

**HOLGER FLEISCHER / HIDEKI KANDA /
KON SIK KIM / PETER MÜLBERT (eds.)**

German and Asian Perspectives on Company Law

Mohr Siebeck, Tübingen 2016, Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Bd. 118, XI + 377 S., 79,- €;
ISBN: 978-3-16-155026-3*

1. Rechtsvergleichung im Gesellschaftsrecht wird heute zunehmend global betrieben und schließt, auch sofern sie von Deutschland aus erfolgt, über die innereuropäische und transatlantische Perspektive hinaus nicht zuletzt die (ost-)asiatischen Erfahrungen ein.¹ Wie das kurze Vorwort des hier vorzustellenden Tagungsbandes anklingen lässt, kann dabei an eine reiche Tradition des bilateralen Austauschs zwischen Deutschland einerseits und China, Japan und Korea andererseits angeknüpft werden. Inzwischen haben sich auch die wissenschaftlichen Kontakte zwischen ostasiatischen Juristen merklich belebt. Insofern bot es sich an, im Mai 2015 führende Wissenschaftler aus den vier Rechtsordnungen für ein Symposium im Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht zu einem multilateralen, deutsch-ostasiatischen Austausch zusammenzubringen. Dafür wurden vier Themenschwerpunkte gewählt: Vorstandshaftung, Kapitalerhaltung, Rolle der Aktionäre und Unternehmensgruppen. Diese geben zugleich die Gliederung des vorliegenden Bandes vor.

2. Vorangestellt sind statt einer Einleitung zwei Überblicksbeiträge zum japanischen und deutschen Gesellschaftsrecht. *Hideki Kanda* (S. 3–17) und *Holger Fleischer* (20–43) sind dabei zweifellos wie wenige andere in der Lage, das für den Detailvergleich erforderlichen Grundwissen für die Vertreter der anderen Rechtsordnungen prägnant zusammenzufassen. Für Japan gehört hierzu etwa die Tatsache, dass praktisch alle größeren Unternehmungen heute als Aktiengesellschaft (*kabushiki kaisha*) organisiert sind. Entsprechende Beiträge zur Volksrepublik China und zur Republik Korea wären an dieser Stelle willkommen gewesen (zu Korea siehe später S. 219–221).

* Die Rezension ist zuerst in *RabelsZ* 82 (2018) erschienen. Die Schriftleitung dankt den Herausgebern der Zeitschrift für die freundliche Genehmigung zum Zweitabdruck.

1 Wegweisend auch insofern schon *K. J. Hopt/Hideki Kanda/Mark J. Roe/Eddy Wymeersch and Stefan Prigge* (eds.), *Comparative Corporate Governance – The State of the Art and Emerging Research* (1998).

3. Der erste Themenblock beschäftigt sich mit der Vorstandshaftung (S. 45–137) und beginnt mit einem Beitrag von *Kenichi Osugi* zu Japan (S. 47–62). Dieser rückt die Aktionärsklage in den Vordergrund, welcher in Japan erhebliche praktischer Bedeutung zukommt. *Osugi* bewertet ihre Wirkung rechtspolitisch allerdings als zwiespältig und spricht sich dafür aus, sie längerfristig gegenüber anderen Instrumenten der Corporate Governance weniger stark zu gewichten. *Kyung-Hoon Chun* widmet sich im anschließenden Beitrag der *corporate opportunity doctrine* in Korea (S. 63–81). Diese hat, aus dem US-amerikanischen Recht kommend, Eingang in das koreanische Recht gefunden und ist dort bemerkenswerterweise seit 2012 auch im Handelsgesetz kodifiziert. *Chun* bewertet dieses Experiment überwiegend positiv nicht zuletzt wegen der erzieherischen Wirkung, schließt sich allerdings der Kritik an, dass gerade im koreanischen Kontext eine Ausweitung auf beherrschende Aktionäre in Betracht gezogen werden sollte. Der folgende Beitrag von *Jianbo Lou* zu China (S. 83–104) legt den Schwerpunkt auf die Sorgfalts- und Treuepflichten des Vorstands gegenüber der Gesellschaft, wie sie nach einer allgemeinen Kodifizierung im chinesischen Gesellschaftsrecht im Jahre 2005 vor allem von der Rechtsprechung entwickelt worden sind. *Lou* analysiert speziell die Rechtsprechung der Gerichte von Beijing zu dieser Thematik. Er macht Gemeinsamkeiten mit der US-amerikanischen Business Judgment Rule aus. Dass der von den Gerichten Beijings entwickelte (von *Lou* so bezeichnete) *ordinary corporate conduct standard* noch wenig klare Konturen aufweist, führt *Lou* unter anderem darauf zurück, dass das Konzept von Sorgfalts- und Treuepflichten dem chinesischen Recht bis vor Kurzem gänzlich fremd gewesen sei und auch von chinesischen Wissenschaftlern nicht immer richtig verstanden werde. *Hans Christoph Grigoleits* prägnante Darstellung der Regeln der Vorstandshaftung in Deutschland runden den ersten Teil ab (S. 105–137). Hinsichtlich deren Durchsetzung fällt ins Auge, dass die Aktionärsklage in Deutschland nach wie vor kaum genutzt wird. *Grigoleit* erklärt dies primär mit den mangelnden Anreizen für Aktionäre, geht aber davon aus, dass das Instrument auch als bloße Möglichkeit nicht völlig wirkungslos sein dürfte (S. 119). Im zweiten Teil seines Beitrags geht *Grigoleit* auf ausgewählte aktuelle Streitfragen ein, darunter die gestiegene Bedeutung der Legalitätspflicht, offene Fragen bei der Anwendung der Business Judgment Rule und Bemühungen um eine Begrenzung einer „ruinösen“ Vorstandshaftung. Unterm Strich gelangt *Grigoleit* zu dem Urteil, dass die übermäßig scharfe Vorstandshaftung des geltenden deutschen Rechts zulasten sowohl des Vorstands als auch – indirekt – der Gesellschaft gehe.

4. Der zweite Themenblock ist den Regeln der Kapitalerhaltung gewidmet (S. 139–200). Zu Beginn beschreibt *Gen Goto* die japanische Entwicklung (S. 141–157). Die Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsregeln

des japanischen Rechts waren ursprünglich stark deutsch beeinflusst, haben sich vom deutschen Modell aber in der Folge schrittweise emanzipiert. Ein von der ökonomischen Analyse inspirierter Paradigmenwechsel hat dazu geführt, dass das neue Gesellschaftsgesetz von 2005 diese Regeln als Mechanismus weniger zum Schutz der Gläubiger als der Aktionäre auffasst. So sieht das japanische Gesellschaftsrecht keinen gesetzlichen Mindestbetrag für ein Grundkapital mehr vor, auch wenn Dividenden nur gezahlt werden dürfen, sofern das Reinvermögen der Gesellschaft 3 Mio. Yen übersteigt. *Goto* präsentiert empirische Belege dafür, dass diese Deregulierung Unternehmensgründungen tatsächlich, wie vom Gesetzgeber erhofft, befördert hat. Der folgende Beitrag von *Andreas Cahn* (S. 159–179) erinnert daran, dass zwar ähnliche Überlegungen auch in Deutschland diskutiert werden, dass die herrschende Meinung hierzulande aber am Konzept eines effektiv aufzubringenden und zu erhaltenden Mindestkapitals bis auf Weiteres festhält. *Cahn* verteidigt diese Position, indem er darauf verweist, dass die Kapitalerhaltungsregeln des deutschen Rechts nicht nur Gewinnausschüttungen, sondern auch Vermögensverschiebungen durch Transaktionen mit verbundenen Unternehmen beschränken, was durch Vertragsklauseln kaum ähnlich effektiv zu erreichen sei. Demgegenüber hat auch das chinesische Recht, wie *Ruoying Chen* sodann darlegt, in einer eher plötzlichen Kehrtwende im Jahre 2013 das System des festen Kapitals aufgegeben (S. 181–200). Damit sei die Volksrepublik einerseits internationalen Trends gefolgt, andererseits sei die Entwicklung des Kapitalersatzrechts aber geradezu ein Musterbeispiel für die Auswirkungen, welche die Transformation Chinas von einer Planwirtschaft zu einer stärker auf die Kräfte des Marktes bauenden neuen Ordnung auf das Gesellschaftsrecht habe. Die Abschaffung der rigiden und kostenträchtigen Regeln zur Kapitalerhaltung spiele nämlich eine wesentliche Rolle bei der Förderung privater Investitionen. Stärker noch als in Japan scheint die Reform Neugründungen tatsächlich befördert zu haben. Zugleich sind *Chen* zufolge allerdings erhebliche Schutzlücken zutage getreten, welche erst noch gefüllt werden müssten.

5. Im dritten Teil, in dem es um die Rolle der Aktionäre geht (S. 201–274) ruft *Gerhard Spindler* in seinem Beitrag zum deutschen Recht (S. 203–215) eingangs den für Publikumsgesellschaften in allen Rechtsordnungen typischen Prinzipal-Agenten-Konflikt in Erinnerung, ferner die Tatsache, dass das deutsche Modell der Corporate Governance jedenfalls bis zur Phase der Globalisierung angesichts eines wenig entwickelten Kapitalmarkts und eines umfassenden Sozialversicherungssystems gegenüber dem angelsächsischen Modell grundlegende Unterschiede aufwies. Es folgt eine prägnante, die historische Genese veranschaulichende Darstellung der verschiedenen Aktionärsrechte. Das nach wie vor ungelöste Problem der rationalen Apathie kann nach Auffassung *Spindlers* durch eine Kombination verschiedener

Instrumente wie Treueaktien und institutionelle Stimmrechtsberater wenn nicht gänzlich gelöst, zumindest abgemildert werden. Der Beitrag von *Kon-Sik Kim* und *Moon-Hee Choi* (S. 217–241) richtet den Blick auf Recht und Praxis von Beschlussmängelklagen in Korea aus vergleichender Sicht. Obwohl die koreanischen Regeln mit den deutschen – vermittelt über das japanische Recht – historisch eng verwandt sind, zeigen sich signifikante Unterschiede, aber auch starke funktionale Parallelen. Damit sind Beschlussmängelklagen nach Auffassung der Autoren ein Merkmal der *civil law jurisdictions* geblieben. Die Zukunft könne aber auch hier eine stärkere Konvergenz mit den USA und Großbritannien bringen, wenn sich der allmähliche Bedeutungsverlust der Beschlussmängelklagen gegenüber anderen Schutzmechanismen wie der Aktionärsklage fortsetze. Der letzte Beitrag zur Rolle der Aktionäre ist wiederum Japan gewidmet und stammt aus der Feder von *Hiroyuki Kansaku* (S. 243–274), der die japanischen Regeln insbesondere den deutschen gegenüberstellt. Japan setzt im Rahmen der Bemühungen um eine verbesserte Corporate Governance in jüngerer Zeit stark darauf, institutionelle Investoren zu einer aktiveren Unternehmenskontrolle zu motivieren. Auf Initiative der japanischen Regierung sind hierfür zwei wichtige Soft-Law-Instrumente geschaffen worden, der Stewardship Code von 2014 und der Corporate Governance Code von 2015. Beide arbeiten mit einem *comply or explain*-Mechanismus, wobei die Börsenregeln börsennotierte Gesellschaften zur Unterwerfung unter den Corporate Governance Code verpflichten. Inwieweit diese Neuerungen Japan tatsächlich einer Shareholder Value-Orientierung und der von der Regierung erhofften Profitabilitätssteigerung näher bringen sei gegenwärtig noch schwer absehbar.

6. Als vierten und letzten Themenschwerpunkt behandelt der Band Unternehmensgruppen (S. 275–371). Den Auftakt macht dabei der Länderbericht von *Junhai Liu* zu China (S. 277–305), wo Unternehmensgruppen wie in praktisch allen Volkswirtschaften heute eine große Rolle spielen. Im Jahre 2005 stand deshalb die Einführung eines eigenständigen Konzernrechts nach deutschem Modell zur Debatte, diese Überlegungen wurden letztlich allerdings nicht verwirklicht. Dementsprechend sind die spezifischen Probleme, welche Unternehmensgruppen aufwerfen, insbesondere der Schutz von Minderheitsaktionären und Gläubigern der Tochtergesellschaften, abgesehen von Regeln des Kapitalmarkt-, Kartell-, Steuer- und Bilanzrechts mit den Instrumenten des allgemeinen Gesellschaftsrechts zu lösen. Diese gilt es nach Liu weiterzuentwickeln. Auch Korea, das *Hyeok-Joon Rho* im Anschluss behandelt, ist bekannt für seine mächtigen Unternehmensgruppen (S. 307–333). *Rho* veranschaulicht deren oft komplexe Beteiligungsstrukturen und bescheinigt einer Reform im Jahre 1999, welche diese durch die Zulassung von Holdingstrukturen zu vereinfachen suchte, einigen Erfolg. Das Problem des sogenannten Tunneling durch beherr-

schende Unternehmen ist nach *Rhos* Auffassung dagegen weiter virulent. Der Beitrag lässt Sympathien für ein kodifiziertes, vom deutschen Modell inspiriertes Konzernrecht als Lösung erkennen. Auch *Eiji Takahashi* kann sich im anschließenden (deutschsprachigen) Beitrag zu Japan auf eine intime Kenntnis des deutschen Rechts stützen (S. 335–353). Ausgehend von einer profunden Darstellung der tatsächlichen Situation verbundener Unternehmen in Japan und deren Entwicklung über die letzten Jahrzehnte analysiert *Takahashi* schwerpunktmäßig die begrenzten Regelungen, welche die Reform des japanischen Gesellschaftsgesetzes von 2014 für verbundene Unternehmen gebracht hat. Eingeführt wurde seinerzeit eine Regel zum Schutz von Bestandsaktionären bei einer Ausgabe neuer Aktien, die einen Wechsel des herrschenden Unternehmens bewirkt. Ferner können Aktionäre der Muttergesellschaft nunmehr unter gewissen Voraussetzungen auch gegen Direktoren einer Tochtergesellschaft im Wege der Aktionärsklage vorgehen. Beim Schutz der Tochtergesellschaft vor Interessenbeeinträchtigungen durch die Muttergesellschaft sieht *Takahashi* dagegen weiter Handlungsbedarf. Hier spricht sich der Autor für eine Haftung des Mutterunternehmens und ein Austrittsrecht der Minderheitsgesellschafter aus. Im letzten Beitrag (S. 355–371) fragt *Katja Langenbucher* aus Sicht des deutschen Rechts nach der Notwendigkeit eines eigenständigen Konzernrechts. Das deutsche Recht geht bekanntlich davon aus, dass die spezifischen Risiken, welche Gruppen insbesondere für Aktionäre und Gläubiger eines Tochterunternehmens aufwerfen, am besten durch spezielle Regeln bewältigt werden. *Langenbucher* unterstreicht dabei, dass die Regeln des deutschen Konzernrechts keineswegs nur schützenden, sondern auch ermöglichenden Charakter haben, also eine Steuerung der Tochterunternehmen im Interesse der Gruppe auch erleichtern sollen. Die Autorin beantwortet ihre Ausgangsfrage nicht ausdrücklich, aber man wird ihre Ausführungen dahingehend deuten können, dass für sie ein eigenständiges Konzernrecht ein – wenn auch nicht das einzige – Instrument darstellt, um die spezifischen Probleme in Unternehmensgruppen zu bewältigen.

7. Der Austausch unter den Teilnehmern des Symposiums wird fortgesetzt. Das mag erklären, weshalb auf das Festhalten eines (Zwischen)-Ergebnisses des Austauschs am Ende des Bandes verzichtet wurde. Auch so bietet er reiches Anschauungsmaterial für die aktuellen Entwicklungslinien des Gesellschaftsrechts in Deutschland und Ostasien.

*Moritz Bälz***

** Prof. Dr., LL.M. (Harvard); Professur für Japanisches Recht und seine kulturellen Grundlagen, FB Rechtswissenschaft, Goethe-Universität Frankfurt.