

Tobias Kahnert

Rechtsetzung im Europäischen Gesellschaftsrecht

Harmonisierung, Wettbewerb,
Modellgesetze

Mohr^{*} Siebeck

Inhaltsverzeichnis

Vorwort

Kapitel 1: Einführung und Überblick

Kapitel 2: Zentrale Rechtsetzung/Harmonisierung

A. Grundlagen gesellschaftsrechtlicher Harmonisierung

I. Vertragliche Grundlagen

1. Begriff der Harmonisierung

- a) Rechtsvereinheitlichung vs. Rechtsangleichung
- b) Harmonisierungsniveau: Vollharmonisierung, Mindestharmonisierung, Kernbereichsharmonisierung
 - aa) Ideal der vollständigen Harmonisierung
 - bb) Aufgabe des ursprünglichen Ansatzes
 - cc) Kernbereichsharmonisierung
 - dd) Mindestharmonisierung auf Ebene der Richtlinie

2. Rechtsetzungskompetenz

- a) Rechtsgrundlage (Art. 50 Abs. 2 lit. g AEUV)
 - aa) Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung
 - bb) Sachlicher Anwendungsbereich
 - cc) Einschränkungen des Anwendungsbereichs – „Erforderlichkeit“
- b) Subsidiaritätsprinzip
 - aa) Negativ- und Positivkriterium
 - bb) Problem der Zielvorgaben
 - cc) Bewertung

3. Form und Verfahren der Rechtsetzung

- a) Richtlinie
- b) Verfahren der Mitentscheidung
- c) Verordnung
- d) Empfehlungen

II. Ökonomische Grundlagen

1. Die Principal Agent Theorie

- a) „Firm as a nexus of/for contracts“
- b) „Principal Agent“-Problem

2. Informationsökonomie *

3. Theorie vom Marktversagen	35
a) Legitimation regulierendeingriffe	35
b) Fälle des Marktversagens	37
c) Bedeutung für das Gesellschaftsrecht	39
III. Notwendigkeit gesellschaftsrechtlicher Harmonisierung	42
1. Integrationsziele	43
a) Allgemeine Zielsetzung und Rolle des Europäischen Gesellschaftsrechts	43
b) Ausgleich divergierender Interessen als Grund für Harmonisierung?	46
c) Herstellung von Mobilität	47
aa) Produktmobilität	48
bb) Faktormobilität	50
cc) Gesellschaftsmobilität	51
2. Verhinderung eines regulativen Wettbewerbs?	52
a) Eliminierung von Wettbewerbsvorteilen oder-Verzerrungen	52
b) Ist regulativer Wettbewerb vertraglich geboten?	54
3. Modernisierung des Gesellschaftsrechts	55
4. Vorteile zentraler Rechtsetzung	57
a) Transaktionskosten	57
b) Sonstige Vorteile	60
IV. Ergebnis	60
B. Nachteile und Probleme europäischer Rechtsetzung	63
I. Grundsätzliche Problematiken	64
1. Nachteile zentraler Rechtsetzung	64
2. Insbesondere: One size does not fit all	65
a) Unterschiedliche Principal Agent-Probleme	66
aa) Bedeutung unterschiedlicher Beteiligungsstrukturen	66
bb) Erkenntnisse aus der empirischen Corporate Governance-Forschung	70
b) Komplementaritäten	71
3. Rechtsvergleichung als Voraussetzung der Rechtsangleichung	74
II. Systemische Probleme	75
1. Mangelnde Geschwindigkeit der Rechtsetzung	75
2. Sperrwirkung des Unionsrechts	76
3. Mangelnde Kohärenz	78
4. Überregulierung/Interdependenzen	79
III. Probleme des Harmonisierungsmittels	80
1. Anwendungsbereich der Richtlinien	80
2. Zeitliche verzögerte Umsetzung	82
3. „Vergoldung“ europäischer Rechtsetzung	83
4. Nationale Divergenz aufgrund von Optionen und Wahlrechten	84

5. Divergenz aufgrund mangelnder Kontrolle	86
6. „Versteinerung“ der nationalen Rechte	86
IV. Probleme einheitlicher Rechtsanwendung	88
1. Richtlinienkonforme Auslegung	88
2. Vorabentscheidungsverfahren des Gerichtshofs	88
V. Ergebnis	90
C. Welches Maß an Harmonisierung?	91
I. Dilemma der Rechtsetzungsbefugnisse de lege lata	91
II. Binnenmarktintegration und Systemwettbewerb	92
1. Dichotomie: Harmonisierung – Dezentralisierung	92
2. Systemwettbewerb als zentraler Bestandteil des Binnenmarkts	93
3. Harmonisierung im Dienste des Systemwettbewerbs	94
a) Rechtstatsächliche Entwicklungen	97
b) Harmonisierungsgrad	98
III. Neutrale, beschränkende, erweiternde Regelungen	99
1. Focal point rules	99
2. Einschränkende Regelungen	101
a) Fiduciary Duties	101
b) Schutz Dritter	102
3. Erweiternde Regelungen	105
IV. Fazit	106
Kapitel 3: Dezentrale Rechtsetzung	109
A. Einführung	110
I. Vorteile dezentraler Rechtssetzung	110
1. Wettbewerb als Entdeckungsverfahren	110
2. Transaktionskostenvorteil aufgrund von „path dependence“ ..	112
3. Historische Vergleiche	113
II. Dezentrale Rechtssetzung als effiziente Lösung des Harmonisierungsdilemmas?	113
III. Arten des Wettbewerbs	115
1. Yardstick Competition	115
2. Interjurisdiktioneller Standortwettbewerb	116
3. Regulativer Wettbewerb	117
a) Grundsätzliches Konzept	117
b) Regulativer Wettbewerb im Gesellschaftsrecht	" 118

B. Die US-amerikanische Erfahrung	120
I. Zuständigkeit der Einzelstaaten	120
II. Voraussetzungen eines regulatory competition	121
1. Gesellschaftskollisionsrecht	121
2. Nachfrageseite	123
3. Angebotsseite	124
III. Ablauf des regulatory competition	126
1. Phasen der Deregulierung	127
2. Race to the bottom?	128
3. Race to the top?	130
4. Differenzierende Position (Bebchuk)	132
5. Rechtsetzung im Schatten zentraler Intervention	135
6. Empirischer Befund	135
IV. Bewertung	138
C. Parallelen in Europa?	140
I. Gesellschaftsmobilität in Europa	140
1. Grundsätzliche Implikationen der Sitztheorie	140
a) Verlegung des Verwaltungssitzes ins Ausland	142
b) Verlegung des Verwaltungssitzes in das Inland	142
c) Auswirkungen auf die Mobilität	143
2. Sitztheorie und die Rechtsprechung des EuGH	145
a) Daily Mail	146
b) Centros, Überseering, Inspire Art	146
c) Die Auswirkungen von Cartesio	147
d) Grenzüberschreitende Verschmelzungen nach SEVIC-Systems	148
e) Folgerungen für die Mobilität	148
f) Satzungssitzverlegung	150
3. Auswirkungen der 10. und 14. Richtlinie	151
a) 10. Richtlinie über grenzüberschreitende Verschmelzungen	152
aa) Erfordernis der Doppelbeurkundung	153
bb) Mitbestimmung	153
cc) Steuerrecht	155
b) 14. Richtlinie	159
II. Anzeichen regulativer Arbitrage in der Praxis?	162
1. Kostenanalyse	162
2. Empirische Studie von Becht/Mayer/Wagner	165
3. Studien von Niemeier und Bayer/Hoffmann	168
4. Studie von Bratton/McCahery/Vermeulen	170
5. Bewertung	172

III. Angebotsseite: Werden die Mitgliedstaaten miteinander in Konkurrenz treten?	173
IV. Unterschiede USA – EU	176
1. Gesellschaftsformen	177
2. Beteiligungsstruktur	179
3. Art der Arbitrage	180
4. Zulässigkeit von „franchise taxes“	181
5. Kultur und Sprache	182
V. (Erwarteter) Verlauf des europäischen Wettbewerbs	183
1. Bisherige Entwicklung	183
a) Private Companies	183
b) UK als Hafen für Public Companies?	185
c) Tendenz zur Beteiligungsentstrickung?	186
aa) Empirische Studien von Wójcik und Thomsen	187
bb) FESE – Share Ownership 2008	188
cc) DAI-Factbook 2011	190
dd) Mitteilungen bedeutender Stimmrechte gem. § 21 WpHG	192
ee) Folgerungen	192
2. Entstehen eines europäischen Delaware?	193
3. „Race to the top“?	193
a) Formation Arbitrage	196
b) Reinkorporation	197
aa) Private Benefits of Control	198
bb) Mitbestimmung	199
cc) Gläubigerschutz	200
dd) Aktionärsbeteiligung	201
ee) Weitere Ansätze	202
VI. Bewertung	204
 Kapitel 4: Modellgesetze	 207
A. Das EMCA Projekt	207
B. Rechtsvergleich USA	208
I. Rechtsvereinheitlichung in den USA	209
1. American Law Institute	209
a) Restatements	210
b) Principles of Corporate Governance	212
c) Verfahren	213
2. Commissioners on Uniform State Laws	215
II. (Revised) Model Business Corporation Act	217

1. Geschichtliche Entwicklung	217
a) Uniform Business Corporation Act	217
b) Model Business Corporation Act	218
2. Funktionsweise	219
3. Committee on Corporate Laws der American Bar Association	220
a) Zusammensetzung	220
b) Verfahren und Form	221
4. Der MBCA als geeignetes Instrument gesellschaftsrechtlicher Reform?	222
C. Anspruch und Realität des EMCA	223
I. Rechtsnatur des EMCA	223
1. Soft Law Instrument	223
a) Privatisierung des Rechts als Ausdruck von soft-law	223
b) Frage der Geltung von soft-law	225
aa) Funktions- und Geltungsbegriffe	223
bb) Moralische Geltung des EMCA	228
cc) Geltung als Recht?	229
(1.) Begründung juristischer Geltung mit moralischem Geltungsbegriff?	229
(2.) Begründung juristischer Geltung mit sozialem Geltungsbegriff?	230
c) Demokratiedefizit	231
2. Vergleich zu anderen europäischen Privatrechtsvorhaben	233
a) Konzeption	234
aa) PECL	234
bb) UNIDROIT-Principles	235
cc) EMCA	236
b) Adressatenkreis und Wirkungsweise	236
aa) Principles	236
bb) EMCA	238
3. Restatement, Model Law oder Principles?	239
II. Vorzüge privater Normierung	240
1. Ökonomische Perspektive	241
2. Rechtssoziologische Perspektive	242
III. Erfolgsbedingungen	244
1. Funktions Voraussetzungen	244
a) Arbeitsgruppe	244
aa) Zusammensetzung	244
bb) Unabhängigkeit	245
cc) EMCA	246
b) Verfahren und Form	248
aa) Bedarfsprognose	248
bb) Qualität durch Verfahren	249

cc) Transparenz	250
dd) EMCA	251
c) Inhaltliche Ausgestaltung und Überzeugungskraft	252
aa) Inhaltliche Struktur	252
bb) Überzeugungskraft?	253
d) Institutionelle Verankerung	254
aa) Qualität und quasi-gesetzliche Autorität	254
bb) Anbindung an die Kommission als funktionales Äquivalent? ..	255
cc) EMCA	256
e) Fortlaufende Überarbeitung	258
2. Regulativer Ansatz	259
3. Mögliche Anwendungsbereiche	261
a) Allgemeine Funktionen	261
aa) Wissenschaftliche Funktion	261
bb) Prüfstein- und Bausteinfunktion	262
b) Besondere Funktionen	263
aa) Beendigung des Harmonisierungsdilemmas?	263
bb) Triebfeder des regulativen Wettbewerbs?	264
cc) Referenzrahmen für Beitrittsländer?	265
dd) Modernisierung des „acquis communautaire“?	266
IV. Weitere Kritikpunkte	269
1. One size does not fit all	269
a) Das Hayek'sche Wissensproblem	269
b) Komplementaritäten, Beteiligungsstrukturen	269
c) Problem der Regelungstiefe	271
d) Bewertung	272
2. Regelungsgegenstände	273
a) Inhaltlicher Aufbau	273
b) Überschneidungen mit europäischer Rechtsetzung	273
c) Zentralisierung trotz vorzugswürdiger Dezentralisierung?	275
d) Revitalisierung gescheiterter sekundärrechtlicher Vorhaben?	277
3. Freiwilligkeit	279
V. Bewertung	281
 Kapitel 5: Alternativen	 283
 A. Funktionsweise der OMC	 285
I. Typologie und Aufbau	285
1. Dezentraler Koordinierungsmechanismus	285
2. Definition	287
3. Offenheit der Koordinierung	288
4. Leitlinien, Benchmarks, Indikatoren	289
5. Best practice, policy learning, peer review	290

II. Die OMC als „neue“ Governance-Form?	292
1. Soft law	292
2. Die OMC als neue und innovative Form von EU-Governance?	294
III. Defizite der OMC?	295
1. Partizipation	295
2. Policy Learning	296
a) Partizipation	296
b) Politisierung des Lernprozesses	297
c) Kontextgebundenheit	298
3. „Weiche“ Sanktionen	299
4. Welche Konsequenzen?	300
IV. Materiellrechtliche und prozedurale Auswirkung	300
B. Übertragung auf das Gesellschaftsrecht	301
I. Primärrechtliche „Anwendungssperre“?	301
1. Gegensätzliche Politikbestrebungen	301
2. Kein Abbau des unionsrechtlichen Besitzstandes?	303
3. Weißbuch „Europäisches Regieren“	304
a) Rechtsnatur des Weißbuchs	304
b) Nur fallweise Anwendung	304
c) Substituierung unionsrechtlichen Handelns	305
4. Sinn und Zweck der OMC	306
a) OMC als Äquivalent einer Empfehlung	306
b) Dynamisches Verständnis der OMC und der Vertragsziele	307
II. Potential der OMC	308
1. Rahmenrichtlinien	308
2. Soft law als legitimierendes Wesensmerkmal	310
3. Vermeidung der konzeptionellen Schwächen des EMCA	311
4. Bisherige Anwendung im Gesellschaftsrecht	312
III. Einbettung der OMC in das Konzept des Europäischen Gesellschaftsrechts	314
1. Die OMC und Regulatory Competition	314
a) Ausgangspunkt: Das Hayek'sche Wissensproblem	314
b) Divergierende Lernprozesse	315
c) Politikinnovation, Konvergenz	317
2. Die OMC im Dienste des regulatory competition	321
a) Komplexität der Rahmenbedingungen	321
b) OMC als Moderator des regulatory competition	322
3. Konzept des Europäischen Gesellschaftsrechts	325

C. Fazit	326
Literaturverzeichnis	329
Register	353