

Mindestharmonisierung

Begründung und alternative Strategien

1. Einleitung

Im letzten Jahrzehnt führte die europäische Integration zu einer erheblichen Veränderung im Leben von Menschen und den Betätigungsmöglichkeiten von Unternehmen. Beispiele sind die Schaffung des Binnenmarktes, das Schengener Abkommen und zu Beginn dieses Jahres die Einführung des Euro. Dieser Wandel stellt eine Herausforderung für das Recht dar, da Menschen und Unternehmen in immer stärkeren Maße unter verschiedenen Rechtsordnungen leben und handeln. Die Mindestharmonisierung nationalen Rechts stellt eine Möglichkeit dar, diese Herausforderung zu bewältigen. Im folgenden soll am Beispiel des Gesellschaftsrechts untersucht werden, ob Mindestharmonisierung dazu ein geeignetes Mittel darstellt. Die Analyse erfolgt mit Hilfe der ökonomischen Methode, die in [Abschnitt 2](#) kurz charakterisiert wird. In [Abschnitt 3](#) wird anhand eines einfachen ökonomischen Modells dargelegt, aus welchen Gründen eine Mindestharmonisierung in einem Markt, der sich über die Grenzen einzelner Rechtssysteme erstreckt, vorteilhaft ist. Dazu werden ihre Vorteile gegenüber den Szenarien eines völlig einheitlichen Rechtsraumes ([Abschnitt 3.3](#)) und der "unbegrenzten Niederlassungsfreiheit" ([Abschnitt 3.2](#)) dargelegt. Zur Umsetzung der Mindestharmonisierung stehen verschiedene Alternativen zur Verfügung, die in [Abschnitt 4](#) vorgestellt werden. Sie kann durch Vorgaben an den nationalen Gesetzgeber, eine parallele supranationale Rechtsordnung oder Mindeststandards für grenzüberschreitende Tätigkeiten erfolgen. In [Abschnitt 5](#) werden die wesentlichen Ergebnisse zusammengefaßt.

2. Ökonomik als Analyseinstrument

Moderne Ökonomik ist ein geeignetes Instrument zur Analyse der Frage, ob Mindestharmonisierung des Gesellschaftsrecht in der EG notwendig ist, weil sie sich als Wissenschaft durch ihre Methode, nicht durch einen Gegenstandsbereich, beispielsweise alle Betätigung auf Märkten, definiert.¹ Ökonomik als "Theorie menschlicher Interaktionen auf der Basis individueller Vorteils-/Nachteilskalkulation"² ist ein Ansatz, der "auf alles menschliche Verhalten anwendbar ist."³ Ausgehend vom individuellen Verhalten⁴ können Makrophänomene, wie die Entstehung von Wirtschaftsstrukturen oder die Ausbreitung von Unternehmensformen, erklärt werden. Zentraler Bestandteil der ökonomischen Theorie sind Interaktionen. Ihr kennzeichnendes Element sind gemeinsame und konfligierende Interessen.⁵ *Gemeinsame Interessen* ergeben sich aus den Kooperationsgewinnen, die sich durch eine Zusammenarbeit (z.B. Arbeitsteilung und Spezialisierung) erzielen lassen. *Konfligierende Interessen* resultieren aus der Verteilung der Erträge und Kosten der Interaktionen.⁶ Das gemeinsame Interesse an Kooperationsgewinnen kann nur realisiert werden, wenn Erträge und Kosten so auf die Akteure verteilt werden, daß jeder Akteur eine positive Kooperationsrente erhält.⁷ Stellt sich nicht jeder Akteur im Vergleich zu seiner relevanten Alternative besser und kommen daher Interaktionen nicht zustande, liegt es im Interesse *aller* Akteure⁸ die Handlungsbedingungen entsprechend zu verändern.

¹ Vgl. BECKER, G.S. (1976/1993), S. 1-3.

² HOMANN, K./SUCHANEK, A. (1998), Kap. 1.3.1.

³ BECKER, G.S. (1976/1993), S. 7.

⁴ Das methodische Konstrukt des Homo oeconomicus dient der Erklärung menschlichen Verhaltens, stellt jedoch kein Menschenbild dar. Vgl. SUCHANEK, A. (1993).

⁵ Vgl. HOMANN, K./SUCHANEK, A. (1998), Kap. 1.2.2.1.

⁶ Das Gefangendilemma veranschaulicht dieses. Vgl. HOMANN, K./ SUCHANEK, A. (1998), Kap.1.1.2.3.

⁷ Eine positive Kooperationsrente darf nicht mit einem höheren monetären Gewinn gleichgesetzt werden. Zentrale Voraussetzung für die Anwendung der ökonomische Methode auf alles menschliche Verhalten ist die Offenheit des Nutzenbegriffs. Nutzen ist von den individuellen Präferenzen eines Akteurs abhängig. Vgl. HOMANN, K./ SUCHANEK, A. (1998), Kap.1.2.1. Becker erklärt selbst altruistisches Verhalten, das scheinbar der Verfolgung des Eigeninteresses widerspricht, mit Hilfe des ökonomischen Ansatzes. Vgl. BECKER, G.S. (1976), S. 817-826.

⁸ Sogar Nicht-Akteure – Homann/Suchanek sprechen von Betroffenen - können einen Teil der Kooperationsgewinnen erhalten. Auch sie haben ein Interesse an der Veränderung der Handlungsbedingungen. Vgl. HOMANN, K./ SUCHANEK, A. (1998), Kap. 1.1.7.

3. Europäischer Binnenmarkt und nationale Rechtssysteme

Die Frage der Harmonisierung von Rechtssystemen stellt sich, wenn innerhalb eines Marktes mehrere Rechtssysteme existieren. In [Abschnitt 3.1](#) wird dargelegt, weshalb unterschiedliche Rechtssysteme innerhalb eines einheitlichen Marktes zu einer Verringerung der Wohlstandssteigerung führen können. Anschließend werden drei Strategien vorgestellt, mit deren Hilfe die negativen Wirkungen unterschiedlicher Rechtssysteme verringert werden können:

- [unbeschränkte Niederlassungsfreiheit](#)
(Abschnitt 3.2)
- [vollständig vereinheitlichtes Gesellschaftsrecht](#)
(Abschnitt 3.3) und
- [Mindestharmonisierung des Gesellschaftsrecht](#)
(Abschnitt 3.4).

3.1 Binnenmarkt, Wohlstandssteigerung und Transaktionskosten

Mit dem Binnenmarktprogramm knüpft die EG an die Ursprünge der Volkswirtschaftslehre an. Bereits ADAM SMITH betonte, daß die Größe des Marktes entscheidende Voraussetzung für den Wohlstand der Nationen ist, da mit zunehmender Marktgröße Arbeitsteilung und Spezialisierung wachsen.⁹ Spezialisierte Unternehmen und Arbeitnehmer (AN) sind in der Lage, mit dem gleichen Faktoreinsatz einen höheren Ausstoß an Waren zu erreichen¹⁰ und so den Wohlstand der Nationen zu steigern.¹¹ Die Größe des Marktes wird durch die Kosten des Tausches bestimmt. Die Grenze des Marktes ist erreicht, wenn die Kosten den Ertrag des Tausches übersteigen.¹²

Neben Transportkosten bilden Transaktionskosten den zweiten Teil der Kosten des Tausches.¹³ Sie sind die Kosten der Anbahnung, des Abschlusses, der Kontrolle und der Durchsetzung von Tauschvorgängen.¹⁴ Dabei wird die Höhe der Transaktionskosten maßgeblich durch die staatliche Rahmenordnung beeinflusst.¹⁵ Aus ökonomischer Perspektive bewirkt eine Rahmenordnung die Senkung von Transaktionskosten. Beispielsweise verringert eine funktionsfähige Justiz, die vertraglich zugesicherte Ansprüche verbindlich durchsetzt, die Kosten der Kontrolle der Vertragseinhaltung. Das Risiko einer Nichterfüllung wird für jeden Vertragspartner geringer, da Ansprüche leichter und zu geringeren Kosten als im Fall ohne Justiz durchgesetzt werden können. Da die Transaktionskosten der Vertragspartner sinken, werden mehr Verträge abgeschlossen und Tausch, Arbeitsteilung und Kooperationsgewinne gefördert. Die Senkung von Transaktionskosten kann mit Hilfe unterschiedlich ausgestalteter Rahmenordnungen erreicht werden.¹⁶ Grenzüberschreitend tätige Unternehmen müssen sich an unterschiedliche Rahmenordnungen anpassen. Verschiedene Rahmenordnungen senken daher *innerhalb* von Volkswirtschaften Transaktionskosten, erhöhen diese jedoch für grenzüberschreitende Tauschvorgänge. Diese Transaktionskosten werden zu einem zentralen

⁹ „... [T]he extent of this division [of labour] must always be limited ... by the extent of the market. When a market is very small, no person can have any encouragement to dedicate himself entirely to one employment ...“, SMITH, A. (1776/1979), S. 31.

¹⁰ „[By division of labour] those ten person ... could make among them upwards of forty-eight thousands pins ... a day. But if they had all wrought separately and independently ... they certainly could not each them have made twenty.“ SMITH, A. (1776/1979), S. 15. Eine genauere Analyse ergibt, daß Arbeitsteilung die Realisierung von Skaleneffekten und die Ausnutzung von Erfahrungskurven ermöglicht.

¹¹ So der erste Satz des ersten Kapitels von ADAM SMITHS „Wohlstand der Nationen“: „The greatest improvement in the productive powers of labour, and the greater part of the skill, dexterity, and judgement with which it is any where directed, or applied, seem to have been the effects of the division of labour.“ SMITH, A. (1776/1979), S. 13. Für die Einführung des europäischen Binnenmarkt schätzte der CECCHINI-Report die Wohlstandssteigerung auf eine Bandbreite zwischen 174 und 258 MRD ECU. Vgl. CECCHINI, P. (1988), S. 122.

¹² „As by the means of water-carriage a more extensive market is opened to every sort of industry that what land-carriage can afford, so it is upon the sea-coast, and along navigable rivers, that industry of every kind naturally begins to subdivide and improve itself ... Upon two hundred tons of goods ... carried by the cheapest land-carriage from London to Edinburgh, there must be charged the maintenance of a hundred men for three weeks ... whereas, upon the same quantity of goods carried by water, there is to be charged only the maintenance of six or eight men.“ SMITH, A. (1776/1979), S. 32-33.

¹³ Teilweise werden auch die Transportkosten als Transaktionskosten bezeichnet. Logistische Probleme sind jedoch nicht Bestandteil dieser Arbeit.

¹⁴ Für einen umfassenden Überblick vgl. RICHTER, R. /FURUBOTN, E. (1996), S. 45-61. In die ökonomische Literatur wurde der Begriff der Transaktionskosten als Kosten, die parallel zu den eigentlichen Produktionskosten entstehen, von COASE geprägt. Vgl. COASE, R.H. (1937), S. 386-405.

¹⁵ In der Bereitstellung „sozialer Spielregeln“ sieht NORTH die grundlegende Funktion des Staates. Vgl. NORTH, D. (1981/1988), S. 24.

¹⁶ Das angelsächsische „Case Law“ unterscheidet sich grundlegend vom kontinentaleuropäischen „Civil Law“, obwohl beide funktionales Äquivalent zur Lösung der gleichen Probleme sind.

Problem, wenn mehrere Staaten einen gemeinsamen Markt bilden. Zur Förderung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit ist es daher erforderlich, die Schranken der unterschiedlichen staatlichen Rahmenordnungen zu verringern.

Die Geschichte der EG ist ein Beleg für die Vielfalt dieser Schranken. Nach dem Wegfall der Zollschränken im Jahr 1968 zeigte sich bald, daß damit nur ein kleiner Teil der Barrieren beseitigt war.¹⁷ Das Binnenmarktprogramm wurde unter der Führung von Kommissionspräsident JAQUES DELORS in Angriff genommen,¹⁸ das die Beseitigung der materiellen, technischen sowie steuerlichen Schranken zum Ziel hatte.¹⁹ Mit Beginn der dritten Stufe der Wirtschafts- und Währungsunion am 1.1.1999 fällt durch die Einführung des Euro die Schranke der unterschiedlichen Währungen und der damit verbundenen Wechselkursrisiken. Einen Teil der technischen Schranken, deren Überwindung durch das Binnenmarktprogramm erreicht werden sollte, bildet das Gesellschaftsrecht.²⁰ In den folgenden drei Unterkapiteln soll im Rahmen einer ökonomischen Analyse untersucht werden, welche Möglichkeiten sich für eine Senkung der Transaktionskosten grenzüberschreitend tätiger Unternehmen ergeben. Unterschiedliche Gesellschaftsrechte führen für Unternehmen zu Transaktionskosten, weil Unternehmen bei der Gründung einer Niederlassung²¹ in einem anderen Mitgliedsstaat anderen Gesellschaftsrechten gegenüber stehen. Diese Transaktionskosten sind insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen (KMU), die den Großteil der Wirtschaftstätigkeit ausmachen, sehr hoch.²² Eine Beschränkung der Betrachtung auf die Transaktionskosten von Unternehmen greift, da Arbeitsteilung auf Interaktionen beruht, zu kurz. Arbeitsteilung erfolgt nur dann, wenn die Transaktionskosten der Personengruppen²³, die in besonderer Beziehung zu Unternehmen stehen - Aktionäre, AN und Gläubiger - nicht die Erträge aus dem Tausch übersteigen.

¹⁷ Vgl. CECCHINI, P. (1988), S. 22.

¹⁸ Das Binnenmarktprogramm orientierte sich am Datum des 31.12.1992. Vgl. Art. 7a EGV. Dennoch ist das Binnenmarktprogramm trotz erheblicher Fortschritte nicht abgeschlossen. Vgl. SCHREIBER, K. (1997), S. 93 (93-94).

¹⁹ Vgl. CECCHINI, P. (1988), S. 23. Beispielsweise werden unter materiellen Schranken Kontrollen an den Binnengrenzen, unter technischen Schranken einzelstaatliche Produktnormen und unter steuerlichen Schranken Unterschiede in der Verbrauchsbesteuerung verstanden.

²⁰ Vgl. CECCHINI, P. (1988), S. 23.

²¹ Gemäß der Rechtsprechung des EuGH ist der Begriff der Niederlassung weit zu verstehen, so daß er die Gründung rechtlich selbständiger Tochtergesellschaften einschließt. Eine Niederlassung i.S.d. Art. 52 -58 EGV ist die „tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedsstaat auf unbestimmte Zeit.“ Vgl. RANDELZHOFFER, A. (1998), Art. 52, Rn. 3.

²² Für große und multinationale Konzerne sind diese Transaktionskosten von geringerer Relevanz, da es sich bei Ihnen um Fixkosten handelt. Wenn ein großes Unternehmen in einem anderen Land mit einer Niederlassung Umsätze von Milliarden macht, so sind selbst Transaktionskosten, wie Rechtsberatkungskosten in Millionenhöhe vor dem Hintergrund der potentiellen Gewinne von geringer Bedeutung. Anders stellt sich die Sachlage bei einem KMU. Bei geringem Geschäftsvolumen einer Niederlassung können erhebliche Rechtsberatkungskosten die Rentabilität in Frage stellen.

²³ Vgl. KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN (1989), S. 3.

3.2 Szenario: Unbeschränkte Niederlassungsfreiheit

Aus der Sicht eines einzelnen Unternehmens sind die Transaktionskosten um so geringer, je einheitlicher grenzüberschreitende Tätigkeit erfolgen kann. Am niedrigsten sind die Transaktionskosten, wenn das Unternehmen sein Gesellschaftsstatut in andere Mitgliedsstaaten unverändert "mitnehmen" kann.²⁴ Übertragen auf 15 Mitgliedsstaaten würden in Folge dieser "unbeschränkten Niederlassungsfreiheit" 15 unterschiedliche Gesellschaftsrechte in jedem Mitgliedsstaat gleichermaßen existieren können. Den niedrigeren Transaktionskosten der Unternehmen stehen in einem solchen Fall höhere Transaktionskosten der Tauschpartner der Unternehmen gegenüber. Transaktionen sind mit Unternehmen, die auf unterschiedlichen Gesellschaftsrechten basieren, durchzuführen. Für Gläubiger führt dies auf bis zu 15 verschiedenen Rechtspositionen hinsichtlich der Sicherung ihres Zahlungsanspruches. Vollständige Niederlassungsfreiheit hätte im Ergebnis eine Steigerung der Transaktionskosten auf der Seite der Tauschpartner zur Folge, so daß sich nicht länger positive Kooperationsrenten für sie ergeben. Daher nehmen sie nicht an Interaktionen teil und die Anzahl der Interaktionen verringert sich. Der Umfang der Arbeitsteilung nimmt ab und damit die Gewinnmöglichkeiten für grenzüberschreitend tätige Unternehmen. Das Szenario mit "unbeschränkter Niederlassungsfreiheit" kann daher für alle Beteiligten - Unternehmen und Tauschpartner - nachteilig sein.²⁵

²⁴ Juristisch wird dies durch die Gründungstheorie im Rahmen des Kollisionsrechts ermöglicht.

²⁵ Auch Unternehmen sind Tauschpartner, wenn sie auf der anderen Marktseite als Nachfrager auftreten.

3.3 Szenario: Vollständig vereinheitlichtes Gesellschaftsrecht

Alternativ kann eine Senkung der Transaktionskosten auch durch die vollständige Vereinheitlichung des gesamten europäischen Gesellschaftsrechts erreicht werden.²⁶ Für Unternehmen würden nach erfolgter Umstellung auf einheitliches Recht keine weiteren Transaktionskosten aus rechtlicher Sicht entstehen. Zudem würden die Tauschpartner einheitlichen Gläubiger- bzw. AN- Rechten gegenüberstehen. Ein einheitliches Gesellschaftsrecht senkt die an verschiedenen Stellen des Marktprozesses anfallenden Transaktionskosten, so daß die Vorteile des großen Marktes in Form von intensiverer Arbeitsteilung ausgeschöpft werden können und Kooperationsgewinne realisiert werden.

Ein derartiges Szenario sieht sich drei Schwierigkeiten gegenüber. *Erstens* führt eine völlige Vereinheitlichung des Gesellschaftsrechts, wenn dieses Verfahren auf alle anderen Rechtsgebiete ausgeweitet wird, zu einem europäischen Zentralstaat. Die innenpolitischen Widerstände ihm gegenüber sind weiterhin hoch.²⁷ *Zweitens* stellt sich die Frage, wie die demokratische Kontrolle der europäischen Institutionen erfolgen kann, mit noch höherer Brisanz als heute. Die Übernahme der Verfassung von Nationalstaaten stellt nicht notwendigerweise eine Lösung dar, weil für die wirkungsvolle Kontrolle mehr als nur die Institutionen der Verfassung - beispielsweise einheitliche Medien und Parteien - erforderlich sind. Diese Voraussetzungen für das Zusammenspiel von Parlament und Regierung sind zur Zeit auf europäischer Ebene nicht gegeben.²⁸ *Drittens* wird den nationalen Gesetzgebern die Möglichkeit zur Weiterentwicklung ihrer Rechtsordnung genommen. Dieser Aspekt ist von besonderer Bedeutung, wenn berücksichtigt wird, daß die "Probleme der Gesellschaft hauptsächlich Probleme der raschen Anpassung an die Veränderungen in den besonderen Umständen von Zeit und Ort sind."²⁹ Ohne die Weiterentwicklung nationalen Rechts entfällt eine wichtige Informationsquelle und Experimentiermöglichkeit für die Ausgestaltung des europäischen Rechts. So gesteht die Kommission beispielsweise im Grünbuch zur Konvergenz der Kommunikationsbranchen ein, daß sie unterschiedliche mitgliedstaatliche Regulierungen noch etwas beobachten möchte, um dann - besser informiert - eine supranationale Harmonisierung des Telekommunikationsrechts vorzunehmen.³⁰

Regelungsspielräume auf Ebene der Nationalstaaten bieten daher eine bessere Möglichkeit, lokale Informationen und Ideen über Verbesserungsmöglichkeiten, die in der gesamten Gemeinschaft verstreut sind,³¹ zu nutzen. Nationale Regelungsspielräume führen zwangsläufig zum Wettbewerb zwischen den Mitgliedsstaaten. Sie ermöglichen es, mobilen Unternehmen unterschiedliche Rahmenordnungen zu offerieren, aus denen Unternehmen die

²⁶ So wird von manchen eine vollständige Harmonisierung gefordert, da anderenfalls automatisch eine Behinderung der Grundfreiheiten besteht. Vgl. BORGMANN, B. (1996), S. 101 (101).

²⁷ Die Widerstände gegen einen europäischen Einheitsstaat sind ebenso alt wie EU selbst. Ihre Gründung wurde erst möglich, als die Benelux-Staaten die europäische Idee nach dem Scheitern der europäischen Verteidigungsgemeinschaft wiederbelebten. Sie schlugen vor, dem kontroversen Ziel der politischen Einheit, das eher zustimmungsfähige Ziel eines gemeinsamen Marktes vorzuschalten. Damit war der Weg zu den römischen Verträgen frei. Vgl. SWANN, D. (1995), S. 11. Selbst nach der weitgehenden Verwirklichung des Binnenmarktes sind die Vorbehalte gegen eine politische Union immer noch sehr stark, so daß die Chancen der Verwirklichung eines Einheitsstaates weiterhin skeptisch zu beurteilen sind.

²⁸ Vgl. PIES, I. (1996), S. 41-43.

²⁹ HAYEK, F.A. (1946/1976), S. 111.

³⁰ Vgl. KOENIG, C. (1998), S. 513 (513).

³¹ Charakteristika einer Wirtschaftsordnung ist nach HAYEK, „daß die Kenntnis der Umstände, von der wir Gebrauch machen müssen, niemals zusammengefaßt oder als Ganzes existieren, sondern immer nur als zerstreute Stücke unvollkommener und häufig widersprechender Kenntnisse, welche alle die verschiedenen Individuen gesondert besitzen.“ HAYEK, F.A. (1946/1976), S. 103-104.

für sie vorteilhaftesten aussuchen.³² Somit werden durch die Entdeckungsfunktion des Wettbewerbs wertvolle Informationen gewonnen, welche nationale Rahmenordnung am leistungsfähigsten ist.³³

Wettbewerb zwischen Staaten wird vielfach kritisiert, weil er zu einem "race-to-the-bottom" führen soll.³⁴ Ein Gegenbeispiel liefert die internationale Ausbreitung amerikanischer Anlegerschutz- und Rechnungslegungsvorschriften. Ihre hohe Qualität führt dazu, daß institutionelle Anleger weltweit vergleichbare Schutzvorschriften fordern und somit Unternehmen und Börsenplätze zwingen, diese zu übernehmen.³⁵ Dies ist nur ein Beispiel dafür,³⁶ daß *strenge* staatliche Vorschriften langfristig Wettbewerbsvorteile für ansässige Unternehmen darstellen können,³⁷ so daß sie sich mit Hilfe des Wettbewerbs durchsetzen werden.³⁸ Dies wird nicht auf jede Schutzbestimmung, insbesondere nicht für Schutzbestimmungen nicht-mobiler Unionsbürger, zutreffen. Diese sind dennoch aufrechtzuerhalten, da sich andernfalls die Transaktionskosten für diese Bürger erhöhen, so daß es zu weniger Interaktionen und damit zu einer Verringerung der Kooperationsgewinne kommt.

³² Eine Rahmenordnung, die Unternehmen bessere Standortbedingungen bietet, liegt letztlich im Interesse der Konsumenten. Wenn Unternehmen im Wettbewerb zueinander stehen, führt dies langfristig dazu, daß die Vorteile von besseren Standortbedingungen an die Konsumenten weitergegeben werden. Vgl. MEIER, C. (1998), Kap. 5.3.1.

³³ HAYEK betrachtet „Wettbewerb [...] systematisch als ein Verfahren zur Entdeckung von Tatsachen ...; die ohne sein Bestehen entweder unbekannt bleiben oder doch zumindest nicht genutzt werden würden.“ HAYEK, F.A. (1969), S. 249.

³⁴ Für das Beispiel der Sozialpolitik vgl. SINN, H.- W. (1994), S. 155 (172-175).

³⁵ In Deutschland zeigt sich diese Entwicklung mit der vermehrten Erstellung von Abschlüssen nach US-GAAP oder IAS, die nach dem neuen KonTraG den HGB - Konzernabschluß ersetzen dürfen. In diesem Sinne ist die Reform der Wertpapierhandelsaufsicht und des Insiderrechts im Wertpapierhandelsgesetz von 1994, die einen Teil des 2. Finanzmarktförderungsgesetzes bildete, zu sehen.

³⁶ Die differenzierte Entwicklung zwischen Deregulierung und Regulierung aus Sorge um den besseren Finanzplatz zwischen den Mitgliedsstaaten ist ein weiteres Beispiel. Vgl. HOPT, K. (1992), S. 265 (293).

³⁷ „Stringent standards for product performance, product safety, and environmental impact contribute to creating and upgrading competitive advantage. They pressure firms to improve quality, upgrade technology, and provide feature in areas of important customer (and social) concern ... Particular beneficial are stringent regulation that anticipate standards that will spread internationally.“, PORTER, M. (1990), S. 647-648.

³⁸ So ist der Erwerb von Aktien von Unternehmen, die sich amerikanischen Anlegerschutz- und Rechnungslegungsvorschriften unterwerfen, für Anleger attraktiver, so daß diese Unternehmen über einen Wettbewerbsvorteil bei der Finanzierung verfügen. Daher unterwerfen sich immer mehr ausländische Unternehmen diesen Vorschriften, um den entstandenen Wettbewerbsnachteil auszugleichen.

3.4 Mindestharmonisierung

Einen Ausweg aus diesem scheinbaren Dilemma zwischen nationalen Regulierungsspielräumen und der Aufrechterhaltung eines Schutzniveaus bietet die Mindestharmonisierung. Durch sie wird ein Grundstock an gemeinsamem bzw. gleichwertigem Recht geschaffen. Im Vergleich zur "unbegrenzten Niederlassungsfreiheit" bleiben auch hier nationale Rechtssysteme unterschiedlich, weisen aber eine Basis von ähnlichen oder gleichwertigen Regelungen auf. Die Transaktionskosten der Mindestharmonisierung sind damit zwar geringer als im Fall der "unbegrenzten Niederlassungsfreiheit", aber höher als bei einem völlig vereinheitlichten Rechtsraum. Diese Nachteile einer statischen Betrachtung lösen sich auf, wenn im Rahmen einer dynamischen Analyse berücksichtigt wird, daß bei einer Mindestharmonisierung nationale Regulierungsspielräume verbleiben. Mindestharmonisierung ermöglicht einen Regulierungswettbewerb, "in dem sich die leistungsstärksten einzelstaatlichen [...] Problemlösungsangebote durchsetzen."³⁹

Mindestharmonisierung führt nicht zu einer Minimierung der Transaktionskosten, da der Wettbewerbs zwischen Staaten durch die Basis von gemeinsamem bzw. gleichwertigem Recht nicht voll ausgeschöpft wird. Dennoch stellt dies die beste Lösung dar, wenn Transaktionskosten und die Vorteile des Wettbewerbs zusammen betrachtet werden. Dieses Problem ist mit der Auswahl des kostenminimalen Produktionsprogramms bei mehreren Kostenfunktionen vergleichbar. Das optimale Produktionsprogramm kann nicht durch die Wahl des Minimums der einzelnen Kostenfunktion ermittelt werden, sondern nur durch das Minimum der Gesamtkostenfunktion.

³⁹ KOENIG, C. (1998), S. 513 (513).

4. Mindestharmonisierungsalternativen

Nachdem im vorangegangenen Abschnitt die Vorteile der Mindestharmonisierung dargelegt wurden, werden nun verschiedene Alternativen einer Mindestharmonisierung analysiert.

- [Mindestharmonisierung durch Vorgaben an den nationalen Gesetzgeber](#)
(Abschnitt 4.1)
- [Nationale Rechtsordnungen und Mindeststandards für grenzüberschreitende Tätigkeiten](#)
(Abschnitt 4.2)
- [Supranationale Rechtsordnung unter Beibehaltung nationaler Rechtsordnungen](#)
(Abschnitt 4.3)

4.1 Mindestharmonisierung durch Vorgaben an den nationalen Gesetzgeber

Eine erste Möglichkeit für die Mindestharmonisierung stellen einheitliche Vorgaben für die nationalen Gesetzgeber dar. Dem nationalen Gesetzgeber bleibt es belassen, die Zielvorgaben in das jeweils historisch gewachsene Gefüge einzubauen, so daß die Umstellungskosten für die Unternehmen und Bürger eines Staates geringer als bei einer Einführung eines vollständig neuen Systems sind.⁴⁰ Durch ein derartiges Vorgehen wird unter anderem der politische Widerstand verringert, da es sich um eine evolutionäre Weiterentwicklung des nationalen historischen Rechtsgefüges handelt und keine von außen vorgegebene revolutionäre Veränderung des bisherigen Rechtssystems. Die Verantwortung für die Regelungen liegt trotz Vorgabe aus Brüssel scheinbar bei den nationalen Regierungen.⁴¹ So beklagt der bayerische Ministerpräsident, EDMUND STOIBER, daß inzwischen 50% der deutschen Innenpolitik in Brüssel entschieden wird.⁴²

Auf diese Weise können auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts nur bedingt Transaktionskosten gesenkt werden. Zum einen fallen regelmäßig in 15 Mitgliedsstaaten Umstellungskosten an, zum anderen bleiben die Regeln nationalspezifisch, so daß bei grenzüberschreitender Tätigkeit weiterhin Transaktionskosten anfallen. Den Anpassungskosten steht lediglich eine Mindestsicherung der Anteilseigner, Gläubiger und AN gegenüber, die im Detail sehr unterschiedlich ausgestaltet sein kann. Diese Alternative der Mindestharmonisierung bildet die Grundlage für ein *Systemwettbewerbsrecht*⁴³, mit dessen Hilfe Schutzinteressen und niedrigere Transaktionskosten mit nationalen Regulierungsspielräumen und Wettbewerb in Einklang gebracht werden können. Da nur gewisse Teilgebiete dem Regulierungswettbewerb entzogen werden, bleibt die Entdeckungsfunktion des Wettbewerbs gewahrt, die insbesondere in einer sich ständig verändernden Welt wichtig ist.⁴⁴

⁴⁰ Ähnlich erfolgt das Verfahren in den USA. Mustergesetze seitens des Bundes, der über keine Gesetzgebungskompetenzen im Gesellschaftsrecht verfügt, werden in der Regel durch die Bundesstaaten umgesetzt.

⁴¹ Andererseits versuchen nationale Regierungen unangenehme Entscheidungen nach Brüssel abzuschieben, so daß sie wiederum „scheinbar“ nichts dafür können.

⁴² Vgl. O.V. (1998), S. 2.

⁴³ Vgl. KOENIG, C. (1998), S. 513 (513). Eine genauere ökonomische Analyse wichtiger Bestandteile eines Systemwettbewerbsrechts, das auch als Rahmenordnung für Staatenwettbewerb bezeichnet werden kann, findet sich bei MEIER, C. (1998), Kap. VI.]

⁴⁴ Durch die Veränderungen in Wirtschaft und Gesellschaft, kann die einst „beste Lösung“ nicht mehr optimal sein. Sicherlich könnte eine Anpassung auch auf supranationaler Ebene erfolgen. Jedoch ist nicht nur der erhöhte bürokratische Aufwand und die tendenziell längere Umsetzungszeit, sondern auch die größeren Kosten eines Scheiterns in Betracht zu ziehen.

4.2 Nationale Rechtsordnungen und Mindeststandards für grenzüberschreitende Tätigkeiten

Als weitere Möglichkeit einer Mindestharmonisierung kann auf *nationaler* Ebene auf das Eingreifen des europäischen Gesetzgebers verzichtet werden. Nur wenn eine grenzüberschreitende Tätigkeit angestrebt ist, müssen Mindeststandards erfüllt werden. In diesem Fall bleibt der nationale Rechtssetzungsspielraum in größerem Umfang erhalten als bei Vorgaben für den nationalen Gesetzgeber. Für Tauschpartner von Unternehmen entstehen geringe Transaktionskosten, da Unternehmen entweder nationalen Gesetzen oder den Mindeststandards für grenzüberschreitende Tätigkeiten entsprechen. Die Transaktionskosten können daher leicht über dem Szenario der Vorgaben liegen: Gleichzeitig sind die Gestaltungsspielräume der nationalen Regierungen größer, so daß eine schnellere und flexiblere Anpassung an veränderte Rahmenbedingungen möglich ist.

Eine derartige Form der Mindestharmonisierung ist jedoch mit dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung nur schwer zu vereinbaren. Dieses "bedeutet die Anerkennung der Gleichwertigkeit von Vorschriften oder Qualifikationen, die in den verschiedenen EG-Staaten den gleichen Zweck erfüllen."⁴⁵ Das Prinzip trug entscheidend zu einer schnellen Verwirklichung des Binnenmarktes bei,⁴⁶ weil es die Einigung auf ein europaweit gültiges, einheitliches Recht nicht erforderte.

⁴⁵ HILLENBRAND, O. (1997), S. 367 (383).

⁴⁶ Vgl. SCHREIBER, K. (1997), S. 93 (96).

4.3 Supranationale Rechtsordnung unter Beibehaltung nationaler Rechtsordnungen

Des Weiteren kann gesellschaftsrechtliche Mindestharmonisierung durch parallele Schaffung supranationalen Rechts erfolgen. Nationales Recht würde neben europäischem Recht existieren.⁴⁷ Für jedes Wirtschaftssubjekt würde daraus eine Verdoppelung der zu beachtenden Rechtsordnungen resultieren, jedoch keine Verfünzfachung wie im Falle der "unbeschränkten Niederlassungsfreiheit".⁴⁸ Geringere Transaktionskosten führen zu einer Intensivierung der Arbeitsteilung und damit zu einer Wohlstandsmehrung.

Dieses Konzept wird in Kanada verwirklicht, d.h. Gesellschaften können sowohl nach Bundes- wie nach Provinzenrecht gegründet werden. Je nach Rechtsgrundlage differieren die Anforderungen an die grenzüberschreitende Tätigkeit. Bei dieser Variante bleibt der Wettbewerb der (Provinz)Gesetzgeber vorerst erhalten, ist jedoch ständiger Gefahr ausgesetzt. Pflanzen sich nämlich die neuen Rechtsgrundlagen in das innerstaatliche Recht fort und gewinnen diese an Bedeutung, könnte eine Sogwirkung zu einer Vereinheitlichung⁴⁹ der nationalen Rechte führen. Erhalten supranationale Gesellschaftsformen Privilegien, ist die Gefahr besonders groß.⁵⁰ Obwohl eine derartige Entwicklung statisch effizient ist, kann sie dynamisch betrachtet ineffizient sein, da die Entdeckungsfunktion des Wettbewerbs für die Anpassung an sich verändernde Bedingungen ausgeschaltet wird.

⁴⁷ Konkret würde in Deutschland deutsches und europäisches Recht gelten, das gleiche in den anderen Mitgliedsstaaten analog.

⁴⁸ Vgl. Kap. 2.2.

⁴⁹ Dieses Phänomen kann in Kanada beobachtet werden. Die Gesellschaftsrechte der einzelnen Provinzen stimmen in zunehmendem Maße mit dem Bundesrecht überein, dies gilt v.a. für Ontario. Vgl. BfAI Datenbank, Kanada, Stand 1996.

⁵⁰ Vgl. NISSEN, O.F. (1969), S. 228.

5. Ergebnis

Am Anfang dieser Untersuchung stand die Frage nach der Notwendigkeit einer Mindestharmonisierung des Gesellschaftsrechts. Aus der ökonomischen Analyse ergibt sich, daß in einem Binnenmarkt durch verschiedene staatliche Rahmenordnungen Transaktionskosten entstehen, die sich negativ auf Kooperationsgewinne auswirken. Der Vorteil der Mindestharmonisierung im Vergleich zur "unbegrenzten Niederlassungsfreiheit" und der Rechtsvereinheitlichung liegt darin, daß durch ein Mindestmaß an Vereinheitlichung Transaktionskosten verringert und gleichzeitig die dynamische Weiterentwicklung der Rahmenordnung durch Wettbewerb ermöglicht wird. Zur Umsetzung der Mindestharmonisierung im europäischen Binnenmarkt stehen zwei Alternativen zur Verfügung. Zum einen kann parallel zum nationalen Recht supranationales Recht geschaffen werden, zum anderen können den nationalen Gesetzgebern auf supranationaler Ebene Vorgaben für die Ausgestaltung des nationalen Rechts gemacht werden.