

# Festschrift für Anton K. Schnyder

Herausgegeben von

Pascal Grolimund  
Alfred Koller  
Leander D. Loacker  
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](http://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
 <b>III Versicherungsrecht</b>	
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
 <b>IV Gesellschaftsrecht</b>  	
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
 <b>V Internationales und nationales Wirtschaftsrecht, insbesondere Wettbewerbs- und Kartellrecht</b>	
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

# Die Societas Unius Personae (SUP) aus Schweizer Sicht

Inhaltsübersicht	Seite
<b>I. Einleitung</b> .....	1069
<b>II. Die SUP im System des europäischen Gesellschaftsrechts</b> .....	1071
<b>III. Überblick über den SUP-Richtlinienvorschlag</b> .....	1073
<b>IV. Ausgewählte Aspekte des SUP-Richtlinienvorschlags</b> .....	1075
A. Gründungspersonen .....	1075
B. Gründungs- und Eintragungsverfahren .....	1076
C. Kapitalverfassung .....	1083
D. Sitzaufspaltung .....	1085
E. Weisungsrecht und Cash-Pooling .....	1087
<b>V. Schlussbetrachtungen</b> .....	1088

## I. Einleitung

Kleinere und mittlere Unternehmen (KMU) tragen entscheidend zur Wirtschaftsleistung der Schweiz bei. So gehen hierzulande mehr als 99% der Unternehmen und rund zwei Drittel der Arbeitsplätze auf sie zurück.<sup>1</sup> Im Bewusstsein um deren Bedeutung und mit Rücksicht auf ihre spezifischen Bedürfnisse erfahren sie eine besondere bzw. bevorzugte Behandlung durch den Gesetzgeber, sei es beispielsweise im Fusionsrecht (vgl. Art. 14 Abs. 2 FusG), im Kartellrecht (vgl. Art. 9 Abs. 1 KG), im Arbeitsrecht (vgl. Art. 335i Abs. 1 OR), im Rechnungslegungsrecht (vgl. Art. 963a Abs. 1 Ziff. 1 OR) oder im Revisionsrecht (vgl. Art. 727 Abs. 1 Ziff. 2 OR i.V.m. Art. 727 Abs. 3 OR).

Auch in der Europäischen Union kommen KMUs eine nicht minder grosse Bedeutung zu. Die Aufnahme einer grenzüberschreitenden Geschäftstätigkeit im gemeinsamen Binnenmarkt gestaltet sich jedoch insbesondere für sie beschwerlich.<sup>2</sup> Dies wird u.a. auf die Viel-

1 <<https://www.kmu.admin.ch/kmu/de/home/kmu-politik/kmu-politik-zahlen-und-fakten/kmu-in-zahlen/firmen-und-beschaefigte.html>> (zuletzt besucht am 8.9.2017).

2 Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rats über Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter, COM (2014) 212 final, S. 2.

falt von nationalen Rechtsvorschriften und das Misstrauen von Kunden und Geschäftspartnern gegenüber ausländischen Gesellschaftsformen zurückgeführt.<sup>3</sup> Um in einem anderen Mitgliedstaat als einheimisches Unternehmen und damit von Stakeholdern als seriöser Vertragspartner wahrgenommen zu werden, muss also in aller Regel auf die mit Kosten verbundene Gründung von Tochtergesellschaften zurückgegriffen werden.<sup>4</sup> Mitunter deshalb verfügen gerade einmal zwei Prozent der rund 21 Millionen KMU in der EU über eine Tochtergesellschaft, eine Zweigniederlassung oder ein Joint Venture in einem anderen Mitgliedstaat.<sup>5</sup> Die mit der Gründung von Tochtergesellschaften verbundenen Kosten (u.a. für die zusätzlich erforderliche Rechtsberatung und Übersetzung) fallen ausserdem bei jeder geplanten Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat erneut an.<sup>6</sup> Die meisten KMU, die überhaupt im europäischen Ausland investieren, beschränken ihre Tätigkeit denn auch auf nur einen Mitgliedstaat.<sup>7</sup> Die Europäische Union hat den Handlungsbedarf diesbezüglich erkannt und sich die Schaffung eines KMU-freundlichen Klimas in der «Lissabon-Agenda»<sup>8</sup> auf die Fahne geschrieben, im Nachfolgeprogramm «Europa 2020»<sup>9</sup> bekräftigt und im «Small Business Act für Europa»<sup>10</sup> konkretisiert. Der Richtlinienvorschlag über Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter (nachfolgend «SUP-Richtlinienvorschlag» oder kurz «SUP-RLV») ist vor dem Hintergrund dieser Zielsetzung zu beurteilen.

Im Folgenden soll zuerst die SUP im Kontext europäischer Gesellschaftsformen dargestellt werden. Sodann wird der Richtlinienvorschlag überblicksmässig zusammengefasst. Anschliessend werden ausgewählte Aspekte der SUP beleuchtet und in Bezug zum Schweizer Gesellschaftsrecht gesetzt. Gewisse mit der Revision des Schweizer Aktienrechts geplante Neuerungen sollen in diese Beurteilung miteinfließen. Schliesslich werden Überlegungen zu Einsatzmöglichkeiten der SUP für in der EU tätige schweizerische Gesellschaften angestellt und ein Resümee gezogen.

---

3 SUP-Richtlinienvorschlag (Fn. 2), S. 2 u. Erwägungsgrund 3.

4 SUP-Richtlinienvorschlag (Fn. 2), S. 2 u. Erwägungsgrund 3.

5 European Commission, Impact Assessment Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on single-member private limited liability companies, SWD (2014) 124 final, S. 8; Vgl. auch P.-H. CONAC, The Societas Unius Personae (SUP): A «Passport» for Job Creation and Growth, in: ECFR 2015, S. 139 ff., S. 140 m.w.H.

6 SUP-Richtlinienvorschlag (Fn. 2), S. 2 u. Erwägungsgrund 3.

7 P.-H. CONAC (Fn. 5), S. 141 m.w.H.

8 Vgl. Europäischer Rat, Lissabon, 23. und 24. März 2000, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, SN 100/00, Ziff. 14.

9 Vgl. Mitteilung der Europäischen Kommission, EUROPA 2020, 3.3.2010, KOM (2010) 2020 endgültig, S. 20.

10 Mitteilung der Europäischen Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Vorfahrt für KMU in Europa: Der «Small Business Act» für Europa, 25.6.2008, KOM (2008) 394 endgültig.

## II. Die SUP im System des europäischen Gesellschaftsrechts

Das Europäische Gesellschaftsrecht befasst sich mit den rechtlichen Rahmenbedingungen für Gesellschaften, die im gemeinsamen Binnenmarkt tätig sind.<sup>11</sup> Ziel ist dabei nicht eine vollständige Vereinheitlichung der mitgliedstaatlichen Regelungen auf dem Feld des Gesellschaftsrechts, sondern deren Angleichung in genau bestimmten Bereichen, um eine grenzüberschreitende Unternehmenskooperation im Binnenmarkt zumindest zu erleichtern.<sup>12</sup> Es wurden zu diesem Zweck bereits verschiedene Koordinierungsmassnahmen angestrengt, beispielsweise auf den Gebieten von Aktionärsrechten in kotierten Gesellschaften (Aktionärsrechterichtlinie)<sup>13</sup>, Transparenzpflichten (Publizitätsrichtlinie)<sup>14</sup>, Übernahmen (Übernehmerichtlinie)<sup>15</sup>, Rechnungslegung (Bilanzrichtlinie)<sup>16</sup>, Zweigniederlassungen (Zweigniederlassungsrichtlinie)<sup>17</sup>, Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter (Einpersonenrichtlinie)<sup>18</sup> oder des Unternehmenssteuerrechts (Gesellschaftssteuerichtlinie)<sup>19</sup>. Sie befreien grenzüberschreitend tätige Unternehmen indes nicht von der Notwendigkeit, sich als Gesellschaften nach dem Recht eines bestimmten Mitgliedstaats zu konstituieren.<sup>20</sup> Der rechtliche (nationale) Rahmen, in dem sich Unternehmen innerhalb des gemeinsamen Binnenmarkts bewegen, entspricht also trotz Koordinationsanstrengungen auf den eben dargelegten

---

11 W. KILIAN/D. H. WENDT, *Europäisches Wirtschaftsrecht*, 5. Aufl., Baden-Baden 2016, N 582.

12 W. KILIAN/D. H. WENDT (Fn. 11), N 589 f.

13 Richtlinie 2007/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären in börsennotierten Gesellschaften.

14 Richtlinie 2009/101/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 48 Absatz 2 des Vertrags im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten.

15 Richtlinie 2004/25/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 betreffend Übernahmeangebote.

16 Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates.

17 Richtlinie 89/666/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 über die Offenlegung von Zweigniederlassungen, die in einem Mitgliedstaat von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen errichtet wurden, die dem Recht eines anderen Staates unterliegen.

18 Richtlinie 2009/102/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts betreffend Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter.

19 Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17. Juli 1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital.

20 Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), Erwägungsgrund 3.

Gebieten nicht dem wirtschaftlichen (transnationalen) Rahmen, in dem sie tätig sind.<sup>21</sup> Das Potenzial der Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV kann so nicht vollständig ausgeschöpft werden.<sup>22</sup> Deshalb wurden mit der Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV), der Europäischen Aktiengesellschaft (Societas Europaea, kurz SE) und der Europäischen Genossenschaft (Societas Cooperativa Europaea, kurz SCE) «originäre europäische Gesellschaftsformen»<sup>23</sup> geschaffen, deren sich grenzüberschreitend tätige Unternehmen bedienen können. Insbesondere die SE hat sich mit bisher 2827 Gründungen<sup>24</sup> für bestimmte Verhältnisse als Alternative zu Aktiengesellschaften nach nationalem Recht erwiesen, dies allerdings vorwiegend für Grossunternehmen (u.a. Allianz, Axel Springer, BASF, E.ON, GfK, Porsche Automobil Holding, Puma, Tesla und Zalando)<sup>25</sup>. Mit dem 2008 von der Kommission lancierten Vorschlag für eine Europäische Privatgesellschaft (Societas Privata Europaea, kurz SPE) hätte auch speziell für KMU eine supranationale Kapitalgesellschaft geschaffen werden sollen.<sup>26</sup> Der Vorschlag scheiterte jedoch 2011 vor allen Dingen aus Gründen der Arbeitnehmermitbestimmung am Veto Deutschlands und Schwedens.<sup>27</sup> Der mit dem SPE-Vorschlag verfolgte Grundgedanke einer Erhöhung der Wettbewerbsfähigkeit von KMU im Binnenmarkt<sup>28</sup> soll mit dem SUP-Richtlinienvorschlag wieder aufgenommen werden.<sup>29</sup> Allerdings wird konzeptionell ein anderer Weg als mit dem SPE-Vorschlag eingeschlagen.

Im Unterschied zum gescheiterten SPE-Vorschlag würde mit der SUP keine eigenständige europäische Gesellschaftsform, sondern ein harmonisierter Rechtsrahmen für die Errichtung von nationalen Einpersonengesellschaften geschaffen.<sup>30</sup> Aus dieser Erwägung heraus stützt die Kommission den SUP-Vorschlag auf Art. 50 AEUV (Verwirkli-

---

21 Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), Erwägungsgrund 4.

22 Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), Erwägungsgrund 4.

23 W. KILIAN/D. H. WENDT (Fn. 11), N 607.

24 Stand Anfang September 2017: <<http://ecdb.worker-participation.eu/>> (zuletzt besucht am 8.9.2017).

25 Vgl. für eine beispielhafte Aufzählung von grösseren deutschen Gesellschaften in Rechtsform der SE: L. REPPESGAARD/C. TÖDTMANN, Societas Europaea – Familienfirmen setzten auf neue Rechtsform <<http://www.handelsblatt.com/unternehmen/mittelstand/societas-europaea-familienfirmen-setzen-auf-neue-rechtsform/3363066.html>> (zuletzt besucht am 28.12.2016).

26 Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft (SPE), 25.6.2008, KOM (2008) 396, S. 1 f.

27 J. SCHMIDT, Die SUP aus der Sicht der Kommission und ihr Kapitalschutz, in: Societas Unius Personae (SUP) : Beiträge aus Wissenschaft und Praxis, hrsg. von M. Lutter/J. Koch, Berlin/Boston 2015, S. 1 ff., S. 1; J. BORMANN, Die SUP aus Sicht des nationalen Rechtssystems, in: Societas Unius Personae (SUP) : Beiträge aus Wissenschaft und Praxis, hrsg. von M. Lutter/J. Koch, Berlin/Boston 2015, S. 23 ff., S. 23.

28 Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft (SPE), 25.6.2008, KOM (2008) 396, S. 2.

29 SUP-Richtlinienvorschlag (Fn. 2), S. 3.

30 Vgl. SUP-Richtlinienvorschlag (Fn. 2), S. 2 u. Erwägungsgrund 8.

chung der Niederlassungsfreiheit)<sup>31</sup> und nicht, wie es mangels ausdrücklicher Grundlage in den Verträgen für die Einführung einer supranationalen Rechtsform erforderlich wäre, auf Art. 352 AEUV<sup>32</sup>. Die Wahl von Art. 50 AEUV als Rechtsgrundlage für die Einführung der SUP ist nicht unproblematisch, wird von einer Mehrheit der Autoren aber für zulässig erachtet.<sup>33</sup> Die SUP ist deshalb auch, wie es bei Rechtsakten gestützt auf Art. 50 AEUV zwingend vorgesehen ist, als (umsetzungsbedürftige) Richtlinie nach Art. 288 Abs. 3 AEUV ausgestaltet und nicht, wie es für die SPE vorgesehen war, als (unmittelbar geltende) Verordnung nach Abs. 2 derselben Bestimmung. Ein (wohl erwünschter) Nebeneffekt dieser Wahl der Rechtsgrundlage ist, dass der Rechtsakt im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren (Mitentscheidungsverfahren) nach Art. 294 AEUV ergeht, d.h. mit einfachem Mehr im Parlament und qualifiziertem Mehr im Rat (vgl. Art. 50 Abs. 1 AEUV).<sup>34</sup> Anders als bei der geplanten Einführung der SPE ist keine Einstimmigkeit im Rat erforderlich. Vielmehr genügt für die Erfüllung des qualifizierten Mehrs im Rat, dass mind. 55% der Mitgliedstaaten, die mind. 65% der Bevölkerung in der EU repräsentieren, dem Vorschlag zustimmen (vgl. demgegenüber Art. 352 Abs. 1 AEUV). An einem erneuten Veto Deutschlands und Schwedens soll der SUP-Richtlinienvorschlag demnach nicht scheitern.

### III. Überblick über den SUP-Richtlinienvorschlag

Der Richtlinienvorschlag ist in drei Teile gegliedert und wird ergänzt um zwei Anhänge:

Teil 1 (Allgemeine Bestimmungen; Art. 1–5) umfasst u.a. den Anwendungsbereich der Richtlinie, die Gesellschaftsversammlung sowie Verträge zwischen dem einzigen Gesellschafter und der Gesellschaft. Die Einpersonenrichtlinie (2009/102/EG)<sup>35</sup> von 2009, die als Nachfolgerin der 1989 erlassenen zwölften gesellschaftsrechtlichen Richtlinie (89/667/EWG)<sup>36</sup> sicherstellt, dass in jedem Mitgliedstaat Gesellschaften durch eine einzige Per-

31 SUP-Richtlinienvorschlag (Fn. 2), Einleitungssatz.

32 EuGH 2.5.2006, C-436/03.

33 Vgl. N. MOENCH, Die Societas Unius Personae (SUP), Diss. Univ. Köln 2016, S. 15 ff.; M. P. STRAUBE, Gedanken zur geplanten «Societas Unius Personae» (SUP), in: Festschrift Christian Nowotny, Zum 65. Geburtstag, hrsg. von W. Blocher/M. Gelter/M. Pucher, Wien 2015, S. 469 ff., S. 481; S. JUNG, Societas Unius Personae (SUP) – The New Corporate Element in Company Groups, in: EBLR 26, Issue 5 (2015), S. 645 ff., S. 646 f.; C. TEICHMANN, Einsatzmöglichkeiten der Societas Unius Personae (SUP), in: Societas Unius Personae (SUP): Beiträge aus Wissenschaft und Praxis, hrsg. von M. Lutter/J. Koch, Berlin/Boston 2015, S. 37 ff., S. 56.

34 M. BEURSKENS, «Societas Unius Personae» – der Wolf im Schafspelz?, in: GmbHR 2014, S. 738 ff., S. 739.

35 Richtlinie 2009/102/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts betreffend Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter.

36 Zwölfte Richtlinie des Rates vom 21. Dezember 1989 auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts betreffend Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter ( 89/667/EWG).



son gegründet werden können, wird in diesen Teil der SUP-Richtlinie überführt<sup>37</sup> und soll mit Inkrafttreten der SUP-Richtlinie aufgehoben werden<sup>38</sup>. Damit wird es fortan den Mitgliedstaaten überlassen sein, ob sie die Vorschriften über die Errichtung und die Tätigkeit von SUP auf sämtliche Einpersonengesellschaften mit beschränkter Haftung ihrer Rechtsordnung angewandt wissen wollen, oder ob sie die SUP als eigene Gesellschaftsform vorsehen, die gleichwertig neben anderen Rechtsformen steht.<sup>39</sup>

Teil 2 (Societas Unius Personae; Art. 6–25) setzt sich ausschliesslich mit Regelungen zur SUP auseinander. Ihren Hauptteil bilden die Gründungsvorschriften. Sie sind im Vergleich zum SPE-Vorschlag wesentlich detaillierter und sehen verschiedene Erleichterungen vor. So soll beispielsweise durch ein standardisiertes Gründungsverfahren nicht nur die Errichtung einer Einpersonengesellschaft in jedem Mitgliedstaat vor Ort möglich sein, sondern auch als Online-Ferngründung von anderen Mitgliedstaaten aus und ohne Pflicht zum persönlichen Erscheinen im Eintragungsmitgliedstaat erlaubt werden (vgl. Art. 14 Abs. 3 SUP-RLV). Die Gründung von Tochtergesellschaften in anderen Mitgliedstaaten als dem Sitzland der Muttergesellschaft soll hierdurch erleichtert werden, insbesondere wenn es sich um KMU-Konzerne handelt.<sup>40</sup> Weiter beinhaltet der zweite Teil des Richtlinienvorschlags neben allgemeinen Grundsätzen u.a. Regelungen zur Kapital- und Organisationsverfassung. Mit der Gründung einer Einpersonengesellschaft unter Einhaltung dieser Bestimmungen erhält die Gesellschaft als eine Art «EU-Gütesiegel»<sup>41</sup> den Firmenzusatz «SUP» (vgl. Art. 17 Abs. 3 SUP-RLV).

Teil 3 (Schlussbestimmungen; Art. 26–33) überträgt der Kommission die Befugnisse zum Erlass von Durchführungsrechtsakten, insbesondere in Bezug auf die bei einer Online-Eintragung zwingend zu verwendenden Mustervorlagen für die Satzung und für die Eintragung der SUP (vgl. Art. 26 i.V.m. Art. 11 Abs. 3 und Art. 13 Abs. 2 SUP-RLV). Ferner enthält er u.a. Bestimmungen zu Sanktionen (Art. 28 SUP-RLV) bei Verstössen gegen die Richtlinie und zum Zeitpunkt ihres Inkrafttretens (Art. 32 SUP-RLV).

Schliesslich listet Annex I zum SUP-Richtlinienvorschlag sämtliche Rechtsformen einzelner Mitgliedstaaten auf, denen es erlaubt sein muss, sich ohne Liquidationsverfahren oder Verlust oder Unterbrechung der Rechtspersönlichkeit in eine SUP umzuwandeln (vgl. Art. 9 SUP-RLV). Annex II enthält aufgrund der Überführung von Bestimmungen aus der Einpersonenrichtlinie (2009/102/EG)<sup>42</sup> in die SUP-Richtlinie eine entsprechende Äquivalenztabelle mit den Artikeln beider Richtlinien.

---

37 SUP-Richtlinienvorschlag (Fn. 2), Erwägungsgrund 2.

38 SUP-Richtlinienvorschlag (Fn. 2), Art. 29 Abs. 2.

39 SUP-Richtlinienvorschlag (Fn. 2), Erwägungsgrund 10.

40 SUP-Richtlinienvorschlag (Fn. 2), S. 2 u. 8.

41 J. SCHMIDT, Die Societas Unius Personae (SUP) – eine neue «europäische» Option für Familienunternehmen?, FuS 6/2014, S. 232 ff., S. 232.

42 Richtlinie 2009/102/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts betreffend Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter.

## IV. Ausgewählte Aspekte des SUP-Richtlinienvorschlags

Im Folgenden werden ausgewählte Regelungsinhalte in Zusammenhang mit der Gründung und Eintragung einer SUP dargestellt und aus Sicht des schweizerischen Gesellschaftsrechts beurteilt. Der Fokus liegt auf jenen Bestimmungen, welche die SUP zu einer praxistauglichen Rechtsform machen sollen, allen voran den Gründungs- und Eintragungsvorschriften.

### A. Gründungspersonen

Eine SUP kann *ex nihilo* oder durch Umwandlung gegründet werden.

Nach Art. 9 Abs. 1 SUP-RLV steht die Umwandlung in eine SUP ausschliesslich<sup>43</sup> den in Annex I zum SUP-Richtlinienvorschlag angeführten Gesellschaften nationalen Rechts offen, d.h. beispielsweise der GmbH in Deutschland und Österreich, der Sàrl in Frankreich, oder der BV in den Niederlanden. Demgegenüber kann eine Neugründung sowohl durch natürliche wie durch juristische Personen (Art. 8 SUP-RLV) erfolgen und somit insbesondere auch durch bestehende Einpersonengesellschaften mit beschränkter Haftung.<sup>44</sup> Ebenfalls ist es zulässig, dass eine SUP als Gründerin einer weiteren SUP auftritt.<sup>45</sup> Denn Art. 6 Abs. 2 des SUP-Richtlinienvorschlags sieht vor, dass eine SUP einzige Gesellschafterin anderer Gesellschaften sein kann. Dies schliesst die Beteiligung einer SUP an einer anderen SUP mit ein, da SUPs nach Art. 7 SUP-RLV Abs. 1 volle Rechtspersönlichkeit besitzen, mithin als juristische Personen i.S.v. Art. 8 SUP-RLV bzw. als Gesellschaften i.S.v. Art. 6 Abs. 2 SUP-RLV gelten. Im Übrigen muss es ebenfalls gestattet sein, dass eine SUP als Komplementärin zu einer Kommanditgesellschaft in Erscheinung tritt.<sup>46</sup> Fraglich ist indes, ob auch Personengesellschaften SUPs gründen können. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, welche Gesellschaften sich unter den Begriff «juristische Personen» i.S.v. Art. 8 SUP-RLV subsumieren lassen. Dies beurteilt sich nicht nach mitgliedstaatlichen Kriterien, sondern unter europarechtlichen Gesichtspunkten.<sup>47</sup> Angesichts der denkbar weiten Auslegung dieses Begriffs im Europarecht, der nach einhelliger Ansicht auch Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit umfasst<sup>48</sup>, muss es Personengesellschaften ebenfalls möglich sein, als Gründerinnen von SUPs zu fungieren.<sup>49</sup> Um Klarheit

---

43 Vgl. SUP-Richtlinienvorschlag (Fn. 2), S. 7.

44 Vgl. SUP-Richtlinienvorschlag (Fn. 2), S. 7.

45 Vgl. N. MOENCH (Fn. 33), S. 40; eine SUP darf bloss weder direkt noch indirekt den (einzigsten) Anteil an sich selber halten: vgl. Art. 15 Abs. 2 SUP-RLV.

46 In Bezug auf das deutsche Rechte könnte die SUP & Co. KG also künftig die «neue» GmbH & Co. KG werden: J. SCHMIDT (Fn. 41), S. 233.

47 M. BEURSKENS (Fn. 34), S. 739.

48 Statt vieler: N. MOENCH (Fn. 33), S. 42 m.w.H.

49 B. GRUNEWALD, Die Societas Unius Personae (SUP) – wohin mit der 2. Person?, in: Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Verfassungsrecht, Privatinitiative und Gemeinwohlhorizonte in der europäischen Integration, Festschrift für Peter-Christian Müller-Graff zum 70. Geburtstag am 29. September 2015,

diesbezüglich zu schaffen, schlägt der Rat in seiner allgemeinen Ausrichtung zum von der Kommission vorgelegten SUP-Richtlinienvorschlag denn auch vor, Art. 8 ausdrücklich um die Zulässigkeit einer Gründung von SUP durch Rechtsträger ohne Rechtspersönlichkeit zu ergänzen.<sup>50</sup>

## B. Gründungs- und Eintragungsverfahren

### 1. Verfahren gemäss dem SUP-Richtlinienvorschlag

Die SUP ist in jenem Mitgliedstaat einzutragen, in dem sie ihren satzungsmässigen Sitz haben soll (Art. 14 Abs. 1 SUP-RLV). Erst mit der Eintragung erwirbt sie die Rechtspersönlichkeit (Art. 14 Abs. 2 SUP-RLV). Die Eintragung wirkt somit konstitutiv für die Entstehung der SUP<sup>51</sup>, wie es beispielsweise auch für juristische Personen schweizerischen Rechts gilt (vgl. für die Aktiengesellschaft Art. 643 Abs. 1 OR)<sup>52</sup>. Das Recht des Eintragungsmitgliedstaats ist massgebend für sämtliche Belange, die nicht durch den SUP-Richtlinienvorschlag geregelt sind (Art. 7 Abs. 4 SUP-RLV).

Für die Eintragung einer SUP stehen drei Varianten zur Verfügung: Das nach mitgliedstaatlichem Recht organisierte Eintragungsverfahren für sämtliche juristische Personen, die Eintragung nach erfolgtem Umwandlungsbeschluss und die Online-Eintragung.<sup>53</sup> Im Hinblick auf das verfolgte Ziel der Förderung einer grenzüberschreitenden Tätigkeit von Gesellschaften ist die Online-Eintragung nach Art. 14 SUP-RLV von besonderem Interesse. Mitgliedstaaten haben dieser Bestimmung nach sicherzustellen, dass eine SUP vollständig auf elektronischem Weg gegründet werden kann, ohne dass der Gründungsgesellschafter vor einer Behörde im Eintragungsstaat erscheinen muss (Abs. 3). Die Online-Eintragung ist gemäss dem klaren Wortlaut von Art. 14 Abs. 3 SUP-RLV und Art. 17 Abs. 2 SUP-RLV auf Neugründungen von SUP beschränkt und nur bei Barliberierung möglich. Sie setzt weiter voraus, dass die Gründer sowohl für die Satzung nach Art. 11 SUP-RLV wie für die Eintragung nach Art. 13 SUP-RLV Mustervorlagen verwenden (Abs. 4). Ohne eine Verwendung von Mustervorlagen wäre es den mitgliedstaatlichen Behörden auch kaum möglich, das Eintragungsverfahren innert drei Arbeitstagen nach Ein-

---

hrsg. von C. Stumpf/F. Kainer/C. Baldus, Baden-Baden 2015, S. 290 ff., S. 291 f.; N. MOENCH (Fn. 33), S. 42; M. BEURSKENS (Fn. 34), S. 739; Eine SUP kann somit durchaus über mehrere Gesellschafter verfügen: S. OMLOR, Die Societas Unius Personae (SUP) mit mehreren Gesellschaftern – ein Paradoxon?, in: GPR 4/2015, S. 158 ff.

50 Allerdings nur, sofern die nationalen Vorschriften des Eintragungsmitgliedstaats dies zulassen: Vgl. Generalsekretariat des Rates der Europäischen Union, Vermerk vom 21. Mai 2015 betreffend der allgemeinen Ausrichtung des Rates der Europäischen Union zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter, 8811/15 DRS 39 CODEC 706, Art. 8.

51 Vgl. N. MOENCH (Fn. 33), S. 62.

52 Vgl. für die Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht: H. C. VON DER CRONE, Aktienrecht, Bern 2014, N 171 zu § 2.

53 Vgl. SUP-Richtlinienvorschlag (Fn. 2), Erwägungsgründe 10 u. 11.

gang aller erforderlichen Unterlagen abzuschliessen, wie es Art. 14 Abs. 4 SUP-RLV verlangt.<sup>54</sup> Ihr genauer Inhalt wird noch von der Kommission mittels delegiertem Rechtsakt festgelegt (Art. 26 SUP-RLV), dürfte sich aber an den englischen *Companies Act 2006 Model Articles* orientieren.<sup>55</sup> Sie werden den Gründern elektronisch zur Verfügung gestellt (vgl. Art. 11 Abs. 2 und Art. 14 Abs. 3 SUP-RLV). Die in den Mustervorlagen verlangten Informationen werden nicht mehr umfassen dürfen, als Art. 11 Abs. 2 SUP-RLV bezüglich der Satzung (u.a. Errichtung, Anteil, Stammkapital und Organisation) und Art. 13 Abs. 1 bezüglich der Eintragung (u.a. Name der SUP, Unternehmensgegenstand, Stammkapital und Satzung) vorsehen, sodass die Kommission keine Erweiterung der Musteratzung auf nicht durch die Richtlinie harmonisierte Bereiche vornehmen kann.<sup>56</sup> Sollen in den Statuten der SUP mehr Inhalte geregelt werden, als in der Mustervorlage verlangt, steht die in Art. 13 Abs. 1 SUP-RLV garantierte Möglichkeit zur Online-Eintragung ohne Pflicht zum persönlichen Erscheinen vor den Registerbehörden nicht zur Verfügung, da andernfalls die Vereinbarkeit mit Art. 11 der Publizitätsrichtlinie<sup>57</sup> nicht gegeben wäre.<sup>58</sup> Das Eintragungsverfahren hat in diesem Fall nach den mitgliedstaatlichen Regeln für die Eintragung von juristischen Personen zu ergehen. Dieses gelangt auch zur Anwendung, wenn nach erfolgter Online-Eintragung eine Statutenänderung vorgenommen werden soll, mit der über den in der Mustervorlage festgelegten Inhalt hinausgegangen wird.

Mit der jüngsten Aktienrechtsrevision in der Schweiz werden ebenfalls bestimmte Erleichterungen bei Gesellschaftsgründungen angestrebt. So sieht der im November 2016 präsentierte Entwurf zur Änderung des Obligationenrechts<sup>59</sup> in Art. 780 Abs. 2 E-OR vor, dass bei Vorliegen von einfachen Verhältnissen, d.h. bei Gesellschaften, deren Statuten nicht über den in Art. 776 E-OR festgelegten Mindestinhalt hinausgehen und deren Stammkapital in Franken lautet und bar liberiert wird, eine Abfassung des Gründungsbeschlusses in schriftlicher Form ausreicht, die bisherige Pflicht zur öffentliche Beurkundung mithin entfällt.<sup>60</sup> Gemäss Botschaft soll hierdurch die Gründung einer Kapitalgesellschaft innerhalb von wenigen Arbeitstagen ermöglicht werden.<sup>61</sup> Wie mit dem SUP-Richtlinienvorschlag wird also in erster Linie eine administrative und finanzielle

54 Kritisch gegenüber der Verwendung von Mustervorlagen: M. BEURSKENS (Fn. 34), S. 741; a.M. N. MOENCH (Fn. 33), S. 59.

55 M. BEURSKENS (Fn. 34), S. 740.

56 Vgl. N. MOENCH (Fn. 33), S. 58; kritisch: M. BEURSKENS (Fn. 34), S. 741.

57 Richtlinie 2009/101/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009, Art. 11: «In allen Mitgliedstaaten, nach deren Rechtsvorschriften die Gesellschaftsgründung keiner vorbeugenden Verwaltungs- oder gerichtlichen Kontrolle unterworfen ist, müssen der Errichtungsakt und die Satzung der Gesellschaft sowie Änderungen dieser Akte öffentlich beurkundet werden».

58 P. KINDLER, Die Einpersonen-Kapitalgesellschaft als Konzernbaustein – Bemerkungen zum Kompromissvorschlag der italienischen Ratspräsidentschaft für eine Societas Unius Personae (SUP), in: ZHR 179 (2015), S. 330 ff., S. 347.

59 Entwurf zur Änderung des Obligationenrechts (Aktienrecht), BBl 2017 S. 683 ff.

60 Vgl. hierzu: Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts, vom 23.11.2016, BBl 2017 S. 399 ff., S. 436 f.

61 Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts, vom 23.11.2016, BBl 2017 S. 399 ff., S. 437.

Entlastung von KMUs und Gesellschaften in Konzernen angestrebt<sup>62</sup>. Die Beseitigung von Doppelspurigkeiten zwischen den Aufgaben von Notaren und von Handelsregisterbehörden ist zu begrüßen. Es ist aus funktionalen Überlegungen heraus schliesslich nicht nachvollziehbar, wieso Registerbehörden die Einhaltung der Gründungsvorschriften und Vollständigkeit der Unterlagen weniger gut überprüfen könnten als Notariatspersonen. Dies gilt erst recht bei Gesellschaften, deren Statuteninhalt sich auf ein einheitlich festgelegtes Minimum beschränken. Der mit den im SUP-Richtlinienvorschlag vorgesehenen Gründungserleichterungen einhergehende Bürokratieabbau wird allgemein begrüßt. Kritik richtet sich hingegen an die Art und Weise, wie dieser bewerkstelligt werden soll. Es wird argumentiert, dass als Folge einer Abschaffung der Pflicht zum persönlichen Erscheinen vor den Registerbehörden des Eintragungsmitgliedstaates sowohl eine persönliche Beratung der Gründer durch die Registerbehörden oder Notare ausbleibt<sup>63</sup>, als auch das öffentliche Vertrauen in die Zuverlässigkeit des Handelsregisters untergraben würde<sup>64</sup>. Diese Vorbringen sollen im Folgenden betrachtet werden.

## 2. Beratungsfunktion der Registerbehörden und Notariatspersonen

Dass im Zuge einer Online-Gründung die Beratungsfunktion von Registerbehörden und Notaren entfällt, ist ein schwaches Argument gegen den SUP-Richtlinienvorschlag. Einerseits dürfte sich in der Praxis die Beratung auf Erläuterungen und Hinweise allgemeiner Natur beschränken, beispielsweise die Darlegung von Unterschieden zwischen einzelnen Rechtsformen.<sup>65</sup> Ob damit gegenüber Laien tatsächlich eine Beratungs- und Warnfunktion erfüllt wird, erscheint zumindest fraglich.<sup>66</sup> Andererseits erfolgt bei der Unternehmensgründung eine eingehende Beratung bereits im Vorfeld zum Antrag um Eintragung der Gründung bei den Registerbehörden, sei es beispielsweise durch Anwälte oder Steuerberater.<sup>67</sup> Dies gilt erst recht bei SUPs, die als Tochtergesellschaften von (KMU-)Konzernen gegründet werden. Darüber hinaus dürfte der Grossteil des mit einer Gründung von Gesellschaften im Ausland anfallenden Beratungsbedarfs ohnehin im Hinblick auf die Miete von Geschäftsräumlichkeiten, die Einstellung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und deren Anmeldung bei den Sozialversicherungen sowie auf Steuerfragen anfallen.<sup>68</sup> Das Einholen von professioneller Beratung wird folglich trotz elektronischer Abfertigung des Eintragungsverfahrens eine praktische Notwendigkeit bleiben. Eine erneute Beratung in der letzten Phase der Gründung einer SUP, also zu einem Zeitpunkt, an dem bereits sämtliche offenen Fragen abgeklärt wurden, ist damit entbehrlich.

---

62 Vgl. Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts, vom 23.11.2016, BBl 2017 S. 399 ff., S. 437.

63 Statt vieler: P. RIES, *Societas Unius Personae – cui bono?*, Eine Anmerkung eines deutschen Registerrichters, in: NZG 2014, S. 569 ff., S. 569.

64 Statt vieler: P. KINDLER (Fn. 58), S. 345 f.

65 M. BEURSKENS (Fn. 34), S. 745.

66 M. BEURSKENS (Fn. 34), S. 745.

67 M. BEURSKENS (Fn. 34), S. 745.

68 D. LEUERING, *SUP – Perspektiven für die Praxis*, in: *Societas Unius Personae (SUP) : Beiträge aus Wissenschaft und Praxis*, hrsg. von M. Lutter/J. Koch, Berlin/Boston 2015, S. 89 ff., S. 95.

Teilweise wird dieses faktische Bedürfnis nach Beratung als Argument gegen die Einführung einer Online-Gründung von SUPs herangezogen, indem vorgebracht wird, dass hierdurch nichts gewonnen wäre, da ohnehin Beratungskosten anfallen würden.<sup>69</sup> Dieser Ansicht wird allerdings entgegengehalten, dass es nicht Zweck des SUP-Richtlinien-vorschlages sei, die Gründung von Gesellschaften gänzlich kostenlos zu ermöglichen.<sup>70</sup> Vielmehr würde eine Senkung der Gründungs- und Eintragungskosten angestrebt. Diese Zielsetzung wird mit einer Online-Gründung zweifellos erreicht, was denn auch nicht in Abrede gestellt wird.<sup>71</sup>

### 3. Identitätsüberprüfung und Zuverlässigkeit des Handelsregisters

Einer näheren Betrachtung bedarf das Argument, wonach eine Online-Gründung ohne ausreichendes Identifizierungsverfahren das öffentliche Vertrauen in die Zuverlässigkeit von Registereinträgen aushöhlen würde. Insbesondere Länder wie Deutschland, in deren Rechtstradition die Zuverlässigkeit des Handelsregisters von hohem Stellenwert ist, befürchten mit Einführung der Möglichkeit zur Online-Gründung ohne Pflicht zum persönlichen Erscheinen vor Behörden den Einzug «englischer Verhältnisse» in Kontinentaleuropa.<sup>72</sup> In England, wo die Registerbehörde «Companies House» monatlich annähernd 50 Fälle von «Corporate Identity Fraud» oder «Company Hijacking» aufdeckt und an die Strafverfolgungsbehörden weiterleitet (wobei die Dunkelziffer weitaus höher sein dürfte), hat sich als Folge unzuverlässiger Registerauszüge u.a. ein eigentlicher Markt für Nachforschungsdienstleistungen herausgebildet, auf dem Unternehmen regelmäßig die Überprüfung der Vertrauenswürdigkeit ihrer (potenziellen) Geschäftspartner in Auftrag geben.<sup>73</sup> Berücksichtige man die hierdurch und wegen Betrugsfällen verursachten Mehrkosten für Unternehmen und Justizbehörden, sei der geplante Verzicht auf eine Pflicht zum persönlichen Erscheinen vor Registerbehörden im Ergebnis nicht sinnvoll, sondern volkswirtschaftlich gar schädlich, so das gegen die Einführung einer Online-Gründung angeführte Argument.<sup>74</sup> Empirische Belege für diese Schlussfolgerung gibt es freilich nicht. Wenig überzeugend ist auch das Vorbringen<sup>75</sup>, dass genau besehen

---

69 P. RIES (Fn. 63), S. 570.

70 P. HOMMELHOFF, Die SUP-Ferngründung, in: Societas Unius Personae (SUP) : Beiträge aus Wissenschaft und Praxis, hrsg. von M. Lutter/J. Koch, Berlin/Boston 2015, S. 69 ff., S. 81.

71 Weitergehend hierzu: P. HOMMELHOFF (Fn. 70), S. 81.

72 Vgl. P. KINDLER (Fn. 58), S. 340; Rede des Bayerischen Staatsministers der Justiz Prof. Dr. Winfried Bausback am 11. Juli 2014 im Plenum des Deutschen Bundesrates mit dem Thema «Die Societas Unius Personae – tauglich für den europäischen Mittelstand?»; Vgl. allerdings RIES, der darauf hinweist, dass es bereits nach geltender Rechtslage Wege gibt, eine deutsche GmbH ohne persönlichem Erscheinen vor den Registerbehörden zu gründen: P. RIES (Fn. 63), S. 570.

73 P. RIES (Fn. 63), S. 569 m.w.H.; J. BORMANN (Fn. 27), S. 29.

74 Vgl. P. RIES (Fn. 63), S. 569 f.; ähnlich: H. WICKE, Societas Unius Personae – SUP: eine äußerst wackelige Angelegenheit, in: ZIP 30/2014, S. 1414 ff., S. 1416; a.M.: C. TEICHMANN (Fn. 33), S. 45.

75 DAV-Handelsrechtsausschuss, Stellungnahme zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rats über Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter, in: NZG 2014, S. 1372 ff., S. 1376 f.



Art. 14 Abs. 3 SUP-RLV lediglich eine Verpflichtung der Gründungsperson zum persönlichen Erscheinen vor einer Behörde im *Eintragungsmitgliedstaat* nicht zulasse, der Wortlaut der Bestimmung eine Verpflichtung zur Identifikation vor einer Behörde im *Herkunftsmitgliedstaat* hingegen nicht ausschliesse. Einerseits widerspräche eine solche Auslegung von Art. 14 Abs. 3 SUP-RLV dem Verständnis der Kommission, wonach «es möglich sein sollte, die SUP aus der Ferne und ganz auf elektronischem Weg zu gründen» (Erwägungsgrund 13 SUP-RLV). Andererseits würde dies zu einer nicht mit Art. 18 und Art. 49 AEUV zu vereinbarenden Diskriminierung von europäischen Ausländern gegenüber Inländern führen, da bei ersteren Herkunfts- und Eintragungsstaat in aller Regel auseinanderfallen, sie demnach, im Unterschied zu Inländern, zur Identitätsüberprüfung vor Behörden erscheinen müssten.<sup>76</sup> Nach dem Gesagten kann es somit nicht zulässig sein, Gründer in ihrem Herkunftsmitgliedstaat zwecks Identitätsüberprüfung zum persönlichen Erscheinen vor Behörden zu verpflichten.<sup>77</sup> Den Registerbehörden oder Notariatspersonen könnten allerdings andere Wege offen stehen, um die Identität von Gründungspersonen diskriminierungsfrei und unter Wahrung der Möglichkeit zur Online-Gründung abzuklären. Diskutiert wird beispielsweise eine Identifizierung der Gründungsperson im Rahmen eines Videochats.<sup>78</sup> Behörden sollen demnach per Webcam überprüfen, ob ihr Gegenüber gleich aussieht wie die Person auf der physisch ausgestellten und elektronisch übermittelten Ausweiskopie oder dem elektronisch ausgestellten Ausweis (beispielsweise in Deutschland dem elektronischen Personalausweis «ePerso» gemäss § 18 PAuswG), zu deren Anerkennung die Mitgliedstaaten gemäss Art. 14 Abs. 5 SUP-RLV verpflichtet sind.<sup>79</sup> Des Weiteren wird erwogen, auf bestehende elektronische Identifizierungsverfahren nach mitgliedstaatlichem Recht zurückzugreifen, in Deutschland beispielsweise dem PostIdent-Verfahren oder dem De-Mail-Verfahren.<sup>80</sup> Allerdings wird hierzu kritisch angemerkt, dass beim De-Mail-Verfahren (einer Art elektronischer Briefpost) keine vorgängige Identifizierung des Absenders durch eine unabhängige Stelle erfolgt und somit eine Identitätsüberprüfung der Gründungsperson ausbleibt.<sup>81</sup> Beim PostIdent-Verfahren, in dessen Rahmen die Identitätsabklärung nicht durch persönliches Erscheinen vor dem Notar, sondern bei der Post, erfolgt, ist die Vereinbarkeit mit dem SUP-Richtlinienvorschlag fraglich. Denn die Mitgliedstaaten sollen die Vorgaben des SUP-Richtlinienvorschlags, wonach es unzulässig ist, eine Person zwecks Identitätsüberprüfung zum persönlichen Erscheinen vor Behörden zu verpflichten, nicht dadurch unterminieren dürfen, indem sie eine Gründungsperson zum persönlichen Erscheinen vor privaten oder durch den Staat gehaltenen Stellen (wie eben in zahlreichen Ländern der Post) anhalten.<sup>82</sup> Aus diesem Grund ist auch das Heranziehen elektronischer Iden-

---

76 N. MOENCH (Fn. 33), S. 72.

77 GL.M. N. MOENCH (Fn. 33), S. 72.

78 N. MOENCH (Fn. 33), S. 70.

79 N. MOENCH (Fn. 33), S. 70.

80 J. EICKELBERG, SUP, EGVP, ePerso und XML – Die schöne neue (digitale) Welt der GmbH-Gründung, in: NZG 2015, S. 81 ff., S. 84 f.

81 J. EICKELBERG (Fn. 80), S. 84 f.

82 M. BEURSKENS (Fn. 34), S. 745.

tifizierungsmittel nach Art. 6 der Verordnung Nr. 910/2014 (eIDAS-VO)<sup>83</sup> nicht unproblematisch.<sup>84</sup> Dies auch deshalb, weil gemäss Erwägungsgrund 21 der eIDAS-VO die Verordnung gerade keine Anwendung auf nationale öffentliche Register, wie das Handelsregister, finden soll. Der Rat schlägt in seiner Allgemeinen Ausrichtung<sup>85</sup> zum SUP-Richtlinienvorschlag deshalb einen neuen Artikel 14b vor, der für die Zwecke der Online-Eintragung einer SUP elektronische Identifizierungsmittel nach nationalem Recht sowie nach der eIDAS-VO zulässt. Gemäss Art. 24 Abs. 1 lit. a. eIDAS-VO wird für die Ausstellung eines qualifizierten Zertifikats eine Identitätsabklärung unter persönlicher Anwesenheit des Antragstellers bei einem qualifizierten Vertrauensdiensteanbieter verlangt. Somit würde eine mit der schweizerischen Regelung gemäss HRegV und ZertES vergleichbare Lösung geschaffen, die in jedem Fall ein persönliches Erscheinen der Gründungsperson vorsieht, wenn auch nicht zwingend vor den Registerbehörden, sondern vor einem Anbieter qualifizierter Zertifikate.<sup>86</sup> Dieser durch den Rat vorgeschlagene Rückgriff auf die eIDAS-VO ist zu begrüßen. Denn von einer Richtlinie, die Eintragungen von SUPs europaweit auf gänzlich elektronischem Wege zulassen möchte, darf erwartet werden, dass sie zugleich Vorgaben bezüglich der Gewährleistung von Sicherheit bei elektronischen Identifizierungsverfahren aufstellt. Dass es sich bei Art. 23 f. eIDAS-VO um eine Minimalharmonisierung und nicht um eine Maximalharmonisierung handelt, d.h. die Mitgliedstaaten auch strengere Voraussetzungen an qualifizierte Vertrauensdiensteanbieter stellen dürfen, ist nicht weiter zu beanstanden. Mit der jüngsten Revision des schweizerischen Aktienrechts wird für die Abhaltung einer virtuellen Generalversammlung ebenfalls vorgesehen, dass der Verwaltungsrat einer AG bei der Verwendung elektronischer Mittel das Feststehen der Identität der Teilnehmer sicherstellt (Art. 701e Abs. 2 Ziff. 1 E-OR), ohne aber zugleich ein zwingend einheitliches Identifizierungsverfahren vorzuschreiben.<sup>87</sup>

Des Weiteren kann sich eine Identitätsabklärung aus anderen europarechtlichen Vorgaben ergeben. So verpflichtet etwa die «Vierte Geldwäschere Richtlinie»<sup>88</sup> Kredit-, Finanz- und weitere Institute zur Identitätsabklärung ihrer Kundinnen und Kunden (Art. 14 Abs. 1 Richtlinie 2015/849). Dies umfasst nach Erwägungsgrund 12 der Richtlinie insbe-

---

83 Verordnung (EU) Nr. 910/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 1999/93/EG.

84 N. MOENCH (Fn. 33), S. 71.

85 Allgemeine Ausrichtung des Rates vom 21. Mai 2015, 8811/15 DRS 39 CODEC 706, Art. 14b.

86 Zur Identitätsüberprüfung im schweizerischen Verfahren: siehe sogleich IV.B.4.

87 Vgl. zu den Voraussetzungen für die Verwendung elektronischer Mittel bei der virtuellen Generalversammlung: Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts, vom 23.11.2016, BBl 2017 S. 399 ff., S. 557 ff.

88 Richtlinie (EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2006/70/EG der Kommission.



sondere, dass «jede natürliche Person, in deren Eigentum oder unter deren Kontrolle eine juristische Person steht, identifiziert werden [sollte]». Weil die Online-Gründung zwingend als Barliberierung zu erfolgen hat, das Stammkapital demnach auf das Konto der SUP bei einer in der EU tätigen Bank eingezahlt werden muss (Art. 17 Abs. 2 u. 3 SUP-RLV), findet bei der Aufnahme von Geschäftsbeziehungen mit einer SUP stets eine Identitätsüberprüfung des Gründers nach Massgabe der «Vierten Geldwäschereirichtlinie» statt. Diese steht als Richtlinie gleichwertig neben dem SUP-Richtlinienvorschlag, gelangt demnach unbeschrieben den Regelungen zur Online-Gründung einer SUP zur Anwendung, wenn auch nicht durch Notariatspersonen oder Registerbehörden.<sup>89</sup>

#### 4. Identitätsüberprüfung in schweizerischen Verfahren

Der SUP-Richtlinienvorschlag würde mit der Möglichkeit zur Online-Eintragung ohne die durch den Rat verlangten Anpassungen hinsichtlich elektronischer Zertifikate weiter gehen als die in der Schweiz geltenden Eintragungsbestimmungen. Zwar ist es in der Schweiz ebenfalls möglich, die Gründung einer Gesellschaft ohne persönliches Erscheinen vor den Behörden in das Handelsregister eintragen zu lassen. Denn alternativ zur Unterzeichnung der Anmeldung vor Ort (Art. 18 Abs. 2 HRegV) können beglaubigte Unterschriften eingereicht (Art. 18 Abs. 2 HRegV) oder, im Falle der elektronischen Anmeldung, die einzureichenden Unterlagen mit einer qualifizierten elektronischen Signatur unterzeichnet werden (Art. 18 Abs. 4 HRegV). Allerdings wird in allen Fällen, sei es im Rahmen der klassischen Beglaubigung durch eine Notariatsperson (z.B. § 1 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 NotG ZH), der elektronischen Beglaubigung (Art. 10 ff. EÖBV) oder der Unterzeichnung der elektronischen Anmeldung mit einer qualifizierten Signatur (Art. 8 Abs. 1 ZertES), der Nachweis über die Identität der unterzeichnenden Person unter persönlichem Erscheinen vor einer Notariatsperson oder einer nach dem ZertES anerkannten Anbieterin von elektronischen Signaturen verlangt. Ausländische Beglaubigungen von Unterschriften werden gemäss Art. 25 Abs. 1 HRegV nach Massgabe des Übereinkommens zur Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Beglaubigung vom 5. Oktober 1961 (SR 0.172.030.4) anerkannt, wobei, im Falle einer nach schweizerischem Recht bestehenden Pflicht zur Erstellung öffentlicher Urkunden und ihrer Einreichung als Beleg beim Handelsregisteramt, es im Ermessen der Registerbehörden steht, den Nachweis über die Gleichwertigkeit des ausländischen Beurkundungsverfahrens zu verlangen (Art. 25 Abs. 2 HRegV).<sup>90</sup> Selbst bei der Eintragung einer Gründung in das schweizerische Handelsregister vom Ausland aus findet somit stets eine Identitätsüberprüfung durch mit der Beurkundung von Ausweisen betrauten Personen statt. Gleichwohl bieten diese Bestimmungen auch in der Schweiz keinen absoluten Schutz vor missbräuchlichen Gesellschaftsgründungen. Die Geldwäschereigesetzgebung, allen voran das Geldwäschereigesetz (GwG) und die in Art. 697i ff. OR überführten Meldepflichten der GAFI-Empfehlungen, sollen die mit der fiduziarischen Gründung von Gesellschaf-

---

<sup>89</sup> D. LEUERING (Fn. 68), S. 91.

<sup>90</sup> Vgl. hierzu: R. SIFFERT, in: Stämpfli's Handkommentar zur Handelsregisterverordnung (HRegV), hrsg. von R. Siffert/N. Turin, Bern 2013, N 1–6 zu Art. 25 HRegV.

ten eröffneten Möglichkeiten zur anonymen Unternehmensgründung aber zumindest relativieren. Dessen ungeachtet ist die am SUP-Richtlinienvorschlag geäußerte Kritik nicht völlig unbegründet. Die Annahme, dass die Möglichkeit zur Gründung von Gesellschaften ohne zuverlässiges Identifizierungsverfahren der Gründer nicht auch zu Missbrauchsfällen führen wird, wäre tatsächlich etwas blauäugig.

## 5. Online-Gründung von der Schweiz aus

Die Online-Eintragung einer SUP erfolgt über die Eintragungswebsite desjenigen Mitgliedstaats, in dem die SUP ihren statutarischen Sitz haben soll und nicht, wie Art. 14 Abs. 4 SUP-RLV teilweise ausgelegt wird<sup>91</sup>, über die Website desjenigen Mitgliedstaates, in dem die Gründungsperson ihren Sitz hat.<sup>92</sup> Somit könnten im Prinzip auch von der Schweiz aus SUPs gegründet werden. Allerdings gilt es einschränkend zu beachten, dass eine reine Online-Gründung nur möglich ist, wenn die Ausweise, zu deren Anerkennung der Eintragungsmitgliedstaat der SUP verpflichtet ist, von einem Mitgliedstaat der EU ausgestellt wurden (Art. 14 Abs. 5 SUP-RLV). Des Weiteren ist die Gründung einer SUP durch juristische Personen schweizerischen Rechts nur als Neugründung möglich, da die Umwandlung einer Gesellschaft in eine SUP ausschliesslich den in Annex I zum SUP-Richtlinienvorschlag aufgeführten Rechtsformen (allesamt Gesellschaftsformen von EU-Mitgliedstaaten) offen steht. Für schweizerische Konzerne führen diese Einschränkungen allerdings nicht ernsthaft zu einem Attraktivitätsverlust der SUP als Rechtsform für Tochter- oder Enkelgesellschaften. Einerseits verfügen sie in aller Regel bereits über Tochtergesellschaften im europäischen Ausland, die als Gründerinnen von SUPs auftreten können. Andererseits dürfte es für Konzerne weniger das Gründungs- und Eintragungsverfahren, als vielmehr die Möglichkeit zur Sitzaufspaltung sein, welche das grösste Effizienzpotenzial birgt.

## C. Kapitalverfassung

Das durch die Online-Eintragung eröffnete Missbrauchspotenzial wird durch die schwache Kapitalverfassung der SUP, die ein Mindestkapital von nicht mehr als einem Euro vorsieht (Art. 16 Abs. 1 SUP-RLV), noch erhöht.<sup>93</sup> Verschärfend kommt hinzu, dass die Mitgliedstaaten keine gesetzliche Pflicht zur Rücklagenbildung für SUPs etablieren dürfen (Art. 16 Abs. 4 SUP-RLV).<sup>94</sup> Statt einer Thesaurierungspflicht soll durch das Erfordernis einer Angabe des gezeichneten und eingezahlten Kapitals in Brief- und Auftragsformularen sowie auf der Webseite der SUP (Art. 16 Abs. 5 SUP-RLV) Transparenz geschaffen und durch das vom angelsächsischen Rechtskreis übernommene Instrumentarium eines

---

91 P. HOMMELHOFF, Die Societas Unius Personae: als Konzernbaustein momentan noch unbrauchbar, in: GmbHR 2014, S. 1065 ff., S. 1069.

92 N. MOENCH (Fn. 33), S. 69.

93 GLM. J. BORMANN (Fn. 27), S. 32; a.M. J. SCHMIDT (Fn. 27), S. 8.

94 P. RIES, Die SUP und das Handelsregister, in: Societas Unius Personae (SUP) : Beiträge aus Wissenschaft und Praxis, hrsg. von M. Lutter/J. Koch, Berlin/Boston 2015, S. 65 ff., S. 67.

Bilanz- und Solvenztests (*reduction of capital supported by solvency statement*)<sup>95</sup> dafür gesorgt werden, dass Gewinnausschüttungen nur unter Wahrung einer ausreichenden Kapitaldecke möglich sind (Art. 18 Abs. 1–3 SUP-RLV). Bei Missachtung der Gewinnausschüttungsvorschriften können sowohl Geschäftsführer wie Gesellschafter der SUP unter Umständen persönlich haftbar gemacht werden (Art. 18 Abs. 5 SUP-RLV). Mit anderen Worten soll der Gefahr einer unzureichenden Kapitalisierung infolge nachlässiger Mindestkapital- und Reservebildungsvorschriften mit Transparenzpflichten und einem nicht unerheblicheren Haftungsrisiko bei Missachtung der Gewinnausschüttungsvorschriften begegnet werden.<sup>96</sup>

Zwar sind (K)Ein-Euro-Gesellschaften kein Novum, besteht im Vereinigten Königreich die Möglichkeit zur Gründung einer «Private company limited by shares (Ltd.) or by guarantee (LBG)» ohne Mindestkapital doch schon seit längerer Zeit. Auch die 2008 in Deutschland eingeführte Unternehmergeellschaft UG (haftungsbeschränkt) als Rechtsformvariante der GmbH kann mit einem minimalen Stammkapital von nur einem Euro gegründet werden und hat sich gegenüber der britischen Ltd. als direkte Konkurrentin, um mit minimalem Kapitaleinsatz auf dem deutschen Markt aufzutreten, durchgesetzt.<sup>97</sup> Die vorherrschende Ansicht, wonach zu Gläubigerschutzzwecken ein Grundkapital von gewisser Höhe notwendig ist, wird in der Schweiz ebenfalls seit geraumer Zeit kritisch hinterfragt und zunehmend angezweifelt. Gleichwohl sind Gläubigerschutzbestimmungen für die Sicherheit im Rechtsverkehr zentral und sollten nicht ohne weiteres aufgegeben werden.<sup>98</sup> In der geplanten Aktienrechtsrevision wird denn auch am Mindestkapital von CHF 100 000 für AGs und CHF 20 000 für GmbHs festgehalten. Ferner stellt ein Grundkapital von gewisser Höhe nicht zuletzt auch eine Seriositätsschwelle für Gesellschaftsgründungen sicher.<sup>99</sup>

Letztendlich wird die praktische Bedeutung der SUP aber ohnehin vom Ruf, den sie unter den Teilnehmern am Rechtsverkehr genießt, abhängen. Häufen sich die Missbrauchsfälle und wird die SUP von (potenziellen) Gläubigern als unseriöse Rechtsform wahr-

---

95 J. SCHMIDT (Fn. 27), S. 14; Vgl. hingegen TEICHMANN, der den Solvenzttest gemäss dem SUP-Richtlinienvorschlag nicht auf das angelsächsische sondern auf das jüngst reformierte niederländische Recht zurückführt: C. TEICHMANN (Fn. 33), S. 46 m.w.H.

96 Vgl. C. TEICHMANN (Fn. 33), S. 38.

97 N. MOENCH (Fn. 33), S. 10 m.w.H.

98 Weil eine Auseinandersetzung mit den Gründen für und gegen ein Mindestkapital zu Zwecken des Gläubigerschutzes den Rahmen des vorliegenden Festschriftbeitrags zur SUP sprengen würde, sei stattdessen verwiesen auf: H. C. VON DER CRONE (Fn. 52), N 1 ff. zu § 9; P. BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, Zürich 2009, N 154 ff. zu § 1; T. MEYER, Gläubigerschutz durch Kapitalschutz : eine ökonomische und rechtsvergleichende Untersuchung der Schweizer Kapitalschutzvorschriften unter Berücksichtigung des Entwurfs zur Revision des Aktienrechts, Zürich 2009, S. 1 ff.; ebenso in Bezug auf den SUP-Richtlinienvorschlag: J. BORMANN (Fn. 27), S. 32 f.; a.M. in Bezug auf den SUP-Richtlinienvorschlag: J. SCHMIDT (Fn. 27), S. 8; F. HARRER, Kritische Überlegungen zum Entwurf einer Ein-Personen-Richtlinie, in: ZFR 2015/30, S. 57 ff., S. 60.

99 N. MOENCH (Fn. 33), S. 94; J. BORMANN (Fn. 27), S. 32.

genommen, wird sie sich im Rechtsalltag gegenüber anderen Gesellschaftsformen nicht bewähren können.

## D. Sitzaufspaltung

Weil nach Art. 8 SUP-RLV juristische Personen SUPs gründen können, eröffnen sich für Gesellschaften schweizerischen Rechts interessante Gestaltungs- und Anwendungsspielräume. Insbesondere die in Art. 10 SUP-RLV normierte Möglichkeit zur Sitzaufspaltung, wonach eine «SUP ihren satzungsmässigen Sitz sowie entweder ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung in der Union haben [muss]», bringt erhebliche Vorteile für aussereuropäische Konzerne.<sup>100</sup> Eine schweizerische Konzernmutter könnte beispielsweise als Tochtergesellschaft eine SUP in demjenigen Mitgliedstaat der Europäischen Union gründen und eintragen lassen (satzungsmässiger Sitz)<sup>101</sup>, in dem sich zugleich der tatsächliche Geschäftsschwerpunkt befindet (Hauptniederlassung), für die eigentliche Willensbildung und Leitung der SUP (Hauptverwaltung) aber auf bestehende Kapazitäten der Konzernzentrale im Nicht-EU-Mitgliedstaat Schweiz zurückgreifen.<sup>102</sup> Die schweizerische Obergesellschaft einer Unternehmensgruppe könnte allenfalls auch für sämtliche ihrer in der EU tätigen Tochterunternehmen mit Hauptniederlassungen in unterschiedlichen Mitgliedstaaten den statutarischen Sitz sowie die Hauptverwaltung in ein und demselben EU-Mitgliedstaat bündeln und so davon profitieren, dass nach Art. 7 Abs. 4 SUP-RLV auf die Gründungstheorie (auch Inkorporationstheorie)<sup>103</sup> abgestellt wird, also auf sämtliche Tochtergesellschaften in Rechtsform der SUP dasselbe mitgliedstaatliche Recht Anwendung findet.<sup>104</sup> Weil die SUP gemäss Art. 7 Abs. 3 SUP-RLV nicht einen Firmenzusatz nach nationalem Recht trägt, sondern ungeachtet ihres statutarischen Sitzes und damit des auf sie anwendbaren mitgliedstaatlichen Rechts auf dem gesamten Binnenmarkt einheitlich als «SUP» auftritt, geht mit der Sitztrennung nicht automatisch ein Misstrauen von Anspruchsgruppen in denjenigen Mitgliedstaaten, in denen die SUP auftritt, einher.<sup>105</sup> Kundinnen und Kunden ist es gerade nicht ohne weiteres möglich, eine im einheimischen Markt auftretende SUP als Gesellschaft ausländischen Rechts zu identifizieren.<sup>106</sup>

---

100 S. JUNG, *Societas Unius Personae (SUP) – Der neue Konzernbaustein*, in: *GmbHR* 2014, S. 579 ff., S. 582; N. MOENCH (Fn. 33), S. 50.

101 Vgl. zu den unterschiedlichen Begrifflichkeiten von statutarischem Sitz, Hauptverwaltung und Hauptniederlassung: A. K. SCHNYDER/M. LIATOWITSCH, *Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht*, Zürich 2017, N 564.

102 Vgl. statt vieler: N. MOENCH (Fn. 33), S. 49; a.M. hingegen M. BEURSKENS (Fn. 34), S. 746, der davon ausgeht, dass die Gesellschaft sowohl ihren satzungsmässigen Sitz als auch ihre Hauptverwaltung in einem EU-Mitgliedstaat haben muss.

103 Vgl. zu den unterschiedlichen Theorien: A. K. SCHNYDER/M. LIATOWITSCH (Fn. 101), N 873 ff.

104 Ähnlich: S. JUNG (Fn. 100), S. 582.

105 Vgl. S. JUNG (Fn. 33), S. 657; anders bspw. der «sehr mässige Ruf» der britischen Ltd. in Deutschland: N. MOENCH (Fn. 33), S. 10 m.w.H.

106 M. P. STRAUBE (Fn. 33), S. 477.

Die Kombination von Abstellen auf die Gründungstheorie, Zulässigkeit zur Sitzaufspaltung und Auftritt unter einheitlichem Firmenzusatz sorgt bisweilen für Kritik am SUP-Richtlinienvorschlag. Es wird beanstandet, dass sich SUPs in jenen Mitgliedstaaten mit den tiefsten Schutzstandards inkorporieren werden, was unter den Mitgliedstaaten zu einem regulatorischen Abwärts-Wettlauf führen würde.<sup>107</sup> Die Existenz eines solchen «race to the bottom»-Effekts<sup>108</sup> ist allerdings umstritten und für Europa empirisch schon gar nicht belegt.<sup>109</sup> Dieselben Befürchtungen wurden bereits mit der Einführung der Societas Europaea (SE) hervorgebracht, haben sich indes, soweit ersichtlich, nicht in dem vorhergesagten Ausmasse bewahrheitet. Insbesondere ist es nicht zu der erwarteten (oder zumindest behaupteten) massenhaften Aushebelung der in Deutschland weitgehenden Mitbestimmungsrechte von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern nach dem Mitbestimmungsgesetz (MitbestG)<sup>110</sup> gekommen.<sup>111</sup> Im Übrigen wird ein «Delaware-Effekt» schon seit den Leitentscheiden des EuGH zur Niederlassungsfreiheit in den Rechtssachen *Centros*<sup>112</sup>, *Überseering*<sup>113</sup>, *Inspire Art*<sup>114</sup> und *Cartesio*<sup>115</sup> befürchtet.<sup>116</sup> In diesen Entscheidungen sprach sich der EuGH, vereinfacht gesagt, dafür aus, dass der Bestimmungsstaat im Falle eines Zuzugs einer Gesellschaft das Heimatstatut dieser Gesellschaft grundsätzlich umfassend anzuerkennen hat.<sup>117</sup> Es ist somit bereits nach geltender Rechtsprechung

---

107 Vgl. zu diesem Lehrstreit: N. MOENCH (Fn. 33), S. 56.

108 Es handelt sich hierbei um eine aus den USA stammende Terminologie, die sich auf einen durch attraktive Inkorporierungs- und Steuervorschriften Delawares ausgelösten regulatorischen Wettstreit unter den Gliedstaaten bezieht: Vgl. zum Begriff «race to the bottom»: J. VON HEIN, Die Rezeption US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland, Tübingen 2008, S. 491.

109 Vgl. zur ökonomischen Kontroverse über die Existenz eines «race to the bottom»-Effekts: W. KILIAN/D. H. WENDT (Fn. 11), N 584.

110 Mitbestimmungsgesetz vom 4. Mai 1976 (BGBl. I S. 1153), das zuletzt durch Artikel 7 des Gesetzes für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst vom 24. April 2015 (BGBl. I S. 642) geändert worden ist.

111 J. KERSTEN, Wettbewerb der Rechtsordnungen?, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band XI – Internationale Bezüge, hrsg. von J. Isensee/P. Kirchhof, S. 305 ff., S. 314; Die gemäss Art. 23 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) für die Beteiligung von Arbeitnehmern massgebende Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8. Oktober 2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer dürfte aufgrund ihrer schwachen Ausgestaltung nicht ernsthaft dazu beigetragen haben, Möglichkeiten hinsichtlich der Einschränkung von Mitbestimmungsrechten bei der Verschmelzung von deutschen mit nicht-deutschen Gesellschaften zu einer SE zu schliessen.

112 EuGH 9.3.1999, C-212/97 *Centros*.

113 EuGH 5.11.2002, C-208/00 *Überseering*.

114 EuGH 30.9.2003, C-167/01 *Inspire Art*.

115 EuGH 16.12.2008, C-210/06 *Cartesio*.

116 S. KALLAB, Sitztheorie vs Gründungstheorie unter Berücksichtigung der EuGH-Judikatur, in: Innovation und internationale Rechtspraxis – Praxisschrift zum 50. Geburtstag von Wolfgang Zankl, hrsg. von L. Feiler/M. Raschhofer, Wien 2009, S. 349 ff., S. 353.

117 Hiervon zu unterscheiden ist die Rechtsprechung betreffend den Wegzug von Gesellschaften aus einem Mitgliedstaat, in welcher sich der EuGH im *Daily Mail*-Entscheid (EuGH 27.9.1988, C-81/87

des EuGH möglich, dass eine in England (das der Gründungstheorie folgt) domizilierte und somit englischem Recht unterstehende Ltd. ihre Hauptverwaltung nach Deutschland (das der Sitztheorie folgt) verlegt, ohne dass ihr als Gesellschaft englischen Rechts in Deutschland die rechtliche Existenz abgesprochen werden dürfte.<sup>118</sup> Die SUP-Richtlinie als Akt des europäischen Sekundärrechts ändert somit nichts an der Möglichkeit zur Sitzaufspaltung, die sich bereits durch das europäische Primärrecht, dem die Rechtsprechung des EuGH zugerechnet wird, ergibt. Vielmehr beseitigt sie Ungleichbehandlungen zwischen KMU und Grosskonzernen, die sich durch die vom EuGH vorgenommene Unterscheidung zwischen «Wegzugsfällen» (insb. *Daily Mail*-Entscheid<sup>119</sup>) und «Zuzugsfällen» (*Centros*-Entscheid<sup>120</sup> etc.) auf tun. Denn weil sich eine Gesellschaft nur gegenüber dem Zuzugsstaat, nicht aber gegenüber dem Wegzugsstaat auf die Niederlassungsfreiheit berufen kann, können Staaten, welche der Sitztheorie folgen (z.B. Deutschland), bei der geplanten Verlegung der Hauptverwaltung einer Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat verlangen, dass diese im Heimatstaat aufzulösen sei. Die mit einer Sitzverlegung u.U. einhergehende Notwendigkeit zur Auflösung der Gesellschaft im Herkunftsland und der neuerlichen Gründung im Bestimmungsland ist insbesondere für kleinere und mittlere Unternehmen mit einem hohem finanziellen, administrativen und zeitlichen Aufwand verbunden.<sup>121</sup> Art. 10 SUP-RLV, der vorsieht, dass eine SUP lediglich ihren satzungsmässigen Sitz sowie entweder ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung in ein und demselben Mitgliedstaat haben muss, eröffnet somit insbesondere KMUs die Möglichkeit, ihre Hauptverwaltung in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen, ohne dass sie im Satzungsstaat ihre rechtliche Existenz verlieren würden und somit aufzulösen sind. Dies gereicht letztlich auch schweizerischen Konzernen zum Vorteil, die mit SUPs als Tochter- oder Enkelgesellschaften europaweit tätig werden wollen.

## E. Weisungsrecht und Cash-Pooling

Art. 23 Abs. 1 des SUP-Richtlinienvorschlags sieht vor, dass der einzige Gesellschafter der SUP dem Leitungsorgan, d.h. gemäss Art. 22 Abs. 1 SUP-RLV einem oder mehreren Geschäftsführern, Weisungen erteilen kann. Nicht ausdrücklich geklärt wird mit dem SUP-Richtlinienvorschlag hingegen die Frage, ob der Geschäftsführer bei Konzernverhältnissen im Interesse der SUP zu handeln hat und sich entsprechend gegenläufigen Weisungen der Konzernmutter widersetzen kann (und muss), oder ob das Gesamtinteresse des Kon-

---

*Daily Mail*), vereinfacht gesagt, zugunsten der Sitztheorie aussprach, sowie betreffend der grenzüberschreitenden Verschmelzung von Gesellschaften im nicht weniger bekannten *Sevic*-Entscheid (EuGH 13.12.2005, C-411/03 *Sevic*); vgl. zu letzterer Entscheidung statt vieler: S. WEIS/H.-T. WÖHLERT, Die «Sevic-Entscheidung» des EuGH – «sudden death» für Societas Europaea und Richtlinie zur grenzüberschreitenden Verschmelzung und Wegbereiter für grenzüberschreitende Spaltungen?, in: WM 13/2007, S. 580 ff.

118 N. MOENCH (Fn. 33), S. 9 f.

119 EuGH 27.9.1988, C-81/87 *Daily Mail*.

120 EuGH 9.3.1999, C-212/97 *Centros*.

121 S. KALLAB (Fn. 116), S. 352.



zerns massgebend ist.<sup>122</sup> Eine Übernahme der vom französischen Cour de Cassation entwickelten *Rozenblum*-Doktrin<sup>123</sup>, wie sie seit längerem für das europäische Gesellschaftsrecht diskutiert wird<sup>124</sup>, erfolgt mit dem SUP-Richtlinienvorschlag jedenfalls nicht.<sup>125</sup>

In Bezug auf die für die Praxis relevante Frage nach der Möglichkeit zum Betrieb eines konzernweiten Cash-Pooling Systems kann aufgrund der Regeln zur Dividendenaus-schüttung bei der SUP kurz und bündig festgehalten werden, dass konzerninterne Dar-lehen dem Drittmannstest («dealing at arm's length») standhalten müssen, ansonsten es sich um eine verdeckte Gewinnausschüttung handelt.<sup>126</sup> Der SUP-Richtlinienvorschlag geht somit in diesem Punkt nicht über das schweizerische Aktienrecht, wie vom Bundes-gericht im *Swisscargo*-Entscheid<sup>127</sup> ausgelegt, hinaus.

## V. Schlussbetrachtungen

Mit der SUP soll in erster Linie eine Rechtsform für grenzüberschreitend tätige Unter-nehmen geschaffen werden. Es handelt sich hierbei um eine ambitionierte Zielsetzung, umfasst der gemeinsame Binnenmarkt der Europäischen Union doch Mitgliedstaaten mit unterschiedlichen Sprachen, Rechtstraditionen und wirtschaftlicher Leistungsfähig-keit. Nur folgerichtig vertritt der Richtlinienvorschlag deshalb einen flexiblen Ansatz. So wird u.a. die Einpersonengründung sowohl für natürliche als auch juristische Personen zugelassen, ein Weisungsrecht des Gesellschafters gegenüber der Geschäftsführung sta-tuiert und eine Sitzaufspaltung erlaubt. Die SUP eröffnet hierdurch v.a. Einsatzmöglich-keiten als Konzernbaustein. Die Online-Ferngründung, das Mindestkapital von nicht mehr als einem Euro und die Zulässigkeit einer Liberierung durch Arbeitsleistung sollen die SUP für KMUs ebenfalls attraktiv machen. Ein Vergleich mit anderen Rechtsformen nationalen Rechts, so auch des schweizerischen Gesellschaftsrechts, offenbart allerdings auch potenzielle Schwächen der SUP. Die dürftig ausgestaltete Kapitalverfassung oder die unzuverlässige Identitätsüberprüfung der Gründungspersonen beispielsweise ber-egen durchaus Gefahren, insbesondere für Gläubiger. Die Zusammenführung verschie-

---

122 Sich dafür aussprechend, dass bei der Erteilung und Befolgung von Weisungen das Gruppeninter-esse in Rechnung gestellt werden darf: C. TEICHMANN (Fn. 33), S. 52.

123 Cour de Cassation (ch. criminelle), 4. Februar 1985, Journal Nos. 165 à 166, 14–15 juin 1985, S. 377 ff.

124 P. KINDLER (Fn. 58), S. 333 f.

125 Art. 23 Abs. 1 des SUP-Richtlinienvorschlags wurde in der Allgemeine Ausrichtung des Rates vom 21. Mai 2015, 8811/15 DRS 39 CODEC 706, ersatzlos gestrichen; Vgl. hierzu: N. MOENCH (Fn. 33), S. 128.

126 N. MOENCH (Fn. 33), S. 113; Vgl. zur Kritik einer fehlenden Regelungen zum Betrieb eines Cash-Pooling Systems im SUP-Richtlinienvorschlag: P. KINDLER (Fn. 58), S. 353 und DAV-Handels-rechtsausschuss (Fn. 75), S. 1373.

127 Siehe in Bezug auf die Möglichkeiten zum Betrieb eines Cash-Pooling Systems im schweizerischen Aktienrecht: BGE 140 III 533 ff. (*Swisscargo*-Entscheid); siehe in Bezug auf das «dealing at arm's length»-Prinzip: H.C. VON DER CRONE (Fn. 52), N 46 zu § 9.

dener für den kontinentaleuropäischen Rechtskreis atypischer gesellschaftsrechtlicher Elemente zu einer neuen Rechtsform ist bei weitem nicht nur von akademischem Interesse. Einzelne Mitgliedstaaten der Europäischen Union teilen die in der Literatur geäußerte Befürchtung<sup>128</sup>, dass die SUP das Potenzial eines «trojanischen Pferdes» habe, mit dem «durch die Hintertür» faktisch weite Teile des nationalen Gesellschaftsrechts (bzgl. Deutschland bspw. das GmbH-Recht) harmonisiert werden sollen. Ein dementsprechend rauher Wind schlägt dem SUP-Richtlinienvorschlag von Seiten der Mitgliedstaaten entgegen. Der Europäische Rat hat in seiner Allgemeinen Ausrichtung vom Mai 2015 bereits zahlreiche Vorbehalte angemeldet, beispielsweise bezüglich der Firma<sup>129</sup>, der Sitzaufspaltung<sup>130</sup> oder der Identitätsüberprüfung von Gründungspersonen<sup>131</sup>. In den vom Berichterstatter des Rechtsausschusses des Europäischen Parlaments, Luis de Grandes Pascual, erstellten Arbeitsdokumenten vom Februar 2015 und Januar 2016 zum Richtlinienvorschlag werden die Auffassungen des Europäischen Rates grundsätzlich geteilt. Sofern das Europäische Parlament auf diese Änderungen eintritt, wird sich weisen müssen, ob die SUP im Rechtsalltag der KMUs und Konzerne noch Verwendung findet. Der Jubilar, der sich in seinem Wirken stets auch mit grenzüberschreitenden Rechtsfragen befasste, wird die weitere Entwicklung des SUP-Richtlinienvorschlags gewiss aufmerksam mitverfolgen.

---

128 J. SCHMIDT (Fn. 27), S. 21.

129 Der Eintragungsmitgliedstaat soll der SUP vorschreiben können, dem Namen der Gesellschaft einen Hinweis hinzuzufügen, dass die Gesellschaft in diesem Mitgliedstaat in ein Register eingetragen ist: Allgemeine Ausrichtung des Rates vom 21. Mai 2015, 8811/15 DRS 39 CODEC 706, Art. 7 Abs. 3.

130 Sämtliche Regelungen zur Sitzaufspaltung wurden durch den Rat gestrichen, womit es wieder den Mitgliedstaaten obliegt, ob sie eine Sitzaufspaltung zulassen; kritisch hierzu: N. MOENCH (Fn. 33), S. 57.

131 In einem neu eingefügten Art. 14b Abs. 1 werden Vorschriften bezüglich der Anerkennung qualifizierter Zertifikate aufgestellt und in einem neuen Abs. 4 vorgesehen, dass Mitgliedstaaten zur Identifizierung im Einzelfall das persönliche Erscheinen des Gesellschafters vor einer nationalen Behörde fordern können, wenn der konkrete Verdacht besteht, dass eine falsche Identität zu betrügerischen Zwecken verwendet wird: Allgemeine Ausrichtung des Rates vom 21. Mai 2015, 8811/15 DRS 39 CODEC 706, Art. 14b Abs. 1 u. Abs. 4.