

**Englische Ltd. ohne Grenzen
oder
die Grenzen der englischen Ltd.**

**DIRO Gesellschafterversammlung, Seminar/Workshop
Cardiff, 7. Oktober 2005**

Referenten:

**Dr. Markus Rehberg, Dipl.-Volksw., LL.M. (Cambridge)
Dr. Gebhard Rehm, LL.M. (Columbia), Atty-at-Law (N.Y.)**

Übersicht

1. **Grundlagen des Internationalen Gesellschaftsrechts**
2. **Völker- und europarechtliche Grundlagen**
 - a) **Staatsverträge**
 - b) **Die Niederlassungsfreiheit der Art. 43, 48 EGV nach *Daily Mail, Centros, Überseering* und *Inspire Art***
 - c) **Die Rechtfertigung von Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit**
 - d) **Missbrauch der Niederlassungsfreiheit**
3. **Einzelne Sachmaterien im Überblick**
 - a) **Handelsrecht**
 - b) **Arbeitsrecht**
 - c) **Öffentliches Wirtschaftsrecht**
 - d) **Allgemeines Zivilrecht**
 - e) **Gesellschafts- und Insolvenzrecht**

Grundlagen des Internationalen Gesellschaftsrechts

- **Gründungstheorie:** Gesellschaft unterliegt dem Recht des Staates, nach dem sie gegründet wurde (traditionell im Vereinigten Königreich, USA) → Gesellschaften werden durch einen Staat, der der Gründungstheorie folgt, unabhängig von ihrem tatsächlichen Verwaltungssitz anerkannt, wenn die Voraussetzungen des Gründungsrechts erfüllt sind.
- **Sitztheorie:** Gesellschaft unterliegt dem Recht am Ort ihres tatsächlichen Verwaltungssitzes (bislang in Deutschland, Frankreich, Belgien, Italien) → Gesellschaften werden durch einen Staat, der der Sitztheorie folgt, anerkannt, wenn die Voraussetzungen des Sitzrechts erfüllt sind.
- **Mischformen:** Überlagerungstheorie, Kombinationslehre, Differenzierungslehre

Grundlagen des Internationalen Gesellschaftsrechts

- **Auswirkung** der Wahl eines bestimmten Anknüpfungskriteriums
 - Gründungstheorie fördert Wettbewerb der Rechtsordnungen um die Ansiedlung von Unternehmen
 - Sitztheorie behindert den Wettbewerb der Rechtsordnungen, dient dem Schutz des inländischen Geschäftsverkehrs durch pauschale Nichtanerkennung von Auslandsgesellschaften mit deutschem Verwaltungssitz
- **Reichweite** des Gesellschaftsstatuts
 - Gründung
 - Rechtsfähigkeit
 - Körperschaftliche Verfassung
 - Geschäftsführung
 - Vertretung
 - Haftung
 - Umstrukturierung
 - Beendigung

Staatsverträge

- **Zahlreiche bilaterale Staatsverträge der Bundesrepublik Deutschland (mit Nicht-EU-Staaten) geben aufgrund von Meistbegünstigungs- und Anerkennungsklauseln **konkrete Anknüpfungskriterien** vor**
- **Wichtigstes Beispiel: **FCN-Vertrag mit den USA** (BGBl. 1956 II 487) verlangt nach BGH-Rechtsprechung eine Gründungsan- knüpfung im Hinblick auf US-Gesellschaften (vgl. BGH JZ 2005, 303 m. Anm. Rehm) → in den USA gegründete Gesellschaften sind grundsätzlich nach ihrem Heimatrecht zu behandeln.**

Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften (Art. 43, 48 EGV): *Daily Mail* (Slg. 1988, 5483)

- **Fallkonstellation**
 - Englische Gesellschaft möchte ihren Satzungssitz aus England in die Niederlande verlegen
 - Sitzverlegung steht aus steuerrechtlichen Gründen unter dem Zustimmungsvorbehalt des Schatzkanzlers, der die Zustimmung verweigert
- **Kernaussagen des EuGH**
 - Art. 43, 48 EGV (damals Art. 52, 58 EWGV) schreiben kein bestimmtes Anknüpfungskriterium (Gründungs- bzw. Sitztheorie) vor
 - Ein Mitgliedstaat darf einer nach seinem Recht gegründeten Gesellschaft bestimmte Beschränkungen auferlegen, wenn diese ihren Sitz verlegen will

Der Wegzug einer inländischen Gesellschaft darf an bestimmte Restriktionen geknüpft werden

Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften (Art. 43, 48 EGV): *Centros* (Slg. 1999, I-1459)

- **Fallkonstellation**

- **Dänische Staatsangehörige mit Wohnsitz in Dänemark betreiben englische Ltd. ausschließlich in Dänemark**
- **Dänische Behörden betrachten dies als missbräuchliche Umgehung der Gründungsvorschriften für dänische Gesellschaften**

- **Kernaussagen des EuGH**

- **Art. 43, 48 EGV schützt das Recht, eine ausländische Gesellschaftsform allein für inländische Geschäftszwecke zu benutzen**
- **Eine weitergehender Bezug zum Gründungsland ist nicht erforderlich**
- **Eine Einschränkung darf nur anhand der zur Beschränkung von Grundfreiheiten entwickelten Verhältnismäßigkeits- und Missbrauchskriterien erfolgen**

Die Verwendung ausländischer Gesellschaftsrechtsformen ohne weiteren Bezug zum Gründungsland ist von der europarechtlichen Niederlassungsfreiheit geschützt

Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften (Art. 43, 48 EGV): *Überseering* (Slg. 2002, I-9919)

- **Fallkonstellation**

- Deutsche Staatsangehörige mit Wohnsitz in Düsseldorf erwerben die gesamten Geschäftsanteile einer niederländischen B. V.
- Nach damaliger Rechtslage (Sitztheorie) wird die Gesellschaft damit als unwirksam bzw. BGB-Gesellschaft oder Gesellschaft des Handelsrechts behandelt, da die Voraussetzung der Eintragung in das deutsche Handelsregister nicht erfüllt war

- **Kernaussagen des EuGH**

- Art. 43, 48 EGV schützen eine Gesellschaft davor, bei Sitzverlegung in ein anderes Land pauschal als nicht-existent behandelt zu werden
- Einer ausländischen Gesellschaft darf darum unter Berufung auf die Sitztheorie nicht generell die Rechts- und Parteifähigkeit abgesprochen werden

Die Sitztheorie in ihrer Pauschalität ist mit der europarechtlichen Niederlassungsfreiheit im Ergebnis nicht vereinbar, selbst wenn der EGV keine bestimmte Kollisionsnorm vorgibt

Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften (Art. 43, 48 EGV): *Inspire Art* (Slg. 2003, I-10155)

- **Fallkonstellation**

- **Niederländische Staatsangehörige betreiben in den Niederlanden ein inländisches Geschäft in der Form der englischen Ltd.**
- **Der niederländische Gesetzgeber hat sog. formal ausländischen Gesellschaften zusätzliche Firmierungs- und Mindestkapitalerfordernisse auferlegt**

- **Kernaussagen des EuGH**

- **Art. 43, 48 EGV schützen eine Gesellschaft auch davor, dass ihr zwar nicht kollisionsrechtliche, aber zusätzliche materiell-rechtliche Anforderungen (Firma, Kapital) auferlegt werden**
- **Auch materiell-rechtliche Beschränkungen müssen sich daher der Verhältnismäßigkeits- und Missbrauchskontrolle stellen**

Ein Mitgliedstaat darf einer Auslandsgesellschaft keine unverhältnismäßigen materiell-rechtlichen Beschränkungen auferlegen

Durchsetzung von Inlandsrecht: „tätigkeitsbezogene“ Beschränkungen

- Vertriebsbezogene Beschränkungen (Verkaufsmodalitäten) berühren – anders als produktbezogene – nicht den Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit (EuGH *Keck u. Mithouard*)
- Der Grundgedanke dieser Rechtsprechung (*de minimis*-Ausnahme) ist wohl auf die Niederlassungsfreiheit übertragbar
- Folge: „tätigkeitsbezogene“ Regelungen, die eine Auslandsgesellschaft rechtlich und tatsächlich wie eine Inlandsgesellschaften treffen und damit deren **Marktzugang nicht erheblich erschweren**, sind unbedenklich
- Beispiel: Insolvenzverschleppungshaftung (dazu später)

„Tätigkeitsbezogene“ Beschränkungen, die den Marktzugang einer Auslandsgesellschaft nicht erheblich erschweren, sind unbedenklich

Die Rechtfertigung von Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit

- Mitgliedstaatliche Regelungen, welche die Ausübung der Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften weniger attraktiv machen, bedürfen der Rechtfertigung am **Maßstab zwingender Allgemeininteressen** (4-Konditionen-Test)
- Dies gilt auch für **nicht-gesellschaftsrechtliche Regelungen**
- Sofern eine Rechtfertigung nicht möglich ist, ist die Anwendung von Inlandsrecht unzulässig (**kassatorische Funktion** der NLF)

**Jede Beschränkung der NLF ist rechtfertigungsbedürftig,
d.h. auch nicht-gesellschaftsrechtliche Regelungen**

Der 4-Konditionen-Test (1)

- **Nichtdiskriminierende Anwendung**
 - Offene (direkte) Diskriminierungen sind nur nach **Art. 46 EGV** zulässig
 - Versteckte (mittelbare) Diskriminierungen können auch durch sonstige zwingende Gründe **gerechtfertigt** werden (str.)
- **Zwingende Gründe des Allgemeininteresses**
 - Insbesondere: Schutz von **Gläubigern, Minderheitsgesellschaftern, Arbeitnehmern, Lauterkeit** des Handelsverkehrs, Wirksamkeit von **Steuerkontrollen**
- **Geeignetheit der Maßnahme**
 - Eine gänzlich **inkonsequente Zielverfolgung** ist unzulässig, Bsp.: Nichtanerkennung der Rechts- und Parteifähigkeit einer Auslandsgesellschaft zwecks Gläubigerschutz

Der 4-Konditionen-Test (2)

- **Erforderlichkeit der Maßnahme**

- **Herkunftsstaatsprinzip**: Greift bereits der **Schutz des Gründungsrechts**, sind nationale Maßnahmen nicht erforderlich: Grundsätzlich ist von einer Gleichwertigkeit der Rechtsordnungen auszugehen
- Der EuGH vertritt ein recht weitgehendes **Informationsmodell** – Selbstschutz anhand (vorhandener) Informationen reicht häufig aus
- Bevorzugt sind **mildere Mittel** anzuwenden
- In **sensiblen** oder **nur rudimentär harmonisierten Bereichen** sind Eingriffe eher zulässig

Die Anforderungen des EuGH an die Rechtfertigung von Eingriffen in die NLF sind hoch

Missbrauch

A. Dogmatische Einordnung

I. Täuschung und Betrug

II. Die Reichweite europäischer Bestimmungen

1. Grundfreiheiten

a) U-turn-Konstellationen

b) Niederlassungsfreiheit juristischer Personen („Gebrauch, nicht Missbrauch“)

2. Europäisches Sekundärrecht

B. Praktische Beispiele

**Kaum Spielraum zur Durchsetzung von Inlandsrecht gegen das
Gründungsstatut wegen Missbrauchs**

Schlussfolgerungen: Europarechtliche Vorgaben

- **Grundsätzliche Unterscheidung der Zuzugs- und Wegzugssituation: In ersterer gilt der Maßstab der Art. 43, 48 EGV uneingeschränkt, in zweiterer in noch unklarem, aber geringerem Ausmaß**
- **Es ist noch unklar, ob die Maßstäbe der *Keck*-Entscheidung (Slg. 1993, I-6097) übertragbar sind**
- **Mitgliedstaatliche Regelungen, welche die Ausübung der Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften weniger attraktiv machen, bedürfen der Rechtfertigung am Maßstab zwingender Allgemeininteressen (4-Konditionen-Test)**
- **Es ist unerheblich, ob diese Regelungen kollisionsrechtlich oder materiell-rechtlich eingekleidet sind**
- **Auch nicht-gesellschaftsrechtliche Regelungen können im Einzelfall beschränkend wirken**
- **Die Bekämpfung von Missbräuchen bleibt zulässig, ist jedoch praktisch auf wenige Einzelfälle beschränkt**

Rechnungslegung

- **Gegenstand: Buchführungs-, Inventarisierungs- und Aufbewahrungspflichten; Erstellung und Prüfung des Jahresabschlusses**
- **Internationalprivatrechtliche Einordnung**
 - **Behandlung nach dem Gesellschaftsstatut → grds. ist **Gründungsrecht anwendbar** (str.)**
 - » **Die §§ 238 ff. HGB erfassen typische Problemfelder und Regelungszwecke des Gesellschaftsrechts**
 - » **Angesichts einer weitgehenden Harmonisierung ist die Anwendung nationalen Rechts nicht erforderlich, zumal die deutsche Rechnungslegung nicht einmal publiziert werden müsste**
 - » **Die Gegenansicht betont demgegenüber die (auch) öffentlich-rechtliche Zweckrichtung**
 - **Für **Auslandsgesellschaften aus Drittstaaten** sollte Abweichendes nur bei signifikanten Schutzlücken gelten**
- **Steuerrechtliche Gewinnermittlung: hier gilt **deutsches (Steuer-)Recht****

**Für Durchführung wie Publizität der Rechnungslegung gilt Gründungsrecht.
Die steuerrechtliche Gewinnermittlung bleibt hiervon jedoch unberührt.**

Publizität der Rechnungslegung

- Nach § 325a HGB (bzw. Art. 3 der ZweigniederlassungsRL) muss eine Zweigniederlassung lediglich die nach **Gründungsrecht** erstellten, geprüften und offen gelegten Unterlagen zugänglich machen
- Eine **Übersetzung** englischsprachiger Unterlagen ist nach § 325a Abs. 1 S. 4 HGB nicht erforderlich, wohl aber bei sonstigen Fremdsprachen (was unter Diskriminierungsaspekten europarechtlich angreifbar ist)
- Begriff der Zweigniederlassung i.S.d. 11. Richtlinie
 - Die Existenz einer Hauptniederlassung, insbesondere im Gründungsstaat, ist **unerheblich**
 - Erforderlich ist jedoch – ähnlich der deutschen Rechtslage – ein gewisses selbständiges Auftreten und ein hierfür geeigneter Organisationsgrad
- Verfahrensrechtlich werden Auslandsgesellschaften letztlich wie nationale Gesellschaftsformen behandelt

Zweigniederlassungen von EU-Auslandsgesellschaften müssen in Deutschland lediglich die nach Gründungsrecht erstellten Unterlagen in Deutsch oder Englisch einreichen

Firma – Rechtliche Grundlagen

- § 17 HGB: „Firma“ ist der **Name**, mit der die Kapitalgesellschaft Geschäfte führt und prozessual in Erscheinung tritt
- **Europarechtliche Grundlagen**
 - Art. 43, 48 EGV: Der Zwang, eine vorhandene Firma ändern zu müssen oder eine bestimmte Firma nicht wählen zu dürfen, kann die Niederlassungsfreiheit verletzen
 - Die Zweigniederlassungsrichtlinie (11. Richtlinie) enthält überwiegend abschließende Regeln über die **Offenlegung**, nicht jedoch die **Bildung** einer Firma
- **Nationale Rechtsgrundlagen**
 - Materielles Recht (soweit anwendbar): §§ 17 ff. HGB, daneben auch §§ 3 ff. UWG; 5, 15 MarkG; 6 TeLDG usw.
 - IntPrivatR: Für Firmenrecht als Teil des Personalstatuts gilt grundsätzlich **Gründungsrecht**. Allerdings kommen häufig **Sonderanknüpfungen** in Betracht.

Grundsätzlich gilt das Firmenrecht des Herkunftsstaates. Ausnahmen hiervon müssen sich insbesondere an der 11. Richtlinie sowie den Art. 43, 48 EGV messen lassen.

Sonderanknüpfungen im Firmenrecht – Prüfungsschema –

- Verfolgt die inländische Norm **öffentliche Interessen**?
 - Zu bejahen bei Firmenwahrheit, -unterscheidbarkeit und -einheit
 - Ebenso bei der Firmenbeständigkeit, soweit es um Verkehrs- (§ 23 HGB) bzw. Persönlichkeitsschutz (§ 22 Abs. 1 aE, 24 Abs. 2 HGB) geht
- Ist die beanstandete Maßnahme bereits nach Gründungsrecht unzulässig?
→ dann erübrigt sich die Anwendung deutschen Rechts
- Verwendet das deutsche Recht aus europäischer Sicht überzogene Maßstäbe?
 - Reichweite des Herkunftsprinzips: Bei Irreführungsgefahren gilt das **europäische Verbraucherleitbild** eines aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers
 - Problemfälle: „Profi-Handwerker-Ltd.“; „Met@box Ltd.“; „A.A.A.A.A.A. Ltd.“

Soweit erforderlich, darf nationales Recht im Wege der Sonderanknüpfung zum Schutz anerkannter öffentlicher Interessen angewandt werden

Umgehung von (firmenrechtlichen) Berufsregeln durch „Scheinauslandsgesellschaften“

- *Centros* Rn. 26: Die Mitgliedstaaten dürfen verhindern, dass sich Betroffene „Vorschriften über die **Ausübung bestimmter beruflicher Tätigkeiten**“ entziehen (anders als bei solchen über die „Errichtung von Gesellschaften“)
- Zugehörigkeit firmenrechtlicher Bestimmungen zu den Berufsregeln im Sinne der EuGH-Missbrauchsrechtsprechung?
 - Diese Frage ist allein nach **europäischem Recht**, nicht deutschem IPR zu bestimmen
 - „A.A.A.A.A. Schlüssel-Notdienste Ltd.“? Hier geht es um letztlich wettbewerbsrechtliche Erwägungen → „Berufsregeln“ i.S.d. Missbrauchsrechtsprechung des EuGH
 - „Profi-Handwerker-Ltd.“, „Met@Box Ltd.“: Hier geht es um das Anliegen einer eindeutigen Identifizierbarkeit aller Teilnehmer im Rechtsverkehr → ebenfalls „Berufsregeln“

Bei einer Umgehung der strengen Maßstäbe des deutschen Firmenrechts bleiben diese – anders als bei einem „echten“ Umzug – weiterhin anwendbar

Rechtsformzusätze

- **Pflicht, Rechtsformzusatz überhaupt zu führen**
 - Gilt auch für Auslandsgesellschaften
 - Rechtsgrundlage ist das jew. Gründungsrecht, ansonsten greifen die §§ 4 GmbHG, 4, 279 AktG
- **Inhalt des Zusatzes**
 - Es gelten die bereits dargestellten, allgemeinen firmenrechtlichen Grundsätze → Grundsätzlich ist allein das **Gründungsrecht** maßgeblich (z.B. für die verwandte Sprache, die genaue Bezeichnung etc.)
 - Für Sonderanknüpfungen (Firmenwahrheit, -unterscheidbarkeit etc.) gilt wiederum das europäische Verbraucherleitbild (sofern nicht eine Missbrauchskonstellation vorliegt)
 - Auch Auslandsgesellschaften dürfen ihre **Rechtsform abkürzen** (Diskriminierungsverbot)
- **Besondere Nationalitätshinweise: „S.A. (FR)“?**
 - Nach geltendem Recht ist Derartiges **nicht vorgesehen** und darf daher nicht verlangt werden. Eine Anordnung nur für Auslandsgesellschaften verstieße gegen das Diskriminierungsverbot.
 - *De lege ferenda* dürfte der Gesetzgeber dies für sämtliche Gesellschaften vorschreiben (a.A. die wohl h.M. im Umkehrschluss aus Art. 8 c) Zweigniederlassungsrichtlinie)

**Der Inhalt von Rechtsformsätzen bestimmt sich nach Gründungsrecht.
Im Übrigen sind Auslandsgesellschaften wie inländische Gesellschaften zu behandeln.**

Geschäftsbriefe und Teledienstleistungen

- Art. 6 der ZweigniederlassungsRL und Art. 4 der PublizitätsRL sehen für EU-Gesellschaften **abschließende** Pflichtangaben für Geschäftsbriefe vor
- Für sonstige Auslandsgesellschaften gelten Mindestanforderungen
- Damit sind die §§ 37a HGB bzw. §§ 80 AktG, 35a GmbHG nur eingeschränkt anwendbar. Letztlich gilt für EU-Gesellschaften allein das Europarecht.
 - Entgegen § 37a HGB sind nach dem klaren RL-Wortlaut weder der Ort der **Handelniederlassung** noch die **Firma(!?)** zwingend anzugeben
 - Umgekehrt müssen **Rechtsform** und **Satzungssitz**, obwohl in § 37a HGB nicht aufgeführt, ebenfalls genannt werden (vgl. Art. 4 der PublizitätsRL)
- Für Teledienstleistungen gilt § 6 TDG
 - § 6 TDG setzt die ECommerceRL grds. korrekt um. Allerdings verlangt Art. 4 PublizitätsRL zusätzlich die auch für Geschäftsbriefe vorgesehenen Angaben

Die Regelungen der §§ 37a HGB, 6 TDG weichen vom für EU-Auslandsgesellschaften abschließenden Europarecht ab und sind daher richtlinienkonform auszulegen

Unternehmensmitbestimmung

- **Mitbestimmung: Nationale Rechtslage**
 - **Deutsches Sachrecht:** bei Kapitalgesellschaften ab 501 Arbeitnehmern greift Mitbestimmung zu **einem Drittel**, ab 2001 Arbeitnehmern **paritätische** Mitbestimmung
 - **Internationales Privatrecht:** Mitbestimmungsrecht ist **gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren**, d.h. unabhängig von europarechtlichen Vorgaben bedarf es zu seiner Anwendung einer Sonderanknüpfung
 - Bereits aus **nationaler Sicht** ist eine Anwendbarkeit der deutschen Mitbestimmungsvorschriften auf Auslandsgesellschaften abzulehnen (str.)
- **Europarechtliche Vorgaben**
 - Eine Erstreckung der deutschen unternehmerischen Mitbestimmung auch auf in Deutschland ansässige Auslandsgesellschaften dürfte **mit Europarecht** (Art. 43, 48 EGV) **noch vereinbar** sein (sehr str.)

Eine Erstreckung der deutschen unternehmerischen Mitbestimmung auf Auslandsgesellschaften sieht das deutsche Recht derzeit nicht vor (str.)

Betriebliche Mitbestimmung

- **Deutsches Sachrecht:** Das BetrVG ordnet für „**Betriebe**“ mit mindestens 5 Arbeitnehmern eine betriebliche Mitbestimmung an
- **Internationales Privatrecht:** Das anwendbare Betriebsverfassungsrecht bestimmt sich nach der **Belegenheit des Betriebs**. Damit gilt das BetrVG auch für in Deutschland liegende Betriebe von Auslandsgesellschaften.
- **Europarecht:** Die betriebliche Mitbestimmung ist europarechtlich sowohl primär- als auch sekundärrechtlich verankert. Ihre Anwendung auf Auslandsgesellschaften ist **mit Europarecht vereinbar**.

Das BetrVG ist auch auf Auslandsgesellschaften im Inland anwendbar

Sonstige arbeitsrechtliche Bestimmungen

- **Deutsches Sachrecht:** Das deutsche Arbeitsrecht kennt **zahlreiche privat- wie öffentlichrechtliche Normen** (Arbeitsvertragsrecht, Arbeitnehmerschutz- und Berufsbildungsrecht etc.)
- **Internationales Privatrecht:** Hier ist für jede Norm **einzelnen zu qualifizieren** (Vertragsrecht, Deliktsrecht ...). Im Ergebnis ist überwiegend deutsches Recht anwendbar.
- **Europarecht:** Die Art. 43, 48 EGV stehen der Anwendung derartiger Vorschriften **regelmäßig nicht entgegen**, vielfach fehlt es bereits an einer signifikanten Beschränkung der NLF

Sonstige deutsche arbeitsrechtliche Vorschriften sind einzeln zu qualifizieren, in den meisten Fällen ist deutsches Recht auf inländische AuslG anwendbar

Gewerbeanzeige und -untersagung (1)

- **§ 14 Abs. 1 GewO: Pflicht zur **Anzeige des Betriebs** einer ZN**
 - Zu möglichen Sanktionen vgl. etwa §§ 118 HwO; 1 SchwArbG
- **§§ 15 Abs. 2 GewO: **Verhinderung der Fortsetzung** des Betriebs**
 - S. 1: Betrieb des Gewerbes ohne eine hierfür erforderliche Zulassung
 - S. 2: Betrieb durch eine im Inland nicht anerkannte ausländische juristische Person
- **§ 35 Abs. 1 GewO: Untersagung wegen **Unzuverlässigkeit** des Gewerbetreibenden oder einer mit der Leitung des Gewerbebetriebs beauftragten Person**
 - Vgl. a. § 70 StGB (strafrechtliche Verurteilung) sowie § 132a StPO (vorgelagertes Ermittlungsverfahren)
 - Auch ein **Hintermann** der Gesellschaft kann als Gewerbetreibender anzusehen sein

Gewerbeanzeige und -untersagung (2)

- **Auswirkungen insbes. der Grundfreiheiten auf die Rechtsanwendung**
 - EU-„Scheinauslandsgesellschaften“ sind selbst ohne Eintragung als **ZN im Inland anzuerkennen**
 - Sanktionen müssen **verhältnismäßig und diskriminierungsfrei** angewandt werden
→ ein zivilrechtlicher Haftungsdurchgriff wäre als Sanktion unzulässig
 - Auch **Bestellungsverbote** nach Gründungsrecht können ggf. durchgesetzt werden
 - Die Umgehung nationaler Berufsregeln ist **Missbrauch** i.S.d. der EuGH-Rechtsprechung

Im Ergebnis sind EU-Auslandsgesellschaften gewerberechtlich nicht anders als ihre nationalen Entsprechungen zu behandeln

Handwerksrolle und Pflichtmitgliedschaft

- **Im Inland tätige Auslandsgesellschaften sind in die Handwerksrolle einzutragen (§§ 1 HwO, 1, 4 EWG/EWR HwV)**
 - § 7 Abs. 1 HwO: Auch der Betriebsleiter muss die Eintragungsvoraussetzungen erfüllen
 - Handelt die Auslandsgesellschaft in Ausübung ihrer **Dienstleistungsfreiheit** (Art. 49 EGV) muss die Eintragung **automatisch** erfolgen (Rs. C-215/01 *Bruno Schnitzer*)
 - Ist hingegen die **Niederlassungsfreiheit** i.S.d. Art. 43 EGV betroffen (stabiler und kontinuierlicher Aufenthalt im Inland), ist deutsches Recht anwendbar → es gelten die Ausführungen zur GewO entsprechend
- **Pflichtmitgliedschaft und Kammerbeiträge**
 - Handelt die Auslandsgesellschaft in Ausübung ihrer **Dienstleistungsfreiheit**, ist eine **Pflichtmitgliedschaft unzulässig** (Rs. 58/98 *Corsten*)
 - Bei Ausübung der **Niederlassungsfreiheit** kann die Gesellschaft demgegenüber **wie inländische Unternehmen** behandelt werden. Der hiermit verbundene Eingriff ist noch durch zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses gerechtfertigt (eine explizite EuGH-Entscheidung zum stark eingreifenden deutschen Recht steht allerdings noch aus).

Eintragungspflichten, Gewerbeverbote oder Pflichtmitgliedschaften lassen sich durch Gründung einer Auslandsgesellschaft mit dauerhaftem Inlandssitz nicht umgehen

Allgemeine zivilrechtliche Haftung von Gesellschaftern bzw. Geschäftsleitern

• Deliktshaftung

- Akzessorische Anknüpfung an das Gesellschaftsstatut, sofern Haftung auf Verletzung spezifisch gesellschaftsrechtlicher Pflichten beruht
 - » Betrifft etwa Haftung gemäß § 823 II BGB i.V.m. einem ausländischen, gesellschaftsrechtlichen Schutzgesetz
 - Dem ausländischen Recht wird die haftungsbegründende Wertung entnommen, und diesem sollte deshalb auch die Sanktion unterstehen
- Insolvenzrechtliche Qualifikation bei Verletzung von Insolvenzantragspflichten

• Vertragsähnliche Haftung (*culpa in contrahendo*)

- Gesellschaftsakzessorische Anknüpfung, sofern Verletzung einer Pflicht, die Geschäftsleiter bzw. Gesellschafter in ihrer Funktion als solche trifft
 - » Relevant für eine etwaige Dritthaftung der Gesellschafter ggü. Gläubigern aus Verletzung des Gesellschaftsvertrags
- Sonst deliktische oder vertragliche Qualifikation, je nach Art der verletzten Pflicht (Europarechtskonformität dürfte regelmäßig unproblematisch sein)

**Allgemeine zivilrechtliche Haftung von Gesellschaftern bzw. Geschäftsleitern
einzelfallabhängig zu qualifizieren**

Kapitalstruktur (Mindestkapital, Aufbringung, Erhaltung, Kapitalersatz)

- **Mindestkapital:** Nach EuGH offen, ob geeignetes Instrument des Gläubigerschutzes, Sonderanknüpfung jedenfalls nicht erforderlich („Informationsmodell“)
 - Informationsmodell passt nicht für gesetzliche Gläubiger, auch insoweit ist jedoch von angemessenem Gläubigerschutz durch Gemeinschaftsrecht bzw. Gründungsrecht auszugehen
- **Kapitalaufbringung und -erhaltung:** wie Mindestkapital
- **Eigenkapitalersetzende Darlehen**
 - Rang von Rechten in der Insolvenz → Insolvenzstatut (vgl. Art. 4 II S. 2 lit. i) EuInsVO), Kapitalersetzender Charakter eines Darlehens (Vorfrage) → Gesellschaftsstatut
 - » Kapitalersatzrecht ist Unternehmensfinanzierungsrecht (Gesellschafter muss in der Krise kein Kapital nachschießen, wenn er es aber tut, dann soll er Eigenkapital nachschießen)
 - Sonderanknüpfung wäre europarechtlich unzulässig (Informationsmodell des EuGH, ferner angemessener Schutz durch Gründungsrecht), Ausnahme evtl. bei Normenmangel
 - *De lege ferenda*: rein insolvenzrechtliche Lösung vorstellbar, allerdings ebenfalls europarechtlich unzulässig

Anwendung Inlandsrecht bzgl. Kapitalstruktur nicht zu rechtfertigen

Gesellschafterhaftung für Schulden der Gesellschaft

- **Durchbrechung des Trennungsprinzips bei jur. Personen, diverse Fallgruppen (mat. Unterkapitalisierung, „existenzvernichtender Eingriff“ etc.)**
- **Gesellschaftsrechtliche Qualifikation, keine Mehrfachqualifikation**
 - Nicht Deliktsstatut, da Haftung wegen Verletzung spezifisch gesellschaftsrechtlicher Pflichten
 - Nicht Insolvenzstatut, da Haftungsbeurteilung und nicht Haftungsverwirklichung unter Knappheitsbedingungen
- **Sonderanknüpfung dieser Teilfrage wäre nicht zu rechtfertigen**
 - Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, da Erschwernis des Marktzugangs
 - Nicht erforderlich für Gläubigerschutz: (i) Informationsmodell des EuGH; (ii) zumindest in Europa regelmäßig angemessener Schutz durch Gründungsrecht (in seiner Gesamtheit)
- **Parallel laufende deliktische Ansprüche (z.B. § 826 BGB)**
 - Akzessorische Anknüpfung an das Gesellschaftsstatut (Art. 41 EGBGB)
 - » Deliktswortwurf basiert auf Verletzung gläubigerschützender gesellschaftsrechtlicher Pflichten
 - » Akzessorische Anknüpfung geboten trotz Übergangs zur Gründungsanknüpfung im Gesellschaftsrecht: Auch das Gründungsrecht bewirkt Gläubigerschutz

Anwendung Inlandsrecht bzgl. Gesellschafterhaftung für Schulden der Gesellschaft nicht zu rechtfertigen

Insolvenzfähigkeit und Eröffnungsvoraussetzungen

- **Internationale Zuständigkeit: Art. 3 EuInsVO**
 - Mittelpunkt hauptsächlicher Interessen in Deutschland → Hauptverfahren, erfasst das gesamte Schuldnervermögen (Art. 3 I 1 EuInsVO, Vermutung für Satzungssitz gem. Art. 3 I 2 EuInsVO)
 - » Vorlage des irischen *Supreme Court* v. 27.7.2004 an den EuGH zur Auslegung des Art. 3 I 1 EuInsVO (*Parmalat*-Verfahren)
 - Niederlassung in Deutschland → Partikularverfahren, erfasst nur Inlandsvermögen (Art. 3 II)
- **Insolvenzfähigkeit der Auslandsgesellschaft**
 - Richtet sich nach *lex fori concursus* (Art. 4 EuInsVO) → Auslandsgesellschaft als *ausländische* juristische Person gemäß § 11 I InsO insolvenzfähig (Substitution)
- **Eröffnungsvoraussetzungen**
 - Richten sich nach *lex fori concursus* (Art. 4 EuInsVO) → Zahlungsunfähigkeit, ggf. drohende Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung (§§ 17 - 19 InsO)
 - » Problem: Eröffnungsgründe bei Partikularverfahren

**Bei Insolvenz europäischer Auslandsgesellschaft mit tatsächlichem Inlandssitz
Hauptverfahren im Inland über die Auslandsgesellschaft möglich,
Eröffnungsvoraussetzungen wie bei deutscher Kapitalgesellschaft**

Umwandlungsrecht – Grundlagen

- **Gemeinschaftsrecht**

- 3. und 6. gesellschaftsrechtliche Richtlinien für *nationale* Verschmelzungen und Spaltungen von Aktiengesellschaften (78/855/EWG und 82/891/EWG)
- Steuerliche Richtlinie für *grenzüberschreitende* Verschmelzungen und Spaltungen (90/434/EWG)
- **Entwurf einer 10. gesellschaftsrechtlichen Richtlinie** für *grenzüberschreitende* Verschmelzungen (2003/0277 COD)
- Verschmelzungsmöglichkeit wegen Grundfreiheiten geboten? Vorlage LG Koblenz, Az. C-411/03

- **Ungeschriebenes IPR: Vereinigungstheorie**

- **Deutsches Sachrecht**

§ 1 Abs. 1 UmwG: **Nur Rechtsträger mit (Satzungs-)Sitz im Inland**

Bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung müssen alle beteiligten Rechtsordnungen mitwirken. Das deutsche Recht versucht, diese Mitwirkung zu verweigern.

Insolvenzantragsrecht und -pflicht, Insolvenzverschleppungshaftung

- **Insolvenzantragsrecht**

- Richtet sich nach *lex fori concursus* (Art. 4 EuInsVO), gemäß § 15 InsO bei ausl. jur. Person für Hauptinsolvenzverfahren im Inland jedes Mitglied des Vertretungsorgans (Substitution)

- **Insolvenzantragspflicht**

- §§ 64 I GmbHG, 92 II AktG **insolvenzrechtlich** zu qualifizieren, so über Art. 4 EuInsVO auf ausländische juristische Person im Wege der Substitution anwendbar
- Antrag bei dem für Hauptinsolvenzverfahren international zuständigen inl. Gericht zu stellen

- **Insolvenzverschleppungshaftung**

- §§ 64 I GmbHG, 92 II AktG sind Schutzgesetze im Sinne von § 823 II BGB, daneben Haftung für Masseschmälerung nach §§ 64 II GmbHG, 93 III Nr. 6 AktG
- Insolvenzzrechtliche Qualifikation: Zweck der Haftung liegt in Effektivierung der Insolvenzantragspflicht zum Wohle aller Gläubiger (Haftungsrealisierung unter Knappheitsbedingungen)
- Europarechtskonformität: Niederlassung wird durch Haftung nicht weniger attraktiv gemacht (im Sinne eines Marktzugangshindernisses)

**Insolvenzverschleppungshaftung insolvenzrechtlich zu qualifizieren
und damit auch auf Auslandsgesellschaften anwendbar**

Ausführlich behandelt: Ltd. und Corporation Know-how für Unternehmen und Berater



Aus dem Inhalt:

- Internationales und nationales Gesellschaftsrecht
- Zivil-, Handels- und Verfahrensrecht
- Arbeits-, Sozial-, Insolvenz- und Steuerrecht
- Die Private Company Limited nach englischem Recht
- Die Corporation nach dem Recht des US-Bundesstaates Delaware

Neue Möglichkeiten

Bahnbrechende EuGH-Entscheidungen („Centros“, „Überseering“, „Inspire Art“) haben neue Bedingungen für die Tätigkeit ausländischer Kapitalgesellschaften geschaffen. Deutsche Unternehmen können nun auch Rechtsformen wie die englische Limited oder die US-Corporation nutzen. Der neue Band sagt Ihnen, wie.

Fax-Coupon

___ Expl. 3-406-52591-1
Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften
im deutschen Recht
2004. XXV, 395 Seiten.
In Leinen € 72,-

Name _____

Straße _____

PLZ/Ort _____

Datum/Unterschrift _____

B/135527

Sie haben das Recht, die Ware innerhalb von 2 Wochen nach Lieferung ohne Begründung an Ihren Buchhändler oder an den Verlag C.H. Beck, c/o Nördlinger Verlagsmaschinen, Augsburg Str. 67a, 86720 Nördlingen, zurückzusenden, wobei die rechtzeitige Absendung genügt. Kosten und Gefahr der Rücksendung trägt der Empfänger.
Ihr Verlag C.H. Beck oHG, Wilhelmstr. 9, 80801 München.

Bestellen Sie bei Ihrem Buchhändler oder bei:
Verlag C.H. Beck · 80791 München · beck.de
E-Mail: bestellung@beck.de · Fax: 089/38189-402

