

# Der numerus clausus im Gesellschaftsrecht: Rechtsdogmatik – Rechtsvergleichung – Rechtsökonomie – Rechtspolitik

Prof. Dr. Dr. h.c. Dr. h.c. HOLGER FLEISCHER, LL.M., Hamburg\*

*Inhaltsübersicht*

ZGR 2023, 261–297

I. Ein gesellschaftsrechtliches Axiom auf dem Prüfstand . . . . .	262
II. Dogmatische Grundlagen des numerus clausus im deutschen Gesellschaftsrecht . . . . .	262
1. Ausgangsbefund . . . . .	262
2. Vertragsfreiheit als Wahlfreiheit unter vorgegebenen Rechtsformen . . . . .	264
3. Absicherung durch Rechtsformzwang . . . . .	265
4. Begründungen für die Rechtsgeltung des numerus clausus . . . . .	265
5. Kein gesellschaftsrechtlicher Typenzwang . . . . .	268
III. Gesellschaftsrechtlicher numerus clausus im Spiegel der Rechtsvergleichung . . . . .	268
1. Rechtsordnungen mit traditionellem Numerus-clausus-Grundsatz . . . . .	269
2. Rechtsordnungen mit zeitweiligem Numerus-apertus-Grundsatz . . . . .	275
3. Zwischenergebnis . . . . .	279
IV. Gesellschaftsrechtlicher numerus clausus im Spiegel der Rechtsökonomie . . . . .	280
1. Rechtsökonomische Begründungsmuster im Sachenrecht . . . . .	281
2. Rechtsökonomische Begründungsmuster im Gesellschaftsrecht . . . . .	283
3. Gewährleistung von Innovationsfähigkeit und Anpassungseffizienz . . . . .	288
4. Zwischenergebnis . . . . .	289
V. Veränderungen des vorgegebenen Rechtsformenkanons im Zeitverlauf . . . . .	289
1. Vergrößerungen . . . . .	290
2. Verkleinerungen . . . . .	293
3. Zwischenergebnis . . . . .	295
VI. Ergebnisse . . . . .	296

*Der numerus clausus der Rechtsformen bildet ein strukturprägendes Ordnungsprinzip unseres Gesellschaftsrechts. Seine Grundlagen bleiben allerdings blass. Der vorliegende Beitrag zeichnet sie nach und beleuchtet erstmals auch ihre rechtsvergleichende und rechtsökonomische Dimension. Außerdem würdigt er die Veränderungen des vorgegebenen Rechtsformenkanons im Zeitablauf. In dieser Gesamtschau gewinnt der gesellschaftsrechtliche numerus clausus an Farbe und Tiefenschärfe.*

*The numerus clausus of legal forms is a structuring principle of company law. However, its foundations remain vague. This article traces them and, for the first time, sheds light on their comparative and economic dimensions. In addition, the article examines the changes in the given canon of legal forms over time. In this overall view, the corporate numerus clausus gains colour and depth.*

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

### *I. Ein gesellschaftsrechtliches Axiom auf dem Prüfstand*

Die geschlossene Zahl der Rechtsformen gehört zu den axiomatischen Grundlagen des deutschen Gesellschaftsrechts. Sie scheint so fest im kollektiven Bewusstsein des Faches verankert, dass sie in der Lehrbuchliteratur, wenn überhaupt, nur beiläufig Erwähnung findet.<sup>1</sup> Widerspruch regt sich weder *de lege lata* noch *de lege ferenda*. Gleichwohl – oder vielleicht gerade deshalb – ist es wichtig, sich von Zeit zu Zeit jener Basiswertungen und Zweckentscheidungen zu vergewissern, die sich hinter einem solchen Axiom verbergen.

Mit diesem Ziel vor Augen werden zunächst die Grundlagen des *numerus clausus* im Gesellschaftsrecht entfaltet (II.). Es folgt ein rechtsvergleichender Seitenblick auf dieses Ordnungsprinzip und seinen vereinzelt anzutreffenden Gegenentwurf – den *numerus apertus* – in anderen Jurisdiktionen (III.). Sodann geht es um rechtsökonomische Begründungsmuster zur Legitimation eines gesellschaftsrechtlichen *numerus clausus* unter Einbeziehung sachenrechtlicher Vorarbeiten (IV.). Schließlich werden Erweiterungen und Verengungen des Rechtsformenkanons im Laufe der Zeit unter die Lupe genommen (V.).

### *II. Dogmatische Grundlagen des numerus clausus im deutschen Gesellschaftsrecht*

#### *1. Ausgangsbefund*

Eine gesetzliche Regelung des *numerus clausus* im deutschen Gesellschaftsrecht fehlt. Auch eine tiefer in die Einzelheiten eindringende Leitentscheidung des BGH steht noch aus.<sup>2</sup> Im Schrifttum sind die Grundlagen des *numerus clausus* vor allem als Vorfrage in der Auseinandersetzung mit der gesellschaftsrechtlichen Typenlehre herausgearbeitet worden.<sup>3</sup> Eine wie auch immer geartete Typengesetzlichkeit wäre ohne verbindlich vorgegebenen Rechtsformenka-

1 Kurz und bündig etwa BITTER/HEIM, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl., 2022, § 1 Rdn. 5; KOCH, Gesellschaftsrecht, 12. Aufl., 2021, § 2 Rdn. 14; SAENGER, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., 2020, Rdn. 36; SCHÄFER, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl., 2023, § 3 Rdn. 1; WINDBICHLER, Gesellschaftsrecht, 24. Aufl., 2017, § 1 Rdn. 5; eingehender früher K. SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 2002, § 5 II 1, S. 96 ff.; WIEDEMANN, Gesellschaftsrecht, Bd. II, 2004, § 2 IV 2 a aa, S. 137 f.

2 Vgl. aber immerhin BGHZ 22, 240, 244; 142, 315, 322.

3 Vgl. in zeitlicher Reihenfolge PAULICK, Die eingetragene Genossenschaft als Beispiel gesetzlicher Typenbeschränkung, 1954, S. 14 ff.; NITSCHKE, Die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, 1970, S. 5 f.; H.P. WESTERMANN, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, 1970, S. 115 ff.; K. SCHMIDT, Zur Stellung der oHG im System der Handelsgesellschaften, 1972, S. 121 ff.

non nicht möglich.<sup>4</sup> Dieser Entstehungszusammenhang hat freilich eine Quelle fortdauernder Missverständnisse durch uneinheitlichen Sprachgebrauch des Typusbegriffs geschaffen. Zur Terminologie sei daher vorausgeschickt: Es empfiehlt sich, ausschließlich von einem numerus clausus von Rechts- oder Gesellschaftsformen und nicht von einem solchen gesetzlicher Gesellschaftstypen zu sprechen. Der Ausdruck „Typus“ sollte vielmehr den Erscheinungsformen der Rechtspraxis, z.B. Familiengesellschaft, sowie den gesetzlichen Leitbildern, z. B. typische oder atypische KG, vorbehalten bleiben.

In der Sache selbst ist im Schrifttum allgemein anerkannt, dass den Parteien nur eine begrenzte Anzahl von Gesellschaftsformen zur Verfügung steht.<sup>5</sup> Diese gesetzlich vorgehaltenen Gussformen sind taxativ zu verstehen, legen also die rechtlichen Möglichkeiten eines privatautonomen Zusammenschlusses abschließend fest.<sup>6</sup>

Über die Reichweite des numerus clausus herrscht weithin Einvernehmen: Alle rechtsfähigen Personengesellschaften und juristischen Personen, zumal solche mit Haftungsbeschränkung, müssen einer gesetzlichen Rechtsform zugeordnet werden können.<sup>7</sup> Zweifeln kann man daran, ob dies auch für eine reine BGB-Innengesellschaft gilt,<sup>8</sup> welche die schuldrechtliche Ebene nicht verlässt und als solche nicht am Rechtsverkehr teilnimmt. Sie kann beliebig ausgestaltet werden, etwa als Unterbeteiligung, Konsortium oder Poolvertrag. Wegen ihrer Vielgesichtigkeit bildet sie gleichsam das gesellschaftsrechtliche Gegenstück zu den gesetzlich nicht geregelten Schuldverträgen,<sup>9</sup> die man in der schweizerischen Doktrin griffig als Innominatverträge bezeichnet.<sup>10</sup> Im Gesamtsystem kommt ihr zusammen mit der BGB-Außengesellschaft eine unerlässliche Auffangfunktion zu.<sup>11</sup>

4 So auch H.P. WESTERMANN, aaO (Fn. 3), S. 115 mit dem Zusatz: „Sonst könnte die verbindliche Ausgestaltung der ‚benannten‘ Typen kurzerhand durch Schaffung neuer ‚unbenannter‘ Typen umgangen werden.“

5 Vgl. etwa KOCH, aaO (Fn. 1), § 2 Rdn. 14; NITSCHKE (Fn. 3), S. 5 f.; K. SCHMIDT, aaO (Fn. 3), S. 121; H.P. WESTERMANN, aaO (Fn. 3), S. 118; WIEDEMANN, Gesellschaftsrecht, Bd. I, 1980, § 1 I 1, S. 4; WINDBICHLER, aaO (Fn. 1), § 1 Rdn. 5.

6 Vgl. WIEDEMANN, aaO (Fn. 5), § 1 I 1, S. 4.

7 Eindringlich K. SCHMIDT, aaO (Fn. 1), § 5 II 1 a, S. 96: „Daß dies so sein muß, ist besonders klar auf dem Gebiet der Juristischen Personen und der sog. Gesamthandsgemeinschaften. Wer ein Rechtsgebilde schaffen will, das ein eigenes Vermögen haben, selbständig handeln und haften, vielleicht sogar klagen und verklagt werden soll, muß gesetzliche Mindestvoraussetzungen erfüllen.“

8 Nicht ganz eindeutig K. SCHMIDT, aaO (Fn. 1), § 5 II 1 a, S. 96: „Jeder, mindestens jeder nach außen auftretende, Verband muß einer gesetzlichen Rechtsform zugehören.“

9 Monographisch STOFFELS, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge, 2001.

10 Vgl. SCHWENZER/FOUNTALAKIS, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2020, § 26 Rdn. 23.

11 Näher unter II 3.

## 2. Vertragsfreiheit als Wahlfreiheit unter vorgegebenen Rechtsformen

In der Literatur pflegt man das Gesellschaftsrecht wegen dieser Einschränkungen als einen Raum begrenzter oder verdünnter Vertragsfreiheit zu umschreiben: Die Parteien haben nur, aber immerhin, die Wahl zwischen den gesetzlich angebotenen Rechtsformen<sup>12</sup>: „Der Gestaltungsfreiheit vorgegeben sind die Gesellschaftsformen.“<sup>13</sup> In Übereinstimmung damit hat der BGH bereits im Jahre 1956 ausgesprochen: „Eine Personenvereinigung, die ein vollkaufmännisches Handelsgewerbe betreibt, kann sich nur der durch das Gesetz zur Verfügung gestellten Gesellschaftsformen bedienen.“<sup>14</sup>

Anders als im Schuldvertragsrecht ist es den Akteuren daher verwehrt, neue Rechtsformen zu erfinden.<sup>15</sup> Sie können also keine privatrechtliche Anstalt als Zwischenform zwischen Körperschaft und Stiftung gemäß liechtensteinischem Vorbild<sup>16</sup> und keinen Einzelunternehmer mit beschränkter Haftung nach der Folie des französischen *entrepreneur individuel à responsabilité limitée* (EIRL)<sup>17</sup> kreieren. Ebenso bleiben ihnen Merkmalskombinationen anerkannter Gesellschaftsformen versagt, etwa eine bürgerlich-rechtliche KG, bei der einzelne BGB-Gesellschafter in Anlehnung an die Regelung zur italienischen *società semplice* nur beschränkt haften.<sup>18</sup> Gleiches gilt für eine Personengesellschaft mit beschränkter Haftung in Anlehnung an das Muster der US-amerikanischen LLC.<sup>19</sup> In diesem Sinne hat der BGH im Jahre 1999 auch eine allgemeine Haftungsbeschränkung bei der GbR durch den Namenszusatz „mbH“ für unzulässig erklärt: Eine solche Haftungsbeschränkung durch einseitigen Akt der Gesellschaft, so der II. Zivilsenat, würde entgegen dem System des geltenden Rechts im Ergebnis wie die Schaffung einer neuen Gesellschaftsform wirken, bei der den Gläubigern nur das – ungesicherte – Gesellschaftsvermögen haftet.<sup>20</sup>

12 Vgl. KOCH, aaO (Fn. 1), § 2 Rdn. 14; SAENGER, aaO (Fn. 1), Rdn. 36; K. SCHMIDT, aaO (Fn. 1), § 5 II 1 a, S. 96; WIEDEMANN, aaO (Fn. 1), § 2 IV 2 a aa, S. 137.

13 FLUME, Die Personengesellschaft, 1977, § 13 III, S. 196; ähnlich WIEDEMANN, aaO (Fn. 5), § 1 I 1, S. 4: „vorformulierte Aktstypen“, S. 73: „keine freie Wahl der Aktstypen“.

14 BGHZ 22, 240, 244.

15 Vgl. BITTER/HEIM, aaO (Fn. 1), § 1 Rdn. 5; KOCH, aaO (Fn. 1), § 2 Rdn. 14; WIEDEMANN, aaO (Fn. 5), § 1 I 1, S. 4.

16 Dazu etwa VOGT, PSR 2020, 29.

17 Dazu etwa MERLE/FAUCHON, Sociétés commerciales, 25. Aufl., 2021, S. 11 ff.; rechtsvergleichend DUBARRY/FLUME, ZEuP 2012, 128.

18 Näher etwa FLEISCHER/AGSTNER, RabelsZ 81 (2017), 299, 328 ff.; für ihre Schaffung de lege ferenda FLEISCHER, in: Bergmann/Drescher/Fleischer u. a. (Hrsg.), Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, 2021, S. 1, 6 f.

19 Für einen Vorschlag in diese Richtung RÖDER, ZHR 184 (2020), 457; allgemein zur LLC FLEISCHER, GmbHR 2022, 1179.

20 So BGHZ 142, 315, 322.

Erst recht nicht als solche anerkannt werden schließlich Innominatgesellschaften ohne historisches oder rechtsvergleichendes Vorbild.<sup>21</sup>

### 3. Absicherung durch Rechtsformzwang

Eine Gesellschaft, die gegen den numerus clausus der Gesellschaftsformen verstößt, fällt allerdings nicht gemäß § 134 BGB einem Nichtigkeitsverdict anheim.<sup>22</sup> Damit würde Gesellschaftsgläubigern und Minderheitsgesellschaftern letztlich ein Bären dienst erwiesen. Stattdessen haben Rechtsprechung und Lehre mit dem sog. Rechtsformzwang einen wirkungsvolleren Reaktionsmechanismus ersonnen. Hiernach wird jede Gesellschaft bei anfänglicher oder nachträglicher Rechtsformverfehlung automatisch einer bestimmten Gesellschaftsform mit unbeschränkter persönlicher Haftung zugeordnet: bei Gesellschaften, deren gemeinsamer Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist, der OHG, sonst der Gesellschaft bürgerlichen Rechts.<sup>23</sup> Im Schrifttum spricht man anschaulich von einem numerus clausus mit „Absorptionsfunktion“<sup>24</sup>. Bei der Regelungstechnik handelt es sich um einen *penalty default*<sup>25</sup>, weil die Gesellschafter die persönliche Haftung tunlichst vermeiden wollen. Der BGH hat diesen ebenso einfachen wie effektiven Wirkmechanismus des Rechtsformzwangs früh anerkannt und den Beteiligten zugleich allfällige Anfechtungsmöglichkeiten aus der Hand geschlagen: „Daß sie das nicht wollen und auch die Rechtsform der oHG für sich nicht wünschen, ist unerheblich, da objektiv die Voraussetzungen für die oHG gegeben sind.“<sup>26</sup>

### 4. Begründungen für die Rechtsgeltung des numerus clausus

Gemessen an der strukturprägenden Bedeutung des numerus clausus für das Gesellschaftsrecht fallen die Begründungen für seine Geltung eher schmallip-

21 Im Ergebnis ebenso K. SCHMIDT, aaO (Fn. 1), § 5 II 1 a, S. 96: „kein Phantasiegebilde“; WIEDEMANN, aaO (Fn. 5), § 1 I 1, S. 4: „nicht aber willkürlich erdachte Gesellschaften oder Vereine“.

22 Abweichend noch BATTES, AcP 174 (1974), 429, 434f.; gegen ihn zutreffend FLUME, aaO (Fn. 13), § 13 III, S. 197: „Abwegig ist die Ansicht, daß der Gesellschaftsvertrag im Fall der Typenverfehlung wegen Verstoßes gegen § 134 BGB nichtig ist.“

23 Vgl. FLUME, aaO (Fn. 13), § 13 III, S. 196 ff.; FLEISCHER, in: Münchener Komm. z. HGB, 5. Aufl., 2022, § 105 Rdn. 29; K. SCHMIDT, aaO (Fn. 1), § 5 II 3, S. 101 ff.

24 K. SCHMIDT, aaO (Fn. 3), S. 121 f.

25 Allgemein zu dieser Regelungstechnik im Gesellschaftsrecht FLEISCHER, ZHR 168 (2004), 673, 693 f.; grundlegend AYRES/GERTNER, 99 Yale L.J. 89, 91 (1989); DIES., 101 Yale L.J. 729 (1991).

26 BGHZ 22, 240, 244; zuvor schon BGHZ 10, 91, 97.

pig aus. Sofern überhaupt ein Grund genannt wird,<sup>27</sup> verweist man häufig recht apodiktisch auf Verkehrs- oder Gläubigerschutzerwägungen<sup>28</sup> sowie auf die Betroffenheit von Drittinteressen.<sup>29</sup> Mit etwas anderer Akzentuierung machen manche darauf aufmerksam, dass Öffentlichkeit, Gläubiger und Gesellschafter bereits an der Gesellschaftsform erkennen können sollen, welche Rechte und Pflichten sie gegenüber Gesellschaft und Mitgesellschaftern haben.<sup>30</sup> Genannt werden überdies die Ziele, eine Umgehung der gesetzlichen Funktionsbeschränkungen für bestimmte Rechtsformen zu verhindern und die Haftungsbeschränkung nur unter bestimmten Voraussetzungen zu gewähren.<sup>31</sup> Der letzte Gesichtspunkt schimmert auch in dem BGH-Urteil zur Unzulässigkeit einer „GbR mbH“ durch.<sup>32</sup> Zuvor hatte der II. Zivilsenat aus § 22 BGB mittelbare Rückschlüsse gezogen: „Der in § 22 BGB für wirtschaftliche Vereine verordnete Konzessionszwang läßt nicht die Möglichkeit, auf einem anderen Wege als in den Formen der AG, der GmbH und der eingetragenen Genossenschaft die Rechtsfähigkeit oder die beschränkte Haftung (Nichthaftung) der Mitglieder zu erreichen.“<sup>33</sup>

In rechtshistorischer Hinsicht hat man herausgearbeitet, dass sich für einen *numerus clausus* der Handelsgesellschaften Hinweise in der Vorgeschichte des HGB finden.<sup>34</sup> In der Tat erweist sich die Technik der personenhandelsgesellschaftsrechtlichen Textstufenforschung<sup>35</sup> auch hier als wertvoll: So enthielt der

27 Ohne Begründung etwa BITTER/HEIM, aaO (Fn. 1), § 1 Rdn. 5; WINDBICHLER, aaO (Fn. 1), § 1 Rdn. 5.

28 Vgl. etwa KOCH, aaO (Fn. 1), § 2 Rdn. 14; K. SCHMIDT, aaO (Fn. 1), 5 II 1 a, S. 96.

29 Kritisch mit Recht H.P. WESTERMANN, aaO (Fn. 3), S. 119: „[...] liefert die Bezugnahme auf Drittinteressen allein keine befriedigende Begründung für den *numerus clausus* der Gesellschaftsformen.“

30 So KINDLER, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl., 2019, § 9 Rdn. 21; zustimmend SAENGER, aaO (Fn. 1), Rdn. 36.

31 So H.P. WESTERMANN, aaO (Fn. 3), S. 120ff.

32 Vgl. BGHZ 142, 315, 322: „Alle diese speziellen Haftungsbeschränkungsmöglichkeiten, die das Gesetz jeweils nur unter spezifischen Voraussetzungen und Auflagen gestattet, würden unterlaufen, wenn man es den Gesellschaftern einer GbR ermöglichen würde, einseitig die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen zu beschränken [...]“; kritisch dazu KUNTZ, Gestaltung von Kapitalgesellschaften, 2016, S. 231 f.: „Der Sache [nach] gestalten die Parteien eben eine vom Gesetz vorgesehene Vereinigungsvariante in bestimmter Weise aus. Die Regelung zur Haftungsbeschränkung ändert nichts daran, dass im Übrigen die personengesellschaftsrechtlichen Bestimmungen der §§ 705 ff. BGB gelten.“; positiver Könen, Gesellschafter-Exithaftung im Personenverband, 2021, S. 195 ff.

33 BGHZ 22, 240, 244.

34 Näher K. SCHMIDT, aaO (Fn. 3), S. 129ff.

35 Zu ihr und zur Chronologie der handelsrechtlichen Kodifikationen und Kodifikationsentwürfe im 19. Jahrhundert FLEISCHER, in: Fleischer (Hrsg.), Personengesellschaften im Rechtsvergleich, 2021, § 1 Rdn. 117ff.

Entwurf eines Handelsgesetzbuches für das Königreich Württemberg von 1839 in Anlehnung an den französischen Code de Commerce von 1807<sup>36</sup> eine Vorschrift, die ausweislich der Motive ein Bekenntnis zu einem geschlossenen Katalog von Rechtsformen ablegte.<sup>37</sup> Noch deutlicher zutage trat dies im Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten von 1857, dessen Motive die Beschränkung der Handelsgesellschaften auf OHG, KG und AG in Art. 85-E wie folgt begründen: „Nur diese Formen allein sollen zulässig sein; die allgemeine Sicherheit erfordert es namentlich, daß hinsichtlich etwaiger anderer Gestaltungen von gesellschaftlichen Verbindungen, durch welche man sich der persönlichen Verantwortlichkeit nach außen hin entziehen könnte, der Parteiwillkür eine Schranke gezogen wird.“<sup>38</sup> Allerdings ging ausgerechnet dieser Artikel im Verlaufe der Beratungen zum ADHGB von 1861 wieder verloren,<sup>39</sup> was die Beweiskraft des historischen Arguments mindert, aber nicht gänzlich aufhebt.<sup>40</sup> Immerhin lässt sich aus der Entstehungsgeschichte des BGB zumindest der gesetzgeberische Wille nachweisen, die Schaffung rechtsfähiger Gesellschaften nicht der Privatautonomie anheimzugeben, sondern einer legislatorischen Entscheidung vorzubehalten.<sup>41</sup> Gegenvorschläge für eine freie Körperschaftsbildung<sup>42</sup> sind in der Plenarberatung des Reichstags ausdrücklich abgelehnt worden.<sup>43</sup>

36 Näher unten III 1 c.

37 Vgl. Art. 178 WürtE: „Das Gesetz erkennt drei Arten von Handelsgesellschaften an: die offene Gesellschaft, Gesellschaft unter einem Handlungsnahmen (Firma); die stille Gesellschaft (Commandite), die Actiengesellschaft.“; dazu Entwurf eines Handelsgesetzbuches für das Königreich Württemberg, Bd. 2, 1840, Motive, Erläuterungen zu Art. 178, S. 161: „Das Gesetz will hier absichtlich nicht alle denkbaren Formen des Gesellschaftshandels erschöpfen, um das Interesse Dritter möglichst zu wahren.“

38 Vgl. Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preussischen Staaten, nebst Motiven, Zweiter Theil, 1857, Erläuterung zu Art. 85 PreußE, S. 46.

39 Die windungsreiche Entstehungsgeschichte ist nachgezeichnet bei K. SCHMIDT, aaO (Fn. 3), S. 131 ff.

40 In diesem Sinne auch K. SCHMIDT, aaO (Fn. 1), § 5 II 3 e, S. 104f.: „Die Rechtsgeltung des geschilderten *numerus clausus* ist keine Selbstverständlichkeit. [...] Die geschilderte Funktionsweise des Rechtsformzwangs ist aber aus der Vorgeschichte des HGB nachweisbar [...]“

41 Zusammenfassend STOLL, Festgabe 50 Jahre Reichsgericht, 1929, Bd. II, S. 49, 51: „Das System der freien Körperschaftsbildung war wiederholt literarisch gefordert worden. Es fand auch in den Kommissionsberatungen und im Plenum Anhänger, wurde jedoch stets abgelehnt.“

42 Deziert in diesem Sinne etwa v. GIERKE, Gutachten über die Frage „An welche rechtlichen Voraussetzungen kann die freie Corporationsbildung geknüpft werden?“, in Verhandlungen des Deutschen Juristentages 1888, Bd. 2, S. 284.

43 Vgl. MUGDAN, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. I, 1899, S. 982 ff., 999.

### 5. Kein gesellschaftsrechtlicher Typenzwang

Zur Vervollständigung, vor allem aber zur Relativierung des bisher gezeichneten Bildes, ist zu guter Letzt hervorzuheben, dass die geschlossene Zahl der Rechtsformen den Parteien nach verbreiteter Überzeugung keine übermäßig engen Fesseln anlegt.<sup>44</sup> Rechtsprechung und Lehre haben nämlich davon abgesehen, dem gesellschaftsrechtlichen *numerus clausus* einen ebensolchen Typenzwang an die Seite zu stellen, der atypische Gestaltungen als unzulässig verwirft.<sup>45</sup> Vielmehr ließ gerade die Spruchpraxis schon früh beträchtliche Großzügigkeit walten, indem sie erhebliche Verfremdungen der gesetzlichen Grundform hinzunehmen bereit war.<sup>46</sup> Das klassische Beispiel bildet die vom BayObLG und später vom RG gebilligte GmbH & Co. KG;<sup>47</sup> hinzugekommen sind später die Publikums-KG<sup>48</sup> und die KGaA ohne natürlichen Komplementär<sup>49</sup>. Zudem lässt der Gesetzgeber selbst mit KG und KGaA *gesetzliche* Mischformen zu, die zwei verschiedene Arten von Gesellschaftern unter einem rechtlichen Dach zusammenführen. Auch im Übrigen besteht – abgesehen von dem weithin zwingenden Aktienrecht – viel Raum für die gesellschaftsrechtliche Ausgestaltung im Einzelfall, sodass sich regelmäßig ein auf die Bedürfnisse der Beteiligten zugeschnittenes Rechtskleid schneiden lässt.

### III. Gesellschaftsrechtlicher *numerus clausus* im Spiegel der Rechtsvergleichung

Weiteren Aufschluss verspricht gerade bei einem gesellschaftsrechtlichen Fundamentalprinzip wie dem *numerus clausus* ein Blick über die Ländergrenzen. Mangels einschlägiger Vorarbeiten müssen die Grundlagen hierfür allerdings erst noch gelegt werden. Im ordnenden Zugriff lassen sich Länder mit traditionellem *Numerus-clausus*-Prinzip von anderen mit zeitweiligem *Numerus-apertus*-Prinzip unterscheiden.

44 So im Ergebnis etwa WIEDEMANN, aaO (Fn. 1), § 2 IV 2 a aa, S. 137; SAENGER, aaO (Fn. 1), Rdn. 36 f.; WINDBICHLER, aaO (Fn. 1), § 1 Rdn. 5.

45 Näher dazu K. SCHMIDT, aaO (Fn. 1), § 5 II 4, S. 106 ff. m. w. N.

46 Vgl. FLEISCHER, ZHR 168 (2004), 673, 679 f.

47 Vgl. BayObLGZ 13, 69; RGZ 105, 111; zu den Gründen und Hintergründen FLEISCHER/WANSLIBEN, in: Fleischer/Thiessen (Hrsg.), Gesellschaftsrechts-Geschichten, 2018, § 1, S. 27.

48 Vgl. BGH NJW 1973, 1604; BGHZ 64, 238; 71, 284; näher zu dieser Idiosynkrasie des deutschen Personengesellschaftsrechts FLEISCHER, NZG 2020, 601, 607 f.

49 Vgl. BGHZ 134, 392.



## 1. Rechtsordnungen mit traditionellem Numerus-clausus-Grundsatz

### a) Österreich

In Österreich ist der numerus clausus der Gesellschaftsformen allgemein anerkannt.<sup>50</sup> Die Lehrbücher machen von ihm freilich wenig Aufhebungs und erwähnen ihn nur beiläufig in jeweils einer einzigen Randnummer<sup>51</sup> – unmittelbar gefolgt von der Bemerkung, dass den Beteiligten im Innenverhältnis ein bedeutender Spielraum für die individuelle Ausgestaltung im Einzelnen verbleibe.<sup>52</sup> Eine Literaturstimme relativiert die Aussagekraft dieses Grundsatzes wegen der schon erwähnten Absorptionsfunktion des numerus clausus, nach der immer dann eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GesbR) vorliegt, wenn keine gültige Rechtsformwahl getroffen wurde.<sup>53</sup> Als „Restgröße“ entspreche die GesbR daher funktionell dem Innominatkontrakt bei den Austausch- und Geschäftsbesorgungsverträgen, wo niemand von einem numerus clausus spreche.<sup>54</sup> Von wesentlich höherer Aussagekraft sei dagegen die Feststellung, dass ein numerus clausus der Gesellschaftsformen mit Haftungsbeschränkung oder mit Rechtsfähigkeit bestehe: Die Schaffung einer GesbR mit beschränkter Gesellschafterhaftung und/oder mit Rechtsfähigkeit<sup>55</sup> sei nämlich unmöglich.<sup>56</sup>

### b) Schweiz

Eine ergiebigere Diskussion zum numerus clausus im Gesellschaftsrecht hat sich in der Schweiz herausgebildet. Wie in Deutschland ist sie im Kielwasser

50 So ist jüngst wohl auch OGH NZG 2022, 1072 Rdn. 34 zu verstehen.

51 Vgl. ARTMANN/RÜFFLER, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., 2020, Rdn. 16: „Es gibt zwar einen numerus clausus der Gesellschaftsformen, dh dass man nicht durch Vereinbarung neue, gesetzlich nicht vorgegebene Gesellschaften schaffen kann.“; KALSS, in: Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., 2017, § 1 Rdn. 6: „Andere als im Gesetz ausdrücklich geregelte Gesellschaftstypen sind rechtlich nicht zulässig. Der begrenzte Anwendungsbereich markiert den numerus clausus der Gesellschaftsformen.“

52 So ARTMANN/RÜFFLER, aaO (Fn. 51), Rdn. 16: „Indes ist das in praktischer Hinsicht kein Problem, da man sich das Innenrecht aller Gesellschaftsformen bis auf die AG weitgehend nach seinen Bedürfnissen gestalten kann.“; ähnlich KALSS, aaO (Fn. 51), § 1 Rdn. 6.

53 Vgl. TORGLER, Gesellschaftsrecht, AT und Personengesellschaften, 2013, Rdn. 51 und 53; s. auch OGH JBl 1991, 645, 647: „Würde – wie hier – eine Willenseinigung über die konstitutiven Elemente einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts erzielt, dann kommt es nicht darauf an, ob sich die Parteien der rechtlichen Tragweite ihres Verhaltens bewusst waren. Daran hätte selbst die ausdrückliche Ablehnung der Gesellschaftsform durch den Kläger nichts geändert.“

54 So TORGLER, aaO (Fn. 53), Rdn. 51.

55 Zur fehlenden Rechtsfähigkeit einer GesbR in Österreich § 1175 Abs. 2 ABGB.

56 So TORGLER, aaO (Fn. 53), Rdn. 51.

der Auseinandersetzung mit der gesellschaftsrechtlichen Typenlehre entstanden.<sup>57</sup> Heute steht die Geltung des Grundsatzes außer Streit.<sup>58</sup> Der *numerus clausus* gilt geradezu als „steinernes Fundament des schweizerischen Gesellschaftsrechts“<sup>59</sup>. Danach müssen die Parteien zwischen den vom eidgenössischen Gesetzgeber vorgegebenen Rechtsformen wählen.<sup>60</sup> Anders als *Innominatverträge* sind *Innominatgesellschaften* unzulässig.<sup>61</sup> Launig heißt es im Schrifttum, dass eine privatrechtliche Organisation nicht in einem beliebigen Kostüm erscheinen könne: „Es gilt nicht das Fasnachts-, sondern das Opernballprinzip.“<sup>62</sup> In Fällen der Rechtsformverfehlung kommt – parallel zum deutschen Recht – der einfachen Gesellschaft eine Auffangfunktion zu.<sup>63</sup> Art. 520 Abs. 2 OR bringt dies wie folgt auf den Punkt: „Sie [= Gesellschaft] ist eine einfache Gesellschaft im Sinne dieses Titels, sofern dabei nicht die Voraussetzungen einer andern durch das Gesetz geordneten Gesellschaft zutreffen.“<sup>64</sup>

Zur Rechtfertigung des *numerus clausus* heißt es, er sei zur Gewährleistung des Verkehrsschutzes und der Rechtssicherheit unerlässlich, weil die Gesellschaft im Gegensatz zum zweiseitigen Vertrag multilateral ausgerichtet sei.<sup>65</sup> Dritte müssten sich darauf verlassen können, dass eine Gesellschaft kraft ihrer Rechtsform bestimmte Eigenschaften aufweise, die nicht durch interne Abmachungen unter den Gesellschaftern wegbedungen werden könnten.<sup>66</sup> Aber auch aktuelle und potenzielle Gesellschafter selbst bräuchten die Sicherheit und Vorhersehbarkeit gesetzlich vorgeformter Strukturen, jedenfalls bei Gesellschaften mit einem großen und fluktuierenden Mitgliederbestand.<sup>67</sup> Eine

57 Grundlegend KOLLER, Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht, 1967, S. 96 ff., 126 ff. und *passim*.

58 Vgl. DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl., 2021, § 2 Rdn. 33; KOLLER (Fn. 57), S. 96 ff.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. Aufl., 2018, § 11 Rdn. 2 ff.; beiläufig auch BGE 104 Ia 440, 445: „Das schweizerische Zivilrecht enthält ein grundsätzlich geschlossenes System von juristischen Personen.“

59 FORSTMOSER, FS Nobel, 2005, S. 77, 78; zustimmend KUNZ, SJZ 2008, 557, 559.

60 Aufzählung bei MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, aaO (Fn. 58), § 11 Rdn. 3.

61 Vgl. KUNZ, SJZ 2008, 557, 559.

62 DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, aaO (Fn. 58), § 2 Rdn. 33.

63 Näher KOLLER, aaO (Fn. 57), S. 97.

64 Hierin eine indirekte gesetzliche Stütze für den gesellschaftsrechtlichen *numerus clausus* erblickend Secrétan, ZBJV 96 (1960), 173, 174 f.; zustimmend KOLLER, aaO (Fn. 57), S. 97: „mittelbarer Hinweis“.

65 Vgl. DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, aaO (Fn. 58), § 2 Rdn. 34; KOLLER, aaO (Fn. 57), S. 98; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, aaO (Fn. 58), § 11 Rdn. 7.

66 Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, aaO (Fn. 58), § 11 Rdn. 7.

67 Vgl. DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN (Fn. 58), § 2 Rdn. 34; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, aaO (Fn. 58), § 11 Rdn. 7 f.

Preisgabe des *numerus clausus* sei daher abzulehnen.<sup>68</sup> Wünschenswert bleibe hingegen eine weitere Flexibilisierung des Angebots an Gesellschaftsformen,<sup>69</sup> wobei neue Formen systemgerecht konzipiert werden müssten, damit sie sich ohne Bruch in das System des schweizerischen Gesellschaftsrechts einfügen.<sup>70</sup>

### c) Frankreich

In Frankreich muss man Hinweise auf den unstreitig geltenden *numerus clausus* mit der Lupe suchen. Die führenden Lehrbücher kommen auf ihn mit keiner Silbe zu sprechen. Erwähnung findet er immerhin in einzelnen Grundrissen für Studierende<sup>71</sup> und in einem Praktikerhandbuch<sup>72</sup>. Dass der gesellschaftsrechtliche *numerus clausus* offenbar als selbstverständlich vorausgesetzt wird,<sup>73</sup> könnte in der historischen Entwicklung begründet sein: Die Stammfassung des Code de Commerce von 1807 schrieb in Art. 19 ausdrücklich fest, dass das französische Recht nur die gesetzlich geregelten Handelsgesellschaften anerkennt<sup>74</sup> – ein Gedanke, der sich mit der Rezeption des Code de commerce in Belgien (1811), Spanien (1829), Portugal (1833), Griechenland (1835), Holland (1838) und in der Türkei (1839) in Kontinentaleuropa rasch verbreitete.

68 So FORSTMOSER aaO (Fn. 59), S. 77, 94; KUNZ, SJZ 2008, 557, 560.

69 Übereinstimmend FORSTMOSER, aaO (Fn. 59), S. 77, 94 ff.; KUNZ, SJZ 2008, 557, 560.

70 So FORSTMOSER, aaO (Fn. 59), S. 77, 97.

71 Vgl. etwa MARMOZ, Fiches de Droit des Sociétés, 4. Aufl., 2022, Fiche 3: „Il existe un *numerus clausus* des sociétés. Il n'est donc pas possible de créer une forme de société *sui generis*. Pendant des décennies, le choix des associés s'est limité entre une option pour telle ou telle forme sociale dont l'ensemble des règles de fonctionnement à l'égard des tiers comme des associés était fixé par le législateur.“

72 Vgl. MESTRE/MESTRE-CHAMI/VELARDOCCCHIO, Le Lamy Sociétés Commerciales, 2018, S. 22 Rdn. 58, wo es nach einer Aufzählung der gesetzlich angebotenen Rechtsformen heißt: „Dans cette liste figurent tout à la fois l'ampleur et la mesure de leur choix, puisque ce dernier doit nécessairement s'y exercer, notre droit ignorant les sociétés innomées, dont l'organisation reposerait uniquement sur les statuts.“

73 In diesem Sinne etwa GUYON, in: Lutter/Wiedemann (Hrsg.), Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, 1998, S. 297, 299: „Natürlich müssen sie [= die Gesellschafter] sich innerhalb der gesetzlich vorgegebenen Gesellschaftstypen bewegen. Sie können keine neue Gesellschaftsform kreieren, die ihren Bedürfnissen am nächsten kommt, wohingegen es im Allgemeinen vertragsschließenden Parteien natürlich unbenommen ist, einen Vertrag abzuschließen, der keinem gesetzlichen Typenzwang unterliegt.“

74 Wörtlich hieß es dort: „La loi reconnaît trois espèces de sociétés commerciales: la société en nom collectif, la société en commandite, la société anonyme.“; Kontextualisierung bei SZRAMKIEWICZ/DESCAMPS, Histoire du droit des affaires, 3. Aufl., 2019, Rdn. 808 ff.

d) *Belgien*

In Belgien bildete eine Leitentscheidung des Kassationshofs aus dem Jahre 1968 den Kristallisationspunkt der wissenschaftlichen Diskussion.<sup>75</sup> Die Kläger hatten unter Hinweis auf einzelne Literaturstimmen<sup>76</sup> geltend gemacht, dass eine Handelsgesellschaft auch außerhalb des Rahmens der in Art. 2 und 3 der Lois coordonnées sur les sociétés commerciales von 1935 aufgezählten Rechtsformen existieren könne, sofern sie keine Rechtspersönlichkeit habe.<sup>77</sup> Dem ist der Kassationshof in Übereinstimmung mit der Mehrheitsmeinung im Schrifttum<sup>78</sup> und den Schlussanträgen seines Generalanwalts<sup>79</sup> entgegengetreten.<sup>80</sup> Zugleich bestätigten Gericht und Generalanwalt, dass unabhängig vom Parteiwillen immer eine offene Handelsgesellschaft vorliege, wenn mindestens zwei Personen handlungsgewerblich tätig werden, ohne eine andere Rechtsform gewählt zu haben.<sup>81</sup> In jüngerer Zeit werden diese Grundsätze, die man zu meist als *systeme van typedwang* bzw. *cadres légaux obligatoires* bezeichnet,<sup>82</sup> als gesicherte Einsicht präsentiert und nicht weiter begründet. Die Schaffung anderer Gesellschaftsformen scheidet damit aus.<sup>83</sup> Der reformierte Code des sociétés et des associations (CSA) von 2019 bringt diese Exklusivität in Fortführung des französischen Erbes jedenfalls für Gesellschaften, Vereine und Stiftungen mit Rechtspersönlichkeit in Art. 1:5, § 2, Art. 1:6, § 2 und Art. 1:7 CSA mittelbar zum Ausdruck.<sup>84</sup>

75 Vgl. Cass., 17.5.1968, Pasicrisie belge 1968, I, 1074.

76 Vgl. etwa RONSE, Tijdschrift voor privaatrecht 1964, 88 ff.

77 Zusammenfassend LIMPENS, Rev. crit. jur. belge 1970, 217, 220: „Demandeurs en cassation: [...] La société existe en tant que société commerciale de fait sans personnalité morale hors du cadre de l'énumération prévue aux articles 2 et 3 des lois coordonnées.“

78 Vgl. etwa VAN RYN/VAN OMMESLAGHE, Rev. crit. jur. belge 1967, 319: „Notre droit des sociétés ne connaît qu'un nombre déterminé de cadre dans lesquels doit se couler l'activité des sociétés commerciales, en sorte que si plusieurs commerçants exercent ensemble une activité suivie pour en partager les bénéfices et les pertes et n'adoptent pas la forme de l'association en participation, ils forment nécessairement une société commerciale douée de la personnalité morale.“

79 Vgl. VAN DER MEERSCH, Pasicrisie belge 1968, I, 1075.

80 Vgl. Cass., 17.5.1968, Pasicrisie belge 1968, I, 1074.

81 So Cass., 17.5.1968, Pasicrisie belge 1968, I, 1074, 1075; VAN DER MEERSCH, Pasicrisie belge 1968, I, 1075, 1081.

82 So etwa GEENS/WYCKAERT, Algemeen del, in Beginselen van Belgisch Privaatrecht, 2011, S. 216.

83 So wörtlich BRAEKMANS/HOUBEN, Handboek Vennootschapsrecht, 2011, S. 140: „Het is niet mogelijk om contractueel een ander type van handelsvennootschap te creëren (*nummerus clausus*).“

84 Wörtlich heißt es etwa in Art 1:5, § 2 CSA: „Le présent code reconnaît en tant que sociétés dotées de la personnalité juridique: [...]“

e) *Italien*

In Italien wird man rasch fündig. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass es hier einen gesetzlichen Orientierungspunkt gibt, an den Kommentatoren und Lehrbuchautoren anknüpfen können: Art. 2249 Abs. 1 des Codice civile (C. civ.), der mit „Gesellschaftsformen“ (*tipi di società*) überschrieben ist.<sup>85</sup> Danach sind Gesellschaften, welche die Ausübung einer Handelstätigkeit zum Gegenstand haben, in einer in den Kapiteln III und folgenden dieses Titels geregelten Formen zu errichten. Hieraus schließt die nahezu einhellige Lehre auf einen numerus clausus der Rechtsformen, der die privatautonome Schaffung einer gesetzlich nicht geregelten Organisationsform verbietet.<sup>86</sup> Sie erblickt in dieser Vorschrift zugleich eine gesetzliche Einschränkung der in Art. 1322 Abs. 1 C. civ. verbrieften Vertragsinhaltsfreiheit,<sup>87</sup> nach der die Parteien auch Verträge schließen können, die nicht zu den besonders geregelten Verträgen gehören, vorausgesetzt, sie sind auf die Verwirklichung von nach der Rechtsordnung schutzwürdigen Interessen gerichtet. Zur inneren Rechtfertigung dieser bewussten Grundentscheidung des Gesetzgebers von 1942<sup>88</sup> stützt man sich auf Erwägungen der Rechtssicherheit und Transparenz: Außenstehende Dritte sollten rasch und leicht erkennen können, mit welchem Rechtsgebilde sie es zu tun haben.<sup>89</sup> Dieser Gesichtspunkt gestatte auch eine Einschränkung von Art. 41 Abs. 1 der italienischen Verfassung, wonach die Privatinitiative in der Wirtschaft frei ist.<sup>90</sup> Aus Art. 2249 Abs. 2 C. civ. ergibt sich schließlich, dass einfache Gesellschaft und offene Handelsgesellschaft als Auffangrechtsformen fungieren, wenn die Parteien nicht in ordnungsmäßiger Art und Weise eine andere Rechtsform gewählt haben.<sup>91</sup>

85 Vgl. der Sache nach schon Art. 76 des Codice di Commercio von 1882.

86 So ausdrücklich CONTARINI, in Maffei Alberti, Commentario breve al diritto delle società, 4. Aufl., 2017, Art. 2249, I Rdn. 1: „Sul presupposto che l’art. in commento disciplini un numerus clausus di tipi societari, si ritiene comunemente che non sia consentita la creazione di un tipo di società non corrispondente ad alcuno dei modelli specificamente previsti dal legislatore.“; ähnlich CAMPOBASSO, Diritto delle società, 10. Aufl., 2020, S. 48f.; GALGANO, Le società in genere, 2010, S. 4: „un sistema chiuso“; kritisch SPADA, La tipicità delle società, 1974, S. 435ff. und passim.

87 Vgl. CIAN, in: Cian (Hrsg.), Diritto Commerciale, Bd. III: Diritto delle società, 2020, S. 55.

88 Vgl. COTTINO/SARALE/WEIGMANN, Società di persone e consorzi, 2004, S. 48: „Si noti che il legislatore del 1942 era perfettamente conscio della possibilità di configurare altri tipi di società, oltre a quelli elencati dal codice.“

89 So etwa CIAN, aaO (Fn. 87), S. 55; COTTINO/SARALE/WEIGMANN (Fn. 88), S. 47; s. auch CAMPOBASSO, aaO (Fn. 86), S. 49.

90 Vgl. CONTARINI, aaO (Fn. 86), Art. 2249, I Rdn. 2.

91 Vgl. , aaO (Fn. 86), S. 47; CONTARINI, aaO (Fn. 86), Art. 2249, II Rdn. 4; SPADA (Fn. 86), S. 435ff.

## f) England und Vereinigte Staaten

In den angelsächsischen Systemen wird die Numerus-clausus-Frage in dieser Einkleidung nicht angesprochen. Dennoch ist allgemein anerkannt, dass den Parteien nur die gesetzlich anerkannten Gesellschaftsformen zur Verfügung stehen.<sup>92</sup> Dies gilt insbesondere für die *corporation* als ein Geschöpf des Gesetzgebers<sup>93</sup>, das einer Registrierung gemäß den statutarischen Vorgaben bedarf.<sup>94</sup> Schließen sich mindestens zwei Beteiligte zu erwerbswirtschaftlichen Zwecken zusammen, ohne einen Zusammenschluss als *corporation*, LLC oder ähnliches zu erwirken oder jedenfalls anzustreben<sup>95</sup>, so bildet die *general partnership* auch in den Vereinigten Staaten die gesetzliche Auffangrechtsform.<sup>96</sup> Dies gilt unabhängig davon, ob die Beteiligten einen personengesellschaftsrechtlichen Zusammenschluss beabsichtigen oder nicht.<sup>97</sup> Im letzteren Fall spricht man von einer *inadvertent* oder *default partnership*,<sup>98</sup> von den Kritikern dieser Rechtsfigur auch „ambush partnership“<sup>99</sup> getauft. Wie aktu-

92 Angedeutet für das Vereinigte Königreich bei GOWER/DAVIES/WORTHINGTON, *Principles of Modern Company Law*, 10. Aufl., 2016, Rdn. 1–2: „English law provides two main types of organization for those who wish to associate in order to carry out business for gain: partnerships and companies.“; deutlicher für die Vereinigten Staaten COX/HAZEN, *Business Organization Law*, 5. Aufl., 2020, § 1.2, S. 2: „Other than the corporation, the forms of association generally available in this country are: (1) the partnership, including the joint venture, (2) the limited partnership, (3) the limited liability company, (4) the joint stock company [...], (5) the business trust [...], and (6) in a few states, the partnership association. These six forms of doing business are distinct from the sole proprietorship in which a single individual owns and operates the company.“

93 Klassisch *Trustees of Dartmouth College v. Woodward*, 17 U.S., 518, 536 (1819): „A corporation is an artificial being, invisible, intangible, and existing only in contemplation of law. Being the mere creature of law, it possesses only those properties which the charter of its creation confers upon it [...].“

94 Vgl. COX/HAZEN, aaO (Fn. 92), § 1.2, S. 3: „The corporation has also been referred to as ‘a creature of statute’. This reflects the fact that a corporation can only be formed by compliance with requirements set forth in the corporation statute of the state in which the corporation is being organized.“

95 Zum Schutz vor persönlicher Haftung im Vorfeld der Inkorporierung durch die „de facto corporation doctrine“ HURT, 61 B.C. L. Rev. 2487, 2520ff. (2020).

96 Vgl. HURT, 61 B.C. L. Rev. 2487, 2500 (2020): „The general partnership is the only business entity between or among participants that does not require a formal filing with a state agency, generally the Secretary of State. Because of the lack of a filing requirement, the general partnership is the default entity for two or more persons who form a business, much like a sole proprietorship is the default structure for individuals who conduct a business without creating a business entity to hold that business.“

97 Vgl. RUPA § 202: „[...] whether or not the persons intend to form a partnership“.

98 Vgl. HURT, 61 B.C. L. Rev. 2487, 2490 (2020); LEAHY, 52 Texas Tech L. Rev. 243 (2020).

99 Nachweise bei LEAHY, 52 Texas Tech L. Rev. 243, 254 (2020).

elle Beispiele zeigen, kann dies im Wirtschaftsleben durchaus praktisch werden.<sup>100</sup>

Die maßgeblichen Sachgesichtspunkte, die für oder gegen eine Ausweitung des gesetzlichen numerus clausus sprechen, sind vor allem in der Literatur zu den hybriden Organisationsformen (LLC, LLP, LLLP etc.) herausgearbeitet worden. Manche Stimmen betrachten die zunehmende Proliferation dieser Rechtsformen kritisch und befürchten bei einem exzessiven Zuwachs der Wahlmöglichkeiten beträchtliche „costs of confusion“.<sup>101</sup> Andere betonen demgegenüber die Vorteile eines breiten Rechtsformenangebots<sup>102</sup> zur Senkung der „mismatch costs“, die darin bestehen, dass die Beteiligten ihre individuellen Gestaltungsvorstellungen nicht verwirklichen können und auf weniger passende gesetzliche Gussformen ausweichen müssen.<sup>103</sup>

## 2. Rechtsordnungen mit zeitweiligem Numerus-apertus-Grundsatz

### a) Spanien

Historisch bemerkenswert ist die Entwicklung in Spanien. Dort hatte der Código de Comercio von 1885 den Katalog der Gesellschaftsformen in Abkehr vom französischen Ordnungsmuster unter Berufung auf die Vertragsfreiheit bewusst geöffnet.<sup>104</sup> Im Lichte des geänderten Gesetzeswortlauts<sup>105</sup> nutzte die

100 Vgl. HURT, 61 B.C. L. Rev. 2487, 2491 (2020): „The default partnership is not just a theory or an occasional rarity in everyday life; it continues to rear its head in cases involving both inexperienced contract parties and the most sophisticated business planners.“; s. auch *Energy Transfer Partners, L.P. v. Enterprise Products Partners, L.P.*, 593 S.W. 3d 732 (Tex. 2020).

101 Vgl. etwa OESTERLE/GAZUR, 32 Wake Forest L. Rev. 101 (1997); der Ausdruck „costs of confusion“ stammt von RIBSTEIN, 58 Bus. Law. 1023, 1029 (2003), der selbst den gegenteiligen Standpunkt vertritt.

102 Eingehend RIBSTEIN, 58 Bus. Law. 1023, 1030ff. (2003).

103 Begriff und Konzept: KOBAYASHI/RIBSTEIN, J.L. Econ. & Pol’y 9 (2013), 521.

104 Näher DE LA GÁNDARA, *La atipicidad en derecho de sociedades*, 1977, S. 281: „[...] el ordenamiento positivo español se decide por la libertad de invención de las formas mercantiles de sociedad.“; eingehend MARTÍNEZ-RODRÍGUEZ, *Business History Review* 90 (2016), 227, 229: „The Spanish Commercial Code (1885) allowed numerus apertus for the legal form of enterprises. This means that Spaniards could import ideas from France and elsewhere.“, 234: „During the process of developing the 1885 code, the drafting committee included a modification concerning *libertad de contratación* (freedom of contracting): the abolition of the numerus clausus principle for the menu of organizational forms. This change – set out in the preamble and § 117 and § 122 – meant that the forms listed in the code were not the only ones allowed (by law).“

105 Wörtlich lautete Art. 122 CCom von 1885: „Por regla general, las sociedades mercantiles se constituirán adoptando algunas de las forma siguientes [...]“.“

notarielle Gestaltungspraxis den Numerus-apertus-Grundsatz und entwickelte neue Organisationsformen jenseits des gesetzlichen Regelungsrahmens.<sup>106</sup> Ein besonders anschauliches Beispiel dafür bietet die spanische GmbH, die erst im Jahre 1953 auf eine gesetzliche Grundlage gestellt wurde, aber als Produkt der Kautelarpraxis schon Ende des 19. Jahrhunderts zur Verfügung gestanden hatte.<sup>107</sup>

Inzwischen hat sich trotz unveränderten Eingangswortlauts von Art. 122 *Código de Comercio* (C.C.)<sup>108</sup> die Deutung eines geschlossenen Katalogs von Rechtsformen breitflächig durchgesetzt.<sup>109</sup> Zur Begründung stützt sich die Literatur neben dem geringen praktischen Interesse an unregelmäßigen Gesellschaftsformen<sup>110</sup> vor allem auf Erwägungen der Rechtssicherheit und des Verkehrsschutzes.<sup>111</sup> Diese rechtfertigten es, die liberale Grundhaltung der früheren Handelsrechtskodifikation durch einen *numerus clausus* der handelsrechtlichen Gesellschaftsformen zu ersetzen.<sup>112</sup> Der Wortlaut des Art. 122 C. C. stehe dem nicht entgegen, weil er keinen *numerus apertus* im Sinne habe, sondern nur einen Vorbehalt zugunsten spezialgesetzlicher Organisationsformen.<sup>113</sup> Für die in der *Ley de Sociedades de Capital* geregelten Kapitalgesellschaften (AG, KGaA, GmbH) gilt ebenfalls ein *numerus clausus*.<sup>114</sup>

106 Vgl. GUINNANE/MARTÍNEZ-RODRÍGUEZ, *European Review of Economic History* 22 (2018), 462, 465: „The Commercial Code adopted in 1885 (§ 122) lacked the *numerus clausus* feature for enterprise form found in many civil-law codes. Spanish firms could either organize using one of the enterprise forms enumerated in the Commercial Code or create their own structure contractually, as long as the firm respected the code’s principles.”

107 Eingehend aufgearbeitet bei MARTÍNEZ-RODRÍGUEZ, *Business History Review* 90 (2016), 227; DIES., in: Wells (Hrsg.), *Research Handbook on the History of Corporate and Company Law*, 2018, S. 298.

108 „Por regla general [...]“

109 Vgl. DE LA GÁNDARA, *Derecho de sociedades*, 2010, S. 157; EMBID IRUJO, *Sobre el derecho de sociedades de nuestro tiempo*, 2013, S. 100f.; PAZ-ARES, in: Uría/Menéndez, *Curso de Derecho Mercantil*, Bd. I, S. 545 ff.

110 Dazu DE LA GÁNDARA, aaO (Fn. 104), S. 282 f.

111 Vgl. GIRÓN TENA, *Derecho de Sociedades*, 1976, S. 86; DE LA GÁNDARA, aaO (Fn. 109), S. 157: „seguridad jurídica“.

112 Vgl. DE LA GÁNDARA, aaO (Fn. 104); S. 284: „Todo ello justifica la sustitución de la ideología liberal del Código de Comercio y la consolidación del *numerus clausus* de sociedades.“

113 So PAZ-ARES, aaO (Fn. 109), S. 547.

114 Vgl. LEÓN SANZ, in: García-Cruces/Sancho Gargallo, *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, 2021, Art. 1, S. 106; GARCÍA VIVENTE, ebenda, Art. 28, S. 719.



b) *Liechtenstein*

Ein weiteres, wenig bekanntes Gegenbeispiel für ein Gesellschaftsrecht ohne *numerus clausus* bildete das Liechtensteinische Personen- und Gesellschaftsrecht (PGR) aus dem Jahre 1926. In dem Bestreben, ausländisches Kapital in das damals verarmte Land zu locken, schuf der Gesetzgeber eine Kodifikation mit einer weltweit konkurrenzlosen Anzahl an Rechtsformen.<sup>115</sup> In den Erläuterungen von *Wilhelm Beck* und *Emil Beck*, den geistigen Vätern des neuen Gesetzes, hieß es dazu: „Der Entwurf zeichnet sich durch besondere Reichhaltigkeit der Formen aus und kommt damit dem in der Praxis oft geäußerten Gedanken entgegen, wonach der Gesetzgeber möglichst viel Formen dem wirtschaftenden Menschen zur Verfügung stellen soll.“<sup>116</sup>

Hervorhebung verdienen zum einen die sog. besonderen Verbandspersonen gemäß ausländischem Recht (Art. 629 bis 632 PGR a.F), die folgendermaßen umschrieben wurden: „Außer den sonstigen im liechtensteinischen Recht anerkannten und besonders geregelten Verbandspersonen kann jede in irgendeinem ausländischen Rechte anerkannte Verbandsperson zu einem wirtschaftlichen oder anderen Zwecke im Inland mittels öffentlicher Urkunde errichtet werden.“<sup>117</sup> Zum anderen – und noch weitergehend – erkannte der Gesetzgeber sog. bewilligte Auslandsverbandspersonen (Art. 633 bis 636 PGR a.F.) an: „Ist hauptsächlich Gegenstand des Unternehmens oder Zweck einer Verbandsperson, die lediglich im Inland ihren Sitz hat, die in den Statuten näher umschriebene wirtschaftliche oder andere Betätigung im Auslande oder der Erwerb vermögensrechtlicher Anteile an Firmen und Verbandspersonen, deren Verwaltung und die Verteilung von Erträgen, so kann sie abweichend vom inländischen Rechte und mit oder ohne Anlehnung an ausländisches Recht mit Bewilligung der Regierung mittels öffentlicher Urkunde und gemäß folgenden Bestimmungen durch Eintragung ins Öffentlichkeitsregister das

115 Vgl. MARXER *u. a.*, Liechtensteinisches Wirtschaftsrecht, 2021, § 5 Rdn. 5: „Das Gesellschaftsrecht sollte die Grundlage dafür bilden, dass fremdes Kapital nach Liechtenstein gebracht wird.“; zum Erfolg dieser Strategie SCHURR, in Laimer/Perathoner (Hrsg.), Gesellschaftsrechtliche Nebenvereinbarungen in Europa, 2013, S. 217, 218: „Dieses Ziel wurde insoweit erreicht, als in den folgenden Jahrzehnten im Fürstentum unzählige Stiftungen, Anstalten, Aktiengesellschaften, *trusts* und andere Strukturen von ausländischen Investoren errichtet wurden.“; umfassend dazu und zur Gesellschaftsrechtskultur in Liechtenstein FLEISCHER in einer 2024 erscheinenden Gedächtnisschrift.

116 BECK/BECK, Kurzer Bericht über die Revision des Personen- und Gesellschaftsrechts, 1925, S. 11. Eingehend MERKI, Wirtschaftswunder Liechtenstein, 2007, S. 136 ff.

117 Art. 629 Abs. 1 PGR a.F.; zur Zielsetzung BECK/BECK, aaO (Fn. 116), S. 32: „um besonders auch Interessenten, die sich an die in ihrem Rechtskreise bekannten Gesellschaftsformen und deren besondere Regelung gewöhnt haben, die Möglichkeit zu bieten, solche Gesellschaften im Inlande zu errichten“.

Recht der Persönlichkeit erlangen.“<sup>118</sup> Immerhin galt für sie der Konzessionszwang.<sup>119</sup> In der Sache gab es damit im liechtensteinischen PGR keinen *numerus clausus* der Gesellschaftsformen.

Im Jahre 1980 ist die Stammfassung des PGR überarbeitet worden, um Missbräuche und Auswüchse des betont liberalen Gesellschaftsrechts zu bekämpfen.<sup>120</sup> Im Zuge dieser Reform musterte man nicht nur sechs liechtensteinische Gesellschaftsformen aus, die in der Praxis keine Bedeutung erlangt hatten,<sup>121</sup> sondern schaffte auch beide Varianten der Auslandsverbandspersonen ab. Von diesen hieß es zwar ebenfalls, sie hätten keine Rolle gespielt, weil die liechtensteinische Regelung letztlich günstiger und flexibler gewesen sei,<sup>122</sup> doch wird dies von sachkundiger Seite bestritten.<sup>123</sup> Ein ausländischer Beobachter erblickt in der Reform von 1980 stattdessen ein Zeichen dafür, dass sich diese „extrem offene Ordnung, die auf die Leitplanken abschließend geregelter Gesellschaftsformen verzichten wollte“, nicht bewährt habe.<sup>124</sup> Jedenfalls bleibt festzuhalten, dass es seither auch in Liechtenstein einen *numerus clausus* der Gesellschaftsformen gibt.<sup>125</sup> Unmissverständlich bestimmt Art. 245 Abs. 2 PGR nunmehr: „Andere als durch das Gesetz vorgesehene privatrechtliche Verbandspersonen können nicht bestehen.“

### c) Dänemark

Eine Sonderstellung nimmt in gewisser Hinsicht auch das dänische Gesellschaftsrecht ein. Dort gab es lange Zeit keinen *numerus clausus* der Rechtsformen.<sup>126</sup> Vielmehr konnten die Parteien in Ausübung ihrer Vertragsfreiheit eine

118 Art. 633 Abs. 1 PGR a.F.

119 Dazu BECK/BECK, aaO (Fn. 116), S. 34.

120 So ausdrücklich BATLINER, ZIP 1980, 958; eingehend KIEBER, LSZ 1980,2.

121 So GUBSER, Grundriss der Liechtensteinischen Gesellschaftsrechtsreform 1980, 1980, S. 51; ferner MARXER, aaO (Fn. 115), § 5 Rdn. 10.

122 So GUBSER, aaO (Fn. 121), S. 50.

123 Vgl. FORSTMOSER, aaO (Fn. 59), S. 77, 81: „Völlig bedeutungslos können diese Gebilde aber nicht gewesen sein, jedenfalls hat der Verfasser dieser Zeilen solche Verbandspersonen in der Praxis angetroffen.“; s. auch SCHOPPER/WALCH, LJZ 2017, 1, 3 mit Fn. 5.

124 So FORSTMOSER, aaO (Fn. 59), S. 77, 81; ferner SCHOPPER/WALCH, LJZ 2017, 1, 3 mit Fn. 5, die mutmaßen, dass die Auslandsverbandspersonen „als für das Ausland potentiell Misstrauen erregend angesehen worden sein könnten“.

125 Vgl. SCHURR, aaO (Fn. 115), S. 217, 220: „Mit der Gesellschaftsrechtsreform von 1980 wurde der *numerus clausus* der Gesellschaftsformen in Liechtenstein eingeführt [...]“

126 Vgl. ALSTED/FRIIS HANSEN, in: Hohloch (Hrsg.), EU-Handbuch Gesellschaftsrecht, 2001, Kap. Dänemark Rdn. 4: „Als Besonderheit des dänischen Gesellschaftsrechts ist zu erwähnen, dass es keinen Typenzwang der Gesellschaftsformen gibt. Eine erschöpfende Aufzählung ist daher nicht möglich.“

„Gesellschaftskonstruktion nach Wunsch“<sup>127</sup> gestalten.<sup>128</sup> Für eine Haftungsbeschränkung bedurfte es allerdings einer Eintragung in das Unternehmensregister. Außerdem werden selbstkreierte Gesellschaften, die sich nur in unwesentlichen Punkten von einer AG oder GmbH unterscheiden, im Wege einer gesellschaftsrechtlichen „Qualifikation“ kurzerhand als eine solche eingestuft.<sup>129</sup> Für die weitreichende Anerkennung der Vertragsfreiheit im Gesellschaftsrecht führt man ein ganzes Bündel von Erwägungen an: von der Verbriefung der Vereinigungsfreiheit in der dänischen Verfassung<sup>130</sup> über den Selbstschutz der Gläubiger durch öffentlich verfügbare (Register-)Informationen bis hin zu der Erwägung, dass Vertragspartner nicht zwangsläufig einem höheren Risiko ausgesetzt sind, wenn sie mit einer Gesellschaft statt mit einer juristischen Person kontrahieren.<sup>131</sup>

In jüngerer Zeit hat der dänische Gesetzgeber die Organisationsfreiheit indes eingeschränkt. Personengesellschaften mit gesellschaftsvertraglicher Haftungsbeschränkung, die man unter der Sammelbezeichnung SMBA (*selskaber med begrænset ansvar*) zusammenfasste, können seit 2013 nicht mehr errichtet werden.<sup>132</sup> Stattdessen müssen sich die Parteien gesetzlich anerkannter Gesellschaftsformen mit Haftungsbeschränkung bedienen. Ausweislich der Gesetzesmaterialien sollte so den vielen Insolvenzen und Zwangsaufösungen dieser personengesellschaftsrechtlichen Eigenkreationen Einhalt geboten werden.<sup>133</sup> In der Literatur erblickt man darin eine Art abgeschwächten numerus clausus durch die Hintertür.<sup>134</sup>

### 3. Zwischenergebnis

Wie der rechtsvergleichende Rundgang veranschaulicht, gehört der numerus clausus heute fast überall zum gesellschaftsrechtlichen Kernbestand. In Geset-

127 ALSTED/FRIIS HANSEN, aaO (Fn. 126), Rdn. 4.

128 Vgl. KUSZNIER, Dänisches Kapitalgesellschaftsrecht, 2003, S. 29: „Das dänische Gesellschaftsrecht ist durch den zivilrechtlichen Grundsatz der Privatautonomie und den Grundsatz der Vertragsfreiheit geprägt. Insbesondere erlaubt es das dänische Recht, Unternehmen in einer Rechtsform zu gründen, die bisher nicht in der Rechtsordnung vertreten war.“

129 Dazu ALSTED/FRIIS HANSEN, aaO (Fn. 126), Rdn. 4.

130 § 78: „Die Bürger sind berechtigt, ohne vorherige Erlaubnis Vereine zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck zu gründen.“

131 Vgl. FRIIS HANSEN/KRENCHER, Dansk selskabsret 1, 5. Aufl., 2017, S. 70f.; KRÜGER ANDERSEN, Aktie- og anpartsselskabsret, 13. Aufl., 2017, S. 17f. mit Fn. 1; GOMARD, Aktieselskaber & anpartsselskaber, 3. Aufl., 1996, S. 22f., 56f.

132 Lov nr. 616 vom 12.6.2013.

133 Vgl. BEMÆRKNINGER, Lovforslag nr. L. 152 (2012-13), S. 34.

134 So FRIIS HANSEN/KRENCHER, aaO (Fn. 131), S. 70.

zesform gegossen ist er allerdings nur vereinzelt; zuweilen spiegelt er sich in Gerichtsentscheidungen wider; sonst stützt er sich auf eine *communis opinio doctorum*, die hierfür überwiegend Verkehrsschutz- und Transparenzerwägungen anführt. Wie in Deutschland sind tiefer schürfende Ausführungen allerdings selten; den meisten Literaturstimmen gilt der geschlossene Katalog von Gesellschaftsformen als schiere Selbstverständlichkeit. Historisch wurzelt er in der Vorstellung, dass die Verleihung der Rechtsfähigkeit dem Gesetzgeber vorbehalten ist,<sup>135</sup> wie dies die Stammfassung des französischen Code de Commerce von 1807 dereinst vorschrieb. Dessen klassische Formulierung („la loi reconnaît“) ist vielerorts übernommen oder nachgeahmt worden und dient verbreitet als indirekte Bestätigung des *numerus clausus*.

Einzelne Rechtsordnungen, die früher von einem *numerus-apertus*-Grundsatz ausgingen (Spanien, Liechtenstein, Dänemark), sind hiervon später ausdrücklich oder stillschweigend wieder abgerückt. Dies beruhte teils auf geringem praktischem Interesse an Innominatgesellschaften, teils spielten wohl auch Auswüchse oder Missbräuche durch allzu findige Gesellschafter eine Rolle.

Als universales Ordnungsprinzip lässt sich schließlich die Figur des Rechtsformzwangs ausmachen: Die ausländischen Entsprechungen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und der offenen Handelsgesellschaft bilden in vielen Jurisdiktionen die Auffangrechtsformen für Fälle der Rechtsformverfehlung. Ein abweichender Parteiwille steht dem nicht entgegen, sofern die objektiven Voraussetzungen der Gesellschaft – in Abgrenzung etwa zu partiarischen Rechtsverhältnissen – vorliegen.

#### *IV. Gesellschaftsrechtlicher numerus clausus im Spiegel der Rechtsökonomie*

Wo immer die Gesellschaftsrechtsvergleichung – wie hier – länderübergreifend ähnliche Regelungsmuster aufspürt, liegt die Vermutung nicht fern, dass ihnen ein gemeinsamer rechtsökonomischer Begründungskern zugrunde liegt.<sup>136</sup> Um ihn freizulegen, bietet es sich an, die schon weiter gediehene Diskussion zum *numerus clausus* der Sachenrechte heranzuziehen.

135 Deutlich etwa DE LA GÁNDARA, aaO (Fn. 109), S. 157: „La facultad de crear estructuras jurídicas básicas [...] debe quedar remitida al legislador con carácter exclusivo y excluyente.“

136 Grundlegend MATTEI, *Comparative Law and Economics*, 1997, S. 123 ff.; näher dazu, warum Rechtsvergleichung und Rechtsökonomie gerade im Gesellschaftsrecht ein vielversprechendes Forschungsgespann bilden, FLEISCHER, FS Wiedemann, 2002, S. 827, 846 ff.

### 1. Rechtsökonomische Begründungsmuster im Sachenrecht

Ein Grundsatz des numerus clausus ist im In- und Ausland auch im Sachenrecht weithin anerkannt.<sup>137</sup> Zu seiner materiellen Legitimation werden neben traditionellen Rechtfertigungen<sup>138</sup> auch moderne Begründungsmuster vortragen, die einen stärker ordnungspolitischen oder rechtsökonomischen Einschlag aufweisen.<sup>139</sup>

#### a) Verkehrsinteressen und Verkehrsschutz

Eine erste Erklärung geht dahin, dass der sachenrechtliche numerus clausus der Leichtigkeit und Sicherheit des Rechtsverkehrs diene.<sup>140</sup> Im Interesse der Zirkulationsfähigkeit von Mobilien und Immobilien müsse der Gesetzgeber „klare Verhältnisse“<sup>141</sup> schaffen.<sup>142</sup> Erwerbsaspiranten sollen sich darauf verlassen dürfen, dass nur die gesetzlich geregelten Beschränkungen dem Erwerb entgegenstehen oder die erworbene Sache belasten können.<sup>143</sup> Dem Schutz des Rechtsverkehrs komme gerade bei dinglichen Rechten eine besondere Bedeutung zu, weil die rechtsgeschäftliche Gestaltung der dinglichen Rechtslage auch gegen Dritte wirke und in der Regel ohne zeitliche Beschränkungen fortbestehe.<sup>144</sup> Indem der Gesetzgeber die privatautonome Schaffung beliebiger dinglicher Rechte verbiete, Sorge er für Rechtssicherheit, Rechtsklarheit und Rechtsvereinfachung.<sup>145</sup>

137 Vgl. BGH NJW 1994, 2950, 2952; BAUR/STÜRNER, Sachenrecht, 18. Aufl., 2009, § 1 Rdn. 7ff.; BREHM/BERGER, Sachenrecht, 4. Aufl., 2022, § 1 Rdn. 39ff.; GAIER, in: Münchener Komm. z. BGB, 9. Aufl., 2023, Einl. SachenR Rdn. 11; rechtsvergleichend AKKERMANS, The principle of „numerus clausus“ in European property law, 2008; v. BAR, Gemeineuropäisches Sachenrecht, Bd. I, 2015, § 1 Rdn. 58ff.

138 Dazu FLEISCHER, FS Schäfer, 2008, S. 125, 127ff.: (1) Rechtsdogmatik: Autonomie des Sachenrechts, (2) Rechtsgeschichte: Verhinderung feudaler Eigentumsstrukturen, (3) Rechtsphilosophie: Freiheitsschutz des Einzelnen, jeweils m. w. N.

139 Näher zu Folgendem bereits FLEISCHER, aaO (Fn. 138), S. 125, 129ff.; hieran anknüpfend HEINZE, in: Staudinger, Komm. z. BGB, Einl. SachenR, Neubearbeitung 2018, Rdn. 97ff.

140 Vgl. BAUR/STÜRNER, aaO (Fn. 137), § 1 Rdn. 9; allgemein zu dieser Figur und den Funktionsbedingungen von Verkehrssystemen LEENEN, in: Behrends u. a. (Hrsg.), Rechtsdogmatik und praktische Vernunft, 1990, S. 108.

141 SCHELLHAMMER, Sachenrecht, 2. Aufl., 2001, Rdn. 1445.

142 Näher WIEGAND, FS Kroeschell, 1987, S. 623, 637ff.; zustimmend BYDLINSKI, System und Prinzipien des Privatrechts, 1996, S. 316 mit Fn. 342.

143 Vgl. WIEGAND, aaO (Fn. 142), S. 623, 638.

144 Vgl. BREHM/BERGER, aaO (Fn. 137), § 1 Rdn. 40.

145 Zu dieser Zieltrias SEILER, in: Staudinger, Komm. z. BGB, Einl. SachenR, Neubearbeitung 2012, Rdn. 38.

*b) Verringerung der Systemkosten*

Gemünzt auf das deutsche Liegenschafts- und Grundbuchrecht<sup>146</sup> liest man in einem großen Sachenrechtslehrbuch, das Grundbuchsystem bleibe nur leistungsfähig, wenn die Zahl der eintragungsfähigen Rechte begrenzt und ihr Inhalt gesetzlich festgelegt sei.<sup>147</sup> Auch andere Stimmen betonen das allgemeine Interesse an der Übersichtlichkeit und Klarheit der Grundbücher<sup>148</sup> und warnen vor einer Überlastung.<sup>149</sup> Zusammenfassend formulierte das BayObLG in einer Entscheidung aus dem Jahre 1967, dass „das Grundbuch seine Aufgabe, den Rechtsverkehr sicher, zuverlässig und erschöpfend über die Rechtsverhältnisse am Grundstück zu unterrichten, nicht nachkommen“<sup>150</sup> könne, wenn es keinen numerus clausus der Sachenrechte gäbe.

*c) Senkung der Informationskosten durch Standardisierung*

Schließlich haben zwei US-amerikanische Professoren vor einiger Zeit einen umfassenden Begründungsansatz für das Numerus-clausus-Prinzip im Sachenrecht vorgelegt, der den Verkehrsschutzgedanken aus rechtsökonomischer Sicht weiter ausbuchstabiert.<sup>151</sup> Ausgangspunkt ihrer Überlegungen ist das Informationsproblem der Erwerbsinteressenten. Diese erkundigten sich vor dem Erwerb nach der physischen und rechtlichen Beschaffenheit der Sache und setzten ihre Nachforschungen so lange fort, bis die Grenzkosten der Informationssuche den Grenznutzen der zusätzlichen Information erreichten. Wenn nun eine Rechtsordnung beliebige dingliche Rechte anerkenne, so führe deren privatautonome Vereinbarung zu einer informationsbezogenen Externalität.<sup>152</sup> Die Schaffung eines neuartigen und womöglich besonders ungewöhnlichen Sachenrechts treibe die Informationskosten für den gesamten Rechtsverkehr in die Höhe. Zudem stiegen die (Präventions-)Kosten Dritter

146 Zum abweichenden System des „conveyancing“ und den „title insurance companies“ in England und den Vereinigten Staaten ZWEIGERT/KÖTZ, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., 1996, S. 38; für einen rechtsökonomischen Vergleich unterschiedlicher „land title“-Systeme JANCZYK, 6 J. Leg. Stud. 213 (1977).

147 Vgl. WOLFF/RAISER, Sachenrecht, 10. Aufl., 1957, S. 9; zustimmend SEILER, aaO (Fn. 145), Einl. SachenR Rdn. 38.

148 Vgl. EICHLER, Institutionen des Sachenrechts, Bd. I, 1954, S. 54.

149 Vgl. AK-BGB/DUBISCHAR, 1983, vor §§ 854 ff. Rdn. 29; HEINZE, aaO (Fn. 139), Einl. SachenR Rdn. 102; WILHELM, Sachenrecht, 7. Aufl., 2021, Rdn. 14.

150 BayObLG NJW 1967, 1373, 1374.

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

152 So MERRILL/SMITH, 110 Yale L.J. 1, 26 ff. (2000).

zur Vermeidung von Verstößen gegen das neuartige dingliche Recht.<sup>153</sup> Auf diese Weise entstehe eine Art *common-pool*-Problem: Der Begründer des neuartigen Sachenrechts könne dessen gesamten Nutzen vereinnahmen, trage aber nur einen Bruchteil der entstehenden Kosten.<sup>154</sup> Eine Möglichkeit für den Gesetzgeber, die Informationskosten des Rechtsverkehrs zu reduzieren, liege in der zwingenden Standardisierung der Sachenrechte.<sup>155</sup> Mit anderen als den gesetzlich anerkannten dinglichen Rechten müssten Erwerbsinteressenten dann nicht rechnen, sodass ihr vorvertraglicher Prüfaufwand sinke.<sup>156</sup>

In einem zweiten Gedankenschritt erläutern die Autoren, dass die Standardisierung der Sachenrechte ihren Preis habe. Zwingende Regeln durchkreuzten die Gestaltungswünsche der Parteien oder führten zu teuren Umgehungsstrategien. Mithin befinde 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.<sup>157</sup> Aus gesamtgesellschaftlicher Sicht müsse es darum gehen, die Summe aus Informations-, Frustrations- und Administrationskosten zu minimieren. Das Numerus-clausus-Prinzip schaffe insoweit einen ungefähren Ausgleich zwischen den Extremen vollständiger Reglementierung und grenzenloser Gestaltungsfreiheit. Es nähere die Sachenrechtsordnung damit dem optimalen Grad an Standardisierung an, ohne ihn freilich zu erreichen.<sup>158</sup>

## 2. Rechtsökonomische Begründungsmuster im Gesellschaftsrecht

In der Literatur hat man schon vor zwanzig Jahren angeregt, diese sachenrechtlichen Begründungsmuster auch im Gesellschaftsrecht zu erproben, weil Drittinteressen hier und dort eine wichtige Rolle spielen.<sup>159</sup> Dies ist im Folgenden zu vertiefen.

153 Vgl. MERRILL/SMITH, 110 Yale L.J. 1, 32 (2000).

154 Vgl. MERRILL/SMITH, 110 Yale L.J. 1, 32f. (2000).

155 Ähnlich hierzulande bereits DUBISCHAR, aaO (Fn. 149), vor §§ 854ff. BGB Rdn. 29: „Interesse an möglichst standardisierten eigentumsbeschränkenden Rechten“; zustimmend HEINZE, aaO (Fn. 139), Einl. SachenR Rdn. 104.

156 So MERRILL/SMITH, 110 Yale L.J. 1, 34 (2000).

157 Vgl. MERRILL/SMITH, 110 Yale L.J. 1, 35ff. (2000)

158 Vgl. MERRILL/SMITH, 110 Yale L.J. 1, 40 (2000): „We do not argue that any particular number of property forms is in fact optimal.“

159 Vgl. FLEISCHER, ZHR 168 (2004), 673, 678f.

## a) Verkehrsinteressen und Verkehrsschutz

Dass der *numerus clausus* auch im Gesellschaftsrecht dem Verkehrsschutz dient, entspricht einem *cantus firmus* im hiesigen Schrifttum.<sup>160</sup> In der Reichstagsdebatte zum BGB-Vereinsrecht führte kein Geringerer als *Ludwig Enneccerus* diesen Grundgedanken mit Erfolg gegen Anträge zur Einführung eines Systems freier Körperschaftsbildung ins Feld.<sup>161</sup> Auch in der ausländischen Literatur taucht der Topos des Verkehrsschutzes vielerorts auf.<sup>162</sup>

Im konkreten Zugriff ist allerdings zu unterscheiden. Der sachenrechtliche Gedanke, die Zirkulationsfähigkeit von Mobilien und Immobilien zu fördern, trägt im Gesellschaftsrecht nur begrenzt. Er trifft hauptsächlich auf Aktien an börsennotierten Gesellschaften zu, während Personengesellschafts- und GmbH-Geschäftsanteile gerade nicht für einen raschen Handel gedacht, sondern umgekehrt aus wohlerwogenen Gründen in ihrer Verkehrsfähigkeit beschränkt sind.<sup>163</sup>

Ähnlich wie im Sachenrecht, aber im Gegensatz zum Schuldvertragsrecht, ergibt sich das Bedürfnis nach Verkehrsschutz jedoch aus den Drittbeziehungen der Gesellschaft.<sup>164</sup> Insbesondere potenzielle Vertragspartner und Gesellschaftsgläubiger sollen sich anhand der bekannten gesetzlichen Rechtsformen rasch über zentrale Merkmalsausprägungen (Rechtsfähigkeit, Vertretungsverhältnisse, Haftungsmodalitäten) unterrichten können. Von Interesse ist für sie

160 Einzelnachweise in Fn. 28.

161 Vgl. *Enneccerus*, wiedergegeben bei MUGDAN, aaO (Fn. 43), S. 982: „Die Kom. hat indessen die Anträge in erster wie in zweiter Lesung mit sehr großer Majorität abgelehnt, und zwar aus dem Grunde, weil die Verkehrssicherheit durchaus erfordert, daß, wer mit einem Vereinsvorstande kontrahirt, darüber klar ist, ob eine jur. Person vorliegt oder nicht. Wollen Sie der einzelnen Person die Nachforschung der schwierigen Frage anheimstellen, ob eine jur. Person vorliege oder nicht, so stellen Sie ihr dadurch eine nahezu unlösbare Aufgabe. Deshalb muß, wie das bei wirthschaftlichen Vereinigungen, zB. Aktiengesellschaften, Genossenschaften, längst notwendig ist, die Rechtsfähigkeit des Vereins öffentlich konstatiert werden.“

162 Vgl. etwa für die Schweiz DRUEY/DRUEY JUST/GLANZMANN, aaO (Fn. 58), § 2 Rdn. 33: „Der Numerus Clausus ist zur Gewährleistung der Verkehrssicherheit unerlässlich.“; für Italien CONTARINI, aaO (Fn. 86), Art. 2249, I Rdn. 2: „traffici commerciali“; für Spanien GIRÓN TENA, aaO (Fn. 111), S. 86: „intereses de terceros y de seguridad y claridad en el tráfico“.

163 Vgl. BGHZ 13, 49, 51 f., wonach das Formerfordernis des § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG, „in erster Linie den Handel mit GmbH-Geschäftsanteilen erschweren“ soll; gleichsinnig Begr. RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 30: „Hemmnis für eine freie Übertragbarkeit der Geschäftsanteile“.

164 Vgl. WIEDEMANN, aaO (Fn. 5), § 1 III 1, S. 42 f.; eindringlich auch JAHNKE, ZHR 146 (1982), 595, 603: „Der gesellschaftsrechtliche Rechtsformzwang beruht daher maßgeblich auf dem Gesichtspunkt des Verkehrsschutzes, d. h. den Außenwirkungen des gesellschaftsrechtlichen Zusammenschlusses.“



nicht zuletzt die klare Abgrenzung der jeweiligen Vermögens- und Vollstreckungsmassen. In dieser Hinsicht trägt die Parallele zum Sachenrecht sogar noch weiter, wenn man das Spezifikum juristischer Persönlichkeit in der Absonderung einer Vermögensmasse erblickt, wie dies hierzulande von *Wiedemann* in seiner Theorie des organisierten Sondervermögens ausgearbeitet<sup>165</sup> und in den Vereinigten Staaten von *Hansmann* und *Kraakman* in den Mittelpunkt einer gesellschaftsrechtlichen Gesamtkonzeption gerückt wurde.<sup>166</sup> Danach liegt der Vorteil juristischer Personifizierung vor allem im sog. *asset partitioning*, der Abgrenzung der Vollstreckungssphären zwischen Privatgläubigern der Gesellschafter und Gläubigern der Gesellschaft: Einerseits erhalten die Privatgläubiger den ausschließlichen Zugriff auf die persönlichen Vermögensgegenstände der Gesellschafter (*defensive asset partitioning*); andererseits sind die Vermögensgegenstände der Gesellschaft für die Gesellschaftsgläubiger reserviert (*affirmative asset partitioning*);<sup>167</sup> Privatgläubiger können nur in den Geschäftsanteil der Gesellschafter vollstrecken, um die Produktivität der Gesellschaft nicht zu schmälern. Das Verbandsrecht gewinnt in dieser rechtsökonomischen Perspektive einen stark sachenrechtlichen Einschlag.<sup>168</sup>

### b) Verringerung der Systemkosten

Gäbe es keinen gesellschaftsrechtlichen numerus clausus, so stiege mit der Eintragungspflichtigkeit neu erfundener Rechtsformen unweigerlich die Belastung des Handelsregistersystems. Für Innominatgesellschaften müsste eine eigene Abteilung oder Handelsregisterrubrik, vergleichbar etwa der Rubrik „Rechtsformen ausländischen Rechts HRB“,<sup>169</sup> geschaffen werden. Damit würde nicht nur der administrative Arbeitsaufwand steigen, sondern auch die Funktion des Registers in Mitleidenschaft gezogen werden, eine klare und schnelle Orientierung über die Rechtsverhältnisse zu ermöglichen.

165 Vgl. WIEDEMANN, aaO (Fn. 5), § 4 I 1 c, S. 195 ff. unter Hinweis auf historische Vorarbeiten von *Brinz* und *Bekker*.

166 Vgl. HANSMANN/KRAAKMAN, 110 Yale L.J. 387 (2000)

167 Vgl. HANSMANN/KRAAKMAN, 110 Yale L.J. 387, 393 ff. (2000).

168 In diesem Sinne auch HANSMANN/KRAAKMAN, 31 J. Leg. Stud. 373, 405 (2002): „At its core, organizational law, by which we mean the law establishing legal entities such as partnerships, corporations, and trusts involves a reorganization of creditors rights. In this respect, organizational law is property law.“; zu den „Proprietary Foundations of Corporate Law“ ARMOUR/WHINCOP, Oxford J. Leg. Stud. 27 (2007), 429; zuletzt mit einem etwas anderen Akzent auch ANDERSON, 2020 Colum. Bus. L. Rev. 1: „The Property Theory of Corporate Law“.

169 Näher zur Eintragung der inländischen Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft SCHAAL, in: BeckOGK HGB, 2019, § 13 d Rdn. 19.

Wie hoch die Mehrbelastungen und der Verlust an Übersichtlichkeit tatsächlich ausfielen, lässt sich allerdings nur schwer abschätzen. Einerseits steht nicht zu erwarten, dass gesellschaftsrechtliche Neukreationen wie Pilze aus dem Boden schießen, weil Reputations- und Netzwerkeffekte einen Rückgriff auf eingeführte Rechtsformen nahelegen.<sup>170</sup> Andererseits sollte man die Kreativität der Kautelarpraxis gerade im Gesellschaftsrecht nicht unterschätzen, sei es aus Gründen der steuerlichen Optimierung, zur Erfüllung von Sonderwünschen beim Generationenübergang in Familiengesellschaften oder aus sonstigen Motiven.

### c) Senkung der Informationskosten durch Standardisierung

Das Argument der Transaktionskostensenkung durch Standardisierung schärft in mancher Hinsicht die Überlegungen zur Leichtigkeit und Sicherheit des Rechtsverkehrs. Seine Übertragbarkeit auf das Gesellschaftsrecht ist im Schrifttum nicht unbemerkt geblieben.<sup>171</sup> Im konkreten Zugriff empfiehlt es sich, zwischen den Informationskosten von externen Dritten und denen von potenziellen Gesellschaftern zu unterscheiden.

Externe Dritte erkundigen sich im Rahmen der Vertragsanbahnung regelmäßig über ihren künftigen Vertragspartner. Bei einer Gesellschaft richtet sich ihr Augenmerk insbesondere auf Grundinformationen über deren Organisations-, Finanz- und Haftungsverfassung. Eine gesetzliche Standardisierung der Gesellschaftsformen verringert insoweit die Informationskosten des Rechtsverkehrs. Demgegenüber triebe die Schaffung einer neuartigen und womöglich besonders ungewöhnlichen Rechtsform den Prüfaufwand für alle Beteiligten in die Höhe. Dies gilt im Grundsatz auch bei einer erleichterten Informationsmöglichkeit durch einen obligatorischen Registereintrag von Innominatgesellschaften: Der Nutzen von Publizität ist größer, wenn es zugleich eine geschlossene Anzahl von Gesellschaftsformen gibt und damit nur die Information über die jeweilige Gesellschaftsform publiziert werden muss.<sup>172</sup> Publizität

170 Zur Rolle von Netzwerkeffekten im Gesellschaftsrecht FLEISCHER, AcP 204 (2004), 502, 509; grundlegend KLAUSNER, 81 Va. L. Rev. 757 (1995).

171 Vgl. schon FLEISCHER, ZHR 168 (2004), 673, 678: „Wie im Sachenrecht beruht dies wesentlich auf den Informations- und Verifikationskosten von Drittbeteiligten, die bei einer Vielzahl von Rechtsformen rapide ansteigen.“; aus jüngerer Zeit GUINNANE/MARTÍNEZ-RODRÍGUEZ, 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.“

172 Gegen das „Notice Cures All“-Argument im Sachenrecht auch MERRILL/SMITH, 110 Yale L.J. 1, 44 (2000): „But notice of idiosyncratic property rights is costly to process,

kann Typizität nicht vollständig ersetzen, wie etwa das hiesige Grundstücksrecht veranschaulicht.<sup>173</sup> Zudem muss man damit rechnen, dass die Parteien bei freier Gestaltbarkeit nicht nur „exotische“ Gesellschaftsformen kreieren, sondern auch geringe Abweichungen von gesetzlichen Modellen vereinbaren.<sup>174</sup>

Was potenzielle Gesellschafter anbelangt, ist das Standardisierungs- und Suchkostenargument vor allem aus dem Aktienrecht vertraut. Hier wird es üblicherweise herangezogen, um die Satzungsstrenge gemäß § 23 Abs. 5 AktG zu rechtfertigen: Sie fördere die Verkehrsfähigkeit der Aktie, indem sie den Informationsaufwand und damit die Transaktionskosten potenzieller Anleger reduziere.<sup>175</sup> So zutreffend diese Beobachtung ist, so begrenzt ist ihr Erklärungswert für den Numerus-clausus-Grundsatz: Außerhalb des Aktienrechts kann sich ein Erwerbsinteressent in Ermangelung eines gesellschaftsrechtlichen Typenzwangs gerade nicht auf ein standardisiertes Rechtsprodukt verlassen. Der Schutz von Minderheitsgesellschaftern im Personengesellschafts- und GmbH-Recht wird daher nicht durch einen geschlossenen Katalog von Gesellschaftsformen gewährleistet, sondern durch eine Reihe zwingender Einzelvorschriften.<sup>176</sup> Einen Informationswert hat der numerus clausus nur insofern, als er Gesellschaftsgründern und später Beitretenden die grundsätzliche Funktionsfähigkeit und interessengerechte Gestaltung der gesetzlich anerkannten Rechtsformen signalisiert.<sup>177</sup> Dies schließt bei späteren grundlegenden Rechtsänderungen gegebenenfalls einen Vertrauensschutz in die bisherige Rechtslage durch Übergangsvorschriften oder allgemeine Grundsätze ein.<sup>178</sup> Hierauf ist bei der Abschaffung von Gesellschaftsformen zurückzukommen.<sup>179</sup>

and, although land registers furnish notice at far lower cost than would a doctrine of constructive notice, even they can require lengthy and error-prone searches.”; gleichsinnig KERN, Typizität als Strukturmerkmal des Privatrechts, 2013, S. 489: „Zugleich spricht der Befund dafür, dass selbst bei leicht verfügbarer Information der Aufwand ihrer Kenntnisnahme und Verarbeitung berücksichtigt werden muss [...]“; verhaltener BELL/PARCHOMOVSKY, 115 Yale L.J. 72, 106 ff. (2005).

173 Dazu auch KERN, aaO (Fn. 172), S. 461: „So hat etwa im Immobiliarsachenrecht Deutschland trotz des vor langer Zeit eingeführten Grundbuchs an hoher Typizität festgehalten [...]“; im Ergebnis ferner HEINZE, aaO (Fn. 139), Einl. SachenR Rdn. 105.

174 Zu dieser Möglichkeit beim Fehlen eines numerus clausus im Sachenrecht KERN, aaO (Fn. 172), S. 460 mit Fn. 35.

175 Vgl. KOCH, Komm. z. AktG, 16. Aufl., 2022, § 23 Rdn. 34 m.w.N.; kritisch KUNTZ, aaO (Fn. 32), S. 345 ff.; für eine Lockerung der Satzungsstrenge bei nicht börsennotierten Gesellschaften KALSS/FLEISCHER, AG 2013, 693.

176 Insofern zutreffend, aber insgesamt zu streng, HEY, Freie Gestaltung von Gesellschaftsverträgen und ihre Schranken, 2004, S. 199 f., wenn er dem numerus clausus tendenziell eine eigenständige Bedeutung abspricht.

177 Gleichsinnig KERN, aaO (Fn. 172), S. 466.

178 Dazu HEß, Intertemporales Privatrecht, 1998, S. 13 ff., 290 ff.

179 Vgl. unten V 2.

### 3. Gewährleistung von Innovationsfähigkeit und Anpassungseffizienz

Ebenso wie im Sachenrecht stehen den genannten Vorteilen eines *numerus clausus* freilich Nachteile gegenüber, die aus der Beschränkung der gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsfreiheit erwachsen. Diese Gestaltungsgrenzen verursachen nicht nur Frustrations- oder Mismatch-Kosten bei einzelnen Beteiligten, sondern unterbinden in der Makroperspektive auch juristische Innovationen<sup>180</sup> und beeinträchtigen damit womöglich die Anpassungsfähigkeit der Rechtsordnung.<sup>181</sup> Vor dieser Gefahr für die Fortentwicklung des Sachenrechts hatte *Otto v. Gierke* schon vorzeiten wortmächtig gewarnt.<sup>182</sup>

Im Gesellschaftsrecht wird die notwendige Anpassungseffizienz, deren Bedeutung für Wirtschaft und Gesellschaft vor allem der Nobelpreisträger *Douglas North* in seinem Werk herausgearbeitet hat,<sup>183</sup> durch verschiedene Faktoren begünstigt. Erstens gilt hier – anders als im Sachenrecht<sup>184</sup> – keine scharfe Typenfixierung; vielmehr verfügen die Beteiligten innerhalb der einzelnen Gesellschaftsformen über einen beträchtlichen Spielraum für die individuelle Ausgestaltung. Zweitens sorgt hierzulande eine vergleichsweise große Anzahl zulässiger Gesellschaftsformen dafür, dass sich die Frustrationskosten der Beteiligten im überschaubaren Rahmen halten, weil die nächstbeste Rechtsform zumeist nicht allzu weit von der individuellen Wunschgestaltung entfernt ist. Drittens sind Zahl und Zuschnitt der Gesellschaftsformen nicht ein für alle Mal festgeschrieben, sondern im rechtspolitischen Prozess durchaus wandelbar. Dem Gesetzgeber obliegt insoweit eine Beobachtungs- und Anpassungs-

180 Näher zu juristischen Innovationen im Gesellschaftsrecht FLEISCHER in einem 2023 erscheinenden Festschriftbeitrag.

181 Vgl. FLEISCHER, aaO (Fn. 138), S. 125, 130; zum Typenzwang als Innovationshemmnis auch KERN, aaO (Fn. 172), S. 512.

182 Vgl. v. GIERKE, Personengemeinschaften und Vermögensbegriffe in dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, 1889, S. 70: „Das undeutsche Dogma des Entwurfs, daß in der Welt des Sachenrechts für schöpferische Thaten der beteiligten Volkskreise kein Raum ist, muß fallen! Es unterbindet die Lebensadern der künftigen Rechtsentwicklung und bedroht uns mit Verknöcherung und Erstarrung!“; relativierend WIEGAND, aaO (Fn. 142), S. 623, 640f.

183 Vgl. etwa NORTH, Institutionen, institutioneller Wandel und Wirtschaftsleistung, 1992, S. 96: „Für die Allokationseffizienz gelten die üblichen neoklassischen Paretobedingungen. Bei der Anpassungseffizienz andererseits geht es um die Arten von Regeln, die den Entwicklungspfad einer Wirtschaft über die Zeit bestimmen. Außerdem geht es dabei um die Bereitschaft einer Gesellschaft, Wissen und Bildung zu erwerben, Innovationen zu bewirken, Risiko zu übernehmen und in verschiedenster Hinsicht kreativ tätig zu werden sowie Probleme bzw. Engpässe in der Gesellschaft im Verlaufe der Zeit zu bewältigen.“

184 Zur sachenrechtlichen Typenfixierung BAUR/STÜRNER, aaO (Fn. 137), § 1 Rdn. 7; GAIER, aaO (Fn. 137), Einl. SachenR Rdn. 11.

pflicht, um eine Unter-, aber auch eine Überversorgung mit Gesellschaftsformen zu verhindern.<sup>185</sup> Hiervon ist sogleich noch ausführlicher zu handeln.<sup>186</sup>

#### 4. Zwischenergebnis

Zur rechtsökonomischen Rationalisierung des gesellschaftsrechtlichen numerus clausus hilft ein Abgleich mit der schon weiter gediehenen Diskussion im Sachenrecht. Ähnlich wie der geschlossene Katalog von Sachenrechten fördert die geschlossene Anzahl zulässiger Gesellschaftsformen die Leichtigkeit und Sicherheit des Rechtsverkehrs, indem sie durch Standardisierung die Systemkosten des Handelsregisters verringert und die Informationskosten aller Beteiligten senkt. Nachteile der Standardisierung unter dem Gesichtspunkt der Innovationsfähigkeit werden de lege lata durch die beträchtliche Gestaltungsfreiheit innerhalb der einzelnen Gesellschaftsformen abgemildert; de lege ferenda muss ein aufmerksamer Gesetzgeber durch gezielte Eingriffe für die notwendige Anpassungseffizienz sorgen.

#### V. Veränderungen des vorgegebenen Rechtsformenkanons im Zeitverlauf

Während der numerus clausus als strukturprägendes Ordnungsprinzip über viele Jahrzehnte hinweg stabil geblieben ist, hat sich die Zahl der gesetzlich anerkannten Rechtsformen immer wieder verändert. Dabei wechselten im Zeitablauf Phasen gesetzgeberischer Rastlosigkeit mit anderen größerer Ruhe. So erblickten in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts eine Reihe von Rechtsformneuschöpfungen (AG, Genossenschaft, GmbH) das Licht der Welt, bevor eine lange Phase der Konsolidierung und Kontinuität eintrat, die erst im letzten Viertel des 20. Jahrhunderts allmählich zu Ende ging.<sup>187</sup> Seither sind hierzulande und anderwärts wieder neue Gesellschaftsformen eingeführt worden.<sup>188</sup>

185 Gleichsinnig KERN, aaO (Fn. 172), S. 517: „Vor allem unter der Geltung des Typenzwangs ist die Innovationsfähigkeit zum einen durch einen aufmerksamen Gesetzgeber sicherzustellen, der – unterstützt von Rechtsprechung und Literatur – abgestorbene ebenso wie neue Bedürfnisse erkennt und den Kreis verfügbarer Typen entsprechend anpasst, ohne dabei in Aktionismus zu verfallen.“

186 Vgl. unter V.

187 Näher dazu FLEISCHER, NZG 2022, 827, 828: „Wie eingangs angedeutet, hatten die ‚alten Handelsgesellschaften‘ schon vorzeiten, spätestens aber gegen Ende des 19. Jahrhunderts ihre heutige Gestalt gewonnen.“

188 Vgl. FLEISCHER, NZG 2022, 827, 828: „Einen neuen Zeitabschnitt eröffnete rückblickend die Einführung der Wyoming Limited Liability Company im Jahre 1977.“; für England die Beobachtung von GOWER/DAVIES/WORTHINGTON, aaO (Fn. 92), Rdn. 1–47: „After a period of stability in the variety of legal forms on offer to those who wish to incorporate their businesses – before 2000 the last significant innovation had been

## 1. Vergrößerungen

### a) Gesetzgebung

Der geschlossene Kanon der Gesellschaftsformen hindert den Gesetzgeber nicht, neue Organisationsformen einzuführen.<sup>189</sup> In Deutschland ist dies in den letzten Jahrzehnten durch die Partnerschaftsgesellschaft (1995), die Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung (2013), die Unternehmergesellschaft haftungsbeschränkt (2008), die Investmentaktiengesellschaft (1998) und die Investmentkommanditgesellschaft (2013) geschehen. Auf Unionsebene hat man die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (1985), die Europäische Aktiengesellschaft (2004) und die Europäische Genossenschaft (2005) als supranationale Gesellschaftsformen eingeführt.<sup>190</sup> Noch bunter fällt der Strauß an Rechtsformneuschöpfungen in manchen Nachbarländern und in den Vereinigten Staaten aus.<sup>191</sup>

Unter welchen Voraussetzungen sich die Erweiterung des *numerus clausus* empfiehlt, ist theoretisch noch wenig untersucht.<sup>192</sup> Angesichts knapper Regelgeberressourcen wird man im Allgemeinen konkrete Anhaltspunkte dafür verlangen müssen, dass das bestehende Angebot an Gesellschaftsformen den aner kennenswerten Wünschen eines nicht ganz geringen Teils der Verkehrsteilnehmer nicht genügt.<sup>193</sup> Gegen eine noch strengere Bedürfnisprüfung spricht, dass sich der Erfolg einer Rechtsformneuschöpfung im Lichte kontin-

the introduction of the private company at the beginning of the twentieth century – at least four significant new forms of incorporation have been made available in less than a decade: the limited liability partnership, the community interest company, the charitable incorporated organisation and the European Company (or *societas europaea*).“

189 Vgl. FLEISCHER, ZHR 168 (2004), 673, 680; K. SCHMIDT, aaO (Fn. 1), § 5 II 1 b, S. 97; aus schweizerischer Sicht auch MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, aaO (Fn. 58), § 11 Rdn. 10: „Zu betonen ist, dass die Anzahl zulässiger Gesellschaftsformen im schweizerischen Recht keineswegs in Stein gemeißelt ist.“

190 Näher zu supranationalen Gesellschaftsformen in der Europäischen Union FLEISCHER, ZHR 174 (2010), 385.

191 Umfassend demnächst FLEISCHER (Hrsg.), Rechtsformneuschöpfungen im in- und ausländischen Gesellschaftsrecht, 2023.

192 Frühe Ansätze bei WÜST, FS Duden, 1977, S. 249, 262ff.; WÜST, JZ 1989, 270; zum „Systembaukasten“ des Gesellschaftsrechts FREY, NZG 2004, 169; an einem Einzelbeispiel auch RÖDER, ZHR 184 (2020) 457, 461ff.; zuletzt FLEISCHER, ZIP 2022, 345, 346ff.; aus US-amerikanischer Sicht RIBSTEIN, 58 Bus. Law. 1023 (2003).

193 Ähnliche Leitlinie bei FORSTMOSER, aaO (Fn. 59), S. 77, 96: „Es kann daher zweckmässig sein, auch solche Gestaltungsformen zur Verfügung zu stellen, für welche im Moment kein ‚wirklich wesentliches Bedürfnis‘ besteht, um so die gestalterische Freiheit der Privaten zu erweitern. Dass freilich nur dann legiferiert werden sollte, wenn von der Praxis ein entsprechender Bedarf angemeldet und plausibel gemacht worden ist, versteht sich von selbst.“

genter Entwicklungsverläufe kaum vorhersagen lässt.<sup>194</sup> Infolgedessen muss man es dem Gesetzgeber grundsätzlich zugestehen, auch ohne nachgewiesene Notwendigkeit mit innovativen Gesellschaftsformaten zu experimentieren, wenn er dies nach hinreichender Reflexion für sinnvoll hält.<sup>195</sup>

Hat man die Frage nach dem „Ob“ einer neuen Organisationsform bejaht, geht es um die Anschlussfrage nach dem „Wie“. Hierfür stehen regelmäßig zwei Grundmodelle zur Auswahl: eine vollständige Rechtsformneuschöpfung oder eine bloße Rechtsformvariante, die auf dem Fundament einer etablierten Grundform aufbaut und ihr einige Sonderregeln hinzufügt.<sup>196</sup> Hierzulande hat sich der Reformgesetzgeber bei der UG (§ 5a GmbHG) und der PartG mbH (§ 8 Abs. 4 PartGG), aber auch bei der Investment-AG und der Investment-KG jeweils für eine Rechtsformvariante entschieden.<sup>197</sup> Ihr Charme liegt sowohl in ihrer Regulationsökonomie für den Gesetzgeber als auch in Vorteilen für den Rechtsverkehr: Dieser hat geringere Lernkosten und kann weiterhin auf den gesammelten Erfahrungsschatz an Gerichtsentscheidungen und Vertragsformularen zurückgreifen.<sup>198</sup>

### b) Höchstrichterliche Rechtsprechung

Nicht nur der Gesetzgeber, sondern auch die höchstrichterliche Spruchpraxis kann den numerus clausus im Wege der Rechtsfortbildung vorsichtig erweitern<sup>199</sup> und damit die Innovationsfähigkeit des Privatrechts wahren.<sup>200</sup> Im

- 194 Näher FLEISCHER, ZIP 2022, 345, 348 unter Hinweis auf die unerwarteten Erfolge der US-amerikanischen LLC und der französischen SAS; wie hier RIBSTEIN, 58 Bus. Law. 1023 (2003): „Promulgating a new business association statute triggers rethinking and experimenting that can produce results that no one would have expected at the beginning.“; gleichsinnig FORSTMOSER, aaO (Fn. 59), S. 77, 96: „Weiter hat die Erfahrung gezeigt, dass es oft *schwer vorhersehbar* ist, welche der vom Gesetzgeber offerierten Formen in der Praxis bevorzugt wird. Die Präferenzen der Wirtschaft können sich auch in unerwarteter Weise ändern. So hätte niemand geahnt, dass die GmbH nach Jahrzehnten des Dahinsiehens innert weniger Jahre zur populärsten Form für Neugründungen werden könnte.“
- 195 So bereits FLEISCHER, ZIP 2022, 348, 349; für eine liberale Haltung in Hinsicht auf die Einführung neuer Formen aus schweizerischer Sicht auch MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, aaO (Fn. 58), § 11 Rdn. 11.
- 196 Näher FLEISCHER, NZG 2022, 827, 831; grundlegend für Deutschland LIEDER, 25 Jahre Deutsches Notarinstitut, 2018, S. 503, 514 ff.; aus italienischer Sicht CIAN, aaO (Fn. 87), S. 59 ff.: „Nuovi submodelli intermedi“.
- 197 Vgl. FLEISCHER, NZG 2022, 827, 830 f. m. w. N.
- 198 Vgl. FLEISCHER, NZG 2014, 1081, 1089 m. w. N.
- 199 Vgl. FLEISCHER, ZHR 168 (2004), 673, 680; K. SCHMIDT (Fn. 1), § 5 II 1 b, S. 97.
- 200 Allgemein dazu KERN, aaO (Fn. 172), S. 517; zur umstrittenen Frage, ob die Rechtsprechung im Immaterialgüterrecht neue Ausschließlichkeitsrechte anerkennen darf, PEUKERT, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, S. 7 ff. m. w. N.

Sachenrecht ist dies mit dem praeter legem entwickelten Anwartschaftsrecht sowie mit der Sicherungsübereignung und der Sicherungsgrundschuld geschehen.<sup>201</sup> Im Gesellschaftsrecht kann man die Vorgesellschaft als eine „Organisationsform eigener Art“<sup>202</sup> nennen, im weiteren Sinne auch die GmbH & Co. KG, die zwar streng genommen keine eigene Rechtsform darstellt,<sup>203</sup> aber faktisch wie eine solche wirkt.<sup>204</sup> Weiterer Vertiefung bedürfte die Frage, welcher Akteur den Wandel der Gesellschaftsformen besser steuern kann: der Gesetzgeber oder die Gerichte?

### c) *Gründungstheorie im Internationalen Gesellschaftsrecht*

Eine zusätzliche Lockerung des numerus clausus hat seit der Jahrtausendwende durch die Hintertür des Internationalen Gesellschaftsrechts stattgefunden. Nach der Centros-Entscheidung des EuGH<sup>205</sup> sah sich die deutsche Rechtsprechung im Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit veranlasst, von der altherwürdigen Sitztheorie mitsamt ihrer Nichtanerkennung von Auslandsgesellschaften in Deutschland<sup>206</sup> zur Gründungstheorie überzugehen.<sup>207</sup> Diese gilt seither nicht für Gesellschaften aus EU-Staaten, sondern auch für EWR-Auslandsgesellschaften sowie für Gesellschaften aus

201 Näher BREHM/BERGER, aaO (Fn. 137), § 1 Rdn. 42: „Das Prinzip des numerus clausus der Sachenrechte stand der rechtsfortbildenden Schaffung neuer dinglicher Rechte andererseits nicht immer im Wege.“; ähnlich GEIER, aaO (Fn. 137), Einl. SachenR. Rdn. 11: „Die Rspr. hat sich durch den Typenzwang nicht gehindert gesehen, im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung weitere, im Gesetz nicht vorgesehene dingliche Rechtsinstitute wie das Sicherungseigentum, Anwartschaftsrechte und die Sicherungsgrundschuld zu entwickeln.“

202 BGHZ 169, 70 Rdn. 10; grundlegend BGHZ 21, 242 LS: „Die im Werden begriffene GmbH ist keine bürgerlich-rechtliche Gesellschaft, sondern eine Organisation, die einem Sonderrecht untersteht, das aus den im GmbHG oder im Gesellschaftsvertrag gegebenen Gründungsvorschriften und dem Recht der rechtsfähigen GmbH, soweit es nicht die Eintragung voraussetzt, besteht.“

203 Vorsichtig etwa K. SCHMIDT, aaO (Fn. 1), § 56 I 2 b, S. 1623 f.: „Die Gestaltungspraxis macht heute von der GmbH & Co. Gebrauch wie von einer gesetzlichen Rechtsform.“; „Die Standardisierung von GmbH & Co.-Verträgen in Handbüchern macht aus der GmbH & Co. noch keine eigene Rechtsform.“; forscher BINZ, GmbHR 1987, 39: „eigenständige Rechtsform“.

204 So WINDBICHLER, aaO (Fn. 1), § 37 Rdn.

205 EuGH, Slg. 1999-I-1459.

206 Dazu etwa MüKoGmbHG/WELLER, 4. Aufl., 2022, Einl. Rdn. 346: „Aufgrund des nach deutschem Gesellschaftsstatut geltenden numerus clausus der Gesellschaftsformen werden ausländische Gesellschaften, auf die das deutsche Sachrecht infolge der Sitztheorie zur Anwendung berufen ist, im Inland nicht anerkannt.“

207 Vgl. BGHZ 154, 185.



anderen Staaten auf der Grundlage völkerrechtlichen Gesellschaftskollisionsrechts.<sup>208</sup>

Formal wird der numerus clausus der Gesellschaftsformen in Deutschland dadurch nicht angetastet, weil die zuziehenden Gesellschaften „als solche“, d. h. als Gesellschaften ausländischen Rechts, anerkannt werden.<sup>209</sup> Faktisch hat sich die Wahlfreiheit der Gesellschaftsgründer allerdings beträchtlich erweitert: Diese können zwar nach wie vor keine privatrechtliche Anstalt im Gewande des deutschen Rechts kreieren, wohl aber aufgrund des EWR-Vertrags unmittelbar auf das liechtensteinische Original zurückgreifen.<sup>210</sup> Ähnlich liegt es wegen des deutsch-amerikanischen Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrages von 1954 bei einem Rückgriff auf die Delaware LLC.<sup>211</sup> Der Sache nach ist die hiesige Rechtslage damit nicht mehr weit entfernt von dem liechtensteinischen Personen- und Gesellschaftsrecht von 1926 mit seinen bewilligten Auslandsverbandspersonen<sup>212</sup>: „Das frühere liechtensteinische Recht, welches solche Freiheit – freilich nicht nur in einem eingegrenzten Wirtschaftsraum, sondern weltweit – gewährte, lässt grüßen“<sup>213</sup>.

## 2. Verkleinerungen

Gegenläufig zur Aufnahme neuer Verbandsformen kann der Gesetzgeber auch alte, überholte Rechtsformen wieder abschaffen.<sup>214</sup> Manche von ihnen sind schon vor langer Zeit ausgestorben und der Vergessenheit anheimgefallen, wie die sog. Pfännerschaft, in der sich Personen zur Ausbeutung einer Salzquelle zusammengeschlossen hatten.<sup>215</sup> Andere hat man später ungeachtet ihrer großen Tradition aus dem Katalog der Gesellschaftsformen gestrichen, namentlich die bergrechtliche Gewerkschaft, die fast 800 Jahre lang die dominierende Organisationsform für Bergbaubetriebe bildete<sup>216</sup> – also schon lange bevor AG,

208 Näher WELLER, aaO (Fn. 206), Einl. Rdn. 360 ff.

209 Vgl. EuGH NJW 2002, 3614 – Überseering; aufgenommen von BGHZ 154, 185, 189: „Denn die Kl. hat nicht als Personengesellschaft ihre Rechte geltend gemacht und geklagt, sondern als niederländische BV. Sie hat damit von ihrer durch den EG-Vertrag garantierten Niederlassungsfreiheit Gebrauch gemacht. Das zwingt dazu, die Rechtsfähigkeit der Kl. als niederländische BV zu achten.“

210 Vgl. BGH NJW 2005, 3351: Liechtensteinische AG.

211 Vgl. BGH NZG 2004, 1001: Delaware corporation.

212 Vgl. oben II 2 b.

213 FORSTMOSER, aaO (Fn. 59), S. 77, 83.

214 Vgl. FLEISCHER, ZHR 168 (2004), 673, 680; K. SCHMIDT, aaO (Fn. 1), § 5 II 1 b, S. 97.

215 Vgl. MÜLLER-ERZBACH, Das Bergrecht Preußens und des weiteren Deutschlands, 1916, S. 231 f.

216 Prägnant KÜHNE, ZfgG 32 (1982), 183: „das wohl traditionsreichste Rechtsinstitut des deutschen Gesellschaftsrechts“.

Genossenschaft und GmbH das Licht der Welt erblickten.<sup>217</sup> Ihr rechtliches Schicksal wurde hierzulande im Jahre 1982 besiegelt, nachdem sie zuvor schon 1954 in Österreich ausgemustert worden war.<sup>218</sup> Zuletzt hat der Gesetzgeber im Jahre 2013 die Partenreederei eliminiert.<sup>219</sup>

Wenig erörtert wird bisher, unter welchen Voraussetzungen es sich empfiehlt, eine Straffung des Rechtsformenangebots vorzunehmen.<sup>220</sup> Rechtsvergleichendes Anschauungsmaterial bietet die Kommanditgesellschaft auf Aktien (KGaA), die in Österreich<sup>221</sup> und neuerdings auch in Belgien<sup>222</sup> dem berühmten Federstrich des Gesetzgebers zum Opfer fiel. Auch in der Schweiz<sup>223</sup> und in Deutschland<sup>224</sup> wurde immer wieder ihre Streichung vorgeschlagen, ohne dass sich die dortigen Gesetzgeber letztlich zu diesem radikalen Schritt durchringen konnten. Hierzulande hat man mit der Beibehaltung der KGaA im Nachhinein wohl richtig gelegen, weil sie seit einiger Zeit ihre Durststrecke überwunden hat und vor allem, aber nicht nur, bei großen Familiengesellschaften eine bemerkenswerte Renaissance erlebt.<sup>225</sup> Als „Turandot der Theorie“<sup>226</sup> gibt

217 Treffend PASIKA, Wandlungen in Wesen und Bedeutung der bergrechtlichen Gewerkschaften, 1960, S. 1: „Wenn heute in der Öffentlichkeit von bergrechtlichen Gewerkschaften gesprochen wird, hat man nur noch die Vorstellung einer fast bedeutungslosen Rechtsform. Nur wenigen ist bekannt, daß sie schon jahrhundertlang bestand, ehe die heute üblichen Gesellschaftsformen geschaffen wurden.“

218 Dazu KASTNER, ÖJZ 1954, 297: „Es siegte daher der Gedanke radikaler Rechtsvereinfachung. Eine ehrwürdige alte Rechtsform, die nur noch von wenigen Unternehmungen, die vielfach nicht einmal mehr einen Bergbau betreiben, beibehalten wird, hat ihre Daseinsberechtigung verloren.“

219 Dazu Begr. RegE Reform des Seehandelsrechts, BT-Drucks. 17/10309, S. 43 unter Hinweis darauf, dass nach dem Wegfall steuerlicher Vergünstigungen im Jahre 2001 keine neuen Partenreedereien mehr gegründet wurden.

220 Erste Ansätze bei FLEISCHER, FS Grunewald, 2021, S. 209, 222 ff.

221 Vgl. KALSS/BURGER/ECKERT, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts, 2003, S. 334, 338.

222 Vgl. CAPRASSE/LÉONARD, in Aydogdu/Caprassé (Hrsg.), Le Code des sociétés et des associations, 2018, S. 11: „La société en commandite par actions (S.C.A.) est, elle aussi, supprimée.“

223 Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, aaO (Fn. 58), § 17 Rdn. 6: „Da diese Rechtsform zur Zeit der Revision des OR in den Dreißigerjahren wenig verbreitet war, wurde verschiedentlich ihre Eliminierung aus dem schweizerischen Recht vorgeschlagen. [...] Auch im Zuge der Aktienrechtsreform 1968/91 wurde die Streichung der KmAG erwogen, aber letztlich abgelehnt.“

224 Vgl. K. SCHMIDT, in: Bayer/Habersack (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel, Bd. II, 2007, Kap. 26 Rdn. 3: „Es fällt auf, dass in kaum einer der Reformdiskussionen die Frage ausgelassen wurde, ob nicht die KGaA mangels Akzeptanz abgeschafft werden sollte. Das Rasönnieren über die Sinnhaftigkeit dieser exotisch gebliebenen Rechtsform durchzieht wie ein cantus firmus die Gesetzesbegründungen seit dem 19. Jahrhundert.“

225 Aktuelle Zahlen bei BAYER/LIEDER/HOFFMANN, GmbHR 2022, 777 Rdn. 19.

226 K. SCHMIDT, aaO (Fn. 224), Kap. 26 Rdn. 8.

sie der Rechtswissenschaft aber noch immer viele Rätsel auf. Verallgemeinernd erscheint es sinnvoll, eine Rechtsform jedenfalls solange beizubehalten, als für sie wenigstens in Teilbereichen ein fortwährendes Bedürfnis besteht und keine aufwändige Modernisierung ihres Rechtsrahmens notwendig wird.<sup>227</sup>

Mit der Entscheidung zur Verkleinerung des numerus clausus aktualisiert sich eine Pflicht zur legislatorischen Nachsorge. Der Gesetzgeber ist gehalten, die Folgen der Streichung für die Beteiligten durch angemessene Maßnahmen, z. B. durch Übergangsregeln oder Unwandlungsmöglichkeiten, abzufedern.<sup>228</sup> In diesem Sinne hat er für bergrechtliche Gewerkschaften eine Auslaufrfrist von vier Jahren vorgesehen, die später um drei Jahre und sodann um weitere fünf Jahre verlängert wurde.<sup>229</sup> Bei der Partenreederei hat er den schon bestehenden Gesellschaften gemäß Art. 71 EGHGB sogar dauerhaften Bestandsschutz angeidehen lassen, relativiert freilich durch den Umstand, dass die Existenz der Partenreederei von der Lebensdauer des Schiffes abhängt.<sup>230</sup> Demgegenüber hatte es der österreichische Gesetzgeber bei der Aufhebung des Vereinspatents von 1852 durch das Bundesrechtsbereinigungsgesetz von 1999 versäumt, das rechtliche Schicksal der (wenigen) noch bestehenden Wirtschaftsvereine zu bedenken.<sup>231</sup> Mangels Umwandlungs- oder Aufhebungsvorschriften entschied der OGH daraufhin, dass die nach altem Recht gegründeten Aktienvereine weiterhin bestehen bleiben und „fortvegetieren“ dürfen.<sup>232</sup>

### 3. Zwischenergebnis

Unter der fortwährenden Geltung des numerus clausus hat sich die Zahl der gesetzlich anerkannten Gesellschaftsformen im Zeitablauf immer wieder verändert. Für eine Vergrößerung des Rechtsformenkanons zeichnete nicht nur

227 Näher FLEISCHER, aaO (Fn. 220), S. 209, 222 ff.; ähnlich MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, aaO (Fn. 58), § 11 Rdn. 11: „Allgemein ist dazu festzuhalten, dass für die Streichung etablierter Rechtsformen solange kein Anlass besteht, als an solchen ein (wenn auch vielleicht geringes) praktisches Bedürfnis besteht und keine Missbräuche vorkommen. Die – populäre – Kürzung von Gesetzen hätte in diesen Fällen nicht etwa grössere Freiheit für die Privaten zur Folge, sondern im Gegenteil eine Einschränkung ihrer Wahlmöglichkeiten.“

228 Wie hier KALSS/ECKERT, *ecolex* 2001, 910, 912: „Die Mitglieder juristischer Personen können darauf vertrauen, daß der Gesetzgeber bei Änderungen im Körperschaftsrecht angemessene Möglichkeiten zur Verfügung stellt, die mittels eines Rechtsträgers begründeten Vermögenspositionen weiter aufrecht zu erhalten.“

229 Näher FLEISCHER, aaO (Fn. 220), S. 209, 218 f.

230 So ausdrücklich Begr. RegE Reform des Seehandelsrechts, BT-Drucks. 17/10309, S. 139.

231 Näher KALSS/ECKERT, *ecolex* 2001, 910, 911.

232 So OGH *GESRZ* 2000, 264.

der Gesetzgeber, sondern auch die höchstrichterliche Spruchpraxis verantwortlich. Faktisch ist die Wahlfreiheit der Gesellschaftsgründer in jüngerer Zeit durch die Anerkennung der Gründungstheorie im Internationalen Gesellschaftsrecht beträchtlich gewachsen. Vereinzelt hat auch eine Verkleinerung des Rechtsformenangebots durch Streichung überholter Gesellschaftsformen stattgefunden.

## VI. Ergebnisse

1. Der *numerus clausus* gehört zu den strukturprägenden Ordnungsprinzipien des deutschen Gesellschaftsrechts. Bildlich gesprochen hält der Gesetzgeber hier keine Maßanzüge bereit, sondern nur Konfektionsware. Anders als im Schuldvertragsrecht ist es den Parteien daher verwehrt, Innominatgesellschaften in Anlehnung an ausländische Muster oder sogar ohne historisches oder rechtsvergleichendes Vorbild zu formen.
2. Verstöße gegen den *numerus clausus* werden nicht mit einem Nichtigkeitsverdikt bekämpft, sondern durch den ebenso einfachen wie wirkungsvollen Reaktionsmechanismus des Rechtsformzwangs. Regelungstechnisch handelt es sich um einen sog. *penalty default*, weil die Gesellschafter die drohende persönliche Haftung als BGB- oder OHG-Gesellschafter tunlichst vermeiden wollen. In diesem Gesamtsystem bilden GbR und OHG als Auffangrechtsformen mit ihrer Vielgesichtigkeit gleichsam das gesellschaftsrechtliche Gegenstück zu den gesetzlich nicht geregelten (Innominat-)Verträgen des Schuldrechts.
3. Für die meisten ausländischen Rechtsordnungen ist der *numerus clausus* ebenfalls eine schiere Selbstverständlichkeit. In der Tradition des französischen *Code de commerce* sind Schöpfung und inhaltliche Konzipierung von Gesellschaftsformen danach exklusive Aufgaben des Gesetzgebers. Sie dürfen nicht den Parteien überlassen werden, weil andernfalls die Klarheit und Sicherheit des Rechtsverkehrs Schaden nähme. In Gesetzesform gegossen ist die geschlossene Zahl der Rechtsformen im Ausland vergleichsweise selten; häufiger begegnet man demgegenüber einer Kodifizierung des Rechtsformzwangs.
4. Einzelne Rechtsordnungen, die früher von einem offenen Katalog von Gesellschaftsformen ausgingen (Spanien, Liechtenstein, Dänemark) sind von diesem *Numerus-apertus*-Prinzip später wieder abgerückt. Dies beruhte teils auf einem geringen praktischen Interesse an Innominatgesellschaften, teils auf festgestellten Missbräuchen.
5. Zur rechtsökonomischen Rationalisierung des gesellschaftsrechtlichen *numerus clausus* hilft ein Abgleich mit der schon weiter gediehenen Diskussion im Sachenrecht. Ähnlich wie der geschlossene Katalog von Sachenrechten fördert die geschlossene Anzahl zulässiger Gesellschaftsformen die Leichtigkeit

und Sicherheit des Rechtsverkehrs, indem sie durch Standardisierung die Systemkosten des Handelsregisters verringert und die Informationskosten aller Beteiligten senkt. Nachteile der Standardisierung unter dem Gesichtspunkt der Innovationsfähigkeit werden de lege lata durch die beträchtliche Gestaltungsfreiheit innerhalb der einzelnen Gesellschaftsformen abgemildert; de lege ferenda muss ein aufmerksamer Gesetzgeber für die notwendige Anpassungseffizienz sorgen.

6. Während der numerus clausus als Ordnungsprinzip über viele Jahrzehnte hinweg stabil geblieben ist, hat sich die Zahl der gesetzlich anerkannten Rechtsformen im Zeitablauf immer wieder verändert. Für Vergrößerungen zeichnete nicht nur der Gesetzgeber, sondern auch die höchstrichterliche Rechtsprechung verantwortlich. Faktisch ist die Wahlfreiheit der Gesellschaftsgründer in jüngerer Zeit durch die Anerkennung der Gründungstheorie im Internationalen Gesellschaftsrecht beträchtlich gewachsen. Seltener geblieben ist eine Verkleinerung des Rechtsformenkanons durch Streichung überholter Gesellschaftsformen. Unter welchen Voraussetzungen sich eine Ausdehnung oder Straffung des Rechtsformenangebots empfiehlt, ist noch wenig untersucht.