

Die geschlossene Kapitalgesellschaft im Rechtsvergleich

Vorüberlegungen zu einer internationalen Entwicklungs- und Ideengeschichte*

Prof. Dr. Dr. h.c. HOLGER FLEISCHER, LL.M.,
Max-Planck-Institut, Hamburg**

Inhaltsübersicht

ZGR 2016, 36–83

I. Einführung	37
II. Genese der geschlossenen Kapitalgesellschaft	38
1. Vier Wege zur geschlossenen Kapitalgesellschaft	40
2. Rechtsvergleichende Beobachtungen	53
III. Gegenwart der geschlossenen Kapitalgesellschaft	59
1. Eigenständige GmbH-Regelungen versus Einheitskapitalgesellschaft	60
2. Rechtsformneuschöpfungen versus Rechtsformvariationen	65
IV. Gestaltungsfreiheit und ihre Grenzen	73
1. Flexibilität und Vertragsfreiheit als Fixsterne	73
2. Reichweite der Gestaltungsfreiheit	75
3. Gestaltungsgrenzen: Abdingbarkeit der mitgliedschaftlichen Treuepflicht	77
V. Schluss	82

Der vorliegende Beitrag bereitet den Boden für eine – noch zu schreibende – Entwicklungs- und Ideengeschichte der geschlossenen Kapitalgesellschaft. Er verfolgt ihre Leitspuren über Zeit- und Ländergrenzen hinweg von der Mitte des 19. Jahrhunderts bis in die Gegenwart. Geschildert wird, welche wirtschaftlichen Bedürfnisse den Anstoß zur Ausformung der geschlossenen Kapitalgesellschaft gaben und welchen Vordenkern wir ihre konzeptionellen Grundlagen verdanken. Vertieft wird ferner die Fortentwicklung ihres Organisationsrahmens durch Rechtsformneuschöpfungen und Rechtsformvariationen in jüngster Zeit. Besondere Aufmerksamkeit gilt schließlich dem markantesten Markenzeichen der geschlossenen Kapitalgesellschaft: ihrer großen Gestaltungsfreiheit.

This paper lays the foundation for an as yet unwritten evolutionary history of the private limited liability company and its intellectual background. It traces its development across time and jurisdictions from the mid 19th century to the current day. It also explores the economic needs that triggered its emergence and which gave shape to its conceptual framework, and looks to the newly introduced types or variations of private limited liability companies of recent years. Finally, the paper addresses the most distinctive feature of private limited liability companies around the globe: the contractual freedom granted to its founders.

* Erweiterte Fassung der HACHENBURG-Gedächtnisvorlesung vom 18. September 2015 in Heidelberg.

** Der Autor ist geschäftsführender Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.

I. Einführung

Es gibt wohl nur wenige Themen, die sich besser für eine *Hachenburg*-Gedächtnisvorlesung eignen als das Recht der geschlossenen Kapitalgesellschaft. Zeit seines beruflichen Wirkens hat sich *Max Hachenburg* ausgiebig mit Fragen des GmbH-Rechts beschäftigt und hierzu eine Fülle gedankenreicher Veröffentlichungen vorgelegt. Erinnert sei etwa an einen großen Beitrag in der Leipziger Zeitung aus dem Jahre 1909 zur Reform des GmbH-Gesetzes, in dem er betonte, dass „heute niemand die G.m.b.H. aus unserem wirtschaftlichen Leben wieder entfernen will“¹. Sie dürfe nicht zu einem „Institute des Großkapitals werden“, sondern „ihre zweifellose Wohltat“ müsse „dem Mittelstande erhalten“² bleiben. Auch sah *Hachenburg* keinen Grund für ein Verbot der Einpersonen-Gesellschaft.³ Weiterführende Antworten auf viele praktische Fragen enthielt sein Kommentar zum GmbH-Gesetz, den er von *Hermann Staub* übernommen hatte.⁴ Dieses stilprägende Erläuterungswerk⁵ räumte auch der Rechtsvergleichung breiten Raum ein: So finden sich in der Einleitung der 5. Auflage aus dem Jahre 1926 eingehende Hinweise auf das österreichische, bulgarische, polnische und französische GmbH-Recht.⁶

Mein heutiger Vortrag möchte diese rechtsvergleichenden Fäden fortspinnen und zugleich einer germanozentrischen Sichtweise entgegenwirken. Wiewohl die Verkündung des deutschen GmbH-Gesetzes im Reichsgesetzblatt vom 26. April 1892⁷ ein wahrhaft historisches Datum darstellt, erschöpfen sich Geschichte und Gegenwart der geschlossenen Kapitalgesellschaft in aller Welt keineswegs nur in Rezeptionen und Variationen des hiesigen Grundmodells. Schon die GmbH selbst ist treffend als ein Proteus wirtschaftlicher Verbände beschrieben worden⁸: Sie kann mit ihrer Abwandlungs- und Anpassungs-

1 HACHENBURG, LZ 1909, Sp. 15, 21.

2 HACHENBURG, LZ 1909, Sp. 15, 24; zur Einordnung dieses grundlegenden Aufsatzes FLEISCHER, Münchener Komm. z. GmbHG, 2. Aufl., 2015, Einl. Rdn. 83: „Den Auftakt zur ersten großen Reformdebatte bildete ein Zeitschriftenbeitrag von HACHENBURG aus dem Jahre 1909, der erstmals ein geschlossenes Reformkonzept für das GmbH-Gesetz vorlegte.“; zum lebhaften Echo auf HACHENBURG ebenda, Rdn. 84 m. w. N.

3 Vgl. HACHENBURG, LZ 1909, Sp. 15, 22.

4 Dazu HACHENBURG, Lebenserinnerungen eines Rechtsanwalts und Briefe aus der Emigration, 1978, S. 112 f.

5 Zu seinem Stellenwert im Reigen der GmbH-Kommentare von damals bis heute FLEISCHER, in: Willoweit, Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert, 2007, S. 485, 488 f.

6 Vgl. HACHENBURG, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 5. Aufl., 1926, Erster Band, Allgemeine Einleitung, Anm. 27, S. 83 ff mit vorangestelltem Abdruck der ausländischen Gesetzestexte, S. 20 ff.

7 RGBl. 1892, 477.

8 So FRÄNKEL, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Eine volkswirtschaftliche Studie, 1915, S. 252 mit dem Zusatz: „Sie ist eine offene Handelsgesellschaft mit beschränk-

fähigkeit ohne Weiteres als kapitalistisch strukturierter Großunternehmens-träger eingesetzt werden.⁹ Ihr empirischer Durchschnittstyp trug allerdings zu allen Zeiten stark personalistische Züge.¹⁰ Daher wird die GmbH hier für das deutsche Recht – unter Vernachlässigung geschlossener (Familien-)Aktiengesellschaften¹¹ – als Prototyp der geschlossenen Kapitalgesellschaft behandelt. Noch farbiger und facettenreicher präsentiert sich das Bild der *private company*, *société fermée*, *close corporation*, *sociedad cerrada* oder *besloten vennootschap* in vielen ausländischen Rechtsordnungen.

Wie aber lässt sich die geschlossene Kapitalgesellschaft begrifflich fassen, wenn sie nicht notwendig mit einer bestimmten Rechtsform zusammenfällt? Eine einheitliche Definition hat sich national und international bisher nicht herausgebildet; je nach Jurisdiktion und Rechtsgebiet (Gesellschafts-, Steuer- oder Bilanzrecht) werden unterschiedliche Abgrenzungskriterien angeboten.¹² In den Vereinigten Staaten hat man die *close corporation* daher mit einer Wendeltreppe verglichen: schwer zu beschreiben, aber wenn man sie sieht, leicht zu erkennen.¹³ Für die Zwecke dieser funktional-rechtsvergleichenden Untersuchung genügt es, die geschlossene Kapitalgesellschaft anhand ihrer charakteristischen Merkmale zu umschreiben, die sich fast überall auf der Welt gleichen: (1) geringe Anzahl von Gesellschaftern, (2) Gesellschaftermitwirkung an der Geschäftsführung, (3) Übertragungsbeschränkungen für die Gesellschaftsanteile und (4) kein liquider Markt für die Gesellschaftsanteile.¹⁴

II. Genese der geschlossenen Kapitalgesellschaft

Die Literatur zur in- und ausländischen GmbH und ihren funktionalen Entsprechungen füllt inzwischen ganze Bibliotheken.¹⁵ Gleichwohl fehlt bis heute

ter Haftung, eine Kommanditgesellschaft ohne Komplementär, eine Aktiengesellschaft ohne Aktie, eine Gesellschaft mit einem Gesellschafter.“

9 Vgl. FLEISCHER, aaO (Fn. 2), Einl. Rdn. 45.

10 Statistisches Material zur Zahl der Gesellschafter von 1905 bis heute bei FLEISCHER, aaO (Fn. 2), Einl. Rdn. 202 m. w. N.

11 Dazu etwa ROTHÄRMEL, Gestaltungsfreiheit der Familiengeschafter im deutschen und US-amerikanischen Aktienrecht, 2006. Ambitionierter für das schweizerische Recht GERMANN, Die personalistische AG und GmbH, 2015, der hierfür allerdings 1066 Seiten benötigt.

12 Einzelnachweise bei FLEISCHER, NZG 2014, 1081 f.

13 So KESSLER, 36 Fordham L. Rev. 235, 255 (1967): „Clearly, the statement that a close corporation is like a spiral staircase, hard to describe but recognizable when you see one, is not appropriate to a statutory definition, although it does point up the definitional problem.“

14 Näher dazu FLEISCHER, ZHR 179 (2015), 404, 408 f.

15 Eindrucksvolle frühe Darstellungen von MOLITOR, Die ausländische Regelung der G.m.b.H. und die deutsche Reform, 1927; HALLSTEIN, Die Gesellschaft mit beschränk-

eine Gesamtdarstellung, welche die Leitspuren der geschlossenen Kapitalgesellschaft über Zeit- und Ländergrenzen hinweg verfolgt. Eine solche Entwicklungs- und Ideengeschichte müsste ergründen, welche wirtschaftlichen Bedürfnisse den Anstoß zu ihrer Ausformung gaben und welche rechtlichen, politischen und sozialen Rahmenbedingungen ihren Aufstieg begünstigten. Sie sollte weiter jene Vordenker aus Wirtschaft, Anwaltschaft, Richterschaft und Wissenschaft in Erinnerung rufen, denen wir die konzeptionellen Grundlagen der geschlossenen Kapitalgesellschaft verdanken. Außerdem sollte sie herausfinden, inwieweit sich die verschiedenen Jurisdiktionen durch eine weltweite Zirkulation von Rechtsideen¹⁶ gegenseitig befruchtet haben. Und sie müsste schließlich erläutern, warum die geschlossene Kapitalgesellschaft gerade gegen Ende des 19. Jahrhunderts ihren Platz in der Mitte zwischen Publikumskapital- und Personengesellschaft erobern konnte. Dies dürfte umso aufschlussreicher sein, als das (Körperschaft-)Steuerrecht¹⁷ die Wahl der Rechtsform damals noch kaum verzerrte. Bisher zeigen Vertreter der Rechts-, Wirtschafts- und Sozialgeschichte allerdings wenig Neigung, den Ursachen für den weltweiten Siegeszug der *private limited liability company* nachzugehen.¹⁸ Nun kann es in einem einzigen Vortrag schwerlich gelingen, Herkunft und Zukunft der geschlossenen Kapitalgesellschaft erschöpfend abzuhandeln. Deshalb müssen hier einige Schlaglichter genügen, die sich als Vorüberlegungen zu einer umfangreicheren Untersuchung verstehen. Ein Hauptaugenmerk gilt dabei jenen Rechtsformen oder Sonderregeln, die typischerweise für kleine und mittlere Unternehmen gedacht sind.

ter Haftung in den Auslandsrechten, *RabelsZ* 12 (1938/39), 341; aus jüngerer Zeit BEHRENS, *Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im internationalen und europäischen Recht*, 2. Aufl., 1997; LUTTER, *Limited Liability Companies and Private Companies*, *Int. Enc. Comp. L.* XIII ch. 2 (1998); ROTH, *Das System der Kapitalgesellschaften im Umbruch – ein internationaler Vergleich*, 1990; zuletzt SÜSS/WACHTER, *Handbuch des internationalen GmbH-Rechts*, 3. Aufl., 2015.

- 16 Dazu für das Aktienrecht FLEISCHER, in: *Fleischer/Koch/Lutter/Kropff*, 50 Jahre Aktiengesetz, 2016, S. 325, 326 ff.
- 17 Näher zur historischen Entwicklung der Körperschaftsteuer und ihren ursprünglich sehr moderaten Sätzen TIPKE, *Die Steuerrechtsordnung*, Band II, 2. Aufl., 2003, S. 1163 ff; monographisch RASENACK, *Theorie der Körperschaftsteuer*, 1974, S. 32 ff und 71 ff.
- 18 Vgl. aber immerhin GUINNANE/HARRIS/LAMOREAUX/ROSENTHAL, (2007) 8 *Enterprise and Society* 687; DIES., *Annales. Histoire, Sciences Sociales* 63 (2008), 73; HARRIS, (2013) 33 *OJLS* (2013) 339; LAMOREAUX, in: *Lipartito/Sicilia, Constructing Corporate America: History, Politics, Culture*, 2004, S. 29; McQUEEN, *A Social History of Company Law. Great Britain and the Australian Colonies 1854–1920*, 2010; WELLS, 5 *Berkeley Bus. L.J.* 263 (2008).

1. Vier Wege zur geschlossenen Kapitalgesellschaft

a) Deutschland

Nach einem geflügelten Wort ist das GmbH-Gesetz 1892 dem Kopf des deutschen Gesetzgebers entsprungen wie weiland Athene dem Haupt des Zeus.¹⁹ Ganz so unvermittelt geschah dies freilich nicht.²⁰ Schon die Gesetzesmaterialien zur Aktienrechtsnovelle von 1884 warfen die Frage auf, „ob die jetzigen Rechtsformen für alle Arten von Unternehmungen, welche eine Kapitalsvereinigung erfordern, ausreichen oder ob ihnen nicht vielmehr nach dem Vorbilde der bergrechtlichen Gewerkschaft eine neue Form hinzuzufügen sein möchte“²¹. Die Antwort sollte nach den Vorstellungen der Entwurfsverfasser einer allgemeinen Revision des ADHGB vorbehalten bleiben. Indes wurden die Rufe der Rechtspraxis nach einer neuen, geschmeidigeren Organisationsform immer lauter. Vor allem für Kolonialgesellschaften war die Aktiengesellschaft als Rechtsträger kaum geeignet.²² Ein Reichsgesetz von 1888²³ schuf insoweit Abhilfe, doch vermochte es die Bedürfnisse heimischer Unternehmen nach einer weniger schwerfälligen Gesellschaftsform mit Haftungsbeschränkung nicht zu befriedigen.²⁴ Dringender Reformbedarf wurde insbesondere für Familien- und Erbesgesellschaften, aber auch für Zuckerrübenfabriken, Gläubigersellschaften in Sanierungsfällen und Grundstücksgesellschaften geltend gemacht.²⁵ Außerdem sollte der Staat Kleinunternehmen die rechtliche Möglichkeit eröff-

19 HACHENBURG mit seinem frühen Faible für Mythologie und Geschichte hätte dieses Wort wohl gefallen; vgl. aus seinen Lebenserinnerungen, aaO (Fn. 4), S. 23: „Neben die Fabelwelt trat sehr bald die wirkliche. Mein Nächstes wurden geschichtliche Darstellungen. In rotem Einbände standen als mein Eigentum vor mir ‚Die Helden Griechenlands‘ und ‚Die Helden Roms‘! Das waren meine Standardwerke. Daneben gab es ‚Hellas und Rom‘.“

20 Die Entstehungsgeschichte des GmbH-Gesetzes ist eingehend aufbereitet bei FEINE, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in: Ehrenberg, Handbuch des gesamten Handelsrechts, Band III/3, 1929, S. 1 ff; FLEISCHER, aaO (Fn. 2), Einl. GmbHG Rdn. 50 ff; FRÄNKEL, aaO (Fn. 8), S. 5 ff; KOBERG, Die Entstehung der GmbH in Deutschland und Frankreich, 1992, S. 35 ff; SCHUBERT, Quaderni Fiorentini 11/12 (1982/83), 589 ff.

21 Stenographische Berichte des Reichstages, 5. Legislaturperiode, 4. Session, 1884, 3. Band, Aktenstück Nr. 21, S. 237.

22 Näher dazu aus zeitgenössischer Sicht SIMON, ZHR 34 (1888), 85 ff; rückblickend FLEISCHER, aaO (Fn. 2), Einl. GmbHG Rdn. 53.

23 Gesetz wegen Abänderung des Gesetzes betreffend die Rechtsverhältnisse der deutschen Schutzgebiete vom 17. 4. 1886 (RGBl. S. 74) vom 15. 3. 1888, RGBl. S. 71.

24 Vgl. Entwurf eines Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung nebst Begründung und Anlagen, 1891, S. 24, wonach „ein Bedürfnis in der gedachten Richtung nicht bloß für überseeische Unternehmungen, sondern in weitem Umfang auch im inländischen Verkehrsleben vorhanden sei“.

25 Dazu SCHUBERT, Quaderni Fiorentini 11/12 (1982/83), 589, 594 m. w. N.

nen, sich „mit unbestimmten Anfängen und unbestimmten Zielen“ unter dem Grundsatz der beschränkten Haftung zu entwickeln.²⁶

Ein erster Gesetzesvorschlag stammte aus der Feder des Industriellen und nationalliberalen Reichstagsabgeordneten *Wilhelm Oechelhäuser*²⁷, den man als geistigen Vater des GmbH-Gesetzes zu bezeichnen pflegt.²⁸ Mehrere Rechtsanwälte unterbreiteten ihrerseits Alternativvorschläge.²⁹ Umfangreiches weiteres Material erschloss eine Befragung der preußischen Handelskammern und des Deutschen Handelstages durch das preußische Handelsministerium.³⁰ Auf der Grundlage dieser zahlreichen Stellungnahmen wurde im Reichsjustizamt ein Gesetzentwurf ausgearbeitet. Verantwortlich dafür war *Eduard Hoffmann*³¹, der zuständige Referent für alle mit dem Handelsrecht zusammenhängenden Fragen. Der von ihm im Dezember 1890 fertigestellte Entwurf stimmte im Wesentlichen mit der später verabschiedeten Fassung überein. Er stellt eine eindrucksvolle legistische Leistung dar³² – nicht zuletzt, weil er in Ermangelung historischer Vorbilder „gewissermaßen am grünen Tisch“³³ konzipiert werden musste. Das Gesetzgebungsverfahren selbst dauerte nur etwa vier Monate.³⁴ Auffällig ist, dass Vertreter der Rechtswissenschaft bei alledem keine Rolle spielten. Vielmehr ging die Entstehung des GmbH-Gesetzes auf Anregungen von Rechtspolitikern zurück³⁵, und seine Ausarbeitung war nahezu ausschließlich ein Werk gesellschaftsrechtlich erfahrener Praktiker und Ministerialbeamter.

26 Vgl. FRÄNKEL, aaO (Fn. 8), S. 17 m. w. N.

27 WILHELM OECELHÄUSER (1820–1902), Bürgermeister von Mülheim an der Ruhr, später Direktor der Deutschen Continental-Gasgesellschaft, von 1878–1893 Mitglied des Reichstages. Abdruck seines nur aus acht Paragraphen bestehenden Vorschlags bei FLEISCHER, aaO (Fn. 2), Einl. GmbHG Rdn. 55.

28 So ausdrücklich FEINE, aaO (Fn. 20), S. 6; SCHUBERT, Quaderni Fiorentini 11/12 (1982/83), 589, 594 f.; ferner ZÖLLNER, JZ 1992, 381, wonach OECELHÄUSER der Ruhm gebührt, die entscheidenden Grundideen nicht nur entwickelt, sondern auch politisch auf den Weg gebracht zu haben.

29 Eingehende Würdigung bei FLEISCHER, aaO (Fn. 2), Einl. GmbHG Rdn. 57 ff.

30 Näher dazu RIESSER, Beilage zu ZHR 35 (1899), 299, 302 f.

31 EDUARD HOFFMANN (1848–1920), unmittelbar nach dem Studium 1878 Hilfsarbeiter im Reichsjustizamt, danach kurze Richtertätigkeit am AG Kassel und LG Frankfurt, von 1883 bis zu seiner Pensionierung wieder im Reichsjustizamt tätig.

32 Von einer „originalen Schöpfung *Eduard Hoffmanns*“ spricht SCHUBERT, FS 100 Jahre GmbHG, 1992, S. 1, 23.

33 NEUKAMP, Zeitschrift für Volkswirtschaft, Socialpolitik und Verwaltung 8 (1899), 337, 338.

34 Dazu etwa FRÄNKEL, aaO (Fn. 8), S. 26: „So rasch wie dieser Entwurf ist nie eine Vorlage von gleicher wirtschaftlicher Tragweite durch die Maschine der Gesetzgebung gelaufen.“

35 Vgl. die einführenden Worte des Staatssekretärs des Reichsjustizamts BOSSE zu Beginn der ersten Lesung, Stenographische Berichte des Reichstages, 8. Legislaturperiode,

b) England

Dass der deutsche Gesetzgeber zwar das weltweit erste GmbH-Gesetz geschaffen, aber nicht die geschlossene Kapitalgesellschaft als solche „erfunden“³⁶ hat, belegen verschiedene Äußerungen von *Oechelhäuser* im Vorfeld der Kodifikation. So nannte er in seiner Denkschrift an die preußischen Handelskammern vom April 1888 England als gefährlichsten Konkurrenten im Wettbewerb der Regelgeber, der mit der *limited* eine Rechtsform vorweise, die jedermann Haftungsbeschränkung gewähre und gleichzeitig auf ein nennenswertes Stammkapital verzichte.³⁷ Hieran anknüpfend schrieb der Deutsche Handelstag in einem an Reichskanzler *Bismarck* gerichteten Gutachten, das dem Entwurf des GmbH-Gesetzes von 1891 als Anlage beigefügt war: „Die unangemessene Vermehrung der Limited Companies und deren Ausdehnung auf Geschäfte vom kleinsten Umfange dürfte als ein Beweis für die Nothwendigkeit und Zweckmäßigkeit solcher Gesellschaftsformen unabweisbar sein.“³⁸ Diese Hinweise zeigen, dass die heutige Konkurrenz von GmbH und *limited* historische Vorläufer hatte.³⁹ Wie aber hatte sich die vielbeschworene *limited* geschichtlich entwickelt?

Der Joint Stock Companies Act 1856 und der Companies Act 1862, die den Beginn des modernen englischen Gesellschaftsrechts markierten, unterschieden nicht zwischen *public* und *private companies*, sondern verlangten nur eine Mindestzahl von sieben Gründergesellschaftern.⁴⁰ Gleichwohl stand dem englischen Gesetzgeber als alleiniges Regelungsobjekt die Publikumsgesellschaft vor Augen, auch wenn dem Architekten beider Legislativakte, dem damaligen

1. Session, S. 4303: „Der Entwurf verdankt im wesentlichen seine Entstehung Anregungen, die hier aus dem Reichstag hervorgegangen sind.“

36 Zur GmbH als einer „gesetzlichen Erfindung“ WINDBICHLER, Gesellschaftsrecht, 23. Aufl., 2013, § 20 Rdn. 13; früher schon HALLSTEIN, *RabelsZ* 12 (1938/39), 341, 346: „Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist [...] 1892 vom deutschen Gesetzgeber erfunden worden.“; eingehend zu juristischen Erfindungen und Entdeckungen im Gesellschaftsrecht FLEISCHER, FS K. Schmidt, 2009, S. 375.

37 Vgl. OECHELHÄUSER, in: Schriften des Vereins zur Wahrung der wirtschaftlichen Interessen von Handel und Gewerbe, Die Erweiterung des Handelsrechts durch Einfügung neuer Gesellschaftsformen, Heft Nr. 25, 1891, S. 50, 58.

38 Entwurf eines Gesetzes, aaO (Fn. 24), Anlage A, S. 121, 123.

39 Dazu auch STRASSER, in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2006, 2007, S. 319 unter der Überschrift „GmbH und Limited – Alte Rivalen, neue Wege?“; ferner THIESSEN, in: Duss/Linder/Kastler/Börner/Hirt/Züsli, Rechtstransfer in der Geschichte, 2006, S. 446, 447 mit der Bemerkung: „Ohne die Konkurrenz des englischen Aktienrechts wäre die GmbH vermutlich nicht entstanden.“

40 Vgl. s 6 Companies Act 1862: „Any seven or more persons associated for any lawful purpose may, by subscribing their names to a memorandum of association, and otherwise complying with the requisitions of this Act in respect of registration, form an incorporated company, with or without limited liability.“

Vizepräsidenten des *Board of Trade Robert Lowe*⁴¹, eine mögliche Instrumentalisierung für andere Zwecke nicht verborgen blieb.⁴² Ob er sie billigte, ist Gegenstand einer historischen Kontroverse.⁴³ In der Anfangszeit dominierten die Gründungen großer Publikums-gesellschaften.⁴⁴ Allmählich entdeckten kleinere Unternehmen die neue Organisationsform für sich. Maßgeblich dazu beigetragen hat die englische Anwaltschaft⁴⁵, namentlich ein Praktikerleitfaden aus der Feder von *Francis Beaufort Palmer*⁴⁶, der unter dem Titel „*Private Companies; Or How to Convert Your Business into a Private Company, and the Benefit of So Doing*“ erstmals im Jahre 1877 erschien und bis 1915 nicht weniger als 29 Auflagen erlebte. Wie der Titel schon andeutet, brachten vor allem Kleinunternehmer und Familiengesellschaften ihr bereits bestehendes Unternehmen in die Rechtsform der *company* ein.⁴⁷ Die Gründe dafür lagen zu einem Gutteil darin, sich durch Haftungsabschottung vor der Schande einer etwaigen Privatinsolvenz zu schützen⁴⁸ – eine Gefahr, die angesichts der Großen Depression von 1873–1896 in der spätviktorianischen Zeit nur

41 ROBERT LOWE (1811–1892), lange Mitglied des Unterhauses, später unter *Gladstone* Schatzkanzler von 1868–1873 und Innenminister von 1873–1874. Er gilt vielen als „the father of modern company law“, so etwa MICKLETHWAIT/WOOLDRIDGE, *The Company: A Short History of a Revolutionary Idea*, 2003, S. 51, oder als „the architect of modern company law“, so MCQUEEN, aaO (Fn. 18), S. 82.

42 Vgl. LOWES Äußerungen im Gesetzgebungsverfahren, Hansard, vol. 150, 1856, cols. 110–147, 1477.

43 Verneinend IRELAND, 1984, 12 Int. J. of the Sociology of Law 239, 242: „Despite its permissiveness, it is evident that the proponents of the 1856 Act did not intend to make the newly constituted company legal form available to ‚private‘ partnerships or to sole traders.“; früher schon KAHN-FREUND, 1944, Mod. L. Rev. 54; bejahend MCQUEEN, aaO (Fn. 18), S. 140 f.

44 Zahlenmaterial bei RICHMOND/STOCKFORD, *Company Archives: The Survey of the Records of 1000 of the First Registered Companies in England and Wales*, 1986.

45 Dazu MCQUEEN, aaO (Fn. 18), S. 240: „In all probability, however, the most important role of lawyers in the development of the corporate form was not the advice given by elite members of the profession to their large commercial clients. Rather it was the advice being given by humbler members of the profession to their small business clients on how to convert their businesses to corporate form.“

46 FRANCIS BEAUFORT PALMER (1845–1917), gehörte als Barrister in London der *Honorable Society of the Inner Temple* an.

47 Dazu MCQUEEN, aaO (Fn. 18), S. 142 f: „Many of these enterprises were conversions of existing family businesses. Conversions were quite often an attempt to revitalize a family firm that had exhausted family financial reserves or managerial talent.“

48 Vgl. MCQUEEN, aaO (Fn. 18), S. 221: „The predominant reason why so many small businessmen began to incorporate their business from the late 1870s onward, despite the legal doubts that surrounded such practices, was almost certain the prospects which corporate status held out to those involved in such businesses in lessening the financial and private humiliation of business failure, when and if it arrived.“; zuvor schon COTRELL, *Industrial Finance 1830–1914*, 1980, S. 265.

zu real erschien.⁴⁹ Zudem spielten Erwägungen der Unternehmensnachfolge eine Rolle.⁵⁰

Trotz der großen Zahl solcher *quasi-partnerships*, die inzwischen als *companies* operierten⁵¹, war ihre rechtliche Anerkennung lange Zeit wenig gesichert. Öffentliche Kritik an Missbräuchen der Haftungsbeschränkung artikulierte sich sogar in einer komischen Oper von Gilbert und Sullivan, *Utopia Limited*, in der sich eine fiktive Insel im Südpazifik in eine britische *limited liability company* umwandelt.⁵² Verschiedene Reformgesetze, etwa der Directors Liability Act 1890, reagierten mit strengeren Haftungs Vorschriften, ohne sich ausdrücklich zur Statthaftigkeit einer *private company* einzulassen. Zum Schwur kam es dann in *Salomon v Salomon*, der wohl berühmtesten englischen Entscheidung im Gesellschaftsrecht: Aron Salomon, ein Immigrant aus Velbert im Bergischen Land, hatte im Juli 1892 sein einzelkaufmännisches Schuhmachergeschäft im Ostlondoner Viertel Whitechapel in eine *company* eingebracht, indem er seine Frau und seine fünf ältesten Kinder als Gesellschafter gewann und sie mit je einer Aktie ausstattete.⁵³ Er selbst hielt 20.000 Anteile. Ein Jahr später fiel die Gesellschaft in Konkurs.⁵⁴ Der *liquidator* nahm Salomon persönlich für die Gesellschaftsschulden in Anspruch und obsiegte in erster und zweiter Instanz. Für den

49 Vgl. IRELAND, 1984, 12 Int. J. of the Sociology of Law 239, 248: „Finally, and perhaps most importantly, while the unlimited liability of the partnership legal form had always been a danger, the risks involved with it appreciably increased in the last decades of the century. Ultimately, it was probably the economic difficulties of the so-called ‚Great Depression‘ of 1873–1896 that were primarily responsible for the rise of the company legal form and the gradual change in attitude towards it.“

50 Dazu etwa HARRIS, 2013, 33 OJLS 339, 369: „This motivation led hundreds of other family firms, moving from first-generation sole proprietorship to second-generation partnerships, to the corporate form.“; ferner McQUEEN, aaO (Fn. 18), S. 193.

51 Vgl. die Zwischenüberschrift von McQUEEN, aaO (Fn. 18), S. 193: „The Corporation as Quasi-Partnership“.

52 Dazu BOROWITZ, 59 Am. Bar Ass. J. 1276, 1279 (1973): „More narrowly, the corporate idea to Gilbert was faulty in that it shielded the incompetent and the irresponsible man from the consequences of his own failure.“; Werkabdruck mit Erläuterungen bei BRADLEY, The Complete Annotated Gilbert and Sullivan, 1996, S. 971 ff. Im ersten Akt, Zeile 1275 ff ruft der König begeistert aus: „We’ll go down to posterity renowned/As the First Sovereign in Christendom/Who registered his Crown and Country under/The Joint Stock Company’s Act of Sixty-Two.“ Im zweiten Akt jubiliert die Prinzessin: „[E]very man, woman, and child is now a Company Limited with liability registered to the amount of his declared Capital! There is not a christened baby in Utopia who has not already issued his little prospectus!“.

53 Zum gesellschaftlichen Hintergrund RUBIN, in: Adams, Essays for Clive Schmitthoff, 1983, S. 99 ff mit dem Hinweis, dass man aus den kargen Quellen schwer schließen könne, „whether Aron Salomon was in truth, victim or villain“ (S. 100).

54 Zu den Gründen heißt es im Revisionsurteil SALOMON v A. SALOMON & CO. [1897] AC 22, 49 (*Lord Macnaghten*): „The company had a brief career: it fell upon evil days. Shortly after it was started there seems to have come a period of great depression in the boot and shoe trade. There were strikes of workmen too; and in view of that danger

Court of Appeal formulierte *Lord Justice Lindley*, einer der angesehensten Juristen seiner Zeit und Autor zweier Standardwerke zum Gesellschaftsrecht⁵⁵, dass sich mit *nominee shareholders* nach dem Willen des historischen Gesetzgebers keine persönliche Haftungsbeschränkung erreichen ließe.⁵⁶ Das *House of Lords* hob diesen Richterspruch in einem stärker am Gesetzeswortlaut orientierten Urteil von 1897 aber wieder auf⁵⁷ und billigte damit in der Sache die Zulässigkeit einer Einmannkapitalgesellschaft.⁵⁸

Zur Bekämpfung von Schwindelgründungen und anderen Missständen hatte der *Board of Trade* schon im November 1894 eine Reformkommission unter Vorsitz von *Lord Davey* eingerichtet, der gut zwei Jahre später an der *Salomon-*Entscheidung des *House of Lords* mitwirken sollte. Zu ihren Empfehlungen, die kurz darauf Aufnahme in den *Companies Act 1900* fanden, gehörten eine verschärfte Prospektpublizität und weitere Berichts- und Offenlegungspflichten, die Gesellschaftsgründungen für kleine und mittlere Unternehmen weniger attraktiv machten.⁵⁹ Nach heftigen Protesten setzte das Parlament im Jahre 1905 eine neue Reformkommission ein, das sog. *Loreburn Committee*, das eine Le-

contracts with public bodies which were the principal source of Mr. Salomon's profit, were split up and divided between different firms.“

55 NATHANIAL LINDLEY, BARON LINDLEY, 1828–1921, seit 1881 am *Court of Appeal* und 1897 zum *Master of the Rolls* ernannt. Aus seiner Feder stammten *Lindley on Companies* und *Lindley on Partnership*, Letzteres noch heute fortgeführt als *Lindley and Banks on Partnership*, 19. Aufl., 2013.

56 Vgl. *BRODERIP v SALOMON*, 1895, 2 Ch. 323, 337: „There can be no doubt that in this case, an attempt has been made to use the machinery of the Companies Act, 1862, for a purpose for which it never was intended. The legislature contemplated the encouragement of trade by enabling a comparatively small number of persons – namely not less than seven – to carry on business with a limited joint stock or capital, and without the risk of liability beyond the loss of such joint stock or capital. [...] Although in the present case there were, and are, seven members, yet it is manifest that six of them are members simply in order to enable the seventh himself to carry on business with limited liability. The object of the whole arrangement is to do the very thing which the legislature intended not to be done; and ingenious as the scheme is, it cannot have the effect desired so long as the law remains unaltered.“

57 Vgl. *SALOMON v SALOMON*, 1897, A.C. 22, 30 (LORD HALSBURY L.C.): „I must pause here to point out that the statute enacts nothing as to the extent or degree of interest which may be held by each of the seven, or as to the proportion of interest or influence possessed by one or the majority of the shareholders over the others. One share is enough. Still less is it possible to contend that the motive of recognising or of making them shareholders is a field of inquiry which the statute itself recognises as legitimate. If they are shareholders, they are shareholders for all purposes [...].“

58 Aus heutiger Sicht *GOWER/DAVIES, Principles of Modern Company Law*, 9. Aufl., 2012, Rdn. 2–3: „Not only did it finally establish the legality of the ‚one person‘ company (long before EC law required this) and showed that incorporation was as readily available to the small private partnership and sole trader as to the large public company.“

59 Vgl. Report of the Companies Acts Amendment Committee (The Davey Committee), Parliamentary Papers, 1895, Cd. 7779, S. 171 ff.

galdefinition der *private company* empfahl.⁶⁰ Dem folgend unterschied der Companies Act 1907 erstmals zwischen *public* und *private companies* und nahm letztere von der Offenlegungspflicht für ihre Jahresbilanz aus.⁶¹ Nach der Legaldefinition in s 37(1) galt eine Gesellschaft als *private company*, wenn sie in ihrer Satzung Übertragungsbeschränkungen für die Gesellschaftsanteile vorsah, die Zahl der Anteilseigner auf maximal 50 begrenzte und jedes öffentliche Angebot für Gesellschaftsanteile und Anleihen verbot. Insgesamt entsprang die Positivierung der *private company* im Jahre 1907 keiner dringenden wirtschaftlichen Notwendigkeit mehr, sondern dem Wunsch nach gesetzlicher Klarstellung einer schon länger gelebten Gesellschaftsrechtswirklichkeit.⁶²

c) Frankreich

In Frankreich wurde die *société à responsabilité limitée* (SARL) erst im Jahre 1925 eingeführt – zusammen mit dem Charleston, wie ein führendes Lehrbuch launig bemerkt.⁶³ Die Gründe für dieses späte Debüt liegen in der historischen Entwicklung des französischen Aktienrechts. Das altehrwürdige Gesetz über die *société anonyme* (SA) vom 24. Juli 1867, das 99 Jahre lang galt, bis es durch das Gesetz über die Handelsgesellschaften vom 24. Juli 1966 abgelöst wurde, hatte das überkommene Konzessionsprinzip abgeschafft. Es eröffnete den sieben obligatorischen Gründergesellchaftern⁶⁴ beträchtliche Gestaltungsfreiheit⁶⁵, die – anders als hierzulande – in der Folgezeit zunächst nicht wieder zurückgenommen wurde⁶⁶: Während die Aktienrechtsreform von 1884 in Deutschland ein rigides Rechtsregime einführte, blieb in Frankreich zur selben Zeit ein schon vom Senat verabschiedeter Reformentwurf⁶⁷ im Abgeordnetenhaus stecken.

60 Vgl. Report of the Company Law Amendment Committee (The Loreborn Committee), Parliamentary Papers, 1906, Cd. 3052, S. 19 Rdn. 51.

61 Dazu etwa MANSON, (1910) 26 LQR 11, 15: „Ordinary companies are like bees working in a glass hive. Private companies can keep their affairs to themselves. These are unmistakable advantages, and it is not to be wondered at that the private company should be growing in popularity every day [...]“

62 Dazu auch McQUEEN, aaO (Fn. 18), S. 268 f.

63 Vgl. COZIAN/VIANDIER/DEBOISSY, Droit des sociétés, 28. Aufl., 2015, Rdn. 1106: „La SARL est née avec le charleston en 1925.“

64 Vgl. Art. 23 des Aktiengesetzes vom 24. Juli 1867. Zum rechtsvergleichenden Hintergrund dieser Zahl COZIAN/VIANDIER/DEBOISSY, aaO (Fn. 63), Rdn. 526 mit Fn. 1: „Car le droit anglais qui inspira les rédacteurs de la loi de 1867 exigeait sept fondateurs.“ Seit der Ordonnance n° 2015–1127 vom 10. September 2015 genügen für die Gründung einer nicht börsennotierten AG zwei Aktionäre.

65 Rechtsvergleichend LESCOT, Rev. soc. 1924, 163, 185: „Certes, la loi française, en matière de sociétés par actions, est plus libérale que la loi allemande ou même la loi anglaise.“

66 Zu sukzessiven Reformen kam es erst 1893, 1903 und 1913.

67 Vgl. Journal officiel, Documents parlementaires, Sénat, session ordinaire 1884, Annexe Nr. 72, S. 1097 ff.

Daher konnten kleine und mittlere Unternehmen das Rechtskleid der SA weiterhin auf ihre Bedürfnisse zuschneiden. Hinzu kam, dass die französische Rechtsprechung den Besonderheiten der *société par actions fermée* in mancher Hinsicht Rechnung trug⁶⁸: Sie billigte ihnen formale Erleichterungen bei der Gründung gegenüber Publikumsgesellschaften zu⁶⁹ und erklärte überdies Satzungsklauseln für zulässig, welche die Übertragung von Aktien an die Zustimmung der Geschäftsleiter oder der Gesellschafterversammlung knüpften⁷⁰.

Zum deutschen GmbH-Gesetz von 1892 wahrte man in Frankreich zunächst Distanz. Zwar wurde es schon ein Jahr später durch den großen Rechtsgelehrten *Charles Léon Lyon-Caen*⁷¹ ins Französische übersetzt⁷² und auch sonst im zeitgenössischen Fachschrifttum vorgestellt⁷³. Rechtspolitische Initiativen zur Einführung einer SARL durch mehrere Arbeitgeberverbände und Tagungen der Handelsgerichte um 1910 blieben aber ohne Resonanz.⁷⁴ An Aktualität gewann die Frage erst wieder nach dem Ende des Ersten Weltkriegs. Eine gewisse Rolle spielte dabei, dass in Elsass-Lothringen mehrere hundert deutsche GmbHs existierten⁷⁵, deren Vorzüge man dort nach der Rückkehr zu Frankreich nicht mehr missen mochte. Daraufhin brachte die französische Regierung im März 1920 einen Gesetzentwurf zur SARL ins Abgeordnetenhaus ein, der von einem Ausschuss des Handelsministeriums unter der Präsidentschaft von *Lyon-Caen* ausgearbeitet worden war.⁷⁶ In der Gesetzesbegründung hieß es, es fehle bisher

68 Vgl. PIC/BARATIN, Rev. soc. 1925, 137, 145: „[L]a jurisprudence française était parvenue à différencier nettement la société anonyme de type familial et fermée, ne groupant qu'un nombre restreint d'actionnaires, ayant entre eux des relations personnelles étroites, de la société anonyme du type courant, faisant appel au public.“; rechtsvergleichend KOBERG, aaO (Fn. 20), S. 239 f.

69 Vgl. Cass. 26. 4. 1880 D.P. 1880.1.268; Cass. 9. 11. 1887 S. 1888.1.449; aus dem Schrifttum LYON-CAEN/RENAULT, *Traité de droit commercial*, Band 2, Teil I, 4. Aufl., 1908, Rdn. 724.

70 Vgl. Cass. 29. 10. 1902 D.P. 1904.1.49: Zustimmung der Geschäftsleitung zur Anteilsübertragung; Cass. 13. 3. 1882 D.P. 1883.1.83: Zustimmung der Aktionärsversammlung zur Anteilsübertragung; aus dem Schrifttum ESCARRA, *Annales de droit commercial* 1911, 333 ff und 425 ff.

71 CHARLES LÉON LYON-CAEN (1843–1935) war zunächst Professor in Nancy und später in Paris. Er war zugleich Präsident der Gesellschaft für Rechtsvergleichung und der Gesellschaft für Gesetzgebungswissenschaft.

72 Vgl. LYON-CAEN, *Annuaire de législation étrangère* 1893, 150 ff.

73 Vgl. etwa FRIEDLÄNDER, *Annales de droit commercial* 1893, 317 ff.

74 Knappe Hinweise bei LESCOT, Rev. soc. 1924, 283, 284; PIC/BARATIN, Rev. soc. 1925, 137, 153.

75 Die Zahlen im Schrifttum schwanken beträchtlich; LYON-CAEN nannte in seinen Arbeiten für das Jahr 1920 insgesamt 519 GmbHs; dazu auch KOBERG, aaO (Fn. 20), S. 283 mit Fn. 826; CHAPSAL, *Journal officiel, Documents parlementaires, Sénat, session extraordinaire* 1924, Annexe Nr. 712, S. 691, 692 Sp. 2 nannte 782 GmbHs für das Jahre 1921.

76 Vgl. *Journal officiel, Documents parlementaires, Chambre des députés, session ordinaire* 1920, Annexe Nr. 549, S. 473 ff.

für leistungsfähige Unternehmer, die allein oder gemeinsam mit wenigen anderen ein Unternehmen betreiben wollten, an einer geeigneten Gesellschaftsform. Andere Länder wie Großbritannien und Deutschland hätten hierauf bereits mit neuen Gesetzen reagiert.⁷⁷ Es folgten umfangreiche Diskussionen mit den Gremien der regionalen Handelskammern⁷⁸, die sich 1923 bis 1925 im französischen Senat fortsetzten. Ein eigens eingeholtes Gutachten des Senators *Ferdinand Chapsal* erläuterte die Lückenhaftigkeit des französischen Gesellschaftsrechtssystems und die Vorzüge der SARL am Beispiel der Unternehmensnachfolge in einer Familiengesellschaft.⁷⁹

Konzeptionell wich die neue SARL in mancher Hinsicht vom deutschen Grundmodell ab. Zunächst kam die Loi SARL mit nur 43 Paragraphen aus⁸⁰ und war damit um die Hälfte kürzer als das hiesige GmbH-Gesetz, das mit seinen ursprünglich 82 Paragraphen jenseits des Rheins im Geruch der Weitschweifigkeit stand.⁸¹ So können sich die Wahrnehmungen unterscheiden, loben deutsche Autoren doch einhellig seine wohltuende Kürze!⁸² Vor allem aber orientierte sich das SARL-Gesetz in seiner Ausformung stärker an personengesellschaftsrechtlichen Grundsätzen: Es verzichtete etwa auf eine notarielle Beurkundung des Gesellschaftsvertrages und schränkte die Anteilsübertragung von vornherein stark ein, während § 15 Abs. 1 GmbHG die umgekehrte *default rule* enthielt. Rechtssystematisch hatte man die SARL daher früher nicht den Kapital-, sondern den Personengesellschaften zugeschlagen, bis sich die Gewichte im Gefolge der großen Gesetzesreform von 1966 verschoben.⁸³ Noch heute betont man allenthalben ihre hybride

77 Vgl. Journal officiel, aaO (Fn. 76), S. 473 Sp. 2: „Sur ce point, les législations étrangères ont devancé la nôtre. En Angleterre, depuis la loi de 1907, les sociétés à responsabilité limitée ‚private societies‘ ont pris un développement très important; en Allemagne la loi du 29 avril 1892, modifiée par celle du 16 mai 1897, instituant des sociétés de cette nature, a reçu un accueil très favorable dans le monde commercial et industriel.“

78 Für eine minutiöse Auswertung und Aufbereitung KOBERG, aaO (Fn. 20), S. 293 ff.

79 Vgl. Journal officiel, aaO (Fn. 76), S. 691 Sp. 3 – S. 692 Sp. 1.

80 Abdruck in einer deutschen Übersetzung bei HACHENBURG, aaO (Fn. 6), Allgemeine Einleitung, S. 62 ff.

81 Vgl. die Wiedergabe französischer Kritikerstimmen bei KOBERG, aaO (Fn. 20), S. 284: „Denn der deutsche Gesetzgeber habe in seiner Sorge, alles zu regeln und alle denkbar möglichen Fälle vorzusehen, ein Gesetz verabschiedet, das von einem übertriebenen Formalismus und einer zu großzügigen Berücksichtigung der Details geprägt und an vielen Stellen zu weitschweifig (proluxe) und zu verschwommen (diffus) sei.“

82 Vgl. aus damaliger Sicht OECHELHÄUSER, Verhandlungen des XVII. Deutschen Handelstages, 2. Sitzung vom 19. 1. 1892, S. 2: „Diese Ökonomie ist unbedingt, insbesondere vom Standpunkt des praktischen Gewerbetreibenden, als ein eminenten Vorzug des Entwurfs anzuerkennen [...]“; aus heutiger Sicht FLEISCHER, aaO (Fn. 2), Einl. GmbHG Rdn. 151: „Zu den stilprägenden Merkmalen des GmbH-Gesetzes gehört seine wohltuende Kürze.“

83 Vgl. MERLE, Sociétés commerciales, 18. Aufl., 2015, Rdn. 18: „La société à responsabilité limitée [...] a d’abord été considérée plutôt comme une société de personnes, mais les

Natur.⁸⁴ Der praktische Erfolg gab dem französischen Gesetzgeber recht. Binnen kürzester Zeit avancierte die SARL zur populärsten Organisationsform.⁸⁵ Misst man den Erfolg einer Rechtsformneuschöpfung an ihrer Verbreitungsgeschwindigkeit, könnte man Frankreich sogar als erfolgreichsten Innovator bezeichnen.⁸⁶

d) Vereinigte Staaten

Die Vereinigten Staaten werden in der Geschichte der geschlossenen Kapitalgesellschaft häufig als ein Sonderfall beschrieben⁸⁷, weil die *close corporation*⁸⁸ dort erst nach dem Zweiten Weltkrieg Fuß gefasst habe. Das ist nicht falsch, bedarf aber einer Qualifizierung. Bis weit in das 19. Jahrhundert hinein passten die *corporation statutes* der einzelnen Gliedstaaten für große und kleine Unternehmen gleichermaßen. Große Publikumsgesellschaften waren vor dem Aufkommen der Eisenbahngesellschaften eher selten, so dass den Gesetzesverfassern als Regelungsobjekt vor allem kleinere Unternehmen vor Augen standen.⁸⁹ Dieses Bild änderte sich erst gegen Ende des 19. Jahrhunderts, als

*réformes entreprises depuis 1966 l'ont beaucoup rapprochée des sociétés de capitaux, si bien qu'elle apparaît désormais comme une société de capitaux, tout en conservant certain traits des sociétés de personnes.*⁸⁴

84 Vgl. COZIAN/VIANDIER/DEBOISSY, aaO (Fn. 63), Rdn. 1079: „Elle a une nature hybride [...]. Son essence est celle d'une société de personnes: associés peu nombreux, *intuitus personae*, parts sociales non négociables, mécanisme légal d'agrément; à l'évidence, la personne de l'associé est importante.“

85 Zahlenmaterial bei KOBERG, aaO (Fn. 20), S. 397.

86 So die Schlussfolgerung von GUINNANE/HARRIS/LAMOREAUX/ROSENTHAL, (2007) 8 *Enterprise and Society* 687, 723: „If one looks at history from the vantage point of the PLLC rather than the corporation, then Germany, a code-based country, was the key legal pioneer, with Britain, a common-law country, following a decade and a half later. France, a code-based country, was a distant third, but if rapidity of diffusion is a good indicator of a form's ability to satisfy businesses' needs, then France may have been the most successful innovator.“

87 Vgl. die Zwischenüberschrift bei GUINNANE/HARRIS/LAMOREAUX/ROSENTHAL, (2007) 8 *Enterprise and Society* 8 (2007), 687, 714: „The U.S. Outlier“.

88 Der Begriff stammt ursprünglich aus dem englischen Kommunalrecht, vgl. WELLS, 5 *Berkeley Bus. L.J.* 263, 272 f (2008): „The term ‚close corporation‘ originated in English local government law. In England before 1835, a close corporation was the municipal corporation governing a town or city. [...] Although English close corporations were abolished by the Municipal Corporations Bill of 1835, the term survived in the United States [...].“

89 Zu diesem Befund etwa RUTLEDGE, 22 *Wash. U. L.Q.* 305, 307 (1937): „The general incorporation laws of the nineteenth century were designed primarily to extend the privilege of limited liability to what may be termed ‚incorporated partnerships‘ and relatively local ‚joint-stock companies‘ rather than for the creation of institutions national in the spread of their securities and activities.“; aus jüngerer Zeit SKEEL, *Icarus in*

der Wettbewerb der Gesetzgeber um den besten Organisationsrahmen für *public corporations* begann. Dabei bildete sich bald ein standardisiertes Corporate-Governance-Modell mit einem mächtigen *board of directors* als Gravitationszentrum heraus. Privatautonome Abweichungen von diesem *statutory scheme* wurden fortan mit Argwohn beäugt⁹⁰, wie die Leitentscheidung des *New Jersey Court of Appeal* aus dem Jahre 1910, *Jackson v. Hooper*, veranschaulicht: Die zwei Begründer der höchst erfolgreichen *Encyclopaedia Britannica* hatten ihr Unternehmen in eine *New York corporation* eingebracht. Diese wurde nach außen von ihnen und drei *nominee directors* geleitet, sollte intern jedoch personengesellschaftsrechtlichen Grundsätzen folgen. Nach einem Streit pochte einer der Gesellschafter auf Einhaltung dieser Binnenabrede, fand damit aber vor Gericht kein Gehör. Unter Berufung auf die englische *Salomon*-Entscheidung und US-amerikanische Präjudizien urteilten die Richter: „The law never contemplated that persons engaged in business as partners may incorporate, with intent to obtain the advantages and immunities of a corporation form, and then Proteus-like, become at will a copartnership or a corporation [...]. They cannot be partners inter sese and a corporation as to the rest of the world.“⁹¹ Zudem hob das Gericht hervor, dass die gesetzlichen Kompetenzen des *board of directors* nicht durch schuldrechtliche Abreden eingeschränkt werden dürften.⁹²

Die Gründe dafür, warum die einzelstaatlichen Gesetzgeber die Bedürfnisse kleinerer Unternehmen aus dem Blick verloren und ihnen im Ergebnis sogar privatautonome Abweichungen von dem Standardmodell für *public companies* verwehrten, sind nicht leicht auszumachen. Verwundert schrieb *L. C. B. Gower*, der Nestor des englischen Gesellschaftsrechts, nach einem einjährigen

the Boardroom: The Fundamental Flaws in Corporate America and Where They Came From, 2006, S. 52: „Unlike the corporation laws of today, which cater to the needs of large-scale corporations, nineteenth-century corporate-law statutes were designed with small corporations in mind. In part lawmakers were simply legislating based on what they saw: until the railroads, large-scale private corporations were scarce, so it was only natural that the concerns of small enterprises would occupy the attention of lawmakers.“

90 Näher die Analyse von HURST, *The Legitimacy of the Business Corporation in the Law of the United States 1780–1970*, 1970, S. 77: „But the standard pattern offered even by the liberalized incorporation statutes was in important respects dysfunctional for the close-held firm.“, S. 79: „From the standard terms of the general incorporation acts, judges concluded that public policy required that effective command of all regular business be in the board of directors and that the board not be structured to represent segmental interests among investors.“

91 JACKSON v. HOOPER, 75 A. 568, 571 (1910).

92 Vgl. JACKSON v. HOOPER, 75 A. 568, 573 (1910): „The law thus confides the business management of the corporation to its directors. The directors must act in behalf of the corporation. They represent all of the stockholders and creditors, and cannot enter into agreements either among themselves or with stockholders, by which they abdicate their independent judgment.“

Gastaufenthalt in Harvard: „To an Englishman, it seems strange that corporate codes, such as that of Delaware, which are notoriously lax in failing to provide important safeguards against abuses, should nevertheless be strict in matters which seem to us to be essentially for the parties themselves to settle.“⁹³ In der US-amerikanischen Literatur werden hierfür drei Erklärungen angeboten: Zum ersten seien die Anteilseigner kleiner Kapitalgesellschaften ein Opfer der *enabling legislation* für große Publikumsgesellschaften geworden. Um deren Geschäftstätigkeit nach Kräften zu fördern, seien Vorschriften neu eingeführt worden, die es einzelnen Anteilseignern erschwerten, Managemententscheidungen zu blockieren.⁹⁴ Zum zweiten habe im Kräftemessen der konkurrierenden Theorien zur juristischen Person die *entity theory* den Sieg davongetragen; deren kollektivistische Sicht habe für Parallelen zwischen Anteilseignern und Personengeschaftern kaum mehr Raum gelassen.⁹⁵ Zum dritten hätten die Gliedstaaten im Wettbewerb der Rechtsordnungen wenig Anreize gehabt, passgenaue Lösungen für *close corporations* auszuarbeiten, da diese häufig in ihrem Heimatstaat inkorporierten und für ihre Registrierung ohnehin nur geringe Gebühren in die Kasse des Inkorporationsstaates flossen.⁹⁶

In der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts begann das allmähliche Emanzipationsstreben des *close corporation law*: Die Gesellschafter gingen häufig schuldrechtliche Nebenabreden ein, um dem eng geschnürten Gesetzeskorsett

93 GOWER, 69 Harv. L. Rev. 1369, 1376 f (1956).

94 Näher dazu RUTLEDGE, 22 Wash. U. L.Q. 305, 312 (1937): „[The] tendencies of the new statutes all look towards an increase of power and mobility in the corporation and a correlative decrease of fixed right in the shareholder; a reversal of Maine’s trend from status to contract. The corporation and its management have acquired greatly increased motive power and adjustability, but the individual stockholder has been placed almost in the position of holding a ‚pig-on-a-poke‘.“; aus jüngerer Zeit LAMOREAUX, aaO (Fn. 18), S. 29, 50; mit anderer Akzentsetzung O’NEAL, 50 Cornell L.Q. 641, 644 (1965): „Thirdly, some lawyers serving giant corporations have fought separate treatment of small incorporated enterprises, perhaps because separation would tend to isolate the giant companies politically [...] and perhaps lead to separate and more severe regulation and taxation for the giant corporation.“

95 Näher dazu WELLS, 5 Berkeley Bus. L.J. 263, 291 (2008): „Thus, the entity theory’s rejection of an analogy between shareholder and partner made it more difficult for courts to entertain the possibility that shareholders could wield partner-like powers within a corporation.“; früher schon O’NEAL, 1 B.C. Indus. & Com. L. Rev. 1, 5 (1959): „A great number of our judges and legislatures are part of the legal generation which grew up in an atmosphere of corporate theory pervaded with the ‚concession theory‘ of corporate existence, under which a corporation is viewed as an artificial fictitious being [...] Small wonder it is that such a generation is slow to approve unorthodox arrangements among shareholders which imply that a corporation is simply a group of businessmen voluntarily associating together, with freedom within broad bounds to determine by contract their relations among themselves.“

96 Näher dazu AYRES, 70 Wash. U. L.Q. 364, 374 ff (1992).

zu entkommen. Dabei waren sie in einem iterativen Prozess auf das Entgegenkommen der Gerichte angewiesen, die bald engherziger, bald großzügiger entschieden: „Incorporators propose, judges dispose.“⁹⁷ Gegen Ende der 1930er Jahre hatten die meisten Gerichte ihre Imprimatur für minderheitsschützende *shareholder agreements* und angemessene Übertragungsbeschränkungen erteilt. Auch die Einmannkapitalgesellschaft erfuhr erstaunlich wenig Widerstand⁹⁸ und war weithin anerkannt.⁹⁹ Es dauerte jedoch bis zur Jahrhundertmitte, bis die Praktiker – mit Ausnahme eines frühen Leitfadens aus dem Jahre 1933¹⁰⁰ – auf eine solide Formularbasis für ihre kautelarjuristische Arbeit zurückgreifen konnten.¹⁰¹ Professor *F. Hodge O’Neal*¹⁰², „Mr. Close Corporations“¹⁰³, entdeckte das Feld dann durch grundlegende Publikationen für die Wissenschaft.¹⁰⁴ Eine erste punktuelle Gesetzesregelung wurde 1948 im Gesellschaftsrecht von New York eingeführt¹⁰⁵: Sie revidierte eine umstrittene Gerichtsentscheidung, nach der Einstimmigkeitsklauseln in den *by-laws* für Gesellschafter- oder Direktorenhandeln unzulässig sein sollten.¹⁰⁶ North Carolina folgte 1955 mit einem neuen *Business Corporation Act*, der *close corporations* anerkannte, ohne sie beim Namen zu nennen oder zu definieren, und ihnen intern jene proteusähnliche Gestaltungsfreiheit ließ, die *Jackson v. Hooper* ihnen noch vorenthalten hatte.¹⁰⁷ Als einen Hauptgrund für die zuneh-

97 WELLS, 5 Berkeley Bus. L.J. 263, 297 (2008).

98 Kritisch aber WORMSER, *Frankenstein Incorporated*, 1931, S. 97 f.

99 Vgl. FULLER, 51 Harv. L. Rev. 1373, 1406 (1938): „The one-man company is a deeply-rooted contemporary institution which in all likelihood will survive for some time to come.“

100 Vgl. ROHRlich, *Law and Practice in Corporate Control*, 1933, S. 210 ff: „Chapter VIII. Close Corporations“

101 Grundlegende Erläuterungsaufsätze waren: CARY, 48 Nw. U. L. Rev. 427 (1953); HORNSTEIN, 59 Yale L.J. 1040 (1950); O’NEAL, 10 Vand. L. Rev. 1 (1956); SCOTT, 13 Bus. Law. 741 (1958).

102 F. HODGE O’NEAL (1917–1991) war Professor und Dekan an verschiedenen US-amerikanischen Rechtsfakultäten, zuletzt an der Duke Law School und der Washington University School of Law.

103 Vgl. die Würdigung anlässlich seiner Gedächtnisfeier von BRICKLEY, 69 Wash. U. L.Q. 374 (1991): „He was, and is, ‚Mr. Close Corporations‘.“

104 Zuerst O’NEAL, 65 Harv. L. Rev. 773 (1952); sodann DERS., *Close Corporations: Law and Practice*, 1. Aufl., 1958.

105 Vgl. N.Y. Stock Corp. Law § 9 (1948); ausführlicher zu Folgendem O’NEAL, 50 Cornell L.Q. 641, 646 ff (1965) mit der einleitenden Bemerkung: „Four states – New York, North Carolina, South Carolina, and Florida – rate special mention as innovators in legislation applicable to close corporations.“

106 Vgl. BENINTENDI v. KENTON HOTEL, 294 N.Y. 112 (1945).

107 Dazu LATTY, 34 N.C. L. Rev. 432, 438 (1956): „North Carolina’s prospective Business Corporation Act, enacted May 26, 1955 [...] rejects the philosophy, exemplified by the New Jersey case of *Jackson v. Hooper*, that there is something reprehensible about adopting a corporate form for an incorporated partnership and yet retaining a quasi-partnership relationship among the co-owners of the close corporation.“

mende Beliebtheit der *close corporation* im Vergleich zur *partnership* hat man in der Literatur die erhöhten Einkommensteuersätze nach dem Zweiten Weltkrieg ausgemacht.¹⁰⁸ Seit Ende der 1960er Jahre haben viele Gliedstaaten ebenso wie der Model Business Corporation Act¹⁰⁹ sog. *close corporation statutes* geschaffen, die allerdings beträchtlich variieren.¹¹⁰ Zumeist bestehen sie, wie in Delaware, aus einem gesonderten Kapitel in dem jeweiligen Gesellschaftsgesetz, das zur Anwendung gelangt, wenn die Gesellschafter hierfür in ihrer Satzung votieren. Die Ironie der Geschichte liegt darin, dass die Vertragspraxis von diesem *opt-in*-Modell nur selten Gebrauch macht.¹¹¹ Nachdem die Gerichte die *close corporation* mitsamt ihrer Gestaltungsfreiheit einmal anerkannt hatten, schien der Praxis ihre Kodifizierung nicht mehr vordringlich, sondern eher hinderlich¹¹²: Manche Vorschriften sind legislativ nicht sonderlich gelungen, andere wenig ausjudiziert und daher mit vielen Unsicherheiten behaftet.

2. Rechtsvergleichende Beobachtungen

Welche Schlussfolgerungen erlaubt dieser historisch-vergleichende Streifzug durch die Entwicklungsgeschichte der geschlossenen Kapitalgesellschaft? Sechs Einzelbeobachtungen möchte ich herausstellen.

a) Entstehungsgründe

Fast überall entstand das Bedürfnis für die Ausbildung einer neuen Organisationsform, als die Regulierungsdichte der Publikumskapitalgesellschaft zunahm: in Deutschland nach der Aktienrechtsreform von 1884, in England nach dem Companies Act 1900 und in Frankreich im Gefolge sukzessiver Reformgesetze von 1893, 1903 und 1913¹¹³. Die (Gründer-)Gesellschafter kleiner und

108 Vgl. GUINNANE/HARRIS/LAMOREAUX/ROSENTHAL, *Enterprise and Society* 8 (2007), 687, 720: „The impetus for the change seems to have come from the high level of personal relative to corporate income taxes in the post-World War II period.“; allgemein dazu BROWNLEE, *Federal Taxation in America: A Short History*, 1996.

109 Dazu KESSLER, 38 *Fordham L. Rev.* 743 (1970) unter dem Titel „Hooray (?) for the Model Act – The 1969 Revision and the Close Corporation“.

110 Für eine umfassende Bestandsaufnahme KARJALA, 21 *Ariz. St. L.J.* 663 (1989); zusammenfassend COX/HAZEN, *The Law of Corporations*, 3. Aufl., 2010, § 14:2.

111 Vgl. WELLS, 5 *Berkeley Bus. L.J.* 263, 314 (2008): „Empirical studies show that only a very small percentage of corporations ever registered as statutory close corporations.“

112 So die Schlussfolgerung von WELLS, *Berkeley Bus. L.J.* 263, 314 (2008): „However, when the close corporation was already well established, and when courts were loathe to strike down such private arrangements the statutory approval was no longer needed, but rather a potential stumbling block.“

113 Von einem „certain nombre de prescriptions rigoureuses“ sprach LESCOT, *Rev. soc.* 1924, 283, 285.

mittlerer Unternehmen benötigen möglichst einfache und geschmeidige Organisationsstrukturen sowie einen unvermittelten Zugriff auf die Geschäftsführung. Historische Zufälle kamen hinzu, wie die Rückkehr Elsass-Lothringens zu Frankreich – mit mehreren hundert deutschen GmbHs im Gepäck, für die dringend eine adäquate französische Rechtsform gefunden werden musste.¹¹⁴ Das US-amerikanische Beispiel zeigt schließlich den wachsenden Einfluss des „Steuerrechts als unerwünschter Rechtsquelle des Gesellschaftsrechts“¹¹⁵ im Laufe des 20. Jahrhunderts: Nach dem Zweiten Weltkrieg war die *close corporation* zunächst steuerlich attraktiver als die *partnership*, bevor das Pendel durch den *Tax Reform Act 1986* unter *Ronald Reagan* wieder zurückschwang¹¹⁶ und die erstaunliche Karriere der *Limited Liability Company* (LLC) an Fahrt aufnahm, insbesondere seitdem die Steuerbehörden ihr im Jahr 1988 eine Besteuerung wie einer *partnership* zubilligten.¹¹⁷

b) Impulsgeber

Die wesentlichen Impulse für die Entstehung der geschlossenen Kapitalgesellschaft gingen von der Rechts- und Wirtschaftspraxis aus. In Deutschland und Frankreich setzten sich die Handelskammern in zahlreichen Stellungnahmen für die Schaffung von GmbH und SARL ein, nachdem Parlamentarier – hierzulande *Oechelhäuser*, in Frankreich *Réville* und *Leredu* sowie *Bureau* und *Maillard*¹¹⁸ – den rechtspolitischen Startschuss gegeben hatten. In England

114 Vgl. Journal officiel, aaO (Fn. 76), S. 473 Sp. 2: „Les sociétés à responsabilité limitée constituées en Alsace et en Lorraine sous le régime de la loi allemande étant destinées à se transformer en sociétés régies par la loi française, il est de toute nécessité que notre législation puisse offrir à ces sociétés un régime analogue à celui qui est actuellement le leur.“

115 Begriffsprägend KNOBBE-KEUK, Das Steuerrecht als unerwünschte Rechtsquelle des Gesellschaftsrechts?, 1986.

116 Vgl. LAMOREAUX, aaO (Fn. 18), S. 29, 53: „High tax rates on personal relative to corporate income had encouraged a shift toward the corporate form in the years after the Second World War, but the tax reform act of 1986 moved things in the opposite direction again, spurring business groups to seek out ways of enjoying corporate advantages without subjecting themselves to the corporate income tax.“

117 Vgl. GUINNANE/HARRIS/LAMOREAUX/ROSENTHAL, Enterprise and Society 8 (2007), 687, 721: „Legislation during Ronald Reagan’s presidency reversed the tax calculus, first in 1981, by reducing the top personal tax rate to 50 percent, and then, with the Tax Reform Act of 1986, by reducing it to 28 percent (the 1986 Act also dropped the corporate rate from 46 to 34 percent). Again these changes seem to have provided the impetus for legislative innovation. After the IRS determined in 1988 that firms organized as Limited Liability Companies (LLCs) under a Wyoming statute would be taxed as partnerships, other states quickly passed similar laws [...].“

118 Referat ihrer Gesetzesentwürfe von 1919 bzw. 1920 bei KOBERG, aaO (Fn. 20), S. 282 ff.

und den Vereinigten Staaten schritt die Anwaltschaft voran, indem sie neue Organisationsmuster ersann und für ihre praktische Erprobung warb, an ihrer Spitze *Francis Beaufort Palmer* aus London¹¹⁹ und *Chester Rohrllich* aus New York¹²⁰. Im Schrifttum findet sich dafür das schöne Bild des „legal adventurer“¹²¹. Es führt uns eindrucksvoll vor Augen, welch großen Einfluss die Kautelarpraxis auf die Ausformung und Anerkennung der geschlossenen Kapitalgesellschaft genommen hat.¹²² Dieser Aspekt wird in den gängigen Darstellungen zu ihrer Entwicklungsgeschichte häufig übersehen¹²³ und verdient daher gerade in einem Vortrag zu Ehren von *Max Hachenburg* besondere Hervorhebung. Insbesondere die Formularbücher, die lange nicht zitierfähig waren¹²⁴ und abschätzig als „Hilfsmittel“ für „Halbwissende“¹²⁵ bezeichnet wurden, trugen maßgeblich zur Institutionalisierung der neuen Organisationsform bei. Ihre Prägekraft ist auch auf dem europäischen Kontinent bis heute ungebrochen. Ein badischer Notar hat dies wie folgt formuliert: „Wollte ein des deutschen Gesellschaftsrechts Unkundiger aus der Lektüre des GmbH-Gesetzes den Inhalt des Vertrages der personalistischen GmbH [...] ablesen, so würde er scheitern. Einen Eindruck von der Komplexität der modernen GmbH bekäme er erst, wenn er beim Handelsregister oder anhand der kautelarjuristischen Literatur Vertragsbeispiele oder Vertragsmuster studieren würde.“¹²⁶

119 Dazu MANSON, (1910) 26 LQR 11, 13: „Of this form of private company, Mr. (now Sir) Francis Palmer was the true creator, and to him belongs almost entirely the credit of working out the constitution of the private company and of bringing home its merits to business men and lawyers in edition after edition of his *Private Companies and Company Precedents*.“

120 Vgl. bereits Fn. 100; sodann ROHRLICH, *Organizing Corporate and Other Business Enterprises*, 1. Aufl., 1948, 3. Aufl., 1959; allgemein dazu KRAMER, 18 *Law & Contemp. Probs.* 433, 434 (1953): „One of the most striking facts about the close corporation is the extent to which it is the creation of business men and their counsel rather than of the courts or the legislatures.“

121 Vgl. gemünzt auf die Einmannkapitalgesellschaft bei FULLER, 51 *Harv. L. Rev.* 1373, 1405 (1938): „The record discloses the typical incorporated individual as a legal adventurer who has delighted in conducting his company into unchartered legal territory.“

122 Dazu auch MCQUEEN, aaO (Fn. 18), S. 241: „proactive role that the legal profession could perform in certain circumstance“; ähnlich bereits O'NEAL, 50 *Cornell L.Q.* 641, 642 (1965).

123 Von einem „lack of attention by historians to the possible role of professional advisers in crucial changes in the application of company law“ spricht MCQUEEN, aaO (Fn. 18), S. 239.

124 Plastisch RAWERT, *Liber Amicorum Happ*, 2006, S. 231, 232: „Sie waren nicht zitierfähig, in juristischen Seminaren meist nicht vorhanden und wenn doch, so las man sie besser unter als auf dem Tisch.“

125 STINZING, *Geschichte der populären Literatur des römisch-kanonischen Rechts in Deutschland*, 1867, S. XXII, XXXVII f.

126 LANGENFELD, FS Spiegelberger, 2009, S. 809, 812.

c) Gerichte

Waren die Anwälte die Promotoren der geschlossenen Kapitalgesellschaft, so fungierten die Gerichte allerorten als *gatekeeper*, die über Zulässigkeit und Grenzen neuer Gestaltungsvarianten wachten. Paradebeispiele sind die Herausbildung eines *common law of close corporations*¹²⁷ durch die US-amerikanischen Gerichte in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts und die höchstrichterliche „Unbedenklichkeitsbescheinigung“ für Einmannkapitalgesellschaften durch das *House of Lords* im Jahre 1897. Kontinentaleuropäische Richter versuchten ebenfalls, den Besonderheiten geschlossener Kapitalgesellschaften Rechnung zu tragen. Erinnerung sei an die Sonderregeln, die der französische Kassationshof gegen Ende des 19. Jahrhunderts für geschlossene Aktiengesellschaften entwickelte. Hierzulande verdient ein Urteil des Reichsgerichts aus dem Jahre 1920 Erwähnung, in dem es um eine Vereinbarung ging, nach der sich die beiden alleinigen Gesellschafter einer GmbH im Innenverhältnis wie die Mitglieder einer OHG stellen sollten. Anders als der *New Jersey Court of Appeal in Jackson v. Hooper* billigte der II. Zivilsenat eine solche Abrede ohne Weiteres¹²⁸ – ein Rechtsstreit übrigens, in dem *Hachenburg* als Gutachter in der Berufungsinstanz obsiegte, aber vor dem Reichsgericht unterlag. Das französische Beispiel zeigt allerdings auch, dass die richterliche Umformung eines kodifizierten Rechtsgebäudes an ihre Grenzen stößt und ohne die helfende Hand des Gesetzgebers auf Dauer nicht auskommt.¹²⁹

d) Ideenzirkulation

Hinsichtlich der Ideenzirkulation lässt sich festhalten, dass Rechtspolitiker und Handelskammern in Deutschland den Gedanken einer – gesetzlich noch

127 Vgl. WELLS, 5 Berkeley Bus. L.J. 263, 291 ff (2008); mit anderer Stoßrichtung auch RAGAZZO, 77 Wash. U. L.Q. 1099 (1999) unter der Überschrift „Towards a Delaware Common Law of Closely Held Corporations“; früher schon O’NEAL, 50 Cornell L.Q. 641, 651 ff (1965) unter der Zwischenüberschrift „The Role of the Courts“.

128 Vgl. RGZ 101, 55, 61 = JW 1921, 461, 463 (PINNER): „Daß zwischen Gesellschaftern m.b.H. im inneren Verhältnis Vereinbarungen der verschiedensten Art getroffen werden können und auch vielfach getroffen werden, ist nicht zu bezweifeln. Durch solche Abreden kann das Verhältnis der Gesellschafter m.b.H. untereinander auch eine Gestaltung erfahren, die eine gewisse Ähnlichkeit aufweist mit den näheren Beziehungen, wie sie schon nach den gesetzlichen Vorschriften zwischen den Gesellschaftern einer offenen Handelsgesellschaft bestehen.“; dazu auch FLEISCHER, aaO (Fn. 2), Einl. GmbHG Rdn. 22.

129 Anschaulich PIC/BARATIN, Rev. soc. 1925, 153, 148 f: „L’action évolutive de la jurisprudence, en effet, est forcément limitée. Elle peut poser des jalons, préparer les voies, mais non suppléer à l’inaction du Parlement.“

nicht anerkannten – *private company* der englischen Rechtspraxis abgeschaут hatten.¹³⁰ Umgekehrt hat sich England bei der Legaldefinition der *private company* im Jahre 1907 nicht am inzwischen erlassenen GmbH-Gesetz von 1892 orientiert: Zwar hatte das *Davy Committee* in seinem Abschlussbericht von 1895 manche Einzelheiten zur deutschen GmbH, der „partnership with limited liability“¹³¹, zusammengetragen.¹³² Das *Loreburn Committee* kam hierauf im Jahre 1905 aber nicht zurück, sondern beschritt eigene Wege.¹³³ Davon, dass sich Frankreich später ausdrücklich auf englische und deutsche Regelungsvorbilder berief und dabei auch den Gesichtspunkt des Wettbewerbs der Rechtsordnungen bemühte¹³⁴, war bereits die Rede.¹³⁵ Gewicht hatte vor allem das Argument, dass die GmbH ihren Probelauf in Elsass-Lothringen glänzend bestanden hatte und von allen dortigen Sachkennern wärmstens empfohlen wurde.¹³⁶ In den Vereinigten Staaten haben fach- und sprachkundige Juristen vereinzelt auf die Organisationsform der GmbH aufmerksam gemacht¹³⁷, ohne dass diese Hinweise indes auf fruchtbaren Boden gefallen wären.

130 Vgl. den Text zu und die Nachweise in Fn. 37 und 38.

131 So die Übersetzung in Report, aaO (Fn. 59), S. 25.

132 Resümierend Report, aaO (Fn. 59), S. 26: „Notwithstanding the short time since which the Act has been in force (10 May 1892) extensive use has been made of its provisions [...]. But it is impossible, as yet, to judge as to the results.“

133 Dazu auch GUINNANE/HARRIS/LAMOREAUX/ROSENTHAL, (2007) 8 Enterprise and Society 687, 705: „Intriguingly, the Loreburn/Warmington Committee of 1905, which did consider and recommend such legislation, made no reference in its report to the GmbH as a useful, or even as a negative, model. It took a different approach and instead simply created two separate classes of corporations.“

134 Vgl. Journal officiel, aaO (Fn. 76), S. 691, 692 Sp. 1: „Un tel état de choses n'était pas sans préoccuper tous ceux qu'intéresse le développement de notre activité économique; ils éstimont à juste titre que la nécessité se faisait sentir chaque jour davantage d'y remédier, en suivant l'exemple des pays voisins, nos concurrents les plus directs sur les marchés extérieurs [...].“

135 Vgl. den Text zu und den Nachweis in Fn. 77.

136 Vgl. Journal officiel, aaO (Fn. 76), S. 473 Sp. 2: „Il existe actuellement de nombreuses sociétés à responsabilité limitée en Alsace-Lorraine et le maintien de cette forme de société est réclamé par toutes les personnalités compétentes de nos provinces reconquises.“

137 Vgl. etwa WEINER, Legislative Recognition of the Close Corporation, 27 Mich. L. Rev. 273, 281 f (1929): „This is a very humble figure as compared with the popularity of the private company, to use the term generically, in Germany. The latter was introduced there in 1892, in response to several types of pleas, the most important being the extreme strictness of the stock corporation act of 1884. [...] The German act was the model for the Austrian act of the same name, enacted in 1906.“ Ebenda, S. 281 mit Fn. 21 findet sich folgender Literaturhinweis: „For general reference the following are useful: FRAENKEL, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 1916; Hachenberg, G.m.b.H. Gesetz, 5th ed. 1927.“; sehr viel später auch DE VRIES/JUENGER, 64 Col. L. Rev. 866 (1964).

e) Faktizität

Eine vierte Beobachtung betrifft die normative Kraft des Faktischen im Gesellschaftsrecht. Sobald geschlossene Kapitalgesellschaften – wie in England – einmal in nennenswerter Zahl gegründet waren und am Geschäftsverkehr teilnahmen, bildeten sie gleichsam ein *fait accompli*, vor dessen nachträglicher Beseitigung die Gerichte zurückscheuten.¹³⁸ Je nach richterlichem Selbstverständnis trugen sie den Besonderheiten dieses neuen Gesellschaftstypus teils rascher Rechnung (Frankreich), teils lenkten sie ihn allmählich in geordnete Bahnen (Vereinigte Staaten).¹³⁹ Verallgemeinernd folgt daraus für Gesetzgeber und Gerichte als historisch gehärtete Erfahrung, dass sie tatsächlichen oder vermeintlichen Rechtsformverfehlungen, wenn überhaupt, unverzüglich Einhalt gebieten müssen, sonst entfalten sie ihr Eigenleben. Gleiches belegt im Übrigen die Genese der GmbH & Co. KG: Vom BayObLG im Februar 1912 als zulässig angesehen¹⁴⁰ und von der Wirtschaftspraxis rasch aufgegriffen¹⁴¹, konnte oder wollte ihr das RG im Jahre 1922 nichts mehr entgegensetzen.¹⁴² Auf das praktische Bedürfnis als Begründungstopos verwies später auch der BGH in seinem Grundsatzurteil zum nachträglichen Entstehen einer Einpersonen-GmbH.¹⁴³

138 Vgl. McQUEEN, aaO (Fn. 18), S. 235: „The limited liability corporation had gradually become the most common legal structure for small businesses. By the 1890s this was regarded as a *fait accompli*.“; s. auch MANSON, (1910) 26 LQR 11: „Ignored by the legislature, seldom figuring in the Courts, the private company has for the last thirty years been multiplying unobserved, quietly revolutionizing our commercial organization, and moulding itself to the requirements of the business world.“

139 Vgl. dazu auch die Beobachtung von HORNSTEIN, 18 Law & Contemp. Probs. 435 (1953): „Changing views as to the nature of the judicial process itself will continue to affect the courts' acceptance of new business forms. Judges have increasingly recognized that law is a social tool to further, not to thwart, the activities of the individual [...]. Judges do not always wait for statute to sanction practices which business has developed to meet new needs and which, the courts find, harm no one.“

140 Vgl. BayObLG OLGE 27, 331.

141 Dazu LIEBMANN, DJZ 1913, 230, 231, wonach von Februar bis Oktober 1912 allein in München 80 GmbH & Co. KGs gegründet wurden.

142 Vgl. RGZ 105, 101, 103: „Offensichtlich führen auch wichtige, rein wirtschaftliche Interessen zur Errichtung von Kommanditgesellschaften mit einer G.m.b.H. als persönlich haftendem Gesellschafter, und insoweit besteht gewiss kein Anlaß, diese neuere Entwicklung des Gesellschaftswesens als eine ungesunde oder auch nur bedenkliche anzusehen.“; 104: „Diese wirtschaftliche Entwicklung zu hemmen, liegt kein ausreichender Grund vor.“; 106: „Hiervon abgesehen kann es aber auch dem Handelsverkehr nicht verwehrt sein, sich zwecks Erreichung seiner geschäftlichen Ziele solcher Formen und Organisationen zu bedienen, welche ihm die geringstmöglichen Unkosten verursachen.“

143 Vgl. BGHZ 21, 378, 383 f: „Die Bedenken, die gegen die Einmann-GmbH erhoben worden sind, [...] wenden sich gegen ein Gebilde, das rechtstheoretisch zwar nicht überzeugend begründbar ist, das aber gewohnheitsrechtlich anerkannt und volkswirt-

f) Rechtsformalternativen

Weiterer Vertiefung bedarf schließlich die Frage, welche Rechtsformalternativen den Gesellschaftern im späten 19. und frühen 20. Jahrhundert für die Unternehmensgründung oder -fortführung zur Verfügung standen und welche Vor- und Nachteile sie gegenüber der GmbH, *private company*, SARL oder *close corporation* jeweils aufwiesen. Dies lässt sich nicht verallgemeinernd, sondern nur länderspezifisch beantworten¹⁴⁴ und setzt eingehende Untersuchungen zur Personengesellschaftsvergleichung voraus.¹⁴⁵ Um nur ein Beispiel zu nennen: Während die *limited partnership* in den Vereinigten Staaten seit ihrer erstmaligen Anerkennung 1822 im Bundesstaat New York eine Nischenexistenz fristete¹⁴⁶ und in England nach ihrer Einführung 1907 ebenso wenig reüssierte¹⁴⁷, standen die *société en commandite* in Frankreich und die Kommanditgesellschaft in Deutschland schon im 19. Jahrhundert in praktischer Blüte.¹⁴⁸

III. Gegenwart der geschlossenen Kapitalgesellschaft

Gegenwärtig zeichnet sich das Recht der geschlossenen Kapitalgesellschaft überall durch eine hohe Wandlungsdynamik aus. Diese Phase hat etwa um die Jahrtausendwende begonnen: Das *Centros*-Urteil des EuGH vom März 1999¹⁴⁹ hat das lange Zeit national-introvertierte Recht der geschlossenen Kapitalgesellschaft wachgerüttelt und ein zielgerichtetes Benchmarking zwischen den einzelnen Rechtsordnungen angestoßen, wie es bis heute mit breiterem thematischen Zuschnitt in den Doing-Business-Studien der Weltbank fortgeführt wird.¹⁵⁰ Außerdem zeigten viele Kodifikationen unübersehbare

schaftlich unschädlich ist, für das ein praktisches Bedürfnis besteht und gegen das außer begrifflichen Bedenken nichts Durchgreifendes gelten gemacht werden kann.“

144 Für die Vereinigten Staaten zuletzt KEATINGE/CONAWAY, *Choice of Business Entity*, 2015.

145 Hierzu entsteht am Hamburger Max-Planck-Institut derzeit eine umfangreiche Studie.

146 Näher KESSLER, 32 J. Leg. Stud. 511 (2003); ferner LAMOREAUX/ROSENTHAL, 7 Am. L. & Econ. Rev. 28, 36 (2005): „Not surprisingly, the form was comparatively rarely used.“

147 Vgl. MILMAN, in: ders., *Regulating Enterprises: Law and Business Organisation in the UK*, 1999, S. 1, 3: „The arrival of the private company at the same time as the limited partnership did much to destroy the *raison d'être* of the latter.“

148 Vgl. für Frankreich LAMOREAUX/ROSENTHAL, 7 Am. L. & Econ. Rev. 28, 36 (2005): „[...] French businesspeople had a broader menu of organizational forms from which to choose than their U.S. counterparts. They also had much more ability to modify the basic forms to suit their contracting needs.“

149 EuGH, Rs. C-212/97, Slg. 1999, I-1459.

150 Erläuternd FLEISCHER, NZG 2014, 1081, 1085; kritisch ARRUDA, EBOR 10 (2009),

Alterserscheinungen, so dass ihre Modernisierung ohnehin anstand.¹⁵¹ Der rechts- und wirtschaftspolitische Zeitgeist tat ein Übriges, indem er kleine und mittlere Unternehmen wiederentdeckte und (junge) Existenz- und Unternehmensgründer zu seiner Lieblingsfigur erkor.¹⁵² Wie sich Neugründungen digital noch weiter erleichtern und beschleunigen lassen, steht aktuell ganz oben auf der rechtspolitischen Agenda in Brüssel.¹⁵³

Eröffnet wurde der Reigen der Reformgesetze jeweils im Jahre 2003 in Spanien mit der *Ley de la sociedad limitada Nueva Empresa*, die Handelsregistereintragungen neu gegründeter Gesellschaften innerhalb von 24 Stunden ermöglichte¹⁵⁴, in Frankreich mit der *Loi Dutreil*, die das Mindestkapital für die SARL abschaffte¹⁵⁵, und in Italien mit der *Riforma Vietti*, die das Profil der *società a responsabilità limitata* als einer idealen Organisationsform für kleine und mittlere Unternehmen schärfte¹⁵⁶. Die Leitmotive dieser und zahlreicher weiterer Gesetzesreformen können hier nicht im Einzelnen ausgebreitet werden.¹⁵⁷ Stattdessen möchte ich mich auf die Strukturfrage nach dem besten Organisationsrahmen für geschlossene Kapitalgesellschaften konzentrieren, die sich ein vorausschauender Gesetzgeber stets aufs Neue stellen muss.¹⁵⁸

1. Eigenständige GmbH-Regelungen versus Einheitskapitalgesellschaft

Eine erste Teilfrage geht dahin, ob die geschlossene Kapitalgesellschaft in einem eigenständigen Rechtsregime oder unter einem kapitalgesellschafts-

555; für eine umfassende Evaluierung zuletzt BESLEY, (2015) 29 *Journal of Economic Perspectives*, Number 3, 99–120.

151 Näher dazu FLEISCHER, NZG 2014, 1081, 1084 f.

152 Vgl. aus deutscher Sicht etwa Begr. RegE MoMiG, BT-Drs. 16/6140, S. 31: „Die GmbH in der Variante der haftungsbeschränkten Unternehmergeinschaft wird es jungen Existenzgründern sehr einfach machen, ihre unternehmerischen Ziele in Angriff zu nehmen.“; international zuletzt NEVILLE/SORENSEN, EBOR 15 (2014) 545 unter der Überschrift „Promoting entrepreneurship – the new company law agenda?“

153 Vgl. zuletzt die von der EU-Kommission organisierte „Conference on Company Law in the Digital Age“ vom 2. Oktober 2015.

154 Vgl. Ley 7/2003 BOE núm. 79, 2. 4. 2003, 12679, 12680: „[L]a presente ley desarrolla el denominado ‚Proyecto Nueva Empresa‘ que tiene por objeto estimular la creación de nuevas empresas, especialmente las de pequeña y mediana dimensión [...]“

155 Vgl. Rapport n° 217 du Sénat française déposé le 19 mars 2003 : *Projet de loi pour l’initiative économique*.

156 Vgl. Relazione al d. lgs. N. 6/2003, § 11: „[La riforma] si volge a soddisfare esigenze particolarmente presenti nell’ambito del settore delle piccolo e medie imprese.“

157 Zu den sechs bemerkenswertesten Trends und Neuentwicklungen FLEISCHER, NZG 2014, 1081, 1083 ff.

158 Treffend Editorial, *Company Lawyer* 9 (1988), 118: „Some topics in company law become briefly fashionable, others are rightly debated time and again. One of the latter is the appropriate legal regime for smaller businesses.“

rechtlichen Einheitsdach besser aufgehoben ist. Werfen wir zunächst einen Blick auf den derzeitigen Entwicklungsstand:

a) *Autonomiemodell*

Das Autonomie- oder Stand-alone-Modell deutscher Prägung erfreut sich rund um den Globus nach wie vor großer Beliebtheit. Historisch vollzog sich seine Verbreitung in mehreren Wellen: vor dem Ersten Weltkrieg, in der Zwischenkriegszeit und vereinzelt auch noch später, etwa 1940 in Japan, 1942 in Italien und 1953 in Spanien.¹⁵⁹ Weitere Geländegewinne sind seit den neunziger Jahren in den ehemals sozialistischen Ländern zu verzeichnen, die teils neue GmbH-Gesetze einführten (z. B. Russland), teils alte, aber in Vergessenheit geratene Regelungen wieder mit Leben füllten und fortentwickelten (z. B. Ungarn und Polen). Seit 1994 gehört auch China zur weltweiten GmbH-Familie. Bemerkenswert ist außerdem, dass sich der schweizerische Reformgesetzgeber 2008 dafür ausgesprochen hat, die Eigenständigkeit der GmbH zu bewahren und sie nicht in einer „privaten Aktiengesellschaft“ aufgehen zu lassen¹⁶⁰, obwohl es Ende 1991 nur knapp 2.800 GmbHs, aber über 100.000 kleine AGs gab.¹⁶¹ Dass die GmbH in jüngerer Zeit „vom Mauerblümchen zum Star des schweizerischen Gesellschaftsrechts“¹⁶² aufgestiegen ist, beruht allerdings weniger auf der Modernisierung ihres eigenen Rechtskleides, sondern vielmehr auf spürbaren Verteuerungen für die AG: Deren Mindestkapital wurde 1992 von 50.000 auf 100.000 CHF angehoben und eine obligatorische Buchprüfung durch einen unabhängigen Prüfer eingeführt. Schließlich trägt sich die UNCITRAL im Rahmen einer Arbeitsgruppe über „micro, small and medium-sized enterprises (MSMEs)“ gegenwärtig mit dem Gedanken, „drafting principles“ oder gar einen „model code“ für diese Organisationsformen auszuarbeiten.¹⁶³

Mancherorts erfolgte die Schaffung einer neuen, eigenständigen Rechtsform neben der AG indes nicht aus innerer Überzeugung, sondern unter dem Druck äußerer Verhältnisse: In den Niederlanden hatten sich im Rahmen eines sehr liberalen Aktienrechts zwei verschiedene Realtypen herausgebildet, die offene und die geschlossene *naamloze vennootschap* (NV); die *besloten vennootschap*

159 Guter Überblick bei LUTTER, FS 100 Jahre GmbH-Gesetz, 1992, S. 49, 51 ff.

160 Diese Position vertraten namentlich HIRSCH/NOBEL, SZW 1997, 126; rückblickend AESCHLIMANN, Zur Entstehung und Entwicklung der schweizerischen GmbH, 2012, S. 55 ff.

161 Dazu MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., 2012, S. 799.

162 FORSTMOSER, FS Böckli, 2006, S. 535, 554.

163 Vgl. zuletzt UNCITRAL, Report of Working Group I (MSMEs) on the work of its twenty-fourth session (New York, 13. bis 17. April 2015).

(BV) wurde als neue Rechtsform erst 1971 im Zuge der Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Publizitätsrichtlinie¹⁶⁴ eingeführt. Ähnlich verhielt es sich in Dänemark, wo die GmbH-ähnliche *anpartsselskab* (ApS) im Jahre 1974 anlässlich des EG-Beitritts neu geschaffen wurde, ohne allerdings – wie wir sogleich sehen werden – tiefere Wurzeln zu schlagen.

b) Integrationsmodell

Andererseits vermochte sich auch das Integrationsmodell englischer Provenienz vielerorts erfolgreich zu behaupten. In England selbst ist es im Companies Act 2006 fest verankert.¹⁶⁵ Ein Vorschlag zur Schaffung einer neuen Organisationsform für Kleinunternehmen, den kein Geringerer als *L.C.B. Gower* 1981 in einem Grünbuch des *Department of Trade* unterbreitet hatte¹⁶⁶, blieb ebenso ohne Widerhall wie ein zweiter Vorstoß mehrerer Akademiker Mitte der neunziger Jahre^{167, 168}. Auch andere *common law*-Länder haben die Einheitskapitalgesellschaft beibehalten.¹⁶⁹ In der Mischrechtsordnung Südafrikas¹⁷⁰ blieb der Close Corporation Act von 1984 mit seinem *free standing approach* bloße Episode¹⁷¹; das neue Gesellschaftsgesetz von 2011 kennt nur noch *companies*. Von den *civil law*-Jurisdiktionen ist Dänemark 2010 zum Modell der Einheitskapitalgesellschaft zurückgekehrt. Finnland und Schweden regeln offene und geschlossene Kapitalgesellschaft ebenfalls unter einem Dach; in Skandinavien fährt heute nur noch Norwegen zweiseitig. Dass der dänisch inspirierte *European Model Business Corpora-*

164 Richtlinie 68/151/EWG vom 9. 3. 1968, ABl. EG 1968 Nr. L 65, S. 8 ff.

165 Vgl. MAYSON/FRENCH/Ryan, *Company Law*, 32. Aufl., 2015, S. 59: „British company law traditionally regards private and public companies as two variants of the same basic form of legal organisation, unlike legal systems in Continental Europe which tend to treat them as different forms of organisation.“

166 Vgl. DTI, *A New Form of Incorporation for Small Firms: a Consultative Document*, Cd. 871, 1981, Annex A, S. 24 ff.

167 Vgl. HICKS/DRURY/SMALLCOMBE, *Alternative Company Structures for the Small Businesses*, 1995.

168 Eingehend PRIME, in: Milman, *Regulating Enterprises: Law and Business Organisation in the UK*, 1999, S. 41 ff; ferner FABER, in: De Lacy, *Reform of the United Kingdom Company Law*, 2002, S. 81, 83 ff.

169 Für einen knappen Überblick COMPANY LAW REVIEW STEERING GROUP, *Modern Company Law for a Competitive Economy, The Strategic Framework*, Februar 1999, Rdn. 4.3 ff (Kanada, Neuseeland, Australien, Hongkong).

170 Ursprünglich orientierte sich Südafrika am englischen Companies Act 1862; dazu und zur weiteren Entwicklung HAVENGA/LOCKE, *Corporations and Partnerships in South Africa*, 2010, S. 16 Rdn. 16.

171 Zu seinen Zielen und seinem Anwendungsbereich (maximal 10 Gesellschafter, nur natürliche Personen) HAVENGA/LOCKE, aaO (Fn. 170), S. 18 Rdn. 28.

tion Act ebenfalls dem Einheitsmodell folgt¹⁷², sollte daher nicht weiter verwundern. Überraschender ist vielleicht, dass der japanische Gesetzgeber die GmbH (*yūgen kaisha*) im Rahmen der Gesellschaftsrechtsreform von 2005 abgeschafft hat und seither mit der AG (*kabushiki kaisha*) nur noch eine Rechtsform für Kapitalgesellschaften zur Verfügung stellt.¹⁷³ Ausschlaggebend dafür war zum einen, dass die GmbH in Japan nie das Vertrauen und die Akzeptanz erlangt hat, die sich der Gesetzgeber bei Verabschiedung des GmbH-Gesetzes im Jahre 1940 vor dem Hintergrund der deutschen Erfahrungen vorgestellt hatte.¹⁷⁴ Zum anderen sind die rechtsformspezifischen Unterschiede zwischen AG und GmbH im Laufe der letzten Jahrzehnte weitgehend eingeebnet worden.¹⁷⁵ Man entschloss sich daher, die GmbH zugunsten eines ausdifferenzierten und liberalisierten Aktiengesetzes aufzugeben.¹⁷⁶

c) Rechtsvergleichende Beobachtungen

Ob das Autonomie- oder das Integrationsmodell für die geschlossene Kapitalgesellschaft vorzugswürdig ist, lässt sich allgemein so wenig beantworten wie die Frage nach der Überlegenheit von dualistischer oder monistischer Führungsstruktur im Aktienrecht. Beide Regelungsphilosophien sind in sich schlüssig und haben ihre praktische Eignung über viele Jahrzehnte unter Beweis gestellt.¹⁷⁷ Man kann aber immerhin gewisse Grundbedingungen für ihr Funktionieren ausmachen: Danach lässt sich das Modell der Einheitskapitalgesellschaft praktisch nur in Ländern mit einem vergleichsweise geschmeidigen und liberalen Aktienrecht verwirklichen.¹⁷⁸ Einen Beleg dafür bietet die unterbliebene Verselbständigung von *private company* und *close corporation* in

172 Vgl. The European Model Company Act (EMCA), Draft 2015, S. 20: „The Model Law Group has decided to use a one-law model in the first place. Once the full draft is completed the EMCA group will consider the possibility of splitting up the draft into a supplementary two-law-model to make the EMCA more useful for jurisdictions that apply a two-law-system“.

173 Dazu DERNAUER, ZJapanR 2005, 123, 124 ff; TAKAHASHI, AG 2007, 476, 478.

174 Vgl. DERNAUER, ZJapanR 2005, 123, 127.

175 Vgl. DERNAUER, ZJapanR 2005, 123, 127; KÜBLER, ZHR 170 (2006), 213, 216.

176 Näher KESSLER, RIW 2007, 658, 662; KÜBLER, ZHR 170 (2006), 213, 214 ff; WITTY, ZJapanR 2007, 185, 186 ff.

177 Ähnlich LUTTER, FS 100 Jahre GmbHG, S. 49, 58: „Diese beiden Konzepte haben jeweils ihre Vernunft und Logik für sich.“; ferner COMPANY LAW REVIEW STEERING GROUP, aaO (Fn. 169), Rdn. 5.2.24: „There are a number of pros and cons which can be argued for both of the broad models outlined above, and further arguments for and against can be presented for different possible variants of each.“

178 Vgl. FLEISCHER, aaO (Fn. 2), Einl. GmbHG Rdn. 213; ähnlich LUTTER, FS 100 Jahre GmbHG, S. 49, 50; ferner BEHRENS, in: Roth, Das System der Kapitalgesellschaften im Umbruch – ein internationaler Vergleich, 1990, S. 204, wonach „die Existenzberechti-

den permissiveren angelsächsischen Systemen. Umgekehrt hat die GmbH in den kontinentaleuropäischen Ländern mit einem weitgehend dispositiven Aktienrecht einen schwereren Stand, wie der lange Zeit bescheidene Erfolg der GmbH in der Schweiz¹⁷⁹ und die bis heute geringere zahlenmäßige Spreizung zwischen SA und SARL in Frankreich¹⁸⁰ zeigen.

Hat eine Rechtsordnung AG und GmbH durch zunehmende Deregulierung einander angeglichen, kann es zur Vermeidung von Regelungsredundanzen sinnvoll sein, auf das Modell der Einheitskapitalgesellschaft hinüberzuwechseln. So lag es wohl – bei allen sonstigen Unterschieden – in Dänemark und Japan. Alternativ könnte man gemeinsame Vorschriften in einem Kapitalgesellschaftsgesetz unter Beibehaltung beider Grundformen vor die Klammer ziehen. Einen solchen Weg haben beispielsweise Portugal und Spanien beschritten, wobei der spanische Reformgesetzgeber von 2010 eine noch ambitioniertere Verzahnung nach Sachbereichen vorgenommen hat.¹⁸¹ Nicht durchschlagend erscheint mir schließlich das in der englischen Reformdiskussion vorgebrachte Argument, dass ein Rechtsformdualismus Wachstumsbarrieren für kleine und mittlere Unternehmen errichte und zu gravierenden Übergangsproblemen beim Wechsel zwischen beiden Rechtsformen führe¹⁸²: Heutzutage gehört ein Formwechsel allenthalben zur kautelarjuristischen Routine.

Rechtsordnungen mit einem Integrationsmodell stehen demgegenüber vor dem Problem, dass der gesetzliche Organisationsrahmen ursprünglich ganz

gung und die Funktion der GmbH in jeder Rechtsordnung von der Flexibilität der Aktiengesellschaft abhängig sind“.

179 Plastisch BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., 2009, § 1 Rdn. 1: „Das rechtliche Gehäuse, welches das Aktienrecht zur Verfügung stellt, ist so anpassungsfähig, dass darin sowohl eine international tätige Publikumsgesellschaft wie ein vor allem im Inland tätiges Familienunternehmen untergebracht werden kann.“

180 Vgl. COZIAN/VIANDIER/DEBOISSY, aaO (Fn. 63), Rdn. 7: 113.492 SA im Vergleich zu 1.780.107 SARL (Zahlen von 2009).

181 Vgl. Real Decreto Legislativo 1/2010, BOE núm. 161, 3. 7. 2010, Exposición de Motivos, S. 3: „Esta unidad sustancial entre las distintas formas de las sociedades de capital se aprecia con mayor claridad, si cabe, por la sistemática del texto refundido, que ha renunciado a una posible división entre ‚partes generales‘ y ‚partes especiales‘, articulando los textos por razón de materias, con las oportunas generalizaciones, sin perjuicio de consignar, dentro de cada capítulo o sección, o incluso dentro de cada artículo, las especialidades de cada forma social cuando real y efectivamente existieran.“

182 So COMPANY LAW REVIEW STEERING GROUP, aaO (Fn. 169), Rdn. 5.28: „The overall effect would be to make the transition from close to more broadly held status – a critical process to facilitate, in order to promote competitiveness – a complex, difficult or risky and uncertain process.“; ähnlich für das US-amerikanische Recht die frühere Mutmaßung von O’NEAL, 50 Cornell L.Q. 641, 644 (1965): „A second reason for the failure of legislatures to enact separate close corporation statutes might be a fear that separate legislation would impede the growth of close corporations and hinder the gradual evolution of the more successful of the closely-held enterprises into public-issue corporations.“

auf Publikumsgesellschaften zugeschnitten war¹⁸³: „First they were all public“.¹⁸⁴ Die Belange geschlossener Kapitalgesellschaften drohen daher zu kurz zu kommen, wenn sich der Gesetzgeber ihrer nicht gesondert annimmt. Gestaltungsfreiheit zu gewähren, genügt allein nicht, weil die Gesellschafter kleinerer und mittlerer Unternehmen regelmäßig keine durchdachte Corporate-Governance-Planung vornehmen.¹⁸⁵ Daher sah sich auch der englische Reformgesetzgeber von 2006 veranlasst, erstmals eigene *model articles* für *private companies* einzuführen.¹⁸⁶ Ungeachtet dieser begrüßenswerten Neuerung mutet es merkwürdig an, wenn er einen „Think-Small-First-Approach“ als legislatorisches Leitmotiv verlautbart¹⁸⁷, bei der gesetzlichen Grundkonzeption aber von der Publikumsgesellschaft ausgeht. Zu Unstimmigkeiten führt dies etwa dann, wenn – wie in den meisten skandinavischen Rechtsordnungen – die freie Übertragbarkeit der Anteile als Ausgangsregelung vorgesehen ist¹⁸⁸, obwohl Publikumsgesellschaften dort, wie überall, in der Minderzahl sind. Eine *majoritarian default rule*¹⁸⁹ müsste anders aussehen.

Blickt man schließlich auf das Große und Ganze, mag man heute eine gewisse Annäherung beider „Baustile“ ausmachen: Länder mit einer einheitlichen Kapitalgesellschaft nehmen eine Binnendifferenzierung durch *model articles* oder *close corporation chapters* vor, Länder mit einem dualistischen Grundkonzept überbrücken die Kluft zwischen beiden Kapitalgesellschaftsformen durch Herausarbeitung eines allgemeinen Teils oder durch Analogiebildungen¹⁹⁰.

2. Rechtsformneuschöpfungen versus Rechtsformvariationen

Die zweite Teilfrage lautet, ob der Gesetzgeber bei der Fortentwicklung des Organisationsrahmens für geschlossene Kapitalgesellschaften auf Rechtsformneuschöpfungen oder bloße Rechtsformvariationen setzen sollte. Auch

183 Dies zugestehend COMPANY LAW REVIEW STEERING GROUP, aaO (Fn. 169), Rdn. 5.2.3: „In general, the Act is structured around the needs of larger, publicly owned companies with a separation between the shareholders/investors and the directors who are in charge of, and accountable to shareholders for, day-to-day management.“

184 So die Zwischenüberschrift bei HARRIS, (2013) 33 OJLS 339, 342.

185 Zur Corporate Governance in der geschlossenen Kapitalgesellschaft FLEISCHER, ZHR 179 (2015), 404.

186 Näher dazu MAYSON/FRENCH/Ryan, aaO (Fn. 165), S. 75 ff.

187 Vgl. COMPANY LAW REVIEW STEERING GROUP, Final Report, Juli 2011, Rdn. 1.53 ff; dazu auch FLEISCHER, NZG 2014, 1081, 1085.

188 Dazu FLEISCHER, ZHR 179 (2015), 404, 427 f; mit Recht kritisch NEVILLE/SORENSEN, EBOR 15 (2014), 545, 573 f.

189 Allgemein dazu AYRES/GERTNER, Majoritarian vs. Minoritarian Defaults, 51 Stan. L. Rev. 1591 (1999).

190 Zur ergänzenden Anwendung von Aktienrecht auf die GmbH FLEISCHER, GmbHR 2008, 673.

hier mag zunächst ein Blick auf neuere und neueste Entwicklungen hilfreich sein:

a) *US-amerikanische LLC und französische SAS*

Den Startschuss für verschiedene Rechtsforminnovationen in aller Welt gab die Einführung der *Limited Liability Company* (LLC) in den Vereinigten Staaten – wiederum auf Betreiben der Wirtschaftspraxis¹⁹¹: Die Hamilton Brothers Oil Company mit Sitz in Denver hatte zum Zwecke der internationalen Öl- und Gaserkundung die panamaische *limitada* eingesetzt, die eine Haftungsbeschränkung mit dem Vorteil personengesellschaftsrechtlicher Besteuerung in den Vereinigten Staaten verband. Weil die Behandlung der *limitada* aber immer wieder administrative Schwierigkeiten bereitete, sollte der Firmenanwalt *Frank M. Burke* den Gesetzgeber in Alaska 1975 davon überzeugen, eine gleichwertige einheimische Rechtsform einzuführen. Dieser Versuch schlug zunächst fehl. Größerer Erfolg war seiner Lobbytätigkeit¹⁹² dann in Wyoming beschieden, das 1977 den ersten LLC Act einführte. Seit 1996 haben alle 50 Bundesstaaten entsprechende Gesetze, die sich allerdings beträchtlich voneinander unterscheiden.¹⁹³ In der Literatur liest man gelegentlich, der Wyoming LLC Act sei durch das deutsche GmbH-Gesetz angeregt worden¹⁹⁴; Gegenstimmen verweisen auf einheimische Inspirationsquellen, nämlich den *Wyoming Business Corporation Act*, den *Uniform Partnership Act* und den *Uniform Limited Partnership Act*.¹⁹⁵ Wissenschaftlich hat vor

191 Vgl. HAMILL, 59 Ohio State L.J. 1459, 1463 (1998): „The explanation behind the LLC’s birth boils down to innovative professionals creating solutions when the current legal system fails to meet client needs.“

192 Dazu HAMILL, 59 Ohio State L.J. 1459, 1466 (1998): „Although acting as a lobby group, the lawyers and accountants advising Hamilton Brothers Oil Company were hardly large and powerful, they faced no organized opposition and they only had to convince the legislators of one state to accept the proposed LLC statute. The states approached – first Alaska and then Wyoming – represent relatively small states with informal and accessible channels to the legislature. The combination of the tenacity of this first group of LLC proponents, the absence of organized opposition, and the existence of informal and relatively accessible state legislatures explains the successful lobby effort for the first LLC statute.“

193 Einzelnachweise bei RIBSTEIN/KEATINGE, *Limited Liability Companies*, 2. Aufl., 2015, § 1:2.

194 So JELSMAN/NOLLKAMPER, *The Limited Liability Company*, 2012, § 1:20: „The limited liability company is a triumph of comparative law. The origin of this relatively new institution is generally attributed to the German law of 1892, authorizing the Gesellschaft mit beschränkter Haftung [. . .]. The route from Berlin to Cheyenne, Wyoming, was a long and twisted road.“; s. auch ORTS, *Business Persons*, 2013, S. 185 f; ferner LENHARDT, 64 U. Cin. L. Rev. 551 (1996).

195 So CARNEY, 66 U. Colo. L. Rev. 855, 857 (1995).

allem *Larry Ribstein*¹⁹⁶ den atemberaubenden Aufstieg der LLC und anderer *unincorporated entities* eng begleitet.¹⁹⁷ Konzeptionell kombiniert die LLC personengesellschaftsrechtliche und körperschaftsrechtliche Elemente¹⁹⁸ und orientiert sich mit ihrem dispositiven Regelungsrahmen stark an der *limited partnership*. Als „unincorporated“ wird sie unter anderem deshalb bezeichnet, weil ihr die dreigliedrige Organisation der *corporation* (Anteilseigner, Direktoren, *officers*) fehlt und die Geschäftsleitung allein auf Gesellschafterebene stattfindet.¹⁹⁹ Aufgrund der großen Gestaltungsfreiheit können die Gesellschafter ihre LLC aber auch wie eine *corporation* organisieren. In den Worten des *Delaware Supreme Court* verfolgt die neue Rechtsform ein einfaches Konzept: „[...] to permit persons or entities (members) to join together in an environment of private ordering to form and operate the enterprise under an LLC agreement with tax benefits akin to a partnership and limited liability akin to the corporate form.“²⁰⁰

Unter ganz anderen Vorzeichen hat die französische *société par actions simplifiée* (SAS) im Januar 1994 das Licht der Welt erblickt. Sie ist ursprünglich auf Betreiben des französischen Arbeitgeberverbandes MEDEF als Organisationsform für Joint Ventures eingeführt worden, um die niederländische Dominanz zu brechen²⁰¹, und war demzufolge allein juristischen Personen vorbehalten. Seit sie 1999 auch für natürliche Personen geöffnet und in der Folgezeit weiter dereguliert wurde²⁰², entfaltet sie eine enorme Anziehungskraft auf kleine und mittlere Unternehmen. Sie könnte insoweit der SARL auf Dauer den Rang ablaufen und das Segment der *société anonyme fermée* reduzieren.²⁰³ Rechtstechnisch ist die SAS eine Unterform der französischen Aktiengesellschaft, deren Regelungen ihr als Auffangregime dienen.²⁰⁴ In der

196 LARRY RIBSTEIN (1946–2011), war Professor an verschiedenen US-amerikanischen Rechtsfakultäten, seit 2002 am University of Illinois College of Law.

197 Vgl. zuletzt RIBSTEIN, *The Rise of the Unincorporation*, 2010.

198 Vgl. ORTS, aaO (Fn. 194), S. 185: „Limited liability companies (LLCs) provide another statutory option with flexibility to choose among the traditional features of partnerships and corporations. In other words, LLCs are a legislatively created hybrid of partnership and corporations.“

199 Dazu und zu anderen „noncorporate elements“ RIBSTEIN/KEATINGE, aaO (Fn. 193), § 1:4.

200 ELF ATOCHEM NORTH AMERICA, INC. v. JAFFARI, 727 A.2d 286, 287 (Del. 1999).

201 Vgl. LE CANNU/DONDERO, *Droit des sociétés*, 6. Aufl., 2015, Rdn. 955: „Il s’agissait de rendre le droit français compétitif avec le droit néerlandais, dont la Besloten Vennootschap (BV) est souvent choisie par les groupes internationaux pour des raisons juridiques et fiscales.“

202 Von einem „régime super-simplifié“ sprechen LE CANNU/DONDERO, aaO (Fn. 201), Rdn. 957.

203 Vgl. MERLE, aaO (Fn. 83), Rdn. 681: „Quant à la SAS et à la SASU, par leur souplesse, elles ont vocation à accueillir les sociétés fermées, aux dépens des SA, des SARL et des EURL [...].“

204 Vgl. Art. L. 227-1 Abs. 3 Code de commerce.

Sache hat sie jedoch längst ein eigenständiges Profil gewonnen und darf daher als echte Neuschöpfung gelten. Mit der ebenfalls aus dem Jahre 1994 datierenden „kleinen“ Aktiengesellschaft in Deutschland hat sie fast nichts gemein.²⁰⁵

b) Deutsche Unternehmergeellschaft und ausländische Ableger

Einen grundverschiedenen Regelungsansatz hat der deutsche Reformgesetzgeber gewählt, als er im Jahre 2008 die Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt) als eine Rechtsformvariante der GmbH ohne gesetzliches Mindestkapital einführt. Sie bildet die deutsche Antwort auf die englische *limited*²⁰⁶ und richtet sich ausweislich der Regierungsbegründung vor allem an „junge Existenzgründer“²⁰⁷, denen durch Verzicht auf ein gesetzliches Mindestkapital und eine vereinfachte Gründung mittels Musterprotokolls „ein der GmbH bisher unbekanntes Maß an Flexibilität, Schnelligkeit, Einfachheit und Kostengünstigkeit“²⁰⁸ angeboten wird. Die Schaffung einer eigenständigen Rechtsform für Unternehmensgründer unterhalb oder neben der GmbH, wie sie im Vorfeld verschiedentlich vorgeschlagen worden war²⁰⁹ und neuerdings wieder propagiert wird²¹⁰, hat man daher im Ergebnis verworfen.²¹¹

Der deutsche Lösungsansatz hat in mehreren Nachbarländern rasch Nachahmer gefunden. So hat der belgische Gesetzgeber im Jahre 2010 die *société privée à responsabilité limitée Starter* (SPRL-Starter) eingeführt, deren Stammkapital zwischen 1 € und 18.550 € betragen kann.²¹² Erklärtes Ziel dieser Rechtsformvariante der regulären SPRL ist es, insbesondere jungen Unternehmern – zumal in Zeiten einer wirtschaftlichen Krise – den Start in die Selbständigkeit zu erleichtern.²¹³ Als taugliche Gründer kommen demzufolge

205 Rechtsvergleichend FLEISCHER, in: Urbain-Parleani/Conac, Les 20 ans de la société par actions simplifiée, 2016.

206 Dazu FLEISCHER, aaO (Fn. 2), Einl. GmbHG Rdn. 218 ff und 309 ff m. w. N.

207 Begr. RegE MoMiG, BT-Drs. 16/6140, S. 31.

208 Begr. RegE MoMiG, BT-Drs. 16/6140, S. 31.

209 Für eine eigenständige Rechtsform hatten zuvor plädiert: GEHB/DRANGEL/HECKELMANN, NZG 2006, 88; LUTTER, BB-Special 7/2006, 2; PRIESTER, DB 2005, 1315.

210 Vgl. HÖFER, „Flex-GmbH“ statt UG – Eine attraktive Schwester für die alte GmbH!, 2015, S. 321 ff und passim, der der GmbH eine echte Schwesterrechtsform statt der UG an die Seite stellen will.

211 So Begr. RegE MoMiG, BT-Drs. 16/6140, S. 1 und 31.

212 Vgl. BRAECKMANS/HOUBEN, Handboek Vennootschapsrecht, 2012, S. 92 ff; MALHERBE/DE CORDT/LAMBRECHT, Droit des sociétés, 14. Aufl., 2011, Rdn. 107 ff.

213 Vgl. Projet de loi modifiant le Code des sociétés et prévoyant les modalités de la société privée à responsabilité limitée starter, Exposé des motifs, Doc. Parl., Ch. sess. ord., 2009-10, n° 52-2211/001, S. 3: „Le présent projet part du constat qu’il devient de plus en

gemäß art. 211-*bis Code des sociétés* nur natürliche Personen in Betracht, die überdies nicht mit mehr als 5% an einer anderen Kapitalgesellschaft beteiligt sein dürfen. Zudem müssen sie vor der Gründung einen Finanzplan für die ersten beiden Geschäftsjahre erstellen und von einem Experten prüfen lassen. Während ihrer werbenden Tätigkeit muss die SPRL-Starter nach dem Vorbild ihrer deutschen „Halbschwester“²¹⁴ ein Viertel ihres Jahresüberschusses in eine gesetzliche Rücklage einstellen.²¹⁵

In Italien ist im Januar 2012 eine vereinfachte GmbH (*società a responsabilità limitata semplificata*, s.r.l.s.) geschaffen worden, deren Stammkapital gemäß art. 2463-*bis Codice civile* (C.c.) zwischen 1 € und 10.000 € betragen kann.²¹⁶ Sie stand ursprünglich nur „jungen“ Menschen unter 35 Jahren zur Verfügung, wurde aber bald für alle natürlichen Personen geöffnet. Die kostengünstige Gründung erfolgt unter Verwendung eines gesetzlichen Musterprotokolls; zulässig sind nur Bareinlagen, die sofort eingezahlt werden müssen. Auf eine Theaurierungspflicht nach dem Muster des § 5 a Abs. 3 GmbHG hat der italienische Gesetzgeber allerdings verzichtet. Dafür hatte er im Juni 2012 eine weitere Unterform ins Leben gerufen, die GmbH mit reduziertem Kapital (*società a responsabilità limitata a capitale ridotto*), die ein Jahr später aber nominell schon wieder abgeschafft wurde und in der Mutterrechtsform der normalen s.r.l. aufgegangen ist. Seither kann man nach Art. 2463 Abs. 4 und 5 C.c. eine s.r.l. mit einem Stammkapital von weniger als 10.000 € gründen, allerdings nicht im kostengünstigen vereinfachten Gründungsverfahren und nur mit der zusätzlichen Pflicht, ein Fünftel des Jahresüberschusses in die gesetzliche Rücklage einzustellen, bis diese zusammen mit dem Stammkapital den Wert von 10.000 € erreicht.

Dänemark hat im Januar 2014 eine Unternehmergesellschaft, die sog. *ivaerksaetterselskab* (IVS), eingeführt, die mit einem Stammkapital von nur 1 DKK gegründet werden kann.²¹⁷ Sie ist eine Variante der regulären ApS und lehnt sich in ihrer Gesamtkonzeption eng an das deutsche Grundmodell

plus difficile pour les (jeunes) entrepreneurs de fonder leur propre entreprise. [. . .] En temps de crise économique, il est nécessaire d'encourager les initiatives qui encouragent l'entreprenariat.“

214 So der Aufsatztitel von BROCAL, DAOR 95 (2010), 240: „La création de la SPRL-S et sa demi-soeur allemande l'Unternehmergesellschaft (UG), une concurrence timide pour la ‚Limited‘ anglaise?“

215 Vgl. Projet Belge, aaO (Fn.213), S.6: „À l'exemple du modèle Allemand (mini-GmbH), il est opté pour une réservation obligatoire de 25% du bénéfice net annuel [. . .].“

216 Vgl. BUSANI/BUSI, Società 2012, 1305; CIAN, Riv. Soc. 2012, 1101; DERS., ZVglRWiss 114 (2015) 288; SPOLIDORO, Riv. soc. 2013, 1085; rechtsvergleichend MIRIBUNG, Jahrbuch für italienisches Recht 27 (2014), 2015, S. 131; allgemein auch PORTALE, FS Kaisis, 2012, S. 772.

217 Näher dazu LILJA, in: Fleischer/Hansen/Ringe, German and Nordic Perspectives on Company Law and Capital Markets Law, 2015, S. 52.

an.²¹⁸ *Sedes materiae* sind die §§ 357a–357 d lov om aktie- og anpartsselskaber (selskabsloven), die nur Bargründungen zulassen und eine gesetzliche Rücklage von mindestens 25% des Jahresüberschusses vorschreiben, bis das Stammkapital mindestens 50.000 DKK beträgt. Im Unterschied zu § 5 a Abs. 3 Satz 1 GmbHG bleibt ein Verlustvortrag aus dem Vorjahr bei der Ermittlung der gesetzlichen Rücklage allerdings unberücksichtigt.

Der luxemburgische Justizminister hat im Februar 2015 dem Parlament einen Gesetzesentwurf zugeleitet, der die Einführung einer *Société à responsabilité limitée simplifiée* (S.à.r.l.-S) vorsieht. Ausweislich der Regierungsbegründung soll diese Rechtsformvariante der gewöhnlichen S.à.r.l. Unternehmensgründungen durch junge Unternehmer mit wenig Startkapital erleichtern, um dadurch Wachstum, Arbeitskräfte und Innovation im Großherzogtum Luxemburg zu fördern.²¹⁹ Als rechtsvergleichende Inspirationsquellen werden insbesondere die belgische SPRL-Starter und die deutsche UG genannt.²²⁰ Taugliche Gründer sind allein natürliche Personen, die sich zudem nur an einer einzigen S.à.r.l.-S beteiligen dürfen. Das Stammkapital beträgt zwischen 1 € und 12.394,68 €; es kann durch Bar- oder Sacheinlagen aufgebracht werden. 5% des Jahresüberschusses müssen thesauriert werden.

c) Rechtsvergleichende Beobachtungen

Einzelne Literaturstimmen haben die zuletzt erörterte Regelungsstrategie, neue Unterformen auf der „Plattform“ der traditionellen GmbH zu errichten, etwas despektierlich als „patching-up initiatives“²²¹ bezeichnet und mehr Mut zur Einführung echter Neuschöpfungen, etwa einer kontinentaleuropäischen LLC, gefordert.²²² Aus der Sicht des deutschen Reformgesetzgebers geht diese Kritik fehl: Er hat sein Hauptziel, den Ansturm der englischen *limited* durch Einführung einer kostengünstigeren GmbH-Einstiegsvariante zu stoppen, mit möglichst geringem Regelungsaufwand erreicht.²²³ Heute gibt es mehr

218 Dazu und zu den Gründen LILJA, aaO (Fn. 217), S. 52, 55 ff.

219 Vgl. *Projet de loi ayant pour objet d'instituer la société à responsabilité limitée simplifiée*, 3. 2. 2015, *Exposé des motifs*, S. 3.

220 Vgl. *Projet Luxembourgeois*, aaO (Fn. 219) S. 3: „Quant aux sources d'inspiration, la S.à.r.l.-S puise aussi bien dans le droit belge que le droit allemand tout en tirant bénéfice des appréciations doctrinales qui ont pu suivre la création de leur instrument national.“

221 McCAHERY/VERMEULEN/HISATAKE/SAITO, in: McCahery/Timmerman/Vermeulen, *Private Company Law Reform*, 2010, S. 71, 73, 87.

222 Vgl. McCAHERY/VERMEULEN/HISATAKE/SAITO, aaO (Fn. 221), S. 71, 113 ff.

223 Treffend Begr. RegE, BT-Drs. 16/6140, S. 31: „Der Entwurf entscheidet sich nicht dafür, eine eigene Rechtsform unterhalb oder neben der GmbH für Unternehmensgründer zu schaffen. Das ist nicht erforderlich, um das angestrebte Ziel zu erreichen, und würde einen unverhältnismäßigen Aufwand an Regulierung erfordern.“; gleichsinnig aus luxemburgischer Sicht *Projet Luxembourgeois*, aaO (Fn. 219), S. 4: „[...] le

als 100.000 Unternehmungsgesellschaften²²⁴, und die anwaltliche Empfehlung zur Gründung einer *limited* gilt inzwischen als „flagrante Verletzung der Beratungspflicht“²²⁵. Zudem bietet eine Rechtsformvariante den Vorteil, dass den Marktakteuren die Grundform bereits vertraut ist²²⁶, was die Lernkosten reduziert und Netzwerkvorteile durch verfügbare Rechtsprechung und Vertragsmuster verspricht.²²⁷ Auch in Italien erfreuen sich die beiden neuen Unterformen der s.r.l. großer Beliebtheit; Ende 2014 belief sich ihre Zahl auf zusammen 51.830 Gesellschaften.²²⁸

Nicht aufgegangen ist demgegenüber das Kalkül des belgischen Reformgesetzgebers: Von Juni 2010 bis Februar 2013 sind dort nur 1.971 SPRL-Starter gegründet worden.²²⁹ Als ein Hemmschuh erwies sich – wie so oft – das Steuerrecht: Kapitalgesellschaften mit einem zu versteuernden Einkommen von weniger als 322.500 € werden in Belgien mit einem Steuersatz von 24,25% statt der üblichen 33,99% besteuert. Diese Vergünstigung entfällt jedoch, wenn die Kapitalgesellschaft Gewinne ausschüttet, die 13% des eingezahlten Kapitals übersteigen. Weil die SPRL-Starter ein sehr geringes Stammkapital hat, kann sie keine Gewinne ausschütten, ohne den Vorteil des günstigeren Steuersatzes zu verlieren.²³⁰ Dieses Dilemma endet auch dann nicht, wenn die SPRL-Starter später Gewinnrücklagen in Stammkapital überführt, weil solche Rücklagen aus steuerlicher Sicht nicht als eingezahltes Kapital gelten. Aus gesellschaftsrechtlicher Perspektive war für die SPRL-Starter zudem hinderlich, dass sie als bloße Einstiegs- oder Übergangsrechtsform konzipiert war: Sie durfte höchstens fünf Jahre lang bestehen und nicht mehr als fünf Vollzeitkräfte beschäftigen. Diese beiden Einschränkungen hat der belgische Reformgesetzgeber Anfang 2014 gestrichen, um der SPRL-Starter zu größerer Popularität zu verhelfen.²³¹ Nicht ausgemerzt worden sind allerdings die erwähnten steuerrechtlichen Nachteile.

choix a également été principalement dicté par la conviction que ce modèle atteindra les mêmes objectifs que la création d'une nouvelle forme juridique.“

224 Das Institut für Rechtsstatsachenforschung in Jena hat zum 1. November 2014 insgesamt 103.686 UGs gezählt.

225 SCHÄFER, ZIP 2011, 153.

226 So auch *Projet Luxembourgeois*, aaO (Fn. 219), S. 4: „Pour le surplus, cette solution a le mérite de limiter le nombre de modifications à effectuer dans notre législation et également de construire sur une forme juridique existante avec laquelle le citoyen est déjà familier, à savoir la S.à.r.l.“

227 Dazu FLEISCHER, NZG 2014, 1081, 189; NEVILLE/SORENSEN, EBOR 15 (2014), 545, 552 f.

228 Dazu ZANARONE, in: *Giornata di studi, Il Capitale Sociale nel XXI Secolo; Il capitale sociale nella s.r.l.*, 2015 (im Druck).

229 Vgl. VAN GAVER, TRV 2013, 731, 732 mit dem Zusatz: „Van een groot succes van de BVBA-Starter is er dan ook geen sprake.“

230 Vgl. VAN GARVER, TRV 2013, 731, 732 f.

231 Vgl. RENIERS, RW 2014, 1476; VAN GARVER, TRV 2013, 731.

Auf einem anderen Blatt steht die Frage, ob der nationale Gesetzgeber weitere Organisationsformen mit einer neuartigen Kombination gesellschaftsrechtlicher Strukturelemente schaffen sollte. Für das deutsche Recht fehlt bisher eine fundierte Untersuchung, ob das Tableau der Gesellschaftsformen hinreichend breit gefächert ist oder *de lege ferenda* einer Erweiterung bedarf.²³² Der „Systembaukasten“ des hiesigen Gesellschaftsrechts böte dafür – auch nach Einführung der Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung²³³ – noch manche Möglichkeiten.²³⁴ So hat Frankreich im Jahre 2010 den Einzelunternehmer mit beschränkter Haftung (*entrepreneur individuel à responsabilité limitée*) eingeführt²³⁵, und Italien kennt in Art. 2447-*bis* C.c. ein verselbständigtes Vermögen, das für ein Sondergeschäft bestimmt ist, sowie in Art. 2614 C.c. die Figur des Konsortialfonds. Andererseits fehlt es national und international nicht an kritischen Stimmen, die Rechtsformneuschöpfungen von einer strengen Bedürfnisprüfung abhängig machen wollen. Aus diesem Grund hat die englische *Law Society* in den frühen achtziger Jahren die Einführung einer neuen Organisationsform für kleine Unternehmen, wie sie *Gower* vorgeschlagen hatte²³⁶, verworfen.²³⁷ Ähnliche Erwägungen haben neuerdings eine Gruppe führender belgischer Gesellschaftsrechtler veranlasst, Streichungen im Kanon der einheimischen Kapitalgesellschaftsformen vorzuschlagen.²³⁸ Diese gesetzgeberische Ökonomie klingt theoretisch bestehend, zumal auch die Ressourcen von Ministerien und Parlamenten begrenzt sind. Die praktische Erfahrung lehrt allerdings auch, dass Rechtsformexperimente gelegentlich gelingen und neue Organisationsformen durch günstige Umstände eine ungeahnte Karriere machen: Wer hätte sich etwa 1977 bzw.

232 Frühe Ansätze aus juristischer Sicht bei WÜST, FS Duden, 1977, S. 249, 262 ff; DERS., JZ 1989, 270. Aus schweizerischer Sicht GERMANN, aaO (Fn. 11), Rdn. 321 ff mit folgendem Resümee in Rdn. 334: „Dessen ungeachtet sei dazu aufgerufen, möglichst viele verschiedene Lösungen für ein plausibles Bedürfnis anzubieten. Artenvielfalt im Gesellschaftsrecht ist positiv zu beurteilen und führt zu einem gesunden Wettbewerb zwischen den verschiedenen Rechtsformen, was wiederum Revisionen und damit legislatorische Perfektionierung vorantreibt.“

233 Dazu LIEDER/HOFFMANN, NJW 2015, 897; TRÖGER/PAFFINGER, JZ 2013, 812.

234 Allgemein dazu FREY, NZG 2004, 169.

235 Vgl. MERLE, aaO (Fn. 83), Rdn. 9; rechtsvergleichend FLUME/DUBARRY, ZEuP 2012, 128; WEDEMANN, RabelsZ 75 (2011), 541.

236 Fn. 166.

237 Vgl. LAW SOCIETY, Memorandum by the Society's Standing Committee on Company Law, A New Form of Incorporation for Small Firms, 1981, Rdn. 1; dazu auch FABER, aaO (Fn. 168), S. 81, 84: „In any event, the Standing Committee considered that the numerous different forms of business organisations that existed should not be increased unless there was evidence of a clear demand for change.“

238 Vgl. CAPRASSE/WYCKERT, in: Centre belge du droit des sociétés, La modernisation du droit des sociétés, 2014, S. 63, 64: „Dans ce cadre, nous partons du postulat que le droit belge des sociétés doit être efficace, seules les formes de sociétés répondant à un besoin réel devant être conservées.“

1994 vorstellen können, dass LLC und SAS im Jahre 2015 in den Vereinigten Staaten bzw. Frankreich die beliebtesten Organisationsformen für geschlossene Kapitalgesellschaften sein würden?

IV. Gestaltungsfreiheit und ihre Grenzen

Als markantestes Markenzeichen des Rechts der geschlossenen Kapitalgesellschaft gilt heute national und international seine große Geschmeidigkeit. Daher sollen zum Schluss noch einige vergleichende Schlaglichter auf Reichweite und Grenzen der Gestaltungsfreiheit im Binnenrecht der geschlossenen Kapitalgesellschaft geworfen werden.

1. Flexibilität und Vertragsfreiheit als Fixsterne

Die schon erwähnten Reformgesetze aus jüngerer und jüngster Zeit kreisen allesamt um die beiden Fixsterne Flexibilität und Vertragsfreiheit.

a) Flexibilität

Der erste Leitgedanke, den (Gründer-)Gesellschaftern einen möglichst geschmeidigen Rechtsrahmen zur Verfügung zu stellen, kommt vielleicht am besten im Titel des niederländischen Reformgesetzes von 2012 zum Ausdruck: „Gesetz zur Vereinfachung und Flexibilisierung des GmbH-Rechts“ (*Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht*). Plastisch wird die neue niederländische GmbH daher auch als *Flex-BV* bezeichnet.²³⁹ Dieselben Schlüsselbegriffe – Einfachheit und Flexibilität – begegnen im Konsultationsdokument des englischen *Department of Trade and Industry* von 1998, das den Startschuss zur Gesellschaftsrechtsreform von 2006 gegeben hatte.²⁴⁰ Auf beide Attribute hat sich auch der griechische Gesetzgeber bei Einführung der neuen „Privaten Kapitalgesellschaft“ (IKE) im Jahre 2012 bezogen.²⁴¹ Variierend ist in den italienischen Gesetzesmaterialien zur *Riforma Vietti* von einer größeren Elastizität die Rede.²⁴²

239 Vgl. VAN DER ELST/VERMEULEN, in: Navez/De Cordt, La simplification du droit des sociétés dans les États membres de l'Union européenne, 2015, S. 165, 173; ferner HIRSCHFELD, RIW 2013, 134; ZAMAK, GmbHR 2012, 1062.

240 Vgl. DEPARTMENT OF TRADE AND INDUSTRY, Modern Company Law for a Competitive Economy, 1998, Rdn. 5.2.

241 Vgl. KOTSIRIS, Greek Law on Partnerships and Corporations, 4. Aufl., 2013, Rdn. 369: „Appealing to *simplification and flexibility* [...]“ (Hervorhebungen im Original).

242 Vgl. Relazione al d.lgs. n. 6/2003, § 11: „elasticità“.

b) Vertragsfreiheit

Flexibilität ist eine Folge der Vertragsfreiheit, die als regulative Leitidee bereits dem deutschen GmbH-Gesetz von 1892 zu Grunde lag.²⁴³ Im Gesetzestext selbst kommt diese allerdings nur etwas versteckt in § 45 Abs. 2 GmbHG zum Ausdruck.²⁴⁴ Ostentativ heißt es demgegenüber in § 18–1101(b) des Delaware LLC Act: „It is the policy of this chapter to give the maximum effect to the principle of freedom of contract and to the enforceability of limited liability company agreements.“ Die *liberté contractuelle* bildete auch das legislatorische Leitmotiv für die Einführung der französischen SAS.²⁴⁵ Ähnlich hatte die Europäische Kommission in ihrem inzwischen zurückgezogenen Verordnungsvorschlag für ein SPE-Statut betont, den Anteilseignern sei für die interne Organisation der SPE ein „hohes Maß an Flexibilität und Freiheit“²⁴⁶ einzuräumen. Schlagwortartig verdichtend ist im Bericht der niederländischen Reformkommission unter Hinweis auf Veröffentlichungen von *Raaijmakers*²⁴⁷ sogar von einer „contractualisering“²⁴⁸ des BV-Rechts die Rede. Dies trifft sich mit der starken Betonung des Vertragsgedankens im Recht der US-amerikanischen LLC²⁴⁹, dessen theoretische Grundlage die sog. *contractarian theory* bildet.²⁵⁰ Bemerkenswert ist diese Entwicklung vor allem deshalb, weil sie quer zur generellen Fließrichtung im Gesellschaftsrecht liegt, die gerade umgekehrt vom Vertrags- zum Organisationsrecht verläuft.²⁵¹ Für unseren Teilausschnitt kann man gleichsam von einer Gegenbewegung „from status

243 Vgl. Entwurf eines Gesetzes betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung nebst Begründung und Anlagen, 1891, S. 45, wonach zur Aufstellung bindender Normen wegen fehlender Beteiligung des „großen Publikums“ keine Veranlassung bestehe und die an einer GmbH beteiligten Personen selbst zum Schutze ihrer Interessen in der Lage seien.

244 Gleichsinnig TEICHMANN, RNotZ 2013, 346: „gut verborgen“.

245 Vgl. MERLE, aaO (Fn. 83), Rdn. 680: „La grande nouveauté de cette SAS est de donner l'absolue priorité à la liberté contractuelle des associés qui s'exprime dans les statuts.“

246 Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft, KOM (2008) 396, Erwägungsgrund 3.

247 Vgl. etwa RAAIJMAKERS, Rechtspersonen tussen contract en instituut, 1987.

248 EXPERTGROEP, Vereenvoudiging en flexibilisering van het nederlandse bv-recht, Mai 2004, S. 2 mit Fn. 2.

249 Dazu etwa RIBSTEIN, aaO (Fn. 197), S. 6: „Uncorporations are characterized by their reliance on contracts. This is an aspect of uncorporations' partnership heritage, as partnerships are contracts among the owners.“

250 Dazu KLAUSNER, 31 J. Corp. L. 779 (2005); rechtsvergleichend FLEISCHER, ZHR 168 (2004), 673, 685 ff.

251 Grundlegend für Personengesellschaften WIEDEMANN, ZGR 1996, 286: „In- und ausländisches Personengesellschaftsrecht war daher zuvörderst Vertragsrecht, dessen Einfluß bis heute unverkennbar ist. Im Laufe der Entwicklung sind die Vertragsregeln aber – in recht unterschiedlichem Umfang – vom Organisationsrecht überlagert und verdrängt worden.“

to contract“ oder zumindest von einer stärkeren Durchmischung institutioneller und vertraglicher Konstruktionselemente²⁵² sprechen.

2. Reichweite der Gestaltungsfreiheit

Wichtige Einzelausprägungen der Gestaltungsfreiheit betreffen die Binnenorganisation und die Variabilität der Mitgliedschaftsrechte.²⁵³

a) Ausgestaltung der Binnenorganisation

Die „libertà di autorganizzazione“²⁵⁴ zeigt sich in der Wahlfreiheit zwischen verschiedenen Leitungsmodellen und im möglichen Verzicht auf einzelne Organisationselemente. So können die Gesellschafter einer *close corporation* gemäß § 351 DGCL bei entsprechender Satzungsgestaltung sogar auf einen *board of directors* verzichten. Der englische Reformgesetzgeber ist diesem kühnen Schritt nicht gefolgt, sondern hat sich auf behutsamere Veränderungen beschränkt²⁵⁵: Eine *private company* muss seither keinen *company secretary* mehr haben und kann auf ihre jährliche (Präsenz-)Versammlung verzichten. Viele Länder haben zudem die Formalitäten der Beschlussfassung für Gesellschafter geschlossener Kapitalgesellschaften weiter vereinfacht.

b) Variabilität der Mitgliedschaftsrechte

Hinsichtlich der Variationsbreite von Mitgliedschaftsrechten hat der niederländische Reformgesetzgeber kürzlich nach breiter rechtsvergleichender Umschau²⁵⁶ neue Vorschriften eingeführt: Gemäß Art. 2:228 Abs. 4 und 5 Nieuw Burgerlijk Wetboek (NBW) sind beschränkt stimmberechtigte und stimm-

252 Umfassend aus belgischer Sicht die rechtsvergleichende Arbeit von CORBISIER, *La société: contrat ou institution? Droits étatsunien, français, belge, néerlandais, allemand et luxembourgeois*, 2011.

253 Vgl. aus deutscher Sicht BGHZ 14, 264, 269: „Das Recht der GmbH wird von dem Grundsatz der Satzungsautonomie beherrscht. Die Gesellschafter einer GmbH haben eine sehr weitgehende Freiheit bei der Ausgestaltung der Gesellschaft und bei der Regelung der Mitgliedschaftsrechte.“

254 Reformkommission Mirone, *Scheda di sintesi*, Februar 2000, Art. 3 unter 3.

255 Dazu DAVIES/RICKFORD, ECFR 2008, 239, 261: „The CLR rejected this bold move, but did seek to enhance the mechanism whereby shareholders in such cases may take decisions without a meeting.“

256 Vorbereitend EXPERTGROEP, aaO (Fn. 248), S. 67: „In verscheidene landen kunnen stimmrechtloze aandelen worden uitgegeven.“

rechtslose Anteile zulässig.²⁵⁷ Für letztere kann ausweislich der Regierungsbegründung etwa bei Familienunternehmen ein Bedürfnis bestehen, wenn einzelne Gesellschafter nur dividendenberechtigt sein sollen.²⁵⁸ Gemäß Art. 2:216 Abs. 7 NBW kann die Satzung auch vorsehen, dass Anteile einer bestimmten Gattung kein oder nur ein eingeschränktes Gewinnbezugsrecht vermitteln. Nicht begründbar sind nach Art. 2:190 NBW dagegen Gesellschaftsanteile, die weder ein Stimmrecht noch ein Recht auf Gewinn oder (Liquidations-)Rücklagen haben. Der Bericht der vorbereitenden Experten­gruppe bezieht sich auf ein BGH-Urteil aus dem Jahre 1954, das stimmrechtslose GmbH-Geschäftsanteile billigte²⁵⁹, aber in einem *obiter dictum* ergänzte, es könne ernstlich kaum bezweifelt werden, dass derjenige, der kein Stimmrecht, kein Gewinnrecht und keinen Liquidationsanteil besitze, kein Gesellschafter sei.²⁶⁰ Neuere Literaturstimmen in Deutschland zeigen sich demgegenüber liberaler: Ihnen zufolge kann ein Beteiligungsinteresse sogar ohne Stimmrecht und Ertragsbeteiligung bestehen; die Zulässigkeitsgrenze sei erst dann erreicht, wenn die Mitgliedschaft mangels sonstiger Rechte völlig sinnentleert sei²⁶¹ oder wenn die betreffende Vereinbarung im Einzelfall aufgrund der Ausnutzung der Unterlegenheit einzelner Mitgesellschafter gegen § 138 Abs. 1 BGB verstoße.²⁶² Anders werten demgegenüber die romanischen Systeme, an ihrer Spitze Frankreich: Nach Art. 1844-1 Abs. 2 Code civil gilt eine Klausel, die einen Gesellschafter von (fast²⁶³) jeder Gewinnbeteiligung aus-

257 Monographisch jüngst WOLF, De kapitaalverschaffer zonder stemrecht in de bv, 2013.

258 Vgl. Memorie van toelichting, Kamerstukken II 2006/07, 31 058 Nr. 3, S. 11 f; dazu auch EXPERTGROEP, aaO (Fn. 248), S. 66.

259 Vgl. BGHZ 14, 270, 273; abw. noch BRODMANN, GmbHG, 2. Aufl., 1930, § 29 Anm. 2: „Es muß begriffsnötig jeder Gesellschafter (oder keiner) am Gewinn beteiligt sein. Wer in der Kapitalerwerbgesellschaft ohne Anspruch auf Beteiligung am Gewinn Geld gibt, leiht es ihr oder schenkt es oder was sonst. Gesellschafter ist er aber nicht.“; gegen ihn zutreffend schon FEINE, aaO (Fn. 20), S. 523: „Das widerspricht nicht den Grundgedanken des deutschen Körperschaftsrechtes, denen die denkbar größte Abstufung der genossenschaftlichen Rechte und Pflichten eigen ist.“; ebenso HACHENBURG, aaO (Fn. 6), § 47 GmbHG Anm. 7.

260 Vgl. EXPERTGROEP, aaO (Fn. 248), S. 67 mit Fn. 39 unter Berufung auf BGHZ 14, 264, 270; dem BGH zustimmend BAYER, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl., 2012, § 14 Rdn. 11; früher schon FEINE, aaO (Fn. 20), S. 523.

261 Vgl. SCHOLZ/SEIBT, Komm. z. GmbHG, 11. Aufl., 2012, § 14 Rdn. 33; TEICHMANN, Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, 1970, S. 145 f und 208 ff; RAISER, in: Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG, 2. Aufl., 2013, § 14 Rdn. 37.

262 Vgl. FASTRICH, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl., 2013, § 14 Rdn. 15; WOLANY, Rechte und Pflichten des Gesellschafters einer GmbH, 1964, S. 185 f; SCHÄFER, Der stimmrechtslose GmbH-Geschäftsanteil, 1997, S. 136, der es zudem für erwägenswert hält, für die eindeutige Bevorzugung einzelner Gesellschafter zu Lasten anderer einen sachlichen Grund zu verlangen; ähnlich REICHERT/WELLER, Münchener Komm. z. GmbHG, 2. Aufl., 2015, § 14 Rdn. 92; PENTZ, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbH-Gesetz, 5. Aufl., 2013, § 14 Rdn. 19.

263 Dazu GERMAIN/MAGNIER, Les sociétés commerciales, 21. Aufl., 2014, Rdn. 1545: „Est

schließt, als nicht geschrieben. Dieses Verbot der *clause léonine* erfasst sowohl Personen- wie Kapitalgesellschaften.²⁶⁴ Gleichsinnige Vorschriften finden sich für Italien in Art. 2265 C.c., für Spanien in Art. 1691 Código Civil und für Portugal in Art. 994 Codigo civil.²⁶⁵ Ihnen liegt eine engere Vorstellung vom Konzept des gemeinsamen Zwecks zugrunde, die man hierzulande inzwischen hinter sich gelassen hat.²⁶⁶ Die Problematik ist anderwärts zu vertiefen.²⁶⁷

3. Gestaltungsgrenzen: Abdingbarkeit der mitgliedschaftlichen Treuepflicht

Einen reizvollen Prüfstein für Reichweite und Grenzen der Gestaltungsfreiheit im Recht der geschlossenen Kapitalgesellschaft bildet schließlich die Frage nach der Abdingbarkeit der Treuepflichten. Sie wird hier nur für die mitgliedschaftliche, nicht für die organschaftliche Treuepflicht erörtert.²⁶⁸

a) Rechtsvergleichendes Panorama

Eine besonders leidenschaftliche, teils auch ideologisch aufgeladene²⁶⁹ Debatte um den *fiduciary waiver* wird seit mehr als zwei Jahrzehnten in den Vereinigten Staaten geführt.²⁷⁰ Dort stehen sich in festgefügter Schlachtenordnung

tout aussi nulle la clause qui, sans priver totalement un associé de sa part, la réduirait à une part insignifiante.“

264 Vgl. Lamy Sociétés Commerciales 2015, Rdn. 350: „La prohibition des clauses léonines a un caractère général: ces clauses sont prohibées tant dans les sociétés de personnes que de capitaux (SNC, SARL, SA commandites).“

265 Rechtsvergleichend FRASE, „Leoninische Vereinbarungen“ und Ergebnisbeteiligungspflicht im deutschen und italienischen Gesellschaftsrecht, 2010.

266 Vgl. etwa ULMER/SCHÄFER, Münchener Komm. z. BGB, 6. Aufl., 2013, § 705 Rdn. 151: „Die Eigen- oder Fremdnützigkeit der Beteiligung ist nicht Bestand des gemeinsamen Zwecks, sondern bildet das jeweilige Motiv der Beteiligung.“; anders noch BALLERSTEDT, JuS 1963, 253, 255; rechtsvergleichend HINGST, Die societates leonina in der europäischen Privatrechtsgeschichte, 2003, S. 357 ff.

267 Näher FLEISCHER in einer 2016 erscheinenden Festschrift.

268 Umfassender, auch zur organschaftlichen Treuepflicht, FLEISCHER/HARZMEIER, NZG 2015, 1289.

269 Dazu MILLER, 39 J. Corp. L. 295, 335 (2014): „Seventh, to what extent do political views on government color the fiduciary duty debate and impede clear thinking on the part of both traditionalists and contractarians? Is the fiduciary duty controversy a thinly disguised debate regarding deregulation generally and the role of the state?“

270 Vgl. zuletzt GUTTENBERG, 86 S. C. L. Rev. 869 (2013); LEWIS, 82 Fordham L. Rev. 1017 (2013); MILLER, 39 J. Corp. L. 295 (2014); eingehend zum LLC-Recht RIBSTEIN/KEATINGE, aaO (Fn. 193), § 9:4, S. 546 ff.

zwei feindliche Bataillone gegenüber: die *contractarians* und die *anti-contractarians*. Erstere verstehen die Gesellschaft als ein Geflecht von Verträgen und halten die Fahne der Vertragsfreiheit auch bei der Abbedingung von Treuepflichten hoch.²⁷¹ Zur Begründung verweisen sie auf die ökonomische Effizienz privatautonomer Abreden, hohe Unsicherheiten und Kosten bei gerichtlichen Streitigkeiten über fiduziarische Pflichten und ein praktisches Bedürfnis zur Gewinnung hochqualifizierter, aber vielbeschäftigter Gesellschaftlicher-Geschäftsführer.²⁷² Die *anti-contractarians* begreifen *fiduciary duties* als der Parteidisposition entzogene Pflichten, die unvorsichtige oder überoptimistische Minderheitsgesellschaftler schützten und schon aus rechtsethischen Gründen nicht verhandelbar seien.²⁷³ Gesetzgebung und Rechtsprechung sind bundesweit uneinheitlich²⁷⁴ und variieren selbst innerhalb ein und desselben Bundesstaates bei verschiedenen Organisationsformen.²⁷⁵ Noch unübersichtlicher wird die Gemengelage dadurch, dass die hierzulande übliche Unterteilung in mitgliedschaftliche und organschaftliche Treuepflicht in den Vereinigten Staaten nur ansatzweise verfolgt wird.²⁷⁶ Für LLC-Gesellschaftler gilt in Delaware, dass man ihre fiduziarischen Pflichten erweitern, einschränken oder gänzlich abschaffen kann.²⁷⁷ Nicht abdingbar ist allein der „implied contractual covenant of good faith and fair dealing“.²⁷⁸ Eine Spur zurückhaltender zeigt sich demgegenüber der Uniform Limited Liability Company Act, der in seiner Neufassung von 2013 eine statutarische Abbedingung der *duty of loyalty* nur unter dem Vorbehalt zulässt, dass sie nicht „manifestly unreasonable“ ist.²⁷⁹ Wieder anders formuliert der Oregon LLC

271 Vgl. etwa BUTLER/RIBSTEIN, 65 Wash. L. Rev. 1, 7 f (1990); ILLIG, 56 Am. U. L. Rev. 275, 324, 328 (2006); OESTERLE, 66 U. Colo. L. Rev. 881, 885 ff (1995).

272 Vgl. EASTERBROOK/FISCHEL, 36 J.L. & Econ. 425, 431 (1993); RIBSTEIN, 54 Wash. & Lee L. Rev. 537, 541, 546 ff (1997); DERS., 2005 U. Ill. L. Rev. 209, 232 ff.

273 Vgl. BRUDNEY, 85 Colum. L. Rev. 1403, 1414 ff, 1436 f (1985); CALLISTON/VESTAL, 42 Suffolk L. Rev. 493, 504 ff (2008); DIBADJ, 41 Tulsa L. Rev. 451, 458 ff (2006); LABY, 56 Buff. L. Rev. 99, 119 (2008).

274 Vgl. GUTTENBERG, 86 S. C. L. Rev. 869, 879 (2013): „When it came to decide whether to allow the modification of fiduciary duties, however, states' receptiveness varied greatly.“

275 Eine gute Synopse bieten KEATINGE/CONAWAY/ELY, in: Keatinge and Conaway on Choice of Business Entity, 2015, Chapter 9.

276 Deutlich nun aber § 409 ULLCA unter der Überschrift „Standards of Conduct for Members and Managers“; ähnlich KEATINGE/CONAWAY/ELY, aaO (Fn. 275), Chapter 9 unter der Überschrift „Duties of Owners and Managers“.

277 Vgl. § 18-1101(c) Del. Code. Ann. tit. 6.

278 Dazu MANESH, 38 Del. J. Corp. L. 1, 7 ff (2013).

279 Vgl. § 105(d) RULLCA mit dem erläuternden, offiziellen Kommentar: „This act rejects the ultra-contractarian notion that fiduciary duty within a business organization is merely a set of default rules and seeks instead to balance the virtues of ‚freedom of contract‘ against the dangers that inescapably exist when some have power over the interests of others.“

Act, der eine vollständige Beseitigung der *duty of loyalty* verbietet, den Gesellschaftern aber erlaubt, bestimmte Arten von Verhaltensweisen als nicht treuwidrig einzuordnen, es sei denn, sie sind „unconscionable“.²⁸⁰ Eine weitere Variante findet sich in Kalifornien, wo geschäftsführenden Gesellschaftern eine Vorabbefreiung von *fiduciary duties* lediglich für genau bestimmte Verhaltensweisen erteilt werden darf, und das auch nur dann, wenn diese nicht „manifestly unreasonable“ sind.²⁸¹

In England hat sich eine ähnliche Diskussion an der Frage entzündet, ob der *unfair-prejudice*-Rechtsbehelf gemäß s 994 CA 2006, der funktional die fehlende mitgliedschaftliche Treuepflicht ersetzt²⁸², abdingbar ist. Die jüngere Rechtsprechung nimmt dies an²⁸³ und hat dafür ebenso Zustimmung²⁸⁴ wie Kritik²⁸⁵ erfahren. Im schweizerischen GmbH-Gesetz lässt der neu eingeführte Art. 803 Abs. 3 OR nach herrschender Lesart nur eine situative und punktuelle Ausnahme von der mitgliedschaftlichen Treuepflicht zu, aber keine globale Befreiung.²⁸⁶ Hierzulande gewinnt die Frage erst in jüngerer Zeit mehr Beachtung²⁸⁷: Die hergebrachte Lehre hält die Treuepflicht in ihrem Kern für unverzichtbar²⁸⁸; eine vordringende Auffassung gestattet einen statutarischen

280 Vgl. § 63.155(1)(a) Or. Rev. Stat.

281 Vgl. § 17701.10(c)(4) Cal. Corp. Code; diese Lösung befürwortend MILLER, 39 J. Corp. L. 295, 297 f (2014).

282 Rechtsvergleichend dazu FLEISCHER, ZHR 179 (2015), 404, 442 ff.

283 Vgl. FULHAM FOOTBALL CLUB (1887) LTD v SIR DAVID RICHARD, [2010] EWHC 3111 Rdn. 8 (VOS J.): „That question is simply whether the statutory right of a member of a company to present an unfair prejudice petition under s 994 of the Companies Act 2006 can be removed or diminished by contract, or whether it is an inalienable right.“, Rdn. 79: „I have, therefore, concluded that the statutory right conferred on shareholders to apply for section 994 relief is not an inalienable one.“; mit anderer Akzentsetzung FULHAM FOOTBALL CLUB (1887) LTD v SIR DAVID RICHARDS [2011] EWCA Civ 855.

284 Vgl. CHEUNG, [2012] JBL 504, 519: „To this recognition of contractual freedom and party autonomy, the decision is to be welcomed.“; zuvor schon GODDARD, (2005) 26 Company Lawyer 251; THOMAS/RYAN, (2001) 22 Company Lawyer 177 (I) und 198 (II).

285 Vgl. McVEA, (2012) 75 MLR 1123, 1135 f: „By embracing the idea of the parties ability to, in effect, ‚contract out‘ of certain aspects of company law rules, the Court of Appeals in Fulham has not only further contrived to stunt the proper development of the unfair prejudice jurisdiction [. . .], but, more importantly, the decision resonates with an increasingly popular yet impoverished view of company law itself.“; früher schon CHEFFINS, Company Law: Theory, Structure and Operation, 1997, S. 260 ff.

286 Vgl. AMSTUTZ/CHAPPUIS, Basler Kommentar, OR II, 4. Aufl., 2012, Art. 803 Rdn. 11.

287 Vgl. ARMBRÜSTER, ZGR 2014, 333, 350 ff; BACHMANN/EIDENMÜLLER/ENGERT/FLEISCHER/SCHÖN, Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft, 2012, S. 44 ff; HELLGARDT, FS Hopt, 2010, S. 765, 784 ff; KUMPAN, Der Interessenkonflikt im deutschen Privatrecht, 2014, S. 129 ff; SCHMOLKE, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S. 600 ff und 667 ff.

288 Vgl. in chronologischer Reihenfolge TEICHMANN, Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, 1970, S. 169 f; LUTTER, AcP 180 (1980), 84, 117; WINTER, Mitgliedschaftliche

Verzicht auf bestimmte, klar umrissene Einzelausprägungen der Treuepflicht²⁸⁹; einzelne Stimmen erachten sogar eine generelle Abbedingung für zulässig, sofern der verzichtende Gesellschafter hierfür einen angemessenen Ausgleich erhält²⁹⁰.

b) Grundlegende Argumentationslinien

Die vorgebrachten Argumente gegen eine Abdingbarkeit der mitgliedschaftlichen Treuepflicht sind von unterschiedlicher Überzeugungskraft.²⁹¹ Der Einwand, sie sei Teil des „Wesens“ der Gesellschaft, wie er jüngst wieder im Rahmen der österreichischen ABGB-Reform erhoben wird²⁹², erweist sich als rational kaum nachprüfbar.²⁹³ Nicht vollends zu überzeugen vermag ferner das Argument, die mitgliedschaftliche Treuepflicht sei aus rechtsethischen Gründen nicht verhandelbar.²⁹⁴ Ohne weitere Erläuterung fehlt ihm eine tragfähige juristische Legitimationsbasis.²⁹⁵ Um eine rechtsdogmatische Rückkopplung bemüht sich dagegen der Hinweis, dass es schon deshalb einen zwingenden Kern von Treuepflichten geben müsse, weil sich andernfalls das für Verbände charakteristische gemeinsame Interesse verflüchtigen könnte.²⁹⁶ Unausgesprochen werden damit Verbindungslinien zur *societas leonina* gezogen, die man heute ganz überwiegend nur am flexibleren Maßstab des § 138 BGB misst.²⁹⁷

Eine schlüssigere Begründung für die prinzipielle Unabdingbarkeit der mitgliedschaftlichen Treuepflicht setzt bei möglichen Rationalitätsdefiziten der

Treubindungen im GmbH-Recht, 1988, S. 216 ff; WIEDEMANN, Gesellschaftsrecht, Band II, 2004, S. 198; SCHOLZ/EMMERICH, Komm. z. GmbHG, 11. Aufl., 2012, § 13 Rdn. 38 c.

289 So BACHMANN/EIDENMÜLLER/ENGERT/FLEISCHER/SCHÖN, aaO (Fn. 287), S. 45 f.

290 So HELLGARDT, FS Hopt, S. 765, 784 ff für die organschaftliche Treuepflicht, aber mit einem „funktionalen Organbegriff“, der auch den Mehrheitsgesellschafter in der GmbH einschließt.

291 Ausführlicher zu Folgendem FLEISCHER/HARZMEIER, NZG 2015, 1289, 1293 ff.

292 Vgl. ErlRV 270 BlgNR 25, GP 13: „Der Gesellschaftsvertrag kann ihn von dieser Pflicht nur insoweit entheben, als es nicht dem Wesen der Gesellschaft entspricht.“

293 Wie hier KOPPENSTEINER, wbl 2015, 301, 308: „Nun kann man über das Wesen von Gesellschaften trefflich streiten.“

294 Vgl. aus dem US-amerikanischen Schrifttum die Nachweise in Fn. 273; zum deutschen Recht WIEDEMANN, aaO (Fn. 288), S. 198.

295 Kritisch auch SCHMOLKE, aaO (Fn. 287), S. 668, wonach es einer Offenlegung und Begründung dieser Forderung zugrundeliegenden ethischen Sollenssätze bedürfe.

296 So KOPPENSTEINER, GesRZ 2009, 197, 199; DERS., wbl 2015, 301, 308; auf Gesichtspunkte des Institutionen- und Mitgliederschutzes abstellend ARMBRÜSTER, ZGR 2014, 333, 351 f, der die mitgliedschaftliche Treuepflicht als objektiv-rechtliches Prinzip begreift.

297 Vgl. die Nachweise in Fn. 266.

Gesellschafter an. Wie die verhaltensökonomische Forschung zeigt, neigen Individuen dazu, bestimmte Gefahren oder Risiken systematisch falsch einzuschätzen, vor allem wenn es um komplexe Sachverhalte und ungewisse Entscheidungsfolgen geht.²⁹⁸ Verantwortlich dafür ist ein ganzes Bündel von Verhaltensanomalien, die von übermäßiger Zuversicht über die sog. Verfügbarkeitsheuristik bis hin zur übermäßigen Diskontierung künftigen Nutzens und zur Vernachlässigung kleiner Wahrscheinlichkeiten reichen.²⁹⁹ Eine solche Ausgangslage besteht auch und gerade bei Gründung einer GmbH: Die Gründergesellschaften kennen sich persönlich und vertrauen einander, so dass zwischen ihnen wenig Neigung besteht, etwaige Streitpunkte anzusprechen und dadurch womöglich den Vertragsschluss zu gefährden.³⁰⁰ Außerdem sind sie typischerweise vom Gründeroptimismus beseelt und unterstellen leichthin, die ihnen gerade lebhaft vor Augen stehende Gründerharmonie werde dauerhaft anhalten.³⁰¹ Deshalb können und wollen sie sich die vielfältigen Möglichkeiten der Übervorteilung durch ihre Mitgesellschafter in naher oder ferner Zukunft nicht recht vorstellen. Dies alles lässt den Schluss zu, dass sie künftige Kosten und Risiken einer pauschalen Treuepflichtabbedingung systematisch zugunsten ihres gegenwärtigen Nutzens unterschätzen.³⁰² Zum Schutz ihrer materiellen Entscheidungsfreiheit erscheint es daher gerechtfertigt, die pauschale Abbedingung der mitgliedschaftlichen Treuepflicht für unzulässig zu erklären.³⁰³ Die Rechtsordnung reagiert hier – wie auch anderwärts³⁰⁴ – auf das Phänomen begrenzter Rationalität, das nach paternalistischem Schutz gegen einen Vorausverzicht verlangt, wenn dessen Tragweite für den Verzichtenden

298 Grundlegend TVERSKY/KAHNEMAN, *Science* 185 (1974), 1124; ferner der Sammelband von KAHNEMAN/SLOVIC/TVERSKY, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, 1982.

299 Näher dazu SCHMOLKE, aaO (Fn. 287), S. 627 f.

300 Vgl. BACHMANN/EIDENMÜLLER/ENGERT/FLEISCHER/SCHÖN, aaO (Fn. 287), S. 42; HEATHERINGTON/DOOLEY, 63 *Va. L. Rev.* 1, 36 (1977).

301 Vgl. BACHMANN/EIDENMÜLLER/ENGERT/FLEISCHER/SCHÖN, aaO (Fn. 287), S. 42 f; EISENBERG, 47 *Stan. L. Rev.* 211, 251 (1995).

302 So BACHMANN/EIDENMÜLLER/ENGERT/FLEISCHER/SCHÖN, aaO (Fn. 287), S. 45; SCHMOLKE, aaO (Fn. 287), S. 668.

303 Ebenso BACHMANN/EIDENMÜLLER/ENGERT/FLEISCHER/SCHÖN, aaO (Fn. 287), S. 45 f; EISENBERG, 47 *Stan. L. Rev.* 211, 249 (1995): „Given the limits of cognition, the core duty-of-loyalty rules should not be subject to a general waiver.“; SCHMOLKE, aaO (Fn. 287), S. 670; für den pauschalen Verzicht eines Aktionärs auf Gleichbehandlung und Einhaltung der Treuepflicht auch FLEISCHER, in: K. Schmidt/Lutter, *AktG*, 3. Aufl., 2015, § 53 a Rdn. 38 und 60.

304 Vgl. bereits FLEISCHER, *ZGR* 2001, 1, 7. Belege dafür, dass der Gesetzgeber zeitlichen Vorausverfügungen skeptisch gegenüber steht und sie allenfalls unter zusätzlichen Schutzvorkehrungen zulässt, bieten aus dem Zivilrecht § 311 b Abs. 2 und 3 BGB (Verträge über künftiges und gegenwärtiges Vermögen) und § 1229 BGB (Verbot der Verfallvereinbarung), aus dem Handelsrecht etwa § 89 b Abs. 4 Satz 1 HGB (Unwirksamkeit eines Vorausverzichts des Handelsvertreters auf seinen Ausgleichsanspruch).

schwer voraussehbar ist und dessen fehlende „Freiwilligkeit“ daher nahe liegt. Eine restriktive Auslegung der Verzichtserklärung durch die Gerichte mag im Einzelfall helfen³⁰⁵; umfassende Abhilfe bietet sie aber nicht.

Indes richten sich die gegen eine Pauschalabbedingung der mitgliedschaftlichen Treuepflicht erhobenen Bedenken nicht in gleicher Weise gegen ausbuchstabierte Konkretisierungen oder Modifizierungen: Wem im Einzelnen vor Augen geführt wird, welche Verhaltensweisen als nicht treuwidrig gelten, der kann sich später nicht auf eine Anschauungslücke berufen.³⁰⁶ Diese Differenzierung harmoniert mit dem allgemeinen Befund zu § 242 BGB: Nach ganz überwiegender Ansicht ist zwar das „Grundgebot der Redlichkeit“ unabdingbar, doch können die Parteien die aus § 242 BGB gewonnenen Konkretisierungen der Treuepflicht für bestimmte Fallgestaltungen abändern oder ausschließen.³⁰⁷ Ganz in diesem Sinne hat der BGH in einer Folgeentscheidung zu seinem Grundsatzurteil „Sanieren oder Ausscheiden“³⁰⁸ kürzlich ausgesprochen, dass der Gesellschaftsvertrag für die mitgliedschaftliche Treuepflicht „ausdrücklich oder im Wege der Auslegung konkretisierende Regelungen“³⁰⁹ enthalten könne. Auf derselben Linie liegen zahlreiche Bestimmungen im US-amerikanischen Recht, die den Gesellschaftern anheim stellen, „specific types or categories of activities“ von vornherein nicht als treuwidrig einzustufen.³¹⁰ Insgesamt sprechen daher überwiegende Gründe dafür, Modulationen der mitgliedschaftlichen Treuepflicht zu gestatten, sofern sie einem Spezifizierungsgebot genügen und die allgemeinen Grenzen der Sittenwidrigkeit und anderer gesetzlicher Verbote einhalten.

V. Schluss

Kommen wir zum Schluss noch einmal auf *Max Hachenburg* zurück. Er hat das GmbH-Recht durch sein literarisches Schaffen und seine rege Gutachter-tätigkeit über Jahrzehnte maßgeblich mitgeprägt. Dass er im juristischen Mei-

305 Allein darauf abstellend aber HURT/SMITH, in: Bromberg and Ribstein on Limited Liability Partnerships, the Revised Uniform Partnership Act, and the Uniform Limited Partnership Act (2011), 2015 Edition, § 8.404, S. 329: „Although partners are unable to foresee how a waiver might be applied, the courts can deal with unforeseen events through contract interpretation rather than broad prohibition.“

306 Vgl. BACHMANN/EIDENMÜLLER/ENGERT/FLEISCHER/SCHÖN, aaO (Fn. 287), S. 45 f, wonach das Kognitionsproblem bei einem Verzicht für den konkreten Einzelfall weniger stark ausgeprägt ist; zuvor schon EISENBERG, 47 Stan. L. Rev. 221, 249 (1995); ferner SCHMOLKE, aaO (Fn. 287), S. 668 f.

307 Vgl. SCHUBERT/ROTH, Münchener Komm. z. BGB, 6. Aufl., 2012, § 242 Rdn. 91; GRÜNEBERG, in: Palandt, BGB, 74. Aufl., 2015, § 242 Rdn. 20; LOOSCHELDERS/OLZEN, in: Staudinger BGB, Neubearb. 2015, § 242 Rdn. 109.

308 BGHZ 183, 1.

309 BGH NZG 2015, 995 Rdn. 23; zustimmend ARMBRÜSTER, EWiR 2015, 597, 598.

310 Vgl. etwa die Nachweise in Fn. 280 und 281.

nungsstreit auch einmal unterlag, wie in dem oben erwähnten Verfahren vor dem Reichsgericht³¹¹, nahm er mit jener Gelassenheit auf, die ein Zeichen wahrer Größe ist. In seinen Lebenserinnerungen hielt er dazu fest: „Eines Tages sagte mir, ich weiß wirklich nicht mehr, ob ein Rechtsanwalt oder ein Richter, sagen wir also ein Jurist: ‚Haben Sie schon gelesen? Das Reichsgericht hat in dem eben erschienenen Hefte der offiziellen Sammlung ein Gutachten von Ihnen eingehend behandelt. Allerdings kommt es zu einem abweichenden Ergebnis.‘ Vielleicht hatte dieses letztere Moment die Hauptveranlassung zu dieser Mitteilung gegeben. Ich konnte seelenruhig erwidern: ‚Auch wenn das RG meine Auffassung nicht gutheißt, so ist mir die Art, wie es dies tut, stets eine Ehre.‘“³¹² Einige Zeilen später ergänzte *Hachenburg*: „Ich nahm einmal an einer Sitzung des II. Zivilsenats des Reichsgerichts teil. Auf Wunsch des Klienten sollte ich eine im Gutachten niedergelegte Ansicht dort selbst vortragen. Justizrat Boyens vom Reichsgericht führte mich ein. Der ganze Senat grüßte durch Abnehmen des Baretts. Das sind Äußerlichkeiten, gewiß, aber sie fließen aus derselben Quelle wie die Behandlung der Gutachten im Urteile.“³¹³

311 Vgl. Fn. 128.

312 HACHENBURG, aaO (Fn. 4), S. 118.

313 HACHENBURG, aaO (Fn. 4), S. 118.