

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	7
Abkürzungsverzeichnis .....	23
Einleitung .....	27
Ziel und Gang der Untersuchung .....	31
Erster Teil: Grundgesetz und Allgemeines Völkerrecht .....	33
§ 1: Berufung auf das Grundgesetz .....	33
§ 2: Allgemeines Völkerrecht .....	37
Zweiter Teil: Anwendung der Gründungstheorie auf Auslandsgesellschaften aufgrund Europarecht und Staatsverträgen .....	39
§ 1: Einleitung .....	39
§ 2: Kollisionsrechtliche Behandlung von EU- Gesellschaften .....	39
A. Europarechtlicher Hintergrund .....	40
I. Überblick .....	40
II. Diskussion zur Vereinbarkeit der Sitztheorie mit der Niederlassungsfreiheit im AEUV .....	41
III. Frage der Rechtfertigung .....	46
B. Derzeitiger Stand der BGH-Rechtsprechung gegenüber EU- Gesellschaften .....	49
§ 3: Kollisionsrechtliche Behandlung von US-Gesellschaften .....	51
A. Der damalige Streitstand .....	52
B. Die Entscheidungen des BGH .....	54
I. Die „Florida“-Entscheidung des BGH vom 29.1.2003.....	54
II. Die „Delaware“-Entscheidung des BGH vom 5.7.2004....	56
III. Die „GEDIOS“-Entscheidung des BGH vom 13.11.2004.	57
C. Derzeitiger Stand der BGH-Rechtsprechung gegenüber US- Gesellschaften .....	58
§ 4: Kollisionsrechtliche Behandlung von Gesellschaften aus EFTA- Mitgliedsstaaten .....	59
A. Hintergrund .....	59

B.	Das Urteil des BGH vom 19.9.2005 .....	61
C.	Derzeitiger Stand der BGH-Rechtsprechung gegenüber EWR-Gesellschaften.....	62
D.	Verpflichtungen gegenüber schweizerischen Gesellschaften....	63
I.	Rechtsprechung zur Anerkennung schweizerischer Gesellschaften .....	63
II.	Stellungnahme .....	65
III.	Ergebnis.....	68
<b>Dritter Teil: Auswirkungen von in völkerrechtlichen Verträgen enthaltenen Definitions- und Niederlassungsvorschriften auf das deutsche Kollisionsrecht</b>		<b>71</b>
§ 1:	Überblick .....	71
§ 2:	Die zu untersuchenden Verträge .....	71
A.	Das Assoziierungsabkommen EG-Chile .....	72
B.	Der Deutsch-Amerikanische Freundschaftsvertrag und der Handels- und Schifffahrtsvertrag zwischen dem Deutschen Reich und Japan .....	74
C.	Das GATS .....	75
I.	Dienstleistungsbegriff im GATS umfasst auch Niederlassungsfreiheit.....	75
II.	Begünstigte Gesellschaften .....	75
III.	Allgemeine und spezifische Verpflichtungen.....	77
§ 3:	Definitionsnormen als Kollisionsnormen.....	78
A.	Definitionsvorschriften ohne Bezugnahme auf Anerkennungsfragen .....	78
B.	Definitionsvorschriften mit Bezugnahme auf Anerkennungsfragen .....	80
I.	Definitionsnormen, aus denen die Gründungstheorie folgt .....	80
II.	Definitionsnormen, aus denen keine Gründungstheorie folgt .....	81
C.	Ergebnis .....	83

§ 4:	Übertragbarkeit der <i>Überseering</i> -Grundsätze auf Niederlassungsvorschriften in völkerrechtlichen Verträgen .....	83
A.	Überblick .....	84
B.	Ähnliche Formulierung allein genügt nicht für eine Ausweitung der Überseering-Grundsätze .....	86
I.	Ansatzpunkt für eine Übertragung der Auslegung .....	86
II.	Die Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung von Assoziierungsabkommen .....	88
1.	Rechtssachen Polydor und RSO .....	89
a)	Sachverhalt Polydor und RSO .....	90
b)	Lösung des EuGH .....	90
2.	Rechtssache Kupferberg .....	92
3.	Rechtssachen Barkoci/Malik, Konova und Gloszcduk .....	93
III.	Analyse der EuGH-Rechtsprechung .....	94
IV.	Konsequenzen für die Übertragbarkeit der Rechtsprechung .....	95
V.	Ergebnis .....	96
1.	Ergebnis bezüglich des Assoziierungsabkommens EG-Chile .....	97
2.	Bedeutung für die Auslegung des Deutsch-Amerikanischen Freundschaftsvertrags und des GATS .....	97
C.	Eigenständige Verpflichtung aus Inländerbehandlung .....	98
I.	Überblick .....	98
II.	Inländerbehandlungsklauseln sind Diskriminierungsverbote .....	99
III.	Untersuchung der Sitztheorie auf ihre diskriminierende Wirkung .....	100
1.	Maßgeblichkeit der EuGH-Rechtsprechung .....	100
2.	System der Diskriminierung und Beschränkung in der Rechtsprechung des EuGH .....	102

a) Übersicht über die verschiedenen Diskriminierungsarten .....	102
b) Keine einheitliche Systematik in der Rechtsprechung des EuGH .....	104
IV. Einordnung der Sitztheorie.....	105
1. Sitztheorie nicht tatbestandlich diskriminierend .....	106
2. Sitztheorie faktisch diskriminierend? .....	106
a) Sitztheorie als Anerkennungsfall ausländischer Qualifikationen .....	107
b) Einordnung der Anerkennungsfälle als diskriminierend oder beschränkend.....	108
aa) Fehlen eines klaren Abgrenzungskriteriums in der Rechtsprechung .....	108
bb) Unterscheidung zwischen Marktgleichheit und Marktfreiheit als Abgrenzungskriterium der Literatur.....	109
c) Sitztheorie als Marktzugangshindernis.....	110
aa) Unterschied zwischen der Sitztheorie und anderen Anerkennungsfällen.....	110
bb) Kritik an der Einordnung der Sitztheorie als faktisch diskriminierend .....	111
cc) EuGH bestätigt in Überseering Einordnung als Marktzugangsbeschränkung .....	112
d) Keine Erweiterung des tertium comparationis durch die Überseering-Rechtsprechung.....	113
3. Ergebnis.....	114
V. Konsequenz .....	114
D. Eigener Ansatz: Recht auf Zuzug als Ausfluss des effet utile des Gemeinschaftsrechts.....	115
I. Kritik am bisherigen Ansatz.....	115
1. Unterscheidung zwischen Niederlassung und Niederlassungsvorgang.....	116
2. Sitztheorie betrifft Niederlassungsvorgang.....	117

3.	Rückschlüsse für die weitere Untersuchung .....	118
II.	Dogmatik des EuGH im Hinblick auf den Niederlassungsvorgang natürlicher Personen .....	119
1.	Darstellung der einschlägigen Fälle .....	119
a)	EuGH, Rs. C-48/75, Slg. 1976, 497 – Royer.....	119
b)	EuGH, Rs. C-363/89, Slg. 1991, I- 273 – Roux...	120
c)	EuGH-Rechtsprechung zu den Europa- abkommen.....	120
2.	Analyse .....	121
a)	Einreiserecht unabhängig vom Vorliegen einer Diskriminierung.....	121
b)	Einreiserecht folgt aufgrund des <i>effet utile</i> als Nebenrecht zur Niederlassungsfreiheit.....	122
3.	Ergebnis und weiteres Vorgehen.....	124
III.	Übertragung der Einreisedogmatik auf juristische Personen in Überseering.....	125
1.	Gesellschaften als natürlichen Personen gleich- stehende Niederlassungssubjekte .....	125
2.	Unterscheidung zwischen Niederlassung und Niederlassungsvorgang.....	126
3.	Verpflichtung zur Anerkennung der Rechtsfähig- keit folgt aus <i>effet utile</i> des Gemeinschaftsrechts .....	126
4.	Unterstützende Argumente.....	127
a)	Loslösung der Zuzugsproblematik von Gleichheitsfragen .....	128
b)	„Negierung“ der Niederlassungsfreiheit.....	128
aa)	Verwendung des Begriffs der Negierung in der Rechtssache Roux .....	128
bb)	Das hinter der Negierung stehende Konzept .....	129
cc)	Ergebnis.....	130
c)	Auflösung der kollisionsrechtlichen Problematik	130

IV. Folgen für die Übertragbarkeit der EuGH-Rechtsprechung auf die zu untersuchenden völkerrechtlichen Verträge .....	131
1. Vorüberlegungen .....	132
a) Unterschied zwischen natürlichen und juristischen Personen .....	132
b) Präzisierung der <i>effet utile</i> Überlegung .....	133
2. Das Assoziierungsabkommen EG-Chile .....	134
a) Der Begriff der Niederlassung in Art. 131 lit. d) EG-Chile .....	134
b) Wortlaut und Systematik .....	134
c) Auslegung im Lichte der Vertragsziele .....	135
aa) Verbesserung des Investitionsklimas .....	135
bb) Berücksichtigung des Harmonisierungsgrades .....	136
d) Ergebnis zur Niederlassungsfreiheit Assoziierungsabkommen EG-Chile.....	137
3. Der Deutsch-Amerikanische Freundschaftsvertrag ..	138
a) Auslegung der Niederlassungsfreiheit im Deutsch-Amerikanischen Freundschaftsvertrag...	139
aa) Wortlaut.....	139
bb) Systematik .....	140
cc) Keine Verpflichtung zur Anerkennung aus Gründen des <i>effet utile</i> .....	141
b) Zusammenfassung und Ergebnis .....	142
4. Das GATS.....	143
a) Definition der Niederlassungsfreiheit im GATS..	143
b) Auslegung .....	144
aa) Wortlaut.....	144
bb) Systematik .....	144
cc) Ziel und Zweck.....	145
dd) Historischer Hintergrund.....	145

c) Ergebnis der Auslegung.....	147
d) Besonderheit des GATS: Gewährung von Marktzugang .....	147
aa) Literaturansicht.....	147
bb) Stellungnahme .....	148
cc) Ergebnis.....	148
V. Ergebnis: Keine Übertragung der Überseering-Recht- sprechung aufgrund Inländerbehandlungsklauseln.....	148
<b>Vierter Teil: Sitztheorie und Meistbegünstigung.....</b>	<b>151</b>
§ 1: Einleitung.....	151
A. Überblick.....	151
B. Ziel und Gang der Untersuchung.....	152
§ 2: Meistbegünstigung im Völkerrecht.....	153
A. Geschichtliche Entwicklung .....	153
B. Begriff der Meistbegünstigung .....	155
I. Der ILC-Entwurf zur Meistbegünstigung .....	155
II. Definition von Meistbegünstigungsklausel und Meistbegünstigung .....	156
III. Bedingte und unbedingte Meistbegünstigung.....	157
IV. „Allgemeine“ und „spezielle“ Meistbegünstigung .....	158
C. Umfang der Meistbegünstigung.....	159
I. „Not less favourable than treatment“ .....	159
II. Vertragsverhältnisse .....	159
III. „Free Ride Effect“ .....	160
IV. Meistbegünstigung als Diskriminierungsverbot .....	161
V. Begünstigter Sach- und Personenkreis.....	162
D. Die Reichweite der Meistbegünstigung im Einzelnen .....	163
I. Potentielle Reichweite der Meistbegünstigung.....	163
II. Tatsächliche Reichweite der Meistbegünstigung.....	165
1. Weitergabe nur unter Voraussetzung der Ver- gleichbarkeit .....	166

2. Problematik der Bestimmung der „Gleichheit“ .....	167
III. Ausnahmen zur Meistbegünstigung .....	169
E. Rückschlüsse auf die Auslegung der Meistbegünstigung .....	170
I. Sondierung der Vergleichsmaterie .....	171
II. Sondierung des Vergleichsmaßstabs.....	171
§ 3: Verpflichtungen aus der Meistbegünstigung im GATS .....	172
A. Überblick.....	172
B. Die Meistbegünstigungsklausel im GATS .....	173
I. Umfang der Meistbegünstigungsklausel im GATS .....	173
II. Von der Meistbegünstigung begünstigte Gesellschaften.	175
III. Ausnahmen zur Meistbegünstigung .....	176
1. Länderspezifische Ausnahmen (Art. II Abs. 2 GATS) .....	176
2. Ausnahme der wirtschaftlichen Integration, Art. V GATS.....	176
a) Voraussetzungen für eine wirtschaftliche Integration .....	177
b) Festlegung erweiterter Voraussetzungen durch die WTO-Streitbeilegungsorgane .....	178
3. Weitere Ausnahmen .....	179
C. Pflicht zur Weitergabe von EU-Gesellschaften gewährten Vergünstigungen.....	179
I. Günstigere Behandlung von EU-Auslandsgesell- schaften.....	179
II. Nur die Ursache für die günstige Behandlung ist Gegenstand der Meistbegünstigung .....	180
III. Weitergabe von Niederlassungsverpflichtungen unter dem GATS.....	181
1. Meistbegünstigung im GATS umfasst auch Nieder- lassungsfreiheit .....	181
2. Rechtsprechungsentwicklung in der EU kein Weitergabehindernis.....	182

3. Anwendung der Gründungstheorie gegenüber EU-Gesellschaften als Folge wirtschaftlicher Integration.....	182
a) Gemeinschaftsrecht als wirtschaftliches Integrationsabkommen.....	183
b) Sonstige Voraussetzungen .....	184
c) Ergebnis .....	184
4. Würdigung .....	184
IV. Ergebnis.....	186
D. Pflicht zur Weitergabe von EWR-Gesellschaften gewährten Vergünstigungen.....	186
I. Privilegierung von EWR-Gesellschaften folgt gleichen Kriterien wie Privilegierung von EU-Gesellschaften .....	186
II. EWR-Abkommen als Abkommen zur wirtschaftlichen Integration .....	187
E. Pflicht zur Weitergabe von US-Gesellschaften gewährten Vergünstigungen.....	187
I. Überblick .....	188
II. Verlangt Meistbegünstigung im GATS auch Weitergabe kollisionsrechtlicher Vorteile?.....	189
1. Auslegungskompetenz im GATS .....	191
a) Auslegung durch die WTO-Streitbeilegungsorgane.....	191
aa) Das WTO-Streitbeilegungsverfahren.....	192
bb) Stellungnahme .....	193
b) Auslegungszuständigkeit hinsichtlich des GATS vor nationalen Gerichten .....	194
aa) Bestimmung der ausschlaggebenden Rechtsordnung.....	195
bb) Geteilte Zuständigkeit im GATS .....	197
cc) Ergebnis zur Auslegungszuständigkeit.....	199
c) Unmittelbare Anwendbarkeit des Art. II Abs. 1 GATS nach deutschem Recht.....	199

d) Folgen für die Auslegung des GATS .....	200
III. Überblick über die Auslegung der Meistbegünstigung in WTO-Streitbeilegungsverfahren .....	201
1. Kein Ausschluss a priori kollisionsrechtlicher Fragen im GATS .....	202
2. Unterschiedliche Behandlung allein indiziert noch keinen Meistbegünstigungseffekt.....	203
3. Folgerung für die weitere Vorgehensweise.....	204
IV. Sitztheorie als „den Handel mit Dienstleistungen beeinträchtigende Maßnahme“ eines Mitglieds.....	205
1. Sitztheorie als Maßnahme im Sinne des GATS .....	205
2. Handel mit Dienstleistungen .....	206
3. Problemstellung der „Beeinträchtigung“.....	207
V. Auslegung des Begriffs der „Beeinträchtigung“.....	208
1. Beschreibung der relevanten Fälle .....	208
2. Die wesentlichen Argumente und deren Über- tragung auf die vorliegende Frage.....	209
a) Argumentation EG und Kanada.....	210
b) Übertragung der Argumente auf den Fall der Sitztheorie .....	211
c) Entscheidung des Panel und des Appellate Body in EC-Bananas und des Panel in Canada-Autos...	212
d) Übertragung der Argumente auf den Fall der Sitztheorie .....	214
e) Der Appellate Body in Canada-Autos .....	215
f) Übertragung der Argumente auf den Fall der Sitztheorie .....	216
3. Analyse .....	217
a) Auslegung des Panel und des Appellate Body in EC-Bananas und des Panel in Canada-Autos spricht für Einbezug kollisionsrechtlicher Maß- nahmen.....	217

b) Im Bezug auf das GATT ergangene Auslegung auch auf Ausschluss kollisionsrechtlicher Maßnahmen übertragbar .....	218
c) Für eine einschränkende Auslegung sprechende Argumente .....	219
VI. Würdigung.....	221
VII. Ergebnis zur Weitergabe kollisionsrechtlicher Vorteile ..	223
F. Ergebnis .....	224
§ 4: Verpflichtung aus der Meistbegünstigung im Handels- und Schifffahrtsvertrag zwischen dem deutschen Reich und Japan .....	224
A. Überblick.....	224
B. Grundvoraussetzungen für einen Meistbegünstigungseffekt ...	225
I. Vertrag spricht in Art. XIII kollisionsrechtliche Fragen an .....	225
II. Sitztheorie als lex specialis zu einer Meistbegünstigung.	226
1. Sitztheorie als Minimalstandard .....	226
2. Anspruch auf Weitergabe kollisionsrechtlicher Vergünstigungen.....	227
a) Ansicht Rehms .....	227
b) Stellungnahme .....	227
III. Zusammenfassung und weiteres Vorgehen.....	228
C. In Frage kommende Meistbegünstigungsklauseln .....	229
I. Die Meistbegünstigungsklausel in Art. XIII Abs. 2 Deutsch-Japanischer Handelsvertrag .....	229
1. Auslegung.....	229
2. Ergebnis .....	230
II. Die Meistbegünstigungsklausel in Art. XXII Deutsch-Japanischer Handelsvertrag.....	230
1. Gesellschaften vom Meistbegünstigungseffekt erfasst? .....	231
a) Auslegung des Begriffs „Angehörige“ .....	231

aa)	Systematik spricht gegen den Einbezug juristischer Personen .....	231
bb)	Dynamische Auslegung .....	232
cc)	Interpretation im Lichte der Vertragsziele ...	233
b)	Würdigung .....	234
c)	Ergebnis .....	234
2.	Sonstige Voraussetzungen.....	234
a)	Vergleichsmaßstab.....	234
b)	Kollisionsrecht von Meistbegünstigungsklausel mit erfasst.....	235
c)	Begünstigte Gesellschaften.....	235
d)	Unmittelbare Anwendbarkeit.....	235
3.	Folgerung.....	236
D.	Ergebnis .....	236
§ 5:	Verpflichtung aus der Meistbegünstigung im Deutsch-Chinesischen Investitionsschutzabkommen.....	236
A.	Überblick.....	236
B.	Gesellschaftskollisionsrechtlicher Gehalt des Deutsch-Chinesischen BIT .....	237
C.	Meistbegünstigung im Deutsch-Chinesischen BIT .....	238
I.	Die Meistbegünstigungsklausel in Art. 3 Abs. 3 Deutsch-Chinesisches BIT .....	238
1.	Meistbegünstigung bezieht Investor nicht mit ein ....	238
2.	Auslandsniederlassung als ausländische Direktinvestition .....	239
II.	Die Meistbegünstigungsklausel in Art. 4 Abs. 3 Deutsch-Chinesisches BIT .....	239
III.	Auslegung des Vertrages im Lichte der Vertragsziele ...	240
IV.	Einfluss von ICSID-Schiedsverfahren .....	241
1.	Die den Entscheidungen zugrunde liegende Problematik.....	241
2.	Würdigung .....	243

D.	Ergebnis .....	244
§ 6:	Gesamtergebnis zum Vierten Teil.....	244
	A. Gleichbehandlung mit US-Gesellschaften.....	245
	B. Meistbegünstigung in Bezug auf EU- und EWR-Gesellschaften .....	245
	Fünfter Teil: Vereinbarkeit der Sitztheorie mit der EMRK.....	247
§ 1:	Verpflichtungen aus der EMRK.....	247
	A. Verlauf der bisherigen Diskussion.....	247
	I. Das Urteil der französischen Cour de Cassation.....	248
	II. Auswirkungen des Urteils .....	249
	B. Die Entscheidung des BGH vom 27. Oktober 2008.....	252
	C. Bewertung .....	252
§ 2:	Ergebnis .....	256
	Sechster Teil: Ausblick .....	257
§ 1:	Einleitung.....	257
§ 2:	Zielsetzung der Sitztheorie .....	257
§ 3:	An der Sitztheorie geübte Kritik .....	258
§ 4:	Würdigung .....	260
	A. Kritik an Kritikpunkten.....	260
	B. Sitztheorie nur effizient, wenn Abschreckung greift.....	261
	C. Verlust des Abschreckungspotentials in Folge Überseering ....	262
	D. Sitztheorie sollte aufgegeben werden .....	264
§ 5:	Zusammenfassung und Ergebnis .....	266
	Literaturverzeichnis.....	269