

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	17
Einleitung	21
§ 1 Der status quo des Internationalen Gesellschaftsrechts vor dem Hintergrund der Niederlassungsfreiheit für EU-Scheinauslandsgesellschaften	21
§ 2 Aufbau der Untersuchung	27
§ 3 Präzisierung des Untersuchungsgegenstandes	28
Erster Teil: Vom »Eigenkapitalersatzrecht« zum »Recht der Gesellschafterdarlehen«	31
§ 1 Eigenkapitalersatzrecht vor dem MoMiG	31
A. Rechtsprechungsregeln	32
B. Novellenregeln	34
C. Meinungsstand zur Anwendbarkeit des alten Rechts auf EU-Scheinauslandsgesellschaften	36
§ 2 Das neue Recht der Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz	37
A. Dogmatische Grundlage des neuen Rechts	38
B. Anwendbarkeit auf zuziehende EU-Scheinauslandsgesellschaften	40
§ 3 Zwischenbilanz	42
Zweiter Teil: Die Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften in Rechtsprechung und Literatur	43
§ 1 Die Rechtsprechung von Centros bis Inspire Art	43
A. <i>Centros</i>	43
B. <i>Überseering</i>	44
C. <i>Inspire Art</i>	45
§ 2 Die Reichweite von Niederlassungsfreiheit und IPR in der Literatur	46
A. Gründungstheorie im nationalen Recht ohne die Möglichkeit von Sonderanknüpfungen	47
I. Zugrundeliegende Argumentation zum Feststellen einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit	48

1.	Gesellschaftsrechtliche und quasigesellschaftsaccessorische Normen	49
2.	Vorschriften des Delikts- oder Insolvenzrechts	50
II.	Rechtfertigung der Beschränkung	50
1.	Schutz durch Herkunftsrecht	50
2.	Informationsmodell	52
III.	Folge für autonomes IPR der Mitgliedstaaten	53
B.	Anwendung des zielstaatlichen gläubigerschützenden Außenhaftungsrechts	53
I.	Versteckte Kollisionsnorm in Artt. 49, 54 AEUV mit der Möglichkeit von Sonderanknüpfungen	54
1.	Niederlassungsfreiheit als Kollisionsnorm	54
2.	Begründung für die Möglichkeit von Sonderanknüpfungen und der Anwendung nicht-gesellschaftsrechtlicher Vorschriften	56
3.	Vereinbarkeit der Sonderanknüpfungen mit der Niederlassungsfreiheit	58
II.	Savigny'sche Anknüpfungsregel und Alternativanknüpfung nach dem (Un-)Günstigkeitsprinzip	58
1.	Ausgangspunkt: Savigny'sche Anknüpfungsregel für das internationale Gesellschaftsrecht	59
2.	Zugrundeliegende Argumentation bezüglich der Niederlassungsfreiheit	60
a)	Beschränkung	60
b)	Rechtfertigung	61
III.	Der Vorschlag <i>Ulmers</i>	62
IV.	<i>Bitter</i> : System fließender Übergänge	63
V.	<i>Kindler</i> : Beibehaltung der Sitztheorie	65
VI.	Der Standpunkt des BGH	66
C.	Rechtsprechungswandel in Bezug auf EU-Scheinauslandsgesellschaften nach Cadbury Schweppes?	67

Dritter Teil:	Zur Dogmatik der Niederlassungsfreiheit: Beschränkung, Rechtfertigung und Rechtsfolgen	69
---------------	--	----

§ 1	Einleitung	69
§ 2	Beschränkung der Niederlassungsfreiheit im Lichte der allgemeinen Dogmatik der Grundfreiheiten	70
A.	Die Beschränkung der Grundfreiheiten in der Rechtsprechung des EuGH	72
B.	Beschränkung der Grundfreiheiten und Binnenmarktkonzept	73
I.	Europäische Integrationstheorie und Vertragswerk	74
II.	Ökonomische Grundannahmen	77

III. Rechtsunterschiede im föderalen System	79
IV. Zwischenstaatlichkeitsbezug: Keine Erstreckung auf rein interne Sachverhalte	81
V. Grundfreiheiten als allgemeine Handlungsfreiheiten?	84
VI. Bloße Rechtsinformationskosten als Beschränkung?	86
1. Dogmatische Erwägungen	88
2. Entgegenstehende Rechtsprechung	88
VII. Rückschlüsse für die Funktion der Grundfreiheiten	90
1. Marktgleichheit	91
2. Marktfreiheit	92
C. Grundfreiheiten als Marktöffnungsrechte: Relevanz des Marktzugangskriteriums	96
I. Analyse der Keck-Rechtsprechung	97
1. GA Tesaro in Hünermund	97
2. Urteil in der Rechtssache Keck	99
II. Rechtsprechungslinie »zu mittelbar und ungewiss«	101
III. Konvergenzlehre und Keck-Grundsätze	101
IV. Fallgruppen der Marktzugangsberührung	102
1. Vollständiges Verbot	103
2. Nutzungsmodalitäten und Nutzungsverbote	104
a) Argumentation der Generalanwältin Kokott in der Rs. C-142/05	105
b) Argumentation des Gerichtshofes	106
3. Verhindern wirksamen Wettbewerbs: Urteil CaixaBank France	107
4. Doppelbelastungsverbot und Negierung der Konfiguration des Herkunftslandes	108
V. Zusammenfassung: Allgemeine Definition »Marktzugang«	109
VI. Konkret: »Marktzugang« bei der Niederlassungsfreiheit	111
1. Marktzugang bei der Niederlassungsfreiheit vs. Marktzugang bei der Dienstleistungsfreiheit	112
2. Zugang zu einem »Markt«	114
3. Allgemeine Definition des Marktzugangs bei der Niederlassungsfreiheit	117
VII. Negative Abgrenzung: Nichtvorliegen einer grundfreiheitsrelevanten Marktzugangsberührung	118
D. Thesen zu § 2	119
§ 3 Die Rechtfertigung von Beschränkungen der Grundfreiheiten, insbesondere der Niederlassungsfreiheit	121
A. Grundsätzliches zum »Vier-Kriterien-Test«	123
I. Definition der widerstreitenden Interessen	123
II. Insbesondere: Gewicht der widerstreitenden Interessen	124
III. Struktur der Prüfung durch den EuGH	125
IV. Relevanz der Beschränkungsprüfung für die Rechtfertigung	127

V.	Grundsatz: Rechtfertigung in Abhängigkeit von der Nähe zum Marktzugang	128
B.	Die Eignung einer Maßnahme	129
C.	Die Erforderlichkeit einer Maßnahme in Abhängigkeit von der Beschränkung	131
I.	Verkehrsfähigkeitsvorschriften, Doppelbelastungen – Herkunftslandprinzip	131
II.	Verkehrsteilnahmevorschriften – Zielstaatsprinzip	133
1.	Wiederkehrende Argumentationsmuster des EuGH	134
a)	Grundsätzliche Unbeachtlichkeit des Herkunftsrechts im Rahmen der Erforderlichkeit	134
b)	Erforderlichkeitsmaßstab vor dem Hintergrund des Regelungsstandards des nationalen Rechts	136
2.	Marktzugang versperrt	138
3.	Marktzugang möglich, aber Behinderung bei Eintritt in den Wettbewerb	139
4.	Marktzugang unmittelbar betroffen	140
5.	Bislang nicht erfasste Maßnahmen	141
D.	Thesen zu § 3	143
Vierter Teil:	Das Herkunftslandprinzip	145
§ 1	Cassis de Dijon als Ausgang	145
§ 2	Analyse dieser Rechtsprechung	146
A.	Relevanz für die Rechtfertigungsprüfung	146
B.	Die Eigenschaft des Herkunftslandprinzips als »milderes Mittel«	147
§ 3	Das Herkunftslandprinzip in der Dogmatik des Primärrechts	148
A.	Herkunftslandprinzip als eine mögliche Auslegung der Grundfreiheiten	148
B.	EuGH: Keine Verankerung im Primärrecht	148
C.	Relevanz des Herkunftslandprinzips für das Feststellen einer Beschränkung	149
D.	Geltung des Rechts des Herkunftslandes als bloßer Reflex	150
E.	Ausprägungen der Berücksichtigungspflicht	151
F.	Reichweite des gegenseitigen Vertrauens	151
G.	Anwendung des Herkunftsrechts durch den Zielstaat?	153
I.	Systematische Erwägungen	153
II.	EuGH: Pflicht zur Anwendung des Herkunftsrechts im Zielstaat?	154
III.	EuGH: Umfang der Berücksichtigungspflicht	155
IV.	Diskriminierung durch Anwendung des Herkunftslandprinzips	155
H.	Zusammenfassung: Grenzen des Günstigkeitsprinzips	157

§ 4	Negative Bestimmung: Das Zielstaatsprinzip	157
A.	Zielstaatsprinzip und Integrationsanreize	158
B.	Zielstaatsprinzip in der Rechtsprechung des EuGH	159
I.	<i>Viking Line</i>	159
II.	<i>Futura Participations SA</i>	160
III.	<i>Cassis de Dijon</i>	161
IV.	Beschränkung durch Herkunftsstaat	162
C.	Anhaltspunkte im sekundären Unionsrecht	162
D.	Bedeutung für die vorliegende Untersuchung	163
§ 5:	Thesen zum vierten Teil	164

Fünfter Teil: Die Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften und EU-Scheinauslandsgesellschaften 167

§ 1	Die Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit vor dem Hintergrund der eigenen Ergebnisse	167
A.	Bewertung des Urteils <i>Centros</i>	167
B.	Bewertung des Urteils <i>Überseering</i>	168
C.	Bewertung des Urteils <i>Inspire Art</i>	169
D.	Resümee	172
§ 2	Der Missbrauch der Niederlassungsfreiheit durch Scheinauslandsgesellschaften	173
A.	Missbräuchliche Berufung auf Unionsrecht	173
B.	Missbrauchseinwand in <i>Centros</i>	175
C.	Fortgeltung der <i>Centros</i> -Judikatur nach <i>Cadbury Schweppes</i> ?	176
D.	Missbräuchliche Berufung auf Unionsrecht vor dem Unterschied zwischen Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit	181
E.	Würdigung	184
F.	Thesen zu § 2	185
§ 3	Die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften	186
A.	Vollständiges Verbot oder Nutzungsuntersagung von haftungsbeschränkten Gesellschaftsformen	186
B.	Fälle des Herkunftslandprinzips	186
I.	Negierung oder Ergänzung der Verkehrsfähigkeit	186
II.	Doppelbelastungen	187
C.	Unmittelbare Berührung des Marktzugangs	188
D.	Prohibitive Tätigkeitsregeln	189
E.	Verhindern wirksamen Eintretens in den Wettbewerb	190
F.	Negative Abgrenzung: Kein Marktzugangsbezug	190
G.	Beschränkungen durch Missachtung des Zielstaatsprinzips	191
§ 4	Die Rechtfertigung von Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften	192

A.	Berücksichtigungspflicht: Herkunftslandprinzip und Gründungsstatut	192
I.	Herkunftslandprinzip und Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften nach Centros, Überseering und Inspire Art	192
II.	»Erweitertes Herkunftslandprinzip« im Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften?	196
1.	Vergegenwärtigung der bisherigen Ergebnisse und Grundlegung	196
a)	Internationale Zuständigkeit gemäß Art. 22 Nr. 2 EuGVVO	197
b)	Sonstige Pflicht zur Gründungsanknüpfung	198
c)	Erweitertes Herkunftslandprinzip als partielle kollisionsrechtliche Verweisung innerhalb der Artt. 49, 54 AEUV	199
2.	Reichweite des erweiterten Herkunftslandprinzips für EU-Gesellschaften	200
3.	Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch Anwendung des Gesellschaftsrechts des Zielstaates	201
4.	Keine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch Anwendung des Gründungsrechts im Anwendungsbereich des »erweiterten Herkunftslandprinzips«	201
III.	Ergebnis: Bedeutung des Herkunftsrechts in der Rechtfertigung	203
B.	Rechtfertigung außerhalb des Herkunftslandprinzips: Übertragung und Zusammenfassung der Erkenntnisse aus dem dritten Teil	204
I.	Intensität der Belastung des Marktzugangs	206
1.	Feststellung der Nähe zum Marktzugang	206
2.	Wirkung auf den Marktzugang und »milderer Mittel«	206
II.	Verschuldenshaftung: Beeinflussbarkeit als Voraussetzung der Rechtfertigbarkeit?	207
III.	Konkretisierung des erweiterten Herkunftslandprinzips am Beispiel BGH, NJW 2007, 2328	208
1.	Übertragung der hiesigen Ergebnisse	209
2.	Prüfung der Vereinbarkeit der Maßnahme mit Artt. 49, 54 AEUV durch den BGH und <i>Eidenmüller/Rehberg</i>	210
3.	Stellungnahme	212
C.	Thesen zu § 4	213
§ 5	Synthese: Einfluss der EuInsVO auf die Vereinbarkeit insolvenzrechtlicher Haftungstatbestände mit Artt. 49, 54 AEUV	214
A.	Grundsätzliches	214
B.	Gleichlauf zwischen Niederlassungsfreiheit und Art. 4 EuInsVO	216

Sechster Teil:	Stellungnahme zu den abweichenden Meinungen	219
§ 1	Die Niederlassungsfreiheit als »versteckte Kollisionsnorm«	219
A.	Keine Ableitung einer Pflicht zur Gründungsanknüpfung aus <i>Überseering</i> und <i>Inspire Art</i>	219
B.	Europarechtliche Unstimmigkeiten: Maßnahmen außerhalb des Herkunftslandprinzips im engeren Sinne, insbesondere repressive Außenhaftung	220
§ 2	Meinungen, wonach im nationalen Recht ein Zwang für die Veranke- rung der Gründungstheorie besteht	223
A.	Feststellung einer Beschränkung	223
I.	Übernahme der EuGH-Formel »weniger attraktiv«	223
II.	Auslegung der <i>Keck</i> -Formel	224
B.	Rechtfertigung: Gläubigerschützendes Herkunftsrecht als »milderes Mittel«	226
I.	Leugnung der Rechtsprechung zur Relevanz der Zielstaatsrechtsordnung	227
II.	Herkunftsrecht als »milderes Mittel«	229
1.	Erforderlichkeit des Herkunftsrechts wegen milderer Rechtsfolge	229
2.	Widersprüchlichkeit der vorgenannten Argumentation	232
III.	Bloße Vergleichbarkeit des Schutzes durch Herkunftsrecht kein allgemeines Dogma im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung	233
1.	Urteil <i>Gambelli</i>	233
a)	Vermeintlicher Beleg	233
b)	Sachverhalt und beschränkte Grundfreiheiten	234
c)	Argumentation des EuGH bezüglich der Niederlassungsfreiheit	235
2.	Urteil <i>Kommission/Italien</i>	236
3.	Urteil <i>Inspire Art</i>	237
4.	Zusammenfassung: Bewertung dieser Rechtsprechung	238
C.	Insbesondere: Konsequenz für die Primärrechtskonformität der EuInsVO	239
§ 3	Europarechtliche Zweifel an sämtlichen kollisionsrechtlichen Ansätzen	239
§ 4	Gründungsanknüpfung, gleichwohl gläubigerschützendes Sitzstaatsrecht: Der Ansatz <i>Ulmers</i>	242
§ 5	Relativer Beschränkungsbegriff und »Ungünstigkeitstheorie«	245
A.	Zur Feststellung einer Beschränkung	245
I.	Schwierigkeiten bei der Benennung der Vergleichsparameter	245
II.	Gegenbeispiel: Beschränkung trotz Vergleichbarkeit der Rechtsordnungen und trotz größerer Milde der zielstaatlichen Rechtsordnung	245

III. Legitimation des relativen Beschränkungsansatzes aus dem Herkunftslandprinzip?	246
IV. Relativer Beschränkungs-begriff vor dem Hintergrund des Unterschiedes zwischen Grundfreiheiten und nationalen Grundrechten	247
V. Unterschiedliche Reichweite des Beschränkungs-begriffes in Abhängigkeit von der Rechtsordnung des jeweiligen Herkunftslandes	247
VI. Widerlegung des relativen Beschränkungs-begriffs vor dem Hintergrund der Rechtsprechung	248
VII. Zusammenfassung: Rückschlüsse für die Struktur der von den Grundfreiheiten gewährleisteten Rechte	249
B. Rechtfertigung der Beschränkung	250
§ 6 Thesen zum sechsten Teil	251
 Siebter Teil: Spielraum zur Kodifizierung repressiven Gläubigerschutzrechts	 255
§ 1 Vorgaben für das Internationale Gesellschaftsrecht	255
§ 2 Auswertung der Ergebnisse	256
 Achter Teil: Zusammenfassung der Ergebnisse: Das deutsche Gläubigerschutzrecht und die Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften	 259
§ 1 Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz	259
A. Beschränkung der Niederlassungsfreiheit von EU-Scheinauslandsgesellschaften	260
I. Argumentation in der Literatur	260
II. Stellungnahme	261
B. Anwendungsbereich des Herkunftslandprinzips?	263
C. Hilfsweise: Rechtfertigung einer unterstellten Beschränkung	264
§ 2 Insolvenzantragspflicht, Insolvenzverschleppungshaftung, Insolvenzverursachungshaftung	265
A. Literatur	266
B. Stellungnahme	267
§ 3 Existenzvernichtungshaftung	268
 Neunter Teil: Wesentliche Ergebnisse der Untersuchung in Thesen	 271
Literaturverzeichnis	277
Stichwortverzeichnis	291