

# Das deutsche Wirtschaftsrecht unter dem wachsenden Einfluss des US-amerikanischen Rechts

von

Prof. Dr. Dr. Werner F Ebke, Prof. Dr. Siegfried H Elsing, RA Prof. Dr. Otto Sandrock, Prof. Dr. Gunther Kühne, Prof. Dr. Bernhard Großfeld

1. Auflage

Das deutsche Wirtschaftsrecht unter dem wachsenden Einfluss des US-amerikanischen Rechts – Ebke / Elsing / Sandrock / et al.

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](http://beck-shop.de) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Handels- und Wirtschaftsrecht

Recht und Wirtschaft Heidelberg 2010

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 8005 1523 3

# Inhaltsverzeichnis

Geleitwort . . . . .	5
Verzeichnis der Autoren . . . . .	7
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	19

## Teil 1: Eröffnung

<b>Otto Sandrock: Recht – Wirtschaft – Familie . . . . .</b>	<b>31</b>
<i>Werner F. Ebke</i>	
A. Glanz und Anerkennung . . . . .	31
B. Hintergrund . . . . .	31
C. Studium der Rechtswissenschaft und Promotion . . . . .	32
D. Das Meisterwerk . . . . .	33
E. Bochum . . . . .	34
F. Münster . . . . .	35
G. Internationales Gesellschafts- und Unternehmensrecht . . . . .	35
H. Internationales Handels- und Wirtschaftsrecht . . . . .	38
I. Recht der Schiedsgerichtsbarkeit . . . . .	40
J. Grundfragen des Zivil- und Wirtschaftsrechts . . . . .	42
K. Emeritierung . . . . .	42
L. Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft . . . . .	43
M. Lehre und Förderung des Nachwuchses . . . . .	44
N. Anwaltstätigkeit . . . . .	45
O. Familie . . . . .	45
P. Glückwünsche . . . . .	46

## Teil 2: Gelungene oder unvermeidbare Rezeptionen

<b>1. Abschnitt: Kartellrecht . . . . .</b>	<b>49</b>
<b>Die Rezeption des US-amerikanischen Kartellrechts im deutschen und europäischen Kartellrecht . . . . .</b>	<b>49</b>
<i>Gunther Kühne</i>	
A. Einleitung . . . . .	49

B.	Die Ausgangspositionen der US-amerikanischen und der deutschen Kartellrechtskultur im 19. Jahrhundert . . . . .	49
I.	Die Entwicklung in den USA . . . . .	50
II.	Die Entwicklung in Deutschland . . . . .	50
C.	Zaghafte Entwicklung einer Kartellrechtskultur in Deutschland in der Zwischenkriegszeit . . . . .	51
D.	Deutschland als Schauplatz eines Wechselbades der Kartellrechtskulturen unter der NS-Herrschaft und der Alliierten Besatzung . . . . .	52
I.	Die Verhältnisse während der NS-Herrschaft . . . . .	52
II.	Die Neuordnung unter Alliierten Besatzung . . . . .	52
E.	US-Antitrust-Recht und Ordoliberalismus als rivalisierende und prägende Elemente bei der Entstehung des GWB . . . . .	54
I.	Das amerikanische Antitrust-Recht . . . . .	55
II.	Der deutsche Ordoliberalismus . . . . .	55
III.	Der Ausgleich zwischen beiden Konzepten . . . . .	55
IV.	Die fortwährende Auswirkung des amerikanischen Antitrust-Rechts. . . . .	55
F.	Ergänzende Weiterentwicklung des kartellrechtlichen Ordnungsrahmens unter Annäherung an das US-Kartellrecht in den 70er und 80er Jahren . . . . .	56
G.	Die Erstreckung des Wettbewerbsprinzips auf die – insbesondere netzgebundenen – Ausnahmebereiche unter dem Vorzeichen Europa in den 80er und 90er Jahren . . . . .	57
H.	Aktionsfelder des inneren Umbaus des deutschen/europäischen Kartellrechts unter Annäherung an das US-amerikanische Kartellrecht seit der Jahrhundertwende. . . . .	59
I.	Die EU als Transmissionsriemen US-amerikanischer Kartellrechtskultur . . . . .	59
II.	Kriminalisierung von Kartellverstößen . . . . .	60
III.	Kronzeugenregelungen, Bonus- und Leniency-Programme . . . . .	60
IV.	Die Verstärkung der Kartellrechtsdurchsetzung durch Private („ <i>private enforcement</i> “) . . . . .	61
V.	Die Ökonomisierung des Kartellrechts („ <i>more economic approach</i> “). . . . .	62
VI.	Entflechtung . . . . .	63
I.	Entwicklungsschritte und Perspektiven der Rezeption des US-amerikanischen Kartellrechts in Deutschland . . . . .	65
J.	Schluss . . . . .	67
	<b>Probleme der Rezeption US-amerikanischen Kartellrechts („<i>more economic approach</i>“) im europäischen Kartellrecht . . . . .</b>	<b>69</b>
	<i>Petra Pohlmann</i>	
A.	Drei Wege der Rezeption im Europäischen Kartellrecht . . . . .	69

B.	Probleme paralleler Rezeption am Beispiel des <i>more economic approach</i> . . .	70
I.	Rezeption und Kohärenz . . . . .	70
II.	Der <i>more economic approach</i> und das Kohärenzproblem. . . . .	71
III.	Normative und deskriptive Ökonomie . . . . .	72
IV.	Handlungsempfehlungen . . . . .	73
C.	Gefahren der „Sprungrezeption“ . . . . .	74
D.	Fazit . . . . .	74
 <b>2. Abschnitt: Bank- und Kapitalmarktrecht . . . . .</b>		<b>77</b>
<b>Gelungene oder unvermeidbare Rezeptionen:</b>		
<b>Bank- und Kapitalmarktrecht . . . . .</b>		<b>77</b>
<i>Klaus Peter Berger</i>		
A.	Einleitung. . . . .	77
B.	Rezeption durch den Gesetzgeber. . . . .	78
I.	Kollektiver Rechtsschutz geschädigter Kapitalanleger: <i>Class Action</i> und KapMuG . . . . .	78
II.	Verbot des Insider-Handels . . . . .	82
III.	Insolvenzfestigkeit von „Close-Out Netting“-Vereinbarungen in Finanzterminkontrakten . . . . .	85
C.	Rezeption durch die Vertragspraxis: <i>Financial Covenants</i> . . . . .	88
D.	Ergebnis. . . . .	90
 <b>Auf einen Espresso: Gelungene und unvermeidbare Rezeptionen im Bank- und Kapitalmarktrecht in fünf Minuten. . . . .</b>		<b>91</b>
<i>Matthias Casper</i>		
A.	Die Aufgabe . . . . .	91
B.	Kollektiver Rechtsschutz . . . . .	92
C.	Insiderrecht und <i>ad hoc</i> -Publizität. . . . .	93
D.	Netting in der Insolvenz . . . . .	95
E.	Vertragsgestaltung. . . . .	96
F.	Ein Vorletztes . . . . .	97
G.	Ein Allerletztes . . . . .	97
 <b>Anhang:</b>		
<b>Kapitalmarktrecht: Reform in Permanenz oder: zwischen Apollo 11 und dem kleinen Häwermann: wohin geht die Reise? . . . . .</b>		<b>98</b>

<b>3. Abschnitt: Internationale Vertragspraxis</b>	101
<b>Hegemonie oder Symbiose: Zur Rezeption des US-amerikanischen Rechts in der Vertragspraxis des M&amp;A-Geschäfts</b>	101
<i>Matthias Hentzen</i>	
A. Einleitung	101
B. Ausgangspunkt	102
I. Das Recht	102
II. Die Menschen	104
III. Die Zeit	105
C. Wirtschaftlicher Kern	105
I. Essentialia negotii	106
II. Gewährleistungen und Garantien	107
III. <i>Closing</i> -Bedingungen	107
IV. Vertragliche Nebenpflichten	108
D. Das äußere Erscheinungsbild und allgemeine Klauseln	108
I. Erscheinungsbild	108
II. Allgemeine Klauseln	109
E. Akzeptanz und Umsetzung	110
I. Rezeption US-amerikanischer Vertragspraxis	110
II. Rezeption kontinental-europäischer Vertragspraxis	111
III. Symbiose	112
<b>Internationale Vertragspraxis im M&amp;A-Geschäft:</b>	
<b>Ein Diskussionsbeitrag</b>	115
<i>Thomas Lundmark</i>	
A. Wirtschaftliche Transaktionen	115
B. Verhandeln	116
C. Fazit	116
<b>4. Abschnitt: Draft of a Common Frame of Reference</b>	117
<b>Vom Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen zum optionalen Europäischen Vertragsrecht</b>	117
<i>Reiner Schulze</i>	
A. Entstehen und Funktion des DCFR	117
B. Einfluss des anglo-amerikanischen Rechts	120
C. Einfluss der deutschen Rechtstradition	122
D. Perspektiven der europäischen Privatrechtswissenschaft	123
E. DCFR und optionales europäisches Vertragsrecht	124

<b>Der Einfluss des US-amerikanischen Rechts auf das „kontinental“-europäische Vertragsrecht: US-amerikanische Vertragspraxis im DCFR? . . .</b>	<b>131</b>
<i>Edoardo Ferrante</i>	
A. Vorbemerkung . . . . .	131
B. US-amerikanische Vertragspraxis im DCFR? . . . . .	131
I. Das <i>confidentiality agreement</i> . . . . .	132
II. Die <i>exclusively standard terms</i> . . . . .	133
III. Die <i>severability clauses</i> . . . . .	135
IV. Die <i>entire agreement</i> (oder <i>merger</i> ) <i>clauses</i> . . . . .	136
V. Die <i>no waiver clauses</i> . . . . .	138
VI. Die <i>excluding clauses</i> . . . . .	138
VII. Die <i>indirect and consequential-damages clauses</i> . . . . .	139
VIII. Die <i>stipulated damages</i> (oder <i>penalty</i> ) <i>clauses</i> . . . . .	140
C. Ergebnis . . . . .	141

### Teil 3: Abwehrstrategien gegen unerwünschte Rezeptionen

<b>1. Abschnitt: Internationales Zivilprozessrecht . . . . .</b>	<b>145</b>
<b>Unerwünschte Rezeptionen im Prozessrecht? . . . . .</b>	<b>145</b>
<i>Ingo Saenger</i>	
A. Einleitung. . . . .	145
B. Umfeld . . . . .	145
C. Class Actions . . . . .	146
D. Rezeption von West nach Ost. . . . .	147
E. Rezeption von Ost nach West. . . . .	148
F. Ausblick. . . . .	149

<b>Abwehrstrategien gegen unerwünschte Rezeptionen im Internationalen Prozessrecht: Die <i>class action</i> . . . . .</b>	<b>151</b>
<i>Gerald Mäsch</i>	
A. Die <i>class action</i> in der politischen Diskussion . . . . .	151
B. Die <i>class action</i> aus europäischer Perspektive . . . . .	152
C. Die <i>class action</i> – eine sinnvolle Option? . . . . .	153
I. Kritik . . . . .	153
1. Auf US-amerikanische Verhältnisse beschränkte Nachteile . . . . .	153
2. Das Problem des opt-out . . . . .	154
3. Die <i>group litigation order</i> als Alternative . . . . .	155

II.	Szenarien einer Übernahme in das deutsche Recht . . . . .	155
1.	Streuschäden . . . . .	156
2.	Massenschäden . . . . .	157
D.	Ergebnis . . . . .	158
 <b>2. Abschnitt: Internationales Schiedsverfahrensrecht . . . . .</b>		<b>159</b>
<b>Die Rezeption US-amerikanischen Rechts in der Schiedsgerichtsbarkeit:</b>		
<b>Entwicklung, Konvergenzen und Abwehrstrategien . . . . .</b>		<b>159</b>
<i>Siegfried H. Elsing</i>		
A.	Einleitung . . . . .	159
B.	Die fünf wesentlichen Entwicklungslinien . . . . .	160
I.	Die Rolle der Verfahrensbeteiligten . . . . .	160
II.	Die Bedeutung der mündlichen Verhandlung. . . . .	161
III.	Das Vordringen induktiver Argumentationslinien . . . . .	162
IV.	Die Verbreitung des US-amerikanischen <i>discovery</i> -Verfahrens . . . . .	162
V.	Die Verwendung der englischen Sprache . . . . .	164
C.	Konvergenzen in der Praxis . . . . .	164
I.	Das grundsätzlich weite Gestaltungsermessen des Schiedsgerichts . . . . .	165
II.	Die IBA-Beweisregeln als Ausdruck der <i>best practice</i> . . . . .	166
III.	Zu den einzelnen Kompromisslinien . . . . .	166
D.	Abwehrstrategien . . . . .	167
 <b>Abwehrstrategien gegen unerwünschte Rezeptionen</b>		
<b>US-amerikanischen Rechts in der Schiedsgerichtsbarkeit . . . . .</b>		<b>171</b>
<i>Richard Kreindler</i>		
A.	Einleitung . . . . .	171
B.	Entwicklungen in der letzten Dekade . . . . .	171
C.	Facetten der Abwehrstrategien . . . . .	172
D.	Auswirkungen der Abwehrstrategien . . . . .	172
E.	Schlussfolgerung . . . . .	173
 <b>3. Abschnitt: Internationales Gesellschaftsrecht . . . . .</b>		<b>175</b>
<b>Der Einfluss des US-amerikanischen Rechts auf das Internationale</b>		
<b>Gesellschaftsrecht in Deutschland und Europa: Rezeption oder Abwehr?. . . . .</b>		<b>175</b>
<i>Werner F. Ebke</i>		
A.	Einführung . . . . .	175
B.	Internationales Privatrecht . . . . .	177
I.	Rom I-VO, Rom II-VO & Beyond . . . . .	177
II.	Offene Fragen . . . . .	178

C.	Ausgangslage: Der Kampf um das anwendbare Recht . . . . .	180
I.	Deutschland: Sitztheorie . . . . .	181
II.	USA: Internal Affairs Doctrine . . . . .	182
D.	Winds of Change . . . . .	185
I.	Testfall: Liechtensteinische Anstalten . . . . .	185
II.	USA: Pseudo-Foreign Corporations . . . . .	186
E.	Der Fall der Zitadelle . . . . .	188
I.	Deutschland: Niederlassungsfreiheit . . . . .	189
II.	USA: Kein Ende in Sicht . . . . .	192
F.	Der nächste Streich . . . . .	193
I.	Transatlantischer Binnenmarkt . . . . .	193
II.	Deutsche „Scheinauslandsgesellschaften“ in den USA . . . . .	195
G.	Das letzte Kapitel: Nicht privilegierte Drittstaaten . . . . .	196
I.	Ist-Zustand . . . . .	196
II.	Soll-Zustand . . . . .	198
H.	Schlussstrich . . . . .	202

**Kapitalgesellschaften aller Länder willkommen! Die deutsche GmbH im internationalen Wettbewerb der Rechtsformen 2010 . . . . . 205**

*Jochen Dierksmeier*

A.	Einleitung . . . . .	205
B.	Der Referentenentwurf für ein Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen . . . . .	205
C.	Nach der GmbH-Reform und dem Scheitern der Ltd.-Invasion . . . . .	206
D.	IPR in Deutschland: Gewohnheitsrechtliches Prinzip der automatischen Anerkennung . . . . .	206
E.	Rechtspolitisches Ziel des Referentenentwurfs . . . . .	206
F.	Kommentierungen zu dem Referentenentwurf . . . . .	207
G.	Sitztheorie beim Zuzug von Auslandskapitalgesellschaften aus Drittstaaten nach Deutschland . . . . .	207
H.	Schutz durch Sitztheorie bei Zuzugsfällen nicht mehr notwendig. . . . .	208
I.	Empirische Erfahrung: Kein „Race to the Bottom“. . . . .	209
II.	„Reinigende“ Wirkung des Steuerrechts. . . . .	210
III.	Die Angst vor dem Insolvenzrecht . . . . .	210
I.	GmbH-Reform als Reaktion auf die Ltd. war erfolgreich . . . . .	210
I.	Fortschritte . . . . .	211
II.	Deutschland – das „Delaware“ Mitteleuropas? . . . . .	211
III.	Einheitliche europäische Rechnungslegungsstandards als Vorteil . . . . .	211
IV.	Englische Reaktion . . . . .	212
V.	Ergebnis . . . . .	212



J.	Wettbewerb mit angelsächsischen Rechtsformen besser als Vereinheitlichung . . . . .	212
I.	Wettbewerb dient Rechtsfortbildung . . . . .	213
II.	Gläubigerschutz durch Mindeststammkapital weiter sinnvoll. . . . .	213
III.	Demnächst Wettbewerb durch europäische Privatgesellschaft (EPG/SPE) . . . . .	213
K.	Weiterer Schutz des Rechtsverkehrs durch (freiwillige) Registrierung in Deutschland? . . . . .	214
I.	Liste der anerkannten Auslandskapitalgesellschaften . . . . .	214
II.	Hinterlegung der Gründungsurkunden . . . . .	214
III.	Vergleich zum Steuerrecht. . . . .	214
IV.	Schutz durch privates „Haftungsrating“? . . . . .	215
L.	Ausblick. . . . .	215
 <b>4. Abschnitt: Rechnungslegungsrecht. . . . .</b>		<b>217</b>
<b>Globale Rechnungslegung . . . . .</b>		<b>217</b>
<i>Bernhard Großfeld</i>		
A.	Einleitung. . . . .	217
B.	Rechtsmaterie . . . . .	218
C.	Internationale Rechnungslegung . . . . .	219
D.	International Financial Reporting Standards . . . . .	219
E.	Internationalität. . . . .	220
F.	Spracheinfluss . . . . .	221
G.	Börsenunabhängige Unternehmen . . . . .	223
H.	Übersetzung . . . . .	223
I.	Extensible Business Reporting Language . . . . .	224
J.	Wirkung. . . . .	224
K.	Unternehmensbewertung . . . . .	225
I.	Capital Asset Pricing-Model . . . . .	225
II.	Discounted Cash Flow-Verfahren . . . . .	226
III.	Internationales Bewertungsrecht . . . . .	226
L.	Internationales Gesellschaftsrecht . . . . .	226
M.	Internationales Bilanzrecht . . . . .	228
I.	Verhältnis zum Gesellschaftsstatut . . . . .	228
II.	Wandel zum Gründungsrecht. . . . .	228
III.	Kriterien. . . . .	229
IV.	Ausweitung . . . . .	229

N. Sprachmacht . . . . .	230
I. Wissenschaftssprache . . . . .	230
II. Sprachgeographie . . . . .	231
III. Neue „Namen“ . . . . .	231
IV. Muttersprache. . . . .	232
O. Jammern . . . . .	232
P. Europäischer Vorbehalt . . . . .	233
I. Europäisches Recht . . . . .	233
II. Ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild . . . . .	233
III. Wahrheitsgrundsatz . . . . .	234
IV. Deutsches Rechnungslegungs Standards Committee e. V. (DRSC) . . . . .	235
V. Capital Asset Pricing-Model . . . . .	236
Q. Heutige Sicht . . . . .	236
R. Ausblick. . . . .	237
S. Juristen . . . . .	237
T. Chancen. . . . .	238

**Internationales Rechnungslegungsrecht für den Mittelstand . . . . . 239**

*Andreas Möhlenkamp*

A. International: Na klar – aber wie? . . . . .	239
B. Hintergrund . . . . .	241
C. Kritik an IAS/IFRS/„Fair-Value“-Ansatz . . . . .	242
D. Eigenständiges europäisches Rechnungslegungskonzept für den Mittelstand . . . . .	244
E. Bürokratiekosten . . . . .	246
F. Geheimwettbewerb . . . . .	247
G. Politische Interessen . . . . .	248
H. Ausblick – Sandrock 2.0. . . . .	249

**Teil 4: Zusammenfassung der Ergebnisse**

**Das deutsche Wirtschaftsrecht unter dem Einfluss des US-amerikanischen Rechts – Zusammenschau eines vielschichtigen Phänomens – . . . . . 253**

*Gunther Kühne*

A. Der allgemeine Befund . . . . .	253
------------------------------------	-----

B. Struktureller Modernitätsrückstand als Rezeptionsgrund . . . . .	254
C. Internationalisierung und Globalisierung als Rezeptionsgrund . . . . .	255
D. Die Europäische Union als rezeptionsrelevanter Faktor . . . . .	257
I. Weitgehender Übergang der rechtlichen Gestaltungsmacht auf die EU. . . . .	257
II. Rezeption als Folge verfassungsrechtlicher Angleichung der EU an die USA . . . . .	258
III. Ökonomisierung als Rezeptionsfaktor . . . . .	258
IV. Intensivierung der Rechtsdurchsetzung und Sanktionsverschärfungen als Rezeptionsfaktor. . . . .	258
V. Rechts-, wirtschafts- und soziokulturelle Faktoren im Rahmen der Rezeption US-amerikanischen (Wirtschafts-)Rechts . . . . .	259
1. Rechts- und wirtschaftskulturelle Aspekte . . . . .	260
2. Soziokulturelle Faktoren . . . . .	261
E. Abwehr oder Kanalisierung der Rezeption? . . . . .	262
I. EU-Ebene – nationale (deutsche) Ebene . . . . .	262
II. Sachgesichtspunkte bei der Einstellung gegenüber der Rezeption US-amerikanischen Rechts . . . . .	263
F. Schlussbemerkungen . . . . .	265