

Festschrift für Anton K. Schnyder

Herausgegeben von

Pascal Grolimund
Alfred Koller
Leander D. Locker
Wolfgang Portmann

Festschrift für Anton K. Schnyder

zum 65. Geburtstag

Herausgegeben von

Pascal Grolimund

Alfred Koller

Leander D. Loacker

Wolfgang Portmann

Schulthess § 2018

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2018
ISBN 978-3-7255-7364-6

© Umschlagbild: Fotolia/lil_22

www.schulthess.com

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Autorenverzeichnis	XV

Zur Person

LEANDER D. LOACKER Anton K. Schnyder – ein Portrait	XXIII
GION JEGHER Eine Reihe von schönen Tagen	XXXIII

I Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, Schiedsgerichtsbarkeit sowie nationales Verfahrensrecht

JÜRGEN BASEDOW <i>Soft Law</i> im Kollisionsrecht – Anmerkungen zu den Haager Grundsätzen über die Rechtswahl	3
HARALD BAUM Die Anwendung des «falschen» Rechts durch ein Schiedsgericht	19
LUKAS BOPP Die Anerkennung ausländischer Restschuldbefreiung in der Schweiz unter Einbezug der EU-Insolvenzverordnung	35
GIAN ANDRI CAPAUL Zum Anknüpfungszeitpunkt im internationalen Erbrecht	49
DIETMAR CZERNICH Die Haager Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts in der Schiedsgerichtsbarkeit	63

WOLFGANG ERNST / PREDRAG SUNARIC Zum Gebrauch von EU-Recht durch Schweizer Gerichte – IPRG Art. 13 und Privatrecht von EU-Mitgliedstaaten	79
ANDREAS FURRER / JUANA VASELLA «Transportkollisionsrecht» – Zur Rolle des IPR bei der grenzüberschreitenden Beförderung von Gütern	103
DANIEL GIRSBERGER / DIRK TRÜTEN Weltweite Parteiautonomie bei internationalen Handelsverträgen und ihre Grenzen	131
PASCAL GROLIMUND «Materialisierung von Kollisionsrecht»	145
FRANZ HASENBÖHLER / SONIA YAÑEZ Strengbeweis und Freibeweis in der schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)	157
DOMINIQUE JAKOB Time to say goodbye – Die Auswanderung von Schweizer Familienstiftungen aus stiftungsrechtlicher und international-privatrechtlicher Perspektive	171
PETER JUNG Stille Gesellschaften im internationalen Verhältnis	187
JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ Schiedsklausel und ihre Bedeutung für den Immunitätsverzicht sowie für die Voraussetzung der Binnenbeziehung im Erkenntnis- und Vollstreckungs- verfahren	209
MANUEL LIATOWITSCH Das anwendbare Recht bei der deliktischen Haftung der Gesellschaft für ihre Organe im internationalen Konzern	225
ALEXANDER R. MARKUS / ZINA CONRAD Einstweiliger Rechtsschutz – international	235

DOROTA PACZOSKA KOTTMANN Schiedsverfahren, Insolvenz und die verfängliche Qualifikation unter besonderer Berücksichtigung des polnischen Rechts	251
STEFANIE PFISTERER Die Befristung der Schiedsvereinbarung und die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts <i>ratione temporis</i> – eine Illusion?	275
RODRIGO RODRIGUEZ Ein neues internationales Insolvenzrecht für das IPRG	295
IVO SCHWANDER Sonderanknüpfung? Sonderanknüpfungen und «Sonderanknüpfungen»!	315
KURT SIEHR Anerkennung ausländischer Entscheidungen bei Leihmutterchaften auf Wunsch von Inländern	327
MIGUEL SOGO Streitgegenstand und Parteiautonomie im Zivilprozess und Betreibungsverfahren	341
DANIEL STAEHELIN Die Revision des schweizerischen internationalen Insolvenzrechts und das UNCITRAL Model Law	357
PETER STRICKLER Kollisionsrecht im grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren – der Spagat zwischen Universalität und Sonderanknüpfung	373
FABIAN SUTER Überlegungen zum Ordre public-Charakter des Pflichtteilsrechts	385
CLAUDIO WEINGART Nachlassplanung, Nachlassspaltung, Nachlasskonflikt und EU-Erbrechtsverordnung	395

CORINNE WIDMER LÜCHINGER
Die Berücksichtigung ausländischen Steuerrechts nach Art. 19 IPRG 427

ANDREAS WIEDE
Freie Wahl von Billigflaggen und kollisionsrechtlicher Arbeitnehmerschutz –
Ein Fallbeispiel zur Regelbildung 455

II Schuldrecht, insbesondere Vertrags- und Haftpflichtrecht

DOMENICO ACOCELLA
Rechtsdogmatik und Legitimation eines vertraglichen Rückabwicklungs-
verhältnisses bei Vertragsentstehungsmängeln 493

NOEMI BHALLA / ISAAK MEIER / NICOLA MÜLLER
Airbnb aus Sicht des schweizerischen Rechts 515

PETER BREITSCHMID / ANNINA VÖGELI
Haftungsrisiken des Beraters bei «Umgehungstatbeständen» am Beispiel
von Art. 527 Ziff. 4 ZGB 547

CHRISTIAN HEIERLI
Geldwäscher als «Begünstigter» (Art. 50 Abs. 3 OR) 565

HELMUT HEISS
Unklarheiten der Unklarheitenregel – insbesondere in ihrem Verhältnis
zur allgemeinen Rechtsgeschäftslehre 589

ALFRED KOLLER
Der vermittelte Ehe- oder/und Lebenspartner – Bemerkungen zu
Art. 406a–406h OR – ein Überblick 611

ERNST A. KRAMER
Eine neue Fallstruktur zu den Reflexschäden: Zweifelsfragen zu BGE 142 III 433 621

AHMET KUT / DAVID VASELLA
Das Deliktsrecht nach dem Entwurf für ein «OR 2020» – ausgewählte Aspekte ... 631

LEANDER D. LOACKER Arbeitsrechtliche Aspekte genetischer Untersuchungen beim Menschen	647
HANS NIGG Die Krux der Anwendung der Adäquanzformel	681
WOLFGANG PORTMANN Der Arbeitnehmerbegriff im europäischen Kontext – Bewährtes und Neues im Licht aktueller Herausforderungen	699
HANS RUDOLF TRÜEB Smart Contracts	723
MARC WEBER Freizeichnungsklauseln in Auktionsbedingungen	735
III Versicherungsrecht	
HANS-ULRICH BRUNNER Zum «Regressobligatorium» nach Art. 65 Abs. 3 SVG	755
ANDREA EISNER-KIEFER Die Revisionen des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag: Neues Spiel, neues Glück?	769
WALTER FELLMANN Brokervertrag als multilateraler Innominatvertrag – vom Umgang mit dem Interessenkonflikt des Brokers	797
MARIO GASSNER / MARTINA TSCHANZ Die Weiterentwicklung des liechtensteinischen Versicherungsrechts ab 2006	813
CHRISTOPH K. GRABER Geschäftsführung und Folgepflicht in der offenen Mitversicherung	839

MORITZ W. KUHN Zulässigkeit der Rückversicherungstätigkeit aus dem Ausland in der Schweiz – Auslegung von Art. 2 Abs. 2 lit. a VAG	853
ANDREA PFLEIDERER Die aufschiebende Wirkung und das Verfahren bei der Rückerstattung von unrechtmässig erbrachten Leistungen im Sozialversicherungsrecht	867
IOANNIS ROKAS Occurrence of the risk due to an intentional act by the policyholder in a fire insurance on account of a third party and the insurable interest of the bank which has a pre-notice of a mortgage on the insured building	877
MARTIN SCHAUER Die Entscheidung des EuGH «Endress/Allianz» und ihre Folgen für das österreichische Recht	893
MANFRED WANDT Die Gruppenversicherung in den Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)	903
ROLF H. WEBER / RAINER BAISCH «Nudging» im Versicherungssektor	925
 IV Gesellschaftsrecht 	
MARC AMSTUTZ Kodifikation des Konzernrechts? Was der Gesetzgeber von Cosimo de' Medici (1389–1464) lernen kann	947
PETER BÖCKLI Kommanditaktiengesellschaft: Drei Fragen zu einem Mischwesen des Gesellschaftsrechts	973
CHRISTOPH B. BÜHLER Konzernhaftungsrisiken und mögliche Vorkehrungen zu deren Minimierung	989

JEAN NICOLAS DRUEY Konzerntransparenz	1017
LUKAS HANDSCHIN / LUCA KENEL Voraussetzungen und Umfang der Rückerstattungspflicht gemäss Art. 678 Abs. 2 OR	1035
LAURENT KILLIAS Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten vor Schiedsgerichten – Königsweg oder Sackgasse?	1053
HANS CASPAR VON DER CRONE / MERENS CAHANNES Die Societas Unius Personae (SUP) aus Schweizer Sicht	1069
 V Internationales und nationales Wirtschaftsrecht, insbesondere Wettbewerbs- und Kartellrecht	
STEPHAN BREITENMOSER / ROBERT WEYENETH Sprünge der internationalen Rechtshilfe in Zivilsachen in öffentlich-rechtliche Untiefen	1093
IVO LORENZO CORVINI-MOHN Wein und Recht – die Geschichte eines geschichtsträchtigen Seminars	1113
JOACHIM FRICK Die Zukunft grenzüberschreitender Finanzdienstleistungen	1123
ANDREAS HEINEMANN Die internationale Reichweite des Kartellrechts	1135
MARKUS HESS Zunehmende Unklarheiten im Verhältnis zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht – Gedanken an Beispielen aus dem Anleger- und Konsumentenschutzrecht	1163

RETO M. HILTY Innovationsförderung durch Schutzbegrenzungen – ein Plädoyer für die Zwangslizenz	1179
CLAIRE HUGUENIN / OLIVER DREYER Vertragsungültigkeit als Sanktion bei UWG-Verstößen	1197
PETER NOBEL Wirtschaftsrecht und wirtschaftliche Betrachtungsweise	1217
MARK PIETH / INGEBORG ZERBES Geheimnisschutz. Vom Grundrecht zum Instrument wirtschaftlicher Machtsicherung	1241
PRZEMYSŁAW JANUSZ PRZEZAK Rechtliche Aspekte der Werbung und Verkaufsförderung von Medizinprodukten	1249
RALF MICHAEL STRAUB Der Konzern als Kartellrechtssubjekt	1269
ANDREAS THIER Überlegungen zu einer Geschichte des Wirtschaftsrechts in der Schweizerischen Eidgenossenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts – das Wettbewerbsrecht als Beispiel	1305
PHILIPP ZURKINDEN / BORIS WENGER Das Auswirkungsprinzip im schweizerischen Kartellrecht nach dem Bundesgerichtsurteil i.S. Gaba	1327

Verzeichnisse

Schriftenverzeichnis Anton K. Schnyder	1341
Betreute Dissertationen	1359

Stille Gesellschaften im internationalen Verhältnis

Inhaltsübersicht	Seite
I. Einführung	187
II. Stille Beteiligungen mit Auslandsbezug	189
A. Direkte internationale Zuständigkeit	189
B. Bestimmung des anwendbaren Rechts	194
III. Umstrukturierungen der Hauptgesellschafterin mit Auslandsbezug	199
A. Grenzüberschreitende Verlegung des statutarischen Sitzes	199
B. Grenzüberschreitende Verlegung des Hauptverwaltungssitzes	201
C. Rechtsordnungsübergreifende Fusion	203
D. Rechtsordnungsübergreifende Spaltung	205
IV. Fazit und Ausblick	206

I. Einführung

Die stille Gesellschaft ist eine Innengesellschaft, bei der sich ein oder mehrere stille Gesellschafter an dem allein vom Hauptgesellschafter in Form eines Einzelunternehmens oder einer Gesellschaft betriebenen Unternehmen beteiligen. Von einem partiarischen Rechtsverhältnis unterscheidet sich die stille Gesellschaft durch die gemeinsame Zweckverfolgung¹. Die stille Beteiligung am Betrieb eines kaufmännischen Gewerbes hat im deutschen Recht eine eigene gesetzliche Regelung erfahren (§§ 230 ff. HGB)², während sie nach französischem Recht generell als Sonderform der *société en participation* (art. 1871 ff. C. civ.) und nach schweizerischem Recht generell als Sonderform der ein-

1 Zur Abgrenzung im deutschen Recht U. BLAUROCK, in: U. Blaurock (Hrsg.), Handbuch Stille Gesellschaft, 8. Aufl., Köln 2016, N 5.16 ff., im französischen Recht M. GERMAIN/V. MAGNIER, in: G. Ripert/R. Roblot, *Traité de droit des affaires*, Bd. 2 (Les sociétés commerciales), 20. Aufl., Paris 2011, N 1246 und im schweizerischen Recht P. GRAF, Das Darlehen mit Gewinnbeteiligung oder das partiarische Darlehen, besonders seine Abgrenzung von der Gesellschaft, Aarau 1951.

2 Die stille Beteiligung an einem nichtkaufmännischen Unternehmen des Hauptgesellschafters wird auch im deutschen Recht den Regelungen über die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§§ 705 ff. BGB) unterstellt; siehe dazu nur U. BLAUROCK (Fn. 1), N 5.2 f.

fachen Gesellschaft (Art. 530 ff. OR³) behandelt wird. Als Innengesellschaft tritt die einfache Gesellschaft nach aussen hin nicht in Erscheinung; sie wird auch in kein Register eingetragen⁴. Die stillen Gesellschafter können, müssen aber nicht im Verborgenen bleiben. Regelmässig wird von den Gesellschaftern kein gemeinschaftliches Vermögen gebildet, obwohl dies in Form von Bruchteils- oder Gesamthandsvermögen durchaus möglich wäre⁵. Im Aussenverhältnis wird allein der das Unternehmen im eigenen Namen betreibende Hauptgesellschafter berechtigt und verpflichtet⁶. Eine Haftung des stillen Gesellschafters gegenüber Dritten besteht auch dann nicht, wenn die interne Beteiligung dem Dritten bekannt gewesen ist⁷ oder es sich um eine so genannte atypische stille Gesellschaft mit einer internen Vorrangstellung des stillen Gesellschafters⁸ handelt. Der stille Gesellschafter wird lediglich im Innenverhältnis schuldrechtlich am Gewinn und Verlust beteiligt⁹. Da eine vermögensmässige Beitragsleistung des stillen Teilhabers grundsätzlich¹⁰ in das Vermögen des Hauptgesellschafters übergeht, kann dieser dann auch über diese Vermögensgegenstände im Aussenverhältnis alleine verfügen¹¹.

Das bereits bei nationalen Sachverhalten komplexe Zusammenspiel zwischen dem Betrieb des Unternehmens durch den Hauptgesellschafter im Aussenverhältnis und den gesellschaftsrechtlichen Innenbeziehungen spiegelt sich auch in Fragen der direkten in-

-
- 3 Für die Geschäftsführung und Vertretung sowie die Gewinn- und Verlustbeteiligung sollen allerdings vorrangig die Regelungen der Kommanditgesellschaft (Art. 599 f., 601 Abs. 2, 605 OR) zur analogen und sinngemässen Anwendung gelangen (dazu nur P. JUNG, in: V. Roberto/R. Trüeb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Personengesellschaften und Aktiengesellschaft – Vergütungsverordnung, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 530 OR N 33).
 - 4 Siehe für das französische Recht ausdrücklich art. 1871 al. 1 C. civ.
 - 5 Siehe zur Möglichkeit der Bildung von Miteigentum bei der *société en participation* art. 1872 al. 2 und al. 3 C. civ. sowie für das deutsche Recht P. JUNG, in: U. Blaurack (Hrsg.), Handbuch Stille Gesellschaft, 8. Aufl., Köln 2016, N 7.63; im schweizerischen Recht ist die Möglichkeit der Bildung von Gesellschaftsvermögen allerdings umstritten (bejahend etwa ZK-L. HANDSCHIN/R. VONZUN, Art. 530 OR N 24 und CHK-P. JUNG [Fn. 3], Art. 530 OR N 32; a. A. W. FELLMANN/K. MÜLLER, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI [Das Obligationenrecht], 8. Teilband [Die einfache Gesellschaft – Art. 530–544 OR], Bern 2006, Art. 530 OR N 291).
 - 6 Siehe für das deutsche Recht § 230 Abs. 2 HGB, für das französische Recht art. 1872-1 al. 1 C. civ. und für das schweizerische Recht Art. 543 Abs. 1 OR.
 - 7 Siehe für das deutsche Recht P. JUNG (Fn. 5), N 12.65 ff., für das französische Recht art. 1872-1 C. civ. sowie für das schweizerische Recht BGer SAG 1987, 179 Nr. 29 und BGE 81 II 520, 523 ff.; vorbehalten bleiben in allen drei Rechtsordnungen Tatbestände der Rechtsscheinhaftung.
 - 8 Siehe für das deutsche Recht P. JUNG (Fn. 5), N 12.68 ff., für das französische Recht art. 1872-1 C. civ. und für das schweizerische Recht OGer OW SJZ 1987, 218 f.
 - 9 Siehe für das deutsche Recht § 232 HGB, für das französische Recht art. 1844-1 C. civ. und für das schweizerische Recht Art. 601 Abs. 2 OR analog (zur Analogie siehe nur BK-W. FELLMANN/K. MÜLLER [Fn. 5], Art. 533 OR N 94 ff. und CHK-P. JUNG [Fn. 3], Art. 530 OR N 34).
 - 10 Ausnahmen sind die seltene Bildung eigenen Vermögens der stillen Gesellschaft sowie die Einbringung von Vermögensgegenständen *quoad usum* oder *quoad sortem*.
 - 11 Siehe für das deutsche Recht § 230 Abs. 1 HGB, für das französische Recht art. 1872 al. 4 C. civ. und für das schweizerische Recht OGer OW, SJZ 1987, 218 f. (keine Wegnahme einer fremden Sache).

ternationalen Zuständigkeit und der kollisionsrechtlichen Anknüpfung wider, wenn die stille Beteiligung (dazu unter II.) oder die Umstrukturierung der Hauptgesellschafterin (dazu unter III.) einen relevanten internationalen Bezug aufweist. Dies ist bei einer stillen Beteiligung an einer Gesellschaft insbesondere dann der Fall, wenn die Wohnsitze bzw. die gewöhnlichen Aufenthaltsorte oder die Sitze bzw. Niederlassungen des Hauptgesellschafters und des stillen Gesellschafters in verschiedenen Staaten liegen¹². Umstrukturierungen der als Gesellschaft organisierten Hauptgesellschafterin haben einen relevanten internationalen Bezug, wenn die Hauptgesellschafterin ihren statutarischen und/oder tatsächlichen Sitz in das Ausland verlegt oder eine rechtsordnungsübergreifende Fusion, Spaltung oder Vermögensübertragung durchführt.

II. Stille Beteiligungen mit Auslandsbezug

A. Direkte internationale Zuständigkeit

1. Zuständigkeitsregelungen des Lugano-Übereinkommens

Hat ein schweizerisches Gericht bei einem Zivilverfahren im Zusammenhang mit einer internationalen stillen Beteiligung seine direkte internationale Zuständigkeit zu prüfen, stellt sich dem Gericht zunächst die Frage nach der sachlichen, räumlich-persönlichen und zeitlichen Anwendbarkeit des LugÜ¹³. Ohne Rücksicht auf den Wohnsitz bzw. Sitz der beklagten Partei in einem durch das LugÜ gebundenen Staat sind die schweizerischen Gerichte zunächst nach Art. 22 Nr. 2 S. 1 LugÜ für Klagen ausschliesslich zuständig, welche die Gültigkeit, die Nichtigkeit oder die Auflösung einer Gesellschaft oder die Gültigkeit der Beschlüsse ihrer Organe betreffen, sofern die Gesellschaft nach Art. 22 Nr. 2 S. 2 LugÜ i.V.m. Art. 21 Abs. 2 IPRG ihren Sitz in der Schweiz hat. Wie bereits die Bezugnahme von Art. 22 Nr. 2 LugÜ auf einen Sitz der Gesellschaft deutlich macht, passt die Regelung auf eine stille Gesellschaft jedoch nur dann, wenn die stille Gesellschaft ausnahmsweise einmal über eine eigene und nach aussen hin sichtbare Organisation verfügen sollte¹⁴. Hat mindestens eine der Parteien ihren Wohnsitz i.S.v. Art. 59 LugÜ bzw. ihren Sitz i.S.v. Art. 60 LugÜ in einem durch das LugÜ gebundenen Staat i.S.v. Art. 1 Abs. 3 LugÜ, besteht zudem nach Art. 23 LugÜ die Möglichkeit der Gerichtsstandsvereinbarung¹⁵ sowie allenfalls der rügelosen Einlassung¹⁶. Hat im Übrigen der Beklagte

12 Vgl. auch U. SOMMER, Die stille Gesellschaft, Diss. Zürich 2000, S. 259.

13 Dazu näher D. ACOCELLA, in: A. K. Schnyder (Hrsg.), Lugano-Übereinkommen zum internationalen Zivilverfahrensrecht – Kommentar, Art. 1 LugÜ N 6 ff. und 141 ff.

14 Vgl. dazu generell für einfache Gesellschaften L. KILLIAS, Internationale Zuständigkeit für Klagen zwischen Gesellschaftern einer einfachen Gesellschaft, EuZ 2004, 26, 28.

15 Dazu näher P. GROLIMUND, in: A. K. Schnyder (Hrsg.), Lugano-Übereinkommen zum internationalen Zivilverfahrensrecht – Kommentar, Art. 23 LugÜ N 4 ff.

16 Die räumlich-persönlichen Anwendungsvoraussetzungen von Art. 24 LugÜ sind umstritten: Nach dem Wortlaut käme die Anwendung sogar bei einer Ansässigkeit beider Parteien in Drittstaaten in Betracht, sofern nur das Gericht eines durch das LugÜ gebundenen Staates angerufen wird. Wegen

seinen Wohnsitz bzw. Sitz in einem durch das LugÜ gebundenen Staat, ist nach Art. 2 Abs. 1 LugÜ in jedem Fall eine Zuständigkeit der Gerichte des Wohnsitz- bzw. Sitzstaats gegeben. Daneben besteht alternativ eine Zuständigkeit des Gerichts am Erfüllungsort nach Art. 5 Nr. 1 lit. a LugÜ, wobei ein schweizerisches Gericht den Erfüllungsort für die dem jeweiligen Streitgegenständlichen Anspruch zugrundeliegende gesellschaftsvertragliche Hauptleistungspflicht nach der *lex causae* zu bestimmen hat¹⁷. Besteht die stille Beteiligung nur an einem als Niederlassung verselbständigten Teil des von dem Hauptgesellschafter betriebenen Unternehmens¹⁸, kommt nach Art. 5 Nr. 5 LugÜ auch eine alternative Zuständigkeit am Ort der betreffenden Niederlassung in Betracht. Die Sonderregelungen für Verbraucherstreitigkeiten (Art. 15 ff. LugÜ) kommen nur zur Anwendung, wenn der stille Gesellschafter die Beteiligung zu privaten Zwecken eingegangen ist und der Hauptgesellschafter in dem durch das LugÜ gebundenen Wohnsitzstaat des Verbrauchers eine im Zusammenhang mit der stillen Beteiligung stehende berufliche oder gewerbliche Tätigkeit ausübt oder eine solche zumindest auch auf diesen Staat ausgerichtet (Art. 15 Abs. 1 lit. c LugÜ)¹⁹.

2. Zuständigkeitsregelungen des autonomen schweizerischen Rechts

Ausserhalb des Anwendungsbereichs des LugÜ müssen die schweizerischen Gerichte ihre direkte internationale Zuständigkeit vorbehaltlich von bilateralen staatsvertraglichen Regelungen nach dem IPRG prüfen. Hierzu haben sie nach dem auch für Zuständigkeitsfragen massgeblichen Art. 150 IPRG²⁰ zu differenzieren, ob sich die stille Gesell-

des engen sachlichen Zusammenhangs mit Art. 23 LugÜ sollen jedoch nach einem Teil der Lehre dessen Anwendungsvoraussetzungen auch im Rahmen von Art. 24 zur Anwendung gelangen, wonach nur, aber auch immerhin eine der Parteien ihren Wohnsitz in einem durch das LugÜ gebundenen Staat haben muss; eine weitere Ansicht möchte die Grundregel von Art. 4 Abs. 1 LugÜ heranziehen und verlangt als räumlich-persönliche Anwendungsvoraussetzung einen Wohnsitz der klagten Partei in einem durch das LugÜ gebundenen Staat. Für die zuletzt genannte Ansicht sprechen die fehlende Nennung von Art. 24 LugÜ in Art. 4 Abs. 1 LugÜ und die Tatsache, dass bei der rügelosen Einlassung anders als bei einer Gerichtsstandsvereinbarung die Parteienrollen bereits verteilt sind (dazu näher P. GROLIMUND/E. BACHOFNER [Fn. 15], Art. 24 LugÜ N 7 ff.).

17 Siehe dazu nur D. ACOCELLA (Fn. 13), Art. 5 – Nr. 1 bis 3 LugÜ N 68 ff. und 74.

18 Siehe zu dieser Möglichkeit etwa im deutschen Recht H.-G. KAUFFELD, Die partielle Unternehmensbeteiligung – Gesellschaftsrechtliche Teilhabe an Unternehmensbereichen, Diss. Freiburg/Br., Baden-Baden 2007, S. 203 ff.; K. SCHMIDT, in: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch: HGB, Bd. 3, 3. Aufl., München 2012, § 230 HGB N 39.

19 Dazu näher A. K. SCHNYDER, in: A. K. Schnyder (Hrsg.), Lugano-Übereinkommen zum internationalen Zivilverfahrensrecht – Kommentar, Art. 15 LugÜ N 14 ff.

20 Obwohl Art. 150 Abs. 2 IPRG nur von der Bestimmung des anwendbaren Rechts spricht, ist die allgemeine Definitionsnorm mit ihrer Differenzierung zwischen organisierten und nicht organisierten Personenzusammenschlüssen auch im internationalen Zivilverfahren massgeblich; dazu nur F. VISSCHER, in: Zürcher Kommentar zum IPRG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987, 2. Aufl., Zürich 2004, Art. 150 IPRG N 23 ff.; S. EBERHARD/A. VON PLANTA, in: H. Honsell et al. (Hrsg.), Internationales Privatrecht – Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 150 IPRG N 14 ff. sowie F. GUILLAUME, in: A. BUCHER

schaft eine eigene Organisation gegeben hat oder nicht. Im ersten Fall ist Art. 151 IPRG und im zweiten Fall sind die Art. 112 f. IPRG einschlägig.

Der Bundesrat bezeichnet das massgebliche Abgrenzungskriterium in der Botschaft zum IPRG als «feste Organisation», «organisatorische Einheit» und «rechtsgenügli­che Organisation»²¹, ohne die Anforderungen im Gesetz oder der Botschaft näher zu umschreiben. In der Lehre wird ganz überwiegend verlangt, dass die minimalen Organisations- und Verwaltungsstrukturen «nach aussen sichtbar sind»²². Verschiedentlich ist zudem von einer gewissen Dauerhaftigkeit der Zweckverfolgung²³, der Beitragserbringung²⁴ oder der Organisation²⁵ die Rede. Vielfach wird sogar angenommen, dass es sich im Hinblick auf die dem Verkehrsschutz dienenden Anknüpfungsregelungen des internationalen Gesellschaftsrechts um eine Aussengesellschaft handeln müsse²⁶. Der Gesellschaftsvertrag könne hingegen auch mündlich oder stillschweigend zustande gekommen sein²⁷. Sicherlich muss die interne Organisation tatsächlich vorhanden und auf eine gewisse Dauer hin angelegt sein. Nach aussen sichtbare tatsächliche Organisationselemente wie z.B. ein Büro, eine Website oder ein Telefonanschluss bilden Indizien und erleichtern den erforderlichen Nachweis der Organisationsstruktur. Nicht erforderlich ist jedoch die Bildung eines Gesellschaftsvermögens oder ein eigenes Auftreten im Rechtsverkehr als Aussengesellschaft. Eine Differenzierung zwischen Innen- und Aussengesellschaften scheint vom Gesetzgeber weder gewollt noch lässt sie sich dem Wortlaut, der Systematik und dem Zweck von Art. 150 IPRG entnehmen²⁸. So verfügen insbesondere die in Deutschland verbreiteten stillen Publikums­gesellschaften²⁹ regelmässig über eine eigene Organisation z.B. in Form einer Verwaltungsstruktur und eines Gesellschafterbeirats, ohne ihren Charakter als Innengesellschaften zu verlieren, weil das Unternehmen nach aussen allein durch den Hauptgesellschafter geführt wird. In gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten

(Hrsg.), *Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano*, Basel 2011, Art. 150 LDIP N 2 und N 13.

21 BBl 1983 I, 263, 438 f.

22 R. GASSMANN, in: A. Furrer et. al. (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Internationales Privatrecht*, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 150 IPRG N 2; CR-F. GUILLAUME (Fn. 20), Art. 150 LDIP N 3; BSK-S. EBERHARD/A. VON PLANTA (Fn. 20), Art. 150 IPRG N 7; U. SOMMER (Fn. 12), 261; vgl. näher zu einzelnen Organisationselementen von Joint-Venture-Basisgesellschaften L. HUBER, *Das Joint-Venture im internationalen Privatrecht*, Diss. Basel 1992, S. 62 ff.

23 BSK-S. EBERHARD/A. VON PLANTA (Fn. 20), Art. 150 IPRG N 17; U. SOMMER (Fn. 12), S. 260 f.

24 CR-F. GUILLAUME (Fn. 20), Art. 150 LDIP N 11.

25 BSK-S. EBERHARD/A. VON PLANTA (Fn. 20), Art. 150 N 7; nach R. GASSMANN (Fn. 22), Art. 150 IPRG N 3 müssen die Organisationskriterien während der für die Rechtsanwendung relevanten Zeitdauer und nicht nur bei der Entstehung der Gesellschaft gegeben sein.

26 L. HUBER (Fn. 22), S. 61; ZK-F. VISCHER (Fn. 20), Art. 150 IPRG N 25; U. SOMMER (Fn. 12), S. 261 f.; in diese Richtung auch («wohl») BSK-S. EBERHARD/A. VON PLANTA (Fn. 20), Art. 150 IPRG N 16.

27 CR-F. GUILLAUME (Fn. 20), Art. 150 LDIP N 5.

28 A. A. L. HUBER (Fn. 22), S. 61 und ZK-F. VISCHER, Art. 150 IPRG N 25 unter Hinweis auf die – allerdings nur teilweise – dem Drittschutz dienenden gesellschaftsrechtlichen Anknüpfungen.

29 Zu diesen und ihrer Organisation näher H.-G. KAUFFELD, in: U. Blaurock (Hrsg.), *Handbuch Stille Gesellschaft*, 8. Aufl., Köln 2016, N 19.45 ff.

ten solcher organisierten stillen Gesellschaften sind dann jedenfalls nach Art. 151 Abs. 1 IPRG die schweizerischen Gerichte am Sitz der Gesellschaft international zuständig. Bei Klagen gegen einen Gesellschafter oder eine aus gesellschaftsrechtlicher Verantwortlichkeit haftende Person tritt alternativ die Zuständigkeit am Wohnsitz bzw. subsidiär am gewöhnlichen Aufenthalt des Beklagten hinzu (Art. 151 Abs. 2 IPRG). Eine besondere alternative Zuständigkeit besteht schliesslich noch für prospekthaftungsrechtliche Klagen am Ausgabort (Art. 151 Abs. 3 IPRG), wenn der Hauptgesellschafter um stille Beteiligungen mit einem Prospekt oder ähnlichen Bekanntmachungen öffentlich bei einem unbegrenzten Personenkreis geworben haben sollte, wie dies für organisierte stille Publikumsgesellschaften in Deutschland³⁰ nicht selten geschieht.

Aufgrund der regelmässig einschlägigen vertragsrechtlichen Zuständigkeitsordnung ist ein schweizerisches Gericht entweder am Wohnsitz bzw. Sitz und subsidiär am gewöhnlichen Aufenthalt des Beklagten in der Schweiz (Art. 112 IPRG) oder alternativ am Erfüllungsort der für den Vertrag charakteristischen Leistung in der Schweiz (Art. 113 IPRG) zuständig. Bei einer stillen Gesellschaft ohne eigene Organisation fällt es nicht leicht, die für den Vertrag charakteristische Leistung i.S.v. Art. 113 IPRG in seiner seit 1. Januar 2011 geltenden Fassung zu bestimmen, da anders als bei einem Austauschvertrag beide Gesellschafter mit ihren Leistungen an der für Gesellschaften charakteristischen gemeinsamen Zweckverfolgung mitwirken. Insofern könnte man bei einer stillen Gesellschaft auch alle Erfüllungsorte der jeweils charakteristischen Beitragsleistungen als zuständigkeitsbegründend betrachten und dem Kläger eine Wahlmöglichkeit einräumen³¹ oder die Vorschrift in Ermangelung einer einzigen charakteristischen Leistung unangewendet lassen³². Die Zersplitterung der Gerichtszuständigkeit bzw. die Verweigerung eines schweizerischen Gerichtsstands am Erfüllungsort können aber durchaus vermieden werden, da in den allermeisten Fällen die Bestimmung einer einzigen charakteristischen Leistung möglich sein wird. So wird die Betriebsführungspflicht des Hauptgesellschafters dem Gesellschaftsvertrag regelmässig sein Gepräge geben. Es ist der Hauptgesellschafter, der das Unternehmen im Aussenverhältnis allein in seinem Namen und auf sein Risiko führt und auch im Innenverhältnis regelmässig überwiegend das Risiko der Geschäftstätigkeit trägt³³. Das Gesagte gilt insbesondere dann, wenn der Beitrag des stillen Gesellschafters wie häufig in einer Geldleistung besteht, da Geldleistungen regelmässig als unspezifisch anzusehen sind (vgl. dazu im Kollisionsrecht Art. 117 Abs. 3 IPRG). Insofern ist die stille Beteiligung auch nicht mit einem (partiarischen) Darlehen vergleichbar, bei dem der Darlehensgeber die vertragscharakteristische Leistung schuldet. Dasselbe gilt

30 Näher zur Prospekthaftung bei deutschen stillen Publikumsgesellschaften H.-G. KAUFFELD (Fn. 29), N 19.117 ff.

31 Vgl. in diesem Sinne etwa generell EuGH vom 3.5.2007 (Rs. C-386/05), Slg. 2007, I-3699 N 42 (Color Drack).

32 Mit Recht krit. zu der damit verbundenen Verweigerung eines schweizerischen Gerichtsstands M. AMSTUTZ/M. WANG/R. S. GOHARI, in: H. Honsell et al. (Hrsg.), Internationales Privatrecht – Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 113 IPRG N 11.

33 Zum Kriterium der Risikotragung siehe U. SOMMER (Fn. 12), S. 264 f. m.w.N.

auch noch für den Fall der typischen Beteiligung mit einer Sacheinlage. Wenn der stille Gesellschafter aufgrund einer atypischen Ausgestaltung des stillen Gesellschaftsverhältnisses hingegen ausnahmsweise dazu verpflichtet sein sollte, die Geschäfte der Hauptgesellschafterin und damit des von ihr betriebenen Unternehmens allein oder im Wesentlichen zu führen, erbrächte er die für den Gesellschaftsvertrag charakteristische Leistung. Damit käme es nur bei einer Beteiligung des stillen Gesellschafters an der Geschäftsführung und insgesamt als gleichgewichtig zu betrachtenden Beitragsleistungen der Gesellschafter zu einer Gerichtsstandsersplitterung. Ob der Erfüllungsort in Ermangelung einer Parteivereinbarung von einem schweizerischen Gericht autonom, *lege fori* oder *lege causae* zu bestimmen ist, ist nach wie vor umstritten und ungeklärt³⁴.

Die Sonderregelung betreffend vertragsrechtliche Verbraucherstreitigkeiten (Art. 114 IPRG) kommt nur zum Tragen, wenn es sich bei der betreffenden stillen Beteiligung um einen Vertrag über Leistungen des üblichen Verbrauchs i.S.v. Art. 120 Abs. 1 IPRG handelt³⁵. Dabei können nach allgemeiner Meinung zwar auch Verträge als Konsumentenverträge gelten, die wie insbesondere Dienstleistungsverträge nicht auf den Erwerb von Verbrauchsgütern gerichtet sind³⁶. Nach h. M. sollen jedoch Verträge ausgeschlossen werden, deren Gegenstand den Rahmen des üblichen Konsums sprengt³⁷ bzw. die nicht mehr der Befriedigung von Grundbedürfnissen dienen³⁸. Dies soll nach Ansicht des Bundesgerichts insbesondere auch dann der Fall sein, wenn sie Investitionen zum Gegenstand haben³⁹. Insofern dürften Verträge über stille Beteiligungen als Gesellschaftsverträge und Anlagegeschäfte in der Praxis des Bundesgerichts und nach einem Teil der Lehre bereits ihrer Natur nach nicht zu den Konsumentenverträgen zählen. Das gilt auch wegen des mit der stillen Beteiligung regelmässig verbundenen Verlusttragsrisikos⁴⁰. Sofern es

34 Zuletzt offen gelassen durch BGer vom 21.10.2013 (4A_686/2012) E. 4; siehe zum Meinungsstand nur BSK-M. AMSTUTZ/M. WANG/R. S. GOHARI (Fn. 20), Art. 113 IPRG N 13 ff.

35 Krit. zu dieser Einschränkung A. BONOMI, in: A. BUCHER (Hrsg.), *Loi sur le droit international privé*, Convention de Lugano, Basel 2011, Art. 120 LDIP N 11.

36 U. WEBER-STECHER, *Internationales Konsumvertragsrecht – Grundbegriffe, Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung sowie anwendbares Recht* (LugÜ, IPRG, EVÜ, EGBGB), Zürich 1997, S. 50.

37 BGE 132 III 268, 272 (zum früheren Art. 22 Abs. 2 GestG).

38 F. VISCHER/L. HUBER/D. OSER, *Internationales Vertragsrecht*, 2. Aufl., Bern 2000, N 729; krit. CR-A. BONOMI (Fn. 35), Art. 120 LDIP N 11.

39 BGE 132 III 268, 272 (zum früheren Art. 22 Abs. 2 GestG); vgl. auch BGer vom 12.1.2006 (5C.222/2005) E. 2.2 (obiter gegen eine Anwendung von Art. 120 IPRG auf Kapitallebensversicherungsverträge); für Differenzierungen bei Anlagegeschäften hingegen U. WEBER-STECHER (Fn. 36), S. 50 sowie für die Anwendung von Art. 120 IPRG auf übliche Kapitallebensversicherungsverträge a.a.O. S. 51.

40 Nach deutschem Recht kann eine Verlusttragung durch den stillen Gesellschafter allerdings ausgeschlossen werden (vgl. § 231 Abs. 2 HGB); nach französischem Recht ist dies jedoch nicht möglich (vgl. art. 1844-2 C. civ.); nach schweizerischem Recht kann eine Verlusttragung ausgeschlossen werden, wenn der stille Gesellschafter ausschliesslich oder überwiegend Arbeit als Beitragsleistung erbringt (Art. 533 Abs. 3 OR; zur ggf. ausdehnenden Auslegung der Vorschrift siehe CHK-P. JUNG [Fn. 3], Art. 533 N 3 m.w.N.).

ergänzend auf quantitative Kriterien ankommen sollte, könnten jedenfalls stille Beteiligungsverträge mit einer Beitragsleistung des stillen Gesellschafters im Wert von mehr als CHF 80 000 (vgl. Art. 7 Abs. 1 lit. e KKG) nicht mehr als üblich betrachtet werden.

3. Zuständigkeitsregelungen in EU-Mitgliedstaaten

Von den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten wären zunächst die dem LugÜ entsprechenden Zuständigkeitsregelungen von Art. 24 Nr. 2, Art. 4 Abs. 1, Art. 7 Nr. 1 lit. a und Nr. 5 sowie Art. 17 ff. der VO (EU) Nr. 1215/2012 (EuGVVO)⁴¹ zu prüfen. Ausserhalb des Anwendungsbereichs der EuGVVO müssten sie vorbehaltlich von staatsvertraglichen Regelungen auf die in ihrem Staat massgeblichen autonomen Regelungen der internationalen Zuständigkeit zurückgreifen⁴².

B. Bestimmung des anwendbaren Rechts

1. Gesellschaftsrechtliche Anknüpfung

Eine gesellschaftsrechtliche Anknüpfung ist nach schweizerischem Kollisionsrecht nur vorzunehmen, wenn die stille Gesellschaft ausnahmsweise über eine eigene Organisation verfügt⁴³. Nach Art. 154 Abs. 1 IPRG ist das Gesellschaftsstatut i.S.v. Art. 155 IPRG regelmässig das Recht der Gründung der Gesellschaft, sofern die stille Gesellschaft die danach bestehenden Publizitäts- und Registrierungsvorschriften erfüllt oder, falls solche Vorschriften nicht bestehen, sie sich nach dem Recht dieses Staates wirksam organisiert hat. Da für stille Gesellschaften zumindest nach schweizerischem, deutschem und französischem Recht keine Publizitäts- und Registrierungsvorschriften bestehen⁴⁴, kommt es bei ihnen auf die wirksame Organisation nach dem Gründungsrecht an, für welche das schweizerische, deutsche und französische Recht nur wenige Anforderungen stellen⁴⁵. So kann der stille Gesellschaftsvertrag insbesondere auch nach französischem Recht, welches für Gesellschaften ansonsten ein generelles Formerfordernis aufstellt (art. 1835 C. civ.), grundsätzlich formlos geschlossen werden (art. 1871 al. 1 phr. 3 C. civ.). Vorbehalten bleiben namentlich die besonderen Formvorschriften bei Einbringung eines Grundstücks und bei schenkweiser Einbuchung von stillen Gesellschaftern⁴⁶. Im französischen Recht muss der Hauptgesellschafter zudem die persönlichen Voraussetzungen für die Ausübung eines kaufmännischen Gewerbes mitbringen, wenn das von ihm betrieb-

41 Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. L 351 vom 20.12.2012, S. 1 ff.

42 Im deutschen Recht sind dies die §§ 12 ff. dtZPO; im französischen Recht kommen die art. 42 ff. C. proc. civ. und (subsidiär) die art. 14 f. C. civ. zur Anwendung.

43 Dazu bereits oben bei Fn. 20 ff.

44 Ausdrücklich etwa art. 1871 al. 1 phr. 2 C. civ.

45 Siehe dazu für das deutsche Recht P. JUNG (Fn. 5), N 9.1 ff.; für das französische Recht art. 1871 al. 2 C. civ. und für das schweizerische Recht ZK-L. HANDSCHIN/R. VONZUN (Fn. 5), Art. 530 N 126 ff.

46 Siehe dazu für das deutsche Recht näher P. JUNG (Fn. 5), N 9.24 ff.

bene Unternehmen wie zumeist auf den regelmässigen Abschluss von Handelsgeschäften gerichtet ist⁴⁷. Fehlt es ausnahmsweise einmal an einer wirksamen Gründung der stillen Gesellschaft, muss diese nach Art. 154 Abs. 2 IPRG hilfsweise dem Recht desjenigen Staates unterstellt werden, in dem die Gesellschaft tatsächlich verwaltet wird. Dabei liegt der Ort der tatsächlichen Verwaltung dort, wo regelmässig die Leitungsentscheidungen der Gesellschaft getroffen werden⁴⁸, was typischerweise am Ort der Niederlassung bzw. am realen Hauptverwaltungssitz des Hauptgesellschafters der Fall sein dürfte.

Da die stille Gesellschaft keine Firma führt, nicht in ein Register eingetragen wird und nach aussen hin nicht in Erscheinung tritt, ist von den Sonderanknüpfungen des schweizerischen internationalen Gesellschaftsrechts allein Art. 156 IPRG zu beachten⁴⁹, wenn der Hauptgesellschafter mit einem Prospekt oder ähnlichen Bekanntmachungen öffentlich bei einem unbegrenzten Personenkreis um stille Beteiligungen geworben haben sollte, wie dies in Deutschland nicht selten geschieht⁵⁰. Unter dem Gesichtspunkt einer Favorisierung des Geschädigten tritt dann noch nach Wahl neben das Gesellschaftsstatut das Recht desjenigen Staates, in dem die Beteiligungen tatsächlich zur Zeichnung angeboten wurden⁵¹. Obwohl der Wortlaut von Art. 156 IPRG dies nahelegt («Beteiligungspapieren»), sollte es auf eine Verbriefung der stillen Beteiligungen nicht ankommen⁵². Darüber hinaus ist die analoge Anwendung der Vorschrift trotz ihrer systematischen Stellung auch auf stille Gesellschaften i.S.v. Art. 150 Abs. 2 IPRG zu befürworten, da der hinter der Vorschrift stehende Favorisierungsgedanke auch für stille Gesellschaften ohne eigene Organisation massgeblich ist⁵³.

Für die deutschen Gerichte stellt sich ebenfalls zunächst die Frage, ob die stille Gesellschaft als Innengesellschaft überhaupt als Gesellschaft im Sinne der Rom I-VO qualifiziert werden kann. Wäre dies anzunehmen, käme die Bereichsausnahme von Art. 1

47 M. GERMAIN/V. MAGNIER (Fn. 1), N 1247.

48 Vgl. dazu generell CR-F. GUILLAUME (Fn. 20), Art. 154 LDIP N 19; vgl. näher zum internationalen Zivilverfahrensrecht O. OLANO, Der Sitz der Gesellschaft im Internationalen Zivilverfahrens- und Insolvenzrecht der EU und der Schweiz, Diss. Basel 2004, S. 100 ff.

49 Zur Vereinbarkeit der Sonderanknüpfung mit der Niederlassungsfreiheit im EWR A. K. SCHNYDER, Europa und das internationale Gesellschaftsrecht der Schweiz, SZW 1993, 9, 12.

50 Näher zur Prospekthaftung bei deutschen stillen Publikumsgesellschaften H.-G. KAUFFELD (Fn. 29), N 19.117 ff.

51 Näher dazu A. K. SCHNYDER, Kollisionsrechtliche Anknüpfung von Prospektspflicht und Prospekthaftung als Fragestellung des Internationalen Kapitalmarktrechts, in: H. C. von der Crone et al. (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts – Festschrift für Dieter Zobl, Zürich, 2004, 391, 397 ff.

52 So auch ZK-F. VISCHER (Fn. 20), Art. 156 IPRG N 15 und R. WATTER/K. ROTH PELLANDA, in: H. Honsell et al. (Hrsg.), Internationales Privatrecht – Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 156 IPRG N 24 ff.

53 So auch BSK-R. WATTER/K. ROTH PELLANDA (Fn. 52), Art. 156 IPRG N 3 und ZK-F. VISCHER (Fn. 20), Art. 156 IPRG N 2.

Abs. 2 lit. f der VO (EG) 593/2008 (sog. Rom I-VO)⁵⁴ zum Tragen, so dass das anwendbare Recht nach der im autonomen deutschen Gesellschaftskollisionsrecht grundsätzlich massgeblichen sog. Sitztheorie⁵⁵ zu bestimmen wäre. Das deutsche Gericht könnte die Sitztheorie dann auch ungeachtet negativer Konsequenzen für die Niederlassungsfreiheit der betreffenden Gesellschaft anwenden, weil Art. 54 AEUV und damit auch die zu dieser Vorschrift bzw. zu den Vorgängerregelungen ergangene Rechtsprechung des EuGH für stille Gesellschaften nicht gelten⁵⁶. Die h. M. befürwortet jedoch unabhängig von der aus dem schweizerischen Recht (Art. 150 IPRG) bekannten Differenzierung nach dem Organisationsgrad generell eine Anknüpfung nach vertragsrechtlichen Grundsätzen, weil hiermit die Möglichkeit einer grundsätzlich freien Rechtswahl eröffnet werde und anders als bei Aussengesellschaften kein Grund bestehe, die Privatautonomie der Parteien einzuschränken (Art. 3 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO)⁵⁷.

Im französischen Kollisionsrecht wird die als stille Gesellschaft ausgestaltete *société en participation* trotz ihrer spätestens seit 1966 unbestrittenen sachrechtlichen Qualifikation als Gesellschaft dem internationalen Vertragsrecht unterstellt, weil die beiden klassischen Anknüpfungsmerkmale des internationalen Gesellschaftsrechts, der Sitz der Gesellschaft und der Ort der Registrierung, nicht feststellbar seien⁵⁸. Gezogen wird auch eine Parallele zur sachrechtlichen Regelung von art. 1842 C. civ., wonach die der Eintragung bedürftigen Gesellschaften bis zu ihrer Eintragung noch nicht über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügen und den allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätzen unterstellt werden⁵⁹. Alle Gesellschaften und insbesondere die *sociétés en participation* seien letzt-

54 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. L 177 vom 4.7.2008, S. 6 ff.

55 Zur Massgeblichkeit des Hauptverwaltungssitzes für die Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts siehe nur RG vom 9.3.1904 – I 457/03, JW 1904, 231; BGH vom 21.3.1986 – V ZR 10/85, BGHZ 97, 271 = NJW 1986, 2194 und P. KINDLER, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Bd. 11 (Internationales Privatrecht II), 6. Aufl., München 2015, IntGesRN 420 ff.; sofern neuerdings teilweise in § 4a GmbHG und § 5 AktG eine implizite kollisionsrechtliche Entscheidung des deutschen Gesetzgebers zugunsten der sog. Gründungstheorie gesehen wird, würde dies nur für die Kapital-, nicht jedoch für die Personengesellschaften gelten.

56 P. JUNG, in: J. Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2012, Art. 54 AEUV N 5.

57 BGH vom 13.9.2004 – II ZR 276/02, NJW 2004, 3708; U. BLAUROCK, Die Limited & Still – Bemerkungen zur Stillen Gesellschaft im deutschen Kollisionsrecht, in: L. Aderhold et al. (Hrsg.), Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag, Köln 2008, S. 821, 837; D. MARTINY, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Bd. 10, 6. Aufl. München 2015, Art. 1 Rom I-VO N 64; S. HARBARTH, in: C.-W. Canaris/M. Habersack (Hrsg.), Staub HGB, Bd. 4 (§§ 161–237 HGB), 5. Aufl., Berlin 2015, § 230 HGB N 94; für eine gesellschaftsrechtliche Qualifikation aber C. VON BAR, Internationales Privatrecht, Bd. 2 (Besonderer Teil), München 1991, N 617 f. und 645.

58 Trib. civ. Seine du 2 juin 1922, J.D.I. 1924.429; Cass. req. du 26 août 1940, Rec. Penant 1^e partie, 1945, 59 (zitiert nach P. MAYER/V. HEUZÉ, Droit international privé, 11. Aufl., Paris 2014, N 1032); L. B. S. YUBO, La lex societatis en droit international des affaires, Diss. Bordeaux 2015, N 225 f.

59 L. B. S. YUBO (Fn. 58), N 227.

lich auch immer besondere Vertragstypen im Sinne der Systematik des *Code civil*⁶⁰. Die gesellschaftsrechtlichen Kollisionsnormen von art. 1837 C. civ. und art. L. 210-3 C. com. kommen mithin nicht zur Anwendung.

2. Vertragsrechtliche Anknüpfung

Da stille Gesellschaften regelmässig keine eigene Organisation aufweisen, ist das anwendbare Recht auch im schweizerischen Kollisionsrecht meist nach den Grundsätzen des internationalen Vertragsrechts zu bestimmen. Danach untersteht der stille Gesellschaftsvertrag in Ermangelung einer wirksamen Rechtswahl nach Art. 116 IPRG dem Recht des Staates, mit dem er am engsten zusammenhängt (Art. 117 Abs. 1 IPRG). Das ist nach Art. 117 Abs. 2 IPRG vermutungsweise das Recht desjenigen Staates, in dem die Partei, welche die charakteristische Leistung erbringen soll, ihren gewöhnlichen Aufenthalt bzw. (bei Bezug zu einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit dieser Person) ihre Niederlassung hat. Wie bereits im Zusammenhang mit Art. 113 IPRG erwähnt, soll die für den stillen Gesellschaftsvertrag charakteristische Leistung in aller Regel vom Hauptgesellschafter erbracht werden⁶¹. Zwar gehört der stille Gesellschaftsvertrag, nach dem sich im Interesse gemeinsamer Zweckverfolgung der Hauptgesellschafter zur Führung des Unternehmens und der stille Gesellschafter zur Leistung eines zweckdienlichen Beitrags verpflichtet, zu keinem der in Art. 117 Abs. 3 IPRG aufgelisteten besonderen Vertragstypen, doch steht er insoweit einem Vertrag über eine vom Hauptgesellschafter zu erbringende Dienstleistung (vgl. Art. 117 Abs. 3 lit. c IPRG) näher als einem Vertrag über eine Veräusserung bzw. Gebrauchsüberlassung durch den stillen Gesellschafter (vgl. Art. 117 Abs. 3 lit. a und lit. b IPRG). Nur wenn sich der stille Gesellschafter unter Zurückdrängung des Hauptgesellschafters atypisch still beteiligt und die Geschäftsführung nicht nur faktisch übernimmt, erbringt er die charakteristische Leistung. Aber auch dann wird der letztlich massgebliche Schwerpunkt des Vertrages i.S.v. Art. 117 Abs. 1 IPRG dort liegen, wo das Unternehmen unter Mitwirkung des stillen Gesellschafters für die gemeinsame Rechnung tatsächlich betrieben wird. Soll der stille Gesellschafter allerdings seine Beitragsleistung allein oder überwiegend durch die Übereignung oder Gebrauchsüberlassung eines Grundstücks erbringen, ist das anwendbare Recht vorbehaltlich einer wirksamen Rechtswahl (Art. 119 Abs. 2 i.V.m. Art. 116 IPRG) grundsätzlich nach dem Belegenheitsprinzip zu bestimmen (Art. 119 Abs. 1 und Abs. 3 IPRG). Ausnahmen kommen, abgesehen von der Sonderanknüpfung für Formfragen nach Art. 119 Abs. 3 S. 1 IPRG, nicht nach der verdrängten Regelanknüpfung von Art. 117 Abs. 1 IPRG, sondern nur nach Art. 15 Abs. 1 IPRG bei einem viel engeren Zusammenhang mit einem anderen Recht wie namentlich dem Recht der Hauptniederlassung des Unternehmens in Betracht⁶². Die Son-

60 L. B. S. YUBO (Fn. 58), N 227.

61 Dazu bereits oben nach Fn. 30.

62 Wie hier für eine Anwendung von Art. 15 Abs. 1 IPRG A. MÖCKLIN-DOSS/A. K. SCHNYDER, in: A. Furrer et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 119 IPRG N 4; A. BONOMI (Fn. 35), Art. 119 LDIP N 6 und D. PANNATIER KESSLER, in: H. Honsell et al. (Hrsg.), Internationales Privatrecht – Basler Kommentar, 3. Aufl.,

deranknüpfung für Verbraucherverträge gelangt hingegen nicht zur Anwendung, weil es sich auch bei einer typischen stillen Beteiligung nicht um einen Vertrag über Leistungen des üblichen Verbrauchs i.S.v. Art. 120 Abs. 1 IPRG handelt⁶³. Für Formfragen gilt ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 119 Abs. 3 IPRG die Sonderanknüpfung nach Art. 124 IPRG.

Da der stille Gesellschaftsvertrag im deutschen und französischen Kollisionsrecht ganz überwiegend generell nach vertragsrechtlichen Grundsätzen angeknüpft wird und sich dies auch aus einer autonomen Auslegung der Rom I-VO ergibt, haben die Gerichte dieser Länder die Rom I-VO ungeachtet der zugunsten des internationalen Gesellschaftsrechts bestehenden Bereichsausnahme (Art. 1 Abs. 2 lit. f Rom I-VO) anzuwenden⁶⁴. Fehlt es an einer grundsätzlich frei möglichen wirksamen Rechtswahl (Art. 3 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO), ist nach Art. 4 Abs. 2 Rom-I-VO grundsätzlich das Recht desjenigen Staates anwendbar, in dem der Vertragspartner, der die vertragscharakteristische Leistung erbringt, seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Insoweit kann erneut fraglich sein, wer bei einer stillen Beteiligung die charakteristische Vertragsleistung erbringt⁶⁵. Zu berücksichtigen ist in allen Fällen aber auch noch Art. 4 Abs. 3 Rom-I-VO, wonach ggf. eine Korrektur der Verweisung vorzunehmen und das Recht desjenigen Staates anzuwenden ist, mit dem der Vertrag nach der Gesamtheit der Umstände eine offensichtlich engere Verbindung als zu dem nach Art. 4 Abs. 2 Rom-I-VO bestimmten Staat und seiner Rechtsordnung aufweist. Zu beachten ist zudem die Sonderanknüpfung für Verbraucherverträge (Art. 6 Rom I-VO), die im Gegensatz zu Art. 120 Abs. 1 IPRG einerseits unabhängig davon eingreift, ob der Gesellschaftsvertrag für den stillen Gesellschafter ein Geschäft des üblichen Verbrauchs darstellt, andererseits aber nicht anwendbar ist, wenn das Unternehmen von dem Hauptgesellschafter ausschliesslich in einem anderen als dem Staat geführt werden soll, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Der stille Gesellschaftsvertrag ist zwar kein synallagmatischer Dienstleistungsvertrag, doch sollte die Ausnahmenvorschrift von Art. 6 Abs. 4 lit. a Rom I-VO ihrer Ratio nach auch auf stille Gesellschaftsverträge Anwendung finden, weil diese den Hauptgesellschafter zu einer Beitragsleistung in Form von Dienstleistungen verpflichten.

Kommt es nach den Regelungen der Rom I-VO zu einer Anwendung des deutschen Rechts, gelten die besonderen Bestimmungen für stille Gesellschaften (§§ 230 ff. HGB) nur, wenn die Geschäftsinhaberin Kaufmann i.S.d. §§ 1 ff. HGB ist, was im Wege der Sub-

Basel 2013, Art. 119 IPRG N 17; a. A. F. VISCHER/L. HUBER/D. OSER (Fn. 38), N 680; generell zur insbesondere verweisungsrechtlichen Korrekturfunktion von Art. 15 Abs. 1 IPRG A. K. SCHNYDER, Ausweichklausel und Verbraucherschutz – Herausforderungen des Schweizer Internationalprivatrechts, in: A. Koller (Hrsg.), Anton K. Schnyder – Ausgewählte Schriften, Zürich 2013, S. 168 ff.

63 Siehe dazu bereits oben bei Fn. 35 ff.

64 Siehe dazu näher F. WEDEMANN, Der Begriff der Gesellschaft im Internationalen Privatrecht, *RabelsZ* 75 (2011), 541 ff.

65 Näher dazu für das deutsche Recht U. BLAUROCK (Fn. 57), 833 ff.; siehe dazu auch schon oben im Text nach Fn. 30.

stitution zu beurteilen ist⁶⁶. Als eine der GmbH vergleichbare Kapitalgesellschaft ist dann insbesondere auch die englische Limited Kaufmann⁶⁷. Auch die Societas Europaea (SE) mit Satzungssitz in einem anderen Mitgliedstaat des EWR betreibt ein Handelsgewerbe i.S.d. § 230 Abs. 1 HGB. Sollte auf die atypisch stille Beteiligung an einer englischen Limited allerdings kraft Rechtswahl oder objektiver Anknüpfung englisches Recht zur Anwendung gelangen, wäre noch zu beachten, dass das englische Gesellschaftsrecht auch einen nur im Innenverhältnis Beteiligten als *partner (sleeping partner)* ansieht, wenn dieser eine gesellschafterähnliche Stellung innehat⁶⁸. Will daher eine nach deutschem Recht als atypisch stille Gesellschafterin zu betrachtende Person eine drohende persönliche Haftung als *partner* bereits im Ansatz vermeiden, muss sie die Anwendung des englischen Rechts kollisionsrechtlich verhindern.

Von der kollisionsrechtlichen Anknüpfung des stillen Gesellschaftsverhältnisses ist die Frage zu unterscheiden, inwieweit Schutzvorschriften aus dem Recht der Auslandsgesellschaft auch die stille Gesellschaft betreffen. So sind etwa nach deutschem Recht stille Beteiligungen an einer Aktiengesellschaft als konzernorganisationsrechtlicher Teilgewinnabführungsvertrag einzuordnen und bedürfen der Zustimmung der Hauptversammlung⁶⁹. Das könnte auch für stille Beteiligungen von Personen mit Wohnsitz bzw. Sitz im Ausland gelten, da zumindest konzernorganisationsrechtliche Sachverhalte nach h. M. dem Statut der abhängigen Gesellschaft unterstellt werden⁷⁰. Insoweit ist zwar fraglich, ob die stille Beteiligung auch im internationalen Privatrecht als eine Frage des Konzernorganisationsrechts qualifiziert werden kann, doch sollten davon unabhängig die Schutzvorschriften des ausländischen Konzerngesellschaftsrechts zur Anwendung gelangen.

III. Umstrukturierungen der Hauptgesellschafterin mit Auslandsbezug

A. Grenzüberschreitende Verlegung des statutarischen Sitzes

Möchte sich eine bislang ausländischem Gesellschaftsrecht unterstehende Hauptgesellschafterin durch eine Verlegung ihres statutarischen Sitzes dem schweizerischen Recht

66 M. REHBERG, in: H. Eidenmüller (Hrsg.), *Ausländische Kapitalgesellschaften*, München 2004, § 5 N 13 f.; P. KINDLER (Fn. 55), *IntGesR* N 199 m.w.N.

67 U. BLAUROCK (Fn. 57), 840 f.; S. HARBARTH (Fn. 57), § 230 HGB N 94.

68 R. BANKS, *Lindley & Banks on Partnership*, 19. Aufl., London 2013, N 5 ff.

69 Dazu eingehend P. JUNG (Fn. 5), N 8.18 ff. m.w.N.

70 Vgl. für das deutsche Recht etwa OLG Frankfurt vom 23.3.1988 – 9 U 80/84, AG 1988, 267 und B. GROSSFELD, *Internationales Gesellschaftsrecht*, in: J. von Staudingers *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 13. Aufl., Berlin 1993, N 556 und für das schweizerische Recht R. VON BÜREN, *Der Konzern (SPR VIII/6)*, S. 560 f.; zum Meinungsstand im französischen Recht M. BODE, *Le groupe international de sociétés – Le système de conflit de lois en droit comparé français et allemand*, Frankfurt/M. 2010, S. 170 ff.

unterstellen, so ist das nach Art. 161 Abs. 1 IPRG identitätswahrend möglich, sofern das ausländische Recht dies gestattet, die Voraussetzungen des ausländischen Rechts erfüllt werden und die Anpassung an eine schweizerische Rechtsform möglich ist⁷¹. Umgekehrt kann sich auch eine bislang schweizerischem Gesellschaftsrecht unterstehende Hauptgesellschafterin nach Art. 163 IPRG identitätswahrend einem ausländischen Gesellschaftsrecht unterstellen, wenn die Voraussetzungen nach schweizerischem Recht erfüllt sind und die Hauptgesellschafterin nach dem ausländischen Recht fortbesteht⁷². Die Verlegung des statutarischen Sitzes ist auch ohne Zustimmung des stillen Gesellschafters wirksam. Nach dem stillen Gesellschaftsvertrag bedarf der Hauptgesellschafter jedoch im Innenverhältnis der Zustimmung des stillen Gesellschafters, wenn der mit der Sitzverlegung für die Hauptgesellschafterin nach schweizerischem Kollisionsrecht verbundene Statutenwechsel die Rechtsstellung des stillen Gesellschafters ausnahmsweise beeinträchtigt. Nach erfolgter Sitzverlegung wird das stille Gesellschaftsverhältnis mit der lediglich neu dem schweizerischen bzw. ausländischen Recht unterstehenden Gesellschaft fortgesetzt. Die sich aus dem stillen Gesellschaftsverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten der Parteien bleiben unberührt. Gehören zu den Rechten des stillen Gesellschafters Rechte auf Mitwirkung an der Unternehmensführung durch den Hauptgesellschafter (z.B. Zustimmungsrechte), sind diese trotz des Statutenwechsels entsprechend aufrecht zu erhalten. Soweit sich aus dem Statutenwechsel eines aus der Schweiz emigrierenden Hauptgesellschafters jedoch insbesondere durch veränderte Haftungsverhältnisse beim Hauptgesellschafter eine Verschlechterung der Position des stillen Gesellschafters als Gläubiger ergeben sollte, kann er seine Forderungen anmelden und bei ihrer Gefährdung innerhalb von zwei Monaten deren Sicherstellung verlangen, sofern sie nicht erfüllt werden (Art. 163 Abs. 2 S. 2 IPRG i.V.m. Art. 46 FusG).

Das Statut der stillen Gesellschaft bleibt bei einer Verlegung allein des statutarischen Sitzes der Hauptgesellschafterin unverändert. Sofern die stille Gesellschaft nämlich ausnahmsweise über eine eigene Organisation verfügen sollte, wäre ohnehin ihr eigener Sitz und nicht derjenige der Hauptgesellschafterin massgeblich. Im Rahmen der regelmässigen vorzunehmenden vertragsrechtlichen Anknüpfung (vgl. Art. 150 Abs. 2 i.V.m. 117 Abs. 2 IPRG) käme es, da die ein Unternehmen in Gesellschaftsform betreibende Hauptgesellschafterin stets zu beruflichen oder gewerblichen Zwecken handelt, auf die Niederlassung der Hauptgesellschafterin i.S.v. Art. 21 Abs. 4 IPRG an. Im Falle einer blossen statutarischen Sitzverlegung läge die Niederlassung dann nicht nur am neuen statutarischen Sitz der Gesellschaft i.S.v. Art. 21 Abs. 2 S. 1 IPRG, sondern auch am Ort der beibehaltenen Hauptniederlassung⁷³, von der aus das Unternehmen tatsächlich geleitet wird, oder

71 ZK-F. VISCHER, Art. 161 IPRG N 6 ff.; P. V. KUNZ/R. RODRIGUEZ, in: H. Honsell et al. (Hrsg.), Internationales Privatrecht – Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 161 IPRG N 3 ff.; A. K. SCHNYDER (Fn. 49), S. 14 f.

72 BSK-P. V. KUNZ/R. RODRIGUEZ (Fn. 71), Art. 163 IPRG N 4 ff. und ZK-F. VISCHER (Fn. 20), Art. 163 IPRG N 3 ff.

73 Wie auch an anderen Stellen im schweizerischen Recht wird die Hauptniederlassung in Art. 21 Abs. 4 IPRG zwar nicht ausdrücklich erwähnt, doch wird sie von der Vorschrift, welche die Zweig-

einer allfälligen Zweigniederlassung. Unter diesen verschiedenen Orten der Niederlassung käme es nicht auf den neuen rein formalen statutarischen Sitz, sondern auf den Ort der Niederlassung an, mit welchem der stille Gesellschaftsvertrag unverändert am engsten zusammenhängen würde. Das ist in aller Regel der Ort der beibehaltenen Hauptniederlassung und nur bei einer auf einen tatsächlich verselbständigten Unternehmensteil (z.B. sog. Profitcenter) beschränkten stillen Beteiligung⁷⁴ der ebenfalls unveränderte Ort der betreffenden Zweigniederlassung.

Vergleichbares gilt auch für Verlegungen des statutarischen Sitzes der Hauptgesellschafterin innerhalb des EWR. Die Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV bzw. Art. 31, 34 EWR-Abkommen) garantiert der Hauptgesellschafterin die von nicht rechtfertigungsfähigen Behinderungen freie Wahl eines anderen EWR-Rechts⁷⁵. Nach Ansicht des EuGH muss daher zumindest der «Wegzugsstaat» den identitätswahrenden rechtsordnungsübergreifenden Formwechsel ermöglichen⁷⁶, wobei noch offen ist, ob dies nur in Verbindung mit einer Verlegung des Hauptverwaltungssitzes⁷⁷ oder auch bei einer alleinigen Satzungssitzverlegung gilt⁷⁸, wie genau das Verfahren dieses Formwechsels auszugestaltet ist und unter welchen Voraussetzungen Wegzugs- und Zuzugsbeschränkungen allenfalls aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls gerechtfertigt sind⁷⁹. Das stille Gesellschaftsverhältnis wird auch hier einfach mit dem unter verändertem Statut stehenden Hauptgesellschafter fortgesetzt.

B. Grenzüberschreitende Verlegung des Hauptverwaltungssitzes

1. Auswirkungen auf das Gesellschaftsstatut der Hauptgesellschafterin

Nach schweizerischem internationalem Gesellschaftsrecht lässt die blossе grenzüberschreitende Verlegung des tatsächlichen Hauptverwaltungssitzes unter Beibehaltung des

niederlassung nennt *a fortiori* erfasst; siehe dazu nur A. K. SCHNYDER/M. LIATOWITSCH, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, 3. Aufl., Zürich 2011, N 560 und O. OLANO (Fn. 48), S. 196 f.

74 Siehe zu dieser Möglichkeit bereits oben bei Fn. 18.

75 Dazu auch P. BEHRENS, Grenzüberschreitende Sitzverlegung eines Idealvereins in der EG, ZEuP 2007, 324, 338 ff.

76 EuGH vom 16.12.2008 (Rs. C-210/06), Slg. 2008, I-9641 N 111 ff. (Cartesio).

77 So G. H. ROTH, Vorgaben der Niederlassungsfreiheit für das Kapitalgesellschaftsrecht, München 2010, S. 15; zur Sonderbehandlung einer ansonsten entstehenden so genannten formal ausländischen Gesellschaft näher P. JUNG (Fn. 56), Art. 54 AEUV N 28 ff.

78 Nach EuGH vom 12.7.2012 (Rs. C-378/10), EuZW 2012, 621, N 34 (Vale) ist zumindest «eine tatsächliche Ansiedlung der betreffenden Gesellschaft und die Ausübung einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit» im Zuzugsstaat erforderlich.

79 Dazu näher D. ZIMMER/C. NAENDRUP, Das Cartesio-Urteil des EuGH: Rück- oder Fortschritt für das internationale Gesellschaftsrecht?, NJW 2009, 545, 547 f.; nach EuGH vom 12.7.2012 (Rs. C-378/10), EuZW 2012, 621, N 48 (Vale) sind jedenfalls der Äquivalenz- und der Effektivitätsgrundsatz zu gewährleisten.

statutarischen Sitzes das Gesellschaftsstatut der Hauptgesellschafterin grundsätzlich unberührt. Zu einem Statutenwechsel käme es nur in den Fällen der subsidiären Anknüpfung an den tatsächlichen Verwaltungssitz nach Art. 154 Abs. 2 IPRG. Nach deutschem internationalem Gesellschaftsrecht kommt es hingegen vorbehaltlich der für Sitzverlegungen im EWR geltenden Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV)⁸⁰ aufgrund der immer noch prinzipiell massgeblichen so genannten Sitztheorie⁸¹ bei einer Verlegung des realen Hauptverwaltungssitzes zu einem Wechsel des Gesellschaftsstatuts der Hauptgesellschafterin. Im Falle eines Statutenwechsels gelten für die stille Beteiligung die Ausführungen zur grenzüberschreitenden Verlegung des statutarischen Sitzes entsprechend⁸².

2. Auswirkungen auf das Statut der stillen Gesellschaft

Die grenzüberschreitende Verlegung des Hauptverwaltungssitzes kann nach schweizerischem internationalem Privatrecht zu einem Wechsel des Statuts der stillen Gesellschaft führen. Sofern die stille Gesellschaft ausnahmsweise über eine eigene Organisation verfügen sollte, käme es allerdings nach Art. 154 Abs. 1 IPRG grundsätzlich nicht zu einem solchen Statutenwechsel, da die stille Gesellschaft organisationsrechtlich auch dann ihrem Gründungsrecht unterstellt bliebe, wenn sie ihren eigenen tatsächlichen Hauptverwaltungssitz mit demjenigen der Hauptgesellschafterin verlegen sollte. Nur bei einer subsidiären Massgeblichkeit des tatsächlichen Hauptverwaltungssitzes käme es im zuletzt genannten Mitzugsfall zu einem Statutenwechsel. Im Rahmen der regelmässig vorzunehmenden vertragsrechtlichen Anknüpfung (vgl. Art. 150 Abs. 2 IPRG) käme es hingegen bei Fehlen einer wirksamen Rechtswahl (Art. 116 IPRG) nach Art. 117 Abs. 2 IPRG auf die Niederlassung der die charakteristische Leistung erbringenden Hauptgesellschafterin i.S.v. Art. 21 Abs. 4 IPRG an, da die ein Unternehmen betreibende Hauptgesellschafterin stets zu beruflichen oder gewerblichen Zwecken handelt. Dieser Anknüpfungspunkt wird sich, sofern sich die stille Beteiligung nicht ausnahmsweise nur auf einen tatsächlich verselbständigten und örtlich unveränderten Unternehmensteil bezieht⁸³, mit der Verlegung des Hauptverwaltungssitzes in einen anderen Staat ändern, weil der stille Gesellschaftsvertrag dann zu dieser Hauptniederlassung einen sehr viel engeren Bezug aufweist als zu dem nur noch formal beibehaltenen statutarischen Sitz.

Für die von deutschen und französischen Gerichten vorzunehmende objektive vertragsrechtliche Anknüpfung nach Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO kommt es ebenfalls auf den gewöhnlichen Aufenthalt der regelmässig die charakteristische Leistung erbringenden Hauptgesellschafterin an⁸⁴. Der gewöhnliche Aufenthalt einer Gesellschaft befindet sich nach Art. 19 Abs. 1 Rom I-VO jedoch allein am Ort ihrer Hauptverwaltung, so dass die grenzüberschreitende Verlegung des Hauptverwaltungssitzes der Hauptgesellschaf-

80 Siehe zu deren aktuellem Stand eingehend P. JUNG (Fn. 56), Art. 54 AEUV N 33 ff.

81 Siehe dazu die Nachweise in Fn. 55.

82 Siehe dazu oben unter III. A.

83 Siehe zu dieser Möglichkeit bereits oben bei Fn. 18.

84 Siehe dazu bereits oben im Text nach Fn. 30.

terin grundsätzlich zu einem Statutenwechsel führt. Nicht gerechtfertigt wäre der Statutenwechsel lediglich, wenn der Schwerpunkt des stillen Gesellschaftsvertrages trotz der Hauptverwaltungssitzverlegung der Hauptgesellschafterin ausnahmsweise im bisherigen Staat verbleiben würde (vgl. Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO). Dies wäre insbesondere dann der Fall, wenn sich die stille Beteiligung nur auf einen im bisherigen Hauptverwaltungssitzstaat verbleibenden und als Zweigniederlassung tatsächlich verselbständigten Unternehmensteil beziehen würde⁸⁵.

C. Rechtsordnungsübergreifende Fusion

Eine rechtsordnungsübergreifende Fusion ist gegeben, wenn die für die Voraussetzungen, Verfahrensbestimmungen und Rechtswirkungen einer solchen Strukturänderung massgeblichen Rechte die beteiligten Rechtsträger hinsichtlich ihres Statuts unterschiedlichen Rechtsordnungen unterstellen. Es handelt sich um absolut internationale Sachverhalte, da die gewünschten Rechtswirkungen einer solchen Massnahme wie insbesondere die Universalsukzession nur im Zusammenwirken der beteiligten Rechtsordnungen herbeigeführt werden können.

Das schweizerische internationale Gesellschaftsrecht ermöglicht die Immigrationsabsorption und die Immigrationskombination nach schweizerischem Fusionsrecht, sofern das auf die ausländische Gesellschaft anwendbare Gesellschaftsrecht dies gestattet und dessen Voraussetzungen erfüllt sind (Art. 163a IPRG). Umgekehrt sind auch eine Emigrationsabsorption und eine Emigrationskombination nach dem betreffenden ausländischen Recht möglich, sofern die schweizerische Gesellschaft nachweist, dass mit der Fusion ihre Aktiven und Passiven auf die ausländische Gesellschaft übergehen und die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte in der ausländischen Gesellschaft angemessen gewahrt bleiben (Art. 163b IPRG). Sofern man bei einer Emigrationsfusion die stille Beteiligung überhaupt zu den Anteils- und Mitgliedschaftsrechten *in* der ausländischen Gesellschaft zählen kann⁸⁶, werden die Rechte des stillen Gesellschafters jedenfalls bereits durch die Universalsukzession hinreichend gewahrt. Im Rahmen der bei einer zulässigen rechtsordnungsübergreifenden Fusion gewährleisteten Universalsukzession gehen nämlich auch die stillen Beteiligungen auf einen ausländischen Unternehmensträger nach

85 Siehe zu dieser Möglichkeit bereits oben bei Fn. 18.

86 Zu den Anteils- und Mitgliedschaftsrechten werden herkömmlich nur die mit der Mitgliedschaft in einer Gesellschaft verbundenen Rechte gezählt (dazu etwa P. BERETTA, *Struktur Anpassungen*, SPR VIII/8, Basel 2006, S. 129 f.); diese Auslegung wird auch durch die Wendung «in der ausländischen Gesellschaft» gestützt, doch ist der Begriff anders als derjenige der Gesellschafter bzw. Anteilshaber (vgl. Art. 2 lit. f und lit. g FusG) weder im IPRG noch im FusG definiert, so dass unter Hinweis auf den Regelungszweck von Art. 163b IPRG, die sinnvolle eigenständige Bedeutung des Bestandteils «Anteils-», die Möglichkeit einer eigenständigen Auslegung internationalprivatrechtlicher Normen und das Bestehen einer immerhin mittelbaren Beteiligung durchaus auch stille Beteiligungen zu den Anteilsrechten gezählt werden könnten. Das gilt insbesondere dann, wenn der stille Gesellschaftsvertrag eine Beteiligung des stillen Gesellschafters an der Führung des Unternehmens durch den Hauptgesellschafter vorsieht.

dem fusionsrechtlichen Gesamtstatut über⁸⁷. Das gilt auch dann, wenn das auf den ausländischen Unternehmensträger anwendbare Gesellschaftsrecht eine stille Gesellschaft nicht kennen sollte⁸⁸, da die stille Gesellschaft unverändert ihrem eigenen Statut unterstellt bleibt und die Gesamtrechtsnachfolge einer Auslandsgesellschaft in ein vorhandenes stilles Gesellschaftsverhältnis stattfinden kann.

Nach EWR-Recht ist die Verschmelzung der Hauptgesellschafterin mit einer einem anderen EWR-Gesellschaftsstatut unterstehenden Gesellschaft durch die Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV bzw. Art. 31, 34 EWR-Abkommen) primärrechtlich gewährleistet⁸⁹ und durch die Vorgaben der Richtlinie 2005/56/EG⁹⁰ sekundärrechtlich einer harmonisierten Regelung unterworfen⁹¹. Danach geht die stille Beteiligung im Rahmen der Gesamtrechtsnachfolge auf den übernehmenden Rechtsträger über⁹². Es wäre mit dem in der Richtlinie 2005/56/EG verankerten Grundsatz der Universalsukzession unvereinbar, wenn das Recht der übernehmenden Gesellschaft die stille Beteiligung hiervon ausnehmen wollte. Im Grundsatz gelten damit für die stille Beteiligung dieselben Regelungen wie bei einer innerstaatlichen Verschmelzung. In Umsetzung der Richtlinie 2005/56/EG hat etwa der deutsche Gesetzgeber in den §§ 122a ff. UmwG Regelungen für die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aufgestellt. Ausserdem gelten im deutschen Recht die Vorschriften der VO (EG) Nr. 2157/2001⁹³ zur Gründung einer Societas Europaea (SE) durch Verschmelzung (Art. 17 SE-VO) unmittelbar. Danach kommen grundsätzlich die Vorschriften der innerstaatlichen Verschmelzung zur Anwendung (§ 122a Abs. 2 UmwG, Art. 18 SE-VO)⁹⁴. Eine Zustimmungspflicht besteht auch hier nur im Innenverhältnis. Die stillen Beteiligungen und die für sie vom übernehmenden Rechtsträger gewährten Beteiligungen müssen im Verschmelzungsplan ent-

87 Siehe generell zur Universalsukzession nach Massgabe des Gesamtstatuts BSK-P. V. KUNZ/R. RODRIGUEZ (Fn. 71), Vor Art. 161–164b IPRG N 18.

88 Die allermeisten Rechtsordnungen dürften allerdings das Institut der stillen Unternehmensbeteiligung in Form der Personeninngesellschaft kennen; vgl. dazu die rechtsvergleichende Übersicht bei P. JUNG (Fn. 5), N 3.8 ff.

89 So noch zu Art. 43, 48 EG EuGH vom 13.12.2005 (Rs. C-411/03), Slg. 2005, I-10 805 (SEVIC Systems AG); zu aktuellen Nachweisen P. JUNG (Fn. 56), Art. 54 AEUV N 46 ff.

90 Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, ABl. L 310 vom 25.11.2005, S. 1 ff.

91 Siehe näher zur Richtlinie 2005/56/EG etwa W. BAYER/J. SCHMIDT, Die neue Richtlinie über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, NJW 2006, 401 ff.; H.-G. KOPPENSTEINER, Zur grenzüberschreitenden Verschmelzung, Der Konzern 2006, 40 ff.; für das französische Recht D. BUREAU/H. MUIR WATT, Droit international privé, t. 2 (Partie spéciale), 3. Aufl., Paris 2014, N 1061 f.

92 Str. ist, wie die Gesamtrechtsnachfolge im Einzelnen anzuknüpfen ist; vgl. A. ENGERT, in: H. Eidenmüller (Hrsg.), Ausländische Kapitalgesellschaften, München 2004, § 4 N 107 f. m.w.N.

93 Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. L 94 vom 10.11.2001, S. 1 ff.

94 Vgl. dazu auch EuGH vom 7.4.2016 (Rs. C-483/14) EuZW 2016, 339 N 60 ff. (KA Finanz/Sparkassen Versicherung).

halten sein (vgl. § 122c Abs. 2 Nr. 7 UmwG, Art. 20 Abs. 1 S. 2 lit. f SE-VO). Dabei können auch Geheimhaltungsinteressen des stillen Gesellschafters gewahrt werden (§ 122a Abs. 2 und § 122e i.V.m. § 8 Abs. 2 UmwG bzw. Art. 18 SE-VO i.V.m. § 8 Abs. 2 UmwG). Aufgrund der Universalsukzession behält der stille Gesellschafter auch gegenüber dem übernehmenden Rechtsträger seine Rechte und Pflichten⁹⁵. Die in den §§ 122a ff. UmwG ausdrücklich nicht geregelte grenzüberschreitende Verschmelzung von Personengesellschaften untersteht den allgemeinen kollisionsrechtlichen Grundsätzen des Umwandlungsrechts.

D. Rechtsordnungsübergreifende Spaltung

Auf die rechtsordnungsübergreifende Spaltung finden im schweizerischen IPR die Vorschriften über die Fusion sinngemäss Anwendung (Art. 163d Abs. 1 S. 1 IPRG). Im Übrigen sind die Vorschriften des Rechts der sich spaltenden Gesellschaft massgeblich (Art. 163d Abs. 2 IPRG). Das gilt unter den Voraussetzungen von Art. 163c Abs. 2 IPRG vermutungsweise auch für den Spaltungsvertrag (Art. 163d Abs. 3 S. 1 IPRG). Dabei geht die ganz h. M. auch bei der Spaltung von der Anwendbarkeit der zwingenden Vorschriften sämtlicher beteiligter Gesellschaftsstatute aus, da ansonsten die Rechtswirkungen der rechtsordnungsübergreifenden Spaltung wie auch bei der Fusion nicht zuverlässig herbeigeführt werden können⁹⁶. Für das Schicksal der stillen Beteiligung gilt das zur Fusion Gesagte entsprechend⁹⁷.

Rechtsordnungsübergreifende Spaltungen werden im EWR ebenfalls durch die Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV bzw. Art. 31, 34 EWR-Abkommen) gewährleistet⁹⁸. Kollisionsrechtlich vollzieht sich die grenzüberschreitende Spaltung entsprechend der schweizerischen Lehre zu Art. 163d IPRG nach den Grundsätzen der Vereinigungstheorie⁹⁹. Die stille Beteiligung geht dann gemäss dem Spaltungsplan im Rahmen der partiellen Universalsukzession als Rechtsverhältnis unverändert auf den übernehmenden Rechtsträger über¹⁰⁰. Das gilt auch für das deutsche Recht, obwohl in § 126 Abs. 1 Nr. 9

95 Vgl. dazu auch EuGH vom 7.4.2016 (Rs. C-483/14) EuZW 2016, 339 N 53 ff. (KA Finanz/Sparkassen Versicherung), wonach eine von der übertragenden Gesellschaft begebene Nachrangleihe nach einer grenzüberschreitenden Absorptionsfusion kraft unionsrechtlicher Vorgaben dem bisherigen Recht unterstellt bleiben müsse.

96 Siehe nur CR-F. GUILLAUME (Fn. 20), Art. 163d LDIP N 8 und BSK-P. V. KUNZ/R. RODRIGUEZ (Fn. 71), Art. 163d IPRG N 12 ff.

97 Siehe dazu oben unter III. C.

98 A. ENGERT (Fn. 92), § 4 N 97; N. KRAUSE/N. KULPA, Grenzüberschreitende Verschmelzungen, ZHR 171 (2007), 38, 46 f.; P. JUNG (Fn. 56), Art. 54 AEUV N 47 ff.

99 A. ENGERT (Fn. 92), § 4 N 104.

100 Siehe dazu etwa für das deutsche Recht eingehend P. JUNG, Die stille Gesellschaft in der Spaltung, ZIP 1996, 1734 ff.

UmwG nur von «Gegenständen des Aktiv- und Passivvermögens» die Rede ist¹⁰¹. Seit der Aufhebung von § 132 UmwG¹⁰² ist auch geklärt, dass es nach deutschem Recht auf eine Zustimmung des stillen Gesellschafters zur Spaltung bzw. zum Übergang seiner Beteiligung nicht mehr ankommt¹⁰³.

IV. Fazit und Ausblick

Die stille Gesellschaft ist eine hybride Gesellschaftsform zwischen Aussengesellschaft und Vertrag. In einem französischen Standardwerk zum Gesellschaftsrecht wird sie daher den «drôles de sociétés» zugerechnet¹⁰⁴. Das autonome schweizerische internationale Privat- und Zivilverfahrensrecht trägt derartigen Hybridformen und ihrer sachgerechten Zuordnung zum internationalen Vertrags- bzw. Gesellschaftsrecht mit einer vom schweizerischen Sachrecht abweichenden eigenständigen Definition der Gesellschaft Rechnung (Art. 150 Abs. 1 IPRG). Das danach massgebliche Abgrenzungskriterium der Organisation führt nach der im vorstehenden Beitrag befürworteten Auslegung von Art. 150 IPRG zu einer differenzierten Anknüpfung stiller Gesellschaften, je nachdem, ob die betreffende Gesellschaft über eine eigene Organisation verfügt oder nicht¹⁰⁵. Die Beantwortung der Qualifikationsfrage in Abhängigkeit von einem tatsächlichen Kriterium bietet den Vorteil, dass hierdurch der Rückgriff auf erst durch die *lex causae* zu bestimmende rechtliche Eigenschaften der Gesellschaft wie z.B. ihre Rechtspersönlichkeit oder Parteifähigkeit vermieden wird¹⁰⁶. Die Prüfung eines gesetzlich nicht näher bestimmten tatsächlichen Differenzierungskriteriums führt aber auch zu Rechtsunsicherheiten und zur erhöhten Gefahr von Wechseln der Zuständigkeitsordnung bzw. des Statuts¹⁰⁷. Von Beginn an wurden daher auch Zweifel am Sinn der uneinheitlichen Qualifikation einfacher Gesellschaften durch Art. 150 Abs. 2 IPRG und am Kriterium der Organisation geäussert¹⁰⁸.

101 So auch etwa B. WENG, Die stille Gesellschaft in der Umwandlung des Geschäftsinhabers, insbesondere der Verschmelzung, Frankfurt/M. 2007, S. 113 ff. und M. HEIDENHAIN, Spaltungsvertrag und Spaltungsplan, NJW 1995, 2873, 2877 f.

102 Zweites Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes vom 19.4.2007, BGBl. I 2007, 542.

103 P. JUNG (Fn. 5), N 18.40.

104 M. COZIAN/A. VIANDIER/F. DEBOISSY, Droit des sociétés, 29. Aufl., Paris 2016, N 1259.

105 Siehe dazu oben bei Fn. 20 ff. und Fn. 43 ff.

106 Vgl. dazu etwa P. MANKOWSKI, in: T. Rauscher (Hrsg.), Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht – EuZPR/EuIPR, Köln 2016, Art. 24 EuGVVO, N 60 ff.

107 BSK-S. EBERHARD/A. VON PLANTA (Fn. 20), Art. 150 IPRG N 7; CHK-R. GASSMANN (Fn. 22), Art. 150 IPRG N 3.

108 Siehe etwa P. NOBEL, Zum internationalen Gesellschaftsrecht im IPR-Gesetz, in: I. Schwander (Hrsg.), Beiträge zum neuen IPR des Sachen-, Schuld- und Gesellschaftsrechts, Festschrift für Prof. Rudolf Moser, Zürich 1987, S. 183; demgegenüber halten BSK-S. EBERHARD/A. VON PLANTA (Fn. 20), Art. 150 IPRG N 15 die Differenzierung angesichts der grossen realen Bandbreite der als Auffanggesellschaftsform fungierenden einfachen Gesellschaft für ebenso sachgerecht wie die Möglichkeit der Rechtswahl bei nicht organisierten Gesellschaften.

Als Alternative käme zunächst die einheitliche vertragsrechtliche Qualifikation stiller Gesellschaften als Innengesellschaften in Betracht, wie sie von der jeweils h. M. im deutschen¹⁰⁹ und französischen¹¹⁰ Kollisionsrecht sowie einem erheblichen Teil der schweizerischen Lehre¹¹¹ bereits *de lege lata* für Art. 150 Abs. 2 IPRG befürwortet wird. Nach der hier vertretenen Ansicht wäre eine Differenzierung zwischen Innen- und Aussengesellschaften jedoch nur *de lege ferenda* denkbar. Es ist auch fraglich, ob sie sachgerecht wäre, da auch in Innengesellschaften wie etwa der im deutschen Recht sehr verbreiteten stillen Publikumsgesellschaft organisationsrechtliche Fragen und Aspekte des Minderheitenschutzes relevant werden können, für welche die besondere gesellschaftsrechtliche Anknüpfung angemessen ist¹¹². Ausserdem wäre auch diese Unterscheidung nicht frei von Problemen der Abgrenzung¹¹³ und des Wechsels der Anknüpfung. Als weitere Möglichkeit böte sich *de lege ferenda* die einheitliche Unterstellung aller zweckgebundenen Personenzusammenschlüsse unter das internationale Gesellschaftsrecht an¹¹⁴. Damit würden die Abgrenzungsprobleme auf die bereits im Rahmen des geltenden Art. 150 IPRG vorzunehmende Prüfung des Zweckkriteriums reduziert. Probleme entstünden dafür im Rahmen der Anknüpfung, weil bei einigen dieser Personenzusammenschlüsse kein Sitz und kein Registrierungsort festgestellt werden könnten und mithin auf alternative Anknüpfungsmerkmale abgestellt werden müsste. Ausserdem käme es zu einer vollständigen Verdrängung der Rechtswahl nach Art. 116 IPRG aus dem Bereich des Gesellschaftsrechts, welche zwar weitgehend gerechtfertigt werden könnte¹¹⁵, aber doch von vielen als überschüssend empfunden würde¹¹⁶. Insofern wird das schweizerische Recht vermutlich auch künftig an der bestehenden Abgrenzung zwischen Gesellschaften und Verträgen anhand des Organisationskriteriums festhalten.

109 Siehe dazu oben bei Fn. 54 ff.

110 Siehe dazu oben bei Fn. 58 ff.

111 Siehe dazu oben die Nachweise in Fn. 26.

112 Vgl. dazu etwa P. MANKOWSKI (Fn. 106), N 62 und R. H. WEBER/S. VOLZ, E-Commerce Recht und Rechtliche Rahmenbedingungen elektronischer Geschäftsformen, 2. Aufl., Zürich 2010, S. 62.

113 Vgl. zur Diskussion um den Begriff der Innengesellschaft im deutschen Recht nur K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Köln 2002, S. 1288 ff.; das Problem sieht auch L. HUBER (Fn. 22), S. 61.

114 Hierfür etwa im deutschen Recht C. VON BAR (Fn. 57), N 617 und 645.

115 Siehe dazu C. VON BAR (Fn. 57), N 645; vgl. auch BSK-S. EBERHARD/A. VON PLANTA (Fn. 20), Art. 150 IPRG N 18.

116 Siehe nur BSK-S. EBERHARD/A. VON PLANTA (Fn. 20), Art. 150 IPRG N 15.