

German Working Papers in Law and Economics

Volume 2007

Paper 13

Kommentar zu Eva-Maria Kieninger - Aktuelle Entwicklungen des Wettbewerbs der Gesellschaftsrechte

Wolfgang Kerber
Philipps-Universität Marburg

Abstract

Kommentar

zu *Eva-Maria Kieninger* - Aktuelle Entwicklungen des Wettbewerbs der Gesellschaftsrechte

von

Wolfgang Kerber

A. Kernthese des Papiers: kein Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa !

Obwohl die EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit der Gesellschaften inzwischen weitgehende Wahlfreiheiten für die Unternehmen als Nachfrager nach Gesellschaftsrechtsformen geschaffen hat, sei bisher in der EU kein "Wettbewerb der Gesellschaftsrechtsordnungen" zu beobachten. Dies sieht Kieninger als zentrales Ergebnis ihrer empirischen Untersuchung über den Umfang, die Inhalte und die Begründungen von gesellschaftsrechtlichen Reformen in den letzten Jahren innerhalb der EU. Zwar seien in einigen Mitgliedstaaten der EU durchaus gesellschaftsrechtliche Reformen durchgeführt worden, aber diese seien nicht durch einen entstehenden Regulierungswettbewerb motiviert. Inhaltlich sei bei diesen Reformen auch keine klare Richtung erkennbar, so dass sich weder eine "race to the bottom"- noch eine "race to the top"-These stützen läßt. Vielmehr möchte Kieninger die Entwicklung eher mit dem Ausdruck "race to nowhere in particular" charakterisieren.

Die Auswertung der stattgefundenen gesellschaftsrechtlichen Reformen in der EU im Hinblick auf einen möglichen Regulierungswettbewerb ist ein wichtiger Beitrag für die Analyse der gesellschaftsrechtlichen Entwicklungen in Europa. Er reiht sich ein in die rasch wachsende neuere Literatur zum Regulierungswettbewerb, die die altbekannte Frontstellung zwischen denjenigen, die einen solchen Regulierungswettbewerb aufgrund "race to the bottom"-Problemen ablehnen, und denjenigen, die ihn aufgrund der Vorteile des Wettbewerbs ("race to the top") generell begrüßen, hinter sich lassen und von der Notwendigkeit einer differenzierten Analyse ausgehen (Esty / Gerardin 2001; Heine 2003; Kerber 2006). Hierzu gehört zum einen die Erkenntnis, dass es von der Art der Regulierungen sowie bestimmten institutionellen Rahmenbedingungen abhängt, ob ein solcher Regulierungswettbewerb überwiegend eher positive oder negative Wirkungen zeitigt, und zum anderen die zunehmend gestellte Frage, ob denn überhaupt ein Wettbewerb in Gang kommt.

Obwohl Kieningers These eines nicht beobachtbaren gesellschaftsrechtlichen Regulierungswettbewerb mit dieser Diskussion kompatibel ist, so bleibt aus dem Beitrag doch relativ unklar, wie dieses Ergebnis nun insgesamt zu bewerten ist und welche Folgerungen daraus zu ziehen sind. Denn dieses Ergebnis könnte zum einen dahingehend interpretiert werden, dass der Regulierungswettbewerb bisher noch nicht stattgefunden hat, aber dass er vielleicht mehr Zeit benötigt und sich deshalb in Zukunft noch entwickeln könnte. Die Autorin stellt aber in ihrem Fazit klar, dass ihrer Einschätzung nach ein solcher Wettbewerb auch "weiterhin nicht erscheinen" wird (Kieninger 2007, 23). Auch die zweite Interpretationsmöglichkeit, nämlich dass ein funktionsfähiger Wettbewerb zwischen Gesellschaftsrechten prinzipiell nicht möglich ist, wird von der Autorin mit ihrem Hinweis auf den funktionierenden gesellschaftsrecht-

lichen Wettbewerb in den USA abgelehnt. Damit verbleibt eigentlich nur die Folgerung, dass ein solcher Regulierungswettbewerb trotz der neueren EuGH-Rechtsprechung innerhalb von Europa nicht möglich ist. Dies würde dann aber die Frage nach Ursachen und Therapiemöglichkeiten aufwerfen - eine Frage, die über die Intention dieses Beitrags von Kieninger hinausgeht.

Im Folgenden soll zunächst kritisch Kieningers These eines fehlenden Regulierungswettbewerbs untersucht und anschliessend kurz auf das Problem möglicher Ursachen und Lösungsmöglichkeiten eingegangen werden.

B. Wieviel Regulierungswettbewerb existiert bereits? Oder: Ist das Glas halbleer oder halbvoll?

Kieningers klar negative Diagnose eines fehlenden Wettbewerbs zwischen gesellschaftsrechtlichen Regulierungen resultiert vor allem auch aus einer sehr spezifischen Interpretation von Regulierungswettbewerb als eines dynamischen (letztlich Schumpeterschen) Wettbewerbsprozesses, in dem Gesellschaftsrechtsgesetzgeber als Anbieter von Gesellschaftsrecht mit innovativen Regelungen vorstossen, "Marktanteile" gewinnen, andere unter Wettbewerbsdruck setzen, die dadurch wiederum durch Imitation oder erneute gesellschaftsrechtliche Innovationen reagieren.¹ Kieninger ist uneingeschränkt zuzustimmen, dass ein solcher dynamischer Wettbewerb zwischen den Gesellschaftsrechtsgesetzgebern in Europa - im Gegensatz zu den USA - bisher nicht beobachtet werden konnte. Der Koreferent möchte aber im folgenden die These begründen, dass Wettbewerb in einem breiter verstandenen Sinne bereits in erheblichem Umfang stattfindet und dass - verglichen mit der Ausgangssituation vor mehreren Jahren - von einer erstaunlich positiven Entwicklung im Hinblick auf den gesellschaftsrechtlichen Wettbewerb gesprochen werden kann - trotz aller bestehenden und unbestrittenen Unzulänglichkeiten und Probleme.

Von zentraler Bedeutung ist zunächst, eine breitere Perspektive zu entwickeln und zwischen verschiedenen Arten von Regulierungswettbewerb zu differenzieren (Heine 2003; Kerber / Budzinski 2003):

(1) Ein Wettbewerb zwischen verschiedenen Regulierungen kann in Form eines sog. Vergleichs- (oder Yardstick-)Wettbewerbs stattfinden. Durch Vergleich der Leistungsfähigkeit unterschiedlicher gesellschaftsrechtlicher Regelungen, die parallel in verschiedenen Ländern angewendet werden, können neue Erkenntnisse über überlegene Regelungen gewonnen werden, die dann von anderen Ländern imitiert werden können. Ein solcher Prozess kann als ein paralleler Experimentierungsprozess mit wechselseitigem Lernen interpretiert werden und enthält bereits wesentliche Elemente des Hayekschen Konzepts vom "Wettbewerb als Entdeckungsverfahren" bzw. eines Schumpeterschen "Innovations-Imitations-Prozesses". Die Transmissionsmechanismen für ein solches wechselseitiges Lernen können u.a. über die Wissenschaft (Rechtsvergleich) und die wissenschaftliche Politikberatung und/oder über einen politökonomischen Mechanismus laufen, d.h. dass die Wähler die Leistungen ihrer Regierung durch Vergleich mit der Leistungen benachbarter Regierungen einschätzen. Die sich ausbreitende Tendenz, auch bei Politiken und rechtlichen Regelungen mit Hilfe von Benchmarking-Prozessen Best Practices (Politikempfehlungen) feststellen zu wollen, zeigt die Relevanz sol-

¹ Die von Kieninger verwendeten wettbewerbstheoretischen Überlegungen von Streit gehen zurück auf die Schumpetersche Tradition des dynamischen Wettbewerbs (Arndt, J.M. Clark, Heuss, Hoppmann) und österreichische Marktprozessstheorien (Hayek, Kirzner).

cher Vergleiche.² Im Beitrag von Kieninger wird klar aufgezeigt, dass in Europa der Rechtsvergleich im Bereich des Gesellschaftsrechts einen starken Aufschwung erlebt hat (Kieninger 2007, 3), allerdings möchte sie diesen Wettbewerb zwischen gesellschaftsrechtlichen Regulierungen nicht als Regulierungswettbewerb verstehen.

(2) Regulierungen stehen auch im Wettbewerb zueinander, wenn Jurisdiktionen als Standorte mit ihrem Bündel von Steuern, öffentlichen Leistungen und Regulierungen um mobile Unternehmen, Individuen und Produktionsfaktoren (insbes. Kapital) konkurrieren. So können Jurisdiktionen durch Verbesserung ihrer gesellschaftsrechtlichen Regulierungen günstigere Standortbedingungen schaffen und auf diese Weise einen Vorsprung im internationalen Standortwettbewerb gewinnen. Auch wenn Kieninger zu Recht darauf hinweist, dass das Gesellschaftsrecht nur einen oft recht kleinen Beitrag für die Gesamtattraktivität einer Jurisdiktion als Standort leisten kann (Kieninger 2007, 4 f.), so hat innerhalb der EU gerade durch die Durchsetzung der vier Grundfreiheiten dieser Standortwettbewerb stark zugenommen, wodurch auch die einheimischen Regulierungen stärker unter Wettbewerbsdruck geraten sind. In den Diskussionen um "race to the bottom"-Prozesse im Bereich von Umweltschutzregulierungen oder Arbeitsmarkt- oder Sozialstandards bezieht sich die Debatte um den Regulierungswettbewerb gerade auch auf diese Form des Wettbewerbs zwischen Regulierungen als Teil eines internationalen Standortwettbewerbs.

(3) Ausgehend vom US-amerikanischen Vorbild stellt die Regulierungswettbewerbsdiskussion im Bereich des Gesellschaftsrechts nur auf eine bestimmte Art des Regulierungswettbewerbs ab, nämlich diejenige, die durch freie Rechtswahl entsteht. Der Übergang von der Sitz- zur Gründungstheorie in der EU im Rahmen der Niederlassungsfreiheit entspricht dem Prinzip, dass die Unternehmen - zumindest bei der Gründung - frei zwischen den Gesellschaftsrechten verschiedener Staaten auswählen können, die dann wiederum diese Regelungen - mit bestimmten Ausnahmen - wechselseitig anerkennen. Durch diese freie Rechtswahl innerhalb der EU entsteht die Perspektive eines Binnenmarktes für gesellschaftsrechtliche Regelungen in der EU. Zu beachten ist, dass der dadurch möglicherweise entstehende Regulierungswettbewerb sich aber auch erheblich von dem (seit langem diskutierten) Wettbewerb zwischen nationalen Produktregulierungen unterscheidet, der aus dem Übergang vom Bestimmungs- zum Herkunftslandprinzip nach der Cassis de Dijon-Rechtsprechung entstanden ist. Denn bei letzterem haben die Unternehmen trotz wechselseitiger Anerkennung keine freie Wahl der Regulierungen, sondern sind an die Regulierungen ihres Produktionsstandortes gebunden (mit der bekannten Folge der umgekehrten Diskriminierung).

Welcher von diesen verschiedenen Arten des Regulierungswettbewerbs möglich ist, hängt von den spezifischen rechtlichen Rahmenbedingungen ab. Die EuGH-Rechtsprechung hat mit ihrer weitgehenden wechselseitigen Anerkennung der gesellschaftsrechtlichen Formen und dem Recht der Nachfrager auf freie Wahl der Gesellschaftsrechte die Weichen in Richtung auf einen solchen spezifischen Regulierungswettbewerb via freie Rechtswahl gestellt. Und es ist diese spezifische Art des Regulierungswettbewerbs, dessen faktisches Fehlen Kieninger in ihrem Beitrag mit ihrer Auswertung der gesellschaftsrechtlichen Reformen in den letzten Jahren zeigen möchte. Hierfür untersucht sie zum einen die Reaktionen der Nachfrager und zum anderen die Reaktionen der Anbieter von Gesellschaftsrecht.

Kieninger zeigt, dass die Nachfrager inzwischen tatsächlich über eine weitgehende Wahlfreiheit zwischen verschiedenen Gesellschaftsrechten verfügen und diese auch nutzen, wie man bspw. an der zunehmenden Ausbreitung der englischen Limited beobachten kann. Nach der Entstehung dieser Wahlmöglichkeiten produziert der Markt auch erwartungsgemäß Wissen

² Vgl. zur "Offenen Methode der Koordinierung" in der EU aus dieser Perspektive Kerber / Eckardt (2007).

über die relativen Vor- und Nachteile verschiedener Gesellschaftsrechte, so dass die ursprünglich erheblichen Informationsprobleme für die Nachfrager reduziert werden. Was damit möglich ist und auch zunehmend stattfindet, ist dass die Nachfrager auf diesem Markt für Gesellschaftsrechte eine Selektionsfunktion übernehmen, d.h. dass sich durch ihre Wahl von Gesellschaftsrecht ein Aussortierungsprozess in Gang setzt, in dem die "Marktanteile" der aus Nachfragersicht geeigneteren gesellschaftsrechtlichen Formen zunehmen, während die Verbreitung anderer Gesellschaftsrechte sich vermindert bis hin zum völligen Verschwinden. Solche Auslese- oder Selektionsprozesse gehören zu den wesentlichen Kennzeichen von funktionsfähigem Wettbewerb. Auch von Kieninger wird klar hervorgehoben, dass solche Selektionsprozesse stattfinden und sich in Zukunft vermutlich weitere verstärken werden.

Das zentrale Argument von Kieninger ist aber, dass deshalb kein Regulierungswettbewerb stattfindet, weil keine aktiven, innovativen Wettbewerbshandlungen der Gesellschaftsrechtsgesetzgeber stattfinden. Hierzu untersucht sie die Gesellschaftsrechtsreformen in Deutschland, Frankreich, Spanien, Italien und England. Zunächst ist festzustellen, dass es gerade für solche relativ großen Länder natürlich auch gute Gründe für Reformen geben kann, die nichts mit dieser Form des Regulierungswettbewerbs zu tun haben. Insbesondere die spezifischen Probleme, die sich mit Unternehmensgründungen und kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) verbinden, geben Anlass, diese wirtschaftspolitisch durch Abbau von Bürokratie und andere Fördermaßnahmen zu unterstützen. Reformen gesellschaftsrechtlicher Regelungen können hierfür ein geeignetes Mittel sein. Insbesondere die von Kieninger dargestellten Reformen in Frankreich, Spanien, Italien und vermutlich auch England haben einen klaren Fokus auf das wirtschaftspolitische Ziel der Förderung von Unternehmensgründungen und KMUs. Kieninger hat mit ihrer Argumentation, dass diese Reformen nichts mit dieser spezifischen Form des Regulierungswettbewerbs zu tun haben, vermutlich völlig recht. Dies schließt aber zum Beispiel nicht aus, dass diese Reformen in Verbindung mit anderen Formen des Regulierungswettbewerbs stehen können. So dürften die wirtschaftspolitischen Bemühungen zur Förderung von Unternehmensgründungen und von KMUs durchaus davon beeinflusst sein, was in anderen Ländern in dieser Beziehung gemacht wird. Deshalb könnten die untersuchten gesellschaftsrechtlichen Reformen durchaus auch Ausdruck eines funktionierenden Vergleichs- oder Yardstick-Wettbewerbs sein - allerdings nicht zur Anziehung von Schein-auslandsgesellschaften, sondern zur Förderung von Unternehmensgründungen und KMUs.

Auch wenn Kieninger klar zuzustimmen ist, dass die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber bisher in keinen aktiven (und innovativen) Wettbewerb um die reine Inkorporierung von Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten, d.h. ohne Standortwechsel, eingetreten sind, so ist durch die Einführung von freier Rechtswahl trotzdem ein erheblicher Wettbewerb auf verschiedenen Ebenen entstanden. Besonders wichtig ist dabei der durch die reine Wahl der Nachfrager auftretende Selektionsprozess, der die Marktanteile zwischen den mitgliedstaatlichen Gesellschaftsrechten langfristig erheblich weiter verschieben wird. Der dadurch auch in seiner Bedeutung zugenommene Vergleichswettbewerb hat die gesellschaftsrechtliche Diskussion in ganz Europa massiv verstärkt, was nicht ohne Rückwirkungen auf die mitgliedstaatlichen Gesellschaftsrechte bleiben wird. Auch die von Kieninger (in ihrer Bedeutung hervorgehobene aber bewusst nicht behandelte) komplexe Dimension eines zusätzlichen vertikalen Wettbewerbs zwischen mitgliedstaatlichen Gesellschaftsrechten und der europäischen *Societas Europea* im Bereich der Kapitalgesellschaften ist wesentlich von den Grundüberlegungen dieser EuGH-Rechtsprechung beeinflusst worden (Röpke / Heine 2005). Bedenkt man weiterhin, dass die Einführung von Wettbewerb in solchen Bereichen große Schwierigkeiten (einschl. jahrzehntelange Denkgewohnheiten) überwinden muss und von daher viel Zeit benötigt, dann ist man in diesen wenigen Jahren seit der *Centros*-Entscheidung des EuGH bereits erstaunlich weit in Richtung auf einen wettbewerblichen Binnenmarkt für Gesellschaftsrecht

gekommen. Aus der Perspektive eines Wettbewerbsökonomens ist das Glas damit als mehr als "halbvoll" zu bezeichnen. Um so mehr sollte dies aber den Blick auf die noch bestehenden Funktionsdefizite, ihre Ursachen und Therapiemöglichkeiten lenken.

C. Ursachen und Therapiemöglichkeiten für Defizite im Regulierungswettbewerb zwischen Gesellschaftsrechtsordnungen

Was könnten die Ursachen für die fehlenden wettbewerblichen Vorstöße der Gesellschaftsrechtsgesetzgeber sein? Zu Recht verweist Kieninger dabei auf das Problem fehlender Anreize für die Gesellschaftsrechtsgesetzgeber. Innerhalb von Europa gibt es keine der US-amerikanischen "franchise tax" vergleichbare Einnahmequelle für die Anbieter von Gesellschaftsrecht. Mindestens genauso wichtig ist aber, dass gerade das von der neueren EuGH-Rechtsprechung durchgesetzte Prinzip der wechselseitigen Anerkennung des Gesellschaftsrechts dazu führt, dass sich die Anreize, ein attraktives Gesellschaftsrecht anzubieten, zusätzlich auch vermindern können. Denn durch die freie Rechtswahl braucht ein Mitgliedstaat kein attraktives Gesellschaftsrecht mehr anzubieten, um auf dem wesentlichen wichtigeren Feld des Standortwettbewerbs erfolgreich zu sein, weil mobile Unternehmen das Gesellschaftsrecht eines beliebigen anderen Mitgliedstaats wählen können. An diesem Beispiel sieht man auch deutlich, wie die verschiedenen Arten von Regulierungswettbewerb miteinander verknüpft sind.

Ob und in welchem Umfang aber tatsächlich ein solches Anreizproblem vorliegt, erfordert eine sehr sorgfältige und differenzierte Untersuchung. Zum einen ist zu bedenken, dass solange die breite Mehrheit der inländischen Unternehmen weiterhin inländisches Gesellschaftsrecht verwendet, die Mitgliedstaaten ein Interesse daran haben, über ein effizientes Gesellschaftsrecht zu verfügen, damit ihre inländischen Unternehmen zur Sicherung von Arbeitsplätzen und Steuereinnahmen erfolgreich sind. Insofern wäre es vielleicht auch viel interessanter, gesellschaftsrechtliche Reformen in kleinen Mitgliedstaaten zu untersuchen, weil dort die relative Bedeutung der Inkorporierung ausländischer Gesellschaften wesentlich größer sein könnte als in den von Kieninger untersuchten großen Ländern Deutschland, Frankreich, Italien und Spanien. Zum anderen wären die indirekten Anreize (in Form von Dienstleistungen durch Gerichte und Anwälte) für ein überlegenes Gesellschaftsrecht genauer zu untersuchen. Kieninger hat mit ihren Überlegungen zur Frage des Gerichtsstandes bei Rechtsstreitigkeiten und anderen Bedingungen zu Recht darauf hingewiesen, dass die räumliche Konzentration der Rechtsprechung und der entsprechenden "Rechtsindustrie", wie sie in den USA in Delaware zu beobachten ist, nicht zwingend ist, sondern von spezifischen rechtlichen Rahmenregeln und anderen Faktoren abhängt. Aufgrund solcher Untersuchungen wäre festzustellen, ob zumindest einige Mitgliedstaaten genügend "private" Anreize haben, um dieses europaweite "Gesellschaftsrecht" als öffentliches Gut bereitzustellen und innovativ weiterzuentwickeln oder ob es der bewussten Schaffung von Möglichkeiten zur direkten Entgeltung der Leistungen der Anbieter von Gesellschaftsrecht bedarf, bspw. durch Inkorporationsgebühren.

Selbstverständlich können jenseits dieser Anreizprobleme auch noch andere Funktionsprobleme für einen solchen Regulierungswettbewerb auftreten. Während die Informationsprobleme aufgrund der Unkenntnis über fremdes Gesellschaftsrecht durch entsprechende Informationsintermediäre stark reduziert werden, ist immer noch eine offene Frage, wie groß letztendlich die Kompatibilitätsprobleme sind, die durch die Kombination von ausländischem Gesellschaftsrecht mit anderen inländischen Rechtsregeln entstehen. Zwar kann versucht werden, solche Probleme von "legal transplants" durch die Definition von rechtlichen Schnittstellen zu vermindern, aber dies schließt nicht aus, dass die durch solche Inkompatibilitätsprobleme entstehenden Pfadabhängigkeiten stark genug sein können, um die Mobilität von gesellschafts-

rechtlichen Regelungen und damit ihren Wettbewerb innerhalb der EU auf Dauer erheblich zu beeinträchtigen. Umgekehrt kann aber auch nicht ausgeschlossen werden, dass sich das Gesellschaftsrecht eines Mitgliedstaates in diesem Wettbewerb langfristig so weit durchsetzt, dass faktisch eine Monopolstellung entstehen könnte. Um so wichtiger wäre es dann, den potenziellen Wettbewerb (durch mitgliedstaatliche gesellschaftsrechtliche Kompetenzen) weiter zu schützen bzw. den Wettbewerb mit gesellschaftsrechtlichen Regelungen von außerhalb der EU zuzulassen.

Auch wenn der Wettbewerb der Gesellschaftsrechte bisher in Europa noch nicht vollentwickelt ist, so hat die durch die EuGH-Rechtsprechung eingeführte freie Rechtswahl zwischen den mitgliedstaatlichen Gesellschaftsrechten bereits zu erheblichen wettbewerblichen Entwicklungen geführt. Die Forschungsanstrengungen sollten sich nun darauf konzentrieren, die wesentlichen noch bestehenden Wettbewerbshindernisse zu identifizieren, ihre Ursachen zu analysieren und Therapieansätze für ihre Beseitigung zu entwickeln. Es kann kein Zweifel daran bestehen, dass sich die Bedingungen für einen Wettbewerb der Gesellschaftsrechte noch erheblich verbessern lassen, so dass für die weitere Zukunft eine optimistische Prognose abgegeben werden kann.

Literatur

Esty, D.C./ Geradin, D., Introduction, in: Esty / Geradin (Hrsg.), *Regulatory Competition and Economic Integration, Comparative Perspectives*, 2001, S. XIX ff.

Heine, K., *Regulierungswettbewerb im Gesellschaftsrecht. Zur Funktionsfähigkeit eines Wettbewerbs der Rechtsordnungen im europäischen Gesellschaftsrecht*, 2003.

Kerber, W., *Regulierung in föderalen Mehr-Ebenen-Systemen*, in: Heine / Kerber (Hrsg.), *Zentralität und Dezentralität von Regulierung in Europa* (erscheint 2006).

Kerber, W. / Budzinski, O., *Towards a Differentiated Analysis of Competition of Competition Laws*, in: *ZWeR - Journal of Competition Law*, 2003, S. 411 ff.

Kerber, W. / Eckardt, M., *Policy Learning in Europe: The "Open Method of Coordination" and Laboratory Federalism*, in: *Journal of European Public Policy* (erscheint 2007).

Kieninger, E.-M., *Aktuelle Entwicklungen des Wettbewerbs der Gesellschaftsrechte*, (erscheint in diesem Band).

Röpke, K. / Heine, K., *Vertikaler Regulierungswettbewerb und europäischer Binnenmarkt - die Europäische Aktiengesellschaft als supranationales Rechtsangebot*, in: *ORDO* 56, 2005, S. 157 ff.