

Tim Lanzius

Anwendbares Recht und Sönderanknüpfungen unter der Gründungstheorie

Eine Untersuchung
unter besonderer Bäfübksichtigung
des Gläubigerschutzes und der
unternehmerischen Mitbestimmung
bei Scheinauslandsgesellschaften



PETER LANG

Europäischer Verlag der Wissenschaften

Inhaltsverzeichnis

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....	19
A) EINLEITUNG.....	21
B) STÄRKEN, SCHWÄCHEN, EG-RECHTSKONFORMITÄT DER SITZTHEORIE.....	27
I) STÄRKEN.....;	27
II) SCHWÄCHEN.....	30
1) Bruch der juristischen Logik.....;	30
2) Schwierigkeit der Sitzbestimmung.....	30
a) Vorwurf der Unschärfe.....	30
b) Beispielfälle.....	31
c) Eindeutige Sitzbestimmung durch Rückgriff auf das Steuerrecht.....	33
aa) Vorgehen.....	33
bb) Eigene Stellungnahme.....	34
(1) Steuerrecht verwendet eigene Kriterien.....	34
(2) Nur ein Mittelpunkt der geschäftlichen Oberleitung.....	35
(3) unterschiedliche Zielsetzung.....	37
(4) Präzision der steuerrechtlichen Kriterien.....*	38
(5) Ergebnis zu bb).....;	40
d) Behebung durch Vermutungsregel.....;	41
e) Ersatzanknüpfung.....	43
f) Ergebnis zu 2).....	44
3) Behandlung von „Scheinauslandsgesellschaft“.....	45
a) Vorwurf: Belastung des Rechtsverkehrs durch Scheinauslandsgesellschaften.....	45
b) Ersatzrecht.....	45
c) Wirkung des Ersatzrechts.....	47
aa) Exkurs: Die neue BGH-Rechtsprechung zur (Teil-) Rechtsfähigkeit der GbR.....;	47
(1) Rechtsentwicklung.....	47
(2) Sonderproblem: Grundbuchfähigkeit.....	49
bb) Haftung der Gesellschafter.....	51
cc) Anwendung des Ersatzrechts auf die Gesellschaft: Grundsatz.....	52
(1) Meinungsstand.....;	52
(2) Eigene Stellungnahme.....	54
dd) Anwendung des Ersatzrechts: Vertragsrechtliche Hindernisse.....	56
(1) Vertragsschluss vor Sitzverlegung...../.....	57

(2) Rechtslage bezüglich Rechtsgeschäften nach Sitzverlegung	57
(a) Willenserklärung im Namen der Personengesellschaft	58
(b) Vollmacht	59
(c) Anfechtung	60
(d) Form	60
(e) Rechte an Grundstücken	61
(3) Scheinauslandsgesellschaften im Prozess	64
(4) Ergebnis zu dd)	65
ee) Handelndenhaftung	65
d) Behandlung von Einpersonen-Gesellschaften	66
e) Ergebnis zu 3)	67
4) Angemessenheit der Folge der Sitztheorie	67
5) Ergebnis zu II)	70
III) EG-RECHTSKONFORMITÄT DER SITZTHEORIE	70
1) Problemaufriss...«	70
2) Daily Mail	72
a) Entscheidung des EuGH	72
b) Folgerungen von Rechtsprechung und Literatur	73
3) Centros...»	74
a) Entscheidung des EuGH	74
b) Folgerungen von Rechtsprechung und Literatur	75
4) Überseering	77
a) Sachverhalt	77
b) Entscheidung des EuGH	78
aa) Artt. 44,293 EG	78
bb) Daily Mail	79
cc) Beschränkung der Niederlassungsfreiheit und Rechtfertigung	80
dd) Antworten auf die Vorlagefragen	82
c) Würdigung der Entscheidung	82
d) Reaktionen der Rechtsprechung auf die Überseering-Entscheidung	88
e) Bedeutung der Überseering-Entscheidung für Wegzugsfälle	89
aa) Rechtslage vor Überseering	89
bb) Konsequenzen nach Überseering	90
(1) Die Ansichten der Literatur*	90
(2) Eigene Stellungnahme»	91
cc) Das deutsche Recht nach Überseering	94
5) Inspire Art	95
a) Sachverhalt	95
b) Entscheidung des EuGH	96
aa) Publizitätspflichten	96
..... bb) Mindestkapitalisierungsvorschriften	
(Art. 4 Abs. 1,2,4 WFBV)	99

(1) Beschränkung der Niederlassungsfreiheit.....	99
(2) Rechtfertigung.....	100
(a) Art. 46 EG.....	100
(b) Zwingende Gründe des Allgemeininteresses.....	102
cc) Antwort auf die Vorlagefragen.....	103
c) Würdigung.....	103
6) Anwendung nationalen Rechts auf ausländische Gesellschaften nach Inspire Art.....	104
a) Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit.....	104
b) Rechtfertigung der Beschränkung der Niederlassungsfreiheit.....	106
7) Zusammenfassung der Ergebnisse.....	107
IV) ABSCHLIEßENDE STELLUNGNAHME ZU B).....	109
C) ALTERNATIVEN ZUR SITZTHEORIE.....	111
I) „REINE“ GRÜNDUNGSTHEORIE.....	111
1) Die Diskussion um das „race to the bottom“.....	111
2) Würdigung.....	113
II) BISHERIGE GESETZESVORHABEN.....	116
1) EWG-Übereinkommen von 1968.....	116
2) Vorentwurf für eine 14. EG-Richtlinie.....	117
3) Ergebnis.....	118
III) VORSCHLÄGE DER LITERATUR.....	118
1) Ordre public.....	118
2) Differenzierungstheorie (Grasman).....	120
a) Die Theorie.....	120
b) Kritische Würdigung.....	121
3) Entscheidung nach Fallgruppen (Wiedemann).....	123
4) Überlagerungstheorie (Sandrock).....	124
a) Die Theorie.....	124
b) Probleme der Überlagerungstheorie.....	125
aa) Begriff der zwingenden Vorschriften.....	125
bb) Konflikte zwischen Gründungs- und Sitzrecht.....	127
cc) Weitere Schwächen.....	129
c) Ergebnis.....	130
5) Die Eingeschränkte Gründungstheorie Behrens'.....	130
6) Die Eingeschränkte Gründungstheorie Grothes.....	131
7) Die modifizierte Gründungstheorie (v. Haien).....	133
a) Die Theorie.....	133
b) Kritische Würdigung.....	135
8) Kombinationslehre (Zimmer).....	136
a) Der Ansatz der Kombinationslehre.....	136

b) Kritische Würdigung: „».....,.....i.....i.«...<.....	139
9) Der Lösungsvorschlag Höflings.....	141
a) Der Ansatz.....	141
b) Würdigung.....	142
10) Ergebnis.....	143
IV) RECHTSVERGLEICHUNG.....	145
1) USÄ.....	145
a) Einführung.....	145
b) „Outreach Statutes“ des kalifornischen Rechts.....	147
aa) Anwendungsvoraussetzungen.....	147
(1) Three-factor rule.....	147
(2) Ansässigkeit der Gesellschafter.....	148
(3) Ausnahmen.....*	148
bb) Rechtsfolgen.....	149
(1) Anwendbare Vorechriften.....^.....l;.....	149
(2) Beginn/Ende der Anwendbarkeit.....	149
(3) Auskunftsrecht/Strafvorschriften.....	150
c) „Outreach Statutes“ des New Yorker Rechts.....	150
; , d) Übertragbarkeit auf das deutsche Recht...<.....;.....	151
2) England..... <i>u</i>	154
a) Einführung.....	154
b) Register-ZRechnungslegungspflichten.....	155
aa) Abgrenzung brarich - place of business.....	156
bb) Registerpflichten-Einzelheiten.....	157
cc) Rechnungslegungspflichten - Einzelheiten.....	157
(1) Zweigniederlassung.....	157
(2) Place of business.....	158
c) Staatsaufsicht.....	159
d) Insolvenzrecht.....	161
aa) Internationale Zuständigkeit.....	161
bb) Anwendbares Recht.....	163
cc) Das materielle Insolvenzrecht.....	164
(1) Abwicklungsvoraussetzungen.....	164
(2) Gläubigerschutzvorschriften.....	165
(a) wrongful trading (s. 214IA).....	165
(aa) Adressaten der Haftung.....	166
(bb) Haftungsvoraussetzungen.....	166
(cc) Rechtsfolgen.....	168
(dd) Anwendbarkeit auf ausländische Gesellschaften.....	168
(ee) Effektivität des Gläubigerschutzes.....	169
(b) fraudulent trading (s. 213 IA).....	171
dd) Zusammenfassung zu d).....	172

e) Companies Directors Disqualifikation Act 1986.....	173
aa) Materielles Recht.....	173
(1) Einfuhrung.....	173
(2) Gründe für eine Disqualifikation.....	174
(a) Überblick über die Tatbestände.....	174
(b) Der Begriff der „unfitness“.....	176
(3) Rechtsfolgen.....	177
bb) IPR-rechtliche Qualifikation.....	178
cc) Territoriale Reichweite.....	180
(1) S. 22 CDDA.....	180
(2) Die Entscheidung Re Seagull Manufacturing (No 2).....	180
(3) Folgerungen.....	181
dd) Würdigung.....	183
f) Zusammenfassende Bewertung.....	183
V) VERWERTUNG DER ERKENNTNISSE.....	184
D) EIGENER LÖSUNGSVORSCHLAG BEZÜGLICH DES GLÄUBIGERSCHUTZES.....	189
I) EINLEITUNG.....	189
II) PUBLIZITÄTSPFLICHTEN.....	190
1) §§ 13 dff. HGB.....	190
2) Angaben auf Geschäftsbriefen.....	192
3) Rechnungslegung.....	193
a) Qualifikation.....	193
b) § 325 a HGB.....	195
4) Ergebnis.....	197
III) WIRTSCHAFTSVERWALTUNGSRECHT.....	197
1) Anwendbarkeit auf ausländische Gesellschaften.....	197
2) Verkehrsschutz durch die Gewerbeordnung.....	198
a) Begriff des Gewerbes.....	198
b) Grundsatz der Gewerbefreiheit.....	199
c) Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit.....	199
d) Vergleich mit dem CDDA.....	202
IV) STRAF- UND GESELLSCHAFTSRECHTLICHE TÄTIGKEITSVERBOTE.....	203
1) Berufsverbot gemäß § 70 StGB.....	203
2) § 6 Abs. 2 S. 3 GmbHG/ § 76 Abs. 3 S. 3 AktG.....	204
a) Allgemeines.....	204
b) Bestehen einer Schutzlücke.....	204
c) Möglichkeiten der Lückenschließung.....	205
aa) Sonderanknüpfung.....*	205

bb) Der Vorschlag Hirtes.....	206
cc) Stellungnahme.....	206
3) Zusammenfassung.....	208
V) INSOLVENZRECHT.....	208
1) Rechtsquellen des internationalen Insolvenzrechts.....	209
a) EulnsVO und autonomes internationales Insolvenzrecht.....	209
b) Reichweite des Anwendungsbereichs der EulnsVO.....	210
aa) Sachlich/zeitlich.....	210
bb) Räumlich.....	210
(1) Meinungsstand.....	211
(2) Eigene Stellungnahme.....	213
2) Internationale Zuständigkeit.....	215 /
a) Hauptverfahren: Art. 3 Abs. 1 EulnsVO.....	216
aa) Allgemeines.....	216
bb) Vermutungsregel des Art. 3 Abs. 1 EulnsVO.....	216
cc) Ergebnis.....	218
b) Parallelverfahren.....	219
c) Kompetenzkonflikte.....	220
aa) Im Verhältnis zu Drittstaaten.....	221
bb) Im Verhältnis zu Mitgliedstaaten.....	221
d) Manipulation der internationalen Zuständigkeit.....	222
3) Anwendbares Recht.....	222
a) Allgemeines.....	222
b) Problemstellung: Abgrenzung Insolvenzstatut - Gesellschaftsstatut.....	223
c) Bestimmung der Reichweite des Insolvenzstatuts.....	224
aa) Gesetzliche Regelungen.....	224
bb) Die „action en comblement du passif“ als Argumentationshilfe.....	228
(1) Meinungsstand zur Qualifikation.....	229
(a) Irisolvenzrechtliche Qualifikation.....	229
(b) Gesellschaftsrechtliche Qualifikation.....	230
(2) Eigene Stellungnahme.....	232
Cc) Zweckmäßigkeit.....	237
dd) Zusammenfassung / Folgerungen für die Reichweite des Insolvenzstatuts.....	239
ee) Die Abgrenzungsformel.....	240
4) Umfang der lex fori concursus im Einzelnen.....	241
a) Insolvenzfähigkeit.....	241
b) Insolvenzgrund.....	242
c) Insolvenzantrag.....	242
aa) Erforderlichkeit/ Antragsrecht.....	242

bb) Antragspflicht.....	243
cc) Sanktionen bei Verletzung der Insolvenzantragspflicht.....	245
(1) § 84 Abs. \ Nr. 2 GmbHG/ § 401 Abs. 1 Nr. 2 AktG.....	245
(2) Insolvenzverschleppungshaftung.....	245
d) Haftung für Zahlung nach Insolvenzreife.....	246
e) Verfahrensdurchführung.....	248
f) Eigenkapitalersatzrecht.....	248
aa) Das materielle Recht.....	248
bb) Anwendung auf andere Gesellschaften als der GmbH.....	252
cc) Qualifikation.....*	253
(1) Rechtsprechungsregeln.....!	254
(2) Novellenregeln.....	254
dd) Modifikation von §§ 32a, 32b GmbHG.....	257
ee) Ergebnis zu f).....	259
g) Bestimmung der Masse bei unklaren Vermögenslagen.....	259
5) Europarechtskonformität.....	260
6) Insolvenzstrafrecht.....	261
7) Zusammenfassung und Bewertung.....	263
VI) EXISTENZVERNICHTUNGSHAFTUNG.....	265
1) Entwicklung und dogmatische Grundlage der Existenzvernichtungshaftung.....	266
a) Die „TBB“-Entscheidung.....	266
b) Die „Bremer-Vulkan“-Entscheidung und die Entscheidung IIZR 196/00.....	269
c) Die „KBV“-Entscheidung: Durchgriffshaftung.....	272
aa) Sachverhalt.....	272
bb) Die Entscheidung des II. Zivilsenats.....	272
cc) Kritik der Literatur.....	273
d) Würdigung der „KBV“-Entscheidung.....	273
aa) Defizite des gesetzlichen Gläubigerschutzsystems.....	274
bb) Einordnung der Existenzvernichtungshaftung durch den BGH...	277
cc) Berechtigung der Einordnung durch den BGH.....	279
(1) Das Modell von Altmeppen.....	279
(2) Treuepflicht/ Sorderrechtsverhältnis.....	280
(a) Eigeninteresse der Gesellschaft.....	281
(b) Eigene Stellungnahme.....	282
(3) Durchgriffshaftung.....	286
(a) Das Modell des II. Senats.....	286
(b) Kritik am Modell des II. Senats.....	287
(aa) Haftungsumfang.....	287
(bb) Haftung Dritter.....	289
dd) Ergebnis.....	291

e) Eigener Vorschlag: §§ 311 Abs. 3, 241 Abs. 2 BGB	291
aa) Schadenshaftung	291
bb) Vorteile der Annahme einer Schadenshaftung	291
cc) Einordnung der Schadenshaftung	294
dd) Unterschiede zum Haftungskonzept des BGH	298
f) Ergebnis zu 1)	299
2) Qualifikation der Existenzvernichtungshaftung	300
3) Möglichkeit einer Sonderanknüpfung	301
a) Betrachtung der Ratio der Existenzvernichtungshaftung	301
b) Inhalt der Existenzvernichtungshaftung	303
aa) Kreis der haftenden Personen	303
bb) Tatbestand	306
(1) Eingriff	306
(a) Stafetten	306
(b) „Aschenputtel“-Gesellschaften	307
(c) Liquiditätsabzug	307
(d) Übernahme unvertretbarer Risiken	309
(e) Materielle Unterkapitalisierung	311
(2) Insolvenz der Gesellschaft	312
(3) Vorrang des Einzelausgleichs	313
(a) Ausgleich im Innenverhältnis: Grundsatz	313
(b) Ausnahmen	315
(c) § 826 BGB/andere Außenanforderungen	317
(4) Verschulden	318
(5) Schaden	318
(6) Darlegungs-/Beweislast	319
cc) Geltendmachung	322
(1) Vollstreckungsversuch gegen die Gesellschaft	322
(2) Geltendmachung im Insolvenzverfahren	323
dd) Sonderfall: Insolvenzverschleppung als existenzvernichtender Eingriff	324
c) Würdigung	328
4) Voraussetzungen der Sonderanknüpfung	328
a) Verbindung der ausländischen Gesellschaft mit Deutschland	328
b) Zeitpunkt des Bestehens der Zweigniederlassung	333
c) Berücksichtigung des Gründungsrechts	334
5) Europarechtskonformität der Sonderanknüpfung	335
a) Beschränkung	335
b) Rechtfertigung aufgrund zwingender Allgemeininteressen	335
aa) Zwingendes Allgemeininteresse	336
bb) Keine Diskriminierung/Geeignetheit	338

cc) Erforderlichkeit.....	339
(1) InformationsmodeU,„„„„;„„„».....	339
(2) Schutz durch Gründungsrecht.....	341
c) Ergebnis.....	344
6) Internationale Zuständigkeit.....	344
a) Abgrenzung der EuGVO zur EulnsVO.....	344
b) Allgemeiner Gerichtsstand.....	346
c) Besonderer Gerichtsstand der unerlaubten Handlung.....	346
d) Zuständigkeit bei Stattfinden eines Insolvenzverfahrens.....	348
e) Ergebnis.....	348
7) Zusammenfassung.....	349
VII) ERFORDERLICHKEIT VON WEITEREN SONDER- ANKNÜPFUNGEN.....	351
1) Geschäftsführerhaftung/Insolvenzantragspflicht.....	351
2) Durchgriffshaftung.....	351
3) Kapitalaufbringung/ -erhaltung.....	352
VIII) ZUSAMMENFASSUNG UND BEWERTUNG.....	355
E) EIGENER LÖSUNGSVORSCHLAG BEZÜGLICH DER UNTERNEHMERISCHEN MITBESTIMMUNG.....	359
I) DIE UNTERNEHMERISCHE MITBESTIMMUNG.....	359
1) Historische Entwicklung.....	359
2) Die Mitbestimmungsgesetze.....	360
a) Montan-Mitbestimmungsgesetz.....	360
b) Mitbestimmungsgesetz.....	361
c) Drittelbeteiligungsgesetz.....	364
3) Rechtfertigung der unternehmerischen Mitbestimmung.....	364
4) Bedeutung und Bewährung in der Praxis.....	367
a) Biedehkopf-Kommissiöh.....	367
b) Kommission Mitbestimmung.....	368
5) Würdigung.....	372
II) QUALIFIKATION.....	375
1) Herrschende Meinung.....	375
2) Die Ansicht Zimmers.....	376
3) Eigene Stellungnahme.....	377
III) SONDERANKNÜPFUNG DER MITBESTIMMUNGSGESETZE ...	379
1) Geltungsanspruch der Mitbestimmungsgesetze.....	379
a) Recht des Gründungsstaates ist nach Gründungs- und Sitztheorie Gesellschaftsstatut.....	380
b) Ausländische Gesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland...	380
c) Ergebnis zu 1).....	383

2) Möglichkeit der Anwendung auf ausländische Gesellschaften.....	383
a) Bildung eines Aufsichtsrates nach dem Vorbild der GmbH.....	383
b) Umgründung der ausländischen Gesellschaft.....	385
c) Ergebnis.....	386
3) Ergebnis zu III).....	386
IV) ALTERNATIVE: ÜBERTRAGUNG DER SE-MITBESTIMMUNGSREGELN.....	387
1) Die Societas Europaea.....	387
a) Allgemeines.....	387
b) Rechtsnatur, Organisationsverfassung, Gründung.....	388
c) Mitbestimmung in der SE.....	390
aa) Verhandlungslösung.....	391
bb) Auffangregelung.....	392
2) Übertragbarkeit der SE-Mitbestimmungsregeln.....	395
a) Grundsätzliche Übertragbarkeit des Konzepts.....	395
b) Notwendige Modifikationen.....	396
c) Rechtspraktische Probleme.....	398
d) EG-Rechtskonformität.....	401
3) Ergebnis.....	404
V) VORSCHLÄGE AN DEN GESETZGEBER.....	405
VI) BEIBEHALTUNG DER SITZTHEORIE?.....	407
VII) ZUSAMMENFASSUNG.....	407
F) ENDERGEBNIS.....	411
G) ANHANG.....	415
S. 2115 CALCORPC.....	415
S. 214 IA 1986.....	418
H) LITERATURVERZEICHNIS.....	421