als dem Privatrecht.

Immerhin finden wir in Art. 220 EWG-Vertrag das Ziel der Einleitung von Verhandlungen zwischen den Mitgliedstaaten genannt, die gewährleisten sollten, daß Gesellschaften des Privatrechts gegenseitig anerkannt werden. Sie sollten weiter ihren Sitz von einem Land in das andere verlegen können. Eine internationale Verschmelzung von Gesellschaften sollte ebenso ermöglicht werden. Keines dieser drei Anliegen ist bisher realisiert. Das praktische

Bedürfnis für eine Realisierung mag heute nicht mehr sehr groß sein. Längst hat die Praxis die gegenseitige Anerkennung privater Gesellschaften de facto vollzogen und sich über die Unmöglichkeit einer internationalen Verschmelzung durch Neugründung hinweggeholfen. Für die Sitzverlegung über die Grenze hat es immerhin in der jüngeren Rechtsprechung der deutschen Gerichte und des EuGH Beispiele gegeben, die eine erhebliche wissenschaftliche Resonanz gefunden haben; für die Praxis ist die Sitzverlegung weitgehend ohne Bedeutung.

Die Bestimmung, welche dem Gesellschaftsrecht den Ruf eingetragen hat, wie Herr Hommelhoff es kürzlich nannte¹, die "Erfolgsstory" der Rechtsangleichung zu bilden, ist jedoch nicht Art. 220, sondern Art. 54 Abs. 3 EWG-Vertrag. Danach sollen die Schutzbestimmungen koordiniert werden, die den privaten Gesellschaften im Interesse Gesellschafter und Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten. Die Kommission und der Rat haben hieraus eine ganze Palette gesellschaftsrechtlicher Angleichungsvorschriften entwickelt, die teilweise im Wortlaut der Bestimmung kaum noch erkennbar angelegt waren. So sind Offenlegung, Informationspflicht, Nichtigkeit, Gründung und Kapital, Verschmelzung, Rechnungslegung und Konzernrechnungslegung oder Spaltung von Gesellschaften, um nur einige Beispiele zu nennen, heute Gegenstände des Europarechts². Dabei sind wir weit davon entfernt, wirklich alle Fragen erfassen zu können und wissenschaftlich aufbereitet zu haben, die diese Perpetuierung der nationalen Gesellschaftsrechtssysteme durch Europarecht mit sich bringt. Ich nenne von den ungelösten Fragenkreisen nur als Beispiele die Privatrechtswirkung nicht umgesetzter Richtlinien oder die Staatshaftung bei nicht hinreichender oder verspäteter Umsetzung. Doch schon sollen weitere Angleichungsrichtlinien zur Struktur der Aktiengesellschaft oder zur Harmonisierung des Konzernrechts oder zu Übernahmeangeboten folgen, wenn auch absehbar ist, daß die politische Realisierbarkeit einiger der geplanten Vorhaben unter nicht allzu günstigen Vorzeichen steht. Daneben sind in vielen anderen Bereichen, wie etwa dem Arbeitsrecht oder dem Verbraucherschutz zunehmend Überschneidungen zwischen europäischer Rechtsordnung und nationalem Privatrecht und Unternehmensrecht erkennbar³.

1 Hommelhoff, Konturen eines gemeinschaftsrechtlichen Unternehmensrechts, Vortrag anlässlich der Trierer Tagung "Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft" am 2. bis 4. April 1992 (erscheint demnächst).

2 Die Fundstellen und Texte sämtlicher durchgeführter und geplanter Rechtsakte sind veröffentlicht bei Lutter, Europäisches Unternehmensrecht, 3. Aufl., Berlin 1991; die verabschiedeten Texte sind veröffentlicht in der Beck'schen Loseblattausgabe von Borries/Winkel (Hrsg.), Europäisches Wirtschaftsrecht, München (ab 1990).

3 Im Überblick hierzu Hauschka, Der Stand des Gemeinschaftsrechtlichen Rechtsangleichung drei Jahre vor Vollendung des Binnenmarktes 1992, in NJW 1989, 3048; Behrens, Das Gesellschaftsrecht im Europäischen Binnenmarkt, EuZW 1990, 13; Wieser, Stand des Europäischen Unternehmensrechts, EuZW 1992, 270.

Die Europäische Aktiengesellschaft gehörte dabei von Anfang an nicht zu den Materien, die im EWG-Vertrag selbst als Vorhaben erkennbar angelegt waren. Schon die ersten Überlegungen der Kommission Anfang der 60er Jahre ließen klar erkennen, daß nicht Rechtsangleichung betrieben werden sollte, sondern echte Neuschöpfung geplant war, ohne Vorbild im supranationalen Recht. Daß der EWG-Vertrag hierfür keine Befugnisse vorsah, störte von Anfang an nicht besonders. Man hatte schließlich das Instrument des Artikels 235 EWG-Vertrag, des Erlasses von Vorschriften für die "unvorhergesehenen Fälle", wobei es heute müßig ist, darüber zu streiten, wie "unvorhersehbar" Anfang der 60er Jahre die Europäische Aktiengesellschaft im Vergleich zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des EWG-Vertrages einige Jahre davor gewesen sein mag.

Nun sind mehr als 30 Jahre vergangen, ein greifbares Ergebnis liegt uns nicht vor. An Beteuerungen, welche die politische Bedeutung des Vorhabens unterstreichen, hat es dabei nie gefehlt, auch nicht an rechtlichen Vorarbeiten durch die Wissenschaft und die EG-Kommission. Das ursprüngliche Ziel hat sich ebensowenig geändert, das nach wie vor die Errichtung einer eigenen Rechtsform des europäischen Rechts darstellt. Eine Europäische Aktiengesellschaft als neue Rechtsform, neben den nationalen Typen von Aktiengesellschaften, eine Gesellschaft des Privatrechts, allein oder doch überwiegend auf der Grundlage europäischen Rechts sollte entstehen. Dies war von Anfang an das Ziel, und auch wenn es nicht erreicht wurde, so ist mittlerweile mit der Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung eine erste Rechtsform des europäischen Rechts im Bereich der privaten Wirtschaft entstanden, und weitere sollen folgen. Der Europäische Verein, die Europäische Genossenschaft und die Europäische Gesellschaft auf Gegenseitigkeit liegen als ausformulierte Entwürfe der Kommission vor. Es fehlt somit im Umfeld der Europäischen Aktiengesellschaft weder an dem Präzedenzfall noch an der künftigen Planung, noch an Willensbekundungen oder Vorarbeiten.

Und dennoch scheint sich etwas geändert zu haben. Das Klima, in dem die über 30jährige Idee endlich Realität werden soll, ist frostiger geworden. Marcus Lutter, der die Entwürfe der Europäischen Aktiengesellschaft von Anfang an wissenschaftlich maßgebend begleitet hat, hält diese Rechtsform neuerdings für nicht mehr erstrebenswert⁴. Der Bundesverband der Deutschen Industrie und die Europäische Arbeitgebervereinigung UNICE sind gegenüber dem Vorhaben von bemerkenswerten Zurückhaltung. In der wissenschaftlichen Literatur macht sich zunehmend Skepsis breit, wie dies der in einem der letzten Hefte des Be-

4 Lutter, Genügen die vorgeschlagenen Regelungen für eine "Europäische Aktiengesellschaft?", AG 1990, 413 (421); zurückhaltend auch Hommelhoff, Gesellschaftsrechtliche Fragen im Entwurf eines SE-Statuts, AG 1990, 422 oder Trojan-Limmer, Die geänderten Vorschläge für ein Statut der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), in RIW 1991, 1010; sowie Hauschka, Die Europäische Aktiengesellschaft (SE) im Entwurf der Kommission von 1991: Vor der Vollendung?, EuZW 1992, 147.

triebsberaters veröffentlichte Vortrag von Merkt⁵ zeigt. Sein auf der Tübinger Tagung der Gesellschaft junger Zivilrechtswissenschaftler gehaltenes Referat trägt den Titel: **Europäische Aktiengesellschaft: Gesetzgebung als Selbstzweck?** Ich glaube, es ist nicht übertrieben, wenn man behauptet, daß dieser Titel die Stimmung gut trifft.

Aus einem ehrgeizigen Stück Gesetzgebung scheint ein Prestigeprojekt der Kommission geworden zu sein, ein Stück Europäisches Gesellschaftsrecht, das keiner recht will, die Kommission allein zu Ende bringen muß, und auch dies eher, weil sie sich seit über 30 Jahren damit befaßt, als weil die Praxis dies forderte. Was ist also geschehen mit dieser Europäischen Aktiengesellschaft, wie hat sie sich verändert, warum diese Skepsis?

Dieser Frage will ich im einzelnen nachgehen. Ich will dabei versuchen, Ihnen aus zwei verschiedenen Ansätzen heraus die Veränderung zu verdeutlichen. Zum einen soll in einer kurzen historischen Betrachtung die Entwicklung nachvollzogen werden. Danach will ich Ihnen an einigen Beispielen die Veränderungen in zentralen Regelungsbereichen aufzeigen. Mit einigen Erwägungen, welche Schlüsse für die Zukunft aus diesem in vielerlei Hinsicht bemerkenswerten Stück Gesetzgebung zu ziehen sind, schließe ich meine Ausführungen.

Lassen Sie mich beginnen mit einer kurzen historischen Darstellung.

5 Merkt, Europäische Aktiengesellschaft: Gesetzgebung als Selbstzweck?, BB 1992, 652.

II. Geschichtliche Entwicklung

Den französischen Notar Thibièrge und den Rotterdamer Hochschullehrer Sanders wird man wohl die beiden Väter der Europäischen Aktiengesellschaft nennen dürfen⁶. Ersterer regte im Jahre 1959 bereits die Idee einer Aktiengesellschaft europäischen Typs an, letzterer hielt 1960 seine Antrittsvorlesung in Rotterdam zum selben Thema. Sanders legte wenige Jahre darauf ein im Auftrag der Kommission erarbeitetes, vollständiges Statut vor. Damit hatte die Societas Europae einen furiosen Start. Eine kaum weniger dynamische Entwicklung in den nächsten Jahren sollte folgen. Schon 1966 unterbreitete die EG-Kommission eine Denkschrift⁷, welche sich mit der Schaffung einer - wie man es damals nannte - Europäischen Handelsgesellschaft befaßte. Dort sind etwa so "moderne" Gründe zu lesen, wie daß sich die Gesellschaften dem entstehenden Großmarkt und den vielfach geänderten Bedingungen auf dem Weltmarkt anpassen müßten. Diese Anpassung, die Wettbewerbsfähigkeit und die Widerstandsfähigkeit der Unternehmen auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene wollte man stärken. Auch die Ermöglichung einer Emission von Wertpapieren auf europäischen statt nationalen Märkten oder die Zusammenführung von Gesellschaften verschiedener Rechtsordnungen sind noch immer, wenn auch eingeschränkt aktuelle Themen. Daneben ist die Beseitigung steuerlicher Nachteile, welche die Kommission bereits in ihrer Denkschrift 1966 herausstellt, bis heute nicht behoben. Solche Beweggründe haben Ihre Bedeutung keineswegs verloren, man könnte eher im Nachhinein der Kommission geradezu prophetischen Weitblick attestieren.

Ein wenig zögerlich war die Kommission 1966 noch im Hinblick auf die Art und Weise, wie sie ihr erklärtes Ziel der Schaffung einer Europäischen Handelsgesellschaft erreichen wollte. Ein "Einheitliches Gesetz", auf der Grundlage des nationalen Rechts, mit demselben Wortlaut in allen Mitgliedstaaten, wurde erwogen. Dabei sah die Kommission sehr wohl, daß die europäische Identität sich dann auf die formelle Gleichheit der Rechtsform beschränken müßte. Materielle Gleichheit - so die Kommission 1966 - sei nur durch einheitliche Rechtsnormen und Rechtsprechung, vor allen Dingen durch einheitliche Auslegung und deren Gewährleistung durch ein eigenständiges Gericht zu bewerkstelligen. So kam die Kommission konsequent zu dem Schluß, daß die wesentlichen Gegenstände durch eine Verordnung nach Art. 189 EWG-Vertrag zu regeln seien. Um auch die Auslegung einheitlichen Regeln zu unterwerfen, wurde die Zuständigkeit des Europäischen Gerichtshofs erwogen. Diese beiden Ziele der Schaffung einheitlichen Rechts durch die Verordnung und der einheitlichen Auslegung werden wir im Auge behalten, wenn wir später betrachten, inwieweit

6 Sämtliche Nachweise zur älteren Literatur bei Lutter (Hrsg.), Die Europäische Aktiengesellschaft, 2. Aufl., Köln 1976, 439.

7 Denkschrift der Kommission der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft über die Schaffung einer Europäischen Handelsgesellschaft, Sonderbeilage zum Bulletin 9/10-1966.

die Kommission ihr Ziel erreicht hat.

Zunächst jedoch wandte sich die Kommission Ende der sechziger und Anfang der siebziger Jahre wieder den nationalen Gesellschaften zu, bei denen sie die Publizität, die Eintragung und die Gründungsvorschriften sowie viele Einzelheiten des Auftretens im Geschäftsleben vereinheitlichte. So stammt etwa § 15 Abs. 2 und 3 HGB aus dieser ersten Richtlinie, welche 1968 erlassen wurde.

Die Arbeiten zur Europäischen Aktiengesellschaft kamen aber keineswegs zum Stillstand. Bereits im Jahre 1970 legte die Kommission einen vollständigen Entwurf für ein Statut der Europäischen Aktiengesellschaft dar, der sowohl aus der Sicht von Wissenschaft als auch aus der Sicht von Gesetzgebung noch heute den Höhepunkt der Diskussion um diese Rechtsform bildet⁸. Hier war de facto der Entwurf eines "Europäischen Aktiengesetzes" entstanden, wie man ihn damals vielfach genannt hat. Drei verschiedene Formen der Gründung - Fusion, Gründung einer Holdinggesellschaft, Gründung einer gemeinsamen Tochtergesellschaft - standen zur Wahl. Alle wesentlichen Rechtsfragen des Kapitals, der Aktionärsrechte, der Struktur von Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung, die Fragen der Arbeitnehmervertretung, des Konzernrechts und der Rechnungslegung und der steuerrechtlichen Beurteilung waren behandelt. Man wird ohne Übertreibung behaupten dürfen, daß die Kommission ihr Ziel erreicht hätte, den bestehenden Aktiengesellschaften nationalen Rechts eine weithin selbständige Aktiengesellschaft europäischen Rechts zur Seite zu stellen, wäre das Statut 1970 realisiert worden.

Dem mutigen Ansatz entsprechend war auch die unverzügliche Reaktion in Wissenschaft und Praxis. Zahlreiche Industrie- und Arbeitnehmerverbände bezogen ihre Positionen. Der europäische Arbeitgeberverband UNICE, die Union der europäischen Industrien oder die ständige Konferenz der Industrie- und Handelskammern bei der EG haben sich sofort geäußert, ebenso selbstverständlich der Europäische Bund der freien Gewerkschaften, die Deutsche Angestelltengewerkschaft oder der Europäische Gewerkschaftsbund. Aber auch Organisationen wie die deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz, der deutsche Sparkassen- und Giroverband oder die Bundessteuerberaterkammer gaben schriftliche Stellungnahmen ab. Selbstverständlich waren alle gesetzgeberischen Institutionen beteiligt, der Rechtsausschuß des Europäischen Parlaments äußerte sich fünfmal, der Wirtschafts- und Sozialausschuß dreimal und auch das Bundesjustizministerium oder die englische Law Society meldeten sich mehrfach zu Wort.

8 Die Texte der Entwürfe 1970 und 1975 sind gegenübergestellt in BT-Drucksache 7/3713, die Entwürfe 1989 und 1991 gegenübergestellt in BT-Drucksache 12/1004.

Ebenso umfänglich war die Reaktion der Wissenschaft. Eine im Jahre 1974 vorgelegte Bibliographie konnte vier Jahre nach Veröffentlichung des Entwurfs bereits ca. 300 Fachveröffentlichungen zum Thema Europäische Aktiengesellschaft aufführen⁹. Gerade die deutsche Wissenschaft tat sich hierbei besonders hervor. Mit dem von Lutter herausgegebenen Sammelband zur Europäischen Aktiengesellschaft, der 1976 bereits in 2. Auflage erschien, entstand eine umfassende Stellungnahme der damals führenden Persönlichkeiten des deutschen Gesellschafts- und Steuerrechts in kürzester Zeit. Auf insgesamt 440 Seiten äußerten sich Westermann, Rittner, Mertens, Geßler, Hopt, Schneider und Busse von Colbe, um nur einige Namen zu nennen.

Zur gleichen Zeit jedoch begann in Wirtschaft und Politik der Widerstand gegen das Vorhaben Konturen zu gewinnen. Vor allem einige dem deutschen Recht entlehnte Elemente wie die Struktur der Gesellschaft mit Vorstand und Aufsichtsrat, die umfassende Arbeitnehmerbeteiligung und das Recht der abhängigen Unternehmen wurden zum Thema. So waren die Stellungnahmen der Arbeitgeberseite bei weitem nicht alle positiv, auch wenn im Grundtenor die Gesellschaftsform immer wieder begrüßt wurde. Die Kommission verhartete einseitig in einer zunehmend defensiven Position, nahm etwa die umfassende Würdigung des Vorhabens durch die deutsche Wissenschaft, wie Hommelhoff erst kürzlich wieder kritisiert hat, so gut wie nicht zur Kenntnis. Andere Themen rückten in den Vordergrund, die Zweite Gesellschaftsrechtliche Richtlinie befaßte sich im Jahre 1976 eingehend mit Gründung und Kapitalerhaltung bei nationalen Aktiengesellschaften. Die Diskussion um die nie verabschiedete fünfte Richtlinie und neunte Richtlinie hielt an, verlief teilweise parallel zur entsprechenden Diskussion bei der Europäischen Aktiengesellschaft.

Im Jahr 1975 versuchte die Kommission in einem geänderten Entwurf, ihren Kritikern entgegenzukommen. Dabei war die Verlustliste schon damals unübersehbar. Die Mitbestimmung wurde stark vereinfacht, die Struktur modifiziert, im Konzernrecht sind die Streichungen unübersehbar. Diese Tendenz der Streichung und Kürzung, verbunden mit Verweisungen auf nationales Recht, setzt sich in den Vorschlägen 1989 und 1991 fort, auf die ich später in einigen Punkten näher eingehe.

So sind in diesen beispielsweise die Mitbestimmung aus dem Ordnungstext herausgenommen und in eine eigene Richtlinie gefaßt. Das Statut, also das Gesellschaftsrecht der Europäischen Aktiengesellschaft an sich, umfaßt im Entwurf 1991 mit 137 Artikeln nur noch die Hälfte der ursprünglichen 284 Bestimmungen. Doch würde man dem Ausmaß der Veränderung der Entwürfe zwischen 1970 und 1991 nicht gerecht, wollte man diese allein nach der Anzahl der Artikel beurteilen.

9 Lutter (oben Fu. 6), 439.

III. Institutionelle Veränderungen

Ich bin damit bei dem nächsten Teil meines Referates angelangt, den Veränderungen, welche die Europäische Aktiengesellschaft in zentralen Bereichen in der Abfolge der mittlerweile vier Entwürfe erfahren hat. Ich will Sie dabei nicht mit Einzelheiten der möglichen Gründungsgesellschafter oder den Modalitäten der Kapitalaufbringung langweilen und mich stattdessen auf einige zentrale Bereiche konzentrieren. Hierfür greife ich heraus die Behandlung der Frage der Auslegung der Rechtsvorschriften des Statuts, nachdem die Behandlung der Auslegungsfrage letztlich darüber entscheidet, ob die Europäische Aktiengesellschaft ihrem Anspruch gerecht werden kann, tatsächlich eine einheitliche, europäische Rechtsform zu bilden. Daneben sollen die Fragen der Struktur der Gesellschaft in ihren Leitungsorganen, die Mitbestimmung, das Konzernrecht, die Besteuerung und letztlich die Frage der für die Beurteilung aller vorstehenden Rechtsfragen zuständigen Gerichtsbarkeit näher betrachtet werden.

Hierzu im einzelnen:

a) Auslegung

Daß die Frage der Auslegung des Statuts der Europäischen Aktiengesellschaft ein mehr als schwieriges Problem darstellen würde, war der Kommission und allen mit dem Statut befaßten Interessenten von Anfang an klar. Letztlich stand fest, daß eine vollständig befriedigende Lösung nicht gefunden werden konnte. Eine Auslegung innerhalb des Systems eines Europäischen Zivilrechts scheiterte an der Nichtexistenz eines solchen Rechtssystems. Eine Auslegung europäischen Einheitsrechts mit den Mitteln der nationalen Rechtsordnungen war - gemessen am Einheitlichkeitsanspruch - stets ein Kompromiß.

Nehmen wir zur Verdeutlichung Art. 52 des Statuts der Europäischen Aktiengesellschaft als Beispiel. Dieser enthielt in der ursprünglichen Fassung von 1970 folgende Bestimmung zur Übertragung von Inhaberaktien:

"Inhaberaktien werden durch Übergabe der Aktienurkunde übertragen."

Dies klingt nach einer einfachen, kaum simpler vorstellbaren Regelung; und doch sind bereits die Zweifelsfragen ganz erheblich, welche dieser so einfach scheinende Grundsatz aufwirft. So bedarf es eigentlich nur der Erinnerung an die Einführungsvorlesung in das BGB, um bereits beim Begriff der Übergabe stutzig zu werden. Denn da steht "Übergabe", wohlgemerkt, nicht "Einigung und Übergabe". Es er-

scheint kaum vorstellbar, daß der schlichte Realakt genügen, ein Konsens entbehrlich sein sollte. Sicherlich sollte man den Begriff "Übergabe" nun so interpretieren, daß es eine stets von einem beidseitigen Willen getragene, die Einigung vollziehende Übergabe sein müsse. Doch bereits die Frage, nach welchen Rechtsregeln diese Interpretation erfolgen muß, verdeutlicht unser Problem. Selbstverständlich gibt es keine Regelung europäischen Rechts für Einigungen und Übergaben, weder für Aktien noch für sonstige Rechtsgüter. Es gibt nicht einmal eine Definition der Einigung oder Übergabe. Der gesamte rechtliche Rahmen des Privatrechts ist auf der Ebene des europäischen Gesetzgebers nicht vorhanden. Vorliegend fehlt vor allem eine europäische Regelung des Sachenrechts, in die ein Vorgang wie die Übergabe einer Aktie eingebunden sein müßte.

Bei unserem Eingangsbeispiel mag man sich noch mit Rechtsvergleichung und ein wenig Menschenverstand behelfen. Doch schon die nächste Frage, ob beispielsweise ein Besitzkonstitut eine solche Übergabe ersetzen kann, ist das europäische Recht aus sich heraus ernsthaft nicht mehr in der Lage zu lösen. Wir haben eine Situation, als hätte der Gesetzgeber etwa in der Bundesrepublik das Aktiengesetz erlassen, um bei dem Beispiel zu bleiben, das in allen Bundesländern gelten sollte, während jedes Bundesland sein eigenes BGB, sein eigenes Schuld- und Sachenrecht hätte und diese nicht unerheblich voneinander abwichen. Selbstverständlich wird die deutsche Rechtsordnung mit ihrem Abstraktionsprinzip andere Anforderungen an die Übertragung von Namensaktien stellen, als dies beispielsweise in Großbritannien der Fall sein wird, oder in anderen Ländern, die das Abstraktionsprinzip nicht kennen. Damit zeigt sich aber die Unlösbarkeit des Problems. Wie auch immer der europäische Gesetzgeber Auslegungsregeln definiert, stets werden die nach diesen Regeln ausgelegten Begriffe auf einen verschiedenen Begriffshintergrund fallen und verschieden aufgefaßt werden, solange ein gemeineuropäisches Privatrecht nicht oder - vielleicht besser gesagt - nicht wieder existiert.

Entsprechend unbeholfen fielen denn auch die Versuche aus, sich im Rahmen der Entwürfe zur SE aus diesem grundsätzlichen Dilemma zu befreien. So wollten die ersten Entwürfe 1970 und 1975 die nicht ausdrücklich geregelten Rechtsfragen nach den "allgemeinen Grundsätzen entscheiden, auf denen das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft beruhe". Wo dies keine Lösung ergeben hätte, wollte man auf die "gemeinsamen Regeln oder die gemeinsamen allgemeinen Grundsätze der Rechte der Mitgliedstaaten" abstellen. Dieser Gedanke war nicht ganz neu. Auch in den Haager Kaufgesetzen und bei der Haftung der EG hatte man sich bereits ähnlich beholfen, allerdings ohne daß die Probleme dort praktische Bedeutung erlangt hatten.

Wenn wir nun auf das Gesellschaftsrecht und unser Beispiel des Besitzkonstituts und die Regelung der Übertragung einer Aktie zurückkommen und die obige Regel anwenden wollen, so finden wir weder im Statut selbst noch in den allgemeinen Grundsätzen, auf welchen das Statut beruht, eine Lösung. Zur Lösung dieser Rechtsfrage hätte man also die "allgemeinen gemeinsamen Regeln oder Grundsätze des Rechts der Mitgliedstaaten" zu bemühen. Dies zeigt gleichzeitig, vor welche fast unlösbare Aufgabe die Auslegung den Anwalt oder Richter gestellt hätte. Für eine im nationalen Recht so einfach zu beantwortende Frage wie die Möglichkeit eines Besitzkonstituts hätte Rechtsvergleichung in heute zwölf verschiedenen Rechtsordnungen betrieben werden müssen. Nur um den dinglichen Erwerb einer Aktie festzustellen, hätte das griechische Recht etwa mit dem portugiesischen, das spanische mit dem dänischen verglichen werden sollen. Kaum vorstellbar, wie der Richter am Amtsgericht, welcher etwa mit der Handelsregistereintragung befaßt gewesen wäre, solche Probleme hätte lösen sollen. Die Rechtsanwendungsprobleme, die hier aufgetreten wären, wird man schlechthin als unlösbar betrachten können.

Dies sah wohl auch die Kommission, welche diese "gemeinsamen Rechtsgrundsätze" im Entwurf 1989 ganz einfach herausgestrichen hat. Damit verblieb es bei "den allgemeinen Grundsätzen, auf denen die Verordnung beruht", und die ebensowenig hilfreich waren. Bereits zwei Jahre später, im Entwurf 1991, sind auch dann diese "allgemeinen Grundsätze" ebenfalls gestrichen worden. Nun unterliegen Europäische Aktiengesellschaften nur noch, wie es heißt, den "Bestimmungen dieser Verordnung" und - soweit die Verordnung dies zuläßt -, den von den Parteien "in der Satzung getroffenen Bestimmungen". Dies nun allerdings ist in beiden Punkten eine Selbstverständlichkeit, eine Regelung hätte man hierfür nicht benötigt.

Die Satzung einer Aktiengesellschaft kann dabei selbstverständlich aber nicht alle in einer Privatrechtsordnung beantworteten Probleme lösen. Also hilft nur noch die Heranziehung einer subsidiär geltenden Rechtsordnung. Hier unterwirft der Entwurf 1991 die Europäische Aktiengesellschaft ganz einfach den "in ihrem Sitzland geltenden" Rechtsvorschriften. Damit nun ist die Unlösbarkeit des Auslegungsproblems offenkundig, der Sündenfall komplett. Lutters Befürchtung ist wahr geworden, es entstehe nicht eine Europäische Aktiengesellschaft, sondern vielleicht 12, wenn nicht gar 24 oder 48 verschiedene Typen¹⁰. Die Europäische Aktiengesellschaft ist damit dem nationalen Recht näher als ihrem ursprünglichen Anspruch. Selbst das Einheitsgesetz, wie es in der ersten Denkschrift 1966 vorgesehen war, muß man wohl aus heutiger Sicht demgegenüber nicht als Rückschritt, sondern eher als Fortschritt be-

10 Lutter (oben Fu. 4), AG 199, 420.

trachten. Es hätte bei der noch im Entwurf 1970 vorzufindenden Regelungsdichte letztlich mehr an Einheitlichkeit gewahrt als der schlichte Bezug auf das nationale Recht.

Dies aber stellt das Projekt der Europäischen Aktiengesellschaft insgesamt in Frage: Wenn ohnehin nationales Recht gilt, wofür dann noch eine neue, europäische Rechtsform? Sollte man nicht vielleicht die Rechtsangleichung im Bereich des Rechts der nationalen Aktiengesellschaft vorantreiben, statt zwölf existierenden Rechtsformen einen derartigen Mischtyp zur Seite zu stellen? Dies sind ungelöste Fragen. Lassen Sie uns diese im Auge behalten, zunächst aber noch einige andere Strukturveränderungen beachten, etwa im Bereich der Organisation.

b) Struktur der Aktiengesellschaft

Ursprünglich sahen die Entwürfe im Hinblick auf die Organe eine Lösung vor, wie sie letztlich auch im deutschen Recht wiederzufinden ist: Vorstand, Aufsichtsrat, Hauptversammlung. Ähnliche Pläne verfolgte die Kommission Anfang der 70er Jahre noch für alle, auch die nationalen Aktiengesellschaften, mit ihrem Entwurf für eine Fünfte Gesellschaftsrechtliche Richtlinie. Doch sowohl bei der Fünften Richtlinie als auch in den Statutentwürfen der Europäischen Aktiengesellschaft zeigte sich bald, daß der Widerstand einiger Mitgliedsstaaten kaum überbrückbar erschien. Und so finden wir in den Entwürfen 1989 eine "dualistische" und eine "monistische" Lösung. Wenn man sich diese beiden Modelle näher ansieht, so wird man schnell feststellen, daß sich hinter der dualistischen Lösung das deutsche Modell mit Vorstand und Aufsichtsrat verbirgt, während die monistische Lösung dem angelsächsischen Board-Modell entstammt. Beide Modelle stehen zur Wahl. Die Europäische Aktiengesellschaft mit Sitz in England ist also von der Struktur her somit den dortigen nationalen Aktiengesellschaften ähnlicher als derselben europäischen Rechtsform in der Bundesrepublik. Nehmen wir die Arbeitnehmermitbestimmung als anderes Beispiel.

c) Mitbestimmung

1970 hatte die Kommission einen europäischen Betriebsrat vorgesehen, dem ein Konzernbetriebsrat und eine Vertretung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat zur Seite stand. 1975 bereits waren die entsprechenden Bestimmungen erheblich gekürzt. 1989 wurden sie völlig gestrichen. Die Kommission hatte die gesamte Problematik aus dem Verordnungstext herausgenommen und in eine eigene, parallel zu verabschiedende Richtlinie gefaßt. Daß dies ein relativ simpler Umgehungsversuch zur Ver-

meidung des Einstimmigkeitserfordernisses in 100 a Abs. 2 EWG-Vertrag gewesen ist, ist vielfach kritisiert worden und soll hier nicht weiter vertieft werden. Inhaltlich stehen damit nun drei Modelle zur Wahl. Europäische Aktiengesellschaften mit Sitz in der Bundesrepublik können das deutsche Betriebsratsmodell erhalten, die ausländischen Gesetzgeber können dieses Modell oder eine Art Betriebsvereinbarung oder die Mitbestimmung im Aufsichtsrat zur Regelung der Mitbestimmungsfragen wählen. Letztlich stehen die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, die Vertretung in einem separaten Organ und die Tarifvertragslösung dem nationalen Gesetzgeber nebeneinander zur Auswahl.

d) Konzernrecht

Wenn wir nun zum Konzernrecht, dem Recht der verbundenen Unternehmen übergehen, finden wir die ursprüngliche, an das deutsche Aktienrecht angelehnte umfangreiche Regelung in den neueren Entwürfen ganz einfach nicht mehr vor. In einem einzigen Artikel regelte Art. 114 des Entwurfs 1989 nur noch, daß für das Konzernrecht das im Sitzstaat anwendbare Recht gelten soll. Im Entwurf 1991 hat die Kommission schließlich auch noch diese Bestimmung gestrichen. Nach der Globalverweisung in der Auslegungsregel war sie entbehrlich geworden; schließlich gilt jetzt für alle Zweifelsfragen ohnehin nationales Recht.

e) Steuerrecht

Das gleiche Bild ergibt sich im Steuerrecht. Auch hier ist die umfangreiche ursprüngliche Regelung auf eine einzige Bestimmung zusammengeschrumpft. Diese wiederum sieht eine Regelung vor, wie sie durch andere Rechtsakte der Kommission wohl demnächst ähnlich auch für alle nationalen Gesellschaften eingeführt werden wird, und auf die dann ebenfalls verwiesen werden kann.

f) Gerichtbarkeit

So verbleibt es am Schluß nur noch zu bemerken, daß selbstverständlich auch eine Zuständigkeit des EuGH für die Europäische Aktiengesellschaft nie wieder diskutiert worden ist. Nationale Gerichte sollen nunmehr über alle Rechtsfragen entscheiden, wie dies angesichts der Nationalisierung des Statuts möglicherweise auch inzwischen nur noch begrüßenswert ist.

IV. Konsequenzen für die Europäische Aktiengesellschaft und die Diskussion um ein Europäisches Privatrecht

Was ist also geblieben von der Europäischen Aktiengesellschaft, sollte sich die Kommission im Rat doch noch durchsetzen und der Verordnungsentwurf noch in diesem Jahr Gesetzeskraft erlangen? Nicht sehr viel, wird man wohl sagen müssen, eine seltsam anmutende Mischform, welche die in allen zwölf Mitgliedstaaten bekannte Rechtsform der Aktiengesellschaft ein wenig modifiziert und ihr das Etikett "Europäische Aktiengesellschaft" anheftet, das sie eigentlich nicht mehr verdient. Eine Europäische Aktiengesellschaft in dem Sinne, wie sie ihren Vätern in den 60er Jahren vorschwebte, werden wir damit nicht mehr bekommen. Vielleicht war die Zeit für sie einfach noch nicht reif. Möglicherweise ist es sinnvoll, sich erst über die Rahmenbedingungen, über eine Fortentwicklung eines europäischen Unternehmens- und Privatrechts Gedanken zu machen, bevor man immer weitere Einzelmaterien herausgreift, um sie einer Sonderregelung zuzuführen.

In diesem Sinne hat schließlich das Europäische Parlament vor einigen Jahren die Erarbeitung eines Europäischen Zivilgesetzbuches gefordert¹¹, auch wenn diese Forderung bislang wenig Resonanz gefunden hat. In der Bundesrepublik verbindet sich seit langem der Ruf nach dem Europäischen Zivilgesetzbuch mit dem Namen Tilmann¹², der zuletzt auf der Trierer Tagung zum Europäischen Privatrecht im April dieses Jahres die Realisierung eines solchen Zivilgesetzbuches für Europa schon in den nächsten Jahrzehnten für denkbar hielt. Man mag nicht nur darüber streiten, ob dieses Anliegen realisierbar ist, schon die Frage, ob dies überhaupt wünschenswert wäre, läßt sich sicher kontrovers diskutieren. So sind es denn auch einige wesentlich bescheidenere Forderungen, die meines Erachtens an den Gesetzgeber in Europa zu stellen wären, solange die umfassende Lösung durch ein Europäisches Zivilgesetzbuch unerreichbar ist, wie dies in den nächsten Jahrzehnten wohl der Fall sein dürfte.

Hier ist es vor allem die Art und Weise der Rechtsetzung im Unternehmens- und Privatrecht, die Sorgen bereitet. So mag man die Entwürfe von 1970 und 1975 zur Europäischen Aktiengesellschaft noch für Beispiele einigermaßen ausgereifter Gesetzgebungstechnik im Bereich des Unternehmensrechts halten. Die Entwürfe von 1989 und 1991 verdienen diese Wertung wohl nicht mehr, selbst wenn es nicht die Kommission ist, die hieran die alleinige Schuld trifft. Wenn wir die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung betrachten,

11 Entschließung zu den Bemühungen um eine Angleichung des Privatrechts der Mitgliedstaaten, ABl. Nr. C 158/400 vom 26.06.1989.

12 Tilmann, Eine Privatrechtskodifikation für die Europäische Gemeinschaft, Vortrag anlässlich der Trierer Tagung "Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft" am 2. bis 4. April 1992 (erscheint demnächst).

so ist diese mit einem Schreibfehler in der Bezeichnung Europäisches Recht geworden, der deutsche Gesetzgeber hat den Irrtum gleich in die Ausführungsgesetzgebung übernommen. Eine demnächst erscheinende, von Herrn Assmann betreute Dissertation zum Thema "Analyse der Konzeption des Europäischen Gesellschaftsrechts" kommt grob gesagt zu der Erkenntnis, daß es eine solche Konzeption nicht gäbe. Aus der Sicht der Praxis kann man diese Erkenntnis leider nur bestätigen. Zu den Entwürfen der Kommission zum Europäischen Verein, zur Europäischen Gegenseitigkeitsgesellschaft und zur Europäischen Genossenschaft hat Uwe Schneider kürzlich angemerkt, die Gemeinschaft möge nicht Gesellschaftsrecht betreiben, als handle es sich um die Marktordnung für Bananen oder Hülsenfrüchte¹³. Dies ist harsche Kritik, aber sie trifft den Kern. Die vorgelegten Entwürfe sind nicht brauchbar, weil sie nicht auf die Besonderheiten der jeweiligen Rechtsform eingehen; trotzdem sollen sie bis Ende dieses Jahres verabschiedet werden. Diese inflationäre Tendenz der Gesetzgebung, die Gesetzgebung um jeden Preis, welche nun auch zunehmend das Unternehmens- und Privatrecht erfaßt, ist eine Gefahr für die Gemeinschaft schlechthin. In dem Maße, in dem einer breiteren Fachöffentlichkeit die mangelnde Sorgfalt in der Gesetzgebungstechnik bewußt wird, dürfte zwangsläufig die Kritik an der Gemeinschaft an der Art und Weise der Rechtssetzung im Gemeinschaftsrecht zunehmen.

Diese mangelnde Sorgfalt läßt sich auch nicht mit dem Hinweis auf das fehlende Personal bei der Kommission allein zu rechtfertigen. Zwar ist die personelle Ausstattung der Generaldirektion III, welcher nur einige wenige Beamte zur Abdeckung des gesamten Gesellschaftsrechts zur Verfügung stehen, in der Tat völlig unzureichend; die Hoffnung, daß sich im Rahmen der Neuordnung der Agrarmärkte eine Besserung einstellen wird, ist eher gering. Doch ist auch das vielfach kritisierte Verfahren der "Brüsseler Geheimdiplomatie", mit welchem die Kommission weite Teile der Wissenschaft und Praxis von ihrer Tätigkeit fernhält, ein klarer Kritikpunkt. Zunehmend wird deutlich, daß das Gesellschaftsrecht - wie im allgemeinen das Privatrecht - nicht am "grünen Tisch" in schnelle Entwürfe gefaßt werden sollte. Hier ist eine weit engere Zusammenarbeit mit der Wissenschaft, vor allem mit den Disziplinen der Rechtsgeschichte und der Rechtsvergleichung gefordert. Nur vor dem Hintergrund einer breiten Diskussion in Wissenschaft und Praxis, welche die historischen Ursprünge des Rechts sichtbar werden läßt, kann ein neues "Ius Commune" gefunden werden, von dem in letzter Zeit so viel die Rede ist¹⁴. Nur eine breite Zusammenarbeit zwischen Kommission, Wissenschaft und Praxis kann letztlich zu Gesetzesentwürfen führen, welche dann auch im Europäischen Wirtschafts- und Privatrecht dieselbe legislative Qualität

13 Schneider, Europäischer Verein, Europäische Genossenschaft, Europäische Gegenseitigkeitsgesellschaft, Editorial zu Heft 7/1992 der EuZW.

14 Etwa Zimmermann, Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit, JZ 1992, 8; zum gemeineuropäischen Privatrecht Coing, Europäisches Privatrecht, Bd. I und II, München 1985 und 1989.

aufweisen werden, die man von den Texten nationaler Gesetzgeber als selbstverständlich erwartet. Hier ist sicherlich noch einiges zu verbessern, bevor man daran denken kann, die Jahrhundertaufgabe "Europäisches Zivilgesetzbuch" anzugehen, welche die seit 200 Jahren verlorene Rechtseinheit Europas wiederherstellen könnte. Sie kann ein Ziel bilden, dem wir uns behutsam nähern sollten, Schritt für Schritt durch Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte begleitet, ohne übereilte Entwürfe und Zeitdruck. Nur so kann diese Aufgabe gelingen, wenn der Gesetzgebungsprozeß der Gemeinschaft von der Übermaßproduktion zurückfindet zu den traditionellen Werten bester nationaler Gesetzgebungstradition, deren Verlust wir leider auch im Inland zunehmend beklagen.

Damit bin ich am Ende meines Referats und danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit.