



Konvergenz im («internationalen») Gesellschaftsrecht (Thema 15)

HENRY HANSMANN/REINIER KRAAKMAN, The End of History for Corporate Law, in: Gordon/Roe (eds.), Convergence and Persistence in Corporate Governance, Cambridge 2004, pp. 33-68

HANS-UELI VOGT, Konvergenz von Gesellschaftsrechten, Zürich 2012, S. 392-455

Fabio Andreotti

Vortrag im Rahmen der Vorlesung Gesellschaftsrecht II
Frühlingssemester 2013
bei Prof. Dr. iur. Hans-Ueli Vogt



Inhaltsverzeichnis

- 1 Theoretische Grundlagen
- 2 Normative Corporate Governance-Modelle
- 3 Konvergenz an Beispielen dargestellt
- 4 Konvergenz*auslösende* Bedingungen
- 5 Konvergenz*begünstigende* Bedingungen
- 6 Konvergenz*hindernde* Bedingungen (Persistenz von Unterschieden)
- 7 Hauptaussagen der Texte
- 8 Kritik an den Texten
- 9 Diskussion ausgewählter Fragen

Einleitung: Konvergenz der Rechtssysteme?





1. Theoretische Grundlagen (1/4)

a) Konvergenzbegriff

Die Bedeutung des Begriffs Konvergenz

- «erschöpft sich in der Beschreibung einer *Bewegung des Sich-Annäherns und eines gewissen Masses bereits erreichter Annäherung*». (VOGT, Einleitung, S. 3)
- wird «nicht im Sinne einer *vollständigen* Annäherung verstanden (...)». (VOGT, Einleitung, S. 3)

Mit dem Konzept und dem Befund einer Konvergenz

- verträgt sich «vielmehr (...) ohne weiteres, dass nach wie vor Unterschiede zwischen den miteinander verglichenen Rechtstrukturen bestehen (*Persistenz von Unterschieden*), ja dass in gewissen Hinsichten und Bereichen die Unterschiede sich mitunter gar vergrössern oder dass neue Unterschiede entstehen (*Divergenz*)». (VOGT, Einleitung, S. 4)



1. Theoretische Grundlagen (2/4)

b) Konvergenzkonzept

Strukturelle (formelle) Konvergenz

- bedeutet, «dass Rechtsstrukturen sich bezüglich ihrer äusseren Gestalt, also ihrer Form annähern, ungeachtet der Frage, ob mit einer solchen Konvergenz der Rechtsstrukturen eine Konvergenz ihrer Leistungen verbunden ist». (VOGT, § 5, S. 242)
- Bsp.: Die *Abschlussprüfung* war früher teilweise Gegenstand der Selbstregulierung, in jüngerer Zeit wird sie weitgehend von der staatlichen Regulierung erfasst.

Funktionelle (materielle) Konvergenz

- zeichnet eine Entwicklung aus, in der «die Leistungen konvergieren, die von verglichenen Rechtsstrukturen erbracht werden». (VOGT, § 5, S. 242)
- Bsp.: Die *Business Judgment Rule* wird in einigen Staaten gesetzlich normiert, in anderen entspricht sie der richterlichen Praxis.



1. Theoretische Grundlagen (3/4)

c) Konvergenzprozesse

- (Einseitige) *Imitation*: Beobachtung, Vergleich und Übernahme von fremden Rechtsstrukturen in die eigene Rechtsproduktion (VOGT, § 8, S. 313 f.)
- Parallele *Innovation*: Prozess der Rechtsproduktion, der hauptsächlich von den Umständen geleitet ist, die zur Rechtsproduktion Anlass gegeben haben. (VOGT, § 8, S. 329 f.)
- *Koordination*: Wechselseitige Angleichung («Harmonisierung») in der Produktion von Rechtsstrukturen durch entsprechende Steuerung oder aber eine einseitige Ausrichtung der Rechtsproduktion auf die von einem anderen Rechtsproduzenten geschaffenen Rechtsstrukturen. (VOGT, § 8, S. 342)

Aber: Nur in den wenigsten Fällen ist bloss einer dieser Prozesse des Rechtswandels allein am Werk. (VOGT, § 10, S. 399)

d) Kopplung

(Enge oder lose) *Kopplung* «gesellschaftsrechtlicher Strukturen an die Umwelt und das Recht ist von Bedeutung für die Frage, inwieweit diese Prozesse eine Konvergenz von Rechtsstrukturen begünstigt». (VOGT, § 10, S. 412)



1. Theoretische Grundlagen (4/4)

e) Gründe für Konvergenz

Überlegenheit eines regulatorischen Modells (HANSMANN/KRAAKMAN, pp. 45-48)

- *Logische Überlegenheit*: Orientierung an den ökonomischen Präferenzen der «Nachfragenden» (z.B. institutionelle Investoren «verlangen» die exklusive Kontrolle über den «value of the firm», Anlegeraktionäre wollen «bloss» den Wert ihres Anteils erhöhen)
- *Praktische Überlegenheit*: Einsicht, dass gewisse Jurisdiktionen bessere ökonomische Leistungen erlauben (z.B. die USA als Wirtschaftsmacht mit hoher Innovationskraft)
- *Wettbewerbliche Überlegenheit*: Unternehmen mit bestimmter Corporate Governance (z.B. shareholder value-Ansatz) haben leichteren Zugang zu Finanzierungsquellen, können effizienter, flexibler und innovativer arbeiten sowie beenden unrentable Investitionen früher, da sie sich bloss auf eine Anspruchsgruppe konzentrieren können.

Aber: Konvergentes Recht reflektiert *nicht* notwendigerweise Effizienzgewinne (z.B. EU-Richtlinienrecht als politisches Recht des minimalen Konsenses; beschränkte Haftung der Aktionäre im Deliktsrecht). (HANSMANN/KRAAKMAN, pp. 63-65)

2. Normative Corporate Governance-Modelle

Normative Models of Corporate Structure and Governance

	manager-oriented model	labor-oriented model	state-oriented model	stakeholder model(s)	shareholder-oriented model
Ziel	allgemeines, öffentliches Interesse	Arbeitnehmerinteressen	Interesse des Staates	alle Stakeholder-Interessen	alle Aktionärsinteressen
Mittel	weites Ermessen für Manager	AN-Vertretung im VR/ Aufsichtsrat	Einsatz von Vertretern des Staates, Genehmigungsvorbehalte etc.	«fiduciary model» des VR (weites Ermessen) oder Vertretung	Sorgfalts-, Treue- und Gleichbehandlungspflicht
Mängel	Eigeninteresse der Manager (Kontrolldefizit)	Kompromiss und Lähmung verursachen Kosten	Mängel der Planwirtschaft	(zu) heterogene Interessenlage	<i>Zu einseitig?</i>
«Wirkungen»	Corporate Social Responsibility	z.B. Deutschland (MitbestG)	Sozialismus/ Korporatismus	vgl. Kapitalschutz; OR 754 ff.	heutiges Standardmodell

(nach HANSMANN/KRAAKMAN, pp. 36-45)

Zu einseitig? - Zitat von Milton Friedman



«The view has been gaining widespread acceptance that corporate officials and labor leaders have a **,social responsibility‘** that goes beyond serving the interest of their stockholders or their members. This view shows a fundamental misconception of the character and nature of a free economy. In such an economy, there is **one and only one social responsibility of business** - to use its resources and engage in activities designed to **increase its profits** so long as it stays **within the rules of the game**, which is to say, engages in open and free competition, without deception or fraud.»

*MILTON FRIEDMAN, Capitalism & Freedom,
1962, p. 133*



3. Konvergenz an Beispielen dargestellt (1/5)

1. The «shareholder-oriented model»

- heutiges Standardmodell der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
- «Haut» oder «Hülle» des Gesellschaftsrechts (*normatives* Modell)
- Gesellschaftsrecht soll auf die Maximierung der *Aktionärsinteressen* bzw. des Residualgewinns ausgerichtet sein (Profitstreben).
- im Resultat Erzielung höchster Wohlfahrtsgewinne (für alle)
- Betonung des *Minderheitenschutzes* zulasten der kontrollierenden Aktionäre
- Strenge Verantwortlichkeit des VR für die Verletzung von Schutznormen, die zugunsten der Aktionäre aufgestellt werden.
- Gläubiger, Arbeitnehmer, Kunden, Deliktsgläubiger etc. sollen grundsätzlich mit Mitteln *ausserhalb* des Gesellschaftsrechts geschützt werden (Ausn. u.a. Gläubigerinteressen im Konkurs, Kapitalschutzvorschriften, ZGB 2 II).
- Gründe für den Erfolg dieses Modells: u.a. Verbreitung der Aktie als «Volksanlage», Kontrolle durch Zusammenfassung von institutionellen Investoren und Kleinaktionären («shareholder democracy»)
- stark *ideologisierte* Konvergenz («kapitalistisches» Modell)



3. Konvergenz an Beispielen dargestellt (2/5)

2. Mitwirkung der Aktionäre

	Deutsches Recht	US-amerikanisches Recht
Beispiel	Verwaltungsstimmrecht als Form der Stimmrechtsvertretung	«proxy voting»-System
Konvergenzprozess	parallele Innovation und Imitation	Modifikation bestehenden Rechts
«Auslöser»	u.a. Globalisierung der Finanz- und Aktienmärkte, Verbreitung des Aktienbesitzes, Probleme des kollektiven Aktionärshandelns, Einfluss institutioneller Anleger, Wettbewerbsdruck	
Konvergenzkonzept	primär strukturell, funktionell	
Fazit	Gesetzgebung und Rechtsvergleichung mit Bezug zum US-Recht	z.T. Vorbildfunktion



3. Konvergenz an Beispielen dargestellt (3/5)

3. Verantwortlichkeit der Unternehmensleitung

	Deutsches Recht	US-amerikanisches Recht
Beispiel	gerichtliche Anerkennung und gesetzliche Festschreibung einer Haftungsregelung	«business judgment rule»
Konvergenzprozess	Imitation	Innovation
«Auslöser»	u.a. Schwierigkeiten, die Geschäftsführung zu überwachen, Verbreitung des Aktienbesitzes, Einfluss institutioneller Anleger, Unternehmensskandale	
Konvergenzkonzept	primär funktionell, strukturell	
Fazit	vollständige Rezeption des US-Rechts (Rechtsvergleichung und Rechtsprechung: BGH-Urteil «ARAG/ Garmenbeck», 1997)	Vorbildfunktion



3. Konvergenz an Beispielen dargestellt (4/5)

4. Offenlegung von Unternehmensinformationen

	Europäisches Recht	US-amerikanisches Recht
Beispiel	staatliche Aufsicht über Abschlussprüfung	staatliche Aufsicht über Abschlussprüfung («Sarbanes-Oxley Act»)
Konvergenzprozess	primär Imitation	Innovation
«Auslöser»	Kollision zufolge extraterritorialer Rechtsanwendung, Erschütterung durch Wirtschaftsskandale («Parmalat»)	Erschütterung durch Wirtschaftsskandale («Enron»)
Konvergenzkonzept	primär strukturell	
Fazit	politischer Druck von aussen	Systemwechsel, Vorbild



3. Konvergenz an Beispielen dargestellt (5/5)

5. Offenlegung von Unternehmensinformationen

	Europäisches Recht	US-amerikanisches Recht
Beispiel	Rechnungslegung IAS/IFRS («fair presentation»)	Rechnungslegung US-GAAP («true and fair view»)
Konvergenzprozess	Koordination	
«Auslöser»	mangelnde Vergleichbarkeit der Jahresabschlüsse (Finanzierungswettbewerb), Standortwettbewerb	
Konvergenzkonzept	primär funktionell, strukturell	
Fazit	Wettbewerb der Systeme, privater Regulator (IASB)	Wettbewerb der Systeme, privater Regulator (FASB)



4. Konvergenzauslösende Bedingungen



(nach HANSMANN/KRAAKMAN, pp. 45-46 und VOGT, § 10)



5. Konvergenz**begünstigende** Bedingungen

- Verbreitung von Aktien als Anlageform *und* Wahrnehmung der Rechte durch institutionelle Investoren und institutionelle Stimmrechtsvertreter (z.B. Stiftung Ethos)
- transnationale Geschäftspraxis (z.B. D&O-Versicherungen)
- freiwillige «private» Veränderungen der unternehmerischen Strukturen mittels «Best Practices for Corporate Governance» (Selbstregulierung, z.B. OECD-Standards)
- «wirtschaftsnahe» Regulierung durch Fachbehörden (z.B. SEC, FINMA, Rechnungslegung)
- dispositive (statutarisches «Opt-in») oder zwingende Gesetzesreformen (Gesetzgebung, z.B. Abschaffung der Kontrollprämie im CH-Übernahmerecht)
- «abgeschwächtes» Ermessen der richterlichen Behörden (Angleichungen zwischen Common Law und Civil Law)
- akademischer Diskurs und Rechtsvergleichung verschiedener Modelle (z.B. «Law and Economics»)
- Wettbewerb verdrängt «ineffiziente» Unternehmen und fördert damit eine «gute» Corporate Governance (attraktiver für Investoren, Aktionäre, Mitarbeiter und Kunden).



6. Konvergenzhindernde Bedingungen (Persistenz von Unterschieden)

- Unterschiedliche Bedingungen und Strukturen in der Wirtschaft, in der Politik und im Recht
 - Bsp.: Die unterschiedlich starke Verbreitung von Aktienbesitz in den USA und in Europa erklärt die unterschiedliche Regulierung der Mitwirkungsrechte. (VOGT, § 10, 440 f.)
 - Gewisse Modelle entsprechen den sozioökonomischen, politischen und kulturellen Bedingungen eher und sind damit effizienter (z.B. «cumulative voting» in Russland im Nachgang zur Privatisierungswelle).
 - bewusste Schaffung politischen Rechts
- Pfadabhängigkeit in der Wirtschaft, in der Politik und im Recht
 - Gesellschaftsrecht als primär nationalstaatliches Recht
 - enge Kopplung der Rechtsstruktur an die Umwelt und an das vorbestehende Recht («Rechtstradition»)
 - Bsp.: Die Business Judgment Rule stellt im US-Recht eine Beweislastregel dar, im deutschen Recht hingegen ist sie eine Frage der Sorgfaltspflichtverletzung. (VOGT, § 10, 447)
- Mächtige Interessengruppen verhindern Konvergenz (z.B. Mehrheitsaktionäre verhindern legislative Reformen in der Corporate Governance zugunsten der Minderheitsaktionäre) (Ausn. «Minder-Initiative»).
- Mehrheitsaktionäre betreiben nicht-monetäres «empire building» (externes Wachstum).
- EU-Richtlinienrecht schafft i.d.R. bloss eine Rahmenregulierung.
- Politisierung der Konvergenz führt zu Rückkopplungseffekten aufgrund niedriger Effizienzgewinne (z.B. britische Haltung gegenüber Harmonisierungsdrang der EU).



7. Hauptaussagen der Texte

Das normative Modell der «shareholder-oriented»-Regulierung hat sich in den bedeutenden Volkswirtschaften durchgesetzt, wenn auch nicht lückenlos.

Im Allgemeinen ist eine globale Tendenz zur Stärkung der Aktionärsrechte und damit der Entstehung einer Aktionärsdemokratie feststellbar.

Eine Konvergenz der Gesellschaftsrechte scheint fast ausschliesslich das Resultat ökonomischer oder politischer Krisen zu sein. Die Krisen wiederum sind ein Ergebnis der globalisierten Welt. Gesellschaftsrecht ist folglich «globalisiertes Recht».

(VOGT, § 10, S. 398 f., 450)

Konvergenz als Resultat unternehmerischen und regulatorischen Wettbewerbs tritt im Gesellschaftsrecht stärker zurück als in anderen Rechtsgebieten, auch mangels eigentlichem Wettbewerb der Gesellschaftsrechte. (VOGT, § 10, S. 425, 427 ff.)

Beide Texte sind überzeugt von einer faktischen (VOGT, § 10, S. 454) bzw. ökonomischen (HANSMANN/KRAAKMAN) Überlegenheit des «US-Corporate Law» und damit einer Amerikanisierung der europäischen und japanischen Gesellschaftsrechte.

Konvergenz realisiert nicht immer eine Wohlfahrtssteigerung.



8. Kritik an den Texten

Der Text von HANSMANN/KRAAKMAN (insb. pp. 64, 68) suggeriert die Tendenz eines globalen «einheitlichen» Gesellschaftsrechts. Dabei werden rechtspolitische und rechtstatsächliche Umstände, die das Gesellschaftsrecht stark mitprägen (z.B. Steuerrecht, Gründungstheorie im IPR, Konkursrecht, Standortwettbewerb, Rechtstradition), nicht in angemessener Weise berücksichtigt.

HANSMANN/KRAAKMAN thematisieren mit keinem Wort die (m.E. heute abnehmende) Gefahr des «race to the bottom» im regulatorischen Wettbewerb.

Zunehmende Konvergenz von Rechtsstrukturen führt zu abnehmendem Wettbewerb um (immer) effizientere und optimalere regulatorische Rahmenbedingungen für die Wirtschaft und ihre Akteure. Dieses Problem, das sogar zu Trägheit und mangelndem Anpassungsdruck des Rechts an Veränderungen der Umwelt führen kann, bleibt in beiden Texten unbeleuchtet.

Die aufstrebenden Volkswirtschaften der BRIC-Staaten spielen in beiden Texten keine Rolle.



Vielen Dank für Ihre freundliche Aufmerksamkeit.



Plädoyer für den Wettbewerb

«In viel grösserem Mass als bisher muss erkannt werden, dass unsere gegenwärtige gesellschaftliche Ordnung nicht in erster Linie das Ergebnis eines menschlichen Entwurfs ist, sondern aus einem *wettbewerblichen* Prozess hervorging, in dem sich die erfolgreicherer Einrichtungen durchsetzten. (...) [Kultur] ist eine *Tradition* erlernter Regeln des Verhaltens, die niemals erfunden worden sind, und deren Zweck das handelnde Individuum gewöhnlich nicht versteht.»

F.A. VON HAYEK, *Die Anmassung von Wissen*,
Neue Freiburger Studien, Tübingen 1996, S. 40



9. Diskussion ausgewählter Fragen

1

Welche Gründe sprechen für die Theorie der Amerikanisierung des Gesellschaftsrechts? Weshalb werden US-amerikanische Rechtsstrukturen unter den Bedingungen der Globalisierung begünstigt?

2

HANSMANN/KRAAKMAN (pp. 64-65.) gehen davon aus, dass die Wirtschaftsteilnehmer sich früher oder später für einen der beiden Accounting Standards (US-GAAP, IAS/IFRS) entscheiden werden, obwohl die zusätzlichen Effizienzgewinne nicht (mehr) sehr gross ausfallen werden.

- Welche Vorteile, welche Nachteile würde diese Entwicklung mit sich bringen?
- Ist diese Entwicklung so zwingend?

3

Warum zeichnet sich die Konvergenz beispielsweise im Bereich des Gläubigerschutzes nicht im gleichen Umfang ab?

(HANSMANN/KRAAKMAN, p. 64 und VOGT, § 10, S. 452)