

# 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>	31
<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>	49
<b>Die Rezeption des US-amerikanischen Kartellrechts im deutschen und europäischen Kartellrecht . . . . .</b>	49
<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 Alliierter 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 netz- gebundenen – 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 Kartell- rechtskultur . . . . .	59
II.	Kriminalisierung von Kartellverstößen . . . . .	60
III.	Kronzeugenregelungen, Bonus- und Leniency-Programme . . . . .	60
IV.	Die Verstärkung der Kartellrechtsdurchsetzung durch Private („private enforcement“) . . . . .	61
V.	Die Ökonomisierung des Kartellrechts („more economic approach“). .	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 („more economic approach“) im europäischen Kartellrecht . . . . .</b>		69
Petra Pohlmann		
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:</b>	<b>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:</b>	<b>Gelungene und unvermeidbare Rezeptionen</b>	
im Bank- und Kapitalmarktrecht in fünf Minuten. . . . .	91	
<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>		
Kapitalmarktrecht: Reform in Permanenz oder: zwischen Apollo 11 und dem kleinen Häwelmann: wohin geht die Reise? . . . . .		98

<b>3. Abschnitt: Internationale Vertragspraxis . . . . .</b>	<b>101</b>
<b>Hegemonie oder Symbiose: Zur Rezeption des US-amerikanischen Rechts in der Vertragspraxis des M&amp;A-Geschäfts . . . . .</b>	<b>101</b>
<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: Ein Diskussionsbeitrag . . . . .</b>	 <b>115</b>
<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>	 <b>117</b>
<b>Vom Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen zum optionalen Europäischen Vertragsrecht . . . . .</b>	<b>117</b>
<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

**Der Einfluss des US-amerikanischen Rechts auf das „kontinental“-europäische Vertragsrecht: US-amerikanische Vertragspraxis im DCFR? . . . . . 131  
Edoardo Ferrante**

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.</b>	<b>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.</b>	<b>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>		217
<b>Globale Rechnungslegung . . . . .</b>		217
<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
 <b>Internationales Rechnungslegungsrecht für den Mittelstand . . . . .</b>		<b>239</b>
<i>Andreas Möhlenkamp</i>		
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

<b>Das deutsche Wirtschaftsrecht unter dem Einfluss des US-amerikanischen Rechts – Zusammenschau eines vielschichtigen Phänomens – . . . . .</b>		<b>253</b>
<i>Gunther Kühne</i>		
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