

Selbstreflexion im Gesellschaftsrecht: „Hottest Game in Town“ oder „Death of Corporate Law“?

Prof. Dr. Dr. h.c. Dr. h.c. HOLGER FLEISCHER LL.M. (Michigan), Hamburg*

Inhaltsübersicht

ZGR 2022, 466–493

I. Ein Blick in den Spiegel	467
II. Aufstieg und Ausreifung der Gesellschaftswissenschaft	468
1. Impressionen einer glanzvollen Karriere	468
2. Krisenanzeichen: Übersättigung und Abwanderung	469
3. Wege zur Revitalisierung gesellschaftsrechtlicher Forschung	471
III. Rollen und Regelungsziele des Gesellschaftsrechts	474
1. Vom protektiven über das adaptive zum transformativen Gesellschaftsrecht	474
2. Positive Erklärungen für diesen Rollenwandel	478
3. Normative Einschätzungen	480
IV. Pluralität und Diversität der Gesellschaftsformen	486
1. Gelebte Vielfalt an Gesellschaftsformen	486
2. Varietät der Zwecksetzungen	489
3. Vorschläge für Organisationsformen der Zukunft	491
V. Schluss	492

Anlässlich des 50-jährigen Geburtstages der ZGR unternimmt der vorliegende Beitrag eine Standortbestimmung des Gesellschaftsrechts als akademischer Disziplin. Er legt zunächst dar, dass die Gesellschaftswissenschaft nach Jahrzehnten wissenschaftlicher Blüte in eine Phase der Ausreifung eingetreten ist („saturiertes Gesellschaftsrecht“). Sodann beschäftigt er sich mit der immer häufigeren Indienstnahme des vermeintlich unpolitischen Organisationsrechts für politische Zwecke („transformatives Gesellschaftsrecht“). Schließlich lenkt er den Blick auf neue Assoziationsformen, die Gewinnerzielung und Gemeinwohlorientierung miteinander verbinden („pluralistisches Gesellschaftsrecht“).

On the occasion of the 50th anniversary of the ZGR, this article takes stock of company law as an academic discipline. It first explains that company law has entered a phase of maturation after decades of flourishing (“saturated corporate law”). It then looks at the increasingly frequent use of supposedly apolitical organisational law for political goals (“transformative corporate law”). Finally, it directs attention to new forms of association that combine profit-making with a focus on the common good (“pluralistic corporate law”).

* Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.

I. Ein Blick in den Spiegel

Geziemt es sich, als Gesellschaftsrechtler über Entwicklungslinien und Stand des eigenen Fachgebiets nachzudenken, oder steht eine solche Selbstreflexion¹ von vornherein unter Pathologieverdacht?² *Meine* Antwort lautet: Wer sein Fach und seinen Beruf als Wissenschaftler³ ernst nimmt, wird einen Blick in den Spiegel nicht scheuen, weil sich nur so Bewahrenswertes und Änderungsbedürftiges erkennen lassen. Die kritische Auseinandersetzung mit disziplinspezifischen Denk- und Forschungstraditionen bildet eine notwendige Bedingung jeder wissenschaftlichen Arbeit, wie es der französische Soziologe *Pierre Bourdieu* für sein Forschungsfeld richtungsweisend herausgearbeitet hat.⁴ Auch in der benachbarten Betriebswirtschaftslehre gibt es in gemessenen Abständen Aufrufe zur wissenschaftlichen Selbstvergewisserung, früher bei *Erich Gutenberg*⁵ und *Horst Albach*,⁶ jüngst von einem Forscherkollektiv unter dem etwas reißerischen Titel „Erfolgsfaktor BWL: Was sie leistet und warum wir sie brauchen“⁷ – gerade rechtzeitig zum 100-jährigen Bestehen des Verbands der Hochschullehrerinnen und -lehrer für Betriebswirtschaft.⁸

- 1 Allgemein zur Rechtswissenschaft im Prozess der Selbstreflexion der Sammelband von HILGENDORF/SCHULZE-FIELITZ (Hrsg.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2. Aufl., 2021.
- 2 In Anlehnung an RADBRUCH, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 12. Aufl., 1969, S. 53: „Wie Menschen, die sich durch Selbstbeobachtung quälen, meist kranke Menschen sind, so pflegen auch Wissenschaften, die sich mit ihrer eigenen Methodenlehre zu beschäftigen Anlass haben, kranke Wissenschaften zu sein; der gesunde Mensch und die gesunde Wissenschaft pflegen nicht viel von sich selbst zu wissen.“
- 3 Locus classicus: M. WEBER, *Wissenschaft als Beruf* (1919), in Kaesler (Hrsg.), *Max Weber, Schriften 1894–1912*, 2002, S. 474, 486f.: „Jeder von uns dagegen in der Wissenschaft weiß, daß das, was er gearbeitet hat, in 10, 20, 50 Jahren veraltet ist. Das ist das Schicksal, ja: das ist der Sinn der Arbeit der Wissenschaft [...]. Wissenschaftlich aber überholt zu werden, ist – es sei wiederholt – nicht nur unser aller Schicksal, sondern unser aller Zweck. Wir können nicht arbeiten, ohne zu hoffen, daß andere weiterkommen werden als wir. Prinzipiell geht dieser Fortschritt in das Unendliche.“; aus jüngerer Zeit etwa der Sammelband von DREIER (Hrsg.), *Rechtswissenschaft als Beruf*, 2018.
- 4 Dazu und zur notwendigen kritischen Distanznahme gegenüber der eigenen Position im jeweiligen Wissenschaftsfeld etwa BOURDIEU/WACQUANT, *Reflexive Anthropologie*, 2. Aufl., 2006, S. 71; für eine Ausdeutung LANGER/RHEIN, *Die Wissenschaftssoziologie Pierre Bourdieus*, 2018, S. 144ff. unter der Zwischenüberschrift „Kritik und Selbstreflexion“.
- 5 GUTENBERG, *ZfhF* 12 (1960), 118.
- 6 ALBACH, *ZfB*, *Ergänzungsheft* 3/1993, 7.
- 7 SCHWENKER/ALBERS/BALLWIESER/RAFFEL/WEIßENBERGER, *Erfolgsfaktor Betriebswirtschaftslehre. Was sie leistet und warum wir sie brauchen*, 2021.
- 8 Dazu und zu dem transformativen Beitrag der Betriebswirtschaftslehre zu den großen gesellschaftlichen Herausforderungen WEIßENBERGER, *DB* 2022, 477.

In unserem Fach ist die Zeit für eine Standortbestimmung aus verschiedenen Gründen günstig: Zum einen hat die Gesellschaftsrechtswissenschaft nach Jahrzehnten wissenschaftlicher Blüte eine Phase der Ausreifung erreicht. Ähnlich wie auf ausgereiften Produktmärkten sind einzelne rechtstechnische Verfeinerungen zwar weiterhin vorstellbar, aber es gibt scheinbar nur noch wenig Innovationspotential (*saturiertes Gesellschaftsrecht*). Zum zweiten vollzieht sich im Gesellschaftsrecht gerade ein tiefgreifender Funktionswandel: Das vermeintlich unpolitische Organisationsrecht wird immer häufiger für politische Zwecke in Dienst genommen, von der Geschlechtergerechtigkeit über Menschenrechte bis hin zum Klimaschutz (*transformatives Gesellschaftsrecht*). Zum dritten öffnet sich der Blick allmählich für neue Assoziationsformen: Erwerbsgesellschaften mit ausschließlicher Gewinnorientierung stehen nicht länger allein im Zentrum des Interesses, sondern teilen sich die Aufmerksamkeit mit Sozialunternehmen und Gesellschaftsformen mit dualer Zweckrichtung (*pluralistisches Gesellschaftsrecht*). Damit sind zugleich die drei Kernthemen meines Vortrags genannt, die heute und morgen in einzelnen Abteilungen noch vertieft werden.

II. Aufstieg und Ausreifung der Gesellschaftsrechtswissenschaft

1. Impressionen einer glanzvollen Karriere

Eine eingehende Beschäftigung mit Handelsgesellschaften auf hohem wissenschaftlichem Niveau gab es hierzulande schon vor hundert Jahren. Davon zeugen etwa die gesellschaftsrechtlichen Partien in den großen Handelsrechts-Lehrbüchern von *Wieland* und *Müller-Erzbach*, beide aus dem Jahre 1921,⁹ sowie die außerordentlich gehaltvolle Konzernrechtsdiskussion in der Weimarer Republik.¹⁰

Zu einer eigenständigen Disziplin herangereift ist unser Fach allerdings erst seit den 1960er Jahren, dem „Frühling des Gesellschaftsrechts“,¹¹ wie es *Wiedemann* in seinen nachgelassenen Erinnerungen anschaulich beschreibt. Damit einher ging eine Emanzipation vom Handelsrecht, dem weitläufigen *droit commercial* französischer Prägung, und eine stärkere Konzentration auf genuin gesellschaftsrechtliche Themen. Als Gradmesser des wissenschaftlichen

9 Vgl. MÜLLER-ERZBACH, Handelsrecht, 1. Aufl., 1921, 2./3. Aufl., 1928; WIELAND, Handelsrecht, Erster Band, Die kaufmännischen Unternehmen und die Handelsgesellschaften, 1921.

10 Dazu FLEISCHER, Großkomm. AktG, 4. Aufl., 2019, vor § 311 Rdn. 2 ff.; THIESSEN, ZGR Sonderheft 22, 2020, S. 1 ff.; beide m. w. N.

11 WIEDEMANN, ZGR 2022, 1, 6: „Die Zeit des Wirtschaftswunders in den 60er und 70er Jahren war auch der Frühling des Gesellschaftsrechts als eigenständige Disziplin.“

Fortschritts eignen sich Zahl und Rang der einschlägigen Habilitationsschriften.¹² Insoweit war in den 1960er Jahren mit acht Abhandlungen ein erster Aufwuchs an gesellschaftsrechtlichen Grundlagenarbeiten zu verzeichnen,¹³ die sich tief in die Geschichte des Faches eingeschrieben haben¹⁴ – gefolgt von 19 weiteren Arbeiten in den 1970er Jahren. Nach einer Halbierung in den 1980er Jahren schnellte die Zahl in den 1990er Jahren auf 22 Arbeiten hoch, um in der ersten Dekade des neuen Millenniums den Rekordwert von 43 zu erreichen. Angesichts dessen hatte die Charakterisierung des Gesellschaftsrechts als „hottest game in town“, die ein US-amerikanischer Kollege für das *corporation law* geprägt hat,¹⁵ auch hierzulande ihre volle Berechtigung. Insgesamt hat eine zielgerichtete Suche für den Zeitraum seit den 1940er Jahren bis heute 138 veröffentlichte gesellschaftsrechtliche Habilitationsschriften zu Tage gefördert, die thematisch und methodisch eine enorme Bandbreite abdecken.¹⁶

2. Krisenanzeichen: Übersättigung und Abwanderung

Diese Materialfülle, die durch andere gesellschaftsrechtliche Literaturgattungen noch potenziert wird, nähert sich freilich einem Kipppunkt, an dem eine Übersättigung droht. Dies gilt umso mehr, als sich eine wissenschaftliche Monokultur breitmacht, zu deren Züchtung wir alle beitragen: die Welt der Kommentare. Im späten 19. Jahrhundert waren Kommentare noch eine Domäne von Richtern und Rechtsanwälten.¹⁷ Führende Handelsrechtswissenschaftler jener Zeit, allen voran *Levin Goldschmidt* und *Heinrich Thöl*, widmeten ihr wissenschaftliches Lebenswerk fast ausnahmslos monumentalen Hand- und

12 Ausführlicher zu Folgendem bereits FLEISCHER, ZGR 2022, 191, 196 ff.

13 Dazu auch WIEDEMANN, ZGR 2022, 1, 12: „Der Aufschwung begann mit der Veröffentlichung einschlägiger Habilitationsschriften [...]“

14 Vgl. WIETHÖLTER, Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft im deutschen und amerikanischen Recht, 1961; FABRICIUS, Relativität der Rechtsfähigkeit: ein Beitrag zur Theorie und Praxis des privaten Personenrechts, 1963; ZÖLLNER, Die Schranken mitgliedenschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, 1963; LUTTER, Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG, 1964; WIEDEMANN, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, 1965; GROßFELD, Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär, 1968; T. RAISER, Das Unternehmen als Organisation, 1969; REHBINDER, Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht, 1969.

15 BUXBAUM, 18 Del. J. Corp. L. 867, 868 (1997).

16 Für eine Einzelaufschlüsselung der Forschungsgegenstände und Forschungsmethoden FLEISCHER, ZGR 2022, 191, 201 ff.

17 Näher KÄSTLE-LAMPART, Welt der Kommentare, 2016, S. 217.

Lehrbüchern.¹⁸ Heute sind Kommentare auch unter Gesellschaftsrechtsprofessoren die alles dominierende Literaturgattung¹⁹ – kaum ein Hochschullehrer, der nicht einen eigenen Kommentar oder zumindest eine eigene Kommentierung vorweisen kann. So zählt man im Aktienrecht inzwischen 11 Kommentare, im GmbH-Recht gar deren 17. Aber nicht nur die Anzahl der Kommentare, auch ihr Umfang ist bedrohlich angeschwollen. Dazu nur ein Zahlenbeispiel: In der dritten Auflage des Großkommentars zum Aktiengesetz aus dem Jahre 1973 wurden das Vorstandsrecht auf 179 Seiten und das Recht des Aufsichtsrats auf 151 Seiten erläutert. In der aktuellen fünften Auflage sind dem Vorstand 1.387 Seiten und dem Aufsichtsrat 1.773 Seiten gewidmet – ein schlagender Beleg für die anhaltende Akkumulation und Ausdifferenzierung aktienrechtlichen Wissens.

Diese Kommentarfülle ist für Rechtsanwender, Mitkommentatoren und das gesamte Fach nicht nur Segen, sondern auch Fluch: Beträchtliche Forschungsressourcen, die sich anderwärts produktiver einsetzen ließen, fließen in die Erläuterung des immergleichen Rechtsstoffes. Redundanzen sind so unvermeidlich.²⁰ Die Originalität bleibt tendenziell auf der Strecke, weil Kommentare im Hinblick auf ihre rechtspraktische Verwertbarkeit Sondermeinungen nur in homöopathischen Dosen vertragen.²¹

All dies mündet in einen ambivalenten Zwischenbefund: Das Gesellschaftsrecht hat durch die Denk- und Arbeitskraft mehrerer Forschergenerationen heute ein wissenschaftliches Hochplateau mit eindrucksvollen Tiefblicken er-

18 Vgl. GOLDSCHMIDT, Handbuch des Handelsrechts, 1. Aufl., Bd. 1 Abt. 1, 1864, Abt. 2, 1868; 3. Aufl., Bd. 1 Abt. 1 Lief. 1: Universalgeschichte des Handelsrechts, 1891; THÖL, Das Handelsrecht, Bd. 1, 1. Aufl. 1841, 6. Aufl., 1879; Bd. 2, 1. Aufl., 1847, 4. Aufl., 1878.

19 Dazu HAFERKAMP, JZ 2021, 1050, 1052: „Die wichtigste Literaturgattung ist inzwischen der Kommentar, und es ist kaum möglich, die Kommentierung eines Professors von der eines Rechtsanwalts anhand äußerer Merkmale zu unterscheiden, also etwa einer besonderen Methode, einer anderen Quellenauswahl oder einer irgendwie universitären Fragestellung. Praxis und Theorie verschwimmen. Verbunden mit dieser Annäherung an die Anwaltsperspektive war eine Unterwerfung unter die Gerichtspraxis.“

20 Allgemein dazu auch WISSENSCHAFTSRAT, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland, Drs. 2558-12, November 2012, S. 68: „Seit etwa Mitte der 1990er Jahre ist eine Vermehrung der Kommentierungen zu bereits mehrfach kommentierten Gesetzen zu beobachten. [...] Die überragende gesellschaftliche Bedeutung mancher Gesetze sowie die Notwendigkeit der Meinungspluralität rechtfertigen Mehrfachkommentierungen; die Aufnahmefähigkeit des Buchmarktes allein ist jedoch kein Indiz dafür, dass ein zusätzlicher Kommentar nennenswerten wissenschaftlichen Mehrwert bringt.“

21 Wie hier LEPSIUS, in: Hilgendorf/Schultze-Fielitz (Hrsg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., 2021, S. 53, 74: „Kommentare müssen, um ihrem Anspruch gerecht zu werden, wissenschaftliche Leistungen zügeln; sie verfolgen praktische Verwertbarkeit und keine individuelle Kreativität, die auf Kosten des Rechtssystems geht.“

reicht. Darauf darf die Disziplin mit Recht stolz sein. In jüngerer Zeit konzentrieren sich aber viele, vielleicht zu viele Kräfte auf die Pflege vorhandener Wissensbestände und deren periodische Fortschreibung. Immerhin erfordert das in mancher Hinsicht disruptive MoPeG²² demnächst einen frischen Blick auf das Personengesellschaftsrecht.

Eine unverkennbare Folge der wissenschaftlichen Durchdringung bis in den letzten Winkel besteht in vermehrter akademischer Abwanderung aus dem Kerngesellschaftsrecht. Gerade unter jüngeren Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern scheint der Eindruck vorzuherrschen, hier sei schon alles ausgeforscht und es bleibe nur noch wenig Raum für juristische Neuentdeckungen. Wer wollte es ihnen angesichts der erdrückenden Anzahl gesellschaftsrechtlicher Habilitationsschriften verdenken, die von einschlägigen Doktorarbeiten nochmals um ein Vielfaches übertroffen werden.²³ Das gelobte Land für den akademischen Nachwuchs ist neuerdings das Finanz- und Kapitalmarktrecht, das sich vom Gesellschaftsrecht zunehmend abkoppelt, wie sich ehemals das Gesellschafts- vom Handelsrecht losgelöst hat. Weil die Anzahl an Gerichtsentscheidungen dort vergleichsweise gering ist, ändert sich auch der methodische Zugriff: Nicht die ordnende Sichtung, Systematisierung und Synthetisierung des vorhandenen Fallmaterials ist gefragt, sondern Sachverstand in Regulierungsfragen, rechtlichem Marktdesign und Enforcement-Strategien. Das ist nicht minder anspruchsvoll, aber eine deutliche Abkehr vom klassischen Gesellschaftsrecht.

3. Wege zur Revitalisierung gesellschaftsrechtlicher Forschung

Die Suche nach frischen Forschungsperspektiven ist für die gesellschaftsrechtliche Praxis weniger wichtig; Anwälte, Notare, Unternehmensjuristen und Richter werden durch ein unablässiges Stakkato von Reformgesetzen und neuen Fällen ohnehin auf Trab gehalten. Anders verhält es sich mit der Gesellschaftsrechtswissenschaft, die das Privileg genießt, ihre Themen selbst auszuwählen.²⁴ Sie muss neben Aktualität auch Originalität und Innovationskraft

22 Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, BGBl. I, 2021, S. 3436.

23 Vgl. zum Stichtag Juni 2022: Abhandlungen zum deutschen und europäischen Handels- und Wirtschaftsrecht, Heymanns („orange Reihe“), 248 Bände; Studien zum Handels-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht, Nomos („graue Reihe“), 205 Bände; Abhandlungen zum deutschen und europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, Duncker & Humblot („blaue Reihe“), 204 Bände; Schriften zum Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, Mohr Siebeck („gelbe Reihe“), 105 Bände.

24 Allgemein dazu auch WINDBICHLER, FS Seibert, 2019, S. 1131, 1148: „Rechtswissenschaftler haben die Aufgabe und genießen den Luxus, ohne unmittelbaren Entscheidungs- und Gestaltungsdruck nach Voraussetzungen und Folgen, Grund und Grenzen, Kohärenz und Differenz zu forschen.“

unter Beweis stellen. Als zugkräftige Zukunftsthemen schießen jedermann sofort zwei Herausforderungen in den Sinn, die *von außen* an das Gesellschaftsrecht herangetragen werden: zum einen Digitalisierung und Künstliche Intelligenz, zum anderen die gesamtgesellschaftliche Transformation hin zu mehr Nachhaltigkeit. Zu beiden Themen sind bereits Bäche von Tinte geflossen und reichlichere Ströme werden folgen. Auf Teilaspekte der Digitalisierung²⁵ und die Nachhaltigkeitsdebatte²⁶ ist zurückzukommen.

Aus der *Binnenperspektive* erscheint mir eine Revitalisierung gesellschaftsrechtlicher Forschung vor allem durch stärkere Kontextualisierung vielversprechend. *Gesellschaftsrecht im Kontext* – ein ebenso schillernder wie vieldeutiger Begriff²⁷ – wird hier als Abkürzung für verschiedene Problemzugänge verstanden, denen eines gemeinsam ist: die Einbettung gesellschaftsrechtlicher Normen und Entscheidungen in einen umfassenden historischen, ökonomischen, sozialen und politischen Zusammenhang. Sie verleiht dem Studium verbandsrechtlicher Institutionen eine größere Greifbarkeit und Dynamik. Hierzu gehören etwa mikroskopische Analysen großer Gerichtsentscheidungen²⁸, Gesetzesreformen²⁹ oder Gesellschaftsverträge.³⁰ Zudem könnten *case studies* einzelner Unternehmen, wie sie an den *business schools* seit jeher gang und gäbe sind, auch aus juristischer Sicht wertvolle Erkenntnisse aufschließen.³¹ Ferner fehlen vielerorts trotz verdienstvoller Pionierarbeiten³² noch immer verlässliche Kenntnisse der Rechtstatsachen und des *living law*.³³ Ohne ein klares Bild von der sozialen Wirklichkeit kann man juristische Probleme auch im

25 Näher unten IV 3.

26 Näher unten III 1.

27 Allgemein dazu etwa SELZNICK, *Journal of Law and Society* 30 (2003), 177 unter der Überschrift „Law in Context Revisited“ mit einem Brückenschlag zur Soziologie; weiter ausgreifend TWINING, *Law in Context. Enlarging Disciplines*, 1997.

28 Vgl. hierzulande FLEISCHER/THIESSEN (Hrsg.), *Gesellschaftsrechts-Geschichten*, 2018; international MACEY (Hrsg.), *The Iconic Cases in Corporate Law*, 2008; RAMSEYER (Hrsg.), *Corporate Law Stories*, 2009.

29 Vgl. FLEISCHER (Hrsg.), *Rechtsformneuschöpfungen im in- und ausländischen Gesellschaftsrecht*, 2023; für eine Kurzvorstellung bereits DERS., *NZG* 2022, 49; DERS., *NZG* 2022, 827.

30 Vgl. FLEISCHER/MOCK (Hrsg.), *Große Gesellschaftsverträge aus Geschichte und Gegenwart*, 2021; aus US-amerikanischer Perspektive FRANKENREITER/HWANG/NILI/TALLEY, 170 *U. Penn. L. Rev.* 1, 2 (2021): „In this article, we unveil a novel collection of three decades’ worth of corporate charters for thousands of public companies [...].“

31 Vgl. am Beispiel von Siemens FLEISCHER, *AG* 2019, 481.

32 Vgl. namentlich BAYER (Hrsg.), *Die Aktiengesellschaft im Spiegel der Rechtstatsachenforschung*, 2007; DERS. (Hrsg.), *Aktienrecht in Zahlen*, 2010.

33 Für verdienstvolle Einblicke in unternehmensrechtliche Teilbereiche KUNTZ, *Gestaltung von Kapitalgesellschaften zwischen Freiheit und Zwang*, 2016, am Beispiel von Wagniskapitalvereinbarungen; zuletzt HOPT, *ZHR* 186 (2022), 7 am Beispiel von M&A-Verträgen; demnächst auch KORCH, *Unternehmenskaufverträge*, 2023.

Gesellschaftsrecht nicht lösen, oft nicht einmal erkennen.³⁴ Reflexionstiefe lässt sich überdies durch Behandlung von Querschnittsthemen wie dem Recht der Familienunternehmen³⁵ oder dem Recht der Unternehmensfinanzierung³⁶ gewinnen. Gleiches gilt für dogmen- und ideengeschichtliche Untersuchungen zu zentralen Debatten und Konzepten des Gesellschaftsrechts.³⁷ Hochwillkommen, angesichts der hiesigen Ausbildungs- und Karrierepfade³⁸ aber wohl nur von wenigen zu erwarten, ist schließlich harte sozialwissenschaftliche Forschung zum deutschen Gesellschaftsrecht.³⁹ Insgesamt gilt es für die Gesellschaftsrechtswissenschaft, auch solche Bereiche gründlicher zu bearbeiten, die nicht im Zentrum der Rechtsprechung stehen und daher keine unmittelbare Verwertungsperspektive für den gesellschaftsrechtlichen Alltag versprechen. Dass darunter die unbedingt bewahrenswerte Diskurstradition zwischen Wissenschaft und Praxis⁴⁰ leidet, steht angesichts zahlreicher Berührungspunkte zwischen beiden – auch durch das kommunikative Leitmedium des Kommentars⁴¹ – nicht zu erwarten.

34 Dazu FLEISCHER, in MüKoGmbHG, 4. Aufl., 2022, Einl. Rdn. 201 m. w. N.

35 Grundlegend KALSS/PROBST, Familienunternehmen, 2013.

36 Grundlegend BAUMS, Recht der Unternehmensfinanzierung, 2017.

37 Beispielhaft BUEREN, Short-termism im Aktien- und Kapitalmarktrecht. Ideengeschichte, Rechtsvergleichung, Rechtsökonomie, 2022; ferner FLEISCHER, ZGR 2016, 36: „Die geschlossene Kapitalgesellschaft im Rechtsvergleich. Vorüberlegungen zu einer internationalen Entwicklungs- und Ideengeschichte“; aus englischer Sicht TALBOT, Great Debates in Company Law, 2014; JOHNSTON/TALBOT, Great Debates in Commercial and Corporate Law, 2020.

38 Hierzu und zur gegenwärtigen Praxis der rechtswissenschaftlichen Nachwuchsrekrutierung allgemein GUTMANN, in: Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Hrsg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., 2021, S. 93, 94 mit dem Hinweis auf die händeringende Suche nach „Wissenschaftler/innen, die *lege artis* in den Stollen der Dogmatik arbeiten, zugleich aber mehr und anderes können als dies und imstande sind, mehrere disziplinäre Perspektiven zusammenzubringen.“

39 Für ein Plädoyer, dass Gesellschaftsrechtler selbst verstärkt sozialwissenschaftliche Methoden anwenden, ENGEL, FS Windbichler, 2019, S. 33 unter der Überschrift „Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft – Spurensuche im Jahrgang 2019 der ZGR“; für eine geistreiche Causerie zu Ökonomen und Juristen FORSTMOSER/OGOREK, in: Meyer/Gutbrodt (Hrsg.), Walter Kielholz – Zürcher Weltbürger, 2021, S. 160.

40 Dazu FLEISCHER, NZG 2019, 921, 924 ff.

41 Allgemein dazu KÄSTLE-LAMPART, aaO (Fn. 17), S. 87 und 275; speziell für das Gesellschaftsrecht FLEISCHER, NZG 2019, 921, 927.

III. Rollen und Regelungsziele des Gesellschaftsrechts

1. Vom protektiven über das adaptive zum transformativen Gesellschaftsrecht

Das Gesellschaftsrecht und seine Nachbarfächer werden traditionell nach systematischen Kriterien ein- und abgegrenzt: Gesellschaftsrecht ist das Recht der privaten Zweckverbände,⁴² Handelsrecht das Sonderprivatrecht der Kaufleute⁴³ und Kapitalmarktrecht die Gesamtheit der Normen, die sich mit dem öffentlichen Vertrieb und Umlauf von Finanzinstrumenten befassen.⁴⁴ Über Funktionen und Regelungsziele wird erstaunlich wenig gesprochen. Insoweit gibt es gerade aus evolutorischer Perspektive noch vieles zu erkunden, angefangen damit, was den wissenschaftlichen Fortschritt in unserem Fach eigentlich ausmacht⁴⁵ und wie das „Neue“ in das Gesellschaftsrecht hineinkommt.⁴⁶ Die gesellschaftsrechtliche „Innovationsforschung“ steckt hierzulande⁴⁷ noch in den Kinderschuhen.⁴⁸ Im Folgenden richten sich die Scheinwerfer allein auf den Wandel regulativer Leitideen im Kapitalgesellschafts- und besonders im Aktienrecht. Insoweit lassen sich im Laufe der letzten Jahrzehnte markante Akzentverschiebungen ausmachen.

Lange Zeit stand in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Wissenschaft eine ausgeprägte Schutzperspektive im Vordergrund. Deutlich zutage trat sie insbesondere im Aktiengesetz von 1965 mit seinem systemprägenden Grundsatz

42 Ausführlicher WINDBICHLER, Gesellschaftsrecht, 24. Aufl., 2017, § 1 Rdn. 1: „Gesellschaftsrecht ist das Recht der privatrechtlichen Personenvereinigungen, die zur Erreichung eines bestimmten gemeinsamen Zwecks durch Rechtsgeschäft begründet werden.“

43 So K. SCHMIDT, Handelsrecht, 6. Aufl., 2014, § 1 Rdn. 1.

44 So – verkürzt – POELZIG, Kapitalmarktrecht, 2. Aufl., 2021, Rdn. 4 unter Berufung auf HOPT, ZHR 141 (1977), 389, 431.

45 Fünf mögliche Deutungsmuster bei CHEFFINS, Cambridge L.J. 456, 458 ff. (2004) unter der Überschrift „The Trajectory of (Corporate Law) Scholarship“; allgemein zu der Frage, ob man in der Rechtswissenschaft – in Analogie zu den Naturwissenschaften – überhaupt von Fortschritt reden kann, SALIGER, in Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Hrsg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., 2021, S. 119, 120 f.

46 Erhellend aus strafrechtlicher Sicht SALIGER, aaO (Fn. 45), S. 119; eingehend zu „Gesellschaftsrechts-Innovationen“ demnächst *Fleischer* in einem 2023 erscheinenden FS-Beitrag.

47 Aus internationaler Sicht grundlegend PISTOR/KEINAN/KLEINHEISTERKAMP/WEST, Journal of Comparative Economics 31 (2003), 676 unter der Überschrift „Innovation in corporate law“.

48 Für einen ersten Ansatz FLEISCHER, FS K. Schmidt, 2009, S. 375; unter dem Blickwinkel der Rechtsforminnovationen DERS., NZG 2022, 49; vertiefend DERS., NZG 2022, 827. Stärker ausgearbeitet ist diese Perspektive im öffentlichen Recht; vgl. etwa HOFFMANN-RIEM, Innovation und Recht – Recht und Innovation, 2016; DERS. (Hrsg.), Innovationen im Recht, 2016.

der Satzungsstrenge. § 23 Abs. 5 AktG dient nach allgemeiner Ansicht zuvörderst dem Schutz gegenwärtiger und zukünftiger Aktionäre vor unliebsamen Überraschungen.⁴⁹ Flankiert wurde diese rechtspaternalistische Vorgabe⁵⁰ durch einen verbesserten Individual- und Minderheitenschutz⁵¹ sowie durch einen Außenseiterschutz im Konzern.⁵² Die Rechtsprechung beförderte diese Entwicklung in den 1970er und 1980er Jahren durch Materialisierungstendenzen⁵³ und eine Einkreuzung rechtsethischer Elemente in Leitentscheidungen zum Aktienrecht, besonders prominent im Kali- und Salz-Urteil zur sachlichen Rechtfertigung beim Bezugsrechtsausschluss⁵⁴ und im Linotype-Urteil zur horizontalen Treuepflicht unter Aktionären.⁵⁵ Systematisch ausgearbeitet wurden die verschiedenen Schutzprinzipien in dem großen Lehrbuch von *Wiedemann* aus dem Jahre 1980.⁵⁶ Hinzu kamen etliche „Schutz“-Schriften unter den gesellschaftsrechtlichen Habilitationen, die sich dem Anleger-, Gläubiger-, Kapital- oder Minderheitenschutz verschrieben haben.⁵⁷ Auch die Rechtsharmonisierung in Europa erfolgte von Anfang an unter der Flagge des *protektiven Gesellschaftsrechts*: Art. 50 Abs. 2 lit. g) AEUV, die zentrale Ermächtigungsgrundlage, hält den Richtliniengeber an, die „Schutzbestimmungen“ zu koordinieren, die in den Mitgliedstaaten im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgesehen sind.⁵⁸

Seit den späten 1980er und vollends in den 1990er Jahren ist ein neuer Leitstern am Firmament des Kapitalgesellschaftsrechts aufgegangen: Gestaltungsfreiheit

49 Vgl. KALSS/FLEISCHER, AG 2013, 718, 719; KOCH, AktG, 16. Aufl., 2022, § 23 Rdn. 34, beide m. w. N.

50 Dazu FLEISCHER, ZHR 168 (2004), 673, 687: „Gesellschaftsgründer und Anteilseigner werden durch § 23 Abs. 5 AktG auf ein Prokrustesbett gezwungen, das für individuelle Problemlösungen keinen Raum lässt und durch ein Höchstmaß an Rechtspaternalismus gekennzeichnet ist.“

51 Vgl. Allg. Begründung RegE bei KROPFF, AktG, 1965, S. 15: „Besonderes Augenmerk schenkt der Entwurf entsprechend den oben dargelegten Grundgedanken der Reform auch der Rechtsstellung der einzelnen Aktionäre und der Aktionärsminderheiten.“; S. 17: „Schließlich enthält der Entwurf Vorschriften, durch die den Kleinaktionären und Minderheitsaktionären die Wahrung ihrer Rechte erleichtert wird.“

52 Vgl. Allg. Begründung RegE bei KROPFF, aaO (Fn. 51), S. 17: „Schutz der außenstehenden Aktionäre und Gläubiger“.

53 Dazu WINDBICHLER, FS Singer, 2021, S. 731, 736f.

54 BGHZ 71, 40 aus dem Jahre 1978.

55 BGHZ 103, 184 aus dem Jahre 1988.

56 Vgl. WIEDEMANN, Gesellschaftsrecht, Bd. I, 1980, §§ 7–11: Individualschutz, Minderheitenschutz, Anlegerschutz, Gläubigerinteressen, Arbeitnehmerinteressen.

57 Einzelnachweise bei FLEISCHER, ZGR 2022, 191, 204.

58 Dazu KALSS/KLAMPFL, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2015, E III Rdn. 2: „Zentrales Ziel des Europäischen Gesellschaftsrechts ist gemäß Art. 50 Abs. 2 lit. g EUV der Gesellschafter- und Gläubigerschutz im Rahmen der Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit, soweit er erforderlich ist.“

durch Deregulierung. Ein frühes Sternchen fand sich 1988 in einer von *Horst Albach* und *Marcus Lutter* initiierten Gemeinschaftsstudie unter dem Titel „Deregulierung des Aktienrechts: Das Drei-Stufen-Modell“.⁵⁹ Der Reformgesetzgeber ist dem zwar nicht nähergetreten, wartete seinerseits aber 1994 mit dem Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts⁶⁰ auf. In die gleiche Richtung wies das Jubiläumssymposium zum 25. Geburtstag der ZGR unter dem Generalthema „Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht“.⁶¹ Auch auf Unionsebene suchte man nach Deregulierungsmöglichkeiten und verordnete dem Europäischen Gesellschaftsrecht mit der SLIM-Initiative von 1999⁶² eine Schlankheitskur.⁶³ Im gleichen Jahr läutete der EuGH mit seinem spektakulären *Centros*-Urteil⁶⁴ den Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa ein,⁶⁵ der in vielen nationalen GmbH-Rechten zu einem Rückbau des Kapitalschutzes führte.⁶⁶ Im Recht der verbundenen Unternehmen gewann nach der Jahrtausendwende der Gedanke an Zulauf, dass Konzernrecht nicht nur Schutzfunktionen wahrnimmt, sondern als „enabling law“⁶⁷ auch der Wirtschaftsermöglichung dient.⁶⁸ Konzeptionell ruhen diese einzelnen Entwicklungsstränge auf dem Grundgedanken eines *adaptiven Gesellschaftsrechts*, das den Gesellschaftern die Möglichkeit eröffnet, den gesetzlichen Regelungsrahmen an ihre individuellen Bedürfnisse anzupassen. Damit einher ging eine Zurückdrängung der institutionellen Sichtweise und eine stärkere Betonung der vertragsrechtlichen Perspektive,⁶⁹ inspiriert durch die rechtsökonomische *nexus-of-contract*-Theorie.⁷⁰ Bündig kann man auch

59 ALBACH/CORTE/FRIEDEWALD/LUTTER/RICHTER, Deregulierung des Aktienrechts: Das Drei-Stufen-Modell, 1988.

60 BGBl. I, 1994, S. 1961.

61 LUTTER/WIEDEMANN (Hrsg.), Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, ZGR Sonderheft 13, 1998.

62 Dazu HABERSACK/VERSE, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., 2019, § 4 Rdn. 19.

63 Vgl. STÜHMER, SLIM – eine Schlankheitskur für das EU-Gesellschaftsrecht, 2003.

64 EuGH, Slg. 1999, I-1459 = NJW 1999, 2027.

65 Vgl. FLEISCHER, aaO (Fn. 34), Einl. GmbHG Rdn. 228 ff.

66 Vgl. LUTTER (Hrsg.), Das Kapital in Europa, ZGR Sonderheft 7, 2006.

67 Begriffsprägend für das Konzernrecht TEICHMANN, AG 2013, 184, 189; zustimmend AMSTUTZ, Globale Unternehmensgruppen, 2017, S. 73; MÜLBERT, ZHR 179 (2015), 645, 646.

68 Vgl. FLEISCHER, aaO (Fn. 10), § 311 AktG Rdn. 53.

69 Näher zur „théorie contractuelle“ der Gesellschaft aus französischer und deutscher Sicht FLEISCHER, ZGR 2018, 703, 718 ff.

70 Grundlegend JENSEN/MECKLING, Journal of Financial Economics 3 (1976), 305, 310: „It is important to recognize that most organizations are simply legal fictions which serve as a nexus for a set of contracting relationships among individuals.“; einflussreich auch EASTERBROOK/FISCHEL, 89 Colum. L. Rev. 1416 (1989) unter der Überschrift „The Corporate Contract“.

von einem *contractual turn* des Gesellschaftsrechts sprechen.⁷¹ Diese Phase fand mit der Finanzmarktkrise von 2008 ein abruptes Ende.

Seit einigen Jahren sieht sich das Aktiengesetz einem abermaligen Funktionswandel ausgesetzt, diesmal vom indifferenten Organisationsrecht zum *Katalysator der Gesellschaftspolitik*.⁷² Entgegen mancher Beteuerungen war das Gesellschaftsrecht zwar nie ganz unpolitisch,⁷³ wie die Grabenkämpfe um das Mitbestimmungsgesetz von 1976 schlagend belegen.⁷⁴ Ebenso beruhen etwa die positivrechtlichen Setzungen der Haftungsbeschränkung und des kapitalgesellschaftsrechtlichen Mehrheitsprinzips auf bestimmten rechts- und wirtschaftspolitischen Prämissen, deren weltanschauliche Heimat im marktliberalen Denken sich kaum verleugnen lässt.⁷⁵ Die Häufigkeit gesellschaftspolitisch motivierter Eingriffe der Politik in das Gesellschaftsrecht hat allerdings merklich zugenommen.⁷⁶ In diese Reihe gehören zunächst die Eingriffe in die Organvergütung vom VorstOG⁷⁷ über das VorstAG⁷⁸ bis hin zum ARUG II,⁷⁹ die im Kern keinen unternehmensspezifischen, sondern einen allgemein-politischen Hintergrund haben.⁸⁰ Gleiches gilt für die Vorgaben zur Geschlechter-

71 So die Überschrift von KLAGES, *Socio-Economic Review* 11 (2013), 159: „The contractual turn: how legal experts shaped corporate governance in Germany“; aufgegriffen von FLEISCHER, ZGR 2018, 703, 720.

72 So zum schweizerischen Recht KUNZ, SZW 2018, 253 unter der Überschrift „Funktion (en) des Aktienrechts – vom Organisationsrecht zum Katalysator der Gesellschaftspolitik?“.

73 Vgl. FLEISCHER, DB 2022, 37, 38; ebenso SEIBERT, in VOGT/Fleischer/Kalss (Hrsg.) *Protagonisten des Gesellschaftsrechts*, 2020, S. 169, 171; von einem „auf Neutralität fokussierten Organisationsrecht“ spricht demgegenüber KUNZ, *recht* 2021, 195, 196.

74 Zur gesellschaftspolitischen Motivation Begr. RegE MitbestG, BT-Drucks. 7/2112, S. 17; aus der Rechtsprechung BVerfGE 50, 290, 350f.

75 Ähnlich für die Zulassung der Kapitalgesellschaft mit Haftungsbeschränkung SEIBERT, aaO (Fn. 73), S. 169, 171: „politische Entscheidung für ein kapitalistisch-marktwirtschaftliches auf freies Unternehmertum setzendes System“.

76 So auch der Befund von SEIBERT, aaO (Fn. 73), S. 169, 171; gleichsinnig HABERSACK, *Staatliche und halbstaatliche Eingriffe in die Unternehmensführung*, Gutachten E zum 69. DJT 2021, E 33: „Als ein Phänomen ‚moderner‘ Gesetzgebung lässt sich die zunehmende Indienstnahme der Aktiengesellschaft, speziell der börsennotierten, für gesellschaftspolitische Anliegen ausmachen.“; aus schweizerischer Sicht auch KUNZ, *recht* 2021, 195, 200f.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 12. Aufl., 2018, § 10 Rdn. 253ff. unter der Zwischenüberschrift „Das Gesellschaftsrecht als Vehikel zur Umsetzung gesellschaftspolitischer Anliegen“.

77 *Vorstandsvergütungs-Offenlegungsgesetz vom 3.8.2005*, BGBl. I, S. 2267.

78 *Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung vom 31.7.2009*, BGBl. I, S. 2509.

79 *Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie vom 12.1.2019*, BGBl. I, S. 2637.

80 Ebenso SEIBERT, aaO (Fn. 73), S. 169, 173: „Es wird die Schere von Arm und Reich beklagt, ein Auseinanderbrechen des gesellschaftlichen Konsenses. Es wird befürchtet, dass die Zustimmung zum Gesamtsystem darunter leiden werde.“

gerechtigkeit durch das FÜPoG I⁸¹ und das FÜPoG II⁸².⁸³ Weitere lenkende Eingriffe in das Gesellschaftsrecht beruhen auf der Corporate-Social-Responsibility-Regulierung in Deutschland⁸⁴ und Europa⁸⁵ und – mittelbar – auf dem neuen LkSG⁸⁶ zur Verhinderung menschenrechtlicher und umweltbezogener Risiken in Lieferketten. Zusätzliche Maßnahmen eines *transformativen Gesellschaftsrechts*, vor allem im Hinblick auf den Schutz von Menschenrechten und Umwelt sowie den Klimaschutz,⁸⁷ stehen mit dem Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Corporate-Sustainability-Due-Diligence-Richtlinie vom Februar 2022⁸⁸ schon vor der Tür.⁸⁹

2. Positive Erklärungen für diesen Rollenwandel

Die Gründe für diesen *transformative turn* sind vielschichtig und führen uns abermals die Notwendigkeit einer stärkeren Kontextualisierung des Gesellschaftsrechts vor Augen, die auch ökonomische, politikwissenschaftliche und soziologische Perspektiven einschließt. Wenig erhellend sind insoweit die Gesetzesmaterialien zur Frauenquote⁹⁰ und zur Lieferkettenverantwor-

81 Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst vom 24.4.2015, BGBl. I, S. 642.

82 Gesetz zur Ergänzung und Änderung der Regelungen für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst vom 7.8.2021, BGBl. I, S. 3311.

83 Ebenso SEIBERT, aaO (Fn. 73), S. 169, 172: „überwiegend gesellschaftspolitisches Anliegen [...], wobei die gesellschaftsrechtlichen Argumente und betriebswirtschaftlichen Vorteile für die Unternehmen als vorgeschobene Begründung benutzt worden sind, um die gesellschaftspolitische Motivation zu kaschieren.“; gleichsinnig WINDBICHLER, FS Seibert, 2019, S. 1131, 1138: „gesellschaftsrechtlicher Deckmantel“.

84 CSR-Richtlinie-Umsetzungsgesetz vom 11.4.2017, BGBl. I, S. 802.

85 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2013/34/EU, 2004/109/EG und 2006/43/EG und der Verordnung (EU) Nr. 537/2014 hinsichtlich der Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen, COM(2021) 189 final; dazu NIETSCH, ZIP 2022, 449; vorläufige Einigung zwischen Rat und Europäischer Kommission vom 29.6.2022.

86 Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz vom 16.7.2021, BGBl. I, S. 2959.

87 Zum Klimaschutz im Gesellschafts-, Bilanz- und Kapitalmarktrecht FLEISCHER, DB 2022, 37; speziell zum Kapitalmarktrecht KLÖHN/JOCHMANN, KlimaRZ 2022, 12.

88 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit, COM(2022) 71 final.

89 Erste Einordnungen von BETTERMANN/HOES, WM 2022, 697; HÜBNER/HABRICH/WELLER, NZG 2022, 644; JUNG, GPR 2022, 109; LUTZ-BACHMANN/VORBECK/WENGENROTH, BB 2022, 835; NIETSCH/WIEDMANN, CCZ 2022, 125; SPINDLER, ZIP 2022, 765.

90 Vgl. Begr. RegE FÜPoG I, BT-Drucks. 18/3784, S. 1: „Die von politischer Seite initiierten freiwilligen Selbstverpflichtungen der Unternehmen haben nicht die gewünschte

tung,⁹¹ die beide auf gescheiterte Versuche der Selbstregulierung verweisen. Das ist zwar richtig, kratzt aber nur an der Oberfläche. Man kommt den wahren Motiven näher, wenn man sich die Grundfunktion des Rechts gegenwärtig, zur Stabilisierung normativer Erwartungen beizutragen.⁹² In den letzten Jahren hat sich die gesellschaftliche Erwartungshaltung an unternehmerische Tätigkeit grundlegend verändert, und sie wird sich künftig mit dem wachsenden Einfluss der Millennials (Generation Y) und Post-Millennials (Generation Z) weiter verändern.⁹³ Hierin spiegelt sich auch die vermehrte Unzufriedenheit einer breiteren Öffentlichkeit mit einzelnen Auswüchsen des modernen Kapitalismus vor und nach der Finanzmarktkrise.⁹⁴ Bei diesem Wertewandel handelt es sich keineswegs um einen rein nationalen Trend, sondern um ein globales Phänomen. Maßgebliche Regelungsimpulse wie die UN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte oder die OECD-Leitsätze für multinationale Unternehmen stammen immer häufiger von internationalen Organisationen oder Standardsetzern.⁹⁵ Auch gesellschaftsrechtliche Vorschriften zur Frauenquote in Verwaltungsorganen gibt es inzwischen in vielen Ländern⁹⁶ und demnächst wohl auch auf Unionsebene.⁹⁷

Die Wahl des Gesellschaftsrechts als Instrument zur sozialen Umsteuerung beruht einmal auf der hohen Sichtbarkeit von Großunternehmen („Leuchtturmunternehmen“⁹⁸), verfolgt also expressive Regelungszwecke. Darüber hinaus gelten gesellschaftsrechtliche Vorschriften wegen der enormen wirt-

Wirkung erzielt und zu keiner nennenswerten Erhöhung des Frauenanteils an Führungspositionen geführt.“

91 Vgl. Begr. RegE LkSG, BT-Drucks. 19/28694, S. 1 f.

92 Grundlegend LUHMANN, Das Recht der Gesellschaft, 1995, S. 131; zur Erwartungsstabilisierung als Funktion des Rechts auch HABERMAS, Faktizität und Geltung, 1998, S. 247; aus der Lehrbuchliteratur BAER, Rechtssoziologie, 4. Aufl., 2021, § 4 Rdn. 103.

93 Eingehend dazu BARZUZA/CURTIS/WEBBER, 93 S. Cal. L. Rev. 1243, 1283 ff. (2020); vertiefend *dies.*, The Millennial Corporation, September 2021, ssrn.com/abstract=3918443.

94 Theoretisch aufgearbeitet von PISTOR, The Code of Capital, 2019; kritisch dazu SCHÄFER, *RabelsZ* 85 (2021), 854; Replik von PISTOR, *RabelsZ* 85 (2021), 876.

95 Zu diesem „Rise of International Corporate Law“ PARGENDLER, 98 Wash. U. L. Rev. 1765 (2021).

96 Zuerst in Norwegen; vgl. Lov 19.12.2003 nr. 120; vgl. den Sammelband von MACHOLD et al. (eds.), *Getting Woman on to Corporate Boards: A Snowball Starting in Norway*, 2013; rechtsvergleichend KAMALNATH, *Legal and Market Initiatives to Increase Diversity in Corporations – A Cross-Jurisdictional Analysis*, 46 Seattle U. L. Rev. 2022, vorab unter ssrn.com/abstract=4134891.

97 Vgl. Rat der EU, Pressemitteilung vom 14.3.2022: „Die Mitgliedstaaten legen eine allgemeine Ausrichtung zu einer europäischen Richtlinie für eine ausgewogenere Vertretung von Frauen und Männern in Leitungsorganen von Unternehmen fest“; kritisch dazu The European Company Law Experts Group, *GesRZ* 2022, 75.

98 Begr. RegE FÜPoG II, BT-Drucks. 19/26689, S. 84.

schaftlichen Bedeutung von Großunternehmen als wirksame Transmissionsriemen auch über Ländergrenzen hinweg. Außerdem ist die Indienstnahme Privater für gesellschaftspolitische Belange aus Sicht des Gesetzgebers vermeintlich einfacher und kostengünstiger. Schließlich hat sich die frühere Scheu vor einem Rückgriff auf das Privatrecht als Regulierungsinstrument längst verflüchtigt.⁹⁹ Regulatorisches Gesellschaftsrecht ist heute nur eine von vielen Ausprägungen der Verhaltenssteuerung mittels Privatrechts.¹⁰⁰

3. Normative Einschätzungen

Über die normative Bewertung dieses tiefgreifenden gesellschaftsrechtlichen Funktionswandels gehen die Auffassungen weit auseinander.

a) Traditionelles Selbstverständnis des Gesellschaftsrechts

Die hergebrachte Lehre¹⁰¹ stemmt sich vehement gegen eine Indienstnahme des Gesellschaftsrechts für sozial- oder wirtschaftspolitische Ziele.¹⁰² Sie stützt sich dabei teils auf Privatautonomie und Vertragsfreiheit¹⁰³, teils auf ordnungspolitische Erwägungen¹⁰⁴, teils auf drohende Fehlsteuerungen und empfindli-

99 Monographische Aufarbeitung bei HELLGARDT, *Regulierung und Privatrecht*, 2016.

100 Zu regulatorischen Elementen im Sonderprivatrecht (Handels-, Arbeits-, Gesellschafts-, Wettbewerbs-, Versicherungs- und Kapitalmarktrecht sowie Recht des geistigen Eigentums) HELLGARDT, aaO (Fn. 99), S. 165.

101 Vgl. bereits K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 4. Aufl., 2002, § 5 III 3 a, S. 120: „Deshalb bestehen Bedenken gegen jede Methode, die das Gesellschaftsrecht in den Dienst sozial- und wirtschaftspolitischer Zielvorgaben zu stellen und aus ihnen die Grenzen der Vertragsfreiheit abzulesen sucht. So unbestreitbar sich die Sozial- und Wirtschaftsordnung eines Landes im Gesellschaftsrecht widerspiegelt, so bedenklich ist es, das Gesellschaftsrecht zum Vehikel politischer Ziele zu erklären und diesen Zielen über das Gesellschaftsrecht Rechtsverbindlichkeit zu verleihen.“

102 Vgl. HABERSACK, aaO (Fn. 76), Gutachten E für den 69. DJT, E 33 ff., E 100 (Zusammenfassung); MERKT, ZGR 2016, 201, 203; RICHTER, ZHR 177 (2013), 577, 588 ff., 618 (Zusammenfassung); WINDBICHLER, aaO (Fn. 24), S. 1131, 1144 ff.; DIES., aaO (Fn. 53), S. 731, 743 f.; kritisch mit Blick auf die Nachhaltigkeitsdebatte auch EKKENGA/SCHIRRMACHER/SCHNEIDER, NJW 2021, 1509; SPINDLER, NZG 2021, 993; aus schweizerischer Sicht ferner KUNZ, SZW 2018, 253, 263 f.

103 So etwa K. SCHMIDT, aaO (Fn. 101), § 5 III 3 a, S. 120; in diese Richtung auch MERKT, ZGR 2016, 201, 203.

104 So etwa RICHTER, ZHR 177 (2013), 577, 618: „Dem Bild der Marktwirtschaft als Wirtschaftsordnung mit dezentraler Entscheidungsfindung entspräche es besser, auf allzu viele inhaltliche Vorgaben zu verzichten, mögen sie sogar demokratisch legitimiert sein.“

che Störungen für die Austarierung der verschiedenen Interessen im multi-polaren Gesellschaftsrecht¹⁰⁵.

Zu ihren Gunsten kann man auf die klassische Arbeitsteilung zwischen Gesellschaftsrecht und öffentlichem Recht verweisen.¹⁰⁶ Nach traditionellem Selbstverständnis beschränkt sich die Regelungsaufgabe des Gesellschaftsrechts auf die Bereitstellung eines leistungsfähigen Organisationsrahmens zur Verfolgung und Finanzierung eines gemeinsamen (Erwerbs-)Zwecks.¹⁰⁷ Demgegenüber wird die Förderung von Gemeinwohlbelangen zuvörderst dem öffentlichen Recht zugewiesen, dessen Regelungen für alle Unternehmen gleichermaßen gelten. Den gesellschaftsrechtlichen Hebel bietet die sog. Legalitätspflicht im Rahmen des § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG, nach der jedes Vorstandsmitglied dafür sorgen muss, dass die Gesellschaft alle sie betreffenden Rechtsvorschriften im Außenverhältnis einhält.¹⁰⁸ Diese intradisziplinäre Arbeitsteilung zwischen öffentlichem Recht und Gesellschaftsrecht bildet keine deutsche Besonderheit, sondern ist als „Public/Private Divide“ international weit verbreitet, auch und gerade in den Vereinigten Staaten.¹⁰⁹

Ergänzt wird diese traditionelle Zweiteilung durch eine weitere funktionale Spezialisierung innerhalb der einzelnen juristischen Teildisziplinen, von der man sich eine zielgenauere Verhaltenssteuerung und damit beträchtliche Effizienzgewinne verspricht. In diesem rechtsökonomischen Erklärungsmodell dient Gesellschaftsrecht allein der Reduzierung von Agenturkosten und dem Schutz der Anteilseigner, während Umverteilungsziele dem Steuer- und Sozialsystem¹¹⁰ und die Bekämpfung negativer Externalitäten dem Umwelt-, Arbeits- oder Deliktsrecht¹¹¹ überantwortet werden. Diese Modularisierung nach

105 So etwa WINDBICHLER, FS Singer, 2021, S. 731, 744.

106 Zu Folgendem bereits FLEISCHER, DB 2022, 37f.

107 Vgl. etwa KUNZ, SZW 2018, 253, 257: „M. E. kann de lege lata das Gesellschaftsrecht im Allgemeinen sowie das Aktienrecht im Besonderen als sog. *Organisationsrecht* qualifiziert werden. Der aktienrechtliche Primärzweck besteht darin, etwas trivialisiert, als Rahmenordnung die möglichst effiziente Organisation von AG zu ermöglichen.“

108 Vgl. BGHZ 194, 26 Rdn. 22; BGH NJW 2011, 88 Rdn. 37; FLEISCHER, in BeckOGK AktG, Stand: 1.2.2022, § 93 Rdn. 28.

109 Vgl. BENJAMIN, 2020 Utah L. Rev. 313, 323: „Corporate law is traditionally designed to focus on shareholders and profit-making, with non-shareholders being relegated to the realm of environmental law or some other non-corporate legal arena. Environmental issues, including climate change, are traditionally viewed as beyond the responsibility and remit of corporate law.“; gleichsinnig LIGHT, 71 Stan L. Rev. 137, 140 (2019).

110 Vgl. KAPLOW/SHAVELL, 23 J. Legal Stud. 667 (1994).

111 Vgl. BAINBRIDGE, Corporation Law and Economics, 2002, § 9.3, S. 425: „Corporate conduct doubtless generates negative externalities. In appropriate cases, such externalities should be constrained through general welfare legislation, tort litigation and other forms of regulation.“; gleichsinnig PARGENDLER, 98 Wash. U. L. Rev. 1765, 1769 (2021): „In the orthodox law and economics view, these externalities should be addressed

dem Motto „one function per field“ sorgt zugleich für eine erhebliche Komplexitätsreduktion.¹¹² Auf das Aktienrecht übertragen, leitet die herkömmliche *law-and-economics*-Literatur hieraus einen Vorrang der Anteilseignerinteressen ab, als dessen Vordenker man – zu Recht oder zu Unrecht¹¹³ – den Nobelpreisträger *Milton Friedman* anzuführen pflegt: „The business of business is business“.¹¹⁴ Die US-amerikanische Spruchpraxis, namentlich in Delaware, folgt dem bis heute.¹¹⁵ Hierzulande hält die h.M. im Rahmen des § 76 Abs. 1 AktG zwar an einer interessenpluralen Zielkonzeption für den Vorstand fest,¹¹⁶ doch stehen auch ihre Befürworter einer Indienstnahme des Gesellschaftsrechts für sozialpolitische Zwecke durchaus kritisch gegenüber.¹¹⁷

b) Vordringende Gegenansicht

Dieses traditionelle gesellschaftsrechtliche „Reinheitsgebot“¹¹⁸ wird in jüngerer Zeit zunehmend in Zweifel gezogen. Der Gegenentwurf eines stärker gemeinwohlorientierten Gesellschaftsrechts stützt sich bisher weniger auf eine ausgearbeitete Großtheorie als vielmehr auf verstreute Gedankensplitter, die man erst mühsam zusammentragen muss. Ein Begründungsstrang reicht zurück zu *Rathenaus* einflussreicher Schrift „Vom Aktienwesen“ aus dem Jahre 1917 mit ihrer Betonung der überprivatrechtlichen Erheblichkeit von Großunternehmen.¹¹⁹

through regulations from legal fields other than corporate law, such as financial regulation, environmental law, labor law, and tort law, among others.“; ferner ENRIQUES, in Kraakman et al., *The Anatomy of Corporate Law*, 3. Aufl., 2017, S. 79, 93.

112 Dazu PARGENDLER, 45 J. Corp. L. 953, 971 (2020).

113 Vgl. einerseits HART/ZINGALES, 2 J. L. Fin. & Acct. 247, 248 (2017): „providing the intellectual foundation for the ‘shareholder value’ revolution“; andererseits CHEFFINS, 98 Wash. Univ. L. Rev. 1607 (2021) unter der Überschrift „Stop Blaming Milton Friedman!“.

114 Dazu FRIEDMAN, *The Social Responsibility of Business is to Increase Its Profits*, *New York Times Magazine*, September 13, 1970, S. 32; dies im Kern verteidigend aus anthropologischer Sicht jüngst HERTZ, *J. Legal Anthropology* 4 (2020), 110f.

115 Vgl. *eBay Domestic Holdings, Inc. v. Newmark*, 16 A.3d 1, 35 (Del. Ch. 2010): „Directors of a for-profit Delaware corporation cannot deploy a [policy] to defend a business strategy that openly eschews stockholder wealth maximization – at least not consistently with the directors’ fiduciary duties under Delaware law.“

116 Vgl. etwa KOCH, aaO (Fn 49), § 76 AktG Rdn. 28 m. w. N.; kritisch dazu FLEISCHER, aaO (Fn. 108), § 76 AktG Rdn. 36 ff.

117 Vgl. etwa HABERSACK, aaO (Fn. 76), Gutachten E für den 69. DJT 2012, E 15 ff., E 33 ff. m. w. N.

118 FLEISCHER, DB 2022, 37, 38.

119 RATHENAU, *Vom Aktienwesen. Eine geschäftliche Betrachtung*, 1917, S. 38f. mit folgendem Schlüsselsatz: „[D]ie Großunternehmung ist heute überhaupt nicht mehr lediglich ein Gebilde privatrechtlicher Interessen, sie ist vielmehr, sowohl einzeln wie in ihrer Gesamtzahl, ein nationalwirtschaftlicher, der Gesamtheit angehöriger Faktor, der

Teilelemente dieser Lehre vom „Unternehmen an sich“ fanden ihren Weg in der Gemeinwohlformel des Aktiengesetzes von 1937.¹²⁰ Unter Geltung des Grundgesetzes leiten manche Literaturstimmen eine Gemeinwohlbindung der AG aus der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie ab. Ihnen zufolge gebietet die Sozialpflichtigkeit des Eigentums nach Art. 14 Abs. 2 GG, dass der Vorstand auch Allgemeininteressen wahrt und aktiv fördert.¹²¹ Hinzu kommen neuerdings vermehrt Stellungnahmen, die eine besondere Gemeinwohlverantwortung von Kapitalgesellschaften mit der Nutzung staatlicher Infrastruktur begründen¹²² oder – auch unter Hinweis auf die Aktienrechtsgeschichte – als *quid pro quo* für Inkorporierung und Haftungsbeschränkung konzeptualisieren.¹²³ Schließlich beflügelt die neue Leitidee eines nachhaltigen Kapitalismus („sustainable capitalism“)¹²⁴ auch und gerade staatliche Eingriffe in das Gesellschaftsrecht.

c) Fünf Einzelbeobachtungen

Eine umfassende Würdigung dieser konträren Positionen kann auf gedrängtem Raum kaum gelingen. Stattdessen müssen fünf Einzelbeobachtungen genügen. Erstens ist nüchtern zu konstatieren, dass eine Rückkehr zum gesellschaftsrechtlichen Reinheitsgebot früherer Tage in absehbarer Zeit kaum zu erwarten ist. Systematische Einwände *sub specie* rechtswissenschaftlicher Fächereinteilung vermögen einen festen gesellschaftspolitischen Gestaltungswillen nicht aus dem Feld zu schlagen. „Politisches Gesellschaftsrecht“¹²⁵ und die

zwar aus seiner Herkunft, zu Recht oder zu Unrecht, noch die privatrechtlichen Züge des reinen Erwerbsunternehmens trägt, während er längst und in steigendem Maße öffentlichen Interessen dienstbar geworden ist, und hierdurch sich ein neues Daseinsrecht geschaffen hat.“; rückblickend dazu und zu diesem Werk anlässlich des 100. Jahrestages seines Erscheinens FLEISCHER, JZ 2017, 991.

- 120 Vgl. GROSSMANN, Unternehmensziele im Aktienrecht, 1980, S. 148f.; zweifelnd BERGMANN, ZHR 105 (1938), 1, 6.
- 121 In diesem Sinne BAAS, Leitungsmacht und Gemeinwohlbindung der AG, 1976, S. 79ff.; RITTNER, FS Gefßler, 1971, S. 139, 146ff.; SCHMIDT-LEITHOFF, Die Verantwortung der Unternehmensleitung, 1989, S. 155 ff.
- 122 Vgl. HSIEH/MEYER/RODIN/T KLOOSTER, J. British Academy 6 (2018), 49, 58: „Corporations rely on social resources and infrastructure for their existence and continued operation. Their existence is only possible through a societal licence and continued support. In return, the operations of the corporation should have sufficient value for the society in which they operate.“
- 123 Vgl. JOHNSON, in Wells (Hrsg.), Handbook on the History of Corporate and Company Law, 2018, S. 570, 580.
- 124 Vgl. etwa MUNGER, Is Capitalism Sustainable?, 2019; grundlegend GORE/BLOOD, A Manifesto for Sustainable Capitalism: How Businesses Can Embrace Environmental, Social and Governance Metrics, Wall St. J., 14.12.2011.
- 125 LEYDECKER/BAHLINGER, NZG 2020, 1212.

„politicization of the corporation“¹²⁶ werden daher wohl auch in Zukunft unsere Wegbegleiter bleiben. Der Wandel zum transformativen Gesellschaftsrecht ist voraussichtlich keine vorübergehende Erscheinung des Zeitgeistes, sondern Zeichen einer dauerhaften Zeitenwende.

Zweitens dürfte der gesellschaftliche Wertewandel hin zu mehr Nachhaltigkeit auch ohne direkte gesetzgeberische Eingriffe Fernwirkungen auf das Gesellschaftsrecht zeitigen. In dem Maße, in dem Aktionäre Nachhaltigkeitsbelangen und sonstigen sozialen Zielen eine ranghohe Stelle in ihrer eigenen Präferenzordnung einräumen,¹²⁷ wird die aktienrechtliche Ewigkeitsdebatte zwischen *shareholder value* und *stakeholder value*¹²⁸ an Schärfe verlieren. Aktionärs- und Gemeinwohlintereessen laufen insoweit gleich.¹²⁹ Anschauungsmaterial dafür bietet die aktuelle Klimaschutzdebatte.¹³⁰

Drittens können gesellschaftsrechtliche Steuerungsinstrumente und Wirkungskanäle zur Förderung von Gemeinwohlintereessen im Einzelfall durchaus sinnvoll und zielführend sein.¹³¹ Dies gilt insbesondere dann, wenn der öffentlich-rechtliche Regelungsrahmen nicht ausreicht, sei es, weil einflussreiche Lobbygruppen eine direkte Regulierung verhindern¹³² oder weil aufgrund der globalen Problemdimension unweigerlich Governance-Lücken auftreten.¹³³ Unter diesen Voraussetzungen wird der Rückgriff auf gesellschaftsrechtliche Regulierungsinstrumente auch von führenden Ökonomen gutgeheißen¹³⁴ und von der *law-and-economics*-Literatur akzeptiert.¹³⁵

126 ILMONEN, EBLR 32 (2021), 817, 819; zuvor bereits PALAZZO/SCHERER, *Academy of Mgmt. Rev.* 33 (2008), 773.

127 Näher HART/ZINGALES, 2 J. L. Fin. & Acct. 247, 248 ff. (2017); DIES., *The New Corporate Governance*, April 2022, ssrn.com/abstract=4087738, S. 15 ff. zu „socially responsible shareholders“; s. auch SCHÖN, *ZfPW* 2022, 207, 226 f.

128 Dazu FLEISCHER: aaO (Fn. 108), § 76 AktG Rdn. 29 ff. m. w. N.

129 Wie hier HARBARTH, FS Ebke, 2021, S. 307, 323; von einem „natürlichen Gleichlauf von Aktionärs- und Gemeinwohlintereessen“ spricht schon SCHÖN, *ZHR* 180 (2016), 279, 285.

130 Vgl. FLEISCHER, *DB* 2022, 37; KLÖHN/JOCHMANN, *KlimaRZ* 2022, 17.

131 Dazu am Beispiel des Klimaschutzes FLEISCHER, *DB* 2022, 37, 38 ff.

132 Vgl. ILMONEN, EBLR 32 (2021), 817, 824: „Political systems are often deemed susceptible to corporate interests due to economic influence through lobbying and campaign financing, for example.“

133 Vgl. PACCES, *Will the EU Taxonomy Regulation Foster a Sustainable Corporate Governance?*, November 2021, ssrn.com/abstract=3040375, S. 4: „interjurisdictional externalities“; allgemein auch Pargendler, 98 *Wash. U. L. Rev.* 1765, 1801 (2021): „governance gaps created by globalization“.

134 Vgl. etwa HART/ZINGALES, 2 J. L. Fin. & Acct. 247, 249 (2017): „If political change is hard to achieve, action at the corporate level is a reasonable substitute.“; eingehend schon BÉNABOU/TIROLE, *Economica* 77 (2010), 1; ferner ELHAUGE, 80 *N.Y.U. L. Rev.* 733, 791 (2005).

135 Vgl. etwa ENRIQUES *et al.*, aaO (Fn. 111), S. 79, 93: „Such an approach may be necessitated when – owing to regulators’ information gaps or to successful industry lobbying –

Viertens ist die öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Herkunft einer Regulierungsmaßnahme weniger wichtig als ihre voraussichtliche Wirksamkeit. Überall dort, wo der Gesetzgeber zur Förderung gesellschaftspolitischer Ziele tätig wird, stellen sich im Kern dieselben Fragen: Wie steht es um die Zielgenauigkeit der vorgeschlagenen Regelungen, welche Rechtssetzungs-, Rechtsdurchsetzungs- und Rechtsbefolgungskosten fallen an und mit welchen unerwünschten Nebenwirkungen ist zu rechnen?¹³⁶ Hinsichtlich aller dieser Fragen steht dem Gesetzgeber kein „Irrationalitätsprivileg der Politik“¹³⁷ zu, sondern nur, aber immerhin eine Einschätzungsprärogative¹³⁸. An dieser Plausibilisierungslast, idealerweise am Kriterium der Evidenzbasierung¹³⁹, müssen sich auch die zahlreichen Vorschläge zur Verbesserung der Nachhaltigkeit im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht messen lassen, die gegenwärtig wie Pilze aus dem Boden schießen.¹⁴⁰ Soweit sie dem Vorstand eine Abwägung divergierender Einzel- und Gruppeninteressen abverlangen, erweist sich das Fehlen eines eindeutigen normativen Entscheidungskriteriums nach wie vor als Achillesferse.¹⁴¹ Ohne eine klare Zielfunktion im Rahmen des § 76 Abs. 1 AktG vergrößern sich die diskretionären Handlungsspielräume des Vorstands und schrumpft seine Rechenschaftspflicht: Ein Diener vieler Herren ist am Ende aller ledig und niemandem mehr verantwortlich.¹⁴²

more direct regulatory responses to externalities and other social problems are not feasible.“

136 Zu dieser analytischen Auffächerung HELLGARDT, aaO (Fn. 99), S. 565 ff.

137 Begriff: DREIER, Bioethik: Politik und Verfassung, 2013, S. 81; ähnlich RIXEN, JöR 61 (2013), 525: „Irrationalität demokratischer Rechtsetzung“.

138 Monographisch BIRKENBACH, Die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, 2014; ferner RUF, Die legislative Prognose. Verfassungsrechtliche Prognosepflicht im Rationalitätskonzept des Grundgesetzes, 2021.

139 Vgl. den griffigen Titel von HAMANN, Evidenzbasierte Jurisprudenz, 2014; dazu STÖHR, AcP 217 (2017), 144; kritisch FLECKNER, RabelsZ 82 (2018), 471.

140 Fundamentalkritik bei EKKENGA/SCHIRRMACHER/SCHNEIDER, NJW 2021, 1509, 1512 Rdn. 17.

141 Kritisch mit Blick auf den Klimaschutz SPINDLER, NZG 2021, 993, 994: „Will man den Klimaschutz als ökologisches Ziel in den Geschäftsleiterpflichten verankern, stellt sich unwillkürlich die Frage nach den Maßstäben, die einzuhalten sind [...]; würde man ‚weiche‘ Ziele genügen lassen, entstünde die Gefahr, dass eine Geschäftsleitung sich stets auf eines der konkurrierenden Ziele berufen kann, wie es schon im Rahmen des Unternehmensinteresses befürchtet wurde.“; pointiert auch MILLER, 77 Bus. Law. 2022, vorab unter ssrn.com/abstract/4032539: „The fact remains, however, that the stakeholder model of corporate governance lacks any internal normative criteria by which business decisions may be evaluated as better or worse, right or wrong. [...] As a result, the model remains an empty vessel for whatever political or moral agenda may command sufficient support to be implemented, whether the agenda is wise and good or foolish and wicked.“

142 Vgl. MATTHÄUS 6,24: „Niemand kann zwei Herren dienen [...]“; LUKAS 16,12: „Kein Hausknecht kann zwei Herren dienen.“

Fünftens verdient Hervorhebung, dass das Pochen auf ein spezifisch gesellschaftsrechtliches Proprium mitunter in eine Sackgasse mündet. Sachprobleme der Praxis richten sich nicht nach den Grenzlinien der juristischen Teildisziplinen.¹⁴³ Dies veranschaulicht etwa das im Entstehen begriffene „Lieferkettenrecht“¹⁴⁴ als eine höchst anspruchsvolle Querschnittsmaterie, die nicht nur das Vertrags-, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, sondern auch das Kollisionsrecht sowie das öffentliche Recht samt Völkerrecht einschließt.¹⁴⁵ Dies führt in der Rechtsberatung, aber auch in der wissenschaftlichen Durchdringung des Rechtsstoffes zu der Notwendigkeit, intradisziplinäre Praxisgruppen und Forschergespanne zu bilden. Ähnliches lässt sich für das unternehmensbezogene Klimaschutzrecht sagen, wo sich „rigide Primäritäten“ als Öffentlichrechtler oder Privatrechtler zwar nicht verflüchtigen, aber doch weiter verflüssigen.¹⁴⁶ Von einem solchen problemgetriebenen Entstehen neuer intradisziplinärer Forschungsfelder¹⁴⁷ dürften auch für das Gesellschaftsrecht wertvolle Innovationsimpulse ausgehen.

IV. Pluralität und Diversität der Gesellschaftsformen

1. Gelebte Vielfalt an Gesellschaftsformen

Im diskursiven Zentrum des Gesellschaftsrechts standen während der letzten Jahrzehnte vor allem die gewinnorientierte AG und GmbH. Hierum gruppieren sich in peripherer Streulage die übrigen Rechtsformen von den Personengesellschaften über den Verein bis zur wissenschaftlich stark vernachlässigten Genossenschaft. Heute sind Zentrum und Peripherie näher zusammengerückt. Aufmerksamkeitsgewinne verzeichnen hauptsächlich jene Rechtsformen und Realtypen, die besondere Bedürfnisse besser akkommodieren können, etwa die Kapitalgesellschaft & Co. KGaA¹⁴⁸ für börsennotierte Familienunternehmen¹⁴⁹

143 So pointiert SALIGER, in Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Hrsg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., 2021, S. 119, 129 mit dem Zusatz: „Jedem Rechtsanwalt ist das wohlvertraut.“; eingehend CZADA, in Bizer/Führ/Hüttig (Hrsg.), Responsive Regulierung, 2002, S. 23, 27ff.

144 FLEISCHER/HAHN, RIW 2018, 397; ebenso die Zwischenüberschrift bei RÜHMKORF, ZGR 2018, 410, 415: „Von Governance-Lücken zum Lieferkettenrecht“.

145 Näher (demnächst) FLEISCHER/MANKOWSKI/FLEISCHER, LkSG, 2022, Einl. A Rn. 3.

146 So ausdrücklich in allgemeinerem Zusammenhang v. BOGDANDY, in Hilgendorf/Schulze-Fielitz, aaO (Fn. 1), S. 135, 151.

147 Zur Rekonfigurierung von Rechtsgebieten schon FLEISCHER, in Engel/Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 50, 68f.

148 Grundlegend BGHZ 134, 392; zum 25-jährigen Jubiläum dieser Entscheidung OTTE, BB 2022, 461.

149 Vgl. FLEISCHER/MAAS, DB 2021, 51, 56f.; monographisch BEGEMANN, Die SE & Co. KGaA als Rechtsform für Familienunternehmen, 2018.

oder als rechtliches Trikot für Fußballclubs der 1. und 2. Bundesliga¹⁵⁰. Hierzu gehören außerdem Spezialausprägungen für den Dritten Sektor, namentlich die durch das Steuerrecht normativ überformte gemeinnützige GmbH¹⁵¹ und der gemeinnützige, nicht wirtschaftliche Verein im Gefolge des Kita-Beschlusses des BGH¹⁵².

Aus dem Schatten ins Licht getreten ist in jüngerer Zeit auch die unternehmensverbundene Stiftung,¹⁵³ die lange als „Stiefkind“¹⁵⁴ der Kautelarpraxis galt. Ihre Vorzeigemodelle, namentlich unter den dänischen Industriefundationen¹⁵⁵, aber auch in Deutschland (Bertelsmann, Bosch), gelten als Bollwerk gegen ein übermäßiges Kurzfristdenken.¹⁵⁶ Außerdem haben sich Stiftungen einen Namen gemacht als Instrument zur Zukunftssicherung von Familienunternehmen im Allgemeinen¹⁵⁷ und zur Unternehmensnachfolge im Besonderen¹⁵⁸. Dem praktischen Bedeutungszuwachs unternehmensverbundener Stiftungen entspricht ihre zunehmende wissenschaftliche Durchdringung. In jüngerer Zeit haben gleich sechs Habilitationsschriften die Stiftung aus unterschiedlichen Blickwinkeln unter die Lupe genommen.¹⁵⁹

150 Vgl. etwa Borussia Dortmund GmbH & Co. KGaA, 1. FC Köln GmbH & Co. KGaA, Hertha BSC GmbH & Co. KGaA, DSC Arminia Bielefeld GmbH & Co. KGaA; dazu und zu weiteren Beispielen Bilderserie und Text unter <https://11freunde.de/artikel/ag-kgaa-gmbh-bitte-was/325993> (letzter Zugriff: 1.6.2022).

151 Vgl. FLEISCHER, in: Münchner Komm. z. GmbHG, 4. Aufl., 2022, § 1 Rdn. 29f.; WEITEMEYER, GmbHR 2021, 57; beide m. w. N.

152 BGH NJW 2017, 1943.

153 Für einen Überblick GUMMERT, in Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 5: Verein – Stiftung bürgerlichen Rechts, 5. Aufl., 2021, § 81 m. w. N.; Bestandsaufnahme und Reformvorschläge bei HABERSACK, Stiftungsunternehmen in Deutschland, 2021, im Auftrag der Stiftung Familienunternehmen. Eingehend demnächst FLEISCHER ZIP 2022.

154 LIERMANN, Handbuch des Stiftungsrechts, Band 1: Geschichte des Stiftungsrechts, 1963, S. 237.

155 Monographisch THOMSEN, The Danish Industrial Foundations, 2017; international THOMSEN/KAVADIS, Enterprise Foundations: Law, Taxation, Governance and Performance, 2022.

156 Dazu jüngst HANSMANN/THOMSEN, 13 Journal of Legal Analysis 172 (2021); ferner MARKWORTH, NZG 2021, 100, 102, wonach die Stiftung als Unternehmensträger für eine langfristig und nachhaltig ausgerichtete Unternehmensführung, die sich auch am Gemeinwohlinteresse ausrichte, geradezu prädestiniert sei.

157 Vgl. etwa BLOCK/MAY/BEZER/VON AU, Die Familienstiftung: Ein Instrument zur Zukunftssicherung von Familienunternehmen, 2020; ferner KAUFMANN, Stiftung und Konflikt. Ausgestaltung, Familienbezogenheit und Konfliktpotenzial in Deutschland, 2021.

158 Vgl. etwa MEINICKE, Stiftungen als Instrumente der Unternehmensnachfolge, 2019; DAHLMANN, RNotZ 2020, 417; aus betriebswirtschaftlicher Sicht FLESCHTUTZ, Die Stiftung als Nachfolgeinstrument für Familienunternehmen, 2009.

159 In zeitlicher Reihenfolge: KRONKE, Stiftungstypus und Unternehmensträgerstiftung, 1988; KOOS, Fiduziarische Person und Widmung, 2004; SCHLÜTER, Stiftungsrecht zwi-

Unter Hinweis darauf, dass solche Stiftungskonstruktionen für mittelständische Unternehmen und Start-up-Unternehmen zu kompliziert und zu teuer seien, hat eine akademische Arbeitsgruppe einen ausgearbeiteten Entwurf für eine „GmbH mit gebundenem Vermögen“ vorgelegt.¹⁶⁰ Hiervon versprechen sich ihre Promotoren einen Schub für das Konzept des treuhänderischen Unternehmertums. Die Gründergesellschaften fungieren gewissermaßen nur als Treuhänder, die das Unternehmen für zukünftige Generationen erhalten und entwickeln wollen. Rechtlich wird dies durch eine dauerhafte Vermögensbindung („asset lock“) abgesichert, die auch die nächste Generation von Gesellschaftern nicht wieder aufheben kann.¹⁶¹ Der Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP stellt eine Umsetzung dieser Regelungsidee in Aussicht¹⁶², die im Schrifttum freilich höchst kontrovers beurteilt wird¹⁶³ und als Rechtsform für nachhaltiges Unternehmertum in Deutschland keinesfalls alternativlos ist.¹⁶⁴

In Gang gekommen ist schließlich eine Diskussion über geeignete Gesellschaftsformen für den Vierten Sektor¹⁶⁵, also Sozialunternehmen¹⁶⁶, die keine reinen Non-Profit-Organisationen sind, sondern Gewinn- und Gemeinwohlorientierung miteinander verbinden. Andere Jurisdiktionen haben für sie eigene Rechtskleider geschneidert, sei es durch Anpassungen des Genossenschaftsmodells, Gegenseitigkeitgesellschaften, Vereine oder Stiftungen, sei es durch Einführung einer neuen Rechtsform für Sozial- und Solidarunterneh-

schen Privatautonomie und Gemeinwohlbindung, 2004; BURGARD, Gestaltungsfreiheit im Stiftungsrecht, 2006; JACOB, Schutz der Stiftung, 2006; v. HIPPEL, Grundprobleme von Nonprofit-Organisationen, 2007, der unter diesem Titel Vereine und Stiftungen behandelt.

160 Vgl. SANDERS/DAUNER-LIEB/KEMPNY/MÖSLEIN/VEIL, Entwurf eines Gesetzes für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit gebundenem Vermögen, 2021, S. 18; teilweise abgedruckt in GmbHR 2021, 285.

161 Dazu etwa SANDERS, NZG 2021, 1573, 1575.

162 Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, Mehr Fortschritt wagen, vom 24.11.2021, S. 30.

163 Befürwortend etwa FISCHER/FISCHER, BB 2021, 2122; SANDERS, NZG 2021, 1573; ROLFES/BERISHA, GmbHR 2022, 23; ablehnend etwa KIRCHDÖRFER/KÖGEL, in: Bien/Jickeli/Müller-Graff (Hrsg.), Maß- und Gradfragen im Wirtschaftsrecht, 2021, S. 181; LORITZ/WEINMANN, DStR 2021, 2205; J. VETTER/LAUTERBACH, FS Grunewald, 2021, S. 1199; WEITEMEYER/WEIßENBERGER/WIESE, GmbHR 2021, 1069.

164 Plädoyer für eine ergebnisoffene Suche nach der besten Gesellschaftsform mit Nachhaltigkeitsbezug bei FLEISCHER, ZIP 2022, 345.

165 Vgl. MÖSLEIN, ZRP 2017, 175, 176: „Man spricht von einem vierten Sektor, der neben die privaten, öffentlichen und rein gemeinnützigen Unternehmen tritt und immer stärker an Bedeutung gewinnt.“

166 Dazu Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Geeignete Rechtsformen für Sozialunternehmen in Deutschland, Az. WD 7 – 3000 – 148/16 vom 12.10.2016.

men.¹⁶⁷ Am bekanntesten ist international die Benefit Corporation US-amerikanischen Ursprungs,¹⁶⁸ die in Europa etwa in Gestalt der italienischen Società Benefit rezipiert worden ist.¹⁶⁹ In diese Reihe gehört ferner die französische Société à Mission,¹⁷⁰ bei der es sich allerdings um keine eigene Gesellschaftsform handelt, sondern um ein gesetzliches Nachhaltigkeitslabel, das allen Handelsgesellschaften unter bestimmten Voraussetzungen zur Verfügung steht.¹⁷¹ Im Vergleich dazu hat eine prominente Literaturstimme hierzulande einen „Mangel an ethischen Gesellschaftsformen“¹⁷² diagnostiziert.

2. Varietät der Zwecksetzungen

Eng mit der neuentdeckten Vielfalt an Gesellschaftsformen verbunden, aber nicht mit ihr deckungsgleich, ist die Varietät der Zwecksetzungen. Bei einer solchen Zwecksuche stößt man im Wirtschaftsleben zuallererst auf den Corporate Purpose, ohne den heute kein größeres Unternehmen mehr auszukommen scheint.¹⁷³ Von führenden englischen Managementforschern ersonnen,¹⁷⁴ steht eine überzeugende juristische Übersetzungsleistung noch aus. Einen ersten Versuch hat der französische Reformgesetzgeber im Rahmen der sog. Loi Pacte vom Mai 2019 unternommen, indem er die Figur der *raison d'être* in den Allgemeinen Teil seines Gesellschaftsrechts einführte.¹⁷⁵ In der schon erwähnten Benefit Corporation US-amerikanischer Provenienz vermählen sich „Pro-

167 Dazu Entschließung des Europäischen Parlaments vom 5.7.2018 mit Empfehlungen an die Kommission zu einem Statut für Sozial- und Solidarunternehmen (2016/2237 (INL)); s. auch LIPTRAP, Cambridge Yearbook of European Legal Studies 23 (2021), 193 unter der Überschrift „A Social European Company in EU Organisational Law?“.

168 Eingehend COX/HAZEN, Business Organizations Law, 5. Aufl., 2020, § 2.9, S. 71 ff.; rechtsvergleichend FLEISCHER, FS Seibert, 2019, S. 219.

169 Vgl. CAMPOBASSO, Diritto delle società, 10. Aufl., 2020, S. 29f.; rechtsvergleichend AGSTNER, in Fleischer (Hrsg.), Rechtsformneuschöpfungen im in- und ausländischen Gesellschaftsrecht, 2023, § 17.

170 Rechtsvergleichend BOCHMANN/LECLERC, GmbHR 2021, 1141; FLEISCHER/CHATARD, NZG 2021, 1525.

171 Prägnant COZIAN/VIANDIER/DEBOISSY, Droit des sociétés, 33. Aufl., 2020, Rdn. 89: „[I]l ne s'agit pas d'une nouvelle forme sociale, mais d'un simple label.“

172 WINDBICHLER, FS Singer, 2021, S. 731.

173 Dazu FLEISCHER, ZIP 2021, 5 m. w. N.

174 Vgl. namentlich C. MAYER, Prosperity. Better Business Makes the Greater Good, 2018; DERS., What is Wrong with Corporate Law? The Purpose of Law and the Law of Purpose, June 2022, ssrn.com/abstract_id=4136836; EDMANS, Grow the Pie. How Great Companies Deliver Both Purpose and Profit, 2020.

175 Vgl. Art. 1835 Code civil; rechtsvergleichend FLEISCHER/CHATARD, FS Kronke, 2020, S. 1723, 1731f.

fit & Purpose“¹⁷⁶ zu einer hybriden Organisationsform. Demgegenüber sind in Deutschland Begriff und Konzept des Corporate Purpose dogmatisch noch unverdaut.¹⁷⁷ Dieser stimmt weder mit dem Gesellschaftszweck im herkömmlichen Sinne noch mit dem Unternehmensgegenstand überein. Hier wartet weitere Begriffs- und Grundlagenarbeit, wie überhaupt die Grammatik des Gesellschaftsrechts in dieser Hinsicht noch nicht mit letzter Schärfe ausgearbeitet ist. Der Gesetzgeber selbst hat das Begriffswirrwarr weiter vergrößert, indem er neben Gesellschaftszweck und Unternehmensgegenstand – in der Lehre bisher weithin unreflektiert – zusätzlich von unternehmerischer Ausrichtung (§ 30 Abs. 2 Satz 2 WpÜG), Geschäftsmodell (§ 289 c Abs. 1 HGB) und Unternehmensziel (§ 2 Abs. 2 LkSG) spricht.

Endlich laden die Schlüsselbegriffe Corporate Purpose und Gesellschaftszweck zu einer juristischen Zeitreise in die Aktienrechtsgeschichte ein. Vor allem die prominenten Purpose-Protagonisten¹⁷⁸ verweisen auf den *Public-Service*-Gedanken bei Gesellschaftsgründungen in der Frühzeit des US-amerikanischen Korporationsrechts¹⁷⁹ – nicht zuletzt um ihrem eigenen Anliegen historische Dignität zu verleihen und abweichende Konzeptionen als geschichtsvergessene Abirrungen vom gesellschaftsrechtlichen Ursprungspfad zu geißeln. Auch hierzulande hat der Gedanke sozialer Nützlichkeit von Unternehmen frühe Vorläufer.¹⁸⁰ So hieß es etwa in einem Ministerialerlass zum Preußischen Aktiengesetz von 1843: „Der Antrag auf Genehmigung einer Aktiengesellschaft ist überhaupt nur dann zur Berücksichtigung geeignet, wenn der Zweck des Unternehmens an sich aus allgemeinen Gesichtspunkten nützlich und der Beförderung wert erscheint.“¹⁸¹ Gleichwohl erscheint es problematisch, diesen *Public-Service*- oder Gemeinnützigkeitsgedanken aus der Frühphase des Aktienrechts zu glorifizieren: Das alte Konzessionssystem lebte von dem Recht des Monarchen, einseitig zu bestimmen, was der *salus publica* entsprach.¹⁸² Soll heutzutage über die *social licence to operate* ein staatliches

176 So der griffige Buchtitel von WESTAWAY, *Profit & Purpose*, 2014; umgekehrt nun SERAFEIN, *Purpose and Profit*, 2022.

177 Erste Annäherungen bei FLEISCHER, *Der Aufsichtsrat* 2019, 137; DERS., *ZIP* 2021, 5; HABERSACK, *FS Windbichler*, 2020, S. 707.

178 Vgl. etwa C. MAYER, aaO (Fn. 174), S. 82f.

179 Vgl. etwa HANDLER/HANDLER, 5 *J. Econ. Hist.* 1 (1945); SEAVOY, *Bus. Hist. Rev.* 52 (1978), 30; THOMPSON, 29 *Notre Dame J.L. Ethics & Pub Pol’y* 199 (2015).

180 Vgl. etwa PASSOW, *Die Aktiengesellschaft*, 2. Aufl., 1922, S. 63 ff.

181 Ministerialerlass vom 22.4.1845, Ministerialblatt für die gesamte innere Verwaltung in den Königlich Preußischen Staaten, 1845, S. 121; dazu etwa BÖSSMANN, *Die Entwicklung des Aktienwesens im 19. Jahrhundert*, 1939, S. 73.

182 Dazu etwa BULLINGER, *VVDStRL* 22 (1965), 264, 279 mit Fn. 75 unter Hinweis auf die Statuten des Berliner Kassenvereins: „Die Bank hat den Zweck, Handel und Gewerbe zu unterstützen und zu beleben, den Geldumlauf zu befördern und Kapitalien nutzbar zu machen.“

Aktien- oder Nachhaltigkeitsamt befinden?¹⁸³ Der Preis hierfür wäre enorm hoch, weil damit die Gefahr einer hoheitlichen Bevormundung der privatrechtlich¹⁸⁴ organisierten Unternehmen und einer weiteren Politisierung der Purpose-Debatte einherginge.¹⁸⁵

3. Vorschläge für Organisationsformen der Zukunft

Ein Blick in die gesellschaftsrechtliche Kristallkugel verlockt schließlich zu Mutmaßungen über Organisationsformen der Zukunft. Insoweit empfiehlt es sich, zuerst bei den Bedürfnissen der Beteiligten anzusetzen. Was der digitale Wandel als „Big Shift“¹⁸⁶ für die Organisationsgestaltung und Führung von Unternehmen bedeutet, wird in der betriebswirtschaftlichen Organisations-
theorie bereits lebhaft diskutiert. Als Designprinzipien der digitalen Organisation nennt man dort etwa Systemoffenheit, Ganzheitlichkeit, Disruptivität, Dynamik und Adaptivität.¹⁸⁷ Zu den aktuellen Leitbildern der digitalen Organisation gehören neuere Formen der systemischen Organisation, wie Holo-
kратie und Hypertextorganisation, und die abstrakt-fraktale Organisation sowie ihre Schwester, die Dezentrale Autonome Organisation (DAO).¹⁸⁸

Unter diesen verschiedenen Gestaltungsformen hat zuletzt vor allem die DAO juristische Neugier geweckt.¹⁸⁹ Jenseits aller Einzelheiten bedürfen zwei grundsätzliche Aspekte weiterer Vertiefung: Zum einen muss das Recht eine Antwort darauf finden, dass viele DAOs ohne einen vergewissernden Seitenblick auf gesellschaftsrechtliche Regelungsmodelle geschaffen werden oder sich sogar bewusst vom staatlichen Recht abkoppeln. Anschaulich spricht man von A-Legalität¹⁹⁰, die das in- und ausländische Gesellschaftsrecht aus guten

183 Scharf ablehnend BORTENLÄNGER/HELDT, FS Seibert, 2019, S. 147, 156 ff., 163: „Einem solchen ‚Nachhaltigkeitsamt‘ wäre jedenfalls entschieden entgegenzutreten.“; zuletzt auch mit Blick auf die Lieferkettenverantwortung HOMMELHOFF, NZG 2022, 577; allgemeiner KUNTZ, FS Hopt, 2020, S. 653, 672 ff.

184 Für eine Einordnung der privat gegründeten, aber durch staatliches Recht ermächtigten Korporation als Hybridgebilde CIEPLEY, 107:1 Am. Pol. Science Rev. 139 (2013) unter der Überschrift „Beyond Public and Private: Toward a Political Theory of the Corporation“.

185 Dazu schon FLEISCHER, ZIP 2021, 5, 13.

186 So die Zwischenüberschrift bei REINHARDT, Digitale Transformation der Organisation, 2020, S. 4.

187 Näher REINHARDT, aaO (Fn. 186), S. 129 ff.

188 Eingehend REINHARDT, aaO (Fn. 186), S. 101 ff.

189 Vgl. aus deutscher Sicht etwa FLEISCHER, ZIP 2021, 2205; LANGHELD/HAGEN, NZG 2021, 724; SCHWEMMER, AcP 221 (2021), 555; SPINDLER, RD 2021, 309; zur Decentralized Autonomous Association (DAA) HAHN, NZG 2022, 684.

190 So Coalition of Automated Legal Applications, Model Law for Decentralized Autonomous Organizations (DAOs), July 2021, S. 5: „The vast majority of existing DAOs

Grünen aber nicht hinzunehmen bereit ist.¹⁹¹ Zum anderen stellt sich die Frage nach einem passgenauen Rechtskleid für blockchainbasierte Gesellschaften.¹⁹² In den Vereinigten Staaten hat jüngst der Bundesstaat Wyoming im Anhang zu seinem LLC Act einen rechtssicheren Regelungsrahmen für DAOs vorgelegt¹⁹³ in dem Bestreben, zum „Delaware of digital assets“ aufzusteigen.¹⁹⁴

Nicht nur, aber auch ein Digitalisierungsthema ist zu guter Letzt die Beobachtung, dass die klaren Grenzen der Unternehmen zu verschwimmen beginnen und sich von innen wie von außen teilweise auflösen. Intern geschieht dies durch Modularisierung strenger Hierarchien in relativ selbständige prozessuale Einheiten, teilweise auch durch Überwindung von Standortgrenzen in Form virtueller Unternehmen, extern durch Netzbildung und eng verkoppelte Wertschöpfungsketten. Plastisch ist von einer „grenzenlosen Unternehmung“¹⁹⁵ die Rede, die auch neue Kooperationsformen hervorbringt. Juristisch rücken damit verschiedene Spielarten von Kooperationsverträgen im Grenzbereich von Vertrags- und Gesellschaftsrecht in den Vordergrund.¹⁹⁶

V. Schluss

In einem Blog-Eintrag vom November 2019 hat *Ulrich Noack* die Dystopie vom „Ende der Gesellschaftsrechts-Geschichte“¹⁹⁷ an die Wand gemalt und zwei US-amerikanische Professoren haben kürzlich in einem speziellen Zusammenhang vom „Death of Corporate Law“¹⁹⁸ gesprochen. Dessen ungeach-

are unregistered DAOs and their legal status is currently uncertain: they are *alegal*.“; allgemein zu diesem Konzept LINDAHL, *Fault Lines of Globalization: Legal Orders and the Politics of A-legality*, 2013.

191 Scharf ablehnend etwa LEHMANN, in Omlor/Links (Hrsg.), *Kryptowährungen und Token*, 2021, Kap. 5 Rdn. 45: „Dieser Glaube an Programmcode als Substitut für gesetzliche Regelungen ist ebenso fehlgeleitet wie die Vorstellung, dass Recht insgesamt unnötig sei.“; zur Diskussion um eine außerstaatliche *lex cryptographica* auch SCHWEMMER, *AcP* 221 (2021), 555, 567 ff.

192 Näher FLEISCHER, *ZIP* 2021, 2205, 2211 ff.; zuletzt HAHN, *NZG* 2022, 684.

193 Rechtsvergleichend FLEISCHER, *ZIP* 2021, 2205, 2210 ff.; MIENERT, *RDi* 2021, 384; SPINDLER, *RDi* 2021, 309.

194 So WHIRLY/NIELSEN, *The Defiant*, April 23, 2021.

195 So der Buchtitel von PICOT/REICHWALD/WIGAND/K. MÖSLENI/NEUBURGER/NEYE, *Die grenzenlose Unternehmung: Information, Organisation und Führung*, 6. Aufl., 2020.

196 Für eine eingehende Vermessung die schweizerische Habilitationsschrift von THOUVENIN, *Der Kooperationsvertrag*, 2017.

197 NOACK, 29.11.2019, abrufbar unter <https://notizen.duslaw.de/vom-ende-der-gesellschaftsrechts-geschichte> (letzter Zugriff: 1.6.2022)

198 So der Aufsatztitel von GOSHEN/HANNES, 94 *N.Y. U. L. Rev.* 263 (2019) mit der Erläuterung auf 265: „This article argues that corporate law is no longer vital to the regulation of U.S. corporations. The transformation of American equity markets from retail to

tet dürften alarmierende Meldungen vom Tod des Gesellschaftsrechts übertrieben sein. Wohl aber hat sich das Gesicht des Gesellschaftsrechts in den letzten Jahren verändert. Wie es der Titel unseres Jubiläumssymposiums zum Ausdruck bringt, bleiben in einer sich wandelnden Welt auch Wandlungsprozesse und Modernisierungszwänge des Gesellschaftsrechts nicht aus. Im Einzelnen wird man unterscheiden müssen:

- (1) Als praktische Disziplin¹⁹⁹ wird Gesellschaftsrecht weiterhin von der Suche nach juristischen Problemlösungen im Alltag geprägt sein, wenn auch mit einem ausdifferenzierteren Portfolio an Rechtsformen und einem stärker fächerübergreifenden Zugriff;
- (2) als Regulierungsinstrument des Gesetzgebers dient Gesellschaftsrecht zunehmend der Beförderung gesellschaftspolitischer Anliegen, bedarf insoweit aber einer stärkeren Evidenzbasierung;
- (3) als Forschungsgegenstand ist dem Gesellschaftsrecht ein gutes Stück mehr Experimentierfreude, Innovationskraft und Kontextsensibilität zu wünschen, ohne seine identitätsprägende Mitte als dogmatische Wissenschaft aufzugeben.²⁰⁰

institutional ownership has relocated control over corporations from courts to markets and has led to the death of corporate law.“

199 Dazu FLEISCHER, aaO (Fn. 147), S. 50, 54: „Gesellschaftsrecht ist seit seinen Anfängen eine zutiefst *praktische* Wissenschaft.“

200 Zum Gesellschaftsrecht als dogmatischer Wissenschaft FLEISCHER, aaO (Fn. 147), S. 50, 55 ff.; gleichsinnig für das öffentliche Recht v. BOGDANDY, aaO (Fn. 146), S. 135, 146: „Es gilt vielmehr Wege der Öffnung und Fortentwicklung zu finden, ohne auf die vielfachen Leistungen einer systematisierenden Aufbereitung des Rechtsstoffes in praktischer Absicht zu verzichten.“, S. 151: „Dogmatische Arbeit sollte die identitätsprägende Mitte der Rechtswissenschaft bleiben, jedoch weit mehr als heute durch eine Reihe weiterer Ausrichtungen ergänzt werden [...].“