

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Abkürzungsverzeichnis .....	XIX

<b>Einleitung</b> .....	<b>3</b>
I. Untersuchungsgegenstand .....	3
II. Problemaufriss und Forschungsfragen .....	7
III. Aufbau der Arbeit .....	10

## *Erster Teil*

<b>Niederlassungsfreiheit</b> .....	<b>13</b>
-------------------------------------	-----------

### *1. Abschnitt*

<b>Relevanz des Primärrechts</b> .....	<b>13</b>
I. Die Scheinauslandsgesellschaft als Schutzsubjekt der Niederlassungsfreiheit .....	13
A. Zum Begriff der Scheinauslandsgesellschaft .....	13
B. In a nutshell: Geschichte und Zielsetzung der Niederlassungsfreiheit .....	15
C. Entwicklung der Gesellschaftsmobilität im Binnenmarkt: Von Daily Mail zu Polbud .....	16
1. Daily Mail und die Rechtslage vor Centros .....	17
2. Centros, Überseering und Inspire Art – Zuzugsfälle .....	20
3. Wegzug – Cartesio .....	22
4. Umwandlungsfälle – Vale und Polbud .....	23
5. Die Kornhaas-Entscheidung .....	24
D. Status Quo .....	25
II. Verhältnis von Niederlassungsfreiheit und IPR .....	26
A. Rangordnung .....	26
B. Folge: Kein Safe Harbour .....	28
C. Fazit .....	29

III.	Exkurs: Gesellschaften aus Staaten und Gebieten außerhalb der EU .....	30
A.	Geographisch außerhalb Europas liegende Hoheitsgebiete der MS .....	30
B.	Assoziierte Staaten und Überseegebiete .....	31
C.	EWR .....	32
D.	Vereinigtes Königreich .....	32
E.	Sonstige Drittstaaten, insb Schweiz und Vereinigte Staaten von Amerika .....	35

*2. Abschnitt*

**Die Reichweite der Niederlassungsfreiheit im Allgemeinen .....** 39

I.	Einleitung .....	39
A.	Ausbau der Niederlassungsfreiheit zum Beschränkungsverbot .....	40
B.	Das Problem mit dem Beschränkungsverbot – in dubio pro laissez-faire? .....	41
C.	Marktzugang als teleologisches Leitmotiv und immanente Schranke .....	42
D.	Gang der Untersuchung .....	42
II.	Keck und das Marktzugangskriterium in der Warenverkehrsfreiheit .....	43
A.	Von Dassonville zu Keck .....	43
B.	Weiterentwicklung zum Marktzugangstest .....	46
1.	Kritik an der Keck-Formel .....	46
2.	Reaktion des EuGH – Drei-Stufen-Test mit Fokus auf den Marktzugang .....	48
III.	Marktzugang als immanente Schranke der Niederlassungsfreiheit .....	52
A.	Einleitung .....	52
B.	Meinungsstand .....	54
1.	Keine allgemeine de-minimis-Schwelle .....	54
2.	Herausnahme von »Tätigkeitsausübungsregeln« aus dem Schutzbereich .....	55
3.	Herausnahme bloß »mittelbar« wirkender Beschränkungen .....	56
C.	Übertragung der Keck-Formel? .....	57
1.	Vorüberlegungen .....	57

2. Kein Herkunftslandprinzip in der Niederlassungsfreiheit .....	59
a. Wortlaut und ökonomischer Kontext .....	60
b. Bestätigung durch die Rsp zu Qualifikationserfordernissen .....	61
3. Kein automatischer Marktzugangsbezug »zutrittsbezogener Regelungen« .....	65
4. Fazit .....	66
D. Ausschluss bloß mittelbarer Beschränkungen? .....	67
1. Grundlage: Krantz-Rsp .....	67
2. Interpretation .....	68
3. Stellungnahme .....	69
E. »Sonstige« Marktzugangsbeschränkungen .....	70
1. Objektive Zugangshürden .....	74
2. Einschränkung der freien Wahl des Zugangsmittels .....	77
3. Eingriffe in die Wettbewerbsfreiheit .....	79
4. Zwischenfazit .....	83
5. Caveat: Teilweise unklare Rsp des EuGH .....	84
F. Fazit .....	86

### 3. Abschnitt

#### **Niederlassungsfreiheit für Scheinauslandsgesellschaften .....**

I. Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit auf Scheinauslandsgesellschaften .....	88
A. Einleitung .....	88
B. Die Tatbestandsvoraussetzungen der Niederlassungsfreiheit .....	89
1. Selbstständige wirtschaftliche Tätigkeit .....	90
2. Dauerhaftigkeit und feste Einrichtung .....	91
C. Problemaufriss: Die Lehre von der »realen Mobilitätskomponente« .....	93
D. Stellungnahme .....	95
1. Neutralität der Niederlassungsfreiheit gegenüber einem genuine link – Segers, Daily Mail .....	95
2. Erfordernis einer Niederlassung im Zuzugsstaat ...	98
a. Keine Einschränkung durch Segers, Centros etc .....	98

	b. Cadbury Schweppes .....	99
	c. Zwischenfazit .....	101
	d. Abkehr vom Niederlassungserfordernis durch Polbud? .....	103
	(i.) Sachverhalt und Begründung .....	103
	(ii.) Resonanz in der Literatur .....	104
	(iii.) Stellungnahme .....	105
	E. Fazit .....	108
II.	Scheinauslandsgesellschaft als Missbrauch der Niederlassungsfreiheit? .....	110
	A. Der Begriff des Missbrauchs im Unionsrecht .....	111
	B. Dogmatische Einordnung: Tatbestandsausnahme und/oder Rechtfertigungsgrund .....	112
	C. Kein Missbrauch durch Ausnutzen eines Regelungsgefälles .....	114
	1. Centros und Inspire Art .....	114
	2. Briefkastengesellschaft als missbräuchliche künstliche Gestaltung? .....	116
	a. Die »künstlichen Gestaltungen« .....	116
	b. Cadbury Schweppes .....	116
	3. Bestätigung der Centros-Judikatur durch die jüngere Rsp .....	119
	D. Zwischenfazit und Stellungnahme .....	119
	E. Neuerungen durch die Mobilitäts-RL? .....	123
III.	Gewährleistungsgehalt der Niederlassungsfreiheit – Gebot der Gründungsanknüpfung? .....	128
	A. Einleitung .....	128
	B. Rechtsprechung des EuGH .....	130
	C. Meinungsstand .....	132
	1. Umfassende Gründungsanknüpfung (»europarechtliche Gründungstheorie«) .....	132
	2. Gespaltene Anknüpfung .....	137
	D. Stellungnahme .....	140
	1. Fehlende Primärrechtskonformität der Sitztheorie .....	140
	2. Primärrechtskonformität einer »gespaltenen« Anknüpfung? .....	141
	a. Keine Differenzierung zwischen »tätigkeits-« und »zugangsbezogenem« Gesellschaftsrecht ...	141

b. Primärrechtskonformität umfassender Anwendung des Gesellschaftsrechts des Zuzugsstaats? .....	142
c. Bedenken gegen umfassende Anwendung des Gesellschaftsrechts des Zuzugsstaats .....	143
3. Dogmatische Grundlagen einer »europarechtlichen Gründungstheorie« .....	147
a. Herkunftslandprinzip für Gesellschaften, Rechtswahlfreiheit .....	147
b. Freie Wahl des Zugangsmittels .....	151
4. Folgefrage: Reichweite der Gründungsanknüpfung .....	152
a. Grundregel .....	152
b. Ausnahmen .....	154
(i.) »Vorteilhaftes« Gesellschaftsrecht des Zuzugsstaats? .....	155
(ii.) Herkunftsstaat verlangt genuine link ....	157
(iii.) Normenmangel .....	159
E. Fazit .....	161
IV. Rechtfertigung der Anwendung des Gesellschaftsrechts des Zuzugsstaats .....	161
A. Einführung .....	162
1. Geschriebene und ungeschriebene Rechtfertigungsgründe .....	162
2. Struktur der Rechtfertigungsprüfung .....	166
a. Das legitime Ziel .....	166
b. Eignung und Kohärenz .....	167
c. Erforderlichkeit und Angemessenheit .....	169
B. Rechtfertigung der Anwendung des Gesellschaftsrechts des Zuzugsstaats .....	170
1. Eignung im engeren Sinn .....	170
2. Kohärenz? .....	172
3. Erforderlichkeit .....	173
a. Ausreichender Schutz durch Recht des Herkunftsstaats .....	174
b. Informationsmodell .....	175
C. Fazit .....	176

*Zweiter Teil*

<b>Kollisionsrecht</b>	<b>179</b>
I. Allgemeines zum IPR	179
A. Aufgabe des IPR	179
B. Funktionsweise	180
1. Anknüpfungsgegenstand und Anknüpfungspunkt	180
2. Gesamt- oder Sachnormverweisung	181
C. Der Qualifikationsvorgang	182
D. Vorfragen	185
II. Kollisionsrechtliche Behandlung von Scheinauslandsgesellschaften im Restanwendungsbereich der Sitztheorie	187
III. Problemaufriss: Abgrenzungsprobleme im insolvenznahen Bereich	189
A. Gesellschaftsstatut	190
1. Inhalt	190
2. Insolvenznahe Institute als Teil des Gesellschaftsstatuts?	193
B. Insolvenzstatut	195
C. Deliktsstatut	197
D. Verhältnis der einzelnen Statuten zueinander und Gang der Untersuchung	198
1. Vorrang des Insolvenzstatuts vor dem Gesellschaftsstatut	198
2. Vorrang des Insolvenzstatuts vor dem Deliktsstatut	199
3. Vorrang des Gesellschaftsstatuts vor dem Deliktsstatut	201
4. Die Akzessorietät des Deliktsstatuts	201
5. Fazit und Gang der Untersuchung	204
IV. Konturierung des Insolvenzstatuts	204
A. Vorbemerkungen zur Funktionsweise der EuInsVO	206
1. Internationale Zuständigkeit für Insolvenzverfahren (Art 3 EuInsVO)	207
2. Anwendbares Recht (Art 7 EuInsVO)	208
3. Annexverfahren (Art 6 EuInsVO)	209
4. Relevanz der Judikatur zur Annexzuständigkeit für die Auslegung der Kollisionsnorm	212
B. Identifikation der Kernprobleme und Meinungsstand	214

1. Ältere Auffassungen .....	215
2. Die Rs H/HK und Kornhaas .....	217
3. Schlussfolgerungen in der Lit .....	219
4. Status Quo .....	221
5. Der Lösungsansatz Thomales .....	222
C. Stellungnahme .....	223
1. Allgemeines .....	223
a. Erfordernis der Insolvenzeröffnung .....	223
b. Vorrang insolvenzrechtlicher Qualifikation? ....	227
c. Begrenzte Aussagekraft funktionsorientierter Auslegung .....	229
2. Formell insolvenzrechtlicher Charakter .....	230
a. Wortlaut und Systematik als Ausgangspunkt ...	231
b. Aufgabe des notwendigen Verfahrensbezugs durch H/HK und Kornhaas? .....	232
(i.) Sachverhalt und Begründung .....	232
(ii.) Insolvenzeröffnung als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal von § 64 dGmbHG aF .....	233
(iii.) Ausnahmen vom Erfordernis der Verfahrenseröffnung .....	238
c. Zwischenfazit .....	241
d. Kontrollüberlegung: Die jüngere Rsp zur Annexzuständigkeit (Art 6 EuInsVO) .....	242
(i.) Materielles Kriterium .....	243
(ii.) Formelles Kriterium (Verfahrensbezug) .....	243
(iii.) Verhältnis der beiden Kriterien zueinander .....	245
(iv.) Schlussfolgerung .....	248
e. Fazit .....	249
3. Materiell insolvenzrechtlicher Charakter .....	249
a. Gläubigergleichbehandlung .....	251
b. Masseanreicherung? .....	252
c. Gläubigerschutz .....	252
(i.) Argumentation Thomales .....	253
(ii.) Methodische Vorüberlegungen .....	254
(iii.) Bestandsaufnahme: Gläubigerschutz im europäischen Gesellschaftsrecht .....	255
(iv.) Würdigung .....	269

	(v.) Folgeüberlegungen .....	270
	D. Fazit .....	272
	E. Exkurs: Reichweite von § 221 IO .....	273
V.	Insolvenzverschleppungshaftung im weiteren Sinn .....	275
	A. Nationaler Untersatz .....	276
	1. Einleitung .....	276
	2. Insolvenzantragspflicht .....	276
	3. Insolvenzverschleppungshaftung im weiteren Sinn .....	278
	a. Komponenten des Insolvenzverschleppungsschadens .....	279
	(i.) Gläubigerschäden: »Quotenschaden« und Vertrauensschaden .....	279
	(ii.) Gesellschaftsschaden: Betriebsverlust ...	280
	(iii.) Verhältnis von Gläubiger- und Gesellschaftsschaden .....	281
	b. Organhaftung gegenüber der Gesellschaft .....	283
	(i.) Meinungsstand .....	283
	(ii.) Stellungnahme .....	284
	(iii.) Fazit .....	295
	c. Insolvenzverschleppungshaftung gegenüber Gläubigern .....	296
	(i.) Quotenschaden der Altgläubiger .....	296
	(ii.) Vertrauensschaden der Neugläubiger ...	298
	d. »Zahlungsverbot« .....	299
	(i.) Allgemeines .....	300
	(ii.) Tatbestand .....	301
	(iii.) Rechtsfolgen (zu ersetzender Betrag) ....	303
	e. Verhältnis der einzelnen Ansprüche zueinander .....	307
	(i.) Im Insolvenzverfahren .....	308
	(ii.) Masselose Insolvenz .....	311
	(iii.) Nach Aufhebung des Sanierungsverfahrens .....	318
	B. Kollisionsrechtlicher Obersatz und Qualifikation .....	321
	1. Insolvenzantragspflicht .....	322
	a. Meinungsstand .....	322
	(i.) Gesellschaftsrechtliche Qualifikation ...	322
	(ii.) Insolvenzrechtliche Qualifikation .....	324



(iii.) Anknüpfung nach dem Grundsatz der stärksten Beziehung .....	326
b. Stellungnahme .....	327
2. Insolvenzverschleppungshaftung gegenüber Gläubigern .....	330
a. Meinungsstand .....	330
b. Stellungnahme .....	334
(i.) Ein oder zwei Qualifikations- gegenstände? .....	334
(ii.) Keine insolvenzrechtliche Qualifikation .....	335
(iii.) Keine gesellschaftsrechtliche Qualifikation .....	338
(iv.) Deliktische Qualifikation .....	338
(v.) Insolvenzzrechtliche Qualifikation des § 69 Abs 5 IO .....	344
c. Fazit .....	345
3. Zahlungsverbot .....	346
a. Meinungsstand .....	346
b. Stellungnahme .....	348
(i.) Zum deutschen Zahlungsverbot .....	348
(ii.) Zum österreichischen Zahlungsverbot ...	350
(iii.) Qualifikation in der masselosen Insolvenz .....	352
4. Organhaftung wegen Insolvenzverschleppung gegenüber der Gesellschaft (Betriebsverlust) .....	353
C. Exkurs: Drittstaaten-Gesellschaften .....	355
VI. EKEG .....	356
A. Inhalt im nationalen Recht .....	357
1. Entwicklung in Deutschland .....	358
2. Regelungsgehalt des EKEG .....	361
a. Alte Rechtslage: Übernahme der deutschen Rsp .....	361
b. Geltende Rechtslage: EKEG 2004 .....	361
3. Das Problem mit den Gesellschafterdarlehen .....	363
a. Das »Spekulieren auf dem Rücken der Gläubiger« .....	364
b. Abziehen .....	366
c. Insolvenzverschleppung .....	367

	d. Stellungnahme .....	368
	B. Kollisionsrechtliche Qualifikation .....	371
	1. Kollisionsrechtliche Vorüberlegungen .....	372
	a. Anwendungswille des EKEG .....	372
	b. Eigenkapitalersatzcharakter als Vorfrage? .....	372
	2. Qualifikation nach IPR .....	377
	a. Nachrangigkeit Eigenkapital ersetzender Forderungen (§ 57a IO) .....	377
	b. Erlöschen von Sicherheiten (§ 12b IO) .....	378
	(i.) Im Inland belegene Sicherheiten .....	379
	(ii.) In einem anderen MS belegene Sicherheiten .....	379
	(iii.) In einem Drittstaat einschließlich Dänemarks belegene Sicherheiten .....	385
	c. Rückzahlungssperre (§ 14 EKEG) .....	388
	(i.) Auffassungen in der österreichischen Literatur .....	388
	(ii.) Auffassungen in Deutschland .....	393
	(iii.) Stellungnahme .....	394
	C. Exkurs: Drittstaaten-Gesellschaften .....	399
VII.	Haftung nach URG .....	401
	A. Inhalt im nationalen Recht .....	401
	1. Reorganisationsverfahren .....	401
	2. Organhaftung nach §§ 22, 25 URG .....	402
	B. Kollisionsrechtliche Qualifikation .....	405
	C. Praktische Anwendungsschwierigkeiten bei Auslandsgesellschaften .....	407
 <i>Dritter Teil</i>		
	<b>Synthese und Zusammenfassung .....</b>	<b>409</b>
I.	Anwendbarkeit österreichischer Gläubigerschutz- instrumente auf EU/EWR-Scheinauslandsgesellschaften .....	409
	A. Insolvenzantragspflicht .....	409
	B. Folgen der Verletzung der Insolvenzantragspflicht (Insolvenzverschleppungshaftung iWS) .....	411
	1. Insolvenzverschleppungshaftung gegenüber Alt- und Neugläubigern .....	411
	2. Haftung wegen verbotener Zahlungen .....	411

3.	Haftung gegenüber der Gesellschaft .....	412
C.	EKEG .....	413
1.	Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen .....	413
a.	Grundregel .....	413
b.	Sonderfall Normenmangel .....	414
2.	Nachrangigkeit .....	416
3.	Erlöschen von Sicherheiten .....	416
D.	Haftung nach URG .....	417
II.	Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse .....	417
A.	Verhältnis Kollisionsrecht – Primärrecht .....	417
B.	Allgemeine primärrechtliche Schranken .....	418
C.	Niederlassungsfreiheit von Scheinauslands- gesellschaften .....	419
D.	Kollisionsrecht (allgemein) .....	422
E.	Kollisionsrecht (Insolvenzstatut) .....	422
F.	Kollisionsrecht (Insolvenzverschleppungshaftung iWS) .....	423
G.	Kollisionsrecht (EKEG und URG) .....	424

## *Verzeichnisse*

<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>429</b>
I. Monographien, Lehrbücher, Handbücher, Kommentare ...	429
II. Beiträge in Zeitschriften, Festschriften, Sammelbänden etc	441
<b>Judikaturverzeichnis</b>	<b>463</b>
I. Europäischer Gerichtshof	463
A. Urteile	463
B. Schlussanträge	469
II. Österreichische Gerichte	470
A. Oberster Gerichtshof	470
B. Oberlandesgerichte	472
C. Sonstige Gerichte	472
III. Deutsche Gerichte	472
A. Bundesgerichtshof	472
B. Oberlandesgerichte	473
C. Erstinstanzliche Gerichte	473
D. Reichsgericht	473
E. Sonstige Gerichte	474

<b>Quellenverzeichnis .....</b>	<b>475</b>
I. Historische Quellen (vor 1945) – Deutschland und Österreich .....	475
II. Moderne Quellen (nach 1945) – Österreich und Deutschland .....	476
III. Unionsrechtliche Quellen .....	476
 <b>Stichwortverzeichnis .....</b>	 <b>479</b>