

Rechtsformneuschöpfungen im in- und ausländischen Gesellschaftsrecht

Herausgegeben von
Holger Fleischer

Mohr Siebeck

Holger Fleischer ist Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.

ISBN 978-3-16-163898-5 / eISBN 978-3-16-163899-2

DOI 10.1628/978-3-16-163899-2

ISSN 0340-6709 / eISSN 2568-6577

(Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Publiziert von Mohr Siebeck Tübingen 2024. www.mohrsiebeck.com

© Holger Fleischer (Hg.); Beiträge: jeweiliger Autor/jeweilige Autorin.

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International“ (CC BY-SA 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/>.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung der jeweiligen Urheber unzulässig und strafbar.

Das Buch wurde auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt.

Printed in Germany.

Auf dem internationalen Marktplatz der Rechtsformideen: Unterschiedliche Wege zur Ausgestaltung des Rechtsformenangebots im Gesellschaftsrecht

Holger Fleischer

I. Einführung	731
II. US-amerikanisches Gesellschaftsrecht als Innovationstreiber	732
1. Neuer Zeitabschnitt für Rechtsforminnovationen	733
2. Gründe für die Innovationskraft des US-amerikanischen Gesellschaftsrechts.....	736
III. Regelungsstrategien für das Rechtsformtableau im internationalen Vergleich	738
1. Liechtenstein: Erlaubt ist, was gefällt!	738
2. Belgien: <i>Ockhams</i> Rasiermesser	740
3. Japan: Modul- oder Baukastensystem	742
IV. Nutzen und Kosten einer neuen Gesellschaftsform	744
1. Nutzen	744
2. Kosten	746
V. Nachfrage nach und Angebot von neuen Gesellschaftsformen	747
1. Nachfrageseitige Impulse.....	747
2. Angebotsseitige Impulse.....	748
VI. Gibt es eine optimale Zahl an Gesellschaftsformen?.....	749
1. Zwei entgegengesetzte Extrem Lösungen	749
a) Warum gibt es nicht nur eine einzige Gesellschaftsform?.....	749
b) Warum gibt es nicht beliebig viele Gesellschaftsformen?.....	751
2. Lehren aus Paralleldebatten im Sachen- und Schuldvertragsrecht	751
3. Eine Bandbreite optimaler Lösungen	753
VII. Schluss	755

I. Einführung*

In den Ateliers der Gesellschaftsrechtsgesetzgeber wimmelt es seit einiger Zeit nur so von Ideen für neue Organisationsformen. Wie die einzelnen Kapitel dieses Sammelbands zeigen, hat sich das Rechtsformenangebot im In- und Ausland zuletzt immer weiter ausdifferenziert. Dieser Trend dürfte auch in naher Zukunft anhalten: Auf europäischer Ebene zirkulieren Vorschläge für eine *Société Euro-*

* Dieser Beitrag ist zuerst in JZ 2024, 53 erschienen. Er ist für die Zwecke dieses Schlusskapitels geringfügig umgearbeitet worden.

péenne Simplifiée (SES),¹ in der Schweiz diskutiert man über eine *société durable*² und hierzulande wie anderwärts räsoniert man über ein spezielles Rechtskleid für Sozialunternehmen³ sowie über einen gesetzlichen Status oder private Zertifizierungen für nachhaltige Unternehmen.⁴

Die folgende Schlussbetrachtung bildet daher wohl nur einen Zwischenbefund. Sie ist auch nicht als Bündige Zusammenführung der vorstehenden Mikrobefunde angelegt, sondern setzt sich aus einer rechtsvergleichenden Makroperspektive mit konkurrierenden Wegen zur Ausgestaltung des Rechtsformtableaus auseinander. Den Anfang macht ein Streifzug durch das US-amerikanische Gesellschaftsrecht, das in jüngerer Zeit immer wieder als Schöpfer neuer Rechtsformen hervorgetreten ist (II.). Sodann werden an den Beispielen Liechtenstein, Belgien und Japan diametral entgegengesetzte Regelungsstrategien im Umgang mit dem einheimischen Kanon an Rechtsformen vorgestellt (III.). Es folgen Überlegungen zu Nutzen und Kosten einer neuen Gesellschaftsform (IV.) sowie zur Nachfrage- und Angebotsseite bei Rechtsforminnovationen (V.), bevor zum Schluss die bisher kaum behandelte Frage aufgeworfen wird, ob es eine optimale Zahl an Gesellschaftsformen gibt (VI.).

II. US-amerikanisches Gesellschaftsrecht als Innovationstreiber

Im Westen nichts Neues. Diese Beobachtung traf lange Zeit auch für den Kanon an Organisationsformen in den führenden gesellschaftsrechtlichen Jurisdiktionen zu. Er hatte hierzulande spätestens gegen Ende des 19. Jahrhunderts seine klassische Ausformung gefunden, und ähnliches galt *grosso modo* für viele Nachbarrechtsordnungen,⁵ auch wenn die Rezeption der GmbH mancherorts noch auf sich warten ließ.⁶ Einen Reigen an neuen Rechtsformen präsentierte dann – für lange Zeit letztmalig – das liechtensteinische Personen- und Gesellschaftsrecht von

¹ Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris (HCJP), Rapport sur la Société Européenne Simplifiée (SES), 31.3.2021; dazu *Poelzig*, ZGR 2023, 571, 586 ff.; *Trinks*, ZEuP 2023, 83; *Verse*, GPR 2021, 271.

² White Paper der Gruppe der Rechts-Experten, Rechtsstatus für nachhaltige Unternehmen in der Schweiz, Dezember 2023; umfassend *Humbel/Wittkämper*, Corporate Philanthropy und Sozialunternehmertum im Schweizer Unternehmensrecht, 2024.

³ Vgl. für Deutschland *Fleischer*, ZIP 2023, 1505, 1512 f.; *Fleischer/Pendl*, NZG 2023, 815, 819 ff.; international die Sammelbände von *Brakman Reiser/Dean/Huber*, Social Enterprise Law. A Multijurisdictional Comparative Review, 2023, und *Peter/Vasserot/Silva*, The International Handbook of Social Enterprise Law, 2023.

⁴ Vgl. etwa *Fleischer/Chatard*, NZG 2021, 1525, 1531 f.; *Zimmermann/Weller*, ZHR 187 (2023), 594; umfassend *Burgi/Möslein*, Zertifizierung nachhaltiger Kapitalgesellschaften, 2021.

⁵ Vgl. *Fleischer*, NZG 2022, 827, 828.

⁶ Vgl. etwa Österreich 1906, Frankreich 1925, Liechtenstein 1926, Polen 1934, Belgien 1935, Japan 1938, Italien 1942, Griechenland 1955; ausführlicher zur internationalen Verbreitung der GmbH *Fleischer*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, Einl. Rn. 215 f.

1926.⁷ Die folgenden fünf Jahrzehnte verliefen *sub specie* Rechtsforminnovationen national und international weitgehend ereignislos.

1. Neuer Zeitabschnitt für Rechtsforminnovationen

Den Startschuss zu einer neuerlichen Innovationsoffensive gab – jedenfalls rückblickend – der steile Aufstieg der „Uncorporation“, wie ihn *Larry Ribstein* in einer tiefgründigen Monographie nachgezeichnet und analysiert hat.⁸ Er begann mit der Einführung der Limited Liability Company (LLC) im US-amerikanischen Bundesstaat Wyoming im Jahre 1977.⁹ Die Hamilton Brothers Oil Company mit Sitz in Denver hatte sich zur internationalen Öl- und Gasexploration seit den 1960er Jahren der panamaischen Sociedad de Responsabilidad Limitada bedient. Weil deren Garantiekapital 500.000 USD nicht übersteigen durfte und als Gesellschafter nur natürliche Personen fungieren konnten, suchte das Unternehmen nach einem neuen Rechtskleid. Es beauftragte seine Rechtsberater, einen einzelstaatlichen Gesetzgeber für eine neue einheimische Gesellschaftsform zu gewinnen, die eine beschränkte Gesellschafterhaftung mit transparenter Besteuerung nach personengesellschaftsrechtlichen Grundsätzen verband. Der von einem Firmenanwalt ausgearbeitete Entwurf eines LLC Act wurde in Wyoming in Gesetzesform gegossen, ohne dass der dortige Gesetzgeber auch nur ein Jota änderte. Allerdings erwies sich die Wyoming LLC wegen ihres ungeklärten steuerlichen Status längere Zeit als Ladenhüter, bis die Bundessteuerbehörde im Jahre 1988 erklärte, dass deren Haftungsbeschränkung einer steuerrechtlichen Klassifizierung als *partnership* nicht von vornherein entgegenstehe.¹⁰ Im Anschluss daran fegte eine wahre LLC-Gesetzgebungswelle durch die einzelnen Bundesstaaten, die man im Nachhinein als „LLC Revolution“¹¹ bezeichnet. Bereits Ende 1996 hatten sämtliche Bundesstaaten und der District of Columbia eigene Versionen eines LLC Act verabschiedet.¹² Die enorme Popularität der LLC, die mit ihrem hybriden Charakter zwischen Personen- und Kapitalgesellschaft¹³ inzwischen die *corporation* als beliebteste Organisationsform abgelöst hat,¹⁴ speist sich vor allem aus der großen Vertragsfreiheit für die Gesellschaftsgründer: „It is the policy

⁷ Eingehend aus ökonomischer Sicht *Merki*, Wirtschaftswunder Liechtenstein, 2007, 136 ff.; aus rechtsvergleichender Perspektive *Fleischer*, in: GS Mankowski, 2024.

⁸ *Ribstein*, The Rise of the Uncorporation, 2010.

⁹ Eingehend zu Folgendem *Hamill*, in: Stark, Business Tax Stories, 2005, S. 295 ff.; rechtsvergleichend *Fleischer*, GmbHR 2022, 1179.

¹⁰ Revenue Ruling 88-76, 1988-2 C.B. 360.

¹¹ So die Zwischenüberschrift bei *Ribstein* (Fn. 8), S. 119.

¹² Einzelangaben bei *Hamill*, 59 Ohio State L.J. 1459, 1477 (1998), allgemein *Cox/Hazen*, Business Organizations Law, 5. Aufl. 2020, § 1.1, S. 27.

¹³ Näher *Fleischer*, GmbHR 2022, 1179 Rn. 25 ff. m. w. N.

¹⁴ Dazu schon *Chrisman*, 15 Fordham J. C. & Fin. L. 459, 460 (2009): „Rising from near obscurity in the 1990s, the LLC has now taken its place as the new ‘king of the hill’ among business entities, utterly dominating its closest rivals.“

of this chapter to give maximum effect to the principle of freedom of contract and to the enforceability of limited liability company agreements.¹⁵

Kaum war die LLC auf die Erfolgsspur eingebogen, hat der texanische Gesetzgeber im Jahre 1992 mit der Limited Liability Partnership (LLP) eine weitere neue Rechtsform aus der Taufe gehoben – kurioserweise in demselben Gesetzespaket, mit dem auch die LLC in Texas eingeführt wurde.¹⁶ Wieder kam der maßgebliche Impuls aus der Praxis, diesmal von Anwaltssozietäten in Form von *partnerships*, die sich im Gefolge der *savings-and-loan*-Krise in den 1980er Jahren existenzbedrohenden Schadensersatzklagen in mehrstelliger Millionenhöhe gegenübersehen.¹⁷ Für einen weitreichenden Schutz der Partner vor persönlicher Inanspruchnahme sorgte fortan eine gesetzliche Haftungsbeschränkung, deren Reichweite in mehreren Schritten jener von *corporation* und LLC angenähert wurde. Nach der erfolgreichen Einführung in Texas fand die LLP rasch bundesweite Verbreitung; im Jahre 1999 verfügten alle Gliedstaaten über ihre eigene LLP.¹⁸ Im wissenschaftlichen Schrifttum werden LLC und LLP gemeinsam mit einer weiteren Neukreation, der Limited Liability Limited Partnership (LLLP), unter den Sammelbezeichnungen „alternative entities“¹⁹, „unincorporated business entities“²⁰ oder „uncorporations“²¹ zusammengefasst. Eine Literaturstimme spricht launig von einer gesellschaftsrechtlichen Buchstabensuppe.²²

Noch vor der legislatorischen Geburt der LLP hatte der Gesetzgeber von Delaware im Jahre 1988 eine weitere Neuerung an der Peripherie des Gesellschaftsrechts eingeführt: den Delaware Business Trust²³ oder, wie er seit einer Namensänderung von 2011 heißt, Delaware Statutory Trust (DST), der auf dem hergebrachten *common law trust* aufbaut.²⁴ Dieser sollte durch eine Kodifizierung an

¹⁵ § 18-110(b) DLLCA.

¹⁶ Vgl. *Hamilton*, 66 U. Colo. L. Rev. 1065, 1074 (1995): „The revised bill was then quietly attached to an omnibus bill proposed by the TBLF [= Texan Business Law Foundation] that authorized limited liability companies and included significant amendments to existing corporation and partnership statutes.“

¹⁷ Vgl. *Ribstein* (Fn. 8), S. 127: „The early history of the LLP resembles that of the LLC – an entrepreneur had the incentive to invest in an experiment and circumstances enabled the spread of the form across the states. In this case the entrepreneurs were Texas lawyers concerned about potential liability in the fallout from the government suits against law and accounting firms that had worked for failed savings and loan associations in the late 1980s.“

¹⁸ Vgl. *Miller*, 43 Tex. Tech L. Rev. 563, 564 (2011).

¹⁹ *Parsons/Jason/Koah*, 75 Bus. Law. 2467 (2020).

²⁰ *Hynes/Loewenstein*, Agency, Partnership and the LLC, 5. Aufl. 2020, S. 212.

²¹ *Ribstein* (Fn. 8), S. 1 und öfter.

²² So *Kleinberger*, 14 Fordham J. C. & Fin. L. 445, 447 (2009): „Twenty years ago, the ‘alphabet’ of U.S. business organizations was principally about S Corporations and C Corporations. Today, we have ‘alphabet soup’ – not only S Corporations and C Corporations, but also LLCs, LLPs and LLLPs.“

²³ Del. Code Ann. tit. 12, § 3801.

²⁴ Vgl. *Cox/Hazen* (Fn. 12), § 1.15, S. 42 f.: „Recently, there has been a resurgence of interest in business trusts because they are particularly well suited for many investor-oriented

Rechtssicherheit gewinnen und so den *business trust* als veritable Alternative zur *business corporation* wieder attraktiver machen.²⁵ Früher hätte er ihr fast den Rang als beliebteste Organisationsform abgelaufen, bevor er im Zuge der Liberalisierung des Korporationsrechts Anfang des 20. Jahrhunderts ins Hintertreffen geriet.²⁶ Delawares Vorbild fand rasch Nachahmer; heute haben mehr als die Hälfte aller US-amerikanischen Einzelstaaten *business trust statutes*.²⁷ Im Jahre 1990 hat Delaware seinen DST um die Rechtsformvariante mit sog. *series* angereichert. Diese ermöglicht die Aufteilung der Vermögenswerte eines Statutory Trust in verschiedene Abteilungen (*series*), die zu einer vermögensrechtlichen Verselbstständigung und Haftungssegmentierung führen, wie man sie sonst nur aus dem Konzernrecht kennt. Im Jahre 1996 übertrug der Gesetzgeber von Delaware das Konzept der *series* auf die LLC, wo es sich einiger Beliebtheit erfreut.²⁸

Der nächste Innovationsschub fand auf dem Feld der Sozialunternehmen statt.²⁹ Als neue gesellschaftsrechtliche Gussform führte der Gesetzgeber von Maryland im Jahre 2010 die Benefit Corporation ein,³⁰ die Gewinnerzielung und Gemeinwohlorientierung miteinander verbindet: „Pursuing Profit with Purpose“³¹ oder umgekehrt „Purpose with Profit“³². Die Idee zu dieser neuen Rechtsform stammte von B Lab, einer gemeinnützigen Organisation mit Sitz in Pennsylvania, die von drei Studienfreunden aus Stanford ins Leben gerufen wurde.³³ Sie ließ durch einen Rechtsanwalt ein Modellgesetz für die Benefit Corporation ausarbeiten, das Maryland und zahlreichen weiteren Bundesstaaten später tatsächlich als legis-

products such as real estate investment trusts and asset-backed securities. Delaware and Wyoming each have taken the lead in enacting modern business trust statutes authorizing unincorporated business trusts.“; siehe auch *Frankel*, 23 *Cardozo L. Rev.* 325 (2001).

²⁵ Allgemein dazu *Chaffee*, 88 *U. Cin. L. Rev.* 797, 826 (2020): „The real purpose of legislatures promulgating business trust statutes is to allow those organizing business trusts to opt into a predictable body of law.“

²⁶ Vgl. *Rutledge/Habbart*, 65 *Bus. Law.* 1055, 1057 (2010): „As rules constraining the corporate form began to fall, the need for the business trust as a gap filler in the menu of organizational form diminished.“; *Sitkoff*, 2005 *U. Ill. L. Rev.* 31, 45: „As corporate law’s regulatory limits fell away, so did the principal rationale for using trust rather than corporation.“

²⁷ Vgl. *Cox/Hazen* (Fn. 12), § 1.15, S. 43.

²⁸ Dazu *Hynes/Loewenstein* (Fn. 20), S. 376: „A Series LLC is an LLC partitioned into distinct series with each having its own assets, debts, obligations, liabilities, and rights separate from the other series.“

²⁹ Näher *Brakman Reiser/Dean*, *Social Enterprise Law*, 2017; allgemein zum Recht der Sozialunternehmen und zur ebenso uneinheitlichen wie schwierigen Begriffsbildung *Fleischer/Pendl*, *NZG* 2023, 815, 818: „Definitions-Dilemma“.

³⁰ Benefit Corporation, S.B. 690, 2010 Leg., 427th Sess. (Md. 2010); näher dazu *Marquis*, *Better Business. How the B Corp Movement is Remaking Capitalism*, 2020, S. 90 ff.; rechtsvergleichend *Fleischer*, *AG* 2023, 1 Rn. 11 ff.

³¹ *Alexander*, *Benefit Corporation Law and Governance. Pursuing Profit with Purpose*, 2018.

³² *Serafeim*, *Purpose with Profit: How Business Can Lift Up the World*, 2022.

³³ Ausführlich *Marquis* (Fn. 30), S. 47 ff. und 59 ff.; knapper *Fleischer*, *AG* 2023, 1 Rn. 4 ff.

latorische Blaupause diente.³⁴ Heute verfügen insgesamt 36 Bundesstaaten und Washington D.C. über eine eigene Benefit Corporation.³⁵ Neben ihr haben einzelne Bundesstaaten noch zwei ähnliche Organisationsformen aus der Taufe gehoben: die Low-Profit Limited Liability Company, die in Vermont sogar schon im Jahre 2008 das Licht der Welt erblickt hatte,³⁶ und die Social Purpose Corporation, die 2011 in Kalifornien (damals noch unter dem Namen Flexible Purpose Corporation), ein Jahr später in Washington und zwei weitere Jahre danach in Florida eingeführt wurde. Beide spielen aber in der Praxis keine nennenswerte Rolle.

Die jüngste Ergänzung des Rechtsformtableaus führt mitten hinein in das Blockchain-Zeitalter und die Welt digitaler Gesellschaften. Im Jahre 2021 hat Wyoming ein erstes Rechtskleid für dezentrale autonome Organisationen bereitgestellt.³⁷ Auf der Grundlage eines Anhangs zu seinem historischen LLC Act von 1977 kann sich seither eine Decentralized Autonomous Organization (DAO) als LLC in das Register eintragen lassen. Damit will Wyoming dem häufig geäußerten Wunsch aus der Blockchain-Szene nachkommen, einen rechtssicheren Rahmen für DAOs zu schaffen. Tennessee und Vermont sind dem Beispiel Wyomings inzwischen mit eigenen DAO-LLC-Gesetzen gefolgt.³⁸

2. Gründe für die Innovationskraft des US-amerikanischen Gesellschaftsrechts

„The Genius of American Corporate Law is in its federalist organization“³⁹, so lautet der Anfangssatz einer berühmten Monographie von *Roberta Romano*. Diese Beobachtung bietet auch eine wesentliche Erklärung für die vielen erfolgreichen Rechtsformneuschöpfungen aus jüngerer Zeit. Weil es in den Vereinigten Staaten keine Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Gesellschaftsrecht gibt, haben einzelne Gliedstaaten die Möglichkeit, mit innovativen Ideen vorzupreschen und sich einen Namen als führende Gesellschaftsrechts-Jurisdiktion zu machen. Mit einer berühmten Metapher von *Justice Brandeis* dienen sie dabei gleichsam als rechtliches Laboratorium.⁴⁰ Zu den Reallaboren für neue Rechts-

³⁴ Vgl. *Houlahan/Kassoy/Gilbert*, 40 *Seattle U. L. Rev.* 299, 300 (2017): „His model was the one adopted in Maryland in 2010 and in most other jurisdictions that have authorized benefit corporations.“

³⁵ Für eine Übersicht <<https://socentlawtracker.org/#/bcorps>> (1.6.2024).

³⁶ Näher *Lang/Minnigh*, 35 *Vt. L. Rev.* 15 (2010).

³⁷ W.S.1977 § 17-31-102; dazu etwa *Blaszcyk*, 99 *North Dakota L. Rev.* 107 (2024); *Matera*, 27 *Fordham J. C. & Fin. L.* 73, 130 f. (2022); rechtsvergleichend *Fleischer*, ZIP 2021, 2205.

³⁸ Näher *Blaszcyk*, 99 *North Dakota L. Rev.* 107, 115 ff. (2024).

³⁹ *Romano*, *The Genius of American Corporate Law*, 1993, S. 1.

⁴⁰ Allgemein *New State Ice Co. v. Liebman*, 285 U.S. 262, 311 (1932): „A single courageous state may, if its citizens choose, serve as a laboratory, and try novel social and economic experiments without risk to the rest of the country.“; zur Übertragung auf das Gesellschaftsrecht *Romano*, 23 *Yale J. on Reg.* 209 (2006): „Corporate law is an arena in which the metaphor of the ‘states as a laboratory’ describes actual practice, and for the most part, this is a laboratory that has worked reasonably well.“

formen zählten Wyoming (LLC, DAO LLC), Texas (LLP), Delaware (Statutory Business Trust) und Maryland (Benefit Corporation). Sie haben mit ihren Neuschöpfungen einen dynamischen Prozess in Gang gesetzt, der ganz im Sinne von *Joseph Schumpeter* durch eine Abfolge von Vorstoß- und Verfolgungsphasen gekennzeichnet war und ist.⁴¹ Für dieses Wechselspiel von Innovation und Imitation hat sich die Bezeichnung eines Wettbewerbs der einzelstaatlichen Rechtsordnungen (*state competition*) eingebürgert.⁴² Zahlreiche Zeitschriftenbeiträge setzen sich mit der Frage auseinander, ob es sich hierbei um ein „Race to the Bottom“ oder ein „Race to the Top“ handelt.⁴³

Dass Rechtsforminnovationen in diesem Regelungsumfeld größere Realisierungschancen haben als anderwärts, lässt sich auf zweierlei Art und Weise begründen. Zum einen verfügen gerade kleinere Bundesstaaten über hinreichende Anreize, ein attraktives Portfolio an Rechtsformen anzubieten, weil sie ihr Steueraufkommen durch *incorporation fees* und eine jährliche *franchise tax* erheblich vergrößern können.⁴⁴ So stammt in Delaware, dem Marktführer für Fortune-500-Gesellschaften, mehr als ein Viertel des Staatshaushalts aus solchen Einnahmen.⁴⁵ Außerdem hat sich dort eine bedeutende Rechtsberatungs- und Dienstleistungsbranche angesiedelt, die ihrerseits das Steueraufkommen mehrt. Zum anderen ist es aus Sicht experimentierfreudiger Unternehmer und ihrer Rechtsberater ungleich einfacher, einer neuen Gesellschaftsform zur Geburt zu verhelfen, als beispielsweise in Deutschland, weil sie nur einen einzigen Gliedstaaten-Gesetzgeber für sich gewinnen müssen. Dies lässt sich in bevölkerungsarmen Bundesstaaten häufig informell und mit geringem Aufwand bewerkstelligen.⁴⁶ Nicht ohne Grund haben die Rechtsberater von Hamilton Brothers ihren LLC-Entwurf zuerst (vergeblich) in Alaska angeboten, bevor sie dann in Wyoming reüssierten – zwei Bundesstaaten mit geringer Einwohnerzahl (Alaska: 722.000, Wyoming:

⁴¹ Grundlegend *Schumpeter*, Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung, 1912, S. 100: „Durchsetzung neuer Kombinationen“ durch einen schöpferischen Unternehmer; vertiefend *Clark*, Competition as a Dynamic Process, 1961, S. 471 ff.: „moves and responses“.

⁴² Vgl. etwa die Aufsatztitel von *Bebchuk*, 105 Harv. L. Rev. 1435 (1992): „Federalism and the Corporation: The Desirable Limits on State Competition in Corporate Law“, und *Kahan/Kamar*, 55 Stan. L. Rev. 679 (2003): „The Myth of State Competition in Corporate Law“; aus jüngerer Zeit *Dammann*, 80 Md. L. Rev. 214 (2020); *Moon*, 114 Nw. U. L. Rev. 1403, 1412 (2020).

⁴³ Zusammenfassend *Cox/Hazen* (Fn. 12), § 2.4, S. 60 unter der Zwischenüberschrift „The Race to the Bottom or the Race to the Top?“.

⁴⁴ Näher zur Anbieterseite und den divergierenden Anreizen für Gesetzgeber in den Vereinigten Staaten und in Europa *Kieninger*, Wettbewerb der Rechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt, 2002, S. 177 ff.

⁴⁵ Vgl. *Molk*, 55 Georgia L. Rev. 1111, 113 (2021): „Delaware dominates business law. It has attracted more business entities to the state than citizens. Over a quarter of the state’s budget – \$1.3 billion – comes from taxes and fees collected from the businesses organized within its borders.“

⁴⁶ Den einfacheren Zugang zu lokalen Entscheidungsträgern betonend *Hamill*, 50 Ohio State L.J. 1459, 1466 (1998).

581.000) und überschaubarer Parlamentsgröße: Das Repräsentantenhaus von Alaska bildet mit 40 Abgeordneten die kleinste Parlamentskammer in den Vereinigten Staaten, das von Wyoming ist mit 60 Parlamentariern nicht wesentlich größer.⁴⁷

III. Regelungsstrategien für das Rechtsformen- tableau im internationalen Vergleich

International geht die Zahl der zur Verfügung stehenden Organisationsformen ziemlich weit auseinander. Während das deutsche Recht eine Vielzahl von Gesellschaftsformen und Typenkombinationen kennt,⁴⁸ kommt das englische Recht traditionell mit vergleichsweise wenigen Gesellschaftsformen aus.⁴⁹ Die ganz unterschiedlichen Regelungsstrategien in Bezug auf das nationale Rechtsformen-Portfolio lassen sich am besten anhand des liechtensteinischen, belgischen und japanischen Gesellschaftsrechts studieren.

1. *Liechtenstein: Erlaubt ist, was gefällt!*

Am einen Ende des Spektrums steht das liechtensteinische Personen- und Gesellschaftsrecht (PGR) von 1926.⁵⁰ Es zeichnet sich durch eine weltweit einzigartige Vielzahl an Organisationsformen aus.⁵¹ Nicht weniger als 23 verschiedene Modelle für juristische Personen, personenrechtliche Gemeinschaften sowie besondere Vermögenswidmungen und Zweckgemeinschaften hat ein Sachkenner vor einiger Zeit gezählt.⁵² Manche von ihnen hat man aus ausländischen Rechts-

⁴⁷ Dazu bereits *Fleischer*, GmbHR 2022, 1179 Rn. 49.

⁴⁸ Vgl. *Fleischer*, in: FS Roth, 2015, S. 125, 128: „Diese Vielzahl von Gesellschaftsformen und Typenkombinationen, die in Europa lediglich von der Gestaltungsfreude Liechtensteins übertroffen wird, findet sich nicht nur in den Lehrbüchern, sondern ist gelebte Praxis.“

⁴⁹ Dazu die zutreffende Beobachtung von *Ringe/Otte*, in: Triebel/Illmer/Ringe/Vogenaier/Ziegler, *Englisches Handels- und Wirtschaftsrecht*, 3. Aufl. 2012, Kap. V Rn. 19: „Der deutsche Jurist findet in England weniger Gesellschaftsarten, insbesondere weniger Mischformen als zu Hause. So fehlt der Unterschied zwischen handelsrechtlichen Gesellschaften und solchen bürgerlichen Rechts. Die Rechtsform der *company* ist aber so flexibel, dass ein Bedürfnis nach weiteren Arten oder Mischformen nicht besteht.“

⁵⁰ Für einen guten Überblick *Marxer*, ZEuP 2004, 477; umfassend jüngst *Fleischer/Götz/Stemberg*, WM 2023, 1809 (Teil I), 2023, 1853 (Teil II).

⁵¹ In diesem Sinne etwa *Marxer & Partner*, *Liechtensteinisches Wirtschaftsrecht*, 2021, Rn. 5.5: „Das neu kodifizierte Gesellschaftsrecht sollte insofern einzigartig sein, als es die weltweit größtmögliche Anzahl an Rechtsformen vorsehen wollte.“; der Kurze Bericht über die Revision des Personen- und Gesellschaftsrechts von 1925 als das Kernstück der Gesetzesmaterialien (transkribiert und abgedruckt in *Jus & News* 2006, 299 ff.) spricht auf S. 11 von einer „besonderen Reichhaltigkeit der Formen“.

⁵² So *Reichert-Facilides*, in: FS 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht, 2001, S. 987, 1011.

ordnungen rezipiert, etwa den angelsächsischen Trust⁵³ oder das Treuunternehmen, bei dem der Massachusetts Business Trust Pate stand.⁵⁴ Bei anderen handelt es sich um bemerkenswerte Eigenkreationen. Zu nennen ist neben der Anteilsgesellschaft namentlich die privatrechtliche Anstalt, eine „waschechte Liechtensteinerin ohne ausländische Ahnen“⁵⁵, und als „Mittelgebilde zwischen Körperschaften und Stiftungen“⁵⁶ ein „Unikum auf der Europäischen Gesellschaftsrechtslandkarte“⁵⁷. Insgesamt kann man Liechtenstein daher mit Fug und Recht als „Miniaturwunderland der Rechtsformen“⁵⁸ bezeichnen.

Diese gesellschaftsrechtliche Artenvielfalt beruhte auf einer bewussten gesetzgeberischen Regelungsstrategie. Das kleine Fürstentum Liechtenstein befand sich nach dem Ersten Weltkrieg in einer desolaten wirtschaftlichen Lage.⁵⁹ Einen Ausweg aus dieser schweren Krise erhoffte es sich von der Gewinnung ausländischer Investoren durch ein attraktives Gesellschaftsrecht.⁶⁰ Bei dessen Ausarbeitung ließ sich der Reformgesetzgeber von der Erwägung leiten, dass sich die Praxis eine möglichst große Anzahl an Rechtsformen wünscht.⁶¹ Ausländischen Unternehmen und Investoren sollte das liechtensteinische Recht zusätzlich dadurch schmackhaft gemacht werden, dass sie die Gesellschaftsformen ihrer jeweiligen Heimatrechtsordnung im PGR wiederfinden oder nachbilden konnten.⁶² Hierzu eröffnete ihnen Art. 629 Abs. 1 PGR a. F. die Möglichkeit, „jede in irgendeinem ausländischen Rechte anerkannte Verbandsperson“ zu erwerbswirtschaftlichen oder ideellen Zwecken in Liechtenstein mittels öffentlicher Urkunde zu errichten. Noch großzügiger bemessen war die Freiheit für Sitzgesellschaften in Gestalt sog. bewilligter Verbandspersonen gemäß Art. 633 Abs. 1 PGR a. F. „mit oder ohne Anlehnung an ausländisches Recht“, für die allerdings ein Konzessionserfordernis galt. Praktisch kannte das PGR in seiner Ursprungsfassung damit keinen Numerus clausus der Gesellschaftsformen.⁶³

Diese rechts- und wirtschaftspolitische Stoßrichtung blieb auch ausländischen Beobachtern nicht verborgen. Süffisant bemerkte *Franz Schlegelberger*, seiner-

⁵³ Vgl. *Schopper/Walch*, Trust, Treuunternehmen und besondere Vermögenswidmungen in Liechtenstein, 2023, Rn. 13 ff.; zum Streit um die Rezeptionsvorlage auch *Fleischer/Götz/Stemberg*, WM 2023, 1809, 1814.

⁵⁴ Vgl. *Marxer & Partner* (Fn. 51), Rn. 11.1; *Schopper/Walch* (Fn. 53), Rn. 1285 f.

⁵⁵ *Marxer*, LJZ 2006, 56, 60.

⁵⁶ Kurzer Bericht zum PGR (Fn. 51), S. 29.

⁵⁷ *Schurr*, ZVglRWiss 111 (2012), 339, 341.

⁵⁸ So der Aufsatztitel von *Fleischer/Götz/Stemberg*, WM 2023, 1809.

⁵⁹ Näher *Merki* (Fn. 7), S. 137.

⁶⁰ Vgl. Kurzer Bericht zum PGR (Fn. 51), S. 6; *Geiger*, Krisenzeit. Liechtenstein in den Dreißiger Jahren, Bd. I, 1997, S. 69; *Marxer & Partner* (Fn. 51), Rn. 5.5.

⁶¹ Vgl. Kurzer Bericht zum PGR (Fn. 51), S. 11: „Der Entwurf kommt dem in der Praxis oft geäußerten Gedanken entgegen, wonach der Gesetzgeber möglichst viel Formen dem wirtschaftenden Menschen zur Verfügung stellen soll.“

⁶² Auch dazu Kurzer Bericht zum PGR (Fn. 51), S. 32.

⁶³ Vgl. *Marxer*, LJZ 2006, 56, 59; *Schurr*, ZVglRWiss 111 (2012), 339, 342; eingehend und rechtsvergleichend *Fleischer*, ZGR 2023, 261, 277 f.

zeit Ministerialdirektor im Reichsjustizministerium,⁶⁴ auf dem 34. Deutschen Juristentag 1926 in Köln: „So oft ich dieses Gesetz gelesen habe, habe ich die Vorstellung, als stehe ein freundlicher Wirt vor seinem Hause und rufe: liebe Kapitalisten, bitte lasst Euch hier nieder; und fragt man nach der Rechtsform: wie ihr wollt, wie es euch gefällt.“⁶⁵ Ein anderer zeitgenössischer Autor spricht in diesem Zusammenhang von der „merkantilistischen Tendenz des Gesetzes, möglichst viel fremde Unternehmen ins Land zu ziehen“⁶⁶.

In der Folgezeit hat Liechtenstein im Kern an seiner Strategie der Angebotsvielfalt („Wer vieles bringt, wird manchem etwas bringen; und jeder geht zufrieden aus dem Haus“) festgehalten, aber gewisse Randkorrekturen vorgenommen. Im Rahmen einer Reform von 1980 wurden sechs Gesellschaftsformen mit der Begründung ausgemustert, dass sie in der Praxis keinerlei Bedeutung erlangt hätten.⁶⁷ Zugleich wurde in Art. 245 Abs. 2 PGR der Numerus clausus der Gesellschaftsformen ausdrücklich festgeschrieben.⁶⁸ Dies hindert den Reformgesetzgeber freilich nicht daran, selbst neue Rechtsformen einzufügen.⁶⁹ Eine jüngere Neukreation ist die Protected Cell Company (Segmentierte Verbandsperson) von 2015,⁷⁰ die in vieler Hinsicht der schon erwähnten Delaware Series LLC ähnelt.

2. Belgien: Ockhams Rasiermesser

Am anderen Ende des Spektrums ist das neue belgische Gesellschaftsrecht von 2019 angesiedelt.⁷¹ Der zuvor geltende Code des sociétés von 1999 hatte zwar zu einer Konsolidierung der vormals unübersichtlichen Rechtslage geführt, es aber bewusst bei einer Reform *à droit constant* belassen und auf fundamentale Neuerungen verzichtet.⁷² Auf Anregung von *Koen Geens*, Rechtsprofessor in Leuven und seit 2014 belgischer Justizminister, wurde sodann eine grundlegende Reform des belgischen Gesellschaftsrechts an Haupt und Gliedern ins Auge gefasst.⁷³ Als

⁶⁴ Zu seiner späteren Verstrickung in der Nazi-Zeit *Förster*, Jurist im Dienst des Unrechts. Leben und Werk des ehemaligen Staatssekretärs im RJM Franz Schlegelberger, 1995.

⁶⁵ *Schlegelberger*, in: Verhandlungen des 34. DJT 1926, Zweiter Bd. 1927, S. 779.

⁶⁶ *Wahle*, *RabelsZ* 2 (1928), 134, 136.

⁶⁷ Dazu *Gubser*, Grundriss der liechtensteinischen Gesellschaftsrechtsreform 1980, 1980, S. 50 ff.

⁶⁸ Wörtlich heißt es dort: „Andere als durch das Gesetz vorgesehene privatrechtliche Verbandspersonen können nicht bestehen.“

⁶⁹ Allgemein dazu *Fleischer*, *ZGR* 2023, 261, 290.

⁷⁰ Näher *Schurr/Wohlgenannt*, *LJZ* 2015, 23.

⁷¹ Für einen Überblick *Van der Elst*, *ECL* 2020, 25; *De Wulf*, *ECFR* 2023, 109; eine ausführlichere Einführung bieten *Aydogdu/Caprassé*, *Le Code des sociétés et des associations. Introduction à la réforme de droit des sociétés*, 2018; in lehrbuchartiger Breite und Tiefe *Malherbe/De Cordt/Lambrecht/Malherbe/Culot*, *Droit des sociétés*, 5. Aufl. 2020, Rn. 1 ff. und *passim*.

⁷² Vgl. *Caprassé/Léonard*, in: *Aydogdu/Caprassé* (Fn. 71), S. 7, 8; *Malherbe/De Cordt/Lambrecht/Malherbe/Culot* (Fn. 71), S. 16.

⁷³ Grundlegend *Geens*, in: *Quid leges sine cogitatione? Enkele reflexies over vennootschapsrecht aangeboden aan Jen-Marie Nelissen Grade*, 2011, S. 75.

eine der rechtspolitischen Leitlinien hatte *Geens* von Anfang an für eine Verringerung der Zahl an verfügbaren Rechtsformen geworben.⁷⁴ Das Gesetz, so seine griffige Formulierung, dürfe nicht zu einem Museum oder einem Kuriositätenkabinett verkommen;⁷⁵ ein systematischer Gesetzgeber müsse daher wie die Natur in darwinistischer Perspektive aufräumen und für Ordnung sorgen.⁷⁶

Zur wissenschaftlichen Vorbereitung der Großreform fand sich eine Gruppe von 14 Professorinnen und Professoren unter der Bezeichnung „Centre Belge du Droit des Sociétés“ zusammen. Ihre Vorschläge griffen *Geens* Anregung zur Reduzierung der Rechtsformen auf⁷⁷ und erhielten auch in der weiteren Diskussion Zuspruch.⁷⁸ Der im Jahre 2019 verabschiedete Code des sociétés et des associations setzte diese Reformstrategie um. Als eine von drei *lignes directrices* der Reform heben die Gesetzesmaterialien das Ziel eines vereinfachten Rechtsrahmens hervor.⁷⁹ Sie betonen, dass eine solche *simplification en droit des sociétés* auch eine Verringerung der Zahl an Rechtsformen einschlieÙe: Der bisherige Code des sociétés, so heißt es zur Begründung, habe unter Einbezug der europäischen Gesellschaftsformen insgesamt 15⁸⁰ verschiedene Rechtsformen gekannt, von denen einige nur selten genutzt worden seien.⁸¹

In nackten Zahlen lautet das Ergebnis der Reform von 2019: „From 12 to 6 Varieties of Company“⁸². Auf der Strecke blieben bei diesem Rückbau der „barocken Strukturen“⁸³ die Kommanditgesellschaft auf Aktien⁸⁴, die landwirtschaftliche Gesellschaft, die (belgische) wirtschaftliche Interessenvereinigung und die Genossenschaft mit unbeschränkter Haftung;⁸⁵ abgeschafft hat man ferner mit

⁷⁴ Vgl. *Geens* (Fn. 73), S. 75, 90 ff.

⁷⁵ *Geens* (Fn. 73), S. 75, 90 unter der Zwischenüberschrift „Museum of rariteitenkabinet“.

⁷⁶ So ausdrücklich *Geens* (Fn. 73), S. 75, 91.

⁷⁷ Vgl. *De Wulf*, T.B.H. 2014, 819, 823 ff.

⁷⁸ Vgl. etwa *Braeckmans/Horsmans/Nelissen Grade*, in: Braeckmans et al., Centre belge du droit des sociétés, La modernisation du droit des sociétés, 2014, S. 7, 10 f.; *Geens/Van Ommeslaghe*, ebenda, S. 15, 18.

⁷⁹ Vgl. *Projet de Loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses*, Exposé des motifs, Doc. parl. Ch. repr. sess. Ord. 2017-2018, n°3119/001, p. 6.

⁸⁰ Die Zählungen variieren; abweichend etwa *De Wulf*, ECFR 2023, 109, 124: „Under the old legislation there were 14, if one included the two European company forms.“

⁸¹ Vgl. *Exposé des motifs*, Doc. parl. Ch. repr. sess. Ord. 2017-2018, n°3119/001, p. 10.

⁸² So die Zwischenüberschrift bei *De Wulf*, ECFR 2023, 109, 124; ferner *Malherbe/De Cordt/Lambrecht/Malherbe/Culot* (Fn. 71), Rn. 408: „Ainsi, neuf formes de sociétés subsistent en droit belge, à savoir: la société simple, la société en nom collectif, la société en commandite, la société à responsabilité limitée, la société cooperative, la société anonyme et les formes européennes.“

⁸³ *Malherbe/De Cordt/Lambrecht/Malherbe/Culot* (Fn. 71), Rn. 4: „Désireux d'épurer l'édifice baroque des structures sociétaires [...]“

⁸⁴ Kritisch dazu *De Wulf*, ECFR 2023, 109, 130: „I think the abolition of the commandite par actions was a policy mistake.“

⁸⁵ *Malherbe/De Cordt/Lambrecht/Malherbe/Culot* (Fn. 71), Rn. 4.

der SPRL Unipersonelle und der SPRL Starter, einem Ableger der deutschen Unternehmungsgesellschaft, zwei Rechtsformvarianten der GmbH;⁸⁶ zusammengelegt wurden schließlich die zahlreichen Spielarten der Personengesellschaft unter Streichung der stillen Gesellschaft und der Gelegenheitsgesellschaft.⁸⁷ Vor allem Mischgebilde fanden vor der cartesianischen Strenge der Gesetzesreformer⁸⁸ keine Gnade. Diese haben sich stattdessen einem Parsimonie- oder Sparsamkeitsprinzip verschrieben⁸⁹ – eine gesellschaftsrechtliche Variante von *Ockhams* Rasiermesser: *Entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*.⁹⁰

3. Japan: Modul- oder Baukastensystem

Eine weitere bemerkenswerte Regelungsstrategie findet sich im japanischen Gesellschaftsgesetz von 2005.⁹¹ Ursprünglich waren die hergebrachten Gesellschaftsformen (AG, OHG, KG) im dortigen Handelsgesetzbuch von 1899 geregelt, das in vielen Punkten am Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch von 1861 Maß genommen hatte.⁹² Im Jahre 1938 wurde zudem die Rechtsform der GmbH nach deutschem Vorbild eingeführt,⁹³ die vor der jüngsten Reform mit 1,9 Mio. Exemplaren die Zahl der 1,2 Mio. Aktiengesellschaften übertraf.⁹⁴ Von dieser klassischen Grundordnung ist der Reformgesetzgeber von 2005 mit einem Paukenschlag abgerückt: Er hat die GmbH kurzerhand abgeschafft⁹⁵ und das Aktienrecht

⁸⁶ *Caprasse/Léonard* (Fn. 72), S. 7, 11: „La S.P.R.L. unipersonnelle n'est plus une forme distincte en tant que telle dès lors que sauf exception les sociétés – en ce compris la S.A. – pourront désormais être unipersonnelles et la S.P.R.L. Starter disparaît puisque la notion de capital, en general, et celle de capital minimum, en particulier, sont supprimées dans la S.R.L., nouveau nom de la S.P.R.L.“

⁸⁷ Dazu *Caprasse/Léonard* (Fn. 72), S. 7, 11 mit dem Zusatz: „En lieu et place, la société simple peut avoir un caractère temporaire (comme la société momentanée) ou occulte (comme la société interne).“

⁸⁸ Halb spöttisch *De Wulf*, ECFR 2023, 109, 123: „As a cartesian-minded academic, Koen Geens did not like this neither fish nor fowl creature.“

⁸⁹ Dazu schon *Fleischer*, NZG 2022, 827, 835.

⁹⁰ Bei *Ockham* selbst nicht wörtlich, sondern nur sinngemäß nachgewiesen; dazu *Möllmann*, Über Beweise und Beweisarten bei Wilhelm Ockham, 2013, S. 323 m. w. N.; für eine allgemeine Einordnung *Leibold*, Wilhelm von Ockham. Zugänge zum Denken des Mittelalters, Bd. I, 2003.

⁹¹ Für einen Überblick *Dernauer*, ZJapanR 20 (2005), 123; *Westhoff*, in: VSJF, Japan Jahrbuch 2007, S. 221; *Witty*, ZJapanR 23 (2007), 185.

⁹² Dazu *Kansaku/Bälz*, in: Baum/Bälz, Handbuch Japanisches Handels- und Gesellschaftsrecht, 2011, § 3 Rn. 25; eingehend zu dem vorbereitenden Entwurf des deutschen Rechtswissenschaftlers *Carl Friedrich Hermann Roesler* aus Rostock *Schenk*, Der deutsche Anteil an der Gestaltung des modernen japanischen Rechts- und Verwaltungswesens, 1997.

⁹³ Vgl. *Kansaku/Bälz* (Fn. 92), § 3 Rn. 27.

⁹⁴ Vgl. *Baum/Goto*, ZJapanR 41 (2016), 89, 93.

⁹⁵ Dazu und zum Fortbestehen der sog. Ausnahme-GmbH *Kansaku/Bälz* (Fn. 92), § 3 Rn. 46; erläuternd auch *Dernauer*, ZJapanR 20 (2005), 123, 127: „Hintergrund dieser Reform ist die Tatsache, dass die GmbH als Gesellschaftsform in Japan, die für kleinere und mittelgroße Unternehmen vorgesehen war, nie das Vertrauen und die Akzeptanz erlangt hat, die sich der

auf ein neues Fundament gestellt.⁹⁶ Zugleich hat er LLC und LLP nach US-amerikanischem Muster neu eingeführt.⁹⁷ Die Rechtsformen des Personengesellschaftsrechts (OHG, KG) blieben unangetastet, spielen in der Praxis aber keine nennenswerte Rolle, auch weil sie als juristische Personen gelten und damit der Körperschaftsteuer unterliegen.⁹⁸

Funktionieren konnte und kann diese Neuordnung des Kapitalgesellschaftsrechts nur durch eine durchgreifende Deregulierung des Aktienrechts.⁹⁹ Um den vielfältigen Erscheinungsformen der AG in der japanischen Rechtswirklichkeit gerecht zu werden, unterscheidet das reformierte Gesellschaftsgesetz zwischen verschiedenen Normativtypen, abgestuft nach Größe, Zahl der Aktionäre, Übertragbarkeit der Aktien und Börsennotierung.¹⁰⁰ Damit nicht genug: Den individuellen Bedürfnissen der einzelnen Gesellschaften trägt das Gesetz dadurch Rechnung, dass es den Gesellschaftern vielfältige Wahlmöglichkeiten für ihre interne Organisationsstruktur eröffnet.¹⁰¹ Zur Wahl stehen: kein Verwaltungsrat, Einzelverwaltungsrat oder Verwaltungsrat ohne oder mit Ausschusssystem, zudem gesellschaftsinterner Prüfer, Prüferat, Buch- und Rechnungsverantwortlicher.¹⁰² Insgesamt hat eine Literaturstimme nicht weniger als 39 Kombinationsmöglichkeiten der verschiedenen Organe gezählt.¹⁰³

Konzeptionell kann man von einer Art Baukastensystem sprechen:¹⁰⁴ Die Gründergesellschaften können die Organisationsverfassung ihrer Gesellschaft aus verschiedenen Modulen zusammensetzen.¹⁰⁵ International hat man eine solche

Gesetzgeber bei Verabschiedung des GGmbH im Jahr 1938 unter Berücksichtigung der damaligen Situation in Deutschland vorgestellt hatte. Tatsächlich ist in Japan seit langer Zeit, anders als in Deutschland, ein großer Teil der kleinen und mittleren Unternehmen als Aktiengesellschaft [...] organisiert.“

⁹⁶ Dazu *Westhoff*, in: *Kansaku/Bälz* (Fn. 92), § 5 Rn. 42 ff.

⁹⁷ Speziell zur LLP *Baum/Goto*, *ZJapanR* 41 (2016), 89, 102 ff.

⁹⁸ Vgl. *Kansaku/Bälz* (Fn. 92), § 3 Rn. 139 ff.

⁹⁹ Vgl. *Kansaku/Bälz* (Fn. 92), § 3 Rn. 45: „Die Neuordnung des Gesellschaftsrechts ging mit einer wesentlichen Deregulierung des Aktiengesetzes einher, die innerhalb der Rechtsform der Aktiengesellschaft die Gestaltungsmöglichkeiten etwa im Hinblick auf die Organisationsverfassung wesentlich erweitert hat und zu einer verstärkten Ausdifferenzierung der Aktiengesellschaft im Wirtschaftsleben Japans führen dürfte.“

¹⁰⁰ Vgl. *Kansaku/Bälz* (Fn. 92), § 3 Rn. 48 ff.

¹⁰¹ Vgl. *Dernauer*, *ZJapanR* 20 (2005), 123, 141 ff.; *Kansaku/Bälz* (Fn. 92), § 3 Rn. 122 ff.; *Westhoff* (Fn. 96), § 5 Rn. 59 ff.

¹⁰² Vgl. *Kansaku/Bälz* (Fn. 92), § 3 Rn. 130 ff.; *Westhoff* (Fn. 96), § 5 Rn. 45 ff.

¹⁰³ So *Westhoff* (Fn. 96), S. 221, 236 mit tabellarischer Aufbereitung auf S. 237 f.; für vereinfachte Übersichten *Dernauer*, *ZJapanR* 20 (2005), 123, 145; *Takahashi/Shimizu*, *ZJapanR* 19 (2005), 35, 43.

¹⁰⁴ Allgemein aus deutscher Sicht schon *Erlinghausen*, in: FS Reinhard, 1972, S. 211, 213: „eine Art Baukastenprinzip“.

¹⁰⁵ Dazu die Reformperspektive bei *Erlinghausen* (Fn. 104), S. 211, 215 ff., 222: „Neu wäre vielmehr allein die Möglichkeit, weitgehend nach Belieben diese Strukturelemente zu kombinieren. An die Stelle vorgeformter Gesellschaftstypen würden einzelne Bausteine treten, die je nach Interessen, wirtschaftlichen Notwendigkeiten und persönlichen Gegebenheiten verwendet

Gesetzesarchitektur anschaulich als „Chinese menu approach“ bezeichnet.¹⁰⁶ Hierzulande spricht man im allgemeinen Kontext von einem „Systembaukasten“¹⁰⁷ im Gesellschaftsrecht; neuerdings ist noch weiter ausgreifend von einem „modularen Organisationsrecht“ die Rede,¹⁰⁸ das der kautelarjuristischen Praxis eine Zusammenstellung von Strukturbausteinen *à la carte* ermöglicht.¹⁰⁹

IV. Nutzen und Kosten einer neuen Gesellschaftsform

Unabhängig von der nationalen Regelungsstrategie stellt sich in jeder Rechtsordnung die Frage nach Nutzen und Kosten einer neuen Gesellschaftsform.¹¹⁰ Ein solches ökonomisches Kalkül ist noch komplizierter, als man auf den ersten Blick vermutet.¹¹¹ Gewisse Strukturierungshilfen bieten die weiter gediehenen Ansätze zu einer prospektiven Gesetzesfolgenabschätzung.¹¹² Deren Kernstück bildet ebenfalls eine Nutzen-Kosten-Analyse, die Start-up-Kosten und fortlaufende Kosten ebenso einschließt wie positive und negative Externalitäten für einzelne Marktakteure (Gesellschafter, Gläubiger etc.) sowie für die Gesamtgesellschaft.

1. Nutzen

Der Nutzen einer Rechtsformneuschöpfung liegt zunächst in der Schaffung einer Organisationsform mit bestimmten Merkmalsausprägungen, die den Bedürfnissen mancher Gründeraspiranten besser entspricht als die bisherige Angebotspalette.¹¹³ Indem der Gesetzgeber ihnen einen passenden Regelungsrahmen zur

werden könnten, einen nur in Grundzügen verbindlich festgelegten Rahmen auszufüllen.“; kritisch *Wüst*, in: FS Duden, 1977, S. 749, 763: „Es gibt wenige Gesellschaftsgesetze, weil der Gesetzgeber nicht eine Regel gibt, sondern Alternativen zur Wahl stellt; es gibt aber unendlich viele Varianten in der Realität, da sich die Bausteine beliebig kombinieren lassen. [...] Das Plus an Übersicht geht jedoch durch die Vielzahl der möglichen Kombinationen verloren. Aus der Gesellschaftsbezeichnung sind für den Rechtsverkehr kaum noch Aufschlüsse zu erwarten; jeder Vertrag muß individuell auf die getroffenen Absprachen durchgesehen werden.“

¹⁰⁶ *Ribstein* (Fn. 8), S. 29: „A legislature seeking to offer more help to default rules could enact a sort of ‘Chinese menu’ that proposes alternative rules within categories. For example, the statute could let firms choose a transfer provision from Category A and a dissolution provision from Category B.“

¹⁰⁷ So *Frey*, NZG 2004, 169 mit dem Titel „Gesellschaftsrecht als Systembaukasten“; gleichsinnig zuvor schon *Erlinghausen* (Fn. 104), S. 211, 213.

¹⁰⁸ Vgl. den Titel der Habilitationsschrift von *Wilhelm*, *Modulares Organisationsrecht*, 2023, eingehend S. 467 ff.

¹⁰⁹ So *Wilhelm* (Fn. 108), S. 749.

¹¹⁰ Zu Folgendem ausführlicher *Fleischer*, ZIP 2022, 345, 346 ff.

¹¹¹ Ähnlich *Ribstein*, 58 Bus. Law. 1023, 1031 (2003): „It is obviously difficult to compute either the benefits or the costs of a particular standard form at any given time.“

¹¹² Eingehend dazu *Fleischer*, in: FS v. Rosen, 2008, 595, 601 ff. m. w. N.

¹¹³ Näher *Ribstein*, 58 Bus. Law. 1023, 1030 f. (2003) unter der Zwischenüberschrift „Accommodating Diverse Needs“; ferner *Röder*, ZHR 184 (2020), 457, 462 f.

Verfügung stellt, entbindet er sie von der Notwendigkeit, eine solche Gestaltung selbst durch vertragliche Regelungen hervorzubringen. Sie können sich gewissermaßen „von der Stange“ bedienen. In der Rechtsökonomie spricht man von „off the rack contractual default rules“¹¹⁴, die den Beteiligten helfen, Transaktionskosten zu sparen.

Verfügt die neue Rechtsform über eine aussagekräftige Bezeichnung, so können die Gesellschafter hiervon auch in ihrem Außenauftritt profitieren: Die Rechtsformbezeichnung signalisiert außenstehenden Dritten, dass die Gesellschaft über bestimmte Eigenschaften verfügt, von denen sich die Gesellschafter im Geschäftsverkehr Vorteile versprechen. Beispiele für eine solche „sprechende“ Kurzbezeichnung bilden die Benefit Corporation, die Europäische Aktiengesellschaft (SE) oder die vorgeschlagene und vieldiskutierte Gesellschaft mit gebundenem Vermögen.

Die Signalwirkung der neuen Rechtsform fällt noch stärker aus, wenn bestimmte Merkmalsausprägungen vom Gesetzgeber zwingend vorgegeben sind, also nicht zur Disposition der Gesellschafter stehen.¹¹⁵ Man denke hierzulande etwa an den aktienrechtlichen Grundsatz der Satzungsstrenge (§ 23 Abs. 5 AktG), der ein hohes Maß an Gläubiger- und Minderheitenschutz gewährleistet und die Reputationsvorteile der Aktiengesellschaft gegenüber der GmbH zu einem Gutteil erklärt.¹¹⁶ Gesellschafter, die eine Rechtsform mit bestimmten zwingenden Regelungselementen wählen, können sich ihrer daher gezielt als eines Selbstbindungsinstruments bedienen. Ökonomen sprechen von einem „commitment device“¹¹⁷.

Darüber hinaus kann eine Rechtsformneuschöpfung gesamtgesellschaftlichen Nutzen stiften. Neben dem schon angesprochenen Gesichtspunkt der Transaktionskostensparnis, der auch eine volkswirtschaftliche Dimension hat,¹¹⁸ ist hier vor allem an eine Stimulierung unternehmerischer Tätigkeit zu denken. So lässt sich der volkswirtschaftliche Nutzen der im Jahre 2008 eingeführten Unternehmergesellschaft gemäß § 5a GmbHG etwa anhand ihres Mobilisierungseffekts für erfolgreiche Unternehmensgründungen messen, die ohne ihre Einführung nicht erfolgt wären.¹¹⁹

¹¹⁴ *Anderson*, Col. Bus. L. Rev. 2020, 1: „Courts and commentators alike regard corporate law as essentially a set of ‘off-the-rack’ contractual default rules provided by the states.“; gleichsinnig *McDonnell*, 60 SMU L. Rev. 383, 384 (2007): „According to the contractarian vision, corporate law provides a series of convenient off-the-rack default rules that most corporations will find useful to follow most of the time.“

¹¹⁵ Vgl. *Cools*, TRV-RPS 2020, 497, 498: „Die Gesellschaft selbst gibt ein deutliches Signal, an welche Regeln sie gebunden ist, denn sie kann sich hierüber nicht einmal mit einer einfachen Satzungsänderung hinwegsetzen.“ (eigene Übersetzung, im Original in Niederländisch).

¹¹⁶ Vgl. *Fleischer*, ZIP 2022, 345, 347.

¹¹⁷ *C. Mayer*, Firm Commitment, 2013, S. 134 und 268; zustimmend *Sanders*, ECFR 2022, 621, 632 f.

¹¹⁸ Vgl. *Richter/Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, 4. Aufl. 2010, S. 57 ff. zu Markttransaktionskosten, Unternehmenstransaktionskosten und politischen Transaktionskosten.

¹¹⁹ Dazu sowie zu allfälligen Messproblemen und weiteren zu berücksichtigenden Effekten *Fleischer*, DB 2017, 291, 293.

Schließlich kann der Gesetzgeber durch neue Rechtsformen unternehmerische Tätigkeiten in bestimmten Branchen oder Wirtschaftsbereichen oder mit einer bestimmten Zwecksetzung gezielt fördern. In Betracht kommen etwa passgenauere Regelungsmodelle für Start-up-Unternehmen („Flexible Kapitalgesellschaft“) oder Sozialunternehmen („Benefit Corporation“), den grenzüberschreitenden Geschäftsverkehr im europäischen Binnenmarkt („Société Européenne Simplifiée“) oder das Blockchain-Zeitalter („Decentralized Autonomous Organization“).

2. Kosten

Auf der Kostenseite schlagen zunächst die Aufwendungen für die Schaffung des neuen Rechtskleides zu Buche. Hierzu gehören insbesondere die Ressourcen für die Erarbeitung eines Gesetzesentwurfs und seine Abstimmung mit den beteiligten Ministerien sowie für die Gesetzesberatungen im Parlament und seinen Ausschüssen. Dabei handelt es sich größtenteils um Opportunitätskosten, weil Regelgeberressourcen in einer parlamentarischen Demokratie notorisch knapp sind: Wer über eine neue Gesellschaftsform berät, kann nicht zugleich die Digitalisierung des Gesellschaftsrechts vorantreiben, das Beschlussmängelrecht überarbeiten oder das Recht des Aufsichtsrats reformieren.¹²⁰

Zu diesen primären Kosten kommen sekundäre Kosten für den gesamten Rechts- und Geschäftsverkehr: Marktteilnehmer, die mit Unternehmen der neuen Gesellschaftsform in Verbindung treten, müssen sich über deren rechtliche Attribute kundig machen, um ihre eigenen Kreditrisiken abschätzen zu können.¹²¹ In diesem Sinne führt eine neuartige Gesellschaftsform – ähnlich wie ein neuartiges Sachenrecht¹²² – zu einer informationsbezogenen Externalität. Zugleich steigen tendenziell die Kosten der Gesellschaftsgründer für die Rechtsformwahl.¹²³

Nicht zu unterschätzen sind ferner die Kosten für das Ausjudizieren ungeklärter Rechtsfragen und die Schließung offener oder verdeckter Regelungslücken durch die höchstrichterliche Spruchpraxis. Man kann insoweit von tertiären Kosten sprechen, die je nach Gesellschaftsform beträchtlich schwanken. Bei der deutschen Unternehmungsgesellschaft scheint dieser judizielle Klärungsprozess nach wenigen Jahren im Wesentlichen abgeschlossen;¹²⁴ bei der US-amerikanischen

¹²⁰ Dies sind dringende andere Desiderata im Gesellschaftsrecht, zu denen rechtspolitische Vorschläge aus der Wissenschaft vorliegen.

¹²¹ Vgl. *Ribstein*, 58 Bus. Law. 1023, 1029 (2003); *Röder*, ZHR 184 (2020), 457, 463 f.

¹²² Dazu im Zusammenhang mit einer Erweiterung des Numerus clausus der Sachenrechte *Fleischer*, in: FS Schäfer, 2008, S. 125, 131 f.

¹²³ Vgl. *Ribstein*, 58 Bus. Law. 1023, 1029 (2003): „A plethora of forms may force organizers of small firms to hire sophisticated legal specialists rather than relying on general practitioners or non-lawyers such as accountants or financial planners.“; ausführlicher *Oesterle/Gazur*, 32 Wake Forest L. Rev. 101, 126 f. (1997).

¹²⁴ Marksteine sind BGH NZG 2011, 664; 2011, 666; 2012, 989; 2020, 781.

LLC sind dagegen noch viele Fragen offen, etwa hinsichtlich eines *piercing the veil*;¹²⁵ bei der Benefit Corporation hat der Prozess noch kaum begonnen.¹²⁶

Zentral wichtig, aber schwer zu erfassen und noch schwerer zu beziffern sind schließlich negative Externalitäten, die bei außenstehenden Dritten durch eine unzulängliche oder missbrauchsanfällige Ausgestaltung der neuen Rechtsform entstehen. Das augenfälligste Beispiel bilden defizitäre Gläubigerschutzregeln, die zu einer höheren Insolvenzanfälligkeit, geringen Insolvenzquoten und in der Folge zu enormen volkswirtschaftlichen Schäden führen können. Im Unterschied zu den Kosten für die Einführung einer neuen Rechtsform handelt es sich dabei um fortlaufende Kosten.

V. Nachfrage nach und Angebot von neuen Gesellschaftsformen

Die Metapher vom Marktplatz der Rechtsformideen lenkt die Aufmerksamkeit zudem auf die Rollenverteilung zwischen Nachfragern und Anbietern bei derartigen Innovationsprozessen.

1. Nachfrageseitige Impulse

Vielfach stammen die Impulse für eine neue Gesellschaftsform aus der Unternehmenspraxis, die sich mehr oder minder lautstark Gehör verschafft. Das war historisch schon bei der GmbH der Fall, mit welcher der Gesetzgeber auf die Rufe der Unternehmenspraxis nach einer geschmeidigeren Gesellschaftsform mit Haftungsbeschränkung neben der AG reagierte.¹²⁷ Bei den Rechtsformneuschöpfungen aus jüngerer Zeit ist dies nicht anders: *Spiritus rector* für die LLC war, wie dargelegt, eine Ölgesellschaft aus Denver und für die LLP bildeten Anwaltsgesellschaften aus Texas die treibende Kraft. In Frankreich beruhte die Schaffung der *Société par actions simplifiée* (SAS) ebenfalls auf Impulsen aus der Unternehmer- und Arbeitgeberschaft, darunter mit der Saint-Gobain-Gruppe einer der ältesten und bedeutendsten Industriekonzerne des Landes.¹²⁸ Hierzulande treibt Multi-Gründer *Armin Steuernagel* über die Stiftung Verantwortungseigentum die Idee einer Gesellschaft mit gebundenem Vermögen voran. Neu ist, dass zunehmend auch Nichtregierungsorganisationen auf den Plan treten, vor allem mit dem Ziel, soziales und nachhaltiges Unternehmertum zu fördern. Das Paradebeispiel bildet die Benefit Corporation, die unter der Schirmherrschaft des weltweiten Netzwerks von B Lab nicht nur in den Vereinigten Staaten, sondern auch ander-

¹²⁵ Näher *Hynes/Loewenstein* (Fn. 20), S. 360 f. m.w.N.

¹²⁶ Vgl. American Law Institute, Restatement of the Law of Corporate Governance, Tentative Draft No. 1, April 2022, § 2.01, Reporters' Notes, 8: „The benefit-corporation provisions in states' corporation laws are quite new, and the extent to which they will influence the interpretation of other provisions is unclear. [...] On the other hand, there is very little law on this subject.“

¹²⁷ Näher *Fleischer* (Fn. 6), Einl. Rn. 54 m.w.N.

¹²⁸ Einzelheiten bei *Trinks*, ZEuP 2023, 83, 90 f.

wärts aufblüht und gedeiht. Hierher gehört ferner die Neukreation der Low-Profit Limited Liability Company auf Anregung von *Robert Lang*, dem Gründer von Americans for Community Development, einer Organisation zur Sanierung heruntergekommener Stadtviertel.¹²⁹

2. Angebotsseitige Impulse

Umgekehrt gibt es auch prominente Beispiele dafür, dass Gesetzgeber in Vorleistung getreten sind und Gründergesellschaften durch die attraktive Offerte einer neuen Rechtsform erst auf den Geschmack gebracht haben – in loser Anlehnung an das *Saysche* Theorem aus der Nationalökonomie, wonach sich jedes Angebot seine Nachfrage schafft. So verhielt es sich namentlich in Liechtenstein, das mit seinem PGR von 1926 schon vor einem knappen Jahrhundert in einen (Offensiv-)Wettbewerb der Rechtsordnungen eingetreten ist¹³⁰ – mit durchschlagendem Erfolg für den Landeshaushalt: „In den Jahren 1927–1939 sowie seit den späten 1950er Jahren erbrachte es [= das erblühte Gesellschaftswesen] etwa ein Drittel bis die Hälfte der gesamten Steuereinnahmen Liechtensteins.“¹³¹ Eine ähnliche Strategie verfolgt seit Jahrzehnten der kleine Ostküstenstaat Delaware, der sich keineswegs mit seiner unangefochtenen Vormachtstellung in den größten Marktsegmenten für *corporations* und LLCs¹³² zufriedengibt. Vielmehr trachtet er mit Einführung des Statutory Business Trust und der Public Benefit Corporation danach, anderen Bundesstaaten selbst in den Nischen des Rechtsformenmarktes das Wasser abzugraben. Zuvor war Maryland, der Pionier für Benefit Corporations, mit der Hoffnung angetreten, wenigstens in diesem Segment die Marktführerschaft zu erringen. Begeistert von der Idee der Benefit Corporation, rief das einflussreiche Senatsmitglied *James Ruskin* im Herbst 2009 aus: „Oh, this is perfect! This is exactly what we need in Maryland. This would make us like the Delaware for sustainable business.“¹³³ Das gleiche Ziel verfolgt Wyoming, das sich mit einer umfangreichen Blockchain-Gesetzgebung einschließlich der Wyoming DAO LLC in jüngster Zeit Hoffnungen macht, zum „Delaware of digital assets“¹³⁴ aufzusteigen.¹³⁵

¹²⁹ Näher *Fleischer*, AG 2023, 1 Rn. 27 m. w. N.

¹³⁰ Vorzügliche Analyse unter Einbeziehung des Internationalen Gesellschaftsrechts bei *Basedow*, LJZ 2006, 5 unter der Überschrift „Liechtenstein im Wettbewerb der Rechtsordnungen“; ferner *Schurr/Wohlgemann*, LJZ 205, 23: „Die Systematik des PGR ermöglicht es Liechtenstein, sich im Wettbewerb der Rechtsordnungen zu positionieren.“; zuletzt *Fleischer/Götz/Stemberg*, WM 2023, 1853 Rn. 100 unter der Zwischenüberschrift „Pionierrolle im Wettbewerb der Gesellschaftsrechtsordnungen“.

¹³¹ *Merki* (Fn. 7), S. 72; ferner *Geiger* (Fn. 60), S. 79.

¹³² Vgl. statt vieler *Broughman/Fried/Ibrahim*, 57 J.L. & Econ. 865 (2014) unter dem Titel „Delaware Law as Lingua Franca: Theory and Evidence“.

¹³³ Zitiert nach *Marquis* (Fn. 30), S. 90.

¹³⁴ *Whirley/Lielsen*, The Defiant, April 2023, 2011.

¹³⁵ Eingehend dazu *Matera*, 27 Fordham J. C. & Fin. L. 73 (2022) unter dem Titel „Delaware’s Dominance, Wyoming’s Dare. New Challenges, Same Outcome?“.

Demgegenüber verfolgen viele kontinentaleuropäische Rechtsordnungen in Europa nicht das Ziel, durch Rechtsformneuschöpfungen nach liechtensteinischem Vorbild ausländische Gründer und Investoren ins Land zu locken. Vielmehr geht es ihnen in erster Linie darum, den einheimischen Rechtsformenmarkt gegen ausländische Konkurrenz zu schützen. Beispiele für einen solchen Defensivwettbewerb¹³⁶ bilden hierzulande die Neukreation der Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung und die Unternehmergesellschaft, in Frankreich die Einführung der SAS¹³⁷ und in Österreich die Schaffung der Privatstiftung¹³⁸.

VI. Gibt es eine optimale Zahl an Gesellschaftsformen?

Am Schluss wartet die besonders schwierige und bisher nur selten erörterte Frage nach dem zahlenmäßigen Optimum an Gesellschaftsformen.

1. Zwei entgegengesetzte Extremlösungen

Einführend mag es hilfreich sein, sich als Gedankenexperiment mit zwei entgegengesetzten Extremlösungen zu beschäftigen.

a) Warum gibt es nicht nur eine einzige Gesellschaftsform?

Theoretisch könnte eine Rechtsordnung mit nur einer einzigen Gesellschaftsform auskommen.¹³⁹ Diese dürfte allerdings kein zwingendes Einheitskorsett vorsehen, sondern müsste den Gründern im Gegenzug zur radikalen Angebotsverknappung größtmögliche Gestaltungsfreiheit einräumen.¹⁴⁰ Wie das konkret aussehen könnte, haben prominente US-amerikanische Gesellschaftsrechtler vor einiger Zeit durchgespielt. Als rechtliche Gussform geeignet erscheint ihnen der Delaware Business Trust, der durch Anpassung seines *governing instrument* jede andere Gesellschaftsform nachbilden könnte: „In theory, any entity that can be formed as a business corporation, an LLC, an LLP, or an LLLP could be fashioned in-

¹³⁶ Grundlegend zur Unterscheidung zwischen „proactive competition“ und „passive competition“ *Cumming/MacIntosh*, 20 Int. Rev. L. Econ. 141 (2000).

¹³⁷ Näher *Trinks*, ZEuP 2023, 83, 101.

¹³⁸ Näher *Pendl*, GesRZ 2022, 191, 192 ff.

¹³⁹ Vgl. *Fleischer*, NZG 2022, 827, 835. Deziert dafür aus US-amerikanischer Sicht *Bayern*, A Research Agenda for Organizational Law, 2024, S. 35: „We can say the same thing of a legal system with general partnerships, limited partnerships, LLPs, LLLPs, LLCs, statutory trusts, statutory and/or common-law nonprofit organizations, cooperatives, nonprofit corporations, social-purpose corporations, public-benefit corporations, and for-profit corporations. If there are to be a dozen forms of legal organization, why not 50? More to the point, why not just one?“, S. 65: „Except perhaps for public companies, a single type of legal organization is probably sufficient in modern law. That is where things have been heading anyway, given the substantive convergence in organizational forms.“

¹⁴⁰ Dazu auch *Frey*, NZG 2004, 169: „unitäre Gesellschaftsform mit großer Gestaltungsfreiheit“.

stead as a statutory business trust, simply by specifying the necessary structure in the trust's governing instrument."¹⁴¹

Warum hat sich dieses Grundmodell einer unitären Gesellschaftsform bisher nirgendwo durchgesetzt? Oder anders gewendet: „Warum haben wir [mehrere] Gesellschaftsformen?“¹⁴² Eine rechtsökonomische Antwort hierauf führt zunächst zur Unterstützungs- und Entlastungsfunktion dispositiven Gesetzesrechts.¹⁴³ Indem der Gesetzgeber gründungswilligen Gesellschaftern eine Auswahl an Organisationsformen griffbereit zur Verfügung stellt,¹⁴⁴ entbindet er sie von der Notwendigkeit, ihren Gesellschaftsvertrag in großen Teilen selbst auszuarbeiten.¹⁴⁵ Das erspart Gründungskosten, die gerade bei kleineren Unternehmen besonders ins Gewicht fallen.¹⁴⁶ Zugleich bieten gesetzlich ausgearbeitete Regelungsmodelle eine gewisse Gewähr dafür, dass sie ausgewogen und in sich stimmig sind, und erleichtern Gerichten überdies die Füllung gesetzlicher oder vertraglicher Lücken.¹⁴⁷ Schließlich eröffnet eine Mehrzahl an Gesellschaftsformen wertvolle Differenzierungspotentiale und Signalisierungsmöglichkeiten: Die Gesellschafter können durch die Wahl einer bestimmten Rechtsform leichter kommunizieren, welche Organisations-, Vertretungs- und Haftungsregeln für ihren Zusammenschluss gelten,¹⁴⁸ und der Rechtsverkehr kann sich hieran schneller orientieren.

Zu diesen überall geltenden rechtsökonomischen Gründen gesellen sich hierzulande noch verfassungsrechtliche Erwägungen. Das BVerfG hat in seinem Mitbestimmungsurteil von 1979 aus der Institutsgarantie der Vereinigungsfreiheit in Art. 9 Abs. 1 GG eine legislative Mindestausstattung des Vereinigungswesens abgeleitet. Danach muss der Gesetzgeber eine „hinreichende Vielfalt von Rechts-

¹⁴¹ *Hansmann/Kraakman/Squire*, 2005 U. Ill. L. Rev. 5, 14.

¹⁴² *Cools*, TRV-RPS 2020, 497: „Waarom hebben we vennootschapsvormen?“; gleichsinnig *Hansmann/Mattei*, 73 N.Y.U.L. Rev. 434, 476 (1998): „Why then is there any need for separate statutes providing for business corporations – or, for that matter, cooperative corporations, nonprofit corporations, or limited liability companies?“; *Ribstein* (Fn. 8), S. 26: „Why Different Business Associations?“.

¹⁴³ Allgemein dazu etwa *Cziupka*, Dispositives Vertragsrecht, 2010, S. 44 ff. unter der Zwischenüberschrift „Staatliche ‚Serviceleistung‘: Kooperationsförderung und -unterstützung durch gesetzliche Regelungsmuster“.

¹⁴⁴ Zu „off the rack contractual default rules“ bereits oben im Text zu Fn. 114.

¹⁴⁵ Vgl. *Hansmann/Mattei*, 73 N.Y.U.L. Rev. 434, 476 (1998): „reducing the burden of drafting“; *Ribstein* (Fn. 8), S. 26 f. mit dem Zusatz: „The more choices firms have, the easier it will be for them to find sets of terms they can use without customized drafting to make the standard form fit.“

¹⁴⁶ Vgl. *Ribstein* (Fn. 8), S. 347: „This is especially important for smaller firms for which drafting and planning costs loom large in relation to total capitalization.“

¹⁴⁷ Dazu *Ribstein*, 58 Bus. Law. 1023, 1032 (2003) unter der Zwischenüberschrift „Accurate Gap-Filling“.

¹⁴⁸ Anschaulich spricht *Cools*, TRV-RPS 2020, 497, 498 von Gesellschaftsformen als „Kommunikationsgefäßen“ (*communicerende vaten*); gleichsinnig *De Wulf*, TRV-RPS 2022, 135, 140: „signalling-functie van onderscheiden vormen“; ferner *Hansmann/Kraakman/Squire*, 2005 U. Ill. L. Rev. 5, 14 (2005): „permit types of signaling and bonding“.

formen“ zur Verfügung stellen, die den verschiedenen Typen von Vereinigungen angemessen und deren Wahl daher zumutbar sei.¹⁴⁹ Infolgedessen sähe sich eine unitäre Gesellschaftsform auch durchgreifenden verfassungsrechtlichen Zweifeln ausgesetzt.

b) *Warum gibt es nicht beliebig viele Gesellschaftsformen?*

Alternativ könnte man daran denken, keinerlei Restriktionen mehr vorzusehen und den Gesellschaftern ein Rechtsformerfindungsrecht zu gewähren. Auch dieses Grundmodell, das auf eine Abschaffung des Numerus-clausus-Grundsatzes im Gesellschaftsrecht hinausliefe, hat sich bisher nicht dauerhaft durchsetzen können. Zwar haben einige Rechtsordnungen wie Liechtenstein oder Spanien zeitweilig mit einem Numerus-apertus-Prinzip experimentiert, doch sind sie hier von später wieder abgerückt.¹⁵⁰

Die rechtsökonomischen Gründe für eine Limitierung der Gesellschaftsformen liegen vor allem in der Senkung der Informationskosten durch Standardisierung.¹⁵¹ Ließe man beliebig viele Gesellschaftsformen zu, so würde dies zwar nicht gleich ins Chaos,¹⁵² wohl aber zu erheblichen Mehrbelastungen für das Handelsregister- und einem beträchtlichen Anstieg der Informations- und Lernkosten für den Rechtsverkehr führen.¹⁵³ Pointiert spricht man von „costs of confusion“¹⁵⁴. Außerdem gingen Vorteile aus Netzwerkexternalitäten verloren, weil sich der Korpus an Rechtsprechung und Vertragsformularen auf eine immer größere Grundgesamtheit an Rechtsformen verteilen würde.¹⁵⁵

2. *Lehren aus Paralleldebatten im Sachen- und Schuldvertragsrecht*

Weiteren Aufschluss für die Optimierungsfrage im Gesellschaftsrecht verspricht ein Seitenblick auf Parallelüberlegungen im Sachen- und Schuldvertragsrecht. Das Sachenrecht bietet sich deshalb an, weil hier ebenso wie im Gesellschafts-

¹⁴⁹ BVerfGE 50, 290, 354.

¹⁵⁰ Näher *Fleischer*, ZGR 2023, 261, 275 ff. m. w. N.

¹⁵¹ Vgl. schon *Fleischer*, ZHR 168 (2004), 673, 678; aus jüngerer Zeit *Guinnane/Martinez-Rodriguez*, European Rev. Econ. Hist. 22 (2018), 462, 465 mit Fn. 7: „[Merrill and Smith] argue that standardization of property into a few types indeed limits freedom of contract, but in doing so reduces transaction costs both for those involved in property transactions and for third parties. Much of their argument would apply to *numerus clausus* for enterprise forms.“

¹⁵² So aber *Frey*, NZG 2004, 169: „Ein Abschied vom Numerus Clausus würde ins Chaos führen [...].“

¹⁵³ Vgl. *Fleischer*, ZGR 2023, 261, 285 f.; gleichsinnig zuvor schon *Ribstein* (Fn. 8), S. 27: „There is certainly a limit to the number of different business forms the market can handle. The more different business association firms and those they deal with them need to learn about, the higher will be the information costs incurred.“

¹⁵⁴ *Ribstein*, 58 Bus. Law. 1023, 1029 (2003).

¹⁵⁵ Spiegelbildlich *Ribstein*, 58 Bus. Law. 1023, 1028 (2003): „Rationalizing statutory standard forms by reducing the number of available forms can increase the amount of material per form, assuming no changes in the total number of firms or the costs of providing the materials.“

recht ein Numerus-clausus-Grundsatz gilt, das Schuldvertragsrecht, weil es den Beteiligten ebenso wie das Personengesellschafts- und GmbH-Recht eine große Gestaltungsfreiheit einräumt.

Im Sachenrecht wird die Diskussion im Anschluss an einen grundlegenden Beitrag unter dem Stichwort der optimalen Standardisierung geführt.¹⁵⁶ Danach verringert die Standardisierung der dinglichen Rechte durch den sachenrechtlichen Numerus clausus die Informationskosten des Rechtsverkehrs: Mit anderen als den gesetzlich anerkannten dinglichen Rechten müssen Erwerbsinteressenten nicht rechnen, sodass ihr vorvertraglicher Prüfaufwand sinkt.¹⁵⁷ Allerdings hat die Standardisierung der Sachenrechte ihren Preis: Zwingende Regeln durchkreuzen die Gestaltungswünsche der Parteien oder führen zu teuren Umgehungsstrategien. Daher befindet sich der Gesetzgeber bei der Festlegung der zulässigen Sachenrechte in einem Zielkonflikt zwischen den Informationskosten des Rechtsverkehrs und den Frustrationskosten der Parteien durch Einschränkung ihrer Gestaltungsfreiheit.¹⁵⁸ Hieraus folgern die Autoren des Beitrags, dass es aus gesamtgesellschaftlicher Sicht darum gehen müsse, die Summe aus Informations-, Frustrations- und Administrationskosten zu minimieren.¹⁵⁹ Der Numerus clausus schaffe insoweit einen ungefähren Ausgleich zwischen den Extremen vollständiger Reglementierung und grenzenloser Gestaltungsfreiheit. Er nähere die Sachenrechtsordnung damit dem optimalen Grad an Standardisierung an, ohne ihn freilich zu erreichen.¹⁶⁰

Im Schuldrecht begibt sich ein nicht minder origineller Beitrag auf die Suche nach der optimalen Zahl von Vertragstypen.¹⁶¹ In einer Welt ohne Informationskosten stimme diese Zahl mit der Gesamtzahl aller Vertragspaare überein, weil jedes Vertragspaar unterschiedliche Präferenzen und Einschränkungen habe.¹⁶² In der wirklichen Welt schrumpfe die Zahl beträchtlich zusammen, und sie verkleinere sich umso mehr, je höher die Informationskosten ausfielen.¹⁶³ Gebe man zudem die Annahme vollständiger Rationalität zugunsten einer beschränkten Rationalität der Vertragspartner auf, so verringere sich diese Zahl abermals.¹⁶⁴ Ob

¹⁵⁶ Vgl. *Merril/Smith*, 110 Yale L.J. 1 (2000) unter dem Titel „Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle“.

¹⁵⁷ *Merril/Smith*, 110 Yale L.J. 1, 33 (2000).

¹⁵⁸ *Merril/Smith*, 110 Yale L.J. 1, 35 ff. (2000).

¹⁵⁹ *Merril/Smith*, 110 Yale L.J. 1, 40 (2000).

¹⁶⁰ *Merril/Smith*, 110 Yale L.J. 1, 40 (2000): „We do not argue that any particular number of property forms is in fact optimal.“

¹⁶¹ *Bar-Gill/Gillette*, 20 Theoretical Inq. L. 487 (2019) unter dem Titel „On the Optimal Number of Contract Types“.

¹⁶² *Bar-Gill/Gillette*, 20 Theoretical Inq. L. 487, 488 (2019).

¹⁶³ *Bar-Gill/Gillette*, 20 Theoretical Inq. L. 487, 492 (2019): „Our claim that the optimal number of types is inversely correlated with the magnitude of information costs [...]“

¹⁶⁴ *Bar-Gill/Gillette*, 20 Theoretical Inq. L. 487, 493 (2019): „These boundedly rational parties will find it difficult to navigate the complexity of multiple types and, indeed, might be confused by a large number of contract types.“

der Markt stets die optimale Zahl an Vertragstypen hervorbringe, sei wegen verschiedener Marktunvollkommenheiten zweifelhaft;¹⁶⁵ ebenso mag aber auch ein Einschreiten des Gesetzgebers zu einer Über- oder Unterproduktion von Vertragstypen führen.¹⁶⁶ Daher gebe es keinen idealen Mechanismus, um das zahlenmäßige Optimum herauszufinden.¹⁶⁷

3. Eine Bandbreite optimaler Lösungen

Für das Gesellschaftsrecht ergibt sich hieraus zum einen die theoretische Anregung, nach dem Schnittpunkt zu suchen, an dem der Zusatznutzen durch eine neue Rechtsform genau den Grenzkosten für die Informationssuche durch den Rechtsverkehr entspricht.¹⁶⁸ Zum anderen lässt sich schon erahnen, dass man auch im Gesellschaftsrecht keine magische Zahl, sondern allenfalls eine mehr oder minder große Bandbreite optimaler Lösungen finden wird.¹⁶⁹

Verkompliziert wird die Lösungssuche im In- und Ausland noch durch drei zusätzliche Faktoren. Erstens gibt es im Gesellschafts- ebenso wie im Sachen- und Vertragsrecht ein Definitions- oder Zählproblem.¹⁷⁰ Es muss festgelegt werden, unter welchen Voraussetzungen man von einer neuen Rechtsform (variante) sprechen kann.¹⁷¹ Dies veranschaulichen hierzulande etwa die Beispiele der Einpersonen-GmbH (§§ 35 Abs. 3, 48 Abs. 3 GmbHG) und der nichtbörsennotierten AG (§ 3 Abs. 2 AktG), die man überwiegend nur als normative Realtypen ansieht und daher nicht gesondert zählt.¹⁷² Zweitens hängt die erstrebenswerte Zahl an Gesellschaftsformen ganz wesentlich von dem Mischungsverhältnis zwischen zwingendem und nachgiebigem Recht ab.¹⁷³ Wer seine AG etwa als engen Normenpanzer konzipiert, der muss ihr zwangsläufig eine geschmeidigere Kapitalgesellschaftsform an die Seite stellen; wer für sie dagegen größtmögliche Flexi-

¹⁶⁵ Näher *Bar-Gill/Gillette*, 20 *Theoretical Inq.* L. 487, 494 ff. (2019).

¹⁶⁶ Näher *Bar-Gill/Gillette*, 20 *Theoretical Inq.* L. 487, 501 ff. (2019).

¹⁶⁷ So *Bar-Gill/Gillette*, 20 *Theoretical Inq.* L. 487, 510 (2019).

¹⁶⁸ Allgemein dazu auch *Cools*, TRV-RPS 2020, 497, 498: „Die Schlüsselfrage ist natürlich, wo der Gleichgewichtspunkt [...] liegen muss.“ (eigene Übersetzung, Original in Niederländisch).

¹⁶⁹ Tendenziell auch *Ribstein*, 58 *Bus. Law.* 1023, 1031 (2003): „Thus, there is a tradeoff between the costs of too many forms and the increased costs of customized contracting from reducing the number of forms. Given this tradeoff, the optimal number and variety of forms is unclear.“; zurückhaltend ferner *Hansmann/Kraakman/Squire*, 2005 *U. Ill. L. Rev.* 5, 14: „How many different corporate-type forms are required for the sake of efficiency, and how these forms are best structured, are questions that remain subject to debate and experimentation.“

¹⁷⁰ Vgl. zum Vertragsrecht *Bar-Gill/Gillette*, 20 *Theoretical Inq.* L. 487, 488 (2019): „First, we point out an ambiguity in the very concept of a contract ‘type’. What is a contract type? Do we create a new type by altering a single clause? [...] Still, we agree that it is descriptively useful to designate a sufficiently different contract as a separate ‘type’.“

¹⁷¹ Allgemein dazu *Lieder*, in: FS 25 Jahre DNotI, 2018, S. 503, 511.

¹⁷² Vgl. *Fleischer*, NZG 2022, 827 f.

¹⁷³ Darauf hinweisend auch *Cools*, TRV-RPS 2020, 497, 498.

bilität vorsieht, kann es sich – wie in Japan – womöglich sogar leisten, die GmbH ganz abzuschaffen.¹⁷⁴ Drittens ergeben sich aus der hergebrachten Regelungssystematik häufig nur schwer korrigierbare Weichenstellungen: So trennen manche Rechtsordnungen in französischer Rechtstradition¹⁷⁵ zwischen Personengesellschaften des Zivil- und Handelsrechts,¹⁷⁶ andere kennen hingegen nur die *partnership*.¹⁷⁷ Nicht minder strukturprägend verfügen viele Jurisdiktionen über zwei Kapitalgesellschaftsformen, während andere einem Einheitsmodell folgen.¹⁷⁸ Angesichts solcher Pfadabhängigkeiten¹⁷⁹ spricht manches dafür, dass das Optimum an Gesellschaftsformen von Land zu Land variiert.

Mit diesem dreifachen Caveat sei nach dem unteren Ende der Bandbreite optimaler Lösungen gefragt. Einem belgischen Autor zufolge braucht jede vernünftige Rechtsordnung mindestens vier verschiedene Gesellschaftsformen: eine nicht verselbständigte Personengesellschaft, eine rechtsfähige Personengesellschaft mit unbeschränkter Haftung, eine geschlossene Kapitalgesellschaft mit weitgehender Gestaltungsfreiheit und eine offene Kapitalgesellschaft mit einem größeren Anteil an zwingendem Recht.¹⁸⁰ Freilich kommt als fünfte Rechtsform wohl noch der Verein (*association*) hinzu, den die Belgier in romanistischer Manier von den Gesellschaften im engeren Sinne (*sociétés*) sonders.¹⁸¹ Hierzulande würde man vermutlich auch die evolutiv stabile und vielseitig verwendbare Kommanditgesellschaft zu den unverzichtbaren Basisformen zählen.

Noch schwerer abzuschätzen ist, wo das obere Ende der Bandbreite verläuft. Manches spricht dafür, dass die Zahl an Rechtsformneuschöpfungen wegen des verbreiteten *status quo bias*, der Beharrungskräfte der Kautelarpraxis und der natürlichen Trägheit des Rechtsformenmarktes in größeren Jurisdiktionen eher

¹⁷⁴ Ähnlich *Cools*, TRV-RPS 2020, 497, 498, wonach in Rechtsordnungen mit großer Vertragsfreiheit für die NV (*naamloze vennootschap*) keine wirkliche Notwendigkeit besteht, eine geschlossene Gesellschaftsform nach Art der BV einzuführen.

¹⁷⁵ Vgl. *Merle/Fauchon*, *Sociétés commerciales*, 25. Aufl. 2021, Rn. 17: „Longtemps la distinction entre sociétés civiles et sociétés commerciales a constitué la *summa divisio*.“

¹⁷⁶ Näher *Fleischer*, in: *MüKoHGB*, 5. Aufl. 2022, Vor § 105 Rn. 8 ff. m. w. N.

¹⁷⁷ Vgl. für die Vereinigten Staaten *Cox/Hazen* (Fn. 12), § 1.7, S. 10 ff.; rechtsvergleichend *Bong/Jaeger*, in: *Fleischer*, *Personengesellschaften im Rechtsvergleich*, § 12 Rn. 1 ff.

¹⁷⁸ Näher *Fleischer*, *ZGR* 2016, 36, 60 ff. m. w. N.

¹⁷⁹ Treffend *De Wulf*, TRV-RPS 2022, 135, 139: „Die Verschiedenheit der Rechtsformen in verschiedenen Jurisdiktionen ist nicht vollkommen logisch erklärbar. Alle haben sich organisch entwickelt. Schicker ausgedrückt, handelt es sich in hohem Maße um Pfadabhängigkeiten.“ (eigene Übersetzung, Original in Niederländisch).

¹⁸⁰ So *De Wulf*, TRV-RPS 2022, 135, 139 f.; *ders.*, *ECFR* 2023, 109, 125 f.

¹⁸¹ Allgemein dazu *Malherbe/De Cordt/Lambrecht/Malherbe/Culot* (Fn. 71), Rn. 416 ff., 418: „La distinction principale entre l’association et la société réside dans le fait qu’elle ne peut procurer un «avantage patrimonial» à ses membres.“; aus französischer Sicht *Cozian/Viandier/Deboissy*, *Droit des sociétés*, 35. Aufl. 2022, Rn. 81: „La société et l’association sont peut-être comme chiens et chats, mais cela n’interdit pas l’existence de règles communes.“

zu niedrig ausfällt.¹⁸² Außerdem lässt sich der Erfolg einer Rechtsformneuschöpfung kaum zuverlässig vorhersagen. Wer hätte etwa 1977 bei Einführung der LLC in Wyoming gedacht, dass sie den hergebrachten Rechtsformen binnen kurzer Zeit den Rang ablaufen würde und heute an der Spitze der Neugründungen in den Vereinigten Staaten stünde?¹⁸³ *Ex ante* hätte man sie mit guten Gründen als überflüssig ansehen können, weil es bereits *corporations*, *partnerships* und *limited partnerships* einschließlich solcher mit einem *corporate general partner*¹⁸⁴ gab.¹⁸⁵ Ähnliches gilt für den nicht minder überraschenden Siegeszug der SAS in Frankreich. Angesichts solcher kontingenter Entwicklungsverläufe sollte man es dem Gesetzgeber grundsätzlich zugestehen, auch ohne nachgewiesenes Bedürfnis mit innovativen Gesellschaftsformen zu experimentieren,¹⁸⁶ wenn er dies nach hinreichender Reflexion für sinnvoll hält.¹⁸⁷

VII. Schluss

Alles fließt, auch die Gesellschaftsformen. Dabei speisen sich die neuen Rechtsformideen im In- und Ausland aus mindestens sechs verschiedenen Quellen. Erstens gibt es einen unverkennbaren Trend zu hybriden Formen, die es den Gesellschaftern ermöglichen, sich das Beste beider (Rechtsform-)Welten zu sichern: „le beurre et l’argent du beurre“¹⁸⁸. Zweitens boomen neue Gesellschaftsformen für kleine und mittlere Unternehmen, insbesondere für Start-up-Unternehmen. Drittens formt man neue rechtliche Gefäße für nachhaltige Unternehmen und Sozialunternehmen. Viertens ist die Suche nach weiteren supranationalen Rechtsformen für den Binnenmarkt noch keineswegs abgeschlossen. Fünftens haucht man an der Peripherie des Gesellschaftsrechts unternehmensverbundenen Stiftungen und Business Trusts neues Leben ein. Sechstens beginnt das Experimentieren mit speziellen Formen für die Blockchain-Welt.

¹⁸² Ähnlich *Ribstein* (Fn. 8), S. 28: „Indeed, lawyers tend to be conservative on these matters and wait until new forms have been tested. This suggests that we are more likely to get too few new business associations than too many.“

¹⁸³ Dazu bereits *Fleischer*, ZIP 2022, 345, 348.

¹⁸⁴ Als zulässige Rechtsformkombination anerkannt von *Delaney v. Fidelity Lease Ltd.*, 517 S.W. 2d 420 (1974); rechtsvergleichend *Fleischer/Wansleben*, GmbHR 2017, 633, 638.

¹⁸⁵ In diesem Sinne *Ribstein* (Fn. 8), S. 28: „We might have asked why we needed this when we already had partnerships, corporations, and limited partnerships. There was every reason to dismiss the LLC as an oddity or example of the excessive proliferation of business forms.“

¹⁸⁶ In diese Richtung für die Vereinigten Staaten auch *Ribstein* (Fn. 8), S. 247: „Perhaps the best way to decide on the optimal number is just to let the market for state laws work it out.“

¹⁸⁷ So bereits *Fleischer*, ZIP 2022, 345, 349; tendenziell auch *Cools*, TRV-RPS 2020, 497, 498.

¹⁸⁸ *Geens* (Fn. 73), S. 74, 81: „De vennoten willen en krijgen ‚le beurre‘ en ‚l’argent du beurre‘. Soms liggen beide – moeilijk te combineren – voordelen in het vennootschapsrecht, soms ligt één van hen in het fiscaal of in het sociaal recht.“