

# Die Anerkennung ausländischer Gesellschaften im deutschen Gewerberecht

von  
Dr. Anita Schmitz-Witte

1. Auflage 2011

Die Anerkennung ausländischer Gesellschaften im deutschen Gewerberecht – Schmitz-Witte

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

Tectum 2011

Verlag C.H. Beck im Internet:

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

ISBN 978 3 8288 2760 8

## Gliederung

<b>Einleitung.....</b>	<b>47</b>
Gegenstand der Arbeit .....	47
Ziel der Arbeit.....	50
Gang der Untersuchung.....	50
<b>1. Kapitel: Das gewerberechtliche Instrumentarium zur Behandlung ausländischer Gesellschaften – Grundlagen und Bestandsaufnahme .....</b>	<b>53</b>
§ 1 Gewerbefreiheit und Gewerbeordnung .....	55
A Gewerberecht als Ordnungsrecht der Wirtschaft .....	55
B Historische Entwicklung des Gewerberechts.....	57
C Rechtsgrundlagen des Gewerberechts .....	61
I Gewerbeordnung und Spezialgesetze.....	61
II Vorgaben des Europäischen Gemeinschaftsrechts.....	63
1. Der Einfluss der Grundfreiheiten auf die Gewerbeordnung .....	64
2. Die Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie .....	65
D Grundsatz der Gewerbefreiheit.....	66
I Allgemeines .....	66
II Gewährleistungsdimension: Schutz des Zugangs zum Gewerbe .....	67
III Beschränkungen der Gewerbefreiheit .....	69
E Die Systematik der Gewerbeordnung .....	71
F Subjektive Gewerbefähigkeit .....	71
I Allgemeine Bedeutung.....	71
II Gewerbefähigkeit von Personenvereinigungen und juristischen Personen .....	72

III	Anwendbarkeit der GewO in Fällen mit Auslandsberührung .....	73
§ 2	Verhinderung der Betriebsfortsetzung ausländischer Gesellschaften gemäß § 15 Abs. 2 S. 2 GewO .....	74
A	Anwendungsbereich des § 15 Abs. 2 GewO.....	74
I	Ausländische Personengesellschaften .....	74
II	Kapitalgesellschaften.....	74
III	Abgrenzung Ausland/ Inland.....	75
B	Die Entstehungsgeschichte des § 15 Abs. 2 S. 2 GewO.....	76
I	Der Anwendungsbereich der §§ 12, 12 a GewO .....	77
II	Der Anwendungsbereich des § 15 Abs. 2 S. 2 GewO in der Zusammenschau mit §§ 12, 12a GewO a. F.....	79
C	Die Aufhebung der §§ 12, 12 a GewO a. F. ....	80
D	Auswirkungen der Aufhebung auf den Anwendungsbereich des § 15 Abs. 2 S. 2 GewO.....	81
E	Anknüpfung an das deutsche Internationale Gesellschaftsrecht: Das deutsche Gesellschaftskollisionsrecht .....	84
I	Der Begriff der Anerkennung im autonomen Kollisionsrecht.....	84
1.	Die Anerkennungsproblematik.....	85
a)	Anerkennung als fremdenrechtlicher Begriff .....	85
b)	Anerkennung als kollisionsrechtlicher Begriff.....	88
2.	Die Ermittlung des Gesellschaftsstatuts.....	89
II	Die vertretenen Anknüpfungstheorien .....	90
1.	Sitztheorie .....	90
2.	Gründungstheorie .....	92

3.	Vor- und Nachteile beider Anknüpfungstheorien .....	93
4.	Scheinauslandsgesellschaften und inländische Auslandsgesellschaften in Deutschland .....	95
III	Die Allgemeinen Verwaltungsvorschriften für die Anwendung des Gewerberechts auf Ausländer (AuslGewVwV) .....	96
F	Ordnungsgemäße Ermessensausübung.....	99
I	Anordnung einer Anpassung .....	99
II	Begründung eines tatsächlichen Verwaltungssitzes.....	99
G	Rechtsfolge nach § 15 Abs. 2 S. 1 GewO.....	100
§ 3	Die ursprüngliche Regelung des § 15 b GewO.....	102
A	Hintergrund der Einführung des § 15 b GewO ..	102
B	Hintergrund der Gesetzesänderung.....	103
§ 4	Gewerbeuntersagung gemäß § 35 GewO .....	104
A	Sperrwirkung des § 15 Abs. 2 GewO.....	104
B	Adressatenkreis der Untersagungsverfügung ....	106
I	Juristische Personen als Gewerbetreibende .....	106
II	Die sog. Strohmannverhältnisse .....	107
III	Die Scheinauslandsgesellschaft als Gewerbetreibende.....	108
IV	Vorgehen gegen die Hintermänner der Scheinauslandsgesellschaft .....	109
1.	Unzuverlässigkeit .....	109
2.	Gründung einer Scheinauslandsgesellschaft als Untersagungsgrund.....	110
§ 5	Zusammenfassung .....	111

<b>2.</b>	<b>Kapitel: Die Auswirkungen der EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit auf das deutsche Gewerberecht .....</b>	<b>113</b>
§ 6	Die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften .....	115
A	Konflikt zwischen Niederlassungsfreiheit und Sitztheorie .....	115
I	Einführung .....	115
II	Anerkennung und Bestimmung des tatsächlichen Sitzes .....	117
B	Die Urteile im einzelnen .....	119
I	Daily Mail .....	120
1.	Ausgangssachverhalt .....	120
2.	Die Entscheidung des EuGH und seine Begründung .....	121
3.	Zwischenergebnis .....	122
II	Centros .....	123
1.	Ausgangssachverhalt .....	123
2.	Die Entscheidung des EuGH und seine Begründung .....	124
3.	Zwischenergebnis .....	125
III	Überseering .....	126
1.	Ausgangssachverhalt .....	126
2.	Die Entscheidung des EuGH und seine Begründung .....	127
a)	Art. 43, 48 EGV als unmittelbarer Prüfungsmaßstab .....	128
(1)	Kein Rechtsetzungsvorbehalt der Mitgliedstaaten nach Art. 239 EGV .....	128
(2)	Keine Anwendbarkeit der Grundsätze der „Daily Mail“-Entscheidung .....	129

b)	Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch Entzug der Rechts- und Parteifähigkeit .....	129
c)	Keine Rechtfertigung der Beschränkung .....	131
d)	Anknüpfung an das Gründungsrecht .....	131
3.	Zwischenergebnis .....	132
IV	Inspire Art .....	132
1.	Ausgangssachverhalt .....	133
2.	Die Entscheidung des EuGH und seine Begründung.....	134
a)	Die Offenlegungspflichten der WFBV und die Vorgabe der Zweigniederlassungsrichtlinie .....	135
b)	Art. 43, 48 EGV als Prüfungsmaßstab für die weiteren Bestimmungen des WFBV .....	135
c)	Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch die vorgeschriebene Mindestkapitalisierung und daran anknüpfende Sanktionen .....	136
d)	Keine Rechtfertigung der Beschränkung .....	137
(1)	Gläubigerschutz .....	137
(2)	Missbrauch der Niederlassungsfreiheit .....	137
(3)	Erhaltung der Wirksamkeit der Steuerkontrollen sowie der Lauterkeit des Handelverkehrs.....	138
3.	Zwischenergebnis .....	138
V	Cartesio .....	139
1.	Ausgangssachverhalt .....	139
2.	Die Entscheidung des EuGH und seine Begründung.....	140
a)	Fortsetzung der „Daily Mail“-Rechtsprechung .....	140
b)	Beurteilung des Generalanwalts Maduro .....	141
3.	Zwischenergebnis .....	142

C	Zusammenfassung und Bewertung.....	142
§ 7	Auswirkungen der EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit .....	144
A	Meinungsstand in Schrifttum und Rechtsprechung zur endgültigen Aufgabe der Sitztheorie.....	145
B	Kollisionsrechtlicher Charakter der Niederlassungsfreiheit .....	145
C	Umsetzung der Vorgaben des EuGH durch die deutschen Gerichte .....	147
D	Auswirkungen auf § 15 Abs. 2 S. 2 GewO .....	150
I	Auflösung der Akzessorietät als Folge der Aufgabe der Sitztheorie .....	150
II	Verbleibendes Anwendungsfeld.....	152
1.	§ 15 Abs. 2 S. 2 GewO als Anknüpfungsnorm.....	152
a)	Ursprüngliche Lesart des § 15 Abs. 2 S. 2 GewO.....	153
b)	Verstoß gegen die Öffentliche Ordnung (ordre public-Vorbehalt).....	153
c)	Nationaler ordre public .....	154
(1)	Funktionsweise von Art. 6 EGBGB .....	155
(2)	Vereinbarkeit des ordre public mit Europarecht .....	156
2.	Zwischenergebnis .....	157
E	Auswirkungen auf § 35 GewO .....	157
I	Die Auslandsgesellschaft als Adressat der Untersagungsverfügung.....	158
II	Untersagungsverfügungen gegen den Hintermann als Strohmann .....	159
III	Gründe der Unzuverlässigkeit .....	160
1.	Gründung einer Scheinauslandsgesellschaft als Untersagungsgrund.....	160
2.	Untersagung wegen Missbrauch, Täuschung oder Betrugsabsicht .....	161

F	Verbleibender Anwendungsbereich der Sitztheorie durch Sonderanknüpfungen.....	162
I	Die Schutzproblematik.....	163
II	Vorgaben des EuGH zu Sonderanknüpfungen ..	164
III	Denkbare Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit .....	166
1.	Rechtfertigung der Beschränkung der Niederlassungsfreiheit .....	166
a)	Keine Diskriminierung .....	167
b)	Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit.....	167
c)	Zwingende Gründe des Allgemeininteresses .....	169
d)	Gebot der Verhältnismäßigkeit .....	170
(1)	Geeignetheit der Maßnahme.....	170
(2)	Erforderlichkeit der Maßnahme .....	170
(a)	Das sog. Informationsmodell.....	171
(b)	Schutz durch Gründungsrecht .....	172
(c)	Milderes Mittel des Sitzstaates .....	174
(d)	Freiwillige Schutzmaßnahmen .....	174
(e)	Normenmangel .....	174
2.	Missbrauch der Niederlassungsfreiheit oder Betrug .....	175
a)	Tatbestand oder Rechtfertigung.....	176
b)	Verhinderung des Missbrauchs als legitime Beschränkung.....	177
c)	Anforderungen an eine missbräuchliche Berufung auf die Niederlassungsfreiheit.....	177
d)	Denkbare Missbrauchsfälle .....	178
(1)	Existenzvernichtungshaftung .....	178
(2)	Umgehung der Mindestkapitalvorschriften.....	179
(3)	Umgehung eines Gewerbeverbots gemäß § 35 GewO .....	179



e)	Bisher ergangene Rechtsprechung deutscher Gerichte zum Missbrauch der Niederlassungsfreiheit .....	181
(1)	Ablehnung der Eintragung in das Handelsregister bei bestehendem Gewerbeverbot .....	181
a)	Der zugrunde liegende Sachverhalt .....	181
b)	Die Entscheidungsgründe des BGH .....	182
(2)	Ablehnung der Eintragung Mangels Nachweis der Vertretungsbefugnis .....	184
f)	Folgen für die Praxis .....	185
IV	Die Behandlung des Wegzugs ausländischer Gesellschaften .....	187
1.	Verlegung einer nach ausländischem Recht gegründeten Gesellschaft nach Deutschland .....	188
a)	Die Wegzugsbeschränkungen .....	188
b)	Auswirkungen der EuGH-Rechtsprechung zum Wegzug von Gesellschaften .....	189
c)	Bewertung der unterschiedlichen Behandlung von Wegzugs- und Zuzugsfällen .....	189
2.	Wegzug aus Deutschland - das MoMiG .....	191
3.	Zwischenergebnis .....	192
G	Rechtsfolge für das deutsche Gewerbeberecht.....	192
§ 8	Zusammenfassung .....	193
<b>3.</b>	<b>Kapitel: Die Behandlung ausländischer Gesellschaften aus Drittstaaten .....</b>	<b>197</b>
§ 9	Anwendung des § 15 Abs. 2 S. 2 GewO auf ausländische Gesellschaften aus Drittstaaten .....	199
A	Fortgeltung der Sitztheorie für Gesellschaften aus Nicht-EU-Mitgliedstaaten .....	199
B	Sonderregeln für Gesellschaften aus Staaten des Europäischen Wirtschaftsraumes (EWR).....	201

I	Die Übertragung der Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit .....	201
II	Die Entscheidung des OLG Frankfurt zur Anerkennung einer liechtensteinischen AG.....	203
III	Rechtsfolge .....	203
C	Anerkennungsverpflichtung aufgrund völkerrechtlicher Verträge.....	204
I	Völkergewohnheitsrecht.....	204
II	Völkerrechtliche Verträge.....	205
D	Sonderregeln für Gesellschaften aus Drittstaaten aufgrund von bilateralen Staatsverträgen .....	206
I	Der Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika .....	207
1.	Art. XXV Abs. 5 S. 2 des FHSV als ausdrückliche Kollisionsnorm .....	207
a)	Besonderer Zulassungsakt .....	208
b)	Anerkennung als kollisionsrechtlicher Begriff.....	208
c)	Anerkennung als fremdenrechtlicher Begriff .....	209
d)	Bewertung .....	209
2.	Die BGH-Rechtsprechung zur Anerkennung amerikanischer Gesellschaften in Deutschland.....	210
3.	Anerkennungsverpflichtung aufgrund von Meistbegünstigungsklauseln .....	213
a)	Konkrete Regelung als lex specialis .....	214
b)	Vertragliche Festlegung der Gründungstheorie .....	214
4.	Voraussetzungen der Anerkennung.....	214
5.	Schranken der Anerkennung.....	215

a)	Ordre public als Anerkennungsvoraussetzung .....	215
b)	Genuine Link als Anerkennungsvoraussetzung .....	217
(1)	Die instanzgerichtliche Rechtsprechung zum genuine link .....	218
(2)	Die Ansicht des BGH .....	218
(3)	Bewertung eines genuine link- Erfordernisses .....	220
6.	Rechtsfolgen der Anerkennung.....	221
II	Der Deutsch-spanische Niederlassungsvertrag .....	222
III	Weitere bilaterale Staatsverträge mit ausdrücklichen Kollisionsnormen .....	223
1.	Anerkennung von Gesellschaften aufgrund von Freundschafts- und Niederlassungsabkommen.....	224
2.	Anerkennung von Gesellschaften aufgrund von bilateralen Kapitalanlage- und Kapitalschutzabkommen.....	224
3.	Die Verträge im Einzelnen .....	225
a)	Der Gründungstheorie folgend .....	225
b)	Verträge mit modifizierten Anknüpfungskriterien .....	226
c)	Einseitige Gründungstheorie .....	226
d)	Der Sitztheorie folgend .....	231
E	Anerkennungsverpflichtung aufgrund des GATS.....	240
I	Allgemeine Pflicht zur Meistbegünstigung .....	240
II	Begriffsbestimmung der juristischen Person gemäß Art. XXVIII (m) GATS .....	240
III	Die Verwerfung der Sitztheorie als Produkt der richterlichen Rechtsfortbildung.....	241
IV	Rechtsfolge.....	243
F	Nicht privilegierte Staaten.....	243

I	Das Jersey-Urteil des BGH .....	244
1.	Der zugrunde liegende Sachverhalt .....	244
2.	Die modifizierte Sitztheorie als Lösungsansatz des BGH .....	244
3.	Folgen der Umqualifizierung .....	246
II	Die Folgeentscheidung „Isle of Man“ .....	246
III	Die Entscheidung „Trabrennbahn“ .....	247
1.	Ausgangsentscheidung der OLG Hamm.....	247
2.	Entscheidung des BGH.....	248
IV	Rechtsfolge für § 15 Abs. 2 S. 2 GewO.....	248
§ 10	Ausblick .....	249
A	Das Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) .....	250
B	Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen .....	252
I	Hintergrund und wesentliche Inhalte der Neuregelung .....	252
II	Bewertung der geplanten Kodifizierung .....	253
§ 11	Zusammenfassung .....	255
<b>4.</b>	<b>Kapitel : Anerkennung ausländischer Gesellschaften in Europa – ein Rechtsvergleich mit anderen EU-Mitgliedstaaten.....</b>	<b>257</b>
§ 12	Exkurs: Die Anerkennung ausländischer Gesellschaften in anderen Mitgliedstaaten.....	259
A	Mitgliedstaaten, die der Sitztheorie folgen.....	259
I	Belgien .....	259
II	Luxemburg.....	259
III	Frankreich .....	259
IV	Österreich .....	260
V	Portugal .....	264
VI	Spanien .....	264

VII	Griechenland .....	265
VIII	Polen.....	265
IX	Ungarn.....	265
B	Mitgliedstaaten, die der Gründungstheorie folgen .....	266
I	Vereinigtes Königreich.....	266
II	Niederlande .....	267
III	Dänemark.....	267
IV	Italien .....	267
V	Die neuen Mitgliedsstaaten.....	268
<b>Schlussbetrachtung .....</b>		<b>269</b>