

Sonderdruck

Die Staatszugehörigkeit juristischer Personen

von

Andreas Kley-Struller

Die Staatszugehörigkeit juristischer Personen¹

von

ANDREAS KLEY-STRULLER*

Inhaltsübersicht

- I. Einführung
 - II. Rechtsstellung der ausländischen juristischen Personen in der schweizerischen Rechtsordnung
 - 1. Theorien des zutreffenden Personalstatuts
 - a) Allgemeines
 - b) Inkorporations- oder Gründungstheorie
 - c) Sitztheorie
 - 2. Das Personalstatut nach schweizerischem IPR
 - a) Der Grundsatz des Art. 154 IPRG
 - b) Lugano-Übereinkommen
 - c) Zur «Anerkennung» ausländischer juristischer Personen
 - III. Öffentlich-rechtliche Vorschriften über die Staatszugehörigkeit juristischer Personen
 - 1. Staatsan- oder -Zugehörigkeit juristischer Personen?
 - 2. Bestimmung der Staatszugehörigkeit durch die Kontrolltheorie
 - 3. Einzelne wichtige Bereiche
 - a) Diplomatischer Schutz
 - b) Grundstückserwerb durch Personen im Ausland
 - c) Bankengesetzgebung
 - 4. Weitere Vorschriften
 - 5. Zwischenbilanz
 - a) Vielgestaltigkeit der Kontrolltheorie
 - b) Bestimmung der Staatszugehörigkeit im Einzelfall
 - c) Beispiel: die Handels- und Gewerbefreiheit ausländischer juristischer Personen
 - IV. Exkurs: Die Niederlassungsfreiheit der juristischen Personen in der EG
 - 1. Zweck von Art. 58 EWGV
 - 2. Die Verwirklichung des Niederlassungsrechtes für juristische Personen
 - a) Allgemeines
 - b) Sitzverlegung
 - c) Zweigstellen und Tochtergesellschaften
 - 3. Bedeutung von Art. 58 EWGV für die Schweiz
 - V. Zusammenfassung und Ausblick
- Literaturverzeichnis

* Dr. rer. publ., Rechtsanwalt, St. Gallen.

¹ Den Herren Professoren DR. Y. HANGARTNER und DR. I. SCHWANDER danke ich für die kritische Durchsicht dieses Beitrages und für wertvolle Anregungen.

I. Einführung

1. Es stellt sich zunächst die grundsätzliche Frage, wie die schweizerische Rechtsordnung die ausländischen juristischen Personen, Personengesellschaften und weitere Vermögenseinheiten behandelt. Sind diese Gebilde auch in der Schweiz rechtsfähig, handlungsfähig und können sie z. B. betreiben, klagen, Beschwerde und Rekurs erheben? Mit diesem Problemkreis befassen sich das internationale Privatrecht (IPR), die dadurch bezeichnete und damit anwendbare Rechtsordnung sowie das Prozessrecht in den fraglichen Materien.

2. Wenn ausländische juristische Personen, Personengesellschaften und weitere Vermögenseinheiten in der schweizerischen Rechtsordnung rechtsbeständig bleiben, so müssen in bestimmten Rechtsgebieten schweizerische von ausländischen juristischen Personen² unterschieden werden können. Mit diesen Unterscheidungskriterien beschäftigen sich die verschiedenen Lehren von der *Staatszugehörigkeit* der juristischen Person. Es ist bemerkenswert, dass sich die neuere Literatur nur mit einzelnen Teilproblemen befasst hat³; eine allgemeine Darstellung fehlt jedoch. Im Rahmen dieses Aufsatzes können indessen nur einzelne, wichtige Gesichtspunkte erläutert werden.

3. Die Problemlage lässt sich am Beispiel der Handels- und Gewerbefreiheit illustrieren. Die Handels- und Gewerbefreiheit des Art. 31 BV steht natürlichen und juristischen Personen zu. Allerdings können sich Ausländer und ausländische juristische Personen nur beschränkt auf die Handels- und Gewerbefreiheit berufen⁴. Eine ausländische juristische Person kann nur dann von der Handels- und Gewerbefreiheit effektiv Gebrauch machen, wenn sie in der schweizerischen Rechtsordnung

² Die Abhandlung befasst sich vorwiegend mit den juristischen Personen. Es wäre im einzelnen abzuklären, wieweit diese Regelungen auch für Personengesellschaften, nach ausländischem Recht gegründete Stiftungen und weitere Vermögenseinheiten ohne Rechtspersönlichkeit gelten. In einzelnen Materien müssen auch Personengesellschaften und Vermögenseinheiten ohne Rechtspersönlichkeit einem bestimmten Staat zugeordnet werden, was MANN 274 übersieht. Vgl. zur schwindenden Bedeutung der Rechtspersönlichkeit: SCHWANDER 39, 29 f.

³ Die Bestimmung der Staatszugehörigkeit spielt namentlich beim diplomatischen Schutz der juristischen Personen eine grosse Rolle (vgl. REYMOND 146; MANN 271 f. mit weiteren Beispielen); dazu sind etliche Beiträge erschienen: vgl. N. 29, Anm. 62. Ansonsten hat sich die staatsrechtliche Literatur kaum damit befasst, vgl. aber Anm. 137.

⁴ Vgl. N. 62.

rechtsbeständig bleibt. Da aber die Handels- und Gewerbefreiheit den ausländischen juristischen Personen in gewissen Bereichen beschränkt oder gar nicht zusteht, müssen schweizerische von ausländischen juristischen Personen unterschieden werden⁵.

4. Das internationale Privatrecht spielt in Bezug auf diese Unterscheidung eine doppelt wichtige Rolle. Zunächst entscheidet es generell über die Rechtsbeständigkeit der ausländischen juristischen Personen, was selbstverständlich auch in öffentlich-rechtlichen Belangen bedeutsam ist. Besteht nämlich die juristische Person nach der internationalprivatrechtlichen Regelung nicht, so stellt sich die Frage nach ihrem schweizerischen oder ausländischen Charakter ebenfalls nicht⁶. Sodann liefert das IPR beim analogen Problem des zutreffenden Personalstatuts verschiedene Theorien, die für die Bestimmung der «Staatsangehörigkeit» der juristischen Person herangezogen werden können.

5. Da das Völkerrecht keine allgemeinverbindlichen Regeln zur Bestimmung der «Staatsangehörigkeit» der juristischen Personen statuiert, richtet sich diese nach dem Recht desjenigen Staates, dessen Zugehörigkeit in Frage steht. Die Staaten sind also frei, das Problem nach ihrem Ermessen zu lösen. Sie dürfen jedoch keine willkürlichen Regelungen treffen⁷, sondern müssen sachgerechte Anknüpfungspunkte im Sinne einer der grundlegenden Theorien⁸ heranziehen. Vereinzelt bestehen allerdings bilaterale Staatsverträge, die eine derartige Regelung der Zugehörigkeit juristischer Personen vornehmen⁹.

⁵ Vgl. N. 23. Diese Frage hat vor allem seit dem ersten Weltkrieg eine grosse Bedeutung, weil die kriegführenden Staaten in ihrem Feindhandelsrecht diese Unterscheidung vornahmen: vgl. MAMELOK, MARTIN-ACHARD, RÜEGGER und STEIGER. Vgl. eingehend zu den älteren Autoren CHEDID 34 f. m. w. H.

⁶ Verfahrensrechtlich ist allerdings zu beachten, dass z. B. in einem Verwaltungsverfahren, in dem es materielrechtlich u. a. um die «Staatsangehörigkeit» einer juristischen Person geht, deren Rechtsbeständigkeit i. d. R. nicht geprüft wird.

⁷ DAHM GEORG, Völkerrecht I, Stuttgart 1958, S. 496; BERBER FRIEDRICH, Lehrbuch des Völkerrechts, Band I: Allgemeines Friedensrecht, München/Berlin 1960, S. 366.

⁸ Nämlich der Inkorporationstheorie, vgl. N. 10 f.; der Sitztheorie, vgl. N. 14 f., oder der Kontrolltheorie, vgl. N. 24 f.

⁹ Vgl. N. 39 f. über bilaterale Investitionsschutzabkommen.

6. Dieses Problem stösst vor dem Hintergrund des geplanten europäischen Binnenmarktes auf ein erhöhtes Interesse, denn die vier Freiheiten¹⁰ der Europäischen Gemeinschaften (EG) werden die Abgrenzungen zwischen in- und ausländischen juristischen Personen beeinflussen¹¹.

II. Rechtsstellung der ausländischen juristischen Personen in der schweizerischen Rechtsordnung

1. Theorien des zutreffenden Personalstatuts a) Allgemeines

7. Manche Autoren stellen die Frage, ob die schweizerische Rechtsordnung *die ausländischen juristischen Personen anerkennt*¹². Die Frage ist allerdings missverständlich, denn die Anerkennung ausländischer Gesellschaften ist ein Rechtsanwendungsproblem¹³, das notwendigerweise zu lösen ist. Es geht nämlich primär um die Frage, welche Rechtsordnung für die im Inland tätigen, aber im Ausland gegründeten juristischen Personen massgebend ist. Die Frage beantworten die nationalen IPR-Gesetze im Sinne einer der im folgenden darzulegenden Theorien. Je nach verwendeter Theorie sind die ausländischen juristischen Personen nichtig oder rechtsbeständig, also gewissermassen «anerkannt». Die Frage nach der «Anerkennung» ausländischer juristischer Personen führt rechtsgeschichtlich — wie noch gezeigt wird¹⁴ — in das letzte Jahrhundert zurück.

8. Das IPR meint mit *Personalstatut* diejenige Rechtsordnung, die durch personale oder personal-räumliche Anknüpfung ermittelt wird¹⁵.

¹⁰ Vgl. N. 63.

¹¹ Vgl. N. 77.

¹² Vgl. RÜEGGER 44; unter Hinweis auf die Dissertation von PERRIN erörtern die folgenden Westschweizer Autoren diese Problematik: CHEDID 39; BUTTY 12 f.; REYMOND 145 ff., 154 f. Die Lehre von der Anerkennung ist heute überholt, vgl. N. 21.

¹³ KELLER/SIEHR 327.

¹⁴ Vgl. N. 18-21.

¹⁵ KELLER/SIEHR 303; REYMOND 150; DROBNIG 105 f. Die ältere Literatur verwendete für «Personalstatut» auch den Begriff «Nationalität der juristischen Personen» und meinte damit zugleich die Staatszugehörigkeit in öffentlich-rechtlichen Belangen, vgl.

z. B. AUBERT JEAN-FRANCOIS, Le Statut international des sociétés anonymes, in: Memoi-

Das Personalstatut bezeichnet also die auf eine juristische Person anwendbare Rechtsordnung. Dabei stehen sich in den europäischen Rechtsordnungen im Wesentlichen die Anknüpfungen nach der Inkorporations- oder der Sitztheorie gegenüber¹⁶.

9. In öffentlich-rechtlichen Zusammenhängen stellt sich zwar nicht die Frage nach der anwendbaren Rechtsordnung, aber es stellt sich das ähnliche Problem, nach welchen Regeln eine juristische Person einem Staat zugeordnet werden soll. Fehlen besondere öffentlich-rechtliche Vorschriften, so kommen nach der Auffassung einiger Autoren die IPR-Regeln über das Personalstatut zur Anwendung¹⁷.

b) Inkorporations- oder Gründungstheorie

10. Nach der *Inkorporations- oder Gründungstheorie* bestimmt sich das Personalstatut einer juristischen Person nach demjenigen Staat, gemäss dessen Recht sie gegründet worden ist und in dem sie die notwendigen Formalitäten zur Erlangung der Rechtspersönlichkeit erfüllt hat. Dabei spielt es keine Rolle, ob der faktische mit dem statutarischen Sitz übereinstimmt. Die Gründungstheorie hat zur Folge, dass eine nach dem Recht eines bestimmten Staates gegründete Gesellschaft dieser Rechtsordnung unterworfen bleibt, auch wenn sie sich in einem anderen Land niederlässt. Die Zugehörigkeit zu einem Staat ergibt sich also bereits aus der Tatsache, dass die Gesellschaft nach dessen Recht gegründet wurde und den statutarischen Sitz in diesem Land hat¹⁸. Diese Theorie hat den grossen Vorzug, sie das Personalstatut eindeutig bestimmt.

res de PUniversité de Neuchâtel, Band 28: L'entreprise, Neuchâtel 1960, S. 177— 184, insb. S. 178, oder BGE 76 I 159. Diese Terminologie ist heute nicht mehr gebräuchlich; vgl. PERRIN 14 f.

¹⁶ Es sind allerdings nicht die einzigen Theorien, die zur Diskussion stehen; vgl. zur Überlagerungstheorie: SANDROCK 191 ff.; STOFFEL 221 f., Anm. 38, und zur Kontrolltheorie N. 22 — 24. Letztere spielt in der IPR-Diskussion keine Rolle mehr; vgl. REY-MOND 148; NIEDERER, WERNER, Kollisionsrechtliche Probleme der juristischen Person, in: Beiträge zum Haager Internationalprivatrecht, Freiburg 1951, S. 107— 158, insb. S. 113 m. w. H.

¹⁷ Vgl. N. 60.

¹⁸ Vgl. Botschaft vom 10.11.1982 zum Bundesgesetz über das internationale Privat-recht. BB1 1983 I 263 (im folgenden: IPR-Botschaft), insb. S. 441; KELLER/SIEHR 129 f.; MÜLLER/WILDHABER 367; HUWYLER 77 f.; CHEDID 45 f.; RANDELZHOFFER, Kom. Zu Art. 58 EWGV N. 9 f.; SANDROCK 189; PATZINA 16 f.; Begleitbericht 164; Schlussbericht 268; MAMELOK 59; REYMOND 149 f.; EBENROTH/MESSER 54; DIEPHUIS 350.

11. Die Inkorporationstheorie vermag den Grundsatz der Rechtssicherheit am besten zu verwirklichen, weil sie den Fortbestand der Rechtspersönlichkeit einer Gesellschaft gewährleistet. Die Gläubiger werden inihrem Vertrauen darauf geschützt, dass die einmal gegründete Gesellschaft auch ausserhalb des Staates der Gründung rechtsbeständig bleibt¹⁹. Sie ist die liberalste Lösung, denn sie begnügt sich mit der Erfüllung der zwingenden Vorschriften des Gründungsstaates²⁰. Die Schweiz, die Niederlande, Irland und Grossbritannien knüpfen an den Ort der Inkorporation an²¹; die meisten kontinentaleuropäischen Länder stellen indessen aufdie immer noch vorherrschende Sitztheorie ab.

c) Sitztheorie

12. Nach der *Sitztheorie* untersteht eine juristische Person grundsätzlich dem Recht des Staates, in dem sie ihre wesentliche Aktivität entfaltet, und dies ist der Ort, wo sie hauptsächlich ihre Verwaltung führt²². Die Sitztheorie verlangt, dass sich eine ausländische Gesellschaft allen zwingenden Vorschriften des Sitzstaates, insbesondere den Gründungsvorschriften unterzieht. Sie ist im Grunde genommen bloss eine Variante der Inkorporationstheorie. Denn auch nach der Sitztheorie muss die Gesellschaft nach dem Recht des Inkorporationsstaates gegründet werden, aber zusätzlich hat sich die juristische Person den Gründungsvorschriften desjenigen Staates zu unterziehen, in dem sich ihr Aktivitätszentrum befindet²³.

13. Diese Kumulation der Anknüpfungen hat zur Folge, dass die Fälle nichtiger Gesellschaften vermehrt werden. Für die Gläubiger ist es jedoch viel günstiger, wenn eine rechts- und prozessfähige juristische Person besteht, die sie belangen können²⁴. Praxis und Lehre lehnen deshalb die

¹⁹ Kritisch dazu: EBENROTH/MESSER 59.

²⁰ Begleitbericht 164; Schlussbericht 269; SCHWANDER 39; KELLER/SIEHR 331; CHEDID 46; EBENROTH/MESSER 55, 60 f.; kritisch SANDROCK 189.

²¹ Vgl. Art. 154 IPRG und RANDELZHOFFER, Korn, zu Art. 58 EWGV N. 14; BUTTY 98, 139, 176; EBENROTH/MESSER 55; DIEPHUIS 351.

²² Vgl. IPR-Botschaft, BB1 1983 I 441 f.; KELLER/SIEHR 329 f.; MÜLLER/WILDHABER 367; HUWYLER 76; CHEDID 42 ff.; REYMOND 148 f.; RANDELZHOFFER, Kom. Zu Art. 58 EWGV N. 9; SANDROCK 181 ff.; PATZINA 18 f.; Schlussbericht 268; Begleitbe-richt 164; EBENROTH/MESSER 53 f.; DIEPHUIS 350 f.

²³ VISCHER FRANK, Bemerkungen zur Aktiengesellschaft im internationalen Privatrecht, Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht (SJIR) 1960 S. 49 —74, insb. S. 53.

²⁴ Vgl. KELLER/SIEHR 330; RANDELZHOFFER, Kom. zu Art. 58 EWGV N. 9; IPR-Botschaft, BB1 1983 I 442; Schlussbericht 269.

Sitztheorie zunehmend ab. Eine Verlegung des effektiven Verwaltungssitzes bewirkt eine Änderung des Personalstatuts; im Gegensatz zur Gründungstheorie ist es veränderlich. Bei multi- und transnationalen Unternehmungen ist ausserdem die Bestimmung des effektiven Verwaltungssitzes unmöglich. Die Sitztheorie versagt bei der Bestimmung des Personalstatuts²⁵.

2. Das Personalstatut nach schweizerischem IPR

a) der Grundsatz des Art. 154 IPRG

14. Art. 154 Abs. 1 IPRG²⁶ entscheidet den Theorienstreit im Sinne der Inkorporationstheorie. Danach unterstehen Gesellschaften dem Recht des Ortes der Inkorporation, sofern sie die im Organisationsstaat bestehenden Vorschriften erfüllen. Ist eine Gesellschaft nicht in Übereinstimmung mit dem Recht des Gründungsstaates organisiert, so gelangt das Recht des Staates zur Anwendung, in dem die Gesellschaft tatsächlich verwaltet wird. Subsidiär bleibt ein gewisser Spielraum für die Sitztheorie²⁷. Schon die bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung vor Inkraftsetzung des IPRG stand der Inkorporationstheorie nahe²⁸.

15. Im zukünftigen EG-Binnenmarkt gelten die Grundsätze der Niederlassungsfreiheit und der Freizügigkeit für juristische und natürliche Personen. Der massgebliche Art. 58 Abs. 1 des EWG-Vertrages steht dem Gründungsstatut am nächsten. Denn dieses verwirklicht effektiv die Freizügigkeit und Niederlassungsfreiheit juristischer Personen²⁹, indem es die „Aus- und Einwanderung“ von Gesellschaften ohne weiteres erlaubt.

²⁵ GUTZWILLER 498; HUWYLER 76; PATZINA 18; MANN 281, 284 f.; DIEPHUIS 352; vgl. auch SANDROCK 182 f.

²⁶ Bundesgesetz vom 18.12.1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG), SR 291.

²⁷ Art. 154 Abs. 2 IPRG und vgl. KELLER/SIEHR 331; SCHNYDER 133. SCHNYDER 115, Anm. 3; IPR-Botschaft,

²⁸ BB1 1983 I 441; VPB 44 (1980) Nr. 104;

VISCHER FRANK/PLANTA ANDREAS VON, Internationales Privatrecht, 2. A., Basel/ Frankfurt a. M. 1982, S. 61 f.; BGE 108 II 398 ff. und dazu VISCHER FRANK, Praxis des Bundesgerichtes zum internationalen Obligationenrecht 1982/83, SJIR 1984, - 24 - 349, insb. S. 341 ff.; KELLER/SIEHR 330 f.; HUWYLER 78, Anm. 370 m. w. H.; KBENROTH MESSER 56 ff. m. w. H. »

²⁹ Vgl. N. 72.

16. Die Schweiz beansprucht für den Fall internationaler Konflikte und teilweiser oder ganzer kriegerischer Besetzung ein Auswanderungsrecht ihrer Gesellschaften. Der Bundesratsbeschluss betreffend vorsorgliche Schutzmassnahmen³⁰ sieht für die juristischen Personen des ZGB und des OR, Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts mit wirtschaftlichem Zweck, Handelsgesellschaften des OR ohne Rechtspersönlichkeit sowie die Einzelfirmen des schweizerischen Rechts eine vorübergehende Sitzverlegung ins Ausland vor. Nach Art. 12 Abs. 2 des Bundesratsbeschlusses besteht das schweizerische Gesellschaftsstatut auch nach der Sitzverlegung ins Ausland fort. Dies ist aber nur möglich, wenn der Gaststaat der Inkorporationstheorie folgt. Die vorsorglichen Schutzmassnahmen wären indes gefährdet, wenn die Schweiz nicht Gegenrecht hielte und statt der Inkorporations- der Sitztheorie gefolgt wäre. Es lag also nicht nur aus Gründen der Liberalität und des EG-Binnenmarktes nahe, in Art. 154 Abs. 1 IPRG auf das Inkorporationsstatut abzustellen³¹.

b) Lugano-Übereinkommen

17. Das Lugano-Übereinkommen sieht Gerichtsstände für Personen mit *Wohnsitz in einem Vertragsstaat* vor; auf die Staatsangehörigkeit kommt es nicht an. Art. 53 Abs. 1 Satz 11 des Übereinkommens stellt den Gesellschaftssitz einer juristischen Person dem Wohnsitz gleich. Danach sind Klagen gegen juristische Personen oder Gesellschaften jeweils an deren Sitz anzubringen. Wenn es aber darum geht, den Sitz einer juristischen Person, einer Gesellschaft oder eines trust festzulegen, muss der Richter seine eigenen IPR-Regeln anwenden (Art. 53 Abs. 1 Satz 2 sowie Abs. 2), der schweizerische Richter somit Art. 21 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit Art. 154 ff. IPRG³². Das Lugano-Übereinkommen entscheidet sich nicht für eine der beiden Theorien, sondern nimmt auf den Schulenstreit zwischen Sitz- und Inkorporationstheorie Rücksicht³³. Der geplante Europäi-

³⁰ für juristische Personen, Personengesellschaften und Einzelfirmen vom 12.2.1957, SR 531.54.

³¹ EBENROTH/MESSER 60 f. m. w. H.; vgl. ferner SCHWANDER IVO, *Lois d'application immediate, Sonderanknüpfung, IPR-Sachnormen und andere Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung im internationalen Privatrecht*, Zürich 1975, S. 383 f.

³² SCHWANDER IVO, *Gerichtszuständigkeiten im Lugano-Übereinkommen*, in: SCHWANDER IVO (Hrsg.), *Das Lugano-Übereinkommen*, St. Galler Studien zum internationalen Recht, Band 2, St. Gallen 1990, S. 61 ff. (insb. S. 67).

³³ Botschaft vom 21.2.1990 betreffend das Lugano-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelsachen, BB1 1990 II 265, insb. S. 281. Demgegenüber gilt der Vertrag vom 15.6.1869 zwischen der Schweiz und Frankreich über den Gerichtsstand und die Vollziehung von Urteilen in Zivilsachen, SR 0.276.193.491 nur für Staatsangehörige

sche Wirtschaftsraum (EWR) dürfte längerfristig die Durchsetzung der Inkorporationstheorie in den beteiligten Staaten begünstigen.

c) Zur «Anerkennung» ausländischer juristischer Personen

18. Nach Art. 154 Abs. 1 IPRG bleibt eine ausländische juristische Person in der schweizerischen Rechtsordnung rechtsbeständig. Die Schweiz wendet auf sie deren «Heimatrecht» an, «anerkennt» gewissermassen die ausländischen juristischen Personen. Auf den problematischen Begriff der Anerkennung wurde bereits hingewiesen³⁴. Auf ihn ist aber noch näher einzutreten, weil er in Bezug auf die Zulassung ausländischer juristischer Personen zu inländischem Handel und Gewerbe eine interessante, historische Tragweite hat. Ausserdem verwendet ihn das noch zu behandelnde EG-Übereinkommen vom 22.2.1968 über die gegenseitige Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen³⁵.

19. Die Anerkennung und das massgebende Personalstatut einer ausländischen juristischen Person sind keineswegs gleichbedeutend. Das Personalstatut bestimmt insbesondere über Beginn, Umfang und Ende der Rechtsfähigkeit, ferner über die Organisation, die internen Beziehungen und damit verbundene Haftungsfragen³⁶. Die Anerkennung will nach ihrem Wortsinn und ihrer rechtsgeschichtlichen Herkunft³⁷ einen ganz bestimmten Ausschnitt aus dem Personalstatut erfassen, nämlich den rechtlichen Bestand der Gesellschaft und den Umfang ihrer Rechtsfähigkeit³⁸.

20. Die Theorie der Anerkennung ist im 19. Jahrhundert entstanden und beruht auf den damaligen Rechtsvorstellungen. Noch in der Mitte

der Vertragsstaaten. In BGE 104 Ia 410 bestimmte das Bundesgericht die Staatszugehörigkeit einer juristischen Person (im Hinblick auf die Anwendbarkeit des Vertrages) gemäss nach den IPR-Regeln über das Personalstatut. Durch die subsidiäre Anwendung der IPR-Regeln kommt dieses Ergebnis Art. 53 Abs. 1 Satz 2 des Lugano-Übereinkommens gleich.

³⁴Vgl. N. 7.

³⁵Vgl. N. 71-73.

³⁶Vgl. zum Umfang des Personalstatuts Art. 155 IPRG und SCHNYDER 133; Begleitbericht 165: Schlussbericht 270; EBENROTH/MESSER 76 f. »

³⁷Vgl. N. 20 f.

³⁸DROBNIG 105 f.; DROBNIG ULRICH, Das EWG-Übereinkommen über die Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen, Die Aktiengesellschaft 1973, -98. 125- 131, insb. S. 91 f.; ungenau: Schlussbericht 266.

des letzten Jahrhunderts galt für die Entstehung der juristischen Personen (vor allem der Aktiengesellschaften) das *Konzessionssystem*: Die Gesellschaft erlangte das Recht der Persönlichkeit durch den hoheitlichen Akt einer Behörde. So bestimmte beispielsweise § 63 der Staatsverfassung des Kantons Basel-Landschaft vom 6.3.1863³⁹:

«Es dürfen keine Körperschaften mit Vermögensrechten (moralische Personen, tote Hand) ohne Einwilligung der obersten Landesbehörden gegründet werden.»

Das Recht der Persönlichkeit endete nach der damaligen Auffassung an den Grenzen des konzessionierenden Staates; die juristischen Personen hatten daher im Ausland um «Anerkennung» nachzusuchen⁴⁰. Gegen Ende des letzten Jahrhunderts gingen aber die meisten Staaten zum *Normativsystem* über. Danach ist die freie Körperschaftsbildung gewährleistet, allerdings hat sich die juristische Person in ein Register eintragen zu lassen. In der Schweiz existieren noch heute Rudimente des Konzessionssystems. Das von Art. 57 Abs. 3 ZGB vorbehaltene Privatrecht mancher Kantone sieht für die Allmendgenossenschaften und ähnliche Körperschaften das Konzessionssystem vor⁴¹.

21. Die einzelnen Staaten und ihre Gerichte haben die Lehre von der Anerkennung vor allem dazu benutzt, um die inländischen Gesellschaften gegen die Konkurrenz ausländischer Gesellschaften zu schützen⁴². Die Lehre von der Anerkennung ausländischer Gesellschaften ist heute überholt. Denn die Verweigerung der zivilrechtlichen Rechtsfähigkeit ist nicht das angemessene Mittel, um die inländische Wirtschaft vor Konkurrenz

³⁹ Text: NABHOLZ HANS/KLÄUI PAUL, Quellenbuch zur Verfassungsgeschichte, 3. A., Aarau 1947, S. 265 ff. Als «tote Hand» bezeichnete man die Kirchen und Klöster in ihrer Eigenschaft als vermögensbesitzende Privatrechtsobjekte. Alle Güter, die die Kirchen erwarben, blieben fortan in ihrer Hand und damit dem Privatrechtsverkehr entzogen.

⁴⁰ Vgl. genauer: GROSSFELD BERNHARD, Zur Geschichte der Anerkennungsproblematik bei Aktiengesellschaften, *RabelsZ* 38 (1974) 344-371 insb. S. 355 f., 360; DROBNIG 111.

⁴¹ Als Beispiel sei die Regelung von St. Gallen aufgeführt: Gemäss Art. 44 Abs. 2 EGzZGB SG erhalten die kantonalen privatrechtlichen Korporationen die juristische Persönlichkeit mit der Genehmigung der Statuten durch das zuständige Departement. Diese Regelung verwirklicht somit das Konzessionssystem. JAGMETTI MARCO, Vorbehaltenes kantonales Privatrecht, in: *Schweizerisches Privatrecht*, Band I, Basel 1969, S. 239 ff., insb. S. 268, hat wohl versehentlich Konzessions- und Normativsystem verwechselt; vgl. vielmehr GUTZWILLER 469 — 471 Anm. 8 m. w. H.

⁴² Vgl. das Beispiel von Belgien bei GROSSFELD BERNHARD, Zur Geschichte der Anerkennungsproblematik bei Aktiengesellschaften, *RabelsZ* 38 (1974) 344 — 371, insb. S. 353 f.; siehe auch LUCHSINGER ULRICH, Die Rechtsstellung der ausländischen Aktiengesellschaften in der Schweiz, Diss. Basel, Zürich 1940, S. 20.

zu schützen und das Geschäftsgebaren ausländischer Gesellschaften zu kontrollieren. Dieses Ziel erreichen vielmehr wirtschaftspolitische und -polizeiliche Vorschriften⁴³. Die Lehre von der Anerkennung ist zudem überflüssig, weil die heutige kollisionsrechtliche Verweisung auf das Personalstatut die Anerkennung bereits enthält.

III. Öffentlich-rechtliche Vorschriften über die Staatszugehörigkeit juristischer Personen

1. Staatsan- oder -Zugehörigkeit juristischer Personen?

22. Die schweizerische Bürgerrechtsgesetzgebung befasst sich mit dem Bürgerrecht der natürlichen, *nicht aber der juristischen* Personen. In diesem Sinne besitzen juristische Personen keine Staatsangehörigkeit und sie gehören auch nicht zum Staatsvolk. Ausserdem können manche der Rechte und Pflichten, die das Schweizer Bürgerrecht voraussetzen, die juristischen Personen schon ihrer Natur nach nicht berechtigen oder verpflichten; es ist etwa an die politischen Rechte oder an die Wehrpflicht zu denken. Die Bezeichnung «Nationalität oder Staatsangehörigkeit der juristischen Personen» ist irreführend, denn sie legt eine in Wirklichkeit nicht bestehende Analogie⁴⁴ zwischen natürlichen und juristischen Personen nahe.

23. Obwohl die juristischen Personen keine formelle Staatsangehörigkeit besitzen, stellt die öffentlich-rechtliche Gesetzgebung in vielen Belangen auf deren schweizerischen oder ausländischen Charakter ab. So kommt es etwa beim diplomatischen Schutz⁴⁵ oder beim Grundstückserwerb

⁴³ DROBNIG ULRICH, Skizzen zur internationalprivatrechtlichen Anerkennung, in: Festschrift für Ernst von Cämmerer, Tübingen 1978, S. 687 — 704, insb. S. 692.

⁴⁴ A. A. STEIGER 23; MAMELOK 12; PERRIN 16, Anm. 30 m. w. H.; a. A. aber z. B. E.. Von der Nationalität der Aktiengesellschaft, SAG 1940/41, S. 52-55, S 52: «Gleich wie die natürlichen so haben auch die juristischen Personen eine Staatsangehörigkeit»; vgl. in dem Sinne auch BINDSCHEDLER-ROBERT, Nationalität; WYLER 74, Anm. 354; PATZINA 15 ff.; CAFLISCH LUCIUS, La nationalité des sociétés commerciales en droit international privé, SJIR 1967 S. 119— 160; weitere Hinweise PERRIN 16, Anm. 28. Die ältere Literatur verwendet meist ausschliesslich den Begriff der Staatsangehörigkeit: vgl. STEIGER, MARTIN-ACHARD oder MAMELOK. Vgl. auch Anm. 15.

⁴⁵ Vgl. N. 29-40.

durch Personen im Ausland⁴⁶ gerade darauf an. Die ältere Literatur hatte noch eine Staatsangehörigkeit der juristischen Personen unter dem Eindruck der Fiktions- bzw. der Realitätstheorie strikte abgelehnt bzw. befürwortet⁴⁷. Diese begriffsjuristischen Grabenkämpfe haben ihre frühere Bedeutung eingebüsst. Heute ist vielmehr die Notwendigkeit unbestritten, juristische Personen schweizerischen und ausländischen Charakters zu unterscheiden⁴⁸. Diese etwas anders gelagerte Konstellation wird mit dem differenzierenden Begriff von der *Staatszugehörigkeit juristischer Personen* bezeichnet⁴⁹. Diese Bezeichnung macht den Unterschied zwischen dem Bürgerrecht der natürlichen Person und der Quasi-Staatsangehörigkeit der juristischen Person deutlich und ist daher vorzuziehen.

2. Bestimmung der Staatszugehörigkeit durch die Kontrolltheorie

24. Die Schweiz folgt in den meisten öffentlich-rechtlichen Zusammenhängen der *Kontrolltheorie*. Diese stellt darauf ab, ob eine juristische Person effektiv schweizerisch kontrolliert sei, ob also etwa die Mehrheit der Aktionäre, des Verwaltungsrates oder der Gläubiger Schweizer Bürger seien⁵⁰. Sie *greift* somit zur Bestimmung des Personalstatus auf die Staatsangehörigkeit derjenigen Personen *durch*, die sich hinter einer juristischen Person verbergen. Die Kontrolltheorie respektiert die juristische Person als solche nicht⁵¹, denn sie lüftet gewissermassen deren Schleier⁵².

⁴⁶ Vgl. N. 41-43.

⁴⁷ Vgl. STEIGER 9 ff., insb. S. 14; MAMELOK 6 ff; HAMEL 366; vgl. zur eher geringen Bedeutung dieses Theorienstreites in der Schweiz: SCHWANDER 23 ff.

⁴⁸ Vgl. MARTIN-ACHARD 9 f.; HAMEL 367; ferner BGE 102 Ia 410.

⁴⁹ GUTZWILLER 496, Anm. 85 m. w. H.; GUGGENHEIM PAUL, Lehrbuch des Völkerrechts. Unter Berücksichtigung der internationalen und schweizerischen Praxis, Band I, Basel 1947, S. 290; KELLER/SIEHR 327; RANDELZHOFFER, Kom. zu Art. 58 EWGV N. 8; REYMOND 145 und PERRIN 16: «allegiance politique»; RÜEGGER 11, der allerdings beide Begriffe verwendet. Zuweilen ist auch vom nationalen bzw. schweizerischen Charakter einer juristischen Person die Rede: BINDSCHEDLER-ROBERT, protection 146, ferner STOFFEL 221, und Reglement vom 24.11.1967 des schweizerischen diplomatischen und konsularischen Dienstes, SR 191.1, in Art. 16 Abs. 2, 20, und 29.

⁵⁰ Vgl. MÜLLER/WILDHABER 367 f.; GUTZWILLER 496; HUWYLER 78 ff; CHEDI 44 f.; BINDSCHEDLER-ROBERT, protection 165 ff; KELLER/SIEHR 330; PATZINA 19 f.; MARTIN-ACHARD 41 f.

⁵¹ Gerade dies hat der IGH an der Kontrolltheorie kritisiert: vgl. N. 33.

⁵² GUTZWILLER 496 f., Anm. 87, spricht von «percer le voile»; REYMOND 171; PATZINA 19; RÜEGGER 49. Der Durchgriff stützt sich auf das Rechtsmissbrauchsverbot des Art. 2 Abs. 2 ZGB, vgl. auch N. 32 sowie SCHWANDER 37 f.

Häufig werden zusätzlich noch Sitzanforderungen gestellt. Die Kontrolltheorie ist mit den erheblichen Nachteilen behaftet, dass sie das Personalstatut nur äusserst unscharf bestimmt und dass über ihre konkrete Ausgestaltung auch keine übereinstimmende Auffassung besteht⁵³. Sie wurde vor allem im Bereiche des diplomatischen Schutzes entwickelt⁵⁴.

25. Die Kontrolltheorie ist in der schweizerischen Praxis und Gesetzgebung in *zwei Ausprägungen* verwirklicht. Eine gewissermassen mildere Form verlangt lediglich die *Kontrolle der Verwaltung* einer Kapitalgesell-*baft* und eine schärfere Form fordert die *Kontrolle der Stimmen- oder Kapitalmehrheit* durch Schweizer Bürger. Die mitunter qualifizierte Kapitalkontrolle wird vor allem in denjenigen Bereichen verlangt, wo es entscheidend auf die Staatsangehörigkeit der hinter einer juristischen Person stehenden Personen⁵⁵ ankommt, also insbesondere beim Grundstückerwerb durch Personen im Ausland. Hingegen kann das Erfordernis der blossen Verwaltungskontrolle leicht umgangen werden⁵⁶.

26. Das Obligationenrecht sorgt schon von sich aus dafür, dass Schweizer Bürger die Verwaltung der schweizerischen Aktiengesellschaften, der Gesellschaften mit beschränkter Haftung und der Genossenschaften kontrollieren. Die Art. 711 und 895 OR bestimmen, dass die Mehrheit der Mitglieder der Verwaltung der Aktiengesellschaft bzw. der Genossenschaft aus Schweizer Bürgern bestehen muss⁵⁷. Diese Bestimmungen wurden aufgrund der Erfahrungen des ersten Weltkrieges in das Obligationenrecht eingefügt; sie sollten sicherstellen, dass diese Gesellschaften auch wirklich von Schweizern kontrolliert sind und von den damals kriegführenden Mächten als neutral angesehen wurden. Denn die Frage nach der Staatszugehörigkeit juristischer Personen stellt sich vor allem in Kriegs-

WILDHABER 32 ff; KELLER/SIEHR 330, Anm. 112 m. w. H.; MAMELOK 17; RÜEG-50f.; MANN 280 f.; SEELIGER KARL-GERHARD, Das ausländische Privateigentum in eiz. Diss. Zürich, München 1949, S. 178 ff.; SEIDL-HOHENVELDERN IGNAZ, Völkerrecht, 6. A., Köln usw. 1987, S. 275.

⁵⁴ Vgl. zur geschichtlichen Entwicklung N. 32.

⁵⁵ Stehen wiederum juristische Personen hinter einer juristischen Person, so hält die . : ung zum Teil auch für diesen Fall Kriterien bereit, die darauf achten, ob die kapitalhaltende Gesellschaft als ausländische oder schweizerische juristische Person zu gelten hat: vgl. den in N. 44 aufgeführten Art. 3^{bis} Abs. 3 BankG.

⁵⁶ Vgl. z. B. PIONTEK 16.

r von Art. 711 Abs. 3 verschiedene Wortlaut des Art. 813 Abs. 1 OR beruht auf redaktionellen Versehen des Gesetzgebers. Die Wohnsitz- und die Nationalitätserfordernisse der Aktiengesellschaft gelten vielmehr auch für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung: BGE 111 II 375.

und Krisenzeiten⁵⁸. Die Vorschrift ist heute praktisch bedeutungslos, da sie mittels Strohmänner umgangen wird⁵⁹. Auch spielt sie für die Festlegung der Staatszugehörigkeit keine Rolle; die Gesetzgebung stellt im Sinne der Kapitalkontrolle höhere Anforderungen.

27. Einige schweizerische Aktiengesellschaften sehen in ihren Statuten im Sinne einer Vinkulierung (Art. 686 Abs. 1 OR) vor, dass die Erwerber ihrer Namenaktien die schweizerische Staatsangehörigkeit besitzen müssen. Dementsprechend wird ausländischen Erwerbem die Eintragung im Aktienbuch verweigert, was die Vermögens- und Mitgliedschaftsrechte spaltet⁶⁰. Diese auf Privatautonomie beruhende Regelung führt — wenn sie konsequent durchgesetzt wird — zu vollständig schweizerisch kontrollierten Aktiengesellschaften.

28. Im Folgenden soll die Kontrolltheorie in den drei wichtigen Bereichen des diplomatischen Schutzes, des Grundstückerwerbs durch Personen im Ausland und der Bankengesetzgebung dargelegt werden. Ferner kommt sie in zahlreichen weiteren, faktisch aber weniger wichtigen Materien vor⁶¹.

3. Einzelne wichtige Bereiche

a) Diplomatischer Schutz

29. Die Zuordnung der juristischen Personen zu einem bestimmten Staat hat bei der Gewährung von konsularischem und diplomatischem Schutz eine grosse Bedeutung. Die Staaten schützen nämlich in aller Regel nur ihre eigenen Staatsangehörigen und diejenigen juristischen Personen, die ihnen zuzurechnen sind. Die Literatur schenkt insbesondere

⁵⁸ Vgl. PIONTEK 16; REYMOND 153; MAMELOK, MARTIN-ACHARD, RÜEGGER UND STEIGER; CHEDID 35 m. w. H.

⁵⁹ Vgl. FORSTMOSER PETER/MEIER-HAYOZ ARTHUR, Einführung in das schweizerische Aktienrecht, Bern 1976, S. 169; PIONTEK 16. Vgl. einzig: BGE 76 II 291. Die Vorschrift des Art. 711 OR erlaubt allerdings, eine Verantwortlichkeitsklage am schweizerischen Wohnsitz des beklagten Verwaltungsrates anzuheben. Der Bundesrat möchte laut seiner Botschaft vom 23.2.1983 über die Revision des Aktienrechts, BB1 1983 II 745-997, insb. S. 918 und 981 f., an dieser Vorschrift festhalten.

⁶⁰ Vgl. BGE 109 II 137 ff. m. w. H.

⁶¹ Vgl. N. 47-57.

diesem Problem Aufmerksamkeit, so dass die übrigen Zuordnungsprobleme bei juristischen Personen nachgerade übersehen werden⁶².

30. Das Reglement des schweizerischen diplomatischen und konsularischen Dienstes⁶³ bestimmt in Art. 16 Abs. 2⁶⁴: «Über den Schutz von ... juristischen Personen schweizerischen Charakters erlässt das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA) die erforderlichen Weisungen.» In diesen nicht publizierten⁶⁵ Weisungen legt das EDA den Begriff «juristische Personen schweizerischen Charakters» im Sinne der Kontrolltheorie aus⁶⁶:

«Die Schweiz geht bei der Gewährung des diplomatischen Schutzes grundsätzlich vom Kontrollprinzip aus. Entscheidend für die Schutzgewährung ist somit, ob eine juristische Person tatsächlich von Schweizerbürgern beherrscht wird. Bei Kapitalgesellschaften wird die Beherrschung in der Regel durch eine mehrheitliche, mindestens über 50% liegende Beteiligung nachgewiesen werden können. Allerdings sind auch die Zusammensetzung des Verwaltungsrates, das Verhältnis von Eigen- und Fremdkapital sowie allfällige vertragliche Abmachungen, z. B. Lizenzverträge, zu berücksichtigen. Dabei ist nicht die juristische Form, sondern die tatsächliche Beherrschung massgebend. Da sich die Verhältnisse im Laufe der Jahre leicht verändern können, ist es schon deshalb nicht möglich, eine Firma ein für allemal als schweizerische zu bezeichnen. Vielmehr obliegt es der Firma, im gegebenen Fall den Nachweis ihres schweizerischen Charakters zu erbringen.»

31. Bei juristischen Personen gewährt die Schweiz ihren diplomatischen Schutz den schweizerisch kontrollierten Gesellschaften unabhängig davon, ob diese ihren Sitz in der Schweiz oder im Ausland haben. Die Kapitalkontrolle ist bis heute für den diplomatischen Schutz juristischer Personen massgebend⁶⁷. Art. 16 R liesse allerdings auch Spielraum für eine Auslegung im Sinne einer anderen Theorie; in Frage kommt namentlich eine Kombination von Kontroll- und Inkorporationstheorie⁶⁸.

⁶²So behandeln GRISEL ETIENNE, Kommentar zu Art. 44 BV, N. 18, 23, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Basel usw. 1990, 3. Lieferung: GUGGENHEIM PAUL, Lehrbuch des Völkerrechts. Unter Berücksichtigung der internationalen und schweizerischen Praxis, Band I, Basel 1947, S. 290 ff; BIND-KHEOLER-ROBERT, Nationalität, unter der «Staatszugehörigkeit juristischer Personen» »vorwiegend den diplomatischen Schutz; vgl. PERRIN 16, Anm. 28 m. w. H.

⁶³vom 24. November 1967, SR 191.1; im folgenden abgekürzt R.

⁶⁴Vgl. ferner Art. 20 R (Schutzbriefe für juristische Personen schweizerischen Charakters und Art. 29 lit. a R (Bestätigungen für u. a. juristische Personen schweizeri-«cbrn Charakters über Tatsachen, deren Richtigkeit hinreichend festgestellt ist),

⁶⁵Ein Einzug ist jedoch bei MÜLLER/WILDHABER 359 enthalten.

⁶⁶VEB 30(1961) Nr. 2.

⁶⁷Vgl. den bestätigenden VPB 42 (1978) Nr. 144, insb. S. 612.

⁶⁸Vgl. N. 39.

32. Die ältere schweizerische Praxis hatte zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit juristischer Personen den Ort der Inkorporation und des effektiven Sitzes als massgeblich angesehen⁶⁹. Der Theorienwechsel ergab sich aufgrund der ausländischen Kriegsgesetzgebung der beiden Weltkriege; die kriegführenden Staaten hielten nur diejenigen Gesellschaften für schweizerisch und damit für neutral, deren Kapital in einem erheblichen Umfang von Schweizer Bürgern kontrolliert wurde⁷⁰. Der Kontrolltheorie wohnt also durchaus eine gewisse «Ängstlichkeit» inne, indem sie zum vorneherein verhindern möchte, dass die juristische Person zu Umgehungszwecken missbraucht wird. Die Kontrolltheorie wurde zwar in der Praxis zum diplomatischen Schutz entwickelt; die Gesetzgebung hat sie aber in weitere, zum Teil wichtige Bereiche übernommen⁷¹.

33. Der Internationale Gerichtshof (IGH) hatte sich anlässlich des Barcelona-Traction-Falles von 1970⁷² zur unterschiedlichen Staatenpraxis betreffend den diplomatischen Schutz der juristischen Personen geäussert. Im Bereiche des diplomatischen Schutzes für juristische Personen habe allerdings kein Kriterium, das ausschliesslich auf die Kontrolle abstelle, allgemeine Anerkennung gefunden. Dem belgischen Staat, der aufgrund der Kontrolltheorie zugunsten der in Kanada gegründeten, aber vor allem in Spanien geschäftstätigen (jedoch von Belgiern beherrschten) Gesellschaft das diplomatische Schutzrecht ausüben wollte, sprach der IGH die Aktivlegitimation ab. Aus der Natur der Aktiengesellschaft als juristische Person ergebe sich eine auch im Völkerrecht massgebende Differenzierung zwischen der Gesellschaft als solcher und den Aktionären. Prinzipiell besitze der Inkorporations- oder der Sitzstaat das Recht zum diplomatischen Schutz der Gesellschaft, wogegen der nach dem Kontrollprinzip massgebende Staat dieses Recht nur ausnahmsweise beanspruchen könne, etwa wenn die Gesellschaft zu existieren aufgehört habe.

⁶⁹ Vgl. GUGGENHEIM PAUL, *La pratique suisse*, SJIR21 (1964) 135-210, S. 156; vgl. ferner Geschäftsbericht des Bundesrates 1944, S. 90; STEIGER 25 ff.; MARTIN-ACHARD 29 ff.; RÜEGGER 5 ff.; HEFTI THOMAS, *La protection de la propriété étrangère en droit international public*, Diss. Neuchâtel, Zürich 1989, S. 255.

⁷⁰ VEB 1961 (30) Nr. 2; HUWYLER 78; STEIGER 5; MARTIN-ACHARD 16 ff.

⁷¹ Vgl. die folgenden Abschnitte N. 41 -43 und N. 44-46.

⁷² International Court of Justice Reports 1970 3 ff. oder International Legal Materials (ILM) 1970 227-358 (zweite Phase); vgl. auch MÜLLER/WILDHABER 368 ff.; siehe die Kommentare von BROWNLIE 487, 489 ff.; WILDHABER 43 ff.; HUWYLER 81 ff.; KOKKINI-IATRIDOU/DE WAART 125 ff.; STERN BRIGITTE, *La protection diplomatique des investissements internationaux: De Barcelona Traction à Elettronica Sicula ou les glissements progressifs de Panalyse*, Journal du droit international 1990 897 — 948.

34. Einen bedeutsamen Anwendungsbereich des diplomatischen Schutzes stellt der Schutz ausländischer Investitionen dar. Das Washingtoner Übereinkommen⁷³ stellt ein Schiedsverfahren zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Anlagestaaten und ausländischen privaten Investoren zur Verfügung. Das Übereinkommen ist jedoch nur anwendbar, wenn der private Investor eine andere Staatszugehörigkeit als jene zum Anlagestaat besitzt und die betreffenden Staaten Vertragsparteien des Übereinkommens sind. Es definiert aber im massgeblichen 25 Abs. 2 lit. b die Staatszugehörigkeit juristischer Personen nicht selber. In der Staatenpraxis begründet vor allem die Inkorporation oder der effektive Verwaltungssitz die Zugehörigkeit einer juristischen Person zu einem Vertragsstaat. Allerdings bestimmen nur wenige Staaten — wie a die Schweiz — die Staatszugehörigkeit nach der Kontrolltheorie. 25 Abs. 2 lit. b des Übereinkommens schreibt eine Vereinbarung über die Staatszugehörigkeit einer juristischen Person vor, wenn der Investor eine im Anlagestaat inkorporierte und domizilierte Gesellschaft betreibt und kontrolliert. Diese Vereinbarung im Sinne von Art. 25 Abs. 2 lit. b kann individuell zwischen den Streitparteien (Anlagestaat und Investor) oder, was bedeutsamer ist, in bilateralen Investitionsschutzabkommen generell erfolgen⁷⁴. Bei diesen individuellen oder generellen Vereinbarungen muss ausdrücklich festgehalten werden, dass sich die Zugehörigkeit zu einem andern Vertragsstaat als dem Anlagestaat in der ausländischen Kontrolle äussern kann⁷⁵.

15. Die mit zahlreichen Staaten abgeschlossenen bilateralen Investitionsschutzabkommen regeln den diplomatischen Schutz staatsvertraglich. Die vorgesehenen Streitbeilegungsverfahren treten an die Stelle des herkömmlichen diplomatischen Schutzes. Diese Abkommen sind regel-

⁷³Washingtoner Übereinkommen zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten zwischen Staaten und Angehörigen anderer Staaten vom 18.3.1965, SR 0.975.2, AS 1968 982.

⁷⁴Vgl. z. B. Art. 10 Abs. 4 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Ungarischen Volksrepublik über die gegenseitige Förderung und den Schutz von Investitionen vom 5.10.1988, SR 0.975.241.8, AS 1989 1376; Art. 8 Abs. 4 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Türkischen Republik über die gegenseitige Förderung und den Schutz von Investitionen vom '88, SR 0.975.276.3, AS 1990 551.

⁷⁵Vgl. zu diesem Problemkreis OTT REGULA, Möglichkeiten und Grenzen der Beilegung von Investitionsstreitigkeiten durch ein Schiedsgericht. Die Praxis von SID, Diss. Bern 1983, S. 27 ff.; KRAFFT MATTHIAS-CHARLES, Les accords bilatéraux la protection des investissements conclus par la Suisse, in: DICKE DETLEV (Hrsg.), *Sign Investment in the present and a new international economic order*, Fribourg 1987, S. 72-101, insb. S. 75 ff.

mässig nur auf diejenigen natürlichen oder juristischen Personen anwendbar, die die Staatsan- oder -Zugehörigkeit der beiden Vertragsstaaten besitzen. Sie haben also insbesondere die Staatszugehörigkeit der juristischen Personen zu definieren. In diesem Zusammenhang sollen die kürzlich abgeschlossenen Investitionsschutzabkommen mit der Tschechoslowakei, Polen⁷⁶ und Ungarn⁷⁷ beispielhaft dargelegt werden.

36. Die Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft mit der Tschechoslowakei, Polen und Ungarn über die gegenseitige Förderung und den Schutz von Investitionen⁷⁸ stellen je in Art. 1 Abs. 1 lit. b als Anknüpfungskriterium auf juristische Gebilde ab, die nach dem Recht der betreffenden Vertragspartei konstituiert oder sonstwie rechtmässig organisiert sind, ihren Sitz im Gebiet derselben Vertragspartei haben und dort eine tatsächliche Wirtschaftstätigkeit entfalten. Lit. b, die dem Geist der Inkorporationstheorie entspricht⁷⁹, ist beachtenswert, weil im Bereiche des diplomatischen Schutzes ansonsten die Kontrolltheorie allein massgebend ist. Alternativ knüpfen je Art. 1 Abs. 1 lit. c an juristische Gebilde an, die nach dem Recht eines beliebigen Staates gegründet sind und direkt oder indirekt von Staatsangehörigen der betreffenden Vertragspartei kontrolliert werden. Dabei herrscht mit Bezug auf das Abkommen mit Polen unter den Vertragsparteien Einverständnis darüber, dass die Kontrolle einen erheblichen Eigentumsanteil erfordert. Der erhebliche Kapitalanteil braucht allerdings keine Mehrheitsbeteiligung zu sein. Die alternative Anwendbarkeit der modifizierten Inkorporationstheorie (je Art. 1 Abs. 1 lit. b) und der Kontrolltheorie (je Art. 1 Abs. 1 lit. c) erweitert also den Schutzbereich der Abkommen.

⁷⁶ Vgl. generell WŁODYKA STANISŁAW, Das Recht der ausländischen Investitionen in Polen, SJZ 1990 221—231, der dieses Abkommen aber nicht berücksichtigte (vgl. S. 227).

⁷⁷ Der Wortlaut der hier je interessierenden Art. 1 ist nahezu identisch.

⁷⁸ vom 5.10.1990, SR 0.975.274.1, AS 1991 2079; vom 8.11.1989, SR 0.975.264.9, AS 1990 917 bzw. vom 5.10.1988, SR 0.975.241.8, AS 1989 1376.

⁷⁹ Weiteres Beispiel für eine derartige Regelung: Art. 6 lit. b des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Republik Ecuador betreffend Schutz und Förderung der Investitionen vom 2.5.1968, SR 0.975.232.7, AS 1969 1065: «<Gesellschaften> sind: i) in Bezug auf die Schweiz: Vereinigungen . . . mit Rechtspersönlichkeit, . . . die nach schweizerischem Recht konstituiert . . . sind oder in denen schweizerische Staatsangehörige direkt oder indirekt ein vorherrschendes Interesse haben.» Vgl. ferner NOTTER MARKUS, Völkerrechtlicher Investitionsschutz, Diss. Zürich 1989, S. 118 f.

37. Im Gegensatz zu diesen Abkommen und einigen weiteren Verträgen stellen etliche schweizerisch-ausländische Investitionsschutzabkommen allerdings allein auf die Kontrolltheorie ab⁸⁰. Sie entsprechen damit der schweizerischen Praxis zum diplomatischen Schutz. Indessen lassen manche der kürzlich abgeschlossenen wichtigeren Investitionsschutzabkommen zwischen ausländischen Vertragsparteien nur die Inkorporationstheorie, verbunden mit Sitzvorschriften gelten⁸¹.

38. Nach dem Zweiten Weltkrieg erfolgten in den Ostblockstaaten Nationalisierungen, die auch schweizerische Vermögenswerte betrafen. Der von der Schweiz ausgeübte diplomatische Schutz führte zum Teil zu Hntschädigungsabkommen. Diese Verträge mussten ähnlich wie die Investitionsschutzabkommen die Staatszugehörigkeit juristischer Personen feststellen; sie knüpften ebenfalls an die Kontrolle des Gesellschaftskapitals⁸².

39. Die Schweiz bestimmt die Staatszugehörigkeit beim diplomatischen Schutz meist allein durch die Kontrolltheorie. Dies gilt dort, wo

⁸⁰ Das Abkommen zwischen der Regierung der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Regierung der Republik Panama über die Förderung und den Schutz von Investitionen vom 19.10.1983, SR 0.975.262.7, AS 1985 1376, illustriert dies deutlich. Nach dessen Art. 8 lit. b Ziff. i) stellt die Schweiz auf die Kontrolltheorie ab, wogegen nach Ziff. ii) Panama die Inkorporation nach panamaischem Recht verbunden mit einem Sitz in Panama genügen lässt. Vgl. ferner das Abstellen auf die Kontrolltheorie \rt. 4 Ziff. 4 lit. a des Abkommens zwischen der Regierung der Schweizerischen Genossenschaft und der Regierung der Vereinigten Republik Tansania betreffend ierung und gegenseitigen Schutz der Investitionen vom 3.5.1965, SR 0.975.273.2, AS 1965 853. Weitere Beispiele bei HUWYLER 79.

⁸¹ Vgl. z. B. Art. 1 Abs. 4 Agreement between the people's Republic of China and Japan concerning the encouragement and reciprocal protection of Investments, done at Beijing, August 27, 1988, Text: ILM 1989 581; Art. 1 Ziff. 2 Agreement among the Governments of Brunei Darussalam, the Republic of Indonesia, Malaysia, the Republic of the Philippines, the Republic of Singapore, and the Kingdom of Thailand for the promotion and protection of Investments, done in Manila on 15 December 1987; Text: ILM 1988612; Art. 1 Ziff. 1.1.2. Agreement between the Governments of the Kingdom of Belgium and the Grand-Duchy of Luxembourg, and the Union of Soviet Socialist Republics, concerning the promotion and the reciprocal protection of Investments, done at Moscow on 9 February 1989, Text: ILM 1990 302. Die gleiche Definition wie die Abkommen der Schweiz mit Polen und Ungarn (vgl. N. 36) benutzt Art. 1 Abs. 1 lit. a Ziff. i) und ii) Agreement between the Government of Australia and the Government of the people's Republic of China on the reciprocal encouragement on protection vestments, done in Beijing on 11 Juli 1988, Text: ILM 1989 123.

⁸² Vgl. dazu ausführlich: BINDSCHEDLER-ROBERT, protection 151, 160 ff; STOFFEL 220 ff.; BINDSCHEDLER-ROBERT, Nationalität 1 f.; HUWYLER 38 f., 79.

staatsvertragliche Regelungen fehlen oder wo Investitionsschutzabkommen nur auf die Kontrolltheorie abstellen. Die Schweiz verlangt beim diplomatischen Schutz die Kontrolle von mehr als 50% des Gesellschaftskapitals. Allerdings gestatten manche Entwicklungsländer den auf ihrem Gebiet tätigen Gesellschaften lediglich ausländische Minderheitsbeteiligungen⁸³. Damit bleiben solche Gesellschaften, an denen zwar ein gewichtiges schweizerisches Interesse besteht, überhaupt ohne diplomatischen Schutz⁸⁴. Dazu kommt noch, dass die Kontrolltheorie die Staatszugehörigkeit unscharf bestimmt⁸⁵ und der zuständigen Behörde einen erheblichen Ermessensspielraum verschafft. Die alleinige Anwendung der Kontrolltheorie erweist sich daher als problematisch. Ausserdem hat die Rechtsprechung des IGH der Kontrolltheorie enge Schranken gesetzt. Allerdings wäre es wenig ratsam, wenn die Schweiz von der Kontrolltheorie auf die Inkorporationstheorie umstellen würde⁸⁶. Denn das allgemeine Völkerrecht liesse die blossе Inkorporation nach schweizerischem Recht für die Ausübung des diplomatischen Schutzes kaum genügen. Die Staatenpraxis verlangt vielmehr neben der Inkorporation «some substantial and effective connection between the legal entity and the claimant State»⁸⁷.

40. Die Investitionsschutzabkommen mit der Tschechoslowakei, Polen und Ungarn definieren die Staatszugehörigkeit vorbildlich. Denn sie fassen den Kreis der zu schützenden Gesellschaften weit, ohne dass sie aber mit den Grundsätzen des allgemeinen Völkerrechts kollidieren. Daher sollten m. E. in Anlehnung an diese beiden Abkommen folgende juristische Personen, Personengesellschaften und Vermögenseinheiten ohne Rechtspersönlichkeit (im folgenden «juristische Gebilde» genannt) den diplomatischen Schutz der Schweiz anrufen können.

A) Im Sinne der *Kontrolltheorie*: Die nach dem Recht eines beliebigen Staates gegründeten juristischen Gebilde, die von Schweizer Bürgern oder von juristischen Gebilden gemäss lit. B kontrolliert werden. Die Kontrolle durch schweizerische Staatsangehörige kann sich bereits bei einer Schweizer Minderheitsbeteiligung ergeben, wenn z. B. der Schweizer Beteiligung

⁸³ Diese Möglichkeit sieht z. B. Art. 5 Abs. 2 des ägyptischen Investitionsgesetzes vor: vgl. Law No. 230 promulgating the Investment Law, July 20, 1989, Text: ILM 1990 239; vgl. ferner HUWYLER 80; PATZINA 20, 36 ff.

⁸⁴ Denn die Kapitalgeber bzw. Aktionäre können nur unter einschränkenden Voraussetzungen den diplomatischen Schutz für ihre Gesellschaft (bzw. Kapitalanteile) verlangen: vgl. KOKKINI-IATRIDOU/DE WAART 126 ff.

⁸⁵ Vgl. N. 24.

⁸⁶ Wie dies HUWYLER 80 und MANN 286 vorschlagen.

⁸⁷ BROWNLIE 485; kritisch KOKKINI-IATRIDOU/DE WAART 125 f.

ein fein verteilter ausländischer Streubesitz gegenübersteht oder wenn im Anlagestaat eine schweizerische (weil ausländische) Mehrheitsbeteiligung untersagt ist. Auch die schweizerische Herkunft der gewährten Kredite oder die Staatsangehörigkeit der beschäftigten Arbeitnehmer können trotz schweizerischer Minderheitsbeteiligung zu einer schweizerischen Kontrolle führen.

B) Im Sinne einer stark modifizierten *Inkorporationstheorie*: Die juristischen Gebilde, die nach schweizerischem Recht konstituiert sind oder sonstwie rechtmässig organisiert sind⁸⁸, ihren Sitz im Gebiet der Schweiz haben und hier eine echte Wirtschaftstätigkeit entfalten. Kurz zusammengefasst, haben also alle von *Schweizern kontrollierten oder in der Schweiz ansässigen und geschäftstätigen Gesellschaften* unabhängig von ihrem Gründungsstatut die schweizerische Staatszugehörigkeit. Diese «Alternativlösung»⁸⁹ entspricht dem freiheitlichen Geist der Inkorporationstheorie. Denn Art. 154 Abs. 1 IPRG erlaubt eine problemlose Einwanderung ausländischer Gesellschaften in die Schweiz. Diese gewollte Freizügigkeit wäre aber mit einem erheblichen Makel versehen, wenn die eingewanderten (und gewissermassen «assimilierten») Gesellschaften gemäss ihrem Gründungsstatut weiterhin als ausländische behandelt würden. Sie müssten, um beim diplomatischen Schutz oder generell in öffentlich-rechtlichen Zusammenhängen als schweizerisch gelten zu können, wie bei der Sitztheorie nach schweizerischem Recht neu gegründet werden. Eine so verstandene sinngemässe Anwendung der Inkorporationstheorie ist aber unzweckmässig⁹⁰.

b) Grundstückerwerb durch Personen im Ausland

41. Die Staatszugehörigkeit juristischer Personen spielt beim Grundstückerwerb durch Personen im Ausland eine entscheidende Rolle. Hier findet sich die präziseste und eindeutigste Definition der Staatszugehörigkeit.

⁸⁸ Vgl. Art. 154 Abs. 1 IPRG!

⁸⁹ Wie sie im folgenden bezeichnet wird.

⁹⁰ Vgl. N. 60 lit. B) zu weiteren Einwänden gegen die Inkorporationstheorie.

42. Eine juristische Person gilt nach Art. 5 Abs. 1 lit. b und c des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG)⁹¹ als eine «Person im Ausland», wenn sie⁹²:

- ihren statutarischen oder tatsächlichen Sitz im Ausland hat. Solche Gesellschaften gelten auch dann als Personen im Ausland, wenn sie von Schweizern beherrscht werden oder
- ihren Sitz in der Schweiz haben, aber Personen im Ausland eine *beherrschende Stellung* im Sinne von Art. 6 BewG innehaben⁹³.

43. Eine beherrschende Stellung liegt dann vor, wenn eine Person im Ausland aufgrund ihrer finanziellen Beteiligung, ihres Stimmrechtes oder aus anderen Gründen allein oder gemeinsam mit anderen Personen im Ausland die Verwaltung oder Geschäftsführung entscheidend beeinflussen kann. Diese Beherrschung wird bei juristischen Personen vermutet, wenn Personen im Ausland:

- mehr als ein Drittel des Gesellschaftskapitals besitzen oder
- über mehr als ein Drittel der Stimmen verfügen,
- die Mehrheit des Stiftungsrates oder der Begünstigten einer Stiftung stellen oder
- der juristischen Person Fremdkapital in einem bestimmten Umfang zur Verfügung stellen⁹⁴.

c) Bankengesetzgebung

44. Die in der Schweiz tätigen Auslandsbanken⁹⁵ haben einerseits die üblichen Voraussetzungen zu erfüllen, damit ihnen die Bewilligung zum

⁹¹ vom 16.12.1983, SR 211.412.41.

⁹² Vgl. REIZE ELMAR, Bewilligungspflichtige Personen und Geschäfte, in: Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse, Neue Reihe, Band 23, St. Gallen 1985 21 —41, insb. S. 34 f.; VAUTIER CL6MY, L'application de la Loi sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger, Cinq ans de jurisprudence (1985-1989), RDAF 1990 325-392, insb. S. 335 ff.

⁹³ Vgl. BGE 113 Ib 289, 114 Ib 11.

⁹⁴ Vgl. präziser Art. 6 Abs. 1 und 2 BewG.

⁹⁵ Als ausländische Banken gelten: Sitze, Zweigniederlassungen, Agenturen von Banken mit Sitz im Ausland (selbst wenn sie von Schweizer Bürgern beherrscht werden), nach schweizerischem Recht organisierte, aber ausländisch beherrschte Banken.

Geschäftsbetrieb erteilt wird⁹⁶. Andererseits haben die Auslandsbanken im Vergleich zu schweizerischen Banken noch zusätzliche Bewilligungsvoraussetzungen⁹⁷ zu erfüllen. Der Gesetzgeber hat in Art. 3^{bis} Abs. 3 BankG ausländische von schweizerischen Banken unterschieden:

«Eine nach schweizerischem Recht organisierte Bank fällt unter Absatz 1 (Behandlung als ausländische Bank), wenn Ausländer direkt oder indirekt mit mehr als der Hälfte des Gesellschaftskapitals oder der Stimmen an ihr beteiligt sind oder auf sie in anderer Weise einen beherrschenden Einfluss ausüben. Als Ausländer gelten:

- a. natürliche Personen, die weder das Schweizer Bürgerrecht noch eine Niederlassungsbewilligung in der Schweiz besitzen.
- b. juristische Personen und Personengesellschaften, die ihren Sitz im Ausland haben oder, wenn sie ihren Sitz im Inland haben, von Personen gemäss Buchstabe a beherrscht sind.»

45. Die in der Schweiz niedergelassenen Ausländer und die Auslandschweizer gelten nicht als Ausländer im Sinne des BankG. Für die nach schweizerischem Recht organisierten Banken wird die Unterscheidung nach dem Kontrollprinzip vorgenommen, dabei ist eine Kontrolle von über 50% des Kapitals oder (alternativ) der Stimmen massgebend. Ein beherrschender, ausländischer Einfluss kann jedoch schon mit einer geringeren oder sogar keiner Kapitalbeteiligung bestehen. Letzteres ist dann möglich, wenn eine Bank ausländischen Kreditgebern gegenüber stark verschuldet ist oder wenn z. B. ein ausländischer Direktor dank seinen Kenntnissen und seiner Stellung die Geschäftsführung der Bank bestimmt⁹⁸.

46. Die Regelung des Art. 3^{bis} Abs. 3 lit. b BankG kann den Niederlassungsverträgen, welche die Schweiz mit ausländischen Staaten abgeschlossen hat, widersprechen⁹⁹. Manche dieser Verträge sehen nämlich

⁹⁶ Vgl. Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 8.11.1934 über die Banken und Sparkassen, SR 952.0 (BankG).

⁹⁷ Nämlich: Gegenrecht, Firma, Zusicherung der Nationalbank, vgl. Art. 3^{bis} Abs. 1 lit. a — c BankG.

⁹⁸ Vgl. BODMER DANIEL/KLEINER BEAT/LUTZ BENNO, Kommentar zu Art. 3 — 3^{ter} Bankengesetz N. 50, Zürich 1976 ff. (Loseblatt); SENN NIKOLAUS, Das Gegenrecht in der schweizerischen Bankengesetzgebung, Diss. Fribourg 1989, S. 51 ff; Botschaft vom 13.5.1970 des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Revision des Bankengesetzes, BB1 1970 I 1144-1203, insb. S. 1167.

⁹⁹ Die vor allem im letzten Jahrhundert abgeschlossenen Niederlassungsverträge haben allerdings im Laufe der Jahrzehnte eine erhebliche Relativierung erfahren. Die Staaten haben die grosszügigen Bestimmungen auf dem Wege von Zusatzabkommen

eine Gleichbehandlung von Schweizern und Ausländern vor. Allerdings ist umstritten, ob sich die staatsvertragliche Gleichbehandlung auch dann auf ausländische juristische Personen bezieht, wenn die Verträge dies nicht ausdrücklich vorsehen. Die schweizerische Praxis wendet die Gleichbehandlungsklauseln auch auf juristische Personen an¹⁰⁰. Der Konflikt zwischen Art. 3^{bis}Abs. 3 BankG¹⁰¹ und betreffendem Niederlassungsvertrag ist nach den entsprechenden Regeln zu entscheiden¹⁰².

4. Weitere Vorschriften

47. In der schweizerischen Gesetzgebung und in Staatsverträgen besteht eine Vielzahl von Vorschriften über die Staatszugehörigkeit juristischer Personen. Sie stellen alle auf die Kontrolltheorie ab; diese hat daher hinsichtlich ihrer Verbreitung eine erhebliche Bedeutung. Im Folgenden können diese Bestimmungen nur kurz vorgestellt werden.

48. Die Art. 20, 21 und 23 des Seeschiffahrtsgesetzes¹⁰³ stellen die strengsten Vorschriften bezüglich Staatszugehörigkeit auf. Art. 20 Abs. 2 fordert z. B., dass im Falle einer Organisation als Aktiengesellschaft nicht nur *alle Aktionäre* Schweizer Bürger sein müssen, sondern dass auch *drei Viertel der Aktionäre in der Schweiz wohnhaft* sein müssen.

oder der übereinstimmenden Praxis erheblich eingeschränkt, vgl. STOFFEL 114 ff.; STOFFEL WALTER A., Die Rechtsstellung der Auslandschweizer, SJIR 1989 Jubiläumsband) S. 221 -246, inbs. S. 243 ff.

¹⁰⁰ SJIR 1987 170 f.: Avis de droit de la Direction du droit international public, du 4.12.1986; SJIR 1984 154 ff: Communication de la Direction du droit international public du 22.12.1983; VPB 47 (1983) I Nr. 11 m. w. H.; SJIR 1977 202 f.: Arrêt de la Chambre de droit public du Tribunal Federal du 4.2.1976; HEINRICH PETER, Die Handels- und Gewerbefreiheit im Bankgewerbe, Bern/Stuttgart 1973, S. 427 ff; STOFFEL 213, Anm. 6 —9 m. w. H. A. M. GUGGENHEIM PAUL, Niederlassungsverträge, SJK Nr. 662, Genf 1943, S. 4.

Dabei stellt sich aber die m. W. bis heute unentschiedene Frage, wie bei juristischen Personen die Zugehörigkeit zu einem der beiden Vertragsstaaten festzustellen ist. In SJIR 1984 154 ff: Communication de la Direction du droit international public du 22.12.1983 blieb die Frage unentschieden.

¹⁰¹ Vgl. BODMER DANIEL/KLEINER BEAT/LUTZ BENNO, Kommentar zu Art. 3 — 3^{UER} Bankengesetz N. 48, Zürich 1976 ff. (Loseblatt).

¹⁰² Vgl. MÜLLER/WILDHABER 103 — 113; KÄLIN WALTER, Der Geltungsgrund des Grundsatzes «Völkerrecht bricht Landesrecht», in: Festgabe zum schweizerischen Juristentag 1988, ZBJV 124^{BS}, Bern 1988, S. 45-65, insb. S. 50 f. m. w. H.

¹⁰³ Bundesgesetz vom 23.9.1953 über die Seeschiffahrt unter der Schweizerflagge, SR 747.30.

49. Gemäss Art. 13 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 des Bundesbeschlusses über den Satellitenrundfunk¹⁰⁴ kann die Konzession erteilt werden, wenn der Bewerber eine juristische Person mit Sitz in der Schweiz ist, die nach dem *Kapital mindestens zur Hälfte und nach den Stimmen mindestens zu zwei Dritteln schweizerisch beherrscht* ist. Der Bundesrat kann diese Anforderung bei ausschliesslichen Programmen für ein internationales Publikum lockern (Abs. 2).

50. Das Bundesgesetz über die Investitionsrisikogarantie¹⁰⁵ bestimmt in Art. 4 lit. b, dass die Garantie u. a. nur juristischen Personen gewährt werden kann, die *schweizerisch beherrscht* sind und ihren Sitz in der Schweiz haben¹⁰⁶.

51. Nach Art. 52 Abs. 2 lit. c des Luftfahrtgesetzes¹⁰⁷ können in das schweizerische Luftfahrzeugregister Luftfahrzeuge u. a. eingetragen werden, wenn sie Eigentum juristischer Personen sind, die nach schweizerischem Recht errichtet sind und ihren Sitz in der Schweiz haben. Das Luftfahrtgesetz verlangt also die Inkorporation nach schweizerischem Recht. Ausserdem werden Luftfahrzeuge von Handelsgesellschaften und Genossenschaften, die gewerbmässig Personen oder Sachen mit Luftfahrzeugen befördern, im Register nur eingetragen, wenn die juristische Person weder kapitalmässig noch in anderer Weise durch *ausländische Interessen massgeblich beeinflusst* wird (Art. 53 Abs. 1 LFG)¹⁰⁸.

52. Nach Art. 4 Abs. 1 des Rohrleitungsgesetzes¹⁰⁹ wird eine Konzession für den Bau und den Betrieb einer Rohrleitungsanlage, welche die Landesgrenze kreuzt, nur u. a. an schweizerische juristische Personen erteilt, die eindeutig weder kapitalmässig noch in anderer Weise durch *ausländische Interessen einseitig beherrscht* werden.» Die Nationalitätsvorschrift-

¹⁰⁴ vom 18.12.1987, SR 784.402.

¹⁰⁵ vom 20.3.1970, SR 977.0.

¹⁰⁶ Nach Art. 2 Abs. 1 der Verordnung über die Exportrisikogarantie vom 15.1.1969, SR 946.111, ist der Kreis der Garantienehmer grosszügiger umschrieben: «Die Risikogarantie wird nur Firmen gewährt, die in der Schweiz niedergelassen und im Handelsregister eingetragen sind.»

¹⁰⁷ Bundesgesetz vom 21.12.1948 über die Luftfahrt (LFG), SR 748.0.

¹⁰⁸ Vgl. als Beispiel die Interpellation SALVIONI, Amtl Bull 1990 N 1290.

¹⁰⁹ Bundesgesetz vom 4.10.1963 über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brennstoffe, SR 746.1.

ten werden in Art. 9—12 der Rohrleitungsverordnung¹¹⁰ näher dargelegt. Der Begriff der ausländischen Beherrschung wird aber nicht ausgeführt.

53. Art. 40 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte¹¹¹ gestattet die Verleihung von Wasserrechten u. a. an juristische Personen. Diese müssen während der ganzen Dauer der Verleihung ihren Sitz in der Schweiz haben. Mindestens zwei Drittel der Mitglieder der Verwaltung müssen aus Schweizer Bürgern bestehen, die ihren Wohnsitz in der Schweiz haben. Diese Bestimmung verlangt lediglich *die Kontrolle der Verwaltung* durch Schweizer Bürger.

54. Wird nach Art. 5 Abs. 3 Satz 2 des Atomgesetzes¹¹² die Bewilligung etwa zur Errichtung einer Atomanlage (vgl. Art. 4 AtG) von einer juristischen Person nachgesucht, so kann der Bundesrat verlangen, dass mindestens *zwei Drittel der Verwaltung Schweizer Bürger* sein müssen, die in der Schweiz wohnen, und dass die juristische Person ihren Sitz in der Schweiz hat. Der Bundesrat kann also die *Kontrolle der Verwaltung* durch Schweizer Bürger verlangen.

55. Art. 3 Abs. 2 des Konkordates betreffend die Schürfung und Ausbeutung von Erdöl¹¹³ fordert, dass mindestens *drei Viertel des Aktienkapitals der Ausbeutungsgesellschaft* sich dauernd in schweizerischem Eigentum befinden müssen. Diese Bestimmung hat indessen kaum eine praktische Bedeutung erlangt, sie zeigt aber, dass auch das kantonale Recht im Zuständigkeitsbereich der Kantone die schweizerische Staatszugehörigkeit juristischer Personen verlangen kann¹¹⁴.

¹¹⁰ vom 11.9.1968, SR 746.11. in vom 22.12.1916, SR 721.80.

¹¹² Bundesgesetz vom 23.12.1959 über die friedliche Verwendung der Atomenergie und den Strahlenschutz (AtG), SR 732.0.

¹¹³ vom 24.9.1955, SR 931.1. Es gilt für die Kantone Schwyz, Glarus, Zug, Schaffhausen, Appenzell A. und I. Rh., St. Gallen, Zürich, Aargau, Thurgau.

¹¹⁴ Das kantonale Recht könnte etwa in Subventionserlassen oder im Submissionsrecht weitere derartige Bestimmungen enthalten und z. B. auch eine Kantonzugehörigkeit der juristischen Personen definieren. Im Rahmen dieses Beitrages wurde das kantonale Recht jedoch nicht danach durchgesehen. Auf das bemerkenswerte Beispiel des Art. 54 Abs. 3 Ziff. 2 der Nidwaldner Kantonsverfassung vom 10.10.1965, SR 131.216.2 ist dennoch hinzuweisen. Diese Bestimmung verleiht auch den juristischen Personen mit Sitz im Kanton Nidwalden ein politisches Recht, nämlich die Einzel-Finanzinitiative.

56. Schliesslich ist im Sinne eines ergänzenden Hinweises hervorzuheben, dass auch das *Privatrecht*¹¹⁵ schweizerische und ausländische Gesellschaften unterscheidet. Dabei wird in aller Regel auf die Inkorporation nach schweizerischem oder ausländischem Recht abgestellt.

57. Es ist im Rahmen dieses Aufsatzes nicht möglich, alle Bestimmungen von Staatsverträgen vorzustellen, welche die juristischen Personen einem bestimmten Staat zuordnen oder diese Zuordnung zumindest voraussetzen. Allerdings wurde bereits auf einige bedeutsame Kategorien solcher Verträge hingewiesen, nämlich das Lugano-Übereinkommen¹¹⁶, die Investitionsschutzabkommen¹¹⁷ und die Gleichbehandlungsklauseln in Niederlassungsverträgen¹¹⁸. Dem noch zu behandelnden EWG-Vertrag¹¹⁹ soll wegen seiner besonderen Aktualität vor dem Hintergrund des europäischen Binnenmarktes ein eigener Abschnitt gewidmet werden.

5. Zwischenbilanz

a) Vielgestaltigkeit der Kontrolltheorie

58. Die schweizerische Gesetzgebung und das bilaterale Staatsvertragsrecht nehmen bemerkenswerterweise in fast¹²⁰ allen verwaltungsrechtlichen Materien die Bestimmung der Staatszugehörigkeit nach der Kontrolltheorie vor. Damit hat es mit den allgemeingültigen Feststellungen auch bereits sein Bewenden. Denn die Bestimmung der Staatszugehörigkeit im Sinne der Kontrolltheorie erfolgt in den oben wiedergegebenen Erlassen sehr unterschiedlich¹²¹. Dieselbe juristische Person kann in einer Gesetzgebungsmaterie schweizerischer und in einer anderen Materie ausländischer Staatszugehörigkeit sein. Immerhin lassen sich die zwei erwähnten¹²² Spielarten der Kontrolltheorie ausmachen: die Kontrolle bloss

¹¹⁵ Vgl. z. B. Art. 14 SchIT OR und insbesondere die Art. 161-163 IPRG.

¹¹⁶ Vgl. N. 17.

¹¹⁷ Vgl. N. 35-37.

¹¹⁸ Vgl. N. 46, Anm. 100.

¹¹⁹ Vgl. N. 63-77.

¹²⁰ Vgl. die Ausnahme gewisser Investitionsschutzabkommen: N. 37.

¹²¹ STEIGER 7; HAMEL 369; KEGEL GERHARD, Internationales Privatrecht, 6. A., München 1987, S. 363; VPB 44 (1980) Nr. 104, S. 510.

¹²² Vgl. N. 25.

der Verwaltung¹²³ oder die Kontrolle eines bestimmten Kapitalanteils¹²⁴ durch Schweizer Bürger bzw. Ausländer. Die gesetzlichen Bestimmungen verlangen häufig zusätzlich einen schweizerischen Sitz der juristischen Person oder sogar der Kapitaleigentümer.

59. In der Literatur findet sich zuweilen die Aussage, es könne keine staatenlosen juristischen Personen geben, da diese ja erst gestützt auf eine Rechtsordnung gegründet werden können¹²⁵. Diese Aussage ist indessen nur richtig, wenn die Inkorporationstheorie universelle Geltung erlangt hätte; dies ist aber keineswegs der Fall. Beim diplomatischen Schutz beispielsweise kann es ohne weiteres vorkommen, dass eine juristische Person von keinem Staat geschützt wird; sie ist in diesem Sinn staatenlos¹²⁶. Umgekehrt können zwei Staaten versucht sein, über ihr Aussenwirtschaftsrecht das Verhalten einer bestimmten Gruppe internationaler Unternehmungen zu lenken. Diese Unternehmungen werden wegen einer extensiven Fassung der Staatszugehörigkeit durch das Aussenwirtschaftsrecht zweier Staaten erfasst. In diesem Sinn sind sie Doppelstaater¹²⁷. Diese Beispiele zeigen deutlich, dass sich allgemeine Aussagen oft durch Gegenbeispiele entkräften lassen und daher einen geringen Wert besitzen.

b) Bestimmung der Staatszugehörigkeit im Einzelfall

60. Die Staatszugehörigkeit ist in *konkreten Einzelfällen* folgendermassen zu bestimmen:

A) Die verwaltungsrechtliche Gesetzgebung kann für ihren Bereich selber *Spezialregeln* zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit aufstellen. Diese besonderen Regelungen folgen meist der Kontrolltheorie. So bestimmt etwa das Bundesgesetz über den Grundstückerwerb durch Perso-

¹²³ Bei der Verleihung von Wasserrechten N. 53, der Errichtung von Atomanlagen N. 54 sowie der Gründung einer Aktiengesellschaft, GmbH oder Genossenschaft nach schweizerischem Recht N. 26.

¹²⁴ Vgl. beim diplomatischen Schutz N. 29 —40; beim Grundstückerwerb durch Personen im Ausland N. 41—43; bei der Bankengesetzgebung N. 44 — 46; bei der Seeschiffahrt unter Schweizer Flagge N. 48; beim Satellitenrundfunk N. 49; bei der Investitionsrisikogarantie N. 50; beim Luftfahrtgesetz N. 51; bei Rohrleitungsanlagen N. 52 und bei der Ausbeutung von Erdölvorkommen N. 55.

¹²⁵ Vgl. VERDROSS ALFRED/SIMMA BRUNO, *Universelles Völkerrecht*, 3. A., Berlin 1984, S. 795; PATZINA 16, Anm. 93; a. A. MAMELOK 26 ff.; RÜEGGER 41, Anm. 2.

¹²⁶ Vgl. N. 39.

¹²⁷ Vgl. N. 81 Anm. 161.

nen im Ausland exakt aufgrund der Kontrolltheorie, wann eine juristische Person als eine «Person im Ausland» gilt¹²⁸.

B) Spielt in einem Rechtsgebiet die Staatszugehörigkeit einer juristischen Person oder Personengemeinschaft eine Rolle, fehlen aber entsprechende Regelungen, so ist nach Auffassung des Bundesgerichtes und einiger Autoren *sinngemäss auf die IPR-Regeln über das Personalstatut zurückzugreifen*¹²⁹. Da sich der Bundesgesetzgeber in Art. 154 Abs. 1 IPRG grundsätzlich für die Inkorporationstheorie entschieden hat, erhält eine juristische Person die Zugehörigkeit desjenigen Staates, nach dessen Recht sie gegründet worden ist. Das alleinige Abstellen auf die Inkorporation ist aber m. E. mit drei erheblichen Nachteilen behaftet. (1) So gilt eine Gesellschaft, die nach schweizerischem Recht gegründet wurde, nun aber später ihren Sitz und ihre Tätigkeit gänzlich ins Ausland verlegt, weiterhin als schweizerische Gesellschaft. (2) Umgekehrt gilt eine von Schweizern im Ausland gegründete Gesellschaft¹³⁰ als ausländisch. (3) Wenn schon die IPR-Regeln sinngemäss angewandt sein sollen, so darf Art. 154 Abs. 2 IPRG nicht übersehen werden: Erfüllt eine juristische Person die Publizitäts- oder Registrierungsvorschriften nicht, oder hat sie sich, wenn solche Vorschriften fehlen, nicht nach dem Recht dieses Staats organisiert, so kommt subsidiär noch die Sitztheorie zum Zuge. Diese ist aber für die Bestimmung der Staatszugehörigkeit untauglich¹³¹. Diese drei Nachteile würden vermieden, wenn die beim diplomatischen Schutz vorgeschlagene Alternativlösung¹³² in all jenen Bereichen gelten würde, wo spezielle Regelungen fehlen. Danach besäßen alle von *Schweizern kontrollierten oder in der Schweiz ansässigen und zugleich geschäftstätigen Gesellschaften* unabhängig von ihrem Gründungsstatut die schweizerische Staatszugehörigkeit. Die Alternativlösung entspricht auch dem freiheitlichen Geist der Inkorporationstheorie¹³³.

C) *Die alleinige Anwendung der Kontrolltheorie, die einen Durchgriff auf die sich hinter einer juristischen Person verbergenden Personen bedeu-*

¹²⁸ Vgl. N. 41-43.

¹²⁹ BGE 102 Ia 410, das Bundesgericht lehnte die Anwendung der Kontrolltheorie ausdrücklich ab; **HANGARTNER II** 40; **OESCH RICHARD**, Anerkennung der steuerlichen Rechtsfähigkeit ausländischer Unternehmungen, ASA 1988/1989 401 -429, insb. S. 407 ff.

¹³⁰ Um z. B. überhaupt am EG-Binnenmarkt teilhaben zu können, vgl. N. 68.

¹³¹ Vgl. N. 13.

¹³² Vgl. N. 40.

¹³³ Vgl. N. 40.

tet, ist in allen Fällen offensichtlichen Rechtsmissbrauchs geboten¹³⁴. Die Gesetzgebung über den Grundstückserwerb durch Personen im Ausland musste daher zu Recht ausschliesslich auf die Kontrolltheorie abstellen; die Sitz- oder Inkorporationstheorie hätten dem Rechtsmissbrauch Tür und Tor geöffnet und das angestrebte Ziel vereitelt.

61. Öffentlich-rechtliche juristische Personen besitzen die Zugehörigkeit zu demjenigen Staat, dessen Gesetzgebung sie geschaffen hat. Bei ihnen dürften alle drei fraglichen Theorien das gleiche Ergebnis liefern.

c) Beispiel: die Handels- und Gewerbefreiheit ausländischer juristischer Personen

62. Nach der neuen bundesgerichtlichen Rechtsprechung können sich sowohl Schweizer als auch Ausländer auf die Handels- und Gewerbefreiheit des Art. 31 BV berufen. Den Ausländern steht jedoch dieses Grundrecht dann nicht zu, wenn das auf Art. 69^{ter} BV beruhende Fremdenpolizeirecht des Bundes sie vom schweizerischen Arbeitsmarkt ausschliesst¹³⁵. Die Konsequenzen der geänderten Rechtsprechung des Bundesgerichtes sind in bezug auf die ausländischen juristischen Personen unklar. Zwar schützt Art. 31 BV auch die juristischen Personen. Aber das Fremdenpolizeirecht des Bundes erfasst selbstverständlich nur natürliche, nicht aber juristische Personen. Daher wäre es naheliegend, wenn sich die ausländischen juristischen Personen grundsätzlich ohne Einschränkungen auf Art. 31 BV berufen könnten. Damit würde freilich die Notwendigkeit einer Unterscheidung zwischen ausländischen und schweizerischen juristischen Personen entfallen. Gemäss der bisherigen Rechtslage war es notwendig, zwischen schweizerischen und ausländischen juristischen Personen zu unterscheiden, weil den ausländischen (juristischen) Personen die Handels- und Gewerbefreiheit nur beschränkt zustand^{136a}. Nach der Auffassung wichtiger Autoren ist — sofern positivrechtliche Regelungen zu dieser Frage fehlen — sinn gemäss auf das Personalstatut der juristischen Personen nach den IPR-Regeln abzustellen¹³⁶. Danach besitzen die juristi-

¹³⁴ Gl. A. HUWYLER 80; HEINRICH PETER, Die Handels- und Gewerbefreiheit im Bankgewerbe, Bern/Stuttgart 1973, S. 106.

¹³⁵ BGE 116 Ia 237 (Änderung der Rechtsprechung).

^{135a} Nach BGE 108 Ia 148 konnten sich die Ausländer nicht auf Art. 31 BV berufen, wenn sie gerade wegen ihrer Ausländerqualität besonderen wirtschaftspolitischen Einschränkungen unterworfen waren.

¹³⁶ Vgl. N. 59.

sehen Personen die Staatszugehörigkeit des Inkorporationsstaates¹³⁷. Die erwähnten Nachteile der Inkorporationstheorie¹³⁸ wiegen gerade für den Bereich der Handels- und Gewerbefreiheit schwer. Warum sollte sich eine von Schweizern im Ausland gegründete Gesellschaft nicht auf die Handels- und Gewerbefreiheit berufen können? Die vorgeschlagene Alternativlösung¹³⁹ würde alle Nachteile vermeiden und wäre m. E. vorzuziehen. Die publizierte Rechtsprechung hat diese Frage m. W. noch nie entschieden. Der kommende europäische Binnenmarkt wird für dieses Problem eine eigene Lösung vorsehen¹⁴⁰.

IV. Exkurs: Die Niederlassungsfreiheit der juristischen Personen in der EG

1. Zweck von Art. 58 EWGV

63. Die Europäischen Gemeinschaften bezwecken die Schaffung eines gemeinsamen Marktes bis zum 31.12.1992. Das Ziel soll durch die Gewährleistung der Freiheiten des Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehrs verwirklicht werden. Der geplante EWR will binnenmarktähnliche Verhältnisse in dem von EG- und EFTA-Ländern gebildeten Raum schaffen¹⁴¹. Die Schweiz beabsichtigt allerdings, Ausnahmenregelungen zu beanspruchen¹⁴².

¹³⁷ VALLENDER KLAUS, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, Bern 1991, S. 45; HANGARTNER II 40; unklar MARTI HANS, Die Wirtschaftsfreiheit der schweizerischen Bundesverfassung, Basel/Stuttgart 1976, S. 33; er lehnt die Kontrolltheorie wegen ihrer Rechtsunsicherheit ab, möchte stattdessen auf den Sitz (aber welchen?) abstellen.

¹³⁸ Vgl. N. 60 lit.B).

¹³⁹ Vgl. N. 40 für den diplomatischen Schutz und N. 60 lit. B) für den subsidiären Bereich, wo besondere Spezialregelungen fehlen.

¹⁴⁰ Vgl. N. 77.

¹⁴¹ SCHWEITZER MICHAEL/HUMMER WALDEMAR, Europarecht, 3. A., Neuwied/Frankfurt a. M. 1990, S. 259.

¹⁴² Vgl. insbesondere den Informationsbericht des Bundesrates über die Stellung der Schweiz im europäischen Integrationsprozess vom 26.11.1990, Bern: EDMZ 1990; siehe ferner: Der Europäische Wirtschaftsraum (EWR), in: Documenta 4/1989, S. 3 f.; Stellungnahme von Bundesrat DELAMURAZ zum EWR, in: EFTA-Bulletin 4/89-1/90, S. 11; Mitteilung der Kommission an den Rat über die künftigen Beziehungen zwischen der Gemeinschaft und der EFTA, in: MEYER-MARSILIUS HANS-JOACHIM u. a. (Hrsg.), Beziehungen Schweiz —EG, (Loseblatt, Stand: 2. Ergänzungslieferung), Zürich 1990.

64. An den vier Freiheiten haben natürliche und juristische Personen sowie Personengemeinschaften ohne Rechtspersönlichkeit teil. Die Schweiz wird insbesondere in bezug auf die Niederlassungsfreiheit der juristischen Personen kaum Vorbehalte anbringen¹⁴³. Nach Art. 58 Abs. 1 EWGV ist das Kapitel über die Niederlassungsfreiheit (Art. 52 ff. EWRV) auch auf Gesellschaften anwendbar, die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates gegründet worden sind und die ihren satzungsmässigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben¹⁴⁴.

65. Art. 58 Abs. 1 EWGV behandelt EG-Gesellschaften und EG-Staatsangehörige *in bezug auf das freie Niederlassungsrecht* gleich. Bei den natürlichen Personen stellt die Staatsangehörigkeit zu einem Mitgliedstaat die Verbindung zur EG her. Bei den juristischen Personen und Personengesellschaften lässt Art. 58 Abs. 1 EWGV an die Stelle der Staatsangehörigkeit zwei Voraussetzungen treten. Art. 58 Abs. 1 EWGV bedient sich zweier traditioneller Anknüpfungspunkte des IPR, nämlich der *Inkorporation* nach dem Recht eines EG-Mitgliedstaates *und* kumulativ des *tatsächlichen Sitzes*.

66. Die Gründung einer juristischen Person hat nach dem Recht eines EG-Mitgliedstaates zu erfolgen. Es sind alle Voraussetzungen dieses Rechtes zu beachten, etwa Anforderungen an die Satzung, Registereintragungen und notarielle Akte.

67. Die derart gegründete Gesellschaft muss ferner entweder ihren satzungsmässigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung in einem Mitgliedstaat haben. Dieses Erfordernis wird im Regelfall

¹⁴³ Dokumentation des EDA und des EVD, «Der Europäische Wirtschaftsraum (EWR)», in: Documenta 4/1989, S. 3 f., erwähnt nur die Vorbehalte der Schweiz in bezug auf die Freizügigkeit der natürlichen Personen.

¹⁴⁴ Art. 58 EWGV gilt auch für die Dienstleistungsfreiheit (Art. 59 Abs. 1 EWGV): vgl. den Verweis des Art. 66 EWGV.

Art. 16 Abs. 6 lit. a Ziff. (ii) des Übereinkommens zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) vom 4.1.1960, SR 0.632.31, bestimmt ähnlich wie Art. 58 Abs. 1 EWGV die Staatszugehörigkeit der juristischen Personen in bezug auf die Niederlassungsfreiheit nach der Inkorporationstheorie; vgl. dazu PIONTEK 20 f. Vgl. BGE 116 Ib 299 ff., insb. S. 303 f., wo es um die EFTA-Zugehörigkeit einer Unternehmung i. S. v. Art. 16 Abs. 1 des EFTA-Übereinkommens ging.

erfüllt sein¹⁴⁵. Auch die von Art. 52 Abs. 1 Satz 2 EWGV geforderte Ansässigkeit der juristischen Person wird meist gegeben sein.

68. Es spielt hingegen keine Rolle, welche Staatsangehörigkeit die Gründer, Gesellschafter, Mitglieder der Verwaltung oder Kapitaleigentümer besitzen; Art. 58 Abs. 1 EWGV schliesst die Kontrolltheorie aus¹⁴⁶. Schweizer Bürger, die in einem der EG-Mitgliedstaaten eine Tochtergesellschaft gründen, die dort z. B. ihren satzungsmässigen Sitz hat, können also die Vorteile des EG-Binnenmarktes bereits nutzen¹⁴⁷.

2. Die Verwirklichung des Niederlassungsrechtes für juristische Personen

a) Allgemeines

69. In bezug auf die *Gewährung des Niederlassungsrechtes* entscheidet sich Art. 58 Abs. 1 EWGV für die *Inkorporationstheorie* verbunden mit gewissen Sitz- und Ansässigkeitserfordernissen.

70. Das freie Niederlassungsrecht der juristischen Personen gemäss Art. 58 Abs. 1 EWGV bedeutet, dass juristische Personen die Möglichkeit haben sollen «auszuwandern». Sie dürfen ihren satzungsmässigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung in einen anderen Mitgliedstaat verlegen oder dort Tochtergesellschaften gründen oder Zweigniederlassungen eröffnen. Damit stellt sich das erwähnte Rechtsanwendungsproblem¹⁴⁸, d. h. die Frage, wie das nationale IPR die ausländischen Gesellschaften behandelt. Aber auch die öffentlich-rechtliche Gesetzgebung, etwa die wirtschaftspolizeilichen und -politischen Vorschriften und insbesondere das Steuerrecht spielen eine bedeutende Rolle. Je nachdem kann nämlich die Sitzverlegung, die Eröffnung von Zweigniederlassungen oder die Gründung von Tochtergesellschaften erheblich erschwert werden.

¹⁴⁵ Vgl. zur Ausnahme des niederländischen Gesellschaftsrechts: DIEPHUIS 354; TROBERG, Korn, zu Art. 58 EWGV N. 3; RANDELZHOFFER, Korn, zu Art. 58 EWGV N. 14.

¹⁴⁶ Vgl. RANDELZHOFFER, Korn, zu Art. 58 EWGV N. 14; TROBERG, Korn, zu Art. 58 EWGV N. 4.

¹⁴⁷ Vgl. Bericht vom 24.8.1988 über die Stellung der Schweiz im europäischen Integrationsprozess, BB1 1988 II 249, insb. S. 364.

¹⁴⁸ Vgl. N. 7.

b) Sitz Verlegung

71. Art. 58 Abs. 1 EWGV — dies muss deutlich herausgestellt werden — befasst sich mit der Niederlassungsfreiheit der juristischen Personen und stellt keine IPR-Kollisionsregel auf¹⁴⁹. Dass bei einer Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit das IPR-Problem der Sitzverlegung grosse Bedeutung besitzt, haben die EWG-Vertragsparteien erkannt. Art. 220 Abs. 3 EWGV sieht nämlich ein europäisches Übereinkommen über die Anerkennung von juristischen Personen vor. Ein derartiges Übereinkommen wurde zwar abgeschlossen, konnte jedoch wegen der fehlenden Ratifikation durch die Niederlande nicht in Kraft treten¹⁵⁰.

72. Das liberale Personalstatut des Inkorporationsortes verwirklicht den Sinn von Art. 58 Abs. 1 EWGV am besten¹⁵¹. Die Art. 1 und 2 des erwähnten Übereinkommens über die Anerkennung juristischer Personen legen sich dementsprechend auf die Inkorporationstheorie fest. Die Anerkennung bewirkt, dass Gesellschaften und juristische Personen diejenige Rechts-, Geschäfts- und Handlungsfähigkeit erwerben, die ihnen von dem *Recht zuerkannt wird, nach dem sie gegründet* worden sind. Dieser Grundsatz wird allerdings von den erheblichen Ausnahmen der Art. 3 und 4 praktisch zurückgenommen. Art. 3 gestattet jedem Staat die Erklärung, dass er das Übereinkommen nicht auf diejenigen Gesellschaften und juristischen Personen anwendet, deren tatsächlicher Sitz sich ausserhalb des räumlichen Geltungsbereiches befindet, wenn diese Gesellschaften und juristischen Personen nicht in Verbindung («genuine link») mit der Wirtschaft eines Vertragsstaates stehen. Von dieser Möglichkeit haben die Bundesrepublik Deutschland, Frankreich und Italien Gebrauch gemacht. Sie wollten die nach niederländischem Recht gegründeten, aber von amerikanischen Interessen beherrschten Unternehmungen vom Schutzbereich des Übereinkommens ausnehmen¹⁵². Noch schwerer wiegt die Ausnahme des Art. 4; danach kann jeder Vertragsstaat erklären, dass er die von ihm als zwingend angesehenen Vorschriften seines eigenen Rechts auf die anerkannten juristischen Personen anwendet, die zwar nach dem

¹⁴⁹ Diesen Unterschied betont RANDELZHOFFER, Kom. zu Art. 58 EWGV N. 10 und 11 zu wenig deutlich.

¹⁵⁰ Deutsches Bundesgesetzblatt 1972 II 369; DIEPHUIS 347; TROBERG, Kom. zu Art. 58 EWGV N. 7.

¹⁵¹ Vgl. die Botschaft vom 21.2.1990 betreffend das Lugano-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, BB1 1990 II 265, insb. 281; ferner RANDELZHOFFER, Kom. zu Art. 58 EWGV N. 10 f.

¹⁵² Vgl. DIEPHUIS 354.

Recht eines anderen Vertragsstaates gegründet worden sind, ihren tatsächlichen Sitz aber in seinem Hoheitsgebiet haben. Der Sitzrechtsvorbehalt des Art. 4 — von dem alle ratifizierenden Staaten Gebrauch gemacht haben — erlaubt die Aufspaltung in ein Gründungs- und ein Sitzstatut. Damit führt es zur parallelen Anwendung zweier Rechtsordnungen und zu kaum lösbaren Widersprüchen. Das Übereinkommen erfüllt den beabsichtigten Zweck nicht. Die Lehre hat es denn auch kritisiert, zumal es noch mit der überholten Anerkennungstheorie operiert¹⁵³. Immerhin hat das Übereinkommen im Grundsatz die Inkorporationstheorie verankert. Der schweizerische Gesetzgeber ist ihr deshalb mit gutem Grund¹⁵⁴ in Art. 154 Abs. 1 IPRG gefolgt.

73. Da im kontinentaleuropäischen Raum die Sitztheorie immer noch vorherrschend ist¹⁵⁵, werden eingewanderte Gesellschaften nichtig. Denn sie haben sich nicht den zwingenden Gründungsvorschriften des effektiven Sitzstaates unterzogen. In der Praxis ist die Sitzverlegung unter Beibehaltung der Rechtspersönlichkeit und der Identität mit erheblichen Verfahrensumtrieben und insbesondere mit einer Besteuerung der stillen Reserven verbunden. Die juristischen Personen kennen daher faktisch keine Freizügigkeit der Sitzverlegung.

c) Zweigstellen und Tochtergesellschaften

74. Bedeutend einfacher als die Sitzverlegung sind die Gründung von Tochtergesellschaften oder die Eröffnung von Zweigniederlassungen in einem EG-Mitgliedstaat zu bewerkstelligen. Die meisten Rechtsordnungen gestatten dies ohne weiteres, wenn diese Gesellschaften auch etwa Vorschriften über die Registrierung oder das Firmenrecht des Aufent-

¹⁵³ Vgl. z. B. DIEPHUIS 354 f.; PANTHEN THOMAS, Der Sitzbegriff im internationalen Gesellschaftsrecht, Frankfurt a. M. usw. 1988, S. 78 — 82; TIMMERMANS C.W.A., The Convention of 29 February 1968 on the Mutual Recognition of Companies and Firms. A few comments from the European law point of view, Netherlands International Law Review 1980 357 — 361. Vgl. weitere kritische Punkte bei SCHWARTZ Ivo, Kommentar zu Art. 220 EWGV, in: GROEBEN HANS VON DER u. a. (Hrsg.), Handbuch des Europäischen Rechts (HER). Systematische Sammlung mit Erläuterungen, Loseblattsammlung, N. 115— 119. Die deutsche Lehre hat mit Recht die Art. 1 und 2, welche die «Anerkennung» aussprechen, als rein deklaratorisch angesehen; vgl. DROBNIG ULRICH, Das EWG-Übereinkommen über die Anerkennung von Gesellschaften und juristischen Personen, Die Aktiengesellschaft 1973, S. 90-98, 125- 131, insb. S. 93.

¹⁵⁴ Der Schlussbericht 268 rät dem Gesetzgeber deshalb zur Inkorporationstheorie, vgl. auch N. 14- 16, 75.

¹⁵⁵ Vgl. N. 11.

haltsstaates zu beachten haben¹⁵⁶. Sie können aber vollumfänglich am inländischen Rechtsverkehr teilnehmen. Die faktische Unmöglichkeit der Sitzverlegung hat sich daher in bezug auf die Niederlassungsfreiheit im Binnenmarkt nicht allzu schwerwiegend ausgewirkt.

3. Bedeutung von Art. 58 EWGV für die Schweiz

75. Im Hinblick auf Art. 58 Abs. 1 EWGV hat der Bundesgesetzgeber eine bedeutsame Weichenstellung bereits vollzogen: Art. 154 Abs. 1 IPRG folgt — im Gegensatz zur Gesetzgebung der meisten kontinentaleuropäischen Staaten — der liberalen Inkorporationstheorie. Die Schweiz hat diesbezüglich einen «Integrations-Vorsprung». Sollte im Binnenmarkt die Niederlassungsfreiheit für die juristischen Personen effektiv verwirklicht werden, so müssten auch die übrigen europäischen Staaten über kurz oder lang auf die Inkorporationstheorie umstellen.

76. Bemerkenswert ist immerhin, dass sowohl Art. 58 Abs. 1 EWGV wie auch Art. 16 Abs. 6 des EFTA-Übereinkommens¹⁵⁷ für die Bestimmung der EG/EFTA-Zugehörigkeit der juristischen Personen auf die Inkorporationstheorie abstellen. Die Vertragsparteien haben offenbar die generellen Vorteile der Inkorporationstheorie erkannt. Diese Tatsache macht den Vorschlag umso prüfenswerter, ob nicht in ausgewählten Materien die Kontrolltheorie durch die Inkorporationstheorie zu ersetzen wäre.

77. Der künftige EWR-Vertrag wird mit Sicherheit die Differenzierung nach der Staatszugehörigkeit in den wichtigen Bereichen des Grundstückerwerbs durch Personen im Ausland und der Bankengesetzgebung als solche berühren, wenn auch das EG-Recht Ausnahmeregelungen¹⁵⁸

¹⁵⁶ Auch die schweizerische Rechtsordnung erlaubt dies; vgl. Art. 161 f. IPRG. Je nach Branchen kommen noch öffentlich-rechtliche Zulassungsbeschränkungen zum Zuge; vgl. z. B. für die Banken N. 44 und Anm. 97.

¹⁵⁷ Vgl. Anm. 144.

¹⁵⁸ Der Grundstückerwerb durch Ausländer kann in den EG-Mitgliedstaaten nur noch teilweise beschränkt werden; vgl. RANDELZHOFFER, Kom. zu Art. 54 EWGV N. 27 f., und RESS GEORG, Kom. zu Art. 67 EWGV N. 13, in: GRABITZ EBERHARD (Hrsg.), Kommentar zum EWG-Vertrag, München 1983 ff. (Loseblatt), Stand: 3. Ergänzungslieferung; vgl. zu den Sonderbestimmungen für Auslandsbanken HERTIG GERARD, Droit bancaire et boursier, in: SCHINDLER DIETRICH u. a. (Hrsg.), Die Europaverträglichkeit des schweizerischen Rechts, Zürich 1990, S. 419 — 460, insb. S. 440 f.

zulässt. Eine Gleichstellung der juristischen Personen im EWR würde die hier behandelten Differenzierungskriterien weitgehend hinfällig machen. Die Differenzierungen hätten dann nur noch in bezug auf allfällige Ausnahmeregelungen und in bezug auf Drittstaaten die gegenwärtige Bedeutung.

V. Zusammenfassung und Ausblick

78. Die ausländischen juristischen Personen bleiben in der schweizerischen Rechtsordnung rechtsbeständig; daher kann sich überhaupt erst die Frage stellen, welchem Staat sie zugehören. Die Bundesgesetzgebung und das Staatsvertragsrecht unterscheiden in öffentlich-rechtlichen Zusammenhängen die Staatszugehörigkeit juristischer Personen fast durchwegs nach der Kontrolltheorie. Je nach Sachbereich stellt diese lediglich auf die Kontrolle der Verwaltung oder aber auf die Kontrolle des Gesellschaftskapitals durch Schweizer Bürger ab. Die sehr unterschiedlichen Definitionen der Staatszugehörigkeit gemäss der Kontrolltheorie erschweren indessen allgemeingültige Aussagen erheblich.

79. Man mag sich fragen, ob die verschiedenartigen Spezialvorschriften über die Staatszugehörigkeit nicht in dem Sinne zu vereinheitlichen wären, dass — analog zum Bürgerrechtsgesetz — ein «Staatszugehörigkeitsgesetz» für die juristischen Personen geschaffen werden sollte. Dies ist zu verneinen, denn die unterschiedlichen Regelungen stören einander nicht; zudem gelten sie meist für eng umschriebene Sachgebiete wie Schifffahrt, Luftfahrt oder Errichtung von Atomanlagen. Der *eine* Begriff «Staatszugehörigkeit» darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass die verschiedenen Materien unterschiedliche Definitionen erfordern.

80. In der Literatur wird vorgeschlagen, die *Kontrolltheorie* generell durch die *Inkorporationstheorie* zu ersetzen oder im subsidiären Bereich, wo spezielle Regelungen zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit fehlen, sinngemäss auf die IPR-Regeln über das Personalstatut von Gesellschaften abzustellen¹⁵⁹. Die Inkorporationstheorie hat tatsächlich den Vorteil, dass sie gegenüber der Kontrolltheorie die Staatszugehörigkeit juristischer

¹⁵⁹ Vgl. N. 60 B).

Personen eindeutiger bestimmt und zudem deren Rechtspersönlichkeit respektiert. Sie hat aber den erheblichen Nachteil, dass Personen, die keine Beziehung zur Schweiz haben, als schweizerische bezeichnet werden und umgekehrt, dass Personen, die enge Beziehungen zum schweizerischen Wirtschaftsraum pflegen, womöglich als Ausländer behandelt werden. Diese Theorie ist für die Zwecke des öffentlichen Rechts zu formalistisch. In der Praxis stellt kein Staat und auch nicht Art. 58 Abs. 1 EWGV *allein* auf die Inkorporation ab; vielmehr müssen zusätzliche Ansässigkeits- und Sitzerfordernisse gegeben sein. Beiden Theorien wäre die vermittelnde Alternativlösung vorzuziehen, wie sie in den Investitionsschutzabkommen mit Ungarn und Polen verwendet wurde. Letztere entspricht auch besser dem freiheitlichen Geist der Inkorporationstheorie gemäss Art. 154 Abs. 1 IPRG. Nach dieser Alternativlösung haben alle von Schweizern kontrollierten *oder* in der Schweiz ansässigen und zugleich geschäftstätigen Gesellschaften unabhängig von ihrem Gründungsstatut die schweizerische Staatszugehörigkeit. In manchen Bereichen wäre die Einführung dieser Alternativlösung prüfenswert. Allerdings würde dies — da die entsprechenden Regelungen gesetzlich vorgesehen sind — zumeist¹⁶⁰ Gesetzesänderungen erfordern.

81. Der schweizerischen Gesetzgebung kann nicht vorgeworfen werden, sie versuche durch eine extensive Umschreibung der «inländischen» juristischen Personen, in das Wirtschafts- und das Feindhandelsrecht anderer Staaten einzugreifen¹⁶¹. Gerade dieses Beispiel zeigt, dass ohne weiteres Konflikte in der Bestimmung der Staatszugehörigkeit juristischer Personen auftreten können. Dies ist der Fall, wo zwei Staaten eine extensive Umschreibung der Zugehörigkeit einer juristischen Person verwenden, so dass diese gewissermassen zum «Doppelstaater» wird. Umgekehrt kann es etwa in bezug auf den diplomatischen Schutz auch «staatenlose», also schutzlose juristische Personen geben.

¹⁶⁰ Ausser beim diplomatischen Schutz, vgl. N. 27.

¹⁶¹ Im Gegensatz zu den USA: Vgl. das anschauliche Beispiel des amerikanischen PIPELINE-EMBARGOS nach der Ausrufung des Kriegsrechtes in Polen: RabelsZ 1983 141 — 172, insb. S. 143— 146 und dazu: SPOTHELFER PASCAL, Völkerrechtliche Zuständigkeiten und das Pipeline-Embargo, Diss. Basel 1990, S. 94 ff. mit weiteren Beispielen; vgl. ferner WILDHABER 47 ff; KELLER/SIEHR 329; RÜEGGER 49 f.

Literaturverzeichnis

- Begleitbericht (von FRANK VISCHER und PAUL VOLKEN) und Gesetzesentwurf der Expertenkommission; Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz), Schweizer Studien zum internationalen Recht, Band 12, Zürich 1978.
- BINDSCHEDLER-ROBERT DENISE, Nationalität der juristischen Personen und Handelsgesellschaften, SJK Nr. 270a, Genf 1952.
- BINDSCHEDLER-ROBERT DENISE, La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires, ZBJV 1964 141- 189.
- BROWNLIE IAN, Principles of public international law, 4th edition, Oxford 1990, insb. S. 484-493.
- BUTTY PHILIPPE, Les règles juridiques relatives à l'implantation des filiales et des succursales de sociétés anonymes suisses dans les pays du Marché commun, Diss. Lausanne 1983.
- CHEDID BERNARD DE, Le transfert du siège des sociétés anonymes, Diss. Lausanne 1983, insb. S. 34-39.
- DIEPHUIS J. H., The Concept of Recognition, a short historical review and a critical analysis of the main provisions of the EEC Recognition Convention, Netherlands International Law Review 1980 347-356.
- DROBNIG ULRICH, Kritische Bemerkungen zum Vorentwurf eines EWG-Übereinkommens über die Anerkennung von Gesellschaften, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 129 (1967) 93- 120.
- EBENROTH CARSTEN THOMAS/MESSER ULRICH, Das Gesellschaftsrecht im neuen schweizerischen IPRG, ZSR 1989 I 49-106.
- GUTZWILLER MAX, Verbandsperson. Grundsätzliches, in: Schweizerisches Privatrecht (SPR), Band II, Basel/Stuttgart 1967, S. 425-513, insb. S. 496 f.
- HAMEL JOSEPH, Faut-il parler de «nationalité» des sociétés commerciales? In: Festschrift zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller, Basel 1959, S. 365-371.
- HANGARTNER YVO, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts II. Grundrechte, Zürich 1982, insb. S. 40.
- HUWYLER MARKUS, Ausländische juristische Personen im internationalen Enteignungsrecht der Schweiz, Diss. Basel 1989, insb. S. 74 — 88.
- KELLER MAX/SIEHR KURT, Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts, Zürich 1986.
- KOKKINI-IATRIDOU D./DE WAART P.J.I.M., Foreign Investments in Developing Countries — Legal Personality of Multinationals in International Law, Netherlands Yearbook of International Law 1983 87-131.
- MAMELOK A., Die Staatsangehörigkeit der juristischen Personen, Schweizerische Vereinigung für internationales Recht, Druckschrift No. 8, Zürich 1918.
- MANN F. A., Zum Problem der Staatsangehörigkeit der juristischen Person, in: Festschrift für Martin Wolff, Tübingen 1952, S. 271-286.

- MARTIN-ACHARD ALEXANDRE, La nationalite des societes anonymes, Schweizerische Vereinigung für internationales Recht, Druckschrift No. 11, Zürich 1918.
- MÜLLER JÖRG PAUL/WILDHABER Luzius, Praxis des Völkerrechts, 2. A., Bern 1982, insb. S. 359, 367-373.
- PATZINA REINHARD, Rechtlicher Schutz ausländischer Privatinvestoren gegen Enteignungsrisiken in Entwicklungsländern, Heidelberg/Hamburg 1981.
- PERRIN JEAN-FRANCOIS, La reconnaissance des societes etrangeres et ses effets, Diss. Genf 1969.
- PIONTEK G., Integration und Art. 711 OR, Die schweizerische Aktiengesellschaft 1962/ 1963 15-21.
- RANDELZHOFFER ALBRECHT, Kommentar zu Art. 58 EWGV, in: Grabitz Eberhard (Hrsg.), Kommentar zum EWG-Vertrag, München 1983 ff. (Loseblatt), Stand: 3. Ergänzungslieferung.
- REYMOND PHILIPPE, Les Personnes morales et les societes dans le nouveau droit international prive suisse, in: Dessementet Francois (Hrsg.), Le nouveau droit international prive suisse. Travaux des Journees d'etude organisees par le Centre du droit de l'entreprise les 9 et 10 octobre 1987, à l'Universite de Lausanne, Lausanne 1988, S. 143-207.
- RÜEGGER PAUL, Die Staatsangehörigkeit der juristischen Personen. Die völkerrechtlichen Grundlagen, Schweizerische Vereinigung für internationales Recht, Druckschrift No. 10, Zürich 1918.
- SANDROCK OTTO, Die multinationalen Korporationen im Internationalen Privatrecht, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht 18 (1978) 169-261.
- Schlussbericht der Expertenkommission zum Gesetzesentwurf, Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz), Schweizer Studien zum internationalen Recht, Band 13, Zürich 1979.
- SCHNYDER ANTON, Das neue IPR-Gesetz, 2. Aufl., Zürich 1990.
- SCHWANDER IVO, Die juristischen Personen im schweizerischen Recht, in: Rapports suisses presentes aux XIII^{ème} Congres international de droit compare, Montreal, 19-24 août 1990, Zürich 1990, S. 23-40.
- STEIGER WERNER VON, Die Staatsangehörigkeit der Handels-Gesellschaften, Schweizerische Vereinigung für internationales Recht, Druckschrift No. 27, Zürich 1932.
- STOFFEL WALTER, Die völkervertraglichen Gleichbehandlungspflichten der Schweiz gegenüber den Ausländern, Diss. Zürich 1979, insb. S. 219 — 225.
- TROBERG PETER, Kommentar zu Art. 58 EWGV, in: Groeben Hans von der u. a. (Hrsg.), Handbuch des Europäischen Rechts (HER). Systematische Sammlung mit Erläuterungen, Loseblattsammlung.
- WILDHABER LUZIUS, Multinationale Unternehmen und Völkerrecht, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht 18 (1978) 7-71.
- Weitere Literaturangaben sind in den Anmerkungen enthalten.