

Rechtsformneuschöpfungen im in- und ausländischen Gesellschaftsrecht

Herausgegeben von
HOLGER FLEISCHER

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Beiträge zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

141

Mohr Siebeck

Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht

141

Herausgegeben vom
Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktorium:
Holger Fleischer, Ralf Michaels, Anne Röthel



Rechtsformneuschöpfungen im in- und ausländischen Gesellschaftsrecht

Herausgegeben von
Holger Fleischer

Mohr Siebeck

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

ISBN 978-3-16-163898-5 / eISBN 978-3-16-163899-2
DOI 10.1628/978-3-16-163899-2

ISSN 0340-6709 / eISSN 2568-6577
(Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

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

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

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

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

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

Das Buch wurde auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt.

Printed in Germany.

Vorwort

Gesellschaftsformen bilden die Essenz des Gesellschaftsrechts. Gesetzgeber rund um den Globus zeigen sich insoweit bemerkenswert reform- und experimentierfreudig. Der vorliegende Band untersucht etwa 20 ausgewählte Rechtsformneuschöpfungen jüngeren Datums aus dem In- und Ausland. Aus der Fülle der Einzelstudien ergeben sich erste Antworten auf bisher vernachlässigte Grundsatzfragen, angefangen bei den Gelingensbedingungen für neue gesellschaftsrechtliche Gussformen über den nationalen und internationalen Rechtsformenwettbewerb bis hin zur optimalen Anzahl von Organisationsformen.

Die meisten Autorinnen und Autoren waren oder sind am Hamburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht tätig. Weitere Mitwirkende sind dem Institut freundschaftlich verbunden. Ihnen allen gebührt herzlicher Dank für ihre engagierte Mitwirkung und ihre sachkundigen Beiträge. Ein besonderer Dank gilt weiterhin Ina Freisleben für das sorgfältige Redigieren der Manuskripte und Anja Rosenthal für die Erstellung der Druckvorlage.

Hamburg, im Juli 2024

Holger Fleischer

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XI
 <i>Holger Fleischer</i>	
Ein Rundflug über Rechtsformneuschöpfungen im in- und ausländischen Gesellschaftsrecht	1
 <i>Holger Fleischer/Christian Kolb</i>	
§ 1 Vereinigte Staaten: Limited Liability Company (LLC), Wyoming 1977	27
 <i>Yannick Chatard</i>	
§ 2 Europäische Union: Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV), 1985	55
 <i>Christian Stemberg</i>	
§ 3 Vereinigte Staaten: Statutory Business Trust, Delaware 1988	77
 <i>Stefan Korch</i>	
§ 4 Vereinigte Staaten: Limited Liability Partnership (LLP), Texas 1991	113
 <i>Matthias Pendl</i>	
§ 5 Österreich: Privatstiftung, 1993	131
 <i>Jennifer Trinks</i>	
§ 6 Frankreich: Société par actions simplifiée (SAS), 1994	173

Jan Lieder/Raphael Hilser

§ 7 Deutschland:

Partnerschaftsgesellschaft, 1994/2013 239

Carolin Lunemann

§ 8 Vereinigtes Königreich:

Limited Liability Partnership (LLP), 2000 273

Elke Heinrich-Pendl/Anton Rittmeister

§ 9 Europäische Union:

Societas Europaea (SE), 2004 303

Christian Kolb

§ 10 Singapur:

Singapore Business Trust, 2004 345

Harald Baum/Gen Goto

§ 11 Japan:

Japanische LLP (yūgen sekinin jigyō kumi'ai), 2005 379

Julia Tittel

§ 12 Vereinigtes Königreich:

Community Interest Company (CIC), 2005 405

Claas-Lennart Götz

§ 13 Deutschland:

Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt), 2008 431

Holger Fleischer

§ 14 Vereinigte Staaten:

Benefit Corporation, Maryland 2010..... 467

Philipp Hülse/Holger Fleischer/Chris Thomale

§ 15 Frankreich:

Vom Entrepreneur individuel à responsabilité limitée, 2010, zur
Haftungsbeschränkung *ex lege* beim Entrepreneur individuel, 2022..... 495

Nikolaos Vervessos

§ 16 Griechenland:

Private Kapitalgesellschaft (Idiotiki Kefalaiouchiki Etairia [IKE]), 2012... 539

Mathias Walch

§ 17 Liechtenstein:

Protected Cell Company (PCC) = Segmentierte Verbandsperson (SV),

2015 573

Peter Agstner

§ 18 Italien:

Società benefit, 2016 599

Anne-Marie Weber

§ 19 Polen:

Einfache Aktiengesellschaft (Prosta Spółka Akcyjna [PSA]), 2021..... 625

Holger Fleischer/Yannick Chatard

§ 20 Frankreich:

Société à mission, 2019 663

Holger Fleischer

§ 21 Vereinigte Staaten:

Decentralized Autonomous Organization LLC (DAO LLC),

Wyoming 2021 681

Holger Fleischer/Matthias Pendl

§ 22 Österreich:

Flexible Kapitalgesellschaft (FlexKapG), 2024 699

Holger Fleischer

Auf dem internationalen Marktplatz der Rechtsformideen:

Unterschiedliche Wege zur Ausgestaltung des Rechtsformenangebots

im Gesellschaftsrecht..... 731

Autorenverzeichnis..... 757

Abkürzungsverzeichnis

A	Österreich
A.	Atlantic Reporter (Entscheidungssammlung)
a. A.	andere Ansicht
AALS	American Association of Law Schools
ABA	American Bar Association
ABA Comm.	ABA Committee
A.B.A. J.	ABA Journal
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
ABGB-ON	Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
abw.	abweichend
Accty.	Journal of Accountancy
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ACRA	Accounting and Corporate Regulatory Authority
Actes prat. ing. sociétaire	Actes pratiques et ingénierie sociétaire (Zeitschrift)
Act. proc. coll.	Actualité des procédures collectives civiles y commerciales
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
ADN	französische Abkürzung für DNA (Desoxyribonukleinsäure)
AE	Anonymi Etairia (Aktiengesellschaft – Griechenland)
a. E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft; Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift); Amtsgericht
AGCM	Autorità garante della concorrenza e del mercato (Wettbewerbs- behörde – Italien)
AGE	Analisi giuridica dell'economia (Zeitschrift)
AHGB	Allgemeines Handelsgesetzbuch
AIFM-UmsG	AIFM-Umsetzungsgesetz (Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2011/61/EU über die Verwalter alternativer Investmentfonds)
AIM	Alternative Investment Market (Börsensegment)
AktG	Aktiengesetz
Ala. L. Rev.	Alabama Law Review
allg.	allgemein
ALLP	Austrian Limited Liability Partnership
ALR	American Law Reports (Entscheidungssammlung)
Am. Bus. L. J.	American Business Law Journal
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Am. J. Econ. & Soc.	American Journal of Economics & Sociology
Am. U. Bus. L. Rev.	American University Business Law Review

Am. U. L. Rev.	American University Law Review
AN	Assemblée nationale
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
ANSA	Association Nationale des Sociétés par Actions
AnwBl	Anwaltsblatt
AO	Abgabenordnung
ApoG	Gesetz über das Apothekenwesen
AR	Aufsichtsrat
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz
ArchG BW	Architektengesetz Baden-Württemberg
Arg.	Argument
Ariz. Rev. Stat. Ann.	Arizona Revised Statutes Annotated
Ark. L. Rev.	Arkansas Law Review
Ark. Little Rock L.J.	Arkansas Little Rock Law Journal
Art.	Artikel (deutsch)/article (englisch, französisch)/articolo (italienisch)
Artt.	Artikel (Plural)
Ass. Nat.	Assemblée nationale
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
ausf.	ausführlich
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters
Banca borsa tit. cred.	Banca borsa e titoli di credito (Zeitschrift)
Baylor L. Rev.	Baylor Law Review
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BB	Betriebs-Berater
BBLLC	blockchain-based limited liability company
BCC	British Company Cases (Entscheidungssammlung)
B.C. L. Rev.	Boston College Law Review
B Corp	Certified B Corporation (Gütesiegel im Rahmen eines privaten Zertifizierungsverfahrens)
Bd.	Band
BeckOGK	Beck'scher Online-Großkommentar
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck Rechtsprechung
Begr.	Begründung
Berkeley Bus. L.J.	Berkeley Business Law Journal
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
Beschl.	Beschluss
BeurkG	Beurkundungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGB-Gesellschaft	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen

BIA	B Impact Assessment
BILLA	österreichische Handelskette
BIS	Bank for International Settlements
BIZ	Bank für Internationalen Zahlungsausgleich
BJS	Bulletin Joly Sociétés
BKA	Bundeskanzleramt (Österreich)
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
B Lab	B Lab Company (gemeinnützige Organisation mit Sitz in Pennsylvania)
BlgHH	Beilage/-n zu den Stenographischen Protokollen des Herrenhauses
BlgNR	Beilage/-n zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrats
BMAG	Börsenmantelaktiengesellschaft
BMF	Bundesministerium der Finanzen
BMJ	Bundesministerium der Justiz (Deutschland)/Bundesministerium für Justiz (Österreich)
BMJV	Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
BNotK	Bundesnotarkammer
BörsG	Börsengesetz
Boston U.L. Rev.	Boston University Law Review
BP	British Petroleum
B.R.	Bankruptcy Reporter (Entscheidungssammlung)
BRAK	Bundesrechtsanwaltskammer
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BR-Drucks.	Bundesrat-Drucksache
BStFG	Bundes-Stiftungs- und Fondsgesetz (Österreich)
BT	Bundestag; business trust
BTA	Business Trusts Act
BT-Drucks.	Bundestag-Drucksache
BTR	Business Trust Regulations
Buchst.	Buchstabe
Bus. Ass'ns	Business Associations
Bus. Hist. Rev.	Business History Review
Bus. Law.	Business Lawyer
Bus. L. Today	Business Law Today
B.V./BV	besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (Gesellschaft mit beschränkter Haftung – Niederlande, Belgien)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVG	besonderes Verhandlungsgremium
BWNtZ	Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
BYU L. Rev.	Brigham Young University Law Review
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
c.	chapter
CA	Cour d'appel (Berufungsgericht – Frankreich)
CAC 40	französischer Aktienindex
Cah. dr. entr.	Cahiers de droit de l'entreprise

Cal.	California
Cal. Corp. Code	California Corporations Code
Cal. Management Rev.	California Management Review
Cambridge L.J.	Cambridge Law Journal
Cap.	chapter
Cardozo L. Rev.	Cardozo Law Review
Cass.	Corte di cassazione (Oberstes Gericht in Italien)
Cass. ch. réun.	Cour de cassation, chambre réunies
Cass. civ. 3e ch.	Cour de cassation, troisième chambre civile (Oberstes Gericht in Frankreich – 3. Zivilkammer)
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale (Oberstes Gericht in Frankreich – Kammer für Handelssachen)
Cass. crim.	Cour de cassation, chambre criminelle (Oberstes Gericht in Frankreich – Strafkammer)
Cass. req.	Cour de cassation, chambre des requêtes (Petitionskammer)
Cass. Sez. Un.	Corte di cassazione, sezioni unite
Cath. U. L. Rev.	Catholic University Law Review
C.B.	Cumulative Bulletin
CCIP	Chambre de commerce et d'industrie de région Paris
C. civ.	Code civil (Frankreich)
C. com.	Code de commerce (Handelsgesetzbuch Frankreich)
C corporation	Unternehmensform der corporation in den Vereinigten Staaten
CCRCS	Comité de coordination du registre du commerce et des sociétés
CEE	Communauté économique européenne
CEO	Chief Executive Officer
CGI	Code général des impôts
CH	Schweiz
ch.	chambre; chapter
ch. civ.	chambre civile
Chi.-Kent L. Rev.	Chicago-Kent Law Review
Chr.	chronique
chron.	chronologisch
CIC	Community Interest Company
CIC Regulator	U.K. Office of the Regulator of Community Interest Companies
Cin. L. Rev.	Cincinnati Law Review
CIO	Charitable Incorporated Organisation
Cir.	Circuit Court of Appeals
CIS	collective investment scheme
CISTE	Congrès International pour la Création d'une Société Commerciale de Type Européen
CLP	Current legal problems
CLRSG	Company Law Review Steering Group
C&M Enterprises	commercial and manufacturing enterprises
CMLR	Common Market Law Review
C. mon. et fin.	Code monétaire et financier
CNPF	Conseil national du patronat français
CNUE	Conseil des Notariats de l'Union Européenne (Rat der Notariate der Europäischen Union)
Co./Co	company

Cod. civ.	Codice civile (Italien)
col.	column
Col. Bus. L. Rev.	Columbia Business Law Review
Colo. Rev. Stat.	Colorado Revised Statutes
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
comm.	commentaire
Comm.	Committee
Communs.	communications
Comp. Lawy.	Company Lawyer
Cong.	Congress
Contratto e impr.	Contratto e impresa (Zeitschrift)
Cornell R. Rev.	Cornell Law Review
Corp.	corporation
Corp. Banking	Corporate Banking
Cov. L.J.	Coventry Law Journal
Covid 19	Coronavirus SARS-CoV-2
CPC exéc.	code des procédures civiles d'exécution
CREDA	Centre de Recherche de Droit des Affaires de la Chambre du Commerce et de l'Industrie d'Île-de-France
Creighton L. Rev.	Creighton Law Review
C. sécur. soc.	Code de la sécurité sociale (Sozialgesetzbuch – Frankreich)
CSR	Corporate Social Responsibility
Cum. Bull.	Cumulative Bulletin
D	Deutschland
D.	Recueil Dalloz; décret
DAE	Dikaio Anwnimis Etaireias (griechisch – Recht der Aktiengesellschaft, Kommentar zum Gesetz 4548/2018 von G. Sotiropoulos (Hrsg.))
D. aff.	Dalloz Affaires
DAOR	Le droit des affaires – Het ondernemingsrecht
DAV	Deutscher Anwaltverein e. V.
DAX	Deutscher Aktienindex
DBT	Delaware Business Trust
DBTA	Delaware Business Trust Act
DC App.	District of Columbia Court of Appeals
DDI	Departamento de Desarrollo Integral
Déb. Sén.	Débat au Sénat
DEE	Dikaio Epixeirisewn kai Etairiwn (griechische Zeitschrift)
Del.	Delaware
Del. C.	Delaware Code
Del. Ch.	Delaware Court of Chancery
Del. Code Ann.	Delaware Code Annotated
Del. J. Corp. L.	Delaware Journal of Corporate Law
DePaul Bus. & Comm. L.J.	DePaul Business & Commercial Law Journal
Dep't	Department
ders.	derselbe
DGCL	Delaware General Corporation Law

DGVZ	Deutsche Gerichtsvollzieher-Zeitung
d. h.	das heißt
D.H.	Dalloz Hebdomadaire
dies.	dieselbe/dieselben
Dig. disc. priv., sez. civ.	Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile
DIHK	Deutscher Industrie- und Handelskammertag
DiKAE	To Dikaio Anwnimis Etaireias (griechisch – Kommentar zum Gesetz 2190/1920 von E. Perakis (Hrsg.))
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DKK	Dänische Krone
d.lgs.	decreto legislativo (italienisch)
DLLCA	Delaware Limited Liability Company Act
DNA	desoxyribonucleic acid (englisch für Desoxyribonukleinsäure)
D.N.J.	United States District Court for the District of New Jersey
DNotI	Deutsches Notarinstitut
DNotV	Deutscher Notarverein e. V.
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
doc./Doc	document (englisch, französisch)
Doc. parl. Ch. repr. sess. Ord.	Document parlementaire, chambre des représentants, session ordinaire (Belgien)
Dok.	Dokument
D&P	Droit et Pratique
DP	Recueil périodique et critique mensuel Dalloz avant 1941
DRB	Deutscher Richterbund e. V.
Dr. et patr.	Droit et patrimoine
dRGBI.	Deutsches Reichsgesetzblatt
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
Dr. prat. com. int.	Doctor practicus communis internationalis/Doctorat pratique en commerce international
Dr. soc.	Droit social
D.S.	Recueil Dalloz Sirey
DST	Delaware Statutory Trust
DSTA	Delaware Statutory Trust Act
DStR	Deutsches Steuerrecht
dt.	deutsch
DTI	Department of Trade and Industry (ehemalige britische Behörde)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
EARL	exploitation agricole à responsabilité limitée
EAS	Empresa por Acciones Simplificadas (Paraguay)
ebd.	ebenda, ebendort
EBOR	European Business Organization Law Review
EBRG	Gesetz über Europäische Betriebsräte
EBRV	Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage
ECFR	European Company and Financial Law Review
ECGI	European Corporate Governance Institute

ECL	European Company Law
ECLI	European Case Law Identifier
ECLJ	European Centre for Law and Justice
ECU	European Currency Unit (europäische Währungseinheit)
Ed.	Edition
EE	Eterorhythmi Etairia (Kommanditgesellschaft in Griechenland)
EEIG	The European Economic Interest Grouping
EEmpD	Epitheorisi Emporikou Dikaïou (griechische Zeitschrift)
EFTA	European Free Trade Association
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
eGbR	eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EI	Entrepreneur individuel
Einl.	Einleitung
EIRL	Entrepreneur individuel à responsabilité limitée
EKV	Europäische Kooperationsvereinigung
EL	Ergänzungslieferung
em.	emeritiert, emeritus
Emory L.J.	Emory Law Journal
endg.	endgültig
engl.	englisch
EPE	Eteria Periorismenis Efthinis (Gesellschaft mit beschränkter Haftung – Griechenland)
EpiskED	Episkopisi Emporikou Dikaïou (griech. Zeitschrift)
ePUAP	Elektronische Plattform für öffentliche Verwaltungsdienste (Polen)
ErbStG	Erbschafts- und Schenkungssteuergesetz (Österreich)
ErlRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
ErwGr.	Erwägungsgrund
ESS	économie sociale et solidaire
EStG	Einkommensteuergesetz
Est. & Tr. Q.	Estates & Trusts Quarterly
ESV	enlightened shareholder value
ét.	études
et al.	et alii
etc.	et cetera
ETUI	European Trade Union Institute for Research
EU	Europäische Union
EU-GesRÄG	EU-Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
Eur. Bus. L. Rev.	European Business Law Review
EURL	entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée
Eur. Manag. Rev.	European Management Review
Eurofima	Europäische Gesellschaft für die Finanzierung von Eisenbahnmaterial
Euro. Law.	European Lawyer
European Comp. L.J.	European Company Law Journal
European Rev. Econ. Hist.	European Review of Economic History

EU-VerschG	EU-Verschmelzungsgesetz
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
e. V.	eingetragener Verein
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in der ÖJZ
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWIV	Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung
EWIV-AG	EWIV-Ausführungsgesetz vom 14.4.1988
EWIV-VO	Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung-Verordnung
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
ex rel.	ex relatione
f./ff.	folgende
F.	Federal Reporter (Entscheidungssammlung)
FAQ	Frequently Asked Questions
Fasc.	fascicule (französisch für: Lieferung/Heft)
FBG	Firmenbuchgesetz (Österreich)
FCA	Financial Conduct Authority
FE	Fundatio Europaea (Europäische Stiftung)
Fed. Regulations	Federal Regulations (USA)
FJ	Finanz Jorunal
Fla. HB	Florida House Bill
Fla. H. R.	Florida House Representative
Fla. Stat.	Florida Statutes
Fla. St. U. L. Rev.	Florida State University Law Review
Fla. Tax Rev.	Florida Tax Review
Flex-BV	Flex-besloten vennootschap (Flex-GmbH – Niederlande)
FlexCo	Flexible Company (= Flexible Kapitalgesellschaft)
FlexKapG	Flexible Kapitalgesellschaft (Österreich)
FlexKapGG	Gesetz über die Flexible Kapitalgesellschaft (Österreich)
fIOGH	Fürstlicher Oberster Gerichtshof (Liechtenstein)
Fn.	Fußnote
Fordham J.C. & Fin. L.	Fordham Journal of Corporate and Financial Law
Fordham Urban L. J.	Fordham Urban Law Journal
Foro it.	Il Foro Italiano
FPC	Flexible Purpose Corporation
FPÖ	Freiheitliche Partei Österreichs
franz.	französisch
FS	Festschrift
F. Supp.	Federal Supplement
G.	Gesetz
G20	Gruppe der Zwanzig
Gaz. Pal.	La Gazette du Palais
Gaz. Uff.	Gazzetta ufficiale
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GbR mbH	Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit beschränkter Haftung
GEIE	groupement européen d'intérêt économique (französisch für: Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung)

gem.	gemäß
GEMI	Handelsregister (Griechenland)
Gen. Assemb.	General Assembly
Gen. Sess.	General Session
Geo. J. Legal Ethics	Georgetown Journal of Legal Ethics
Georgia L. Rev.	Georgia Law Review
Geo. Wash. L. Rev.	George Washington Law Review
GES	Zeitschrift für Gesellschaftsrecht und angrenzendes Steuerrecht
GesG	Gesellschaftsgesetz (Japan)
GesRÄG	Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz
GesRRL	Gesellschaftsrechtsrichtlinie
GesRZ	Der Gesellschafter – Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht
GewStG	Gewerbsteuergesetz
GfK	deutsches Marktforschungsinstitut
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GGmbH	Gesetz über die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Japan)
GIE	groupement d'intérêt économique (französisch für: Wirtschaftliche Interessenvereinigung)
Giur. comm.	Giurisprudenza commerciale (Zeitschrift)
Giur. it	Giurisprudenza italiana
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbH & Co. KG	Gesellschaft mit beschränkter Haftung & Compagnie Kommanditgesellschaft
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbH-gebV	GmbH mit gebundenem Vermögen
GmbHR	GmbH-Rundschau
GmbH-VE	GmbH in Verantwortungseigentum
GmgV	Gesellschaft mit gebundenem Vermögen
G.N.	Government Notification
GP	Gesetzgebungsperiode; general partnership
GPR	Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union
gr	gross return (Nennwert von Aktien)
grds.	grundsätzlich
griech. ZGB	griechisches Zivilgesetzbuch
GrünhutsZ	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, begr. v. Grünhut
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GS	Gedächtnisschrift
gUG	gemeinnützige Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)
GVGG	Gesetz zur Vereinfachung der Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
HaRÄG	Handelsrechts-Änderungsgesetz
Harv. Bus. L. Rev.	Harvard Business Law Review
Harv. J. on Legis.	Harvard Journal on Legislation
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review

Hastings Bus. L.J.	Hastings Business Law Journal
Hastings L.J.	Hastings Law Journal
HBKG BW	Gesetz über das Berufsrecht und die Kammern der Heilberufe Baden-Württemberg
HC	High Court; House of Commons
HCJP	Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris
HG	Handelsgesetz (Japan)
HGB	Handelsgesetzbuch
HKK	Historisch-kritischer Kommentar zum BGB
h. L.	herrschende Lehre
HL	House of Lords
H.L. Ser.	House of Lords Series
h. M.	herrschende Meinung
HRefG	Handelsrechtsreformgesetz (Gesetz zur Neuregelung des Kaufmanns- und Firmenrechts und zur Änderung anderer handels- und gesellschaftsrechtlicher Vorschriften)
hrsg.	herausgegeben
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
IBLJ	International Business Law Journal
ICC	Incorporated Cells Company
I.C.C.L.R.	International Company and Commercial Law Review
I.C.L.Q.	International & Comparative Law Quarterly
i. d. F.	in der Fassung
i. d. S.	in diesem Sinne
IFA	International Fiscal Association
i. H. v.	in Höhe von
IKE	Idiotiki Kefalaiochiki Etairia (Private Kapitalgesellschaft – Griechenland)
Ill. L. Rev.	Illinois Law Review
I.M.U.	Institut für Mitbestimmung und Unternehmensführung
Inc.	Incorporated (Zusatz bei der amerikanischen Gesellschaftsform der Corporation)
Ind. J. Gl. L. St.	Indiana Journal of Global Legal Studies
Ind. L. Rev.	Indiana Law Review
IngKammG BW	Ingenieurkammergesetz Baden-Württemberg
Ins.	Insurance
insbes.	insbesondere
Insee	Institut national de la statistique et des études économiques
InsO	Insolvenzordnung
InsOÄndG	Gesetz zur Änderung der Insolvenzordnung
IntGesR	Internationales Gesellschaftsrecht
Int. I.L.R.	International Insurance Law Review
Intl. Comp. and Comm. L. Rev.	International Company and Commercial Law Review
Int'l L. Ass'n Rep. Conf.	International Law Association Reports of Conferences
Int'l Tax J.	The International Tax Journal
Int. Rev. L. Econ.	International Review of Law & Economics

Investment LPS	investment business limited liability partnership (Japan)
IP-Box	Steuerprivilegien-Paket in Polen 2018
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPRspr	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts
IRAS	Inland Revenue Authority of Singapore (singapurische Steuerbehörde)
IRS	Internal Revenue Service (US-amerikanische Steuerbehörde)/ Inland Revenue Service (britische Steuerbehörde)
IS	Impôt sur les sociétés
i. S. d.	im Sinne des/der
i. S. e.	im Sinne eines/einer
IStR	Internationales Steuerrecht
i. V. m.	in Verbindung mit
IVS	ivaerksaetterselskab (Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) in Dänemark)
IWRZ	Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht
JAB	Justizausschussbericht
J. Appl. Bus. Res.	Journal of Applied Business Research
JBl	Juristische Blätter
J.B.L.	Journal of Business Law
J. Bus. Entrepreneurship & L.	Journal of Business, Entrepreneurship & the Law
JCl. Commercial	JurisClasseur Commercial
JCl. Entreprise Individuelle	JurisClasseur Entreprise Individuelle
JCl. Procédures collectives	JuriaClasseur Procédures collectives
JCl. Sociétés	JurisClasseur Sociétés
JCl. Soc. Traité	JurisClasseur Sociétés Traité
J. Corp. L.	Journal of Corporation Law
J. Corp. L. Stud.	Journal of Corporate Law Studies
JCP	Juris-Classeur périodique, La semaine juridique
JCP E	Juris-Classeur périodique, La Semaine juridique, édition „Entreprise et affaires“
JCP G	Juris-Classeur périodique, La semaine juridique, édition „Générale“
J. Econ. Hist.	Journal of Economic History
J. Env't'l L. & Lit.	Journal of Environmental Law and Litigation
JEV	Journal für Erbrecht und Vermögensnachfolge
J.L. & Econ.	Journal of Law & Economics
J.L. Econ. & Org.	Journal of Law, Economics & Organization
JO	Journal officiel (Amtsblatt für Frankreich)
JO AN	Journal officiel de l'Assemblée nationale
JO AN (C.R.)	Journal officiel de l'Assemblée nationale (comptes rendus intégraux)

JO OHADA	Journal officiel de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires
JO Sénat	Journal officiel du Sénat
JR	Juristische Rundschau
j.s.a.	jednoduchá spoločnosť na akcie (vereinfachte Aktiengesellschaft – Slowakei)
J. Small & Emerging Bus. L.	Journal of Small & Emerging Business Law
J. Southeast Asian Hist.	Journal of Southeast Asian History
J. Tax.	The International Tax Journal
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KAGB	Kapitalanlagegesetzbuch
Kan.	Kansas
Kapitalgesellschaft & Co. KGaA	Gesellschaftsform, bei der der persönliche haftende Gesellschafter eine Kapitalgesellschaft ist
Kaufmann m.b.H.	Kaufmann mit beschränkter Haftung (Österreich)
KEG	Kommandit-Erwerbsgesellschaft (Österreich)
KEST	Kapitalertragsteuer
KG	Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien (Österreich)
KG mbH	Kommanditgesellschaft mit beschränkter Haftung
KMU	kleine und mittlere Unternehmen
KölnKomm	Kölner Kommentar
KOM	Europäische Kommission
KÖSt	Körperschaftsteuer (Österreich)
KPMG	Wirtschaftsprüfungsgesellschaft
krit.	kritisch
KSH	Kodeks spółek handlowych (Polen – Gesetzbuch über die Handelsgesellschaften)
KStG	Körperschaftsteuergesetz
Ky. L. J.	Kentucky Law Journal
L.	Loi
L3C	low-profit limited liability company
Land and Water Rev.	Land and Water Review
Leg.	Legislature
Leg. Gen. Assemb.	Legislative General Assembly
Leg. Reg. Sess.	Legislative Regular Session
LG	Landgericht
LGBI.	Liechtensteinisches Landesgesetzblatt
lit.	littera
LJZ	Liechtensteinische Juristenzeitung
LLC	limited liability company
LLP	limited liability partnership
LLLp	limited liability limited partnership
LLPA	Limited Liability Partnerships Act

loi Api	loi en faveur de l'activité professionnelle indépendante
Loi LME	Loi de modernisation de l'économie
Loi NRE	Loi relative aux nouvelles régulations économiques
Loy. L. Rev.	Loyola Law Review
LP	limited partnership
LPF	livre des procédures fiscales
LSE	London School of Economics and Political Science
Ltd./Ltd	limited
LZ	Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht
Mag.	Magister/Magistra
MAH	Münchener Anwaltshandbuch
m. Anm.	mit Anmerkung
MAS	Monetary Authority of Singapore
Mass.	Massachusetts
mbB	mit beschränkter Berufshaftung
MBCL	Model Benefit Corporation Legislation (Mustergesetz – USA)
mbH	mit beschränkter Haftung
Md.	Maryland; Maryland Reports
Md. L. Rev.	Maryland Law Review
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
ME	Ministerialentwurf
m. E.	meines Erachtens
MEDEF	Mouvement des entreprises de France (französisch für: Bewegung der Unternehmen in Frankreich – Arbeitgeberverband)
Mich.	Supreme Court of Michigan
Mich. J. Private Equity & Venture Cap. L.	Michigan Journal of Private Equity & Venture Capital Law
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
MiKaTraG	Gesetz zur Bekämpfung von Missbräuchen, zur Neuregelung der Kapitalaufbringung und zur Förderung der Transparenz im GmbH-Recht
MindestkapG	Gesetz zur Neuregelung des Mindestkapitals der GmbH
Minn. Stat.	Minnesota Statutes
Mio.	Million/Millionen
MIS	Managed Investment Scheme (Australien)
MitbestErgG	Mitbestimmungs-Ergänzungsgesetz
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
m. krit. Anm.	mit kritischer Anmerkung
M.L.R.	Modern Law Review
MOE	Mittel-Osteuropa
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
Monash U. L. Rev.	Monash University Law Review
MontanMitbestG	Montan-Mitbestimmungsgesetz
MoPeG	Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts
Mrd.	Milliarde/Milliarden
MüKoAktG	Münchener Kommentar zum Aktiengesetz

MüKoBGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MüKoGmbHG	Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
MüKoHGB	Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch
MünchHdbGesR	Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n./N.	numero (italienisch); footnote (englisch)
NCCUSL	National Conference of Commissioners on Uniform State Laws
N.C. L. Rev.	North Carolina Law Review
N.D.	Supreme Court of North Dakota
N.D.C.C.	North Dakota Century Code
N.D. Ga.	U.S. District Court for the Northern District of Georgia
N.E.	North Eastern Reporter (Entscheidungssammlung)
Neub.	Neubearbeitung
n. F.	neue Fassung
N. Ir. Legal Q.	Northern Ireland Legal Quarterly
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-aktuell	Beilage der Neuen Juristischen Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report
N. Ky. L. Rev.	Northern Kentucky Law Review
N.N.	nomen nominandum (= noch zu nennender Name)
n ^o /N ^o /n ^{os} /N ^{os}	number (englisch)/numéro/numéros (französisch)
North Dakota Cent. Code	North Dakota Century Code
North Dakota L. Rev.	North Dakota Law Review
NotBZ	Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis
nr./nr./Nr.	Nummer
Nuove leggi civ. comm.	Le nuove leggi civili commentate (Zeitschrift)
NV/N.V.	naamloze vennootschap (niederländische Rechtsform für eine Aktiengesellschaft)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
N.W.	North Western Reporter (Entscheidungssammlung)
Nw. J. Int'l L. & Bus.	Northwestern Journal of International Law & Business
Nw. U. L. Rev.	Northwestern University Law Review
NY/N.Y.	Nork York
N.Y. Times	New York Times
N.Y.U. J.L. & Bus.	New York University Journal of Law & Business
N.Y.U. L. Rev.	New York University Law Review
NZ	Österreichische Notariatszeitung
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
öAktG	österreichisches Aktiengesetz
ÖBA	BankArchiv – Zeitschrift für das gesamte Bank- und Börsenwesen (Österreich)
oct.	octobre
OE	Omorrythmi Etairia (Offene Handelsgesellschaft – Griechenland)

OEА	Organisation Amerikanischer Staaten
OECD	Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
ÖEG	offene Erwerbsgesellschaft (Österreich)
öEstG	österreichisches Einkommenssteuergesetz
OFC	offshore financial centre
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
öGmbHG	österreichisches GmbH-Gesetz
OHADA	Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires
OHG	Offene Handelsgesellschaft
Ohio State L.J.	Ohio State Law Journal
ÖJT	Österreichischer Juristentag
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
öRGBL.	österreichisches Reichsgesetzblatt
Or. L. Rev.	Oregon Law Review
ÖVP	Österreichische Volkspartei
p.	page
P.	Pacific Reporter (Entscheidungssammlung)
PACTE	Le plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises
para.	paragraph
Parl. Staatssekretär	Parlamentarischer Staatssekretär
PartG	Partnerschaftsgesellschaft
PartGG	Partnerschaftsgesellschaftsgesetz
PartG mbB	Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung
PC	private company
PCC	Protected Cell Company (Liechtenstein)
PBC	Delaware Public Benefit Corporation
Pepp. L. Rev.	Pepperdine Law Review
PGR	Personen- und Gesellschaftsrecht (Gesellschaftsrechtsgesetzbuch Liechtensteins)
Pkt.	Punkt
Plc.	public limited company
PLN	Złoty (polnische Währung)
PmbH	Personengesellschaft mit beschränkter Haftung
PME	petites et moyennes entreprises
PRI	Program-Related Investment
Priv. Ltr. Rul.	Private Letter Ruling
Proc.	Procédures
PRV	Partnerschaftsregisterverordnung
PSA	prosta spółka akcyjna (Einfache Aktiengesellschaft – Polen)
PSG	Privatstiftungsgesetz (Österreich)
PSG-Nov	Privatstiftungsgesetz-Novelle 2017 (Österreich)
P'ship	partnership
PSIA	Paris School of International Affairs
PSR	Die Privatstiftung (Zeitschrift)
PubRL	Publizitätsrichtlinie

Queen's L.J.	Queen's Law Journal
R.	Règlement
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RBT	registered business trust (Singapur)
RCB	Registry of Companies and Businesses
RDAI	Revue de droit des affaires internationales
RD bancaire et fin.	Revue de droit bancaire et financier
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RD <i>i</i>	Recht Digital
RdW	(Österreichisches) Recht der Wirtschaft
Real Prop. Tr. & Est. L.J.	Real Property, Trust and Estate Law Journal
RefE	Referentenentwurf
reg./regs.	regulation/regulations
RegE	Regierungsentwurf
Regent U. L. Rev.	Regent University Law Review
REGON	offizielles nationales Unternehmensregister in Polen
Reg. Sess.	Regular Session
REIT	Real Estate Investment Trust
rep.	repère (französisch); report (englisch)
Rép. D. Soc.	Répertoire de droit des sociétés Dalloz
Rép. min.	Réponse ministérielle
Res. Organ. Behav.	Research in Organizational Behavior
re. Sp.	rechte Spalte
rev.	revised
Rev.	Revision
Rev. Ed.	Revised Edition
Rev. int. dr. comp.	Revue internationale de droit comparé
Rev. proc. coll.	Revue des procédures collectives
Rev. soc.	Revue des sociétés
Rev. Stat.	Revised Statutes
Rev. trim. dr. civ.	Revue trimestrielle de droit civile
Rev. trim. dr. com.	Revue trimestrielle de droit commercial
Rg	Rechtsgeschichte – Legal History (Zeitschrift)
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RHDE	Revue hellénique de droit européen
RHDI	Revue hellénique de droit international
RIDC	Revue international de droit comparé
RIS	Rechtsinformationssystem
RISF	Revue internationale des services financiers
Riv. dir. civ.	Rivista di diritto civile
Riv. dir. soc.	Rivista di diritto delle società
Rivista ODC	Orizzonti del Diritto Commerciale
Riv. soc.	Rivista delle società
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RJ com.	Revue de jurisprudence commerciale

RJM	Reichsjustizministerium
RL	Richtlinie
RLDA	Revue Lamy Droit des Affaires
RLLP	Registered Limited Liability Partnership
Rn.	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
RTDF	Revue trimestrielle de droit financier
RULLCA	Revised Uniform Limited Liability Company Act
RUPA	Revised Uniform Partnership Act
Rutgers L. Rev.	Rutgers Law Review
RV	Regierungsvorlage
S.	Seite
SA	société anonyme
S.A.	spółka akcyjna (Aktiengesellschaft – Polen)
Saarlor	Saar-Lothringische Kohleunion
SAcLJ	Singapore Academy of Law Journal
SACS	Sociedad por Acciones Cerrada Simplificada (Peru)
SARL	société à responsabilité limitée (GmbH – Frankreich)
SARL-S	société à responsabilité limitée simplifiée (Luxemburg)
SAS	société par actions simplifiée (vereinfachte AG – Frankreich)/ Sociedad por acciones simplificada (Kolumbien, Mexiko)/ Sociedad Anónima Simplificada (Dominikanische Republik)/ Sociedad por Acciones Simplificada (Argentinien, Uruguay, Ecuador)
S.A.S.	société par actions simplifiée (vereinfachte AG – Luxemburg)
SASU	société par actions simplifiée unipersonnelle (vereinfachte Einpersonen-Aktiengesellschaft – Frankreich)
SB	società benefit (Italien)
S.B.	Senate Bill
SCA	société en commandite par actions (KGaA – Frankreich)
S. Cal. L. Rev.	Southern California Law Review
SCAP	Supreme Commander for the Allied Powers (Japan)
SCE	Societas Cooperativa Europaea
S corporation	Unternehmensform der corporation in den Vereinigten Staaten
SCS	société en commandite simple
S.Ct.	Supreme Court
S.D. Cal.	Southern District of California
S.D. L. Rev.	South Dakota Law Review
S.D.N.Y.	United States District Court for the Southern District of New York
SE	Societas Europaea (Europäische Aktiengesellschaft); Sociedad de Emprendimiento (Guatemala)
S.E.	South Eastern Reporter (Entscheidungssammlung)
SEAG	SE-Ausführungsgesetz
SEAK	Syntomi Ermhneia des BGB (griechisch – Kurzkomentar des BGB, A. Georgiadis (Hrsg.))

Seattle U. L. Rev.	Seattle University Law Review
SEBG	SE-Beteiligungsgesetz
sec./secs.	section/sections
Sec.Gral.	Secretaría General (Generalsekretariat)
SE & Co. KG	Societas Europaea & Compagnie Kommanditgesellschaft
SE & Co. KGaA	Societas Europaea & Compagnie Kommanditgesellschaft auf Aktien
SEE	Syndesmos Ellinwn Emporikologwn (griechisch – Verband der griechischen Handelsrechtler)
SEG	Gesetz über das Statut der Europäischen Gesellschaft
SELAS	société d'exercice libéral par action simplifiée (vereinfachte Freiberufler-Aktiengesellschaft – Frankreich)
SenFin	Berliner Senatsverwaltung für Finanzen
SES	société européenne simplifiée
Sess.	Session
Sez.	sezione (italienisch für: Kammer, Abteilung)
SGD	Singapurischer Dollar
SGHC	Singapore High Court
SIASV	startup innovative a vocazione sociale (Start-up-Unternehmen mit sozialer Berufung – Italien)
Sing.	Singapore/Singapur
Singapore IPO	Börsengang in Singapur
Sing. J.L.S.	Singapore Journal of Legal Studies
S.J.	Solicitors Journal
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
S.K.A.	spółka komandytowo-akcyjna (Kommanditgesellschaft auf Aktien – Polen)
Slg.	Sammlung
SLR	Singapore Law Reports
SME	Single Member Company
SMU L. Rev.	Southern Methodist University Law Review
SN	sans numéro
SNC	société en nom collectif (OHG – Frankreich)
Software Publrs. Ass'n	Software Publishers Association
sog.	sogeannter/sogeanntes
SOI	Statistics of Income
SOSE	société à objet social étendu
Sp.	Spalte
s.p.a.	società per azioni (AG – Italien)
SpA	Sociedad por Acciones (AG – Spanien)
SPAC	special purpose acquisition corporation
SPC	Social Purpose Corporation
SPE	Societas Privata Europea
sp.j.	spółka jawna (Offene Gesellschaft – Polen)
sp.k.	spółka komandytowa (Kommanditgesellschaft – Polen)
SPÖ	Sozialdemokratische Partei Österreichs
sp.p.	spółka partnerska (Partnerschaftsgesellschaft – Polen)
SPR	société privée (Belgien)
SprAuG	Sprecherausschussgesetz

SPRL	société privée à responsabilité limitée (Belgien)
SPRL-S	société privée à responsabilité limitée starter (Belgien)
sp. z o.o.	spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (Gesellschaft mit beschränkter Haftung – Polen)
S-REIT	real estate investment trust (Singapur)
s.r.l./S.r.l.	società a responsabilità limitata (GmbH – Italien)
SRL	Sociedad de Responsabilidad Limitada (Spanien)
s.r.l. a capitale ridotto	società a responsabilità limitata a capitale ridotto (Italien)
s.r.l. semplificata	società a responsabilità limitata semplificata (Italien)
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
StaRUG	Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen
Stat.	Statute
StB	Der Steuerberater – Zeitschrift für Beruf und Praxis
StBerG	Steuerberatergesetz
Sten. Ber.	Stenografische Berichte
STGG	Staatsgrundgesetz (Österreich)
St. John's L. Rev.	St. John's Law Review
st.Rspr.	ständige Rechtsprechung
Suffolk U.L. Rev.	Suffolk University Law Review
SUP	Societas Unius Personae (europäische Einpersonengesellschaft)
Suppl.	Supplement
SV	Segmentierte Verbandsperson
S.W.	South Western Reporter (Entscheidungssammlung)
SWK	Steuer- und WirtschaftsKartei
Syracuse L. Rev.	Syracuse Law Review
SZ	Entscheidungssammlung des österreichischen Obersten Gerichtshofs in Zivilsachen
T.B.H.	Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht
TBLF	Texas Business Law Foundation
T.D.	Treasury Decision
Tenn. Code Ann.	Tennessee Code Annotated
Tenn. Ct. App.	Tennessee Court of Appeals
Tenn. L. Rev.	Tennessee Law Review
Tex.	Texas
Tex. App.	Court of Appeals of Texas
Tex. Bus. Orgs. Code Ann.	Texas Business Organization Code Annotated
Tex. L. Rev.	Texas Law Review
Tex. Tech. L. Rev.	Texas Tech Law Review
Theoretical Inq. L.	Theoretical Inquiries in Law
tit.	title
TM	Trademark; trustee-manager
Tenn. J. Bus. L.	Transactions: The Tennessee Journal of Business Law
Treas. Reg.	Treasury Regulations
Trib.	Tribunale (italienisch)
TRV-RPS	Tijdschrift voor Rechtspersoon en Vennootschap – Revue pratique des sociétés

u. a.	unter anderem; und andere
UAbs.	Unterabsatz
Übers.	Übersetzung
UBOC	Uniform Business Organizations Code
U.C. Davis Bus. L.J.	UC Davis Business Law Journal
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
U. Cin. L. Rev.	University of Cincinnati Law Review
U. Colo. L. Rev.	University of Colorado Law Review
U. Fla. L. Rev.	University of Florida Law Review
UFO	unbekanntes Flugobjekt
UG	Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)
UGB	Unternehmensgesetzbuch (Österreich)
UG & Co. KG	Unternehmergesellschaft & Compagnie Kommanditgesellschaft
UGG	Unternehmergesellschaftsgesetz
U. Ill. L. Rev.	University of Illinois Law Review
UK	United Kingdom
UK-LLP	limited liability company (Vereinigtes Königreich)
ULLCA	Uniform Limited Liability Company Act
U. Miami Bus. L. Rev.	University of Miami Business Law Review
UMKC L. Rev.	UMKC Law Review
UmwG	Umwandlungsgesetz
UPA	Uniform Partnership Act
U. Pa. J. Bus. L.	University of Pennsylvania Journal of Business Law
Urt.	Urteil
U.S.	United States
USD	US-Dollar
U.S. Dist.	United States District Court
US-LLP	limited liability company (Vereinigte Staaten von Amerika)
USP	unique selling proposition
USTEA	Uniform Statutory Trust Entity Act
u. U.	unter Umständen
v	versus
v.	versus; von/vom
Va.	Virginia
Va. Code	Code of Virginia
Va. L. & Bus. Rev.	Virginia Law & Business Review
Val. U. L. Rev.	Valparaiso University Law Review
Vand. J. Transnat'l L.	Vanderbilt Journal of Transnational Law
Vict	Victoria
VfGH	Verfassungsgerichtshof (Österreich)
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofs (Österreich)
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vol.	Volume
Vor	Vorbemerkung (in Kommentaren)
Vorb.	Vorbemerkung

vs/vs.	versus
VSJF	Vereinigung für Sozialwissenschaftliche Japanforschung
Vt.	Vermont
Vt. L. Rev.	Vermont Law Review
Vt. Stat. Ann.	Vermont Statutes Annotated
VVaG	Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit
Wake Forest L. Rev.	Wake Forest Law Review
Wash. & Lee L. Rev. Online	Washington and Lee Law Review Online
Wash. Rev. Code	Revised Code of Washington
Wash. U. L. Q.	Washington University Law Quarterly
Wash. U. L. Rev.	Washington University Law Review
wbl/Wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
WiRO	Wirtschaft und Recht in Osteuropa (Zeitschrift)
WFA	wirkungsorientierte Folgenabschätzung
WKO	Wirtschaftskammer Österreich
W.L.R.	Weekly Law Reports
W.T.L.R.	Wills and Trusts Law Reports
WM	Wertpapier-Mitteilungen – Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
Wm. & Mary Bus. L. Rev.	William & Mary Business Law Review
Wm. Mitchell L. Rev.	William Mitchell Law Review
WP	Wirtschaftsprüfer
WPg	Die Wirtschaftsprüfung
WPO	Wirtschaftsprüferordnung
W.S.	Wyoming Statute
W. Va. L. Rev.	West Virginia Law Review
Wyo.	Wyoming
Wyo. L. Rev.	Wyoming Law Review
Wyo. Sess. Laws	Wyoming Session Laws
Wyo. Stat. Ann.	Wyoming Statutes Annotated
Yale J. on Reg.	Yale Journal on Regulation
Yale L.J.	Yale Law Journal
z. B.	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZFR	Zeitschrift für Finanzmarktrecht
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZfS	Zeitschrift für Stiftungswesen
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZJapanR	Zeitschrift für Japanisches Recht
ZPO	Zivilprozessordnung

ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
z. T.	zum Teil
ZuFinG	Gesetz zur Finanzierung von zukunftssichernden Investitionen (Zukunftsfinanzierungsgesetz)
zust.	zustimmend
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

Ein Rundflug über Rechtsformneuschöpfungen im in- und ausländischen Gesellschaftsrecht

Holger Fleischer

I.	Rechtsforminnovationen als globales Phänomen unserer Zeit	2
II.	Eingrenzung des Forschungsfeldes	3
	1. Sachliche Reichweite	3
	2. Zeitliche Reichweite	5
	3. Räumliche Reichweite	5
III.	Systematisierung der behandelten Rechtsformneuschöpfungen	6
IV.	Grundfragen an eine Rechtsformneuschöpfung	7
	1. Anlässe und Motive	7
	2. Initiatoren und Promotoren	8
	3. Juristische Erfinder und Wegbereiter	9
	4. Rechtstechnische Konstruktionen	11
	5. Branchenspezifische versus bereichsoffene Rechtsformen	14
	6. Verhältnis zu den angestammten Organisationsformen	14
V.	Internationale und rechtsvergleichende Aspekte	15
	1. Internationaler Wettbewerb der Rechtsformen	15
	2. Zirkulation von Organisationsmodellen	16
VI.	Fördernde Faktoren für eine Rechtsforminnovation	17
	1. Einfluss des Steuerrechts	17
	2. Schonung gewachsener Regelungsstrukturen	18
	3. Schrittweise Fortentwicklung von Rechtsinnovationen	18
	4. Ausformulierte Gesetzesvorschläge	19
	5. Alleinstellungsmerkmale und Kippunkte	19
	6. Für Neuerungen aufgeschlossene Kautelarpraxis	20
VII.	Maßstäbe für den Erfolg einer Rechtsformneuschöpfung	20
VIII.	Theoretische Deutungsangebote und Perspektiven	21
	1. Regulierungswettbewerb im Gesellschaftsrecht	21
	2. Politische Ökonomie des Gesellschaftsrechts	22
	3. Wirtschaftlicher, politischer und sozialer Kontext	23
	4. Evolutionstheoretische Perspektiven	23
IX.	Optimale Anzahl an Gesellschaftsformen	24
X.	Rechtsformneuschöpfungen und gesellschaftsrechtliche Innovationsforschung	25
XI.	Schluss	25

I. Rechtsforminnovationen als globales Phänomen unserer Zeit*

Gesellschaftsformen bilden die Essenz des Gesellschaftsrechts. Sie prägen nicht nur die Anschauungen der Wirtschaftspraxis, sondern bestimmen auch den Gliederungsplan der Lehrbücher. Wie an einer Perlenschnur aufgereiht finden sich dort seit langem die vertrauten Formen des Personengesellschafts- und Körperschaftsrechts. An diesem historisch gewachsenen Rechtsformenkanon hat sich über weite Strecken des 20. Jahrhunderts fast nichts geändert. Der Bedarf an privatrechtlichen Organisationsformen schien gesättigt.¹

Erst gegen Ende der 1970er Jahre ist die lange Phase gesetzgeberischer „Ruhe“ (Stasis) einer Zeit größerer „Unruhe“ gewichen.² Seitdem haben Reformgesetzgeber rund um den Globus wieder damit begonnen, neue Gesellschaftsformen gleichsam aus der Retorte zu erschaffen wie weiland die GmbH.³ Den Anfang machte der US-amerikanische Bundesstaat Wyoming mit der Limited Liability Company (1977). Allmählich folgten weitere Neuschöpfungen, auf supranationaler Ebene etwa die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (1985), hierzulande die Partnerschaftsgesellschaft (1995). Neuerdings hat das Reformtempo noch einmal rasant zugenommen: Rechtsforminnovationen schießen allerorten wie Pilze aus dem Boden, zuletzt die Decentralized Autonomous Organization LLC in Wyoming (2021) und Tennessee (2022) sowie die Flexible Kapitalgesellschaft in Österreich (2024).

Für die gesellschaftsrechtliche Grundlagenforschung erscheint es ein lohnendes Unterfangen, dieses globale Phänomen unter die Lupe zu nehmen. Als Untersuchungsgegenstand dienen rund 20 ausgewählte Rechtsformneuschöpfungen aus dem In- und Ausland, deren „Schöpfungsgeschichten“ im Einzelnen aufbereitet werden. Wichtige Leitfragen lauten: Wann und warum haben Reformgesetzgeber neue Gesellschaftsformen eingeführt? Von wem stammte die Anregung zu ihrer Einführung? In welcher Hinsicht unterscheiden sie sich von den traditionellen gesellschaftsrechtlichen Gussformen? Wie haben sie sich seither im nationalen und internationalen Rechtsformenwettbewerb behauptet?

Durch diese akribischen Einzelstudien entsteht ein facettenreiches Bild des Ideenreichtums in- und ausländischer Reformgesetzgeber mitsamt ihren Wegbereitern aus Unternehmenspraxis, Anwaltschaft, Notariat, Rechtspolitik und Rechtswissenschaft. Zugleich wird die enorme Entwicklungsdynamik greifbar, die sich

* Dieser Beitrag ist zuerst in NZG 2022, 827 erschienen. Er stand am Anfang des Forschungsprogramms über Rechtsformneuschöpfungen im in- und ausländischen Gesellschaftsrecht und ist für die Zwecke dieses Einführungskapitels geringfügig umgearbeitet, ergänzt und aktualisiert worden.

¹ Dazu und zu dem „Zoo der Gesellschaftsformen in Deutschland“ *Fleischer*, ZIP 2023, 1505.

² Vgl. aus rechtshistorischer Perspektive *Fögen*, Rg 1 (2002), 14 Rn. 8: „Betrachtet man nun das soziale System Recht über einen längeren geschichtlichen Zeitraum, so wird man – nicht anders als bei der Betrachtung von lebenden Systemen – Zeiten größerer ‚Ruhe‘ (Stasis) und Zeiten größerer ‚Unruhe‘ ausmachen können.“

³ Vgl. *Fleischer*, NZG 2022, 49.

gerade in neuerer Zeit auf dem Feld privatrechtlicher Assoziationsformen entfaltet. Darüber hinaus ergeben sich aus der Fülle der Einzelstudien erste Antworten auf bisher vernachlässigte Grundsatzfragen, angefangen bei den Gelingensbedingungen von Rechtsformneuschöpfungen über konkurrierende Deutungsangebote zur Entwicklung verbandsrechtlicher Organisationsformen bis hin zur optimalen Anzahl von Gesellschaftsformen. Schließlich bilden Rechtsformneuschöpfungen ein Paradebeispiel für Gesellschaftsrechts-Innovationen und eröffnen so den Zugang zu dem noch kaum erschlossenen Feld der gesellschaftsrechtlichen Innovationsforschung.⁴

II. Eingrenzung des Forschungsfeldes

Der hier gewählte Begriff der Rechtsformneuschöpfung versteht sich nicht von selbst, sondern bedarf näherer Erläuterung. Er lässt sich in sachlicher, zeitlicher und räumlicher Hinsicht präzisieren.

1. Sachliche Reichweite

Sachlich geht es um neue gesellschaftsrechtliche oder gesellschaftsrechtsähnliche Organisationsformen des Privatrechts, die ein nationaler oder supranationaler Gesetzgeber erfolgreich eingeführt hat.

In negativer Abgrenzung werden damit – unter Inkaufnahme eines gewissen *survivorship bias* – Reformvorhaben ausgeschieden, die endgültig gescheitert sind, wie die Handelsgesellschaft auf Einlagen⁵, bisher nicht aufgenommen wurden, wie die deutsche Version einer Limited Liability Company⁶, oder noch einer abschließenden Meinungsbildung harren, wie die jüngsten Vorschläge für eine GmbH mit gebundenem Vermögen⁷ oder eine Société Européenne Simplifiée⁸. Ebenso wenig untersucht werden Neukreationen der Kautelarpraxis, die sodann durch die Rechtsprechung gebilligt wurden, vor rund 100 Jahren etwa die GmbH & Co. KG⁹ oder vor einem Vierteljahrhundert die Kapitalgesellschaft & Co. KGaA¹⁰.

⁴ Für eine erste Skizze *Fleischer*, in: FS Henssler, 2023, S. 859.

⁵ *G. Hueck/Lutter/Mertens/Rehbinder/Ulmer/Wiedemann/Zöllner*, Die Handelsgesellschaft auf Einlagen – eine Alternative zur GmbH & Co. KG, 1971.

⁶ *Röder*, ZHR 184 (2020), 457.

⁷ *Sanders/Dauner-Lieb/Kempny/Möslein/Veil*, Entwurf eines Gesetzes für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit gebundenem Vermögen, 2021, teilweise abgedruckt in GmbHR 2021, 285; Stiftung Verantwortungseigentum. Eckpunktepapier GmgV, Stand: 1.3.2023.

⁸ Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris (HCJP), Rapport sur la Société Européenne Simplifiée (SES), 31.3.2021; dazu *Poelzig*, ZGR 2023, 571, 586 ff.; *Trinks*, ZEuP 2023, 83; *Verse*, GPR 2021, 271.

⁹ Grundlegend RGZ 105, 101 aus dem Jahre 1922; zuvor schon BayObLGZ 13 (1913), 69; näher zu beiden Entscheidungen *Fleischer/Wansleben*, GmbHR 2017, 169.

¹⁰ Grundlegend BGHZ 134, 392 (1997); zum 25-jährigen Jubiläum dieser Entscheidung *Otte*, BB 2022, 461.

Außen vor bleiben außerdem besondere, normativ überformte Realtypen einer Einzelrechtsform, aus deutscher Warte beispielsweise die kapitalistische Personengesellschaft (§§ 125a Abs. 1 Satz 2, 177a HGB, § 15a Abs. 1 Satz 2 InsO), die gemeinnützige GmbH (§ 4 Satz 2 GmbHG, §§ 51 ff. AO) oder die nicht börsennotierte Aktiengesellschaft (§ 3 Abs. 2 AktG).¹¹ Nicht berücksichtigt werden schließlich Modernisierungen innerhalb einer bestimmten Rechtsform, sofern ihr äußeres Gehäuse intakt bleibt, wie dies etwa bei der niederländischen Flex-BV¹² oder der belgischen Besloten Vennootschap (BV)¹³ der Fall gewesen ist. Allerdings muss man im Auge behalten, dass eine rechtsformimmanente Grundsatzreform und eine Rechtsformneuschöpfung in regulatorischer Hinsicht Funktionsäquivalente sein können. Dies veranschaulicht jüngst etwa das Beispiel der polnischen Einfachen Aktiengesellschaft, die erst eingeführt wurde, nachdem eine Reform der polnischen GmbH gescheitert war.¹⁴

Ins Positive gewendet finden nicht nur echte Rechtsformneuschöpfungen Berücksichtigung, sondern auch bloße Rechtsformvarianten wie die hiesige Unternehmersgesellschaft oder die US-amerikanische Limited Liability Partnership. Analysiert werden außerdem rechtsformübergreifende gesetzliche Status wie die französische Société à mission und die italienische Società Benefit. Schließlich erstreckt sich die Untersuchung auf neue Organisationsformen, die nach der herkömmlichen Wandtafelsystematik nicht mehr zum Gesellschaftsrecht im engeren Sinne gehören. Dessen Basisdefinition als Recht der privaten Zweckverbände¹⁵ erweist sich für die hiesigen Untersuchungszwecke als zu eng, weil sie den Blick auf funktionale Entsprechungen verstellt: Bis ins frühe 20. Jahrhundert konkurrierte etwa der Business Trust in den Vereinigten Staaten mit der *corporation* um die Stellung als führende Organisationsform¹⁶ und in seiner seit 1988 kodifizierten Form bildet er heute für bestimmte Bereiche ein beliebtes „instrument of commerce“¹⁷. Noch größer ist die wirtschaftliche Bedeutung der Privatstiftung in Österreich, wo 80 der größten 100 Unternehmen inzwischen von Privatstiftungen kontrolliert werden.¹⁸

¹¹ Eingehend zu solchen Realtypen, auch in Abgrenzung zu einer Rechtsformvariante, *Lieder*, in: FS 25 Jahre Deutsches Notarinstitut, 2018, S. 503, 511 f.; zu diesem Definitionsproblem auch *Fleischer*, JZ 2024, 53, 62: „Es muss festgelegt werden, unter welchen Voraussetzungen man von einer neuen Rechtsform(variante) sprechen kann.“

¹² Näher *Hirschfeld*, RIW 2013, 134.

¹³ Näher *van der Elst*, European Company Law 2020, 25; *Houben/Meeusen*, ZEuP 2020, 11.

¹⁴ Vgl. *Mazgaj/Mucha*, European Company Law 2020, 45, 47.

¹⁵ Statt vieler *Windbichler/Bachmann*, Gesellschaftsrecht, 24. Aufl. 2024, § 1 Rn. 1.

¹⁶ Vgl. *Sitkoff*, 2005 Ill. L. Rev. 31, 32 (2005); erhellend auch *Morley*, 116 Colum. L. Rev. 2145, 2150 (2016): „By rediscovering the trust’s effectiveness as a substitute for the corporate form, this Essay makes common cause with a larger movement in legal history that is revisiting the role of the corporate form and emphasizing the value of its alternatives.“

¹⁷ Vgl. den Aufsatztitel von *Langbein*, 107 Yale L.J. 165 (1997): „The Secret Life of the Trust: The Trust as an Instrument of Commerce“.

¹⁸ Dazu *Arnold/Burgard/Roth/Weitemeyer*, NZG 2020, 1321, 1325.

2. Zeitliche Reichweite

Zeitlich drängt sich eine Begrenzung auf die letzten fünf Jahrzehnte auf. Wie eingangs angedeutet, hatten die „alten Handelsgesellschaften“¹⁹ schon vorzeiten, spätestens aber gegen Ende des 19. Jahrhunderts ihre heutige Gestalt gewonnen. Mit den verschiedenen Personengesellschaften, AG und GmbH, Genossenschaft und Verein schien das hiesige Gesellschaftsrecht für die Anforderungen des modernen Wirtschaftslebens gut gerüstet.²⁰ Ähnliches galt *grosso modo* für viele Nachbarrechtsordnungen, auch wenn die Rezeption der GmbH mancherorts noch auf sich warten ließ.²¹ Für ein wahres Feuerwerk an Rechtsforminnovationen sorgte sodann das liechtensteinische Personen- und Gesellschaftsrecht (PGR) von 1926 in seinem Bestreben, ausländisches Kapital durch eine Plethora an Organisationsformen anzulocken.²² Die darauffolgenden fünf Jahrzehnte verliefen *sub specie* Rechtsforminnovationen national und international weitgehend ereignislos.

Einen neuen Zeitabschnitt eröffnete rückblickend die Einführung der Wyoming Limited Liability Company im Jahre 1977. Sie läutete in den Vereinigten Staaten den vielbeschriebenen „Rise of the Uncorporation“²³ ein und führte weltweit den Siegeszug hybrider Organisationsformen an. Es folgte im Jahre 1985 mit der Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung die erste supranationale Organisationsform, die ihrerseits durch den französischen Groupement d'Intérêt Économique (GIE) von 1967 inspiriert war. In der hier betrachteten Zeitspanne von 1977 bzw. 1967 bis heute ist die Innovations- und Experimentierfreude der Gesetzgeber vielerorts gestiegen, wobei sich die Taktzahl an Rechtsformneuschöpfungen jüngst merklich erhöht.

3. Räumliche Reichweite

Räumlich greift die Untersuchung weiter aus, um auch außereuropäische Innovationsprozesse aufzunehmen. Besonders ergiebig ist seit jeher das von *Justice Brandeis* treffend als Laboratorium beschriebene Gesellschaftsrecht der US-ame-

¹⁹ In Anlehnung an den Vortragstitel von *Levin Goldschmidt*, Alte und neue Formen der Handelsgesellschaft, 1892.

²⁰ Näher dazu und zur „prägenden Periode“ von 1861 bis 1900 für das Entstehen der modernen Gesellschaftsformen in Deutschland *Fleischer*, ZIP 2023, 1505, 1506 f.

²¹ Vgl. etwa Österreich 1906, Frankreich 1925, Liechtenstein 1926, Polen 1934, Italien 1942, Griechenland 1955; ausführlicher zur internationalen Verbreitung der GmbH *Fleischer*, in: *MüKoGmbHG*, 4. Aufl. 2022, Einl. Rn. 215 f.

²² Der Kurze Bericht über die Revision des Personen- und Gesellschaftsrechts von 1925, das Kernstück der Gesetzesmaterialien, transkribiert und abgedruckt in *Jus & News* 2006, 299, spricht auf S. 11 von einer „besonderen Reichhaltigkeit der Formen“; rückblickend *Marxer & Partner*, Liechtensteinisches Wirtschaftsrecht, 2021, Rn. 5.5: „Das neu kodifizierte Gesellschaftsrecht sollte insofern einzigartig sein, als es die weltweit größtmögliche Anzahl an Rechtsformen vorsehen wollte.“; umfassende Aufarbeitung zuletzt von *Fleischer/Götz/Stemberg*, WM 2023, 1809 (Teil I), 1853 (Teil II).

²³ *Ribstein*, *The Rise of the Uncorporation*, 2010.

rikanischen Bundesstaaten.²⁴ Mit Japan und Singapur werden punktuell auch asiatische Jurisdiktionen einbezogen. Aus Europa kommen mit Deutschland, Frankreich und dem Vereinigten Königreich die traditionellen Leitrechtsordnungen zu Wort, außerdem Italien und für das reformfreundige Mittel- und Osteuropa²⁵ Polen. Darüber hinaus werden mit Griechenland, Liechtenstein und Österreich einige kleinere Länder berücksichtigt.

III. Systematisierung der behandelten Rechtsformneuschöpfungen

Im systematischen Zugriff lassen sich die behandelten Rechtsformneuschöpfungen zu verschiedenen Gruppen zusammenfassen. Eine erste Gruppe besteht aus den *supranationalen Gesellschaftsformen* des Unionsrechts²⁶, von denen hier nur die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV, 1985) und die Europäische Aktiengesellschaft (SE, 2004) untersucht werden. Weniger gut erforscht ist bisher ein zweites Bündel, die *Organisationsformen für Sozialunternehmen* mit doppelter Zwecksetzung,²⁷ bestehend aus der britischen Community Interest Company (CIC, 2005), der zuerst in Maryland eingeführten Benefit Corporation US-amerikanischen Ursprungs (2010), der italienischen Società Benefit (2016) sowie der französischen Société à Mission (2019). Ein drittes Segment umfasst *Stiftungen und Stiftungssubstitute*, nämlich den Delaware Statutory Business Trust (DBT, 1988), die österreichische Privatstiftung (1993) und den Singapore Registered Business Trust (RBT, 2004). Als viertes Cluster kommt die *haftungsbeschränkte Personengesellschaft* hinzu, und zwar in Form der erstmals in Texas eingeführten Limited Liability Partnership (LLP, 1991) sowie ihrer britischen (2000) und japanischen Spielart (2005), außerdem die deutsche Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung (PartG mbB, 2013). Zu einer fünften Fraktion mag man jüngere *Rechtsforminnovationen für geschlossene Kapitalgesellschaften* kleineren und mittleren Zuschnitts, gerade auch für Start-up-Unternehmen,²⁸ rechnen, namentlich die deutsche Unternehmungsgesellschaft (UG, 2008), die griechische Private Kapitalgesellschaft (IKE, 2012) die polnische Einfache

²⁴ *New State Ice Co. v. Liebman*, 285 U.S. 262, 311 (1932): „A single courageous State may, if its citizens choose, serve as a laboratory; and try novel social and economic experiments without risk to the rest of the country.“; näher dazu *Fleischer*, JZ 2024, 53, 55 f.

²⁵ Vgl. den Sammelband von *Winner/Cierpial-Magnor*, Neue Regelungen für Start-ups und Investoren in MOE, 2021.

²⁶ Prolegomena zu einer Theorie supranationaler Verbandsformen bei *Fleischer*, ZHR 174 (2010), 385.

²⁷ Rechtsvergleichend *Fleischer/Pendl*, NZG 2023, 815, 819 ff.; *Liptrap*, J. Corp. L. Stud. 20 (2020), 495; *Ventura*, European Company Law 2020, 7.

²⁸ Zum Sondergesellschaftsrecht für Start-up-Unternehmen, aber auch zu den Schwierigkeiten ihrer Erfassung als normativer Realtypus *Fleischer/Pendl*, GmbHR 2024, 174, Rn. 38 f.

Aktiengesellschaft (PSA, 2021) und die österreichische Flexible Kapitalgesellschaft (FlexKapG, 2024), in gewisser Weise auch die Wyoming Limited Liability Company (LLC, 1977) und die französische Société par Actions Simplifiée (SAS, 1994). Als *Varia* verbleiben der französische Entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL, 2010/2022), die liechtensteinische Segmentierte Verbandsperson (2015) und die Wyoming DAO LLC (2021).

IV. Grundfragen an eine Rechtsformneuschöpfung

1. Anlässe und Motive

Was motiviert einen Gesetzgeber dazu, das vorhandene Portfolio an Organisationsformen um weitere Regelungsmodelle zu ergänzen? Erste Hinweise darauf gibt die gerade vorgestellte Systematisierung der Rechtsformneuschöpfungen.

Die EWIV soll grenzüberschreitende Kooperationen von kleinen und mittleren Unternehmen erleichtern und dient damit – ebenso wie die Europäische Aktiengesellschaft – der Verwirklichung des Binnenmarktziels.²⁹ Die neuen Organisationsformen für Sozialunternehmen, die Gewinnerzielung und Gemeinwohlorientierung miteinander verbinden, tragen der rasant gestiegenen Bedeutung für nachhaltiges Unternehmertum Rechnung.³⁰ Die Triebfeder für die Einführung der LLP bildeten existenzbedrohende Schadensersatzklagen in mehrstelliger Millionenhöhe gegen Freiberuflerzusammenschlüsse in Form der *partnership*: jenseits des Atlantiks gegen Anwaltssozietäten im Gefolge der *savings-and-loan*-Krise in den 1980er Jahren³¹, im Vereinigten Königreich gegen Wirtschaftsprüfungsgesellschaften zu Beginn der 1990er Jahre³². Für die Rechtsforminnovationen im Segment der geschlossenen Kapitalgesellschaften lässt sich gleich ein ganzes Motivbündel anführen: zunehmende Zweifel an der Wirksamkeit des hergebrachten Kapitalschutzes³³, wachsender Wettbewerbsdruck durch Scheinauslandsgesellschaften nach der *Centros*-Rechtsprechung des EuGH³⁴ sowie das Bestreben, flexiblere Regelungen für kleine und mittlere Unternehmen im Allgemeinen sowie

²⁹ Vgl. etwa *Gleichmann*, ZHR 149 (1985), 633.

³⁰ Näher *Ventura*, *European Company Law 2020*, 7; umfassend *Fleischer/Pendl*, NZG 2023, 815; *Zimmermann/Weller*, ZHR 187 (2023), 594. Materialreiche und tiefgründige Sammelbände neuestens von *Brakman Reiser/Dean/Huber*, *Social Enterprise Law. A Multijurisdictional Comparative Review*, 2023; *Peters/Vargas Vasserot/Silva*, *The International Handbook of Social Enterprise Law*, 2023.

³¹ Zum Verfahren gegen die renommierte Wirtschaftssozietät *Jenkins & Gilchrist* aus *Dallas Campbell*, U.S. Suing Lawyers to Recoup S&L Losses, *Chicago Tribune* vom 20.11.1989; *Hamilton*, 66 U. Colo. L. Rev. 1065, 1070 (1995).

³² Zum Höhepunkt der Klagewelle *ADT Ltd v BDO Binder Hamlyn* [1996] BCC 808.

³³ Für einen Überblick über die „Almost Capital-less Companies in Europe“ *Bartolacelli*, ECFR 2017, 187; grundlegend *Lutter*, *Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa*, 2006.

³⁴ EuGH, 9.3.1999 – C-212/97, Slg. 1999, I-1459.

für Start-up-Unternehmen im Besonderen zur Verfügung zu stellen: „Think small first!“³⁵

Ein häufig wiederkehrendes Motiv bildet außerdem das Ziel, den eigenen Rechts- und Wirtschaftsstandort im Wettbewerb der Rechtsordnungen durch Einführung attraktiver Gesellschaftsformen zu stärken, wie es der kleine Ostküstenstaat Delaware seit jeher vormacht, auch durch Kodifizierung des *common law business trust* im Jahre 1988. Manche Rivalen versuchen es ihm gleichzutun, zuletzt Wyoming mit Einführung der DAO LLC in dem Bestreben, zum „Delaware of digital assets“³⁶ aufzusteigen.³⁷ In diese Reihe gehören schließlich einzelne kleinere Jurisdiktionen wie Liechtenstein und Singapur, die in Europa und Asien traditionell um Investoren aus dem Ausland buhlen, indem sie passgenaue Regelungsformen für bestimmte Verwendungszwecke entwickeln.³⁸

Schließlich spielen in vielen Erneuerungsprozessen lokale Erklärungsfaktoren eine mehr oder minder große Rolle. So dominierte in Österreich bei Einführung der Privatstiftung die Erwägung, aktuelle und potentielle Stiftungsflüchtige durch steuer- und organisationsrechtliche Anreize mit ihrem Vermögen aus dem Ausland zurückzuholen.³⁹ In Griechenland wollte man der darniederliegenden Wirtschaft nach der schweren Finanzkrise auch durch ein neues Rechtsformangebot wieder aufhelfen.⁴⁰ In Japan erfolgte die Einführung der LLP im engen zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit jener der japanischen LLC und lässt sich daher nur im Gesamtkontext der großen Gesellschaftsrechtsreform von 2005 und 2006 verstehen.⁴¹ In Polen war der Weg zur Neuschöpfung der PSA erst eröffnet, nachdem eine Reform der einheimischen GmbH krachend gescheitert war.⁴²

2. Initiatoren und Promotoren

Die Initiative zur Erkundung neuer Wege geht häufig von der Unternehmenspraxis aus. Ein besonders originelles Beispiel bildet die Genese der LLC in den Ver-

³⁵ Näher dazu und zur Fokussierung der Reformgesetzgeber auf Kleinunternehmen *Fleischer* (Fn. 21), Einl. Rn. 243 m. w. N.

³⁶ *Whirley/Nielsen*, *The Defiant*, April 23, 2021; ähnlich *Hamacher*, *Decrypt*, July 5, 2021: „The DAO law also solidifies Wyoming’s reputation as the most crypto-friendly U.S. state.“; eingehend *Fleischer*, ZIP 2021, 2205.

³⁷ Vertiefend *Matera*, 27 *Fordham J. Corp. & Fin. L.* 73 (2022) unter dem Titel „Delaware’s Dominance, Wyoming’s Dare: New Challenges, Same Outcome?“.

³⁸ Vgl. für Liechtenstein *Schurr/Wohlgenannt*, LJZ 2015, 23: „Die Systematik des PGR ermöglicht es Liechtenstein, sich im Wettbewerb der Rechtsordnungen zu positionieren.“; ausführlicher *Fleischer/Götz/Stemberg*, WM 2023, 1853 Rn. 100 ff. unter der Zwischenüberschrift „Pionierrolle im Wettbewerb der Gesellschaftsrechtsordnungen“.

³⁹ Vgl. *Pendl*, GesRZ 2022, 191, 193.

⁴⁰ Vgl. *Tellis*, in *Binder/Pasaroudakis*, *Europäisches Wirtschaftsrecht in der Krise*, 2018, S. 283, 287 f.

⁴¹ Näher *Baum/Goto*, ZJapanR 41 (2016), 89, 90 ff.

⁴² Vgl. *Mazgaj/Mucha*, *European Company Law* 2020, 45, 47.

einigten Staaten:⁴³ Die Hamilton Brothers Oil Company mit Sitz in Denver hatte sich zur internationalen Öl- und Gasexploration seit den 1960er Jahren der panamaischen Sociedad de Responsabilidad Limitada bedient. Weil deren Garantiekapital 500.000 USD nicht übersteigen durfte und als Gesellschafter nur natürliche Personen fungieren konnten, beauftragte das Unternehmen seine Berater, einen einzelstaatlichen Gesetzgeber für eine neue einheimische Gesellschaftsform zu gewinnen, die eine beschränkte Gesellschafterhaftung mit transparenter Besteuerung nach personengesellschaftsrechtlichen Grundsätzen verband. Deren Lobbying-Anstrengungen scheiterten zunächst in Alaska, waren aber sodann in Wyoming von Erfolg gekrönt.

Auch anderwärts erweist sich die Wirtschaft als treibende Kraft, etwa in Frankreich, wo die Einführung der SAS von einer Arbeitsgruppe der größten Arbeitgebervereinigung unter Vorsitz eines Industriemanagers vorbereitet wurde.⁴⁴ Unterstützend wirkt häufig das Wirtschafts- oder Finanzministerium mit, z. B. in Japan⁴⁵ und dem Vereinigten Königreich sowie in Liechtenstein und Singapur, jüngst ebenfalls in Österreich bei der Einführung der FlexKapG.⁴⁶ Gelegentlich gelingt es auch Nonprofit-Organisationen, sich mit ihren Rechtsformanliegen Gehör zu verschaffen, wie der B Lab Company (B Lab) mit Sitz in Pennsylvania im Zusammenhang mit der Einführung der Benefit Corporation.⁴⁷ Nicht überraschend ist schließlich, dass sich die Freiberufler und ihre Interessenvereinigungen selbst für neue Organisationsformen mit beschränkter Haftung starkmachen.⁴⁸

3. Juristische Erfinder und Wegbereiter

Neben einer schlagkräftigen Idee bedarf es zur Einführung einer Rechtsformneuschöpfung auch gesellschaftsrechtlicher Expertise. Dies lenkt den Blick auf die *draftsmen* der Regelungsvorschläge. In den Vereinigten Staaten spielen häufig Anwälte eine Schlüsselrolle, wobei es sich nicht notwendig um Spitzenkanzleien handeln muss. Als geistiger Vater der LLC gilt *Frank M. Burke*, ein Partner der WP-Gesellschaft Peat, Marwick, Mitchell & Co. in Dallas (heute: KPMG), der

⁴³ Eingehend aufgearbeitet bei *Hamill*, 59 Ohio State L.J. 1459 (1998); rechtsvergleichend *Fleischer*, GmbHR 2022, 1179 Rn. 9 ff.

⁴⁴ Vgl. *Le Cannu/Dondero*, Droit des sociétés, 9. Aufl. 2022, Rn. 964 mit Fn. 1: „Un groupe de travail mis en place par le CNPF sous la direction de M. Bernard Field, secrétaire général de la Compagnie de Saint-Goubain [...]“; rechtsvergleichend *Trinks*, ZEuP 2023, 83, 101.

⁴⁵ Vgl. *Baum/Goto*, ZJapanR 41 (2016), 89, 96: „Die Initiative zur Schaffung der LLP ging entsprechend auch nicht vom Justizministerium aus [...], sondern vom Ministerium für Wirtschaft, Handel und Industrie, das damit auf Forderungen aus der japanischen Wirtschaft reagierte [...]“.

⁴⁶ Vgl. *Fleischer/Pendl*, GmbHR 2024, 174 Rn. 11 und 45.

⁴⁷ Aufschlussreich *Hamermesh/Houlahan/Alexander/Osusky*, A Conversation with B Lab, 40 Seattle U. L. Rev. 321 (2017); rechtsvergleichend *Fleischer*, AG 2023, 1 Rn. 3 ff.

⁴⁸ Vgl. etwa *Saab Fortnay*, 40 Fordham Urban L.J. 177, 179 (2012): „The following account of the genesis and growth of the limited liability partnership form illustrates that lawyers' own interest in self-protection dominated both the discourse and outcome.“

im Auftrag von Hamilton Brothers Oil den späteren Gesetzestext entwarf:⁴⁹ „Nothing, not even a comma, in the proposed legislation drafted by Hamilton Brothers was changed by the Wyoming legislature.“⁵⁰ Die zündende Idee für eine LLP stammte von einer kleinen Kanzlei aus dem ländlichen Lubbock in Texas, die den dortigen State-Senator *John Montford* überzeugte, ihren Gesetzesentwurf einzubringen.⁵¹ Neben einzelnen Anwälten betätigen sich vor allem die mächtigen Anwaltskammern als juristische Wegbereiter,⁵² etwa die American Bar Association oder die kleine, aber gut organisierte und höchst einflussreiche Delaware Bar Association.⁵³

In Europa dominiert ebenfalls der Einfluss der (Rechts-)Praktiker. So lagen die Vorarbeiten zur österreichischen Privatstiftung in den Händen eines neunköpfigen Arbeitskreises, der sich überwiegend aus Anwälten, Notaren, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern zusammensetzte.⁵⁴ Ähnlich verhielt es sich mit dem ursprünglichen Entwurf zur französischen SAS von 1994 durch eine 16-köpfige Arbeitsgruppe, die hauptsächlich aus Anwälten und Unternehmensjuristen bestand.⁵⁵

Hierzulande nimmt die Regierung eine „hegemoniale Rolle“⁵⁶ im Gesetzgebungsverfahren ein. Sie lässt in der Regel Gesetzesentwürfe durch das fachlich zuständige Ministerium vorbereiten.⁵⁷ Für die Unternehmersgesellschaft lag die Federführung beim Bundesministerium der Justiz (BMJ). Dort verfiel der zuständige Referatsleiter *Ulrich Seibert* auf den Gedanken einer Rechtsformvariante der GmbH mit nur einem einzigen Paragraphen (§ 5a GmbHG),⁵⁸ nachdem der rechtspolitische Sprecher der CDU/CSU-Bundestagsfraktion *Jürgen Gebh* einen Arbeitsentwurf für eine neue Rechtsform in einem eigenen Gesetz mit 73 Paragraphen vorgelegt hatte.⁵⁹ Auch der Verabschiedung der PartG mbB ging ein Re-

⁴⁹ Dazu *Hamill*, in: Stark, *Business Tax Stories*, 2005, S. 295, 299: „[H]e drafted the first LLC proposal.“

⁵⁰ *Jelsma/Nollkamper*, *The Limited Liability Company*, Rev. 22, 2019, § 1:30.

⁵¹ Näher *Saab Fortnay*, 20 *Fordham Urban L.J.* 177, 181 (2012).

⁵² Vgl. den Aufsatztitel von *Cummings/Rawhouser*, 17 *Wyo. L. Rev.* 457 (2017): „Lawyers and Bar Associations as Influencers in the Negotiated Landscape of Social-Business Hybridization“.

⁵³ Dazu etwa *Ribstein*, 19 *Del. J. Corp. L.* 999, 1016 (1994): „Delaware is in a good position to compete to supply law because it has a highly organized commercial bar but no well-organized competing groups.“

⁵⁴ Vgl. die Namensübersicht bei *Helbich*, in: Gassner/Göth/Gröhs/Lang, *Privatstiftungen*, 2000, S. 1, 4 mit Fn. 12; ferner *Pendl*, *GesRZ* 2022, 191, 194.

⁵⁵ Vgl. die Namens- und Funktionenübersicht bei *Conac/Urbain-Parleani*, *La société par actions simplifiée (SAS)*, 2016, Annexe, S. 27 f.

⁵⁶ v. *Bogdandy*, *Gubernative Rechtsetzung*, 2000, S. 56 ff.; zustimmend *Schneider*, *Gesetzgebung*, 3. Aufl. 2002, § 6 Rn. 132.

⁵⁷ Ausführlich zur maßgeblichen Rolle der gesellschaftsrechtlichen Fachreferate und Fachreferenten im BMJ *Fleischer/Lemke*, *NZG* 2024, 317.

⁵⁸ Vgl. aus der Binnensicht des BMJ *Seibert*, in: FS Krieger, 2020, S. 912.

⁵⁹ Abgedruckt bei *Spieß*, *Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt)*, 2010, S. 37 ff.; siehe auch *Gebh/Drange/Heckelmann*, *NZG* 2006, 88.

ferentenentwurf des BMJ voraus, doch hatte die Bundesrechtsanwaltskammer dem Ministerium zuvor einen ausgearbeiteten Gesetzesvorschlag unterbreitet.⁶⁰

Demgegenüber spielen Professoren bei den modernen Rechtsformneuschöpfungen – wie schon bei der Schaffung des GmbH-Gesetzes von 1892⁶¹ – zumeist nur eine untergeordnete Rolle. Ausnahmen bestätigen die Regel: Bei den Beratungen zur SAS hat der hoch angesehene Pariser Rechtsprofessor *Yves Guyon* maßgeblich mitgewirkt⁶² und der Ursprungsentwurf für die liechtensteinische Segmentierte Verbandsperson stammte aus der Feder von *Francesco Schurr*, seinerzeit hauptamtlicher Professor an der Universität Liechtenstein.⁶³ Vereinzelt gelangen alte Regelungsideen unverhofft zu neuer Blüte. Dies gilt namentlich für den vom Wiener Rechtsprofessor *Oskar Pisko* erdachten Einzelkaufmann mit beschränkter Haftung.⁶⁴ Dieser hatte zwar 1926 Eingang in das liechtensteinische PGR gefunden, wurde aber 1980 mangels praktischer Bedeutung wieder ausgemustert.⁶⁵ Gleichwohl feierte er im Jahre 2010 in Frankreich als EIRL sein Comeback und wurde 2022 nochmals grundlegend umgestaltet.⁶⁶

4. Rechtstechnische Konstruktionen

Für die technische Umsetzung von Rechtsformneuschöpfungen stehen drei gesetzliche Konstruktionsmöglichkeiten zur Verfügung: eine völlig neue Rechtsform, eine bloße Rechtsformvariante und ein gesetzlicher Status, ergänzt um die Möglichkeit einer privaten Zertifizierung.⁶⁷

Eine „große Lösung“ besteht in der Erarbeitung einer *gänzlich neuen Rechtsform*, wie dies etwa in Griechenland mit der IKE, in Polen mit der PSA und in Österreich mit der FlexKapG geschehen ist. Dies hat den Vorteil, dass man den Ballast der alten Rechtsform(en) abwerfen und deren beschädigte Reputation hinter sich lassen kann – ein Gesichtspunkt, der insbesondere den griechischen und polnischen Reformgesetzgeber dazu bewogen hat, statt einer Reform der einheimischen GmbH eine vollständig neue Gesellschaftsform zu entwickeln.⁶⁸ Der Preis für diesen unbelasteten Neustart besteht in der Notwendigkeit, ein eigenes Rechtskleid zu schneiden, das in Griechenland aus 77 und in Polen aus 134 Vorschriften besteht. Demgegenüber kommt Frankreich für die SAS mit 20 Vorschrif-

⁶⁰ Vgl. Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK), BRAK-Stellungnahme Nr. 31/2011; zu vorherigen Initiativen der BRAK *Ewer*, AnwBl 2010, 857.

⁶¹ Dazu *Fleischer*, ZGR 2016, 37, 41; *Koberg*, Die Entstehung der GmbH in Deutschland und Frankreich, 1992, S. 123.

⁶² Vgl. *Le Cannu/Dondero* (Fn. 44), Rn. 964 mit Fn. 1.

⁶³ Vgl. *Schurr/Wohlgenannt*, LJZ 2015, 23.

⁶⁴ *Pisko*, GrünhutsZ 37 (1910), 699.

⁶⁵ Vgl. *Gubser*, Grundriss der liechtensteinischen Gesellschaftsrechtsreform 1980, 1980, S. 50 ff.

⁶⁶ Vgl. *Cozian/Viandier/Deboissy*, Droit des sociétés, 35. Aufl. 2022, Rn. 43 ff.

⁶⁷ Näher *Fleischer*, ZIP 2023, 1505, 1510 ff.

⁶⁸ Näher für die griechische IKE *Perakis*, in: FS Baums, 2017, Bd. II, S. 903, 904.

ten aus, weil das Gesetz einerseits mit Regelungsaufträgen an die Gesellschafter arbeitet und andererseits auf die Vorschriften der Société Anonyme verweist.⁶⁹ Ähnlich verhält es sich mit dem FlexKapGG in Österreich, das aus 29 Paragraphen besteht und im Übrigen das heimische GmbH-Gesetz in Bezug nimmt.⁷⁰ Noch weitreichender ist die Verweisung im Recht der Europäischen Aktiengesellschaft: Die SE-Verordnung gleicht mit ihrer Grundnorm zum anwendbaren Recht in Art. 9 Abs. 1 der Spitze eines Eisbergs, dessen größerer Teil im Meer der nationalen Aktienrechte verborgen bleibt.⁷¹

Als „kleine Lösung“ kommt eine bloße *Rechtsformvariante* in Betracht, die auf dem Fundament einer etablierten Grundform aufbaut und ihr einige Sonderregeln hinzufügt.⁷² Diesen Weg hat der Gesetzgeber in den Vereinigten Staaten für die LLP beschritten, die regelungstechnisch eine besondere Ausprägung der *general partnership* darstellt.⁷³ Gleiches gilt für die Wyoming DAO LLC mit ihrer Regelung im Anhang zum einheimischen LLC Act.⁷⁴ Hierzulande gehören ausweislich der Gesetzesmaterialien die UG (§ 5a GmbHG)⁷⁵ und die PartG mbB (§ 8 Abs. 4 PartGG)⁷⁶ in diese Reihe, nach h. M. auch die Investmentaktiengesellschaft (§ 108 Abs. 2 KAGB) und die Investmentkommanditgesellschaft (§ 124 Abs. 1 Satz 2 KAGB)⁷⁷, neuerdings ferner die Börsenmantelaktiengesellschaft (§§ 44–47b BörsG)⁷⁸. Der Charme dieser Lösung liegt sowohl in ihrer Regelungsökonomie 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.⁷⁹ Kritiker bezeichnen eine solche Regelungsstrategie dagegen etwas despektierlich als „patching-up initiatives“⁸⁰ und fordern mehr Mut zur Einführung echter Rechtsformneuschöpfungen, etwa einer kontinentaleuropäischen LLC.⁸¹

⁶⁹ Rechtsvergleichend *Trinks*, ZEuP 2023, 83, 93.

⁷⁰ Vgl. *Fleischer/Pendl*, GmbHR 2024, 174 Rn. 3 f.

⁷¹ *Fleischer*, AcP 2004 (2004), 502, 508 unter Hinweis auf die schöne Metapher von *Storme*, CMLR 1967/1968, 265, 275: „like the top of an iceberg whose greater part is submerged in an ocean of municipal law and social and economic realities“.

⁷² Grundlegend für Deutschland *Lieder* (Fn. 11), S. 503, 514 ff.; aus italienischer Sicht *Cian*, in: *Cian*, Diritto delle società, 2020, S. 59 ff.: „Nuovi submodelli intermedi“.

⁷³ Vgl. *Hurt/Smith*, Bromberg and Ribstein on Limited Liability Partnerships, Stand: 2021-1, § 1.02[A], 1-19.

⁷⁴ Wyoming Decentralized Autonomous Organization Supplement, SF0038, 66th Leg., Gen. Sess. 2021.

⁷⁵ Vgl. BegrRegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 32; dazu auch OLG Nürnberg, NZG 2014, 422.

⁷⁶ Vgl. BegrRegE PartGG mbB, BT-Drucks. 17/10487, S. 13, 17, 18.

⁷⁷ Vgl. BegrRegE AIFM-UmsG, BT-Drucks. 17/12294, S. 241, 247, 249.

⁷⁸ Vgl. BegrRegE ZuFinG, BT-Drucks. 20/8292, S. 99, 100.

⁷⁹ Vgl. *Fleischer*, NZG 2014, 1081, 1089 m. w. N.

⁸⁰ *McCahery/Vermeulen/Hisatake/Saito*, in: *McCahery/Timmerman/Vermeulen*, Private Company Law Reform, 2009, S. 71, 73, 87.

⁸¹ So *McCahery/Vermeulen/Hisatake/Saito* (Fn. 80), S. 71, 113 ff.

Quer zu diesen beiden gesetzgeberischen Regelungstechniken steht eine dritte, die man als rechtsformübergreifende Gestaltungsform oder *gesetzlichen Status* bezeichnen könnte.⁸² Hier hält der Gesetzgeber bestimmte Sonderregeln bereit, die mehreren oder allen Gesellschaftsformen als Regelungsoption zur Verfügung stehen. Ein Beispiel bildet die italienische Società Benefit, die mit ihren neun Vorschriften über eine duale Zwecksetzung allen Personen- und Kapitalgesellschaften sowie der Genossenschaft zur Verfügung steht. Sie bildet nach italienischer Lesart „non un nuovo tipo societario“⁸³, sondern lediglich ein „label“⁸⁴ für jede im Fünften Buch des Codice civile unter den Titeln V und VI geregelte Rechtsform. Ähnlich verhält es sich mit der französischen Société à mission, die als Status allen Handelsgesellschaften offensteht.⁸⁵ Hinzuweisen ist schließlich noch auf die liechtensteinische Segmentierte Verbandsperson (Protected Cell Company)⁸⁶, die nicht nur aus einer, sondern aus mehreren Vermögensmassen besteht und als „gesellschaftsrechtliche Gestaltungsform“⁸⁷ etwa für die AG, Anstalt oder Stiftung genutzt werden kann.

Nur der Vollständigkeit halber ist noch die Möglichkeit einer *privaten Zertifizierung* zu nennen. Sie gewinnt international vor allem im Nachhaltigkeitsbereich an Bedeutung: Statt „guter Produkte“ werden „gute (Kapital-)Gesellschaften“ zertifiziert.⁸⁸ Als Prototyp gilt die Certified B Corporation, kurz: B Corp, ein privates Gütesiegel der gemeinnützigen Organisation B Lab mit Hauptsitz in Pennsylvania.⁸⁹ Dieses Siegel wird nach erfolgreichem Durchlaufen eines standardisierten privaten Zertifizierungsverfahrens (B Impact Assessment) verliehen und darf nicht mit der Benefit Corporation als gesetzlicher Organisationsform verwechselt werden, auch wenn hinter beiden dieselben Ideengeber stehen.⁹⁰ Heute ist B Corp ein weltweit etabliertes Gütesiegel mit über 5.000 zertifizierten B Corporations in mehr als 70 Ländern und über 150 verschiedenen Branchen.⁹¹

⁸² Vgl. im Zusammenhang mit Sozialunternehmen *Liptrap*, J. Corp. L. Stud. 20 (2020), 495, 496 mit Fn. 1: „To gain the legal status, an interested form would need to alter its articles of association to conform to certain legal requirements. With the legal status, it would therefore be possible to form a social enterprise ‘association’, ‘cooperative’, ‘foundation’, ‘mutual’, ‘partnership’ or, indeed, a ‘company’ [...]“

⁸³ *Cian* (Fn. 72), S. 50.

⁸⁴ *Caterino*, Giur. comm. 2020, I, 787, 789.

⁸⁵ Vgl. *Cozian/Viandier/Deboissy* (Fn. 66), Rn. 66: „[I]l ne s’agit pas d’une nouvelle forme sociale, mais d’un simple label.“; rechtsvergleichend *Fleischer/Chatard*, NZG 2021, 1525.

⁸⁶ Vgl. *Helbock*, LJZ 2018, 22; *Tschütscher-Alanyurt*, LJZ 2021, 121.

⁸⁷ *Schurr/Wohlgenannt*, LJZ 2015, 23, 28: „Wie bereits angeführt, stellt die segmentierte Verbandsperson keine neue Rechtsform, sondern eine gesellschaftsrechtliche Gestaltungsform dar.“

⁸⁸ Grundlegend der Sammelband von *Burgi/Möslein*, *Zertifizierung nachhaltiger Kapitalgesellschaften*, 2021.

⁸⁹ Monographisch *Marquis*, *Better Business. How the B Corp Movement is Remaking Capitalism*, 2020.

⁹⁰ Näher *Fleischer*, AG 2023, 1 Rn. 3 ff. m.w.N.

⁹¹ Näher <<https://www.bcorporation.de>> (1.6.2024).

5. Branchenspezifische versus bereichsoffene Rechtsformen

Die Geschichte des Gesellschaftsrechts kennt sowohl sektorspezifische als auch bereichsoffene Organisationsformen. Zu ersteren zählen die bergrechtliche Gewerkschaft, die Partenreederei und der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit,⁹² zu letzteren GmbH und AG. Auch unter den modernen Rechtsformneuschöpfungen gibt es solche, die nur bestimmten Wirtschaftszweigen oder Verwendungsrichtungen offenstehen, z. B. die EWIV als Vehikel für grenzüberschreitende Kooperationen oder die PartG mbB als Spezialrechtsform für Freiberufler. Besonders verwirrend ist die Rechtslage bei den verschiedenen Ausprägungen der LLP: In den Vereinigten Staaten stand sie anfangs nur den Angehörigen einiger freier Berufe offen; so verhält es sich noch heute in Kalifornien⁹³ und New York, während in Delaware und den meisten anderen Bundesstaaten keine Zugangsbeschränkungen mehr bestehen. Im Vereinigten Königreich ist die ursprünglich vorgesehene Begrenzung auf Freiberufler schon während des Gesetzgebungsverfahrens entfallen, sodass die dortige LLP von jedem auf Gewinnerzielung angelegten Unternehmen genutzt werden kann. Demgegenüber steht die japanische LLP den freien Berufen gerade nicht offen.⁹⁴

6. Verhältnis zu den angestammten Organisationsformen

Jede Rechtsformneuschöpfung trifft auf ein gewachsenes Regelungsgefüge angestammter Organisationsformen. Im deutschen Reformschrifttum wird zuweilen empfohlen, zwischen alten und neuen Rechtsformen einen gewissen Mindestabstand einzuhalten, um Kannibalisierungseffekte zu vermeiden.⁹⁵ Dieses Argument ist auch in der polnischen Reformdebatte gegen die Einführung einer Einfachen Aktiengesellschaft vorgetragen worden, vermochte sich dort aber nicht durchzusetzen.

Nach erfolgter Einführung gewinnt der systematische Standort der neuen Rechtsform vor allem für die Schließung von Regelungslücken Bedeutung. Dies lässt sich besonders gut am Beispiel der LLC mit ihrem hybriden Charakter zwischen Personen- und Kapitalgesellschaft veranschaulichen. So hat die Spruchpraxis verschiedentlich erörtert, ob auch bei der LLC ein Haftungsdurchgriff (*piercing the corporate veil*) nach dem Vorbild des Korporationsrechts zulässig ist.⁹⁶

⁹² Eingehend dazu *Fleischer*, in: FS Grunewald, 2021, S. 209, 220 m. w. N.

⁹³ Vgl. Cal. Corp. Code § 16101(6)(A): „to engage in the practice of architecture, the practice of public accountancy, the practice of engineering, the practice of land surveying, or the practice of law“.

⁹⁴ Zu dieser Merkwürdigkeit *Baum/Goto*, ZJapanR 41 (2016), 89, 104.

⁹⁵ Vgl. *Bayer*, Gutachten zum 67. Deutschen Juristentag 2008, Bd. I, E 91: „Es ist darauf zu achten, dass die unterschiedlichen Rechtsformen ‚zielgruppenorientiert angeboten‘ werden. Bei der Ausgestaltung von nichtbörsennotierter AG einerseits und GmbH andererseits muss ein ‚Abstand der Rechtsformen‘ eingehalten werden.“

⁹⁶ Vgl. etwa *Kaycee Land & Livestock v. Flahive*, 46 P.3d 323, 329 (2002): „No reason exists in law or equity for treating an LLC differently than a corporation is treated when considering whether to disregard the legal entity.“

Schließlich führt das Hinzutreten der Rechtsformneuschöpfung unweigerlich zu einem Binnenwettbewerb zwischen den nationalen Gesellschaftsformen. Ein attraktiver Neuankömmling kann den bisherigen Platzhirschen Marktanteile bei den Neugründungen abjagen. Beobachten lässt sich dies etwa in den Vereinigten Staaten, wo die LLC der *corporation* längst den Rang abgelaufen hat,⁹⁷ und in Frankreich, wo die SAS inzwischen die einheimische AG und GmbH bei Neugründungen überflügelt hat.⁹⁸ Ähnliches zeichnet sich für die neue IKE in Griechenland ab.⁹⁹ Ob die FlexKapG in Österreich mittelfristig zur Marginalisierung der GmbH führt,¹⁰⁰ bleibt abzuwarten. Historisch lehrreich ist der allmähliche Bedeutungsverlust des Business Trust in den Vereinigten Staaten zu Beginn des 20. Jahrhunderts, als das dortige *corporation law* nach und nach liberalisiert wurde.¹⁰¹

V. Internationale und rechtsvergleichende Aspekte

Für ein noch tieferes Verständnis von Rechtsformneuschöpfungen ist es lohnend, sich mit deren internationalen und rechtsvergleichenden Facetten vertraut zu machen.

1. Internationaler Wettbewerb der Rechtsformen

Dass nationale Rechtsforminnovationen häufig eine Antwort auf den internationalen Wettbewerb der Rechtsordnungen bilden, ist mit Händen zu greifen. Ein prominentes Beispiel bildet die französische SAS, die ursprünglich als Nischenrechtsform für grenzüberschreitende Joint Ventures aus der Taufe gehoben wurde, um deren Gründung nach niederländischem oder englischem Recht Einhalt zu gebieten.¹⁰² Weitere Beispiele sind Legion. Sie lassen sich im konzeptionellen Zugriff danach unterscheiden, ob es ihnen in erster Linie darum geht, das eigene Gesellschaftsrecht für ausländische Unternehmen attraktiver zu machen (*proactive competition*) oder ob sie ein Abwandern inländischer Unternehmen ins Ausland verhindern wollen (*passive competition*).¹⁰³

⁹⁷ Vgl. *Hynes/Loewenstein*, Agency, Partnership and the LLC, 5. Aufl. 2020, § 103, S. 353.

⁹⁸ Zahlen bei *Périn*, RTDF 2018 n° 1, 35.

⁹⁹ Vgl. *Perakis*, ECFR 2022, 339, 349: „In fact, the EPE [= griechische GmbH] is the only company form practically in the red, meaning that it is slowly fading out. If this trend continues, in some years there will be only few of them left. The main reason for that is mainly the competition with the ‘private company’ [= IKE].“

¹⁰⁰ Vgl. *Kalss*, GesRZ 2023, 345: „Zu erwarten ist daher, dass viele FlexCos neu gegründet werden und zudem viele bestehende Gesellschaften den Weg des [...] Rechtsformwechsels wählen werden. Die große Schwester GmbH wird wohl bald alt und klein aussehen.“

¹⁰¹ Vgl. *Rutledge/Hubbart*, 65 Bus. Law. 1055 (2010): „As rules constraining the corporate form began to fall, the need for the business trust as a gap filler in the menu of organizational form diminished.“

¹⁰² Näher *Le Cannu/Dondero* (Fn. 44), Rn. 964 m. w. N.

¹⁰³ Grundlegend zu dieser Unterscheidung *Cumming/MacIntosh*, 20 Int. Rev. L. Econ. 141 (2000); aufgegriffen bei *Bachmann/Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön*, Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft, 2012, S. 200 f.

Einen „Offensivwettbewerb“ betreibt bekanntlich seit langer Zeit Delaware, wie die Einführung des Statutory Business Trust im Konkurrenzkampf mit Massachusetts erneut belegt: „We are advised by investment bankers and others, that were we to statutorily recognize business trusts we could get more of the business into the state of Delaware. And that would mean revenue for Delaware’s banks, trust companies, attorneys and the like [...]“.¹⁰⁴ Ähnliches lässt sich in Singapur beobachten, das sich mit seinem Registered Business Trust einen Wettbewerbsvorsprung vor seinen lokalen Konkurrenten Hongkong und Malaysia im Kampf um ausländische Investoren verschaffen wollte.

Demgegenüber dominiert im deutschen Gesellschaftsrecht der „Defensivwettbewerb“: So bildete die Einführung der UG eine Reaktion auf den *limited*-Gründungsboom in Deutschland im Gefolge der *Centros*-Rechtsprechung des EuGH¹⁰⁵, und durch Einführung der PartG mbB sollte bei den anwaltlichen Großkanzleien ein „Trend zum Rechtsformwechsel zur Limited Liability Partnership (LLP) nach englischem Recht“¹⁰⁶ gestoppt werden.

2. Zirkulation von Organisationsmodellen

Besondere Aufmerksamkeit gebührt weiterhin dem Stellenwert der Rechtsvergleichung bei der Schöpfung neuer Gesellschaftsformen. Von dem kürzlich verstorbenen italienischen Komparatisten *Rodolfo Sacco* (1923–2022) stammt der schöne Begriff der *circolazione dei modelli*.¹⁰⁷ Eine solche Zirkulation von Organisationsmodellen lässt sich auch für unser Thema nachweisen. So reiste etwa die Rechtsidee einer haftungsbeschränkten Personengesellschaft von den Vereinigten Staaten nach Japan, ins Vereinigte Königreich und in gewisser Weise auch nach Deutschland. Im Rahmen dieser Zirkulation fand – wie von *Sacco* ebenfalls angesprochen¹⁰⁸ – eine gewisse Mutation statt. Dies zeigt sich etwa bei einer Gegenüberstellung von US-amerikanischer und britischer LLP: Während Erstere eine besondere Ausprägung der *general partnership* darstellt,¹⁰⁹ wird Letztere – trotz ihrer insofern irreführenden Bezeichnung – gemeinhin dem *company law* zugeordnet.¹¹⁰ Wörtlich heißt es hierzu in den Gesetzesmaterialien: „The LLP’s

¹⁰⁴ *Moran*, Sachverständigenanhörung vor dem Senat Delawares vom 11.5.1988.

¹⁰⁵ Vgl. *Fleischer* (Fn. 21), Einl. Rn. 229 ff.

¹⁰⁶ BegrRegE PartG mbB, BT-Drucks. 17/10487, S. 1 mit dem Zusatz: „Jedoch soll eine deutsche Alternative zur GmbH geboten werden.“

¹⁰⁷ *Sacco*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Bd. II, 1988, S. 365 ff.; ferner *Sacco/Rossi*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 2017, Kap. I, § 1 Rn. 45: „Zirkulation der Rechtsmodelle“.

¹⁰⁸ Vgl. *Sacco* (Fn. 107), S. 365 unter der Überschrift „Circolazione e mutazione dei modelli giuridici“.

¹⁰⁹ Fn. 73.

¹¹⁰ Vgl. *Davies/Worthington/Hare*, *Gower’s Principles of Modern Company Law*, 11. Aufl. 2021, Rn. 1-004.

existence as a separate legal entity makes it more closely akin to a company than to a partnership.⁶¹¹

Ein zweites Beispiel bildet die Zirkulation der US-amerikanischen Benefit Corporation als einer Gesellschaftsform mit dualer Zwecksetzung nach Italien oder Frankreich¹¹² – wiederum mit charakteristischen Veränderungen, nämlich nicht als eine eigene Gesellschaftsform, sondern als gesetzlicher Status für alle Handelsgesellschaften.

In ähnlicher Weise hat die deutsche UG in Belgien (*société à responsabilité starter*), Italien (*società à responsabilità semplificata*), Dänemark (*ivaerksatter-selskab*) und Luxemburg (*société à responsabilité limitée simplifiée*) Nachahmer gefunden,¹¹³ wobei alle vier Nachbarländer versucht haben, das hiesige Grundmuster in mancher Hinsicht zu verbessern. Fortgepflanzt hat sich schließlich auch die französische SAS in zahlreichen lateinamerikanischen Staaten, im Rahmen der OHADA, einer Organisation zur Harmonisierung des Wirtschaftsrechts in Afrika mit derzeit 17 Mitgliedstaaten, und gleichsam vor der eigenen Haustür in Luxemburg.¹¹⁴

VI. Fördernde Faktoren für eine Rechtsforminnovation

1. Einfluss des Steuerrechts

Nicht nur in Deutschland, sondern fast allerorten wirft das Steuerrecht einen mächtigen Schlagschatten auf die Rechtsformwahl. Erfolg oder Misserfolg einer Rechtsformneuschöpfung hängen daher häufig von den steuerrechtlichen Rahmenbedingungen ab. Frei nach *Goethes* Faust: „Zum Steuerrecht drängt, am Steuerrecht hängt doch alles.“ Ein Paradebeispiel dafür bietet die LLC in den Vereinigten Staaten, die sich wegen ihres ungeklärten steuerlichen Status längere Zeit als wahrer Ladenhüter erwies, bevor die zuständige Steuerbehörde mit ihrer Wyoming Revenue Ruling von 1988 erklärte, dass die Haftungsbeschränkung der dortigen LLC ihrer Einordnung als *partnership* nicht von vornherein entgegenstehe.¹¹⁵ Im Anschluss daran fegte eine wahre LLC-Gesetzgebungswelle durch die einzelnen Bundesstaaten, die man im Nachhinein als „LLC Revolution“¹¹⁶ bezeichnet. Steuergetrieben waren auch Bedeutungsaufschwung und -abschwung der österreichischen Privatstiftung: Ihr anfänglicher Boom beruhte maßgeblich darauf, dass bei

¹¹¹ UK Department of Trade and Industry, Limited Liability Partnerships Act 2000, Explanatory Notes, Rn. 13.

¹¹² Vgl. den Aufsatztitel von *Ventura*, *Contratto e impresa* 2016, 1134 unter der Überschrift „Benefit corporation e circolazione di modelli: le ‚società benefit‘, un trapianto necessario?“.

¹¹³ Eingehend dazu *Fleischer*, DB 2017, 291, 293 ff.; zur späteren Abschaffung in Belgien und Dänemark *Fleischer* (Fn. 21), Einl. Rn. 227.

¹¹⁴ Vgl. etwa *Ayangma*, *La Société par Actions Simplifiée de Droit OHADA*, 2019.

¹¹⁵ Internal Revenue Service, Revenue Ruling 88-76, 1988-2 C.B. 360.

¹¹⁶ So etwa die Zwischenüberschrift bei *Ribstein* (Fn. 23), S. 119.

Vermögenszuwendungen an die Stiftung weder Erbschafts- noch Schenkungssteuer mit Steuersätzen von bis zu 60 Prozent anfiel; ihre spätere Stagnation ist auf den schrittweisen Abbau der Steuervergünstigungen zurückzuführen.¹¹⁷ Schließlich lässt sich auch für die britische LLP festhalten, dass sie sich wesentlich aufgrund ihrer steuerlichen Vorteile durchzusetzen vermochte: Obwohl dogmatisch als Körperschaft einzuordnen, gewährt ihr der LLP Act von 2000 grundsätzlich eine transparente Besteuerung vergleichbar der einer *partnership*.¹¹⁸

2. Schonung gewachsener Regelungsstrukturen

Ein weiterer Schlüssel zum Erfolg scheint in manchen Fällen darin zu bestehen, hergebrachte gesellschaftsrechtliche Regelungsstrukturen nach Möglichkeit unberührt zu lassen und stattdessen nach Alternativlösungen zu suchen. Ein *case in point* ist die Ausgestaltung der britischen LLP als gänzlich neue Rechtsform mit dem Ziel, das geltende Recht der *company* und *partnership* nicht anzutasten: „The principle on which we must insist all through the Bill is that we are changing as little other law as possible.“¹¹⁹ In Frankreich gilt die Verselbständigung der SAS als eigenständige Rechtsform ebenfalls als kluger Schachzug, der lange Debatten über eine Reform des Aktienrechts verhinderte und es ermöglichte, frische Impulse bei der Ausarbeitung des neuen Rechtskleids zu setzen, ohne die aktienrechtlichen Traditionslinien anzutasten oder gar abzuschneiden.¹²⁰ Für Österreich betont eine Sachkennerin aus dem Ministerium, dass den Reformbefürwortern die Zurückdrängung der Notariatsaktsform bei der Anteilsübertragung mit der neuen Rechtsform der FlexKapG leichter realisierbar schien als im Rahmen des hergebrachten GmbH-Rechts.¹²¹ Gleichsinnig betont eine Stimme aus der Anwaltschaft, dass im Neuanfang der Rechtsform das Lobbying von Partikularinteressen besser überwindbar sei.¹²² International spricht man insofern vom „regulatory dualism“¹²³.

3. Schrittweise Fortentwicklung von Rechtsinnovationen

Überdies kann es ratsam sein, es zunächst bei überschaubaren Neuerungen zu belassen, um rechtspolitischen Gegenwind möglichst gering zu halten: Juristen und (Rechts-)Politiker schätzen inkrementelle, keine radikalen Reformschritte. Diese

¹¹⁷ Vgl. *Pendl*, GesRZ 2022, 191, 197 f.

¹¹⁸ Vgl. sec. 10 LLPA 2000.

¹¹⁹ *Lord MacIntosh of Haringey*, Hansard, H.L. Ser. 5, Vol. 608, col. 1353.

¹²⁰ Rechtsvergleichend *Trinks*, ZEuP 2023, 83, 102 f.

¹²¹ So *S. Bydlinski*, ÖJZ 2023, 883, 886 mit Fn. 13.

¹²² So *Rastegar*, *ecolex* 2023, 909, 910.

¹²³ Vgl. den Aufsatz von *Gilson/Hansmann/Pargendler*, *Regulatory Dualism as a Development Strategy: Corporate Reform in Brazil, the United States, and the European Union*, 63 *Stan. L. Rev.* 475 (2011); den Begriff aufgreifend *Doralt/Rastegar/Gelter/Conac/Rastegar/Schuster*, GesRZ 2021, 120, 132 mit Fn. 127; *Rastegar*, *ecolex* 2023, 909, 910: „Regulatorischer Dualismus“.

„Politik der kleinen Schritte“ beherzigte man etwa bei der texanischen Ursprungsfassung der LLP, die nur moderate und partielle Haftungsbeschränkungen vorsah.¹²⁴ Nachdem sich der Geschäftsverkehr an den Gedanken einer haftungsbeschränkten Freiberufersozietät gewöhnt hatte, wurden die Haftungsbeschränkungen in der zweiten und dritten Generation der LLP-Gesetze sukzessive ausgebaut, bis sich die Haftung der Partner weitgehend der Gesellschafterhaftung in der *corporation* und LLC angenähert hat.¹²⁵

In Frankreich stellt man als Erfolgsrezept der SAS heraus, dass sie zunächst auf einen engen Anwendungsbereich – juristische Personen ab einem Mindestkapital von 1,5 Mio. Francs – beschränkt war, bevor sie dann im Jahre 1999 für Ein- und Mehrpersonengründungen von natürlichen Personen geöffnet wurde.¹²⁶ Wie viel hieran vorausschauendes Kalkül des ursprünglichen Reformgesetzgebers war und wie viel schlicht glückliche Fügung, lässt sich freilich im Nachhinein nur schwer aufhellen.

4. Ausformulierte Gesetzesvorschläge

Überdies steigen die Aussichten für die erfolgreiche Umsetzung einer neuen Regelungsidee, wenn es für sie bereits einen ausformulierten Gesetzesvorschlag gibt. So verhielt es sich etwa bei der Benefit Corporation, für welche B Lab ein Modellstatut bereitstellte.¹²⁷ Auch die österreichische Privatstiftung profitierte von einem vollständigen Vorentwurf aus Praktikerkreisen, auf dem die weiteren Reformarbeiten einer Arbeitsgruppe des Justizministeriums aufbauen konnten. In ähnlicher Weise wurde die Entstehung der französischen SAS durch einen Regelungsvorschlag einer Arbeitsgruppe der französischen Arbeitgebervereinigung befördert,¹²⁸ der sodann in leicht veränderter Form seinen Weg in Kabinett und Nationalversammlung fand.

5. Alleinstellungsmerkmale und Kippunkte

Ebenso wie bei gewöhnlichen Produktinnovationen¹²⁹ ist auch bei Rechtsformneuschöpfungen eine sog. Unique Selling Proposition (USP) von großem Vorteil. Hierunter versteht man eine Bezeichnung und Aufmachung, durch die sich die neue Rechtsform markant von ihren Konkurrenten abhebt. Beispiele bilden der

¹²⁴ Vgl. *Howard*, 63 *Baylor L. Rev.* 268, 271 (2011); ferner *Hamilton*, 66 *U. Colo. L. Rev.* 1065, 1091 (1995): „quietly obtaining limited liability for all partners in general partnerships without telling the world about it“.

¹²⁵ Vgl. RUPA Sec. 306, Comment 3 on Subsection (c).

¹²⁶ Dazu *Le Cannu/Dondero* (Fn. 44), Rn. 964.

¹²⁷ Vgl. *Cummings/Rowhouser*, 17 *Wyo. L. Rev.* 457, 463 (2017): „Promotion of Benefit Corporations as a legal entity began when B Lab provided a model statute that could be used to further the concept to state legislatures.“

¹²⁸ Abgedruckt bei *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 55), Annexe, S. 23 ff.

¹²⁹ Eingehend dazu *Meffert/Burmann/Kirchgeorg/Eisenbeiß*, *Marketing*, 13. Aufl. 2019, S. 405 ff.

supranationale Charakter und die europäische Marke der Societas Europaea oder das einzigartige Profit & Purpose-Versprechen der Benefit Corporation.

Auch originelle Rechtsformideen mit einem klar erkennbaren Mehrwert müssen allerdings einen Kippunkt erreichen, an dem sie bekannt genug werden, um sich breitflächiger durchzusetzen. Veranschaulichen lässt sich dieses sog. Tipping-Point-Konzept am Beispiel der Europäischen Aktiengesellschaft, die anfangs in Deutschland kaum Fuß fassen konnte. Spötter sprachen bereits davon, dass es hierzulande mehr SE-Kommentare als SE-Gesellschaften gebe.¹³⁰ Dies änderte sich schlagartig, als sich mit der Münchener Allianz im Jahre 2005 ein DAX-Schwergewicht in eine SE umwandelte.¹³¹

6. Für Neuerungen aufgeschlossene Kautelarpraxis

Schließlich bedarf es zur Durchsetzung einer Rechtsforminnovation einer für Neuerungen aufgeschlossenen Kautelarpraxis. Gesichtspunkte der Pfadabhängigkeit, beträchtliche Rechtsunsicherheit mangels einschlägiger Präjudizien, fehlende Vertragsmuster sowie der allgemeine *status quo bias* dürften tendenziell zu einer gewissen Trägheit des Rechtsformenmarktes führen. Zur Überwindung dieser Hindernisse braucht man Anwälte, die mit juristischem Pioniergeist und Wagemut als „legal adventurers“¹³² voranschreiten. Aus ökonomischer Sicht kann man sie im Sinne der österreichischen Schule der Nationalökonomie auch als findige Unternehmer einordnen, die für ihre Klienten bisher ungenutzte rechtliche Möglichkeiten erkennen und daraus Arbitragegewinne schöpfen.¹³³

VII. Maßstäbe für den Erfolg einer Rechtsformneuschöpfung

Schwieriger als es auf den ersten Blick scheint, gestaltet sich die Suche nach geeigneten Maßstäben für den Erfolg einer Rechtsformneuschöpfung. Man könnte zunächst auf die nackten Zahlen schauen. Dann wären etwa 186.000 UGs¹³⁴ ein enormer Erfolg für den Reformgesetzgeber des MoMiG. Ähnliche Erfolgsgeschichten ließen sich bei Anlegung dieses Maßstabs für die US-amerikanische LLC oder die französische SAS erzählen. Allerdings sind die absoluten Zahlen nur begrenzt aussagekräftig, wenn die Rechtsformneuschöpfung von vornherein nur als Nischenprodukt konzipiert ist. So liegt es etwa bei dem französischen Groupement d'Intérêt Économique als Kooperationsvehikel vor allem für kleine

¹³⁰ Dazu *Fleischer*, in: Willoweit, Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert, 2007, S. 485, 499.

¹³¹ Einzelheiten bei *Fleischer/Chatard*, in: *Fleischer/Mock*, Große Gesellschaftsverträge aus Geschichte und Gegenwart, 2021, S. 479, 508 ff.

¹³² *Fleischer*, ZGR 2016, 36, 55 unter Übernahme des Bildes von *Fuller*, 51 Harv. L. Rev. 1373 (1938).

¹³³ Vgl. *Schwartzstein*, 55 Ohio State L.J. 1049, 1071 ff. (1994) unter der Zwischenüberschrift „The Lawyer as Entrepreneur“.

¹³⁴ Zu dieser Zahl *Bayer/Lieder/Hoffmann*, GmbHR 2023, 709 Rn. 13.

und mittlere Unternehmen sowie bei dem Registered Business Trust in Singapur, der speziell als börsengängige Organisationsform für Immobilien- und Infrastrukturprojekte geschaffen wurde. In solchen Fällen könnte sich eine Erfolgsbewertung an den gesetzgeberischen Zielvorstellungen orientieren.

Überdies blieben bei einer isolierten Würdigung der Rechtsformneuschöpfung Auswirkungen auf schon bestehende Gesellschaftsformen außer Betracht.¹³⁵ Am Beispiel der Benefit Corporation muss man zur Vervollständigung des Gesamtbildes etwa fragen, ob ihre Einführung die Glaubwürdigkeit sozialer Unternehmensziele auch für alle sonstigen gemeinnützigen oder gewinnorientierten Organisationsformen erhöht oder gerade umgekehrt untergräbt: „Societal Spillovers v. Category Threat“¹³⁶. In ähnlicher Weise wird man zur Ermittlung des volkswirtschaftlichen Nutzens der UG weitere Effekte berücksichtigen müssen. Dazu gehört einerseits die höhere Insolvenzquote der UG gegenüber der GmbH, andererseits ihr Mobilisierungseffekt für erfolgreiche Unternehmensgründungen, die ohne Einführung der UG nicht entstanden wären.¹³⁷ Dies alles ist mit beträchtlichen Erfassungs- und Messproblemen verbunden, die wohl nur ein vernünftiges Vermuten erlauben.¹³⁸

VIII. Theoretische Deutungsangebote und Perspektiven

Rechtsformneuschöpfungen bilden überdies ein attraktives Exerzierfeld für verschiedene Theorien zur Fortentwicklung des Gesellschaftsrechts.

1. Regulierungswettbewerb im Gesellschaftsrecht

Einen etablierten Analyserahmen für Rechtsformneuschöpfungen bilden markttheoretische Erklärungsansätze über den Regulierungswettbewerb im Gesellschaftsrecht.¹³⁹ Sie ziehen Parallelen zwischen Gütermärkten und Märkten für Rechtsprodukte, die in programmatischen Aufsatztiteln wie „Law as a Product“¹⁴⁰ oder „The Production of Corporate Law“¹⁴¹ zum Ausdruck kommen.

¹³⁵ Zu diesem Gesichtspunkt *Rawhouser/Cummings/Crane*, Cal. Management Rev. 57, No. 3 Spring 2015, 13, 14: „However, the emergence of new organizational legal forms is likely to have consequences not only for this new class of social hybrid organizations, but for organizations that use existing for-profit and nonprofit legal forms.“

¹³⁶ So die Zwischenüberschrift bei *Rawhouser/Cummings/Crane*, Cal. Management Rev. 57, No. 3 Spring 2015, 13, 14, 23 mit dem erläuternden Zusatz: „While proponents cited positive societal spillovers, opponents focused on identifying potential threats to organizations occupying existing categories.“

¹³⁷ Vgl. *Fleischer*, DB 2017, 291, 293.

¹³⁸ Näher *Fleischer* (Fn. 21), Einl. Rn. 206 m. w. N.

¹³⁹ Monographisch *Heine*, Regulierungswettbewerb im Gesellschaftsrecht, 2003; international etwa *Bainbridge/Anabtawi/Kim/Park*, Can Delaware Be Dethroned?, 2018.

¹⁴⁰ *Romano*, 1 J.L. Econ. & Org. 225 (1985).

¹⁴¹ *Carney*, 71 S. Cal. L. Rev. 715 (1998).

Im vorliegenden Zusammenhang lassen sich gleich drei verschiedene Wettbewerbslagen ausmachen: (a) der Binnenwettbewerb zwischen den nationalen Gesellschaftsformen, z. B. LLC versus *corporation* oder SAS versus *société anonyme*, (b) der Wettbewerb zwischen in- und ausländischen Rechtsformen, z. B. deutsche UG versus englische *limited*, sowie (c) der Wettbewerb zwischen nationalen und supranationalen Gesellschaftsformen. Während die ersten beiden Wettbewerbslagen als Ausprägungen eines horizontalen Wettbewerbs bereits erwähnt wurden,¹⁴² bleibt hier die dritte Dimension in Form einer vertikalen Regelkonkurrenz zu besprechen. Ihre Besonderheiten sind wissenschaftlich bisher unterbelichtet.¹⁴³ Aus deutscher Sicht ist an den Wettbewerb zwischen nationaler AG und supranationaler SE zu denken, in dem Letztere bemerkenswert erfolgreich abschneidet: Während die Zahl der Aktiengesellschaften zuletzt auf 13.300 gesunken ist, ist die der deutschen SE heute auf 905 gestiegen.¹⁴⁴

2. Politische Ökonomie des Gesellschaftsrechts

Weitere Einsichten versprechen Beobachtungen durch die Linse der Neuen Politischen Ökonomie (Public Choice). Diese geht davon aus, dass sich bestimmte Interessengruppen im Gesetzgebungsprozess Sondervorteile auf Kosten anderer Gruppen und potentiell zum Nachteil der Gesamtwohlfahrt verschaffen wollen.¹⁴⁵ Solche „Public Choice Stories“¹⁴⁶ lassen sich auch über manche Rechtsformneuschöpfungen erzählen. Auffällig ist etwa, wie erfolgreich Anwälte und Wirtschaftsprüfer in den Vereinigten Staaten, England und Deutschland bei der Neueinführung haftungsbeschränkter Personengesellschaften gewesen sind. Hierzu dürfte nicht zuletzt beigetragen haben, dass sie allerorten gut organisiert und politisch bestens vernetzt sind. Im Vereinigten Königreich investierten zwei der großen WP-Gesellschaften, PriceWaterhouse und Ernst & Young, eine Million Pfund,¹⁴⁷ um dem Gesetzgeber der kleinen Kanalinsel Jersey einen Entwurf für eine Jersey Limited Liability Partnership vorzulegen, der binnen kürzester Zeit verabschiedet wurde. Der britische Gesetzgeber reagierte auf diese unverhohlene Abwanderungsdrohung mit Einführung einer eigenen LLP. Eine Literaturstimme resümierte: „There is no doubting the importance of interest groups in the story of the LLP, and their pressure had more to do with this development than did natural evolution.“¹⁴⁸

¹⁴² Vgl. oben IV. 1. und V. 2.

¹⁴³ Frühe Ansätze in Bezug auf die SE bei *Enriques*, J. Corp. L. Stud. 4 (2004), 77; allgemeiner *Fleischer*, ZHR 174 (2010), 385, 413 ff.

¹⁴⁴ Zu beiden Zahlen *Bayer/Lieder/Hoffmann*, GmbHR 2023, 705 Rn. 18.

¹⁴⁵ Frühe Einführung bei *Farber/Frickey*, Law and Public Choice, 1991; speziell mit Blick auf das US-amerikanische Gesellschaftsrecht *Macey/Miller*, 65 Tex. L. Rev. 469 (1987): „Toward an Interest-Group Theory of Delaware Corporate Law“.

¹⁴⁶ *Gordon*, 91 Colum. L. Rev. 1931, 1957 (1991).

¹⁴⁷ Vgl. *Sikka/Willmott*, in: *Chapman/Cooper/Miller*, Accounting, Organizations & Institutions, 2009, S. 396, 412.

¹⁴⁸ *Finch/Freedman*, J.B.L. 2002, 475, 480.

3. Wirtschaftlicher, politischer und sozialer Kontext

Rechtsformneuschöpfungen entstehen in einem historisch jeweils einmaligen wirtschaftlichen, sozialen und politischen Umfeld.¹⁴⁹ Solche Kontextfaktoren wirken in unterschiedlichem Maße auf den Gesetzgebungsprozess ein. Man wird ihnen daher bei der Erforschung von Rechtsforminnovationen gebührende Beachtung schenken müssen. Wer nach einem theoretischen Rahmen hierfür sucht, mag auf das Modell der Ko-Evolution von Wirtschaft, Politik, Gesellschaft und Recht zurückgreifen,¹⁵⁰ wie es in der Systemtheorie vorherrscht.¹⁵¹ Ein besonders markantes Beispiel für eine solche Interaktion zwischen politischem und rechtlichem Subsystem bildete die Einführung der Community Interest Company im Vereinigten Königreich als Teil einer größeren Strategie („Third Way“) der sog. New Labour Regierung zur stärkeren Privatisierung der öffentlichen Daseinsvorsorge.¹⁵²

4. Evolutionstheoretische Perspektiven

Schließlich lassen sich womöglich auch evolutionstheoretische Konzepte gewinnbringend einsetzen.¹⁵³ Sie zeichnen sich dadurch aus, dass sie nicht nach einer deterministischen Erklärung für rechtlichen Wandel suchen, sondern Veränderungen vor allem als Ergebnis historischer Kontingenzen und Prozesse begreifen: „Es war, wie es war, es hätte auch anders, wenngleich nicht beliebig anders sein können.“¹⁵⁴ Dass auch der Zufall bei erfolgreichen Rechtsformneuschöpfungen seine Hand im Spiel hat, drängt sich nach Durchsicht mancher Einzelstudien geradezu auf. Wer hätte etwa vorher gedacht, dass die 1977 in den Vereinigten Staaten eingeführte LLC oder die 1994 in Frankreich lancierte SAS den hergebrachten Rechtsformen binnen kurzer Zeit den Rang ablaufen und heute an der Spitze der Neugründungen stehen würde?¹⁵⁵

Reizvoll erscheint es außerdem, das Konzept des durchbrochenen Gleichgewichts (Punktualismus, *punctuated equilibrium*) an das Phänomen der Rechtsformneuschöpfungen heranzutragen. Danach wechseln sich längere Perioden des

¹⁴⁹ So allgemein für aktienrechtliche Vorschriften *Fleckner*, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, Bd. I, 2007, § 19 Rn. 41.

¹⁵⁰ Vgl. etwa *Luhmann*, Ausdifferenzierung des Rechts, 1999, S. 11 ff. und *passim*.

¹⁵¹ Vgl. etwa *Teubner*, Recht als autopoetisches System, 1989; *ders.*, Soziale Systeme 5 (1999), 7.

¹⁵² Vgl. UK Department of Trade and Industry: Social Enterprise Unit, Social Enterprise: A Strategy for Success, 2002, S. 19, 24 und 34 f.; dazu auch *Liptrap*, Journal of Corporate Law Studies 21 (2021), 595: „[...] I argue that the CIC is the direct result of politics, and specifically the politics of the welfare state.“

¹⁵³ Allgemein zu ihrer Anwendung im Gesellschaftsrecht *Lipton*, 46 Monash U. L. Rev. 58 (2020).

¹⁵⁴ *Fögen*, Rg 1 (2002), 14, 17.

¹⁵⁵ Dazu schon *Fleischer*, NZG 2022, 49.

Gleichgewichts mit kurzfristigen, explosiven Evolutionsphasen ab.¹⁵⁶ Wann und aufgrund welcher Ereignisse diese Unruhe auftritt und zu Variationen im Recht führt, ist nach diesem Ansatz nicht prognostizierbar, wohl aber rekonstruierbar.¹⁵⁷ Einzelnen Literaturstimmen zufolge ähnelt das explosive Wachstum der LLC von 1992–1996 dem evolutorischen Konzept des Punktualismus.¹⁵⁸

IX. Optimale Anzahl an Gesellschaftsformen

Ebenso wie nach der optimalen Anzahl von Vertragstypen¹⁵⁹ kann man auch nach der optimalen Anzahl von Gesellschaftsformen für eine bestimmte Rechtsordnung fragen.¹⁶⁰ Theoretisch genügt eine einzige Gesellschaftsform, sofern ihr Regelungsrahmen hinreichend flexibel und geschmeidig ist. In der realen Welt finden sich höchst unterschiedliche Herangehensweisen. An dem einen Ende des Spektrums ist das Fürstentum Liechtenstein angesiedelt, das lange Zeit nicht einmal einen *Numerus clausus* der Gesellschaftsformen kannte¹⁶¹ und seit dem Personen- und Gesellschaftsrecht von 1926 eine Versuchs- und Irrtumsstrategie verfolgt nach dem Motto: „Wer vieles bringt, wird manchem etwas bringen; Und jeder geht zufrieden aus dem Haus.“ Am anderen Ende hat Belgien die Zahl der Rechtsformen in seinem neuen Code des sociétés et des associations von 2019 radikal zusammengestrichen, um Redundanzen zu vermeiden.¹⁶² Man kann insoweit von einem Parsimonie- oder Sparsamkeitsprinzip sprechen, einer gesellschaftsrechtlichen Variante von Ockhams Rasiermesser: *Entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*.

¹⁵⁶ Zusammenfassend *Gould/Eldredge*, *Nature*, 366:223 (1993): „Punctuated Equilibrium Comes of Age“.

¹⁵⁷ Vgl. *Fögen*, Rg 2002, 14, 15.

¹⁵⁸ So ausdrücklich *Geu*, 42 *Suffolk U. L. Rev.* 507, 522 Fn. 65 (2009).

¹⁵⁹ Dazu *Bar-Gill/Gillette*, 20 *Theoretical Inq. L.* 487 (2019).

¹⁶⁰ Vgl. *Hansmann/Kraakman/Squire*, 2005 *U. Ill. L. Rev.* 5, 14 (2005): „How many different corporate-type forms are required for the sake of efficiency, and how these forms are best structured, are questions that remain subject to debate and experimentation.“; zuvor schon *Fleischer*, *ZHR* 168 (2004), 673, 681: „Auch fehlt eine fundierte rechtspolitische und ökonomische Studie darüber, ob das Tableau der Gesellschaftsformen hierzulande hinreichend breit gefächert ist oder *de lege ferenda* einer Erweiterung bedarf.“; ferner *Bayern*, *A Research Agenda for Organizational Law*, 2024, S. 37 ff. unter der Zwischenüberschrift „Moving towards a single type of registered organization“.

¹⁶¹ Vgl. *Marxer*, *LJZ* 2006, 56, 59; *Schurr*, *ZVglRWiss* 111 (2012), 339, 342; eingehend *Fleischer*, *ZGR* 2023, 261 ff.

¹⁶² Vgl. *Projet de Loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses*, Doc 54 3119/001 (2017/2018), 10: „Limitation des formes de société. Une simplification du droit des sociétés implique aussi une limitation du nombre de formes de sociétés. Il suffira en effet constater que le Code des sociétés connaît aujourd’hui quinze formes de sociétés belges (auxquelles s’ajoutent les sociétés européennes) alors que certaines de ces formes ne sont que rarement utilisées.“

X. Rechtsformneuschöpfungen und gesellschaftsrechtliche Innovationsforschung

Schließlich öffnet eine Beschäftigung mit Rechtsformneuschöpfungen die Tür zu einem größeren Forschungsraum: der gesellschaftsrechtlichen Innovationsforschung. Was den wissenschaftlichen Fortschritt in unserem Fach eigentlich ausmacht¹⁶³ und wie das „Neue“ in das Gesellschaftsrecht hineinkommt¹⁶⁴, wird bisher nur sporadisch untersucht. Die gesellschaftsrechtliche Innovationsforschung steckt hierzulande noch in den Kinderschuhen¹⁶⁵ und auch international gibt es bisher nur wenige wegweisende Veröffentlichungen.¹⁶⁶ Als Untersuchungsgegenstände für eine zukünftige Forschungsreihe seien hier nur zwei Beispiele genannt, die den gesellschafts- und kapitalmarktrechtlichen Möglichkeitenraum erweitert haben: die Gründung einer Vorrats-Aktiengesellschaft als sog. Mantel für die spätere Aufnahme eines Geschäftsbetriebs¹⁶⁷ und der Börsengang einer *special purpose acquisition corporation* (SPAC) mit dem Ziel, aus den Erlösen ein operatives Unternehmen zu erwerben.¹⁶⁸ Sie haben durch die Rechtsformvariante der Börsenmantelaktiengesellschaft neuerdings sogar einen institutionellen Rahmen erhalten.¹⁶⁹

XI. Schluss

Mit diesem Rundflug über Rechtsformneuschöpfungen im in- und ausländischen Gesellschaftsrecht ist hoffentlich eine erste Grundorientierung gewonnen. Die Analyse gesellschaftsrechtlicher Neuerungsprozesse ist damit nicht beendet, sondern gerade erst eröffnet.¹⁷⁰ Vieles konnte hier nur angedeutet werden und bedarf weiterer Ausrundung und Vertiefung, anderes ist noch gar nicht aufgeschlossen

¹⁶³ Fünf mögliche Deutungsmuster bei *Cheffins*, Cambridge L.J. 456, 458 ff. (2004) unter der Überschrift „The Trajectory of (Corporate Law) Scholarship“; allgemein zu der Frage, ob man in der Rechtswissenschaft – in Analogie zu den Naturwissenschaften – überhaupt von Fortschritt reden kann, *Saliger*, in: Hilgendorf/Schulze-Fielitz, Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 2021, S. 119, 120 f.

¹⁶⁴ Erhellend aus strafrechtlicher Sicht *Saliger* (Fn. 163), S. 119.

¹⁶⁵ Für einen ersten Ansatz *Fleischer*, in: FS K. Schmidt, 2009, S. 375; vertiefend zuletzt *Fleischer* (Fn. 4), S. 859. Stärker ausgearbeitet ist diese Perspektive im öffentlichen Recht; vgl. etwa *Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht – Recht und Innovation, 2016; allgemeiner zuletzt *Sandberg*, 2021 U. Ill. L. Rev. Online 63 unter der Überschrift „What is Legal Innovation?“.

¹⁶⁶ Vgl. insbesondere *Pistor/Keinan/Kleinheisterkamp/West*, Journal of Comparative Economics 31 (2003), 676.

¹⁶⁷ Gebilligt von BGHZ 117, 323 = NJW 1992, 1824.

¹⁶⁸ Vgl. *Hell*, BKR 2021, 26; *Schlee/Carbonare*, NZG 2021, 1473.

¹⁶⁹ Näher *Florstedt*, NZG 2024, 139, 140 f.

¹⁷⁰ Vgl. etwa zur allgemeinen Frage, unter welchen Voraussetzungen sich die Einführung einer neuen Rechtsform empfiehlt, *Fleischer*, ZIP 2022, 345, 346 ff.

und harrt künftiger Entdeckung. Schon heute deuten sich hierzulande¹⁷¹ und anderwärts¹⁷² zusätzliche Rechtsforminnovationen an.

¹⁷¹ Vgl. die Nachweise in Fn. 7; für ein Brainstorming zu rechtsvergleichenden Mustern für neue Gesellschaftsformen in Deutschland *Fleischer*, ZIP 2023, 1505, 1512 ff.

¹⁷² Zu Plänen für eine *société durable* in der Schweiz White Paper der Gruppe der Rechts-Experten, Rechtsstatus für nachhaltige Unternehmen in der Schweiz, Dezember 2023; allgemein *Humbel/Wittkämper*, Corporate Philanthropy und Sozialunternehmertum im Schweizer Unternehmensrecht, 2024.

§ 1 Vereinigte Staaten: Limited Liability Company (LLC), Wyoming 1977

Holger Fleischer/Christian Kolb

I.	Einführung	28
II.	Die LLC im Gesamtgefüge der Gesellschaftsformen und Besteuerungsgrundlagen ...	29
	1. Verfügbare Gesellschaftsformen	29
	2. Steuerliche Rahmenbedingungen	30
III.	Entstehungsprozess und Entwicklungslinien der LLC	31
	1. Die Hamilton Brothers Oil Company als Impulsgeber	31
	2. Unternehmensanwälte als Lobbyisten in Alaska und Wyoming	32
	3. Schleppende Verbreitung der LLC in anderen Bundesstaaten	33
	4. Der zähe Kampf um die Besteuerung der LLC als <i>partnership</i>	33
	5. Boomende LLC-Gesetzgebung in den US-amerikanischen Bundesstaaten	35
	6. Der Aufstieg der LLC in Zahlen	35
	7. Einsatzfelder der LLC	38
	8. Aus- und inländische Regelungsvorbilder für die LLC	39
IV.	Grundstrukturen der LLC	40
	1. Große Variationsbreite der LLC in den einzelnen Bundesstaaten	40
	2. Rechtsnatur der LLC	41
	3. Gründungs- und Governance-Vereinbarungen	42
	4. Organisationsstruktur	43
	5. Vertragsfreiheit als gesetzlicher Leitstern	43
	6. Haftungsverfassung	44
	7. Mitgliedschaftliche Rechte und Pflichten	45
V.	Rechtspolitische Würdigung	45
	1. Initiatoren und Unterstützer der LLC	46
	2. Steuerrecht als Entwicklungstreiber	46
	3. Wirtschaftliche Kontextbedingungen	47
	4. Wettbewerb der Einzelstaaten-Gesetzgeber	48
	5. Wettbewerb der Gesellschaftsformen	49
	6. Konzeptionelle Einordnung	50
	7. Entstehung der LLC im Lichte verschiedener Theorieangebote	51
	a) Politische Ökonomie des Gesellschaftsrechts	51
	b) Innovations- und Diffusionsforschung	52
	c) Evolutionstheorie	53
	8. Wegbereiter für weitere Rechtsformneuschöpfungen	53

I. Einführung*

Die Geburtsstunde der *limited liability company* (LLC) schlug am 3. März 1977. An diesem Donnerstag trat in Wyoming, dem bevölkerungsärmsten Bundesstaat der Vereinigten Staaten, der Limited Liability Company Act in Kraft.¹ Er fand zunächst nur auf lokaler Ebene Beachtung und selbst dort prophezeite man ihm keine große Zukunft.² Niemand konnte sich damals vorstellen, dass diese neue Rechtsform innerhalb von nur 20 Jahren einen wahren Siegeszug weit über Wyomings Grenzen hinaus antreten sollte, den man im Nachhinein als „LLC Revolution“³ bezeichnet hat. Bereits Ende 1996 hatten im föderalen US-amerikanischen Gesellschaftsrecht sämtliche Bundesstaaten und der District of Columbia eigene Versionen des LLC Act verabschiedet.⁴ Inzwischen hat die LLC mit ihrem hybriden Charakter zwischen Personen- und Kapitalgesellschaft⁵ die *corporation* als beliebteste Gesellschaftsform abgelöst.⁶ Schätzungen zufolge sind heute 70 % aller neugegründeten Gesellschaften als LLC organisiert.⁷ Auch in vielen *case-books* wird die LLC inzwischen ausführlicher abgehandelt,⁸ nachdem die Rechtslehre von ihr lange Zeit kaum Notiz genommen hatte.⁹

Im Folgenden wird die Rechtsformneuschöpfung der LLC im Einzelnen vorgestellt. Zur besseren Orientierung beginnt ihre Erkundung mit einem Panorama-

* Für eine frühere Version des Beitrags mit anderer Einkleidung sowie einem eingehenden Rechtsvergleich zwischen LLC und GmbH bzw. GmbH & Co. KG, aber ohne statistische Daten *Fleischer, GmbHR* 2022, 1179.

¹ Wyoming Limited Liability Company Act, ch. 158, 1977 Wyo. Sess. Laws 577.

² Vgl. die skeptische Einschätzung von *Carney*, 12 Land and Water Rev. 580, 581-82 (1977): „The 1977 Session of the Wyoming State Legislature has adopted a ‘Limited Liability Company Act’, which could be utilized by some entrepreneurs to achieve an incorporated partnership. [...] While it may be a viable alternative to the limited partnership [...], it seems doubtful that it will appeal to most attorneys as an alternative to drafting designed to tailor the Business Corporation Act to the needs of the close corporation.“

³ So etwa die Zwischenüberschrift bei *Ribstein*, *The Rise of the Uncorporation*, 2010, S. 119.

⁴ Einzelangaben bei *Hamill*, 59 Ohio State L.J. 1459, 1477 (1998); allgemein *Cox/Hazen*, *Business Organizations Law*, 5. Aufl. 2020, § 1.11, S. 27.

⁵ In diesem Sinne statt vieler *Geu*, 37 S.D. L. Rev. 44, 45 (1992): „It is a hybrid form of business created by combining the organizational and tax attributes of partnerships and corporations.“

⁶ Dazu schon *Chrisman*, 15 Fordham J. Corp. & Fin. L. 459, 460 (2009): „Rising from near obscurity in the 1990s, the LLC has now taken its place as the new ‘king of the hill’ among business entities, utterly dominating its closest rivals.“

⁷ Dazu *Hynes/Loewenstein*, *Agency, Partnership and the LLC*, 5. Aufl. 2020, § 103, S. 353.

⁸ Vgl. etwa *Bauman/Stevenson/Rhee*, *Business Organizations Law and Policy*, 9. Aufl. 2020, S. 305–356; *Kleinberger*, *Agency, Partnership and LLCs*, 5. Aufl. 2017, S. 527 ff.; *Macey/Moll*, *The Law of Business Organizations*, 14. Aufl. 2020, S. 917–1150; *Ragazzo*, *Closely Held Business Organizations*, 3. Aufl. 2020, S. 931–1080.

⁹ Kritisch dazu *Friedman*, 38 Creighton L. Rev. 35 (2004): „Law schools, law professors, law publishers, bar examiners and others usually responsible for disseminating cutting edge developments have been surprisingly absent from the playing field much of the time.“

blick auf die gesellschaftsrechtliche Landschaft in den Vereinigten Staaten einschließlich ihrer steuerlichen Implikationen (II.) Sodann werden Entstehungsprozess und Entwicklungslinien der LLC umfassend ausgeleuchtet (III.). Es folgen Erläuterungen zu den gesellschaftsrechtlichen Grundstrukturen der LLC (IV.) Hieran schließt sich eine rechtspolitische Gesamtwürdigung an (V.).

II. Die LLC im Gesamtgefüge der Gesellschaftsformen und Besteuerungsgrundlagen

1. Verfügbare Gesellschaftsformen

Ursprünglich gab es in den Vereinigten Staaten nur zwei Gesellschaftsformen: die *general partnership*, die keiner staatlichen Genehmigung bedurfte, und die *corporation*, welche erst durch einen staatlichen Hoheitsakt ins Leben trat.¹⁰ Die allerersten Kolonialgesellschaften erhielten ihre *corporate charters* noch unmittelbar vom englischen König.¹¹ Nach der Amerikanischen Revolution nahmen die einzelnen Bundesstaaten dieses Recht für sich in Anspruch¹² und knüpften die Erlaubnis zur Inkorporierung zunächst an einen gemeinwohlorientierten Unternehmenszweck,¹³ bevor sie ab 1811 allgemeine Inkorporationsgesetze einführten.¹⁴ Sodann kamen zwei weitere Organisationsformen hinzu: die *limited partnership* (LP), die zuerst 1822 in New York Fuß fasste,¹⁵ und der *business trust*, der vor allem in Massachusetts verbreitet war.¹⁶ Beide vermochten sich jedoch nur in einzelnen Marktnischen durchzusetzen,¹⁷ die LP vor allem als Verlustzuweisungsgesellschaft und Steuersparmodell in der Öl- und Gaserkundung, der Immobilien- und Leasingbranche sowie in der Filmindustrie.¹⁸ Nach alledem

¹⁰ Vgl. *Davis*, *Essays in the Earlier History of American Corporations*, 1917, Book One, S. 91.

¹¹ Vgl. *Davis* (Fn. 10), S. 6f.; *Hurst*, *The Legitimacy of the Business Corporation in the United States 1780–1970*, 1970, S. 7ff.

¹² Vgl. *Hurst* (Fn. 11), S. 139ff.

¹³ Dazu *Seavoy*, 52 *Bus. Hist. Rev.* 30 (1978), unter dem Titel „Public Service Origins of the American Business Corporation“; außerdem *Handler/Handler*, 5 *J. Econ. Hist.* 1, 22 (1945); zusammenfassend *Citizens United v. FEC*, 130 S. Ct. 876, 949 (2010) (per *Justice Stevens*, *concurring in part, dissenting in part*).

¹⁴ Vgl. *Cox/Hazen* (Fn. 4), § 2.2, S. 56: „The first American general incorporation act – that is, an act allowing anyone to incorporate by compliance with the terms of the statute, apparently was a statute passed 1811 in the State of New York.“

¹⁵ Dazu *Hilt/Banion*, (2009) 69 *J. Econ. Hist.* 615.

¹⁶ Näher *Rosenbalm*, 31 *Tenn. L. Rev.* 471 (1964) unter der Überschrift „The Massachusetts Trust“; ausführlich dazu in diesem Band § 3 (*Stemberg*), S. 77.

¹⁷ Vgl. *Friedman*, 38 *Creighton L. Rev.* 35, 42 (2004): „[N]on of them became a widespread substitute for the corporation and partnership in the broad universe of small business venture.“

¹⁸ Vgl. *Friedman*, 38 *Creighton L. Rev.* 35, 48 (2004).

stand den Gesellschaftsgründern bis Mitte der 1970er Jahre keine sonderlich große Auswahl an Organisationsformen zur Verfügung.

Mit der erfolgreichen Einführung der LLC hat sich die gesellschaftsrechtliche Landschaft in den Vereinigten Staaten wesentlich verändert, weil seither eine attraktive neue Mischform zur Verfügung steht, die Elemente der beiden hergebrachten Grundmodelle *partnership* und *corporation* miteinander kombiniert. Zugleich hat die LLC die Entstehung weiterer neuer Gesellschaftsformen beflügelt,¹⁹ namentlich die *limited liability partnership* (LLP), die im Jahre 1991 in Texas das Licht der Welt erblickte.²⁰ Hinzu gesellt sich noch die *limited liability limited partnership* (LLLLP). Alle diese neuen Rechtsformen werden im wissenschaftlichen Schrifttum unter den Sammelbezeichnungen „alternative entities“²¹, „unincorporated business entities“²² oder „uncorporations“²³ zusammengefasst. Eine Literaturstimme spricht launig von einer gesellschaftsrechtlichen Buchstabenuppe.²⁴

2. Steuerliche Rahmenbedingungen

Unternehmensgründer machen ihre Auswahlentscheidung zwischen den verfügbaren Rechtsformen von verschiedenen Faktoren abhängig,²⁵ zu denen seit jeher auch der steuerliche Belastungsvergleich gehört.²⁶ Dieser verdient hier besondere Aufmerksamkeit, weil die Entstehung der LLC wesentlich durch steuerliche Motive getrieben war.²⁷ In den Vereinigten Staaten wurde die Körperschaftsteuer nach Einfügung des 16. Zusatzartikels zur US-Verfassung durch den Income Tax Act von 1913 eingeführt. Sie galt – und gilt – ausweislich der Gesetzesformulierung für die „corporation, joint-stock company or association [...] no matter how created or organized, not including partnerships“.²⁸ Für Personengesellschaft-

¹⁹ Dazu *Kleinberger*, 14 *Fordham J. Corp. & Fin. L.* 445, 455 (2009): „The advent of limited liability companies had a ripple effect on the law of general and limited partnerships.“

²⁰ Vgl. *Hamilton*, 66 *U. Colo. L. Rev.* 1065 (1995); *Weidner*, 26 *J. Corp. L.* 1031 (2001); ausführlich dazu in diesem Band § 4 (*Korch*), S. 113.

²¹ *Parsons/Jason/Koah*, 75 *Bus. Law.* 2467 (2020).

²² *Hynes/Loewenstein* (Fn. 7), S. 212.

²³ *Ribstein* (Fn. 3), S. 1 und öfter.

²⁴ So *Kleinberger*, 14 *Fordham J. Corp. & Fin. L.* 445, 447 (2009): „Twenty years ago, the ‘alphabet’ of U.S. business organizations was principally about S Corporations and C Corporations. Today, we have ‘alphabet soup’ – not only S Corporations and C Corporations, but also LLCs, LLPs, and LLLPs.“

²⁵ Näher *Keatinge/Conaway*, *Choice of Business Entity: Selecting Form and Structure for a Closely-Held Business*, 2022.

²⁶ Vgl. *Cox/Hazen* (Fn. 4), § 1.10, S. 25 unter der Zwischenüberschrift „Tax Considerations in Selecting a Business Form“.

²⁷ Für alle *Hamill*, 95 *Mich. L. Rev.* 393, 395 (1996): „By combining the best of both worlds, partnership taxation and limited liability, the LLC revolution can be characterized as tax driven.“

²⁸ *Revenue Act of 1913*, ch. 16, 38 *Stat.* 114; zu den charakteristischen Merkmalen einer *corporation* zuerst *Morrisey v. Commissioner*, 296 *U.S.* 344, 352–60 (1935).

ten blieb es bei einer transparenten Besteuerung. Die Trennlinie zur Körperschaft zog der Internal Revenue Service (IRS), die US-amerikanische Steuerbehörde, seit dem Jahre 1960 mit Hilfe der sog. *Kintner Regulations*.²⁹ Danach kam es für die Klassifizierung als Körperschaftsteuersubjekt maßgeblich auf vier Kriterien an: die unbegrenzte Lebensdauer der Gesellschaft, die zentralisierte Geschäftsführung, die Haftungsbeschränkung und die freie Übertragbarkeit der Gesellschaftsanteile.³⁰ Waren mindestens drei Kriterien erfüllt, so unterfiel die betreffende Gesellschaft der Körperschaftsteuer.

Wie noch im Einzelnen darzulegen, hingen Existenzberechtigung und Erfolg der neugeschaffenen LLC davon ab, dass sie von der Steuerbehörde nicht als *association*, sondern als *partnership* eingeordnet wurde. Ihre gesellschaftsrechtliche Ausformung erfolgte daher von Anbeginn im Schatten der steuerrechtlichen Rahmenbedingungen.

III. Entstehungsprozess und Entwicklungslinien der LLC

Blicken wir nach diesen orientierenden Vorbemerkungen zurück auf die Entstehungsbedingungen der LLC: Über ihre Ursprünge unterrichten neuere Untersuchungen, die mit großer Akribie auch zahlreiche unveröffentlichte Quellen ausgewertet haben.³¹

1. Die Hamilton Brothers Oil Company als Impulsgeber

Der maßgebliche Impuls zur Schaffung einer neuen Rechtsform ging von der Hamilton Brothers Oil Company aus, die ihren Sitz in Denver, Colorado, hatte. Sie war schon seit den 1960er Jahren in der internationalen Öl- und Gasexploration tätig und bediente sich hierzu ausländischer Rechtsformen, insbesondere der panamaischen *sociedad de responsabilidad limitada (limitada)*.³² Anders als die damals verfügbaren US-amerikanischen Gesellschaftsformen vereinte die *limitada* die gesellschaftsrechtliche Haftungsbeschränkung mit der Klassifizierung als *partnership* nach US-amerikanischem Steuerrecht.³³ Allerdings stellte sie die Hamilton Brothers Oil Company deshalb vor Schwierigkeiten, weil ihr Garantiekapital 500.000 USD nicht übersteigen durfte und weil als Gesellschaf-

²⁹ Treas. Reg. §§ 301.7701-1 to -11 (1960), T.D. 6503, 1960-2 Cum.Bull. 409; benannt nach *United States v. Kintner*, 216 F.2d 418 (9th Cir. 1954); vertiefend *Hobbes*, 44 Cath. U. L. Rev. 437, 485 (1995).

³⁰ Näher *Hynes/Loewenstein* (Fn. 7), § 104, S. 354; rechtsvergleichend *Martini*, Der persönliche Körperschaftsteuertatbestand, 2016, S. 319 ff.

³¹ Grundlegend *Hamill*, 59 Ohio State L.J. 1459, 1477 (1998); zuvor bereits *dies.*, 41 U. Fla. L. Rev. 721 (1989); *dies.*, 95 Mich. L. Rev. 393 (1996); knapper *Carney*, 66 U. Colo. L. Rev. 855, 857 ff. (1995).

³² Vgl. *Hamill*, 59 Ohio State L.J. 1459, 1463 (1998).

³³ Näher *Hamill*, 59 Ohio State L.J. 1459, 1463 n. 14 (1998) m. w. N.

ter nur natürliche Personen fungieren konnten.³⁴ Hinzu kam die Sorge, dass US-amerikanische Gerichte die Haftungsbeschränkung der *limitada* womöglich nicht ausnahmslos akzeptierten.³⁵ Vor diesem Hintergrund beauftragte das Unternehmen seine Berater, einen einzelstaatlichen Gesetzgeber für eine neue einheimische Gesellschaftsform zu gewinnen, die eine beschränkte Gesellschafterhaftung mit transparenter Besteuerung nach personengesellschaftsrechtlichen Grundsätzen verband. Beide Komponenten waren für die Anleger von Hamilton Oil Brothers wegen des risikoreichen und spekulativen Geschäftsfeldes des Unternehmens gleichermaßen wichtig.

2. Unternehmensanwälte als Lobbyisten in Alaska und Wyoming

Unter den Beratern übernahm *Frank M. Burke, Jr.*, der an der Southern Methodist University in Dallas Jura studiert hatte,³⁶ eine Führungsrolle. Ihn darf man als geistigen Vater der LLC bezeichnen: Als Partner von Peat, Marwick, Mitchell & Co. erarbeitete er im Auftrag von Hamilton Brothers Oil einen Regelungsentwurf für eine LLC³⁷ und unterbreitete ihn im April 1975 dem Gesetzgeber von Alaska. Sein Entwurf wurde dort zweimal im Handlungsausschuss debattiert, versandete dann aber, wohl weil die Legislaturperiode ablief.³⁸ Kurz danach trugen *Burke* und seine Kollegen einen deckungsgleichen Gesetzesentwurf nach Wyoming, wo er ohne große Diskussionen angenommen wurde und am 4. März 1977 in Kraft trat.³⁹ Wie geräuschlos das Gesetzgebungsverfahren verlief, erhellt eine Bemerkung von *William Carney*, der damals als Juraprofessor in Wyoming lehrte und rückblickend angab, erst nach der Verabschiedung des LLC Act von der neuen Rechtsform erfahren zu haben.⁴⁰

Für Hamilton Brothers Oil war damit der gesellschaftsrechtliche Weg in die angestrebte neue Hybridform eröffnet, doch blieb dies nur ein Etappensieg, solange die steuerrechtliche Anerkennung der LLC als *partnership* noch ausstand. Hiervor scheute der IRS zurück, obwohl er entsprechende Einordnungen für ausländische *limitadas* nach US-amerikanischem Steuerrecht seit den 1970er Jahren vorgenommen hatte.⁴¹ Der Antrag von Hamilton Oil Brothers blieb trotz tatkräftiger Unterstützung des Gouverneurs von Wyoming lange Zeit unbeantwortet.⁴²

³⁴ Vgl. *Hamill*, 59 Ohio State L.J. 1459, 1464 (1998).

³⁵ Vgl. *Hamill*, in: Stark, Business Tax Stories, 2005, S. 295, 298.

³⁶ *Frank M. Burke* (1940–2010); zu seinem Leben und seinen beruflichen Stationen der ausführliche Nachruf in Dallas Morning News vom 29.7.2010.

³⁷ Dazu *Hamill* (Fn. 35), S. 295, 299: „[H]e drafted the first LLC proposal.“

³⁸ Vgl. *Hamill*, 59 Ohio State L.J. 1459, 1465 n. 22 (1998).

³⁹ Vgl. *Jelsma/Nollkamper*, The Limited Liability Company, Rev. 22, 2019, § 1:30.

⁴⁰ Vgl. *Carney*, U. Colo. L. Rev. 855, 857 (1995): „As one who was teaching business associations in Wyoming at the time, I can vouch for the lack of publicity, because I learned about it only after its passage.“

⁴¹ Vgl. *Burstein*, 6 Int'l Tax J. 32 (1989) unter der Überschrift „The Limitada: Partnership or Corporation?“; ferner *Burke/Sessions*, 54 J. Tax. 232 (1981).

⁴² Vgl. *Hamill* (Fn. 35), S. 295, 299: „a very frustrating experience“.

Erst im November 1980, mehr als drei Jahre nach der ursprünglichen Eingabe, erhielt Hamilton Brothers Oil vom IRS durch ein *private letter ruling* die ersehnte Einordnung für seine LLC in Wyoming.⁴³ Nahezu gleichzeitig veröffentlichte der IRS allerdings einen Ergänzungsvorschlag zu seinen *Kintner Regulations*, der automatisch alle Gesellschaften mit beschränkter Haftung als Körperschaften im steuerrechtlichen Sinne behandelt hätte. Dieser Vorschlag rief in Wirtschafts- und Juristenkreisen einen Sturm der Entrüstung hervor.⁴⁴ Der IRS zog ihn daraufhin zurück und kündigte eine umfassende Prüfung an, die nicht weniger als fünf Jahre in Anspruch nehmen sollte. Währenddessen blieb der steuerliche Status der Wyoming LLC in der Schwebe. Entsprechend gering fiel das Interesse der Unternehmenspraxis an ihr aus. Bis 1988 gab es in Wyoming nur 26 registrierte LLCs.⁴⁵

3. Schleppende Verbreitung der LLC in anderen Bundesstaaten

Vor diesem Hintergrund vermag es nicht zu überraschen, dass sich zunächst kein anderer Bundesstaat für die LLC erwärmen konnte. Erst fünf Jahre später, im April 1982, entschloss sich Florida, ein eigenes LLC-Statut einzuführen⁴⁶ – allerdings mit einer etwas anderen Zielrichtung: Ausweislich der Gesetzesmaterialien wollte man mit der neuen Rechtsform frisches Kapital aus dem Ausland anlocken.⁴⁷ Um Investoren aus Zentral- und Südamerika zu gewinnen, wählte man eine Organisationsform, die der dort bekannten *limitada* glich.⁴⁸ Zugleich zeigte man sich optimistisch, auch Unternehmen aus benachbarten Bundesstaaten zu gewinnen. Ein Ausschussbericht erwartete gar „a deluge of filings“⁴⁹. Die erhoffte Antragsflut blieb allerdings zunächst aus; ein Jahr nach Inkrafttreten des neuen Gesetzes waren nur zwei LLCs in Florida registriert.⁵⁰

4. Der zähe Kampf um die Besteuerung der LLC als partnership

Hinter den Kulissen setzte sich der zähe Kampf um den steuerlichen Status der LLC fort.⁵¹ Einen Wendepunkt bildete die Wyoming Revenue Ruling vom Sep-

⁴³ Priv. Ltr. Rul. 8106082 (November 18, 1980); dazu *Carney*, 66 U. Colo. L. Rev. 855, 858 (1995).

⁴⁴ Dazu *Hamill*, 59 Ohio State L.J. 1459, 1467 n. 35 (1998) m.w.N.

⁴⁵ Vgl. *Fonfara/McCool*, 23 Land and Water L. Rev. 523 (1988).

⁴⁶ Florida Limited Liability Company Act, Fla. Stat. ch. 608 (Supp. 1982).

⁴⁷ Vgl. *Johnson*, 11 Fla. St. U. L. Rev. 387 (1983).

⁴⁸ *Johnson*, 11 Fla. St. U. L. Rev. 387 (1983): „It was thought that having a familiar business organization would attract foreign investment.“

⁴⁹ Fla. H.R. Committee on Commerce, Bill Analysis of Fla. HB 475 (Jan. 22, 1982).

⁵⁰ Vgl. *Carney*, 66 U. Colo. L. Rev. 855, 858 (1995); *Johnson*, 11 Fla. St. U. L. Rev. 387, 388 (1983).

⁵¹ *Friedman*, 38 Creighton L. Rev. 35, 45 (2004): „This began an eight-year struggle between the IRS and practitioners over whether or not to generally permit limited liability companies to be taxed as partnerships.“

tember 1988,⁵² mit welcher der IRS erklärte, dass die Haftungsbeschränkung der dortigen LLC ihre Einordnung als *partnership* nicht von vornherein ausschließe. Vielmehr komme es auf die vier Kriterien der *Kintner Regulations* an,⁵³ die alle als gleichgewichtig anzusehen seien. Als Reaktion darauf änderte der Reformgesetzgeber in Wyoming seinen LLC Act: Er führte Auflösungsbestimmungen und Übertragungsbeschränkungen als zwingende Vorgaben ein, um die steuerlichen Risiken für LLC-Gründer zu minimieren – eine gesetzliche Ausgestaltung, für die sich die Bezeichnung „bullet proof“ einbürgerte.⁵⁴ Hierdurch verlor die LLC freilich an Attraktivität und kam fortan als Rechtskleid nur noch für kleinere geschlossene Personenvereinigungen in Betracht.

In den Folgejahren wurden zahlreiche offene Einzelfragen zur Besteuerung der LLC im Dialog zwischen IRS und Anwaltschaft erörtert. Auf Seiten der Anwälte übernahmen ein Unterausschuss des Unternehmens- und des Steuerrechtsausschusses der American Bar Association (ABA), die jeweils im Juli 1990 ins Leben gerufen worden waren, die Führungsrolle.⁵⁵ Koordiniert und vorangetrieben wurden die landesweiten Anstrengungen hunderter Anwälte und Berater von den Ausschussgründern *Barbara Spudis* und *Bob Keatinge*, die man im Nachhinein als *die* prägenden Personen dieser Entwicklungsphase der LLC bezeichnet hat.⁵⁶

Eine endgültige Lösung der Steuerfragen ließ lange auf sich warten, fiel dann aber umso radikaler aus: Anfang 1997, nachdem alle Bundesstaaten über einen eigenen LLC Act verfügten,⁵⁷ schaffte der IRS sämtliche steuerliche Klassifizierungsregeln für Personengesellschaften nach dem Muster der *Kintner Regulations* ab und ersetzte sie durch eine verblüffend einfache Neuregelung: die sog. *Check-the-Box Regulations*.⁵⁸ Danach können die Gesellschafter einer nichtinkorporierten Gesellschaft unabhängig von ihrer konkreten Ausgestaltung wahlweise eine Besteuerung nach personengesellschaftsrechtlichen oder körperschaftsrechtlichen Grundsätzen wählen. Für eine LLC mit mindestens zwei Gesellschaftern bildet die transparente Besteuerung die gesetzliche Grundregel.⁵⁹

⁵² Revenue Ruling 88-76, 1988-2 C.B. 360.

⁵³ Vgl. den Text zu und die Nachweise in Fn. 29.

⁵⁴ Vgl. *Cohen*, 6 J. Small & Emerging Bus. L. 435, 447 (2002); *Friedman*, 38 Creighton L. Rev. 35, 48 (2004); *Hynes/Loewenstein* (Fn. 7), § 104, S. 355: „Also, some of the early legislation (including the Wyoming statute) was ‘bulletproof’, removing the possibility of attorney error.“

⁵⁵ Dazu *Hamill* (Fn. 35), S. 295, 300.

⁵⁶ So *Hamill* (Fn. 35), S. 295, 301: „No two individuals are more responsible for the rise of the LLC during the 1990s than Barbara Spudis and Bob Keatinge.“

⁵⁷ Dazu sogleich unter III. 5.

⁵⁸ 26 U.S. § 771; rechtsvergleichend *Martini* (Fn. 30), S. 329 ff.

⁵⁹ Vgl. *Hynes/Loewenstein* (Fn. 7), § 104, S. 355.

5. Boomende LLC-Gesetzgebung in den US-amerikanischen Bundesstaaten

Mit der Wyoming Revenue Ruling war die LLC auch für andere Bundesstaaten als Gestaltungsoption attraktiver geworden. Nach Florida wagten sich im Jahre 1990 Colorado und Kansas vor; 1991 folgten Nevada, Texas, Utah und Virginia. Auch in Beraterkreisen erkannte man nun das volle Potential der neuen Rechtsform und pries sie als wahre Wunderwaffe.⁶⁰ Besonders helllichtig zeigte sich der Herausgeber der führenden gesellschaftsrechtlichen Zeitschrift „Business Lawyer“ in seiner rechtspolitischen Einschätzung zum Beginn des Jahres 1992: „[The LLC is] one of the most important developments in business law today. [...] While to date only a handful of states have adopted legislation providing for limited liability companies, the train is out of the station. Years from now, this may be viewed as the dawn of a new era in business entities.“⁶¹ Seine optimistische Prognose wurde sogar noch übertroffen. Von 1992 bis 1996 ergoss sich eine wahre LLC-Gesetzgebungsflut über das Land: 1992 kamen zehn Bundesstaaten hinzu, unter ihnen Delaware, 1993 achtzehn weitere, 1994 abermals zwölf, unter ihnen New York und Kalifornien. Den Schluss bildeten 1996 Hawaii, Massachusetts und Vermont. Fast überall entsprang die Reformgesetzgebung dem Wunsch, neue Unternehmen anzulocken und nicht hinter andere Bundesstaaten zurückzufallen, die bereits über entsprechende Statuten verfügten.⁶²

Nach Einführung der steuerlichen *Check-the-Box Regulations* im Jahre 1997 erwiesen sich die gesellschaftsrechtlichen *bullet-proof*-Statuten, die ursprünglich in Wyoming⁶³ und später in fünf weiteren Bundesstaaten⁶⁴ eingeführt worden waren, als entbehrlich. Daher änderten die betreffenden Bundesstaaten ihre Gesetze, um LLC-Gründern größere Gestaltungsfreiheit im Hinblick auf die Lebensdauer der Gesellschaft und die Übertragbarkeit der Anteile zu eröffnen.⁶⁵

6. Der Aufstieg der LLC in Zahlen

Die rasante Ausbreitung der LLC-Gesetze⁶⁶ führte zu einem wahren Gründungsboom, der die Zahl der LLC rasch auf mehrere 10.000 katapultierte.⁶⁷ Im Jahre

⁶⁰ Vgl. *Davenport*, 37 Tax Notes 1019 (1992): „[The LLC] was shown around at this year’s Tax Section meeting like a new fighter plane at the Paris Air Show [...]“

⁶¹ *Phillips*, 47 Bus. Law. at xiii (1992).

⁶² Näher *Goforth*, 45 Syracuse L. Rev. 1193, 1272 (1995); ferner *Friedman*, 38 Creighton L. Rev. 35, 46 (2004).

⁶³ Vgl. den Text zu und die Nachweise in Fn. 54.

⁶⁴ Colorado, Michigan, Nebraska, Nevada und Virginia; dazu *Cohen*, 6 J. Small & Emerging Bus. L. 435, 447 mit Fn. 54 (2002).

⁶⁵ Vgl. *Friedman*, 38 Creighton L. Rev. 35, 46 (2004); *Hynes/Loewenstein* (Fn. 7), § 104, S. 356.

⁶⁶ Vgl. *Carney*, 66 U. Colo. L. Rev. 855, 859 (1995): „The speed with which this change occurred is nearly unprecedented in the history of American business association. Normally changes in corporate laws take at least twenty-five years to percolate through the states.“

⁶⁷ Vgl. *Ribstein*, 51 Bus. Law. 1, 3 (1995).

2003 wurde ausweislich der Einkommensteuerstatistik des IRS die Millionenmarke erreicht, sieben Jahre später die Marke von zwei Mio.⁶⁸ Die letzten verfügbaren Steuerdaten von 2018 weisen rund 2,8 Mio. LLCs aus.⁶⁹ Damit hat die LLC die hergebrachten Rechtsformen der *partnership* (516.229) und der LP (468.034) deutlich hinter sich gelassen und wird nur noch durch die gut sechs Mio. *corporations*⁷⁰ und 27 Mio. Einzelunternehmen (*sole proprietorship*)⁷¹ übertroffen.

Bei genauer Betrachtung dürften die LLC-Zahlen sogar noch weitaus höher liegen, weil die Datenerfassung des IRS das tatsächliche Bild gleich in zweierlei Hinsicht zum Nachteil der LLC verzerrt:⁷² Zum einen werden LLCs, die nach den *Check-the-Box Regulations* den Status einer *corporation* wählen, in der Steuerstatistik nicht gesondert ausgewiesen; zum anderen wird die Einpersonen-LLC⁷³ vom IRS als *disregarded entity* betrachtet⁷⁴ und nicht getrennt von ihrem Gesellschafter erfasst. Unter Einbeziehung dieser nicht mitgezählten Gesellschaften bezifferte eine Studie die Gesamtzahl der LLC bereits im Jahre 2006 auf 2,5 Mio.⁷⁵ und eine Hochrechnung von 2011 kam sogar auf eine Größenordnung von sechs Mio.⁷⁶

Die enorme Wachstumsdynamik der LLC zeigt sich eindrücklich in einer vergleichenden Gegenüberstellung der landesweiten Neugründungen mit der *corporation*: Während noch von 1995 bis 1998 in fast allen Bundesstaaten zwei bis drei *corporations* auf eine LLC gekommen waren,⁷⁷ drehten sich die Verhältnisse nur wenige Jahre später um: 2003 wurden in 29 Bundesstaaten mehr LLCs

⁶⁸ Vgl. IRS, SOI Tax Stats – Integrated Business Data (Table 1: Selected financial data on businesses), 1980–2015, abrufbar unter <<https://www.irs.gov/statistics/soi-tax-stats-integrated-business-data>> (28.1.2024).

⁶⁹ Vgl. IRS, SOI Tax Stats – Partnership Statistics by Entity Type (General, Limited, Limited Liability, and Foreign Partnerships), 2017–2018, abrufbar unter <<https://www.irs.gov/statistics/soi-tax-stats-partnership-statistics-by-entity-type>> (28.1.2024). Dieser Statistik sind auch die aktuellen Zahlen zur GP and LP entnommen.

⁷⁰ Vgl. IRS, Corporation Income Tax Returns – Complete Report, 2017, S. 2, abrufbar unter <<https://www.irs.gov/pub/irs-pdf/p16.pdf>> (28.1.2024).

⁷¹ Vgl. IRS, SOI Tax Stats – Nonfarm Sole Proprietorship Statistics (Business Receipts, Selected Deductions, Payroll, and Net Income), 2018, abrufbar unter <<https://www.irs.gov/statistics/soi-tax-stats-nonfarm-sole-proprietorship-statistics>> (28.1.2024).

⁷² Dazu Borden/Freudenberg, 23 Fla. Tax Rev. 351, 362 (2019): „However, this data needs to be interpreted cautiously, as the tax figures could underreport the number of LLCs.“

⁷³ Zu ihr unter IV.2.

⁷⁴ Vgl. dazu IRS, Single Member Limited Liability Companies, abrufbar unter <<https://www.irs.gov/businesses/small-businesses-self-employed/single-member-limited-liability-companies>> (28.1.2024); ferner Borden/Freudenberg, 23 Fla. Tax Rev. 351, 362 Fn. 48 (2019).

⁷⁵ Vgl. Chrisman, 15 Fordham J. Corp. & Fin. L. 459, 486 (2009).

⁷⁶ So Freudenberg, Tax Flow-Through Companies, 2011, § 3-242, S. 68–69; zitiert nach Borden/Freudenberg, 23 Fla. Tax Rev. 351, 362 n. 49 (2019).

⁷⁷ Dazu Lee, 78 Tex. L. Rev. 885, 887 (2000).

als *corporations* gegründet.⁷⁸ In weiteren elf Staaten entfielen rund 45 % aller neuen Unternehmen auf die neue Rechtsform.⁷⁹ Eine Folgestudie bezifferte das landesweite Durchschnittsverhältnis der Neugründungen auf rund 2:1 zugunsten der LLC.⁸⁰ In vielen Bundesstaaten lag das Verhältnis sogar deutlich darüber.⁸¹

Veranschaulichen lässt sich die Wachstumsdynamik der LLC im Zeitablauf am Beispiel des Bundesstaats Delaware. Dieser ist neben seiner dominanten Stellung im US-amerikanischen Wettbewerb der Gesellschaftsrechte um die *corporate charters*⁸² inzwischen auch die bevorzugte Wahlheimat für jene LLC-Neugründungen, bei denen Satzungs- und Verwaltungssitz auseinanderfallen.⁸³

Die auf Sekundärquellen⁸⁴ und eigenen Auswertungen⁸⁵ beruhenden Zahlen in Tabelle 1 zeigen hohe Neugründungszahlen seit Mitte der 1990er Jahre, die mit Ausnahme der Rezession in Folge der geplatzten Dotcom-Blase (2001) und der Hochjahre der Finanzkrise (2008–2009) stetig gewachsen sind, häufig sogar im zweistelligen Prozentbereich. Gegenüber den anderen Rechtsformen in Delaware dominiert die LLC mit einem Anteil von mittlerweile knapp 75 % an allen Neugründungen. Im direkten Vergleich zur *corporation* liegt das Verhältnis bei fast 4:1. Abgenommen hat in jüngerer Zeit lediglich die Geschwindigkeit, mit welcher der Marktanteil der LLCs gewachsen ist.

⁷⁸ Vgl. *Friedman*, 38 Creighton L. Rev. 35, 36 (2004).

⁷⁹ Vgl. *Friedman*, 38 Creighton L. Rev. 35, 36 (2004).

⁸⁰ Vgl. *Chrisman*, 15 Fordham J. Corp. & Fin. L. 459, 460 (2009).

⁸¹ Näher *Chrisman*, 15 Fordham J. Corp. & Fin. L. 459, 460 (2009): „For example, in Delaware and Colorado in 2007, over three new LLCs were formed for every one new corporation formed. [...]; ten states and the District of Columbia had ratios of new LLCs to new corporations formed in excess of four to one; Connecticut came in with the highest, at a ratio of new LLCs to new corporations formed of 11.826 to 1.“

⁸² Grundlegend *Romana*, 1 J.L. Econ. & Org. 225 (1985) und *dies.*, *The Genius of American Corporate Law*, 1993.

⁸³ Näher dazu unter V.4.

⁸⁴ Solche sind in Tabelle 1 *kursiv* hinterlegt. Die Zahlen der Neugründungen der LLCs und *corporations* stammen für die Jahre 1995–1997 aus *Lee*, 78 Tex. L. Rev. 885, 987 (2000), für die Jahre 2002–2003 aus *Friedman*, 38 Creighton L. Rev. 35, 92 ff. (2004) und für die Jahre 2004–2005 aus *Chrisman*, 15 Fordham J. Corp. & Fin. L. 459, 468 ff. (2009). Aus den beiden zuletzt genannten Beiträgen stammen auch die Zahlen in der Kategorie „Anteil LLC an allen Neugründungen“ für die Jahre 2002–2005.

⁸⁵ Die Zahlen der Neugründungen der LLCs und *corporations* für die Jahre 1998–2001 beruhen auf einer E-Mail-Anfrage an die Delaware Corporate Division (beantwortet am 19.4.2021). Für die Jahre 2006–2019 stammen die Zahlen aus dem jährlich veröffentlichten Statistikbericht der Corporate Division, abrufbar unter <<https://corp.delaware.gov/stats/>> (28.1.2024). Ebenfalls auf Grundlage dieser Berichte erfolgte die Berechnung der Prozentzahlen in der Kategorie „Anteil LLC an allen Neugründungen“ für die Jahre 2006–2019.

Tabelle 1: Entwicklung der LLC und der corporation in Delaware (1995–2019)

Jahr	Anzahl LLC-Neugründungen	Wachstumsrate Neugründungen (%)	Anzahl corporation-Neugründungen	Verhältnis LLC-/corporation-Neugründungen	Anteil LLC an allen Neugründungen (%)
1995	6.933		47.851	0,1:1	
1996	10.888	57,0	51.272	0,2:1	
1997	20.731	90,4	52.184	0,4:1	
1998	30.701	48,1	48.074	0,6:1	
1999	40.007	29,9	53.664	0,7:1	
2000	48.069	20,2	58.915	0,8:1	
2001	43.351	-9,8	39.221	1,1:1	
2002	47.726	10,1	37.160	1,3:1	56,2
2003	49.551	3,8	33.023	1,5:1	60,0
2004	68.807	38,9	33.047	2,1:1	62,8
2005	87.360	27,0	34.377	2,5:1	67,0
2006	96.831	10,8	34.733	2,8:1	66,6
2007	111.820	15,5	35.700	3,1:1	69,1
2008	81.923	-26,7	29.501	2,8:1	67,4
2009	70.274	-14,2	24.955	2,8:1	68,9
2010	82.027	16,7	28.181	2,9:1	69,6
2011	93.222	13,6	31.742	2,9:1	69,9
2012	103.271	10,8	32.394	3,2:1	71,1
2013	109.169	5,7	34.234	3,2:1	71,4
2014	121.592	11,4	36.445	3,3:1	72,0
2015	128.042	5,3	38.288	3,3:1	71,6
2016	128.852	0,6	40.253	3,2:1	71,1
2017	143.996	11,8	41.553	3,5:1	72,6
2018	157.142	9,1	44.669	3,5:1	72,8
2019	165.910	5,6	45.405	3,7:1	73,2
Ø	81.928	16,3	39.474	2,2:1	68,51

7. Einsatzfelder der LLC

Im Wirtschaftsleben wird die LLC vor allem von kleineren und mittleren Unternehmen mit einem geschlossenen Gesellschafterkreis genutzt.⁸⁶ Eine Konzentra-

⁸⁶ Vgl. *Ragazzo* (Fn. 8), S. 931: „the preferred business structure for many closely held businesses“; ebenso *Macey/Moll* (Fn. 8), S. 917.

tion auf einen bestimmten Industrie- oder Wirtschaftszweig lässt sich nicht feststellen. Mehr der Veranschaulichung als einem vollständigen Überblick⁸⁷ dienen Aufzählungen der Einsatzfelder in der Literatur: „LLC inhabit a breathtaking spectrum of ecosystems. Even the most passing awareness of how LLCs are used identifies the following overlapping ecosystems: investment funds, real estate development, ‘family’ business planning, low profit social organizations, not-for-profit ventures, asset protection, estate and wealth transfer planning, operating businesses across a variety of sizes measured by number of members or amount of investment, professional service firms, multiple entity management structures, research and intellectual property joint ventures, and natural resource ventures, among others.“⁸⁸

Daneben wird die LLC als Sicherungsinstrument bei Immobilienfinanzierungen⁸⁹ sowie als Rechtskleid für professionelle Sportligen⁹⁰ und große multinationale Unternehmen eingesetzt. Zuletzt hat Google die Rechtsform der *corporation* abgelegt und ist in die der LLC gewechselt.⁹¹ Noch in einer überschaubaren Zahl⁹² werden LLCs an den US-amerikanischen Börsen gehandelt.

8. Aus- und inländische Regelungsvorbilder für die LLC

Was allfällige Regelungsvorbilder für die US-amerikanische LLC anbelangt, gehen die Auffassungen im Schrifttum auseinander. Mehrere Literaturstimmen nehmen Bezug auf die frühen Erfahrungen von Hamilton Brothers Oil mit der panamaischen *limitada* und nennen daher als maßgebliche Inspirationsquelle die in Mittel- und Südamerika verbreitete *sociedad de responsabilidad limitada*.⁹³ Andere verweisen darauf, dass diese Form der geschlossenen Kapitalgesellschaft kontinentaleuropäische Wurzeln habe⁹⁴ und schlagen einen Bogen zur deutschen GmbH: „The limited liability company is a triumph of comparative law. The origin of this relatively new institution is generally attributed to the German law of

⁸⁷ Vgl. *Jelsma/Nollkamper*, The Limited Liability Company, Rev. 22, 2019, § 2:80: „These LLCs [sic!] uses discussed above only scratch the surface. Creative advisors will continue to find the structural flexibility of the LLC conducive to tailoring entities to their particular client.“

⁸⁸ *Geu*, 42 Suffolk U.L. Rev. 507, 546 (2009).

⁸⁹ Vgl. *Jelsma/Nollkamper*, The Limited Liability Company, Rev. 22, 2019, § 2:80 („mortgage substitute“).

⁹⁰ Z.B. für die US-amerikanische Profifussballliga; vgl. *Fraser v. Major League Soccer*, *L.L.C.*, 284 F.3d 47 (1st Cir. 2002).

⁹¹ Eingehend *Bueren*, in: Fleischer/Mock, Große Gesellschaftsverträge aus Geschichte und Gegenwart, 2021, § 19, S. 911 ff.; allgemein zu „Choice-of-Entity Decisions“ von Silicon Valley Start-ups *Polisky*, 70 *Hastings L.J.* 409 (2019).

⁹² Für Delaware die Auswertung von *Gomtsian*, 40 *Del. J. Corp. L.* 207 (2015). Ausführlich zum „new kid“ an den Börsenplätzen *Siegel*, 68 *SMU L. Rev.* 885 (2015).

⁹³ Vgl. *Geu*, 37 *S.D. L. Rev.* 44, 50 (1992); *Spainhour*, Note, 16 *U Ark. Little Rock L.J.* 27 n. 3 (1994).

⁹⁴ Vgl. etwa *Hynes/Loewenstein* (Fn. 7), § 103, S. 351: „patterned on a European model“.

1892, authorizing the Gesellschaft mit beschränkter Haftung [...]. The route from Berlin to Cheyenne, Wyoming, was a long and twisted road.⁹⁵

Wieder andere Autoren ziehen eher Verbindungslinien von der LLC zu einheitlichen Gesellschaftsformen. Häufiger genannt wird namentlich die wenig bekannte *limited partnership association*,⁹⁶ eine Art Kommanditgesellschaft ohne Komplementär, die 1874 in Pennsylvania und 1877 in Michigan eingeführt worden war, aber kaum angewendet wurde.⁹⁷ Schließlich wird vorgebracht, dass der Wyoming LLC Act im Wesentlichen aus lokalen Quellen geschöpft habe: dem Wyoming Business Corporation Act und dem Wyoming Uniform Partnership Act.⁹⁸

IV. Grundstrukturen der LLC

1. Große Variationsbreite der LLC in den einzelnen Bundesstaaten

Einen verlässlichen Überblick über das Recht der LLC zu gewinnen fällt nicht leicht, weil die Gesetze der einzelnen Bundesstaaten stark voneinander abweichen.⁹⁹ Anders als bei der *partnership* haben Modellgesetze hieran wenig geändert.¹⁰⁰ Zwar gibt es mit dem Uniform Limited Liability Company Act (ULLCA) von 1996 und dem erheblich überarbeiteten¹⁰¹ Revised Uniform Limited Liability Company Act (RULLCA) von 2006 zwei von der Uniform Law Commission erarbeitete Musterstatute. Sie vermochten den „dizziling array of diversity“¹⁰² aber nicht zu beseitigen, weil fast alle Bundesstaaten bereits zuvor eigene LLC-Gesetze erlassen hatten¹⁰³ und wenig Neigung zeigten, diese kurz darauf wieder anzupassen.¹⁰⁴ Auch die Vereinheitlichung der Modellgesetze aller *unincorporated*

⁹⁵ *Jelsma/Nollkamper*, The Limited Liability Company, Rev. 22, 2019, § 1.20.

⁹⁶ Vgl. etwa *Geu*, 37 S.D. L. Rev. 44, 48–49 (1992); ferner *Johnson*, 11 Fla. St. U. L. Rev. 387, 388 (1983).

⁹⁷ Allgemein dazu *Schwartz*, 20 Rutgers L. Rev. 29 (1965).

⁹⁸ Dazu schon *Carney*, 12 Land and Water Rev. 580, 581–82 (1977); bekräftigend *ders.*, 66 U. Colo. L. Rev. 855, 858 (1995): „In this sense, at least, the original LLC statute owes a debt to domestic laws governing other forms of business associations. This is hardly surprising, since drafters generally look to statutes governing comparable entities for guidance.“

⁹⁹ Dazu *Cox/Hazen* (Fn. 4), § 1.11[1], S. 28; *Hynes/Loewenstein* (Fn. 7), § 103, S. 351; griffig auch *Kleinberger* (Fn. 8), S. 543: „Still, once you’ve read one LLC statute, you have certainly not read them all.“

¹⁰⁰ Vgl. *Bauman/Stevenson/Rhee* (Fn. 8), S. 305.

¹⁰¹ Dazu *Ragazzo* (Fn. 8), S. 934: „RULLCA is not simply an update of ULLCA; it differs from ULLCA in many substantial respects.“

¹⁰² Prefatory Note to ULLCA.

¹⁰³ Näher dazu oben III. 5.

¹⁰⁴ Dazu *Bauman/Stevenson/Rhee* (Fn. 8), S. 305; *Ragazzo* (Fn. 8), S. 934: „relatively late adoption of model or uniform statutes“; *Macey/Moll* (Fn. 8), S. 918: „As of this writing, only four states and the U.S. Virgin Islands have adopted ULLCA. [...] Only five states, however, have presently adopted the revised Act (‘RULLCA’).“

entities und ihre Zusammenführung im Uniform Business Organizations Code (UBOC) von 2013 fand für die LLC in den einzelnen Bundesstaaten nur ein geringes Echo.¹⁰⁵ Die folgenden Erläuterungen orientieren sich vor allem am RULLCA sowie am Delaware Limited Liability Company Act (DLLCA).¹⁰⁶

2. Rechtsnatur der LLC

Die LLP wird gewöhnlich als eine hybride Gesellschaftsform bezeichnet, die sowohl Elemente der *partnership* als auch solche der *corporation* aufweist.¹⁰⁷ Ihre Zwitterstellung spiegelt sich in der rechtsformneutralen Bezeichnung als *company* wider, die in den Vereinigten Staaten keiner bestimmten Rechtsform zugewiesen ist. Auch für ihre Mitglieder hat man einen neutralen Begriff gefunden: Sie heißen nicht *partners* oder *shareholders*, sondern *members*.

In dogmatischer Hinsicht verfügt die LLC über eine eigene Rechtspersönlichkeit,¹⁰⁸ kann also selbst Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum erwerben sowie vor Gericht klagen und verklagt werden.¹⁰⁹ Anders als die *partnership* kann sie heutzutage¹¹⁰ in den meisten Bundesstaaten nur aus einer einzigen Person bestehen.¹¹¹ Der RULLCA sieht sogar die Gründung einer mitgliederlosen *shelf* LLC mit der Maßgabe vor, dass binnen 90 Tagen ein oder mehrere Mitglieder benannt werden müssen.¹¹² Was ihren Gesellschaftszweck anbelangt, bildet die LLC ein Universalinstrument: Sie steht gleichermaßen für erwerbswirtschaftliche wie für ideelle Zielsetzungen zur Verfügung.¹¹³ Erlaubt ist mithin auch eine *nonprofit* LLC,¹¹⁴ während eine *partnership* stets einen wirtschaftlichen Zweck (*business purpose*), wenn auch nicht den Betrieb eines Handelsgewerbes, voraussetzt.¹¹⁵ Repräsentativ für den weiten Aktionsradius der LLC ist § 18-106(1) DLLCA: „A limited liability company may carry on any

¹⁰⁵ Vgl. *Ragazzo* (Fn. 8), S. 834: „The UBOC has not met with an enthusiastic reception, and it has been adopted by only a small number of states.“

¹⁰⁶ Ähnliche Vorgehensweise bei *Macey/Moll* (Fn. 8), S. 918: „Despite their limited acceptance, ULLCA, RULLCA, and RULLCA (2013) serve as useful templates for studying and debating LLC provisions.“

¹⁰⁷ So etwa *Bauman/Stevenson/Rhee* (Fn. 8), S. 307.

¹⁰⁸ Vgl. § 104(a) RULLCA; § 18-201(b) DLLCA: „separate legal entity“.

¹⁰⁹ Vgl. § 105 RULLCA; dazu auch *Ragazzo* (Fn. 8), S. 982.

¹¹⁰ Zum früheren „two-member requirement“ etwa *Ragazzo* (Fn. 8), S. 947.

¹¹¹ Vgl. *Bauman/Stevenson/Rhee* (Fn. 8), S. 305: „In this regard, an LLC is like a corporation, which requires only one shareholder. The benefit of a single equityholder can be significant for both small businesses and larger or more sophisticated ones.“

¹¹² Vgl. § 201 ULLCA; dazu auch *Hynes/Loewenstein* (Fn. 7), § 106, S. 358 f.; *Kleinberger* (Fn. 8), S. 567 ff.

¹¹³ Vgl. *Kleinberger* (Fn. 8), S. 561.

¹¹⁴ Vgl. *Kleinberger* (Fn. 8), S. 561.

¹¹⁵ Vgl. *Bong/Jaeger*, in: *Fleischer, Personengesellschaften im Rechtsvergleich*, 2021, § 12 Rn. 3.

lawful business, purpose or activity, whether or not for profit, with the exception of the business of banking.“

Enthält das Gesetz für ein bestimmtes Problem keine eigene Regelung oder geht es um Fragen der Vertragsauslegung, suchen die Gerichte entweder im Korporations- oder im Personengesellschaftsrecht nach hilfreicher Wegleitung: „Usually, the particular aspect can be traced to either the corporate components or to the partnership components of the LLC act or agreement. In such cases where the characteristic originated from the partnership aspects of the LLC, the court will use the established [principles] and precedent of the partnership law to resolve the issue [...]. In such cases where the characteristic originated from the corporate aspects of the LLC, the court will utilize the established [principles] and precedent of corporate law to resolve the issue.“¹¹⁶ Allerdings entfalten die Entscheidungen zu den anderen Rechtsformen keine bindende Wirkung für die Gerichte.¹¹⁷

3. Gründungs- und Governance-Vereinbarungen

Zur Errichtung müssen die Gründer einer LLC – wie bei anderen Rechtsformen auch – ein Gründungsdokument bei der zuständigen Behörde einreichen, das gewöhnlich als „articles of organization“ oder „certificate of organization“ bezeichnet wird.¹¹⁸ Die Angaben in diesem Dokument sind zumeist recht dürftig.¹¹⁹ Delaware verlangt beispielsweise nur den Namen der LLC, die Adresse ihres Sitzungssitzes und die Adresse des Repräsentanten für den Registrierungsvorgang (§ 18-201 DLLCA).

Weitere Einzelheiten der Governance-Struktur werden gewöhnlich in einem separaten Dokument niedergelegt, das als „operating agreement“ oder „limited liability company agreement“ bekannt, aber nicht öffentlich zugänglich ist.¹²⁰ Diese Vereinbarung, wiewohl von Gesetzes wegen nicht zwingend vorgeschrieben,¹²¹ bildet für fast alle LLCs das Schlüsseldokument („cornerstone“¹²²) und stellt in vielerlei Hinsicht das Gegenstück zu einem Personengesellschaftsvertrag

¹¹⁶ *Anderson v. Wilder*, 2003 WL 22768666, at *4 (Tenn. Ct. App. 2003); ähnlich *Obeid v. Hogan*, 2016 WL 3356851, at *6 (Del. Ch. 2016); dazu auch *Macey/Moll* (Fn. 8), S. 920: „In all likelihood, many courts, either explicitly or implicitly, follow this analytical approach.“

¹¹⁷ Vgl. *Bauman/Stevenson/Rhee* (Fn. 8), S. 308.

¹¹⁸ Vgl. *Kleinberger* (Fn. 8), S. 558; *Macey/Moll* (Fn. 8), S. 920.

¹¹⁹ Vgl. *Macey/Moll* (Fn. 8), S. 920: „relatively skeletal“; ähnlich *Kleinberger* (Fn. 8), S. 559: „bare bones“.

¹²⁰ Vgl. *Macey/Moll* (Fn. 8), S. 920.

¹²¹ Vgl. *Hynes/Loewenstein* (Fn. 7), § 106, S. 359: „An operating agreement is not required in most states, just as a partnership agreement is not required, but it is highly advisable for an LLC to have a written agreement.“; ferner *Kleinberger* (Fn. 8), S. 576.

¹²² *Elf Atochem N. Am. v. Jaffari*, 727 A.2d 286, 291 (Del. 1999).

dar.¹²³ Sie kann ganz auf die Besonderheiten der betreffenden LLC zugeschnitten sein und ersetzt dann die nachgiebigen Vorschriften des Gesetzesrechts.¹²⁴

4. Organisationsstruktur

Die Organisationsstruktur einer LLC ist in hohem Maße formbar. Die meisten Bundesstaaten sehen als gesetzliche Auffangregelung eine Geschäftsführung durch die Gesellschafter vor (*member-managed LLC*), vgl. etwa § 18-402 DLLCA. Dann ähnelt die LLC einer *partnership*.¹²⁵ Einige wenige Bundesstaaten gehen demgegenüber von dem Grundmodell einer Geschäftsführung durch (Fremd-) Geschäftsführer aus (*manager-managed LLC*). In diesem Fall gleicht die zentrale Leitungsstruktur jener einer *corporation*.¹²⁶ Mischmodelle sind ebenfalls möglich und werden in einigen Bundesstaaten sogar ausdrücklich angesprochen.¹²⁷ Zur Lückenschließung neigen die Gerichte dazu, je nach Grundmodell auf Präzedenzfälle zum Personengesellschafts- bzw. Korporationsrecht zurückzugreifen.¹²⁸

5. Vertragsfreiheit als gesetzlicher Leitstern

In allen Bundesstaaten atmet die LLC-Gesetzgebung den Geist der Privatautonomie, wie er seit jeher das US-amerikanische Personengesellschaftsrecht umweht. Ebenso wie die *partnerships* sind auch die LLCs „creatures of contract“¹²⁹. Die damit einhergehende Flexibilität und Vertragsfreiheit zählen zu ihren hervorstechendsten Merkmalen. Geradezu programmatisch heißt es in § 18-110(b) DLLCA: „It is the policy of this chapter to give maximum effect to the principle of freedom of contract and to the enforceability of limited liability company agreements.“ Eine Literaturstimme spricht sogar von einer Radikalisierung des Vertragsrechts¹³⁰ unter Hinweis darauf, dass § 18-306 DLLCA die Vereinbarung

¹²³ So *Hynes/Loewenstein* (Fn. 7), § 106, S. 259.

¹²⁴ Vgl. *Kleinberger* (Fn. 8), S. 575; *Macey/Moll* (Fn. 8), S. 920 f.

¹²⁵ Vgl. *Hynes/Loewenstein* (Fn. 7), § 108, S. 361; *Macey/Moll* (Fn. 8), S. 925.

¹²⁶ Vgl. *Macey/Moll* (Fn. 8), S. 925

¹²⁷ Vgl. etwa Va. Code § 13.1–1024(A): „The articles of organization or an operating agreement of a limited liability company may delegate full or partial responsibility for managing a limited liability company to or among one or more managers.“

¹²⁸ Dazu *Obeid v. Hogan*, 2016 WL 3356851, at *6 (Del. Ch. June 10, 2016): „If the drafters have embraced the statutory default rule of a member-managed governance arrangement, which has strong functional and historical ties to the general partnership (albeit with limited liability for the members), then the parties should expect a court to draw on analogies to partnership law. [...] If the drafters have opted for a manager-managed entity, created a board of directors, and adopted other corporate features, then the parties to the agreement should expect a court to draw on analogies to corporate law.“

¹²⁹ *Obeid v. Hogan*, 2016 WL 3356851 (Del. Ch. 2016).

¹³⁰ So die Zwischenüberschrift bei *Kleinberger* (Fn. 8), S. 660: „The Radicalization of Contract Law“.

von Vertragsstrafen (*penalties*) ausdrücklich zulässt, obwohl diese im *common law* seit jeher kritisch beäugt werden.

Bei aller Liberalität des Gesetzgebers bleibt die Frage nach den Grenzen der Gestaltungsfreiheit.¹³¹ Sie stellt sich in der Praxis vor allem im Zusammenhang mit der Abdingbarkeit fiduziarischer Pflichten. Den Gesellschaftern einer gesellschaftergeführten LLC und den Geschäftsführern einer managergeführten LLC obliegen grundsätzlich sog. *fiduciary duties* gegenüber der Gesellschaft und den Mitgesellschaftern.¹³² In vielen Bundesstaaten können diese Pflichten, insbesondere die *duty of loyalty*, zwar teilweise eingeschränkt, aber nicht vollständig eliminiert werden, vgl. § 110 RULLCA.¹³³ Demgegenüber lässt Delaware eine vollständige Abdingbarkeit dieser Pflichten zu und sieht nur den „implied contractual covenant of good faith and fair dealing“ als vertragsfest an, § 18-1101 DLLCA.¹³⁴

6. Haftungsverfassung

Wie schon aus der Rechtsformbezeichnung hervorgeht, genießen sämtliche Gesellschafter einer LLC Schutz vor haftungsrechtlicher Inanspruchnahme durch die Gesellschaftsgläubiger. Die Schulden und Verbindlichkeiten einer LLC, gleichviel ob aus Vertrag, Delikt oder einem anderen Rechtsgrund, sind, wie es § 304(a) RULLCA formuliert, allein solche der LLC und treffen weder Gesellschafter noch Geschäftsführer, nur weil diese als Gesellschafter oder Geschäftsführer handeln.

Von großer praktischer Bedeutung ist die Folgefrage, ob unter bestimmten Voraussetzungen ein Haftungsdurchgriff möglich ist, wie er unter der Bezeichnung „veil piercing“ für die *corporation* ausführlich diskutiert wird und zu tausenden Gerichtsentscheidungen Anlass gegeben hat.¹³⁵ Manche Bundesstaaten haben diese Frage ausdrücklich geregelt, indem sie die hergebrachte Durchgriffsrechtsprechung für entsprechend anwendbar erklären.¹³⁶ Andere statuieren einschränkend, dass eine Nichtbeachtung von Formalitäten für sich genommen keinen Grund für einen Haftungsdurchgriff bietet,¹³⁷ weil das LLC-Recht keine dem

¹³¹ Dazu auch *Macey/Moll* (Fn. 8), S. 977: „The deference, however, gives rise to the thorniest question in the legal development of the LLC – should freedom of contract have any limits?“

¹³² Vgl. *Hynes/Loewenstein* (Fn. 7), § 111, S. 366 f.; *Kleinberger* (Fn. 8), S. 615.

¹³³ Ausführlich dazu *Bauman/Stevenson/Rhee* (Fn. 8), S. 316 ff.

¹³⁴ Näher dazu *Bauman/Stevenson/Rhee* (Fn. 8), S. 326 ff.; *Kleinberger* (Fn. 8), S. 624 ff.

¹³⁵ Vgl. *Thompson*, 76 *Cornell L. Rev.* 1036 (1991), der 1.600 *veil piercing*-Fälle analysiert; ferner *Matheson*, 7 *Berkeley Bus. L.J.* 1 (2010).

¹³⁶ Vgl. etwa *Colo. Rev. Stat.* § 7-80-110: „In any case in which a party seeks to hold the members of a limited liability company personally responsible for the alleged improper action of the limited liability company, the court shall apply the case law which interprets the conditions and circumstances under which the corporate veil of a corporation may be pierced under Colorado law.“

¹³⁷ Vgl. etwa *Wash. Rev. Code*, § 25.15.61; ähnlich § 303(b) ULLCA: „The failure of [an LLC] to observe the usual company formalities or requirements relating to the exercise of its

Korporationsrecht vergleichbare Formenstrenge kennt.¹³⁸ In den meisten Bundesstaaten blieb die Klärung dieses Fragenkreises dagegen den Gerichten vorbehalten. Der Oberste Gerichtshof von Wyoming hat in einer Grundsatzentscheidung von 2002 die Vergleichbarkeit der Interessenlage in beiden Fällen betont und die Möglichkeit einer Durchgriffshaftung grundsätzlich bejaht.¹³⁹ Ein Folgeurteil von 2014 hat konkrete Testfragen nachgeliefert.¹⁴⁰

7. Mitgliedschaftliche Rechte und Pflichten

Was die Mitverwaltungsrechte anbelangt, sehen manche Bundesstaaten als *default rule* eine Stimmrechtszuweisung nach Kopfanteilen, andere eine solche nach Kapitalanteilen vor.¹⁴¹ Ähnliche Unterschiede sind bei der Ausgestaltung des Gewinnbezugsrechts zu verzeichnen.¹⁴² Als mitgliedschaftliche Hauptpflicht ist regelmäßig eine Beitragsleistung vorgesehen. „Contributions“ werden dabei weit verstanden und schließen auch Dienstleistungen ein, vgl. etwa § 18-101(3) DLLCA.

V. Rechtspolitische Würdigung

Mehr als 40 Jahre, nachdem Wyoming eine gesellschaftsrechtliche Revolution ausgerufen hat,¹⁴³ kann man heute schon fast aus der Ruhe historischer Sicht auf den Werdegang der LLC in den Vereinigten Staaten zurückblicken. Dabei verdienen eine Reihe von Gesichtspunkten Hervorhebung, die auch bei anderen Rechtsformneuschöpfungen in der ein oder anderen Form zu beobachten sind.

company powers or management of its business is not a ground for imposing personal liability on the members or managers for liabilities of the company.“

¹³⁸ Dazu *Hynes/Loewenstein* (Fn. 7), § 107, S. 360 f.: „Because the LLC is not restrained by the formalities that apply to corporations, the veil piercing jurisprudence developed in corporate law does not translate easily to LLC law.“

¹³⁹ Vgl. *Kaycee Land & Livestock v Flahive*, 46 P.3d 323, 329 (Wyo. 2022) mit der zusammenfassenden Würdigung: „No reason exists in law or equity for treating an LLC differently than a corporation is treated when considering whether to disregard the legal entity. We conclude the equitable remedy of piercing the veil is an available remedy under the Wyoming Limited Liability Company Act.“

¹⁴⁰ Vgl. *Greenhunter Energy, Inc. v. Western Ecosystems Technology, Inc.*, 337 P.3d 454 (Wyo. 2014).

¹⁴¹ Vgl. *Hynes/Loewenstein* (Fn. 7), § 108, S. 361; *Macey/Moll* (Fn. 8), S. 925.

¹⁴² Vgl. *Hynes/Loewenstein* (Fn. 7), § 111, S. 366; *Macey/Moll* (Fn. 8), S. 945.

¹⁴³ Vgl. die Zwischenüberschrift von *Kleinberger* (Fn. 8), S. 535: „Wyoming Starts a Revolution“.

1. Initiatoren und Unterstützer der LLC

Blickt man auf die Vorgeschichte der LLC, so stammten die maßgeblichen Impulse aus der Unternehmenspraxis: Ein unabhängiges Ölunternehmen aus Colorado, Hamilton Brothers Oil Company, war als eine Kapitalgesellschaft (*limitada*) nach dem Recht von Panama organisiert, stieß damit jedoch zunehmend an gesellschaftsrechtliche Gestaltungsgrenzen. Zur Lösung dieses konkreten Problems suchte das Unternehmen nach einer Rechtsformalternative, die eine beschränkte Gesellschafterhaftung mit transparenter Besteuerung nach personengesellschaftsrechtlichen Grundsätzen verband. Weil das einheimische Rechtsformentableau hierfür wohl¹⁴⁴ keine passgenaue Lösung bot, beauftragte Hamilton Brothers Oil Company seine Berater damit, einem einzelstaatlichen Gesetzgeber die Schaffung einer neuen Organisationsform schmackhaft zu machen.

Die mandatierte Kanzlei aus Dallas und ihr federführender Partner, *Frank M. Burke, Jr.*, betätigten sich daraufhin als *draftsmen*, indem sie den späteren Gesetzestext entwarfen und damit im Abgeordnetenhaus in Cheyenne auf offene Ohren stießen: „Nothing, not even a comma, in the proposed legislation drafted by Hamilton Brothers, was changed by the Wyoming legislature.“¹⁴⁵ Offenbar sah der dortige Gesetzgeber auch davon ab, genauer zu prüfen oder wenigstens zu plausibilisieren, wie groß der praktische Bedarf für die neue Organisationsform sein würde. Mithin handelt es sich bei der Wyoming LLC um eine nachfragegetriebene Rechtsformneuschöpfung ohne konkrete Bedürfnisprüfung.

2. Steuerrecht als Entwicklungstreiber

Was die Motive für die „Erfindung“ der LLC anbelangt, so bildete das Steuerrecht den wesentlichen Entwicklungstreiber und Erfolgsfaktor: Wie im Einzelnen dargestellt, erwies sich die LLC in Wyoming und einigen weiteren Bundesstaaten wegen ihres ungeklärten steuerlichen Status lange Zeit als wahrer Ladenhüter, bevor die zuständige Steuerbehörde mit ihrer Wyoming Revenue Ruling von 1988 erklärte, dass die Haftungsbeschränkung der dortigen LLC ihrer Einordnung als *partnership* nicht entgegenstehe. Im Anschluss daran schwappte eine wahre LLC-Gesetzgebungswelle durch alle Bundesstaaten.

Der feste Griff des Steuerrechts zog in Gesellschaftsrechtskreisen freilich auch Kritik auf sich. Auf einer Konferenz im Jahre 1996 schrieb Professor *Larry Ribstein* den Steueranwälten ins Stammbuch, dass „LLCs must be rescued from the grasp of tax lawyers“, worauf Professor *Jerome Kurtz* replizierte: „Everything is driven by tax and the rest of the world will accommodate.“¹⁴⁶ In der Folgezeit lernte

¹⁴⁴ Zur nicht näher in Betracht gezogenen LP mit einem korporativen Komplementär unter V.3.

¹⁴⁵ *Jelsma/Nollkamper*, The Limited Liability Company, Rev. 22, 2019, § 1:30.

¹⁴⁶ Beide zitiert nach AALS Tax Section Looks at LLCs, 96 Tax Notes Today 17-H (1996).

man dann auch – ähnlich wie bei der hiesigen GmbH & Co. KG – die gesellschaftsrechtlichen Vorzüge dieser neuen Organisationsform zu schätzen.¹⁴⁷

3. Wirtschaftliche Kontextbedingungen

Rechtsformneuschöpfungen entstehen in einem bestimmten wirtschaftlichen, sozialen und politischen Umfeld. Zu den ökonomischen Kontextbedingungen, welche die Schaffung der LLC begünstigten, gehörte insbesondere die Entwicklung der Ölindustrie in den Vereinigten Staaten.¹⁴⁸ Gelegentlich ist sogar davon die Rede, dass der Wyoming LLC Act anfangs als eine Art Spezialgesetzgebung für die Öl- und Gasbranche wahrgenommen wurde.¹⁴⁹ Diese Bemerkung erklärt sich vor folgendem Hintergrund: Die Suche nach Erdöl- und Gasvorkommen durchlief seit den 1960er Jahren verschiedene Phasen. Unabhängige kleine Ölhersteller spielten zunächst nur eine geringe Rolle. Große Ölkonzerne beherrschten den Markt und führten ihre eigenen Explorationstätigkeiten im Laufe der Jahre immer stärker zurück, weil sie Rohöl aus dem Mittleren Osten zu sehr günstigen Preisen erwerben konnten. Mit der ersten Ölkrise von 1973 im Gefolge des Jom-Kippur-Kriegs änderte sich die Lage schlagartig. Aufgrund des starken Ölpreisanstiegs boten sich unabhängigen, findigen Herstellern wie Hamilton Brothers Oil Company unverhofft neue Marktchancen. Viele von ihnen finanzierten die kostspieligen Probebohrungen, indem sie – vergleichbar den deutschen Publikumspersonengesellschaften – vermögenden Anlegern im Rahmen von steuerlichen Verlustzuweisungsmodellen Personengesellschaftsanteile verkauften. Rechtlich bedienten sie sich dabei zum Teil der *limited partnership*, deren Komplementärstelle zu Zwecken der Haftungsbeschränkung eine *corporation* mit geringerer Eigenkapitalausstattung übernahm – eine Rechtsformkombination, die Ende der 1960er Jahre aufkam,¹⁵⁰ deren Zulässigkeit aber bis zu einer texanischen Leitentscheidung aus dem Jahre 1974¹⁵¹ durchaus umstritten war. Hamilton Brothers Oil Company, die in den späten 1960er Jahren entstanden war, griff vielleicht auch wegen dieser Rechtsunsicherheit auf die panamaische *limitada* zurück. Warum der Firmenanwalt *Frank M. Burke, Jr.* die Option einer LP mit einem *corporate general partner* – gewissermaßen ein spätes Pendant zur deut-

¹⁴⁷ Vgl. *Hamill* (Fn. 35), S. 295, 313: „While the rise of the LLC has been largely driven by tax considerations, it is important not to lose sight of the business law implications of this new business entity.“

¹⁴⁸ Zu Folgendem namentlich *Hamill*, 59 *Ohio State L.J.* 1459, 1512 ff. (1998) unter der Zwischenüberschrift „Business Prototypes Contributing to the Development of LLCs“.

¹⁴⁹ Vgl. *Carney*, 66 *U. Colo. L. Rev.* 855, 857 (1995); zusammenfassend *Ribstein* (Fn. 3), S. 120.

¹⁵⁰ Dazu *Hamilton*, 1 *J. Small & Emerging Bus. L.* 73, 77 (1997): „The date of birth of the corporate general partner is impossible to ascertain precisely. It appears to have been shortly before 1970.“; frühe Beiträge von ABA Comm. on Partnerships & Unincorporated Bus. Ass'ns of the Section of Corp. Banking & Bus. Law, 17 *Bus. Law.* 514 (1962); *Armstrong*, 20 *Bus. Law.* 899 (1965).

¹⁵¹ *Delaney v. Fidelity Lease Ltd.*, 517 *S.W.2d* 420 (1974).

schen GmbH & Co. KG¹⁵² – auch in der Folgezeit nicht in Betracht gezogen hat,¹⁵³ sondern ganz auf die LLC setzte, hat auch die *oral history* zum US-amerikanischen LLC-Recht¹⁵⁴ bisher nicht aufzuhellen vermocht.¹⁵⁵

4. Wettbewerb der Einzelstaaten-Gesetzgeber

Über kein zweites Thema hat man im US-amerikanischen Gesellschaftsrecht so viel nachgedacht wie über den Wettbewerb der Rechtsordnungen. Dabei dreht sich die Diskussion vor allem um börsennotierte Gesellschaften.¹⁵⁶ Hunderte von Aufsätzen versuchen zu ergründen, warum mehr als 60 % aller Fortune-500-Gesellschaften in dem kleinen Ostküstenstaat Delaware registriert sind, flächenmäßig nur die Nr. 49 und bevölkerungsmäßig die Nr. 45 unter den 50 Bundesstaaten. Mit der bundesweiten Verbreitung der LLC findet allmählich auch für sie die Frage nach der *jurisdictional competition* Aufmerksamkeit.¹⁵⁷ Dabei zeichnet sich ab, dass Delaware hier ebenfalls die Nase vorn hat. Nach einer Untersuchung aus dem Jahre 2011 haben mehr als 60 % aller LLCs mit mehr als 50 Arbeitnehmern, die nicht in ihrem Heimatstaat inkorporiert sind, das Recht von Delaware gewählt: „Delaware für kleine Fische“¹⁵⁸. Ein Jahr später ergab eine Studie über LLCs mit mehr als 500 Arbeitnehmern, dass 62 % von ihnen außerhalb ihres Heimatstaates gegründet werden, mehr als 95 % innerhalb dieser Teilgruppe in Delaware.¹⁵⁹ Inzwischen stammen fast 30 % der staatlichen Einnahmen in Dela-

¹⁵² Rechtsvergleichend *Fleischer/Wansleben*, GmbHR 2017, 633, 638; monographisch *Klawitter*, Die GmbH & Co. KG im US-amerikanischen Recht, 1997.

¹⁵³ Konkret zu dieser Möglichkeit *Hamill* (Fn. 35), S. 295, 298: „As long as the corporate general partner satisfied certain net worth requirements specified by the IRS, the limited partnership could safely be treated as defeating the corporate characteristic of limited liability and qualify for partnership taxation, usually by also defeating the corporate characteristic of continuity of life.“; 299: „Instead of recommending the limited partnership form, Frank M. Burke, Jr. [...] created a new organization form [...].“

¹⁵⁴ Dazu *Hamill* (Fn. 35), S. 295, 299 n. 17: „Mr. Burke is a friend of John Dzienkowski, a member of the law faculty at the University of Texas, and, a friend of mine who helped guide me through the tenure process. Through my connection with John Dzienkowski I was able to secure from Mr. Burke copies of his files documenting all the unpublished letters, memos and other information, providing an inside picture of the LLC’s creation and the first battle with the IRS. I thank both of them for making it possible for me to tell the inside story of the LLC’s first phase of development.“

¹⁵⁵ Dazu die Mutmaßungen von *Hamill* in einer E-Mail vom 3.2.2023 an die Verfasser: „Frank Burke was a creative individual. He never offered in his letters why he chose not to pursue the limited partnership route. [...] Burke probably enjoyed creating something new [...].“

¹⁵⁶ Vgl. *Kobayashi/Ribstein*, 2011 U. Ill. L. Rev. 91: „Much of the work on jurisdictional competition for business associations has focused on publicly held corporations and the factors underlying Delaware’s dominance in attracting formations of large out-of-state corporations.“

¹⁵⁷ Dies hervorhebend auch *Gevurtz*, 91 Or. L. Rev. 57 (2012)

¹⁵⁸ *Kobayashi/Ribstein*, 2011 U. Ill. L. Rev. 91 unter dem Titel „Delaware for Small Fry: Jurisdictional Competition for Limited Liability Companies“.

¹⁵⁹ So *Dammann/Schundeln*, 55 J.L. & Econ. 741 (2012).

ware aus der Registrierung von LLCs und LPs.¹⁶⁰ Ein aktueller Aufsatz führt diese Sogwirkung von Delaware nicht auf die besondere Qualität seines LLC Act zurück, die sogar vom Delaware Supreme Court scharf kritisiert wird,¹⁶¹ sondern auf das attraktive Gesamtpaket der gesellschaftsrechtlichen Infrastruktur.¹⁶² Zunächst genannt wird, auch in Umfragen unter Praktikern,¹⁶³ der berühmte Delaware Court of Chancery,¹⁶⁴ gegen dessen Entscheidungen nur der *appeal* zum Delaware Supreme Court statthaft ist. Eine Literaturstimme mahnt allerdings, dass es für Anwälte zeitaufwendig sei, sich in der dynamischen Rechtsumgebung von Delaware stets auf dem Laufenden zu halten, und warnt sie daher vor oberflächlichem und unprofessionellem Dilettieren: „Don’t Dabble in Delaware“¹⁶⁵.

5. Wettbewerb der Gesellschaftsformen

„Long gone are the days when business planners were confined to corporate or partnership structures.“¹⁶⁶ Mit Einführung der LLC ist in den Vereinigten Staaten der Wettbewerb der Gesellschaftsformen neu entfacht worden, in dem die *corporation* über Jahrzehnte unangefochten an der Spitze stand. Inzwischen können Gesellschaftsgründer aus einer stattlichen Anzahl von Rechtsformalternativen für geschlossene Gesellschaften auswählen und müssen insoweit – ggf. mit anwaltlicher Hilfe – eine Reihe von Entscheidungsgesichtspunkten gegeneinander abwägen.¹⁶⁷ Wie im Einzelnen dargelegt, hat die LLC der *corporation* dabei den Rang abgelaufen.

Bei kleinen und kleinsten Unternehmen hängt die Entscheidung zwischen *corporation* und LLC häufig von den Gründungskosten ab, die divergieren können.¹⁶⁸ Nach einer empirischen Studie ist die LLC in jenen Bundesstaaten weni-

¹⁶⁰ Näher *Thomas/Thompson/Wells*, 77 Bus. Law. 971 (2022).

¹⁶¹ Vgl. *Atochem N. Am., Inc. v. Jaffari*, 727 A.2d 286, 291 (Del. 1999): „To understand the overall structure and thrust of the Act, one must wade through provisions that are prolix, sometimes oddly organized, and do not always flow openly.“

¹⁶² Vgl. *Thomas/Thompson/Wells*, 77 Bus. Law. 971 (2022); gleichsinnig zuvor schon *Rohr*, 14 N.Y.U. J.L. & Bus. 247, 285 (2017): „Delaware’s primary competitive advantages seem to be other, Delaware-specific benefits (such as its generally superior legal infrastructure) rather than ways in which the content of its law differs from that of other states.“

¹⁶³ Dazu *Gevurtz*, 91 Or. L. Rev. 57, 105 (2012): „The top two reasons for forming LLCs in Delaware were the freedom of contract [...] and Delaware’s judicial infrastructure.“

¹⁶⁴ Zu seiner Zuständigkeit § 18-111 DLLCA; näher *Kleinberger* (Fn. 8), S. 545; rechtsvergleichend *Fleischer/Bong/Cools*, *RabelsZ* 81 (2017), 608, 616 ff.

¹⁶⁵ *Kleinberger* (Fn. 8), S. 545 mit dem Zusatz S. 546: „Keeping pace with relevant Delaware LLC case law is almost a full-time job.“

¹⁶⁶ *Elf Atochem North America, Inc. v. Jaffari*, 727 A.2d. 286, 290 (Del. 1999).

¹⁶⁷ Eingehend dazu *Keatinge/Conaway* (Fn. 25).

¹⁶⁸ Vgl. *Friedman*, 38 Creighton L. Rev. 35, 58 (2004): „[...] a few hundred dollars at the time of formation plus a hundred dollars differential each year may be sufficient to affect the choice of entity.“

ger populär, in denen die Gründung einer *corporation* billiger ist.¹⁶⁹ Ein Beispiel bildet Massachusetts, wo die Registrierungskosten für eine *corporation* 275 \$, für eine LLC dagegen 500 \$ betragen.¹⁷⁰ Noch kurioser liegen die Dinge in New York, wo Praktiker im Zweifel deshalb zur Wahl einer *corporation* raten, weil neu gegründete LLCs ihre Geschäftsaufnahme gemäß § 206(a) New York LLC Law in zwei lokalen Zeitungen publik machen müssen,¹⁷¹ was mit etwa 2.000 \$ zu Buche schlägt.

Im Übrigen verlieren die Startvorteile der alteingesessenen *corporation* zunehmend an Bedeutung. Dies gilt zum einen für die fehlende Vertrautheit der Anwaltschaft mit der neuen Rechtsform,¹⁷² zum anderen für das spärliche Fallmaterial und die daraus resultierende Rechtsunsicherheit.¹⁷³ Eine Auswertung aller Entscheidungen des Delaware Court of Chancery aus dem Jahre 2018 zeigt, dass zahlreiche von ihnen die LLC betreffen.¹⁷⁴ Als Vorteile für die *corporation* verbleiben ein größerer Satz an dispositivem Gesetzesrecht¹⁷⁵ und geringere Umstellungskosten bei einem späteren Börsengang sowie im Falle einer Reorganisation durch Verschmelzung oder eine andere Umwandlungsmaßnahme.¹⁷⁶ *Ceteris paribus* schlägt die Waage der Rechtsformwahl aber immer häufiger zugunsten der flexibleren und weniger förmlichen LLC aus, die zudem mit der *pass-through taxation* über ein attraktiveres Steuerregime verfügt.

6. Konzeptionelle Einordnung

Aus rechtssystematischer Sicht sticht ins Auge, dass die Einführung der LLC die gesellschaftsrechtliche Taxonomie des US-amerikanischen Gesellschaftsrechts gehörig durcheinandergewirbelt hat. Gewöhnlich charakterisiert man die LLC als eine hybride Organisationsform, die Elemente sowohl der *partnership* als auch der *corporation* aufweist.¹⁷⁷ Professor *Daniel Kleinberger*, aus dessen Feder die letzte Version des Uniform Limited Liability Company Act stammt, hält diese Einordnung für unzureichend und spricht stattdessen von einer rekombinanten Einheit,¹⁷⁸ die gleichsam mittels gentechnischer Methoden neu zusammengesetzt wird und Attribute von vier verschiedenen Organisationsformen ver-

¹⁶⁹ Vgl. *Häusermann*, 20 U. Miami Bus. L. Rev. 1, 8 (2011).

¹⁷⁰ Dazu *Macey/Moll* (Fn. 8), S. 1049.

¹⁷¹ Die *ratio* dieser Vorschrift ist nicht leicht zu ergründen, weil diese Information auch auf der Webseite des NY Department of State verfügbar ist. Manche mutmaßen, es handle sich um eine indirekte Subvention der örtlichen Zeitungen, in Manhattan des NY Law Journal; dazu bereits *Fleischer*, NZG 2019, 1081, 1089 mit Fn. 120.

¹⁷² Dazu *Ragazzo* (Fn. 8), S. 1080: „Attorney and business owner inertia“.

¹⁷³ Vgl. *Macey/Moll* (Fn. 8): „Sparse case law. [...] Lawyers and business owners may feel less comfortable with LLCs because of this relative absence of judicial guidance.“

¹⁷⁴ Vgl. *Thomas/Thompson/Wells*, 77 Bus. Law. 972 (2022).

¹⁷⁵ Vgl. *Macey/Moll* (Fn. 8), S. 1049.

¹⁷⁶ Näher *Ragazzo* (Fn. 8), S. 1080.

¹⁷⁷ Vgl. statt vieler *Bauman/Stevenson/Rhee* (Fn. 8), S. 307.

¹⁷⁸ *Kleinberger* (Fn. 8), S. 651: „recombinant entity“.

eint: der *general partnership*, der *limited partnership*, der *corporation* und der *closely held corporation*: „From partnership law comes the ‘pick your partner’ principle and the bifurcation of ownership interests into financial and governance rights. From corporate law comes the ‘liability shield’ [...]. From the example of general partnerships comes the notion of management by owners as owners, which has been the blueprint for the ‘member-managed’ LLC. From the example of limited partnership comes the centralized management structure that has been the blueprint for the ‘manager-managed’ LLC. From the concept of the close corporation comes the perspective for understanding the ‘lock in’ problem that exists when the ‘pick your partner’ principle overlaps with ‘perpetual duration’. To this mixture, the ‘check the box’ regulations have added permission for a flexibility and variability of structure unprecedented in the U.S. law of business entities.“¹⁷⁹

7. Entstehung der LLC im Lichte verschiedener Theorieangebote

Außerdem bilden Entstehung und Verbreitung der LLC ein attraktives Exerzierfeld für verschiedene Theorien zur Fortentwicklung des Gesellschaftsrechts.

a) Politische Ökonomie des Gesellschaftsrechts

Durch die Linse der Neuen Politischen Ökonomie (Public Choice) betrachtet,¹⁸⁰ veranschaulicht die Genese der LLC, wie es einer kleinen, nicht sonderlich einflussreichen Gruppe durch effektives Lobbying gelang, ihre rechtspolitischen Ziele durchzusetzen. Zunächst gereichte es den Beratern von Hamilton Brothers zum Vorteil, dass sie aufgrund der Gesetzgebungszuständigkeit der Einzelstaaten für das Gesellschaftsrecht nur einen einzigen Bundesstaat von ihrer Idee überzeugen mussten. Dass ihre Wahl auf Alaska bzw. Wyoming fiel, dürfte kein Zufall gewesen sein, handelt es sich doch um zwei Bundesstaaten mit geringer Einwohnerzahl (Alaska: 722.000, Wyoming: 581.000) und überschaubarer Parlamentsgröße: Das Repräsentantenhaus von Alaska bildet mit 40 Abgeordneten die kleinste Parlamentskammer in den Vereinigten Staaten, das von Wyoming ist mit 60 Parlamentariern nicht wesentlich größer. Daher gestaltete sich der Zugang zu den lokalen Entscheidungsträgern einfacher¹⁸¹ und die Kosten der Lobbytätigkeit fielen geringer aus als anderwärts. Zudem ließen sich politische Mehrheiten hier vermutlich leichter organisieren als etwa in Kalifornien oder New York.

¹⁷⁹ Kleinberger (Fn. 8), S. 651 f.

¹⁸⁰ Grundlegend Olson, *The Logic of Collective Action: Public Good and the Theory of Groups*, 1965; für eine Adaption aus juristischer Sicht Farber/Frickey, *Law and Public Choice*, 1992; speziell mit Blick auf das Gesellschaftsrecht Macey/Miller, 65 *Tex. L. Rev.* 469 (1987): „Towards an Interest-Group Theory of Delaware Corporate Law“.

¹⁸¹ Dies betonend Hamill, 59 *Ohio St. L.J.* 1459 1466 (1998): „The states approached – first Alaska and then Wyoming – represent relatively small states with informal and accessible channels to the legislature.“

Hinzu kam schließlich, dass es keinen organisierten Widerstand gegen die Einführung einer neuen Rechtsform gab.¹⁸²

b) Innovations- und Diffusionsforschung

In der interdisziplinären Innovationsforschung unterscheidet man verschiedene Stadien von der Idee hin zur Erfindung und ersten Nutzbarmachung bis zu ihrer erfolgreichen Verbreitung.¹⁸³ Ähnliche Einteilungen finden sich in der betriebswirtschaftlichen Literatur zum Prozess der Produktinnovation.¹⁸⁴ In der gesellschaftsrechtlichen Literatur hat man für kautelarjuristische Neuschöpfungen vier Phasen ausgemacht: Identifizierung eines rechtspraktischen Bedürfnisses, Krierung einer neuartigen Rechtsfigur, Standardisierung durch Vertragsmuster und Formularbücher, Ausdifferenzierung des kautelarjuristischen Basisangebots.¹⁸⁵ Diesen Analyserahmen kann man auch für die Entstehung und Verbreitung der LLC verwenden. Nach einer langen und wenig erfolgreichen Anlaufphase brachten die schrittweisen steuerlichen Anpassungen einen ersten Beschleunigungseffekt, bevor mit der beginnenden Gesetzgebungswelle von 1992 der Kipppunkt erreicht wurde. Später gesellte sich eine Anreicherung des gesetzgeberischen Grundangebots hinzu. Eine Produktvariation bildete die Benefit LLC, die nach dem Vorbild der Benefit Corporation¹⁸⁶ eingeführt worden ist.¹⁸⁷ Ähnliches gilt für die Series LLC, die im Jahre 1996 Eingang in den Delaware LLC Act fand.¹⁸⁸ Mit ihr lässt sich – wie bei der Liechtensteinischen Segmentierten Verbandsperson¹⁸⁹ – eine Haftungssegmentierung durch Schaffung selbständiger Untereinheiten innerhalb der LLC erreichen.¹⁹⁰ Etwa 20 weitere Bundesstaaten sind dem bis heute gefolgt.¹⁹¹ Allerdings eignet sich diese Rechtsformvariation nur für be-

¹⁸² Hierzu auch *Hamill*, 59 Ohio St. L.J. 1459, 1466 (1998): „absence of organized opposition“.

¹⁸³ Grundlegend *Rogers*, Diffusion of innovations, 1. Aufl. 1962; 5. Aufl. 2003; für eine rechtswissenschaftliche Adaption *Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht – Recht und Innovation, 2016, S. 191 ff.

¹⁸⁴ Vgl. etwa *Wöhe/Döring/Brösel*, Einführung in die Betriebswirtschaftslehre, 26. Aufl. 2016, S. 395 ff.

¹⁸⁵ Vgl. *Fleischer*, *RabelsZ* 82 (2018), 239, 261 ff.

¹⁸⁶ Dazu in diesem Band § 14 (*Fleischer*), S. 467.

¹⁸⁷ Vgl. *Hynes/Loewenstein* (Fn. 7), § 116, S. 374 f. mit dem Zusatz: „However, benefit LLCs really serve little purpose, as LLCs can be formed for any purpose and whatever a benefit LLC may do, a regular LLC may do as well.“

¹⁸⁸ Vgl. *Hynes/Loewenstein* (Fn. 7), § 119, S. 376 ff.

¹⁸⁹ Dazu in diesem Band § 17 (*Walch*), S. 573.

¹⁹⁰ Zu den Wirkungen § 18-215(b) DLLCA; dazu auch *Ragazzo* (Fn. 8), S. 1001 f.: „Each series is treated as an independent enterprise with its own separate members, managers, assets, and obligations. Moreover, each series possesses an ‘internal shield’ that protects its assets from claims against other series and against the LLC itself.“

¹⁹¹ Vgl. *Ragazzo* (Fn. 8), S. 1002.

sonders anspruchsvolle Vorhaben¹⁹² und bedarf wegen zahlreicher Fallstricke der sachkundigen Begleitung durch erfahrene Anwälte.¹⁹³

c) Evolutionstheorie

Evolutionstheoretische Konzepte zeichnen sich dadurch aus, dass sie nicht nach einer deterministischen Erklärung für rechtlichen Wandel suchen, sondern Veränderungen vor allem als Ergebnis historischer Kontingenzen und Prozesse begreifen.¹⁹⁴ Im Zusammenhang mit der Einführung der LLC hat man namentlich versucht, das Konzept des durchbrochenen Gleichgewichts (Punktualismus, *punctuated equilibrium*) fruchtbar zu machen, nach dem sich längere Perioden des Gleichgewichts mit kurzfristigen, explosiven Evolutionsphasen abwechseln.¹⁹⁵ Wann und aufgrund welcher Ereignisse diese Unruhe auftritt und zu Variationen im Recht führt, ist nach diesem Ansatz nicht prognostizierbar, wohl aber rekonstruierbar.¹⁹⁶ Einer Literaturstimme zufolge ähnelt das explosive Wachstum der LLC von 1992–1996 dem evolutorischen Konzept des Punktualismus.¹⁹⁷ Eine andere Autorin betont, dass sich Erfindung und Perfektionierung der LLC wissenschaftlich nicht vollständig erklären ließen und dass ihr Aufstieg durch Funken unvorhersehbarer menschlicher Kreativität entzündet worden sei.¹⁹⁸

8. Wegbereiter für weitere Rechtsformneuschöpfungen

Schließlich bildete die LLC den Wegbereiter für weitere „uncorporations“ in den Vereinigten Staaten, namentlich die limited liability partnership (LLP) und die limited liability limited partnership (LLLP).¹⁹⁹ Anschaulich ist von einem Welleneffekt die Rede.²⁰⁰ Wie eng die Genese der LLP mit der Verbreitung der LLP verbunden war, zeigt ein Blick nach Texas, wo die Wiege der US-amerikanischen LLP stand.²⁰¹ Dort wurde im Jahre 1991 die LLC eingeführt und in deren Wind-

¹⁹² Näher *Blake*, 9 DePaul Bus. & Comm. L.J. 1, 3 (2010).

¹⁹³ Dazu *Ragazzo* (Fn. 8), S. 1002: „Certainly, the novice lawyer should not attempt to create series LLCs; there are too many potential pitfalls.“

¹⁹⁴ Allgemein dazu und zu ihrer Anwendung im Gesellschaftsrecht *Lipton*, 46 Monash U. L. Rev. 58 (2020).

¹⁹⁵ Zusammenfassend *Gold/Eldridge*, Nature 366:223 (1993): „Punctuated Equilibrium Comes of Age“.

¹⁹⁶ Vgl. *Fögen*, Rg 1 (2002), 14, 15.

¹⁹⁷ So *Geu*, 42 Suffolk U. L. Rev. 507, 522 n. 65 (2009).

¹⁹⁸ So *Hamill* (Fn. 35), S. 295, 308 f. mit der Ergänzung: „[...] initially by the first group of LLC proponents who instead of settling for the established pattern, created something new and then by the second group of LLC proponents who followed suit and perfected the new business entity instead of returning to the established pattern.“

¹⁹⁹ Hervorgehoben auch von *Hamill* (Fn. 35), S. 295, 313: „The invention and widespread acceptance of LLCs inspired the creation of even more unincorporated business organization forms [...]“.

²⁰⁰ Vgl. *Kleinberger* (Fn. 8), S. 678.

²⁰¹ Näher dazu in diesem Band § 4 (*Korch*), S. 113.

schatten erblickte in einem umfassenderen Gesetzespaket auch die texanische LLP das Licht der Welt.²⁰²

²⁰² Vgl. *Hamilton*, 66 U. Colo. L. Rev. 1065, 1074 (1995): „The revised bill was then quietly attached to an omnibus bill proposed by the TBLF [= Texas Business Law Foundation] that authorized limited liability companies and included significant amendments to existing corporation and partnership statutes.“

§ 2 Europäische Union: Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV), 1985

Yannick Chatard

I.	Einführung	55
II.	Das <i>groupement d'intérêt économique</i> als Anstoß und Regelungsvorbild	56
	1. Anlass für das <i>groupement d'intérêt économique</i>	57
	2. Lebhaftes Interesse am <i>groupement d'intérêt économique</i>	59
III.	Entstehungsprozess der EWIV	60
	1. Entwicklungslinien	60
	2. Motive	62
IV.	Grundstruktur der EWIV	62
	1. Anwendbares Recht und Rechtsnatur der EWIV	62
	2. Gesellschaftszweck	64
	3. Gründung und Offenlegungspflichten	64
	4. Haftung der Mitglieder	65
	5. Mehrstaatlichkeit	66
	6. Organisationsverfassung	67
	a) Willensbildung	67
	b) Geschäftsführung und Vertretung	68
V.	Summa	69
	1. Gemeinsamer wirtschaftspolitischer Anlass	69
	2. (Miss-)Erfolgsfaktoren des <i>groupement d'intérêt économique</i>	70
	a) Rückgang der Neugründungen ab 1974	70
	b) Wiederbelebung durch die EWIV-VO	71
	3. (Miss-)Erfolgsfaktoren der EWIV	73
	4. Zirkulationsmodell und Ausstrahlungswirkung	74

I. Einführung*

Am 3. August 1985 trat die Verordnung des Rates über die Schaffung einer Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV) in Kraft. Damit schlug die Geburtsstunde der ersten supranationalen Rechtsform in Europa. Erstmals in der Geschichte der Europäischen Union war es gelungen, ein gemeinschafts-

* Der Beitrag ist auf dem Stand von April 2021.

eigenes Rechtsgeschöpf hervorzubringen.¹ Eine Erfolgsgeschichte ist die EWIV gleichwohl nie geworden. Bis heute erfreut sie sich „keiner sonderlich großen Beliebtheit“.² Seit Inkrafttreten der Verordnung wurden insgesamt nur 2.678 EWIVs gegründet, im Jahr 2020 ganze 23 Stück.³ Hierzulande werden zwischen 359⁴ und 525⁵ von ihnen gezählt.

Im Folgenden wird die Rechtsformneuschöpfung der Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung im Einzelnen vorgestellt. Dazu werden zunächst Entstehungsgeschichte und Bedeutung des französischen *groupement d'intérêt économique* beleuchtet, das Anlass und Vorbild für die EWIV war (II.). Sodann zeichnet der Beitrag den Entstehungsprozess und die Entwicklungslinien der EWIV nach (III.) und erläutert deren Grundstruktur (IV.). Abschließend arbeitet er den gemeinsamen wirtschaftspolitischen Anlass für die Schöpfung von GIE und EWIV heraus und analysiert die Faktoren für den Erfolg bzw. Misserfolg beider Rechtsformen sowie ihren wechselseitigen Einfluss (V.).

II. Das *groupement d'intérêt économique* als Anstoß und Regelungsvorbild

Anstoß und Regelungsvorbild für die EWIV war das französische *groupement d'intérêt économique* (GIE),⁶ welches die französische Regierung am 23. Septem-

¹ Vgl. nur *Gleichmann*, ZHR 149 (1985), 633, 633; *Ganske*, Das Recht der Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV), 1988, S. 11; *Israel*, 9:1 The Company Lawyer 14, 14 (1988) unter der Überschrift „The EEIG – A major step forward for Community Law“; *Müller-Gugenberger*, NJW 1989, 1449, 1458; *Murphy*, 23 Vand. J. Transnat'l L. 65, 67 (1990); *Neuss*, GmbHR 1993, R81, R81 („erste[r] Schritt auf dem Weg zu einer Harmonisierung des Gesellschaftsrechts der EG-Staaten“); v. *Rechenberg*, ZGR 1992, 299, 299; *Woodland*, JCP 1986, I, 3247 Rn. 1.

² *Fleischer*, ZHR 174 (2010), 385, 389; *ders.*, 47 CMLR 1671, 1674 (2010); ähnlich *Klöhn*, *RabelsZ* 76 (2012), 276, 280; *Krause*, *EuZW* 2003, 747, 750: „Die EWIV hat die in sie gesteckten Erwartungen insgesamt nicht erfüllt und spielt nur eine untergeordnete Rolle.“; *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2018, Rn. 44.3; *J. Schmidt*, in: *Bayer*, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht in den Beratungen des DJT, 2010, S. 313, 320 ff.; wohlwollender *Cozian/Viandier/Deboissy*, *Droit des sociétés*, 33. Aufl. 2020, Rn. 2045 („certain succès“); *M.J. Möllers*, in: *Schulze/Janssen/Kadelbach*, *Europarecht*, 4. Aufl. 2020, § 19 Rn. 232, wonach sie angesichts des begrenzten Regelungszwecks „ihren“ Anwendungsbereich gefunden [hat].“

³ Zum gesamten Zahlenmaterial <<https://www.libertas-institut.com/wp-content/uploads/2020/11/ewiv-statistik.pdf>> (8.4.2021). Von den 2.678 gegründeten EWIVs wurden 472 wieder aufgelöst; in Deutschland wurden 96 EWIVs wieder aufgelöst.

⁴ *Kornblum*, GmbHR 2021, 681, 681 (Tabelle 1). Zwischen diesen beiden Werten für das Jahr 2020 liegt *Ulrich*, GmbHR 2019, R22, R23, wonach es „ca. 480“ EWIVs in Deutschland gibt; siehe auch *J. Schmidt*, BB 2021, 1923, 1923, wonach zum 1.7.2021 insgesamt 367 EWIVs in Deutschland existieren.

⁵ So der Befund bei <<https://www.libertas-institut.com/wp-content/uploads/2020/11/ewiv-statistik.pdf>> (8.4.2021).

⁶ *Fleischer*, NZG 2020, 601, 605; *Ganske* (Fn. 1), S. 14; *Gleichmann*, ZHR 149 (1985), 633, 634; *Hatzig*, Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung, 1990, S. 1, 5; *Israel*,

ber 1967 durch eine Verordnung eingeführt hat⁷ und heute in Art. L. 251-1 bis L. 251-23 Code de commerce (C. com.) kodifiziert ist.

1. Anlass für das *groupement d'intérêt économique*

Die Einführung des GIE hatte im Wesentlichen das Wirtschafts- und Finanzministerium vorbereitet.⁸ Auf eine breite öffentliche Diskussion wurde bewusst verzichtet.⁹ Über die damaligen Motive des Ordnungsgebers informiert lediglich ein halbseitiger Bericht an den Präsidenten der Republik;¹⁰ andere Materialien sind unveröffentlicht geblieben.¹¹ Bereits in diesem offiziösen Bericht wird deutlich, dass in erster Linie wirtschaftspolitische Gründe für das GIE sprachen: Die sechs Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft hatten beschlossen, die Zölle und Handelsbeschränkungen für das kommende Jahr aufzuheben; ein gemeinsamer Binnenmarkt sollte entstehen. Die französische Regierung befürchtete daher, dass insbesondere kleinere und mittlere französische Unternehmen der wachsenden Konkurrenz auf dem gemeinsamen Markt nicht gewachsen sein könnten. Deshalb wollte sie die Zusammenarbeit von französischen Unter-

9:1 *The Company Lawyer* 14, 14 (1988); *Jung*, ECFR 2020, 478, 486; *Merle/Fauchon*, *Sociétés commerciales*, 24. Aufl. 2020, Rn. 747; *Müller-Gugenberger*, NJW 1989, 1449, 1451; *Kerr*, 1990 *BYU L. Rev.* 1743, 1745 f. (1990); *Murphy*, 23 *Vand. J. Transnat'l L.* 65, 67 (1990); *J. Wagner*, *AnwBI* 2009, 409, 410.

⁷ Ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967 sur les groupements d'intérêt économique, J.O. du 28 septembre 1967, S. 9537 re. Sp. Die Verordnungsermächtigung findet sich in Art. 1, 4° Loi n° 67-482 du 22 juin 1967 autorisant le Gouvernement, par application de l'article 38 de la Constitution, à prendre des mesures d'ordre économique et social, J.O. du 23 juin 1967, S. 6211. Die Verordnung wurde um zwei Dekrete (Décret n° 68-109 du 2 février 1968 modifiant et complétant le décret n° 67-237 du 23 mars 1967 sur le registre du commerce et relatif à l'immatriculation et à la publicité des groupements d'intérêt économique, J.O. du 4 février 1968, S. 1318 re. Sp. und Décret n° 68-630 du 9 juillet 1968 relatif à la déduction de la taxe sur la valeur ajoutée ayant grevé les biens constituant des immobilisations acquis par les groupements d'intérêt économique régis par l'ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967, J.O. du 13 juillet 1968, S. 6684 re. Sp.) und einer Steueranweisung (Bulletin Officiel des Contributions Directes et du Catastre n° 24 vom 19.6.1968, S. 460) ergänzt.

⁸ *Guyénot*, *Rev. soc.* 1969, 162; *Ripert*, *Les forces créatrices du droit*, 1955, Rn. 3; aus deutscher Sicht *Müller-Gugenberger*, in: *Müller-Gugenberger/Schotthöfer*, *Die EWIV in Europa*, 1995, S. 158, 164 Rn. 13; *Wüllrich*, *Das „Groupement d'intérêt économique“*, 1973, S. 79.

⁹ So der damalige Finanz- und Wirtschaftsminister *Debré*, in: *Durand/Latscha*, *Le groupement d'intérêt économique*, 1968, Préface: „Un trop long débat eût empêché la légèreté de l'édifice.“; siehe auch *Scriba*, *Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung*, 1988, S. 25 („praktisch ohne vorhergehende Diskussion“).

¹⁰ Dieser Bericht an den Präsidenten der Republik ist mit dem Verordnungstext im französischen Bundesgesetzblatt abgedruckt, siehe J.O. du 28 septembre 1967, S. 9537 re. Sp.

¹¹ Nach *Wüllrich* (Fn. 8), S. 79 mit Fn. 6 m.w.N. blieben die Materialien wohl aus Zeitgründen unveröffentlicht. Der damalige Finanz- und Wirtschaftsminister *Debré* (Fn. 9), Préface, betonte hingegen, dass der Verordnung eine „longue réflexion“ und „patientes études“ vorausgingen.

nehmen fördern und effizientere Organisationsstrukturen ermöglichen.¹² Im Blick hatte der Verordnungsgeber etwa gemeinsame Forschungseinrichtungen und Verkaufsstellen.¹³ Zusammengefasst: „Il s’agissait à l’époque d’offrir aux entreprises françaises un nouvel instrument de coopération qui leur permette d’affronter leurs concurrents européens au moment où les frontières du Marché commun allaient s’ouvrir.“¹⁴

Das französische Gesellschaftsrecht hielt bis dato kein geeignetes Organisationskleid für Unternehmenskooperationen bereit.¹⁵ Als Gesellschaft organisierte Zusammenschlüsse mussten gemäß Art. 1832 C. civ. a. F. beabsichtigen, Gewinne zu erzielen. Nur an Ersparnissen teilhaben zu wollen genügte damals noch nicht.¹⁶ Aufgrund dieses engen Verständnisses der Gewinnerzielungsabsicht waren Gesellschaftsformen für Unternehmen ungeeignet, die einen Teil ihrer Geschäftstätigkeit zusammenlegen und dadurch Skaleneffekte erzielen wollten. Auch der Verein (*association*) bot kein geeignetes Organisationskleid für Kooperationen französischer Unternehmen.¹⁷ Er setzt zwar seit jeher keine Gewinn-

¹² *Rapport au Président de la République*, J.O. du 28 septembre 1967, S. 9537 re. Sp.

¹³ *Rapport au Président de la République*, J.O. du 28 septembre 1967, S. 9537 re. Sp.

¹⁴ *Cozian/Viandier/Deboissy* (Fn. 2), Rn. 2016; ebenso *Chambre de Commerce et d’Industrie de Paris*, *Le groupement d’intérêt économique*, 3. Aufl. 1971, S. 1; *Didier/Didier*, *Les sociétés commerciales*, Bd. 2, 2011, Rn. 1049; *Gavalda*, *Mélanges Derruppé*, 1991, S. 37, 39 f. Rn. 5; *Müller-Gugenberger*, AWD 1972, 110, 112. Darauf bezog sich auch schon das Gesetz, das die französische Regierung dazu ermächtigte, die Verordnung zur Einführung des GIE zu erlassen, Art. 1, 4^o Loi n^o 67-482 du 22 juin 1967 (Fn. 7).

¹⁵ *Rapport au Président de la République*, J.O. du 28 septembre 1967, S. 9537 re. Sp.: „Cette mise en commun ne trouve, à l’heure actuelle, un cadre juridique approprié ni dans la forme de la société ni dans celle de l’association. Les formalités de constitution et les règles de fonctionnement de la première sont assez rigides et son but ne peut être, en principe, que la recherche et le partage de bénéfices; la seconde ne leur procure pas l’avantage de la pleine capacité juridique.“; eingehend *Lavabre*, D. 1969, 35, 35–38; aus deutscher Sicht *Müller-Gugenberger* (Fn. 8), S. 158, 161 Rn. 7 ff.; *ders.*, *Gesellschaft, Société und Groupement als Rechtsformen zur Unternehmenskooperation*, 1976, S. 413 ff.

Allerdings weichten Sonderformen der Gesellschaft, wie die 1959 geschaffene *société conventionnée*, die strenge Unterscheidung von Gesellschaft und Verein auf. Dabei sollte die *société conventionnée* ähnlichen Zielen dienen wie das GIE (Ordonnance n^o59-243 du 4 février 1959 relative aux sociétés pour le développement de l’industrie, du commerce et de l’agriculture et leur adaptation à la Communauté économique européenne, Exposé des motifs, J.O. du 8 février 1959, S. 1754 re. Sp.). Der *société conventionnée* war allerdings kein Erfolg beschieden: zwischen 1959 und 1969 wurden nur 87 gegründet, was zum einen am auf kleine und mittlere Unternehmen begrenzten Anwendungsbereich lag. Zum anderen aber daran, dass eine Vereinbarung, eine *convention*, mit dem französischen Staat notwendig war und die Sorge vor staatlicher Einmischung groß war, siehe *Lavabre*, D. 1969, 35, 35.

¹⁶ Grundlegend Cass. ch. réun. 11.3.1914, DP 1917, I., 257, abgedruckt bei *Houin/Bouloc*, *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, Tome 1, 2. Aufl. 1976, S. 177.

¹⁷ Nachweise in Fn. 15.

erzielungsabsicht voraus.¹⁸ Dafür existieren aber andere Hemmnisse, von denen der Bericht an den Präsidenten der Republik die fehlende volle Rechtsfähigkeit herausstellte.¹⁹

Mit dem GIE sollte die Lücke zwischen Verein auf der einen und Gesellschaft auf der anderen Seite gefüllt werden: Das GIE soll das wirtschaftliche Wirken seiner Mitglieder erleichtern und die Ergebnisse dieses Wirkens verbessern. Eine eigene, neue Tätigkeit darf das GIE indes ebenso wenig verfolgen wie die Tätigkeit seiner Mitglieder vollständig ersetzen.²⁰ Es ist auch „nicht dazu bestimmt, als solches Gewinne zu erzielen oder zu verteilen.“²¹ Tatsächlich erwirtschaftete Gewinne kann das GIE aber an seine Mitglieder ausschütten. Ferner ist das GIE ab Registereintragung vollständig rechtsfähig.²² Im Übrigen steht das Innenrecht weitgehend zur Disposition der Mitglieder, die auch bei der Gründung über einen weiten Gestaltungsspielraum verfügen. So ist weder ein Mindestkapital noch eine Pflichteinlage vorgeschrieben: „un îlot de libéralisme dans un océan de réglementation.“²³ Im Gegenzug haften die Mitglieder unbeschränkt und gesamtschuldnerisch für die Verbindlichkeiten des GIE.²⁴

2. Lebhaftes Interesse am groupement d'intérêt économique

Bereits unmittelbar nach Inkrafttreten der Verordnung im September 1967 stieß das GIE auf Interesse:²⁵ Noch im selben Jahr wurden fünf GIEs gegründet; 1968 waren es schon 351, zwischen 1969 und 1973 sogar jedes Jahr über 1.000. Ins-

¹⁸ Art. 1 loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, J.O. du 2 juillet 1901, S. 4025.

¹⁹ *Rapport au Président de la République*, J.O. du 28 septembre 1967, S. 9537 re. Sp.: „Le groupement n'a pas pour but la réalisation de bénéfices, ce en quoi il se distingue de la société, et la constitution d'un capital au moyen d'apports de ses membres n'est pas exigée. Il a la personnalité morale. Il a, en outre, la pleine capacité juridique, ce en quoi il se distingue de l'association.“

²⁰ Art. 1 der Verordnung von 1967 (Fn. 7); heute: Art. L. 251-1 Abs. 2, 3 C. com.; dazu statt aller *Guyon*, D. 1975, 367, 367.

²¹ Art. 2 Satz 1 Ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967 (Fn. 7); heute: Art. L. 251-1 Abs. 2 C. com.

²² Art. 3 Ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967 (Fn. 7); heute: Art. L. 251-4 Abs. 1 Satz 1 C. com.

²³ *Guyon*, Rev. soc. 1978, 25, 25; in diese Richtung auch *Lavabre*, D. 1969, 35, 38 ff. unter der Überschrift „Le G.I.E. remet en honneur le principe de la liberté contractuelle“; aus dem deutschsprachigen Schrifttum nur *Burkhalter*, Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV) und ihre konzernrechtlichen Beziehungen, 1998, S. 15, 17; *Scriba* (Fn. 9), S. 28 f.

²⁴ Art. 4 Ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967 (Fn. 7); heute: Art. L. 251-6 Abs. 1 Satz 1 C. com.

²⁵ Vgl. der damalige Finanz- und Wirtschaftsminister *Debré* (Fn. 9), Préface: „Dès sa sortie au Journal Officiel, l'initiative gouvernementale a été comprise et son succès a montré qu'elle répondait à un besoin de l'économie française.“ Ebenso etwa *Gavalda* (Fn. 14), S. 37, 38 Rn. 2; *Cozian/Viandier/Deboissy* (Fn. 2), Rn. 2016; *Didier/Didier* (Fn. 14), Rn. 1049; *Le*

gesamt wurden bis 1977 wohl 9.005 GIEs im Handelsregister eingetragen, 1.054 wurden in diesem Zeitraum wieder gelöscht.²⁶

III. Entstehungsprozess der EWIV

1. Entwicklungslinien

Der Erfolg des französischen GIE rief in mehreren anderen europäischen Staaten Reformüberlegungen hervor.²⁷ Auch die Kommission betonte bereits 1970 im Colonna-Memorandum²⁸ die Notwendigkeit, ein europäisches Kooperationsinstrument zu schaffen. Das GIE sei dafür „zweifello[s] [die] interessanteste Form“.²⁹ Im Europäischen Parlament brachten zwei französische Abgeordnete, *André Armengaud* und *Léon Jozeau-Marigné*, einen Antrag zugunsten einer an das GIE angelehnten Rechtsform ein. Im Jahr 1971 erarbeitete die Kommission einen ersten „Vorentwurf einer Verordnung zur Schaffung einer ‚Europäischen wirtschaftlichen Interessengemeinschaft‘“,³⁰ dessen Vorbild und Schablone die bereits erprobte Verordnung zum GIE vom 23. September 1967 bildete. Ein Jahr später, 1972, legte die Kommission einen „Geänderten Vorentwurf für eine Verordnung zur Schaffung einer Europäischen Kooperationsvereinigung (EKV)“ vor, welcher die am ersten Vorentwurf geäußerte Kritik adressierte.³¹ Augenfälligster Unterschied war die neue Bezeichnung: „Europäische Kooperationsvereinigung“. Damit wollte man sich von der als zu lang und umständlich empfundenen

Cannu/Dondero, *Droit des sociétés*, 8. Aufl. 2019, Rn. 1508; aus deutscher Sicht *Müller-Gugenberger*, AWD 1972, 110, 112; *Scriba* (Fn. 9), S. 25.

²⁶ Zum Zahlenmaterial *Claret/Latscha*, *Rev. Soc.* 1978, 45, 46. Dabei variieren die konkreten Zahlen teilweise, so erhebt etwa *Volkman*, *Das Groupement d'Intérêt Economique in rechtsvergleichender Sicht*, 1973, S. 13 höhere Zahlen (1969: 1.387 GIEs; 1970: 2.487 GIEs; 1971: über 3.500 GIEs); *Müller-Gugenberger* (Fn. 8), S. 158, 165 Rn. 17 m. w. N. geht von „ca. 10 000 GIE“ aus.

²⁷ *Burkhalter* (Fn. 23), S. 20; *Ganske* (Fn. 1), S. 14 m. w. N.; *Hatzig* (Fn. 6), S. 4 m. w. N.; *Lutter/Bayer/J. Schmidt* (Fn. 2), Rn. 44.1; *Meyer-Landrut*, *Die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung*, 1988, S. 1 (international), 2 ff. (zu Deutschland); *Selbherr/Manz*, *Kommentar zur Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV)*, 1995, Vorb. Rn. 4 f. Für Deutschland monografisch *Volkman* (Fn. 26), S. 81–118; ferner *Silcher*, *Verhandlungen des 48. DJT*, Bd. 2, 1970, R 16 f., R 35 (letztlich für Übernahme ins europäische Recht); eine Übertragung bejahend etwa *Bott/Rosener*, *NJW* 1970, 364, 367 f.; ablehnend beispielsweise *Müller-Gugenberger*, AWD 1971, 217.

²⁸ *Kommission der Europäischen Gemeinschaft*, *Die Industriepolitik der Gemeinschaft – Memorandum der Kommission an den Rat*, 1970.

²⁹ *Kommission der Europäischen Gemeinschaft*, *Die Industriepolitik der Gemeinschaft – Memorandum der Kommission an den Rat*, 1970, S. 147.

³⁰ Der Vorentwurf ist abgedruckt bei *Wüllrich* (Fn. 8), S. 304 ff.; zum Vorentwurf *Müller-Gugenberger*, AWD 1972, 110.

³¹ Dazu *Wüllrich*, AWD 1973, 587; eingehend zur Europäischen Kooperationsvereinigung *Müller-Gugenberger* (Fn. 15), S. 472 ff.

denen „Europäischen Wirtschaftlichen Interessengemeinschaft“ lösen. Stattdessen sollte die Funktion der neuen Gemeinschaftsform betont werden.³² Am 21. Dezember 1973 übermittelte die Kommission den Vorschlag einer Verordnung an den Rat und setzte dadurch das offizielle Gesetzgebungsverfahren in Gang.³³

Diesen Vorstoß billigten sowohl der beratende Wirtschafts- und Sozialausschuss³⁴ als auch das verpflichtend anzuhörende Europäische Parlament³⁵ im Wesentlichen. Ihre punktuellen Vorbehalte griff die Kommission in einem geänderten Vorschlag³⁶ weitgehend auf, den sie dem Rat am 12. April 1978 vorlegte. Dort gerieten die Überlegungen, eine europäische Kooperationsform einzuführen, allerdings ins Stocken – die Prüfung des Kommissionsvorschlags verzögerte sich. Die zuständige Arbeitsgruppe „Wirtschaftsfragen“ war mit dem ambitionierteren Vorhaben einer Europäischen Aktiengesellschaft bereits ausgelastet.³⁷ Erst nachdem die Arbeiten an diesem Flaggschiff des Europäischen Gesellschaftsrechts zum Erliegen gekommen waren, trat die Arbeitsgruppe am 27. November 1981 zusammen und tagte ab dem 25. März 1982 monatlich.³⁸ Dabei nahm sie unter anderem von der Bezeichnung „Europäische Kooperationsvereinigung“ wieder Abstand. Zu groß schien ihr die Verwechslungsgefahr mit der Genossenschaft.³⁹ Schließlich wurde die Verordnung nach insgesamt 40 Sitzungen am 25. Juli 1985 verabschiedet.⁴⁰

³² So schon *Müller-Gugenberger*, AWD 1972, 110, 118; dazu *Bramigk*, Der Zweck der Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV), 2002, S. 94; *Selbherr/Manz* (Fn. 27), Vorb. Rn. 7.

³³ Vorschlag einer Verordnung (EWG) des Rates über die Europäische Kooperationsvereinigung (EKV), ABl. EG Nr. C 14/30 v. 15.2.1974; dazu *Kittner*, ZGR 1975, 48.

³⁴ Stellungnahme zu dem „Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Europäische Kooperationsvereinigung (EKV)“, ABl. EG Nr. C 108/46 v. 15.5.1975; zum Vorschlag *Lichtenberg*, ZHR 138 (1974), 117.

³⁵ Entschließung mit der Stellungnahme des Europäischen Parlaments vom 14.6.1977, ABl. EG Nr. C 163/17 v. 11.7.1977.

³⁶ Geänderter Vorschlag einer Verordnung des Rates über die Europäische Kooperationsvereinigung (EKV), ABl. EG Nr. C 103/4 v. 28.4.1978.

³⁷ *Scriba* (Fn. 9), S. 42; *Woodland*, JCP 1986, I, 3247 Rn. 2; ferner *Meyer-Landrut* (Fn. 27), S. 11.

³⁸ Die Beratungsprotokolle blieben unveröffentlicht, statt aller *Müller-Gugenberger* (Fn. 8), S. 158, 169 Rn. 27.

³⁹ *Ganske* (Fn. 1), S. 15; *Jahn*, Die gemeinschaftlich handelnden Mitglieder einer deutschen Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV), 1996, S. 30; *Schulze*, Gemeinschaftsrecht und einzelstaatliches Recht bei der Schaffung einer Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV), 1990, S. 13.

⁴⁰ Verordnung (EWG) Nr. 2137/85 des Rates vom 25. Juli 1985 über die Schaffung einer Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV), ABl. EG Nr. L 199/1 v. 31.7.1985 (im Weiteren EWIV-VO). Zur Dauer der Ausarbeitung *Gleichmann*, ZHR 149 (1985), 633, 633: „für internationale Verhältnisse eine ungewöhnlich kurze Zeit“. Insgesamt vergingen gleichwohl mehr als zehn Jahre seit dem ersten offiziellen Entwurf einer Verordnung, zu den Gründen *Ganske* (Fn. 1), S. 15; *Kerr*, 1990 BYU L. Rev. 1743, 1743 f. (1990); *Meyer-Landrut* (Fn. 27), S. 11; *Scriba* (Fn. 9), S. 43.

2. *Motive*

Mit der EWIV wollte der europäische Gesetzgeber grenzüberschreitende Unternehmenskooperationen erleichtern und die Wettbewerbsfähigkeit kleinerer und mittlerer europäischer Unternehmen verbessern. Kurzum: Die EWIV diene der Verwirklichung des Binnenmarktziels.⁴¹ Ein einheitlicher Markt bedürfte rechtlicher Rahmenbedingungen, die es Unternehmen ermöglichen, sich an die geänderten wirtschaftlichen Gegebenheiten anzupassen. Zu diesem Zweck müssten Personen, Gesellschaften und andere juristische Einheiten über die Grenzen hinweg zusammenarbeiten können.⁴² Solche Kooperationen seien bislang aber nur unter Rückgriff auf die nationalen Rechtsformen der jeweiligen Mitgliedstaaten möglich, was sich oftmals als Hemmschuh erwiesen habe. Denn dadurch müsste sich mindestens ein Beteiligter einer ihm fremden Rechtsordnung unterwerfen, womit „rechtliche, steuerliche und psychologische Schwierigkeiten“ verbunden seien.⁴³ Ein solches praktisches Bedürfnis hatten – neben dem Erfolg des GIE in Frankreich – auch Aussagen von Industrieverbänden nahegelegt, die während der Konsultationsphase und der Ratsarbeiten wiederholt befragt worden waren.⁴⁴

IV. Grundstruktur der EWIV

1. *Anwendbares Recht und Rechtsnatur der EWIV*

Konzeptionell verdient zunächst einmal die Verzahnung von supranationalen und nationalen Vorschriften Aufmerksamkeit: Mit der EWIV-VO steht im Ausgangspunkt ein einheitlicher europäischer Rechtsrahmen bereit, welcher die zentralen gesellschaftsrechtlichen Aspekte wie die Gründung und innere Verfassung regelt. Insgesamt begnügt sich die Verordnung aber mit einer geringen Regelungstiefe und verweist für alle nicht in der Verordnung angesprochenen Fragen auf das nationale Recht des jeweiligen Sitzstaates. Für eine „deutsche“ EWIV gilt gemäß § 1 EWIV-Ausführungsgesetz daher das Recht der OHG. Diese gemeinschaftsrechtliche Selbstbeschränkung war notwendig, da ein Vollstatut deutlich aufwen-

⁴¹ In diese Richtung bereits der Vorentwurf, abgedruckt bei *Wüllrich* (Fn. 8), S. 304; *Kommission der Europäischen Gemeinschaft*, Die Industriepolitik der Gemeinschaft – Memorandum der Kommission an den Rat, 1970, S. 140 f.; ferner *Burkhalter* (Fn. 23), S. 21; *Ganske* (Fn. 1), S. 11; *Gleichmann*, ZHR 149 (1985), 633, 633; *Gloria/Karbowski*, WM 1990, 1313, 1313; *Meyer-Landrut* (Fn. 27), S. 1, 4; *Ulrich*, GmbHR 2019, R22; *Selberr/Manz* (Fn. 27), Vorb. Rn. 6.

⁴² Zuvor bereits Vorentwurf, abgedruckt bei *Wüllrich* (Fn. 8), S. 304; dazu auch *Lichtenberg*, ZHR 138 (1974), 117, 117.

⁴³ So Erwägungsgrund 2 der EWIV-VO.

⁴⁴ Vgl. schon *Kommission der Europäischen Gemeinschaft*, Die Industriepolitik der Gemeinschaft – Memorandum der Kommission an den Rat, 1970, S. 147.

diger, politisch nicht durchsetzbar⁴⁵ und auch kaum sinnvoll gewesen wäre angesichts der engen Einbindung des Personengesellschaftsrechts in die mitgliedstaatlichen Zivilrechtskodifikationen.⁴⁶

Zusätzlich zu diesem Verweisungsmodell gewährt die Verordnung den Mitgliedstaaten punktuelle Wahlrechte, um auf nationale Besonderheiten und Befindlichkeiten Rücksicht zu nehmen. So dürfen Mitgliedstaaten nach Art. 4 Abs. 3 etwa vorsehen, dass eine Interessenvereinigung nicht mehr als 20 Mitglieder haben kann. Neben den Wahlrechten sehen manche Normen vor, dass die Mitgliedstaaten weitere Ausführungsbestimmungen erlassen. Das gilt namentlich hinsichtlich der Eintragungsmodalitäten. Ferner bestimmt sich gemäß Art. 2 Abs. 1 das anwendbare Recht für Fragen des Personenstands und der Rechts-, Geschäfts- und Handlungsfähigkeit natürlicher Personen sowie der Rechts- und Handlungsfähigkeit juristischer Personen nach den Grundsätzen des IPR. In den von der Verordnung nicht erfassten Bereichen gelten schließlich die jeweiligen nationalen und europarechtlichen Rechtsvorschriften. Erwägungsgrund 15 nennt insoweit das Arbeits- und Sozialrecht, Wettbewerbsrecht und Recht des geistigen Eigentums als Beispiele.

Trotz des einheitlichen supranationalen Rechtsrahmens kann die Ausgestaltung der Vereinigung von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat deshalb nicht unwesentlich variieren⁴⁷ – die EWIV „ist zwar eine europäische Rechtsform, aber eine mit vielen Gesichtern“.⁴⁸ Zum Beispiel kann die Vereinigung nach Art. 1 Abs. 2 mit ihrer Eintragung im eigenen Namen Trägerin von Rechten und Pflichten jeder Art sein, Verträge schließen und andere Rechtshandlungen vornehmen sowie vor Gericht stehen. Allerdings überlässt es Art. 1 Abs. 3 den Mitgliedstaaten, ob in ihren Registern ordnungsgemäß eingetragene Vereinigungen auch Rechtspersönlichkeit haben. Die EWIV ist daher zwar in den meisten Ländern eine juristische Person, nicht aber in Deutschland.⁴⁹

⁴⁵ Vgl. *Lentner*, Das Gesellschaftsrecht der Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV), 1994, S. 35; *Müller-Gugenberger*, NJW 1989, 1449, 1451; *Müller-Gugenberger/Schothöfer* (Fn. 8), Einführung, S. 1, 5 Rn. 13; *Salger*, in: MünchHdbGesR, Bd. 1, 5. Aufl. 2019, § 94 Rn. 15.

⁴⁶ *Fleischer*, ZHR 174 (2010), 385, 424.

⁴⁷ *Guyon/Coquereau*, Le groupement d'intérêt économique, 2. Aufl. 1973, S. 332: „Le groupement n'est donc que partiellement européen.“; *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, § 12 Rn. 4.

⁴⁸ v. *Rechenberg*, ZGR 1992, 299, 300.

⁴⁹ Zu den steuerlichen Hintergründen *Hakenberg*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl. 2020, EWIV, Rn. 35, 49; *Israel*, 9:1 The Company Lawyer 14, 17 (1988); ferner *Gleichmann*, ZHR 149 (1985), 633, 641 f.: „Der einzelstaatliche Anknüpfungspunkt für die rechtliche Qualifizierung dieses auf Gemeinschaftsrecht beruhenden Instrumentes mag etwas merkwürdig erscheinen und erklärt sich wohl maßgeblich aus dem Denken in nationalen Kategorien der meisten Verhandlungsteilnehmer.“ In diese Richtung auch *Guyon/Coquereau* (Fn. 47), S. 331 f.

2. Gesellschaftszweck

Die EWIV soll die grenzüberschreitende Zusammenarbeit von Unternehmen erleichtern. Gemäß Art. 3 Abs. 1 muss die Vereinigung darauf gerichtet sein, die wirtschaftliche Tätigkeit ihrer Mitglieder zu verbessern, zu erleichtern, zu entwickeln oder zu steigern; sie hat aber nicht den Zweck, Gewinne für sich selbst zu erzielen. Damit ist der Vereinigung nicht untersagt, tatsächlich Gewinne zu erwirtschaften; nur ihr Zweck darf nicht darauf gerichtet sein.⁵⁰ Wegen ihrer dienenden Funktion muss die Tätigkeit der EWIV im Zusammenhang mit den wirtschaftlichen Tätigkeiten ihrer Mitglieder stehen und darf nur eine Hilfstätigkeit hierzu bilden.⁵¹ Sie darf sich also weder mit der Tätigkeit ihrer Mitglieder vollständig decken noch jeden Zusammenhang mit ihr vermissen lassen.⁵²

Die Verwendungs- und Betätigungsmöglichkeiten der EWIV beschränkt Art. 3 Abs. 2 darüber hinaus noch in fünffacher Hinsicht: *Erstens* darf die Vereinigung weder über ein Mitglied noch über ein anderes Unternehmen Leitungsmacht ausüben. *Zweitens* ist es der Vereinigung untersagt, Anteile oder Aktien an einem Mitgliedsunternehmen zu halten. *Drittens* darf sie nicht mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigen. *Viertens* darf die Vereinigung ihren Geschäftsleitern keine Darlehen gewähren, wenn solche Darlehen nach dem jeweiligen mitgliedstaatlichen Recht einer Einschränkung oder Kontrolle unterliegen. *Fünftens* ist es der EWIV verboten, Mitglied einer anderen EWIV zu sein. Darüber hinaus sieht Art. 23 vor, dass die Vereinigung sich nicht öffentlich an den Kapitalmarkt wenden darf. Bei Verstößen gegen Art. 3 muss das Gericht auf Antrag eines Beteiligten oder einer zuständigen Behörde die Auflösung der Vereinigung aussprechen, es sei denn, die Mängel werden vor der Entscheidung behoben, Art. 32 Abs. 1.

In der Praxis wird die EWIV typischerweise für gemeinsame Forschungs- und Entwicklungstätigkeit, Einkauf und Vertrieb oder Arbeitsgemeinschaften im Bereich des Anlagebaus eingesetzt.⁵³ Hierzulande wird die Vereinigung vorwiegend für die grenzüberschreitende Zusammenarbeit von Anwaltskanzleien und anderen freien Berufen genutzt.⁵⁴

3. Gründung und Offenlegungspflichten

Um eine EWIV zu gründen, müssen mindestens zwei Personen aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten⁵⁵ gemäß Art. 1 Abs. 1 einen Vertrag schließen und die Vereinigung in ein vom jeweiligen Sitzstaat geführtes Register eintragen lassen. Der

⁵⁰ *Habersack/Verse* (Fn. 47), § 12 Rn. 13; *Lutter/Bayer/J. Schmidt* (Fn. 2), Rn. 44.12, jeweils m. w. N.; ferner etwa *Kerr*, 1990 BYU L. Rev. 1743, 1749 (1990).

⁵¹ Vgl. Art. 3 Abs. 1 Satz 2; ErwGr. 5, 1. Hs. EWIV-VO.

⁵² Umfassend *Bramigk* (Fn. 32), S. 139 ff.; knapper *Gloria/Karbowski*, WM 1990, 1313, 1316; *Lentner* (Fn. 45), S. 65; *Müller-Gugenberger*, NJW 1989, 1449, 1453 f.; *Zettel*, DRiZ 1990, 161, 163.

⁵³ Näher *Ganske* (Fn. 1), S. 31 ff.; *Gleichmann*, ZHR 149 (1985), 633, 635.

⁵⁴ *Fleischer*, ZHR 174 (2010), 385, 389 f. m. w. N.

⁵⁵ Vgl. Art. 4 Abs. 2.

Gründungsvertrag enthält nach Art. 5 mindestens den Namen, den Sitz und den Unternehmensgegenstand, für den die Vereinigung gegründet worden ist. Hinzukommen müssen bestimmte Angaben zu den Mitgliedern sowie der Dauer der Vereinigung, sofern sie nicht unbestimmt ist. In der Rechtsprechung diskutiert wurden bisher vor allem die Anforderungen an den Namen der Vereinigung. Insofern bestimmt Art. 5 lit. a) nur, dass ein Rechtsformzusatz voranzustellen oder anzufügen ist. Im Übrigen ist nationales Recht anzuwenden. Vor dem Inkrafttreten des Handelsrechtsreformgesetzes vom 22. Juni 1998⁵⁶ durften in Deutschland ansässige Vereinigungen daher nur eine Personenfirma bilden, wie der EuGH⁵⁷ im Jahr 1997 auf ein Vorabentscheidungsersuchen des OLG Frankfurt⁵⁸ entschieden hatte.

Zum Schutz des Rechtsverkehrs enthält die Verordnung weitreichende Offenlegungspflichten, die dem 2. Kapitel der Publizitätsrichtlinie nachgebildet sind.⁵⁹ Die EWIV muss im Sitzstaat in ein Register eingetragen werden, damit sie rechtsfähig ist.⁶⁰ Außerdem sind gemäß Art. 7 f. der Gründungsvertrag und weitere Urkunden und Angaben beim Register zu hinterlegen sowie bestimmte Informationen im amtlichen Mitteilungsblatt des Sitzstaates bekanntzumachen, etwa der in Art. 5 vorgeschriebene Mindestinhalt des Gründungsvertrags. Nach Art. 39 Abs. 1 UAbs. 2 stellen die Mitgliedstaaten zudem sicher, dass jeder die in Art. 7 genannten Urkunden beim zuständigen Register einsehen und hiervon eine Abschrift oder einen Auszug erhalten kann, die ihm auf Verlangen zuzusenden sind. Art. 10 erstreckt die Offenlegungspflichten schließlich auf etwaige Zweigniederlassungen; Art. 11 gewährleistet die gemeinschaftsweite Publizität, indem die Gründung einer Vereinigung und der Schluss ihrer Abwicklung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft deklaratorisch anzuzeigen sind.

4. Haftung der Mitglieder

Die EWIV ist rechtsfähig und haftet ihren Gläubigern daher unbeschränkt mit ihrem Gesellschaftsvermögen. Gleichzeitig normiert Art. 24 Abs. 1 eine unbeschränkte und gesamtschuldnerische Außenhaftung aller Mitglieder als Ausgleich

⁵⁶ Gesetz zur Neuregelung des Kaufmanns- und Firmenrechts und zur Änderung anderer handels- und gesellschaftsrechtlicher Vorschriften (Handelsrechtsreformgesetz – HrefG) vom 22.6.1998, BGBl. I, S. 1474.

⁵⁷ EuGH, Urt. v. 18.12.1997, Rs. C-402/96, Slg. 1997, I-7521, 7527 f. Rn. 19 ff.

⁵⁸ OLG Frankfurt a.M., ZIP 1997, 591.

⁵⁹ *Ganske* (Fn. 1), S. 78; *Gleichmann*, ZHR 149 (1985), 633, 642; *Lutter/Bayer/J. Schmidt* (Fn. 2), Rn. 44.37 ff.

⁶⁰ Für die gemäß Art. 39 EWIV-VO erforderlichen Bestimmungen siehe §§ 2–4 EWIV-AG. Hierzulande ist die EWIV aufgrund ihrer Rechtsnatur als OHG ins Handelsregister einzutragen. Auf ein zentrales Register wurde bewusst verzichtet, da dies „schwierige gesetzgebende Arbeiten auf Ebene der Gemeinschaft“ erfordert und vor allem ein „Erschweris für die Benutzer dieses Instrument bedeutet“ hätte, so *Gleichmann*, ZHR 149 (1985), 633, 641.

dafür, dass bei der EWIV kein Mindestkapital vorgeschrieben ist.⁶¹ Die Mitglieder haften also mit ihrem gesamten Vermögen für sämtliche Verbindlichkeiten der Vereinigung. Im Innenverhältnis getroffene abweichende Vereinbarungen sind Dritten gegenüber unwirksam.⁶² Die Folgen dieser Haftung bestimmt das mitgliedstaatliche Recht gemäß Art. 24 Abs. 1 Satz 2; auf eine gemeinschaftsrechtliche Lösung konnte man sich in den Verhandlungen nicht einigen.⁶³ Für in Deutschland ansässige EWIVs gelten daher §§ 128 f. HGB. Nach Art. 24 Abs. 2 haften die Mitglieder bis zum Schluss der Abwicklung der EWIV subsidiär. Gläubiger können ihre Forderung gegenüber einem Mitglied erst geltend machen, wenn sie zuvor die Gesellschaft zur Zahlung aufgefordert haben und die Zahlung nicht innerhalb einer angemessenen Zeit erfolgt ist. Dafür genügt eine einfache Zahlungsaufforderung, ein förmliches Inverzugsetzen ist ebenso entbehrlich wie eine Klage zu erheben.⁶⁴

Jedes neue Mitglied haftet gemäß Art. 26 Abs. 2 Satz 1 grundsätzlich auch für die Verbindlichkeiten, die vor seinem Beitritt begründet wurden. Durch eine Klausel im Gründungsvertrag oder im Rechtsakt über die Aufnahme kann das Mitglied jedoch von der Haftung befreit werden. Ausschließen lässt sich aber nur die Haftung für bereits entstandene Verbindlichkeiten, also solche Verbindlichkeiten, die vor dem Beitritt begründet und fällig waren.⁶⁵ Um Dritten die Vereinbarung entgegenhalten zu können, muss sie schließlich nach Art. 8 bekanntgemacht sein.⁶⁶

Ausscheidende Mitglieder haften gemäß Art. 34 weiterhin für die Verbindlichkeiten, „die sich aus der Tätigkeit der Vereinigung vor ihrem Ausscheiden ergeben“. Sie können sich von der Haftung also weder dadurch befreien, dass sie aus der EWIV ausscheiden, noch, indem sie ihren Anteil veräußern.⁶⁷ Fünf Jahre nachdem das Ausscheiden ordnungsgemäß bekannt gemacht worden ist, verjährt diese Nachhaftung gemäß Art. 37 Abs. 1.

5. Mehrstaatlichkeit

Mitglieder einer Vereinigung können nach Art. 4 Abs. 1 lit. a) Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Abs. 2 des Vertrages sein sowie andere juristische Einheiten des öffentlichen oder des Privatrechts, die nach dem Recht eines Mitglied-

⁶¹ *Autenrieth*, BB 1989, 305, 309; *Gleichmann*, ZHR 149 (1985), 633, 645 f.; *Israel*, 9:1 *The Company Lawyer* 14, 19 (1988); *Kerr*, 1990 *BYU L. Rev.* 1743, 1751 (1990).

⁶² Umkehrschluss aus Erwägungsgrund 10 und Art. 26 Abs. 2 UAbs. 2 EWIV-VO; dazu *Autenrieth*, BB 1989, 305, 309; *Ganske* (Fn. 1), S. 64; *Lentner* (Fn. 45), S. 158.

⁶³ *Gleichmann*, ZHR 149 (1985), 633, 646.

⁶⁴ Vgl. nur *Israel*, 9:1 *The Company Lawyer* 14, 19 (1988); *Lentner* (Fn. 45), S. 160; *Scriba* (Fn. 9), S. 162.

⁶⁵ Zum Ganzen instruktiv *Habersack/Verse* (Fn. 47), § 12 Rn. 34.

⁶⁶ Vgl. Art. 9 Abs. 1, 26 Abs. 2 Satz 2. Im Übrigen muss die Urkunde nach Art. 7 Satz 2 lit. j beim Register hinterlegt sein.

⁶⁷ *Habersack/Verse* (Fn. 47), § 12 Rn. 35.

staats gegründet worden sind und ihren satzungsmäßigen oder gesetzlichen Sitz und ihre Hauptverwaltung in der Gemeinschaft haben. Außerdem können nach lit. b) natürliche Personen Mitglieder einer EWIV sein, wenn sie eine gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche, landwirtschaftliche oder freiberufliche Tätigkeit in der Gemeinschaft ausüben oder dort andere Dienstleistungen erbringen. Natürlichen und juristischen Personen aus Drittstaaten ist die Mitgliedschaft also verwehrt.⁶⁸ Nach Art. 4 Abs. 2 muss die Vereinigung mindestens zwei Mitglieder aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten haben. Ist diese Bedingung nicht mehr erfüllt, muss die Vereinigung nach Art. 31 Abs. 3 durch Beschluss ihrer Mitglieder oder des verbleibenden Mitglieds aufgelöst werden. Dieses Mehrstaatlichkeitsanfordernis unterscheidet die EWIV von den bis dato bestehenden Gesellschaftsformen.⁶⁹

6. Organisationsverfassung

Das Innenrecht der EWIV steht weitgehend zur Disposition ihrer Mitglieder.⁷⁰ Zwingend vorgeschrieben sind gemäß Art. 16 Abs. 1 Satz 1 lediglich zwei Organe: die „gemeinschaftlich handelnden Mitglieder“⁷¹ und ein oder mehrere Geschäftsführer. Der Gründungsvertrag kann weitere Organe vorsehen, insbesondere einen Aufsichts- oder Beirat.⁷²

a) Willensbildung

Die Willensbildung der Vereinigung erfolgt durch die gemeinschaftlich handelnden Mitglieder. Sie sind das oberste Organ.⁷³ Ihnen weist die EWIV-VO bestimmte Angelegenheiten ausdrücklich zu. Die Mitglieder müssen etwa der Übertragung der Mitgliedschaft nach Art. 22 zustimmen und entscheiden gemäß Art. 26 Abs. 1 über die Aufnahme neuer Mitglieder.⁷⁴ Darüber hinaus besteht hinsicht-

⁶⁸ Zu den Gründen *Gleichmann*, ZHR 149 (1985), 633, 640; kritisch *Autenrieth*, BB 1989, 305, 308.

⁶⁹ *Müller-Gugenberger*, NJW 1989, 1449, 1453; zu den verschiedenen „Gesichtern“ der Mehrstaatlichkeit bei supranationalen Rechtsformen *Fleischer*, ZHR 174 (2010), 385, 420.

⁷⁰ Statt aller *Habersack/Verse* (Fn. 47), § 12 Rn. 19; ferner *Lutter/Bayer/J. Schmidt* (Fn. 2), Rn. 44.44; *Gleichmann*, ZHR 149 (1985), 633, 642: „ein Element für die Attraktivität dieses Instruments“.

⁷¹ Auf den Begriff der Versammlung wurde bewusst verzichtet, um eine möglichst große Flexibilität zu gewähren. In der EWIV-VO wollte man weder Verfahrens- und Einberufungsvorschriften vorsehen noch sollte Bezug auf die unterschiedlichen subsidiären nationalen Regelungen der Mitgliedstaaten Bezug genommen werden. Das hätte „bei diesem simplen Instrument zu unnötigen Erschwernissen geführt“, so *Gleichmann*, ZHR 149 (1985), 633, 643; eingehend *Jahn* (Fn. 39), S. 30 ff.

⁷² *Hakenberg* (Fn. 49), EWIV, Rn. 33; *Lutter/Bayer/J. Schmidt* (Fn. 2), Rn. 44.55; *Selbherr/Manz* (Fn. 27), Art. 16 Rn. 9; v. *Rechenberg*, ZGR 1992, 299, 306.

⁷³ Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 11/1807, S. 10 re. Sp.; *Ganske* (Fn. 1), S. 12; *Gleichmann*, ZHR 149 (1985), 633, 642; *Lentner* (Fn. 45), S. 95.

⁷⁴ Eingehend *Jahn* (Fn. 39), S. 45 ff.

lich der Kompetenzabgrenzung zwischen Mitgliedern und Geschäftsführern weitreichende Regelungsautonomie; nur die Vertretung der EWIV ist zwingend den Geschäftsführern vorbehalten.⁷⁵ Ansonsten gilt: Soweit der Gründungsvertrag auf Regelungen verzichtet, können die Mitglieder der Vereinigung nach Art. 16 Abs. 2 jeden Beschluss zur Verwirklichung des Unternehmensgegenstandes der Vereinigung fassen – auch in Geschäftsführungsangelegenheiten. Als oberstes Organ können die Mitglieder den Geschäftsführern zudem Weisungen erteilen.⁷⁶

b) Geschäftsführung und Vertretung

Geschäftsführung und Vertretung erfolgen zwingend und ausschließlich durch einen oder mehrere Geschäftsführer. Diese müssen nach Art. 19 Abs. 1 durch den Gründungsvertrag oder einen Beschluss der Mitglieder bestellt werden. Geborene Geschäftsführer gibt es also nicht. Geschäftsführer können grundsätzlich auch nur natürliche Personen sein. Auf Wunsch der britischen Delegation⁷⁷ dürfen Mitgliedstaaten aber gemäß Art. 19 Abs. 2 vorsehen, dass eine juristische Person ebenfalls Geschäftsführerin sein kann. Sie muss dann eine oder mehrere natürliche Personen als Vertreter bestimmen, die so haften, als ob sie selbst Geschäftsführer wären. Der deutsche Gesetzgeber hat von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht. Denn die Geschäftsführung durch eine juristische Person sei dem hiesigen Gesellschaftsrecht fremd.⁷⁸

Die Geschäftsführer müssen auch nicht zwingend Mitglied der Vereinigung sein. Vielmehr gilt der Grundsatz der Fremdorganschaft, neben Mitgliedern können also auch Dritte die Geschäfte der Vereinigung führen.⁷⁹ Da die Fremdorganschaft dem OHG-Recht unbekannt ist, führte der deutsche Gesetzgeber in § 5 EWIV-AG ergänzende Vorschriften für die Haftung des Geschäftsführers ein, die sich an den §§ 43 GmbHG, 93 AktG orientieren:⁸⁰ Demnach müssen die Geschäftsführer die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anwenden, andernfalls haften sie der Vereinigung gesamtschuldnerisch. Ist streitig, ob sie die notwendige Sorgfalt angewandt haben, so trifft die Geschäfts-

⁷⁵ Statt aller v. *Rechenberg*, ZGR 1992, 299, 306.

⁷⁶ *Lentner* (Fn. 45), S. 95; *Lutter/Bayer/J. Schmidt* (Fn. 2), Rn. 44.46 m. w. N.

⁷⁷ *Ganske* (Fn. 1), S. 57; kritisch dazu *Gleichmann*, ZHR 149 (1985), 633, 644: „bedauerlich“, „Das Beispiel zeigt aber, wie schwierig es ist, einheitliche Regeln gegen festverhaftete nationale Traditionen, verbunden mit partikularen Interessen einzelner Gruppen, durchzusetzen. Wünscht ein Mitgliedstaat [...] eine solche Regelung, bedarf es einer ausdrücklich gesetzlichen Grundlage.“

⁷⁸ *BegrRegE BT-Drucks. 11/352*, S. 6; zur Verbreitung in anderen Mitgliedstaaten v. *Rechenberg*, ZGR 1992, 299, 312.

⁷⁹ *Habersack/Verse* (Fn. 47), § 12 Rn. 21; *Lentner* (Fn. 45), S. 104; *Müller-Gugenberger*, NJW 1989, 1449, 1456 f.; v. *Rechenberg*, ZGR 1992, 299, 305. Eingehend *Köhl*, Einfluss der Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung auf das Prinzip der Selbstorganschaft als Beispiel der Veränderung der Strukturen des deutschen Gesellschaftsrechts durch europäische Rechtsetzung, 2001, S. 349 ff., 365 ff., 431 ff.

⁸⁰ Vgl. *BegrRegE BT-Drucks. 11/352*, S. 9.

fürer gemäß § 5 Abs. 2 Satz 2 EWIV-AG die Beweislast. Nach Abs. 3 verjähren die Ansprüche aus § 5 Abs. 2 EWIV-AG innerhalb von fünf Jahren. Schließlich ist die Bestellung des Geschäftsführers, angelehnt an § 38 GmbHG, jederzeit widerruflich, sofern die Bedingungen dafür nicht bereits gemäß Art. 19 Abs. 3 im Gründungsvertrag oder durch einen einstimmigen Beschluss der Mitglieder festgelegt sind.

Gegenüber Dritten wird die EWIV gemäß Art. 20 Abs. 1 ausschließlich durch den oder die Geschäftsführer vertreten. Bei mehreren Geschäftsführern ist grundsätzlich jeder von ihnen zur Vertretung der Vereinigung berechtigt. Allerdings kann der Gründungsvertrag auch Gesamtvertretung vorsehen. Hinsichtlich des Umfangs der Vertretungsmacht gilt gemäß Art. 20 Abs. 1 Satz 2, 3 der Grundsatz der unbeschränkten und unbeschränkbar Vertretungsmacht: Jeder Geschäftsführer verpflichtet die EWIV gegenüber Dritten, selbst wenn seine Handlung nicht mehr zu ihrem Unternehmensgegenstand gehört, es sei denn, dem Dritten war bekannt oder hätte bekannt sein müssen, dass die Handlung über die Grenzen des Unternehmensgegenstands hinausging. Eine Beschränkung der Vertretungsmacht im Innenverhältnis kann Dritten nicht entgegengesetzt werden. Damit hat die EWIV-VO, wie Art. 10 Abs. 1 und 2 PubRL (heute: Art. 9 Abs. 1 und 2 GesRRL), Abstand von der *Ultra-vires*-Lehre genommen.

V. Summa

1. Gemeinsamer wirtschaftspolitischer Anlass

Am 3. August 1985 wurde mit der EWIV-VO die erste supranationale Gesellschaftsform errichtet. Ihr Anstoß und Regelungsvorbild war das französische GIE. Beide Organisationsformen, GIE und EWIV, beruhen auf ähnlichen wirtschaftspolitischen Erwägungen: Die französische Regierung wollte die Zusammenarbeit von einheimischen Unternehmen erleichtern, damit diese der zunehmenden Konkurrenz auf dem gemeinsamen Markt gewachsen waren. Der Ordnungsgeber hoffte, mit der EWIV die Wettbewerbsfähigkeit europäischer Unternehmen gegenüber ausländischen Konkurrenten zu stärken. In beiden Fällen bot das bestehende Gesellschaftsrecht keine geeignete Organisationsform: „Dans un cadre démultiplié (Marché unique), le même souci [comme en France] de maintenir ou susciter des entreprises de grande taille ou un groupement de PME appelait et impliquait en 1985–1989, *mutatis mutandis*, l’adoption du GEIE communautaire.“⁸¹

⁸¹ Gavalda (Fn. 14), S. 37, 40 Rn. 5 m. w. N.

2. (Miss-)Erfolgsfaktoren des *groupement d'intérêt économique*

Unmittelbar nach Inkrafttreten der Verordnung im Jahr 1967 stieß das GIE auf reges Interesse in Wissenschaft, Praxis und anderen europäischen Staaten⁸² und traf auf ein gewisses praktisches Bedürfnis: Zwischen 1969 und 1973 wurden in Frankreich jedes Jahr über 1.000 GIEs neu gegründet.

a) Rückgang der Neugründungen ab 1974

Doch bereits ab 1974 gingen die Neugründungen kontinuierlich zurück: von noch 917 GIEs 1974 auf 493 drei Jahre später.⁸³ Seitdem ist die anfängliche Begeisterung für das GIE weiter abgeflaut. Als Ursachen für das abnehmende Interesse machte man damals wie heute zunächst einmal die Ölpreiskrise von 1973 und die dadurch insgesamt verschlechterten wirtschaftlichen Rahmenbedingungen aus.⁸⁴ Auch sollen die rechtlichen Nachteile des GIE stärker zutage getreten sein, insbesondere die persönliche und gesamtschuldnerische Haftung der Mitglieder und das grundsätzliche Verbot, Schuldverschreibungen auszugeben.⁸⁵ Hinzu kam eine restriktive Rechtsprechung:⁸⁶ So entschied etwa der Kassationshof in seinem ersten Urteil zum GIE, dass selbst ein *groupement* mit handelsrechtlichem Unternehmensgegenstand grundsätzlich keine eigenen Handelsgeschäfte tätigen dürfe und ihm daher auch die vorteilhaften Regelungen zum „Geschäftsraummietvertrag“⁸⁷ (*bail commercial*) nicht zugutekommen könnten.⁸⁸ Denn das GIE übe keine gegenüber seinen Mitgliedern eigenständige gewerbliche Tätigkeit (*activité commerciale*) aus.⁸⁹ Letztlich relativierte der Kassationshof damit die

⁸² Statt aller der damalige Finanz- und Wirtschaftsminister *Debré* (Fn. 9), Préface: „Dès sa sortie au Journal Officiel, l'initiative gouvernementale a été comprise et son succès a montré qu'elle répondait à un besoin de l'économie française.“; ferner die Nachweise in Fn. 26 f.

⁸³ *Claret/Latscha*, Rev. soc. 1978, 45, 46 (Im Jahr 1975 waren es 877 Neugründungen, 1976 noch 792.); ferner *Burkhalter* (Fn. 23), S. 19; eine ernüchternde Bilanz ziehend *Scriba* (Fn. 9), S. 35.

⁸⁴ *Merle/Fauchon* (Fn. 6), Rn. 730; ferner *Claret/Latscha*, Rev. soc. 1978, 45, 46; *Guyon*, Rev. soc. 1978, 25, 28.

⁸⁵ Zum Ersten *Merle/Fauchon* (Fn. 6), Rn. 730; *Mestre/Mestre-Chami/Velardocchio*, *Le Lamy Sociétés Commerciales*, 2018, Rn. 1774; Zum Zweiten *Guyon*, Rev. Soc. 1978, 25, 31; zu beidem *Meyer-Landrut* (Fn. 27), S. 2.

⁸⁶ Knapp *Claret/Latscha*, Rev. soc. 1978, 45, 46; *Mestre/Mestre-Chami/Velardocchio* (Fn. 85), Rn. 1774; ausführlicher *Guyon*, Rev. soc. 1978, 25, 30, 32.

⁸⁷ Zuletzt *Bendixen*, NZM 2020, 81.

⁸⁸ In der Folge kann das GIE auch sein kaufmännisches Geschäft nebst Kundschaft, seinen sog. *fonds de commerce*, samt dem Mietrecht nicht zur Kreditsicherung übertragen.

⁸⁹ Cass. civ. 3^e ch., 18.2.1975, Rev. soc. 1975, 315 m. Anm. J. G. („un arrêt qui est de nature à soulever une légitime inquiétude dans les nombreuses entreprises qui [...] ont choisi [...] la forme des <G.I.E> [...]“) = D. 1975, 366 m. Anm. *Guyon* („une décision qui risqué d'entraîner des conséquences fâcheuses“); bestätigt durch Cass. civ. 3^e ch., 22.1.1980, Rev. soc. 1980, 329 m. Anm. J. G. = JCP G 1981, II., 19492 m. krit. Anm. *Guyon*. Die Ansicht des Kassationshofs hatte bereits zuvor auch der Justizminister vertreten (Rép. min., J. O. A.N. 1970, 491 = JCP

Rechtsfähigkeit des GIE.⁹⁰ Seitdem hat das GIE die französischen Gerichte immer wieder beschäftigt: Unter dem Stichwort „groupement d'intérêt économique“ werden in der Datenbank Legifrance 1.278 Treffer aus der Rechtsprechung des Kassationshofs angezeigt.

Auch an anderer Stelle wurde die Verordnung zuungunsten des GIE ausgelegt: Der Wirtschafts- und Finanzminister erklärte etwa, bei einem Formwechsel vom GIE in eine Gesellschaft gelte dessen Rechtspersönlichkeit nicht fort. Vielmehr entstehe eine neue juristische Person, mit nachteiligen steuerlichen Folgen.⁹¹ Erfolgreiche GIEs in eine Gesellschaft zu überführen war damit weniger attraktiv. Insgesamt schlug der neuen Organisationsform mit der Zeit ein gewisses Misstrauen entgegen, da sie teils zweckwidrig eingesetzt wurde und es zu Schein- und Schwindelgründen kam:⁹² „[L]es pouvoirs publics se doivent d'observer une relative prudence à l'égard d'une formule qu'il est parfois assez aisé de détourner de sa finalité compte tenu de sa souplesse.“⁹³ Schließlich haben spätere Reformen des französischen Gesellschaftsrechts die ursprünglichen Gründe für die Einführung des GIE beseitigt: Seit dem Jahr 1978 müssen gesellschaftliche Zusammenschlüsse nicht mehr zwingend dazu dienen, Gewinne zu erzielen und zu verteilen. Stattdessen genügt bereits die Absicht, an Ersparnissen teilzuhaben.⁹⁴ Zudem existiert mit der *société par actions simplifiée* inzwischen eine weitere Gesellschaftsform mit einem dispositiven Organisationsrahmen, deren Zweck aber nicht auf akzessorische Hilfstätigkeiten beschränkt ist und deren Gesellschafter nicht unbeschränkt für die Verbindlichkeit der Gesellschaft haften.⁹⁵

b) Wiederbelebung durch die EWIV-VO

Bedeutungslos ist das GIE gleichwohl nicht. Vielmehr besteht seit Anfang der 1990er Jahre wieder ein gewisses Interesse an ihm: Heute existieren wohl circa

1970, IV, 205), dann aber zwischenzeitlich wieder aufgegeben (Rép. min., 23.8.1977, Rev. soc. 1977, 772; Rép. min., 13.9.1977, Rev. soc. 1977, 773).

⁹⁰ Guyon, JCP G 1981, II., 19492 m.w.N.

⁹¹ Rép. min., Rev. soc. 1975, 186, 186: „La poursuite de l'activité de cet organisme sous la forme d'une société de capitaux traduit, par suite, une modification substantielle de la situation de droit et de fait, qui ne peut qu'entraîner la création d'un être moral nouveau.“

⁹² J. G., Rev. soc. 1980, 329, 333 ff.; Meyer-Landrut (Fn. 27), S. 7; tendenziell auch Müller-Gugenberger (Fn. 8), S. 158, 166 Rn. 18, der allerdings darauf hinweist, dass die „schädliche[n] Auswirkungen auf Grund der Haftungsregelung vergleichsweise gering blieben“.

⁹³ Rép. min. 18 juin 1977, J.O. Déb. Sén., S. 1475.

⁹⁴ Vorausschauend Guyon, Rev. soc. 1978, 25, 27: „En effet, à partir du moment où la société a pour but, la réalisation d'une économie tout autant que le partage d'un bénéfice, beaucoup de G.I.E. pourraient être assimilés à des sociétés.“; aus der Lehrbuchliteratur Cozian/Viandier/Deboissy (Fn. 2), Rn. 2017; Merle/Fauchon (Fn. 6), Rn. 730. Im Übrigen gewährt die 1994 eingeführte *société par actions simplifiée* wie das GIE ein erhebliches Maß an Gestaltungsfreiheit, ermöglicht aber zugleich eine aktivere Geschäftstätigkeit als das GIE.

⁹⁵ Zur *société par actions simplifiée* in diesem Band § 6 (Trinks), S. 173.

16.000 GIEs;⁹⁶ beim Pariser Handelsgericht werden seit 2009 jährlich zwischen 42 und 95 GIEs eingetragen, im Durchschnitt 76,4.⁹⁷ Seinen vorsichtigen Aufschwung verdankt das GIE in erster Linie einem Gesetz vom 13. Juni 1989.⁹⁸ Dieses Gesetz enthielt in seinem ersten Kapitel zunächst jene Vorschriften, die durch die Verordnung zur Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung notwendig geworden waren. Das zweite Kapitel reformierte und renovierte dann allerdings auch die seit 1967 weitgehend unberührt gebliebenen Vorschriften zum GIE: Dabei beseitigte der Gesetzgeber zum einen Ursachen, die zum abflauenden Interesse am GIE geführt hatten. Zum anderen übertrug er Regelungen der EWIV-VO auf das GIE, damit Kooperationen zwischen französischen Unternehmen dieselben Vorteile erhielten wie grenzüberschreitende, europäische Unternehmenskooperationen: „Cette disposition devrait susciter un regain d'intérêt pour le groupement d'intérêt économique qui présentera ainsi, pour les entreprises des avantages identiques à ceux du GIE européen.“⁹⁹

So können GIEs seit der Reform von 1989 erstens das Organisationskleid der offenen Handelsgesellschaft (*société en nom collectif*) überstreifen, ohne dass sie aufgelöst werden müssen oder eine neue juristische Person entsteht.¹⁰⁰ Zweitens dürfen GIEs mit handelsrechtlichem Unternehmensgegenstand nunmehr alle Handelsgeschäfte (*actes de commerce*) vornehmen und auch Inhaber eines *baill commercial* sein.¹⁰¹ Damit hat der Gesetzgeber die zuvor ergangene (entgegen-gesetzte) Rechtsprechung des Kassationshofs korrigiert. Drittens wurde die Zweckbestimmung in Art. 14 des Ausführungsgesetzes wortgleich zu Art. 3 Abs. 1, 2. Hs. EWIV-VO neu formuliert. Ein GIE darf demnach zwar nicht den Zweck haben, für sich selbst Gewinne zu erzielen. Es ist ihm aber nicht untersagt, tatsächlich Gewinne zu erwirtschaften;¹⁰² daran hatte die Rechtsprechung

⁹⁶ *Mestre/Mestre-Chami/Velardocchio* (Fn. 85), Rn. 1774.

⁹⁷ *Merle/Fauchon* (Fn. 6), Rn. 2.

⁹⁸ Loi n° 89-377 du 13 juin 1989 relative aux groupements européens d'intérêt économique et modifiant l'ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967 sur les groupements d'intérêt économique, J.O. du 15 juin 1989, S. 7440.

⁹⁹ So etwa für Art. 17 des Reformgesetzes *Rapport Dumas*, Annexe au procès-verbal de la séance du 19 avril 1989, Sénat n° 258, S. 56 sowie die Amtliche Begründung des Regierungsentwurfs zum Ausführungsgesetz zu VO 2137/85 EG wonach „[d]as Inkrafttreten der EG Verordnung [...] zur Modernisierung der Verordnung vom 23. September 1967 [zwingt]; wenn es auch in der Tat wünschenswert ist, den Erfolg des GEIE zu fördern, so wäre es doch falsch, sowohl aus wirtschaftlichen Gründen als auch im Hinblick auf das rechtliche Gleichgewicht das französische GIE in einem im Vergleich zum GEIE untergeordneten Status zu belassen [...] und seine Anwendung schwerer zu gestalten“. (Übersetzung von *Ranke*, in: Müller-Gugenberger/Schotthöfer (Fn. 8), S. 389, 395.

¹⁰⁰ Art. 23 des Gesetzes vom 13. Juni 1989, der Art. 12 der Verordnung vom 23.9.1967 reformiert hat.

¹⁰¹ Art. 17 des Gesetzes vom 13. Juni 1989, der Art. 3 der Verordnung vom 23.9.1967 reformiert hat.

¹⁰² *Rapport Dumas*, Annexe au procès-verbal de la séance du 19 avril 1989, Sénat n° 258, S. 56.

des Kassationshofs Zweifel geweckt.¹⁰³ Als Jungbrunnen für das GIE hat sich die EWIV schließlich auch insofern erwiesen, als seit 1989 nicht mehr nur natürliche, sondern auch juristische Personen Geschäftsführerinnen eines GIE sein können¹⁰⁴ und die Haftung neuer Mitglieder für die vor ihrem Beitritt begründeten Verbindlichkeiten nicht mehr zwingend ist, sondern vertraglich abdingbar.¹⁰⁵ Letztlich gab die EWIV-VO also den Anstoß zur Reform des französischen GIE.

3. (Miss-)Erfolgsfaktoren der EWIV

Im Gegensatz zum GIE ist die EWIV von Anfang an eine Randerscheinung gewesen.¹⁰⁶ In ganze Europa wurden lediglich 2.678 Vereinigungen gegründet. Für den ausbleibenden Erfolg macht man vor allem vier „verordnungsunmittelbare“ Ursachen verantwortlich: die fortdauernde Bedeutung des jeweiligen nationalen Rechts (dazu IV.1.)¹⁰⁷, die enge Zweckbeschreibung (dazu IV.2.)¹⁰⁸, die weitreichenden Offenlegungspflichten (dazu IV.3.) sowie die unbeschränkte und gesamtschuldnerische Haftung der Mitglieder für die Verbindlichkeiten der Vereinigung (dazu IV.4.)¹⁰⁹

Die enge Zweckbeschreibung mag dabei veranschaulichen, wie Bedenken und Wünsche von Mitgliedstaaten den Erfolg supranationaler Rechtsformen beeinträchtigen können.¹¹⁰ Denn das Kreditgewährungsverbot (Art. 3 Abs. 2 lit. d) und

¹⁰³ Anlass dazu gab folgende Formulierung, etwa bei Cass. civ. 3^e ch., 22.1.1980, Rev. soc. 1980, 329, 330: „Mais attendu qu'un groupement d'intérêt économique, même inscrit au registre du commerce, ne peut ni réaliser des bénéfices [...]“

¹⁰⁴ Art. 21 des Gesetzes vom 13. Juni 1989, der Art. 9 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung vom 23.9.1967 reformiert hat; heute: Art. L. 251-11 Abs. 1 Satz 2 C. Com. Zur Inspiration durch die EWIV, *Rapport Dumas*, Annexe au procès-verbal de la séance du 19 avril 1989, Sénat n° 258, S. 59.

¹⁰⁵ Art. 20 des Gesetzes vom 13. Juni 1989, der Art. 4 der Verordnung vom 23.9.1967 reformiert hat. Zur Inspiration durch die EWIV, *Rapport Dumas*, Annexe au procès-verbal de la séance du 19 avril 1989, Sénat n° 258, S. 57 f. Zum europäischen Regelungsvorbild IV.4.

¹⁰⁶ *Gavalda* (Fn. 14), S. 37, 39 Rn. 4: „[Le GEIE] ne paraît pas, dans un premier temps susciter à l'échelle de la CEE un enthousiasme comparable à celui de la formule du GIE en France en 1967.“; hoffnungsvoller noch etwa *Murphy*, 23 Vand. J. Transnat'l L. 65, 83 (1990). Zum konkreten Zahlenmaterial Fn. 5.

¹⁰⁷ *Hartard*, Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung im deutschen, englischen und französischen Recht, 1991, S. 173; *Neuss*, GmbHR 1993, R81, R82; *Funkat*, EWS 1998, 122, 127; *Scriba* (Fn. 9), S. 53, 179.

¹⁰⁸ *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2011, Rn. 1100: „Der Misserfolg beruht nicht zuletzt auf den Charakteristika der EWIV, die nur Hilfscharakter hat [...], wofür eine ‚anspruchsvolle‘ supranationale Rechtsform offenbar überflüssig oder gar überzogen erscheint.“; *Hakenberg* (Fn. 49), EWIV, Rn. 8; *Krause*, EuZW 2003, 747, 750; *Schlüter*, EuZW 2002, 589, 592 f., 594; siehe ferner den Diskussionsbericht von *Frey*, ZGR 1992, 327, 327 f. und die dort wiedergegebene Wortmeldung „eines Anwalts“.

¹⁰⁹ Zu diesen beiden Punkten *Habersack/Verse* (Fn. 47), § 12 Rn. 6; auf die persönliche Haftung abstellend *Hakenberg* (Fn. 49), EWIV, Rn. 8; *Kerr*, 1990 BYU L. Rev. 1743, 1757 (1990); *Krause*, EuZW 2003, 747, 750.

¹¹⁰ Zu den nationalen Bedenken etwa *Fleischer*, 47 CMLR 1671, 1674 (2010).

das Beteiligungsverbot (Art. 3 Abs. 2 lit. e) wurden auf Wunsch der britischen Delegation aufgenommen;¹¹¹ die Begrenzung auf höchstens 500 Arbeitnehmer (Art. 3 Abs. 2 lit. c) auf Betreiben der deutschen Delegation, die eine Umgehung des Arbeitnehmerschutzes und insbesondere der deutschen Mitbestimmung befürchtete.¹¹² Über diese „verordnungsunmittelbaren“ Erfolgsfaktoren hinaus deutet die Geschichte der EWIV auf „verordnungsexterne“ Erfolgsfaktoren hin: „Auf die eigentümliche Stellung des flexiblen GIE in einem System strengen gesellschaftsrechtlichen Typenzwangs ist es auch zurückzuführen, daß in Frankreich das GIE einen erheblich weiteren Anwendungsbereich gefunden hat, als es für ein gemeinschaftsrechtliches Rechtsinstitut vorstellbar ist.“¹¹³

Unbenommen der geringen Verbreitung der EWIV bleibt sie die erste gemeinschaftseigene Rechtsform, auf die sich alle Mitgliedstaaten einigen konnten,¹¹⁴ nachdem die ambitionierteren Pläne für eine Europäische Aktiengesellschaft zum Erliegen gekommen waren. Erst im Jahr 1985, also nach den Verhandlungen um die EWIV, wurden die Gespräche um eine Europäische Aktiengesellschaft wieder aufgenommen. Dabei profitierte man von den Erfahrungen mit der EWIV-VO. Dass diese nach nur knapp dreieinhalbjährigen Beratungen im Rat in Kraft treten konnte, verdankte sie nicht zuletzt dem Verzicht auf ein Vollstatut, wie es bis dato noch für die Europäische Aktiengesellschaft vorgesehen war. Stattdessen räumte die EWIV-VO den Mitgliedstaaten Wahlrechte bei punktuellen nationalen Besonderheiten ein. Außerdem wurden Themen von vornherein ausgeklammert, die sich in den Verhandlungen um eine Europäische Aktiengesellschaft als Hemmschuh erwiesen hatten, etwa die Mitbestimmung.¹¹⁵ Beide Kompromissformen sollte später auch der SE zum Durchbruch verhelfen.¹¹⁶

4. Zirkulationsmodell und Ausstrahlungswirkung

Schließlich zeigt die Untersuchung von EWIV und GIE, wie sich nationales Recht der Mitgliedstaaten und europäisches Recht wechselseitig beeinflussen. Das rege Interesse der Praxis und anderer Mitgliedstaaten am französischen GIE

¹¹¹ Ganske (Fn. 1), S. 31; Gloria/Karbowski, WM 1990, 1313, 1317; Lentner (Fn. 45), S. 70; Müller-Gugenberger, NJW 1989, 1449, 1454; Zettel, DRiZ 1990, 161, 164.

¹¹² Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 11/1807, S. 10 re. Sp.; Gleichmann, ZHR 149 (1985), 633, 649; Gloria/Karbowski, WM 1990, 1313, 1317; Israel, 9:1 The Company Lawyer 14, 15 (1988); Lentner (Fn. 45), S. 69; Scriba (Fn. 9), S. 65 ff.

¹¹³ So Ganske (Fn. 1), S. 14.

¹¹⁴ Murphy, 23 Vand. J. Transnat'l L. 65, 66 (1990): „[Die EWIV-VO] brought the Council of the European Communities its first success, albeit a modest one, in achieving this goal.“

¹¹⁵ Müller-Gugenberger, NJW 1989, 1449, 1450 und 1451; ferner der Diskussionsbericht von Frey, ZGR 1992, 327, 327 wonach man die EWIV akzeptierte, „weil sie geltendes Recht ist und weil man eine Spielwiese brauchte, auf der sich Wissenschaft und Praxis üben können auf dem Weg zu einem europäischen Gesellschaftsrecht.“ Ferner ebenda, S. 329: „Versuch oder Spielwiese, als unschädliches Gebiet zum Üben, von dem aber Integrationskraft ausgehe.“

¹¹⁶ Eingehend zur Entstehungsgeschichte der SE in diesem Band § 9 (Heinrich-Pendl/Rittmeister), S. 303.

veranlasste den europäischen Verordnungsgeber dazu, eine supranationale Kooperationsform zu schaffen. Einmal verabschiedet, stieß die EWIV-VO wiederum nationale Reformen an: Der französische Gesetzgeber reformierte und revidierte das GIE. In Belgien¹¹⁷, Luxemburg und Spanien wurde zusätzlich zur EWIV eine nationale Organisationsform für Unternehmenskooperationen eingeführt;¹¹⁸ die Rechtsform einer Interessenvereinigung zirkulierte also innerhalb von Europa.

Schließlich hat sich gezeigt, wie nationales Recht der Mitgliedstaaten auf Vorschriften der supranationalen EWIV ausstrahlten – und *vice versa*. So diente der bekannte und bewährte Normenbestand des GIE als Vorbild und Schablone für die ersten Entwürfe der EWIV-VO. Im weiteren Gesetzgebungsverfahren wurden die Entwürfe um Anleihen aus den Rechtsordnungen anderer Mitgliedstaaten sowie aus dem bereits vorhandenen europäischen Gesellschaftsrecht ergänzt, namentlich der Publizitätsrichtlinie.¹¹⁹ In entgegengesetzte Richtung dienten und dienen die Vorschriften zur EWIV als „rechtliches Experimentierfeld“¹²⁰ und Innovationsquelle für nationale Reformdebatten und Gesetzgeber. So nahm etwa der französische Gesetzgeber Art. 3 Abs. 1 als willkommene Blaupause, um die Zweckbeschreibung des GIE im Jahr 1989 neu zu formulieren. Auch im Zuge der Modernisierung des hiesigen Personengesellschaftsrechts wurde bei der Diskussion um den Grundsatz der Selbstorganschaft auf die EWIV-VO hingewiesen: Die dort auch für eine „deutsche“ EWIV zugelassene Fremddorganschaft relativiere das Rechtsprinzip der Selbstorganschaft.¹²¹ Insofern hält die Untersuchung der EWIV letztlich auch Beispiele dafür bereit, dass supranationale Einsprengsel willkommene Anregungen bzw. „aufgedrängte Bereicherung[en] des nationalen Regelungsreservoirs“ sein können.¹²²

¹¹⁷ Im Zuge der Gesellschaftsrechtsreform im Jahr 2019 wurde das belgische GIE wieder abgeschafft.

¹¹⁸ v. *Rechenberg*, ZGR 1992, 299, 312; ferner *Neuss*, GmbH 1993, R81, R81.

¹¹⁹ Statt aller *Meyer-Landrut* (Fn. 27), S. 6 f.; *Woodland*, JCP 1986, I, 3247 Rn. 1: „La dimension européenne lui a fait subir une transmutation. De nombreuses dispositions du règlement proviennent, en effet, soit de préoccupations ou de précédents du droit communautaire proprement dit, soit d'exigences tenant au droit d'autres États membres.“

¹²⁰ *Müller-Gugenberger/Schotthöfer* (Fn. 8), Einführung Rn. 24; ähnlich eine Aussage in dem Diskussionsbericht von *Frey*, ZGR 1992, 327 („Spielwiese“); siehe auch *Klöhn*, RabelsZ 76 (2012), 276, 280 f.

¹²¹ *Fleischer*, NZG 2020, 601, 605, 610; *Scholz*, NZG 2020, 1044, 1049; zuvor schon *Blau-rock*, ZEuP 1998, 460, 465: „Bemerkenswert bei der EWIV ist, daß bei dieser den Personengesellschaften zugeordneten Gesellschaftsform die Fremddorganschaft zugelassen ist. Das Dogma der angeblich wesensnotwendigen Selbstorganschaft bei den Personengesellschaften wird sich damit nicht mehr aufrechterhalten lassen.“; ferner *Osterloh-Konrad*, ZGR 2019, 271, 288; monographisch *Köhl* (Fn. 79), S. 349 ff., 365 ff., 431 ff.

¹²² *Fleischer*, ZHR 174 (2010), 385, 413.

§ 3 Vereinigte Staaten: Statutory Business Trust, Delaware 1988

Christian Stemberg

I.	Einführung: Das unbekannte „multi-trillion dollar“-Rechtskleid.....	77
II.	<i>Donative trust</i> und <i>business trust</i> – verwandt und doch verschieden	79
III.	Aus England nach Massachusetts – Die historische Entwicklung des <i>business trust</i> .	81
	1. Ursprünge des <i>trust</i> im England des Mittelalters	81
	2. Der Weg des <i>business trust</i> in die USA	84
	3. Der Massachusetts Trust	85
IV.	Entstehungsgeschichte des Delaware Business Trust Act	89
V.	Rechtssicherheit und Flexibilität in den Regelungen des Delaware Statutory Trust Act	93
	1. Rechtsnatur und Gesellschaftszweck	93
	2. Vertragsfreiheit	94
	3. Gründung.....	95
	4. Management.....	97
	5. Haftungsbeschränkung	97
	6. Rechte der <i>beneficiaries</i>	98
	7. Auflösung	99
	8. Steuerliche Behandlung.....	100
	9. Die <i>series</i> als Rechtsformvariante.....	100
VI.	Rechtstatsachen – führend unter den <i>trusts</i> , aber verzweigend vor der <i>corporation</i> .	102
VII.	Gemischte Gefühle – Bewertung des Erfolgs der Gesetzgebung	105
	1. Austauschbarkeit von DST und <i>corporation</i>	105
	2. Erklärungsversuche für die geringe Verbreitung.....	106
	a) Trägheit des Rechtsformenmarktes.....	107
	b) Flexibilität als zweischneidiges Schwert	108
	3. Vorbildfunktion des Delaware Statutory Trust Act	110
	4. Unklare Zukunftsaussichten	111
VIII.	Schluss – Auf dem Laufsteg gefeiert, aber (noch) nicht bei der breiten Masse	111

I. Einführung: Das unbekannte „multi-trillion dollar“-Rechtskleid

Der Begriff *business trust* mag für viele wie ein Oxymoron wirken. In kontinentaleuropäischen Ohren klingt „trust“ klassischerweise nach einem Mittel zur schenkweisen Übertragung von Eigentum, wie es insbesondere in erbrechtlichen

Fragestellungen relevant werden kann. Mit *business* scheint das zunächst nicht viel zu tun zu haben. Ähnlich geht es den Studierenden an den *law schools* in den Vereinigten Staaten: Dortige Vorlesungen beschäftigen sich beinahe ausschließlich im Rahmen des Erbrechts mit dem *trust*, während er im unternehmerischen Kontext keine Erwähnung findet.¹ Passend dazu stehen auch die Regelungen zum 1988 kodifizierten Delaware Statutory Trust – dem meistverbreiteten *business trust* in den Vereinigten Staaten – im Delaware Code unter dem Titel 12 namens „Decedents’ Estates and Fiduciary Relations“.² Und doch ist die Nomenklatur weder inadäquat noch irreführend. Vielmehr beschreibt der Ausdruck *business trust* die Verhältnisse äußerst passend: Das Rechtskleid des *trust* wird für wirtschaftliche Unternehmungen genutzt; der *trust* wird zum „instrument of commerce“.³

Der Nutzen des *trust* für Unternehmen verstaubt aber nicht nur in Rechtsvorlesungen in der Mottenkiste. Gleiches gilt für seine Stellung in der US-amerikanischen Rechtswissenschaft.⁴ So wurde er bereits als „orphan in the domestic legal academy“⁵ bezeichnet. Gleichwohl kommt er mittlerweile immer mehr in Mode, denn gerade aus neuerer Zeit gibt es eine ganze Reihe von Beiträgen zum Thema des *trust* im wirtschaftlichen Kontext, wobei der Delaware Statutory Trust besondere Beachtung erfährt.⁶

Der lange vorherrschenden akademischen Nichtbeachtung des *business trust* steht eine eigentlich nicht zu übersehende ökonomische Bedeutung desselben gegenüber. So sind in den Vereinigten Staaten mindestens die Hälfte aller offenen Investmentfonds als *trust* organisiert.⁷ Hinzu kommen *pension trusts*, die Billio-

¹ Morley/Sitkoff, in: The Oxford Handbook of the New Private Law, 2020, S. 339: „The commercial trust has generated no discernible culture of practice and no regular class in law schools.“

² Oh, in: Research Handbook on Partnerships, LLCs and Alternative Forms of Business Organizations, 2015, S. 271 f.: „Interestingly, Delaware’s Statutory Trust Act appears in Title 12, ‘Decedents’ Estates and Fiduciary Relations,’ and not within Title 6, ‘Commerce and Trade,’ where all other business organizations are located.“

³ Siehe den Aufsatztitel von Langbein, 107 Yale L.J. 165 (1997): „The Secret Life of the Trust: The Trust as an Instrument of commerce“.

⁴ Siehe Speier, 43 Pepp. L. Rev. 1065, 1073 (2016): „Often when someone thinks of a trust, the gratuitous trust comes to mind.“

⁵ Vgl. Sitkoff, 2005 U. Ill. L. Rev. 31, 34 (2005).

⁶ Siehe in chronologischer Reihung Langbein, 107 Yale L.J. 165 (1997); Hansmann/Mattei, 73 N.Y.U. L. Rev. 434 (1998); Frankel, 23 Cardozo L. Rev. 325 (2001); Schwarcz, 58 Bus. Law. 559 (2003); Sitkoff, 2005 U. Ill. L. Rev. 31 (2005); Hansmann/Kraakman/Squire, 119 Harv. L. Rev. 1333 (2006); Rutledge/Habart, 65 Bus. Law. 1055 (2010); Rutledge, 40 N. Ky. L. Rev. 93 (2012); Walsh/Michaels, Trusts & Trustees 19 (2013) 681; Rutledge/Schaefer, 48 Trust and Estate Law Journal 83 (2013); Silberstein-Loeb, The Journal of Legal History 36 (2015), 192; Morley, 116 Colum. L. Rev. 2145 (2016); Speier, 43 Pepp. L. Rev. 1065 (2016); Crawford, 76 Wash. & Lee L. Rev. Online 74 (2019); Tritt/Teschner, 97 Wash. U. L. Rev. 1 (2019); Tritt/Teschner, 88 U. Cin. L. Rev. 735 (2020); Chaffee, 88 U. Cin. L. Rev. 797 (2020).

⁷ Siehe Langbein, 107 Yale L.J. 165, 171 (1997).

nen von Dollar verwalten. Berücksichtigt man zusätzlich die Verwendung zur Vermögensverbriefung und für strukturierte Finanztransaktionen, so erscheint die Frage nach der Bedeutung des *business trust* zu Recht als „multi-trillion dollar question“.⁸

Dabei ist der *business trust* keine Neuerfindung in den Design-Ateliers von Juristen des 20. Jahrhunderts. Vielmehr ist er eine Art Retro-Rechtskleid: Seine Wurzeln liegen im *common law* und gehen bis auf das Mittelalter zurück. Über weite Strecken war die Trustform sogar ein ernsthafter Konkurrent der *corporation* im Wettstreit um die vorherrschende Gesellschaftsform in den Vereinigten Staaten. Im Jahr 1988 entschloss sich sodann der Gesetzgeber von Delaware, die seit Jahrhunderten im *common law* vorhandenen Regeln zum *business trust* auf eine neue Stufe zu stellen und zu kodifizieren. Dabei war neben der Schaffung von Rechtssicherheit erklärtes Ziel, ein Maximum an Vertragsfreiheit zu gewähren und dadurch größtmögliche Flexibilität zu schaffen. So wurde der Delaware Statutory Trust (DST)⁹ aus der Taufe gehoben, der heute eine Vorreiterstellung unter den *business trusts* einnimmt.

Um die Rechtsform des DST zu erschließen, beleuchtet dieser Beitrag zunächst überblicksartig die Rechtsverhältnisse im klassischen *donative trust* und dem zur Gewinnerzielung eingesetzten *business trust* (II.). Sodann spürt er der Geschichte des *trust* von dessen Ursprüngen im Mittelalter bis zur Hochphase des *business trust* in den Vereinigten Staaten nach (III.), um dann die gesetzgeberischen Motive hinter dem Delaware Business Trust Act von 1988 zu erläutern (IV.). Anschließend erfolgt ein Rundgang durch dessen Rechtsregime, der zeigen soll, inwieweit der Gesetzgeber dort die beiden Hauptziele Rechtssicherheit und Flexibilität verfolgt hat (V.). An eine Darstellung von Daten zur Verbreitung des DST (VI.) schließt sich zuletzt der Versuch an, den Erfolg bzw. Misserfolg der Gesetzgebung aufzuzeigen und zu begründen, warum der DST ein Nischendasein hegt (VII.).

II. *Donative trust* und *business trust* – verwandt und doch verschieden

Klassischerweise besteht ein Trustverhältnis aus drei Personen: dem *settlor* als Errichter des *trust*, dem *trustee*, der die Rolle des Vermögensverwalters einnimmt und schließlich dem *beneficiary*, der durch den *trust* begünstigt wird. Hinter jeder dieser drei Rollen kann sich auch eine Personenmehrheit verbergen und es ist ebenfalls möglich, dass eine Person mehrere Rollen gleichzeitig einnimmt.¹⁰

⁸ *Oh* (Fn. 2), S. 268.

⁹ Der ursprüngliche Name der Rechtsform lautete Delaware Business Trust; siehe zur Namensanpassung vom Delaware Business Trust Act zum Delaware Statutory Trust Act unten unter IV.

¹⁰ Siehe *Hansmann/Mattei*, 73 N.Y.U. L. Rev. 434, 438 (1998).

Errichtet wird der *trust*, indem der *settlor* Vermögen auf den *trustee* überträgt, welches das Trustvermögen darstellt. Für gewöhnlich erfolgt dies unentgeltlich.¹¹ Das übertragene Vermögen soll dem *beneficiary* zugutekommen, weshalb oft auch von einem *donative trust* gesprochen wird.¹² Mit der Übertragung verliert der *settlor* die Verfügungsmacht über das Vermögen des *trust*, diese liegt nunmehr alleine beim *trustee*, der das Vermögen zugunsten des *beneficiary* hält. In seiner verwaltenden Rolle ist er dabei an die Anweisungen gebunden, die in der Trusturkunde festgelegt worden sind. Deren Befolgung kann aber nicht der Begründer des *trust*, sondern nur noch der *beneficiary* durchsetzen.¹³

Neben dieser privaten Form kann der *trust* aber auch als Vehikel für wirtschaftliche Betätigung dienen. Dann spricht man von einem *business trust*.¹⁴ Auch in dieser Konstruktion managen die *trustees* das Eigentum für die *beneficiaries* des *trust*, die – ähnlich wie die *shareholder* einer *corporation* – Anteile in Form von übertragbaren Zertifikaten halten.¹⁵ Es gibt aber wesentliche Unterschiede zum klassischen privaten *trust*. Zugespitzt ist teilweise sogar die Rede davon, dass die einzige Ähnlichkeit in der Verwendung des Wortes „trust“ bestehe.¹⁶

Zunächst überlässt der *settlor* eines *business trust* sein Vermögen in aller Regel anders als bei einem *donative trust* nicht unentgeltlich.¹⁷ Er erhält dafür Be-

¹¹ Vgl. *Langbein*, 105 Yale L.J. 625, 632 (1995): „Trusts are gifts.“

¹² Siehe zu *donative trusts* *Morley/Sittkof* (Fn. 1), S. 328 ff.

¹³ Vgl. *Hermann*, Asset Protection Trusts, 2012, S. 48.

¹⁴ *Fenton/Mazie*, in: Balotti/Finkelstein, Delaware Law of Corporations & Business Organizations, 3. Aufl. 2010, Suppl., § 19.1: „Traditionally, the distinction between an ordinary trust and a business trust has been based primarily on the objectives of the parties who cause its formation.“

¹⁵ *Hansmann/Mattei*, 73 N.Y.U. L. Rev. 434, 473 f. (1998): „The investors’ interests in the trust are commonly tradable, just like shares in a business corporation, and the investors may also have the power to elect the trustees of the trust, just as corporate shareholders elect corporate directors.“; *Henn/Alexander*, Laws of Corporation and Other Business Enterprises, 3. Aufl. 1983, § 58; siehe auch die Ausführungen des US Supreme Court zum Massachusetts Trust – dem Paradebeispiel für den Business Trust in den Vereinigten Staaten (siehe hierzu unter III.3.) – in *Hecht v. Malley*, 265 U.S. 144, 146 f. (1924): „The ‘Massachusetts Trust’ is a form of business organization, common in that state, consisting essentially of an arrangement whereby property is conveyed to trustees, in accordance with the terms of an instrument of trust, to be held and managed for the benefit of such persons as may from time to time be the holders of transferable certificates issued by the trustees showing the shares into which the beneficial interest in the property is divided. These certificates, which resemble certificates for shares of stock in a corporation and are issued and transferred in like manner, entitle the holders to share ratably in the income of the property, and, upon termination of the trust, in the proceeds.“

¹⁶ *Jim Walter Investors v. Empire-Madison, Inc.*, 401 F. Supp. 425, 428 (N.D. Ga. 1975): „The only resemblance [a business trust] bears to an ordinary trust is the fact that the word ‘trust’ happens to have been chosen as the generic term to describe [both] entities.“

¹⁷ *Schwarz*, 58 Bus. Law., 559, 562 (2003): „One [...] can view a commercial trust as a trust in which there is a bargained-for exchange rather than a gift.“

zahlung oder aber Anteile am *trust*.¹⁸ Zudem geht das Ziel des *business trust* über die reine Verteilung und Verwaltung von Vermögenswerten hinaus. Vielmehr soll er Gewinne erzielen.¹⁹ In der Folge fallen beim *business trust* in aller Regel die Rollen des *settlor* und des *beneficiary* zusammen.²⁰ Neben der Absicht der Gewinnerzielung besteht beim *business trust* eine entscheidende Ähnlichkeit zur amerikanischen *corporation*, aber auch zu anderen Kapitalgesellschaften: Kapitalbeteiligung (*settlers* bzw. *beneficiaries*) und Kontrolle (*trustees*) sind grundsätzlich getrennt.²¹ Gleichzeitig ist das Gerüst des *business trust* äußerst flexibel, was Vergleiche zur *limited liability company* und *limited partnership* hervorruft.²² Will man den *business trust* mit einem bei uns heimischen Rechtskonstrukt vergleichen, so drängt sich als Erstes die Treuhand auf, die allerdings nur schuldrechtliche Wirkungen hat.²³

III. Aus England nach Massachusetts – Die historische Entwicklung des *business trust*

I. Ursprünge des *trust* im England des Mittelalters

Die Ursprünge des *trust* liegen im *common law* und gehen zurück bis ins Mittelalter. Damals entstand der sog. *use*, ein Vorläufer des *trust*. Er entwickelte und verbreitete sich durch eine Reihe verschiedener Anwendungsfelder.

Zunächst diente der *use* vor allem dazu, Regeln für Mönche, die diesen das Halten eigenen Eigentums verboten, zu umgehen. So wurde er beispielsweise von Franziskanermönchen genutzt, die zu damaliger Zeit kein Eigentum an Grundstücken innehaben durften.²⁴ Durch die Konstruktion als *use* konnten die

¹⁸ *Schwarcz*, 58 *Bus. Law.*, 559, 562 (2003): „The settlor in a commercial trust [...] always receives payment for the assets conveyed it to the trust.“; so auch *Speier*, 43 *Pepp. L. Rev.* 1065, 1073 (2016).

¹⁹ Siehe *Chermerside*, 88 *ALR3rd*, 704, 712 (1978): „A fundamental difference lies in the fact that the Massachusetts or business trust is primarily a vehicle for the conduct of commercial enterprise, whereas the traditional trust is generally a device to conserve and protect property.“; *Speier*, 43 *Pepp. L. Rev.* 1065, 1074 (2016): „Most generally the goal of a business trust is not to preserve the trust property but rather to use the property to conduct business and make a profit.“; vgl. auch *Bogert*, *Trusts & Trustees*, 2. Aufl. 1991, § 247, S. 165.

²⁰ Siehe zu diesen und weiteren Unterschieden *Tritt/Teschner*, 88 *U. Cin. L. Rev.* 735, 741 f. (2020); *dies.*, 97 *Wash. U. L. Rev.* 1, 41 (2019).

²¹ *Rutledge/Habbart*, 65 *Bus. Law.* 1055, 1057 (2010): „[...] structurally analogous to other business forms where management and control are separated from equity ownership.“

²² *Rutledge/Habbart*, 65 *Bus. Law.* 1055, 1057 (2010).

²³ Siehe hierzu auch *Kulms*, in: Basedow/Hopt/Zimmermann, *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, 2009, unter „Trust und Treuhand“; siehe auch *Grundmann*, 47 *Am. J. Comp. L.* 401 (1999).

²⁴ *Chaffee*, 88 *U. Cin. L. Rev.* 797, 807 (2020): „Religious orders often imposed restrictions upon their members regarding holding property as well. [...] Franciscan friars were pro-

Ordensbrüder Ländereien nutzen, ohne gegen das Eigentumsverbot zu verstoßen.²⁵ Dabei lag das Eigentum der Grundstücke beim *settlor* oder einem Dritten, der die Rolle des *trustee* einnahm. Den Mönchen stand als *beneficiaries* das Nutzungsrecht daran zu.

Zudem war es damals auch für gewöhnliche, nicht klerikale Landeigentümer üblich, ihre Grundstücke an andere Personen zu überschreiben. Diese übernahmen die Rolle des *trustee*, wobei die ursprünglichen Eigentümer oder deren Familien als *beneficiaries* bestimmt wurden.²⁶ Schon zu jener Zeit waren dafür auch solche Vorteile ausschlaggebend, die wir heute dem Steuerrecht zurechnen würden: So wurde im Todesfall das Land, das ein Untertan besaß, von der englischen Krone besteuert.²⁷ Diese sog. *feudal incidents* griffen aber ins Leere, wenn Land rechtlich nicht mehr dem *beneficiary* zugeordnet, sondern einem *trustee* überlassen war.²⁸

Schließlich kam hinzu, dass auch während der Kreuzzüge für Kreuzritter ein Bedarf bestand, die eigenen Ländereien für die Zeit ihrer Abwesenheit in vertrauensvolle Hände zu geben.²⁹ Der *use* stellte sicher, dass das Vermögen des Kreuzfahrers seiner Familie zugutekam und vermied zudem die bereits erwähnten steuerlichen Fallstricke im – bei dieser Unternehmung nicht unwahrscheinlichen – Todesfall.³⁰ Im 14. Jahrhundert führte dies neben den bereits ausgeführ-

hibited from owning land, despite needing property as a place to live and worship“; *Becker*, Die fiducie von Quebec und der trust, 2007, S. 20: „Eine bekannte Verwendung einer Frühform des use läßt sich nachweisen zugunsten der Franziskaner-Mönche, die aufgrund ihres Armutsgeübtes kein Eigentum haben durften.“

²⁵ *Speier*, 43 Pepp. L. Rev. 1065, 1067 (2016): „The friars were unable to own property, so landowners conveyed property to the friars to hold for their use and benefit.“; vgl. auch *Chaffee*, 88 U. Cin. L. Rev. 797, 807 (2020): „To circumvent these restrictions, the ‘use’ developed, which is a predecessor of the modern trust.“; siehe auch *Crawford*, 76 Wash. & Lee L. Rev. Online 74, 80 (2019).

²⁶ Vgl. *Morley*, 116 Colum. L. Rev. 2145, 2151 f. (2016).

²⁷ *Morley*, 116 Colum. L. Rev. 2145, 2152 (2016).

²⁸ *Chaffee*, 88 U. Cin. L. Rev. 797, 808 (2020): „[...] it also became a tool to avoid taxes and creditors.“; siehe auch *Langbein*, 105 Yale L.J. 625, 632 f. (1995): „Transferring land to trustees neatly defeated the feudal restrictions. Suppose the prototypical case, in which the settlor conveyed freehold land to trustees, who agreed to hold the land for the settlor for life and then to convey to selected family members as the remainder beneficiaries. Because the trustees were the nominal owners of the freehold, when the settlor died none of the feudal rules that turned on descent were triggered. The trustees continued to own the land, and they would then convey it to the remainder beneficiaries as they had undertaken.“; vgl. auch *Becker* (Fn. 24), S. 21.

²⁹ *Hermann* (Fn. 13), S. 44: „Ein Kreuzritter musste während seiner Abwesenheit zum einen sicher gehen, dass sein Vermögen verwaltet und zu Gunsten seiner Angehörigen verwendet wurde.“; siehe auch *Becker* (Fn. 24), S. 21 f.

³⁰ *Hermann* (Fn. 13), S. 44: „Zum anderen [...] bestand die Gefahr, dass das Vermögen [eines Kreuzritters] im Falle seines Todes durch das mittelalterliche Lehnrecht beeinträchtigt wurde.“

ten Gründen zu einer immer weiteren Verbreitung des *trust* und seiner Vorläufer in England.³¹

In den folgenden Jahrhunderten etablierten sich *trusts* in England auch als Form für Unternehmen, insbesondere solche, die einer großen Anzahl an Investoren offenstanden.³² Heute würden wir sie wohl Publikumsgesellschaften nennen. Der *trust* bot dabei eine Alternative zur *corporation*. Das Privileg, eine solche zu gründen, hing bis zur *Glorious Revolution* von 1688 von einer Erlaubnis der Krone ab. Danach vergab das Parlament die entsprechenden Genehmigungen.³³ Wesentlicher Vorteil des *trust* gegenüber der *corporation* war, dass er dieser oft nur schwer zu erlangenden Erlaubnis gerade nicht bedurfte.³⁴

Mit dem Bubble Act von 1719 versuchte die britische Regierung alle Gesellschaften, die nicht die Form der *corporation* hatten, für unzulässig zu erklären. Dieser gesetzgeberische Vorstoß wurde jedoch weitestgehend ignoriert und 1825 wieder zurückgenommen.³⁵ Der Verbreitung des *trust* tat dieser gesetzgeberische Eindämmungsversuch daher keinen Abbruch.³⁶

Im Jahr 1844 wurde das komplizierte³⁷ Verfahren der Erlaubniserteilung für die Gründung einer *corporation* durch den Registration Act ersetzt, der den Gründungsprozess wesentlich erleichterte. Gleichzeitig verpflichtete er aber auch jeden auf Gewinnerzielung ausgelegten Zusammenschluss von mehr als 25 Mitgliedern dazu, sich als *corporation* zu registrieren.³⁸ Im nachfolgenden Companies Act von 1862 wurde diese Zahl sogar auf 20 herabgesetzt. Gleichwohl bedeutete

³¹ *Isaacs*, 42 Harv. L. Rev. 1048, 1050 (1929): „The middle ages saw the use of trust employed for the evasion of feudal burdens, for the avoidance of forfeiture in the civil wars, for the circumvention of mortmain statutes, for the creation of new forms of tenure, and in various combinations as a testamentary device.“; *Morley*, 116 Colum. L. Rev. 2145, 2152 (2016).

³² *Morley*, 116 Colum. L. Rev. 2145, 2157 f. (2016): „Around this time, large businesses with many passive investors became common for the first time. Also around this time, the trust first began to appear in these and large businesses. [...] with trust-based companies becoming known as ‘unincorporated’ companies and corporation-based companies becoming known as ‘incorporated’ companies.“

³³ Vgl. *Jones/Moret/Storey*, 13 Del. J. Corp. L. 421, 424 f. (1988); *Morley*, 116 Colum. L. Rev. 2145, 2157 (2016); *Speier*, 43 Pepp. L. Rev. 1065, 1067 (2016); siehe auch *Chaffee*, 88 U. Cin. L. Rev. 797, 804 (2020) m.w.N.

³⁴ *Hansmann/Kraakman/Squire*, 119 Harv. L. Rev. 1333, 1379 (2006): „Parliament’s grudging policy on charters likely caused merchants to seek other entity forms suited to the financial demands of England’s commercial expansion.“; *Speier*, 43 Pepp. L. Rev. 1065, 1068: „The process of obtaining authorization from the Crown or Parliament was rigorous, and many citizens formed voluntary associations to offer shares to the public without this proper authorization.“; *Oh* (Fn. 2), S. 269.

³⁵ Vgl. *Speier*, 43 Pepp. L. Rev. 1065, 1068 (2016).

³⁶ Siehe *Chaffee*, 88 U. Cin. L. Rev. 797, 808–809 (2020).

³⁷ *Morley*, 116 Colum. L. Rev. 2145, 2157 (2016): „This process of special acts required constant lawmaking, and because it provided so much opportunity for opposition and political maneuvering, the process was difficult, expensive, and (by modern standards) corrupt.“

³⁸ Vgl. *Morley*, 116 Colum. L. Rev. 2145, 2162 (2016).

dies nicht das Ende des *trust* in England. So sorgten das *House of Lords* und die *Chancery* dafür, dass das Gesetz so ausgelegt wurde, dass sich die Zahl 20 im Kontext des *trust* auf die *trustees* bezog. Diese kreative Auslegung ermöglichte es, weiterhin *trusts* mit mehreren *beneficiaries* als Unternehmensvehikel zu wählen.³⁹

2. Der Weg des *business trust* in die USA

Seinen Weg in die Vereinigten Staaten fand der *trust* durch die dortige Anwendung des englischen *common law*. Ursprünglich erforderte die Gründung einer *corporation* jenseits des Atlantiks ebenfalls eine Genehmigung durch den Gesetzgeber des jeweiligen Bundesstaats.⁴⁰ Bis Mitte des 19. Jahrhunderts wurde dieses Verfahren jedoch durch sog. *incorporation statutes* mit Vorschriften zur freien Gesellschaftsgründung ersetzt, was zu einer Zunahme der Zahl an *corporations* in den Vereinigten Staaten führte.⁴¹ Anders als in England war hiermit aber keine Pflicht zur Wahl der *corporation* für Unternehmen verbunden, sondern lediglich die Möglichkeit dazu eröffnet.⁴²

Neben diese Wahlfreiheit trat ein im Vergleich zum englischen Recht strenges Korsett für die amerikanischen *corporations*, das den Unternehmen nur geringe Spielräume ließ.⁴³ So war es den *corporations* unter anderem verboten, Immobilien zu halten.⁴⁴ Aufgrund der fehlenden Haftungsbeschränkung war die zweite

³⁹ Siehe *Morley*, 116 Colum. L. Rev. 2145, 2162 (2016).

⁴⁰ *Chaffee*, 88 U. Cin. L. Rev. 797, 804–805 (2020): „The British government eventually transferred its power to create corporations to the colonial legislatures. Continuing British traditions, in the early days of the United States, corporations could only come into existence through bills that were passed in the colonial and early state legislatures.“

⁴¹ *Morley*, 116 Colum. L. Rev. 2145, 2163 (2016): „As in England, corporations in the United States could initially be formed only by special legislative acts passed by state legislatures. But also as in England, most American states had adopted statutes of general incorporation by the mid-nineteenth century that made incorporation available to anyone who filed the appropriate documents with a government official.“; vgl. auch *Chaffee*, 88 U. Cin. L. Rev. 797, 806 (2020).

⁴² *Silberstein-Loeb*, *The Journal of Legal History* 36 (2015), 192, 199: „The absence of prohibitions in the United States similar to those contained in the early Companies Acts left transaction planners comparatively freer to experiment with alternative forms of organization, especially with the trust.“; vgl. *Morley*, 116 Colum. L. Rev. 2145, 2163 (2016).

⁴³ *Hansmann/Kraakman/Squire*, 119 Harv. L. Rev. 1333, 1394 (2006): „These statutes imposed restrictions on the corporate form designed to compensate for the loss of the withdrawal right that attends strong entity shielding.“; *Harris/Lamoreaux*, *Contractual Flexibility within the Common Law: Organizing Private Companies in Britain and the United States*, 2016, <www.ssrn.com/abstract=2874780> (16.10.2023): „The first American statutes were highly restrictive in that they included a number of provisions limiting the size of firms and the types of businesses in which they could engage.“; siehe auch *Rutledge/Schaefer*, 48 *Trust and Estate Law Journal* 83, 87 f. (2013).

⁴⁴ *Oh* (Fn. 2), S. 269: „Decades before the Companies Acts, various American state legislatures had enacted their own general incorporation statutes; and all of these statutes prohibited

zur Wahl stehende Gesellschaftsform, die *partnership*, für viele Unternehmen keine echte Alternative. Eine solche Haftungsbeschränkung konnte der *business trust* zumindest in Aussicht stellen, wenn auch – wie sich zeigen sollte – nicht in jedem Bundesstaat garantieren.⁴⁵ Zudem gab es für ihn deutlich weniger Vorgaben, was ihn im Vergleich zur *corporation* besonders attraktiv machte.⁴⁶ Vor allem diese Flexibilität und Anpassungsfähigkeit machten den *trust* zu einer ernsthaften Alternative.⁴⁷

3. Der Massachusetts Trust

Eine erste eigene Ausformung bildete der *business trust* im Bundesstaat Massachusetts.⁴⁸ Die Beschränkungen, die das dort 1809 eingeführte *incorporation statute* für die Gründung und den Betrieb einer *corporation* setzte, waren besonders hoch⁴⁹, insbesondere untersagten sie – wie auch die Gesetze anderer Staaten – Immobiliengeschäfte, was den *trust* populär werden ließ.⁵⁰ Hinzu kam, dass

use of the corporate form for real estate, an apparent hold-over from medieval English mortmain statutes. To circumvent this prohibition, real property owners formed business trusts, which also were not subject to any of the capital limits or regulatory disclosure requirements applicable to corporations“; *Rutledge*, 40 N. Ky. L. Rev. 93, 100 (2012): „Traditionally, the statutory or business trust has been utilized as a means of avoiding substantive limitations upon the business corporation. In eras that imposed limitations upon maximum capitalization or that precluded corporate ownership of real estate, the trust format was utilized to avoid those limitations.“

⁴⁵ Vgl. *Lipton*, 1 U. Chi. L. Rev. 815 (1934).

⁴⁶ *Lipton*, 1 U. Chi. L. Rev. 815 (1934): „The business trust has been used as a device to escape partnership liability and to secure corporate advantages where there is an inability to incorporate or a desire to avoid corporate burdens.“; siehe auch *Chaffee*, 88 U. Cin. L. Rev. 797, 809 (2020): „Even after general incorporation statutes began to be enacted at the beginning of the nineteenth century, business trusts remained popular because of the restrictions that some states placed upon the corporate form.“; *Tritt/Teschner*, 97 Wash. U. L. Rev. 1, 39 (2019); siehe aus der Rechtsprechung *Linn v. Houston*, 123 Kan. 409, 412 (Kan. 1927): „A common-law trust is or may be a very convenient device for the accumulation of sufficient assets to give commercial prestige in the conduct of business, and may be more elastic and adaptable to the business undertakings and projects of its creators than a limited partnership or ordinary corporation would be. So, too, it is less handicapped with ultra vires problems and the necessity of conforming to discordant state laws governing corporations and the payment of burdensome corporation taxes.“

⁴⁷ *Isaacs*, 42 Harv. L. Rev. 1048, 1052 f. (1929): „Foremost among the advantages of trusteeship over the standardized legal devices is its flexibility.“

⁴⁸ *Oh* (Fn. 2), S. 270: „The incubator for these alternate corporate forms was Massachusetts.“; *Weissman*, 38 Chi.-Kent L. Rev. 11 (1961): „The business trust had its genesis in the Commonwealth of Massachusetts.“

⁴⁹ *Morley/Sitkoff* (Fn. 1), S. 335: „famously restrictive“.

⁵⁰ *Chaffee*, 88 U. Cin. L. Rev. 797, 810 (2020): „Because of the onerous restrictions that Massachusetts placed upon corporations, including prohibitions in dealing with real estate, business trusts became a means of escaping these restrictions.“; *Hansmann/Mattei*, 73 N.Y.U. L. Rev. 434, 474 (1998): „The initial attraction of the business trust in Massachusetts was that

es für den *trust* kein Mindest- oder Maximalkapital⁵¹ und keine jährlichen Veröffentlichungspflichten wie bei der *corporation* gab.⁵² Diesen Restriktionen konnten Unternehmensgründer auch nicht einfach dadurch aus dem Weg gehen, dass sie eine *corporation* in einem anderen Staat gründeten, denn Geschäftstätigkeit über Staatsgrenzen hinweg war in den meisten Staaten verboten und derartige Regeln wurden von den Gerichten zunächst akzeptiert.⁵³ In der Folge wurde der „Massachusetts Trust“ zum Inbegriff für den *business trust* in den Vereinigten Staaten.⁵⁴ Hierbei handelte es sich um einen *trust*, der nach *common law* ohne jegliche staatliche Beteiligung gegründet werden konnte.⁵⁵ Im ausgehenden 19. Jahrhundert fand der *business trust* in Massachusetts besonders Verwendung bei Straßenbahn-, Strom- und Gasversorgungsunternehmen.⁵⁶ Dazu gesellte sich eine beachtliche Attraktivität für Anlagegesellschaften, die sich der *trust* bis heute bewahrt hat.⁵⁷

In diesem Klima entwickelten sich – vor allem weil es für *corporations* damals verboten war, Anteile an anderen Unternehmen zu halten – auch die bekannten Monopol-Trusts wie United States Steel und Standard Oil⁵⁸. Der Erfolg dieser *trusts* führte zur Entstehung des *antitrust law* durch den Sherman Act von

it avoided arbitrary restrictions in that state's corporation laws.“; siehe auch *Bogert* (Fn. 19), § 247, S. 168; *Chermside*, 88 ALR3rd, 704, 711 (1978); *Jones/Moret/Storey*, 13 Del. J. Corp. L. 421, 426 (1988); *Weissman*, 38 Chi.-Kent L. Rev. 11 (1961); es entbehrt nicht einer gewissen Ironie, dass diese Beschränkungen im Real-Estate-Bereich vermutlich auf genau diejenigen englischen Gesetze zurückgehen, die kirchlichen Orden den Landbesitz untersagten und so die Verbreitung des Trustwesens mitbegründeten; auf diese Ursprünge verweisend auch *Silberstein-Loeb*, *The Journal of Legal History* 36 (2015), 192, 199 f.

⁵¹ Gerade der Gedanke an das Vorschreiben eines Maximalkapitals erscheint uns heute nahezu unvorstellbar; vgl. auch *Rutledge/Habbart*, 65 Bus. Law. 1055, 1057 (2010), Fn. 9: „now archaic“.

⁵² Siehe *Jones/Moret/Storey*, 13 Del. J. Corp. L. 421, 426 (1988); *Oh* (Fn. 2), S. 270; *Silberstein-Loeb*, *The Journal of Legal History* 36 (2015), 192, 201.

⁵³ *Morley*, 116 Colum. L. Rev. 2145, 2164 (2016): „Businesses could not easily escape their restrictive rules by incorporating in less restrictive states because many states used foreign corporation statutes to impose heavy restrictions on out-of-state corporations.“

⁵⁴ *Chaffee*, 88 U. Cin. L. Rev. 797, 810 (2020): „As a consequence, organizing business trusts became so popular in Massachusetts that ‘Massachusetts trust’ became synonymous with business trusts nationally.“

⁵⁵ *Chaffee*, 88 U. Cin. L. Rev. 797, 826 (2020): „Traditionally, Massachusetts trusts were common law trusts that did not require any sort of state action to organize, with statutory business trusts being created in some states much later.“

⁵⁶ Vgl. *Speier*, 43 Pepp. L. Rev. 1065, 1069 (2016).

⁵⁷ *Speier*, 43 Pepp. L. Rev. 1065, 1069 (2016): „The amount of flexibility achieved under a business trust led many investment companies to organize under the Massachusetts business trust structure.“

⁵⁸ Siehe zum Standard Oil Trust *Fleischer/Horn*, in: *Fleischer/Mock*, Große Gesellschaftsverträge aus Geschichte und Gegenwart, 2021, § 9.

1890.⁵⁹ Dies änderte an der Popularität von *business trusts* in den USA allerdings zunächst wenig.⁶⁰ Jenseits der Antitrust-Gesetze waren sie nach wie vor in vielen Branchen relevant.⁶¹ Dies zeigt sich auch anhand der großen Bandbreite an rechtswissenschaftlichen Betrachtungen in einschlägigen Law Journals in und um die 1920er Jahre.⁶² Schon damals wurde vor allem die außerordentliche Flexibilität des *business trust* als dessen größter Vorteil aufgeführt.⁶³

Jedoch verringerten sich mit der Zeit durch Urteile des Supreme Court die Einschränkungen, die für die *corporation* galten, was den *business trust* ins Hintertreffen geraten ließ.⁶⁴ So wurden die Restriktionen bezüglich der Geschäftstätigkeit in anderen Staaten als dem Gründungsstaat aufgehoben.⁶⁵ Dadurch war es nun möglich, eine *corporation* in einem Staat mit weniger restriktiven Vorgaben zu gründen und dennoch in anderen Staaten tätig zu sein.⁶⁶ Indem noch weitere Einschränkungen wegfielen, gewann die *corporation* in der Folge weiter an Flexibilität und Attraktivität.⁶⁷ Hinzu kam, dass für *business trusts*, die außerhalb ihres Gründungsstaates tätig waren, in anderen Staaten oftmals die beschränkte Haftung der *beneficiaries* nicht anerkannt wurde.⁶⁸ Im Gegenzug hierzu konnte die *corporation* nun freie Gründung und beschränkte Haftung über Staatsengrenzen hinweg bieten, was sie zur bevorzugten Rechtsform für Unternehmen werden

⁵⁹ *Chaffee*, 88 U. Cin. L. Rev. 797, 811 (2020): „The Sherman Act of 1890 is a direct response to the importance and prevalence of this business form.“; *Morley*, 116 Colum. L. Rev. 2145, 2164 (2016).

⁶⁰ *Chaffee*, 88 U. Cin. L. Rev. 797, 811 (2020).

⁶¹ *Morley*, 116 Colum. L. Rev. 2145, 2164 f. (2016).

⁶² Siehe beispielsweise *Aaron*, 12 Ill. L. Rev. 482 (1918); *Brown*, 3 Ind. L. Rev. 595 (1928); *Cook*, 9 A.B.A. J. 726 (1923); siehe für eine Auflistung von nicht weniger als 19 Beiträgen *Morley*, 116 Colum. L. Rev. 2145, 2165 f., Fn. 147 (2016).

⁶³ *Isaacs*, 42 Harv. L. Rev. 1048, 1052 (1929): „Foremost among the advantages of trusteeship over the standardized legal devices is its flexibility.“

⁶⁴ *Chaffee*, 88 U. Cin. L. Rev. 797, 811 (2020).

⁶⁵ Siehe *Western Union Telegraph Co. v. Kansas*, 216 U.S. 1, 27 (1910): „[...] a corporation of one state, authorized by its charter to engage in lawful commerce among the state, may not be prevented by another state from coming into its limits for all the legitimate purposes of such commerce.“

⁶⁶ *Chaffee*, 88 U. Cin. L. Rev. 797, 812 (2020): „[...] organizers could now incorporate in states with favorable corporate law and operate elsewhere.“

⁶⁷ *Hansmann/Kraakman/Squire*, 119 Harv. L. Rev. 1333, 1396 (2006): „The transformation of the American company form began in the late nineteenth century with an easing of the corporation’s formal rigidities, such as restrictions on the free alienability of shares. This made the form more attractive to small and closely held firms, whose rates of incorporation rose accordingly. The transformation continued during the twentieth century, by the middle of which a closely held business corporation could be structured with great flexibility.“

⁶⁸ *Rutledge/Schaefer*, 48 Trust and Estate Law Journal 83, 89 (2013) mit Verweis auf Rechtsprechungsbeispiele wie *Weber Engine Co. v. Alter*, 245 P. 143 (Kan. 1926) oder *Thompson v. Schmitt*, 274 S.W. 554 (Tex. 1925).

ließ.⁶⁹ Daher diente der *business trust* kaum noch als Organisationsform für herkömmliche Unternehmen.⁷⁰

Der sich hieran anschließende Bedeutungsverlust des *business trust* wird zu meist damit erklärt, dass er seinen Zweck als „Lückenfüller“ in dem Moment verlor, als die *corporation* nicht mehr mit einschränkenden Regelungen zu kämpfen hatte, die der *trust* umgehen konnte.⁷¹ Es sei aber angemerkt, dass nicht eindeutig geklärt ist, warum sich die *corporation* als hauptsächliche Gesellschaftsform in den USA gegen den *trust* als damals wohl stärksten Gegenspieler durchsetzen konnte. Die verbreitete These, wonach der *trust* einfach nicht mehr gebraucht wurde, ist nicht unumstritten und nicht eindeutig belegt.⁷² Ihr liegt letztendlich der Gedanke zugrunde, dass die *corporation* schlicht die überlegene Gesellschaftsform sei, was aber nicht abschließend geklärt ist.⁷³ Ob der Erfolg der *corporation* gegenüber dem des *business trust* auch *ex ante* absehbar war, oder ob hier ein Fall des *hindsight bias* vorliegt, ist von Rechts- und Geschichtswissenschaft noch stärker zu beleuchten.⁷⁴

Hinzu kommt, dass der *business trust* keinesfalls völlig von der Bildfläche verschwand. Er bediente lediglich nicht mehr derart breite Industriezweige wie zuvor. Seine Hauptanwendungsfelder blieben offene Investmentfonds⁷⁵, betriebliche Altersvorsorge⁷⁶, Real Estate Investment Trusts (sog. „REITs“) und die Verbriefung von Vermögenswerten^{77,78}. Durch die dort investierten Summen ist

⁶⁹ *Rutledge/Schaefer*, 48 *Trust and Estate Law Journal* 83, 89 f. (2013): „With limited liability across state lines available in the corporate form and the corporate form now freely available thanks to the general incorporation statutes, the corporate form became the preferred option.“

⁷⁰ *Morley/Sitkoff* (Fn. 1), S. 336: „The trust has largely disappeared from the organization of conventional business companies.“

⁷¹ *Rutledge/Habart*, 65 *Bus. Law.* 1055, 1057 (2010): „As rules constraining the corporate form began to fall, the need for the business trust as a gap filler in the menu of organizational form diminished.“; *Sitkoff*, 2005 *U. Ill. L. Rev.* 31, 45 (2005): „As corporate law’s regulatory limits fell away, so did the principal rationale for using trust rather than corporation.“

⁷² Vgl. *Sitkoff*, 2005 *U. Ill. L. Rev.* 31, 45 (2005).

⁷³ *Sitkoff*, 2005 *U. Ill. L. Rev.* 31, 45 (2005): „The defect in this account is that it assumes the superiority of the corporate form. Trust was used only because of imperfections with corporation, and once those imperfections were resolved, corporation prevailed.“

⁷⁴ So auch *Morley*, 116 *Colum. L. Rev.* 2145, 2157 (2016): „If the corporate form did not offer a unique set of doctrinal functions, then what exactly did it do? Why did business want incorporation, and why did government try to limit their access to it?“

⁷⁵ Sog. *mutual funds*; siehe hierzu *Langbein*, 107 *Yale L.J.* 165, 170 f. (1997): wonach die Hälfte dieser als *trust* organisiert sei; so auch *Hansmann/Mattei*, 73 *N.Y.U. L. Rev.* 434, 467 (1998); für diese ist der Trust besonders attraktiv, da er an die *corporation* gerichtete staatliche Governance-Vorgaben umgeht, vgl. *Morley/Sitkoff* (Fn. 1), S. 336.

⁷⁶ Sog. *pension trusts*; siehe *Langbein*, 107 *Yale L.J.* 165, 168–170 (1997); siehe auch *Hansmann/Mattei*, 73 *N.Y.U. L. Rev.* 434, 466 f. (1998).

⁷⁷ Sog. *asset securitization*; siehe *Langbein*, 107 *Yale L.J.* 165, 172 f. (1997); siehe auch *Hansmann/Mattei*, 73 *N.Y.U. L. Rev.* 434, 468 f. (1998).

⁷⁸ *Chaffee*, 88 *U. Cin. L. Rev.* 797, 812 (2020): „Although the popularity of business trusts has likely peaked, they remain an important business form today.“; *Oh* (Fn. 2), S. 268: „Yet no

die ökonomische Bedeutung des *business trust* nach wie vor nicht zu unterschätzen.

An Attraktivität verlor die *corporation* zeitweise erst wieder durch Verringerungen des Höchststeuersatzes für Private in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts. Dieser erreichte ein Niveau, welches unter dem Steuersatz für *corporations* lag. In der Folge suchten insbesondere kleinere Unternehmen nach alternativen Organisationsformen. Dies führte neben dem Aufstieg der LLC⁷⁹ unter anderem auch dazu, dass Bundesstaaten den *business trust* kodifizierten.⁸⁰ Vorreiter in dieser Unternehmung war der Bundesstaat Delaware.

IV. Entstehungsgeschichte des Delaware Business Trust Act

Um eine Kodifizierung des *business trust* erfolgreich zu machen, mussten aber die mit diesem verbundenen Rechtsunsicherheiten beseitigt werden. Mit der Wahl des aus dem *common law* stammenden *business trust* gingen und gehen für Unternehmen nämlich auch einige Nachteile einher:

So bestand die Gefahr, dass Gerichte es als Gesetzesverstoß einstufen, wenn Unternehmen als *trust* agierten und sich nicht als *corporation* registrierten, obwohl sie sich ansonsten wie eine solche verhielten.⁸¹ Wurde ein solcher Gesetzesverstoß angenommen, hatte dies zur Folge, dass die angestrebte Haftungsbeschränkung nicht griff. Zudem konnte ein *common law trust* keine eigene Rechtspersönlichkeit haben und somit auch nicht im eigenen Namen Verträge schließen. Vielmehr musste dies durch die *trustees* erfolgen.⁸² Dadurch konnte es einem *trust* auch an der Fähigkeit mangeln, vor Gericht zu klagen oder verklagt zu werden.⁸³

one doubts that trusts are the dominant form for massive employee pensions and mutual funds, as well as for a myriad of asset securitization and structured finance transactions.“; *Rutledge/Schaefer*, 48 *Trust and Estate Law Journal* 83, 90 (2013); *Rutledge/Habbart*, 65 *Bus. Law* 1055, 1057 (2010); *Schwarcz*, 58 *Bus. Law*, 559, 560 (2003).

⁷⁹ Siehe dazu in diesem Band § 1 (*Fleischer/Kolb*), S. 27.

⁸⁰ *Hansmann/Kraakman/Squire*, 119 *Harv. L. Rev.* 1333, 1396 f. (2006): „During the second half of the twentieth century, repeated cuts to the top personal income tax rate ultimately brought it well below the corporate tax rate. The result was to make incorporation of small firms much less attractive, and hence to create demand among small businesses for entity forms that provided the strong entity and owner shielding of the corporation without being taxed like one. One response was the introduction by state legislatures of new strong entity forms, such as the limited liability company (LLC) and the statutory business trust.“

⁸¹ *Frankel*, 23 *Cardozo L. Rev.* 325, 326, Fn. 4 (2001): „For example, the status of business trusts is not always clear. They are unincorporated associations that look and act like corporations, and may be considered to have violated corporate laws if they do not register as corporations.“

⁸² *Walsh/Michaels*, *Trusts & Trustees* 19 (2013), 681: „Unlike incorporated entities, common law trusts do not have independent legal personality. They cannot enter into contracts, which must instead be entered into by the trustee.“

⁸³ Vgl. *Frankel*, 23 *Cardozo L. Rev.* 325, 326, Fn. 4 (2001).

Entscheidend dürfte aber die Frage der Haftungsbeschränkung gewesen sein, die für den *business trust* mit großer Unsicherheit verbunden war. Ausgangspunkt war zunächst die Rechtslage für den gewöhnlichen privaten *common law trust*. Hier war anerkannt, dass die *beneficiaries* nicht gegenüber Dritten haftbar waren, denn sie waren nur passive Nutznießer des *trust*.⁸⁴ Für *business trusts* wurde diese rein passive Rolle aber oftmals aufgeweicht und die Rechte der *beneficiaries* denen der *shareholder* in einer *corporation* angenähert. In der Folge bestand die Gefahr, dass Regelungen, die den *beneficiaries* Einfluss auf die *trustees* gewährten, dazu führten, dass der *trust* als *partnership* angesehen wurde, was eine Haftung der *beneficiaries* als Partner zu Folge gehabt hätte.⁸⁵ Für die Beurteilung, ob eine Organisation als *trust* oder als *partnership* vorlag, wurde von Gerichten der sog. *control test* herangezogen.⁸⁶ Wo genau die Grenze zwischen Haftungsbeschränkung als *beneficiary* und Haftung als Partner verlief, war aber unklar.⁸⁷ Teilweise reichte es hierfür schon aus, dass den *beneficiaries* das Recht zustand, die *trustees* zu bestimmen.⁸⁸ Hinzu kam, dass auch die *trustees* nach *common law* vertraglich und deliktisch für die Verbindlichkeiten des *trust* einstehen muss-

⁸⁴ *Weissman*, 38 Chi.-Kent L. Rev. 11, 13 (1961): „In the ordinary trust, established for non-commercial purposes, the beneficiaries have no personal liability in tort or in contract for claims brought by third parties.“

⁸⁵ *Frankel*, 23 Cardozo L. Rev. 325, 326, Fn. 4 (2001): „Further, their beneficiaries usually require some control over the trustees and thereby risk losing limited liability and becoming personally liable for the debts as partners.“; *Hansmann/Mattei*, 73 N.Y.U. L. Rev. 434, 474 (1998): „The greatest of these uncertainties was whether business trusts could assure limited liability for their beneficiaries. The common law rule is that if the beneficiary of a trust has substantial control over the conduct of the trustee, the trustee will be considered the agent of the beneficiary, with the result that the beneficiary is personally liable for obligations incurred by the trustee in the administration of the trust. In effect, this is a veil piercing rule for trusts that – because the requisite degree of control is not well settled in the law – has uncertain scope.“

⁸⁶ Der erstmalige Gebrauch dieses Tests findet sich in *Williams v. Milton*, 215 Mass. 1, 102 N.E. 355 (1913); siehe auch *Chermside*, 88 ALR 3rd, 704, 725 (1978); *Fenton/Mazie* (Fn. 14), § 19.3; *Henn/Alexander* (Fn. 15), § 64.

⁸⁷ *Weissman*, 38 Chi.-Kent L. Rev. 11, 14 (1961): „[...] there is a large measure of disagreement as to how great the dominion reserved to the certificate holders may be before partnership liability devolves upon the beneficiaries of the trust.“; vgl. auch *Silberstein-Loeb*, *The Journal of Legal History* 36 (2015), 192, 199: „The degree of control required to impose liability on a beneficiary was, and has remained, unprincipled.“

⁸⁸ *Hansmann/Mattei*, 73 N.Y.U. L. Rev. 434, 474 (1998): „Following the logic of this rule, courts have sometimes held that even if the beneficial owners of a business trust simply have the authority to elect the trustees, they control the trust sufficiently for the entity to be classified as a partnership, with the result that the beneficiaries become personally liable for the obligations of the trust.“; u. a. mit Verweis auf *Goldwater v. Oltman*, 210 Cal. 408, 292 P. 624, 420 (Cal. 1930): „Even in those states that recognize the limitation of liability of certificate holders it is generally held that the power to elect trustees and fill any vacancies in the board gives the certificate holders such ultimate control over the trustees that the organization will be treated as a partnership and not a true trust.“

ten. Dies schmälerte die Attraktivität zusätzlich, auch wenn es Wege gab, zumindest der vertraglichen Haftung zu entgehen.⁸⁹

Insgesamt war damit eine Unsicherheit verbunden, die es für Unternehmen schwierig machte, den *business trust*, wie ihn das *common law* herausgebildet hatte, als Alternative zur *corporation* verlässlich zu nutzen.⁹⁰ So sorgten die Gerichtsentscheidungen, die eine Haftung der *beneficiaries* annahmen, in einigen Bundesstaaten dafür, dass die dortige Verbreitung des *business trust* deutlich geschmälert, wenn nicht gar „zerstört“ wurde.⁹¹

Diese mit dem *business trust* verbundenen Nachteile veranlassten den Bundesstaat Delaware im Jahr 1988 dazu, die Regeln über eine eigene Trustform zu kodifizieren. Dies geschah durch den sog. Delaware Business Trust Act (DBTA).⁹² Dieser war allerdings nicht der erste Versuch eines bundesstaatlichen Gesetzgebers, die mit dem *business trust* verbundenen Unsicherheiten zu beseitigen. Zuvor hatte es bereits Gesetzgebungswellen in mehreren Staaten gegeben.⁹³ So entschloss sich beispielsweise der Gesetzgeber von Tennessee im Jahr 1961 dazu, den *Massachusetts Trust* als offiziell zulässige Rechtsform anzuerkennen⁹⁴ und bereits 1909 wurde in Massachusetts selbst ein Business Trust Act erlassen⁹⁵. Die vorherigen Gesetzgebungsakte schrieben allerdings hauptsächlich die gesetzliche Anerkennung des *business trust* fest, der DBTA hingegen erschuf den Delaware Business Trust (DBT) als eigenständige Gesellschaftsform.

Im Gesetzgebungsverfahren des DBTA schilderte *Joseph Moran*, Vice President der Wilmington Trust Company und Chairman des Government Affairs Committee der Delaware Bankers Association, als Sachverständiger sowohl vor dem Senat als auch vor dem Repräsentantenhaus von Delaware die mit dem DBTA verfolgten Zwecke.⁹⁶ Dabei betonte er insbesondere den Wettstreit der Rechtsformen mit Massachusetts, dem zu diesem Zeitpunkt für *business trusts*

⁸⁹ Siehe zur Haftung der *trustees* des *business trust* und möglichen Umgehungsstrategien *Weissman*, 38 Chi.-Kent L. Rev. 11, 19 f. (1961).

⁹⁰ *Walsh/Michaels*, *Trusts & Trustees* 19 (2013), 681, 682: „The common law business trust has several drawbacks, and is often not a viable alternative to corporations for most purposes.“

⁹¹ *Bogert* (Fn. 19), § 247, S. 169: „And the decisions in some states to the effect that the beneficiaries of such trusts do not escape personal liability for the debts of the enterprise have also served very materially to reduce, if almost to destroy, the use of business trusts in those localities.“

⁹² 66 Del. Law c. 279.

⁹³ Siehe z. B. den Indiana Business Trust Act of 1963. Von insgesamt bis zu vier Wellen der Trustgesetzgebung, wobei der DBTA die dritte Welle einleitete, spricht *Sitkoff*, 2005 U. Ill. L. Rev. 31, 36 (2005).

⁹⁴ Vgl. *Rosenbalm*, 31 Tenn. L. Rev. 471 (1964).

⁹⁵ Vgl. *Sitkoff*, 2005 U. Ill. L. Rev. 31, 36 (2005).

⁹⁶ *Joseph Moran*, Sachverständigenzeugnis vor dem Senat Delawares zum DBTA vom 11.5.1988 und *ders.*, Sachverständigenzeugnis vor dem Repräsentantenhaus Delawares zum DBTA vom 9.6.1988; eine Kopie dieser Aufnahmen liegt dem Autor dank der freundlichen Unterstützung des *legislative librarian* von Delaware vor.

führenden Bundesstaat. Dass Delaware noch das *common law* anwende, war laut *Moran* insoweit ein Standortnachteil. Dabei macht er in seiner Aussage deutlich, dass der Gesetzesvorstoß insbesondere auf Bedürfnisse der Praxis eingehe:

„We perceive, that if this bill is passed, because the attorneys in New York, who rely on the opinion of the attorneys of Delaware, are still somewhat skeptical of common law – they wish to see everything as a matter of statute – Delaware trusts will be more acceptable, therefore the Delaware trust companies would receive more business as well as the attorneys, the accountants and financial providers.“⁹⁷

Die Beseitigung der mit der Wahl eines *business trust* verbundenen Rechtsunsicherheiten war dabei eines der wesentlichen Ziele der Gesetzgebung.⁹⁸ Der DBT sollte als Organisationsform für Unternehmen durch die Kodifikation ausdrücklich anerkannt werden.⁹⁹ Neben dieses Ziel trat ein weiteres: Der DBTA sollte ein Maximum an Vertragsfreiheit schaffen.¹⁰⁰

Über die Jahre hinweg wurde der DBTA regelmäßig ergänzt und aktualisiert. 2001 gab es eine Änderung des Namens hin zu „Delaware Statutory Trust Act“. Ziel dieser Namensanpassung war es, zu verhindern, dass ein DBT im Falle der Insolvenz als Person i. S. d. Bankruptcy Code behandelt wird.¹⁰¹ Seitdem heißen die neugegründeten *trusts* „Delaware Statutory Trust“.

⁹⁷ *Joseph Moran*, Sachverständigenzeugnis vor dem Repräsentantenhaus Delawares zum DBTA vom 9.6.1988; deutlich wird der Einfluss aus der Praxis auch bei *ders.*, Sachverständigenzeugnis vor dem Senat Delawares zum DBTA vom 11.5.1988: „We are advised by investment bankers and others, that were we to statutorily recognize business trusts we could get more of this business into the state of Delaware. And that would mean revenue for Delaware’s banks, trust companies, attorneys and alike. [...] Trusts [in Delaware so far] are organized as a common law vehicle. But investment bankers in New York prefer to see something in statute, it gives them greater comfort.“

⁹⁸ *Chaffee*, 88 U. Cin. L. Rev. 797, 826 (2020): „The real purpose of legislatures promulgating business trust statutes is to allow those organizing business trusts to opt into a predictable body of law.“; *Frankel*, 23 Cardozo L. Rev. 325, 326 (2001): „However, business trusts posed a number of potential legal uncertainties. The Delaware Business Trust Act has addressed these uncertainties.“; *Sitkoff*, 2005 U. Ill. L. Rev. 31, 33 (2005): „The statutory business trust is not only exceedingly flexible, but more importantly it resolves the problems of limited liability and spotty judicial recognition that have cast a pall over the use of the common-law business trust.“; vgl. auch *Hansmann/Mattei*, 73 N.Y.U. L. Rev. 434, 474 (1998); *Tritt/Teschner*, 88 U. Cin. L. Rev. 735, 743 (2020); *dies.*, 97 Wash. U. L. Rev. 1, 42 (2019).

⁹⁹ *Fenton/Mazie* (Fn. 14), § 19.2: „The principal purpose of the Act is to recognize expressly the statutory trust as an alternative form of business association.“

¹⁰⁰ Siehe 12 Del. C. § 3828 (b): „It is the policy of this subchapter to give maximum effect to the principle of freedom of contract and to the enforceability of governing instruments.“

¹⁰¹ So die Begründung in der Synopsis von 73 Del. Laws, c. 329: „The amendments set forth in Section 1 and Section 2 are made for the purpose of avoiding any implication that a trust formed under Chapter 38, Title 12 of the Delaware Code constitutes a ‘business trust’ within the meaning of Title 11 of the United States Code. Such amendments are not intended to result in any substantive change in Delaware law.“

Auch in den Folgejahren wurde der Act mehrmals überarbeitet, was das besondere Bemühen des Gesetzgebers zeigt, die Vorreiterstellung Delawares zu bewahren.¹⁰² Die Aktualisierungen beruhen dabei in der Regel auf Vorschlägen eines Unterausschusses der Delaware State Bar Association, der Entwicklungen und Probleme aus der Praxis aufgreift.¹⁰³

V. Rechtssicherheit und Flexibilität in den Regelungen des Delaware Statutory Trust Act

Eine überblicksartige Darstellung der Regelungen des Delaware Statutory Trust Act, 12 Del. C. §§ 3801 ff. (DSTA), vermag zu zeigen, inwieweit der Gesetzgeber von Delaware die beiden erklärten Ziele, die Beseitigung von Rechtsunsicherheiten und die Schaffung größtmöglicher Vertragsfreiheit und Flexibilität, im Gesetzestext umgesetzt hat.

1. Rechtsnatur und Gesellschaftszweck

Ein DST hat eine eigenständige Rechtspersönlichkeit. Diese ist nötig, um die beiden Hauptziele des DSTA, Haftungsbeschränkung und maximale Flexibilität, zu erreichen.¹⁰⁴ In der Folge kann ein DST in eigenem Namen Verträge schließen und Eigentum halten.¹⁰⁵ Ebenfalls kann er gemäß § 3804 (a) DSTA selbst klagen und verklagt werden, wobei die Zustellung einer Klage an einen der *trustees* ausreichend ist.¹⁰⁶

In Bezug auf den Gesellschaftszweck zeigt sich bereits das Bestreben des Gesetzgebers, dem DST ein möglichst breites Anwendungsfeld und maximale Flexibilität zu ermöglichen. Dies beginnt bereits mit der im DSTA aufgestellten Definition eines DST: „‘Statutory trust’ means an unincorporated association which: (1) Is created by a governing instrument [...] (2) Files a certificate of trust [...]“¹⁰⁷ Entscheidend ist dabei zunächst, was hier gerade nicht in die Definition eines DST aufgenommen wurde: nämlich die in anderen Bundesstaaten geltende Rege-

¹⁰² So auch die Synopsis der jüngsten gesetzgeberischen Anpassung 82 Del. Laws, c. 264: „This bill continues the practice of amending periodically the Delaware Statutory Trust Act (the ‘Act’) to keep it current and to maintain its national preeminence.“

¹⁰³ *Fenton/Mazie* (Fn. 14), § 19.1.

¹⁰⁴ *Oh* (Fn. 2), S. 271: „And, consistent with its approach to all business organizations, Delaware treats a statutory business trust as a ‘separate legal entity,’ subject to ‘maximum effect to the principle of freedom of contract.’“; *Walsh/Michaels*, *Trusts & Trustees* 19 (2013), 681, 685: „A DST has independent legal personality, which is necessary to allow for limited liability and flexible governance arrangements.“

¹⁰⁵ Vgl. *Walsh/Michaels*, *Trusts & Trustees* 19 (2013), 681, 685.

¹⁰⁶ 12 Del. C. § 3804 (a): „A statutory trust may sue and be sued, and service of process upon 1 of the trustees shall be sufficient.“

¹⁰⁷ 12 Del. C. § 3801 (i).

lung, wonach es für einen *business trust* nötig ist, einen Handel oder ein Geschäft zu betreiben oder Zertifikate bzw. Anteile auszugeben.¹⁰⁸ Stattdessen gibt es nur zwei Kernvoraussetzungen für einen DST: Er benötigt ein *governing instrument* und muss ein *certificate of trust* einreichen.¹⁰⁹

Zusätzlich betont wird die Flexibilität des DST durch folgende Aussage des Gesetzes: „A statutory trust may be organized to carry on any lawful business or activity, whether or not conducted for profit.“¹¹⁰ Der Gesetzgeber öffnet damit den *trust* für alle denkbaren Geschäftsfelder. Verbunden damit ist das Ziel, der Rechtsform zu einer möglichst breiten Nutzung zu verhelfen.¹¹¹ Die erhoffte Ausbreitung auf zusätzliche Branchen ist für den DST allerdings nicht eingetreten, worauf später noch einzugehen sein wird.¹¹²

2. Vertragsfreiheit

Getreu seinem Ziel, Vertragsfreiheit zu maximieren, gewährt der DSTA äußerst viel Gestaltungsspielraum, der sogar als „staggering degree of freedom“ bezeichnet wird.¹¹³ Dieses Ziel, maximale Flexibilität durch Vertragsfreiheit zu erreichen, wird an zahlreichen Stellen im DSTA deutlich.

So formuliert bereits § 3828 (b) DSTA programmatisch: „It is the policy of this subchapter to give maximum effect to the principle of freedom of contract and to the enforceability of governing instruments.“ Dieses Ziel teilt sich der DST mit anderen alternativen Rechtsformen aus Delaware. So finden sich in § 18 – 1101 (b) Delaware Limited Liability Company Act¹¹⁴ und in § 17-1101 (c) Delaware Revised Uniform Limited Partnership Act wortgleiche Formulierungen.

Der große Spielraum, welcher der Vertragsgestaltung beim DST zukommt, wird zudem dadurch unterstrichen, dass zahlreiche Normen des DSTA den Zusatz „except to the extent otherwise provided in the governing instrument“ ent-

¹⁰⁸ *Fenton/Mazie* (Fn. 14), § 19.2: „The Act eliminates the requirement imposed by other states that the trust to be engaged in the conduct of a trade or business or issue certificates or shares.“

¹⁰⁹ Siehe zu beidem sogleich.

¹¹⁰ 12 Del. C. § 3801 (i).

¹¹¹ *Fenton/Mazie* (Fn. 14), § 19.2: „The fact that the Act permits a broader scope of enterprise to qualify as a ‘statutory trust’ than was possible at common law is consistent with the State of Delaware’s desire to provide flexibility to businesses.“

¹¹² Vgl. *Walsh/Michaels*, *Trusts & Trustees* 19 (2013), 681, 683: „In theory, a DST’s permitted purposes include a wide range of business and commercial activities. In practice, however, DSTs have been adopted in a narrow range of non-operating activities.“; siehe dazu auch unten VI.

¹¹³ *Tritt/Teschner*, 97 Wash. U. L. Rev. 1, 43 (2019); vgl. auch *Hansmann/Mattei*, 73 N.Y.U. L. Rev. 434, 475 (1998): „[...] it is simply a facilitating statute, permitting the entity to be shaped as its organizers wish.“

¹¹⁴ Siehe dazu auch in diesem Band § 1 (*Fleischer/Kolb*), S. 27.

halten.¹¹⁵ Dies zeigt, dass der DSTA an vielen Stellen nur eine dispositive Aufangregelung bereitstellt, von der aber jederzeit abgewichen werden kann.¹¹⁶

Entscheidend für die Governance eines DST ist deshalb vor allem, was im *governing instrument* vereinbart wurde, und erst an zweiter Stelle, was der DSTA regelt. Dies macht den DST zu einer sog. „creature of contract“¹¹⁷. Dieser besondere Fokus auf die Vertragsfreiheit schlägt sich auch in der Behandlung des DST durch die Gerichte nieder, die dazu neigen, bei Fragen der Vertragsfreiheit auf Fallrecht zur LLC und LP zurückzugreifen.¹¹⁸ Bei diesen beiden Gesellschaftsformen ist die Bedeutung des jeweiligen Vertragsdokuments von den Gerichten schon ausdrücklich herausgearbeitet worden.

Teilweise unklar ist, ob dieser scheinbar grenzenlosen Gestaltungsfreiheit nicht doch Grenzen gesetzt sind. Diskutiert wird dies insbesondere in Bezug auf die treuhänderischen Pflichten der *trustees*. Während teilweise angenommen wird, insoweit biete der DSTA ein komplettes „opt-out regime“¹¹⁹, halten andere dagegen, dass ein Restbestand an Pflichten bestehe, der sich vertraglich nicht abbedingen lasse.¹²⁰

3. Gründung

Auch an den wenigen Gründungsvoraussetzungen eines DST zeigt sich die große Vertragsfreiheit, die mit dieser Rechtsform verbunden ist. Gemäß § 3801 (i) DSTA bedarf es zur Gründung lediglich eines *governing instruments* sowie der Einreichung eines *certificate of trust*. Zusätzlich sind mindestens ein *trustee* und ein *beneficial owner* – der vom DSTA für *beneficiaries* verwendete Begriff – vonnöten.

Herauszuheben ist die Regelung des § 3801 (a) DSTA, wonach ein DST bei Gründung, aber auch danach jederzeit über mindestens einen *trustee* verfügen muss, der, wenn es sich dabei um eine natürliche Person handelt, in Delaware wohnhaft sein oder ansonsten seinen Hauptgeschäftssitz innerhalb des Staates haben muss. Dieses Erfordernis dient der zusätzlichen Rechtssicherheit und soll

¹¹⁵ Siehe für eine Auflistung von Normen, die Flexibilität bei der Vertragsgestaltung bieten, auch *Fenton/Mazie* (Fn. 14), § 19.2.

¹¹⁶ Siehe dazu auch die Bewertung von *Tritt/Teschner*, 97 Wash. U. L. Rev. 1, 43 (2019): „This highlights the fundamental policies of freedom of contract and flexibility of Delaware’s business trust in that the Act emphasizes the freedom to write into or omit from the trust document almost anything.“

¹¹⁷ *Swoyer*, 2016 Bus. L. Today 1, 3 (2016): „A statutory trust is primarily a creature of contract, governed first by its respective trust agreement and secondarily by statute.“

¹¹⁸ Siehe z. B. *Grand Acquisition, LLC v. Passco Indian Springs DST*, 145 A.3d 990 (Del. Ch. 2016).

¹¹⁹ *Oh* (Fn. 2), S. 272: „Unlike other jurisdictions, Delaware features a complete opt-out regime as to whether any kind of trust-based duties of care or loyalty exist.“

¹²⁰ *Frankel*, 23 Cardozo L. Rev. 325, 332 (2001): „Eliminating all vestiges of fiduciary duties is an unlikely interpretation of an act establishing a business trust.“

die stete Anwendung des Rechts von Delaware auf den DST sicherstellen.¹²¹ Mit der Stellung als ortsansässiger *trustee* sind keine zusätzlichen Rechte oder Pflichten verbunden.¹²² In der Praxis haben sich professionelle *trustee companies* mit Sitz in Delaware herausgebildet, die die Verwaltung des *trust* übernehmen.¹²³

Der Inhalt des *certificate of trust* wird in § 3810 DSTA geregelt. Jeder *trust*, der als DST behandelt werden will, muss ein solches beim *Delaware Secretary of State* einreichen.¹²⁴ Das *certificate* zur Gründung des *trust* muss gemäß § 3811 DSTA von allen *trustees* unterzeichnet werden. Es muss nach § 3810 (a) DSTA den Namen des DST sowie den des in Delaware ansässigen *trustee* und dessen Adresse enthalten. Darüber hinaus ist nur noch das Datum der Entstehung des DST aufzunehmen, wenn diese in der Zukunft liegen soll. Ansonsten entsteht der *trust* mit Einreichung des *certificate*.

Hinter dem Begriff des *governing instrument*, das auch als *trust agreement*, *declaration of trust* oder anders bezeichnet werden kann, verbirgt sich ein schriftliches Dokument, das nur wenige Voraussetzungen erfüllen muss. Gemäß § 3801 (e) DSTA ist dies entweder das Dokument, das den DST erschafft oder dessen Leitung und die Führung seiner Geschäfte regelt. Dabei kann es jegliche weitere Regelung, wie z. B. *bylaws* enthalten, solange diese zusätzlichen Regeln nicht dem Gesetz oder dem Inhalt des *certificate of trust* widersprechen. Insgesamt entspricht das *governing instrument* mit seiner großen Flexibilität damit dem *operating agreement* der LLC.¹²⁵

Obwohl ein Hauptziel des DSTA war, die mit dem *business trust* des *common law* verbundenen Unsicherheiten zu beseitigen, schreibt er nicht die Umwandlung aller *common law trusts* in DSTs vor und verbietet auch nicht deren Neugründung. Vielmehr ist er ausdrücklich nur auf *business trusts* anwendbar, die am oder nach dem 1. Oktober 1988, dem Datum des Inkrafttretens des DSTA, gegründet werden.¹²⁶ Nach § 3820 DSTA ist es aber für *common law business*

¹²¹ *Fenton/Mazie* (Fn. 14), § 19.6: „The requirement [...] serves to ensure that there is sufficient contact with Delaware so that Delaware law will be applied in any litigation concerning a Delaware statutory trust.“; siehe zudem *Hansmann/Mattei*, 73 N.Y.U. L. Rev. 434, 475 (1998): „[...] and seeking to assure that, whenever a Delaware business trust is involved, Delaware law in this regard will be recognized by other jurisdictions as well.“

¹²² *Fenton/Mazie* (Fn. 14), § 19.6.

¹²³ *Walsh/Michaels*, *Trusts & Trustees* 19 (2013), 681, 684.

¹²⁴ 12 Del. C. § 3810 (a) (1).

¹²⁵ *Walsh/Michaels*, *Trusts & Trustees* 19 (2013), 681, 684; siehe zur LLC und ihrem *operating agreement* auch in diesem Band § 1 (*Fleischer/Kolb*), S. 27.

¹²⁶ *Fenton/Mazie* (Fn. 14), § 19.2; siehe auch 66 Del. Laws, c. 279, sec. 2, der den Anwendungsbereich des DBTA vorschreibt: „This Act shall become effective on October 1, 1988 with respect to business trusts created on or after such date. This Act shall have no effect on the validity, powers, rights or liabilities of common law business trusts created before or after October 1, 1988 or the trustees or beneficiaries thereof. Common law business trusts created before or after October 1, 1988 may elect to be governed by the provisions of this Act upon the filing of a certificate of trust. provided, however, a common law business trust created before Octo-

trusts wie für alle anderen Gesellschaftsformen möglich, sich in einen DST umzuwandeln.

4. Management

Das Grundprinzip der Vertragsfreiheit schlägt sich auch in den Regelungen über die Geschäftsführung und Vertretung des DST nieder. Bereits § 3806 (a) DSTA, der erste Absatz des mit „*Management*“ betitelten Paragraphen, beginnt in jedem seiner vier Sätze mit einem Verweis auf die Maßgeblichkeit der Regelungen des *governing agreement*. Grundsätzlich kann zur Geschäftsleitung im *trust agreement* jede Regelung getroffen werden, die nicht im Widerspruch zum DSTA steht.

Die gesetzliche Standardregelung sieht vor, dass das Management des DST von den *trustees* übernommen wird.¹²⁷ Allerdings kann z. B. festgeschrieben werden, dass Dritte zur Geschäftsführung bestellt werden.¹²⁸ Ebenfalls kann ein *trustee*, solange nichts anderes bestimmt ist, die Geschäftsführung auch an eine oder mehrere Personen delegieren.¹²⁹ Eine Pflicht zum regelmäßigen oder jährlichen Abhalten einer Versammlung aller *beneficiaries* oder ähnliches kennt der DSTA nicht. Auch hier gilt aber, dass das *governing instrument* anderes festschreiben kann.¹³⁰

5. Haftungsbeschränkung

Wie oben¹³¹ herausgearbeitet, bestand eine der zentralen Schwächen des *common law trust* darin, dass bei diesem in manchen Staaten eine Haftung der *beneficiaries* drohte, wenn diese zu viel Kontrolle über die Geschicke des *trust* ausübten. Als Reaktion darauf schreibt § 3803 (a) DSTA fest: „[...] the beneficial owners shall be entitled to the same limitation of personal liability extended to stockholders of private corporations for profit organized under the general corporation law of the State.“ Indem der DSTA für *beneficiaries* eine Haftungsbeschränkung

ber 1, 1988 shall not be governed by the provisions of this Act to the extent of any inconsistent provisions contained in its governing instrument and not thereafter modified by amendment.“

¹²⁷ 12 Del. C. § 3806 (a): „Except to the extent otherwise provided in the governing instrument of a statutory trust, the business and affairs of a statutory trust shall be managed by or under the direction of its trustees.“

¹²⁸ Vgl. 12 Del. C. § 3806 (b) (7) in Bezug auf das *governing instrument*: „May provide for the appointment, election or engagement, either as agents or independent contractors of the statutory trust or as delegates of the trustees, of officers, employees, managers or other persons who may manage the business and affairs of the statutory trust and may have such titles and such relative rights, powers and duties as the governing instrument shall provide.“

¹²⁹ Vgl. 12 Del. C. § 3806 (i): „Except to the extent otherwise provided in the governing instrument of a statutory trust, a trustee of a statutory trust has the power and authority to delegate to 1 or more other persons the trustee’s rights, powers or duties to manage and control the business and affairs of the statutory trust [...]“.

¹³⁰ *Frazier*, Bus. L. Today, December 2016, 1, 5.

¹³¹ Siehe IV.

anordnet, die derjenigen der *shareholder* in der *corporation* entspricht, wird der *control test* ausgeschlossen und Sicherheit hinsichtlich der Haftungsbeschränkung für *beneficiaries* geschaffen.¹³² Da der Einfluss der *beneficiaries* innerhalb des *trust* nunmehr für Haftungsfragen keine Rolle mehr spielt, können diese auch am Management des DST mitwirken.¹³³ § 3806 (a) DSTA lässt sogar ausdrücklich Spielraum für die Vereinbarung eines Weisungsrechts einzelner oder aller *beneficiaries* gegenüber den *trustees* bzw. dem Management des *trust*, ohne dass aus dem Weisungsrecht oder seiner Ausübung die Einordnung als *trustee* folgt.

Neben die Haftungsbeschränkung für *beneficiaries* tritt auch eine Haftungs-erleichterung für *trustees*. Nach allgemeinen Regeln des *common law* wären diese für *contracts and torts* des *trust* als dessen Prinzipale haftbar.¹³⁴ Dies wird jedoch von § 3803 (b) DSTA ausgeschlossen.¹³⁵

6. Rechte der *beneficiaries*

Die *beneficiaries* eines DST haben gemäß § 3805 (a) DSTA ein ungeteiltes wirtschaftliches Interesse am Vermögen des *statutory trust*.¹³⁶ Hieran bemisst sich auch deren Gewinn- bzw. Verlustanteil.¹³⁷ Der Anteil ist Privateigentum des jeweiligen *beneficiary*, er vermittelt aber keinen Anspruch auf bestimmte Vermögensgegenstände des *trust*.¹³⁸ Außerdem ist das Trustvermögen vor dem Zugriff der Gläubiger der *beneficiaries* geschützt.¹³⁹ Über seinen Anteil kann der *beneficiary* überdies frei verfügen.¹⁴⁰ Erneut gilt aber, dass das *governing instrument*

¹³² Fenton/Mazie (Fn. 14), § 19.3.

¹³³ Vgl. Fenton/Mazie (Fn. 14), § 19.3.

¹³⁴ Siehe Fenton/Mazie (Fn. 14), § 19.8 m. w.N.

¹³⁵ Siehe 12 Del. C. § 3803 (b): „Except to the extent otherwise provided in the governing instrument of a statutory trust, a trustee, when acting in such capacity, shall not be personally liable to any person other than the statutory trust or a beneficial owner for any act, omission or obligation of the statutory trust or any trustee thereof.“

¹³⁶ 12 Del. C. § 3805 (a): „undivided beneficial interest in the property of the statutory trust“.

¹³⁷ 12 Del. C. § 3805 (a): „[...] a beneficial owner shall have an undivided beneficial interest in the property of the statutory trust and shall share in the profits and losses of the statutory trust in the proportion (expressed as a percentage) of the entire undivided beneficial interest in the statutory trust owned by such beneficial owner.“

¹³⁸ 12 Del. C. § 3805 (c): „A beneficial owner’s beneficial interest in the statutory trust is personal property notwithstanding the nature of the property of the trust. Except to the extent otherwise provided in the governing instrument of a statutory trust, a beneficial owner has no interest in specific statutory trust property.“

¹³⁹ 12 Del. C. § 3805 (b): „No creditor of the beneficial owner shall have any right to obtain possession of, or otherwise exercise legal or equitable remedies with respect to, the property of the statutory trust.“

¹⁴⁰ 12 Del. C. § 3805 (d): „A beneficial owner’s beneficial interest in the statutory trust is freely transferable except to the extent otherwise provided in the governing instrument of the statutory trust.“

Abweichungen von diesen Regeln vorsehen kann. So kann dort beispielsweise ein Vorkaufsrecht für andere *beneficiaries* vorgesehen werden.¹⁴¹

Auch die Kontrollrechte der *beneficiaries* werden zumeist im *governing instrument* geregelt.¹⁴² Allerdings fallen diese in der Regel sehr gering aus. So haben die *beneficiaries* zumeist kaum Einfluss gegenüber den *trustees*.¹⁴³ Die dispositive Regel des § 3819 (a) DST sieht nur rudimentäre Informationsrechte der *beneficiaries* vor. Diese haben demnach Anspruch auf (1.) eine Kopie des *governing instrument* und des *certificate of trust*, (2.) eine Namens- und Adressliste aller *beneficiaries* und *trustees*, (3.) Informationen bezüglich der Geschäftsangelegenheiten des *trust* und seiner Finanzsituation, sowie (4.) jede andere Information bezüglich der Geschäfte des *trust*, die „just and reasonable“ ist.¹⁴⁴ Diese Informationsrechte schränkt § 3819 (c) DSTA allerdings ein, indem er den *trustees* ein Geheimhaltungsrecht für bestimmte Informationen gegenüber den *beneficiaries* gewährt.¹⁴⁵

7. Auflösung

Nach der gesetzlichen Grundregel in § 3808 (a) (b) DSTA besteht ein DST dauerhaft fort.¹⁴⁶ Weder Tod, Auflösung noch Insolvenz eines *beneficiary* oder *trustee* stellen einen gesetzlichen Auflösungsgrund dar. Diese Regeln gelten aber erneut nur insoweit, als das *trust agreement* nichts anderes vorsieht.¹⁴⁷ Schreibt das *trust agreement* eine Auflösung vor, so richtet sich diese nach den dort vorgesehenen Regelungen.¹⁴⁸ § 3810 (d) DSTA ordnet lediglich an, dass ein *certificate of cancellation* einzureichen ist.

¹⁴¹ Conaway, A Business Review of the Delaware Series: Good Business for the Informed (2008), Widener Law School Legal Studies Research Paper No. 08-19, abrufbar unter: <<https://ssrn.com/abstract=1097645>> (16.10.2023), S. 11.

¹⁴² Walsh/Michaels, Trusts & Trustees 19 (2013), 681, 684.

¹⁴³ Walsh/Michaels, Trusts & Trustees 19 (2013), 681, 687: „Beneficial owners lack the protections afforded by corporate structures, as they do not manage the investment property and may have little, if any, control over the trustee.“

¹⁴⁴ 12 Del. C. § 3819 (a).

¹⁴⁵ 12 Del. C. § 3819 (c): „The trustees or other persons who have authority to manage the business and affairs of the statutory trust shall have the right to keep confidential from the beneficial owners, for such period of time as such persons deem reasonable, any information that such persons reasonably believe to be in the nature of trade secrets or other information the disclosure of which such persons in good faith believe is not in the best interest of the statutory trust or could damage the statutory trust or its business or which the statutory trust is required by law or by agreement with a third party to keep confidential.“

¹⁴⁶ Siehe 12 Del. C. § 3808(a): „Except to the extent otherwise provided in the governing instrument of the statutory trust, a statutory trust shall have perpetual existence.“

¹⁴⁷ Vgl. 12 Del. C. § 3808(b): „Except to the extent otherwise provided in the governing instrument of a statutory trust, the death, incapacity, dissolution, termination or bankruptcy of a beneficial owner or a trustee shall not result in the termination or dissolution of a statutory trust.“

¹⁴⁸ Walsh/Michaels, Trusts & Trustees 19 (2013), 681, 685.

8. Steuerliche Behandlung

Wann immer ein Unternehmer vor der Wahl steht, welches Rechtsformkleid er für sein Geschäft wählen soll, spielen steuerliche Erwägungen eine Rolle. Für die steuerliche Erfassung eines *business trust* in den Vereinigten Staaten kommt es zunächst auf dessen Zweck an. Umfasst der Zweck lediglich das Schützen und Erhalten von Eigentum – was für einen *business trust* selten der Fall sein dürfte –, so wird der DST wie ein gewöhnlicher *donative trust* besteuert.¹⁴⁹ Dies hat zur Folge, dass eine Besteuerung in der Regel bei Auszahlung an die Aktionäre fällig wird. Anderes gilt nur, wenn der *trust* Einnahmen zunächst nicht weitergibt. Dann werden diese bis zur Auszahlung bei dem *trust* besteuert. Eine erneute Besteuerung fällt dann bei Auszahlung an, wobei eine Steuergutschrift zugunsten des *trust* erfolgt.¹⁵⁰

Der Großteil der *business trusts* – und mit ihnen der DSTs – wird allerdings nicht als gewöhnlicher *trust* besteuert.¹⁵¹ Sie fallen unter die sog. *Check-the-Box Regulations*.¹⁵² Diese gewähren ein Wahlrecht zwischen einer Besteuerung als *corporation* und einer solchen als *partnership*. Letztere ermöglicht eine transparente Besteuerung, was dazu führt, dass Steuern nur auf Ebene der *beneficiaries* zu zahlen sind. Der *business trust* wird daher auch als „pass-through entity“ beschrieben.¹⁵³ Bei einer Besteuerung als *corporation* werden Steuern sowohl auf Ebene des *trust* als auch bei den *beneficiaries* fällig. Einen Sonderfall bilden solche *trusts*, die öffentlich gehandelt werden: Diese sind immer als *corporation* zu besteuern.¹⁵⁴

9. Die series als Rechtsformvariante

Im Jahr 1990 wurde der DSTA – damals noch DBTA – um eine Rechtsformvariante des DST ergänzt, die *series*.¹⁵⁵ Sie ermöglicht die Aufteilung der Vermögenswerte eines DST in verschiedene Sparten, sog. *series*. In der Folge haftet für die Verbindlichkeiten einer *series* eines DST auch nur das Vermögen dieser *series*. Dies verstärkt das *asset-protection*-Potenzial des DST deutlich.¹⁵⁶ Das Vermögen

¹⁴⁹ *Tritt/Teschner*, 88 U. Cin. L. Rev. 735, 752 (2020).

¹⁵⁰ *Tritt/Teschner*, 97 Wash. U. L. Rev. 1, 44 (2019).

¹⁵¹ *Tritt/Teschner*, 97 Wash. U. L. Rev. 1, 44 (2019): „For tax purposes, business trusts are considered more of a *business* than a *trust*.“; mit Verweis auf *Morrissey v. Commissioner*, 296 U.S. 344 (1935).

¹⁵² Siehe zur Geschichte hinter diesen und ihren Vorgängern, den *Kintner Regulations*, in diesem Band § 1 (*Fleischer/Kolb*), S. 27.

¹⁵³ *Oh* (Fn. 2), S. 277; *Tritt/Teschner*, 88 U. Cin. L. Rev. 735, 752 (2020).

¹⁵⁴ *Tritt/Teschner*, 88 U. Cin. L. Rev. 735, 752 (2020): „If a business trust is publicly traded, it generally must be taxed as a corporation.“; vertiefend zur steuerlichen Behandlung des *business trust dies.*, 97 Wash. U. L. Rev. 1, 44–47 (2019).

¹⁵⁵ *Conaway* (Fn. 141), Fn. 7.

¹⁵⁶ *Walsh/Michaels*, *Trusts & Trustees* 19 (2013), 681, 685: „The use of a series within a DST can enhance its asset protection features.“

des *trust* wird so zugleich in zweierlei Richtungen abgeschirmt: Für Verbindlichkeiten der *series* haftet das restliche Trustvermögen nicht und gleichzeitig haftet das Vermögen der *series* ausschließlich für deren Verbindlichkeiten.¹⁵⁷ Voraussetzung dafür ist gemäß § 3804 (a) DSTA zum einen, dass eine separate Buchführung für jede *series* erfolgt und ihre Vermögenswerte getrennt von den restlichen des *trust* geführt werden. Zudem muss das *certificate of trust* einen Hinweis auf die Haftungsbeschränkung der *series* enthalten.

Im *governing instrument* können für jede *series* zudem eigene Regeln aufgestellt werden. So können bestimmte *trustees* mit dem Management betraut werden und auch der Gewinn- und Verlustanteil kann für die *beneficiaries* verschieden festgelegt werden.¹⁵⁸

Die Organisation eines *trust* mit einer oder mehreren *series* erfordert spezifische Kenntnisse im Recht Delawares; ortsfremde Anwälte dürften hiermit überfordert sein.¹⁵⁹ Wahrscheinlich deshalb hat sich die *series* vor allem für spezialisierte *investment trusts* als geeignet herausgestellt.¹⁶⁰ Diese können einen übergeordneten *master-trust* mit mehreren *series* als *sub-trusts* bilden und so für jeden einzelnen *sub-trust* ein unterschiedliches Investitionsobjekt wählen.¹⁶¹ Dies ermöglicht es, den *beneficiaries* innerhalb eines *trust* verschiedene Anlagearten und Strategien je nach *series* anzubieten.¹⁶²

Größere Bedeutung erlangte das Konzept der *series* ab dem Jahr 1996. Dann übertrug der Gesetzgeber von Delaware dieses auf die LLC, wo es sich großer

¹⁵⁷ Siehe 12 Del. C. § 3804(a): „[...] the debts, liabilities, obligations and expenses incurred, contracted for or otherwise existing with respect to a particular series shall be enforceable against the assets of such series only, and not against the assets of the statutory trust generally or any other series thereof, and, unless otherwise provided in the governing instrument, none of the debts, liabilities, obligations and expenses incurred, contracted for or otherwise existing with respect to the statutory trust generally or any other series thereof shall be enforceable against the assets of such series.“; siehe auch *Fenton/Mazie* (Fn. 14), § 19.11.

¹⁵⁸ *Conaway* (Fn. 141), S. 8.

¹⁵⁹ *Conaway* (Fn. 141), S. 58: „good business planning for the informed“.

¹⁶⁰ *Conaway/Tsoflias*, 2 Mich. J. Private Equity & Venture Cap. L. 97, 103 (2012): „[...] the Delaware series began its life as a signature feature in the former Delaware Business Trust Act 28 [...] where transactions generally involved mutual funds or highly financed asset securitizations. In this industry, investors found it advantageous to ‘group,’ ‘class,’ or place into ‘series’ real estate investment mortgages, real estate mortgage income investments, or similar assets that were to be used as securitization devices.“

¹⁶¹ Vgl. *Fenton/Mazie* (Fn. 14), § 19.11.

¹⁶² *Conaway/Tsoflias*, 2 Mich. J. Private Equity & Venture Cap. L. 97, 103 (2012): „As a fund manager, this organizational infrastructure is logical, efficient, and logistically convenient since a series allows the segregation of the types of income investment devices into individual series and the subsequent allocation of income from the identified investments to express individualized investment stratagem of beneficiaries, or trustees.“

Beliebtheit erfreute.¹⁶³ Zudem wurde das Modell der *series* in der Folgezeit zum Exportschlag und in neun weiteren Bundesstaaten kopiert.¹⁶⁴

VI. Rechtstatsachen – führend unter den *trusts*, aber verzweigend vor der *corporation*

Leider ist die Datenlage zur Verbreitung des DST nicht besonders ergiebig.¹⁶⁵ Die Zahlen des Internal Revenue Service (IRS), der Bundessteuerbehörde der Vereinigten Staaten, können insoweit nicht herangezogen werden, da DSTs dort nicht als eigene Kategorie geführt werden. Stattdessen werden diese je nach Ausgestaltung entweder als *corporation* oder nur zusammen mit sämtlichen anderen Formen des *trust*, auch solchen, die nicht wirtschaftlich tätig sind, aufgeführt.¹⁶⁶

Man kann aber annehmen, dass Delaware eine Führungsrolle für die Rechtsform des *business trust* zukommt. Die meisten Gründungen von wirtschaftlich tätigen *trusts* erfolgen in diesem Bundesstaat.¹⁶⁷ Äußerungen der Behörden von Delaware zur absoluten Verbreitung des DST sind allerdings nur vereinzelt zu finden: Im Jahr 2000 gab es in Delaware demnach 7.000 aktive DSTs, im Jahr 2007 waren es 20.000.¹⁶⁸ Der derzeitige Bestand von DSTs beläuft sich auf 24.141.¹⁶⁹

¹⁶³ *Conaway/Tsoflias*, 2 Mich. J. Private Equity & Venture Cap. L. 97, 104 (2012); siehe zur *series LLC* auch in diesem Band § 1 (*Fleischer/Kolb*), S. 27.

¹⁶⁴ *Conaway/Tsoflias*, 2 Mich. J. Private Equity & Venture Cap. L. 97, 102 f. (2012): „(1) the District of Columbia; (2) Illinois; (3) Iowa; (4) Nevada; (5) Oklahoma; (6) Tennessee; (7) Texas; (8) Utah; and (9) Puerto Rico.“

¹⁶⁵ Vgl. schon *Ueno*, 30 Harv. J. on Legis. 499, 514 (1993): „Unfortunately, there appear to be no statistics on how many business trusts there are in the United States and how large they are.“

¹⁶⁶ Siehe hierzu die Erklärung der IRS unter dem Stichwort „Delaware Business Trust or Alaska Business Trust“ auf <<https://perma.cc/N2M4-5GJ5>> (16.10.2023): „These ‘business trusts’ have no special distinction in the Internal Revenue Code and would be a simple, complex, or grantor trust depending on the terms of trust instrument. The regulations require that trusts operating a trade or business be treated as a corporation, partnership, or sole proprietorship, if the grantor, beneficiary or fiduciary materially participates in the operations or daily management of the business. Filing requirements would depend on this classification.“

¹⁶⁷ *Tritt/Teschner*, 88 U. Cin. L. Rev. 735, 742 (2020): „As with most organizational forms, business trusts are most commonly created under Delaware law.“; *Walsh/Michaels*, *Trusts & Trustees* 19 (2013), 681, 687: „DSTs dominate the statutory trust landscape, with the overwhelming majority formed in Delaware under the DSTA.“; vgl. auch *Speier*, 43 Pepp. L. Rev. 1065, 1075 (2016).

¹⁶⁸ *Bennett*, *Delaware Law Weekly*, 17.10.2007, die über Zahlen, die in Zusammenhang mit einem Vortrag von Robert H. Sitkoff vom Delaware Secretary of State Office genannt wurden, berichtet; für den 31.12.2007 spricht von einer Anzahl von 20.821 DSTs *Conaway*, 33 Del. J. Corp. L. 789, 801 (2008).

¹⁶⁹ Die aktuelle Anzahl der DSTs beruht auf einer Anfrage des Autors bei der Delaware Division of Corporations vom 7.4.2021.

Zusätzlich veröffentlicht die Delaware Division of Corporations seit 2008 jährlich einen Report auf ihrer Website, der Zahlen über Neugründungen von Gesellschaften in Delaware aufzählt und darin auch die neugegründeten DSTs ausweist.¹⁷⁰ Zudem werden dort auch die Reports vergangener Jahre mit Zahlen bis ins Jahr 2006 zur Verfügung gestellt.¹⁷¹ Anhand dieser Daten lässt sich die Entwicklung der Neugründungen insbesondere im Vergleich zu den Rechtsformen der LLC, *corporation* und LP/LLP aufzeigen.

Tabelle 1: DST-Neugründungen in Delaware von 2003 bis 2019

Jahr	Anzahl der DST-Neugründungen	Wachstumsrate Neugründungen (%)	Verhältnis DST-/corporation-Neugründungen	Anteil DST an allen Neugründungen (%)
2003	1722		1:19,0	1,8
2004	1913	11	1:17,6	1,7
2005 ¹⁷²	3200	67	1:10,7	2,4
2006	3868	21	1: 9,0	2,7
2007	4449	15	1: 8,0	2,7
2008	2581	-42	1:11,4	2,1
2009	1312	-49	1:19,0	1,3
2010	1263	-4	1:22,3	1,1
2011	1319	4	1:23,9	1,0
2012	1412	7	1:22,9	1,0
2013	1260	-11	1:27,2	0,8
2014	1208	-4	1:28,5	0,7
2015	1645	36	1:23,3	0,9
2016	1724	5	1:23,3	1,0
2017	1391	-19	1:29,9	0,7
2018	1762	27	1:25,4	0,8
2019	1761	0	1:25,8	0,8
Ø	1904	-2,5		

Sowohl die absoluten Bestandszahlen als auch die Zahlen der Neugründungen zeigen, dass der DST nie eine herrschende Stellung unter den Gesellschaftsformen in Delaware eingenommen hat. So hat sein Anteil an allen Neugründungen

¹⁷⁰ Abrufbar unter <<https://corp.delaware.gov/stats/>> (16.10.2023).

¹⁷¹ Abrufbar unter <<https://corp.delaware.gov/archived-annual-reports/>> (16.10.2023).

¹⁷² Die Website der Division of Corporations hält nur Zahlen bis ins Jahr 2006 vor. Durch Online-Recherche lässt sich aber der Annual Report 2005 auffinden, der Zahlen für 2003, 2004 und 2005 bereithält. Dieser ist auch unter <<https://perma.cc/4ESX-SBJ6>> (16.10.2023) einsehbar.

in Delaware im Betrachtungszeitraum zu keiner Zeit 3 % überschritten. Die absoluten Zahlen zeigen einen deutlichen Anstieg an DSTs von 2000 bis 2007. Der Bestand ist in dieser Zeit um 13.000 angestiegen, was einem Wachstum von 186 % innerhalb von sieben Jahren entspricht. Dies wird auch durch die Zahlen der Neugründungen unterstrichen, die ihren Höchststand im Jahr 2007 erreichten.

In der Folgezeit kam es zu deutlichen Einbrüchen in den Zuwächsen. Auch wenn die absoluten Zahlen der Neugründungen in den letzten Jahren wieder leicht angestiegen sind, stagniert der Anteil von DSTs an den Neugründungen bei etwa 1 %. Diese Entwicklung zeigt sich auch in den Zahlen der bestehenden DSTs: In den Jahren seit der Bestandszahl von 20.000 im Jahr 2007 sind bis heute nur etwa 4.000 DSTs hinzugekommen. Dies entspricht einer Wachstumsrate von 20,1 % innerhalb von 13 Jahren.

Grund für den Einbruch in dieser Entwicklung mag die weltweite Finanzkrise im Jahr 2008 und der Folgezeit gewesen sein. Da DSTs vor allem in der Finanzbranche verwendet werden, schlägt sich eine negative Entwicklung auf den Finanzmärkten hier unmittelbar nieder. Dies erklärt allerdings nicht, warum es nach der Finanzkrise nicht wieder zu einem erheblichen Anstieg der DST-Gründungen gekommen ist.

Die Werte machen deutlich, dass der DST weit davon entfernt ist, die führende Gesellschaftsform in Delaware zu sein. In den Neugründungszahlen liegt er stets nicht nur deutlich hinter der *corporation*¹⁷³, sondern auch hinter der LLC¹⁷⁴ und LP/LLP¹⁷⁵. Der DST wird zudem nicht breitflächig in allen Bereichen des Wirtschaftslebens genutzt, vielmehr führt er ein Nischendasein. Besondere Verbreitung findet er in der Investmentfondsbranche und als sog. *special purpose vehicle*.¹⁷⁶ Hinzu kommen Anwendungsbereiche bei *asset backed securities*. So gut wie keine Verwendung findet der DST dagegen bei Handels- und Produktionsunternehmen,¹⁷⁷ obwohl die gebotene Vertragsfreiheit nach der Intention des Gesetzgebers gerade auch diese anziehen sollte.¹⁷⁸ Der DST ist daher im Wesentlichen in denjenigen Geschäftsfeldern verbreitet, in denen auch der herkömmliche *business trust* zuhause ist.

¹⁷³ Siehe obige Tabelle.

¹⁷⁴ Für 2019 verzeichnet der Annual Report 165.910 LLC-Neugründungen.

¹⁷⁵ Für 2019 verzeichnet der Annual Report 13.513 LP-/LLC-Neugründungen.

¹⁷⁶ *Walsh/Michaels*, *Trusts & Trustees* 19 (2013), 681, 683.

¹⁷⁷ *Hansmann/Mattei*, 73 *N.Y.U. L. Rev.* 434, 476 (1998): „The business trust form, with or without the addition (via governing instrument) of the standard attributes of business corporations, apparently is not used at present to organize ‘operating’ firms – that is firms engaged in manufacturing or other industries that involve the production or distribution of complex goods and services.“; *Walsh/Michaels*, *Trusts & Trustees* 19 (2013), 681, 683: „For all their flexibility, DSTs are infrequently used as operating business entities.“

¹⁷⁸ *Frankel*, 23 *Cardozo L. Rev.* 325, 326 (2001): „Moreover, the Act explicitly invites commercial and manufacturing enterprises (‘C&M Enterprises’) to take advantage of this marvelous contract-like organizational form.“

VII. Gemischte Gefühle – Bewertung des Erfolgs der Gesetzgebung

Eine Einordnung des DSTA als Erfolg oder Misserfolg fällt gemischt aus. Zum einen kann es durchaus als Errungenschaft gewertet werden, dass der DST die Trustneugründungen in den USA dominiert. Das Ziel, Massachusetts als führenden Bundesstaat für *business trusts* zu verdrängen, wurde folglich erreicht. Dadurch ist es Delaware gelungen, seine Vorreiterstellung für Rechtsformen in den USA weiter zu zementieren. Insbesondere die große Flexibilität des DST wird immer wieder als Trumpf gepriesen.¹⁷⁹ Folglich sehen manche die Rechtsform sogar als „final step in the historical evolution of commercial entities“¹⁸⁰. Allerdings fallen die Zielgruppe, die der Gesetzgeber für die Trustform vorgesehen hat, und deren tatsächliche Nutzer stark auseinander. Dies mag auf den ersten Blick wegen der umfassenden Flexibilität des DSTA für Unternehmen überraschen.¹⁸¹ Insbesondere aufgrund der mangelnden Nutzung des DST durch produzierende Unternehmen bewerten manche die Rechtsformneuschöpfung gar als „failure“¹⁸². Die unterschiedliche Bewertung des DSTA knüpft zunächst daran an, ob ein DST aufgrund seiner Flexibilität tatsächlich in der Lage ist, eine *corporation* bzw. andere Rechtsformen für Unternehmen eins zu eins zu ersetzen.

I. Austauschbarkeit von DST und corporation

In der US-amerikanischen Rechtswissenschaft besteht über die Annahme der Austauschbarkeit Uneinigkeit. Letztlich ist die Diskussion mit der Frage verwandt, warum sich im Wettstreit der Gesellschaftsformen zwischen *business trust* und *corporation* im 20. Jahrhundert die letztgenannte durchsetzen konnte.¹⁸³

Teilweise wird bereits für den herkömmlichen *business trust*, wie ihn das *common law* hervorgebracht hat, angenommen, dass dieser alle Vorteile der *corporation* – insbesondere „entity shielding, capital lock-in, limited liability, legal

¹⁷⁹ Vgl. Ho, *Journal of International Business and Law* 11 (2012), 311, 312: „If one were to summarize the key advantage of the Act in one word, it would be flexibility.“; *Tritt/Teschner*, 88 U. Cin. L. Rev. 735, 743 (2020): „That flexibility is likely the greatest advantage that business trusts offer over other forms of association.“

¹⁸⁰ *Hansmann/Kraakman/Squire*, 119 Harv. L. Rev. 1333, 1397 (2006): „The business trust effectively represents the minimum required of law in creating a strong entity – asset partitioning and, in particular, strong entity shielding – and leaves the rest to be determined by contract. The business trust can thus be seen as the final step in the historical evolution of commercial entities.“

¹⁸¹ *Frankel*, 23 *Cardozo L. Rev.* 325, 327 (2001) stellt sich diese Frage ebenfalls: „Why has the Delaware Act failed to become the new modern corporate law? Why does this Act fail to open the new era of flexible organizations?“

¹⁸² Siehe den Untertitel von *Frankel*, 23 *Cardozo L. Rev.* 325 (2001): „Failure as the New Corporate Law“.

¹⁸³ Siehe dazu oben III. 3.

personhood in litigation, and fiduciary powers and duties“¹⁸⁴ – erreichen könne.¹⁸⁵ Andere Stimmen nehmen diese Austauschbarkeit erst recht für den DST an. Sie gehen davon aus, dass die Flexibilität des DST es zulasse, diesen zumindest theoretisch anstatt einer *corporation* – oder auch jeder anderen denkbaren Rechtsform – einzusetzen.¹⁸⁶

Teilweise wird aber die geringe Zahl von DSTs und *trusts* im produzierenden Gewerbe vor allem damit begründet, dass das Gerüst eines *trust* für solche Unternehmen schlichtweg unpassend sei und auch die Kodifizierung des dazugehörigen Rechts trotz aller Vertragsfreiheit nichts daran zu ändern vermöge.¹⁸⁷ So gebe der DSTA zwar große Freiheiten für die Organisation des *trust*, in letzter Konsequenz bleibe er aber in seinem Wesen ein *trust*.¹⁸⁸ Dies sei von der *corporation* fundamental verschieden.¹⁸⁹

Auch wenn es im Detail Uneinigkeit darüber geben mag, ob eine theoretische Eins-zu-eins-Austauschbarkeit von *corporation* und DST gegeben ist, so ändert dies nichts daran, dass es dem DST tatsächlich nicht gelungen ist, produzierende Unternehmen anzulocken. Durch seine große Flexibilität wäre dies eigentlich zu erwarten gewesen. Zu klären bleibt daher, warum dies bisher nicht in größerem Ausmaß geschehen ist.

2. Erklärungsversuche für die geringe Verbreitung

Auf die Frage nach den Ursachen für die nur nischenhafte Verbreitung des DST gibt es letztlich keine klare Antwort. In der Regel lässt ein derart komplexer Pro-

¹⁸⁴ *Morley*, 116 Colum. L. Rev. 2145, 2167 (2016).

¹⁸⁵ *Morley*, 116 Colum. L. Rev. 2145, 2166 (2016): „Every aspect of the corporate form’s success also existed in the trust.“

¹⁸⁶ *Hansmann/Mattei*, 73 N.Y.U. L. Rev. 434, 475 f. (1998): „The result is that the Delaware business trust statute is effectively a generic corporation statute. [...] Clearly it is possible, under the statute, to organize an entity with all the attributes of a standard business corporation [...] Indeed, it would also seem possible to organize a business trust with all the basic attributes of a cooperative corporation, limited liability company or, arguably, even a nonprofit corporation.“

¹⁸⁷ *Frankel*, 23 Cardozo L. Rev. 325, 328 (2001): „The Delaware Act has been interpreted by the business and legal communities to allow some relaxation of trust law, but not to substitute for it. Business trusts with some relaxation, must be organized in trust form and be subject to trust principles. [...] the form and substance of trust law are not suitable for C&M Enterprises. Therefore, the legal risks and the costs of adopting a business trust under the Act are likely to outweigh the benefits. This conclusion is based in part on a fundamental distinction between legal organizational models – corporation laws, on the one hand, and trust laws, on the other hand.“

¹⁸⁸ Siehe hierzu auch die Zwischenüberschrift und den folgenden Text bei *Frankel*, 23 Cardozo L. Rev. 325, 331 f. (2001): „Notwithstanding its permissive approach, the Delaware Business Trust Act requires adherence to trust form and substance.“

¹⁸⁹ *Frankel*, 23 Cardozo L. Rev. 325, 346 (2001): „Business trusts are not corporations. [...] Trust law is neither corporate law nor contract law, and its form and substance are not suitable for C&M Enterprises.“

zess wie die Rechtsformwahl keine monokausale Erklärung zu. Hinzu kommt, dass Unternehmen die Gründe für die Wahl ihres Rechtskleides in aller Regel nicht öffentlich machen. Allerdings können mehrere Gedankenstränge entwickelt werden, die die eher geringe Verbreitung des DST begünstigt haben könnten. Im Wesentlichen sind hier zum einen Beharrungskräfte des Rechtsformenmarktes zu nennen und zum anderen die Frage, ob das große Maß an Flexibilität, das der DST seinen Rechtsanwendern bietet, für Unternehmen überhaupt wünschenswert ist.

a) *Trägheit des Rechtsformenmarktes*

Die Branchen, in denen DSTs besonders verbreitet sind, entsprechen jenen, in denen bereits der herkömmliche *business trust* Verwendung fand. Neue Geschäftsfelder konnten durch den DSTA trotz dessen großer Flexibilität nicht erschlossen werden. Hierfür gibt es mehrere denkbare Erklärungen, die allesamt Teil einer gewissen Trägheit der Rechtsanwender sind.¹⁹⁰

Grund hierfür kann zunächst sein, dass sich der DST in dem ohnehin schon heftigen Kampf der Rechtsformen in Delaware selbst sowie in den anderen Bundesstaaten behaupten muss. Dieser Wettstreit sorgt dafür, dass die vermeintlichen Schwachstellen anderer Rechtsformen in der Regel schnell in einem jener Bundesstaaten behoben werden, der sich einen Vorteil davon verspricht, wenn er die Bedürfnisse von Unternehmen erfüllt. Folglich müsste eine neu kodifizierte Rechtsform wie der DST schon erhebliche Vorteile gegenüber anderen Rechtsformen bieten, um für breite Teile der Unternehmenslandschaft attraktiv zu sein.¹⁹¹ Anders als beispielsweise die LLC konnte der DST zudem nicht für sich in Anspruch nehmen, seinen Anwendern einen deutlichen steuerlichen Vorteil zu bieten. Zwar profitiert er ebenfalls von den *Check-the-Box-Regulations*. Diese waren aber bereits für andere Rechtsformen wie die LLC verfügbar, sodass insoweit keine neuen Vorteile geschaffen wurden, sondern der DST nur das bereits bestehende System steuerlicher Regelungen anwendet.¹⁹²

Diese fehlenden Anreize zur Nutzung des DST werden dadurch verstärkt, dass der *trust* selbst unter Unternehmern und Anwälten eine recht unbekannte Rechts-

¹⁹⁰ *Hansmann/Mattei*, 73 N.Y.U. L. Rev. 434, 476 (1998): „mild form of inertia“.

¹⁹¹ *Frankel*, 23 *Cardozo L. Rev.* 325, 337 f. (2001): „C&M Enterprises do not use the Delaware Business Trust Act because there are sufficient known legal forms of organizations that meet their needs: corporations, partnerships, limited partnerships, and limited liability companies. These models are governed by state laws, and there are states that meet the changing needs of such enterprises by amending their laws. Therefore, a novel organizational form, especially a form that poses uncertainties and has not been used before for C&M Enterprises, must offer significant benefits over the existing available forms or remedy serious flaws in available forms.“

¹⁹² *Frankel*, 23 *Cardozo L. Rev.* 325, 343 f. (2001): „The Delaware Act does not offer tax relief or advantages. [...] under the Tax Code investment companies, banks, and insurance companies are afforded passthrough tax treatment. C&M Enterprises that organize as partnerships, limited partnerships or some types of limited liability companies benefit from pass-through tax treatment, subject to certain conditions. The Delaware Act does not relieve business trusts from the conditions.“

form ist.¹⁹³ Insoweit hat er als derzeit wenig verbreitetes Rechtskleid mit einem *status quo bias* zu kämpfen.¹⁹⁴ Besonders stark trifft dies für international tätige Unternehmen zu. Denn die Rechtsform des *trust* ist insbesondere in Ländern, die zum Rechtskreis des *civil law* gehören, weitestgehend unbekannt, was dessen Attraktivität zusätzlich schmälert.¹⁹⁵ Zudem hängt ihm aus seiner Geschichte noch der Makel an, wonach Zweck des *trust* in erster Linie die Umgehung der Form der *corporation* sei. Diese Konnotation wird dadurch, dass das Kartellrecht der Vereinigten Staaten *antitrust law* heißt, zusätzlich verstärkt. Man könnte insoweit davon sprechen, dass der *trust* ein Imageproblem hat.¹⁹⁶

Schließlich dürfte ein entscheidender Punkt in Netzwerkeffekten zugunsten der *corporation* liegen. Da sich diese als die am meisten verbreitete Rechtsform für Unternehmen in den Vereinigten Staaten herausgebildet hat, profitiert sie auf mehreren Ebenen: angefangen bei der Ausarbeitung der Verträge, die bei einem bestehenden Normkorsett und verbreiteten Standardklauseln leichter fällt als beim flexiblen und regelungsbedürftigen *trust*, über Reputationsvorteile bei Geschäftspartnern und Kunden bis hin zu mehr Rechtssicherheit im Streitfall aufgrund bestehender Präzedenzfälle.¹⁹⁷ Hinzu kommen mögliche Bedenken von Investoren, für welche die Governance-Mechanismen der *corporation* einen größeren Schutz vor Missmanagement, wie Empirebuilding oder schwacher Ausgabenkontrolle seitens der Unternehmensleitung, bieten, als dies beim DST der Fall ist.¹⁹⁸ Vorbehalte dieser Art werden durch die zumeist stark eingeschränkten Kontrollmöglichkeiten der *beneficiaries* noch verstärkt.¹⁹⁹

b) Flexibilität als zweischneidiges Schwert

Daneben lässt sich die spannende – aber hier leider nicht abschließend zu beantwortende – Frage aufwerfen, ob der Gesetzgeber eher ins Detail ausformulierte Regeln für seine Rechtsformen anbieten oder die konkrete Ausgestaltung durch

¹⁹³ Siehe die Aussage zum *business trust* generell bei Henn/Alexander (Fn. 15), § 60: „A business trust is an unattractive investment in that it is not a very familiar form of business to most people.“; Walsh/Michaels, Trusts & Trustees 19 (2013), 681, 683: „The uncertainty and unfamiliarity surrounding these unincorporated business organizations may hinder their expanded use as a corporate entity alternative.“

¹⁹⁴ Sitkoff, 2005 U. Ill. L. Rev. 31, 46 (2005): „Still, it is possible that the Delaware-style statutory business trust offers advantages that in practice are being eschewed as a result of the related phenomena of network externalities and status quo bias.“

¹⁹⁵ Siehe Frankel, 23 Cardozo L. Rev. 325, 344 (2001).

¹⁹⁶ Siehe auch Crawford, 76 Wash. & Lee L. Rev. Online 74, 80 (2019), die feststellt: „Trusts are legal instruments that meet the needs of those who proclaim, ‘I don’t like or trust the system, so let’s figure a way around the rules.’“

¹⁹⁷ Vgl. hierzu auch Hansmann/Mattei, 73 N.Y.U. L. Rev. 434, 476 (1998).

¹⁹⁸ Hansmann/Mattei, 73 N.Y.U. L. Rev. 434, 477 (1998).

¹⁹⁹ Henn/Alexander (Fn. 15), § 60: „The business trust is unattractive to some investors because [...] their lack of control over the affairs of the business.“; Walsh/Michaels, Trusts & Trustees 19 (2013), 681, 687: „little, if any, control over the trustee“.

eine flexible Normsetzung dem einzelnen Rechtsanwender überlassen sollte.²⁰⁰ So könnte der DST durch Anpassung des *governing instrument* potenziell anstelle jeder anderen Gesellschaftsform angewendet werden.²⁰¹ Wenn dies für den Rechtsanwender tatsächlich attraktiv sein sollte, stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber überhaupt noch mehr als ein einziges, äußerst flexibles Gesellschaftsgerüst anbieten sollte.²⁰² Insoweit könnte der DST ein Vorbild für eine *one-size-fits-all*-Lösung sein.²⁰³

Aus der – zugegebenermaßen anekdotischen – Evidenz des DST ließe sich insoweit allerdings folgern, dass Flexibilität ein zweiseitiges Schwert ist. Denn sie geht auch immer mit einem erhöhten Aufwand im Rahmen der Vertragsgestaltung einher. Als Nachteil des DST gegenüber der *corporation* wird so auch angeführt, dass letztere eine Standardform für die Organisation des Unternehmens anbiete und daher nicht jede Einzelfrage zum Gegenstand der Vertragsgestaltung gemacht werden müsse.²⁰⁴ Die *one-size*-Lösung hat daher unter Umständen auch den Nachteil, dass sie ohne eine umfassende und qualitativ hochwertige Vertragsgestaltung gerade niemandem richtig passt.²⁰⁵ Daher dürfte das Beispiel des DST dafür sprechen, dass das hergebrachte vom Gesetzgeber zur Verfügung gestellte

²⁰⁰ So auch *Hansmann/Mattei*, 73 N.Y.U. L. Rev. 434, 476 (1998): „Whether law has an important advantage over private contracting in supplying more than these basic elements is a difficult question.“

²⁰¹ *Hansmann/Kraakmann/Squire*, 2005 U. Ill. L. Rev. 5, 14 (2005): „In theory, any entity that can be formed as a business corporation, an LLC, an LLP, or an LLLP could be fashioned instead as a statutory business trust, simply by specifying the necessary structure in the trust’s governing instrument.“

²⁰² *Hansmann/Kraakmann/Squire*, 2005 U. Ill. L. Rev. 5, 14 (2005): „How many different corporate-type forms are required for the sake of efficiency, and how these forms are best structured, are questions that remain subject to debate and experimentation.“

²⁰³ Diesen Gedanken in Fragenform aufwerfend auch *Hansmann/Mattei*, 73 N.Y.U. L. Rev. 434, 476 (1998): „Why then is there any need for separate statutes providing for business corporations – or, for that matter, cooperative corporations, nonprofit corporations, or limited liability companies?“

²⁰⁴ *Hansmann/Mattei*, 73 N.Y.U. L. Rev. 434, 476 (1998): „There are a number of reasons why these more specific standard forms might serve a useful purpose. These include: reducing the burden of drafting; reducing information costs for various actors – lawyers, judges, and businesspeople – by inducing them to use the same form; making it easier for actors to bond themselves credibly to certain structures or forms of conduct; and facilitating an accretion of clarifying legal precedent.“; *Levmore*, 2005 U. Ill. L. Rev. 195, 196 f. (2005): „The default rules for corporations may often be more mandatory than default in character, but they provide predictability, or at least a kind of mainstream solidity, that can be attractive to investors.“

²⁰⁵ Nur vermutend daher auch *Hansmann/Mattei*, 73 N.Y.U. L. Rev. 434, 477 (1998): „It may be that operating firms continue to be organized overwhelmingly under business corporation statutes simply through a mild form of inertia, and that if those statutes were repealed there would be a switch to the trust form with relatively little cost. Or it could be that the advantages of having a legally provided standard form, as opposed to one that is contractually provided, are quite important here, and that a generic limited liability form such as the business trust could never substitute adequately for more specialized forms such as the business corporation.“

Rechtsformentableau gegenüber einer Einheitslösung zumindest derzeit noch seine Berechtigung hat.²⁰⁶

3. Vorbildfunktion des Delaware Statutory Trust Act

Trotz der insgesamt geringen Verbreitung von DSTs kann der DSTA für sich als Erfolg beanspruchen, dass von ihm eine Vorbildwirkung ausgeht. Die Gesetzgebung in Delaware zum DST wurde in einigen anderen Bundesstaaten kopiert, die ihre eigene Form des *statutory business trust* kodifiziert haben. Zwar hatten im Jahr 2005 insgesamt 29 Bundesstaaten einen eigenen „Business Trust Act“.²⁰⁷ Die meisten davon gehören allerdings zu früheren Generationen der Trustgesetzgebung, wie derjenigen aus Massachusetts von 1909 oder Tennessee von 1961. Einen *statutory business trust* nach dem Vorbild Delawares haben bisher sieben Bundesstaaten eingeführt.²⁰⁸

Im Jahr 2009 schlug die National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL) zudem den sog. Uniform Statutory Trust Entity Act (USTEA) vor.²⁰⁹ Dieser wurde vom DSTA maßgeblich beeinflusst.²¹⁰ Wie die Gesetzgebung in Delaware, so legt auch der USTEA großen Wert auf das Prinzip der Vertragsfreiheit.²¹¹

Mit dem USTEA ist zudem die Hoffnung verbunden, dass eine Vereinheitlichung der Gesetze der unterschiedlichen Staaten eine verbreitete Nutzung von *business trusts* hervorrufen wird.²¹² Hiervon könnte auch der DST profitieren. Allerdings wurden die Regelungen des USTEA bisher erst in Kentucky²¹³ und

²⁰⁶ Vgl. *Hansmann/Kraakmann/Squire*, 2005 U. Ill. L. Rev. 5, 14 (2005): „If the more restricted forms continue to serve a purpose, it is perhaps that they permit types of signaling and bonding that the business trust cannot provide. Alternatively, the various alternative forms may have the virtue of offering specialized sets of default rules that are suitable to different types of firms and that, if put instead in a firm’s governing instrument, might prove either too flexible or too rigid.“

²⁰⁷ *Sitkoff*, 2005 U. Ill. L. Rev. 31, 36 (2005).

²⁰⁸ Connecticut, Nevada, Wyoming, New Hampshire, South Dakota, Virginia, Maryland laut Preliminary Report. Uniform Statutory Trust Act, 2005.

²⁰⁹ Siehe vertiefend zum USTEA *Rutledge/Habbart*, 65 Bus. Law. 1055 (2010).

²¹⁰ *Walsh/Michaels*, *Trusts & Trustees* 19 (2013), 681, 686: „This model statutory business trust act for other states is heavily influenced by the DSTA.“; *Rutledge/Habbart*, 65 Bus. Law. 1055, 1056 (2010).

²¹¹ *Walsh/Michaels*, *Trusts & Trustees* 19 (2013), 681, 686: „The USTEA preserves freedom of contract as an underlying principle for statutory business trusts in other states.“

²¹² *Rutledge/Schaefer*, 48 *Trust and Estate Law Journal* 83, 93 (2013): „The drafters also anticipated that USTA would set the stage for broader use of the business trust in commercial endeavors by providing clear rules regarding, for example, the limited liability of both the trustee and beneficial owner.“

²¹³ Siehe vertiefend zum Kentucky Uniform Statutory Trust Act *Rutledge*, 40 N. Ky. L. Rev. 93 (2013).

dem District of Columbia umgesetzt.²¹⁴ Die Modellgesetzgebung hat daher, wie auch bei der LLC,²¹⁵ nur wenig praktische Relevanz entwickelt.

Die Kodifikation der Regeln über einen *business trust* hat auch international Nachahmer gefunden. So hat Singapur im Jahr 2004 den Singapur Business Trust Act erlassen.²¹⁶ Anders als in den Vereinigten Staaten, wo der *business trust* durch das *common law* bereits jahrhundertlang bekannt war, ist dieser für Singapur eine gänzlich neue Rechtsform.²¹⁷

4. Unklare Zukunftsaussichten

Ob der DST in Zukunft eine größere Rolle unter den Rechtsformen einnehmen wird oder sein Nischendasein beibehält, ist unklar. Während manche Autoren skeptisch sind, dass er sich jemals unter produzierenden Unternehmen verbreiten wird,²¹⁸ ist aber nicht auszuschließen, dass diese die große Flexibilität des DSTA für sich entdecken.²¹⁹ Insoweit lohnt vor allem die Entwicklung um den USTEPA und die internationale Verbreitung von Gesetzgebung zu *business trusts* der genauen Beobachtung. Neuerdings wird im *business trust*, insbesondere in seiner Ausformung als DST, aufgrund seiner großen Flexibilität zudem eine geeignete Rechtsform für solche Unternehmen gesehen, die sich in besonderem Maße an CSR-Zielen ausrichten wollen.²²⁰ Auch hier darf man gespannt verfolgen, ob dies dem DST zu einer weiteren Verbreitung verhilft.

VIII. Schluss – Auf dem Laufsteg gefeiert, aber (noch) nicht bei der breiten Masse

Die Geschichte des DST – wie auch die Geschichte des *business trust* generell – ist vom Wettstreit mit anderen Gesellschaftsformen – insbesondere der *corpo-*

²¹⁴ Siehe auch die „Enactment Map“ auf der Website der Uniform Law Commission unter <<https://perma.cc/NZ7S-LVSH>> (16.10.2023); siehe ebenfalls *Tritt/Teschner*, 88 U. Cin. L. Rev. 735, 745 (2020), Fn. 79.

²¹⁵ Siehe in diesem Band § 1 (*Fleischer/Kolb*), S. 27.

²¹⁶ Siehe dazu in diesem Band § 10 (*Kolb*), S. 345.

²¹⁷ Siehe vergleichend zum *business trust* in den Vereinigten Staaten und Singapur *Tritt/Teschner*, 88 U. Cin. L. Rev. 735 (2020).

²¹⁸ *Frankel*, 23 *Cardozo L. Rev.* 325, 346 (2001): „To C&M Enterprises the Delaware Business Trust Act promised more than it delivered. Enterprises have not used business trusts and are unlikely to use them in the future.“

²¹⁹ *Walsh/Michaels*, *Trusts & Trustees* 19 (2013), 681, 687: „[...] statutory trusts may gain a foothold as a more popular alternative to traditional entity types.“

²²⁰ *Tritt/Teschner*, 88 U. Cin. L. Rev. 735, 765 (2020): „This Article demonstrates the relative ease and flexibility with which a business trust is formed and managed, particularly in the United States. Such advantageous characteristics have the potential to send the use of business trusts upward, especially in a time of non-traditional business ideas such as sustainability and Corporate Social Responsibility.“; *dies.*, 97 *Wash. U. L. Rev.* 1, (2019).

ration – geprägt. Als Vehikel für Unternehmen fand der *trust* vor allem deshalb Verbreitung, weil dadurch die mit der *corporation* verbundenen Restriktionen umgangen werden konnten. In der Folge lieferten sich beide Formen ein Rennen, das die *corporation* letztendlich für sich entschied, wobei dem *trust* ein Nischendasein unter den Gesellschaftsformen blieb.

Durch den DSTA konnte der Gesetzgeber des Bundesstaates Delaware vor allem die mit dem *business trust* verbundenen Rechtsunsicherheiten beseitigen. Zusätzlich legte er Wert darauf, ein möglichst großes Maß an Vertragsfreiheit zu gewährleisten. Dadurch ist mit dem DST eine Rechtsform entstanden, die theoretisch jede andere Rechtsform durch entsprechende Vertragsgestaltung ersetzen könnte.

Delaware ist es durch die Kodifizierung zudem gelungen, der führende Bundesstaat für *business trusts* zu werden. Seine Gesetzgebung wurde von mehreren Bundesstaaten und auch vom USTEA kopiert. Während das neue Rechtskleid des DST sozusagen auf dem Laufsteg bestaunt und für seine große Flexibilität gefeiert wurde, konnte es sich bei der breiten Masse allerdings bisher nicht durchsetzen. Denn der DST deckt im Wesentlichen die gleichen Wirtschaftsfelder ab wie der *business trust* zuvor; neue konnte er nicht erschließen. Die Gründe für dieses Nischendasein, insbesondere im Vergleich zur *corporation*, stehen noch nicht abschließend fest. Allerdings ist die wirtschaftliche Bedeutung des DST trotz seines begrenzten Anwendungsfeldes nicht zu unterschätzen. Zugleich kann eine Entwicklung hin zu einer größeren Verbreitung nicht ausgeschlossen werden.

Der DST wird jedenfalls zumindest in rechtspolitischen Diskussionen auch in Zukunft ein spannendes Beispiel darstellen. Insbesondere wirft er die Frage auf, ob das Modell mehrerer vom Gesetzgeber zur Verfügung gestellten Gesellschaftsformen alternativlos ist. So könnte dieses Prinzip der Gesellschaftsform von der Stange langfristig durch die Möglichkeit ersetzt werden, sich eine flexible *one-size-fits-all*-Lösung maßgerecht zu schneiden.

§ 4 Vereinigte Staaten: Limited Liability Partnership (LLP), Texas 1991

Stefan Korch

I.	Einführung	113
II.	LLP im gesellschaftsrechtlichen Gesamtgefüge	115
III.	Entwicklungslinien der LLP	116
	1. Rasche Verbreitung.....	116
	2. Drei Generationen von Haftungsregelungen	117
	a) Erste Generation.....	117
	b) Zweite Generation.....	118
	c) Dritte Generation	119
	3. <i>Piercing the veil?</i>	120
	4. Umsetzung als Rechtsformvariante der <i>general partnership</i>	121
	5. Die LLP in Zahlen und Namen	121
IV.	Voraussetzungen und Eigenschaften der LLP.....	124
	1. Geringe Variationsbreite der LLP in den einzelnen Bundesstaaten	124
	2. Entstehen und Bestehen	124
	3. Grundstrukturen der LLP.....	126
	4. Sonderform der LLLP	128
V.	Einordnung und Gesamtwürdigung	128

I. Einführung*

Die Wiege der U.S.-amerikanischen *limited liability partnership* (LLP) liegt in Texas. Das mag zunächst überraschen, würde man gesellschaftsrechtliche Innovationen in den Vereinigten Staaten doch andernorts vermuten. Erklärbar wird die erstmalige Normierung im Lone Star State allerdings, wenn man Geschichten wie die der renommierten Wirtschaftskanzlei *Jenkins & Gilchrist* aus Dallas betrachtet. Die Kanzlei steht stellvertretend für eine gesamte Zunft, die Ende der 1980er Jahre in Aufruhr geraten war. Im Zuge der schweren *loan and savings crisis* in den Vereinigten Staaten, die Texas besonders hart traf, verloren Millionen Anleger und der Fiskus enorme Summen Geldes, weil hunderte Finanzinsti-

* Beitrag und Fußnoten sind auf dem Stand Juli 2021.

tute (vor allem Sparkassen) in Schieflage geraten waren und insolvent wurden.¹ Im Zuge der juristischen Aufarbeitung konzentrierten sich die Strafverfolgungs- und andere Behörden zunächst auf die Institute sowie deren Gesellschafter und Geschäftsleiter.² Als absehbar wurde, dass die enormen Verluste von diesen nicht einzutreiben sind, rückten andere Beteiligte in das Blickfeld.³ Zunächst traf es Wirtschaftsprüfer, später auch Rechtsanwälte.⁴ Und damit sind wir bei der Geschichte von Jenkens & Gilchrist.

Die Kanzlei wurde im Jahr 1951 in Dallas gegründet und beriet Unternehmen der Ölindustrie und Rinderzüchter, später auch die Dallas Morning News.⁵ Sie stieg in den folgenden Jahrzehnten schnell zu einer der besten Adressen für Rechtsrat in Texas auf.⁶ Einer ihrer Partner, *Laurence Vineyard*, beriet drei Sparkassen, deren späterer Zusammenbruch einen Schaden von über einer Milliarde Dollar verursachte. *Vineyard* war indes nicht nur rechtlicher Berater, sondern saß teils auch im Board of Directors und unterhielt lukrative geschäftliche Beziehungen zu den Instituten.⁷ Für seine Beteiligung wurde er strafrechtlich verfolgt und zu einer Gefängnisstrafe verurteilt.⁸ Da sein Vermögen zur Kompensation des Schadens nicht ansatzweise genügte, forderten die Behörden nun Ersatz von der Kanzlei Jenkens & Gilchrist. Und das, obwohl *Vineyard* die Kanzlei bereits im Jahr 1983 verlassen hatte, um mit vier Associates eine eigene Kanzlei zu gründen.⁹ Die ursprünglich geforderte Summe überstieg die Versicherungssumme der Kanzlei bei Weitem.¹⁰ Weil die Kanzlei damals eine *general partnership* war, stand auch die persönliche Haftung jedes einzelnen Partners im Raum. Eine Verurteilung hätte die meisten von ihnen in ihrer wirtschaftlichen Existenz vernichtet. Da tausende texanische Anwälte aus hunderten Kanzleien ebenfalls gescheiterte Finanzinstitute beraten hatten, wurde der Prozess in den interessierten Kreisen sehr genau und mit großer Sorge verfolgt.¹¹ Dass die Kanzlei mit ihren Partnern letztlich einen recht günstigen Vergleich erreichte, der nicht wesentlich über die Versicherungssumme hinausging,¹²

¹ *Hamilton*, 66 U. Colo. L. Rev. 1065, 1069 (1995); *Howard*, 63 Baylor L. Rev. 268, 269 f. (2011). Ausführlich zur Krise auch *Hubbard/Kosnik*, 13 J. Appl. Bus. Res. 17 (1996/1997); *Glasberg/Skidmore*, 57 Am. J. Econ. & Soc. 423 (1998).

² *Hamilton*, 66 U. Colo. L. Rev. 1065, 1069 (1995).

³ *Hamilton*, 66 U. Colo. L. Rev. 1065, 1069 (1995); *Howard*, 63 Baylor L. Rev. 268, 269 f. (2011); *Saab*, 40 Fordham Urban L.J. 177, 180 (2012).

⁴ *Campbell*, Chicago Tribune, 20.11.1989; *Hamilton*, 66 U. Colo. L. Rev. 1065, 1069 (1995); *Saab*, 40 Fordham Urban L.J. 177, 180 (2012); *Walther*, 50 Loy. L. Rev. 359, 364 f. (2004).

⁵ *Browning*, NY Times, 30.3.2007, S. 3; *Fairbank/Maxon*, Dallas Morning News, 1.4.2007, S. 1.

⁶ *Fairbank/Maxon*, Dallas Morning News, 1.4.2007, S. 1.

⁷ *Hamilton*, 66 U. Colo. L. Rev. 1065, 1070 (1995).

⁸ *Campbell*, Chicago Tribune, 20.11.1989; *Hamilton*, 66 U. Colo. L. Rev. 1065, 1070 (1995).

⁹ *Hamilton*, 66 U. Colo. L. Rev. 1065, 1070 (1995).

¹⁰ *Saab*, 40 Fordham Urban L.J. 177, 181 (2012).

¹¹ Zu anderen Fällen *Campbell*, Chicago Tribune, 20.11.1989; *Hallweger*, NZG 1998, 531, 533; *Hamilton*, 66 U. Colo. L. Rev. 1065, 1085 mit Fn. 52 (1995).

¹² *Campbell*, Chicago Tribune, 20.11.1989; *Fairbank/Maxon*, Dallas Morning News, 1.4.2007, S. 1; *Hamilton*, 66 U. Colo. L. Rev. 1065, 1070 (1995).

veränderte die öffentliche Wahrnehmung nicht mehr grundlegend.¹³ Anwälten in Texas und in den gesamten Vereinigten Staaten war vor Augen geführt worden, wie schnell ihr Hab und Gut durch das Fehlverhalten anderer Partner bedroht sein konnte.¹⁴

Damit war die Motivation gesetzt, an der bisherigen Rechtslage einer unbeschränkten Haftung aller Partner etwas zu ändern. Das war von vornherein kein einfaches Unterfangen, zählte doch die Assoziierung von Anwälten in einer *general partnership* samt voller Haftung in der öffentlichen Wahrnehmung seit zwei Jahrhunderten zu einer Selbstverständlichkeit.¹⁵ Zugleich verfügen Rechtsanwälte häufig über einen besseren Zugang zum Gesetzgeber als andere Berufsgruppen. Und diesen nutzten auch die Rechtsanwälte in Texas, allerdings zunächst nicht über die üblichen Strukturen. Weder die Bar Association noch die einflussreiche Texas Business Law Foundation (TBLF) kamen auf die zündende Idee einer haftungsbeschränkten Partnerschaft, sondern eine kleine Kanzlei aus dem ländlich geprägten Lubbock, die den dortigen State-Senator *John Montford* überzeugen konnte, einen entsprechenden Gesetzesentwurf einzubringen.¹⁶ Nach anfänglichen Widerständen im House Committee wurde der Entwurf überarbeitet, um seine Annahmehancen zu erhöhen.¹⁷ Der modifizierte Entwurf wurde dann im Jahr 1991 einem allgemeinen Gesetzesentwurf zum Gesellschaftsrecht beigefügt, mit dem eigentlich vor allem die LLC eingeführt werden sollte.¹⁸ Gleichsam in ihrem Windschatten erblickte auch die LLP in Texas das Licht der Welt.¹⁹

II. LLP im gesellschaftsrechtlichen Gesamtgefüge

Das gesellschaftsrechtliche Tableau in den Vereinigten Staaten wurde bereits im Beitrag zur LLC eingehend dargestellt,²⁰ weshalb hier kurze Hinweise zur Erin-

¹³ *Howard*, 63 *Baylor L. Rev.* 268, 270 (2011): „The firm eventually settled with the insurance corporations for their policy limit, but the damage was done.“; *Lawrence*, 9 *Geo. J. Legal Ethics* 207, 208 f. (1995).

¹⁴ Allein in den 40 größten (bekanntesten) Fällen belief sich die geltend gemachte Haftung auf insgesamt mehr als eine Milliarde USD: *Hallweger*, *NZG* 1998, 531, 533.

¹⁵ Dazu *Hamilton*, 66 *U. Colo. L. Rev.* 1065, 1073 (1995); vgl. ferner *Hurt/Smith*, *Bromberg and Ribstein on Limited Liability Partnerships*, Stand: 2021-1, § 3.01[A] (3-4) („Partners’ vicarious liability for the debts of the partnership has long been an identifying characteristic of the partnership form of business.“).

¹⁶ *Hamilton*, 66 *U. Colo. L. Rev.* 1065, 1071 ff. (1995); *Howard*, 63 *Baylor L. Rev.* 268, 270 (2011); *Saab*, 40 *Fordham Urban L.J.* 177, 181 (2012).

¹⁷ *Hamilton*, 66 *U. Colo. L. Rev.* 1065, 1073 f. (1995); *Saab*, 40 *Fordham Urban L.J.* 177, 183 (2012).

¹⁸ *Hurt/Smith* (Fn. 15), § 1.01[A] (1-4 f.).

¹⁹ *Hamilton*, 66 *U. Colo. L. Rev.* 1065, 1074 (1995): „The revised bill was then quietly attached to an omnibus bill proposed by the TBLF that authorized limited liability companies and included significant amendments to existing corporation and partnership statutes.“

²⁰ Zur *limited liability company* in diesem Band § 1 (*Fleischer/Kolb*), S. 27.

nerung genügen sollen. Bis zur Einführung der LLC im Jahr 1977 standen einerseits die *corporation* und andererseits die Personengesellschaften zur Verfügung. Zu letzteren zählte neben der *general partnership*, die mit der deutschen OHG vergleichbar ist, seit dem Jahr 1822 auch die *limited partnership* (LP). Die Gesellschafter der LP teilten sich in voll haftende *general partner* und beschränkt haftende *limited partner*, sodass sie an die deutsche KG erinnert. Diese beschränkte Auswahl ergänzte die erstmals im Jahr 1977 in Wyoming eingeführte LLC, die Elemente der *partnership* sowie der *corporation* verband. Vor allem versprach sie eine beschränkte Haftung ihrer Gesellschafter.

Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern und anderen Freiberuflern stand die *corporation* lange Zeit aufgrund berufsrechtlicher Regeln nicht offen,²¹ weshalb Kanzleien zumeist als *general partnership* organisiert waren. Die ab Ende der 1950er Jahre in den einzelnen Bundesstaaten eingeführte *professional corporation*²² war bei Freiberuflern lange unbeliebt, da sie intransparent besteuert wurde.²³ Die LLC als mögliche Alternative existierte Ende der 1980er Jahre erst in zwei Bundesstaaten (Wyoming und Florida).²⁴ Das änderte sich erst in den 1990er Jahren, allerdings war auch mit Blick auf die LLC in vielen Bundesstaaten fraglich, ob sie Rechtsanwälten standesrechtlich offensteht.²⁵ Hinderlich wirkte sich zudem die unklare steuerliche Behandlung aus, da lange ungewiss war, ob die LLC ebenfalls intransparent zu besteuern ist. Endgültig gelöst wurde die Problematik erst durch die bis heute angewendete *Check-the-Box-Rule* des Internal Revenue Service aus dem Jahr 1996, wonach Gesellschaften durch Ankreuzen ihre Besteuerung selbst festlegen können.²⁶

III. Entwicklungslinien der LLP

1. Rasche Verbreitung

Nach der Normierung der LLP in Texas fand die Rechtsform rasch weite Verbreitung in den Vereinigten Staaten. Zuerst folgte der Nachbarstaat Louisiana im Jahr 1992, im Jahr darauf Delaware, North Carolina und der District of Columbia.²⁷

²¹ Vgl. *Hallweger*, NZG 1998, 531, 532; *Lawrence*, 9 Geo. J. Legal Ethics 207, 210 (1995); *Walther*, 50 Loy. L. Rev. 359, 363 (2004).

²² *Lawrence*, 9 Geo. J. Legal Ethics 207, 212 (1995); *Walther*, 50 Loy. L. Rev. 359, 363 (2004); siehe ferner *Callison/Sullivan*, *Partnership Law and Practice*, 2016/2017, § 2:9 (S. 22 f.).

²³ So seit den Änderungen des *tax code* im Jahr 1986: *Lawrence*, 9 Geo. J. Legal Ethics 207, 212 (1995); siehe ferner *Bungert*, RIW 1994, 360, 366; *Hamilton*, 66 U. Colo. L. Rev. 1065, 1073 f. (1995).

²⁴ Zur *limited liability company* in diesem Band § 1 (*Fleischer/Kolb*), S. 27.

²⁵ Dazu eingehend *Lawrence*, 9 Geo. J. Legal Ethics 207, 213 ff. (1995); *Walther*, 50 Loy. L. Rev. 359, 373 f. (2004).

²⁶ Treasury Regulations §§ 301.7701-1 bis 3(c), 61 Fed. Regulations 66, 584 (1996). Eingehend in diesem Band § 1 (*Fleischer/Kolb*), S. 27; ferner *Hallweger*, NZG 1998, 531, 532.

²⁷ *Hurt/Smith* (Fn. 15), § 1.01[B] (1-10 f.).

Bereits im Jahr 1995 hatten mehr als 30 Bundesstaaten eine eigene LLP eingeführt.²⁸ Im Jahr 1996 fand sie Eingang in den Uniform Partnership Act.²⁹ Dabei handelt es sich um ein Modellgesetz zum Recht der Partnerschaft, das im Jahr 1997 grundlegend (Revised Uniform Partnership Act – RUPA oder UPA 1997) und zuletzt im Jahr 2013 geändert wurde (UPA 2013).³⁰ Bis zum Jahr 1999 kannten alle Gesellschaftsrechte der Vereinigten Staaten eine eigene LLP.³¹

Als Beschleuniger der Entwicklung erwies sich die frühe Umsetzung in Delaware, da der Staat auch bei Einführung der LLP versuchte, eine möglichst attraktive Jurisdiktion für Unternehmen darzustellen.³² Neben einer gekappten Registrierungsgebühr war vor allem die Reduktion der Haftungsrisiken die entscheidende Stellschraube (dazu sogleich).³³ Im Gegenzug wurde allerdings der Mindestversicherungsschutz heraufgesetzt.³⁴

2. Drei Generationen von Haftungsregelungen

Die Einführung der LLP in Texas 1991 stellte einen schwierigen politischen Kompromiss dar, da nach tradiertem Verständnis Angehörige freier Berufe, allen voran Rechtsanwälte und Wirtschaftsprüfer, einer unbeschränkten Haftung unterliegen sollten. Entsprechend vorsichtig fiel auch die Haftungsbeschränkung im Texaner Statut aus dem Jahr 1991 aus. Bereits in den darauffolgenden Jahren setzte indes eine Entwicklung ein, die zu einer immer stärker eingeschränkten Haftung führte, die in der letzten Stufe stark der LLC angenähert ist. Es lassen sich drei Generationen von Haftungsregeln ausmachen:

a) Erste Generation

Die erste Generation ist durch größte Zurückhaltung bei der Beschränkung der Haftung geprägt. Abhilfe sollte allein für Partner einer *partnership* geschaffen werden, die aus Deliktsrecht wegen Fehlverhaltens anderer Partner in Anspruch genommen wurden. Folglich sah die texanische Ursprungsfassung nur moderate und partielle Haftungsbeschränkungen vor.³⁵ Erfasst waren allein deliktische Ansprüche (*torts*), unter die nach damaligem Verständnis auch Ansprüche aus *malpractice* und damit Ansprüche aus der freiberuflichen Tätigkeit fielen.³⁶ An-

²⁸ J. Johnson, 51 Bus. Law. 85, 106 (1995).

²⁹ Damals von 1992, geändert 1993, 1994 und 1996; siehe die Übersicht bei RUPA (auch UPA 1997), S. 4 und *Hurt/Smith* (Fn. 15), § 1.01[B], [D] (1-12; 1-16).

³⁰ Siehe die Übersicht in UPA 2013, S. 13.

³¹ *Miller*, 43 Tex. Tech. L. Rev. 563, 564 (2011); *Stover/Hamill*, 50 Ala. L. Rev. 813, 816 (1999).

³² *Hurt/Smith* (Fn. 15), § 1.01[B] (1-11).

³³ *Hurt/Smith* (Fn. 15), § 1.01[B] (1-11).

³⁴ Dazu unter IV.2.

³⁵ *Howard*, 63 Baylor L. Rev. 268, 271 (2011).

³⁶ Vgl. J. Johnson, 51 Bus. Law. 85, 108 (1995); aus dem deutschen Schrifttum *Schnittker/Thiele*, GmbHR 2002, 420, 422.

dere Verbindlichkeiten, etwa aus Vertrag, waren nicht erfasst. Für viele Verbindlichkeiten hafteten die Partner folglich nach wie vor gesamtschuldnerisch, etwa für die rückständige Miete für die Kanzleiräumlichkeiten. Der Haftungsausschluss bestand zudem nur, wenn der jeweilige Partner die handelnden Personen weder überwacht (*supervised*) noch angewiesen (*directed*) hatte.³⁷

b) Zweite Generation

Diese erste Generation erwies sich bald als unzureichend. Das lag einerseits daran, dass der Binnenregress nicht ausgeschlossen war.³⁸ Folglich konnten sowohl die Partnerschaft als auch der haftungsverursachende Partner auf alle übrigen Partner zurückgreifen und diese auf Ausgleich in Anspruch nehmen.³⁹ Auf diesem Wege wurde die Haftungsbeschränkung durch eine mittelbare unbeschränkte Haftung konterkariert. Die unbeteiligten Partner waren somit allein im Außenverhältnis und damit letztlich nur unzureichend geschützt.⁴⁰ In der zweiten Generation der Haftungsbeschränkungen wurden deshalb auch mittelbare und indirekte Verpflichtungen der Partner ausgeschlossen,⁴¹ umgesetzt in Texas im Jahr 1997,⁴² in Delaware bereits 1994.⁴³ Erhalten blieb indes die Haftung für angewiesene und überwachte Personen.⁴⁴

Als weitere Schwachstelle erwies sich andererseits die Begrenzung auf deliktische Ansprüche. Kläger stützten ihre Haftungsansprüche zunehmend auf vertragliche Ansprüche, um diese Lücke auszunutzen.⁴⁵ Die bundesstaatlichen Gesetzgeber reagierten auf diese Unzulänglichkeiten, indem sie fortan alle Haftungsansprüche unabhängig von ihrer dogmatischen Grundlage erfassten, solange sie ihre Ursache in der Berufsausübung des Partners hatten.⁴⁶ Außenvor blieben damit sonstige Ansprüche wie die bereits erwähnten Mietschulden.⁴⁷

³⁷ *J. Johnson*, 51 Bus. Law. 85, 107 f. (1995); *Howard*, 63 Baylor L. Rev. 268, 271 (2011).

³⁸ *Callison/Sullivan* (Fn. 22), § 32:3 (S. 766); *Hamilton*, 66 U. Colo. L. Rev. 1065, 1077 (1995).

³⁹ *J. Johnson*, 51 Bus. Law. 85, 109 f. (1995).

⁴⁰ *Hamilton*, 66 U. Colo. L. Rev. 1065, 1077 (1995).

⁴¹ *Hamilton*, 66 U. Colo. L. Rev. 1065, 1077 (1995); *Howard*, 63 Baylor L. Rev. 268, 272 (2011).

⁴² 75. Leg., R.S., ch. 375, sec. 113, Texas (v. 13.5.1997; abrufbar unter <<https://lrl.texas.gov/legis/billsearch/lrlhome.cfm>> (29.6.2021)).

⁴³ *Hurt/Smith* (Fn. 15), § 1.01[B] (1-11).

⁴⁴ Dazu *Hamilton*, 66 U. Colo. L. Rev. 1065, 1081 f. (1995).

⁴⁵ *J. Johnson*, 51 Bus. Law. 85, 108 f. (1995); *Schnittker/Thiele*, GmbHR 2002, 420, 422; ferner *Hamilton*, 66 U. Colo. L. Rev. 1065, 1077 (1995): „Malpractice is in the gray area between tort and contract.“

⁴⁶ Vgl. *Callison/Sullivan* (Fn. 22), § 32:3 (S. 767); *Hamilton*, 66 U. Colo. L. Rev. 1065, 1078 (1995); *J. Johnson*, 51 Bus. Law. 85, 108 f. (1995).

⁴⁷ *Schnittker/Thiele*, GmbHR 2002, 420, 422.

c) Dritte Generation

Nicht wenige Bundesstaaten gingen Ende der 1990er Jahre noch einen Schritt weiter und erfassten sämtliche Ansprüche gegenüber der Partnerschaft.⁴⁸ Damit waren auch Mietverbindlichkeiten umfasst, weshalb diese Generation als *bullet-proof* oder *full shield* bezeichnet wurde.⁴⁹ Auch Texas ist mittlerweile zu dieser dritten Generation der Haftungsbeschränkungen übergegangen,⁵⁰ allerdings deutlich nach Delaware, das bereits im Jahr 1997 die letzte Stufe erreichte.⁵¹ Heute erfassen fast alle Bundesstaaten sämtliche Verbindlichkeiten.⁵²

Nachdem sich die LLP den Weg in den Uniform Partnership Act bereits im Jahr 1996 bahnte,⁵³ übernahm der ein Jahr später grundlegend neu gefassten Revised Uniform Partnership Act die umfassende Haftungsbeschränkung der dritten Generation ausdrücklich in Sec. 306(c):

„An obligation of a partnership incurred while the partnership is a limited liability partnership, whether arising in contract, tort, or otherwise, is solely the obligation of the partnership. A partner is not personally liable, directly or indirectly, by way of contribution or otherwise, for such an obligation solely by reason of being or so acting as a partner.“

In der dazugehörigen Kommentierung wird klargestellt, dass damit eine möglichst weitgehende Angleichung an die Haftung von Gesellschaftern einer *corporation* oder LLC bezweckt ist.⁵⁴ Auch der Binnenregress ist ausdrücklich ausgeschlossen.⁵⁵ Die Vorschrift findet sich im Wesentlichen unverändert auch in Sec. 306(c) des UPA 2013.⁵⁶ Weder die Erläuterungen noch die Bezeichnung als *bulletproof* dürfen indes darüber hinwegtäuschen, dass nach wie vor die Haftung jedes einzelnen Partners für eigenes Fehlverhalten nicht ausgeschlossen ist.⁵⁷ Das gälte allerdings in gleicher Weise für die LLC.⁵⁸ Zudem ist eine Haftung nach

⁴⁸ Bereits im Jahr 1994 gingen Minnesota und New York voran: *Hamilton*, 66 U. Colo. L. Rev. 1065, 1087 ff. (1995).

⁴⁹ *Bungert*, Gesellschaftsrecht in den USA, 3. Aufl. 2003, S. 29; *Schnittker/Thiele*, GmbHR 2002, 420, 422.

⁵⁰ Tex. Bus. Orgs. Code Ann. § 152.801(a) (zu den Ausnahmen siehe aber Buchstabe (d)); dazu *Miller*, 43 Tex. Tech. L. Rev. 563, 564 f. (2011).

⁵¹ *Hurt/Smith* (Fn. 15), § 1.01[B] (1-12).

⁵² Siehe *Hurt/Smith* (Fn. 15), § 3.03 (3-12 ff.).

⁵³ Siehe schon oben III. 1.

⁵⁴ RUPA Sec. 306, Comment 3 on Subsection (c) (erster Absatz).

⁵⁵ RUPA Sec. 306, Comment 3 on Subsection (c) (zweiter Absatz).

⁵⁶ In den dortigen Comments ist vor allem eine umfangreiche Auseinandersetzung mit intertemporalen Fragestellungen aufgenommen worden.

⁵⁷ *Software Publs. Ass'n v. Scott & Scott, LLP*, 2007 U.S. Dist. LEXIS 2666, *17 (= 2007 WL 92391): „No limited liability partnership law in any state extends so far as to shield a partner from his own wrongful conduct.“ Aus dem Schrifttum *Callison/Sullivan* (Fn. 22), § 32:4 (S. 770 f.); *Howard*, 63 Baylor L. Rev. 268, 271 (2011); *Miller*, 43 Tex. Tech. L. Rev. 563, 568 f. (2011). Vgl. auch UPA 2013 Sec. 306, Comment 3 on Subsection (c).

⁵⁸ *Lawrence*, 9 Geo. J. Legal Ethics 207, 213 (1995).

wie vor denkbar, wenn ein Partner den handelnden Partner nicht ausreichend überwacht oder sogar angewiesen hat.⁵⁹

3. *Piercing the veil?*

Aufgrund der weitgehenden Haftungsbeschränkung wurde im U.S.-Schrifttum schon bald diskutiert, ob auch bei der LLP ein *piercing the veil*, also eine Durchgriffshaftung, stattfinden kann.⁶⁰ Dagegen scheint zu sprechen, dass das Konzept nur schwer übertragbar ist. Denn die Haftung setzt eine grobe Missachtung gesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutzvorschriften oder bestimmter Formalitäten voraus, die für die LLP nicht im gleichen Umfang gelten.⁶¹ Allerdings liegen mittlerweile erste Fälle vor, in denen sich U.S.-Gerichte gegenüber einer Durchgriffshaftung offen zeigen.⁶² So bemerkt etwa das United States Bankruptcy Court für den wichtigen Southern District of New York in einem *summary judgment*:

„Although most veil-piercing cases have been decided in the context of corporations rather than partnerships, there is nothing about the nature of a limited liability partnership (where the limited partner is sometimes likened to a shareholder) that would preclude recourse to veil piercing as an equitable remedy in appropriate circumstances.“⁶³

In einigen Bundesstaaten hat der Gesetzgeber die Entscheidung selbst getroffen: So sieht etwa der North Dakota Cent. Code, § 45-22-09 ausdrücklich vor, dass ein *piercing the limited liability partnership shield* möglich ist.⁶⁴ Es überrascht daher wenig, dass der North Dakota Supreme Court eine Durchgriffshaftung zulässt.⁶⁵ Einen anderen Weg beschritt ein Berufungsgericht in Texas, aus dessen Sicht das Konzept des *veil piercing* für eine Haftung der *limited partners* einer LP nicht erforderlich ist.⁶⁶ Vielmehr könne eine Haftung durch die schlichte Be-

⁵⁹ UPA 2013 Sec. 306, Comment on Subsection (c) (viertes Beispiel). Übersicht über die einzelnen Jurisdiktionen bei *J. Johnson*, 51 Bus. Law. 85, 107 (1995) (dort vor allem Fn. 89 mit detaillierter Staatenauflistung); äußerst detaillierte Übersicht bei *Hurt/Smith* (Fn. 15), Table 3-1 (3-60 ff.); siehe ferner *Hamilton*, 66 U. Colo. L. Rev. 1065, 1089 (1995); *Schnittker/Thiele*, GmbHR 2002, 420, 422; *dies.*, GmbHR 2002, 478, 479.

⁶⁰ *Bainbridge*, Agency, Partnerships & LLCs, 3. Aufl. 2019, S. 160 f.; *Hamilton*, 66 U. Colo. L. Rev. 1065, 1097 f. (1995); *Walther*, 50 Loy. L. Rev. 359, 379 (2004).

⁶¹ *Hamilton*, 66 U. Colo. L. Rev. 1065, 1097 f. (1995).

⁶² *In re Adelpia Communs. Corp.*, 376 B.R. 87, 108 (S.D.N.Y. 2007). Zur *limited partnership* auch *C.F. Trust, Inc. v. First Flight Ltd. P'ship*, 580 S.E.2d 806, 811 (Va. 2003): „However, there is simply no language in the Act that prohibits a court from piercing the veil of a limited partnership.“

⁶³ *In re Adelpia Communs. Corp.* (Fn. 62), 108.

⁶⁴ Ebenso Ariz. Rev. Stat. Ann. § 29-1026; Colo. Rev. Stat. § 7-64-1009.

⁶⁵ *Red River Wings, Inc. v. Hoot, Inc.*, 751 N.W.2d 206, 221 (N.D. 2008), allerdings mit sehr strengen Vorgaben: „Principles for piercing a corporate veil apply to limited liability partnerships. See N.D.C.C. § 45-22-09(1). To apply the alter ego doctrine, ‘there must be such a unity of interest and ownership between the corporation and its equitable owner that the separate personalities of the corporation and the shareholder do not in reality exist,’ and ‘there must be an inequitable result if the acts in question are treated as those of the corporation alone.““

⁶⁶ *Peterson Group, Inc. v. PLTQ Lotus Group, L.P.*, 417 S.W.3d 46, 57 (Tex. App. 2013).

schränkung des Haftungsschutzes begründet werden.⁶⁷ Die verschiedenen gesetzlichen Regelungen und Entscheidungen zeigen, dass die Entwicklung derzeit noch im Fluss ist. Allerdings ist die Tendenz zugunsten des Haftungsdurchgriffs deutlich zu erkennen.

4. Umsetzung als Rechtsformvariante der *general partnership*

Bei der Einführung der LLP stellte sich den bundesstaatlichen Gesetzgebern die Frage, wie sie die neue Rechtsform umsetzen. Eine Möglichkeit wäre gewesen, wie bei der LLC eine völlig neue Rechtsform mit einem eigenen Gesetz zu schaffen.⁶⁸ Alternativ können Gesetzgeber aber auch bestehende Rechtsformen heranziehen und diese modifizieren, wie dies im deutschen Recht bei der haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft⁶⁹ zu beobachten war. Für diesen zweiten Weg entschied sich auch der texanische Gesetzgeber und normierte die LLP als besondere Ausprägung der *general partnership*.⁷⁰ Diesem Beispiel folgten auch die anderen Bundesstaaten sowie der Modellgesetzgeber im Revised Uniform Partnership Act.⁷¹ Damit wurde zugleich eine Vorentscheidung hinsichtlich wesentlicher Eigenschaften der LLP getroffen.⁷²

5. Die LLP in Zahlen und Namen

Im Vergleich zur LLC nehmen sich die Zahlen der LLP bescheiden aus. Es existiert eine niedrige sechsstellige Zahl solcher Gesellschaften. Genaue Zahlen veröffentlichte das Joint Committee on Taxation des U.S. Congress im Jahr 2015.⁷³ Sie reichen von den 1990er Jahren bis in das Jahr 2012 und zeigen nach Gesellschaftstyp an, wie viele Steuererklärungen abgegeben wurden. Sie dürften deshalb die wahre Zahl einerseits etwas unterschätzen, da sie jene Partnerschaften nicht mitzählen, die (mangels ausreichender Einnahmen oder rechtswidrig) keine Steuererklärung abgegeben haben. Andererseits sind die Angaben verzögert, da Gesellschaften erst nach Abgabe der Steuererklärung gezählt werden. Das erklärt

⁶⁷ *Peterson Group, Inc.* (Fn. 66), 57: „Unlike the few courts in foreign jurisdictions which have characterized the liability that can be imposed in such circumstances as an equitable exercise of limited-partnership veil-piercing, our view is that this liability is better characterized as an application of ordinary partnership principles, or, in other words, a limitation on the protection generally available to limited partners.“

⁶⁸ Dazu in diesem Band § 1 (*Fleischer/Kolb*), S. 27.

⁶⁹ Dazu in diesem Band § 13 (*Götz*), S. 431.

⁷⁰ Dazu *Callison/Sullivan* (Fn. 22), § 32:1 (S. 761); *Hurt/Smith* (Fn. 15), § 1.02[A] (1-19); *J. Johnson*, 51 Bus. Law. 85, 106 (1995); *Stover/Hamill*, 50 Ala. L. Rev. 813, 817 f. (1999); ferner *Bungert*, RIW 1994, 360, 362 f.

⁷¹ Zu dessen Bedeutung siehe unten IV.1.

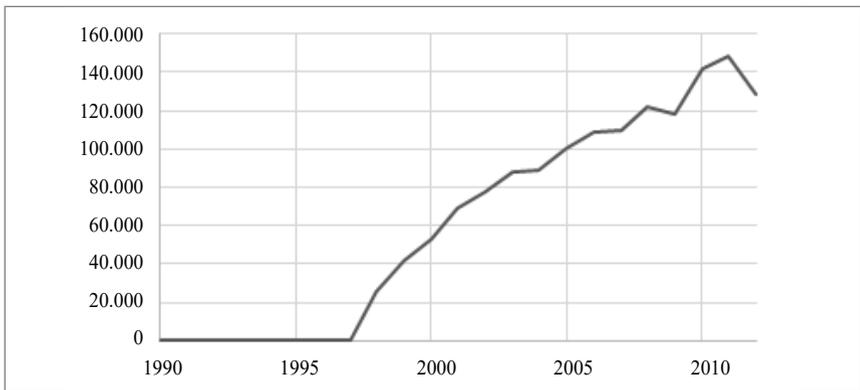
⁷² Siehe unten IV.2.

⁷³ The Joint Committee on Taxation (Congress of United States), Choice Of Business Entity: Present Law And Data Relating To C Corporations, Partnerships, And S Corporations (JCX-71-15), 10.4.2015, abrufbar unter <<https://www.jct.gov/publications/2015/jcx-71-15/>> (23.6.2021). Die Daten für die nachfolgenden Grafiken sind diesem Report entnommen.

etwa, weshalb erst ab dem Jahr 1997 Daten ausgewiesen sind, obschon bereits bis zum Jahr 1996 ca. 16.000 LLPs registriert worden waren.⁷⁴ Zur Illustration taugen die Zahlen des Joint Committee on Taxation aber dennoch. Sie haben nämlich den Vorteil, dass sie alle LLPs in den USA und nicht nur in den einzelnen Bundesstaaten erfassen.

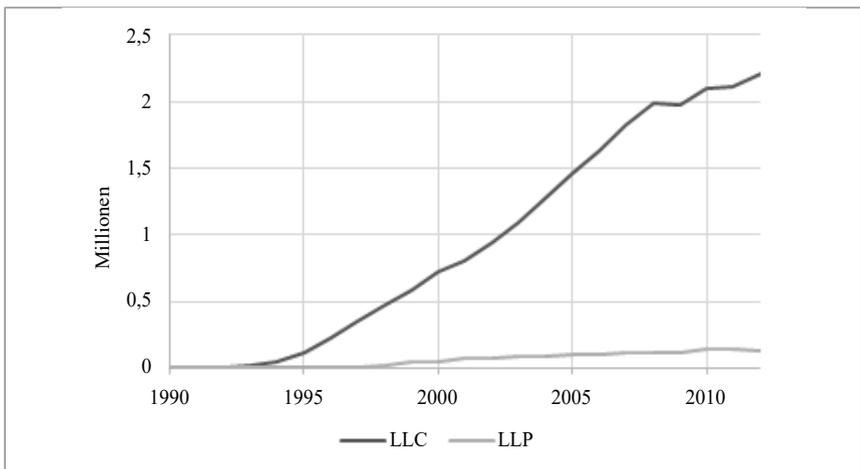
Ein erster Blick auf die Zahlen zeigt anfänglich beachtliche Wachstumsraten, bis vor knapp zehn Jahren eine Stagnation eintrat. Im Höchststand des Jahres 2011 wurden 148.000 LLPs gezählt:

Grafik 1: LLP in den USA (gesamt)



Um diese Zahlen ins Verhältnis zu setzen, bietet sich ein Vergleich zur LLC an, die fast zeitgleich ihren fast rauschhaften Aufstieg erlebte:

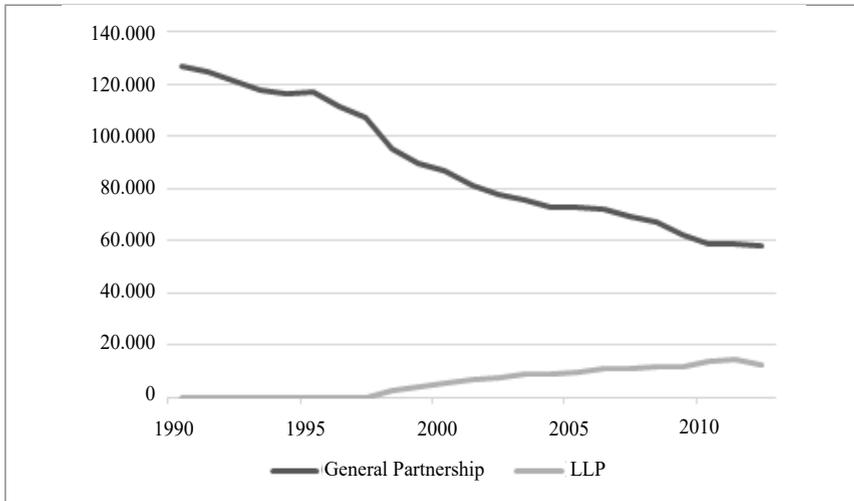
Grafik 2: LLP und LLC in den USA (gesamt)



⁷⁴ *Schnittker*, GmbHR 2001, 713, 713.

Es ist deutlich zu sehen, dass die LLC nicht nur früher, sondern auch viel breiter Beachtung fand. Allein diese Zahlen lassen erahnen, dass die LLP für die meisten Unternehmen keine ernstzunehmende Alternative zur LLC darstellte.⁷⁵ Etwas schmeichelhafter ist indes der Vergleich mit der *general partnership*, von der die LLP dogmatisch abstammt. Entgegen dem Abwärtstrend bei der *general partnership* konnte die LLP bis in das Jahr 2011 hinein erhebliche Zuwächse verbuchen:

Grafik 3: General partnership und LLC in den USA (gesamt)



Die hier dargestellten Zahlen legen indes nur ein unvollständiges Zeugnis von der Bedeutung der LLP ab. Die LLP war und ist bis heute eine Rechtsform, die vor allem von bestimmten Berufsgruppen genutzt wird: den Freiberuflern, allen voran den Rechtsanwälten.⁷⁶ Und für diese Nische lässt sich ein ganz anderes Bild zeichnen: Bereits im ersten Jahr nach Normierung der LLP in Texas wandelten sich mehr als 1.200 Rechtsanwaltskanzleien in LLPs um.⁷⁷ Unternehmensberatungen und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften taten es ihnen gleich. Auch die „big four“ (damals noch „big six“) wählten rasch die Rechtsform der LLP.⁷⁸ Und unter den namhaftesten Kanzleien in den Vereinigten Staaten liegt die Quote bei ungefähr 90 %. Nimmt man ein beliebiges Ranking⁷⁹ der 50 wichtigsten Wirtschaftskanzleien zur Hand, sind bis auf wenige Ausnahmen alle in der Rechtsform einer LLP organisiert. Unter den Top Ten ist nur die legendäre Kanzlei Wachtell, Lipton, Rosen

⁷⁵ Dazu unten unter V.

⁷⁶ Vgl. auch *Bungert* (Fn. 49), S. 28.

⁷⁷ *Hallweger*, NZG 1998, 531, 533.

⁷⁸ *Hallweger*, NZG 1998, 531, 533.

⁷⁹ Hier wurde die *List of largest law firms* auf Wikipedia zugrunde gelegt, geordnet nach Profit per Partner (<https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_largest_law_firms_by_revenue> (23.6.2021)).

& Katz keine LLP, sondern eine *general partnership*.⁸⁰ In den Top 50 gesellen sich noch die Kanzlei Jones Day, die ebenfalls als *general partnership* operiert, sowie Baker McKenzie und DLA Piper als Vereine Schweizerischen Rechts hinzu.

IV. Voraussetzungen und Eigenschaften der LLP

1. Geringe Variationsbreite der LLP in den einzelnen Bundesstaaten

Im Gegensatz zur LLC⁸¹ unterscheiden sich die gliedstaatlichen Vorschriften zur LLP in den Vereinigten Staaten nicht wesentlich. Vielmehr haben die allermeisten Bundesstaaten den Revised Uniform Partnership Act umgesetzt.⁸² Aufgrund der geringen Variationsbreite kann im Folgenden überwiegend auf die aktuellste Fassung, UPA 2013, verwiesen werden. Selbst hinsichtlich der Haftung haben sich die Vorschriften im Wesentlichen angeglichen.⁸³ Letzte Unterschiede zeigen sich vor allem bei den Entstehungsvoraussetzungen der LLP.

2. Entstehen und Bestehen

Eine *general partnership* kann durch Registrierung in eine LLP umgewandelt werden.⁸⁴ Aufgrund der zuvor nötigen Abstimmung dürfte eine sofortige Gründung einer LLP regelmäßig ausgeschlossen sein.⁸⁵ Vielmehr entsteht zunächst eine *general partnership*, für die ein *oral agreement* genügt.⁸⁶ Die Registrierung beim Secretary of State oder der jeweils zuständigen Behörde⁸⁷ muss gebührenpflichtig beantragt werden.⁸⁸ Die Kosten belaufen sich – je nach Bundesstaat – auf einige 100 Dollar pro Partner oder einen Gesamtbetrag für die Kanzlei.⁸⁹

Die Registrierung muss in regelmäßigen Abständen, zumeist im Jahresrhythmus, kostenpflichtig erneuert werden.⁹⁰ Andernfalls erlischt die Haftungsbeschränkung

⁸⁰ In der Rechtsform der LLP sind hingegen organisiert: Kirkland & Ellis; Paul, Weiss, Rifkind, Wharton & Garrison; Sullivan & Cromwell; Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan; Davis Polk & Wardwell; Simpson Thacher & Bartlett; Cravath, Swaine & Moore; Weil, Gotshal & Manges; Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom; Milbank; Latham & Watkins.

⁸¹ Dazu in diesem Band § 1 (*Fleischer/Kolb*), S. 27.

⁸² Siehe dazu die Umsetzungstabelle bei *Hurt/Smith* (Fn. 15), § 8 (8-2 f.).

⁸³ *Hurt/Smith* (Fn. 15), § 1.02[B] (1-19).

⁸⁴ *Bainbridge* (Fn. 60), S. 160; *Callison/Sullivan* (Fn. 22), § 32:1 (S. 762); zur Registrierung *Miller*, 43 Tex. Tech. L. Rev. 563, 569 f. (2011).

⁸⁵ Vgl. *Bungert*, RIW 1994, 360, 363.

⁸⁶ *Stover/Hamill*, 50 Ala. L. Rev. 813, 820 (1999). Aus diesem Grund ist nach überwiegender Ansicht eine Ein-Personen-LLP unzulässig; *Hurt/Smith* (Fn. 15), § 2.02[C] (2-6 f.) (m. w. N.).

⁸⁷ Überblick bei *Hurt/Smith* (Fn. 15), § 2.03[B] (2-12).

⁸⁸ *Bungert*, RIW 1994, 360, 363; *Callison/Sullivan* (Fn. 22), § 32:2 (S. 764 f.); *Walther*, 50 Loy. L. Rev. 359, 366 (2004).

⁸⁹ *Callison/Sullivan* (Fn. 22), § 32:2 (S. 765); *Miller*, 43 Tex. Tech. L. Rev. 563, 583 (2011).

⁹⁰ *Hurt/Smith* (Fn. 15), § 2.03[C] (2-16); *Schnittker/Thiele*, GmbHR 2002, 420, 423.

der Partner und die LLP fällt zurück auf eine *general partnership*.⁹¹ Damit besteht ein deutlicher Unterschied zur LLC oder zur *corporation*, deren Haftungsbeschränkungen nicht von revolvingierenden Registrierungen abhängen.⁹² Die Gebühren für eine LLP übersteigen damit bereits nach kurzer Zeit die der LLC oder *corporation*.

In den meisten Bundesstaaten können sämtliche Partnerschaften in die Rechtsform der LLP wechseln. Das war indes nicht immer so. Die LLP war anfangs regelmäßig nur den Angehörigen einiger freier Berufe geöffnet. Die Listen waren enumerativ und deutlich kürzer als die Aufzählung in § 1 Abs. 2 PartGG. Und noch heute beschränken wichtige Bundesstaaten wie Kalifornien und New York den Zugang.⁹³ In Kalifornien ist etwa Entstehungsvoraussetzung: „[The LLP] is licensed under the laws of the state to engage in the practice of architecture, the practice of public accountancy, the practice of engineering, the practice of land surveying, or the practice of law [...]“.⁹⁴ In dieser Aufzählung dürfte sich der jeweilige Einfluss der Berufsgruppen auf den Gesetzgeber widerspiegeln.

Als weitere Voraussetzung verlangten viele Bundesstaaten, dass Versicherungsschutz in einer bestimmten Höhe besteht, ein Geldbetrag auf einem Treuhandkonto hinterlegt ist oder eine Bankbürgschaft vorgehalten wird.⁹⁵ Auf diese Weise sollten die Gläubiger geschützt werden. Zugleich dürfte das Erfordernis auch Ausdruck der weit verbreiteten Skepsis gegenüber einer Haftungsbeschränkung für Partnerschaften gewesen sein.⁹⁶ Die meisten Bundesstaaten haben dieses Erfordernis mit der Zeit fallen gelassen, Texas im Jahr 2010.⁹⁷ Gerade im Vergleich zur LLC, die oft ohne Mindestkapital oder sonstige Absicherung der Gläubiger gegründet werden kann, wirkten die Anforderungen überzogen. Allerdings verlangen auch heute noch einige wichtige Jurisdiktionen, dass eine Haftpflichtversicherung besteht. Dazu zählen etwa Kalifornien, Delaware und Massachusetts. Die Anforderungen rangieren dabei von 50.000 USD bis 100.000 USD Deckungssumme je Partner oder einer Gesamtdeckungssumme von 250.000 USD (Connecticut) bis 5 Mio. USD (Kalifornien).⁹⁸ Häufig darf alternativ auch

⁹¹ *Miller*, 43 Tex. Tech. L. Rev. 563, 570 (2011); zu LLPs *by estoppel* *Hurt/Smith* (Fn. 15), § 2.07[C] (2-31 f.). Zur Haftung für Forderungen, die in der Zeit der Registrierung begründet wurden, aber nach Ablauf geltend gemacht werden, siehe *Evanston Ins. Co. v. Dillard Dep't Stores, Inc.*, 602 F.3d 610, 616 (5th Cir. 2010); kritisch dazu *Howard*, 63 Baylor L. Rev. 268, 275 ff. (2011); *Miller*, 43 Tex. Tech. L. Rev. 563, 572 ff. (2011); siehe nun Tex. Bus. Orgs. Code Ann. § 152.801(b).

⁹² *Miller*, 43 Tex. Tech. L. Rev. 563, 570 (2011).

⁹³ *J. Johnson*, 51 Bus. Law. 85, 107 (1995); *Miller*, 43 Tex. Tech. L. Rev. 563, 564 (2011); ferner *Hurt/Smith* (Fn. 15), § 2.03[A] (2-8 f.).

⁹⁴ Cal. Corp. Code § 16101(6)(A). N.Y. P'ship Law § 121-1500(a) verweist auf die jeweiligen Berufsordnungen.

⁹⁵ *Callison/Sullivan* (Fn. 22), § 32:2 (S. 765); *J. Johnson*, 51 Bus. Law. 85, 107 (1995); *Schnittker/Thiele*, GmbHR 2002, 420, 423 (mit Nachweisen aus den Statuten einzelner Staaten). In Texas wurde diese Pflicht im Jahr 1993 nachträglich eingeführt: *Hamilton*, 66 U. Colo. L. Rev. 1065, 1074 (1995).

⁹⁶ *Hamilton*, 66 U. Colo. L. Rev. 1065, 1074 (1995).

⁹⁷ *Hurt/Smith* (Fn. 15), § 2.06[A] (2-24).

⁹⁸ Zum Vorstehenden *Hurt/Smith* (Fn. 15), § 2.06[A] (2-25 f.).

heute noch eine finanzielle Sicherheit in selber Höhe geleistet werden.⁹⁹ Das ist bedeutsam, wenn kein Versicherungsschutz am Markt verfügbar ist.

3. Grundstrukturen der LLP

Die U.S.-amerikanischen Gesetzgeber haben die LLP als besondere Ausprägung der *general partnership* normiert,¹⁰⁰ mit der sie viele Wesensmerkmale teilt. Wie die *general partnership* hat auch die LLP Rechtspersönlichkeit, kann deshalb Trägerin von Rechten und Pflichten sein.¹⁰¹ Allerdings soll die Rechtsfähigkeit, jedenfalls in Delaware, von den Partnern abbedungen werden können – unter Verweis auf den Grundsatz der Vertragsfreiheit.¹⁰² Da die LLP unstreitig eine Personengesellschaft ist, wurde sie von Anfang an transparent besteuert.¹⁰³ Seit Inkrafttreten der sog. *Check-the-Box Rule* können allerdings auch LLPs dafür optieren, wie eine *corporation* und damit intransparent besteuert zu werden.¹⁰⁴

Die Abstammung von der *general partnership* prägt auch das Innenverhältnis der LLP.¹⁰⁵ Die beiden dominierenden Wesensmerkmale sind Vertragsfreiheit und Gleichheit der Partner. Die Partner sind frei darin, ihre LLP nach eigenen Vorstellungen zu organisieren.¹⁰⁶ Treffen sie keine Abreden, haben sämtliche Partner die gleichen Rechte und Pflichten. Entscheidungen „in the ordinary course of business“ treffen sie per Mehrheitsentscheidung.¹⁰⁷ In allen anderen Fällen ist ohne abweichende Regelung Einstimmigkeit erforderlich.¹⁰⁸ Auch beim Gewinn gilt grundsätzlich Gleichbehandlung: Er ist ohne abweichende Regelung nach Köpfen zu verteilen.¹⁰⁹ Eine etwaige vertragliche Gewinnverteilung gilt im Zweifel auch für Verluste, subsidiär werden auch diese nach Köpfen aufgeteilt.¹¹⁰ Die

⁹⁹ *Hurt/Smith* (Fn. 15), § 2.06[C] (2-28).

¹⁰⁰ *Bungert*, RIW 1994, 360, 362 f.; *Hurt/Smith* (Fn. 15), § 1.02[A] (1-19); *J. Johnson*, 51 Bus. Law. 85, 106 (1995); *Stover/Hamill*, 50 Ala. L. Rev. 813, 817 f. (1999).

¹⁰¹ UPA 2013 Sec. 201(a); *United States v. Stein*, 463 F. Supp. 2d 459, 463 f. (einschließlich Fn. 22) (S.D.N.Y. 2006) (zum Recht Delawares).

¹⁰² *United States ex rel. JKJ P'ship 2011 LLP v. Sanofi-Aventis U.S. LLC*, 226 A.3d 1117 (Del. 2020).

¹⁰³ *Callison/Sullivan* (Fn. 22), § 14:10 (S. 401); *J. Johnson*, 51 Bus. Law. 85, 106 (1995).

¹⁰⁴ Dazu *Hurt/Smith* (Fn. 15), § 7.05[A] (7-42).

¹⁰⁵ Zur grundsätzlichen Übertragbarkeit *Hurt/Smith* (Fn. 15), § 4.02[A] (4-3 f.).

¹⁰⁶ Siehe UPA (2013) § 105 sowie Comment zu § 401 („All of these rules are, however, subject to contrary agreement of the partners as provided in Sections 105 through 107.“).

¹⁰⁷ UPA (2013) § 401(k).

¹⁰⁸ UPA (2013) § 401(k). Während bei der *general partnership* umstritten ist, ob das Veto-Recht des einzelnen Partners vollständig abbedungen werden kann, sprechen bei der LLP wegen der Haftungsbeschränkung die besseren Argumente dafür, dass eine derartige Abrede im Gesellschaftsvertrag wirksam ist. Dazu m. w. N. *Hurt/Smith* (Fn. 15), § 4.02[C] (4-5 f.).

¹⁰⁹ UPA (2013) § 401(a).

¹¹⁰ UPA (1997) § 401(a); eingehend dazu *Stover/Hamill*, 50 Ala. L. Rev. 813, 836 f. (1999). In der Literatur wird darauf hingewiesen, dass eine ausdrückliche Regelung sinnvoll ist, die den Binnenregress im Falle der Haftung ausschließt: *Hurt/Smith* (Fn. 15), § 4.04[B] (4-10 f.); vgl. ferner *Callison/Sullivan* (Fn. 22), § 10:6 (S. 290 f.).

Sorgfalts- und Treuepflichten werden mit denen in der LLC verglichen.¹¹¹ Hintergrund ist die überwiegend beschränkte Haftung, sodass die Situation der Partner eher mit der von Gesellschaftern einer LLC als mit der unbeschränkt haftenden Partner einer *general partnership* vergleichbar ist.¹¹² Besondere praktische Bedeutung hat der Fall erlangt, dass ein Partner einer Rechtsanwaltskanzlei ausscheidet und zu einer anderen wechselt.¹¹³ Aufgrund der besonderen Rechtsanwalts-Mandanten-Beziehung haben Gerichte allerdings nur geringe Rücksichtnahmepflichten etabliert, die vor allem bereits erbrachte Beratungsleistungen betreffen, den Partner aber nicht hindern, Mandanten „mitzunehmen“.¹¹⁴

Im Außenverhältnis ist grundsätzlich jeder Partner vertretungsberechtigt, sofern es sich um ein gewöhnliches Rechtsgeschäft der Partnerschaft handelt.¹¹⁵ Die Vertretungsmacht kann zwar eingeschränkt werden, allerdings kann sich die Partnerschaft gegenüber Vertragspartnern nur dann auf die fehlende Vertretungsmacht berufen, wenn der Vertragspartner davon Kenntnis hatte oder davon unterrichtet wurde.¹¹⁶ Geschäfte außerhalb des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs binden die Partnerschaft nur, wenn alle anderen Partner eingewilligt hatten.¹¹⁷

Um sicher in den Genuss der Haftungsbefreiung zu gelangen, muss dem Namen der Rechtsformzusatz „(Registered) Limited Liability Partnership“ oder die Abkürzungen RLLP/LLP beigefügt werden.¹¹⁸ Sofern die Rechtsform nicht ersichtlich ist, besteht für die Handelnden die Gefahr einer unbeschränkten und persönlichen Haftung.¹¹⁹

¹¹¹ *Stover/Hamill*, 50 Ala. L. Rev. 813, 827 (1999); sehr kritisch zu den RUPA-Vorschriften *Weidner*, 26 J. Corp. L. 1031, 1038 f. (2001). Ausführlich zu den *fiduciary duties* *Hurt/Smith* (Fn. 15), § 4.05 (4-16 ff.).

¹¹² In einigen Bundesstaaten können die Partner vollständig auf Treue- und Sorgfaltspflichten verzichten (etwa in Delaware); dazu *Hurt/Smith* (Fn. 15), § 8.105 (8-16 f.).

¹¹³ Dazu *Hurt/Smith* (Fn. 15), § 4.05 (4-17 f.).

¹¹⁴ *Diamond v. Hogan Lovells US LLP*, 224 A.3d 1007, 1014 f. (D.C. App. 2020): „[...] hourly-billed client matters are not partnership property because, under established rules of attorney-client relations and professional responsibility, a law firm does not own client legal matters, clients own their matter – clients have the right to transfer their matters to new counsel, to terminate representation, and to hire new counsel. *Thelen*, 24 N.Y.3d at 28; *Heller*, 411 P.3d at 550. Because clients retain all rights associated with representation of their legal matters, law firms do not have a reasonable expectation, or ‘legitimate claim of entitlement,’ *Heller*, 411 P.3d at 554 (citation omitted), that they will continue working on these client matters and earn future fees.“

¹¹⁵ UPA (2013) § 301(1): „Each partner is an agent of the partnership for the purpose of its business. An act of a partner, including the signing of an instrument in the partnership name, for apparently carrying on in the ordinary course the partnership business or business of the kind carried on by the partnership binds the partnership [...]“.

¹¹⁶ UPA (2013) § 301(1); vgl. auch *Callison/Sullivan* (Fn. 22), § 8:2 (S. 214 f.); *Stover/Hamill*, 50 Ala. L. Rev. 813, 821 f. (1999).

¹¹⁷ UPA (2013) § 301(2).

¹¹⁸ UPA (2013) § 902(b); umgesetzt etwa in Tex. Bus. Orgs. Code Ann. § 5.063 i. V. m. § 152.803; vgl. ferner *Bainbridge* (Fn. 60), S. 161; *Callison/Sullivan* (Fn. 22), § 14:11 (S. 401).

¹¹⁹ *Miller*, 43 Tex. Tech. L. Rev. 563, 578 (2011); kritisch *Hurt/Smith* (Fn. 15), § 2.05 (2-24).

4. Sonderform der LLLP

Die Einführung der LLP hat den Weg für eine weitere Form geebnet: die *limited liability limited partnership*. Sie ist im Ausgangspunkt eine *limited partnership*, bei der Partner mit beschränkter Haftung (*limited partner*) sowie Partner mit unbeschränkter Haftung (*general partner*) Gesellschafter sind.¹²⁰ In der LLLP bestehen ebenfalls *limited* und *general partner*, allerdings genießen letztere die gleichen Haftungsbeschränkungen wie die Partner einer LLP.¹²¹ Damit haften alle Gesellschafter beschränkt, einige jedoch nach den besonderen Vorschriften der LLP, andere nach den allgemeinen Vorschriften über die LP. Die *limited partner* dürfen dafür allerdings nicht die Geschäfte der Gesellschaft führen.¹²² Die Gesellschaftsform hat praktisch nur geringe Bedeutung, da die Partner der in Betracht kommenden Gesellschaften (etwa Anwaltssozietäten) sich typischerweise nicht in Partner erster und zweiter Klasse differenzieren lassen möchten.

V. Einordnung und Gesamtwürdigung

Vergleicht man die LLP mit der LLC, könnte man bei eiliger Betrachtung von einem gesetzgeberischen Fehlschlag sprechen. Der millionenfachen Gründung einer LLC stehen weniger als 200.000 LLPs gegenüber. Dafür gibt es mehrere Ursachen, die teils in die Anfangszeit der Gesellschaftsform zurückreichen. Viele Bundesstaaten beschränkten zunächst den Zugang zur LLP auf Freiberufler, wie dies noch heute in New York und Kalifornien zu beobachten ist.¹²³ Damit hatte die LLC in den entscheidenden Jahren einen Startvorteil. Dieser wurde zusätzlich durch den zunächst löchrigen Haftungsschild der LLP verstärkt. Gerade für riskante unternehmerische Projekte bot die LLC den zuverlässigeren Schutz. Als die LLP mit der dritten Haftungsgeneration gleichzog, war ihr die LLC bereits enteilt. Und auch heute passt die LLP mit ihrer Binnenstruktur, die vom Grundsatz der Partnergleichheit und der Geschäftsführung durch alle Partner ausgeht, häufig nicht zu den Bedürfnissen vieler unternehmerischer Einheiten. Soll etwa ein Fremdgeschäftsführer oder nur ein Gesellschafter die Geschicke leiten, eignet sich die LLC besser. Zuletzt ist die LLP aufgrund recht rigider Auflösungs Vorschriften, wonach standardmäßig jeder Partner die Auseinandersetzung verlangen kann, insbesondere nicht für Familiengesellschaften geeignet, die für Kontinuität stehen.¹²⁴

Eine solche einseitige Bewertung würde der LLP indes nicht gerecht. Vielmehr war sie von Anfang an für eine Nische konzipiert: Sie ist von Rechtsanwältinnen

¹²⁰ J. Johnson, 51 Bus. Law. 85, 110 (1995).

¹²¹ Callison/Sullivan (Fn. 22), § 32:6 (S. 772); J. Johnson, 51 Bus. Law. 85, 110 (1995); Walther, 50 Loy. L. Rev. 359, 369 f. (2004).

¹²² J. Johnson, 51 Bus. Law. 85, 1010 f. (1995).

¹²³ Dazu bereits oben unter IV.2.

¹²⁴ Zur Auflösung einer LLP etwa Stover/Hamill, 50 Ala. L. Rev. 813, 839 (1999).

für Rechtsanwälte und andere Freiberufler erdacht worden.¹²⁵ Das drückt sich noch heute in einigen Jurisdiktionen in Form der Zugangsbeschränkungen aus. Und aus Sicht der Begünstigten erfüllte und erfüllt die LLP die wichtigsten Anforderungen, die sie an eine Gesellschaftsform stellen. Denn sie bietet mit ihrer hohen Flexibilität und der Gleichbehandlung der Partner nicht nur einen passenden Typus, sie vereinte auch von Anfang an Haftungsbeschränkung mit transparenter Besteuerung. Und so lässt sich die Geschichte der LLP auch so erzählen, dass Verkehrsteilnehmer mit besonders gutem Zugang zu Gesetzgebern und rechtlicher Expertise sich eine Gesellschaft nach Wunsch kreierten, welche die gliedstaatlichen Gesetzgeber nach nur kurzem Widerstand willfährig umgesetzt haben.¹²⁶ Die besondere Raffinesse des lobbyistischen Einsatzes lag dabei darin, mit niedrigdosierten Neuerungen und stetiger Fortentwicklung keine übermäßige Abwehrhaltung zu erzeugen.¹²⁷ Denn es ist mehr als fraglich, ob etwa die sofortige Öffnung der LLC für Freiberufler oder eine generelle Haftungsbeschränkung bei der *general partnership* und damit ein offener Bruch mit der jahrhundertalten Tradition der solidarischen und unbeschränkten Berufshaftung überhaupt durchsetzbar gewesen wäre. Es bedurfte vielmehr der LLP mit ihren einzelnen Entwicklungsschritten. Diagnostizieren kann man deshalb vielmehr einen Ermüdungsbruch, der von der Öffentlichkeit nur wenig beachtet wurde,¹²⁸ aus Sicht der Betroffenen aber ebenso zum Ziel geführt hat.

Damit soll nicht gesagt werden, dass in der Sache nicht gute Argumente für Haftungsbeschränkungsmöglichkeiten zugunsten von Freiberuflern sprechen. Die Entwicklungen hierzulande¹²⁹ und in England¹³⁰ geben den U.S.-Gesetzgebern vielmehr Recht und legen nahe, dass eine haftungsbeschränkte Partnerschaft für Freiberufler die gesellschaftsrechtliche Sammlung sinnvoll ergänzt. Allerdings kann auch den damaligen Skeptikern¹³¹ nicht abgesprochen werden, dass ihre Sorgen – die Überwachung der anderen Partner würde zurückgehen und häufigere Rechtsverstöße folgten – gänzlich unberechtigt waren. Das zeigt ein Blick auf das Eingangsbeispiel, die Kanzlei *Jenkins & Gilchrist*. Stand sie Ende der 1980er Jahre aufgrund der Verwicklungen ihres Partners *Vineyard* in der dama-

¹²⁵ Also solche Gesellschafter, die zuvor in einer *general partnership* verbunden waren: *Stover/Hamill*, 50 Ala. L. Rev. 813, 840 (1999).

¹²⁶ Vgl. *Saab*, 40 Fordham Urban L.J. 177, 179, 186 f. (2012).

¹²⁷ In der Sache ähnlich, formuliert aber als Kritik an der trägen Entwicklung, *Weidner*, 26 J. Corp. L. 1031, 1035 (2001) (mit der Begründung, weshalb keine allgemeine Haftungsbeschränkungsmöglichkeit für die *general partnership* vorgesehen wurde: „It simply sounds too radical.“).

¹²⁸ Siehe etwa *Hamilton*, 66 U. Colo. L. Rev. 1065, 1091 (1995): „quietly obtaining limited liability for all partners in general partnerships without telling the world about it.“

¹²⁹ Siehe dazu in diesem Band § 7 (*Lieder/Hilser*), S. 239.

¹³⁰ Siehe dazu in diesem Band § 8 (*Lunemann*), S. 273.

¹³¹ Siehe etwa *Hamilton*, 66 U. Colo. L. Rev. 1065, 1090 f. (1995); *Ribstein*, 70 Wash. U. L. Q. 417 (1992) (unter dem Titel „The Deregulation of Limited Liability and the Death of Partnership“); *Saab*, 40 Fordham Urban L.J. 177 (2012); dagegen aber *Lawrence*, 9 Geo. J. Legal Ethics 207, 220 (1995); *Richmond*, 96 Ky. L.J. 231, 250 f. (2007/2008).

ligen *savings and loan crisis* noch am Abgrund, schloss sich dem Vergleich mit den Bundesbehörden im Jahr 1989 ein goldenes Jahrzehnt an. Die Kanzlei – mittlerweile eine LLP – beriet bald weit über die texanischen Grenzen hinaus und unterhielt Büros in New York, Washington, Las Vegas und Chicago.¹³² Zwischenzeitlich beschäftigte die Kanzlei mehr als 600 Anwälte.¹³³ Besonders glanzvoll schien dabei die Steuerrechtsabteilung in Chicago zu sein, die hunderte Millionen Euro Honorare erwirtschaftete, indem sie – in enger Zusammenarbeit mit Ernst & Young – durch kreative Lösungen Unternehmen und wohlhabende Einzelpersonen zu Steuerersparnissen in Milliardenhöhe verhalf.¹³⁴ Der Haken: Die *tax shelter schemes* waren illegal.¹³⁵ Der Internal Revenue Service untersuchte zunächst Ernst & Young und in der Folge auch Jenkens & Gilchrist sowie deren Mandanten.¹³⁶ Obschon auch intern gelegentlich Zweifel an der Steuerpraxis in Chicago geäußert wurden, überstrahlten die Geschäftszahlen doch sämtliche Zweifel und man ließ die „Chicago 3“ gewähren.¹³⁷ Wieder stand die Kanzlei am Abgrund – und dieses Mal sollte sie trotz Haftungsbeschränkung nicht überleben. Im Angesicht der Forderungen gegen Jenkens & Gilchrist verließen immer mehr Partner, teils auch ganze Teams und schließlich ganze Standorte die Kanzlei.¹³⁸ Nachdem die Kanzlei mit dem IRS einen Vergleich über 76 Millionen USD und einen ähnlich hohen Vergleich mit ehemaligen Mandanten abgeschlossen hatte, endete ihre Tätigkeit am 31.3.2007.¹³⁹

¹³² *Browning*, NY Times, 30.3.2007, S. 3; *Fairbank/Maxon*, Dallas Morning News, 1.4.2007, S. 1.

¹³³ *Davis/Reilly/Koppel*, Wall Street Journal, 30.3.2007, <<https://www.wsj.com/articles/SB117518424057253288>> (18.6.2021); *Fairbank/Maxon*, Dallas Morning News, 1.4.2007, S. 1.

¹³⁴ *Richmond*, 96 Ky. L.J. 231, 232 f. (2007/2008); aus der Tagespresse auch *Browning*, NY Times, 30.3.2007, S. 3; *Fairbank/Maxon*, Dallas Morning News, 1.4.2007, S. 1; allein der hauptverantwortliche Partner *Paul Dagerdas* soll 93 Millionen USD Honorare abgerechnet haben: *Browning*, NY Times, 4.2.2006, S. 3.

¹³⁵ Dazu *Browning*, NY Times, 30.3.2007, S. 3; *Davis/Reilly/Koppel*, Wall Street Journal, 30.3.2007, <<https://www.wsj.com/articles/SB117518424057253288>> (18.6.2021).

¹³⁶ Zu den Untersuchungen *Browning*, NY Times, 4.2.2006, S. 3; *Fairbank/Maxon*, Dallas Morning News, 1.4.2007, S. 1. Auch KPMG war stark involviert und zahlte eine Strafe von 456 Millionen USD, die nicht durch die Versicherung abgedeckt werden durfte (*Davis/Reilly/Koppel*, Wall Street Journal, 30.3.2007, <<https://www.wsj.com/articles/SB117518424057253288>> (18.6.2021)).

¹³⁷ Eingehend dazu *Fairbank/Maxon*, Dallas Morning News, 1.4.2007, S. 1 (mit Stimmen aus der Kanzlei-Zentrale).

¹³⁸ *Browning*, NY Times, 30.3.2007, S. 3; *Davis/Reilly/Koppel*, Wall Street Journal, 30.3.2007, <<https://www.wsj.com/articles/SB117518424057253288>> (18.6.2021); *Kwon*, Austin Business Journal, 3.7.2007; *Maxon*, Dallas Morning News, 2.4.2007, S. 1.

¹³⁹ *Browning*, NY Times, 30.3.2007, S. 3; *Davis/Reilly/Koppel*, Wall Street Journal, 30.3.2007, <<https://www.wsj.com/articles/SB117518424057253288>> (18.6.2021); *Maxon*, Dallas Morning News, 2.4.2007, S. 1; *Richmond*, 96 Ky. L.J. 231, 233 (2007/2008); *Fairbank/Maxon*, Dallas Morning News, 1.4.2007, S. 1. Zum Vergleich mit den Mandanten werden unterschiedliche Zahlen in den vorstehenden Quellen benannt (zwischen 81 Millionen USD und 108 Millionen USD).

§ 5 Österreich: Privatstiftung, 1993

Matthias Pendl

I.	Einleitung	132
II.	Wirtschaftliches und rechtliches Umfeld vor dem 1. September 1993	133
	1. Rechtsformangebot in der Zweiten Republik.....	133
	2. Österreichisches Wirtschaftswunder und Vermögensveranlagung	135
	3. Nachfolgefrage und Erbschaftssteuer	136
	4. Fruchtbare Boden.....	137
III.	Initiatoren und Schöpfung	137
	1. Impulsgeber.....	137
	2. Reformarbeiten.....	139
	a) Boltzmann-Arbeitskreis.....	139
	b) Arbeitsgruppe im BMJ.....	141
	c) Erweiterte Arbeitsgruppe im BMJ.....	142
IV.	Grundstrukturen und Weiterentwicklung	143
	1. Anfängliche Steuervorteile	144
	2. Grundpfeiler des Privatstiftungsgesetzes.....	145
	a) Stifter.....	145
	b) Stiftungserklärung und Stiftungsurkunden	147
	c) Rechtspersönlichkeit.....	149
	d) Sitz.....	150
	e) Vermögenswidmung.....	150
	f) Zweck	152
	g) Begünstigte.....	152
	h) Stiftungs-Governance.....	154
	i) Dauer, Widerruf und Änderung	160
	3. Änderung der Steuerlandschaft und „Mausefalleneffekt“.....	162
V.	Analyse.....	163
	1. Genesis der Privatstiftung	164
	2. Vom Stifterboom in den Dornröschenschlaf.....	165
	3. Leitbild und Realtypus	168
	4. Aufnahme in der Wissenschaft.....	170
	5. Regionale Beschränkung	170
	6. Normative Ausstrahlung.....	171
	7. Ausblick	172

I. Einleitung

Die österreichische Privatstiftung ist eine Rechtsform für Vermögende. Sie erfreute sich schon kurz nach ihrer Schöpfung im Jahr 1993 großer Beliebtheit und soll Schätzungen zufolge zum Kapitalsammelbecken für 60 bis 80 Mrd. Euro geworden sein.¹ Mitunter findet sich in den Medien auch der Satz, die Liste der bedeutendsten Privatstiftungen lese sich wie die Liste der reichsten Österreicher.² Dass der Rechtsform erhebliche wirtschaftliche Bedeutung zukommt, steht damit außer Frage.

Das rechtliche Charakteristikum der Privatstiftung bildet – nach etablierter Judikatur³ – der Umstand, dass einem „eigentümerlosen“ Vermögen Rechtspersönlichkeit zuerkannt wird, womit grundsätzlich auch eine Verselbständigung des gestifteten Vermögens einhergeht. Als „Stiftungsidee“ galt dem Gesetzgeber⁴, dass mit der Privatstiftung ein bestimmter Zweck besser, zielstrebig und auch dauerhafter verwirklicht werden könne, als wenn das Vermögen mit dem Schicksal des Stifters und dem seiner Rechtsnachfolger verbunden bliebe und es etwa in eine Gesellschaft eingebracht würde, die von den Gesellschaftern beeinflussbar ist.⁵ In diesem Sinne dienten Privatstiftungen etwa der Verhinderung von Vermögensaufspaltungen im Erbweg, einem professionellen Beteiligungsmanagement außerhalb des Familienverbands, aber auch der Förderung von Wissenschaft, Kunst und Kultur.⁶ Oftmals waren die Beweggründe für die Errichtung einer Privatstiftung freilich – zumindest teilweise – eigennützigter Natur und diente die Rechtsform der unmittelbaren oder generationenübergreifenden Steueroptimierung.⁷ In jüngerer Zeit führen jedoch steuerliche Attraktivitätsverluste sowie ein als zu starr empfundener Rechtsrahmen zum Ruf nach Reformen und privilegierten Exit-Möglichkeiten.⁸

Vor dem Hintergrund dieses wechselhaften Befundes betrachtet der folgende Text die Konzeption, Kinder- und Jugendtage sowie die Schicksalsjahre der Privatstiftung.⁹ Den Auftakt bilden das rechtliche und wirtschaftliche Umfeld vor

¹ *Kalss/Probst*, Familienunternehmen, 2013, Rn. 7/142; aus jüngerer Zeit 70 Mrd. Euro nennend *Zirm*, Die Presse, 4.12.2018, <<https://perma.cc/4RR3-3EQB>>; vgl. aber auch 323/ME 25. GP, PSG-Nov, WFA, S. 1: „Es liegen keine gesicherten Daten zum Vermögen, das in Privatstiftungen eingebracht ist, vor.“

² Vgl. etwa *Huber*, *kontrast.at*, 3.12.2018, <<https://perma.cc/6BCQ-SMRA>>.

³ Erstmalig OGH 6 Ob 39/97x SZ 70/92; siehe ferner den gefestigten Rechtssatz RIS-Justiz RS0052195.

⁴ ErlRV 1132 BlgNR 18. GP 15.

⁵ Dies aufnehmend OGH 6 Ob 60/01v SZ 74/79; 6 Ob 136/09g SZ 2009/122.

⁶ Vgl. *Kalss*, in: *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2017, Rn. 7/4 m. w. N.; ferner Wirtschaftskammer Österreich (WKO), <<https://perma.cc/9YMS-J53Q>>.

⁷ Vgl. etwa *Wilplinger*, Die Presse, 13.3.2019, <<https://perma.cc/8SE3-TSKD>>.

⁸ Vgl. 323/ME 25. GP, PSG-Nov, WFA, S. 1.

⁹ Eine kürzere Fassung dieser Analyse findet sich bei *Pendl*, *GesRZ* 2022, 191.

(II.) sowie die Gründe für und die Hintergründe bei der Rechtsformneuschöpfung Anfang der 1990er Jahre (III.). Hierfür wurden nicht nur schriftlich tradierte Quellen konsultiert, sondern auch drei Interviews mit Experten geführt, welche die Privatstiftung von ihrer Geburtsstunde an kennen und die sogar unmittelbar an ihrer Konzeption mitgewirkt haben:¹⁰ Steuerberater und Wirtschaftstreuhänder *Günter Cerha*, em. Professor der Wirtschaftsuniversität Wien *Peter Doralt* sowie Rechtsanwalt *Maximilian Eiselsberg*.¹¹ Ihnen sei an dieser Stelle herzlich für ihre Gesprächsbereitschaft gedankt.¹² Der Beitrag gibt in weiterer Folge einen Überblick über die Grundstrukturen der Privatstiftung sowie über ihre Fortentwicklung und Ausdifferenzierung in den fast 30 Jahren ihres Bestehens (IV.). Den Abschluss bildet eine Analyse der Wirkungen der Privatstiftung (V.).

II. Wirtschaftliches und rechtliches Umfeld vor dem 1. September 1993

Die Gründe für die Schöpfung der Privatstiftung als eigenständige Rechtsform können nur vor dem Hintergrund der rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen in den ersten Dekaden der Zweiten österreichischen Republik richtig verstanden werden:¹³

1. Rechtsformangebot in der Zweiten Republik

Im Gesellschaftsrecht präsentierte sich die seinerzeitige Rechtsformlandschaft weitgehend ähnlich wie jene in Deutschland. Grund dafür ist vor allem die historisch bedingte enge Verzahnung des Handelsrechts beider Länder. So setzte Österreich im Jahr 1863, damals noch im deutschen Bund mit den deutschen Partikularstaaten, das ADHGB in Kraft. Das GmbHG aus 1906 folgte in vielen Dingen dem deutschen Archetyp und auch die GmbH & Co. KG fand rasch Anerkennung.¹⁴ Ein nachhaltiger Angleichungsschritt folgte ferner in der Zeit des Nationalsozialismus, als Österreich das deutsche HGB sowie das druckfrische Aktiengesetz 1937 erhielt. Letzteres hatte sich in der österreichischen Praxis gut etabliert und wurde im Jahr 1965 bloß einer zurückhaltenden Reform unterzogen.¹⁵ Eine wesentliche Veränderung erfuhr das Repertoire der Rechtsformen jedoch durch die Tilgung der KGaA, die in Österreich keine Praxisrelevanz erlangt

¹⁰ Vgl. ErlRV 1132 BlgNR 18. GP 16 sowie unten III.

¹¹ Zitiert werden die vom Verfasser erstellten und ihm vorliegenden Gedächtnisprotokolle der jeweiligen Gespräche: *Cerha*, Interview, 15.4.2021; *Doralt*, Interview, 5.3. und 12.3.2021; *Eiselsberg*, Interview, 14.4.2021.

¹² Überdies gilt Frau Professor *Susanne Kalss* mein persönlicher Dank für die Herstellung des Kontakts zu meinen Interviewpartnern.

¹³ So der eindringliche Hinweis von *Eiselsberg*, Interview (Fn. 11), Pkt. II.

¹⁴ *Fleischer/Wansleben*, GmbHR 2017, 633, 634 f.

¹⁵ Vgl. ErlRV 301 BlgNR 10. GP 62 f.; *Kastner*, JBl 1965, 393.

hatte.¹⁶ Ergänzt wurde das Angebot wieder im Jahr 1990 mit dem Erwerbsgesellschaftengesetz, das eine offene Erwerbsgesellschaft (OEG) sowie eine Kommandit-Erwerbsgesellschaft (KEG) schuf – sie konnten als „Klone“¹⁷ von OHG und KG zu jedem erlaubten Zweck gegründet werden, der für Handelsgesellschaften nicht zulässig war.¹⁸

Das österreichische Stiftungswesen stand bis zum Inkrafttreten des Privatstiftungsgesetzes (PSG) in einer Tradition der Gemeinnützigkeit und Mildtätigkeit.¹⁹ Die Wurzeln dieser karitativen Ausrichtung werden regelmäßig im frühen römischen Christentum ausgemacht; zu besonderer Bekanntheit haben es die frommen Stiftungen *piae causae* des Mittelalters gebracht.²⁰ Als „Instrument der freiwilligen Vermögensumverteilung“²¹ dienten Stiftungen über die Jahrhunderte unterschiedlichen – auch vom sich wandelnden sozialen Versorgungsanspruch des Staates abhängigen – wohltätigen Zwecken. Den Stiftern wird dabei freilich neben echter Nächstenliebe auch eine Motivation durch Statusdemonstration, Eigenversorgung oder die Absicherung des Seelenheils attestiert.²² Dessen ungeachtet fand das Bundes-Stiftungs- und Fondsgesetz 1975, welches i. V. m. den Steuergesetzen weitreichende Steuererleichterungen versprach, gemäß seines § 1 BStFG lediglich auf Stiftungen und Fonds Anwendung, deren Vermögen zur Erfüllung gemeinnütziger oder mildtätiger Aufgaben bestimmt war. Für Stiftungen mit räumlich eingeschränktem Wirkungsbereich galten entsprechende Landesgesetze.²³ Kirchliche Stiftungen fanden ihre Rechtsgrundlage gemäß Art. 15 des Staatsgrundgesetzes (StGG) im jeweiligen Kirchenrecht, das sich regelmäßig mit ähnlichen frommen Stiftungszwecken beschied.²⁴

Familien- und Unternehmensstiftungen, mithin solche, die primär die Stifterfamilie fördern bzw. der Erhaltung und Förderung eines Unternehmens dienen sollten,²⁵ konnten angesichts der gesetzlichen Beschränkung auf karitative Zwe-

¹⁶ ErlRV 301 BlgNR 10. GP 65.

¹⁷ *Krejci*, Gesellschaftsrecht, Bd. 1, 2005, S. 277.

¹⁸ Eingehend dazu *Krejci*, Erwerbsgesellschaftengesetz, 1991, § 1 Rn. 35 ff.

¹⁹ Vgl. bereits den aus dem Jahre 1811 stammenden § 646 ABGB a.F. (aufgehoben mit Ende des Jahres 2016): „Von den Substitutionen und Fideikommissen unterscheiden sich die Stiftungen, wodurch die Einkünfte von Kapitalien, Grundstücken oder Rechten zu gemeinnützigen Anstalten, als: für geistliche Pfründen, Schulen, Kranken- oder Armenhäuser, oder, zum Unterhalte gewisser Personen auf alle folgende Zeiten bestimmt werden. Die Vorschriften über Stiftungen sind in den politischen Verordnungen enthalten.“

²⁰ *Sandgruber*, NZ 1993, 224, 229; ferner *Kalss*, in: Doralt/Nowotny/Kalss, Privatstiftungsgesetz, 1995, Einl. Rn. 5 m. w. N.

²¹ *Sandgruber*, NZ 1993, 224, 229.

²² Vgl. *Batliner*, NZ 1993, 201; *Sandgruber*, NZ 1993, 224, 229 und *passim*.

²³ Näher *Stammer*, Handbuch des österreichischen Stiftungs- und Fondswesens, 1983, S. 43 ff.; zum heutigen Rechtsstand unter dem BStFG 2015 *Kalss*, in: *Kalss/Nowotny/Schauer* (Fn. 6), Rn. 7/6 ff.

²⁴ Vgl. dazu *Kalss*, in: *Doralt/Nowotny/Kalss* (Fn. 20), Einl. Rn. 26; *Stammer* (Fn. 23), S. 36 ff.

²⁵ *Batliner*, NZ 1993, 201, 203.

cke, verbunden mit einem Konzessionssystem und staatlicher Aufsicht, nicht gedeihen. Familienbezogene Begünstigungen wären wohl lediglich als untergeordnete Nebenzwecke und Unternehmensstiftungen bloß zur Verfolgung karitativer Zwecke denkbar gewesen²⁶ – Alternativen, die potentiellen (Privat-)Stiftern nicht besonders attraktiv erschienen.²⁷

2. Österreichisches Wirtschaftswunder und Vermögensveranlagung

Die wirtschaftlichen Grundlagen, die das Bedürfnis nach einer Privatstiftung genährt haben, können bereits im Wiederaufbau nach dem zweiten Weltkrieg gefunden werden. Schon in den 1950er Jahren zeichnete sich unter dem Marshallplan und dem Aufbau verstaatlichter Industrieunternehmen ein deutlicher Aufschwung ab, der bisweilen als „österreichisches Wirtschaftswunder“ oder als „Goldenes Zeitalter“ bezeichnet wird.²⁸ Für Unternehmensgründer bot sich ein fruchtbares Umfeld. Das illustriert etwa die vielzitierte Geschichte des ehemaligen Bar-Pianisten, Gründers der Handelskette BILLA und zeitweise reichsten Österreicher *Karl Wlaschek*.²⁹ Aber nicht nur Aufsteiger, auch arrivierte Unternehmerdynastien, Bankhäuser oder von jeher begüterte Adelsfamilien hatten ansehnliche „stiftbare Vermögen“ angesammelt.³⁰

Trotz Wirtschaftswachstums und privater Kapitalvermehrung blieb der österreichische Kapitalmarkt lange Zeit unterentwickelt.³¹ Als Gründe identifiziert werden unter anderem die Vereinigung des institutionellen Aktienbesitzes in den Händen weniger „Konglomerate“³² sowie die bis zum Rechnungslegungsgesetz 1989 kargen kapitalmarktrechtlichen Veröffentlichungspflichten.³³ Das relativ kleine Anlegerpublikum blieb anonym, was durch die Vermögenssteuer³⁴ moti-

²⁶ Vgl. *Wiesner*, RdW 1991, 345, 347.

²⁷ ErlRV 1132 BlgNR 18. GP 15: „Bei der erwähnten Ausgestaltung des Stiftungsrechts kann die der Stiftung zugrundeliegende Idee in der Praxis oft nicht genutzt werden, [...]“; vgl. ferner *Fuchs*, RdW 1991, 314; *Helbich*, in: Gassner/Göth/Gröhs/Lang, Privatstiftungen, 2000, S. 1, 2.

²⁸ Ausführlich *Butschek*, Österreichische Wirtschaftsgeschichte, 2012, S. 299 ff.

²⁹ Vgl. zu ihm die Biografie von *A. Haslinger*, *Karl Wlaschek: Eine Erfolgsgeschichte*, 2005; für eine Kurzbiografie vgl. *Austria Forum*, Biographien, *Wlaschek, Karl*, <<https://perma.cc/5YYK-63SP>>.

³⁰ Vgl. ErlRV 1132 BlgNR 18. GP 15; *Doralt*, ZGR 1996, 1, 1 f.; *Eiselsberg*, Interview (Fn. 11), Pkt. II.

³¹ Vgl. auch *Wiener Börse, 250 Jahre – Die Geschichte der Wiener Börse*, <<https://perma.cc/8EWD-HJWE>>: „1985 wies der amerikanische Analyst Jim Rogers auf das hohe Potenzial des österreichischen Kapitalmarktes hin und löste damit eine Aktienhausse aus. In dieser Zeit änderte sich auch die verhaltene Einstellung der Wirtschaftspolitik zum Aktienmarkt. Durch die Privatisierungswelle 1987 gingen nach und nach zahlreiche renommierte österreichische Unternehmen an die Börse.“

³² *Eiselsberg*, Interview (Fn. 11), Pkt. II.

³³ Vgl. *Wagner*, FJ 1989, 193.

³⁴ Vermögenssteuergesetz 1954, außer Kraft getreten mit 31.12.1993 per Art. XII des Steuerreformgesetzes 1993, BGBl 1993/818.

viert und von einem rigiden Bankgeheimnis³⁵ protektiert wurde. Symptomatisch wurden Beteiligungen nach dem Legitimationspapier für anonyme Wertpapierkonten umgangssprachlich als „Juxten“ bezeichnet.³⁶

Weiteres Abschreckungspotential gegenüber einer vollständigen Veranlagung in Österreich bot die von vielen auch nach Ende der Besatzung Österreichs als unsicher empfundene politische Lage.³⁷ Die Nachkriegsgeneration hatte offenbar Sorge, inmitten des Kalten Krieges zwischen die Mühlsteine der Machtblöcke zu geraten. Ereignisse wie der Prager Frühling im Jahre 1968 direkt an der österreichischen Grenze dürften derartige Gedanken verstärkt haben. Es ist somit nachvollziehbar, dass sich erfolgreiche Unternehmer und andere vermögende Österreicher ein finanzielles Sicherheitspolster im politisch als stabiler wahrgenommenen Ausland – namentlich in der Schweiz und im Fürstentum Liechtenstein – schufen.³⁸ Dies gipfelte darin, dass in den 1970er und 80er Jahren Anwälte aus dem Fürstentum sogar Seminare darüber abhielten, wie man sein Kapital am besten in eine liechtensteinische Stiftung, eine Anstalt oder einen Trust einbringen konnte.³⁹ Um ihre Schäfchen ins Trockene zu bringen, nahmen einige selbst ein als Kavaliersdelikt empfundenes Steuervergehen in Kauf und leisteten sich ein „Schachterl in Liechtenstein“^{40,41} Wer offen eine liechtensteinische Stiftung gründete, wanderte sogar aus, um sich nicht dem Höchstsatz der Schenkungssteuer auszusetzen, der in Klasse V. bei hohen Beträgen bis zu 60 % betragen konnte.⁴²

3. Nachfolgefrage und Erbschaftssteuer

Als unbefriedigend angesehen wurde schließlich die Situation im Falle einer Unternehmensnachfolge sowie bei der Nachfolge in schwer teilbare Vermögen wie z. B. große Forstgüter oder Schlösser.⁴³ Zum einen waren Familienfideikomisse als Anordnung „kraft welcher ein Vermögen für alle künftige, oder doch für mehrere Geschlechtsfolger, als ein unveräußerliches Gut der Familie erklärt wird“,⁴⁴ seit dem Jahr 1938 endgültig erloschen.⁴⁵ Zum anderen unterlagen die Familien-

³⁵ Einsichtsreich dazu *Luther*, FJ 1989, 162.

³⁶ *Eiselsberg*, Interview (Fn. 11), Pkt. II.; vgl. weiterführend OGH 6 Ob 222/07a ÖBA 2008, 443 m. w. N.

³⁷ Dazu und zum folgenden *Eiselsberg*, Interview (Fn. 11), Pkt. II.

³⁸ Die Wichtigkeit langfristiger politischer Stabilität und Kontinuität für den Erfolg der liechtensteinischen Stiftung betonend *Batliner*, NZ 1993, 201, 202.

³⁹ *Cerha*, Interview (Fn. 11), Pkt. III.

⁴⁰ So *P. Doralt*, Interview (Fn. 11), Pkt. III. 1. über einen ihm bekannten Fall aus der Praxis.

⁴¹ *Eiselsberg*, Interview (Fn. 11), Pkt. II.

⁴² §§ 7 und 8 ErbStG 1955; dazu *Cerha/Eiselsberg/Kirschner/Knirsch*, *ecolex-Spezial: Privatstiftungsgesetz*, 1993, S. 92 f.; *Wiesner*, RdW 1989, 345.

⁴³ Dazu und zum Folgenden *P. Doralt*, Interview (Fn. 11), Pkt. III. 1.; *Eiselsberg*, Interview (Fn. 11), Pkt. III.; vgl. auch *Kalss/Probst* (Fn. 1), Rn. 7/142.

⁴⁴ § 618 ABGB a. F.

⁴⁵ Gesetz über das Erlöschen der Familienfideikomisse und sonstiger gebundener Vermögen vom 6. Juli 1938, dRGBI. I 825.

strukturen einem gesellschaftlichen und rechtlichen Wandel. Beispielsweise mag die Aufwertung un- bzw. außerehelicher Kinder⁴⁶ als zusätzliche Erb- und Pflichtteilsberechtigte⁴⁷ von manchen als Bedrohung für den Fortbestand eines Unternehmens wahrgenommen worden sein.⁴⁸ Als besonders belastend und die Fortführung eines Unternehmens gefährdend wurde schließlich die nach dem ErbStG 1955 bei einem Erwerb von Todes wegen anfallende Erbschaftssteuer wahrgenommen.⁴⁹

4. Fruchtbarer Boden

Zusammenfassend traf man im Österreich der 1970er und 80er Jahre einerseits auf wirtschaftliche Prosperität und private Vermögensagglomeration, andererseits auf verbleibende politische Unwägbarkeiten sowie steuerlich getriebene Anonymität und Zurückhaltung bei der Vermögensveranlagung. Hinzu kam eine Gesellschafts- und Stiftungslandschaft, die entweder aufgrund von Steuerlasten und Nachfolgeproblematiken oder wegen eingeschränkter Stiftungszwecke und Staatsaufsicht unattraktiv erschien und zu der insbesondere das Fürstentum Liechtenstein in Standortwettbewerb stand. Das Versickern größerer Vermögen im nahen Ausland, zahlreiche anstehende Unternehmensnachfolgen, aber auch die Erkenntnis vieler „stiften Gegangener“, dass sie ihren Lebensabend in Österreich genießen und angesichts des politischen Tauwetters ihre Ersparnisse wieder in die Heimat transferieren wollten,⁵⁰ bereiteten Ende der 1980er bzw. Anfang der 1990er Jahre fruchtbaren Boden für eine neue Stiftungs-idee. Insbesondere in der Beraterszene, die von Klienten regelmäßig mit einschlägigen Anfragen konfrontiert wurde, lag das Thema in der Luft.⁵¹

III. Initiatoren und Schöpfung

1. Impulsgeber

Die Privatstiftung hat viele Väter.⁵² Ein Gedanke in Richtung unternehmenstragender Stiftungen findet sich beispielsweise schon bei *dem* Wirtschaftsjuristen

⁴⁶ Dazu aus historischer Perspektive vom Mittelalter bis in die 1970er Jahre *Wesener*, in: L'ENFANT, Recueils de la Société Jean Bodin, 36 (1976) 493.

⁴⁷ Zur völligen erbrechtlichen Gleichstellung kam es erst im Jahr 1991 – dazu *Schauer*, RdW 1990, 70; rückblickend und m.w.N. *Christandl*, in: Klang, ABGB, 3. Aufl. 2020, Vor § 727 Rn. 35 f.

⁴⁸ So jedenfalls ein Hinweis von *Eiselsberg*, Interview (Fn. 11), Pkt. II.

⁴⁹ *Cerha*, Interview (Fn. 11), Pkt. IV. und V.6.; *P. Doralt*, Interview (Fn. 11), Pkt. III. 1 und IV.

⁵⁰ Vgl. *Eiselsberg*, Interview (Fn. 11), Pkt. II.

⁵¹ Übereinstimmend *Cerha*, Interview (Fn. 11), Pkt. III. und *Eiselsberg*, Interview (Fn. 11), Pkt. II.; vgl. auch *Helbich*, in: Gassner et al. (Fn. 27), S. 1, 3.

⁵² Ähnlich *H. Torggler*, in: GS Helbich, 2014, S. 151, 152.

der Zweiten Republik – *Walther Kastner*.⁵³ Überliefert ist sodann ein leidenschaftliches Plädoyer für ein „modernes Stiftungsrecht“ von *Franz Helbich*, das er im Jahre 1984 auf dem 34. Wirtschaftstreuhand-Kongress unter dem Titel „Steuerplanung und Unternehmensnachfolge“ hielt.⁵⁴ Als Rechtsanwalt und ehemaliger Generalsekretär der Industriellenvereinigung, der freiwilligen und unabhängigen Interessenvertretung der österreichischen Industrie,⁵⁵ waren ihm die Anliegen der Unternehmerelite bestens bekannt. Zudem hatte er als Schlüsselfigur hinter dem Strukturverbesserungsgesetz, das weitestgehend abgabenneutrale Strukturänderungen von Unternehmen samt steuerbegünstigter Aufwertungsgewinne ermöglichte, eindrucksvoll unter Beweis gestellt, wie gesellschaftsrechtliche Innovation und Steuerbegünstigung Hand in Hand gehen können.⁵⁶ Aufgrund seiner Kontakte zu Interessenvertretern und politischen Meinungsmachern liegt nahe,⁵⁷ dass *Franz Helbich* – direkt oder indirekt – auch für die folgende Passage im Regierungsprogramm vom 17. Dezember des Jahres 1990 (Kabinett Vranitzky III) verantwortlich zeichnet:

„Ein modernes Konzernrecht ist zu schaffen. Im Gesellschaftsrecht sind Vorkehrungen für die Sicherung von Verfügungsrechten zu treffen, ferner soll ein *modernes Stiftungsrecht*, die Rechtsform der Kleinen AG und ein zeitgemäßes Genossenschaftsrecht geschaffen werden.“⁵⁸

Dass der Vorsatz zur Schaffung eines modernen Stiftungsrechts nicht – wie etwa die Modernisierung des Konzernrechts – ein frommer Wunsch blieb, dürfte indes den Initiativen weiterer Personen zu danken sein. Große Wellen schlug etwa ein Artikel von *Günter Cerha* im Wirtschaftsmagazin „Gewinn“.⁵⁹ Einer der Herausgeber des Magazins war ein Klient *Cerhas* gewesen und über den steinigem Weg, den er für eine Stiftungsrichtung beschreiten hätte müssen, so aufgebracht, dass er seinen Berater um den prononcierten Beitrag bat.⁶⁰ Anschaulich setzte *Cerha* dem Leser auseinander, was international mit einem Trust oder einer Stiftung erreicht werden konnte, und dass die Hochkonjunktur große Familienvermögen hervorgebracht habe, zu deren Sicherung und Erhaltung für die Nachkommenschaft es einer Stiftungslösung bedürfe. Zudem wies er auf den volkswirtschaft-

⁵³ *Kastner*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., S. 9 f.

⁵⁴ Veröffentlicht in SWK 1984, Heft 13/14, S. 9 ff.; rückblickend zur seinerzeitigen Umsetzungschance *Helbich*, in: Gassner et al. (Fn. 27), S. 1, 2: „damals völlig aussichtslos und geradezu abwegig“.

⁵⁵ So das Selbstbild der Organisation – siehe <<https://perma.cc/6THR-X3JP>>.

⁵⁶ Vgl. *P. Doralt*, Interview (Fn. 11), Pkt. III. 1.

⁵⁷ Vgl. die etwas kryptischen Ausführungen von *Helbich*, in: Gassner et al. (Fn. 27), S. 1, 3; ferner die entsprechenden Vermutungen bei *Cerha*, Interview (Fn. 11), Pkt. V. 1.; *P. Doralt*, Interview (Fn. 11), Pkt. III. 2.; *Eiselsberg*, Interview (Fn. 11), Pkt. III. 3.

⁵⁸ Arbeitsübereinkommen zwischen der Sozialistischen Partei Österreichs und der Österreichischen Volkspartei über die Bildung einer gemeinsamen Bundesregierung für die Dauer der XVIII. Gesetzgebungsperiode des Nationalrates, hrsg. Bundespressedienst, 1990, Beilage 7, S. 32, rechte Spalte (Hervorhebung durch den Verfasser).

⁵⁹ *Cerha*, Gewinn 2/1991, 146 ff.

⁶⁰ *Cerha*, Interview (Fn. 11), Pkt. V. 1.

lichen Nutzen von Familien- und Unternehmerstiftungen hin und skizzierte notwendige steuerliche Begleitmaßnahmen. Die Resonanz war erheblich. Vom Justizsprecher der Österreichischen Volkspartei wurde er gar brieflich aufgefordert, einen Gesetzesentwurf zu entwickeln.⁶¹

Der unmittelbare und erfolgreiche Anstoß zur Entwicklung eines konkreten Entwurfs eines Privatstiftungsrechts stammt von *Maximilian Eiselsberg*.⁶² Im Frühsommer 1991 traf er sich zur Feier des eben erschienenen Kommentars zum Firmenbuchgesetz⁶³ mit seinen Mitautoren sowie mit dem Sektionschef im Justizministerium (im Folgenden „BMJ“) *Otto Oberhammer*. Letzterer stellte zum Ende des Treffens die – eher rhetorische – Frage, welches Projekt nun als nächstes ins Auge gefasst werden sollte; unvermittelt schlug *Eiselsberg* vor, österreichische Privatvermögen durch ein modernisiertes Stiftungsrecht zu erhalten bzw. nach Österreich zurückzuholen. Dies hatte nicht nur eine lebhaft diskutierte und die Ausdehnung des Mittagessens bis in den Abend zur Folge. Die Idee wurde auch sogleich in das BMJ hinein und hinauf bis zu Justizminister *Michalek*, Finanzminister *Lacina* und Bundeskanzler *Vranitzky* getragen. Dort stieß die Anregung auf großen Anklang – obgleich die beiden Letztgenannten der sozialdemokratischen Partei angehörten.⁶⁴

Das politische Wohlwollen für das Projekt mag unterschiedliche Gründe gehabt haben. Möglicherweise bestand sogar die vage Hoffnung, Partei- bzw. Gewerkschaftsgelder günstig in Stiftungen einbringen zu können. Das politische Hauptmotiv lag jedoch sicherlich darin, aktuelle und potentielle Stiftungsflichtige durch steuer- und organisationsrechtliche Anreize mit ihren Vermögen zurück nach Österreich zu bringen bzw. im Inland zu halten. Ein Bundesratsabgeordneter sollte es später so formulieren:

„[S]eien wir ehrlich: Die Superreichen werden massiv begünstigt; das muß man schlicht und einfach so sagen. Es gibt jedoch keine zweckmäßige Alternative. Das ist die bittere Wahrheit aus sozialer Sicht. Ein wenig Steuern sind immer noch besser als gar keine Steuern, und Vermögen im Inland zu behalten, ist sicher grundsätzlich günstiger, als es ins Ausland zu verabschieden.“⁶⁵

2. Reformarbeiten

a) Boltzmann-Arbeitskreis

Die Vorarbeiten zum PSG übernahm das in Wien angesiedelte Ludwig-Boltzmann-Institut für Urkundenwesen und Rechtsfürsorge, das einen neunköpfigen

⁶¹ *Cerha*, Interview (Fn. 11), Pkt. V.1.

⁶² Dazu und zum Folgenden bereits *N. N.*, Wirtschaftsblatt 1997, Hermes Preis '97, S. A6; ferner *Eiselsberg*, Interview (Fn. 11), Pkt. III.1. und 2.

⁶³ *Eiselsberg/Schenk/Weißmann*, Firmenbuchgesetz, 1991.

⁶⁴ Vgl. *Cerha*, Interview (Fn. 11), Pkt. V.4.; *P. Doralt*, Interview (Fn. 11), Pkt. III.1. Den oben zitierten Satz im Regierungsprogramm des Kabinetts *Vranitzky III* kannte *Eiselsberg* nach eigenen Angaben zu jener Zeit noch nicht; der Programmsatz erleichterte jedoch den politischen Konsens hinsichtlich seines Vorstoßes. Vgl. den erfreuten Rückblick bei *Eiselsberg*, Interview (Fn. 11), Pkt. III.3.: „Das war ein echter Zufallstreffer!“

⁶⁵ *Rockenschau*, Stenographische Protokolle des Bundesrats, 574. Sitzung, S. 28035.

Arbeitskreis einsetzte. Beteiligt waren auch *Günter Cerha* und *Maximilian Eiselsberg*. Die weiteren Mitglieder wurden vorwiegend aus dem Notariat, der Rechtsanwaltschaft sowie dem Kreis der Wirtschaftsprüfer und Steuerberater rekrutiert.⁶⁶ Der Entwurf sollte nach dem politischen Wunsch ein rasch erstelltes Produkt der am tatsächlichen Bedarf ausgerichteten Praxis sein. Grundsatzdiskussionen auf theoretischer Ebene, die das Projekt verzögern oder gar verhindern könnten, sollten möglichst vermieden werden.⁶⁷

Mitte des Jahres 1992 war der Vor-Entwurf des Boltzmann-Arbeitskreises fertiggestellt und wurde dem Justizministerium zugeleitet. Dieser Vor-Entwurf, welcher dem Verfasser dieser Zeilen leider nicht vorliegt,⁶⁸ stand sodann nach den Schilderungen von *Günter Cerha*⁶⁹ im Zeichen folgender Grundideen:

- Geschaffen werden sollte ein möglichst flexibles Stiftungsrecht. Der Wille des Stifters sollte im Vordergrund stehen und er sollte bei der Gestaltung seiner Privatstiftung möglichst wenigen Einschränkungen unterliegen. Insoweit sah man sich – zumindest im Grundsatz – vom Trust inspiriert.
- Die primäre rechtsvergleichende Inspirationsquelle bildete das liechtensteinische Stiftungsrecht. Zum einen versuchte man sich eng an dieses der österreichischen Praxis gut bekannte Vorbild anzulehnen und holte auch beratende Unterstützung liechtensteinischer Kollegen ein;⁷⁰ zum anderen versuchte man, dort identifizierte Probleme zu vermeiden. Insbesondere sollte die im Dienste des ihr gewidmeten (Familien-)Vermögens stehende Stiftung kein Eigenleben entfalten, weshalb ihre Organmitglieder stärkeren Kontrollen unterliegen sollten.
- Eine im Vergleich zur liechtensteinischen Stiftung erhöhte Transparenz erwartete man sich von der Eintragung im Firmenbuch. Wie bei Kapitalgesellschaften sollten die Statuten grundsätzlich öffentlich einsehbar sein. Allerdings wollte man auch berücksichtigen, dass die Gründung einer Privatstiftung zum Teil „quasi den Charakter eines Testaments“ habe und derartige Inhalte regelmäßig nicht für die Öffentlichkeit bestimmt seien. Dies führte zur Idee einer Teilung der Stiftungsurkunden.⁷¹
- Redaktionell setzte sich der Arbeitskreis zum Ziel, das Gesetz möglichst kurz, einfach und verständlich zu halten.

⁶⁶ Aus der Professorenzunft war der Prozessualist *Winfried Kralik* beteiligt; damals noch Universitätsdozenten waren *Michael Lang* und *Hanspeter Hanreich*. Vollständige Namensübersicht *Knirsch*, GesRZ 1992, 186.

⁶⁷ *Eiselsberg*, Interview (Fn. 11), Pkt. III.3.

⁶⁸ Anfragen bei den Interviewpartnern, der Wirtschaftsuniversität Wien, führenden Kommentatoren des Privatstiftungsrechts und dem BMJ blieben leider ergebnislos. Ein Inhaltsüberblick findet sich bei *Knirsch*, GesRZ 1992, 186, 186 f.

⁶⁹ Interview (Fn. 11), Pkt. V.2.

⁷⁰ *Eiselsberg*, Interview (Fn. 11), Pkt. VI.

⁷¹ Dazu unten IV.2.b)(1).

b) Arbeitsgruppe im BMJ

Auf diesem Vor-Entwurf bauten die weiteren Reformarbeiten einer Arbeitsgruppe des Justizministeriums auf. Zwar existierte zu diesem Zeitpunkt auch ein zweiter Vor-Entwurf, den der Verein zur Förderung privater Kapitalanlagen unter der Leitung des Grazer Universitätsprofessors *Waldemar Jud* vorgelegt hatte.⁷² Dieser wurde in Wien jedoch in erster Linie als Bestätigung der grundsätzlichen Richtung wahrgenommen.⁷³ Er hatte aber offenbar auch Einfluss auf die Gestaltung einzelner Bestimmungen des PSG.⁷⁴

Der Arbeitsgruppe des BMJ gehörten neben den Protagonisten des Boltzmann-Arbeitskreises⁷⁵ Beamte aus unterschiedlichen Ministerien an.⁷⁶ Treibende Kraft bei der Ausarbeitung der anspruchsvollen abgabenrechtlichen Themen war der Ministerialrat – und spätere Honorarprofessor – *Werner Wiesner* aus dem Finanzministerium.⁷⁷ Im Übrigen trugen die Arbeiten jedoch die Handschrift des Justizministeriums. Insofern fällt ins Auge, dass in den Gesetzesmaterialien noch von einer „Privatrechtsstiftung“ die Rede ist.⁷⁸ Dieser Begriff, der am Ende des Gesetzgebungsverfahrens vom Justizausschuss kupiert wurde,⁷⁹ war zunächst bewusst gewählt worden. Er sollte die neu begründete⁸⁰ Kompetenz des Justizministeriums betonen, mit der dem Innenministerium ausgewichen wurde, welches traditionell für das Stiftungswesen zuständig gewesen war.⁸¹ Die Privatstiftung wurde indes bewusst als privatrechtliche Rechtsform konstruiert. Sie sollte nicht ins Stiftungsregister, sondern ins kürzlich geschaffene Firmenbuch eingetragen werden und nicht der behördlichen Genehmigung und Aufsicht, sondern dem Normativsystem und der Kontrolle des Firmenbuchgerichts⁸² unterliegen.⁸³

Die rasche Fertigstellung des Ministerialentwurfs, der mit 13.1.1993 datiert ist und der zur Begutachtung und Stellungnahme bis zum 15.3.1993 versandt

⁷² ErlRV 1132 BlgNR 18. GP 16.

⁷³ Übereinstimmend *Cerha*, Interview (Fn. 11), Pkt. V.4. und *Eiselsberg*, Interview (Fn. 11), Pkt. II.3.

⁷⁴ Vgl. *P. Doralt*, GesRZ 1997, 125, 134.

⁷⁵ *Günter Cerha*, *Maximilian Eiselsberg*, *Uwe Kirschner* und *Peter Knirsch* – vgl. auch die von diesen Personen herausgegebene Erstkommentierung des PSG (Fn. 42).

⁷⁶ Vollständige Auflistung bei ErlRV 1132 BlgNR 18. GP 16.

⁷⁷ So übereinstimmend *Cerha*, Interview (Fn. 11), Pkt. V.4. und *Eiselsberg*, Interview (Fn. 11), Pkt. III.3.

⁷⁸ Vgl. 289/ME 18. GP; ErlRV 1132 BlgNR 18. GP.

⁷⁹ JAB 1203 BlgNR 18. GP 1.

⁸⁰ Zu den hierzu angestellten Begründungslinien und zur in der Regierungsvorlage besonders vorgesehenen Verfassungsbestimmung, deren Umsetzung letztlich durch eine Änderung des Art. 10 Abs. 1 Z 6 B-VG entbehrlich wurde, eingehend *Bammer*, in: *Doralt/Nowotny/Kalss* (Fn. 20), Einl. Rn. 38 ff.

⁸¹ *Eiselsberg*, Interview (Fn. 11), Pkt. III.2.

⁸² Zur Rolle des Firmenbuchgerichts als Gestalter des Gesellschafts- und Unternehmensrechts ausführlich *Schopper*, in: *Vogt/Fleischer/Kalss*, *Protagonisten im Gesellschaftsrecht*, 2020, S. 29 ff.

⁸³ Vgl. *Eiselsberg*, Interview (Fn. 11), Pkt. III.2.

wurde, war neben dem packenden Zugriff der beteiligten Praktiker und Beamten auch dem Umstand geschuldet, dass das Gesetz politisch gewünscht war. So erkundigten sich sowohl der Justizminister als auch der Bundeskanzler regelmäßig nach dem Stand des Projekts.⁸⁴

c) *Erweiterte Arbeitsgruppe im BMJ*

Das Begutachtungsverfahren förderte einige Verbesserungsvorschläge zutage, die im Sommer 1993 von einer erweiterten Arbeitsgruppe erörtert wurden. Die personelle Erweiterung umfasste insbesondere Angehörige der Sozialpartnerschaft (Wirtschaftskammer: *Hanspeter Hanreich*, Arbeiterkammer: *Sieglinde Gahleitner*) sowie *Peter Doralt* als Vertreter der Wissenschaft.⁸⁵ Die späte Einbindung dieser Gruppen war durchaus ungewöhnlich, da Gesetzesentwürfe üblicherweise unmittelbar in den Ministerien, mitunter auch in Kooperation mit Wissenschaftlern, erarbeitet wurden und werden. Daran schließt die Einbeziehung von Sozialpartnern, Vertretern der beratenden Berufe und interessierter Universitätsprofessoren an, woraus der Ministerialentwurf hervorgeht.⁸⁶ Mit dem Privatstiftungsgesetz verhielt es sich jedoch anders, weil sowohl die entscheidenden Impulse als auch der erste Entwurf unmittelbar aus der Praxis stammten.⁸⁷

Anlass für die intensive Beratung im erweiterten Kreis dürfte auch und vor allem die Rechtsvergleichung gegeben haben – konkret die Vortragenden und Diskutanten bei den 5. Europatagen des Notariats, die von 15. bis 17. April 1993 in Salzburg stattfanden.⁸⁸ Die liechtensteinische Perspektive steuerte der Rechtsanwalt und zeitweilige Präsident des Staatsgerichtshofs *Herbert Batliner* bei, die deutsche Sicht präsentierte kein Geringerer als der Wirtschaftstreuhandler und Mitbegründer von KPMG *Reinhard Goerdeler* und über die Bedeutung des Trusts im angloamerikanischen Rechtssystem referierte der Solicitor *Charles Anthony Slingsby*. Die im Zuge dieser Tagung angeregten Diskussionen, die sich unter anderem zwischen Justizminister *Michalek* und Professor *Doralt* entspannen, führten zur Einbindung des Letzteren sowie der Sozialpartner in den Gesetzwerdungsprozess.⁸⁹

Zur Vorbereitung der erweiterten Gesetzgebungsarbeiten wurde an der Wirtschaftsuniversität Wien gar ein Seminar abgehalten, welches den Grundstein für

⁸⁴ *Cerha*, Interview (Fn. 11), Pkt. V.4.

⁸⁵ ErlRV 1132 BlgNR 18. GP 16.

⁸⁶ Ausführlich dazu *P. Doralt*, Interview (Fn. 11), Pkt. II.; vgl. auch den Diskussionsbeitrag von *Kalss* bei *Vogt*, in: *Vogt/Fleischer/Kalss* (Fn. 82), 23, 24 f.

⁸⁷ So auch die Beobachtung von *Cerha*, Interview (Fn. 11), Pkt. V.4.

⁸⁸ Die Referate sind teilweise abgedruckt in NZ 1993, 201 ff.

⁸⁹ Vgl. *P. Doralt*, Interview (Fn. 11), Pkt. III.3., welcher erläuterte, dass er auf frühere Anregungen von *Franz Helbich* aus Zeitnot nicht eingehen konnte und diesem stattdessen eine Zusammenarbeit mit *Peter Csoklich* ans Herz legte – daraus hervorgegangen: *Csoklich/Müller*, Die Stiftung als Unternehmer, 1990.

eine der ersten Kommentierungen des PSG bilden sollte.⁹⁰ Die Privatstiftung war im Sommer 1993 indes schon zu weit gediehen, als dass man das Gesetzespaket noch einmal komplett aufschnüren hätte können.⁹¹ So wurde etwa eine eingehende Würdigung des Ministerialentwurfs im Lichte des Trust-Rechts unterlassen.⁹² Gleichwohl wurden einige Stellen des Entwurfs heftig diskutiert und nicht bloß unerhebliche Abänderungen vorgenommen.⁹³

Für viel Gesprächsstoff sorgte die Frage der maximalen Lebensdauer einer Privatstiftung.⁹⁴ Sie war einerseits aufgrund der Erfahrungen mit dem Familienfideikommiss, andererseits durch die auf der Tagung des Notariats angesprochene *rule against perpetuities* aufgeworfen worden.⁹⁵ Als zu kurz erwies sich die Zeit für eine grundlegende Erörterung des Einflusses der Begünstigten.⁹⁶ Diesbezüglich sollte jedoch später die von der Arbeiterkammer betriebene Ergänzung relevant werden, wonach unter bestimmten Voraussetzungen die Einrichtung eines Aufsichtsrats zwingend erforderlich ist.⁹⁷ Darüber hinaus wurden einige Anregungen aus der – im Gesetzgebungsverfahren nur zurückhaltend einbezogenen – Wissenschaft berücksichtigt. Besondere Erwähnung verdient ein Beitrag von *Martin Schauer*⁹⁸, welcher insbesondere zur Streichung jener Passage des Entwurfs führte, wonach von Todes wegen gewidmetes Stiftungsvermögen – von grundlegenden erbrechtlichen Wertungen abweichend – nicht in den Nachlass des Stifters fallen hätte sollen.

IV. Grundstrukturen und Weiterentwicklung

Das PSG trat schließlich mit 1. September 1993 in Kraft. Im Folgenden soll ein kurzer Rundgang durch seine wesentlichen Abteilungen erfolgen. Dabei werden neben den Regelungsmotiven auch die praktische Bedeutung einzelner Rege-

⁹⁰ *Doralt/Nowotny/Kalss* (Fn. 20).

⁹¹ Vgl. die treffende Metapher von *P. Doralt*, Interview (Fn. 11), Pkt. III. 3: „Ein Gesetz ist wie ein Teig“ – am Beginn lose Zutaten, später eine schwer zu rührende Masse, in der Ofenform kaum noch zu verändern.

⁹² Bedauernd *P. Doralt*, Interview (Fn. 11), Pkt. III. 3.; aus dem Referat auf den 5. Europatagen des Notariats noch *Slingsby*, NZ 1993, 231, 236: „Beim österreichischen Privatstiftungsrecht sehe ich jedoch, daß eine Art eigenständiges Trustgesetz geschaffen werden soll.“; vgl. nachträglich *Micheler*, in: *Doralt/Kalss*, Aktuelle Fragen des Privatstiftungsrechts, 2001, S. 291 mit dem Fazit auf S. 324: „Trust und Privatstiftung unterscheiden sich in ihren Merkmalen und in ihrer Funktion.“

⁹³ Ausgewählte Einzelfragen werden unter IV. erörtert.

⁹⁴ Näher zur Privatstiftung als Dauerrechtsform unten IV. 2. i).

⁹⁵ Vgl. die Erwähnung des Familienfideikommiss bereits bei *Cerha*, Gewinn 2/1991, 147; ferner ErlRV 1132 BlgNR 18. GP 16; zur *rule against perpetuities* siehe *Slingsby*, NZ 1993, 231, 234; rechtsvergleichend *Pock*, St. John's L. Rev. 35 (1960) 62.

⁹⁶ Bedauernd *P. Doralt*, Interview (Fn. 11), Pkt. III. 3.

⁹⁷ Dazu unten IV. 2. g.) und IV. 2. h).

⁹⁸ RdW 1993, 170.

lungselemente sowie maßgebliche Interpretations- und Judikaturlinien vorgestellt, die bisweilen eine Fortentwicklung des ursprünglichen Normmaterials bedeuteten oder zu punktuellen Reformen Anlass gaben. Am Beginn der Führung steht jedoch der besonders spannende Blick darauf, was die Privatstiftung über Jahre hinweg so attraktiv erscheinen ließ: die abgabenrechtlichen Vorteile für Stifter, Stiftung und Begünstigte aus Anlass der Rechtsformneuschöpfung.

1. Anfängliche Steuervorteile

Gemeinsam mit bzw. vielmehr für die Privatstiftung ersannen ihre Schöpfer zahlreiche steuerliche Begleitmaßnahmen.⁹⁹ Im Stadium der Vermögenszuwendung an die Stiftung war die wichtigste, dass weder Erbschafts- noch Schenkungssteuer – mit Steuersätzen von bis zu 60 % – anfiel. Stattdessen galt unabhängig von der Höhe der Zuwendung ein ermäßigter Steuersatz von bloß 2,5 % („Eintrittsabgabe“).¹⁰⁰ Wer sein Vermögen aus einer ausländischen Stiftung, einer Anstalt, einem Trust oder einer vergleichbaren Vermögensmasse des ausländischen Rechts abzog und es bis Ende des Jahres 1995 in eine österreichische Privatstiftung einbrachte, der machte ein noch besseres Geschäft. Er profitierte sogar von einer speziellen Zuzugsbegünstigung, wonach die gesamte Eingangs- und auch eine etwaige Grunderwerbssteuer entfielen.¹⁰¹ Zur Sicherung einer gewissen Dauerhaftigkeit und zur Vermeidung von Umgehungen sah der Gesetzgeber jedoch eine Nachversteuerungspflicht vor: Wurde das gestiftete Vermögen oder dessen Surrogat vor Ablauf von zehn Jahren ab der Vermögenswidmung unentgeltlich weiterveräußert, unterlag der Wert des Wirtschaftsgutes zum Zeitpunkt der Widmung der Nachversteuerung mit dem Normalsteuersatz, abzüglich der bisher entrichteten Steuer.¹⁰²

Im Rahmen der laufenden Besteuerung von Privatstiftungen erfuhren Kapital- und Beteiligungserträge eine wesentliche Vergünstigung. Sie blieben auf Ebene der Privatstiftung steuerfrei und sollten erst auf Ebene der Begünstigten der Kapitalertragssteuer unterliegen.¹⁰³ Gleichsinniges wurde für Veräußerungsgewinne vorgesehen.¹⁰⁴ Ihre Rechtfertigung bezogen diese Ausnahmen aus der Erwägung, dass die Quellen für diese Erträge aus dem – besteuerten – Vermögen des Stifters

⁹⁹ Ausführlich dazu aus dem zeitgenössischen Schrifttum *Cerha/Eiselsberg/Kirschner/Knirsch* (Fn. 42), Teil B, S. 89 ff.; *Rief*, in: Doralt/Nowotny/Kalss (Fn. 20), Anh. I; *Wiesner*, in: Csoklich/Gröhs/Müller/Helbich, Handbuch zum Privatstiftungsgesetz, 1994, S. 175; vgl. ferner *Cerha*, Interview (Fn. 11), Pkt. V.6.

¹⁰⁰ Siehe § 8 Abs. 3 ErbStG i. d. F. BGBl 1993/694 und dazu ErlRV 1132 BlgNR 18. GP 17, linke Spalte.

¹⁰¹ Näher dazu *Rief*, in: Doralt/Nowotny/Kalss (Fn. 20), Anh. I Rn. 14 ff. m. w. N.

¹⁰² ErlRV 1132 BlgNR 18. GP 42, rechte Spalte.

¹⁰³ Vgl. *Eiselsberg*, AnwBl 1994, 407, 411: „[Die Privatstiftung] erhält daher die Zinsen und Dividenden ‚brutto für netto‘, die innerhalb der Privatstiftung steuerfrei bleiben.“

¹⁰⁴ § 5 Nr. 11 KStG i. d. F. BGBl 1993/694; näher dazu *Rief*, in: Doralt/Nowotny/Kalss (Fn. 20), Anh. I Rn. 40 ff.

stammten und nach der Zuwendung an Begünstigte immerhin ein Steuerniveau wie für vergleichbare Einkünfte natürlicher Personen hergestellt werde.¹⁰⁵

Auf Begünstigtenebene wurden Zuwendungen der Privatstiftung gänzlich von der Erbschafts- und Schenkungssteuerpflicht ausgenommen. Sie wurden jedoch als einkommenssteuerpflichtige Einkünfte aus Kapitalvermögen erfasst und unterlagen grundsätzlich (bei natürlichen Personen) der KEST bzw. (bei Körperschaften) der KÖSt.¹⁰⁶ Demselben Modus sollten auch Zuwendungen an Letztbegünstigte aus Anlass der Liquidation einer Privatstiftung unterliegen. Auf dieser Besteuerungsebene konnte der Fiskus somit relativ einfach und unbürokratisch Einnahmen sicherstellen. Daraus ergab sich freilich ein Wermutstropfen, der in der anfänglichen Euphorie um die Privatstiftung aber nicht näher problematisiert wurde.¹⁰⁷ Denn mit der unterschiedslosen Besteuerung aller Zuwendungen ging auch eine Besteuerung zugewendeter Teile der eingebrachten Vermögenssubstanz einher (vgl. hierzu noch unten IV.3.). Eine Abmilderung wurde nur für den Fall vorgesehen, in dem der Stifter ein vorbehaltenes Widerrufsrecht ausübt und als Letztbegünstigter gilt. Hier trug der Gesetzgeber dem Umstand Rechnung, dass in diesem Fall nur eine Rückübertragung von Vermögen erfolgt, weshalb dem Stifter eine Kürzung um die Stiftungseingangswerte der seinerzeitigen Zuwendung erlaubt wurde.¹⁰⁸

2. Grundpfeiler des Privatstiftungsgesetzes¹⁰⁹

Den „Begriff“¹¹⁰ der Privatstiftung definiert § 1 Abs. 1. Hiernach ist sie „ein Rechtsträger, dem vom Stifter ein Vermögen gewidmet ist, um durch dessen Nutzung, Verwaltung und Verwertung der Erfüllung eines erlaubten, vom Stifter bestimmten Zwecks zu dienen; sie genießt Rechtspersönlichkeit und muß ihren Sitz im Inland haben.“ Ausgehend von dieser Legaldefinition lassen sich folgende Kernelemente einer Privatstiftung beschreiben:

a) Stifter

Stets benötigt eine Privatstiftung einen oder mehrere Stifter.¹¹¹ Stifter ist, wer in der Stiftungserklärung als solcher auftritt und den Willen zur Errichtung einer

¹⁰⁵ ErlRV 1132 BlgNR 18. GP 17, rechte Spalte, wonach ein längerfristiger Steuerentfall wegen steuerfreier Thesaurierungen nicht zu befürchten sei.

¹⁰⁶ Näher dazu *Cerha/Eiselsberg/Kirschner/Knirsch* (Fn. 42), S. 129 f., 134 ff.; *Rief*, in: *Doralt/Nowotny/Kalss* (Fn. 20), Anh. I Rn. 77, 79.

¹⁰⁷ Siehe aber schon *Eiselsberg*, *AnwBl* 1994, 407, 412 mit Kritik an „echte[r] Substanzbesteuerung“.

¹⁰⁸ Vgl. *Rief*, in: *Doralt/Nowotny/Kalss* (Fn. 20), Anh. I Rn. 101 ff.

¹⁰⁹ In diesem Abschnitt ohne Gesetzesangabe zitierte Normen sind solche des Privatstiftungsgesetzes (PSG).

¹¹⁰ Über Wesen, Rechtsnatur und Begriff der Personengesellschaft *Fleischer*, in: *FS Bydlinki*, 2022, S. 251.

¹¹¹ Vgl. die Zwischenüberschrift bei *Zollner*, *Die eigennützige Privatstiftung*, 2011, S. 15: „Der Stifter als Wesensmerkmal der Stiftung“.

Privatstiftung bildet.¹¹² In Betracht kommen hierfür nach § 3 Abs. 1 grundsätzlich eine oder mehrere natürliche oder juristische Personen. Erfasst sind von dieser Umschreibung – per angelegter Analogie oder teleologischer Extension – auch rechtsfähige Personengesellschaften sowie vergleichbare, mit Rechtspersönlichkeit ausgestattete ausländische Gebilde.¹¹³

Stiftermehrheiten kommen in der Praxis häufig¹¹⁴ und vor allem bei Familienstiftungen vor. Sie dienen in der Regel dazu, auch der nächsten Generation Stifterrechte und damit einen gewissen Einfluss zu sichern.¹¹⁵ Denn die Rechte des Stifters, die Privatstiftung zu gestalten (insbesondere Änderungs- und Widerrufsrecht),¹¹⁶ gehen nicht auf die Rechtsnachfolger über, ein späterer Zustifter erlangt nicht die Stellung eines Stifters und auch durch ein vorbehaltenes Änderungsrecht ist der Stifterkreis nicht erweiterbar.¹¹⁷ Eine weitere Form der Einflussssicherung stellt die Einschaltung von „Stiftergesellschaften“¹¹⁸ dar.¹¹⁹ Das ist grundsätzlich zulässig.¹²⁰ Jedoch besteht ein lebhafter Streit in der Frage, ob sie „ewige Stifter“¹²¹ sein können oder ob ihre Stifterrechte einer zeitlichen Schranke unterliegen.¹²² Schließlich können auch Privatstiftungen selbst zu Stiftern einer sog. Substiftung werden, wenn dies vom Stiftungszweck gedeckt ist. Auch damit wird regelmäßig beabsichtigt, nachfolgenden Generationen die Stifterstellung zukommen zu lassen.¹²³

¹¹² ErlRV 1132 BlgNR 18. GP 21; *Cerha/Eiselsberg/Kirschner/Knirsch* (Fn. 42), S. 23; *Kalss*, in: *Doralt/Nowotny/Kalss* (Fn. 20), § 3 Rn. 1.

¹¹³ Vgl. bereits ErlRV 1132 BlgNR 18. GP 21; ferner *N. Arnold*, *Privatstiftungsgesetz* – Kommentar, 4. Aufl. 2022, § 3 Rn. 16.

¹¹⁴ Zahlenmaterial bei *Kalss/Harner/Grusch/Nindler/Lammer/Winkler*, *GesRZ* 2022, 172, 176 f. mit dem Fazit: „Die Anzahl der Stifter übersteigt jene der Privatstiftungen deutlich, wobei ungefähr die Hälfte der Stiftungen nur über einen oder zwei Stifter verfügen.“

¹¹⁵ *Kalss*, in: *Kalss/Nowotny/Schauer* (Fn. 6), Rn. 7/63 m.w.N. Insofern ist zu beachten, dass bei Stiftermehrheit die dem Stifter zustehenden oder vorbehaltenen Rechte nach dem dispositiven § 3 Abs. 2 PSG nur von allen gemeinsam – d. h. grundsätzlich einstimmig – ausgeübt werden können. Stirbt einer der Stifter oder kann einer von ihnen aus sonstigen Gründen nicht mitwirken, können die entsprechenden Rechte bei Fehlen einer abweichenden Regelung in der Stiftungsurkunde nicht ausgeübt werden. Vgl. OGH 6 Ob 136/09g SZ 2009/122; 6 Ob 122/16h SZ 2017/25.

¹¹⁶ Dazu unten IV.2. i).

¹¹⁷ *N. Arnold* (Fn. 113), § 3 Rn. 13 m.w.N.

¹¹⁸ So *Briem*, in: *Kalss*, *Aktuelle Fragen des Stiftungsrechts*, 2014, S. 61, 68.

¹¹⁹ Gleichwohl überwiegt praktisch die Stiftungsrichtung durch natürliche Personen, siehe *Kalss/Harner/Grusch/Nindler/Lammer/Winkler*, *GesRZ* 2022, 172, 177.

¹²⁰ Vgl. Zentrum für Stiftungsrecht, *GesRZ* 2021, 380; *N. Arnold* (Fn. 113), § 3 Rn. 36.

¹²¹ So die Wortwahl bei *Eiselsberg*, Interview (Fn. 11), Pkt. V. 1.

¹²² Eingehend dazu und für eine Schranke aus Umgehungsgesichtspunkten *Zollner* (Fn. 111), S. 128; gegen ihn *Briem*, in *Kalss* (Fn. 118), S. 61, 69 f.

¹²³ Dazu und zu weiteren Aspekten von Substiftungen *C. Nowotny*, in: *GS Helbich*, 2014, S. 111, 112 ff.

b) Stiftungserklärung und Stiftungsurkunden

(1) Grundlagen

Den privatautonomen „Schöpfungsakt der Stiftung“ bildet die Abgabe einer einseitigen, nicht empfangsbedürftigen Willenserklärung des Stifters,¹²⁴ die auf Errichtung der Privatstiftung gerichtet ist.¹²⁵ Sie muss gemäß § 10 Abs. 1 i. V. m. § 39 Abs. 1 durch Notariatsakt beurkundet werden und hat die sechs in § 9 Abs. 1 genannten *essentialia* des Stiftungsgeschäfts zu enthalten: (Nr. 1) die Vermögenswidmung; (Nr. 2) den Stiftungszweck; (Nr. 3) die – allgemeine¹²⁶ – Bezeichnung des Begünstigten oder einer Stelle, welche den Begünstigten festzustellen hat, außer im Falle einer Begünstigung der Allgemeinheit; (Nr. 4) den Namen und den Sitz der Privatstiftung; (Nr. 5) den Namen sowie die Anschrift des Stifters; (Nr. 6) die Dauer der Privatstiftung. Das Fehlen einer dieser notwendigen Angaben hindert die Eintragung der Privatstiftung im Firmenbuch.¹²⁷ Freilich kann die Stiftungserklärung noch zahlreiche weitere Inhalte aufweisen. Einige davon – wie insbesondere die konkrete Begünstigtenregelung – werden in § 9 Abs. 2 demonstrativ genannt.¹²⁸

Eine Besonderheit des PSG bildet der Umstand, dass das Gründungsdokument, welches die Stiftungserklärung trägt, in eine „öffentliche“ Stiftungsurkunde einerseits und eine „geheime“ Stiftungszusatzurkunde andererseits gespalten werden kann. Nur erstere muss dem Firmenbuchgericht vorgelegt werden und wird in die Urkundensammlung aufgenommen.¹²⁹ Zweitere wird gemäß § 10 Abs. 2 Satz 2 von der Publizität ausgenommen. Allerdings darf eine Zusatzurkunde nur errichtet werden, wenn hierauf in der Stiftungsurkunde hingewiesen wird.¹³⁰ In der Praxis erfreuen sich Zusatzurkunden großer Beliebtheit. Laut einer empirischen Untersuchung aus dem Jahr 2013 – deren Ergebnisse immer noch repräsentativ sein dürften – gibt es sie in acht von zehn Privatstiftungen.¹³¹

¹²⁴ Hier und in weiterer Folge ist im Sinne einer einfacheren Lesbarkeit und analog zum PSG stets nur vom „Stifter“ im Singular die Rede; dies soll aber weder Stifter nicht männlichen Geschlechts noch Stiftermehrheiten ausschließen.

¹²⁵ M. Huber, in: Doralt/Nowotny/Kalss (Fn. 20), § 9 Rn. 1.

¹²⁶ ErlRV 1132 BlgNR 18. GP 24: „Der Stifter muß den Begünstigten nicht konkret oder nach objektiven Merkmalen individualisierbar bezeichnen, es genügt eine allgemeine Umschreibung, auch nach nicht objektivierbaren Wertungen.“

¹²⁷ ErlRV 1132 BlgNR 18. GP 23; OGH 3 Ob 177/10s SZ 2011/90.

¹²⁸ Hervorgehoben werden darin Regelungen zur Stiftungs-Governance (Nr. 1–5, 9 und 13), zu einem allenfalls vorbehaltenen Änderungs- und/oder Widerrufsrecht des Stifters (Nr. 6 und 8), Details zur Vermögenswidmung (Nr. 11 und 14), eine nähere Bestimmung von Begünstigten (Nr. 10) oder Letztbegünstigten (Nr. 12) sowie die Angabe, ob eine Stiftungszusatzurkunde errichtet wurde oder werden kann (Nr. 7).

¹²⁹ OGH 7 Ob 53/02y GesRZ 2002, 214.

¹³⁰ RIS-Justiz RS0116352.

¹³¹ Kalss/Bertleff/Lutz/Samonigg/Tucek, in: Kalss, Aktuelle Fragen des Stiftungsrechts, 2014, S. 13, 20. Aus jüngerer Zeit zum Bundesland Oberösterreich Kalss/Harner/Grusch/Nindler/Lammer/Winkler, GesRZ 2022, 172, 182, wonach für 83% der im Bundesland Ober-

Die Zweiteilung hat – wie erwähnt¹³² – vor allem den Hintergrund, dass die Gründung einer Privatstiftung oftmals Züge einer letztwilligen Verfügung trägt. Außerdem zog man damit eine Lehre aus der Rechtsvergleichung, weil den zuvor in Liechtenstein verbreiteten „Beistatuten“, „Bylaws“ oder „Letter of Wishes“ regelmäßig etwas Nebulöses anhing und ihre rechtliche Qualität unklar war.¹³³ Letzterem wirkt das PSG auf zwei Ebenen entgegen: Zunächst weist es bestimmte Inhalte der Stiftungserklärung zwingend der Stiftungsurkunde zu. Dies gilt namentlich für die in § 9 Abs. 1 genannten *essentialia negotii* sowie für die fakultativen Inhalte nach § 9 Abs. 2 Nr. 1–8. Mithin sind in ihr jene Inhalte zu finden, welche die Konstitution der Privatstiftung betreffen¹³⁴ bzw. eine gewisse Außenwirkung haben (können). Abgesehen davon besteht zwischen Stiftungsurkunde und Stiftungszusatzurkunde grundsätzlich kein Verhältnis von Überordnung und Unterordnung; vielmehr sind sie grundsätzlich als rechtlich gleichwertig zu betrachten.¹³⁵ Widersprüche dürften, jedenfalls dann, wenn ausführende Bestimmungen in der Zusatzurkunde außenwirksamen Regelungen der Stiftungsurkunde widersprechen, regelmäßig zugunsten der Stiftungsurkunde aufzulösen sein.¹³⁶

(2) Auslegung

Von Anbeginn des PSG war problematisch, wie und nach welcher Prämisse die Stiftungserklärung auszulegen ist.¹³⁷ Die Interpretationsfrage steht nämlich inmitten eines massiven Spannungsverhältnisses. Dieses nimmt seinen Ausgang bereits in der zivilrechtlichen Debatte um eine Auslegung nach der Willens- oder Erklärungstheorie.¹³⁸ Dabei steht der „wirkliche Wille“ grundsätzlich bei nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen wie letztwilligen Verfügungen im Vordergrund,¹³⁹ während es bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen in der Regel auf das Verständnis nach dem objektiven Empfängerhorizont ankommt (in Österreich sog. Vertrauenstheorie).¹⁴⁰ Zudem ist jene ständige Rechtsprechung

österreich und fast 92% der im Bundesland Kärnten ansässigen Privatstiftungen Zusatzurkunden errichtet wurden.

¹³² Siehe oben III. 2. a).

¹³³ *Eiselsberg*, Interview (Fn. 11), Pkt. VII.

¹³⁴ Vgl. OGH 3 Ob 177/10s SZ 2011/90, wo die Stiftungsurkunde als „Verfassung“ der Stiftung bezeichnet wird.

¹³⁵ OGH 3 Ob 177/10s SZ 2011/90.

¹³⁶ *M. Huber*, in: Doralt/Nowotny/Kalss (Fn. 20), § 9 Rn. 5; *Kalss*, in: Kalss/Nowotny/Schauer (Fn. 6), Rn. 7/46; *Karollus*, ZfS 2011, 162, 169; vgl. auch OGH 3 Ob 177/10s SZ 2011/90, wo von einer „Ergänzungsfunktion“ der Stiftungszusatzurkunde die Rede ist.

¹³⁷ Kritisch *P. Doralt*, Interview (Fn. 11), Pkt. V.

¹³⁸ Eingehend dazu *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015, 133 ff.; *Vogenaier*, in: HKK §§ 133, 157 Rn. 34 ff.; zur Bedeutung für das österreichische Recht *Heiss*, ABGB-ON, 1.02, 2017, § 914 Rn. 1 ff.

¹³⁹ RIS-Justiz RS0012342; RS0054134; pointiert OGH 5.3.2009, 2 Ob 190/08t m. w. N.

¹⁴⁰ RIS-Justiz RS0017840; RS0017884; erläuternd OGH 9.11.1955, 1 Ob 649/55; *P. Bydlinski*, Bürgerliches Recht: Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2021, Rn. 6/42.

zu beachten, wonach bei korporativen Regelungen in Gesellschaftsverträgen eine objektive Auslegung nach Wortlaut, Zweck und systematischem Zusammenhang geboten ist.¹⁴¹

Für die Privatstiftung hat sich der Oberste Gerichtshof bislang darauf festgelegt, dass für „organisationsrechtliche Bestimmungen“ der Stiftungserklärung die für Satzungen juristischer Personen entwickelten Auslegungskriterien maßgeblich sind.¹⁴² Nach Teilen der Lehre soll hingegen der Stifterwille, welcher auch aus den Begleitumständen erschlossen werden könne, in der Regel¹⁴³ oder immerhin für den „vermögensrechtlichen Teil“ der Stiftungserklärung gelten.¹⁴⁴ Gelegentlich wird auch auf die Judikatur des liechtensteinischen OGH hingewiesen, welcher eine Auslegung anhand des Stifterwillens nach Maßgabe der Andeutungstheorie favorisiert.¹⁴⁵

c) Rechtspersönlichkeit

Eine Privatstiftung wird zunächst durch eine Stiftungserklärung errichtet.¹⁴⁶ Ihre Entstehung als mit Rechtspersönlichkeit ausgestattetes Eigentümerloses Vermögen¹⁴⁷ bedingt die nachfolgende Eintragung im Firmenbuch (Normativsystem). Mit der Eintragung erlangt die Privatstiftung volle Rechts- und Parteifähigkeit sowie Steuersubjektivität. Als eigenständiger Rechtsträger existiert sie als vollständig vom Stifter getrenntes Rechtssubjekt.¹⁴⁸ In Rechtsprechung¹⁴⁹ und Literatur¹⁵⁰ wird sie außerdem explizit als juristische Person bezeichnet.

Dessen ungeachtet werden auch der bloßen Vor-Stiftung – analog zur Lehre von der Vor-Gesellschaft – bereits Rechts- und Parteifähigkeit als Rechtsträger

¹⁴¹ Grundlegend OGH 1 Ob 61/97w SZ 70/242; ferner 6 Ob 202/10i SZ 2011/125; aus jüngerer Zeit 6 Ob 57/19d wbl 2019/168 m. w. N.

¹⁴² OGH 6 Ob 116/01d GesRZ 2002, 33; 6 Ob 198/13f SZ 2014/92; zuletzt 6 Ob 24/21d RdW 2021/329 (insoweit nicht abgedruckt).

¹⁴³ Dafür etwa *Nowotny*, RdW 2004/45; *Zwirchmayr*, PSR 2013, 34, 35; abwägend, im Ergebnis aber auch *Motal*, GesRZ 2015, 185, 186 ff.; für eine Stiftung von Todes wegen *Schauer*, in: Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich (Fn. 99), S. 107, 115.

¹⁴⁴ *Csoklich*, in: Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich (Fn. 99), S. 13, 33; *M. Huber*, in: Doralt/Nowotny/Kalss (Fn. 20), § 9 Rn. 3; *N. Arnold* (Fn. 113), § 9 Rn. 31; dafür auch OLG Wien 28 R 307/10p, zitiert nach *Fida/Wrann/Zollner*, Privatstiftungsgesetz, 2. Aufl. 2016, § 9 E31. Ablehnend gegenüber einer strikten Unterteilung nach organisations- und vermögensrechtlichem Regelungscharakter *Nowotny*, RdW 2004/45.

¹⁴⁵ Vgl. etwa FL-OGH 7.3.2014, 05 CG.2012.409 PSR 2014/43 m. w. N.

¹⁴⁶ Von Todes wegen erfolgt die Errichtung durch letztwillige Stiftungserklärung, sodass zusätzlich auch die Formerfordernisse für letztwillige Verfügungen zu wahren sind. Siehe OGH 6 Ob 45/04t GES 2004, 389.

¹⁴⁷ Vgl. OGH 6 Ob 39/97x SZ 70/92; ferner RIS-Justiz RS0111737.

¹⁴⁸ OGH 6 Ob 85/01w SZ 74/92.

¹⁴⁹ OGH 3 Ob 1/10h SZ 2010/58: „Die Stiftung des PGR ist wie auch die österreichische Privatstiftung eine juristische Person (Verbandsperson).“

¹⁵⁰ *N. Arnold* (Fn. 113), § 1 Rn. 5; *Zollner*, PSR 2010, 116, 120.

sui generis attestiert.¹⁵¹ Für Handlungen, die nach Errichtung, aber vor Eintragung im Namen der Privatstiftung gesetzt werden, besteht gemäß § 7 Abs. 2 eine Handelndenhaftung zur ungeteilten Hand.

d) Sitz

Zum Tatbestand der Privatstiftung gehört gemäß § 1 Abs. 1 auch der Sitz im Inland.¹⁵² Gemeint ist der in der Stiftungsurkunde anzugebende Sitz im Sinne eines Sitzungssitzes.¹⁵³ Der österreichische Gesetzgeber des Jahres 1993 ging davon aus, dass eine Privatstiftung, die ihren Sitz ins Ausland verlegt, gemäß § 10 Abs. 2 Firmenbuchgesetz (FBG) wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung vom Amt wegen zu löschen ist.¹⁵⁴ Diese Aussage bedarf insofern einer Relativierung, als spätestens seit der Entscheidung des EuGH in der Rs. *Panayi Trusts*¹⁵⁵ geklärt sein dürfte, dass Erwerbszwecke verfolgende Privatstiftungen vom Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 54 AEUV erfasst sind.¹⁵⁶ Grundsätzlich ist somit ein identitätswahrender Formwechsel ins EU-/EWR-Ausland möglich.¹⁵⁷ Unterschiedlich beurteilt wird, ob eine isolierte Verwaltungssitzverlegung ins Ausland zulässig ist.¹⁵⁸

e) Vermögenswidmung

Gemäß § 4 muss der Privatstiftung ein Vermögen im Wert von mindestens 70.000 Euro – ursprünglich 1 Mio. Schilling – gewidmet werden.¹⁵⁹ Dieses Mindestvermögen stellt lediglich ein Mindestanfangsvermögen dar.¹⁶⁰ Da eine Privatstiftung auch eine sog. Verbrauchsstiftung sein kann, bei welcher der gestiftete Vermögensstamm zur Zweckerfüllung dient,¹⁶¹ enthält das PSG lediglich diese Kapitalaufbringungsvorschrift, aber keine Kapitalerhaltungsbestimmungen.¹⁶² Solche

¹⁵¹ Statt vieler OGH 6 Ob 189/01i GesRZ 2002, 212; 3 Ob 247/16v SZ 2017/8; *Csoklich*, in: *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Fn. 99), S. 13, 52.

¹⁵² Die ErlRV 1132 BlgNR 18. GP 20 sprechen von einem „Wesensmerkmal“.

¹⁵³ Vgl. *Hayden/Varro*, PSR 2017, 169, 176.

¹⁵⁴ So explizit ErlRV 1132 BlgNR 18. GP 20.

¹⁵⁵ EuGH 14.9.2017, C-646/15; dazu *Hayden/Varro*, PSR 2017, 169.

¹⁵⁶ I. d. S. schon *Schweitzer*, NZ 1993, 217, 219; vgl. ferner *Schopper*, in: FS Delle-Karth, 2013, S. 889 m. w. N.

¹⁵⁷ Weiterführend dazu *Schleicher/Kohl*, *ecolex* 2019, 151.

¹⁵⁸ Vgl. zum einen *Schopper*, in: FS Delle-Karth, 2013, S. 889, 904; zum anderen *Hayden/Varro*, PSR 2017, 169, 176.

¹⁵⁹ Nicht jeder von mehreren Stiftern muss an der Vermögenswidmung beteiligt sein. Vgl. schon ErlRV 1132 BlgNR 18. GP 21.

¹⁶⁰ So OGH 1 Ob 214/09s PSR 2010/49 (Hervorhebung im Original wie hier).

¹⁶¹ Siehe nur *Kalss*, in: *Kalss/Nowotny/Schauer* (Fn. 6), Rn. 7/28.

¹⁶² Vgl. die Mutmaßung zur gesetzgeberischen Intention bei *Csoklich*, in: *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Fn. 99), S. 13, 42: „Offenbar steht [da]hinter [...] die – [...] fragwürdige – Überlegung, daß von vermögenden Stiftungen eine geringere Gefahr für den Rechtsverkehr ausgeht [...].“

werden auch nicht durch den Stifter begründet, wenn er in Einklang mit § 9 Abs. 2 Nr. 11 einen Mindestvermögensstand festlegt, der durch Zuwendungen an Begünstigte nicht geschmälert werden darf. Darin wird vielmehr eine bloß intern wirkende Schranke für den Stiftungsvorstand gesehen, bei deren Verletzung seine Mitglieder der Privatstiftung ersatzpflichtig werden.¹⁶³ Der Rechtsverkehr darf daher lediglich darauf vertrauen, dass das Mindestvermögen bei Anmeldung der Privatstiftung zum Firmenbuch vorhanden war.¹⁶⁴

Dem Schutz der Gläubiger, denen grundsätzlich nur die Privatstiftung haftet, dient in erster Linie ein Haftungskonzept.¹⁶⁵ Nach § 17 Abs. 2 Satz 2 darf der Stiftungsvorstand nur dann und soweit Leistungen an Begünstigte zur Erfüllung des Stiftungszwecks vornehmen, als dadurch Ansprüche von Gläubigern der Privatstiftung – besser: der zur Anspruchsbefriedigung bestehende Haftungsfonds – nicht geschmälert werden.¹⁶⁶ Ein Verstoß gegen diese Vorschrift begründet nach h. M., welche die Norm als Schutzgesetz einordnet, einen Schadensersatzanspruch sowohl der Privatstiftung als auch der geschädigten Gläubiger gegen die pflichtverگessenen Organmitglieder.¹⁶⁷ Unterschiedlich beurteilt wird, unter welchen Voraussetzungen die Begünstigten zum Ersatz der erhaltenen Leistungen verpflichtet sind.¹⁶⁸ Weitere gläubigerschützende Vorschriften sind schließlich im Rahmen der Stiftungsprüfung und der Liquidation einer Privatstiftung zu finden, wo sich der Gesetzgeber am Aktienrecht angelehnt hat (§ 36).¹⁶⁹

Angesichts der fehlenden Kapitalerhaltungsvorschriften entspann sich in der Literatur eine lebhafte Debatte um den Zweck der Mindestvermögensschwelle, die offenbar nicht im Gläubigerschutzinteresse eingerichtet wurde. Regelmäßig wird sie als Eintritts-¹⁷⁰ oder Seriositätsschwelle¹⁷¹ bezeichnet, welche gewährleisten soll, dass die Zweckverfolgung nicht von vornherein mangels vorhande-

¹⁶³ *N. Arnold* (Fn. 113), § 9 Rn. 26; *Kalss*, in: *Kalss/Nowotny/Schauer* (Fn. 6), Rn. 7/122.

¹⁶⁴ Arg.: § 12 Abs. 2 Nr. 3 PSG; vgl. auch *ErIRV* 1132 BlgNR 18. GP 21; ferner *van Husen*, in: *Wiener Kommentar GmbHG*, 2017, § 10 Rn. 313 ff. m.w.N. Zu unscharf dürfte dagegen die verbreitete Formulierung sein, wonach das Mindestvermögen nur, aber bereits am Tag der Errichtung vorhanden sein müsse. So etwa *N. Arnold* (Fn. 113), § 4 Rn. 2; *Riel*, in: *Doralt/Nowotny/Kalss* (Fn. 20), § 4 Rn. 14.

¹⁶⁵ *Riel*, in: *Doralt/Nowotny/Kalss* (Fn. 20), § 4 Rn. 14; *ders.*, ebenda, § 17 Rn. 32; *Csoklich*, *RdW* 1999, 253, 256.

¹⁶⁶ Vgl. die Kritik zur Formulierung, weil die Ansprüche der Gläubiger durch verbotene Ausschüttungen nicht geschmälert werden, sondern lediglich ihre Befriedigung gefährdet bzw. verhindert wird, etwa *Csoklich*, in: *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Fn. 99), S. 13, 40; *Dellinger*, *WBI* 1994, 177, 178 Fn. 9.

¹⁶⁷ *ErIRV* 1132 BlgNR 18. GP 27; *Riel*, in: *Doralt/Nowotny/Kalss* (Fn. 20), § 17 Rn. 35; *N. Arnold* (Fn. 113), § 17 Rn. 75; abweichend nur für Binnenhaftung *Karollus*, in: *Gassner et al.* (Fn. 27), S. 46; *ders.*, in: *FS Reischauer*, 2013, S. 209, 218.

¹⁶⁸ Dazu *Karollus*, in: *Gassner et al.* (Fn. 27), S. 46 f.; *Zollner* (Fn. 111), S. 317 ff.

¹⁶⁹ Vgl. *P. Doralt*, *ZGR* 1996, 1, 10.

¹⁷⁰ *Krejci*, *RdW* 1993, 135, 137.

¹⁷¹ *Dellinger*, *WBI* 1994, 177, 184.

ner Mittel illusorisch ist.¹⁷² Hierzu passt eine Aussage des seinerzeitigen Justizministers *Michalek*, wonach „ein Schwall von Ministiftungen“ vermieden werden solle.¹⁷³

f) Zweck

Das vom Stifter gewidmete Vermögen soll so genutzt, verwaltet und verwertet werden, dass es der Erfüllung des vom Stifter bestimmten Zwecks dient. Der vorgegebene Stiftungszweck gehört – wie erwähnt – zu den *essentialia* des Stiftungsgeschäfts.¹⁷⁴ Er bildet die Richtschnur sowohl für das Handeln der Stiftungsleitung,¹⁷⁵ insbesondere für die Vermögensverwendung zugunsten der Begünstigten, als auch für eine zwischen mehreren Stiftern bestehende Treuepflicht.¹⁷⁶

Der Stifter kann den Zweck grundsätzlich frei bestimmen, solange dieser nicht unsittlich oder ungesetzlich ist. Er kann sowohl eigennützig, sogar auf die Selbstbegünstigung des Stifters gerichtet, als auch gemeinnützig oder beides sein.¹⁷⁷ Allerdings ist einer Privatstiftung gemäß § 1 Abs. 2 folgendes untersagt: (Nr. 1) eine gewerbsmäßige Tätigkeit, die über eine bloße Nebentätigkeit hinausgeht, ausüben; (Nr. 2) die Geschäftsführung einer Handelsgesellschaft übernehmen; (Nr. 3) unbeschränkt haftender Gesellschafter einer eingetragenen Personengesellschaft sein. Darüber hinaus gilt nach h. M. das literarisch viel diskutierte Verbot der Selbstzweckstiftung,¹⁷⁸ welches im Gesetz nicht ausbuchstabiert wird, jedoch in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck kommt.¹⁷⁹

g) Begünstigte

Der Zweck einer Privatstiftung manifestiert sich letztlich in der Begünstigungsregelung.¹⁸⁰ Typischerweise lässt sich aus dem Stiftungszweck ersehen oder zumindest ableiten, wer die Begünstigten (auch: „Destinatäre“) der Privatstiftung

¹⁷² Vgl. *Riel*, in: Doralt/Nowotny/Kalss (Fn. 20), § 4 Rn. 10; vgl. auch die rückblickende Einschätzung von *Cerha*, Interview (Fn. 11), Pkt. VI.1., wonach manche Stiftungsvermögen nicht groß genug waren für eine komplexe Stiftungsstruktur.

¹⁷³ Vgl. *N. N.*, SWK 1993, Heft 1, S. 1.

¹⁷⁴ ErlRV 1132 BlgNR 18. GP 19: „Eine Stiftung ohne Zweck ist unzulässig.“

¹⁷⁵ Statt vieler *Eiselsberg*, ZfS 2005, 4, 5.

¹⁷⁶ Vgl. OGH 6 Ob 166/05p SZ 2006/34.

¹⁷⁷ ErlRV 1132 BlgNR 18. GP 17, 19; vgl. auch *Rief*, in: Doralt/Nowotny/Kalss (Fn. 20), Anh. I Rn. 29.

¹⁷⁸ Monografisch *Wohlgemann*, Verbot von Selbstzweckstiftungen in Österreich und Liechtenstein unter besonderer Berücksichtigung der Unternehmensträgerstiftung, 2015, mit ausführlichem Meinungsüberblick auf S. 39 ff.; kritisch und ablehnend zum Verbot der Selbstzweckstiftung vor allem *Nowotny*, ZfS 2006, 4; *Kuhn*, in: *Eiselsberg*, Stiftungsrecht Jahrbuch, 2007, S. 79; zuletzt zum Themenkreis *Walch*, ZfS 2021, 35.

¹⁷⁹ ErlRV 1132 BlgNR 18. GP 19: „Der Zweck muß unmittelbar nach außen gerichtet sein, die bloße Verwaltung des eigenen Vermögens ist daher kein Zweck im Sinne des Gesetzes.“

¹⁸⁰ So *Löffler*, in: Doralt/Nowotny/Kalss (Fn. 20), § 5 Rn. 1.

sind.¹⁸¹ Hier setzt auch das PSG an, das keine Legaldefinition des Begünstigten enthält. § 5 erläutert vielmehr, wie Begünstigte ermittelt werden – entweder durch eine Bezeichnung in der Stiftungserklärung, durch eine vom Stifter hierzu berufene Stelle oder durch den Stiftungsvorstand. Letztbegünstigter ist gemäß § 6 derjenige, dem ein nach Abwicklung der Privatstiftung verbleibendes Vermögen zukommen soll.

Nach einer weiten Definition versteht man als Begünstigte jene Personen, die von der Stiftung Zuwendungen erhalten, ohne dass eine adäquate Gegenleistung zu erbringen wäre.¹⁸² Bisweilen wird die rechtliche Stellung der Begünstigten auch mit jener des Berechtigten aus einem Vertrag zugunsten Dritter verglichen.¹⁸³ Darüber hinaus finden sich weitere Unterteilungen:¹⁸⁴ Es gibt Begünstigte mit und ohne klagbaren Anspruch; Einmalbegünstigte, laufend Begünstigte sowie ehemals Begünstigte; aktuell oder bloß potentiell Begünstigte. Die letztgenannte Unterscheidung ist besonders relevant für die Zuerkennung von Begünstigtenrechten – namentlich ihres gesetzlichen Auskunfts- und Einsichtsrechts sowie weiterer vom Stifter vorgesehener Rechte. Sie kommen grundsätzlich nur aktuell Begünstigten zu, die in der Stiftungserklärung oder von der zuständigen Stelle konkretisiert sind. Potentiell Begünstigte, deren Begünstigtenstellung aufschiebend bedingt, befristet oder von einer ausstehenden Entscheidung der zuständigen Stelle abhängig ist, haben demgegenüber lediglich ein Anwartschaftsrecht auf Erlangung der Begünstigtenstellung.¹⁸⁵

Für eine gewisse Irritation sorgte in den Beratungen, dass Begünstigte zwar die wirtschaftlichen Profiteure der Privatstiftung,¹⁸⁶ jedoch weder Mitglieder noch Eigentümer der Stiftung bzw. ihres Vermögens sind.¹⁸⁷ Vielmehr besteht sogar eine Unvereinbarkeit zwischen der Stellung als aktuell Begünstigter und der Mitgliedschaft in einem obligatorischen Stiftungsorgan (dazu gleich unter IV.2.h)(2)). Die erweiterte Arbeitsgruppe im BMJ diskutierte deshalb, ob es mit den Grundwertungen einer modernen marktwirtschaftlichen Gesellschaft vereinbar sei, die Verwaltung des Stiftungsvermögens einer Generationenfolge an externen Bera-

¹⁸¹ *Cerha/Eiselsberg/Kirschner/Knirsch* (Fn. 42), S. 26, 34; vgl. auch OGH 6 Ob 85/01w SZ 74/92.

¹⁸² Vgl. *N. Arnold* (Fn. 113), § 5 Rn. 2, 6 m. w. N.

¹⁸³ So etwa *Löffler*, in: *Doralt/Nowotny/Kalss* (Fn. 20), § 5 Rn. 1; aus dogmatischen Gründen mit Recht reserviert *Briem*, in: *Gassner et al.* (Fn. 27), S. 77, 78 f.

¹⁸⁴ Vgl. bereits ErlRV 1132 BlgNR 18. GP 21 f.; OGH 6 Ob 24/21d RdW 2021/329 (insoweit nicht abgedruckt); eingehend dazu *Zollner* (Fn. 111), S. 246 ff.; vgl. ferner *N. Arnold* (Fn. 113), § 5 Rn. 2a, 26; *Kalss*, in: *Kalss/Nowotny/Schauer* (Fn. 6), Rn. 7/111 m. w. N.

¹⁸⁵ OGH 6 Ob 24/21d RdW 2021/329 (insoweit nicht abgedruckt) m. w. N. Zum Auskunftsanspruch vermeintlich Begünstigter *N. Arnold* (Fn. 113), § 30 Rn. 1a ff.

¹⁸⁶ Sogar als „wirtschaftliche Eigentümer“ bezeichnen sie *C. Nowotny*, in: *Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich* (Fn. 99), S. 145, 148; *P. Doralt*, *GesRZ* 1997, 125, 134, 136. Kritisch dazu *N. Arnold* (Fn. 113), § 5 Rn. 8.

¹⁸⁷ Klarstellend OGH 6 Ob 85/01w SZ 74/92.

tern anheimzustellen, während den wirtschaftlich Begünstigten kaum Entscheidungsbefugnisse zukommen.¹⁸⁸

Dass die Privatstiftung ein eigentümer- und mitgliederloses Rechtssubjekt blieb, liegt wohl in den abgabenrechtlichen Begünstigungen begründet. Mithilfe der sich deutlich von hergebrachten Gesellschaftsformen unterscheidenden Struktur wollte man die Gefahr bannen, dass die Steuerprivilegien als gleichheitswidrig betrachtet werden könnten.¹⁸⁹ Zudem beruhigte man sich damit, dass der Stifter ohnehin gemäß § 14 Abs. 2 fakultative Organe mit weitgehenden Kontroll- und Einflussrechten vorsehen kann, denen auch Begünstigte angehören können.¹⁹⁰ In diesem Sinne heißt es in den Gesetzesmaterialien:¹⁹¹

„Will der Stifter dem Begünstigten eine besondere Funktion in der Privatrechtsstiftung einräumen, so kann er – was in der internationalen Praxis oft getan wird – einen ‚Beirat‘ mit kontrollierender oder sogar bis zu einem gewissen Grad auch weisungsgebender Funktion einrichten [...]“

Wie anhand der Rechtsprechung zum aufsichtsrats- und vorstandsähnlichen Beirat zu sehen sein wird (unten IV.2.h)(5)) handelte es sich dabei um eine unzureichende Folgenabschätzung der Gesetzesverfasser.

h) Stiftungs-Governance

Die Privatstiftung ist zwar rechtsfähig, kann jedoch nicht selbst, sondern nur durch Organe handeln. Dem Geist der Boltzmann-Arbeitsgruppe entsprechend, welche das Gesetz möglichst einfach und stifterdispositiv halten wollte,¹⁹² ist die gesetzliche Governance-Struktur nicht besonders ausdifferenziert. Das PSG sieht im Grundsatz nur zwei Organe zwingend vor – den Vorstand und den Stiftungsprüfer. Lediglich unter bestimmten Voraussetzungen ist auch ein Aufsichtsrat einzurichten. Der Stifter selbst ist kein Organ der Privatstiftung. Er kann jedoch einem Organ angehören und die innere Ordnung weitgehend gestalten, indem er in der Stiftungserklärung weitere Organe vorsieht.¹⁹³ Eine gewisse Kontroll- und Subsidiaritätsfunktion kommt schließlich dem Registergericht zu.

(1) Stiftungsvorstand

Das Geschäftsführungsorgan ist der Stiftungsvorstand. Er verwaltet und vertritt die Privatstiftung und sorgt für die Erfüllung des Stiftungszwecks. Dabei ist er

¹⁸⁸ P. Doralt, Interview (Fn. 11), Pkt. III.3; vgl. auch *ders.*, ZGR 1996, 16: „entgegen den Grundsätzen der Marktwirtschaft eine Trennung von Herrschaftsrecht und Vermögensinteresse“.

¹⁸⁹ P. Doralt, Interview (Fn. 11), Pkt. III.3; vgl. die gleichwohl erhalten gebliebenen „Gesellschaftspolitischen Anmerkungen“ bei Kalss, in: Doralt/Nowotny/Kalss (Fn. 20), Einl. Rn. 33.

¹⁹⁰ Vgl. Cerha/Eiselsberg/Kirschner/Knirsch (Fn. 42), S. 43; erläuternd dazu Cerha, in: Kalss, Aktuelle Fragen des Stiftungsrechts, 2014, S. 1, 4; *ders.*, Interview (Fn. 11), Pkt. V.6.

¹⁹¹ ErlRV 1132 BlgNR 18. GP 26, rechte Spalte zu § 15 Abs. 2.

¹⁹² Siehe oben III.2.a).

¹⁹³ Siehe nur OGH 6 Ob 85/01w SZ 74/92.

auf die Einhaltung der Stiftungserklärung verpflichtet. Seine Mitglieder haben ihre Aufgaben sparsam und mit der Sorgfalt eines gewissenhaften Geschäftsleiters zu erfüllen.¹⁹⁴ Widrigenfalls sind sie für aus schuldhafter Pflichtverletzung entstandene Schäden ersatzpflichtig.¹⁹⁵

Ein Charakteristikum des Stiftungsvorstands bildet die zwingende Einrichtung als Kollegialorgan; er muss aus zumindest drei natürlichen Personen bestehen. Den Grund für diese Anordnung bildete vor allem das Credo einer Selbstkontrolle durch Mehrpersonalität, welches einer der Initiatoren des PSG im Rückblick auf folgende pragmatische Formel brachte:¹⁹⁶

„Einer kann ein Gauner sein, zwei können sich auf ein Packl hauen, aber bei dreien ist zumindest ein Anständiger dabei.“

Darüber hinaus schrieben die Materialien¹⁹⁷ dem Vorstandskollegium die Fähigkeit zur effektiven und professionellen Aufgabenerledigung zu. Dies sollte ursprünglich auch dadurch abgesichert werden, dass eines seiner Mitglieder im Inland zur berufsmäßigen Parteienvertretung befugt sein musste.¹⁹⁸ Neben dem Glauben an die besondere Integrität der Angehörigen dieser Berufsgruppen stand dabei die Hoffnung auf automatischen Versicherungsschutz.¹⁹⁹ Letztere bestand indes zu Unrecht und der Satzteil wurde vom Justizausschuss ersatzlos gestrichen.²⁰⁰ Gleichwohl erfüllen in der Praxis zahlreiche Rechtsanwälte und Wirtschaftstreuhänder Funktionen in Stiftungsvorständen; und bisweilen finden sich vergleichbare Eignungskriterien in der Stiftungsurkunde.²⁰¹

Die Bestellung des ersten Stiftungsvorstandes bzw. seiner Mitglieder obliegt dem Stifter.²⁰² Häufig weist ihm die Stiftungsurkunde diese Kompetenz auch für spätere Bestellungen zu. Einigermassen verbreitet ist ferner, vor allem als subsidiäre Regelung nach dem Ableben des Stifters, die Nachbesetzung durch Ko-optation oder die Bestellungskompetenz eines Beirats.²⁰³ Auch die Abberufungskompetenz liegt nach empirischen Befunden primär in der Hand des Stifters. Allerdings sind die Zuständigkeiten zur Bestellung und Abberufung von Vorstandsmitgliedern nur in rund der Hälfte der Privatstiftungen parallel geregelt,

¹⁹⁴ Vgl. dafür und für Details die §§ 15 ff.

¹⁹⁵ Vgl. OGH 6 Ob 160/15w SZ 2016/19, wo auch die Anwendbarkeit der Business Judge-ment Rule auf Mitglieder des Stiftungsvorstands bejaht wird.

¹⁹⁶ *Eiselsberg*, Interview (Fn. 11), Pkt. V.2.

¹⁹⁷ ErlRV 1132 BlgNR 18. GP 26.

¹⁹⁸ Siehe § 15 Abs. 1, 3. Halbsatz i. d. F. RV 1132 BlgNR 18. GP 3.

¹⁹⁹ *Eiselsberg*, Interview (Fn. 11), Pkt. V.2.

²⁰⁰ JAB 1203 BlgNR 18. GP 1 mit der lakonischen Bemerkung: „Der letzte Halbsatz des Art. I § 15 Abs. 1 [...] hat im Ausschuss keine Mehrheit gefunden.“

²⁰¹ Vgl. *Kalss/Bertleff/Lutz/Samonigg/Tucek* (Fn. 131), S. 13, 26.

²⁰² Zur Bestellung durch einen Stiftungskurator, die bei einer Stiftung von Todes wegen in Frage kommt, siehe *N. Arnold* (Fn. 113), § 15 Rn. 65.

²⁰³ Vgl. die empirischen Erkenntnisse bei *Kalss/Bertleff/Lutz/Samonigg/Tucek* (Fn. 131), S. 13, 29 ff.; zu Oberösterreich und Kärnten *Kalss/Harner/Grusch/Nindler/Lammer/Winkler*, GesRZ 2022, 172, 185 f.

denn die heiklere Abberufung bedarf häufig eines Zusammenwirkens von Stifter, Stiftungsvorstand und/oder Beirat.²⁰⁴

Trifft die Stiftungsurkunde keine Regelung, ist nach § 27 das Registergericht zur Bestellung und Abberufung von Organmitgliedern der Privatstiftung zuständig. In jedem Fall kommt ihm gemäß § 27 Abs. 2 die Kompetenz zu, Mitglieder von Stiftungsorganen aus wichtigem Grund abzuberufen. Augenfällig ist, dass im Gesetz keine entsprechende Kompetenz eines gegebenenfalls einzurichtenden Aufsichtsrats enthalten ist und eine solche in der Praxis nicht vorkommt.²⁰⁵

(2) Unvereinbarkeitsbestimmungen

§ 15 Abs. 2–3a enthalten einen Katalog sog. Unvereinbarkeitsbestimmungen. Hiernach sind (aktuell)²⁰⁶ Begünstigte, ihre Ehegatten, Lebensgefährten sowie in gerader Linie oder bis zum dritten Grad der Seitenlinie verwandte Personen von der Organmitgliedschaft ausgeschlossen. Dies gilt *mutatis mutandis*, wenn eine juristische Person begünstigt ist, bei der zugunsten einer natürlichen Person ein *Control*-Tatbestand i. S. d. § 244 Abs. 2 UGB erfüllt ist. Außerdem sind unter Umgehungsgesichtspunkten dem Begünstigten oder seiner „familia suspecta“²⁰⁷ Weisungsunterworfenen ausgeschlossen.

Obwohl die Vorschrift kein internationales Vorbild hat,²⁰⁸ erschien sie den Gesetzesverfassern erforderlich. Ausweislich der Materialien ging es ihnen darum, die Objektivität des Stiftungsvorstands bei der Vollziehung der Begünstigtenregelung zu wahren und Interessenkollisionen – etwa wenn nur einer von mehreren Begünstigten im Vorstand wäre – zu vermeiden.²⁰⁹ Den Einfluss der Begünstigten sollte der Stifter immerhin über die Einrichtung eines Beirats sichern können (siehe oben IV.2. g)).

(3) Stiftungsprüfer

Das zweite obligatorische Organ,²¹⁰ der Stiftungsprüfer, soll eine Kontrollfunktion übernehmen.²¹¹ Seine Einrichtung folgt im Grundsatz der Rolle des Ab-

²⁰⁴ Vgl. *Kalss/Bertleff/Lutz/Samonigg/Tucek* (Fn. 131), S. 13, 31 ff.; zu Oberösterreich und Kärnten *Kalss/Harner/Grusch/Nindler/Lammer/Winkler*, GesRZ 2022, 172, 786 f.

²⁰⁵ Vgl. *Kalss/Bertleff/Lutz/Samonigg/Tucek* (Fn. 131), S. 13, 29 ff. Zur praktischen Bedeutungslosigkeit des Aufsichtsrats unten IV.2. h) (4).

²⁰⁶ Vgl. *N. Arnold* (Fn. 113), § 15 Rn. 25 m. w. N.

²⁰⁷ OGH 6 Ob 39/97x SZ 70/92 = GesRZ 1997, 191.

²⁰⁸ Vgl. die nachdrückliche Kritik bei *Cerha*, in: *Kalss* (Fn. 190), S. 1, 3 f.; *ders.*, Interview (Fn. 11), Pkt. V.6.

²⁰⁹ ErlRV 1132 BlgNR 18. GP 26, rechte Spalte zu § 15 Abs. 2; vgl. auch *Cerha*, Interview (Fn. 11), Pkt. V.6.

²¹⁰ Obgleich dem Abschlussprüfer nach heute h. M. keine Organfunktion zukommt (vgl. *Pendl*, Verjährung, 2018, S. 49 f. m. w. N.), wird eine solche dem Stiftungsprüfer explizit zugewiesen. Vgl. hierzu *N. Arnold* (Fn. 113), § 20 Rn. 1; zum Organbegriff des PSG *Zollner*, PSR 2012, 168.

²¹¹ Siehe nur ErlRV 1132 BlgNR 18. GP 27.

schlussprüfers. Er wird vom Gericht, gegebenenfalls von einem Aufsichtsrat, bestellt und muss von der Privatstiftung und ihren Begünstigten unabhängig sein. Der Stiftungsprüfer erteilt oder verweigert einen Bestätigungsvermerk und ist der Privatstiftung nach Maßgabe der hergebrachten handelsrechtlichen Bestimmungen verantwortlich.²¹² Seine Rechte und Pflichten gehen jedoch über jene des aus dem Gesellschaftsrecht bekannten Prüfers hinaus. So ist er insbesondere legitimiert, bei Gericht die Ergänzung oder Abberufung sowie die Durchführung einer Sonderprüfung zu beantragen.²¹³

(4) Aufsichtsrat

Ein Aufsichtsrat war für die Privatstiftung bis zur Umarbeitung des Ministerialentwurfs in der erweiterten Arbeitsgruppe des BMJ nicht vorgesehen. Die Entwurfsverfasser wollten es vielmehr dem Stifterwillen überlassen, ob und welche Vorkehrungen er zusätzlich zu den vorgesehenen Kontrolleinrichtungen (im Wesentlichen: mehrpersonale Selbstkontrolle, Stiftungsprüfer, gerichtliche Abberufung aus wichtigem Grund, Auskunftsanspruch der Begünstigten und Einleitung einer Sonderprüfung)²¹⁴ treffen will.²¹⁵ Aus der Beteiligung der Sozialpartner, namentlich der Arbeiterkammer, resultierte jedoch die Forderung nach einem Aufsichtsrat nach aktien- und insbesondere auch arbeitsverfassungsrechtlichem Muster. Denn erst kurz vor Inkrafttreten des PSG war es nach langjährigen Bemühungen gelungen, die Entsendung von Arbeitnehmervertretern in den Aufsichtsrat auch von Konzern-Holdinggesellschaften sicherzustellen.²¹⁶ Da die Privatstiftung auch als Holding eingesetzt werden kann, sah man diesen Erfolg durch das PSG bedroht und wollte Umgehungsstrukturen durch eine Stiftung als Konzernspitze entgegenwirken.²¹⁷

Nach der Kompromisslösung (§ 22 ff.) ist die Einrichtung eines Aufsichtsrats nur in zwei Fällen geboten:

- (§ 22 Abs. 1 Nr. 1) die Privatstiftung hat mehr als 300 Arbeitnehmer;
- (§ 22 Abs. 1 Nr. 2) die Privatstiftung übt über inländische Gesellschaften einheitliche Leitung oder Beherrschung aufgrund einer unmittelbaren Beteiligung von mehr als 50 % aus; zudem muss die Arbeitnehmeranzahl in diesen Gesellschaften durchschnittlich 300 übersteigen und sich die Tätigkeit der Privatstiftung nicht nur auf die Verwaltung von Unternehmensanteilen der beherrschten Unternehmen beschränken.

²¹² §§ 20 f.

²¹³ §§ 27, 31 Abs. 1.

²¹⁴ Vgl. P. Doralt, ZGR 1996, 15.

²¹⁵ So Cerha, in: Kalss (Fn. 190), S. 1, 4; ders., Interview (Fn. 11), Pkt. V.5.

²¹⁶ Siehe den mit BGBl 1993/460 neu eingeführten § 110 Abs. 6a Arbeitsverfassungsgesetz (ArbVG); dazu ErlRV 1078 BlgNR 18. GP 15.

²¹⁷ Cerha, in: Kalss (Fn. 190), S. 1, 4; ders., Interview (Fn. 11), Pkt. V.5.

Die Entwurfsverfasser stimmten diesen Fallgruppen bedenkenlos zu, weil sie diese als praktische Ausnahmefälle einstufen.²¹⁸ Weitere Vorkehrungen gegen das unerwünschte Organ liegen zum einen darin, dass das PSG den Aufgabenbereich des Aufsichtsrats in Fällen der Nr. 2 auf Angelegenheiten der Konzernleitung einschränkt. Zudem hat das Gericht den Aufsichtsrat wieder abzurufen, wenn die Voraussetzungen für seine Einrichtung nicht mehr erfüllt sind.

Im Laufe der Jahre erwies sich die Einschätzung zur praktischen Bedeutungslosigkeit als zutreffend. Zum 1.5.2022 hatten lediglich 0,69 % der Privatstiftungen einen Aufsichtsrat eingerichtet.²¹⁹ Jedoch sollte § 23 Abs. 2 Satz 2, welcher die Unvereinbarkeitsbestimmungen für Aufsichtsratsmitglieder festschreibt, über Umwege praktische Bedeutung erlangen – siehe sogleich zum „aufsichtsratsähnlichen Beirat“.

(5) Fakultative Organe

Gemäß dem Primat der Stifterautonomie liegt es in der Hand des Stifters, weitere Organe einzurichten. Wie erwähnt,²²⁰ dachten die Entwurfsverfasser dabei primär an einen (Begünstigten-)Beirat.²²¹ Derselbe sollte einen Ausgleich zum gänzlich fremdbesetzten Vorstand schaffen, ihn kontrollieren, den Einfluss der wirtschaftlich Berechtigten sichern und ausweislich der Begründung zur Regierungsvorlage „bis zu einem gewissen Grad“²²² sogar Weisungsmacht haben können. Den Gesetzesmaterialien²²³ ist aber auch zu entnehmen, dass die Aufgaben weiterer Organe „in der Wahrung des Stiftungszwecks liegen“ müssen, nicht jedoch „auf direkte Umsetzung des Stiftungszwecks ausgedehnt werden“ können. Zusätzliche Organe könnten somit „nur Kontroll- oder Beratungsorgane sein“. Schließlich seien die Aufgaben der obligatorischen Stiftungsorgane zwingend umschrieben und die Stiftungserklärung dürfe davon – soweit kein ausdrücklicher Vorbehalt besteht – nicht abweichen. Namentlich sollte etwa eine „vollständige Bindung des Stiftungsvorstands an die Zustimmung anderer Organe“ unzulässig sein, da ansonsten die zwingend vorgezeichnete Struktur der Privatrechtsstiftung unterlaufen würde.

Auf Basis dieser Erwägungen urteilte der Oberste Gerichtshof, dass die Aufgabenfülle eines „vorstandsähnlichen Beirats“ den Stiftungsvorstand nicht zu einem „bloßen Vollzugsorgan“ degradieren dürfe.²²⁴ Wesentlich weiter von den historischen Erwägungen entfernte sich das Höchstgericht indes mit seiner Ju-

²¹⁸ *Cerha*, in: Kalss (Fn. 190), S. 1, 4; *ders.*, Interview (Fn. 11), Pkt. V.5.

²¹⁹ *N. Arnold* (Fn. 113), § 22 Rn. 1.

²²⁰ Siehe oben IV.2.g).

²²¹ Zu Verbreitung, Zusammensetzung und Kompetenzen des Beirats in der Praxis vgl. *Kalss/Harner/Grusch/Nindler/Lammer/Winkler*, GesRZ 2022, 172, 188 ff.

²²² ErlRV 1132 BlgNR 18. GP 26, rechte Spalte zu § 15 Abs. 2.

²²³ ErlRV 1132 BlgNR 18. GP 26, linke Spalte zu § 14 Abs. 2.

²²⁴ OGH 6 Ob 230/13m GesRZ 2015, 59 (zust. *H. Torggler*); vorbereitend *Csoklich*, PSR 2010, 4; vgl. aber auch schon 6 Ob 39/97x SZ 70/92 = GesRZ 1997, 191.

dikatur zum „aufsichtsratsähnlichen Beirat“. Danach darf ein Beirat, dem aufsichtsratsähnliche Befugnisse eingeräumt sind, in Analogie zu § 23 Abs. 2 Satz 2 nicht mehrheitlich mit Begünstigten besetzt sein.²²⁵ Zwar wurde diese Rechtsprechungslinie von erheblichen Teilen des Schrifttums,²²⁶ dem auch einige Entwurfsmitverfasser angehören,²²⁷ stark kritisiert. Gleichwohl blieb der 6. Senat der Auffassung, dass die gesetzlichen Restriktionen für die Zusammensetzung eines Aufsichtsrats nicht dadurch unterlaufen werden dürften, dass seine Aufgaben, wie sie mit Überwachung, Zustimmungsvorbehalten und rechtsgeschäftlicher Vertretung gegenüber Vorstandsmitgliedern in § 25 festgelegt sind, einem Beirat übertragen werden.²²⁸

Pikant ist diese Judikatur nicht nur im Lichte der späten und limitierten Einfügung des Aufsichtsrats in das PSG. Vielmehr nennen die Materialien gerade Kontrolltätigkeiten und sogar beschränkte Weisungsbefugnisse als mögliche Kompetenzen von Begünstigtenbeiräten. Außerdem kulminierte die Streitfrage vor allem an dem Leitsatz, dass die Einrichtung eines nur oder mehrheitlich mit Begünstigten besetzten Beirats unzulässig sei, wenn diesem die Befugnis zur Abberufung von Vorstandsmitgliedern – mit²²⁹ oder ohne²³⁰ Beschränkung auf einen wichtigen Grund – oder die Bestimmung von Vergütungen für den Stiftungsvorstand zukommt.²³¹ Beide Befugnisse weist das PSG auch einem Aufsichtsrat nicht zu; vielmehr müsste ein Aufsichtsrat vom Stifter eigens damit betraut werden. Zumindest in Hinblick auf die Abberufung von Vorstandsmitgliedern hat der Gesetzgeber mit dem Budgetbegleitgesetz 2011²³² eine klarstellende Regelung getroffen und lässt einen Begünstigtenbeirat entscheiden, sofern dabei dem suspekten Personenkreis keine Stimmenmehrheit zusteht.²³³ Die Figur des „aufsichtsratsähnlichen Beirats“ wurde dadurch jedoch nicht getilgt.²³⁴

²²⁵ Explizit OGH 6 Ob 42/09h PSR 2009/15; 6 Ob 139/13d SZ 2013/82; obiter: 6 Ob 39/97x SZ 70/92 = GesRZ 1997, 191.

²²⁶ Überblick bei *N. Arnold* (Fn. 113), § 14 Rn. 69.

²²⁷ *P. Doralt*, GesRZ 1997, 125; *Eiselsberg*, Kathrein & Co. Stiftungsletter 10/2007, S. 8, 11; *ders.*, ZfS 2009, 152; *Cerha*, in: Kalss (Fn. 190), S. 1, 3 ff.; *ders.*, in: GS Helbich, 2014, S. 45, 51 ff.

²²⁸ Vgl. OGH 6 Ob 39/97x SZ 70/92 = GesRZ 1997, 191; 6 Ob 42/09h PSR 2009/15; *Micheler*, in: Doralt/Nowotny/Kalss (Fn. 20), §§ 15, 16 Rn. 26; *Nowotny*, in: Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich (Fn. 99), S. 145, 155.

²²⁹ OGH 6 Ob 42/09h PSR 2009/15.

²³⁰ OGH 6 Ob 139/13d SZ 2013/82.

²³¹ Wiedergegeben bei OGH 6 Ob 139/13d SZ 2013/82; dazu auch *Micheler*, in: Doralt/Nowotny/Kalss (Fn. 20), §§ 15, 16 Rn. 26; *Nowotny*, in: Csoklich/Müller/Gröhs/Helbich (Fn. 99), S. 145, 155.

²³² BGBl I 2010/111.

²³³ § 14 Abs. 3 und 4.

²³⁴ Siehe die Fortführung der Rechtsprechung bei OGH 6 Ob 139/13d SZ 2013/82; kritisch dazu etwa *Cerha*, in: GS Helbich, 2014, S. 45, 54 f.; *Rizzi*, *ecolex* 2014, 149.

(6) „Kontrolldefizit“

Die vorgenannte Judikatur steht in einem gewissen Spannungsverhältnis zum sogenannten „Kontrolldefizit“ der Privatstiftung.²³⁵ Auf dasselbe hat das Höchstgericht angesichts des Fehlens von Eigentümern verschiedentlich hingewiesen.²³⁶ Doch hemmt die Erstreckung der Unvereinbarkeitsbestimmungen die Etablierung eines stifterautonomen Kontrollsystems, weil sie entweder zur Einrichtung tendenziell funktionsschwächerer Beiräte oder zur möglicherweise unliebsamen Besetzung mit einer Mehrzahl an Fremden führen müsste.

§ 14 Abs. 1 des Ministerialentwurfs hatte noch vorgesehen, dass jedes Organ und jedes seiner Mitglieder berechtigt sein sollte, mit einer Art *actio pro fundatione* Beschlüsse anzufechten oder zu erwirken. Nach Abs. 2 sollten ferner jedes Organ, jedes seiner Mitglieder sowie jeder Begünstigte Ersatzansprüche gegen pflichtvergessene Organmitglieder durchsetzen können.²³⁷ Die Vorschrift war jedoch bereits in der Regierungsvorlage nicht mehr enthalten und wurde lediglich durch die allgemeine Haftungsanordnung des § 29 ersetzt. Die h. M. geht heute davon aus, dass die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen gegen Organmitglieder allein dem Stiftungsvorstand obliegt, während weder der Stiftungsprüfer, ein Aufsichtsrat noch ein Beirat und mangels Organeigenschaft erst recht nicht Begünstigte oder Stifter für die Stiftung handeln könnten.²³⁸ Die Rechtsprechung hilft dem identifizierten „Kontrolldefizit“ allerdings insoweit ab, als sie die Legitimation zur Stellung von (insbesondere Abberufungs-)Anträgen an das unabhängige Gericht einer rechtsschutzfreundlichen Auslegung unterzieht.²³⁹

i) Dauer, Widerruf und Änderung

Abschließend ist noch ein Blick auf die Privatstiftung als Langzeiteinrichtung²⁴⁰ zu werfen, wie sie im Gesetz schon angesichts der zehnjährigen Nach- sowie der finalen Substanzbesteuerung angelegt ist. Die Gemüter in der erweiterten Arbeitsgruppe erhitze vor allem der Umstand, dass ein Stifter seine Privatstiftung

²³⁵ Darauf hinweisend *Rizzi*, *ecolex* 2014, 149, 152.

²³⁶ OGH 6 Ob 145/09f GesRZ 2010, 63 (*Kalss*); 6 Ob 157/12z EvBl 2013/53; vgl. ferner *Kalss*, in: *Kalss/Nowotny/Schauer* (Fn. 6), Rn. 7/60 m. w. N.

²³⁷ Zu den dahinterstehenden Motiven 289/ME 18. GP 21 ff.

²³⁸ Siehe nur *N. Arnold* (Fn. 113), § 29 Rn. 13 m. w. N.

²³⁹ Vgl. bereits ErlRV 1132 BlgNR 18. GP 30 f.: „Antragsberechtigt sind jene ‚Beteiligte‘ [...], die ein rechtliches Interesse an deren ordnungsgemäßem Funktionieren [...] haben. In erster Linie sind dies die Stiftungsorgane und deren Mitglieder, aber auch Begünstigte.“; aus der Rspr. etwa OGH 6 Ob 145/09f (Antrags- und Rekurslegitimation für Anträge nach § 27 Abs. 1 und 2 für Mitglieder des Stiftungsvorstandes); 6 Ob 157/12z EvBl 2013/53 (Antragslegitimation nach § 27 Abs. 2 für Begünstigte); vgl. auch 6 Ob 243/15a PSR 2016/24; ferner *N. Arnold* (Fn. 113), § 27 Rn. 27 ff. m. w. N.

²⁴⁰ Nach *Kalss/Harner/Grusch/Nindler/Lammer/Winkler* (GesRZ 2022, 172, 173) wurde der Großteil der Privatstiftungen auf unbestimmte Dauer errichtet. Beispielsweise ermittelten sie für Kärnten nur 5% und für Oberösterreich bloß 3% mit zeitlicher Befristung.

grundsätzlich auf unbestimmte Dauer anlegen hätte können.²⁴¹ Eine „ewige Stiftung“, mit der eine Versteinerung des Vermögens in einer „toten Hand“ ähnlich einem Familienfideikommiss befürchtet wurde, sollte jedoch unbedingt vermieden werden. Unterstützend wurde mit der angelsächsischen *rule against perpetuities* auch ein rechtsvergleichendes Argument geführt.

Am Ende der Debatte steht folgender Kompromiss: § 35 Abs. 2 Nr. 3 ordnet an, dass eine nicht gemeinnützige Privatstiftung, deren überwiegender Zweck die Versorgung von natürlichen Personen ist („Versorgungsstiftung“), nach 100 Jahren aufgelöst werden soll. Jedoch können alle Letztbegünstigten einstimmig beschließen, die Privatstiftung für einen weiteren Zeitraum fortzusetzen, längstens jedoch jeweils für 100 Jahre. Abgesehen von dieser Schranke und einem Insolvenzfall ist das Ende der Privatstiftung wiederum dem Stifterwillen anheimgestellt. Er kann sie befristen, Auflösungsgründe festlegen oder – wenn der Stifter eine natürliche Person ist – sich gemäß § 34 den Widerruf der Stiftung vorbehalten.

Für die Privatstiftung als Langzeiteinrichtung ist auch das umfassende²⁴² Änderungsrecht bedeutsam, welches sich der Stifter nach § 33 vorbehalten kann. Zusammen mit dem Widerrufsrecht bildet es die Möglichkeit, eine Anpassung an sich ändernde Verhältnisse und Bedürfnisse vorzunehmen. Ihre Bedeutung unterstreicht der Umstand, dass sie einen Schwerpunkt in Rechtsprechung und Literatur bilden.²⁴³ Änderungs- und Widerrufsrecht resultieren aus der Perpetuierung des Primats des Stifterwillens.²⁴⁴ Jedoch müssen diese beiden nicht übertragbaren²⁴⁵ „Gestaltungsrechte“²⁴⁶ aufgrund der Emanzipation der Privatstiftung zu einem eigenständigen Rechtssubjekt vor ihrem Entstehen begründet werden.²⁴⁷ Das wiederum führt zu den oben (a)) bereits geschilderten Strategien zur langfristigen Erhaltung der Stifterstellung z. B. durch Stiftermehrheiten oder Substiftungen. Die Kehrseite der Flexibilität, welche Änderungs- und Widerrufsrecht gewähren, ist das daran bestehende Interesse Außenstehender. So sind beide als Teil der Gesamtrechte des Stifters dem exekutiven Zugriff seiner Gläubiger ausgesetzt.²⁴⁸ Darüber hinaus hindert ein vorbehaltenes und ausübbares Widerrufs-

²⁴¹ Dazu und zum Folgenden *P. Doralt*, Interview (Fn. 11), Pkt. III.3.; *ders.*, ZGR 1996, 1, 16; vgl. ferner ErlRV 1132 BlgNR 18. GP 16, 20; *Kalss*, in: *Doralt/Nowotny/Kalss* (Fn. 20), Einl. Rn. 32 sowie *Riel*, ebenda, § 35 Rn. 27.

²⁴² Vgl. RIS-Justiz RS0120753. „Bei einem umfassenden, nicht eingeschränkten Änderungsvorbehalt in der Stiftungserklärung (§ 33 Abs. 2 PSG) ist grundsätzlich jede Änderung der Stiftungsurkunde zulässig.“

²⁴³ Vgl. einerseits die Entscheidungsfülle erhoben bei *Fida/Wrann/Zollner* (Fn. 144), S. 132 ff.; andererseits die Literaturübersichten und die Darstellung bei *N. Arnold* (Fn. 113), zu § 33 und § 34.

²⁴⁴ Vgl. ErlRV 1132 BlgNR 18. GP 17, 33.

²⁴⁵ OGH 6 Ob 49/07k SZ 2008/34.

²⁴⁶ Vgl. dazu *N. Arnold* (Fn. 113), § 3 Rn. 40.

²⁴⁷ OGH 6 Ob 72/11y wbl 2011/229; 6 Ob 210/14x wbl 2015/119.

²⁴⁸ Grundlegend OGH 3 Ob 217/05s SZ 2006/66; siehe ferner RIS-Justiz RS0120752.

recht nach h. M. den Beginn insolvenz- und erbrechtlicher Anfechtungsfristen, weil es an einem vollständigen „Vermögensopfer“ fehlt.²⁴⁹

Fehlt es an einem Änderungsrecht oder an dessen Ausübbarkeit, verbleibt lediglich eine subsidiäre Änderungskompetenz des Stiftungsvorstands. Gemäß § 33 Abs. 2 kann er die Stiftungserklärung „zur Anpassung an geänderte Verhältnisse“ adaptieren. Er hat dabei jedoch „unter Wahrung des Stiftungszwecks“ zu agieren und seine Änderungen bedürfen einer Genehmigung durch das Gericht. Anders als der Stifter ist die Änderungsmacht des Vorstands somit in unterschiedliche Richtungen eingeschränkt.²⁵⁰ Nach der Rechtsprechung müssen „geänderte Verhältnisse“ die Stiftung dergestalt betreffen, dass sich die Umsetzung des Stifterwillens nach der ursprünglichen Stiftungserklärung vernünftigerweise nicht mehr verwirklichen lässt oder dass anzunehmen ist, der Stifter hätte unter den geänderten Umständen eine andere Regelung getroffen.²⁵¹ Außerdem dürfen inhaltlich weder der Stiftungszweck noch der (hypothetische) Stifterwille unterlaufen werden, wobei letzterer durch Auslegung zu ermitteln ist.²⁵²

3. Änderung der Steuerlandschaft und „Mausefalleneffekt“

Die anfänglichen Steuervergünstigungen für Privatstiftungen wurden im Laufe der Jahre nach und nach abgebaut.²⁵³ Einen besonders herben Schlag bedeutete die Aufhebung des Erbschafts- und Schenkungssteuergesetzes im Jahr 2008 infolge zweier berühmt gewordener Erkenntnisse des Verfassungsgerichtshofs.²⁵⁴ Zwar hätte der Gesetzgeber ausreichend Zeit für eine Reparatur dieser Steuervorschriften gehabt; er ließ die vom VfGH gesetzte Frist jedoch ungenutzt verstreichen.²⁵⁵ Damit war die Motivation einer Ersparnis dieser Verkehrssteuern durch eine Stiftungskonstruktion weggefallen. Die Stiftungseingangssteuer von

²⁴⁹ RIS-Justiz RS0122172; *Kalss*, in: *Kalss/Nowotny/Schauer* (Fn. 6), Rn. 7/59 m. w. N.; eingehend zum Problemkreis *Zollner* (Fn. 111), S. 53 ff.

²⁵⁰ OGH 6 Ob 37/17k NZ 2017, 229.

²⁵¹ Vgl. OGH 6 Ob 198/13f SZ 2014/92 mit dem Beisatz „Fälle, die ‚geänderte Verhältnisse‘ im Sinn des § 33 Abs. 2 PSG darstellen können, sind etwa, wenn die Funktionsfähigkeit der Stiftung gefährdet ist, wenn ohne Änderung der Stiftungserklärung die Stiftung aufgelöst werden müsste (außer die Auflösung entspricht dem aus der Stiftungserklärung ersichtlichen Stifterwillen), oder wenn – etwa durch oberstgerichtliche Rechtsprechung – nachträglich bekannt wird, dass einzelne Klauseln der Stiftungserklärung gesetzwidrig sind.“ Weiterführend dazu *Kalss*, *GesRZ* 2018, 165, 169 ff.

²⁵² OGH 6 Ob 198/13f SZ 2014/92; siehe dazu auch *Kalss*, *GesRZ* 2018, 165, 166, 169 ff. m. w. N.; vgl. allgemein zur Auslegung der Stiftungserklärung, in der sich der Stifterwille manifestiert, oben IV.2.b)(2).

²⁵³ Vgl. die Beitragsüberschrift bei *Bruckner*, *Der Standard* 2011/42/02: „Vom Steuerschonmodell ist fast nichts mehr übrig“. Für einen Überblick zu den heutigen Grundsätzen der Besteuerung von Privatstiftungen siehe Österreichischer Stiftungsverband, Q&A, <<https://perma.cc/4JUE-BYX3>>; WKO, <<https://perma.cc/QQF5-3625>>.

²⁵⁴ VfSlg 18.093/2007; VfSlg 18147/2007.

²⁵⁵ Zusammenfassend *Lampret*, *JEV* 2018, 36, 38 f.

2,5 % blieb indes durch das eigens geschaffene Stiftungseingangssteuergesetz²⁵⁶ erhalten.

Ferner etablierten die Budgetbegleitgesetze der Jahre 2001 und 2011 die sog. Zwischensteuer. Mit ihr wurde der Thesaurierungsvorteil bei Veräußerungsgewinnen aus Grundstücken und Kapitalvermögen sowie bei Zinserträgen zunächst durch eine 12,5%ige, später durch eine 25%ige Besteuerung beseitigt. Sie wird der Stiftung lediglich im Falle einer Zuwendung an Begünstigte, welcher der KEST – mittlerweile 27,5 % – unterliegt, wieder gutgeschrieben.²⁵⁷ Weitgehend steuerfrei blieben Beteiligungserträge, was jedoch im Vergleich zu herkömmlichen Holding-Gesellschaften keine Privilegierung darstellt.²⁵⁸ Außerdem möglich ist unter den Voraussetzungen des § 13 Abs. 4 KStG eine steuerfreie Übertragung stiller Reserven aus der Veräußerung einer Kapitalbeteiligung.

Im Angesicht der abnehmenden steuerlichen Attraktivität der Rechtsform, verschaffte man sich auch Klarheit über den vielzitierten „Mausefalleneffekt“:²⁵⁹ Gemeint ist damit, dass bei einer Übertragung der ursprünglich gewidmeten Vermögenssubstanz an (Letzt-)Begünstigte – mithin insbesondere im Falle der Auflösung einer Privatstiftung – KEST anfällt. Es kommt also zu einer Substanzbesteuerung, welche bei einer Einlagenrückzahlung bei Körperschaften regelmäßig nicht anfiel und obwohl das gewidmete Vermögen bereits der „Eintrittsabgabe“ unterlag. Die gewidmete Vermögenssubstanz sitzt dadurch in der sprichwörtlichen „Mausefalle“ der Privatstiftung, weil ihre Ausschüttung teuer erkaufte werden müsste. Selbst im Falle eines Widerrufs durch den Stifter, der zur Kürzung um die Stiftungseingangswerte berechtigt ist, betrifft dies immerhin die bei ihm entstandenen stillen Reserven.²⁶⁰ Eine steuerfreie Substanzauszahlung kommt nur für Stiftungs(neu)vermögen in Betracht, das nach dem Auslaufen des ErbStG, mithin nach dem 31.7.2008, gewidmet wurde.²⁶¹

V. Analyse

Die Bewertung der Rechtsformneuschöpfung „Privatstiftung“ fällt – trotz eines fast 30-jährigen Beobachtungszeitraums – nicht leicht. Dies liegt nicht bloß daran, dass sie im Vergleich zu den anderen Geschöpfen des Gesellschaftsrechts eine sehr spezielle Kreatur ist, die nicht ohne ihre (anfänglichen) steuerlichen Vorzüge gedacht und verstanden werden kann. Die Würdigung einer Rechtsform-

²⁵⁶ BGBl I 2008/85.

²⁵⁷ Vgl. dazu *Bruckner*, in: *Jahrbuch Stiftungsrecht* 2011, S. 123, 123 ff.

²⁵⁸ Vgl. § 10 Abs. 1 KStG.

²⁵⁹ Anschaulich dazu *Kampitsch*, PSR 2019, 203, 203 ff. m. w. N.; vgl. auch *Lechner*, *ecolex* 2008, 950; *Ludwig*, in: *Arnold/Ludwig, Stiftungshandbuch*, 3. Aufl. 2022, Rn. 15/18; *Staringer*, in: *GS Helbich*, 2014, S. 141, 142 f.

²⁶⁰ Vgl. das Beispiel bei *Kampitsch*, PSR 2019, 203, 204.

²⁶¹ Näher dazu *Fraberger/Petritz*, PSR 2009, 34.

innovation ist per se eine schwierige Angelegenheit, stellt sich doch die Frage, wie und woran Erfolg bzw. Misserfolg gemessen werden sollen.²⁶² Ist allein die Zahl der Gründungen maßgeblich oder bildet die Erfüllung des ursprünglichen oder eines gegebenenfalls später entstandenen Bedarfs den relevanten Maßstab? Auf wessen Bedarf kommt es an (*cui bono?*) – auf den der Gründer und Nutzer der Rechtsform, auf den des Rechtsverkehrs oder auf den des Gesetzgebers, welcher mit der Zurverfügungstellung der Rechtsform bestimmte Ziele verfolgt? Sind die geografische Verbreitung, die Vorbildwirkung für das Ausland oder die Bewertung in der Wissenschaft taugliche Indikatoren?

Diese und andere Fragestellungen, die sich bereits ein Reformgesetzgeber bei der Erschaffung neuer Rechtsformen stellen sollte,²⁶³ machen die Beurteilung einer Rechtsform zu einem schwierigen Unterfangen. Zudem dürfte sich – wie auch bei der Privatstiftung – oftmals ein gemischtes Bild ergeben und kann das Ergebnis je nach Perspektive zu relativieren sein. Im Folgenden wird deshalb in erster Linie versucht zu beschreiben. Soweit eine Würdigung vorgenommen wird, erfolgt dies jeweils aus einem bestimmten Blickwinkel, ohne denselben verabsolutieren zu wollen.

1. Genesis der Privatstiftung

Mit Blick auf den Schöpfungsprozess fällt zunächst auf, dass die Privatstiftung eine Sonderstellung einnimmt. Anders als bei vielen anderen Legislativprojekten ging nicht nur die Idee, sondern auch die unmittelbare innovatorische Leistung überwiegend von der Beratungspraxis aus. Angehörige der (rechts-)beratenden Berufe waren von der ersten Stunde an beteiligt, wobei sich die Gruppe der Hauptakteure auf wenige engagierte Protagonisten verengen lässt. Bereits im Boltzmann-Arbeitskreis entwickelten sie eine ausformulierte Entwurfsfassung, die als Grundlage für die weiteren Arbeiten dienen konnte. Ganz generell dürfte ein elaborierter Textvorschlag die Erfolgsaussichten einer juristischen Innovation steigern.²⁶⁴ Besonders bemerkenswert erscheint darüber hinaus, dass den Praktikern auch von politischer Seite zugetraut wurde, schnell und fokussiert genug zu arbeiten, um die rasche Umsetzung des ideologisch heiklen Projekts innerhalb einer einzigen Legislaturperiode gewährleisten zu können. Die Privatstiftung kann daher mit Fug und Recht als ein „Kind der Praxis“ bezeichnet werden.

Gleichzeitig fällt auf, dass die Phase vor und um die Rechtsformneuschöpfung auch von einer positiven Grundstimmung gegenüber einer Privatstiftung geprägt war, die sich sowohl in der Wirtschaft als auch in der Politik ausmachen ließ.

²⁶² Gleichsinnig und mit ersten Gedanken dazu bereits *Fleischer*, NZG 2022, 827, 832 ff.; vgl. auch *ders.*, Ein Schönheitswettbewerb für eine neue Gesellschaftsform mit Nachhaltigkeitsbezug: Zur rechtspolitischen Diskussion um eine GmbH mit gebundenem Vermögen, ZIP 2022, 345, 346 ff.

²⁶³ Vgl. insofern die Gedanken zur Frage nach einer Gesellschaftsform mit Nachhaltigkeitsbezug bei *Fleischer*, ZIP 2022, 345, 346 ff.

²⁶⁴ *Fleischer*, NZG 2022, 827, 833.

Von mehreren Seiten wurde explizit der volkswirtschaftliche Nutzen einer solchen Rechtsform betont.²⁶⁵ Dieser Umstand leitet von konkreten Besonderheiten über auf eine allgemeinere Lehre, die aus der Genese der Privatstiftung gezogen werden kann: Ein so umfassendes Projekt wie die Kreation einer neuen Rechtsform dürfte kaum einmal bloß auf rechtspolitischen Wunschvorstellungen einzelner Rechtsgelehrter gründen. Vielmehr dürfte die erfolgreiche Umsetzung eines derart komplexen Unterfangens von einer zufriedenstellenden Antwort auf die Frage „cui bono?“ abhängen – damit vor allem von vorhandenen wirtschaftlichen Bedürfnissen bzw. Wünschen hinreichend einflussreicher Nutzer und dem politischen Willen.

Schließlich ist festzuhalten, dass die im Zusammenhang mit dem PSG offenbar bestehende Angst vor theorielastigen Streitgesprächen, die als Hemmschuh betrachtet wurden, keineswegs indizieren sollte, dass ein solides theoretisches und dogmatisches Fundament für den legistischen Prozess überflüssig wäre. Vielmehr können Mängel in Planung und Ausführung in weiterer Folge zu Problemen bei der Einpassung in vorhandene juristische Denk- und Regelungsstrukturen führen.²⁶⁶ Knirscht es im Gebälk, entstehen Transaktionskosten, die sich in der Beurteilung einer Rechtsform negativ niederschlagen dürften.

2. Vom Stifterboom in den Dornröschenschlaf

Soll die Annahme einer neuen Rechtsform durch die Praxis das maßgebliche Kriterium bilden, schrieb das erste Jahrzehnt der österreichischen Privatstiftung eine veritable „Erfolgsstory“²⁶⁷. Sichtbar wird ihr Aufstieg vor allem in den Gründungszahlen. Wie die untenstehende Grafik zeigt,²⁶⁸ stieg die Zahl der Privatstiftungen nach einer kurzen Anlaufzeit rasant an. Die in den ErlRV²⁶⁹ vorsichtig angedeutete Kennzahl von erwarteten 1.000 Privatstiftungen wurde schon nach rund fünf Jahren erreicht. Bereits um die Jahrtausendwende überflügelte die neue Rechtsform die – ebenfalls zur Aufbringung und Verwaltung großer Kapitalmengen berufene – Aktiengesellschaft. In Wien, wo österreichweit die meisten Privat-

²⁶⁵ Siehe bereits *Cerha*, Gewinn 2/1991, 148: „nicht zu unterschätzende volkswirtschaftliche Bedeutung“; vgl. ferner ErlRV 1132 BlgNR 18. GP 15; *Rockenschaub*, Stenographische Protokolle des Bundesrats, 574. Sitzung, S. 28035.

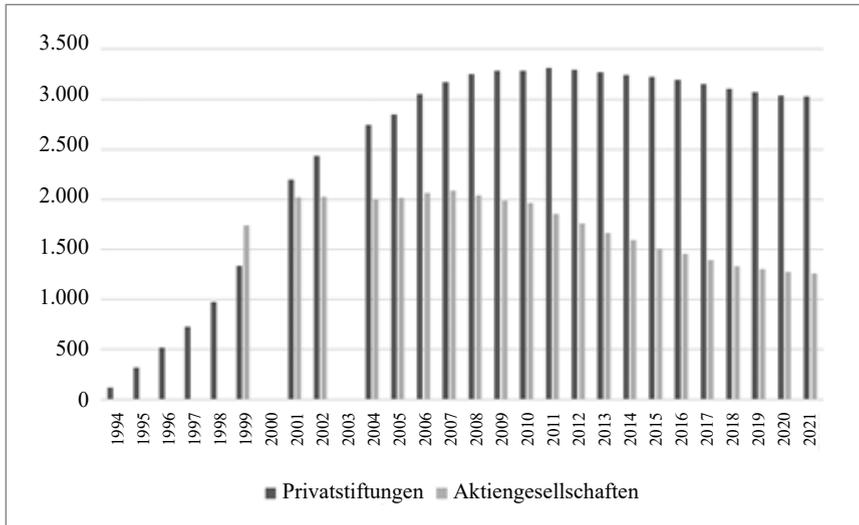
²⁶⁶ Vgl. auch unten V.2. und V.4.; allgemein zur Beachtung gewachsener Regelungsstrukturen auch *Fleischer*, NZG 2022, 827, 833; vgl. zu Systemkohärenz und Wertungsstimmigkeit ferner *ders.*, ZIP 2022, 345, 348 f.

²⁶⁷ Siehe den Titel bei *Helbich*, in: Gassner et al. (Fn. 27), S. 1: „Die österreichische Privatstiftung – eine Erfolgsstory“.

²⁶⁸ Die Grafik wurde vom Verfasser erstellt. Das zugrunde liegende Zahlenmaterial, auf das auch im Text Bezug genommen wird, stammt für die Jahre 1994 bis 1998 aus *N. Arnold* (Fn. 113), Einl. Rn. 7; jenes für die Jahre 1999 bis 2021 stammt von *Haybäck* (PSR 2014/6 und PSR 2022/10). Leider stimmt das Zahlenmaterial dieser Quellen für den zeitlichen Überschneidungsbereich nicht überein. Deshalb ist auch am Übergang von einer leichten Inkongruenz auszugehen, was hier jedoch zum Zwecke der Veranschaulichung in Kauf genommen wurde.

²⁶⁹ 1132 BlgNR 18. GP 18, rechte Spalte.

stiftungen gegründet wurden,²⁷⁰ registrierte man im Jahr 2000 ganze 310 Neugründungen.²⁷¹ Wenige Jahre darauf hatte sich die absolute Zahl der Privatstiftungen verdoppelt. Heute gibt es mehr als zweimal so viele Privatstiftungen wie Aktiengesellschaften. Die vom Gesetzgeber erhoffte Popularität der Rechtsformneuschöpfung scheint sich somit erfüllt zu haben.



Der zweite Blick auf das Zahlenmaterial belegt allerdings auch ein jähes Ende des Stifterbooms zum Auslaufen der Nullerjahre. Spätestens ab dem Jahr 2009 ist ein starker Rückgang der Gründungsaktivitäten zu verzeichnen; 2010 sank die absolute Zahl an Privatstiftungen erstmals. Im Jahr 2011 erreichte die Privatstiftung zwar noch einmal ein neues Allzeithoch mit einer Gesamtzahl von 3.313. Seither ist jedoch ein langsamer, aber sukzessiver Rückgang zu beobachten.²⁷²

Ein „[t]iefer Winter im Stiftungswesen“²⁷³ dürfte damit zwar nicht angebrochen sein. Gleichwohl ist der Enthusiasmus um die Gründung einer Privatstiftung deutlich zurückgegangen. Die Ursache hierfür könnte schlicht in einer Sättigung der Nachfrage vermutet werden, zumal ein kleines Land wie Österreich nur über eine begrenzte Zahl an – flüchtigen oder ansässigen – Millionären verfügen dürfte. Zweifel an dieser Hypothese kommen indes bereits im Vergleich mit den rund

²⁷⁰ Für Januar 2021 wurde ermittelt, dass 47% der österreichischen Privatstiftungen ihren Sitz in Wien hatten – siehe *Kalss/Harner/Grusch/Nindler/Lammer/Winkler*, *GesRZ* 2022, 172, 172 f.

²⁷¹ *Kalss/Bertleff/Lutz/Samonigg/Tucek* (Fn. 131), S. 13, 16.

²⁷² Vgl. auch *N. Arnold* (Fn. 113), Einl. Rn. 7. Der gleichzeitige, stete Rückgang an Aktiengesellschaften dürfte Umstrukturierungsmaßnahmen sowie der anhaltenden Beliebtheit der GmbH geschuldet sein.

²⁷³ Metapher angelehnt an *Oberndorfer/Marschner*, *Tiefer Winter im Stiftungswesen*, *ZFS* 2020, 121.

10.000 Stiftungen im Fürstentum Liechtenstein auf,²⁷⁴ die zusätzliches Potential vermuten lassen. Und tatsächlich bestehen wesentlich tiefergehende Verwerfungen und denken viele Stifter und Letztbegünstigte laut über Exit-Varianten nach.

Die Gründe hierfür liegen einerseits maßgeblich in den Veränderungen des steuerlichen Rahmens, andererseits aber wohl auch in der für Begünstigte mitwirkungsfeindlichen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs. Ersteres ist deutlich in der Grafik ablesbar: So lässt sich der sprunghafte Anstieg an Neugründungen im Jahr 2000 unmittelbar mit der Ankündigung der ersten steuerlichen Einschränkungen durch das Budgetbegleitgesetz 2001²⁷⁵ in Verbindung bringen.²⁷⁶ Das deutliche Abflachen der Kurve ab 2009 korrespondiert mit dem vom VfGH eingeleiteten Ende des Erbschafts- und Schenkungssteuergesetzes.²⁷⁷ Und der kontinuierliche Rückgang der Stiftungszahlen ab 2012 fällt zeitlich mit dem Wirksamwerden des Budgetbegleitgesetzes 2011²⁷⁸ zusammen, welches die damalige Finanzministerin, *Maria Fekter*, mit den Worten kommentierte: „Damit haben wir die Stiftungen jetzt umgebracht.“²⁷⁹

Der zweite Punkt wurde bereits in unterschiedlichen Entwurfsstadien diskutiert und ist seit der Entscheidung SZ 70/92²⁸⁰ ein literarisches Dauerthema. Namentlich *Günter Cerha*, der die Stiftungs-Governance weitestgehend der Autonomie des Stifters anheimstellen wollte und bereits im Ausschluss der Begünstigten aus dem Stiftungsvorstand eine im internationalen Vergleich sehr strenge Regelung erblickt, bedachte die Judikatur zum aufsichtsratsähnlichen Beirat mit dem Verdikt einer „Vertreibung des Vermögens österreichischer Privatstiftungen ins Ausland“.²⁸¹ Dass die Festigung dieser Rechtsprechung in den Jahren 2009²⁸² und 2013²⁸³ mit dem Abschwung der Stiftungszahlen korrespondiert, dürfte in der Tat kein reiner Zufall sein. Darüber hinaus dürften mehrere Stifter-Folgegenerationen mit der Anpassung an neue Gegebenheiten ringen, was der Reputation der Rechtsform möglicherweise ebenfalls abträglich ist. Dessen ungeachtet zeichnete kürzlich ein „Résumé-Protokoll des Fachgesprächs „Aktuelles zum

²⁷⁴ Stiftungsaufsichtsbehörde, Fürstentum Liechtenstein, <<https://perma.cc/M4W8-EQZD>>. Allerdings ist auch dort ein massiver Rückgang der Stiftungszahlen zu beobachten, wird doch für das Jahr 2008 eine Zahl von rund 47.000 Stiftungen genannt (siehe *Schauer*, ZEuP 2010, 338, 345).

²⁷⁵ BGBl I 2000/142.

²⁷⁶ *N. Arnold*, in: *Arnold/Ludwig* (Fn. 259), Rn. 1/5; *Kalss/Harner/Grusch/Nindler/Lammer/Winkler*, GesRZ 2022, 172, 173 f.

²⁷⁷ VfSlg 18.093/2007; VfSlg 18147/2007; zusammenfassend und die nicht wahrgenommene Möglichkeit zur Sanierung des Gesetzes durch den Gesetzgeber *Lampret*, JEV 2018, 36, 38 f.

²⁷⁸ BGBl I 2010/111.

²⁷⁹ Zitiert nach *Bruckner*, *Der Standard*, 18.10.2011, <<https://perma.cc/K8PQ-8KVH>>.

²⁸⁰ OGH 6 Ob 39/97x GesRZ 1997, 191.

²⁸¹ So die Überschrift bei *Cerha*, in: *Kalss* (Fn. 190), S. 1.

²⁸² OGH 6 Ob 42/09h PSR 2009/15.

²⁸³ OGH 6 Ob 139/13d SZ 2013/82.

Stiftungsrecht“²⁸⁴ auf, dass die Praxis mit diversen Unwägbarkeiten wie namentlich der eingeschränkten Änderungsbefugnis des Stiftungsvorstandes oder den reduzierten Mitwirkungsmöglichkeiten Begünstigter zu leben gelernt habe.

Auf der einen Seite unbeliebt, auf der anderen aber wohl ein Umstand, der einem stärkeren Exodus aus der Privatstiftung vorbeugt, ist schließlich der mittlerweile notorische „Mausefalleneffekt“.²⁸⁵ Das wohl etwas übertriebene Bild von der Substanzbesteuerung, die in der ursprünglichen Euphorie um die neue Rechtsform weithin unbemerkt geblieben war,²⁸⁶ stößt zwar bei Stiftern und Begünstigten auf wenig Gegenliebe. Aus Sicht des Staates hingegen dürfte der Effekt angesichts der gestiegenen laufenden Besteuerung von Privatstiftungen nicht gänzlich unwillkommen sein. Der Dornröschenschlaf potentieller Stifter, die ihr Vermögen derzeit anderweitig einsetzen, dürfte jedoch nicht im Sinne der Fiskalpolitik sein.

3. Leitbild und Realtypus

Als qualitativer Maßstab für die Rechtsformneuschöpfung kann danach gefragt werden, ob das gesetzliche Leitbild die Bedürfnisse der Praxis zu treffen vermochte. Welche Leitbilder den Verfassern des PSG vor Augen standen, bezeugen die ersten Aufrufe zur Schaffung einer Privatrechtsstiftung ebenso wie die Gesetzesbegründung, die geführten Interviews sowie die gesetzlichen Regelungen selbst: Kurzfristig ging es um ein Vehikel zur Rückholung von Stiftungsflüchtigen, langfristig und wohl auch hauptsächlich um die Familien(unternehmer-)stiftung, wobei sich beides überschneidet.

Bei der Familien(unternehmer-)stiftung war an eigennützige Privatstiftungen²⁸⁷ gedacht, deren überwiegender Zweck in der Versorgung von Familienangehörigen des Stifters besteht. In vielen Fällen würde zudem das Stiftungsvermögen aus einem heimischen Familienunternehmen stammen, welches vor einer Zersplitterung und zum Teil auch vor unternehmerisch unbegabten Nachkommen bewahrt werden sollte.²⁸⁸ Die Privatstiftung sollte somit primär den Bedürfnissen einer mit Nachfolgefragen konfrontierten Unternehmergeneration entsprechen; auch um deren Abwanderung vorzubeugen. Zu diesem Zweck – und wiederum zur Rückholung von Stiftungsflüchtigen – wurden auch weitgehende steuerliche Privilegien angeboten.

Dass die Privatstiftung diesen Anliegen jedenfalls anfangs entsprechen konnte, dürfte kaum Zweifeln unterliegen. Die Rechtsform ist vor allem als Verwalterin von Beteiligungen an Familienunternehmen (Stichwort: Holding-Privatstiftung) sehr beliebt.²⁸⁹ Zudem konnte eine ansehnliche Menge an Stiftungskapital

²⁸⁴ Zentrum für Stiftungsrecht, GesRZ 2021, 380, 386.

²⁸⁵ Anschaulich dazu etwa *Kampitsch*, PSR 2019, 203, 203 ff. m. w. N.

²⁸⁶ Siehe aber die frühzeitige Kritik bei *Eiselsberg*, AnwBl 1994, 407, 412.

²⁸⁷ Monografisch *Zollner*, Die eigennützige Privatstiftung, 2011.

²⁸⁸ Vgl. ErlRV 1132 BlgNR 18. GP 15.

²⁸⁹ Siehe nur *Kalss/Probst* (Fn. 1), Rn. 7/142.

eingesammelt werden – Schätzungen zufolge handelt es sich um 60 bis 80 Mrd. Euro.²⁹⁰ Betrachtet man die weitere Entwicklung, öffnet sich unter Steuergesichtspunkten jedoch erneut die Kluft zwischen den Interessen der Stifterfamilie und jenen des Staates. Durchweg und weiterhin positiv beurteilt wird hingegen die Fähigkeit der Privatstiftung, eine ungewollte Vermögenszersplitterung zu verhindern. Auch in jüngster Zeit wird die Rechtsform als „wehrhafter Schutzschirm gegen Kaufinteressen ausländischer Finanzinvestoren“²⁹¹ gepriesen. Als weitere positive Eigenschaft gilt, dass Privatstiftungen in der Lage sind, auch gemeindienliche Projekte – wie namentlich die Restaurierung altehrwürdiger Palais – wirtschaftlich umzusetzen.²⁹² Schließlich wird Privatstiftungen zugetraut, gerade in Krisenzeiten als eigenkapitalstarke, nachhaltige und standortfeste Investoren volkswirtschaftlich wertvolle Beiträge leisten zu können.²⁹³

Es fehlt indes nicht an Stimmen, die Fehlentwicklungen beklagen, welche durch das steuerbegünstigte Privatstiftungsrecht incentiviert wurden. Abgesehen von politischen Kräften, die den Steuerprivilegien deshalb nach und nach den Garaus machten, werden auch von Stiftungspraktikern „Beratungssünden“ beklagt. Zum einen seien Vermögen in Privatstiftungen gebunden worden, die nicht groß genug waren, um ein komplexes Stiftungskonzept sinnvoll aufrechtzuerhalten.²⁹⁴ Zum anderen sei oft zu stark auf steuerliche Vorteile geschielt worden, ohne zu überlegen, wie man in der Zukunft mit einer Privatstiftung leben könne. Vielen Stiftern seien die Folgen der Vermögensseparation, mit der bisweilen so mancher Erklärungsbedarf für die Mittelverwendung zu privaten Zwecken einherging, nicht klar gewesen bzw. sie seien darüber nicht hinreichend aufgeklärt worden.²⁹⁵ Einen unglücklichen Ausgang hätten vielfach auch solche Stiftungsstrukturen genommen, die nicht innerhalb der Stifterfamilie konsentiert waren, sondern bei denen „die Stiftung als Waffe“ eingesetzt wurde.²⁹⁶ Schließlich habe sich angesichts der Entwicklungen in der Steuerlandschaft Ernüchterung eingestellt bzw. seien früher lukrierte Steuervorteile heute in Vergessenheit geraten.²⁹⁷

²⁹⁰ *Kalss/Probst* (Fn. 1), Rn. 7/142; aus jüngerer Zeit 70 Mrd. Euro nennend *Zirm*, *Die Presse*, 4.12.2018, <<https://perma.cc/4RR3-3EQB>>; vgl. aber auch 323/ME 25. GP, PSG-Nov, WFA, S. 1: „Es liegen keine gesicherten Daten zum Vermögen, das in Privatstiftungen eingebracht ist, vor.“

²⁹¹ *Cattina Leitner*, in: Österreichischer Stiftungsverband, *Stand(ort)fest mit Privatstiftungen*, 10.5.2021, <<https://perma.cc/47DH-ZHVK>>.

²⁹² *Eiselsberg*, Interview (Fn. 11), Pkt. VI.

²⁹³ Österreichischer Stiftungsverband, *Stand(ort)fest mit Privatstiftungen*, 10.5.2021, <<https://perma.cc/47DH-ZHVK>>.

²⁹⁴ So *Cerha*, Interview (Fn. 11), Pkt. VI.1.

²⁹⁵ Vgl. *P. Doralt*, Interview (Fn. 11), Pkt. V., der von einem vielleicht sogar beachtlichen Motivirtum spricht.

²⁹⁶ *Eiselsberg*, Interview (Fn. 11), Pkt. VI.

²⁹⁷ *Cerha*, Interview (Fn. 11), Pkt. VI.1.; *Eiselsberg*, Interview (Fn. 11), Pkt. VI.

4. Aufnahme in der Wissenschaft

Die österreichische Rechtswissenschaft befasste sich von Beginn an intensiv mit der neuen Rechtsform. Beredtes Zeugnis für den literarischen Diskussionsbedarf legen nicht nur mehrere Handbücher, Kommentierungen und Monografien ab. Mit „Die Privatstiftung“ (PSR) und der „Zeitschrift für Stiftungswesen“ (ZFS) existieren auch zwei regelmäßig erscheinende Fachzeitschriften, die sich explizit dem Stiftungsrecht verschrieben haben.

Ein Grund für das große Forschungsinteresse mag darin gelegen haben, dass die Wissenschaft in den Gesetzwerdungsprozess nur am Rande einbezogen worden war. Ein anderer besteht sicherlich darin, dass das schnell gearbeitete und bewusst schlank gehaltene PSG selbst²⁹⁸ einige Fragen aufwarf. Gleiches gilt für jene Bereiche, wo es Reibungsflächen mit Rechtsgebieten gibt, in die sich die Privatstiftung einfügen musste. So sind beispielsweise Spannungsverhältnisse zum Erbrecht, zur Rechtsgeschäftslehre, zum Gesellschafts- und Verbandsrecht oder zur marktwirtschaftlichen Bedeutung der Eigentumszuordnung kaum zu leugnen.²⁹⁹ Dieselben beschäftigten auch die Rechtsprechung, wobei schwer zu sagen ist, wie viel zusätzlicher Aufwand für den Rechtsverkehr im Vergleich zu den ohnehin entstehenden Kosten für die Erschließung des Potentials einer jeden neuen Rechtsform entstanden ist.³⁰⁰

5. Regionale Beschränkung

Aus dem internationalen Blickwinkel ist interessant, ob und inwieweit sich die Hoffnung des österreichischen Gesetzgebers bewahrheitet hat, es könne ein Anreiz geschaffen werden, ausländisches Vermögen in österreichische Privatstiftungen einzubringen, um so auch den inländischen Kapitalmarkt zu stärken.³⁰¹ Zwar fehlt es an Untersuchungen, welcher Anteil der 60 bis 80 Mrd. Euro, die in österreichischen Stiftungen investiert sein sollen, In- oder Ausländern zuzuschreiben ist. Eine Studie aus 2013 analysierte aber immerhin die im Firmenbuch hinterlegten Zustelladressen.³⁰² Sie kommt zu dem Ergebnis, dass die österreichische Privatstiftung eine weitgehend nationale Angelegenheit ist. Rund 92 % der Stifter waren danach in Österreich ansässig. Von den übrigen 8 % waren rund ein Fünftel in Deutschland niedergelassen; auf ungefähr einen Zehntel-Anteil kamen jeweils Stifter mit Zustelladressen in Russland, Brasilien, Monaco, Portugal und Großbritannien.³⁰³

²⁹⁸ Vgl. etwa die Kritik bei *N. Arnold* (Fn. 113), § 4 Rn. 4f. an den „tw vollkommen un-systematisch“ gebrauchten Begriffen „Vermögen, Mindestvermögen und Stiftungsvermögen“.

²⁹⁹ In diesem Sinne Hinweise bei *P. Doralt*, Interview (Fn. 11), Pkt. V.

³⁰⁰ Vgl. hierzu *Fleischer*, ZIP 2022, 345, 347 m.w.N.

³⁰¹ ErlRV 1132 BlgNR 18. GP 15, rechte Spalte.

³⁰² Näher *Kalss/Bertleff/Lutz/Samonigg/Tucek* (Fn. 131), S. 13, 23.

³⁰³ Zahlen jüngerer Datums zu den Bundesländern Kärnten und Oberösterreich bei *Kalss/Harner/Grusch/Nindler/Lammer/Winkler*, GesRZ 2022, 172, 178 f.

Der Grund für den nur mäßigen Zuzug ausländischen Stiftungsvermögens dürfte wiederum im (internationalen) Steuerrecht zu finden sein.³⁰⁴ Ausweislich einer Auskunft aus der Beratungspraxis³⁰⁵ mangelte es jedenfalls in den Jugendjahren der Privatstiftung nämlich nicht am ausländischen Interesse – vor allem aus den Nachbarländern. Jedoch musste in so manchem Fall festgestellt werden, dass die erhoffte Rentabilität des Stiftungsgeschäfts nicht gewährleistet werden konnte. Zu berücksichtigen ist dabei nicht nur das Herauslösen des ausländischen Vermögens.³⁰⁶ Vielmehr muss langfristig auch der Umstand bedacht werden, dass gerade bei Familienstiftungen regelmäßig auch die Begünstigten außerhalb Österreichs wohnhaft wären. Zuwendungen an sie müssten somit die Hürden des internationalen Steuerrechts unter Einbeziehung der jeweils einschlägigen Wohnsitzrechtsordnung überwinden.³⁰⁷

6. Normative Ausstrahlung

Ein weiterer Indikator für den Erfolg der Privatstiftung könnte ihre Vorbildwirkung für andere Rechtsordnungen sein. Die österreichische Stiftungsvariante scheint dabei insbesondere im deutschsprachigen Raum wahrgenommen worden zu sein. Vor allem die „Totalrevision“ des liechtensteinischen Stiftungsrechts³⁰⁸ fand im PSG so manchen Anhaltspunkt.³⁰⁹ Andernorts widmete man österreichischen Konzepten immerhin eine nähere Diskussion, wollte ihnen schließlich aber doch nicht folgen.³¹⁰ Wieder anderen dienten die österreichischen Verhältnisse gar als abschreckendes Beispiel.³¹¹ Insgesamt zeigt sich eine gewisse Ausstrahlung auf das eng verwandte liechtensteinische Stiftungsrecht; ein Exportschlagler wurde aus der Privatstiftung hingegen nicht.

³⁰⁴ Vgl. *Cerha*, Interview (Fn. 11), Pkt. VI.3.; *Eiselsberg*, Interview (Fn. 11), Pkt. VI.

³⁰⁵ *Cerha*, Interview (Fn. 11), Pkt. VI.3.

³⁰⁶ Bereits insofern entmutigend *Bergmann*, in: Gassner et al. (Fn. 27), S. 343, 359: „Die Errichtung einer österreichischen Privatstiftung ist für einen in Deutschland ansässigen Stifter regelmäßig uninteressant, da die erbschafts- bzw schenkungsteuerliche [sic] Belastungen sehr hoch sind.“

³⁰⁷ Prägnant *Cerha*, Interview (Fn. 11), Pkt. VI.3.; vgl. ferner *Bergmann*, in: Gassner et al. (Fn. 27), S. 343, 360.

³⁰⁸ Dazu *Schauer*, ZEuP 2010, 338; *ders.*, PSR 2009, 16.

³⁰⁹ Vgl. Bericht und Antrag der Regierung an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein betreffend die Totalrevision des Stiftungsrechts, Nr. 13/2008; ferner *Schauer*, ZEuP 2010, 338, 352.

³¹⁰ Vgl. *Jakob*, ZEV 2009, 165, 167 zur Stiftungsrevision 2004 in der Schweiz.

³¹¹ *Arnold/Burgard/Roth/Weitemeyer*, NZG 2020, 1321, 1325: „Zu vermeiden gilt es österreichische Verhältnisse: Dort werden 80 der 100 größten Unternehmen von Privatstiftungen kontrolliert. Grund dafür ist auch die massive steuerliche Förderung, die dieser Rechtsform bei ihrer Einführung zuteilwurde, um eine Abwanderung großer Vermögen nach Liechtenstein zu verhindern. Gleiches droht aufgrund der steuerlichen Privilegierung der GmbH-VE [...]“

7. Ausblick

Am Ende steht ein ambivalentes Bild, das sich für unterschiedliche Akteure über die letzten drei Jahrzehnte hinweg aus unterschiedlichen Gründen immer wieder verändert hat. Die Zukunft der Privatstiftung ist ungewiss. Von politischer Seite postuliert das aktuelle Regierungsprogramm zwar auch eine „Reform und Attraktivierung des Privatstiftungsrechts im internationalen Vergleich unter Stärkung der Begünstigtenstellung“.³¹² Bislang mangelt es aber am Tatendrang. Ein ausformulierter Reformvorschlag aus 2017, welcher aus der Rechtsentwicklung resultierende Defizite ausgleichen und sich auf eine Neugestaltung der Governance, erhöhte Transparenz und verstärkten Gläubigerschutz fokussieren wollte, schaffte es zwar bis in das Stadium eines Ministerialentwurfs.³¹³ Er scheint jedoch im politischen Tagesgeschehen und der Covid-19-Krise untergegangen zu sein.³¹⁴ Fraglich ist insbesondere, ob Stifter und Privatstiftungen wieder auf Steuervorteile hoffen können.³¹⁵ Der in den „Ibiza-Akten“ vorgefundene Vorschlag, den „Mausefalleneffekt“ mit einer Exit-Steuer von bloß 10 % zu überwinden, stieß in der öffentlichen Debatte jedenfalls auf wenig Gegenliebe.³¹⁶

Ob es zeitnah zu einer Neuaufnahme des Reformprozesses und im Zuge dessen zu steuerlichen Entlastungen auf der Stiftungsebene kommt oder ob Erbschafts- und Schenkungssteuern zurückkehren, bleibt somit ebenso abzuwarten wie die Auswirkungen neuer gesellschaftspolitischer Impulse. Immerhin würde sich eine Privatstiftung mit ihrer Zweckoffenheit, der möglichen Zweckpluralität und der Vermögensbindung dazu eignen, privates Verantwortungseigentum vollumfänglich oder teilweise in den Dienst von Klima- und Umweltschutz oder sozialer Anliegen zu stellen.

³¹² BKA, Aus Verantwortung für Österreich – Regierungsprogramm 2020–2024, S. 25, rechte Spalte.

³¹³ 323/ME 25. GP.

³¹⁴ Darauf hoffend, dass eine Wiederbelebung des Vorschlags ausbleiben möge, *N. Arnold* (Fn. 113), Vorwort.

³¹⁵ Vgl. etwa das Desiderat von *Wilpinger*, in: *Die Presse*, 13.3.2019, <<https://perma.cc/8SE3-TSKD>>.

³¹⁶ Vgl. *Huber*, *kontrast.at*, 19.7.2021, <<https://perma.cc/WMB5-JKA7>>.

§ 6 Frankreich: Société par actions simplifiée (SAS), 1994

Jennifer Trinks

I.	Einführung	173
II.	Die SAS im französischen Recht.....	175
	1. Rechtsformlandschaft in Frankreich	175
	2. Steuerliche Rahmenbedingungen	178
III.	Entstehen und Werden der SAS	179
	1. Unternehmer gegen Rechtsformflucht	179
	2. SAS als Rechtsform für Unternehmenskooperationen im Gesetz vom 3. Januar 1994.....	184
	3. Öffnung zur Rechtsform für alle mit Gesetz vom 12. Juli 1999.....	188
	4. Weitere Attraktivitätssteigerungen im innerstaatlichen Rechtsformwettbewerb ...	194
IV.	Grundstrukturen der SAS	197
	1. Gesetzliches Gerüst und Vertragsfreiheit.....	197
	2. Geschäftsführung und Vertretung	201
	3. Kompetenzen der Gesellschaftergesamtheit.....	204
	4. Gesellschafterrechte und -pflichten	208
	5. Finanzierung	212
V.	Würdigung	214
	1. Gründungszahlen und Anwendungsfelder der SAS.....	214
	2. Bedeutung der SAS für das französische Gesellschaftsrecht	220
	3. Europäische Dimension der SAS	226
	4. Die SAS im internationalen Wettbewerb.....	228
	5. Erfolgsfaktoren der SAS-Reformen.....	233

I. Einführung

Von einer Insel der Vertragsfreiheit in einem Ozean aus Regulierung zu einem ganzen Kontinent wiederentdeckter Freiheiten¹ – in nicht einmal 30 Jahren hat die *Société par actions simplifiée* (SAS) eine zentrale Stellung im französischen

¹ Zu diesem Bild *Guyon*, Rev. soc. 1994, 207, 221: „Si, au contraire, les associés ont une attitude prudente et responsable, la SAS ne sera plus un îlot de liberté dans un océan de réglementation mais le continent naissant des libertés retrouvées.“; allerdings noch kritisch *Le Canmu*, Rev. soc. 2014, 543, 544 = *ders.*, in: Conac/Urbain-Parleani, La société par actions simplifiée, 2016, S. 61, 63: „Mais cette île n'est pas un continent, et elle reste dépendante de l'océan qui l'entoure.“

Gesellschaftsrecht erobert. Ein Gesetz vom 3. Januar 1994² führte diese vereinfachte Gesellschaft auf Aktien als Vehikel für Unternehmenskooperationen ein, das sich durch großzügige Freiräume für privatautonome Gestaltungen auszeichnen sollte. Den drohenden Aufschrei gegen die für das französische Gesellschaftsrecht ungewöhnlich weitreichende Vertragsfreiheit verhinderte der Gesetzgeber, indem er den Zugang zur SAS zunächst stark einschränkte und nur Gesellschaften ab einer bestimmten Größe als Gesellschafter zuließ.³ Der Bruch⁴ mit über Jahrzehnte gewachsenen Prinzipien war aber eingeleitet: Nach und nach eroberte die SAS immer mehr Freiheiten, kann insbesondere seit 1999 von natürlichen wie juristischen Personen gegründet werden und überholte 2015 schließlich die SARL in der Zahl der Gesellschaftsgründungen⁵. Heute verkörpert sie als prominentestes Beispiel das Streben nach mehr Vertragsfreiheit im französischen Gesellschaftsrecht.⁶

Den Entstehens- und Erfolgsbedingungen dieser auf Vertragsfreiheit und vergleichsweise wenige zwingende Normen gebauten Gesellschaft auf Aktien spürt dieser Beitrag nach. Vor dem Rechtsformpanorama Frankreichs (II.) verfolgt er die wesentlichen Entwicklungsschritte der SAS bis zu ihrer heutigen Gestalt (III.). Ein Blick auf die Charakteristika dieser Rechtsform verdeutlicht ihre Sonderstellung im französischen Gesellschaftsrecht (IV.) und hilft schließlich, die Entstehung der SAS in den breiteren Kontext der Rechtsformneuschöpfungen einzuordnen (V.).

² Loi n° 94-1 du 3 janvier 1994 instituant la société par actions simplifiée; aus deutscher Sicht etwa *Hirschmann*, Neue Gestaltungsfreiheit im französischen Gesellschaftsrecht: Die Société par actions simplifiée (SAS), 2001; *Peter*, Société par actions simplifiée (S.A.S.), Die Vereinfachte Aktiengesellschaft in Frankreich, eine Rechtsform für die Kooperation von Unternehmen, 1999; vgl. auch die Übersetzung des Aufsatzes von *Guyon*, ZGR 1994, 551.

³ Art. 262-1 Abs. 1 Loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

⁴ *Randoux*, JCP E 1999, 1812, 1813: „rupture avec le passé“; auch *Godon*, Rev. soc. 2017, 267, 269: „véritable rupture avec le droit antérieur“; *Simon*, in: Conac/Urbain-Parleani (Fn. 1), S. 37, 42.

⁵ Insee, Créations de sociétés selon la forme juridique, Données annuelles de 2012 à 2023, <<https://www.insee.fr/fr/statistiques/5058366>> (19.2.2024).

⁶ Zur *contractualisation du droit des sociétés* etwa *Le Cannu/Dondero*, Droit des sociétés, 10. Aufl. 2023, Rn. 45 f.; vgl. auch *Bertrel*, RTD com. 1996, 595; *Merle/Fauchon*, Sociétés commerciales, 27. Aufl. 2023, Rn. 31; zum Wechselspiel zwischen Lockerung und Straffung verschiedener Regeln *Bureau*, in: Mélanges Didier, 2008, S. 57, 74 f.; zuletzt kritischer *Notat/Senard*, L'entreprise, objet d'intérêt collectif, 9.3.2018, S. 28 f.

II. Die SAS im französischen Recht

1. Rechtsformlandschaft in Frankreich

Als Insel der Vertragsfreiheit sticht die SAS in der Gesellschaftsrechtslandschaft Frankreichs heraus.⁷ Zwar teilt sie die Definitionsmerkmale einer jeden Gesellschaft und folgt deren allgemeinen Prinzipien, doch haben die ihr gewidmeten Art. L. 227-1 ff. C. com. zum Ende des 20. Jahrhunderts einen Bruch mit dem zunehmend rigide gewordenen Gesellschaftsbild bewirkt.

Das französische Recht definiert die Gesellschaft, *la société*, als Organisationsform, in der die Gesellschafter Güter oder ihre Arbeitskraft in ein gemeinsames Unternehmen einbringen mit dem Ziel, den Gewinn zu teilen oder von der Ersparnis zu profitieren, die daraus entstehen könnte.⁸ Insbesondere die Gewinnerzielungsabsicht grenzt die Gesellschaft vom Verein (*l'association*) ab, der gerade auf ein anderes Ziel gerichtet sein muss, als Gewinne zu teilen.⁹ Um gemeinsam Ersparnisse zu erreichen, können indes beide Rechtsformen zum Einsatz kommen.¹⁰ Seit 1967 steht zu diesem Zweck zudem die Wirtschaftliche Interessenvereinigung (*groupement d'intérêt économique*) als Rechtsform zwischen Gesellschaft und Verein zur Verfügung.¹¹ Sie muss allerdings an die wirtschaftliche Tätigkeit ihrer Mitglieder anknüpfen und hat daher nur einen eingeschränkten Anwendungsbereich.¹²

Für die verschiedenen Formen der *société* enthält der *Code civil* in den Artikeln 1832 bis 1844-17 einen Allgemeinen Teil des Gesellschaftsrechts.¹³ Unmittelbar im Anschluss findet sich das Regime der *société civile*, der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, mit der nichthandelsrechtliche Tätigkeiten verfolgt werden können. War sie ursprünglich im *Code civil* von 1804 an die Vorarbeiten *Pothiers* angelehnt und als bloß vertraglicher Zusammenschluss konzipiert,¹⁴ erhält sie seit 1978 eine eigene Rechtspersönlichkeit durch Eintragung ins Gesellschafts-

⁷ Vgl. *Merle/Fauchon* (Fn. 6), Rn. 685: „l'absolue priorité à la liberté contractuelle des associés“.

⁸ Art. 1832 Abs. 1 C. civ.

⁹ Art. 1 Satz 1 der Loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association; zur Definition der Gewinnerzielungsabsicht vgl. die Entscheidung *Caisse rurale de la commune de Manigod*, Cass. ch. réun., 11.3.1914, D. 1914, I, 257 m. Anm. L.S.

¹⁰ Vgl. die Ergänzung des Art. 1832 Abs. 1 C. civ. durch Gesetz vom 4.1.1978; zur Entwicklung *Germain/Magnier*, *Les sociétés commerciales*, 23. Aufl. 2022, Rn. 31; *Merle/Fauchon* (Fn. 6), Rn. 48 ff.; krit. auch *Guyon*, *Droit des affaires* I, 11. Aufl. 2001, Rn. 112 ff.

¹¹ *Le Cannu/Dondero* (Fn. 6), Rn. 7, 1506; *Merle/Fauchon* (Fn. 6), Rn. 53.

¹² Art. L. 251-1 Abs. 3 C. com.; zum *groupement d'intérêt économique* in diesem Band § 2 (*Chatard*) unter Punkt II.

¹³ Vgl. auch die inzwischen weitgehend bedeutungslosen allgemeinen Vorschriften für Handelsgesellschaften in Art. L. 210-1 bis L. 210-12 C. com.

¹⁴ Ende des 19. Jahrhunderts gestand der französische Kassationshof ihnen allerdings eigene Rechtspersönlichkeit zu, vgl. Cass. req. 23.2.1891, D. 1891, I, 337 m. Anm.; Cass. req. 2.3.1892, D. 1893, I, 169 m. Anm.; dazu auch *Germain/Magnier* (Fn. 10), Rn. 173.

register. Zeitgleich hat der Gesetzgeber ihren Rechtsrahmen dem der Handelsgesellschaften angenähert, insbesondere der *société en nom collectif* (SNC).¹⁵ Als Gesellschaften ohne Eintragung und ohne Rechtspersönlichkeit, mithin als rein vertragliche Verbindungen unter den Gesellschaftern, sind lediglich die *société en participation* und die *société créée de fait* verblieben. Für sie finden sich einige Sondernormen in Art. 1871 ff. C. civ.

Die Grundform der Handelsgesellschaften bildet die SNC. Ihre Gesellschafter sind Kaufleute; sie haften unbeschränkt und gesamtschuldnerisch für die Gesellschaftsverbindlichkeiten.¹⁶ Als Rechtsform kann die SNC auf eine lange Regelungsgeschichte zurückblicken, beginnend mit der *Ordonnance sur le commerce* von 1673. In diesem Regelwerk wurde auch die *société en commandite simple* (SCS) zum ersten Mal kodifiziert.¹⁷ Sie findet sich noch heute in unmittelbarer Nachbarschaft zur SNC in den Art. L. 222-1 ff. C. com. Neben mindestens einem voll haftenden Gesellschafter beherbergt sie eine zweite Gruppe von Gesellschaftern, die für Gesellschaftsverbindlichkeiten nur bis zur Höhe ihrer Einlage einzustehen haben.¹⁸

In Abwandlung der SCS halten die beschränkt haftenden Gesellschafter in der *société en commandite par actions* (SCA) keine Gesellschaftsanteile, sondern Aktien. Dadurch entsteht eine gewisse Verwandtschaft zur Aktiengesellschaft¹⁹, *société anonyme* (SA), zumal beide zunächst im *Code de commerce* von 1807 eine umfassende Regelung gefunden hatten.²⁰ Praktische Bedeutung hat indes zuvörderst die SA als Archetyp der Kapitalgesellschaft erlangt: Eroberte sie einerseits die französische Börse, diente sie in Frankreich andererseits wegen des günstigen Status ihrer Geschäftsleiter traditionell auch als Rechtsform für kleinere Unternehmer.²¹ Erst 1925 erhielt sie mit der nach dem Vorbild der deutschen

¹⁵ Dazu und insgesamt zu den Personengesellschaften *Chatard/Trinks*, in: Fleischer, Personengesellschaften im Rechtsvergleich, 2021, § 4 Rn. 6 ff.

¹⁶ Art. L. 221-1 Abs. 1 C. com.

¹⁷ Vgl. Titre IV – Des sociétés; allg. zur Geschichte nur *Fleischer*, in: ders. (Fn. 15), § 1 Rn. 113, 147.

¹⁸ Sog. *associés commanditaires*, Art. L. 222-1 Abs. 2 C. com.

¹⁹ Vgl. die Normverweise etwa in Art. L. 226-1 Abs. 1, L. 226-2 Abs. 1, L. 226-5-1 Abs. 1, L. 226-10 f., L. 226-12 C. com.

²⁰ Art. 19, 30 ff., 38 C. com. 1807; vgl. etwa *Rothweiler/Geyer*, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, Bd. I, 2007, Kap. 2 Rn. 33 ff.

²¹ *Boucourechliev/Huet*, in: CREDA, Propositions pour une société fermée européenne, 1997, S. 153, 162; *Paillusseau*, Gaz. Pal. 10.10.1998, 1257; *Pasqualini*, in: Mélanges Didier, 2008, S. 363 f.; vgl. auch *Couret*, in: Mélanges Storck, 2021, S. 187, 192; zum beliebten Titel PDG *Groupe de travail de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris (Paillusseau/Theimer/Outin-Adam/Bienvenu)*, JCP E 2000, 1748, 1754: „Incidemment, le titre de président peut être davantage attractif que celui de gérant“; *Merle/Fauchon* (Fn. 6), Rn. 470; auch *Delorme*, D. 2002, 1330, 1331; zum Gegensatz zu Deutschland *Beltz*, RIW 1994, 548, 550.

GmbH eingeführten *société à responsabilité limitée* (SARL) Konkurrenz als Rechtsform für geschlossene Gesellschaften.²²

Durch die große Reform des Handelsgesellschaftsrechts von 1966 – und die Reform des Rechts der *société civile* im Jahre 1978 – hat der französische Gesetzgeber die verschiedenen Gesellschaftsformen einander angenähert. Dabei nahm er auch die Vorstellung von der Gesellschaft als Institution auf. Dieses Konzept hatte im Laufe des 20. Jahrhunderts in Wissenschaft und Rechtsprechung an Bedeutung gewonnen²³ und rückte den Fokus weg von den vertraglichen Grundlagen der Gesellschaft hin zum gemeinschaftlichen Zweck des Personenzusammenschlusses.²⁴ An die Stelle privatautonomer Gestaltungsfreiheit traten zwingende Organisationsprinzipien; die Gesellschaft verselbständigte sich gegenüber ihren Mitgliedern.²⁵ In den Reformgesetzen von 1966 und 1978 schlug sich diese Entwicklung in umfassenden zwingenden Vorgaben nieder; ein eigener Titel im Gesetz vom 24. Juli 1966 mit über 60 Strafvorschriften illustrierte die Rigidität des neuen Gesellschaftsrechts eindrucksvoll.²⁶ Dadurch büßten nicht nur die Personengesellschaften Gestaltungsspielräume ein, auch die SARL rückte näher an die SA und verlor an Flexibilität.²⁷

²² Loi 7 mars 1925; vgl. etwa *Boucouchiev/Huet* (Fn. 21), S. 153, 154; vgl. weiter zu den zahlreichen Spezialstatuten für Gesellschaften in bestimmten Tätigkeitsbereichen *Godon*, Rev. soc. 2017, 267, 275 f.

²³ Die *théorie de l'institution* geht zurück auf *Hauriou*, Recueil de législation de Toulouse, 1906 2-II, 134; vgl. Überblick im Gesellschaftsrecht bei *Bertrel*, RTD com. 1996, 595, 613.

²⁴ Vgl. die Nachweise bei *Germain/Magnier* (Fn. 10), Rn. 22, 427; krit. *Cozian/Viandier/Deboissy*, Droit des sociétés, 36. Aufl. 2023, Rn. 10.

²⁵ *Paillusseau*, D. 1999, chron. 333, 344 f.; zur Entwicklung als Reaktion auf Wirtschaftsskandale vgl. *Le Cannu*, in: Couret/Le Cannu, Société par actions simplifiée, 1994, S. 23, 31: „Pour assurer la protection des actionnaires ou des tiers, la loi française garde mémoire de différents scandales sous forme de règles restrictives marquant une méfiance à l'égard de tous les actionnaires et de tous les dirigeants de société anonyme.“; *ders.*, Rev. soc. 2014, 543: „La loi du 24 juillet 1966 pouvait alors apparaître comme une sorte de mémorial des entourloupes, chaque scandale financier ayant apporté une nouvelle couche de mesures précautionneuses.“; auch *Conac*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 1, 3 f.; *Thomas/Ortega*, Cah. dr. entr. 2/1994, 2, 3.

²⁶ *Bertrel*, RTD com. 1996, 595 f.; *Conac*, Rev. soc. 2018, 691, 692; auch *Merle/Fauchon* (Fn. 6), Rn. 24: „plus de deux cents qualifications pénales“; allg. *Mortier*, Dr. soc. 2013, comm. 98 unter 1: „très rigide et liberticide loi du 24 juillet 1966“; *Randoux*, JCP E 1999, 1812: „l'essentiel de la réglementation présente un caractère d'ordre public“; zur SA auch *Bissara*, Rev. soc. 1990, 553, 554: „si impératifs et si détaillés“; mit etwas anderer Stoßrichtung *Paillusseau*, D. 1996, chron. 287: „Or, en 1966, quand le droit des sociétés a été élaboré et discuté au Parlement, une tendance culturelle, forte, de la société politique conduisait au centralisme, au dirigisme et à l'assistance.“

²⁷ *Daigre*, Gaz. Pal. 24.9.1998, 1160, 1162; krit. dazu *Guyon*, Rev. soc. 1994, 207, 208: „sans que le caractère impératif de beaucoup de ses dispositions soit rationnellement justifié“; *Le Cannu*, BJS 1999, 841, 842: „l'exemple presque caricatural d'une sclérose juridique“; weniger streng indes *Bissara*, Rev. soc. 1990, 553, 566; *Boucouchiev/Huet* (Fn. 21), S. 153, 163 ff.; zu steuerlichen Gründen allerdings *Trousset*, Gaz. Pal. 10.10.1998, 1252; zur Nivellie-

Vor diesem Hintergrund gilt die Einführung der SAS in den 1990er Jahren als Ausdruck und Antrieb einer Renaissance der vertraglichen Grundlagen des Gesellschaftsrechts.²⁸ Nur 20 Vorschriften brauchte der Gesetzgeber, um eine neue Rechtsform zu schaffen. Ihre Gesellschafter haften beschränkt auf deren Einlagen wie die Gesellschafter einer Aktiengesellschaft; ihre Anteile dürfen aber nach wie vor nicht öffentlich gehandelt werden. Gerade in der Binnenorganisation der Gesellschaft und der Regulierung des Gesellschafterkreises über Anteilsvinkulierungen verfügen die Gesellschafter der SAS zudem über weite Gestaltungsspielräume.²⁹ Damit eignet sich die SAS insbesondere für geschlossene Gesellschaften. Sie konkurriert zuvörderst mit der SARL³⁰, die sie 2015 auch in der Zahl der Neugründungen eingeholt hat. Seither ist die SAS die Rechtsform mit den meisten Neugründungen pro Jahr; für das Jahr 2021 hat die französische Statistikbehörde 181.845 neu gegründete SAS in Frankreich ermittelt.³¹

2. Steuerliche Rahmenbedingungen

Die SAS wird steuerlich wie eine Aktiengesellschaft behandelt.³² Damit unterliegt sie grundsätzlich der Körperschaftsteuer; ausgeschüttete Gewinne haben die Gesellschafter als Teil ihres Einkommens zu versteuern.³³ Unter bestimmten

zung der verschiedenen Gesellschaftsformen durch spätere Reformen krit. *Bureau* (Fn. 6), S. 57, 73 f.; *Godon*, Rev. soc. 2017, 267, 270 f.; die Angleichung bereits früher verortend *Delorme*, D. 2002, 1310, 1331; allg. zum rigiden Regime von SA und den haftungsbeschränkten Gesellschaften *Convert*, L'impératif et le supplétif dans le droit des sociétés, 2003, Rn. 353 f.; *Masquelier/Simon de Kergunic*, SAS, 2000, S. 10; dazu prägnant *Bertrel*, RTD com. 1996, 595, 597: „les sociétés par actions [...] pour avoir, avec les SARL, été, à l'occasion de la loi du 24 juillet 1966, complètement ligotées par l'ordre public sociétaire“.

²⁸ *Bertrel*, D&P 74 (sept. 1999), 40; *Conac*, Rev. soc. 2018, 691, 695; *Guyon*, Rev. soc. 1994, 207, 221; *Jeanin*, Rev. soc. 1994, 223, 224; *Le Cannu*, in: Couret/Le Cannu (Fn. 25), S. 23, 31: „La simplification apparaît incontestable, et pourrait bien déteindre un jour prochain sur les sociétés anonymes elles-mêmes“; vgl. auch *Bureau* (Fn. 6), S. 57, 63; *Godon*, Rev. soc. 2017, 267, 269.

²⁹ *Le Cannu*, Rev. soc. 2014, 543, 544: „la SAS incarne la libération du droit des sociétés par actions“; Vergleich mit der SA in Tabellenform bei *Roty*, JCP E 2000, 1694; Tabellen und FAQ im allgemeinen Vergleich der Rechtsformen *Azarian*, La société par actions simplifiée, 4. Aufl. 2016, Annexe 1; *Groupe de travail de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris (Paillusseau/Theimer/Outin-Adam/Bienvenu)*, JCP E 2000, 1748.

³⁰ Etwa *Guyon*, Rev. soc. 1994, 207, 220: „De fait la SAS rappelle plus la SARL, telle qu'elle existait lors de sa création par la loi du 7 mars 1925, que la société anonyme ou la commandite.“; *Le Cannu*, BJS 1999, 841, 842; zu Gründen der Fehlentwicklung bei der SARL *Boucoucheliev/Huet* (Fn. 21), S. 153, 171.

³¹ Insee, Créations de sociétés selon la forme juridique, Données annuelles de 2012 à 2023, <<https://www.insee.fr/fr/statistiques/5058366>> (19.2.2024).

³² Art. 1655 quinquies Code général des impôts; zu Regelungstechnik und Grenzen *Derouin*, in: Couret/Le Cannu (Fn. 25), S. 137; zu den Folgen *Périn-Dureau*, in: Pagnucco, La SAS: 25 ans après, 2019, S. 55, 58, 60 f.; dazu, dass bei der SAS juristische vor steuerlichen Gründen für die Rechtsformwahl stehen, *Place*, Les Petites Affiches, 9 avril 1997, n° 43, 15, 16.

³³ Impôt sur les sociétés (IS), Art. 206 Code général des impôts.

Voraussetzungen können die Gesellschafter von SAS, SA oder SARL aber innerhalb der ersten fünf Jahre nach Gründung der Gesellschaft für eine transparente Besteuerung während der kommenden fünf Jahre optieren.³⁴ Gewinne werden während dieser Zeit wie bei einer Personengesellschaft unmittelbar bei den Gesellschaftern veranlagt.³⁵

Bei Anteilsübertragungen profitiert die SAS von den geringen Steuersätzen, die für Aktiengeschäfte gelten.³⁶ Dies begünstigt Transaktionen gerade im Vergleich zum etwas höheren Steuersatz für SARL-Anteile.³⁷ Zudem können Geschäftsleiter in der SAS das günstige Sozialregime von Arbeitnehmern nutzen, dem Geschäftsführer einer SARL nur unterfallen, wenn sie 50% oder weniger der Gesellschaftsanteile halten.³⁸

III. Entstehen und Werden der SAS

1. Unternehmer gegen Rechtsformflucht

Das französische Gesellschaftsrecht war nach den großen Reformen der Jahre 1966 und 1978 konsolidiert, litt aber unter der umfangreichen Regelungsdichte und -strenge. Ende der 1980er Jahre mehrte sich die Kritik aus der Praxis.³⁹ Be-

³⁴ Vgl. Art. 239 bis AB CGI; JCl. Soc. *Traité/Germain/Périn/Azarian*, Fasc. 155-10, Stand 1.7.2019, Rn. 25; *Périn-Dureau*, in: Pagnucco (Fn. 32), S. 55, 64; zur Einführung durch loi LME auch *Torck*, Dr. soc. 2008, ét. 11.

³⁵ Art. 8 CGI; vgl. *Merle/Fauchon* (Fn. 6), Rn. 20.

³⁶ Grds. 0,1%, vgl. Art. 726 CGI.

³⁷ Vgl. für einen Überblick *Merle/Fauchon* (Fn. 6), Rn. 5; auch *Groupe de travail de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris (Paillusseau/Theimer/Outin-Adam/Bienvenu)*, JCP E 2000, 1748, 1753, 1759; als Vorteil im Konzernkontext *Guyon*, Rev. soc. 1999, 505, 509.

³⁸ Art. L. 311-3 Nr. 23 Code de la sécurité sociale; *Cozian/Viandier/Deboissy* (Fn. 24), Rn. 1560 f.; JCl. Soc. *Traité/Germain/Périn/Azarian*, Fasc. 155-20, Stand 5.6.2021, Rn. 69; *Merle/Fauchon* (Fn. 6), Rn. 7; *Périn-Dureau*, in: Pagnucco (Fn. 32), S. 55, 57 ff.; vgl. auch *Jung/Kühl/Wohlgemuth*, in: *Jung/Krebs/Stiegler*, Gesellschaftsrecht in Europa, 2019, § 13 Frankreich Rn. 678; als vorteilhaft *Barbièri*, BJS 2008, 560, 561; dagegen *Groupe de travail de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris (Paillusseau/Theimer/Outin-Adam/Bienvenu)*, JCP E 2000, 1748, 1754: „régime général de la sécurité social qui est plus coûteux“; zum zwischenzeitlich vorteilhafteren Regime des SARL-Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführers *Monsériè-Bon*, RJ com. 2008, 359, 362; *Mortier*, Actes prat. ing. sociétaire n° 165, mai-juin 2019, n° 3, 1: „le taux de cotisations sociales demeure plus élevé“.

³⁹ Insgesamt *Bissara*, L'inadaptation du droit français des sociétés aux besoins des entreprises et les aléas des solutions, Rev. soc. 1990, 553, dort 555: „La société anonyme française est un être abstrait, théorique, qui semble avoir été conçu par des mathématiciens dédaignant la diversité de la réalité. La réalité, ce sont les besoins des associés.“; ähnlich *Association Droit et Commerce*, Synthèse des actes du Colloque de Deauville, RJ com. 1991, 30: „la nécessité de <contractualiser> davantage le droit français des sociétés“; vgl. auch die Hinweise bei *Saintourens*, RTD com. 1987, 457, 458 f.; im Rückblick *Lorton*, Gaz. Pal. 1994, doct., 531; *Thomas/Ortega*, Cah. dr. entr. 2/1994, 2 f.

mühungen um eine neue Gesellschaftsform löste insbesondere die Beobachtung aus, dass französische Unternehmer, sobald es Bezug zum Ausland gab, ausländische Rechtsformen wählten. Insbesondere Kooperationen unter Beteiligung nichtfranzösischer Unternehmen erhielten die Form der englischen *Limited* und insbesondere der niederländischen *Besloten Vennootschap* (BV).⁴⁰ Dies hatte gewiss auch steuerliche Gründe: Mehrere Arbeiten beschäftigten sich in den Jahren 1988/89 mit den steuerlichen Vorteilen der Geschäftsverlagerung in andere Mitgliedstaaten und der Gesetzgeber nahm selbst einige Anpassungen vor. Im Rahmen der Debatten wurde indes auch deutlich artikuliert, dass es sich nicht nur um eine Frage des Steuerrechts handelte, sondern dass auch eine Modernisierung des französischen Gesellschaftsrechts erforderlich sei.⁴¹ Eine Arbeitsgruppe des französischen Arbeitgeberverbandes CNPF (Conseil national du patronat français) – inzwischen MEDEF (Mouvement des entreprises de France) – formulierte im Oktober 1990:

„Obschon sie weniger bekannt sind, erweisen sich die rechtlichen Gründe für die Ansiedlung vieler Gemeinschaftsunternehmen außerhalb Frankreichs als mindestens ebenso bedeutend. Die Wahl des Niederlassungsstaates dieser Gesellschaften wird weitgehend durch die Möglichkeit beeinflusst, die das Recht eines Staates gewährt, um die rechtliche Struktur an die tatsächlichen Bedürfnisse der Unternehmen anzupassen.“⁴²

⁴⁰ CNPF, Rapport du groupe de travail, La Société anonyme simplifiée, 1990, S. 3, 6, abgedruckt bei Conac/Urbain-Parleani (Fn. 1), Annexe; Beispiele bei *de Courson* in der Sitzung der Nationalversammlung vom 11.6.1993, JO AN (C.R.) n° 28 (12.6.1993), S. 1410; vgl. auch *Bissara*, Rev. soc. 1990, 553, 557, 564; *Guyon*, Rev. soc. 1994, 207, 208; *ders.* (Fn. 10), Rn. 471-1; *Le Fèvre*, RJ com. 1992, 89, 91; prägnant *Germain*, JCP E 1994, I, n° 341, Rn. 1: „Il apparaissait grand temps de mettre un terme à cette forme d'évasion juridique.“; vgl. auch den Verweis auf die *Naamloze Vennootschap* (NV) bei Rapport *de Roux*, n° 258, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 2 juin 1993, S. 8.

⁴¹ Dazu CNPF, Rapport du groupe de travail, La Société anonyme simplifiée, 1990, S. 6 f. unter Bezug auf Groupement français de l'Association Fiscale Internationale (IFA) lors de sa réunion du 29 novembre 1988 und die Vorschläge bei CNPF, Rapport du groupe de travail, Regroupement et coopération des entreprises européennes, 1989; auch Exposé des motifs, Projet de loi n° 144, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 5 mai 1993, S. 3 f.; *Le Fèvre*, RJ com. 1992, 89, 91; *de Roux* in der Sitzung der Nationalversammlung vom 11.6.1993, JO AN (C.R.) n° 28 (12.6.1993), S. 1407: „non pour des raisons fiscales, mais pour de simples raisons juridiques. Voilà une bien curieuse raison de délocaliser!“; schließlich *Guyon*, Rev. soc. 2000, 255: „car il existait une certaine harmonisation en matière d'impôt sur les sociétés et de droits d'apport“; vgl. auch *Borde/Poncelet*, RDAI/IBLJ, n° 2, 1994, 221: „double préoccupation – le constat de l'absence de structure adaptée à la création de partenariats d'entreprises“.

⁴² CNPF, Rapport du groupe de travail, La Société anonyme simplifiée, 1990, S. 7: „En effet, pour être beaucoup moins connues, les raisons d'ordre juridique qui incitent à la localisation hors de France de nombre de sociétés de rapprochement se révèlent au moins aussi importantes. Le choix du pays de résidence de ces sociétés est largement influencé par la faculté qu'offre le droit d'un Etat d'adapter la structure juridique aux besoins réels des entreprises. Ces observations sont corroborées par l'expérience des dirigeants d'entreprises et des praticiens du droit qui, lorsqu'ils cherchent à associer des intérêts purement français dans une société anonyme, se heurtent bien souvent à des entraves résultant des règles de notre droit des

Daher schlug die Arbeitsgruppe vor, die rechtlichen Hürden durch Einführung einer vereinfachten Aktiengesellschaft zu senken, einer *société anonyme simplifiée*.⁴³

Die Arbeitsgruppe war nicht nur im Arbeitgeberverband angesiedelt, sie setzte sich auch überwiegend aus Vertretern der Praxis zusammen: Während nur zwei prominente Gesellschaftsrechtsprofessoren teilnahmen, waren von den insgesamt 15 Mitgliedern fünf weitere Anwälte sowie sieben Justiziere großer französischer Unternehmen und Banken beteiligt; ein weiteres Mitglied stammte aus dem juristischen Dienst des CNPF, der auch die Berichterstatterin stellte.⁴⁴ Den Vorsitz führte *Bernard Field*, der damals als Direktor für Rechts- und Steuerangelegenheiten von Saint-Gobain fungierte, einem der ältesten und bedeutendsten Industrieunternehmen Frankreichs.⁴⁵ Über etwa neun Monate hinweg erarbeitete diese Gruppe ihren Bericht.⁴⁶

Ihr Vorschlag zielte auf die Schaffung einer Rechtsform für Unternehmenskooperationen als Rechtsformvariante der französischen Aktiengesellschaft (SA).⁴⁷ So sollte die *société anonyme simplifiée* vom Renommee der Grundform profitieren: Die SA stelle die bekannteste und verbreitetste Gesellschaftsform in Frankreich dar; auch über die Ländergrenzen hinweg könne die Vertrautheit mit der Rechtsform helfen, rechtskulturelle Gräben zu überwinden.⁴⁸ Zudem gewährleistete die Anknüpfung an die SA, dass die neue Rechtsformvariante in den Anwendungsbereich der europäischen Gesellschaftsrechtsrichtlinien fiel.⁴⁹ Gewiss auch

sociétés.“ [alle Übersetzungen d. Verf.]; vgl. auch *Field*, in: Couret/Le Cannu (Fn. 25), S. 5, 6: „spectaculaire contraste avec la capacité d’adaptation de certains autres droits“.

⁴³ Vgl. den Titel des Berichts CNPF, Rapport du groupe de travail, La Société anonyme simplifiée, 1990, dort S. 11 zur mangelnden Eignung von *groupement d’intérêt économique* und *société en nom collectif*; zum Fehlen von Alternativen auch Rapport de Roux, n° 258, enregistré à la Présidence de l’Assemblée nationale le 2 juin 1993, S. 6 f.

⁴⁴ Liste bei CNPF, Rapport du groupe de travail, La Société anonyme simplifiée, 1990, S. 27 f.; die Professorenschaft vertraten *Yves Guyon* und *Alain Viandier*; insgesamt *Field*, in: Couret/Le Cannu (Fn. 25), S. 5: „composé dans le souci d’y voir participer des représentants des diverses «familles» de praticiens du droit“.

⁴⁵ Auf *Field* scheint auch die Initiative zurückzugehen, so *Simon*, in: Conac/Urbain-Parleani (Fn. 1), S. 37, 38.

⁴⁶ *Simon*, in: Conac/Urbain-Parleani (Fn. 1), S. 37, 38.

⁴⁷ *Jeanin*, Rev. soc. 1994, 223; zur Geeignetheit der Regelungen vgl. auch *Le Cannu*, *De-frénois* 1994, 1345, 1348 ff.; dazu *Guyon* (Fn. 10), Rn. 471-1: „Ce projet avait l’avantage d’ouvrir un espace de liberté dans le droit des sociétés, sans bouleverser les règles existantes.“; vgl. auch *Boucourechliev/Huet* (Fn. 21), S. 153, 167: „variante de la société anonyme, mais faisant une si large place à la liberté contractuelle dans les relations entre associés et dans l’organisation de la gestion de la société, qu’elle apparaît comme l’antithèse de cette forme réglementée de façon si minutieusement formaliste en droit commun“.

⁴⁸ CNPF, Rapport du groupe de travail, La Société anonyme simplifiée, 1990, S. 3, 11; *Guyon* (Fn. 10), Rn. 471-1; *Le Fèvre*, RJ com. 1992, 89, 91; *Simon*, in: Conac/Urbain-Parleani (Fn. 1), S. 37, 39.

⁴⁹ *Guyon* (Fn. 10), Rn. 471-1.

eine Rolle dürften schließlich die steuer- und sozialrechtlichen Vorteile der SA gegenüber der SARL gespielt haben.⁵⁰

Ihren Regelungsvorschlag erläuterte die Arbeitsgruppe im Einzelnen mit drei Grundgedanken: *souplesse, transparence, efficacité et sécurité* – oder Flexibilität, Transparenz, Effektivität und Sicherheit.⁵¹ Flexibilität⁵² sollte den Gesellschaftern die Gestaltung ihres Unternehmenszusammenschlusses nach ihren Bedürfnissen ermöglichen, stand aber auch im Bewusstsein der Arbeitsgruppe in einem Spannungsfeld zur erforderlichen Rechtssicherheit und dem Schutz Dritter.⁵³ Während den Gesellschaftern also insbesondere überlassen blieb, wie sie Verwaltung, Geschäftsleitung und gesellschaftliche Beschlussfassung organisieren wollten,⁵⁴ sollten immerhin ergänzend die allgemeinen aktienrechtlichen Vorschriften gelten.⁵⁵ Nicht abdingbar blieben die aktienrechtlichen Regeln für Kapital- und Umwandlungsmaßnahmen, externe Unternehmenskontrolle und Rechnungslegung sowie die Strafvorschriften.⁵⁶ Darüber hinaus sollten zwei erhebliche Einschränkungen des Gesellschafterkreises unbedarfte Dritte vor den Gefahren der großzügigen gesellschaftsvertraglichen Gestaltungsfreiheit schützen:⁵⁷ Zum

⁵⁰ Deutlich, aber bedauernd *Guyon*, Rev. soc. 1994, 207, 220: „impératifs imposés par le droit fiscal“; zum Vorteil eines „corps entier de règles“ *Delorme*, D. 2002, 1330, 1332.

⁵¹ CNPF, Rapport du groupe de travail, La Société anonyme simplifiée, 1990, S. 4 f., 10.

⁵² *Guyon*, Rev. soc. 1994, 207, 212: „objectif principal“.

⁵³ CNPF, Rapport du groupe de travail, La Société anonyme simplifiée, 1990, S. 4, 14; vgl. auch *Guyon*, Rev. soc. 1994, 207, 211.

⁵⁴ *Germain*, Cah. dr. entr. 2/1994, 11: „L’essentiel du point de vue de l’innovation“; zugleich JCl. Soc. Traité/*Germain/Périn/Azarian*, Fasc. 155-10, Stand 1.7.2019, Rn. 3: „les deux domaines de prédilection des pactes extrastatutaires: l’organisation du pouvoir et le contrôle de la géographie du capital“.

⁵⁵ Vorschlag für Art. 250-1 Abs. 3: „fixées par les statuts, et dans le silence de ceux-ci par les articles 89 à 177-1“; dazu CNPF, Rapport du groupe de travail, La Société anonyme simplifiée, 1990, S. 12; zur klarstellenden Funktion dieser Gestaltung *Guyon*, Rev. soc. 1994, 207, 209 f.

⁵⁶ CNPF, Rapport du groupe de travail, La Société anonyme simplifiée, 1990, S. 5, 10; vgl. auch *Masquelier/Simon de Kergunic* (Fn. 27), S. 22: „Les dispositions relatives au contrôle (commissaire aux comptes, expertise de gestion, question écrite) sont en effet entièrement applicables dans la SAS.“; zu den Strafvorschriften *Barbiéri*, in: *Couret/Le Cannu* (Fn. 25), S. 117; krit. *Le Cannu*, in: *Couret/Le Cannu* (Fn. 25), S. 23: „il ne faut pas se faire une idée trop large de cette liberté“ und dort 24: „le connu l’emporte, en quantité, sur l’inconnu“.

⁵⁷ CNPF, Rapport du groupe de travail, La Société anonyme simplifiée, 1990, S. 4, 10; vgl. auch *Le Fèvre*, RJ com. 1992, 89, 90: „se demander si, lorsque les renards sont entre eux, ils doivent bénéficier de la même protection que s’ils étaient des poules“; zusammenfassend zu den als drittschützend gedachten Vorschriften *Simon*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 37, 41; indes v. a. zum Minderheitenschutz *Cannard*, D&P 15 (avril 1994), 24: „L’impératif de protection des minoritaires cède ainsi le pas, dans la S.A.S., à l’idée de souplesse et de liberté contractuelle.“; *Champaud/Danet*, RTD com. 1994, 274, 275: „Dès lors, tout formalisme lié à la «protection» des (petits) actionnaires, modestes épargnants et crédules bailleurs de fonds, est par nature superfétatoire.“; *Le Cannu*, *Defrénois* 1994, 1345, 1354: „En effet, l’exigence qu’il porte est faite non pour garantir les tiers, mais pour protéger les actionnaires de la SAS eux-mêmes“; Beschränkungen für nicht ausreichend erachtend *Hannoun*, in: *Mélanges Sayag*,

einen schloss der Arbeitsgruppenvorschlag die *société anonyme simplifiée* von den Börsen aus und verbot, ihre Anteile öffentlich zu handeln.⁵⁸ Zum anderen ließ er als Gesellschafter nur Handelsgesellschaften zu, die über Eigenkapital von mindestens 1,5 Millionen Francs verfügten.⁵⁹ Die *société anonyme simplifiée* sollte bewusst eine Rechtsformvariante für professionelle Akteure zur Bildung von Joint Ventures sein.⁶⁰

Einen weiteren Vorteil der gesellschaftsvertraglichen Gestaltungsfreiheit machte die Arbeitsgruppe in der Transparenz aus, die so erreicht würde. Wo früher das Verhältnis der Gesellschafter in schuldrechtlichen Nebenvereinbarungen geregelt werden musste, konnten die entsprechenden Klauseln nun in die Satzung übernommen werden und hatten damit an der Registerpublizität teil.⁶¹ Dies stärkte den Schutz Dritter.⁶² Zugleich erfuhr die Satzung eine Wiederaufwertung zu einer „wahrhaften Charta der Aktionäre“.⁶³

1997, S. 283, 287; auch Rép. D. Soc./*Le Cannu/Heinich/Delvallée*, *Société par actions simplifiée*, Stand janvier 2024, Rn. 3.

⁵⁸ Vorschlag für Art. 250-1 Abs. 3; dazu auch *Jeantin*, in: Couret/*Le Cannu* (Fn. 25), S. 11, 18: „Cette règle se justifie par l’objet même de la société par actions simplifiée, destinée à organiser la collaboration entre un nombre limité de personnes morales“.

⁵⁹ Vorschlag für Art. 250-1 Abs. 1, dazu CNPF, Rapport du groupe de travail, *La Société anonyme simplifiée*, 1990, S. 15; vgl. auch *Le Fèvre*, RJ com. 1992, 89, 94: „Cela est une contrepartie nécessaire à la liberté contractuelle qui ne peut avoir de sens qu’entre gens d’un niveau comparable et parlant un même langage.“; *Reinhard*, RTD com. 1994, 300, 303: „sociétés importantes et (on l’espère) responsables“; vgl. zur in der Gesetzesfassung möglichen Beteiligung bestimmter öffentlicher Einrichtungen *Durand*, Rev. soc. 1994, 689.

⁶⁰ *Guyon*, Rev. soc. 1999, 505, 506: „la SAS ne doit pas être mise entre les mains d’utilisateurs inexpérimentés“; vgl. auch *Jeantin*, Rev. soc. 1994, 223, 225; *Paillusseau*, D. 1999, chron. 333: „hommes d’affaires avertis“; *Périn*, in: *Mélanges Germain*, 2015, S. 667, 673: „On entendait ainsi laisser les loups s’ébattre entre eux, avant d’ouvrir l’enclos aux agneaux“; *Poracchia*, Rev. soc. 2000, 223: „ces agents économiques étant supposés capables d’apprécier et de négocier parfaitement la portée des clauses statutaires sans être victimes d’abus“; ähnlich *Hommelhoff*, in: *Mélanges Guyon*, 2003, S. 495, 496.

⁶¹ Vgl. Art. R. 123-103 C. com.; CNPF, Rapport du groupe de travail, *La Société anonyme simplifiée*, 1990, S. 4; näher *Périn*, *La société par actions simplifiée*, 2000, S. 60 ff.; zur damaligen Bedeutung von Nebenvereinbarungen *Daigre*, Cah. dr. entr. 2/1994, 13 f.; zur fortdauernden Bedeutung von Nebenabreden *Thomassin*, in: *Pagnucco* (Fn. 32), S. 35, 52; beispielhaft auch *Caffin-Moi*, in: *Pagnucco* (Fn. 32), S. 115, 124 f.

⁶² CNPF, Rapport du groupe de travail, *La Société anonyme simplifiée*, 1990, S. 5; zuvor krit. *Bissara*, Rev. soc. 1990, 553, 564: „qu’importe au tiers d’avoir accès à des statuts banals qui ne sont qu’une reproduction des dispositions légales et ne reflètent pas les intentions effectives des actionnaires? Sa protection serait mieux assuré si les statuts eux-mêmes traduisaient ces intentions.“

⁶³ CNPF, Rapport du groupe de travail, *La Société anonyme simplifiée*, 1990, S. 4, 10: „véritable charte des actionnaires“; *Thomas/Ortega*, Cah. dr. entr. 2/1994, 2, 4: „les statuts redeviennent la charte <fondamentale> de la société“; vgl. auch *Exposé des motifs*, *Projet de loi n° 144*, enregistré à la Présidence de l’Assemblée nationale le 5 mai 1993, S. 5; im Rückblick *Simon*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 37, 40: „on a parlé à l’époque d’un retour aux sources“.

Die Einbeziehung wesentlicher Vereinbarungen in die Satzung sollte zuletzt Effektivität und Sicherheit der Gesellschafterabreden stärken.⁶⁴ Nicht nur blieben schuldrechtliche Nebenvereinbarungen regelmäßig dem Rechtsverkehr verborgen. Häufig waren auch deren Wirksamkeit und Durchsetzbarkeit unsicher.⁶⁵ Die Arbeitsgruppe plädierte daher für eine gesetzliche Festschreibung, dass die Satzung einer *société anonyme simplifiée* die vorübergehende Unveräußerlichkeit der Gesellschaftsanteile, die Vinkulierung oder ein Informations- und ggf. Ausschlussverfahren für Fälle der Änderung der Beteiligungsverhältnisse (Change of Control) regeln kann. Verstöße gegen Unveräußerlichkeits- oder Vinkulierungsvorschriften erhielten mit der Nichtigkeit zudem eine wirksame Sanktion. Schließlich sollte den Gesellschaftern erlaubt werden, weitere Ausschlussklauseln in der Satzung zu verankern.⁶⁶

2. SAS als Rechtsform für Unternehmenskooperationen im Gesetz vom 3. Januar 1994

Im französischen Justizministerium stieß der Vorschlag der CNPF-Arbeitsgruppe auf offene Ohren.⁶⁷ Mit der Unterstützung von *Jacqueline de Guillenschmidt*, damals Direktorin des Referats für Handelsrecht,⁶⁸ gelangte ein leicht veränderter Gesetzentwurf noch 1992 in Kabinett (*Conseil des ministres*) und Nationalversammlung. Diskutiert wurde dort indes erst ein identischer Regierungsentwurf, der nach dem Regierungswechsel 1993 nochmals eingebracht worden war.⁶⁹

⁶⁴ Vgl. auch *Borde/Poncelet*, RDAI/IBLJ, n° 2, 1994, 221, 223: „Toutes les clauses habituellement contenues dans les pactes d’actionnaires deviennent statutaires et donc opposables aux tiers.“

⁶⁵ *Germain*, JCP E 1994, I, n° 341, Rn. 2 f.; *Guyon*, Rev. soc. 1994, 207, 208; zuvor krit. *Bissara*, Rev. soc. 1990, 553, 562 ff.; zu den Unterschieden etwa *Dondero*, BJS 2008, 245.

⁶⁶ Vorschlag für Art. 250-6 bis 250-12, insgesamt CNPF, Rapport du groupe de travail, La Société anonyme simplifiée, 1990, S. 4 f.; *Delebecque*, in: Couret/Le Cannu (Fn. 25), S. 61, 62.

⁶⁷ Allerdings auch *Simon*, in: Conac/Urbain-Parleani (Fn. 1), S. 37, 42: „nous avons entrepris un lobbying intensif de plusieurs années: trois ans en fait auprès de la Chancellerie (cabinet et services) et du Parlement (Assemblée nationale et Sénat)“ mit näherer Beschreibung.

⁶⁸ Dazu *Field*, in: Couret/Le Cannu (Fn. 25), S. 5: „dialogue constant“; auch *Le Fèvre*, RJ com. 1992, 89, 91: „en liaison avec les membres du groupe de travail, notamment M. Field et Mme Rambure“; dazu und zur fruchtbaren Zusammenarbeit im Selbstverständnis einer späteren Direktorin im Justizministerium *Champalaune*, in: Conac/Urbain-Parleani (Fn. 1), S. VII: „tradition de coopération“; besondere Würdigung auch bei *Conac*, in: Conac/Urbain-Parleani (Fn. 1), S. 1, 2; *Simon*, in: Conac/Urbain-Parleani (Fn. 1), S. 37, 43.

⁶⁹ Rapport *de Roux*, n° 258, enregistré à la Présidence de l’Assemblée nationale le 2 juin 1993, S. 6; vgl. auch *Germain*, JCP E 1994, I, n° 341, Rn. 1; JCl. Soc. Traités/*Germain/Périn/Azarian*, Fasc. 155-10, Stand 1.7.2019, Rn. 3: „l’exemple rare d’un texte de consensus non seulement parce qu’un gouvernement libéral et un gouvernement socialiste y collaborèrent également (le projet de loi, déposé par E. Balladur et P. Méhaignerie le 5 mai 1993, n’était que la reprise pure et simple du projet déposé le 20 février 1992 par E. Cresson et H. Nallet)“; *Guyon*, Rev. soc. 1994, 207, 208; *Field*, in: Couret/Le Cannu (Fn. 25), S. 5, 6: „les vicissitudes du calendrier parlementaire“

Er übernahm im Wesentlichen die Vorarbeiten des Arbeitgeberverbands, machte aus der als Rechtsformvariante gedachten Neuerung aber eine eigenständige Rechtsform: die *société par actions simplifiée* (vereinfachte Gesellschaft auf Aktien).⁷⁰

Gerade im Rückblick wird die Verselbständigung der SAS als Schlüssel zur Einführung der Rechtsform gepriesen. Nicht nur vermied dieser Schachzug lange Debatten, mit denen eine Reform des Aktienrechts verbunden gewesen wären. Er ermöglichte es auch, mit gesellschaftsrechtlichen Traditionslinien des 20. Jahrhunderts zu brechen.⁷¹ In der Tat ist es kaum vorstellbar, dass Kritiker eine Reform des Aktienrechts zugelassen hätten, die einen Teil der Gesellschaften vom kompletten Innenrecht ausgenommen und ihnen darüber hinaus noch Privilegien bei der Anteilsbindung zugestanden hätte. Diese weitreichende und für das französische Gesellschaftsrecht des ausgehenden 20. Jahrhunderts untypische Gestaltungsfreiheit konnte schon für die SAS als eigener Rechtsform nur mit der starken Beschränkung des Gesellschafterkreises erkaufte werden.⁷² Die Aufstellung der SAS als Nischenrechtsform für Joint Ventures großer Unternehmen war denn auch der zweite Pfeiler der Strategie, die für den Erfolg des Gesetzesvorhabens wohl unerlässlich war. Die Frage, wie streng die Beschränkung des Gesellschafterkreises durchzuhalten war, beschäftigte Nationalversammlung und Senat denn auch intensiv.

Lag zwischen Einbringung und Verkündung des beschlossenen Gesetzes zwar nicht einmal ein Jahr, hatte es doch einen weiten Weg hinter sich. Zwei Mal ging der Entwurf mit verschiedenen Änderungen zwischen Nationalversammlung und Senat hin und her, und erst ein Vermittlungsausschuss (*Commission mixte paritaire*) konnte die Einigung über den Gesetzentwurf herbeiführen.⁷³ Zwar war man sich einig, dass der Ruf der Praxis nach Gestaltungsfreiheit für Gemeinschafts-

⁷⁰ Dazu *Périn* (Fn. 61), S. 41: „Il est certain que l'absence de suppléativité prive les utilisateurs d'un filet de sécurité. Mais un tel filet de sécurité serait une source de complications supplémentaires.“; krit. auch *Conac*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 1, 7; *Paillusseau*, D. 1999, chron. 333, 337; zur Namensänderung etwa *Rapport de Roux*, n° 258, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 2 juin 1993, S. 13.

⁷¹ *Conac*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 1, 8; *Périn* (Fn. 60), S. 667, 668: „Pour vivre heureux, vivons modestement et à l'écart des grands débats du temps.“; zur Erklärung auf die Vermeidung unklarer Verweisungen Bezug nehmend *Germain*, JCP E 1994, I, n° 341, Rn. 3.

⁷² *Guyon*, Rev. soc. 1994, 207, 208, 214 f.; vgl. auch *Rapport de Roux*, n° 258, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 2 juin 1993, S. 5: „contrepartie“; zur Bedeutung, die Anteile nicht öffentlich anbieten zu dürfen, *Exposé des motifs*, *Projet de loi* n° 144, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 5 mai 1993, S. 4.

⁷³ Vgl. etwa <<https://www.senat.fr/dossier-legislatif/a92930144.html>> (19.2.2024); aus der *Commission mixte paritaire* der *Rapport de Roux/Dailly*, n° 910 (AN)/n° 216 (Sénat), enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 22 décembre 1993/Annexe au procès-verbal de la séance du 22 décembre 1993.

unternehmen berechtigt war.⁷⁴ Wie weit die Gestaltungsfreiheit gehen durfte, war zwischen den Protagonisten in beiden Kammern aber umstritten.⁷⁵ Während die Nationalversammlung den Regierungsentwurf weiter ausdünnen wollte und etwa das Beschlussverfahren in der Gesellschafterversammlung ebenso der Satzung überlassen wollte wie die Einrichtung eines Verfahrens für Geschäfte mit Geschäftsleitern, forderte der Senat einen stärkeren Schutz von Minderheitsgesellschaftern und Dritten.⁷⁶ Der zuständige Berichterstatter im Senat, *Etienne Dailly*⁷⁷, zeichnete ein besonderes Schreckensbild:

„Zudem darf dieser Zweck der SAS nicht Gefahr laufen, fehlgeleitet oder gegen die Minderheitsgesellschafter gewandt zu werden, gegen die Informationsrechte der Arbeitnehmer, gegen die Rechte Dritter, oder zu noch abscheulicheren Vorhaben genutzt zu werden, etwa im Bereich von Risikogeschäften oder des Steuerbetrugs.“⁷⁸

Streitpunkte waren insbesondere die Höhe des Mindestkapitals und die Frage, ob die SAS aufgelöst werden sollte, wenn das Grundkapital eines Gesellschafters unter die gesetzliche Vorgabe sank. Während der Senat ein Mindestkapital von drei Millionen Francs forderte, wollte die Nationalversammlung an den ursprünglich vorgeschlagenen 250.000 Francs festhalten.⁷⁹ Mit ähnlicher Stoßrich-

⁷⁴ Etwa Rapport *Dailly*, n° 35, Annexe au procès-verbal de la séance du 14 octobre 1993, S. 6, 14.

⁷⁵ Zur Beteiligung im Wesentlichen der Berichterstatter *Germain*, JCP E 1994, I, n° 341, Rn. 4: „Les discussions parlementaires sont rapides. Le sujet est très technique et seuls le Sénateur E. Dailly au Sénat et M. X. de Roux à l'Assemblée nationale débattent véritablement de la nouvelle forme de société.“

⁷⁶ *Azarian* (Fn. 29), Rn. 6: „position ultralibérale“ vs. „position rigoriste“; vgl. auch Rapport *de Roux*, n° 688, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 4 novembre 1993, S. 5 f.; krit. in der Nationalversammlung allerdings *Floch* in der Sitzung vom 11.6.1993, JO AN (C.R.) n° 28 (12.6.1993), S. 1411 f.; zur Frage, welche der beiden Kammern den ursprünglichen Entwurf denaturiert habe, *de Roux* in der Sitzung der Nationalversammlung vom 22.11.1993, JO AN (C.R.) n° 87 (23.11.1993), S. 6134; *Dailly* in der Senatssitzung vom 21.12.1993, JO Sénat (C.R.) n° 108 (22.12.1993), S. 6835 f.; zur Rolle des Senats auch *Hannoun* (Fn. 57), S. 283, 285 ff.; *Paillusseau*, D. 1999, chron. 333: „Toutefois, pour qu'elle ne se substitue pas à la société anonyme, le Sénat a cherché à limiter au maximum son utilisation.“; vgl. dazu Rapport *Dailly*, n° 128, Annexe au procès-verbal de la séance du 30 novembre 1993, S. 18 f.

⁷⁷ Vgl. *Simon*, in: Conac/Urbain-Parleani (Fn. 1), S. 37, 43: „l'homme qui faisait la pluie et le beau temps en droit des sociétés“.

⁷⁸ Rapport *Dailly*, n° 35, Annexe au procès-verbal de la séance du 14 octobre 1993, S. 15: „Encore faut-il que cette finalité de la SAS ne risqué pas d'être ni dévoyée, ni utilisée contre les actionnaires minoritaires, contre les droits à l'information des salariés, contre les droits des Tiers ou à des fins plus perverses, en matière de risque commercial ou de fraude fiscale par exemple.“; weitere Beispiele bei *Simon*, in: Conac/Urbain-Parleani (Fn. 1), S. 37, 44; vgl. auch *Auchédé* in der Sitzung der Nationalversammlung vom 11.6.1993, JO AN (C.R.) n° 28 (12.6.1993), S. 1411: „craindre [...] que la société par actions simplifiée ne devienne un moyen d'imposer des conditions léonines à des petits commerçants“.

⁷⁹ Rapport *Dailly*, n° 35, Annexe au procès-verbal de la séance du 14 octobre 1993, S. 16, 23 f.; Rapport *Dailly*, n° 128, Annexe au procès-verbal de la séance du 30 novembre 1993,

tung bestand der Senat darauf, das dauerhafte Absinken des Grundkapitals eines Gesellschafters unter die gesetzlich geforderte Schwelle von 1,5 Millionen Francs mit der Auflösung der SAS zu sanktionieren;⁸⁰ der Berichterstatter der Nationalversammlung schalt diese Regelung indes als „zu vage in der Umsetzung und zu schwerwiegend in ihren Folgen“⁸¹ und drängte wiederholt auf deren Streichung.⁸² Die Regierung schwankte in zahlreichen Fragen und gab zur Verwunderung beider Seiten immer wieder dem Senat recht, wo sie zuvor noch die Änderungen der Nationalversammlung unterstützt hatte.⁸³

Im Streit um die Zugangshürden zur neuen Rechtsform siegte am Ende die Vorsicht: Während das Mindestkapital der SAS auf 250.000 Francs sank,⁸⁴ stand das Unterschreiten des Mindestkapitals bei einem Gesellschafter während mindestens sechs Monaten als Auflösungsgrund im Gesetz.⁸⁵ Darüber hinaus erreichte der Senat, dass auch für die SAS die Regeln über Geschäfte mit Geschäftsführern galten und die Notwendigkeit von Rechnungsprüfern durch einen Verweis

S. 14, 18 f.; vgl. auch den Austausch zwischen den Senatoren *Dailly* und *Millaud* in der Senatssitzung vom 21.10.1993, JO Sénat (CR) n° 64 (22.10.1993), S. 3355 f.; in der Nationalversammlung auch *Auchédé* in der Sitzung vom 11.6.1993, JO AN (C.R.) n° 28 (12.6.1993), S. 1410 f.; dagegen Rapport *de Roux*, n° 688, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 4 novembre 1993, S. 7 ff.; dazu *Germain*, JCP E 1994, I, n° 341, Rn. 4: „Ce débat sur le montant du capital de la société par actions simplifiée était en effet fondamental, car de ce chiffre dépend l'expansion ou la limitation de la société par actions simplifiée.“

⁸⁰ Rapport *Dailly*, n° 35, Annexe au procès-verbal de la séance du 14 octobre 1993, S. 15 f., 25 f.; Rapport *Dailly*, n° 128, Annexe au procès-verbal de la séance du 30 novembre 1993, S. 19 f.; mit zusätzlicher Ausschlussmöglichkeit noch der vom CNPF vorgeschlagene Art. 250-5, dazu CNPF, Rapport du groupe de travail, La Société anonyme simplifiée, 1990, S. 18.

⁸¹ Rapport *de Roux*, n° 258, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 2 juin 1993, S. 15: „trop vague dans sa mise en œuvre et trop lourde de conséquences“, weiter S. 21; Rapport *de Roux*, n° 688, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 4 novembre 1993, S. 9 f.

⁸² Krit. auch *Guyon*, Rev. soc. 1994, 207, 211: „amendements qui, au prétexte de renforcer la sécurité des relations entre la société et les tiers, dénaturaient le projet“; näher zur Gesetzesfassung *Germain*, JCP E 1994, I, n° 341, Rn. 10; *Jeantin*, in: Couret/Le Cannu (Fn. 25), S. 11, 16 f.; *ders.*, Rev. soc. 1994, 223, 225 ff.

⁸³ Irritiert dazu Rapport *de Roux*, n° 688, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 4 novembre 1993, S. 6; Rapport *Dailly*, n° 128, Annexe au procès-verbal de la séance du 30 novembre 1993, S. 5: „Votre Commission des Lois n'a pas manqué de relever le caractère assez surprenant à bien des égards des travaux conduits en deuxième lecture par l'Assemblée Nationale et l'attitude singulièrement fluctuante du Gouvernement.“; vgl. aber auch die deutlichen Positionen des beigeordneten Ministers für die Beziehungen zur Nationalversammlung *Clément* in der Sitzung der Nationalversammlung vom 22.11.1993, JO AN (C.R.) n° 87 (23.11.1993), S. 6136 f., 6139 ff.

⁸⁴ Dazu etwa *Couret*, in: Couret/Le Cannu (Fn. 25), S. 51, 52 f.; *Périn* (Fn. 61), S. 177 f.; plastisch *Corbisier/Nicaise*, DAOR 33 (1994), 43, 53: „La S.A.S. est donc une société pauvre composée d'actionnaires riches.“, dort 78 f. krit. zu diesem „élitisme marqué“.

⁸⁵ Näher zum Mechanismus *Jeantin*, in: Couret/Le Cannu (Fn. 25), S. 11, 16 f.; *ders.*, Rev. soc. 1994, 223, 230 f.

auf die SA klargestellt wurde.⁸⁶ Am 22. und 23. Dezember stimmten Senat und Nationalversammlung über den Kompromissvorschlag ab; am 3. Januar 1994 hat der Präsident das Gesetz verkündet. Wissenschaft und Praxis nahmen die neue Rechtsform hoffnungsfroh auf und begrüßten die SAS als echte Alternative zur niederländischen BV.⁸⁷

3. Öffnung zur Rechtsform für alle mit Gesetz vom 12. Juli 1999

Die Einführung der SAS als Rechtsform für Unternehmen konnte den Reformbedarf des französischen Gesellschaftsrechts nicht allein befriedigen.⁸⁸ Verschiedene Arbeitsgruppen beschäftigten sich weiter mit Möglichkeiten, den verhältnismäßig eng gesteckten Rahmen des Gesetzes über die Handelsgesellschaften vom 24. Juli 1966 zu flexibilisieren.⁸⁹ Im Jahr 1996 beauftragte der französische Premierminister schließlich den Senator *Philippe Marini*, auf Grundlage der vorangegangenen Arbeiten Reformvorschläge auszuarbeiten, die einerseits börsennotierte Gesellschaften für den Wettbewerb an den internationalen Kapitalmärkten rüsten und andererseits das Recht der Kapitalgesellschaften weniger formalistisch und anpassungsfähiger für kleinere Unternehmen machen sollten.⁹⁰ Der Senator legte seinen Bericht zur Modernisierung des Gesellschaftsrechts nach um-

⁸⁶ Rapport *Daily*, n° 35, Annexe au procès-verbal de la séance du 14 octobre 1993, S. 17 ff., 30, 34 ff.; vgl. dort auch zur Vermutung der *action de concert*; Rapport *Daily*, n° 128, Annexe au procès-verbal de la séance du 30 novembre 1993, S. 14 f., 17, 23; dagegen Rapport *de Roux*, n° 258, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 2 juin 1993, S. 15, 23 f.; Rapport *de Roux*, n° 688, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 4 novembre 1993, S. 12, 14 f.; zur weitgehenden Auslassung des Arbeitnehmerrechts *Saintourens*, in: Couret/Le Cannu (Fn. 25), S. 103; auch *Lorton*, Gaz. Pal. 1994, doct., 531, 536; vgl. schon vorher das Festhalten an der Vermutung gemeinsamen Handelns, Abstimmung in der Sitzung der Nationalversammlung vom 22.11.1993, JO AN (C.R.) n° 87 (23.11.1993), S. 6142, heute Art. L. 233-10 II n° 3 C. com.

⁸⁷ *Jeantin*, Rev. soc. 1994, 223: „permet de concurrencer très efficacement la BV néerlandaise“; ähnlich *Le Bars*, BJS 2008, 254, 256; vgl. auch *Borde/Poncelet*, RDAI/IBLJ, n° 2, 1994, 221, 227: „La France s'est dotée avec la SAS d'un outil juridique extrêmement puissant“; zum ursprünglichen Zögern der Registerbeamten noch *Simon*, in: Conac/Urbain-Parleani (Fn. 1), S. 37, 45.

⁸⁸ Schon *Field*, in: Couret/Le Cannu (Fn. 25), S. 5, 7: „En d'autres termes, la réforme limitée dans sa portée que représente l'institution de la SAS n'a été conçue par ses initiateurs que comme une sorte d'avant-garde de la réforme générale qu'il conviendrait de mettre en chantier, en tout cas s'agissant du droit des sociétés anonymes.“; vgl. auch *Douvreleur*, Les Petites Affiches, 9 avril 1997, n° 43, 7, 9: „Dès l'origine du projet, s'était manifestée une forte demande tendant à ce que l'accès à la S.A.S. soit ouvert, sans condition particulière, à toutes les entreprises.“

⁸⁹ Vgl. insbesondere den Bericht *Viénot* von 1995, sog. Rapport *Viénot* I, dazu *Tunc*, RIDC 48-3 (1996), 647; Überblick über verschiedene Berichte und Reformvorschläge zwischen 1989 und 1996 auch bei *Paillusseau*, D. 1996, chron. 287; zu den späteren Regierungsentwürfen von 1997 und 1998 Sonderheft Gaz. Pal. 10.10.1998, 1243.

⁹⁰ Auftrag abgedruckt bei *Marini*, La modernisation du droit des sociétés, 1996, S. 3.

fassenden Konsultationen von Praxis und Wissenschaft im Juli desselben Jahres vor.⁹¹ Dessen mehr als hundert Vorschläge konzentrierten sich insbesondere darauf, die Regeln über SA und SARL zu vereinfachen und für verschiedene privatautonome Gestaltungsmöglichkeiten zu öffnen; für die SAS sah er vor, die Gründung als Einpersonengesellschaft zu erlauben.⁹² Eine große Reform des Gesellschaftsrechts blieb jedoch aus; ein noch 1998 beschlossener Regierungsentwurf wurde schon im Jahr darauf unverhofft eingeholt durch Einführung der Einpersonen-SAS (*société par actions simplifiée unipersonnelle* oder SASU) und Öffnung der SAS für natürliche wie juristische Personen als Gesellschafter.

Das Gesetz vom 12. Juli 1999 über Innovation und Forschung⁹³ hatte ursprünglich keinerlei Bezug zum Gesellschaftsrecht: Es sollte Innovation fördern, indem es insbesondere die Verwertung von Forschungsergebnissen öffentlicher Einrichtungen durch private Unternehmen erleichterte. Dazu wollte der Gesetzgeber es Forschern erlauben, für einen Zeitraum von bis zu sechs Jahren als Geschäftsführer oder Gesellschafter an der Gründung eines Unternehmens mitzuwirken, und die Rahmenbedingungen für wirtschaftliche Tätigkeiten öffentlicher Bildungs- und Forschungsinstitutionen vereinfachen. Nachdem das Gesetz bereits vom Senat gebilligt war, führte erst der Ausschuss für kulturelle, familiäre und soziale Angelegenheiten in der Nationalversammlung kleine, aber entscheidende Änderungen im Recht der SAS ein: Eine SAS sollte fortan von einer oder mehreren Personen gegründet werden können – d. h., es kam nicht mehr darauf an, ob die Gesellschafter natürliche oder juristische Personen sind, und auch das Mindestkapitalerfordernis für juristische Personen als Gesellschafter entfiel.⁹⁴

Eingebracht wurde diese Neuerung in verschiedenen Formen⁹⁵ von drei Abgeordneten unterschiedlicher Parteien. Nicht mehr aufklären lässt sich, welchen Anteil an der Änderung eine Lobbygruppe für Start-up-Unternehmen einerseits, der damalige Wirtschafts- und Finanzminister *Dominique Strauss-Kahn* andererseits oder schließlich der für das Gesetz zuständige Minister für Bildung, For-

⁹¹ *Marini* (Fn. 90); vgl. dazu etwa *Paillusseau*, D. 1996, chron. 287.

⁹² Insbesondere zur SASU *Marini* (Fn. 90), S. 24, 120 Nr. 7; dazu *Paillusseau*, D. 1996, chron. 287, 292; vgl. auch Exposé des Motifs de l'Avant-Projet de Réforme du Droit des Sociétés de 1998, abgedr. bei *Gaz. Pal.* 10.10.1998, 1246, 1247; zur Idee der Einführung einer SASU im Rahmen einer Reform des Gesellschaftsrechts noch im Juni 1999 *Conac*, BJS 1999, 607; vgl. auch *Randoux*, JCP E 1999, 1812, 1813: „s'inspirant sur cette point du rapport Marini, les Pouvoirs publics envisageaient une réforme ponctuelle“.

⁹³ Loi n° 99-587 du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche; vgl. auch das *Exposé des motifs* im *Projet de loi*, Sénat n° 152, Rattaché pour ordre au procès-verbal de la séance du 22 décembre 1998.

⁹⁴ Art. 3 Loi n° 99-587 vom 12. Juli 1999.

⁹⁵ Zum Vorschlag der Abgeordneten *Gengenwin* und *Dubernard* zu einer „société par actions simplifiée pour l'innovation ou SA 21“ vgl. *Rapport Bret*, n° 1642, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 27 mai 1999, unter den *Amendments non adoptés par la Commission*; dazu *Boizard*, D. aff. 1999, 957: „il a été retiré parce que la SAS, dans sa nouvelle formule élargie, pourrait être utilisée par les créateurs potentiels d'entreprise innovantes“; vgl. auch *Le Cannu*, BJS 1999, 841.

schung und Technik *Claude Allègre* hatten.⁹⁶ Durchgesetzt hat sich jedenfalls der Entwurf des Berichterstatters.⁹⁷ Er begründete seinen Vorschlag nur knapp damit, dass er besonders geeignet sei für die Gründung innovativer Unternehmen, da er allen Zugang zu einer Gesellschaftsform eröffne, die sich durch die große Freiheit auszeichne, die ihren Gründern sowohl in der Binnenorganisation wie bei der Regulierung ihres Gesellschafterkreises gewährt sei.⁹⁸ Den Beteiligten dürfte indes bewusst gewesen sein, dass diese Öffnung der SAS weit über den Bereich der Start-ups hinausreichte.⁹⁹ Ausdrücklich angesprochen wurde dieser Etikettenschwindel nicht zuletzt im Senat. Inhaltlich begrüßte man den Vorschlag aber auch dort: Die SAS könne ein attraktives Modell für – besonders, aber nicht ausschließlich innovative – kleine und mittelständische Unternehmen werden, die nicht an einem Kapitalmarkt eingeführt sind, pries der dortige Berichterstat-

⁹⁶ *Valette*, Rev. soc. 2000, 215, 218: „Nous commencerons par une question à laquelle je n’ai aucune réponse assurée: qui est à l’origine de l’amendement adopté par le parlement? Il se dit ici que c’est Bercy qui a suggéré le texte, là que l’initiative appartient à Claude Allègre, ailleurs que la rédaction a été assurée par la Chancellerie, encore ailleurs que le lobbying actif de certains milieux d’affaires a porté ses fruits... L’action en recherche de paternité du texte n’est pas très aisée à conduire!“; zum Lobbying der „Association Objectif 2001“, einer Gruppe französischer Unternehmer, die sich in den USA niedergelassen hatten, *Bertrel*, D&P 74 (sept. 1999), 40, 44; dazu *Germain*, JCP E 1999, 1505: „qu’on dit préparé par un lobbying actif“ – weiter „réforme à la hussarde“; vgl. auch *Hvest* in der Senatssitzung vom 30. Juni 1999: „À en croire la presse, c’est M. Pouletti, président de l’association Objectif 2010, et conseiller juridique de la commission ad hoc de l’Assemblée nationale, qui a préparé le texte qui a été adopté.“; die Initiative auf den Wirtschaftsminister zurückführend *Baranger*, BJS 1999, 831; JCl. Soc. *Traité/Germain/Périn/Azarian*, Fasc. 155-10, Stand 1.7.2019, Rn. 5; vgl. auch *Périn* (Fn. 61), S. 8, Fn. 4: „On s’accorde à reconnaître le rôle primordial joué par le ministre de l’Économie et des Finances, M. Strauss-Kahn, pour initier et faire accepter cette idée.“; dagegen zum Einfluss *Allègres Germain*, in: *Pagnucco* (Fn. 32), S. 1, 2: „négociation politique habile de M. Allègre“; vgl. auch *Azarian* (Fn. 29), Rn. 8: „présenté, en accord avec C. Allègre, E. Guigou et D. Strauss-Kahn, par son rapporteur J.-P. Bret“; anders *Paillusseau*, D. 1999, chron. 333, 335: „Ces modifications sont extraites de la partie SAS de la dernière version de l’avant-projet de loi relatif à la réforme du droit des sociétés commerciales (janv. 1999).“; vgl. auch die Abgeordnete *Bricq* in der Sitzung der Nationalversammlung vom 3.6.1999, JO AN (C.R.) n° 52 (3.6.1999), S. 5402: „La commission a adopté un amendement dont je suis à l’origine et qui vise à ouvrir le régime des SAS aux jeunes sociétés innovantes.“

⁹⁷ Vgl. Art. 2 additionnel après l’article 2, Rapport *Bret*, n° 1642, enregistré à la Présidence de l’Assemblée nationale le 27 mai 1999, S. 65: „MM. Germain Gengenwin et Jean-Michel Dubernard ont retiré leurs amendements au profit de celui du rapporteur. La commission a adopté l’amendement du rapporteur.“

⁹⁸ Rapport *Bret*, n° 1642, enregistré à la Présidence de l’Assemblée nationale le 27 mai 1999, S. 65; vgl. auch den zuständigen Minister *Allègre* in der Sitzung der Nationalversammlung vom 3.6.1999, JO AN (C.R.) n° 52 (3.6.1999), S. 5376, 5378 f.; krit. zu dieser Begründung *Champaud/Danet*, RTD com. 1999, 872, 873.

⁹⁹ Etwa *Le Cannu*, BJS 1999, 841; auch *Paillusseau*, D. 1999, chron. 333, 334: „Pourtant, l’ampleur de la réforme n’a échappé à personne.“

ter.¹⁰⁰ Mit der Zustimmung beider Kammern konnte die SAS schließlich seit dem 13. Juli 1999 als Ein- oder Mehrpersonengesellschaft von natürlichen wie juristischen Personen gegründet werden.¹⁰¹

Die schon lange geforderte Einpersonen-SAS¹⁰² wurde in Wissenschaft und Praxis begeistert aufgenommen. Immerhin erleichterte sie den Einsatz der SAS als Konzerngesellschaft, indem sie das umständliche, aber bis dahin notwendige Vorgehen erübrigte, andere Konzerngesellschaften als weitere Gesellschafter neben der Konzernmutter einzusetzen.¹⁰³ Ambivalenter war dagegen die Öffnung der SAS für neue Gesellschafterkreise. Im Grundsatz stieß es auf Wohlwollen, dass die Vertragsfreiheit mehr Raum in der französischen Rechtsformlandschaft erhielt und künftig auch kleinere Unternehmen von der Flexibilität der SAS profitieren konnten.¹⁰⁴ Heftig kritisiert wurde allerdings der Weg, den die Gesetzes-

¹⁰⁰ Rapport *Laffitte*, n° 452, Annexe au procès-verbal de la séance du 23 juin 1999, Examen des articles, Article 2 bis (nouveau), dort allerdings: „On peut par ailleurs regretter qu’une réforme d’une telle ampleur, qui aurait pu être un des principaux éléments de la réforme annoncée du droit des sociétés, soit soumise au Parlement sous la forme d’un amendement au présent projet de loi: elle aurait en effet mérité de faire l’objet d’un véritable débat et d’être discutée en détail.“; vgl. auch Avis *Tréguët*, n° 453, Annexe au procès-verbal de la séance du 23 juin 1999, II.B.: „Sans être réservée, comme certains l’auraient souhaité, aux seules sociétés innovantes, cette disposition ne leur en est pas moins particulièrement adaptée.“

¹⁰¹ Art. 3 Loi n° 99-587 du 12 juillet 1999 sur l’innovation et la recherche; Widerstand kam ausschließlich von Senator *Hyst* in der Sitzung vom 30. Juni 1999: „Mais je me dois de dire au Sénat qu’il est grave que, par un amendement qui n’a pas été discuté par l’Assemblée nationale, sept articles de la loi de 1966 sur les sociétés aient été modifiés. [...] je déplore que l’on puisse, au Parlement, réformer et vider de sa substance la loi de 1966 sans prendre ni précautions ni garanties. [...] mais vous allez voir quels dégâts cela fera sur la loi sur les sociétés!“; dazu etwa JCl. Soc. *Traité/Germain/Périn/Azarian*, Fasc. 155-10, Stand 1.7.2019, Rn. 5; das Gesetz war unmittelbar anwendbar, ein *décret d’application* nicht erforderlich, vgl. *Le Cannu*, BJS 1999, 841, 852; *Paillusseau*, D. 1999, chron. 333, 334; dazu *Champaud/Danet*, RTD com. 1999, 872, 874: „On verra là le signe qu’il s’agit d’une loi <politique> et non d’une loi ordinaire, c’est-à-dire d’origine et à finalité technocratiques.“

¹⁰² Schon früh zu einer Umfrage unter Praktikern *Douvreleur*, Les Petites Affiches, 9 avril 1997, n° 43, 7, 8; vgl. auch *Périn* (Fn. 61), S. 187: „Inscrite dans les versions successives des projets de réforme de la loi de 1966“.

¹⁰³ *Conac*, BJS 1999, 607; *Guyon*, Rev. soc. 1999, 505, 509; *Le Cannu*, BJS 1999, 841, 845; zur Nutzung als Konzernbaustein seit 1994 auch *Bertrel*, D&P 74 (sept. 1999), 40, 42; *Germain*, JCP E 1999, 1505, 1506; *Merle/Fauchon* (Fn. 6), Rn. 686; *Hannoun*, Les Petites Affiches, 9 avril 1997, n° 43, 3, 5; *Hannoun* (Fn. 57), S. 283, 292; *Tandeau de Marsac*, BJS 1999, 28; krit. allerdings *Daigre*, JCP E 1999, 977; *Randoux*, JCP E 1999, 1812, 1813: „contribue fortement à banaliser la société unipersonnelle“.

¹⁰⁴ *Guyon*, Rev. soc. 1999, 505: „le législateur abandonne les vieux démons du soupçon et de l’hyperréglementation“; *ders.* (Fn. 10), Rn. 471-2: „doit être approuvée, car elle assouplit le droit français des sociétés et le rend compétitif sur le plan international“; *Le Cannu*, BJS 1999, 841, 842; *Randoux*, JCP E 1999, 1812, 1815: „mis fin à une discrimination injustifiée“; auch *Daigre*, JCP E 1999, 977; vgl. die Überschrift bei *Germain*, JCP E 1999, 1505: „La SAS libérée“; *Masquelier/Simon de Kergunic* (Fn. 27), S. 14; *P.*, Gaz. Pal. 11.9.1999, 1293; im Vorfeld bereits *Paillusseau*, Gaz. Pal. 10.10.1998, 1257, 1263.

änderung genommen hatte:¹⁰⁵ Die Einbringung in ein Gesetz, das keinen Bezug zum Gesellschaftsrecht hatte, aus einem Ausschuss, der primär für kulturelle, familiäre und soziale Angelegenheiten zuständig war, zu einem Zeitpunkt, in dem das Gesetzgebungsverfahren schon verhältnismäßig weit fortgeschritten war, entsprach der Tragweite der Änderung in keinster Weise.¹⁰⁶ Sie führte vielmehr dazu, dass diese grundstürzende Umwälzung des Gesellschaftsrechts¹⁰⁷ fast ohne wissenschaftliche Begleitung und inhaltliche Diskussion geschah.¹⁰⁸ Dabei war

¹⁰⁵ Deutlich *Baranger*, BJS 1999, 831: „processus législatif aussi expéditif que détestable“; *Randoux*, JCP E 1999, 1812, 1813: „La méthode législative est détestable. Le droit des sociétés dans son ensemble est bouleversé.“; *Valette*, Rev. soc. 2000, 215: „Surprise, étonnement et frustration sont les premiers sentiments que l’on détecte chez les auteurs à la lecture des articles publiés dans le courant du second semestre 1999.“

¹⁰⁶ *Bertrel*, D&P 74 (sept. 1999), 40, 45; *Champaud/Danet*, RTD com. 1999, 872 f.; *Reinhard*, RTD com. 1999, 898: „Cette loi, que rien ne destinait apparemment à s’intéresser au droit des sociétés, porte pourtant bien son nom. Elle conduira vraisemblablement les praticiens à l’innovation et les chercheurs à la réflexion!“; vgl. auch *Boizard*, D. aff. 1999, 957: „le 3 juin dernier à 22h30, un amendement qui pourrait bien apparaître comme une révolution du droit des sociétés fermées et qui, à tout le moins, a surpris par sa soudaineté.“; neutral bis positiv dagegen *Guyon*, Rev. soc. 1999, 505, 506 f., dort 509: „cavaliers législatifs“. De tels bricolages ne sont pas inutiles car ils permettent de gagner du temps ce qui, en l’espèce, était précieux compte tenu des handicaps résultant de la lourdeur du droit français des sociétés.“

¹⁰⁷ *Baranger*, BJS 1999, 831: „Le droit des sociétés bouleversé à la sauvette.“; *Champaud/Danet*, RTD com. 1999, 872: „dispositions qui bouleversent le droit des sociétés“; *Daigre*, JCP E 1999, 977: „risque [...] de nature systémique pour le droit des sociétés“; *Pailusseau*, D. 1999, chron. 333: „Le big-bang du droit des sociétés!“; dort 334: „une réforme d’une ampleur exceptionnelle de la SAS... et du droit des sociétés!“; *P.*, Gaz. Pal. 11.9.1999, 1293, 1294: „davantage une révolution qu’une <innovation>“; *Reinhard*, RTD com. 1999, 898: „véritable bouleversement du droit des sociétés“; *Valette*, Rev. soc. 2000, 215, 216: „c’est une véritable révolution des mœurs sociétaires“.

¹⁰⁸ *Le Cannu*, BJS 1999, 841: „Cependant, l’extension fulgurante réalisée un soir de juin à l’Assemblée nationale n’a été ni annoncée, ni réfléchié dans des conditions dignes de la portée des modifications qu’elle implique.“; *Pailusseau*, D. 1999, chron. 333, 335: „Ces dispositions n’auraient certainement pas été adoptées en l’état dans le cadre d’un débat sur une réforme générale du droit des sociétés. Elles auraient été fort discutées, notamment lors de la détermination du rôle de chaque société et de la recherche de la cohérence de l’ensemble de ce droit. [...] Mais, comme la réforme ne paraît pas constituer une priorité du garde des Sceaux, il semble que l’on ait cherché l’efficacité et la simplicité législative en écartant tout débat de fond. Il reste que ni la Chancellerie, ni le Conseil des ministres, ni le Conseil d’État, ni les Commissions des lois ne sont intervenus dans une réforme qui est pourtant capitale pour le droit des sociétés.“; vgl. auch *Azarian* (Fn. 29), Rn. 8; *Champaud/Danet*, RTD com. 1999, 872, 873; *Reinhard*, RTD com. 1999, 898, 899: „dispositions qui n’ont sans doute pas fait l’objet d’une réflexion suffisante et prêtent, en conséquence, le flanc à la critique“; versöhnlich *Périn* (Fn. 61), S. 7 f.: „Mais chacun, au cours de ce processus législatif très rapide, s’est montré bien conscient de la portée de la mesure de libéralisation pour les entreprises françaises.“; vgl. die Ironie, dass andere Vorhaben abgelehnt wurden, da sie zu tiefgreifende Änderungen des Gesellschaftsrechts erwarten ließen, *Allègre*, JO AN 3 juin 1999, 5376, 5378: „En revanche, le Gouvernement a décidé de demander la suppression de tous les articles fiscaux votés par le Sénat, principalement sur les stock-options, car ils ne peuvent s’intégrer au cœur du projet de loi. En effet, de

alles andere als klar, ob der allgemeine Rechtsverkehr dieser Rechtsform gewachsen war.¹⁰⁹ Zahlreiche Autoren befürchteten, dass unerfahrene Akteure das lückenhafte Gerüst der SAS nicht sinnvoll nutzen können; gerade in Fragen der Binnenorganisation fehlten Regelungen zugunsten von (Minderheits-)Gesellschaftern, die sich bei der Satzungsgestaltung nicht selbst schützen konnten.¹¹⁰ Trotz aller Zustimmung zur Ausweitung der Vertragsfreiheit im französischen Gesellschaftsrecht blieb dem Wandel der SAS von einer „Gesellschaft von Gesellschaften“¹¹¹ zu einer Art Gesellschaft für alle¹¹² so ein bitterer Beigeschmack anhaften.

telles dispositions concernent l'ensemble des entreprises et pas seulement les entreprises innovantes. Elles relèvent, à ce titre, davantage d'un projet de loi déposé et défendu par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie que d'un texte présenté par moi-même. Surtout, les stock-options sont un sujet trop complexe, trop délicat et désormais trop passionnel pour être traité de façon convenable dans le cadre d'une loi sur l'innovation.“; dazu *Azarian* (Fn. 29), Rn. 8; *Baranger*, BJS 1999, 831; *Boizard*, D. aff. 1999, 957.

¹⁰⁹ Zu den positiven Erfahrungen der ersten fünf Jahre *Guyon*, Rev. soc. 1999, 505, 506; zur vorläufigen Rechtsunsicherheit, bis der Rechtsverkehr sich anpasst, *Paillusseau*, D. 1999, chron. 333, 335; zu den negativen Auswirkungen der Streichung von besonderen Anforderungen an die Gesellschafter auf den Kredit der SAS *Vidal*, Dr. soc. 1999, chron. 15, Rn. 6.

¹¹⁰ *Le Cannu*, Rev. soc. 2014, 543, 544: „le contrat peut serrer plus fort que la loi, et beaucoup de SAS n'ont rien d'un paradis pour leurs minoritaires“; *Plantin*, JCP E 1999, 1906, 1907, dort 1908: „La souplesse de fonctionnement de la SAS peut s'avérer un piège pour les minoritaires, qu'elle peut priver d'une partie de leur pouvoir de décision, ou même pour les actionnaires majoritaires dans le cas par exemple où un dirigeant habile ou puissant se serait ménagé une situation d'inamovibilité. [...] L'exercice de la liberté est un art difficile.“; vgl. auch *Conac*, BJS 1999, 607; *Groupe de travail de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris (Paillusseau/Theimer/Outin-Adam/Bienvenu)*, JCP E 2000, 1748, 1760: „Attention! [...] La liberté qui leur [associés] est laissée doit les inciter à la plus grande prudence.“; *Heinich*, Dr. soc. 2017, rep. 6; *Le Cannu*, Defrénois 1994, 1345, 1378; *Urbain-Parleani*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 91, 95: „La SAS n'est pas une société démocratique.“; aus deutscher Sicht *Helms*, GmbHR 1999, 1078, 1079: „Aus der Sicht des deutschen Gesellschaftsrechts mag es erstaunen, daß der französische Gesetzgeber jetzt jedem Gesellschaftsgründer eine Rechtsform anbietet, die keinerlei gesetzlichen Minderheitenschutz gewährleistet.“; *Hommelhoff* (Fn. 60), S. 495, 503 f.; allg. zur fehlenden Anpassung auf natürliche Personen *Le Cannu*, BJS 1999, 841, 845; *Rabreau*, in: *Pagnucco* (Fn. 32), S. 9, 15 f.; vgl. auch *Monsérié-Bon*, in: *Pagnucco* (Fn. 32), S. 141, 148: „L'objectif a changé mais les règles ont perduré marquant encore plus leur singularité lorsque les SAS sont devenus des sociétés comme les autres ou presque.“; zur Anpassung, dass das Grundkapital nicht mehr auf einmal eingezahlt werden muss, *Randoux*, JCP E 1999, 1812, 1815; dagegen die Gestaltungsfreiheit als Chance für den Minderheitenschutz sehend *Périn* (Fn. 61), S. 10; *ders.* (Fn. 60), S. 667, 673; zur Anwendbarkeit minderheitenschützender Vorschriften des Aktienrechts etwa *Azarian* (Fn. 29), Rn. 198; *JCl. Soc. Traité/Germain/Périn/Azarian*, Fasc. 155-25, Stand 5.6.2021, Rn. 61.

¹¹¹ *Paillusseau*, Cah. dr. entr. 2/1994, 5, 7: „société de sociétés d'une certaine importance“; vgl. auch *Rapport Dailly*, n° 35, Annexe au procès-verbal de la séance du 14 octobre 1993, S. 7; *Guyon*, Rev. soc. 1999, 505, 506; *Reinhard*, RTD com. 1994, 300, 301.

¹¹² *Le Cannu*, BJS 1999, 841 unter dem Titel „La SAS pour tous“; vgl. auch *Boizard*, D. aff. 1999, 957: „un choix ouvert à tous pour tout projet“; *Masquelier/Simon de Kergunic*

4. Weitere Attraktivitätssteigerungen im innerstaatlichen Rechtsformwettbewerb

Die SAS blieb indes skandalfrei.¹¹³ Nachbesserungen an ihrem Rechtsregime konzentrierten sich daher weitgehend darauf, die Rechtsform attraktiver zu machen.¹¹⁴ In der Konkurrenz mit SA und SARL erwarb die SAS damit über die Jahre entscheidende Vorteile, doch scheinen die Arbeiten an ihrem Rechtsrahmen noch immer nicht abgeschlossen.

Nach der Jahrtausendwende begnügte sich der Gesetzgeber zunächst mit kleineren Klarstellungen und Korrekturen. Das große gesellschaftsrechtliche Reformgesetz vom 15. Mai 2001, die sogenannte Loi NRE, besserte etwa bei Umwandlungen, der Liquidation der Einpersonengesellschaft und den Geschäften mit nahestehenden Personen nach.¹¹⁵ Daneben eröffnete es die Möglichkeit, eine Freiberuflergesellschaft auch in der Form einer SAS zu gründen.¹¹⁶ Den Wettbewerb zwischen SAS und SA förderte es aber zuvörderst dadurch, die Vorgaben für letztere zu verschärfen, während erstere weitgehend verschont blieb.¹¹⁷ Verschiedene Autoren zählen die Loi NRE daher zu den Meilensteinen in der Geschichte der SAS, auch wenn sie ihr Rechtsregime kaum veränderte.¹¹⁸

Nachdem die SAS damit in die Lage versetzt war, an der SA vorbeizuziehen, machte sich der Gesetzgeber daran, die Konkurrenz mit der SARL zu befeuern. Zunächst behob er 2003 mit der Einführung der *directeurs généraux (délégués)* die Unannehmlichkeit, dass eine SAS mit dem *président* nur eine einzige Person haben konnte, die mit organschaftlicher Vertretungsmacht ausgestattet war.¹¹⁹ So-

(Fn. 27), S. 11: „démocratisation de la SAS“; Vidal, Dr. soc. 1999, chron. 15, Rn. 3: „en « démocratisant » la SAS“.

¹¹³ Périn (Fn. 61), S. 39, 184; Poracchia, Rev. soc. 2000, 223; Viandier, in: Azarian (Fn. 29), S. XI.

¹¹⁴ Etwa *Le Bars*, BJS 2008, 254 f.: „les efforts se sont constamment portés vers la création d’un outil souple et adapté aux besoins des entreprises“; vgl. auch *Germain*, in: Pagnucco (Fn. 32), S. 1, 2.

¹¹⁵ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques; insgesamt *Azarian* (Fn. 29), Rn. 9; grds. Périn, BJS 2001, 745, 746.

¹¹⁶ Sog. SELAS, vgl. Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 Loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l’exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé et aux sociétés de participations financières de professions libérales, geändert durch Art. 130 Loi NRE, dazu etwa *Le Nabasque*, Rev. soc. 2001, 589, 592 f.; zu weiteren Sonderformen *Azarian* (Fn. 29), Rn. 17 ff.; JCl. Soc. *Traité/Germain/Périn/Azarian*, Fasc. 155-10, Stand 5.6.2021, Rn. 14.

¹¹⁷ Plastisch *Saintourens*, Rev. soc. 2001, 515, 531: „Indirectement, la loi NRE fait ressortir la société par actions simplifiée comme offrant un havre de paix et de liberté.“; vgl. auch *Guyon*, Rev. soc. 2001, 503, 513; *Merle/Fauchon* (Fn. 6), Rn. 686; *Périn*, BJS 2001, 745, 756; *Souweine/Mansillon*, D. 2004, 2282.

¹¹⁸ *Périn*, BJS 2001, 745, 755: „Ce beauty contest semble tourner à l’avantage de la SAS“; auch *Le Nabasque*, Rev. soc. 2001, 589: „l’année 2001 est, pour elle, un grand cru“.

¹¹⁹ *Germain/Magnier* (Fn. 10), Rn. 1081; *Lienhard*, D. 2003, 1996, 2°; vgl. dazu auch IV.2.; zu weiteren Änderungen *Azarian* (Fn. 29), Rn. 10.

dann stellte die sogenannte Loi LME vom 4. August 2008¹²⁰ die SAS in wesentlichen Punkten der SARL gleich:¹²¹ Erstens entthob sie die SAS der Verpflichtung, ein Mindestkapital aufzubringen, wie der Gesetzgeber es schon 2003 für die SARL getan hatte.¹²² Damit einher ging zweitens die Möglichkeit, auch in einer SAS Beiträge in Form von Arbeits- und Dienstleistungen zu erbringen.¹²³ Entscheidend dürfte aber drittens gewesen sein, dass es gelang, den zwingenden Einsatz von Rechnungsprüfern zu reduzieren und die maßgeblichen Schwellenwerte den in der SARL geltenden anzupassen.¹²⁴ Damit waren bedeutende Kostenposten bei Gründung und Führung einer SAS beseitigt und die neue Rechtsform trat offen in Konkurrenz zur SARL.¹²⁵ Das Schrifttum überlegte bereits, ob damit der „Tod“ der SARL¹²⁶ eingeleitet war oder welche Zukunft dieser Rechtsform überhaupt blieb.¹²⁷

Der Gesetzgeber gewährte der SAS indes weitere Erleichterungen: Die Verordnung vom 22. Januar 2009 über das öffentliche Angebot von Finanzinstrumenten erweiterte auch die Finanzierungsmöglichkeiten der SAS, indem sie etwa die Börsennotierung von Schuldverschreibungen oder Privatplatzierungen von An-

¹²⁰ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie; zur Bedeutung *Azarian* (Fn. 29), Rn. 13: „La grande réforme de 2008“; *Conac*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 1, 9: „En moins de quinze ans, la SAS s'est démocratisée.“

¹²¹ *Le Cannu/Dondero* (Fn. 6), Rn. 965: „a aboli presque toutes les insuffisances concurrentielles de la SAS au regard de la SARL“; *Massart*, BJS 2008, 632, 640; zu Änderungen für Einpersonengesellschaften *Monsériè-Bon*, RJ com. 2008, 359, 361 f.

¹²² Zur Entwicklung und heutigen Gesetzestechnik *Azarian* (Fn. 29), Rn. 72.

¹²³ Näher *Torck/Hovasse*, Dr. soc. 2008, ét. 10, Rn. 34 ff.; *Saintourens*, in: *Pagnucco* (Fn. 32), S. 27; krit. zur fehlenden Diskussion *Massart*, BJS 2008, 632, 634 f.

¹²⁴ Zur Bedeutung der Änderung etwa *Le Cannu*, BJS 2008, 236, 237; zum Ringen um diesen Punkt *Massart*, BJS 2008, 632, 639; krit. *Torck/Hovasse*, Dr. soc. 2008, ét. 10, Rn. 24: „Mais il en résultera incontestablement un relâchement de la discipline comptable, financière et de gestion dans les PME. Pourtant une société de liberté ne peut prospérer sans discipline ni sécurité.“; ähnlich *Barbièri*, BJS 2008, 560; zur Bedeutung der Rechnungsprüfung zuvor etwa *Randoux*, JCP E 1999, 1812, 1816: „Dans cette dernière hypothèse [SASU] l'obligation confirme combien l'intervention du professionnel n'est pas destinée uniquement à protéger les actionnaires non dirigeants, mais qu'elle participe de la défense de tous les partenaires de l'entreprise sociale et plus largement répond à l'intérêt général.“

¹²⁵ *Torck/Hovasse*, Dr. soc. 2008, ét. 10, Rn. 25: „Ainsi la SAS perd ses traits les plus spécifiques de telle sorte qu'elle vient en concurrence directe avec la SARL. La coexistence de ces deux formes sociétaires se présente aujourd'hui plus comme le produit de l'histoire que l'œuvre de la raison.“; zur Vorsicht gemahnend *Monsériè-Bon*, RJ com. 2008, 359, 361: „Ainsi, il faudra être très vigilant à bien rédiger les statuts pour éviter certaines lourdeurs de la SA alors que l'on pensait constituer une sorte de SARL avec la liberté statutaire en plus.“

¹²⁶ *Barbièri*, BJS 2008, 560, 561: „Mort annoncée de la SARL?“

¹²⁷ *Massart*, BJS 2008, 632: „Sa supériorité sur les autres formes sociales sera telle que c'est l'ensemble du paysage français des sociétés qui risque d'être profondément modifié par cette évolution.“; *Monsériè-Bon*, RJ com. 2008, 359 unter dem Titel „La loi de modernisation de l'économie: Que reste-il du charme des SARL?“; vgl. auch *Bureau* (Fn. 6), S. 57, 76 f.; *JCl. Soc. Traité/Germain/Périm/Azarian*, Fasc. 155-10, Stand 1.7.2019, Rn. 7.

teilen zuließ.¹²⁸ Seit der Verordnung vom 30. Mai 2014 kann die SAS unter bestimmten Voraussetzungen auch am Crowdfunding teilnehmen.¹²⁹ Hinzu kamen über die Jahre verschiedene Vereinfachungen im Bereich der Berichtspflichten sowie beim Einsatz von Rechnungsprüfern.¹³⁰ Seit der sogenannten Loi PACTE vom 22. Mai 2019 bedürfen nur noch Gesellschaften eines Rechnungsprüfers, die zwei von drei Schwellenwerten überschreiten (Bilanzsumme von vier Millionen Euro, Umsatz von acht Millionen Euro oder 50 Mitarbeiter) oder für die ein Gericht auf Antrag eines oder mehrerer Gesellschafter, die mindestens ein Zehntel des Kapitals halten, die Bestellung eines Rechnungsprüfers angeordnet hat;¹³¹ daneben können seit einer weiteren Änderung vom 19. Juli 2019 Gesellschafter, die mindestens ein Drittel des Kapitals halten, die Bestellung eines Rechnungsprüfers durch begründeten Antrag bei der Gesellschaft erreichen.¹³² Schließlich stärkte der Gesetzgeber 2017 und 2019 das Mehrheitsprinzip in der SAS, das nun auch für die Einführung von Vinkulierungen¹³³ und Ausschlussklauseln¹³⁴ gilt.

Die SAS in ihrer heutigen Form ist mithin zu einem gewissen Grad ein Stückwerk, hat es damit aber zu großer Beliebtheit und Verbreitung gebracht. Noch immer legt die Wissenschaft zahlreiche Vorschläge vor, wie ihr Regime weiter-

¹²⁸ Ordonnance n° 2009-80 du 22 janvier 2009 relative à l'appel public à l'épargne et portant diverses dispositions en matière financière; dazu *Godon*, Rev. soc. 2017, 267, 271 f.; *Houin-Bressand*, in: Pagnucco (Fn. 32), S. 19, 20 f.; zur Bedeutung auch *Conac*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 1, 15.

¹²⁹ Ordonnance n° 2014-559 du 30 mai 2014 relative au financement participatif; dazu *Poracchia/Velardocchio*, BJS 2014, 742, insbes. 747 ff.; vgl. auch *Conac*, Rev. soc. 2014, 461, 462; *Houin-Bressand*, in: Pagnucco (Fn. 32), S. 19, 21 ff.; zur Bedeutung auch *Godon*, Rev. soc. 2017, 267, 272.

¹³⁰ Vgl. insbes. Loi n° 2009-1255 vom 19.10.2009; Loi n° 2011-525 vom 17.5.2011; Loi n° 2012-387 vom 22.3.2012; Loi n° 2016-1691 vom 9.12.2016; Loi 2018-727 vom 10.8.2018; dazu etwa JCl. Soc. *Traité/Germain/Périn/Azarian*, Fasc. 155-10, Stand 1.7.2019, Rn. 9, 11.

¹³¹ *Merle/Fauchon* (Fn. 6), Rn. 701; zu weiteren Einflüssen der Loi PACTE JCl. Soc. *Traité/Germain/Périn/Azarian*, Fasc. 155-10, Stand 1.7.2019, Rn. 12, 87 f.

¹³² Art. L. 227-9-1, D. 227-1 C. com.; *Le Cannu/Dondero* (Fn. 6), Rn. 1041; zum Ganzen auch Rép. D. Soc./*Le Cannu/Heinich/Delvallée*, Société par actions simplifiée, Stand janvier 2024, Rn. 162.

¹³³ Art. 5 Ordonnance n° 2017-747 vom 4.5.2017; dazu etwa *Saintourens*, Rev. soc. 2017, 467, 470 f.

¹³⁴ Art. 29 Loi n° 2019-744 vom 19.7.2019; dazu und zu weiteren Änderungen durch diese sog. Loi de simplification *Godon*, Rev. soc. 2019, 723; *Hamelin*, Dr. soc. 2019, comm. 169: „libéralisation accrue de la SAS“; ähnlich *Martin/Carosso*, JCP E 2020, n° 1091, Rn. 2; zur Verfassungsgemäßheit der Einführung einer Ausschlussklausel durch Mehrheit Cons. const. 9.12.2022, D. 2023, 766 m. krit. Anm. *Farges/Dondero*, JCP E 2022, n° 1412; *Lecourt*, RTD com. 2023, 143, 147 ff.

gebaut werden könnte.¹³⁵ Es dürfte sich daher lohnen, das Schicksal dieser Rechtsform im Auge zu behalten.¹³⁶

IV. Grundstrukturen der SAS

1. Gesetzliches Gerüst und Vertragsfreiheit

Die SAS ist in Art. L. 227-1 bis L. 227-20 C. com. geregelt.¹³⁷ Stützt sie sich auch auf ein vergleichsweise knapp bemessenes Normgerüst¹³⁸, hat sie doch ein eigenes Kapitel im Titel zu den verschiedenen Gesellschaftsformen erhalten. Dadurch steht sie gleichrangig neben den Personengesellschaften des Handelsrechts, neben SARL, SA und SCA und behauptet ihre Stellung als eigenständige Rechtsform.¹³⁹ Trotz dieser Eigenständigkeit definiert der Gesetzgeber die SAS regelungstechnisch aber mit Bezug auf die SA¹⁴⁰: Art. L. 227-1 Abs. 3 Satz 1 C. com. bestimmt, dass die Regeln für die SA auf die SAS anwendbar sind, soweit sie mit den besonderen Vorschriften der Art. L. 227-1 ff. C. com. kompatibel sind, nimmt aber eine Reihe von Normen von dieser Verweisung aus.¹⁴¹ Insbesondere die von

¹³⁵ JCl. Soc. *Traité/Germain/Périn/Azarian*, Fasc. 155-10, Stand 1.7.2019, Rn. 6: „Depuis 1999, le législateur n’a pas repris l’examen de fond du régime de la SAS. Le texte conçu en 1993 est pourtant trop expérimental pour être parfait. Des précisions seraient nécessaires, notamment pour combler quelques vides et pour éclairer la question difficile de l’application à la SAS de certaines règles empruntées à la société anonyme.“; vgl. auch für die Einführung einer *co-présidence Thomassin*, in: Pagnucco (Fn. 32), S. 35, 43 f.; *Mortier*, Actes prat. ing. sociétaire n° 165, mai-juin 2019, n° 3, 3; umfassend HCJP, Rapport concernant le régime juridique de La société par actions simplifiée (SAS), 29.9.2019; Dossier *Mortier et al.*, Actes prat. ing. sociétaire n° 170, mars-avril 2020, n° 2.

¹³⁶ Vgl. auch *Monsérié-Bon*, in: Pagnucco (Fn. 32), S. 141, 149: „Mais même à vingt-cinq ans, notre SAS reste une adolescente rebelle! Une société par actions qui prend des airs d’indépendance et dont les atours font des envieuses...“

¹³⁷ Vgl. auch die Strafvorschriften in Art. L. 244-1 bis L. 244-4 C. com.; die Art. L. 227-1 ff. C. com. enthalten zudem einige Sonderregelungen für die Einpersonen-SAS (SASU), die im Folgenden allerdings außer Betracht bleiben; dazu etwa *Cozian/Viandier/Deboissy* (Fn. 24), Rn. 1590 ff.; *Germain/Magnier* (Fn. 10), Rn. 1103 f.; *Merle/Fauchon* (Fn. 6), Rn. 709 ff.

¹³⁸ *Le Cannu*, in: Conac/Urbain-Parleani (Fn. 1), S. 61: „Déjà habillée léger en 1994, la SAS reste court-vêtue pour ses 20 ans.“; skeptisch zur knappen Regelungsstruktur *Hommelhoff*, AG 1995, 529, 534 f.

¹³⁹ *Champaud/Danet*, RTD com. 1994, 274, 275.

¹⁴⁰ Den Vergleich zur SCA und Art. L. 226-1 C. com. ziehend Exposé des motifs, Projet de loi n° 144, enregistré à la Présidence de l’Assemblée nationale le 5 mai 1993, S. 4; *Guyon* (Fn. 10), Rn. 471-1; *Paillusseau*, Cah. dr. entr. 2/1994, 5 f.; Rapport *de Roux*, n° 258, enregistré à la Présidence de l’Assemblée nationale le 2 juin 1993, S. 18; zur Anwendbarkeit der untergesetzlichen Vorschriften JCl. Soc. *Traité/Germain/Périn/Azarian*, Fasc. 155-20, Stand 5.6.2021, Rn. 3 f.

¹⁴¹ *Germain*, Cah. dr. entr. 2/1994, 11: „C’est l’article charnière qui ouvre les portes de la liberté contractuelle.“

Art. L. 225-18 bis L. 225-102-2 C. com. und von Art. L. 225-103 bis L. 225-126 C. com. reichenden Blöcke, die Geschäftsleitung und Gesellschafterversammlung in der SA regeln, finden keine Anwendung in der SAS.¹⁴² Der Gesetzgeber hat sogar darauf verzichtet, ein Standardmodell für Geschäftsleitung und Gesellschafterversammlung in der SAS zu formulieren, und stattdessen den Gesellschaftern selbst den Regelungsauftrag erteilt.¹⁴³ Dies illustriert eindrücklich die Reichweite¹⁴⁴, aber auch die Gefährlichkeit der Vertragsfreiheit.¹⁴⁵ Im Ergebnis stellt Art. L. 227-1 C. com. die SAS zwischen rigide aktienrechtliche Vorgaben im Außenverhältnis und radikale Vertragsfreiheit in der Binnenorganisation.¹⁴⁶

Aus dem Aktienrecht gelten insbesondere die buchführungs-, steuer- und sozialrechtliche Regulierung.¹⁴⁷ Daneben unterliegt die SAS den Gründungsvorschriften über die SA sowie den aktienrechtlichen Vorgaben für Kapitalmaßnah-

¹⁴² *Guyon* (Fn. 10), Rn. 471-3: „Cette double exception a une portée considérable, car c’est dans ces deux domaines que le principe de l’organisation hiérarchique des sociétés anonymes produisait des conséquences particulièrement contraignantes.“; zur Aufhebung der *hiérarchie légale des organes* in der SAS auch *Germain*, JCP E 1994, I, n° 341, Rn. 13; JCl. Soc. Traité/*Germain/Périn/Azarian*, Fasc. 155-20, Stand 5.6.2021, Rn. 5; *Randoux*, JCP E 1999, 1812, 1817.

¹⁴³ Zur Bedeutung dieser Freiheit etwa Rép. D. Soc./*Le Cannu/Heinich/Delvallée*, Société par actions simplifiée, Stand janvier 2024, Rn. 15: „la liberté d’organisation est l’un des points majeurs de la SAS“; *Périn* (Fn. 61), S. 9: „un privilège sans équivalent en droit français“; als Attraktivitätsfaktor *Le Cannu*, Defrénois 1994, 1345, 1350: „Cette rationalisation du secrétariat société a été d’emblée le fruit le plus goûté par les créateurs de SAS.“; vgl. auch *Masquelier/Simon de Kergunic* (Fn. 27), S. 12.

¹⁴⁴ *Guyon*, Rev. soc. 1994, 207, 212: „Il n’est pas possible de mesurer les conséquences de cette liberté.“; *Le Cannu*, Rev. soc. 2014, 543: „La liberté offerte aux associés dépasse l’horizon.“; vgl. auch *Bureau* (Fn. 6), S. 57, 63: „un simple squelette, auquel les statuts donneront chair“.

¹⁴⁵ Prägnant *Guyon* (Fn. 10), Rn. 471-1: „Les premiers utilisateurs de la société par actions simplifiée ont éprouvé le vertige du vide“; *Le Nabasque*, in: Conac/Urbain-Parleani (Fn. 1), S. 75, 79: „la fameuse épreuve de la <page blanche>“; vgl. auch *Le Cannu*, Rev. soc. 1994, 239, 240: „Parmi les difficultés envisageables, l’absence de cohérence des règles statutaires peut rendre aléatoire l’interprétation des stipulations“.

¹⁴⁶ *Le Cannu/Dondero* (Fn. 6), Rn. 970: „Il en résulte un paysage contrasté: très libérale dans son organisation interne, la SAS reste fortement réglementée aux autres points de vue.“; vgl. auch *Jeantin*, Rev. soc. 1994, 223, 231: „qu’au-delà de la forme de société par actions, la société par actions simplifiée emprunte nombre de ses règles de fonctionnement aux sociétés de personnes“; krit. *Rabreau*, in: Pagnucco (Fn. 32), S. 9, 18: „patchwork très coloré“; vgl. auch *Urbain-Parleani/Conac*, in: Conac/Urbain-Parleani (Fn. 1), S. XI, XII: „se singularise aussi par une subtile articulation entre les normes légales et statutaires“.

¹⁴⁷ Insgesamt zur Bedeutung des aktienrechtlichen Rahmens *Boucourechliev/Huet* (Fn. 21), S. 153, 167: „il convient de souligner d’abord l’importance du tronc législatif commun avec les sociétés anonymes“; *Le Cannu*, BJS 2008, 236, 237: „D’une façon générale, les textes communs aux deux formes de sociétés sont plus nombreux que les textes propres...“; *Pailusseau*, JCP E 2000, 1697, 1701: „Cependant, ce n’est pas toute la société qui est librement organizable.“; krit. *Périn* (Fn. 61), S. 83: „Les règles de la SAS qui renvoient au droit des sociétés anonymes font la faiblesse de son régime. Les emprunts trop généraux, qu’ils soient le fait de

men.¹⁴⁸ In diesen Bereichen profitieren die Gesellschafter der SAS aber von entscheidenden Erleichterungen: Zum einen bedarf es keiner Mindestanzahl von Gesellschaftern; selbst eine Einpersonengründung ist zulässig.¹⁴⁹ Zum anderen müssen die Gesellschafter kein Mindestkapital aufbringen; ebenso wie Geld- und Sacheinlagen können sie gar als Beitrag versprechen, Leistungen zu erbringen.¹⁵⁰ Schließlich kann die SAS – im Gegensatz zur SA – auch mit variablem Kapital ausgestattet sein.¹⁵¹

Die Frage nach der Kompatibilität aktienrechtlicher Normen mit dem Regime der SAS kann in der Anwendung indes Schwierigkeiten bereiten.¹⁵² Welcher Maßstab dabei zugrunde zu legen ist, scheint nach wie vor ungeklärt.¹⁵³ Schwerfällt zudem, die relevanten Organe zu identifizieren, wo Normen sich auf die Geschäftsleitung oder die Hauptversammlung beziehen.¹⁵⁴ Denn aufgrund der weitreichenden Vertragsfreiheit im Innenverhältnis der SAS können die Gesellschafter ihr Geschäftsführungsmodell individuell entwerfen, was etwa dazu führen kann, dass ihr *président* die SAS bloß nach außen vertritt, im Innenverhältnis

la loi ou des statuts, prennent le risque de l'incohérence, sous l'apparence d'une normalité qui n'est qu'un mirage.“

¹⁴⁸ Näher zu den anwendbaren Vorschriften *Chaput*, in: Couret/Le Cannu (Fn. 25), S. 93, 95; Rép. D. Soc./*Le Cannu/Heinich/Delvallée*, Société par actions simplifiée, Stand janvier 2024, Rn. 26, 49, 263.

¹⁴⁹ Art. L. 227-1 Abs. 1 C. com.

¹⁵⁰ Art. L. 227-1 Abs. 4 C. com.; dazu *Le Cannu/Dondero* (Fn. 6), Rn. 979; *Merle/Fauchon* (Fn. 6), Rn. 691; zum Ganzen *Saintourens*, in: Pagnucco (Fn. 32), S. 27 ff.; zur unklaren Rechtsnatur der Anteile von Arbeitsgesellschaftern *Massart*, BJS 2008, 632, 636 ff.

¹⁵¹ *Baudeau*, Les Petites Affiches, 9 mai 1994, n° 55, 10, Rn. 12; *Germain/Magnier* (Fn. 10), Rn. 1077 unter Hinweis auf „questions délicates relatives au fonctionnement de ce mécanisme“; *Le Cannu/Dondero* (Fn. 6), Rn. 977; Rép. D. Soc./*Le Cannu/Heinich/Delvallée*, Société par actions simplifiée, Stand janvier 2024, Rn. 68; *Périn*, BJS 2001, 745, 755; noch zur Diskussion *Bertrel*, D&P 96 (sept. 2001), 34, 42; *Jeantin*, in: Couret/Le Cannu (Fn. 25), S. 11, 14; *Tandeu de Marsac*, BJS 1999, 28, 30 f.

¹⁵² *Périn* (Fn. 61), S. 47; vgl. auch *Germain*, JCP E 1994, I, n° 341, Rn. 6; *Granier*, BJS 2008, 252, 253; *Guyon*, Rev. soc. 1994, 207, 217; vgl. schon Rapport de Roux, n° 258, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 2 juin 1993, S. 13 f.; krit. zur Gesetzgebungstechnik *Paillusseau*, D. 1999, chron. 333, 336: „Il appartient donc aux juristes de procéder eux-mêmes à l'inventaire des textes applicables à la SAS et d'en apprécier la portée! Il n'y pas de plus mauvaise méthode législative que celle-là! Les universitaires et les praticiens doivent faire le travail que le législateur n'a pas fait!“

¹⁵³ Wenig klar etwa Ministerielle Antwort auf die Frage der Abgeordneten der Nationalversammlung *Grosskost* n° 34814 (XII. Legislaturperiode), veröffentlicht am 4.5.2004: „ces règles ne s'appliquent que dans la mesure où elles ne sont pas contraires aux règles spécifiques de la SAS“; vgl. weiter JCl. Soc. *Traité/Germain/Périn/Azarian*, Fasc. 155-10, Stand 1.7.2019, Rn. 16 f.; *Le Cannu/Dondero* (Fn. 6), Rn. 970; *Le Nabasque*, in: Conac/Urbain-Parleani (Fn. 1), S. 75, 81 f.; zuletzt umfassend *Bouffard*, JCP E 2022, n° 1034.

¹⁵⁴ Zum schwierigen Begriff des Geschäftsleiters nur *Périn* (Fn. 61), S. 102 ff., 136 ff.; zur Hauptversammlung etwa *Le Cannu/Dondero* (Fn. 6), Rn. 1017.

aber keinerlei Geschäftsführungsbefugnisse hat.¹⁵⁵ Zudem drohen Regelungslücken die rechtliche Beurteilung streitiger Sachverhalte zu erschweren, da ein *default* für die Organisation von Geschäftsleitung und Gesellschafterkompetenzen, ein gesetzliches Auffangsystem fehlt.¹⁵⁶ Auf ein umfassendes Gebot zur subsidiären Heranziehung des Rechts der SA hat der Gesetzgeber bewusst verzichtet; daher dürfte der Rückgriff auf das Recht der SA ausgeschlossen sein, wo das Gesetz die Regelung allein den Gesellschaftern überlässt.¹⁵⁷ Teile der Praxis scheinen freilich selbst die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft über großzügige Übernahmen aktienrechtlicher Vorschriften abzusichern¹⁵⁸ oder setzen umfangreiche Satzungsunterlagen ein, anstatt Gestaltungsspielräume auszunutzen.¹⁵⁹

Einen festen Rahmen gibt dem Regime der SAS schließlich der Allgemeine Teil des französischen Gesellschaftsrechts.¹⁶⁰ Er gilt wie gesellschaftsrechtliche

¹⁵⁵ Dagegen zur Eintragung der Mitglieder eines „conseil de surveillance“ ins Gesellschaftsregister, unabhängig von deren tatsächlichen Befugnissen, vgl. *Comité de coordination du registre du commerce et des sociétés* (CCRCS), avis n° 2012-031 zu Art. R. 123-54 Nr. 2 b C. com.; krit. *Thomassin*, in: Pagnucco (Fn. 32), S. 35, 45 f. mit Fn. 33; auch JCl. Soc. *Traité/Germain/Périn/Azarian*, Fasc. 155-20, Stand 5.6.2021, Rn. 51.

¹⁵⁶ Mit Lösungsansätzen etwa *Germain/Magnier* (Fn. 10), Rn. 1075: „semble confier tous les pouvoirs au président de la société, sauf en ce qui concerne les compétences obligées de la collectivité des associés déterminées par l’article L. 227-9, al. 2.“; JCl. Soc. *Traité/Germain/Périn/Azarian*, Fasc. 155-20, Stand 5.6.2021, Rn. 7; *Le Cannu/Dondero* (Fn. 6), Rn. 1038; *Le Nabasque*, in: Conac/Urbain-Parleani (Fn. 1), S. 75, 79; zum Mindestinhalt der Satzung etwa *Azarian* (Fn. 29), Rn. 122; vgl. auch *Reygrobelle*, *Rev. soc.* 2023, 92, 94 f.

¹⁵⁷ Kategorisch dagegen *Le Cannu*, *Deffrénois* 1994, 1345, 1463: „impossible“; *Rép. D. Soc./Le Cannu/Heinich/Delvallée*, *Société par actions simplifiée*, Stand janvier 2024, Rn. 146; *Le Nabasque*, in: Conac/Urbain-Parleani (Fn. 1), S. 75, 79; vgl. auch *Azarian* (Fn. 29), Rn. 305; *Conac*, in: Conac/Urbain-Parleani (Fn. 1), S. 1, 8; für Lösungsansätze etwa *Daigre*, in: *Couret/Le Cannu* (Fn. 25), S. 37, 43 f., 47; *Mortier*, *Actes prat. ing. sociétaire* n° 165, mai-juin 2019, n° 3, 2.

¹⁵⁸ JCl. Soc. *Traité/Germain/Périn/Azarian*, Fasc. 155-20, Stand 5.6.2021, Rn. 6; vgl. auch *Couret* (Fn. 21), S. 187, 194; für eine entsprechende Empfehlung *Guyon* (Fn. 10), Rn. 471-6; *Masquelier/Simon de Kergunic* (Fn. 27), S. 21; zu den Risiken der Verweisung auf Aktienrecht *Cass. crim.* 25.9.2019, *JCP E* 2019, n° 1502 m. Anm. *Dondero*; dazu auch *Schlumberger*, *Gaz. Pal.* 17.12.2019, 3442; allg. zur Technik der (punktuellen) Verweisung *Périn* (Fn. 61), S. 41; krit. *Le Cannu/Dondero* (Fn. 6), Rn. 971; *Thomassin*, in: Pagnucco (Fn. 32), S. 35, 45; zur Gefahr von Unstimmigkeiten *Randoux*, *JCP E* 1999, 1812, 1814; schließlich *Paillusseau*, *D.* 1999, *chron.* 333, 341: „On a pu observer que certaines des SAS constituées après l’entrée en vigueur de la loi du 3 janv. 1994 ressemblaient étrangement à des sociétés anonymes à conseil d’administration!“

¹⁵⁹ Krit. zu dieser Möglichkeit bereits *Chaput*, in: *Couret/Le Cannu* (Fn. 25), S. 93, 97.

¹⁶⁰ Dazu *Godon*, *JCP E* 2018, n° 1329; vgl. auch *Azarian* (Fn. 29), Rn. 34; *Le Cannu*, *Rev. soc.* 2014, 543, 548; *Merle/Fauchon* (Fn. 6), Rn. 687: „Ce renvoi au droit commun sera probablement source de difficultés.“; jüngst *Hamelin*, *Dr. soc.* 2022, *rep.* 5: „Assurément, le succès de la SAS constitue donc un défi pour le droit commun des sociétés!“; insgesamt zu den verschiedenen einschlägigen Regelungsebenen *Godon*, *JCP E* 2018, n° 1329, Rn. 2; daher *Paillusseau*, *Cah. dr. entr.* 2/1994, 5: „régime juridique complexe“; ähnlich *Périn* (Fn. 61), S. 13, 37.

Rechtsprinzipien¹⁶¹ auch für die SAS, und die Rechtsprechung wacht streng über deren Einhaltung.¹⁶² Diese allgemeinen Grundsätze tragen zwar tatsächlich eine Rigidität in die SAS, die der freiheitlichen Gestalt dieser Rechtsform widerspricht. Doch helfen sie auch, aus der Vertragsfreiheit drohende Konflikte aufzulösen, wie die folgenden Regelungsbereiche in verschiedenen Punkten zeigen.

2. Geschäftsführung und Vertretung

„Der Gesellschaftsvertrag legt die Bedingungen fest, unter denen die Gesellschaft geführt wird.“¹⁶³ Mit diesem Regelungsauftrag begnügt sich das Gesetz in Fragen der Geschäftsführung der SAS.¹⁶⁴ Den Gesellschaftern obliegt es damit selbst, ein Leitungsmodell zu entwerfen, und sie genießen bei dieser Aufgabe umfassende Gestaltungsfreiheit¹⁶⁵: So können sie ihrer Gesellschaft einen einzelnen Geschäftsführer geben oder die Leitung der Gesellschaft in die Hände eines – oder mehrerer – Kollegialorgane legen; sie definieren den Umfang der Geschäftsführungsbefugnisse und weisen sie den verschiedenen Akteuren zu; sie regeln deren Besoldung; und sie bestimmen frei, von wem, in welcher Form und unter welchen Bedingungen die Geschäftsleiter berufen und abbestellt werden.¹⁶⁶

¹⁶¹ Allg. *Le Cannu*, Defrénois 1994, 1345, 1371; *Périn*, Actes prat. ing. sociétaire n° 107, sept. 2009, 5; zu allgemeinen Grundsätzen im Bereich der Geschäftsführung *Le Cannu*, in: Couret/*Le Cannu* (Fn. 25), S. 23, 29 f.; zum *intérêt social* etwa *Poracchia*, Rev. soc. 2000, 223 ff.

¹⁶² Vgl. *Godon*, JCP E 2018, n° 1329, Rn. 3: „donne à penser que les juridictions ont tendance à freiner l’expansion de la liberté d’aménagement de la SAS“; ähnlich *Malka*, JCP E 2018, n° 1330, Rn. 1; krit. dazu *Conac*, in: Conac/Urban-Parleani (Fn. 1), S. 1, 13; *ders.*, Rev. soc. 2018, 691, 692: „le juge semble prisonnier de l’esprit égalitaire et rigide de la loi de 1966, alors pourtant que le législateur est devenu plus libéral en ce qui concerne les sociétés non cotées“; dagegen *Heinich*, Dr. soc. 2017, rep. 6: „Ce succès mérité est aussi celui de la combinaison des efforts du législateur, des juges et de la pratique, qui ont progressivement fait de cette société l’un des fleurons du droit français.“

¹⁶³ Art. L. 227-5 C. com.: „Les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée.“; vgl. jüngst zur Ergänzung durch Vorgaben außerhalb des Gesellschaftsvertrags Cass. com., 12.10.2022, Rev. soc. 2023, 92, 93: „articles L. 227-1 et L. 227-5 du code de commerce [...] Si les actes extrastatutaires peuvent compléter ces statuts, ils ne peuvent y déroger.“ m. Anm. *Reygrobellet*; dazu auch *Lecourt*, RTD com. 2023, 156.

¹⁶⁴ Prägnant *Thomassin*, in: Pagnucco (Fn. 32), S. 35, 36: „Dit autrement, le pouvoir de direction n’est pas organisé en SAS: il est à organiser.“; vgl. auch *Germain/Magnier* (Fn. 10), Rn. 1073: „La rédaction des statuts est donc une tâche particulièrement importante.“

¹⁶⁵ Zum Ganzen JCl. Soc. *Traité/Germain/Périn/Azarian*, Fasc. 155-20, Stand 5.6.2021, Rn. 13 ff.; *Merle/Fauchon* (Fn. 6), Rn. 694; *Thomassin*, in: Pagnucco (Fn. 32), S. 35, 37 ff.; einschränkend *Didier*, in: Conac/Urban-Parleani (Fn. 1), S. 123, 135: „liberté est loin d’être absolue“; früh aus Praktikersicht *Caussain*, JCP E 1999, 1664, 1666; mit Schemata *Groupe de travail de la Chambre de Commerce et d’Industrie de Paris (Paillusseau/Theimer/Outin-Adam/Bienvenu)*, JCP E 2000, 1748, 1760 ff.; im Vergleich zur SA *Cannard*, D&P 15 (avril 1994), 24, 25 f.; zu Unterschieden nach Einsatzfeld vgl. *Baudeau*, Les Petites Affiches, 9 avril 1997, n° 43, 10, 11 f.

¹⁶⁶ Organqualität erhält die Geschäftsleitung nur durch gesellschaftsvertragliche Regelung, vgl. Cass. com., 25.1.2017 unter Hinweis auf Art. L. 227-1 und L. 227-5 C. com.: „seuls les

Einziges zwingendes Organ der Gesellschaft ist der *président*, ihr Präsident. Zum Schutz des Rechtsverkehrs fordert Art. L. 227-6 Abs. 1 C. com., dass die Gesellschaft im Verhältnis zu Dritten durch einen¹⁶⁷ Präsidenten vertreten wird, der grundsätzlich im Rahmen des Unternehmensgegenstands auch befugt ist, in allen Angelegenheiten für die Gesellschaft zu handeln.¹⁶⁸ Im Innenverhältnis können die Gesellschafter seinem Entscheidungsspielraum Grenzen setzen;¹⁶⁹ seine Vertretungsmacht nach außen ist dagegen weder durch den Unternehmensgegenstand beschränkt¹⁷⁰ noch kann der Gesellschaftsvertrag sie mit Wirkung gegenüber Dritten verkürzen.¹⁷¹ Neben dem Präsidenten können die Gesellschafter weitere Personen zur Vertretung der Gesellschaft berechtigen.¹⁷² Sie tragen den

statuts de La société par actions simplifiée fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée“, Dr. soc. 2017, comm. 60 m. Anm. *Heinich*; JCP E 2017, n° 1147 m. Anm. *Barrillon*; Cass. com., 20.11.2019, Rev. soc. 2020, 238 m. Anm. *Heinich*. Zur Berücksichtigung allgemeiner Grundsätze etwa im Kontext der Abberufung *Cozian/Viandier/Deboissy* (Fn. 24), Rn. 1557; *Le Cannu*, Rev. soc. 1994, 239, 246 f.; Rép. D. Soc./*Le Cannu/Heinich/Delvallée*, Société par actions simplifiée, Stand janvier 2024, Rn. 97; *Malka*, JCP E 2018, n° 1330, Rn. 9 ff.; für ein Beispiel Cass. com., 24.5.2017, Dr. soc. 2017, comm. 186 m. Anm. *Coupet*; zur grundsätzlich freien Abberufbarkeit Cass. com., 9.3.2022, Dr. soc. 2022, comm. 52 m. Anm. *Hamelin*; D. 2022, 1195 m. krit. Anm. *Farges*; allg. JCl. Soc. Traité/*Germain/Périn/Azarian*, Fasc. 155-20, Stand 5.6.2021, Rn. 54 ff.; *Le Cannu/Dondero* (Fn. 6), Rn. 1007.

¹⁶⁷ Das *Comité de coordination du registre du commerce et des sociétés* (CCRCS) hat sich gegen die Eintragung mehrerer *présidents* ausgesprochen, vgl. avis n° 2013-027; näher Fn. 172.

¹⁶⁸ Vgl. auch CNPF, Rapport du groupe de travail, La Société anonyme simplifiée, 1990, S. 14; zur grundsätzlichen Geschäftsführungsbefugnis des *président* vgl. *Le Cannu*, Rev. soc. 1994, 239, 241; Rép. D. Soc./*Le Cannu/Heinich/Delvallée*, Société par actions simplifiée, Stand janvier 2024, Rn. 134, 147.

¹⁶⁹ Sogar vollständiger Entzug, vgl. JCl. Soc. Traité/*Germain/Périn/Azarian*, Fasc. 155-20, Stand 5.6.2021, Rn. 21; *Paillusseau*, D. 1999, chron. 333, 339; daher *Le Cannu*, Rev. soc. 1994, 239, 256: „De plus, il pourra être difficile aux tiers de situer le véritable pouvoir qui régit telle SAS, dans la mesure où ni la détention du capital, ni le fait d’être président ne confèrent à coup sûr la réalité de ce pouvoir.“; dazu auch *Jung/Kühl/Wohlgemuth* (Fn. 38), § 13 Frankreich Rn. 660: „Eher rechtstheoretischer Natur ist inzwischen die Frage, welche Befugnisse der Präsident hat, wenn die Satzung diesbezüglich keine Regelungen vorsieht, da inzwischen alle Satzungen umfassende Vorgaben hierzu enthalten dürften.“

¹⁷⁰ Zur Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäfts bei Überschreitung des Unternehmensgegenstands und Kenntnis des Geschäftspartners vgl. Art. L. 227-6 Abs. 2 C. com.; auch Cass. com., 14.2.2018, Rev. soc. 2018, 378 m. Anm. *Dalmau*.

¹⁷¹ *Cozian/Viandier/Deboissy* (Fn. 24), Rn. 1562, 1564; Rép. D. Soc./*Le Cannu/Heinich/Delvallée*, Société par actions simplifiée, Stand janvier 2024, Rn. 123 ff.; *Merle/Fauchon* (Fn. 6), Rn. 695; zu den Mindestkompetenzen der Gesellschaftergesamtheit als Begrenzung der Vertretungsbefugnis *Pagnucco*, in: ders. (Fn. 32), S. 85, 92.

¹⁷² Art. L. 227-6 Abs. 3 C. com.; zur Vorgeschichte Cass. com., 2.7.2002: „qu’il résulte des dispositions de l’article L. 227-6 du code de commerce que la société par actions simplifiée est représentée, à l’égard des tiers, par son seul président“, Rev. soc. 2002, 727 m. Anm. *Le Nabasque*; *Germain/Magnier* (Fn. 10), Rn. 1081; zur Gesetzgebung JCl. Soc. Traité/*Germain/Périn/Azarian*, Fasc. 155-20, Stand 5.6.2021, Rn. 30; auch Rép. D. Soc./*Le Cannu/Heinich/Delvallée*, Société par actions simplifiée, Stand janvier 2024, Rn. 139.

Titel *directeur général* oder *directeur général délégué* und erhalten gesetzliche, ebenfalls unbeschränkte Vertretungsbefugnis.¹⁷³

Die Geschäftsleiter haften wie Vorstandsmitglieder einer SA.¹⁷⁴ Ist eine juristische Person in dieser Funktion eingesetzt¹⁷⁵ – was in der SAS anders als in der SA auch für den gesetzlichen Vertreter zulässig ist, und zwar ohne einen ständigen Repräsentanten dieser juristischen Person zu benennen¹⁷⁶ –, haften neben ihr selbst auch ihre Geschäftsleiter.¹⁷⁷ Darüber hinaus genießen die Geschäftsleiter der SAS denselben steuer- und sozialrechtlichen Status wie Vorstandsmitglieder einer SA.¹⁷⁸ Im Verhältnis zur SA gewinnt die SAS für ihre Geschäftsleiter zudem an Attraktivität, da letztere weder den aktienrechtlichen Altersvorgaben für Vorstände oder Geschlechterquoten unterliegt noch die Geschäftsleitertätigkeit in der SAS zur Gesamtzahl der zulässigen Unternehmensmandate in einer SA rechnet.¹⁷⁹ Zudem profitieren sie vom verhältnismäßig unkomplizierten Regime für Geschäfte mit nahestehenden Personen, das Art. L. 227-10 C. com. in der SAS

¹⁷³ Cass. com., 9.7.2013: „Mais attendu qu’il résulte des dispositions de l’article L. 227-6 du Code de commerce, lesquelles doivent être mises en œuvre à la lumière de celles de l’article 10 de la directive 2009/101 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009, que les tiers peuvent se prévaloir à l’égard d’une société par actions simplifiée des engagements pris pour le compte de cette dernière par une personne portant le titre de directeur général ou de directeur général délégué de la société“, Dr. soc. 2013, comm. 159; dazu *Gallois-Cochet*, Dr. soc. 2013, ét. 19; CA Paris, pôle 5, ch. 8, 21.10.2014, Dr. soc. 2015, comm. 91 m. Anm. *Gallois-Cochet*; vgl. auch *Azarian* (Fn. 29), Rn. 297; *Didier*, in: Conac/Urbain-Parleani (Fn. 1), S. 123, 131; JCl. Soc. Traité/*Germain/Périn/Azarian*, Fasc. 155-20, Stand 5.6.2021, Rn. 34, 42; Rép. D. Soc./*Le Cannu/Heinich/Delvallée*, Société par actions simplifiée, Stand janvier 2024, Rn. 142; *Merle/Fauchon* (Fn. 6), Rn. 696; anders wohl *Le Cannu/Dondero* (Fn. 6), Rn. 996.

¹⁷⁴ Art. L. 227-8 C. com., dazu *Germain/Magnier* (Fn. 10), Rn. 1093; Rép. D. Soc./*Le Cannu/Heinich/Delvallée*, Société par actions simplifiée, Stand janvier 2024, Rn. 117; *Merle/Fauchon* (Fn. 6), Rn. 697; insbes. zu Aufgaben der Geschäftsleiter und Anpassungsschwierigkeiten *Le Cannu*, Defrénois 1994, 1345, 1363; auch *Borga*, in: Pagnucco (Fn. 32), S. 73 75 f., 80 ff.; JCl. Soc. Traité/*Germain/Périn/Azarian*, Fasc. 155-20, Stand 5.6.2021, Rn. 50; *Le Cannu/Dondero* (Fn. 6), Rn. 1010. Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit vgl. Art. L. 244-1 Abs. 2 C. com. sowie Art. L. 244-2 und L. 244-4 C. com., dazu nur Rép. D. Soc./*Le Cannu/Heinich/Delvallée*, Société par actions simplifiée, Stand janvier 2024, Rn. 118 f.

¹⁷⁵ *Périn* (Fn. 61), S. 24: „qu’entre un quart et un tiers des SAS étudiées (28% de l’échantillon de 1998 et 32% de celui de 1999) ont fait usage de la possibilité de désigner en tant que président une personne morale“.

¹⁷⁶ Für die SA vgl. Art. L. 225-20 C. com., dazu aus dem Gesetzgebungsverfahren nur *Rapport de Roux*, n° 688, enregistré à la Présidence de l’Assemblée nationale le 4 novembre 1993, S. 10 f.; vgl. weiter *Cozian/Viandier/Deboissy* (Fn. 24), Rn. 1552; JCl. Soc. Traité/*Germain/Périn/Azarian*, Fasc. 155-20, Stand 5.6.2021, Rn. 37; auch Rép. D. Soc./*Le Cannu/Heinich/Delvallée*, Société par actions simplifiée, Stand janvier 2024, Rn. 89; *Merle/Fauchon* (Fn. 6), Rn. 694 f.; zur Praxis, einen ständigen Repräsentanten zu bestellen, etwa *Germain/Magnier* (Fn. 10), Rn. 1082; für eine entsprechende Satzungsklausel Cass. com., 19.1.2022, Rev. soc. 2022, 291 m. Anm. *Couret*; JCP E 2022, n° 1185 m. Anm. *Dondero*.

¹⁷⁷ Art. L. 227-7 C. com.

¹⁷⁸ Vgl. oben Fn. 38.

¹⁷⁹ Näher unten zu Fn. 306 ff.

fordert.¹⁸⁰ Danach muss lediglich der Rechnungsprüfer oder, falls kein solcher bestellt ist, der Präsident einen Bericht über Geschäfte mit nahestehenden Personen erstatten, über den sodann die Gesellschafter beschließen; die betroffenen Geschäfte entfalten ihre Wirksamkeit unabhängig vom Ausgang dieser Beschlussfassung, die lediglich Folgen für die Haftung der Geschäftsleiter zeitigen kann. Vor dem Geschäftsschluss besteht das Gesetz – anders als in der SA – dagegen nicht auf einer Kontrolle von Geschäften mit nahestehenden Personen.¹⁸¹ Geschäftsführung und Vertretung in der SAS zeichnen sich mithin nicht nur durch weitreichende Gestaltungsmöglichkeiten aus, sondern auch durch verschiedene Vorzüge für potenzielle Geschäftsleiter.¹⁸²

3. Kompetenzen der Gesellschaftergesamtheit

Art. L. 227-9 Abs. 1 C. com. überlässt es dem Gesellschaftsvertrag, festzulegen, welche Entscheidungen in welcher Form von den Gesellschaftern zu treffen sind.¹⁸³ Lediglich ein knapper Katalog von Mindestkompetenzen ist der Gesellschaftergesamtheit vorbehalten, nämlich Kapitalerhöhungen, -abschreibungen und -herabsetzungen, Umwandlungen, Auflösung, Bestellung von Rechnungsprüfern sowie Beschlüsse zu Jahresabschlüssen und Gewinnen. Verschiedene Einzelvorschriften verlangen zudem einen Gesellschafterbeschluss u. a. im Rahmen der Kontrolle von Geschäften mit nahestehenden Personen, zur Geschäftsführung trotz Herabsinken des Eigenkapitals unter die Hälfte des Gesellschaftskapitals, für den Rückkauf eigener Aktien sowie für die Bestellung eines Liquidators und die Feststellung des Liquidationsabschlusses.¹⁸⁴ Daneben steht es den Gesellschaftern frei, ob sie sich weitere Entscheidungen vorbehalten wollen oder nicht.¹⁸⁵ Trifft der Gesellschaftsvertrag keine Regelung, haben die Gesellschafter

¹⁸⁰ Vgl. *Le Cannu*, in: Couret/Le Cannu (Fn. 25), S. 23, 34: „cadeau fait par le Sénat aux SAS“; zum Begriff des *dirigeant* in diesem Kontext JCl. Soc. *Traité/Germain/Périn/Azarian*, Fasc. 155-20, Stand 5.6.2021, Rn. 101; zur Anwendbarkeit des Art. L. 225-43 über Verweis aus L. 227-12 auch *Azarian* (Fn. 29), Rn. 329, dort 331 ff. zu *conventions libres*.

¹⁸¹ Näher dazu und zu den Unterschieden *Azarian* (Fn. 29), Rn. 329, 331 ff.; *Cozian/Viandier/Deboissy* (Fn. 24), Rn. 1567; *Merle/Fauchon* (Fn. 6), Rn. 702; *Périn*, BJS 1999, 1143, 1146; insgesamt *Le Cannu*, in: Couret/Le Cannu (Fn. 25), S. 23, 34: „le système retenu est plus proche de celui de la SARL que celui de la SA“.

¹⁸² Insgesamt *Cozian/Viandier/Deboissy* (Fn. 24), Rn. 1540; vgl. auch *Le Bars*, BJS 2008, 254, 255: „un outil au service des intérêts des dirigeants“.

¹⁸³ Damit die *présomption d'action de concert* begründend, *Germain/Magnier* (Fn. 10), Rn. 1097; krit. aus konzernrechtlicher Sicht *Le Bars*, BJS 2008, 254, 259 f.

¹⁸⁴ Art. L. 227-9 Abs. 2 C. com., daneben insbes. Art. L. 227-10 Abs. 2, L. 225-248, L. 225-206 ff., L. 237-18, L. 237-25, L. 237-27 C. com.; näher JCl. Soc. *Traité/Germain/Périn/Azarian*, Fasc. 155-25, Stand 5.6.2021, Rn. 13 ff.; *Le Cannu/Dondero* (Fn. 6), Rn. 1013; vgl. auch *Godon*, in: Conac/Urbain-Parleani (Fn. 1), S. 109, 113: „approche institutionnelle subsiste ponctuellement“.

¹⁸⁵ Dazu *Pagnucco*, in: ders. (Fn. 32), S. 85, 86: „Il faut le dire et en tirer toutes les conséquences: dans la SAS, à de rares exceptions textuelles, et à défaut d'attribution claire dévolue

nach der allgemeinen Regel des Art. 1836 Abs. 1 C. civ. grundsätzlich einstimmig über Änderungen des Gesellschaftsvertrags zu entscheiden.¹⁸⁶ Auch davon kann der Gesellschaftsvertrag jedoch abweichen und sowohl das Mehrheitserfordernis absenken wie auch die Entscheidungskompetenz anderen Organen oder Personen zuweisen.¹⁸⁷

Regeln muss der Gesellschaftsvertrag weiter, wie die Gesellschaftergesamtheit Beschlüsse fassen soll.¹⁸⁸ Dabei kann er eine Gesellschafterversammlung verlangen, kann aber ebenso eine Beschlussfassung im schriftlichen Verfahren, per Internet oder in anderer Form genügen lassen.¹⁸⁹ Auch die erforderlichen Mehrheiten legen die Gesellschafter fest.¹⁹⁰ Dabei stellte es 1994 eine beachtliche Neuerung dar, dass die SAS beim Stimmgewicht in weiterem Rahmen als die SA erlaubte, vom Proportionalitätsgrundsatz abzuweichen und Anteile mit Mehrstimmrechten auszustatten.¹⁹¹ Denkbar ist auch, bestimmten Gesellschaftern ein Vetorecht einzuräumen.¹⁹² Eine einstimmige Entscheidung aller Gesell-

par les statuts, le pouvoir appartient, pour l'essentiel, au président et aux organes de direction.“; Vorsicht ist zudem bei der Übernahme von Geschäftsleitungsaufgaben geboten, vgl. JCl. Soc. Traité/*Germain/Périn/Azarian*, Fasc. 155-25, Stand 5.6.2021, Rn. 3; *Périn* (Fn. 61), S. 243.

¹⁸⁶ *Daigre*, in: *Couret/Le Cannu* (Fn. 25), S. 37, 44; *Germain/Magnier* (Fn. 10), Rn. 1097; *Legros*, Dr. soc. 2011, comm. 132; *Périn* (Fn. 61), S. 286.

¹⁸⁷ *Azarian* (Fn. 29), Rn. 378; *Caussain*, JCP E 1999, 1664, 1665; JCl. Soc. Traité/*Germain/Périn/Azarian*, Fasc. 155-25, Stand 5.6.2021, Rn. 20, 49; *Le Cannu*, Rev. soc. 1994, 239, 254; *Legros*, Dr. soc. 2011, comm. 132; *Urbain-Parleani*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 91, 102 f.; vorsichtiger *Le Cannu/Dondero* (Fn. 6), Rn. 1014.

¹⁸⁸ Zum Mindeststandard bei Einberufung und Information aus allg. Grundsätzen *Guyon*, Rev. soc. 1994, 207, 213; vgl. auch JCl. Soc. Traité/*Germain/Périn/Azarian*, Fasc. 155-25, Stand 5.6.2021, Rn. 23, 40.

¹⁸⁹ Zum Ganzen etwa *Germain/Magnier* (Fn. 10), Rn. 1097: „permet tous les modes d'expression collective“; JCl. Soc. Traité/*Germain/Périn/Azarian*, Fasc. 155-25, Stand 5.6.2021, Rn. 36 ff.; *Merle/Fauchon* (Fn. 6), Rn. 699; zu den Vereinfachungsbestrebungen der frühen Praxis *Baudeau*, Les Petites Affiches, 9 avril 1997, n° 43, 10, 12.

¹⁹⁰ Dazu, dass bei Angelegenheiten, die zu den Mindestkompetenzen der Gesellschaftergesamtheit zählen, jedenfalls eine Mehrheit und keine bloße Minderheit zu entscheiden hat, Cass. com., 19.1.2022, JCP E 2022, n° 1091 m. Anm. *Dondero* Rev. soc. 2022, 493 m. krit. Anm. *Godon*; *Cozian/Viandier/Deboissy* (Fn. 24), Rn. 1576; dagegen jedoch CA Paris, pôle 5, ch. 8, 4.4.2023, JCP E 2023, n° 1197 m. Anm. *Marpeau/Damour*; vgl. auch Exposé des motifs, Projet de loi n° 144, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 5 mai 1993, S. 5; *Merle/Fauchon* (Fn. 6), Rn. 699; zur Relativierung durch Mehrstimmrechte vgl. *Couret*, D. 2022, 342, 343; *Germain*, Cah. dr. entr. 2/1994, 11, 13; JCl. Soc. Traité/*Germain/Périn/Azarian*, Fasc. 155-25, Stand 5.6.2021, Rn. 48.

¹⁹¹ *Germain*, JCP E 1994, I, n° 341, Rn. 23: „une révolution“; auch *Boucouchliou/Huet* (Fn. 21), S. 153, 169: „l'innovation la plus importante“; *Hannoun* (Fn. 57), S. 283, 287 f.; *Reinhard*, RTD com. 1994, 300, 306: „innovation très marquante, [...] retour au passé“; näher bei Fn. 225 ff.

¹⁹² *Couret*, BJS 2016, 237; JCl. Soc. Traité/*Germain/Périn/Azarian*, Fasc. 155-25, Stand 5.6.2021, Rn. 51; *Merle/Fauchon* (Fn. 6), Rn. 699; *Pagnucco*, in: ders. (Fn. 32), S. 85, 97, 98; insgesamt zu den Gestaltungsmöglichkeiten beim Stimmrecht *Le Nabasque*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 75, 77 f.

schafter erfordern allerdings von Gesetzes wegen Änderungen des Gesellschaftsvertrags, die Unveräußerbarkeits- und Change of Control-Klauseln einführen oder abwandeln.¹⁹³ Ebenfalls eines einstimmigen Beschlusses bedarf die Sitzverlegung ins Ausland.¹⁹⁴ Die Gesellschafter müssen zudem in Anwendung des Allgemeinen Teils des französischen Gesellschaftsrechts einstimmig einer Erhöhung ihrer Gesellschafterpflichten zustimmen.¹⁹⁵ Dagegen können gesellschaftsvertragliche Vinkulierungs- und Ausschlussklauseln seit 2017 und 2019 schon per Mehrheitsbeschluss eingeführt oder modifiziert werden.¹⁹⁶

Die Gestaltungsmacht des Gesellschaftsvertrags reicht im Bereich der Gesellschafterbeschlüsse mithin weit; die Durchschlagskraft der gesellschaftsvertraglichen Regelungen bleibt indes häufig hinter den Erwartungen der Verwender zurück – sowohl bei Entscheidungen der Gesellschafter wie auch bei denen anderer Gesellschaftsorgane.¹⁹⁷ Insbesondere die Nichtigkeitsfolge ist auch im Recht der SAS zurückgedrängt.¹⁹⁸ Mit seinem Urteil *Larzul I* vom 18. Mai 2010 hat der Kassationshof klargestellt, dass die Missachtung einer Bestimmung des Gesellschaftsvertrags oder der internen Geschäftsordnung nicht mit der Nichtigkeit sanktioniert wird; eine Ausnahme sah das Gericht lediglich für Fälle vor, in denen eine zwingende Gesetzesregel erlaubt, von ihr abzuweichen, und Gesellschaftsvertrag oder Geschäftsordnung von dieser Möglichkeit Gebrauch machen.¹⁹⁹ Vor

¹⁹³ Art. L. 227-19 Abs. 1 C. com., vgl. auch Art. L. 227-1 Abs. 5 C. com.

¹⁹⁴ Vgl. JCl. Soc. *Traité/Germain/Périn/Azarian*, Fasc. 155-25, Stand 5.6.2021, Rn. 49 mit Hinweisen auf weitere Fälle zwingender Einstimmigkeit insbes. in der Umwandlung.

¹⁹⁵ Art. 1836 Abs. 2 C. civ.; für ein Beispiel *Godon*, BJS 2008, 239, 240; zur Zustimmungspflicht einzelner Gesellschafter *Le Cannu/Dondero* (Fn. 6), Rn. 1014; wohl auch *Daigre*, in: *Couret/Le Cannu* (Fn. 25), S. 37, 41; vgl. auch Art. 1844-6 Abs. 1 C. civ. zur Fortsetzung der Gesellschaft nach Zeitablauf.

¹⁹⁶ Art. L. 227-19 Abs. 2 C. com.; vgl. oben Fn. 133 f.; dazu *Merle/Fauchon* (Fn. 6), Rn. 699, 706; zur zeitlichen Anwendbarkeit Cass. com. 12.10.2022, D. 2022, 1946 m. Anm. *Couret*; dazu auch *Dondero*, JCP E 2022, n° 1353 unter 2.; krit. *Lecourt*, RTD com., 143, 146 f.; weiter Rép. D. Soc./*Le Cannu/Heinich/Delvallée*, Société par actions simplifiée, Stand janvier 2024, Rn. 222 f.; *Mortier*, in: *Mélanges Couret*, 2020, S. 311.

¹⁹⁷ Vgl. *Godon*, JCP E 2018, n° 1329 im Untertitel: „La SAS: un château de sable?“; prägnant *Couret*, D. 2023, 671, 672: „Que signifie cette liberté si la méconnaissance des dispositions statutaires n’est pas sanctionnée par la nullité?“

¹⁹⁸ *Germain/Magnier* (Fn. 10), Rn. 1099: „le système des nullités du Code de commerce n’est pas adapté à la structure statutaire de la société par actions simplifiée, dans laquelle les normes légales ne jouent qu’un rôle très effacé“; krit. auch *Conac*, Rev. soc. 2018, 691, 698; *Mortier*, Dr. soc. 2019, comm. 61; *Périn* (Fn. 60), S. 667, 675 f.; zu Reformvorschlägen HCJP, Rapport concernant le régime juridique de la société par actions simplifiée (SAS), 29.9.2019, S. 5, 12, 33 f.; HCJP, Rapport sur les nullités en droit des sociétés, 27.3.2020, S. 31; zu beiden *Couret*, BJS, juin 2020, 48; vgl. weiter *Mortier*, Actes prat. ing. sociétaire n° 165, mai-juin 2019, n° 3, 2 f.; siehe auch den Hinweis auf einen Vorschlag der ANSA bei *Godon*, JCP E 2018, n° 1329, Rn. 10; zu alternativen (gesellschafts-)vertraglichen Sanktionsmechanismen *Coupet*, in: *Pagnucco* (Fn. 32), S. 127, 129; *Le Nabasque*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 75, 89.

¹⁹⁹ Cass. com., 18.5.2010: „sous réserve des cas dans lesquels il a été fait usage de la faculté, ouverte par une disposition impérative, d’aménager conventionnellement la règle posée

diesem Hintergrund legte es auch die Anfechtbarkeit von Gesellschafterbeschlüssen nach Art. L. 227-9 Abs. 4 C. com. eng aus: Sie konnten nur annulliert werden, wenn sie den Katalog der Mindestkompetenzen der Gesellschaftergesamtheit nicht beachten.²⁰⁰ Geschäftsleitern, welche die Gesellschafter in diesen Angelegenheiten nicht befragen, drohen gar Gefängnisstrafe und Bußgeld.²⁰¹ Eine Missachtung des Gesellschaftsvertrags genügte dagegen lange nicht, um die Anfechtung und Nichtigklärung einer Entscheidung der Gesellschaftsorgane zu begründen.²⁰² Diese restriktive Linie entsprach zwar dem allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Bestreben in Frankreich, die Nichtigklärung von Gesellschaftsakten zurückzudrängen. Gerade in der SAS, die wie keine andere Rechtsform auf privatautonomen Gestaltungsakten ruht, blieb das Gericht damit aber hinter den Forderungen zahlreicher Autoren zurück, die Regelungen des Gesellschaftsvertrags effektiv durchzusetzen.²⁰³ Mit der Entscheidung *Larzul 2* vollzog der Kassationshof am 25. März 2023 denn auch eine spektakuläre – und im Schrifttum enthusiastisch

par celle-ci, le non-respect des stipulations contenues dans les statuts ou dans le règlement intérieur n'est pas sanctionné par la nullité“ (Anfechtung einer Entscheidung des Verwaltungsrats), Dr. soc. 2010, comm. 156 m. Anm. *Coquelet*; JCP E 2010, 1562 m. Anm. *Couret/Dondero*; dort auch jeweils zur Schwierigkeit, die Ausnahme näher zu fassen; fortgeführt zu einer *société civile* bei Cass. com., 19.3.2013, JCP E 2013, 1289 m. Anm. *Dondero*; Dr. soc. 2013, comm. 98 m. krit. Anm. *Mortier*; vgl. auch zu gesellschaftsvertraglichen Mehrheitserfordernissen in einer SARL Cass. com., 30.5.2012, Dr. soc. 2012, comm. 140 m. krit. Anm. *Roussille*; zur SAS vgl. Fn. 200; zuletzt Cass. com., 19.1.2022, Rev. soc. 2022, 291 m. Anm. *Couret*; JCP E 2022, n° 1185 m. Anm. *Dondero*.

²⁰⁰ Dazu *Coupet*, in: Pagnucco (Fn. 32), S. 127, 130; vgl. Cass. com., 26.4.2017 unter Inbezugnahme von Art. L. 227-9 und L. 235-1 C. com., Dr. soc. 2017, comm. 141 m. Anm. *Coupet*; Rev. soc. 2017, 422 m. krit. Anm. *Schmidt*; krit. auch *Godon*, JCP E 2018, n° 1329, Rn. 5; vgl. ebenfalls anders für Einberufungsmangel entgegen Gesellschaftsvertrag CA Paris, pôle 5, ch. 8, 27.11.2018, Dr. soc. 2019, comm. 61 m. Anm. *Mortier*.

²⁰¹ Sog. *délit de non-consultation*, Art. L. 244-2 C. com.; eingeführt mit der Loi NRE vom 15.5.2001, vgl. *Le Nabasque*, Rev. soc. 2001, 589, 594; krit. *Périn*, BJS 2001, 745, 749 f.

²⁰² Schon *Hémar/Terré/Mabilat*, Sociétés commerciales, Tome III, 1978, Rn. 743; vgl. etwa *Coquelet*, Dr. soc. 2010, comm. 156 unter 1; *Coupet*, in: Pagnucco (Fn. 32), S. 127, 132 f.; *Godon*, JCP E 2018, n° 1329, Rn. 4; *Le Cannu*, in: Couret/Le Cannu (Fn. 25), S. 23, 30; zu anderen Sanktionen, insbes. zur Haftung *Dondero*, JCP E 2013, n° 1289 unter 1.

²⁰³ *Coupet*, in: Pagnucco (Fn. 32), S. 127, 129; zust. *Godon*, JCP E 2018, n° 1329, Rn. 4: „cette inadéquation fragilise dangereusement l'architecture de la SAS dont on sait qu'elle est bâtie par les statuts pour une large part“; *Monsérié-Bon*, in: Pagnucco (Fn. 32), S. 141, 150: „C'est toute l'ambiguïté de la SAS qui est si séduisante par certains côtés et bien décevante par d'autres.“; *Mortier*, Dr. soc. 2013, comm. 98 unter 2: „La deuxième, c'est que la Cour de cassation, au lieu de prendre ses distances avec un système de nullité inchangé depuis la loi du 24 juillet 1966, embrasse à plein corps la conception institutionnelle totalement ringarde qu'il consacre, à l'heure où le pacte social, dans un contexte de mondialisation et de contractualisation, nécessite non qu'on le couvre de ridicule, mais qu'on le couronne de l'autorité et l'efficacité.“; krit. bereits *Le Cannu*, in: Couret/Le Cannu (Fn. 25), S. 23, 30 f.; für Reformvorschläge vgl. Fn. 198.

begrüßte²⁰⁴ – Wende: Die Nichtigerklärung nach Art. L. 227-9 Absatz 4 C. com. erfasse auch Beschlüsse, die gegen gesellschaftsvertragliche Vorgaben verstoßen, die in Ausführung von Absatz 1 der Norm die Gegenstände, Form und Bedingungen der gesellschaftlicher Beschlussfassung regeln; könne der Verstoß das Ergebnis der Beschlussfassung beeinflussen, sei der Beschluss anfechtbar.²⁰⁵ Zur Begründung verwies das Gericht ausdrücklich darauf, dass diese Vorgaben wesentlich für das „reibungslose Funktionieren der Gesellschaft“ seien.²⁰⁶ Jenseits der Gesellschafterbeschlüsse und des Art. L. 227-9 C. com. gelten die strengen Grundsätze der Rechtsprechung *Larzul 1* von 2010 indes weiter.²⁰⁷

4. Gesellschafterrechte und -pflichten

Die Gesellschafterstellung in der SAS folgt allgemeinen Grundsätzen²⁰⁸, zeichnet sich jedoch durch einige besondere Gestaltungsmöglichkeiten aus. Zu den augenfälligsten zählen die Antelübertragungsbeschränkungen, die Art. L. 227-ff. C. com. erlauben.²⁰⁹ So kann der Gesellschaftsvertrag die Anteilsübertragung für eine Dauer von bis zu zehn Jahren ganz ausschließen.²¹⁰ Vinkulierungsklauseln sind in größerem Umfang als in anderen Gesellschaftsformen zulässig: Sie kön-

²⁰⁴ Etwa der Titel bei *Lecourt*, RTD com. 2023, 381: „la force obligatoire du pacte social enfin respecté au terme d’un revirement spectaculaire!“; *Godon*, Rev. soc. 2023, 377: „Un revirement attendu“; vgl. aber auch *Dondero*, JCP E 2023, n° 1093 unter 2.A.: „une véritable réécriture de l’article L. 227-9, alinéa 4 du Code de commerce“.

²⁰⁵ Cass. com., 15.3.2023, Rev. soc. 2023, 377, 379: „l’alinéa 4 de l’article L. 227-9 du code de commerce [...] doit être lu comme visant les décisions prises en violation de clauses statutaires stipulées en application du premier alinéa et permettant, lorsque cette violation est de nature à influencer sur le résultat du processus de décision, à tout intéressé d’en poursuivre l’annulation“ m. Anm. *Godon*.

²⁰⁶ Cass. com., 15.3.2023, Rev. soc. 2023, 377, 379: „essentiel au bon fonctionnement de la société et à la sécurité de ses actes“.

²⁰⁷ *Couret*, D. 2023, 671, 674f.; *Godon*, Rev. soc. 2023, 377, 381 f.; *Lecourt*, RTD com. 2023, 381, 382, 384f.; *Moury*, RTD com. 2023, 391, 394f.; wohl auch *Hamelin*, Dr. soc. 2023, comm. 27; grundsätzlich zum Anwendungsbereich *Dondero*, JCP E 2023, n° 1093 unter 2.B.

²⁰⁸ Insbesondere zu den finanziellen Rechten JCl. Soc. *Traité/Germain/Périn/Azarian*, Fasc. 155-25, Stand 5.6.2021, Rn. 79 ff.; *Rép. D. Soc./Le Cannu/Heinich/Delvallée*, Société par actions simplifiée, Stand janvier 2024, Rn. 175, 180; zu den Gestaltungsmöglichkeiten *Urbain-Parleani*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 91, 95 ff.

²⁰⁹ *Rép. D. Soc./Le Cannu/Heinich/Delvallée*, Société par actions simplifiée, Stand janvier 2024, Rn. 182: „la plus grande originalité de la SAS“; vgl. auch *Baudeau*, Les Petites Affiches, 9 mai 1994, n° 55, 10, Rn. 18; *Daigre*, Cah. dr. entr. 2/1994, 13, 14; zur Zulässigkeit anderer Klauseln etwa *Azarian* (Fn. 29), Rn. 248; *Le Cannu*, *Defrénois* 1994, 1345, 1376 ff.; *Masquelier/Simon de Kergunic* (Fn. 27), S. 92 ff.; *Périn* (Fn. 61), S. 213 ff.

²¹⁰ Zu unterschiedlichen Formen *Cozian/Viandier/Deboissy* (Fn. 24), Rn. 1581; zum Neuerungswert *Le Fèvre*, RJ com. 1992, 89, 99: „Il s’agit d’une disposition sans précédent en droit des sociétés.“; relativierend *Reinhard*, RTD com. 1994, 300, 305: „n’est pas révolutionnaire en elle-même“; als Sicherung der Gestaltungen JCl. Soc. *Traité/Germain/Périn/Azarian*, Fasc. 155-30, Stand 10.10.2022, Rn. 4.

nen jede Übertragung erfassen, anders als in der SA insbesondere auch Übertragungen an Ehegatten und Verwandte in auf- oder absteigender Linie sowie solche im Kontext der Nachfolge von Todes wegen und der Beendigung des ehelichen Güterstandes²¹¹; die erforderliche Zustimmung kann in die Hände jedes Gesellschaftsorgans gelegt werden.²¹² Verstöße gegen ein absolutes gesellschaftsvertragliches Verbot oder eine Vinkulierung ahndet das Gesetz mit der Annullierbarkeit des Übertragungsaktes.²¹³

Daneben lässt das Gesetz ausdrücklich zu, Ausschlussklauseln in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen.²¹⁴ Gründe und Verfahren können die Gesellschafter selbst regeln, dabei insbesondere die Aussetzung der Nichtvermögensrechte bis zur Abtretung der Anteile anordnen; bestimmt der Gesellschaftsvertrag nicht die Höhe der Entschädigung, müssen sich die Gesellschafter ad hoc einigen oder auf eine Preisfestlegung durch einen Sachverständigen nach allgemeinen Vorschriften zurückgreifen.²¹⁵ Als Sonderfall²¹⁶ weist Art. L. 227-17 C. com. schließlich

²¹¹ *Germain/Magnier* (Fn. 10), Rn. 1102/2; *Merle/Fauchon* (Fn. 6), Rn. 377, 706; bis 2004 waren auch Übertragungen zwischen Aktionären in der SA frei, vgl. *Jeantin*, in: *Couret/Le Cannu* (Fn. 25), S. 11, 19; *Germain*, JCP E 1994, I, n° 341, Rn. 30; zum Neuerungswert demgegenüber auch *Rapport de Roux*, n° 258, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 2 juin 1993, S. 11.

²¹² Rép. D. Soc./*Le Cannu/Heinich/Delvallée*, Société par actions simplifiée, Stand janvier 2024, Rn. 209 ff., 215; nicht zulässig ist wohl eine Entscheidungsbefugnis Dritter, vgl. *Azarian* (Fn. 29), Rn. 216; *Jeantin*, Rev. soc. 1994, 223, 233; anders *Périn* (Fn. 61), S. 206; zur Diskussion um Rückkaufpflichten bei Verweigerung der Genehmigung JCl. Soc. *Traité/Germain/Périn/Azarian*, Fasc. 155-30, Stand 10.10.2022, Rn. 11 ff.; *Guyon* (Fn. 10), Rn. 471-10; *Le Nabasque*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 75, 84 ff.; zum Ganzen *Poracchia*, in: *Mélanges Germain*, 2015, S. 679.

²¹³ Art. L. 227-15 C. com.; zur Weite der Regelung JCl. Soc. *Traité/Germain/Périn/Azarian*, Fasc. 155-30, Stand 10.10.2022, Rn. 50 ff.; *Le Cannu/Dondero* (Fn. 6), Rn. 1047; in Zusammenhang mit einer schuldrechtlichen Nebenvereinbarung Cass. com., 27.6.2018, Dr. soc. 2018, comm. 203 m. Anm. *Mortier*; näher zum Anwendungsbereich Cass. com., 21.6.2023, Dr. soc. 2023, comm. 112 m. Anm. *Hamelin*.

²¹⁴ Art. L. 227-16 C. com.; zum Mechanismus über Abtretungsverpflichtung *Germain*, JCP E 1994, I, n° 341, Rn. 36; dazu *Guyon* (Fn. 10), Rn. 471-12: „L'innovation est fondamentale“; *Le Fèvre*, RJ com. 1992, 89, 100: „Une autre innovation“; inzwischen auch in anderen Gesellschaftsformen anerkannt, Cass. com., 8.3.2005 (Ausschluss wegen *redressement judiciaire in société en nom collectif*), Dr. soc. 2005, comm. 117 m. Anm. *Monnet*; zur Beachtung allgemeiner Anforderungen (Bestimmtheit, Information) vgl. JCl. Soc. *Traité/Germain/Périn/Azarian*, Fasc. 155-30, Stand 10.10.2022, Rn. 16, 18; zur Unterscheidung von *clauses d'exclusion* und *clauses d'éviction* Cass. com., 29.9.2015, Rev. soc. 2016, 228 m. Anm. *Ansault*; vgl. auch *Caffin-Moi*, in: *Pagnucco* (Fn. 32), S. 115, 123 f.; Rép. D. Soc./*Schiller*, Pactes d'actionnaires: clauses statutaires et pactes extrastatutaires, Stand septembre 2023, Rn. 153.

²¹⁵ Vgl. Art. 1843-4 C. civ.; *Cozian/Viandier/Deboissy* (Fn. 24), Rn. 1588; zu Grenzen gesellschaftsvertraglicher Preisgestaltung *Martin/Carosso*, JCP E 2020, n° 1091, Rn. 22; insgesamt *Gallois-Cochet*, Dr. soc. 2014, ét. 23; insgesamt zur Klauselgestaltung *Vincent*, Dr. soc. 2024, ét. 1.

²¹⁶ *Le Fèvre*, RJ com. 1992, 89, 101.

den Kontrollwechsel bei einer Gesellschaft aus, die Gesellschafterin der SAS ist.²¹⁷ Neben einer Informationspflicht kann der Gesellschaftsvertrag für diesen Fall ein Aussetzen der Nichtvermögensrechte sowie den Ausschluss der Gesellschafterin vorsehen.

Diese Gestaltungsmöglichkeiten entheben die Gesellschafter einer SAS aber nicht von der Beachtung allgemeiner gesellschaftsrechtlicher Prinzipien.²¹⁸ Besonders deutlich hat der Kassationshof dies für den Schutz des Stimmrechts der Gesellschafter entschieden:²¹⁹ Unter Berufung auf Art. 1844 Abs. 1 C. civ., wonach jeder Gesellschafter das Recht hat, an der kollektiven Beschlussfassung teilzunehmen, untersagte er auch in der SAS, diese Rechte gesellschaftsvertraglich einzuschränken. Insbesondere erlaubten es die Vorschriften über die SAS nicht, den Gesellschafter von einer Abstimmung auszuschließen, in der über seinen Ausschluss aus der Gesellschaft verhandelt wird.²²⁰ Jedenfalls per Gesellschafterbeschluss kann ein Mehrheitsgesellschafter danach nicht mehr ohne Weiteres gegen seinen Willen ausgeschlossen werden.²²¹ Art. L. 227-16 Abs. 1 C. com. lässt es den Gesellschaftern aber offen, die Entscheidung über den Ausschluss eines Gesellschafters einem anderen Organ zu übertragen oder einen gänzlich anderen Mechanismus vorzusehen.²²² Dabei müssen Ausschlussklauseln allerdings wiederum nach allgemeinen Grundsätzen die Gebote der Rechtssicherheit und

²¹⁷ Kontrolle im Sinne des Art. L. 233-3 c. com., *Merle/Fauchon* (Fn. 6), Rn. 707.

²¹⁸ Allg. *Godon*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 109, 116 ff.

²¹⁹ Zur Bedeutung der Entscheidung für die SAS *Dondero*, *JCPE* 2013, n° 1516, 51; *Godon*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 109, 119 f.; vgl. auch *Trinks*, Stimmrechtszuordnung beim Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen, 2021, 338 f.; zum Stimmrechtsschutz bereits zuvor *Daigre*, in: *Couret/Le Cannu* (Fn. 25), S. 37, 45; *Lorton*, *Gaz. Pal.* 1994, doct., 531, 535; *Périn* (Fn. 61), S. 209, allerdings großzügiger 273 f.

²²⁰ *Cass. com.*, 23.10.2007 (Arts et entreprises), *JCPG* 2007, II, 10197 m. krit. Anm. *Bureau*; *Dr. soc.* 2007, comm. 219 m. krit. Anm. *Hovasse*; *JCP E* 2007, 2433 m. krit. Anm. *Viandier*; vgl. auch *Azarian* (Fn. 29), Rn. 240; *Godon*, *BJS* 2008, 239; nachfolgend *Cass. com.*, 9.7.2013 (zwei Entscheidungen), *JCP E* 2013, n° 1516 m. Anm. *Dondero*; *Dr. soc.* 2013, comm. 154 m. Anm. *Mortier*; großzügiger bei der Auslegung einer missverständlichen Satzungsbestimmung zuletzt *Cass. com.*, 24.10.2018, *Rev. soc.* 2019, 246 m. Anm. *Dom*; krit. *Moury*, *RTD com.* 2018, 964.

²²¹ *Godon*, *BJS* 2008, 239; für einen Reformvorschlag HCJP, Rapport concernant le régime juridique de la société par actions simplifiée (SAS), 29.9.2019, S. 5, 14, 32 f.

²²² Vgl. *Merle/Fauchon* (Fn. 6), Rn. 708: „D’où l’intérêt de prévoir dans les statuts que le vote sera émis par un organe ne comprenant pas l’associé à exclure.“; vgl. auch *Caffin-Moi*, in: *Pagnucco* (Fn. 32), S. 115, 119; *Dondero*, *JCPE* 2013, n° 1516, S. 51, 52 f.; *JCl. Soc. Traité/Germain/Périn/Azarian*, Fasc. 155-25, Stand 5.6.2021, Rn. 73, Fasc. 155-30, Stand 30.11.2018, Rn. 19 f.; zu verschiedenen Ausgestaltungen beim Stimmgewicht *Godon*, *BJS* 2008, 239 f.; zur Einführung einer Ausschlussklausel durch Mehrheitsentscheidung als Reaktion des Gesetzgebers *Hamelin*, *Dr. soc.* 2019, comm. 169; *Martin/Carosso*, *JCP E* 2020, n° 1091, Rn. 11; vgl. auch *Rapport Reichardt*, n° 657, Enregistré à la Présidence du Sénat le 1er juin 2016, S. 74 ff.; weiter Fn. (134).

eines fairen Verfahrens berücksichtigen.²²³ Privatautonome Regelungen müssen ihre Gestaltungsräume so in einem Wechselspiel zwischen den befähigenden Vorschriften des Rechts der SAS und dem stabilisierenden Allgemeinen Teil des französischen Gesellschaftsrechts suchen.²²⁴

Bleibt das Stimmrecht nach allgemeinen Grundsätzen wesentliches Gesellschaftsrecht, genießen die Gesellschafter in der SAS dennoch weitreichende Gestaltungsmöglichkeiten²²⁵: Sie können Anteile mit Sonderrechten ausstatten, ihnen dabei aber auch das Stimmrecht entziehen.²²⁶ Nicht anwendbar ist insbesondere die aktienrechtliche Begrenzung auf ein doppeltes Stimmrecht²²⁷, sodass die Anteile an einer SAS beliebig hohe Mehrstimmrechte erhalten können.²²⁸

Ebenfalls nicht anwendbar sind schließlich die Art. L. 225-108, L. 225-115 ff. C. com. über Informationsrechte der Gesellschafter.²²⁹ Da weder die Normen über die SAS noch der Allgemeine Teil des Gesellschaftsrechts ein eigenes Regime bereithalten, droht eine Regelungslücke, wo der Gesellschaftsvertrag keine Vor-

²²³ *Germain/Vatinet*, in: *Mélanges Guyon*, 2003, S. 397, 406 ff.; *Godon*, BJS 2008, 239, 244; Rép. D. Soc./*Le Cannu/Heinich/Delvallée*, Société par actions simplifiée, Stand janvier 2024, Rn. 219; *Périn* (Fn. 61), S. 209.

²²⁴ Krit. zur Strenge der Rechtsprechung angesichts der Gestaltungsmöglichkeiten *Hovasse*, Dr. soc. 2007, comm. 219: „Insérer une solution de rigidité dans un contexte de large liberté contractuelle, c’est s’apprêter à observer qu’elle ne trouvera pas d’application.“; ähnlich *Bureau*, JCP G 2007, II, 10197 unter 2.B.: „la solution sera donc probablement contournée à l’avenir par une pratique avisée, s’efforçant de redonner aux statuts le pouvoir que la jurisprudence a tenté de leur ôter. [...] Cette sorte de demi-mesure intrigue quelque peu, comme si la liberté contractuelle offerte (à regret?) par le législateur à la SAS pouvait être – provisoirement – reprise par une jurisprudence défendant sans faillir le droit de vote de l’associé, fût-ce avec un sens très relatif de l’opportunité.“; vgl. auch *Conac*, Rev. soc. 2018, 691, 697; *Malka*, JCP E 2018, n° 1330, Rn. 3 ff.

²²⁵ Vgl. Fn. 191.

²²⁶ Zur Frage, ob diese Gestaltungsmöglichkeiten den Vorgaben der *actions de préférence* nach Art. L. 228-11 ff. C. com. folgen müssen, vgl. *Azarian* (Fn. 29), Rn. 201 f.; *Le Cannu*, Rev. soc. 2014, 543, 548; *Le Nabasque*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 75, 78; *Périn* (Fn. 61), S. 275 f.; *Rabreau*, in: *Pagnucco* (Fn. 32), S. 9, 12 f.

²²⁷ Art. L. 225-122 ff. C. com.; nicht börsennotierte Aktiengesellschaften können seit 2019 indes ebenfalls Vorzugsaktien mit beliebigen Mehrstimmrechten ausgeben, vgl. Art. L. 228-11 Abs. 1 S. 2 c. com.; dazu *Couret*, JCP E 2019, n° 1501, Rn. 9 ff.

²²⁸ *Daigre*, in: *Couret/Le Cannu* (Fn. 25), S. 37, 46; *Germain/Magnier* (Fn. 10), Rn. 1078, 1094; zu Gestaltungsmöglichkeiten JCl. Soc. *Traité/Germain/Périn/Azarian*, Fasc. 155-25, Stand 5.6.2021, Rn. 43 f.; *Masquelier/Simon de Kergunic* (Fn. 27), S. 68.

²²⁹ Vgl. Art. L. 227-1 Abs. 3 Satz 1 C. com.; *Le Cannu*, BJS 1999, 841, 848; *Randoux*, JCP E 1999, 1812, 1817; differenzierend *Jeantin*, in: *Couret/Le Cannu* (Fn. 25), S. 11, 18 f.; anwendbar sind etwa die Rechte aus Art. L. 225-231 und L. 225-232 C. com. sowie Informationsrechte bei außergewöhnlichen Maßnahmen, etwa Art. L. 225-135, L. 225-177, L. 225-204, L. 225-244 C. com.; vgl. JCl. Soc. *Traité/Germain/Périn/Azarian*, Fasc. 155-25, Stand 5.6.2021, Rn. 34, 68; *Godon*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 109, 116; *Périn*, D. aff. 1997, 1062 f.

gaben über die Information der Gesellschafter macht.²³⁰ Regelmäßige Unterrichtung über das Unternehmen sichert ihnen immerhin die Rechnungslegungspflicht der Geschäftsleiter.²³¹ Ein Mindestmaß an Information leitet die Literatur schließlich aus dem Teilnahme- und Stimmrecht bei Gesellschafterentscheidungen ab. Dies setzt voraus, dass den Gesellschaftern auch die Informationen zur Verfügung stehen, die es braucht, um ihre Entscheidungsbefugnis angemessen ausüben zu können.²³²

5. Finanzierung

Das Gesellschaftskapital der SAS setzt sich aus den Beiträgen der Gesellschafter zusammen. Wie in der SA beschränkt sich die Haftung der Gesellschafter auf ihr Beitragsversprechen; darüber hinaus haben sie nicht für Gesellschaftsschulden einzustehen.²³³ Ebenfalls wie eine SA verfügt die SAS über weitere Finanzierungsmöglichkeiten, kann insbesondere Schuldverschreibungen ausgeben.²³⁴ Diese folgen den allgemeinen, für alle Aktiengesellschaften geltenden Regelungen. Im Gegensatz zur SA zeichnet die SAS aber vor allem aus, dass ihre Anteile und Schuldverschreibungen nicht öffentlich angeboten werden dürfen; an einem geregelten Markt können nur Schuldverschreibungen, nicht aber Anteile einer

²³⁰ Für eine Beispielformulierung im Gesellschaftsvertrag *Baranger*, in: Couret/Le Cannu (Fn. 25), S. 161, 173; Regelungsempfehlungen sprechen etwa aus Rép. D. Soc./*Le Cannu/Heinich/Delvallée*, Société par actions simplifiée, Stand janvier 2024, Rn. 107; vgl. auch JCl. Soc. Traité/*Germain/Périn/Azarian*, Fasc. 155-25, Stand 5.6.2021, Rn. 63: „le droit légal à l’information est forcément imparfait“; beachte die Information über Geschäfte mit nahestehenden Personen, vgl. Art. L. 227-10 Abs. 1 C. com.; mit Blick darauf eher positiv zu den Informationsrechten in der SAS *Boucourechliev/Huet* (Fn. 21), S. 153, 186; „beunruhigt“ aus rechtsvergleichender Sicht *Fleischer*, in: Conac/Urbain-Parleani (Fn. 1), S. 163, 173.

²³¹ JCl. Soc. Traité/*Germain/Périn/Azarian*, Fasc. 155-25, Stand 5.6.2021, Rn. 29 ff.; Rép. D. Soc./*Le Cannu/Heinich/Delvallée*, Société par actions simplifiée, Stand janvier 2024, Rn. 241; *Masquelier/Simon de Kergunic* (Fn. 27), S. 69; *Périn* (Fn. 61), S. 253 ff.; für eine unternehmensspezifische Informationspflicht der Geschäftsleiter *Le Cannu*, Rev. soc. 1994, 239, 247; weiter noch *ders.*, Defrénois 1994, 1345, 1369: „[les actionnaires] doivent recevoir information, au-delà des modifications des statuts, de toute décision importante, à travers le rapport général de gestion“.

²³² So auch CA Limoges, ch. civ., 28.3.2012, BJS 2012, 623 m. Anm. *Germain/Périn*; allg. *Daigre*, in: Couret/Le Cannu (Fn. 25), S. 37, 48; *Germain/Magnier* (Fn. 10), Rn. 1096; *Godon*, in: Conac/Urbain-Parleani (Fn. 1), S. 109, 118 f.; *Guyon* (Fn. 10), Rn. 471-8; *Périn*, D. aff. 1997, 1060 f.; *ders.*, La société par actions simplifiée, 2000, 248 ff.; *Randoux*, JCP E 1999, 1812, 1817; vgl. auch *Pagnucco*, in: *ders.* (Fn. 32), S. 85, 89 unter Verweis auf das *mandat*.

²³³ Art. L. 227-1 Abs. 1 C. com.

²³⁴ Insgesamt zur Ausgabe verschiedener Wertpapiere *Couret*, in: Couret/Le Cannu (Fn. 25), S. 51, 57 ff.; Rép. D. Soc./*Le Cannu/Heinich/Delvallée*, Société par actions simplifiée, Stand janvier 2024, Rn. 252; *Masquelier/Simon de Kergunic* (Fn. 27), S. 84 ff.; als Vorzug gegenüber der SARL *Le Cannu*, BJS 1999, 841, 846; vgl. auch *Groupe de travail de la Chambre de Commerce et d’Industrie de Paris (Pailhousseau/Theimer/Outin-Adam/Bienvenu)*, JCP E 2000, 1748, 1754.

SAS notieren.²³⁵ Diese Einschränkungen bilden das Gegenstück zur umfassenden Vertragsfreiheit und fehlenden Standardisierung in der SAS.²³⁶ Auch sie haben indes Lockerungen erfahren:²³⁷ Zulässig sind unter anderem Angebote an bestimmte Personenkreise, etwa ausschließlich an Vermögensverwalter, an qualifizierte Anleger oder eine Gruppe von weniger als 150 Personen oder an die Gesellschafter der SAS.²³⁸ Der französische Gesetzgeber hat im Rahmen der Regulierung des sogenannten Crowdfunding (*financement participatif*) zudem klar gestellt, dass diese Finanzierungsform auch der SAS offensteht.²³⁹ Im Gegenzug muss die Gesellschaft aber gewisse gesellschafterschützende Vorschriften aus dem Aktienrecht einhalten. Der Gesellschaftergesamtheit kommen zum einen dieselben Zuständigkeiten zu wie in der SA; zum anderen sind ordentliche und außerordentliche Hauptversammlungen nach den aktienrechtlichen Vorgaben abzuhalten.²⁴⁰ So unterstreicht die Regulierung des Crowdfunding, dass sich die weitreichende Vertragsfreiheit in der SAS letztlich schlecht damit verträgt, Mittel öffentlich von möglicherweise unerfahrenen Anlegern einzuwerben.²⁴¹

²³⁵ Art. L. 227-2 Satz 1 C. com.; vgl. auch die Nichtigkeitssanktion des Art. L. 411-1 C. mon. et fin.; dazu *Le Cannu/Dondero* (Fn. 6), Rn. 966: „limite essentielle“.

²³⁶ *François*, in: Conac/Urbain-Parleani (Fn. 1), S. 137, 138; *Guyon*, Rev. soc. 1994, 207, 215; vgl. auch *Couret*, in: Couret/Le Cannu (Fn. 25), S. 51, 56; Ministerielle Antwort auf die Frage des Senators *Souvet* n° 18827, veröffentlicht am 6.1.2000.

²³⁷ Vgl. insbes. Ordonnance n° 2009-80 du 22 janvier 2009 relative à l'appel public à l'épargne et portant diverses dispositions en matière financière; dazu *François*, in: Conac/Urbain-Parleani (Fn. 1), S. 137, 139 ff.; vgl. auch *Godon*, Rev. soc. 2017, 267, 271: „il n'est pas excessif d'affirmer qu'elle a connu un mouvement d'ouverture qui s'inscrit à contre-courant de la conception d'origine et du caractère fermé de cette forme sociale“; Überblick bei JCl. Soc. *Traité/Germain/Périn/Azarian*, Fasc. 155-10, Stand 1.7.2019, Rn. 74; *Le Cannu/Dondero* (Fn. 6), Rn. 978.

²³⁸ Vgl. Art. L. 227-2 C. com., Art. L. 411-2, D. 411-4 C. mon. et fin.; zum Ganzen JCl. Soc. *Traité/Germain/Périn/Azarian*, Fasc. 155-10, Stand 1.7.2019, Rn. 75; Rép. D. Soc./Le Cannu/Heinich/Delvallée, Société par actions simplifiée, Stand janvier 2024, Rn. 65; *Le Nabasque*, BJS, déc. 2019, 53, 59; zur Ausdehnung auf Geschäftsleiter und Mitarbeiter 2019 vgl. *Gilbert*, Dr. soc. 2020, ét. 3, Rn. 36 f.

²³⁹ Art. L. 227-2 C. com., Art. L. 411-2 Nr. 2 C. mon. et fin.; vgl. Art. 13 f. Ordonnance n° 2014-559 vom 30.5.2014; näher *François*, in: Conac/Urbain-Parleani (Fn. 1), S. 137, 144 ff.

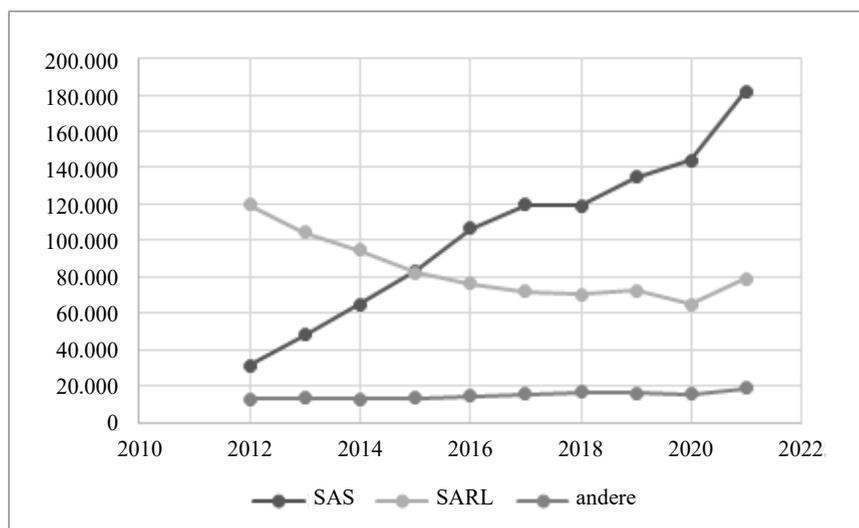
²⁴⁰ Art. L. 227-2-1 C. com.; der vormals geltende Ausschluss von Mehrstimmrechten wurde abgeschafft mit Art. 100 I. Nr. 1 der sog. Loi PACTE vom 22.5.2019; dazu noch *François*, in: Conac/Urbain-Parleani (Fn. 1), S. 137, 156; *Houin-Bressand*, in: Pagnucco (Fn. 32), S. 19, 24.

²⁴¹ Dazu schon *Guyon* (Fn. 10), Rn. 471-2; vgl. auch *Conac*, Rev. soc. 2014, 461, 462; JCl. Soc. *Traité/Germain/Périn/Azarian*, Fasc. 155-10, Stand 1.7.2019, Rn. 73; *Houin-Bressand*, in: Pagnucco (Fn. 32), S. 19, 23; *Randoux*, JCP E 1999, 1812, 1813; *Urbain-Parleani*, in: Conac/Urbain-Parleani (Fn. 1), S. 91, 94; krit. zum „éclatement du régime de la SAS“ *Godon*, Rev. soc. 2017, 267, 272; krit. zur fortbestehenden Einschränkung *Bertrel*, D&P 96 (sept. 2001), 34, 43.

V. Würdigung

1. Gründungszahlen und Anwendungsfelder der SAS

Die große Gestaltungsfreiheit, vorteilhafte steuer- und sozialrechtliche Regelungen sowie nicht zuletzt die zahlreichen Erleichterungen bei Berichts- und Rechnungsprüfungspflichten haben die SAS zur wohl attraktivsten französischen Gesellschaftsform gemacht. In gut 20 Jahren hat sie sich vielfältige Anwendungsfelder erobert und zunächst den börsenfernen Aktiengesellschaften, bald aber auch den SARL den Rang abgelaufen. Seit 2015 ist sie die Rechtsform mit den meisten Neugründungen pro Jahr in Frankreich.²⁴²



Die Schere geht seither weiter auf: Für 2021 gibt die französische Statistikbehörde 181.845 neu gegründete SAS im Verhältnis zu 78.982 SARL an.²⁴³ Ein Blick auf die Gesellschaftsgründungen in Paris bestätigt diesen Trend.²⁴⁴

²⁴² Vgl. auch *Heinich*, Dr. soc. 2017, rep. 6: „triomphe de la SAS!“; relativierend *Hamelin*, Dr. soc. 2022, rep. 5: „le succès de la SAS s’inscrit surtout dans le temps“.

²⁴³ Insee, Créations de sociétés selon la forme juridique, Données annuelles de 2012 à 2023, <<https://www.insee.fr/fr/statistiques/5058366>> (19.2.2024); vgl. für 2020 auch Conseil National des Greffiers des Tribunaux de Commerce, Bilan National des Entreprises, janvier à décembre 2020, 2021, 33, 55; allg. *Hamelin*, Dr. soc. 2022, rep. 5.

²⁴⁴ Zur Bedeutung dieser Zahlen etwa *Douvreleur*, Les Petites Affiches, 9 avril 1997, n° 43, 8, wonach 20% der SAS in Paris angesiedelt sind; mit höheren Zahlen Conseil National des Greffiers des Tribunaux de Commerce, Bilan National des Entreprises, janvier à décembre 2020, 2021, 48; *Rouzeau*, BJS 2002, 1263, 1267.

Tabelle 1: Gesellschaftsgründungen in Paris (1995–2020)²⁴⁵

Jahr	SAS	SA	SARL	SNC	SCS	SCA	SCiv
1995	399	2.015	14.021	472	20	12	3.156
1999	757	1.957	16.544	555	11	30	5.046
2000	1.684	2.201	17.031	596	346	31	4.902
2002	1.664	726	16.076	828	10	8	11.285
2004	1.697	340	18.260	621	14	0	6.705
2006	2.582	488	20.324	1.528	15	8	6.453
2007	2.935	486	21.325	1.951	10	11	6.484
2008	2.564	428	21.187	2.437	8	18	5.243
2009	4.064	316	18.303	1.342	14	15	4.599
2010	5.561	205	16.343	1.098	12	9	2.036
2011	7.017	299	18.519	1.077	5	8	6.756
2012	7.302	201	15.554	1.037	5	18	6.049
2013	9.503	189	14.016	608	6	15	5.592
2014	11.246	170	11.756	738	3	22	5.796
2015	13.848	210	10.681	596	10	32	6.227
2016	17.631	164	10.208	1.164	9	13	6.551
2017	18.339	144	9.553	730	10	1	7.246
2018	20.339	157	8.825	1.027	13	36	7.874
2019	23.097	126	8.667	701	3	6	9.926
2020	24.383	75	6.918	1.216	9	1	7.468

Die Entwicklung verlief entsprechend der verschiedenen Reformschritte: Solange der Gesetzgeber den Gesellschafterkreis der SAS auf Gesellschaften mit gehobenem Grundkapital begrenzt hatte, blieb auch ihr Einsatzbereich eingeschränkt.²⁴⁶ So belief sich bis zum 1. Oktober 1996 der Bestand an SAS lediglich

²⁴⁵ *Merle*, Sociétés commerciales, 10. Aufl. 2005, 18. Aufl. 2015, 25. Aufl. 2021; vgl. auch *Merle*, Sociétés commerciales, 9. Aufl. 2003, Rn. 2 zum Anstieg der Gründungszahlen der *société civile*, die auf die Eintragungspflicht bestehender Gesellschaften zum 1.11.2002 zurückzuführen sein dürfte.

²⁴⁶ Vgl. auch *Rouzeau*, BJS 2002, 1263: „succès d’estime“ mit Zahlen, dort 1265 zum hohen Anteil der Umwandlungen in SAS; ähnlich JCl. Soc. Traité/*Germain/Périn/Azarian*, Fasc. 155-10, Stand 1.7.2019, Rn. 2; vgl. auch den Praktikerbeitrag zur Umwandlung einer SA in eine SAS *Plantin*, JCP E 1999, 1906.

auf 1.756 Gesellschaften²⁴⁷; kurz vor Öffnung des Gesellschafterkreises im Juli 1999 zählte man etwa 2.600 SAS²⁴⁸ im Vergleich zu rund 165.000 SA²⁴⁹. Im Durchschnitt wurden zwischen 1994 und 1999 nur 500 SAS jährlich gegründet.²⁵⁰ Das Bild wandelte sich zu Beginn des 20. Jahrhunderts aber rapide:²⁵¹ Während mehr und mehr SAS gegründet wurden, nahm die Zahl der SA ab, das Wachstum der SARL ging zurück. Der Durchbruch der jungen Rechtsform begann freilich mit der Öffnung für breite Gesellschafterkreise durch Gesetz vom 12. Juli 1999.²⁵² Zahlreiche Autoren sagten bereits ihren Aufstieg zur Grundform nichtbörsennotierter Kapitalgesellschaften vorher.²⁵³ Den Attraktivitätsverlust der SA leitete indes zunächst die strengere Regulierung durch die sog. Loi NRE vom 15. Mai 2001 ein.²⁵⁴ Schon 2005 gab es mit je gut 80.000 Gesellschaften etwa gleich viele SAS wie SA.²⁵⁵ Die weitere Entwicklung der Gründungszahlen weist schließlich auf die Bedeutung der sog. Loi LME vom 4. August 2008 für den Erfolg der SAS hin: Die zahlreichen Erleichterungen und Übertragungen verschiedener Vorzüge der SARL auf die SAS führten zu einem „spektakulären Erfolg“ der noch jungen Rechtsform und leiteten den Rückgang der SARL-Gründungen ein.²⁵⁶ Seit 2010 machen die Bestandszahlen der SARL nicht einmal mehr das Zehnfache

²⁴⁷ *Douvreleur*, Les Petites Affiches, 9 avril 1997, n° 43, 7.

²⁴⁸ *Poracchia*, Rev. soc. 2000, 223, Fn. 3.

²⁴⁹ *Périn* (Fn. 61), S. 6: „au 12 juillet 1999, il existait 2.665 SAS (165.056 SA, 775.006 SARL, 30.578 SNC, 396 SCA)“, weiter dort 17 für den 31.12.1999: 3.697 SAS, 164.462 SA, 398 SCA, 789.890 SARL, 30.687 SNC.

²⁵⁰ *Germain/Périn*, Actes prat. ing. sociétaire n° 138, nov. 2014, dossier 13, Rn. 26: „500 créations de SAS par an en moyenne pendant ses cinq premières années, 17 000 par an en moyenne pendant les quinze années suivantes, dont 46 000 en 2013“.

²⁵¹ *Rouzeau*, BJS 2002, 1263: 11.018 SAS am 1.12.2000, sechs Monate später 39.950 SAS, 69.189 SAS am 1.7.2002.

²⁵² Zum Einschnitt etwa Rép. D. Soc./*Le Cannu/Heinich/Delvallée*, Société par actions simplifiée, Stand janvier 2024, Rn. 17; vgl. in absoluten Zahlen für Frankreich *Périn* (Fn. 61), S. 6 (Fn. 249), 17, 19; *Rouzeau*, BJS 2002, 1263, 1264; für 1999 bis 2002 *Azarian* (Fn. 29), Rn. 5.

²⁵³ *Daigre*, JCP E 1999, 977, 978; *Germain*, JCP E 1999, 1505; *Le Cannu*, BJS 1999, 841, 851 f.; *Paillusseau*, D. 1999, chron. 333; *Valette*, Rev. soc. 2000, 215, 216; vgl. auch *Groupe de travail de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris (Paillusseau/Theimer/Outin-Adam/Bienvenu)*, JCP E 2000, 1748, 1754, 1759; *Stucki*, Dr. soc. 1999, chron. 19; später auch *Le Nabasque*, Rev. soc. 2001, 589, 591; allerdings relativierend aus Praktikersicht unter Hinweis auf die Rechtsunsicherheit *Souweine/Mansillon*, D. 2004, 2282 ff.; krit. auch *Guyon*, Rev. soc. 1999, 505, 507.

²⁵⁴ Vgl. JCl. Soc. *Traité/Germain/Périn/Azarian*, Fasc. 155-10, Stand 1.7.2019, Rn. 2; *Rouzeau*, BJS 2002, 1263, 1265; auch *Merle*, Sociétés commerciales, 9. Aufl. 2003, Rn. 2: „Dans une situation économique morose, où il y a eu moins de sociétés commerciales immatriculées en 2002 qu'en 2000 (-2390), on assiste à un effondrement du nombre des SA au profit des SAS.“; ähnlich *Merle/Fauchon* (Fn. 6), Rn. 2.

²⁵⁵ Vgl. positiv gewandt *Convert* (Fn. 27), Rn. 365: „mouvement de spécialisation de la SA, à un recentrage de son utilisation vers la grande ou la très grande entreprise“.

²⁵⁶ *Merle*, Sociétés commerciales, 16. Aufl. 2013, Rn. 2: „un succès spectaculaire“.

der SAS aus. Ende 2015 standen insgesamt 429.671 SAS nur noch 1.537.199, mithin 3,6-mal so viele SARL gegenüber.²⁵⁷

Tabelle 2: Gesellschaften in Frankreich (2000 – 2015)²⁵⁸

Jahr	SAS	SA	SARL	SNC	Sociétés en commandite
2000	4.250	157.927	764.006	28.367	1.393
2003	49.637	119.530	873.336	27.916	1.251
2004	65.484	103.913	921.054	27.661	1.228
2005	80.918	86.923	971.822	26.863	1.142
2006	91.916	75.550	1.023.761	26.458	1.106
2006	95.615	79.291	1.052.984	32.150	1.199
2007	104.276	72.036	1.141.013	35.235	1.186
2008	113.087	65.385	1.224.349	28.945	1.185
2009	120.190	59.680	1.296.114	29.205	1.183
2010	137.136	53.696	1.339.723	29.112	1.159
2011	162.102	48.716	1.389.469	29.375	1.132
2012	188.735	44.629	1.442.142	28.980	1.143
2013	219.442	41.373	1.490.639	28.764	1.142
2014	276.156	38.740	1.524.749	28.749	1.185
2015	344.119	35.821	1.532.110	28.203	1.228

Einen nicht unbeachtlichen Teil der neu gegründeten SAS machen Einpersonengesellschaften aus,²⁵⁹ was zugleich auf den wohl wichtigsten Anwendungsfall der Gesellschaftsform hinweist: den Einsatz als Tochtergesellschaft im Konzern.²⁶⁰ Innerhalb der Unternehmensgruppe LVMH sind etwa die Spirituosensparte über

²⁵⁷ *Notat/Senard* (Fn. 6), S. 97; vgl. auch *Hamelin*, Dr. soc. 2022, rep. 5: „cannibalisation de la SARL par la SAS“.

²⁵⁸ *Périn*, RTDF 1/2016, 35, 38 aus Daten des Insee (unterschiedliche Datenbanken für 2000–2006, 2006–2014, 2015); vgl. bis 2002 auch *Rouzeau*, BJS 2002, 1263, 1266 f.; ebenfalls auf Daten des Insee beruhende, im Einzelnen abweichende Zahlen bei *Cozian/Viandier*, *Droit des sociétés*, 7. Aufl. 1994 bis 23. Aufl. 2010, Rn. 8; *Merle*, *Sociétés commerciales*, 9. Aufl. 2003, Rn. 2, bis 14. Aufl. 2010, Rn. 2.

²⁵⁹ HCJP, Rapport concernant le régime juridique de la société par actions simplifiée (SAS), 29.9.2019, 7: „7 sur 10 sont des SAS pluripersonnelles et 3 sur 10 sont unipersonnelles“; *Le Nabasque*, *Rev. soc.* 2001, 589, 591: „existait en France, au 1^{er} mai 2001, 16 431 SAS, dont 754 SASU“; *Notat/Senard* (Fn. 6), S. 97: Ende 2015 271.467 SAS vs. 158.204 SASU.

²⁶⁰ Mit frühen Beispielen *Bertrel*, D&P 74 (sept. 1999), 40, 42; *Périn* (Fn. 61), S. 28; *Rouzeau*, BJS 2002, 1263, 1265; vgl. auch *Conac*, BJS 1999, 607 ff.; *Kandler/Seseke*, AG 1994, 447, 456; inzwischen *Le Bars*, BJS 2008, 254: „l'utilisation de la SAS dans les groupes de sociétés s'impose aujourd'hui presque comme une évidence“; allg. zur Bedeutung im Konzernrecht

Moët Hennessy und Moët Hennessy International²⁶¹, Louis Vuitton Malletier²⁶², Les Echos²⁶³ oder Sephora²⁶⁴ als namhafte Tochtergesellschaften in Form der SAS organisiert. Auch zahlreiche internationale Unternehmen führen ihre Frankreich-töchter als SAS²⁶⁵, z. B. Airbus SAS²⁶⁶, BASF France SAS²⁶⁷, Beiersdorf SAS²⁶⁸, Microsoft France SAS²⁶⁹, NESTLÉ France SAS²⁷⁰, Walt Disney International France SASU²⁷¹.

Man findet die SAS indes auch in dem ihr ursprünglich zgedachten Anwendungsbereich als gemeinsames Tochterunternehmen bzw. Joint Venture²⁷²: Die französische Eisenbahngesellschaft SNCF und die Schweizerischen Bundesbahnen SBB kooperieren etwa unter dem Dach der Lyria SAS beim Betrieb der TGV-Verbindungen zwischen Frankreich und der Schweiz.²⁷³ Mit etwas anderer Stoßrichtung hat Renault die SAS im Rahmen der Allianz mit Nissan und Mitsubishi genutzt: Über eine 100%-Tochtergesellschaft behielt Renault das Automobilgeschäft, gewährte der in Form einer niederländischen Gesellschaft verestigten Allianz aber unmittelbare Entscheidungsrechte in der Tochter-SAS.²⁷⁴

Germain/Périn, Actes prat. ing. sociétaire n° 138, nov. 2014, dossier 13; *Masset*, in: Conac/Urban-Parleani (Fn. 1), S. 49, 50 f. mit weiteren Anwendungsfeldern.

²⁶¹ Vgl. den Konzernabschluss von LVMH zum 31.12.2020 unter 21, S. 47, verfügbar unter <<https://r.lvmh-static.com/uploads/2021/02/comptes-consolides-lvmh-2020.pdf>> (19.2.2024).

²⁶² Vgl. <<https://fr.louisvuitton.com/fra-fr/mentions-legales>> (19.2.2024).

²⁶³ Vgl. <<https://www.lesechos.fr/legal>> (19.2.2024).

²⁶⁴ Vgl. <<https://www.sephora.fr/mentions-legales.html>> (19.2.2024).

²⁶⁵ Dazu auch *Cozian/Viandier/Deboissy* (Fn. 24), Rn. 1594 f.

²⁶⁶ Vgl. die Airbus Financial Statements 2020 (Long Notes) unter 2.9, S. 82, verfügbar über <<https://www.airbus.com/en/investors/financial-results-annual-reports>> (19.2.2024); der Fall Airbus steht freilich ebenso für den Einsatz der SAS in Joint Ventures, vgl. *Germain/Périn*, Actes prat. ing. sociétaire n° 138, nov. 2014, dossier 13, Rn. 15.

²⁶⁷ Vgl. <<https://www.basf.com/fr/fr/legal/credits.html>> (19.2.2024).

²⁶⁸ Vgl. <<https://www.beiersdorf.fr/service-contacts/identite-legale>> (19.2.2024).

²⁶⁹ Vgl. <<https://www.infogreffe.fr/entreprise-societe/327733184-microsoft-france-920191B028450000.html?typeProduitOnglet=EXTRAIT&afficherretour=true&tab=entrep>> (19.2.2024).

²⁷⁰ Vgl. <<https://www.nestle.fr/info/mentions-legales>> (19.2.2024).

²⁷¹ Vgl. <<https://www.infogreffe.fr/entreprise-societe/443261284-walt-disney-international-france-750102B132700000.html?typeProduitOnglet=EXTRAIT&afficherretour=true&tab=entrep>> (19.2.2024).

²⁷² Frühe Beispiele bei *Baudeau*, Les Petites Affiches, 9 avril 1997, n° 43, 10 f., allerdings mit einem gemischten Fazit auf S. 12; *Bertrel*, D&P 74 (sept. 1999), 40, 41; *Germain/Périn*, Actes prat. ing. sociétaire n° 138, nov. 2014, dossier 13, Rn. 15; zur Gestaltung *Delannoy/Bensadoun/Lepetit/Sance/Périn* in: *Germain/Périn*, Actes prat. ing. sociétaire n° 138, nov. 2014, dossier 13, Rn. 129; *Outin-Adam/Paillusseau/Theimer/Tran*, JCPÉ 2001, 115; vgl. auch *Azarian* (Fn. 29), Rn. 27.

²⁷³ Vgl. <<https://www.tgv-lyria.com/ch/de/about-lyria>> (19.2.2024); *Cozian/Viandier/Deboissy* (Fn. 24), Rn. 1594.

²⁷⁴ *Cozian/Viandier/Deboissy* (Fn. 24), Rn. 2477 ff.

Die Vertragsfreiheit können die Gesellschafter einer SAS ebenso im Verhältnis untereinander nutzen, um vom Proportionalitätsgrundsatz abzuweichen und die Entscheidungsmacht von der Höhe der Kapitalbeteiligung zu entkoppeln.²⁷⁵ Dadurch eignet sich die SAS – wie im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens 1999 versprochen – für Start-ups und Venture-Capital-Unternehmen.²⁷⁶ Gewiss tragen diese Gestaltungsmöglichkeiten aber auch zur Attraktivität der SAS als Holdinggesellschaft bei.²⁷⁷ Schließlich machen auch kleinere Unternehmen und Einzelunternehmer von der SAS Gebrauch.²⁷⁸ Dies dürfte nicht nur an dem im Vergleich zur SA flexibleren Regelungsrahmen liegen, sondern auch an einem gegenüber Geschäftsführern einer SARL vorteilhafteren steuer- und sozialrechtlichen Status.²⁷⁹ So hat die SAS breite Einsatzfelder im französischen Gesellschaftsrecht erobert und ist zu einem wahren Allzweckvehikel geworden.²⁸⁰

²⁷⁵ Zu diesem Instrument *Bertrel*, D&P 15 (avril 1994), 3: „tendance contemporaine à la dissociation du pouvoir de direction et de la détention du capital [...] mais bien un véritable changement de culture dans la vie des affaires“; vgl. auch *ders.*, D&P 74 (sept. 1999), 40, 42 ff.; *ders.*, D&P 96 (sept. 2001), 34, 43; *Cannard*, D&P 15 (avril 1994), 24, 26; *Groupe de travail de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris (Paillusseau/Theimer/Outin-Adam/Bienvenu)*, JCP E 2000, 1748, 1759; *Masset*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 49, 54 ff.; *Merle/Fauchon* (Fn. 6), Rn. 685; *Tandeau de Marsac*, BJS 1999, 28, 29 ff.; bei der Übertragung von Familienunternehmen *Le Cannu*, *Rev. soc.* 1994, 239, 249 f.; vgl. auch *Hovasse*, *Dr. soc.* 2006, rep. 11 unter der Überschrift „De la liberté statutaire dans la SAS: comment démembrer des actions sans constituer un usufruit?“; zur Figur eines „Dirigeant Fondateur Autocrate“ *Pagnucco*, in: *ders.* (Fn. 32), S. 85, 87; auch *Le Cannu*, *Defrénois* 1994, 1345, 1351; *Rép. D. Soc./Le Cannu/Heinich/Delvallée*, Société par actions simplifiée, Stand janvier 2024, Rn. 81.

²⁷⁶ *Azarian* (Fn. 29), Rn. 30; *Cozian/Viandier/Deboissy* (Fn. 24), Rn. 1594; früh für *capital-risque* etwa *Cannard*, D&P 15 (avril 1994), 24, 26; vgl. auch *Saul-Guibert/Vial/Périn* in: *Germain/Périn*, *Actes prat. ing. sociétaire* n° 138, nov. 2014, dossier 13, Rn. 131.

²⁷⁷ Beispiele sind etwa die Holdinggesellschaft SAS Rue la Boétie der Regionalkassen der Crédit Agricole oder die Holdinggesellschaft SCDM der Familie Bouygues, vgl. *Cozian/Viandier/Deboissy* (Fn. 24), Rn. 1594; *Le Bars*, BJS 2008, 254, 258 ff.; vgl. auch *Germain/Périn*, *Actes prat. ing. sociétaire* n° 138, nov. 2014, dossier 13, Rn. 16 ff.; die Groupe Arnault ist dagegen inzwischen als Agache SE organisiert, vgl. etwa die Stimmrechtsmitteilung 220C4062-FR0000121014-FS1116-DER11 von LVMH v. 5.10.2020; und <<http://www.financiereagache-finance.com/fr/index.html>> (19.2.2024).

²⁷⁸ *Azarian* (Fn. 29), Rn. 29, 32; *Le Cannu/Dondero* (Fn. 6), Rn. 966; *Merle/Fauchon* (Fn. 6), Rn. 686; *Périn*, RTDF 1/2016, 35, 36; am Beispiel der Familienunternehmen *Rabreau*, in: *Pagnucco* (Fn. 32), S. 9, 14; vgl. auch *Bienvenu/Outin-Adam/Paillusseau/Theimer/Tran*, JCP E 2002, 458.

²⁷⁹ Vgl. bereits unter II.2.; zu den Vorteilen der SAS für Geschäftsleiter insgesamt *Cozian/Viandier/Deboissy* (Fn. 24), Rn. 1540, 1558.

²⁸⁰ *Le Cannu/Dondero* (Fn. 6), Rn. 966: „véhicule tous usages“; *Le Cannu*, BJS 2008, 236, 238: „la SAS apparaît comme la bonne à tout faire du droit des sociétés fermées“; für die SASU *ders.*, BJS 1999, 841, 846; vgl. auch *Couret* (Fn. 21), S. 187: „la SAS étant devenue l'entité de droit commun“; zur Verbreitung in allen Bereichen *Baudeau*, *Les Petites Affiches*, 9 avril 1997, n° 43, 10; *Rouzeau*, BJS 2002, 1263, 1266: „Signe de sa santé florissante, sa présence est aujourd'hui relevée dans tous les secteurs de l'économie.“; vgl. auch *Simon*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 37, 46: „Très vite, la pratique a montré que les utilisations de la SAS au-

2. Bedeutung der SAS für das französische Gesellschaftsrecht

Die praktische Bedeutung der SAS im französischen Gesellschaftsrecht lässt sich angesichts der Zahlen und Anwendungsfelder nicht leugnen.²⁸¹ Aber auch strukturell hat sie die Tektonik des Rechtsgebiets verschoben.²⁸² Mit dem Fokus auf der Vertragsfreiheit fachte die Einführung der SAS die Diskussion neu an, ob eine Gesellschaft Vertrag oder Institution sei.²⁸³ Vielen Autoren schien sie als Zwitterwesen zwischen Kapital- und Personengesellschaft.²⁸⁴ V.a. steht die SAS als Rechtsform aber wie keine andere Entwicklung der vergangenen Jahrzehnte für

raient pour seule limite l'imagination des praticiens.“; ähnlich *Masset*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 49, 59; für den Einsatz im Rahmen von Restrukturierungen nach der Finanzkrise *Couret/Dondero*, JCP E 2010, n° 2049, Rn. 3: „Ajoutons à cela que la SAS, de plus en plus largement utilisée par les groupes dans le cadre de leurs restructurations, a pu apparaître aux yeux de certains comme un des outils d'une mondialisation redoutée.“

²⁸¹ Vgl. auch *Germain/Périn*, Actes prat. ing. sociétaire n° 138, nov. 2014, dossier 13, Rn. 1: „Il est rare qu'une institution aussi complexe qu'une société, qui est au cœur de la machine économique et qui offre ses services aussi bien à un être individuel qu'à une structure de groupe, puisse marquer son époque aussi rapidement et prendre en vingt ans la place d'une institution aussi installée que la société anonyme. Les chiffres qui seront donnés par la suite disent clairement cette réussite de la SAS.“

²⁸² *Convert* (Fn. 27), Rn. 358: „changement profond“; *Le Cannu*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 61; *Rouzeau*, BJS 2002, 1263, 1267 f.; *Stoufflet*, Rev. soc. 2000, 241: „véritable révolution culturelle“; vgl. auch *Conac*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 1, 2: „La SAS est une révolution démocratique car elle a rendu à tous la liberté contractuelle dans les sociétés par actions alors que la société anonyme en avait été progressivement privée.“; zur Bedeutung der Einführung 1994 etwa *Périn* (Fn. 61), S. 5: „On peut comparer son importance avec celle de la réforme de 1867 ayant libéralisé la société anonyme. Il s'agit d'un bouleversement du droit français des sociétés.“; zur Reform 1999 vgl. *Baranger*, BJS 1999, 831; *Bézar*, Rev. soc. 2000, 55, 57 zu 1999: „a bouleversé le paysage juridique pas [sic] son extrême libéralisme“; *Hovasse*, Dr. soc. 2008, rep. 6: „C'est un bouleversement complet de l'appréhension du droit des sociétés. Le contrat éclipse l'institution. [...] Une société de confiance se substitue à une société de méfiance.“; *Le Cannu*, BJS 1999, 841, 851: „Au total, la nouvelle SAS vient bousculer toutes les formes de sociétés fermées.“; auch *Randoux*, JCPE 1999, 1812: „La loi n° 99-587 du 12 juillet 1999 (JCP E 1999, 1303) marque sans aucun doute un moment essentiel de l'évolution du droit des sociétés.“; relativierend *Guyon*, Rev. soc. 1999, 505, 507: „sans bouleverser pour autant le paysage juridique“.

²⁸³ Vgl. *Bertrel*, D&P 74 (sept. 1999), 40, 45; *Champaud/Danet*, RTD com. 1999, 872, 874 f.; *Germain*, in: *Pagnucco* (Fn. 32), S. 1, 3; *Germain/Magnier* (Fn. 10), Rn. 21.

²⁸⁴ *Hannoun* (Fn. 57), S. 283: „La société par actions simplifiée est née sous le signe du paradoxe. Nature juridique hybride, mi-société de personnes, mi-société de capitaux, à de nombreux égards elle eût mieux reçue la qualification inédite de «société en nom collectif à responsabilité limitée»“; *Jeanin*, Rev. soc. 1994, 223, 237: „particularisme profonde de cette société [...] peut-elle apparaître comme une véritable société en nom collectif à responsabilité limitée“; vgl. auch *Boucouché/Huet* (Fn. 21), S. 153, 171; *Godon*, Rev. soc. 2017, 267, 270; Rép. D. Soc./*Le Cannu/Heinich/Delvallée*, Société par actions simplifiée, Stand janvier 2024, Rn. 9 f.; *Monsérié-Bon*, in: *Pagnucco* (Fn. 32), S. 141, 147 ff.; *Reinhard*, RTD com. 1994, 300, 301; prägnant *Randoux*, JCPE 1999, 1812, 1813: „Dans un ensemble jusque-là cohérent, la SAS apparaît comme un véritable corps étranger.“

die Rückführung des Gesellschaftsrechts auf seine vertraglichen Grundlagen: *la recontractualisation du droit des sociétés*.²⁸⁵

Manifestierte sich in den Reformen von 1966 und 1978 noch institutionelles Denken, setzte schon 1967 das *groupement d'intérêt économique* einen Gegenpunkt. Es gewährte verhältnismäßig großzügige Gestaltungsfreiheit, blieb allerdings auf bestimmte, eng definierte Zwecke beschränkt.²⁸⁶ Spätestens ab den 1980er Jahren kollidierte die rigide Grundhaltung des französischen Gesellschaftsrechts aber immer stärker mit der zunehmenden Liberalisierung des internationalen Wirtschaftsrechts.²⁸⁷ Auch die französische Praxis suchte nach Wegen, die vorgegebenen Rechtsformen an die Bedürfnisse der Verwender anzupassen.²⁸⁸ Prominent präsentierte erstmals der Rechtsprofessor *Yves Guyon* im Jahr 1993 die Spielräume, die im französischen Gesellschaftsrecht bestanden, sowie Gestaltungsmöglichkeiten im Rahmen schuldrechtlicher Nebenvereinbarungen zum Gesellschaftsvertrag in seinem Buch *Les sociétés – Aménagements statutaires et conventions entre associés* (Die Gesellschaften – Gesellschaftsvertragliche Regelungen und Vereinbarungen zwischen Gesellschaftern).²⁸⁹ Erschienen in einer Reihe von Ab-

²⁸⁵ Allgemein Fn. 6; zur SAS näher *Champaud/Danet*, RTD com. 1994, 274, 276: „Plus qu'une innovation législative, c'est une révolution doctrinale. Elle consacre un recul de la conception institutionnelle développée par le droit français des sociétés et, corrélativement [sic], l'avancée d'une conception néo-contractuelle.“; *dies.*, RTD com. 1999, 872, 875: „libéralisme institutionnel“; *Hannoun* (Fn. 57), S. 283, 289: „l'amorce d'un processus de déréglementation du droit des sociétés“; *Le Cannu*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 61, 63: „Malgré cela, la SAS incarne la libération du droit des sociétés par actions.“; vgl. auch *Bertrel*, RTD com. 1996, 595, 600; *ders.*, D&P 96 (sept. 2001), 34, 42; *Conac*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 1, 6; *Germain/Vatinet* (Fn. 223), S. 397, 399; *Guyon*, *Rev. soc.* 2000, 255, 259; *Stoufflet*, *Rev. soc.* 2000, 241; aus der Außensicht *Corbisier/Nicaise*, DAOR 33 (1994), 43, 76 ff.

²⁸⁶ Vgl. Fn. 11 f.

²⁸⁷ Zu den internationalen Einflüssen etwa *Bézar*, *Rev. soc.* 2000, 55, 57; *Champaud/Danet*, RTD com. 1994, 274, 276; *dies.*, RTD com. 1999, 872, 875; *Hannoun* (Fn. 57), S. 283, 289 f.; *Le Cannu*, *Rev. soc.* 2014, 543; für Joint Ventures CNPF, Rapport du groupe de travail, La Société anonyme simplifiée, 1990, S. 6; vgl. auch *Conac*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 1, 4 f.: „Cependant, la crise économique déclenchée par le premier choc pétrolier de 1973 a mis en évidence les inconvénients de cette approche dirigiste.“

²⁸⁸ *Daigre*, *Cah. dr. entr.* 2/1994, 13: „Les années quatre-vingts de notre siècle resteront celles du renouveau contractuel en droit des sociétés. Le phénomène des pactes d'actionnaires en est la manifestation certaine.“; *Le Fèvre*, *RJ com.* 1992, 89, 104 f., 105: „recontractualisation plus ou moins clandestine“; *Reinhard*, RTD com. 1994, 300, 304: „D'une certaine façon, la conception institutionnelle de la société a abouti à un grave échec: la rigidité du droit des sociétés [sic] et le caractère impératif de nombreuses dispositions de la loi ont conduit les praticiens à rechercher dans l'établissement de conventions extérieures aux statuts (par ex. les pactes d'actionnaires) la solution de leurs difficultés.“; vgl. auch *Bertrel*, D&P 15 (avril 1994), 3; *ders.*, RTD com. 1996, 595 602 ff.

²⁸⁹ Dazu *Conac*, *Rev. soc.* 2018, 691, 696: „[I]’ouvrage magistral“; *Merle/Fauchon* (Fn. 6), Rn. 25 (S. 36, Fn. 3): „l'ouvrage fondamental“; zuvor bereits allgemeiner *Saintourens*, *La flexibilité du droit des sociétés*, RTD com. 1987, 457, 487 ff.; vgl. auch *Le Cannu*, *Rev. soc.* 1994, 239, 241 Fn. 5: „A vrai dire, cette liberté est toujours restée de principe en matière de société;

handlungen über Verträge, illustrierte und bestärkte es die wachsende Bedeutung der vertraglichen, privatautonomeren Gestaltung zugänglichen Seite des Gesellschaftsrechts.²⁹⁰ Die SAS machte diese Vertragsfreiheit schließlich zu ihrem Markenzeichen.²⁹¹ Zahlreiche zuvor auf schuldrechtliche Nebenabreden beschränkte Regelungsgegenstände konnten nun im Gesellschaftsvertrag verankert werden; jedenfalls in der Binnenorganisation stand es den Gesellschaftern frei, eine Organisation nach ihren Vorstellungen zu formen. Einige Autoren sehen darin gar den Kreisschluss zu den Anfängen des Gesellschaftsrechts verwirklicht, als auch Aktiengesellschaften zuvörderst nach den privatautonomen Vereinbarungen der Satzung funktionierten.²⁹² Ihr Erfolg verlieh ihr zudem Strahlkraft bis in andere Bereiche des Gesellschaftsrechts und führte zur Stärkung der Vertragsfreiheit auch in den übrigen Gesellschaftsformen.²⁹³

In der Anwendung der Rechtsform erfüllt sich das Versprechen umfassender Vertragsfreiheit indes nicht immer voll. Schon zur Einführung der SAS wiesen Parlamentarier und Schrifttum eindrücklich auf die Risiken hin, die so weit reichende Vertragsfreiheit gerade für verhandlungsschwache Parteien bedeutet.²⁹⁴ Die Leerstellen im gesetzlichen Regime der SAS erfordern zudem Ressourcen und Talent, damit der Pinsel der Kautelarjuristen ein stimmiges Bild entstehen

les dispositions impératives de la loi de 1966, pour nombreuses qu'elles soient, ne constituent jamais que des exceptions.“

²⁹⁰ Vgl. *Tunc*, RIDC 1-1994, 293 f.

²⁹¹ *Urbain-Parleani/Conac*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. XII; vgl. auch *Thomas/Ortega*, Cah. dr. entr. 2/1994, 2: „un but unique: mettre le droit en accord avec la pratique“; *Reinhard*, RTD com. 1994, 300, 302: „la loi répond au souci actuel de contractualisation“.

²⁹² *Conac*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 1, 3; vgl. auch *Guyon*, Rev. soc. 1999, 505: „La liberté statutaire redevient compatible avec la limitation de responsabilité, ce qui est par bien des côtés un retour aux origines des sociétés par actions.“; schon *ders.*, Rev. soc. 1994, 207, 212: „renoue ainsi avec ses origines contractuelles“; ähnlich *Barthélémy*, JCP E 2000, 1702; *Cannard*, D&P 15 (avril 1994), 24; *Le Fèvre*, RJ com. 1992, 89, 104 f.; *Randoux*, JCP E 1999, 1812; *Simon*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 37, 40; *Thomas/Ortega*, Cah. dr. entr. 2/1994, 2, 4; krit. allerdings zum eklatanten Widerspruch zu Corporate-Governance-Debatten *Le Cannu*, BJS 1999, 841, 848.

²⁹³ Etwa *Caffin-Moi*, in: *Pagnucco* (Fn. 32), S. 115, 116 f. (Rspr. zu Ausschlussklauseln in SNC und société civile); *Champaud/Danet*, RTD com. 1994, 274, 277 (Loi Madelin 1994); *Conac*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 1, 32 f. (u. a. *actions de préférence*, Verringerung der Mindestgesellschafterzahl in der SA von sieben auf zwei); *Germain*, in: *Pagnucco* (Fn. 32), S. 1, 5 f. (Mehrfachstimmrechte seit PACTE auch in SA); allg. *Le Cannu*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 61, 63; krit. *Monsérié-Bon*, in: *Pagnucco* (Fn. 32), S. 141, 149: „Elle [SAS] passe du statut de curiosité à celui de modèle pour l'élaboration d'un droit des sociétés plus performant.“

²⁹⁴ Dazu Fn. 110; krit. noch heute *Pagnucco*, in: *ders.* (Fn. 32), S. 85, 99: „renonciation du législateur à l'un de ses offices classiques, à savoir se soucier des intérêts essentiels de ceux qui ne se soucient de rien“; vgl. auch *Le Cannu*, Rev. soc. 1994, 239, 240: „peut susciter la perplexité du praticien“; Rép. D. Soc./*Le Cannu/Heinich/Dellvallée*, Société par actions simplifiée, Stand janvier 2024, Rn. 3 f.

lassen kann.²⁹⁵ Als die SAS 1999 für breitere Gesellschafterkreise geöffnet und zu einer Gesellschaftsform für alle wurde, drohten dem Gros potenzieller Gesellschafter, das erforderliche Wissen wie die finanziellen Mittel zu fehlen, um die SAS sinnvoll und sicher einzusetzen.²⁹⁶ Diese Gefahren scheint die Praxis indes zu vermeiden, indem sie Satzungsvorlagen und -formulare als Blaupause nutzt.²⁹⁷ Die Wissenschaft mag beklagen, dass dies in fundamentalem Gegensatz zur Grundidee der SAS stehe; als Rechtsform ziele sie ganz auf die privatautonome Anpassung des Rechtskleids auf die konkreten Beziehungen.²⁹⁸ Oder wie ein Autor bemerkte und dabei Vorzüge wie Nachteile auf den Punkt brachte: Die SAS zählt eben eher zur Haute Couture als zum Prêt-à-porter.²⁹⁹ Eine gewisse Standardisierung und das Brachliegen bestimmter Gestaltungsspielräume sind dann der Preis, den die SAS in der Praxis zahlen musste, um auch für kleinere Unternehmen und alltäglichere Vorhaben handhabbar zu werden und die Gründungszah-

²⁹⁵ Etwa *Baranger*, BJS 1999, 831: „effort d’imagination et d’adaptation“; *Caussain*, JCP E 1999, 1664, 1666: „Dès lors, le recours à un homme de l’art s’imposera plus que jamais.“; *Le Cannu*, BJS 2008, 236, 237: „elle nécessite des statuts bien faits: aux praticiens de faire aussi bien (sinon mieux!) que le législateur; certaines lacunes peuvent avoir des conséquences très importantes“; *Massart*, BJS 2008, 632, 640: „Paradoxalement, cette grande liberté est également son talon d’Achille, car il s’agit d’un cadre pratiquement vide. Or les entrepreneurs auront absolument besoin de guides pour rédiger leurs statuts.“; *Stoufflet*, Rev. soc. 2000, 241, 242 und 244: „Mais la liberté à son prix. [...] Le rôle des conseils, notaires, avocats se trouve valorisé mais leur responsabilité sera plus lourde qu’à l’époque où il suffisait pour constituer une société de recopier une formule après avoir consulté le code général des impôts.“; *Valette*, Rev. soc. 2000, 215, 218: „Le principe de précaution, non assumé par le législateur, devra l’être par les praticiens.“; vgl. auch *Borga*, in: Pagnucco (Fn. 32), S. 73; *Couret/Le Cannu*, in: dies. (Fn. 25), S. 3; *Le Cannu*, Defrénois 1994, 1345, 1346; *ders.*, Rev. soc. 2014, 543, 544; *Merle/Fauchon* (Fn. 6), Rn. 685; *Périm* (Fn. 61), S. 24; zur Rolle der Anwaltschaft allg. *Germain*, in: Pagnucco (Fn. 32), S. 1.

²⁹⁶ Vgl. schon Fn. 110; weiter *Le Cannu*, BJS 1999, 841, 842 und plastisch 847 f.: „On peut la [SAS] classer plutôt parmi les bolides de rallye; faite pour aller en terrain ouvert, elle peut provoquer des accidents si des mains inexpertes la conduisent.“

²⁹⁷ Rép. D. Soc./*Le Cannu/Heinich/Delvallée*, Société par actions simplifiée, Stand janvier 2024, Rn. 8; *Périm* (Fn. 61), S. 9; vgl. etwa die frühen Formulare bei *Baranger*, in: *Couret/Le Cannu* (Fn. 25), S. 161 ff.; *Masquelier/Simon de Kergunic* (Fn. 27), S. 252 ff.; *Stucki*, JCP E 1999, 1568 (SASU); *ders.*, Dr. soc. 1999, chron. 19 (SASU); zuletzt auch HCJP, Rapport sur les statuts-types de SAS, 6.7.2020; diese Entwicklung ankündigend bereits *Champaud/Danet*, RTD com. 1999, 872, 874; *Germain*, JCP E 1994, 1, n° 341, Rn. 13; *Paillusseau*, D. 1999, chron. 333, 335; zur Standardisierung der SAS *Périm* (Fn. 60), S. 667, 670.

²⁹⁸ *Simon*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 37, 46; ähnlich *Paillusseau*, D. 1999, chron. 333, 341; krit. bereits bzgl. seines eigenen Formulars *Baranger*, in: *Couret/Le Cannu* (Fn. 25), S. 161, 163: „Celle-ci [la formule] devra donc être prise pour ce qu’elle peut valoir... pas grand chose.“; dies in der Praxis bestätigt sehend *Périm* (Fn. 61), S. 24: „Les statuts consultés révèlent l’hétérogénéité des solutions: chaque besoin particulier trouve sa formule d’organisation.“

²⁹⁹ *Le Nabasque*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 75; ähnlich *Azarian* (Fn. 29), Rn. 1; *Bertrel*, D&P 74 (sept. 1999), 40, 41; *de Courson* in der Sitzung der Nationalversammlung vom 11.6.1993, JO AN (C.R.) n° 28 (12.6.1993), S. 1410; vgl. auch die Hinweise bei *Caussain*, JCP E 1999, 1664, 1666; *Conac*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 1, 9.

len zu erreichen, die sie heute zur beliebtesten Gesellschaftsform Frankreichs machen.

Rechtliche Grenzen der Vertragsfreiheit in der SAS folgen zudem aus der Struktur des französischen Gesellschaftsrechts. Wie für die übrigen Gesellschaftsformen gilt auch für die SAS der Allgemeine Teil des französischen Gesellschaftsrechts.³⁰⁰ Dieses Regelungsgerüst entstammt indes den großen Reformen von 1966 und 1978 und atmet noch den Geist institutionellen Denkens.³⁰¹ Damit steckt die Vertragsfreiheit, welche die SAS auszeichnet, letztlich doch in einem klassischen Rahmen, der manche Gestaltung ausschließt.³⁰² Gerade die Rechtsprechung zeigt sich in der Durchsetzung der allgemeinen Grundsätze oftmals unnachgiebig, wie etwa der Stimmrechtsschutz oder die Begrenzung der Annullierungsgründe zeigen.³⁰³ Das mag der Grundausrichtung der SAS auf privatautonome Gestaltungsfreiheit widersprechen. Zugleich reduziert es aber die vielbeschworenen Gefahren der Vertragsfreiheit gerade für verhandlungsschwache Akteure.³⁰⁴ Die Stabilität, welche ein Allgemeiner Teil sichert, mag daher auch zum Erfolg der SAS beigetragen haben.³⁰⁵

Ihr Erfolg könnte der SAS indes noch zum Verhängnis werden:³⁰⁶ Bislang profitiert diese Gesellschaftsform noch davon, dass zahlreiche Regulierungsvorha-

³⁰⁰ Vgl. Fn. 160.

³⁰¹ Plastisch für das Nichtigkeitsregime *Mortier*, Dr. soc. 2019, comm. 61: „conception institutionnelle des nullités, laquelle transpire fortement de la très rigide et liberticide loi du 24 juillet 1966“; vgl. auch *Coquelet*, Dr. soc. 2010, comm. 156 unter 2.; *Didier*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 123, 125 f.; weiter *Conac*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 1, 14: „la conception institutionnelle de la société est vivace en jurisprudence“; krit. *ders.*, Rev. soc. 2018, 691, 699: „le problème n’est pas la loi de 1966, dont l’esprit autoritaire s’est beaucoup affaibli, mais résulte peut-être du juge lui-même“.

³⁰² *Monsérié-Bon*, in: *Pagnucco* (Fn. 32), S. 141, 143: „D’une part, les champs de liberté initiaux ont été rattrapés par les principes du droit des sociétés ou les règles légales qui en encadrent le développement.“; zur besonderen Komplexität der Vertragsgestaltung zwischen weitreichender Freiheit und zwingenden allgemeinen Prinzipien *Le Bars*, BJS 2008, 254, 255.

³⁰³ Dazu oben IV.3. und IV.4.; vgl. auch *Jung/Kühl/Wohlgemuth* (Fn. 38), § 13 Frankreich Rn. 635: „wesentliche Regulierungsfunktion“ der Rechtsprechung; weiter *Lorton*, Gaz. Pal. 1994, doctr., 531, 538; zurückhaltend *Le Cannu*, BJS 2008, 236, 237: „[la jurisprudence] est la plupart du temps casuistique“; zum Fortbestehen gewisser Mysterien *Borga*, in: *Pagnucco* (Fn. 32), S. 73; krit. auch *Conac*, Rev. soc. 2018, 691, 697 f.; *Godon*, Rev. soc. 2022, 493, 497 f.

³⁰⁴ In diese Richtung *Guyon* (Fn. 10), Rn. 471-8; *Paillusseau*, D. 1999, chron. 333, 346; *Randoux*, JCP E 1999, 1812, 1814.

³⁰⁵ *Monsérié-Bon*, in: *Pagnucco* (Fn. 32), S. 141, 147: „Vingt-cinq ans après, le constat est celui d’un certain équilibre entre les principes fondamentaux du droit des sociétés et la liberté, facteur de développement des sociétés.“; umgekehrt *Le Cannu*, Rev. soc. 2014, 543, 549: „De même, la SAS donne du sens aux dispositions du droit commun, et cela peut servir pour les autres formes de société.“; als Herausforderung *Hamelin*, Dr. soc. 2022, rep. 5: „probable que la multiplication des arrêts relatifs à la SAS [...] n’aura de cesse de souligner l’importance, mais aussi les insuffisances du droit commun des sociétés“.

³⁰⁶ Zum Ganzen *Le Cannu/Dondero*, (Fn. 6), Rn. 12, 970.

ben auf die SA beschränkt blieben und die SAS ausgespart haben.³⁰⁷ Seit jeher fallen ihre Geschäftsleiter z. B. nicht unter die Beschränkungen bei der Zahl der gehaltenen Unternehmensmandate, bei der Größe des Geschäftsleitungsorgans oder beim Alter der Organwalter sowie bezüglich deren Vergütung.³⁰⁸ Jüngere Gesetzesänderungen zur Geschlechterquote in Verwaltungs- oder Aufsichtsrat³⁰⁹ oder zur Arbeitnehmerbeteiligung in Verwaltungs- oder Aufsichtsrat³¹⁰ beschränken sich ebenso auf die SA. Mit wachsender Zahl und Bedeutung der SAS mehrten sich aber die Diskussionen, ob derartige Regelungsvorhaben nicht auf diese Gesellschaftsform auszudehnen sind.³¹¹ Die mit der sog. Loi de vigilance vom 27. März 2017 eingeführten Sorgfaltspflichten in Lieferketten sollen die SAS immerhin bereits erfassen.³¹²

³⁰⁷ *Germain*, in: Pagnucco (Fn. 32), S. 1, 2: „La SAS semble avoir bénéficié d’un ange gardien, qui a écarté d’elle tous les soucis des dirigeants de SA.“; *Le Nabasque*, Rev. soc. 2001, 589, 590: „La société par actions simplifiée passe, discrètement (curieusement?), à coté de la plupart des réformes jugées «difficiles»“; vgl. auch *Guyon*, Rev. soc. 2001, 503, 513; *Rabreau*, in: Pagnucco (Fn. 32), S. 9, 14 ff.; Erklärungsversuche bei *Couret* (Fn. 21), S. 187, 189; auf die typischen Größenunterschiede zwischen SA und SAS verweisend *Périn* (Fn. 60), S. 667, 669; zur Loi NRE 2001 bereits oben III.4.

³⁰⁸ Vgl. Art. L. 225-17, L. 225-19, L. 225-21, L. 225-44 ff., L. 225-54-1, L. 225-67, L. 225-69, L. 225-70, L. 225-77, L. 225-94 C. com.; bereits *Le Cannu*, in: *Couret/Le Cannu* (Fn. 25), S. 23, 31 f.; vgl. auch *Douvreleur*, Les Petites Affiches, 9 avril 1997, n° 43, 7, 8; *Germain/Périn*, Actes prat. ing. sociétaire n° 138, nov. 2014, dossier 13, Rn. 64; insgesamt *Cozian/Viandier/Deboissy* (Fn. 24), Rn. 1540; *Le Cannu/Dondero* (Fn. 6), Rn. 1003; vgl. auch zu den Anpassungsschwierigkeiten bei der Arbeitnehmerbeteiligung in verschiedenen Phasen *Saintourens*, in: *Couret/Le Cannu* (Fn. 25), S. 103, 110; *Barthélémy*, JCP E 2000, 1702, 1703 ff., *Hannoun* (Fn. 57), S. 283, 292 f.; *Lapeyrie*, in: *Germain/Périn*, Actes prat. ing. sociétaire n° 138, nov. 2014, dossier 13, Rn. 34; *Le Nabasque*, Rev. soc. 2001, 589, 610 ff.; *Périn* (Fn. 61), S. 153 ff.; Rép. D. Soc./*Le Cannu/Heinich/Delvallée*, Société par actions simplifiée, Stand janvier 2024, Rn. 23.

³⁰⁹ Art. L. 225-18-1, L. 225-69-1 C. com., eingeführt durch Loi n° 2011-103 vom 27.1.2011; *Germain/Magnier* (Fn. 10), Rn. 1073; *Merle/Fauchon* (Fn. 6), Rn. 424.

³¹⁰ Art. L. 225-23, L. 225-27-1 f., L. 225-71, L. 225-79-2 f. C. com., eingeführt durch Loi n° 2002-73 vom 17.1.2002 und Loi n° 2013-504 vom 14.6.2013; *Merle/Fauchon* (Fn. 6), Rn. 615.

³¹¹ Zur Diskussion *Germain*, in: Pagnucco (Fn. 32), S. 1, 8; *Le Cannu/Dondero* (Fn. 6), Rn. 970; vgl. etwa *Faure/Potier/Vallaud*, Proposition de loi Entreprise nouvelle et nouvelles gouvernances, n° 476 (2e rectifié), enregistré à la Présidence de l’Assemblée nationale le 6 décembre 2017, Art. 2.IV und Exposé des motifs; *Notat/Senard* (Fn. 6), S. 7 f., 58 ff., 78 (Arbeitnehmerbeteiligung); ohne Stellungnahme HCJP, Rapport concernant le régime juridique de la société par actions simplifiée (SAS), 29.9.2019, S. 14.

³¹² Art. L. 225-102-3 bis L. 225-102-5 C. com., eingeführt durch Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d’ordre; vgl. auch *Lecourt*, RTD com. 2021, 841, 849; *Teyssié*, D. 2021, 1823, 1824; krit. *Périn*, RTD com. 2015, 215, 218 f.; inzwischen offenlassend *Le Cannu/Dondero* (Fn. 6), Rn. 970.

3. Europäische Dimension der SAS

Auch dem Unionsrecht entkam die SAS nur teilweise. Nicht anwendbar waren insbesondere die gesellschaftsrechtlichen Richtlinien, welche ausdrücklich die betroffenen Gesellschaftsformen benannten.³¹³ Denn für Rechtsformneuschöpfungen treffen diese Rechtsakte keine Vorsorge; als eigene Rechtsform neben der SA unterfiel die SAS aber auch nicht dem Anwendungsbefehl für die französische Aktiengesellschaft.³¹⁴ Über diesen Umweg sollte die Lösung der SAS von der SA die neue Rechtsform wohl auch vor allzu strengen Vorgaben durch eine Anfang der 1990er Jahre noch diskutierte, letztlich aber gescheiterte fünfte Gesellschaftsrechtsrichtlinie bewahren.³¹⁵ Unproblematisch war die Sonderstellung der SAS zwar mit Blick auf das Börsen- und Kapitalmarktrecht, da ihre Anteile ohnehin nicht öffentlich gehandelt werden durften.³¹⁶ Soweit die neue Rechtsform aber eine französische Alternative gerade für grenzüberschreitende Unternehmenskooperationen bilden sollte, hätte ihr die Einkleidung in das europäische Normgerüst gut zu Gesicht gestanden.³¹⁷

Die Schöpfer der SAS trugen dem Rechnung, indem sie die neue Rechtsform auch ohne europäischen Anwendungszwang auf die wesentlichen Richtlinienvorgaben abstimmten.³¹⁸ So ist insbesondere das Erfordernis eines *président*, der die Gesellschaft im Außenverhältnis vertritt, als Zugeständnis an die erste Gesellschaftsrechtsrichtlinie zu verstehen.³¹⁹ Kraft Vorschriften aus dem Allgemeinen Teil einerseits und dem Recht der SA andererseits galten für die SAS zudem

³¹³ Zur Geltung etwa der achten und elften Gesellschaftsrechtsrichtlinien *Guyon*, in: Couret/Le Cannu (Fn. 25), S. 146.

³¹⁴ *Guyon*, in: Couret/Le Cannu (Fn. 25), S. 147; Rép. D. Soc./*Lecourt*, Droit des sociétés de l'Union européenne, Stand mai 2023, Rn. 52; aus steuerrechtlicher Sicht *Derouin*, in: Couret/Le Cannu (Fn. 25), S. 137, 145 f.

³¹⁵ *Le Fèvre*, RJ com. 1992, 89, 92; ähnlich *Bertrel*, D&P 74 (sept. 1999), 40; *Champaud/Danet*, RTD com. 1994, 274, 275; *Conac*, in: Conac/Urbain-Parleani (Fn. 1), S. 1, 7; *Daigre*, JCP E 1999, 977, 978; *Germain*, JCP E 1994, I, n° 341, Rn. 5; *Hannoun* (Fn. 57), S. 283, 285; *Reinhard/Dana-Démaret/Serras*, JCP E 1994, I, n° 369/2; *Reinhard*, RTD com. 1994, 300, 301; *Simon*, in: Conac/Urbain-Parleani (Fn. 1), S. 37, 44.

³¹⁶ *Guyon*, in: Couret/Le Cannu (Fn. 25), S. 147.

³¹⁷ CNPF, Rapport du groupe de travail, La Société anonyme simplifiée, 1990, S. 3; *Hannoun* (Fn. 57), S. 283, 291: „la SAS est victime de la volonté législative de la faire échapper à la réglementation communautaire“; vgl. auch *Guyon*, in: Couret/Le Cannu (Fn. 25), S. 147, 148 f.; *ders.*, Rev. soc. 2000, 255, 256; *Reinhard/Dana-Démaret/Serras*, JCP E 1994, I, n° 369/2; *Simon*, in: Conac/Urbain-Parleani (Fn. 1), S. 37, 39; beispielhaft für Steuerfragen im Konzern *Baudeau*, Les Petites Affiches, 9 avril 1997, n° 43, 10, 12; *Place*, Les Petites Affiches, 9 avril 1997, n° 43, 15, 17; vgl. auch *Kandler/Seseke*, AG 1994, 447, 456; *Helms*, GmbHR 1999, 1078, 1079.

³¹⁸ CNPF, Rapport du groupe de travail, La Société anonyme simplifiée, 1990, S. 11; *Guyon*, in: Couret/Le Cannu (Fn. 25), S. 147, 148; *ders.*, Rev. soc. 1994, 207, 211, 215 f.; *ders.*, Rev. soc. 2000, 255, 260 f.

³¹⁹ Dazu etwa JCl. Soc. *Traité/Germain/Périn/Azarian*, Fasc. 155-20, Stand 5.6.2021, Rn. 28; *Guyon*, in: Couret/Le Cannu (Fn. 25), S. 147, 150; *ders.*, Rev. soc. 2000, 255, 260; *Le*

unionsrechtlich vorgeprägte Publizitätsregeln zur Bestellung des *président* ebenso wie zur Gründung der Gesellschaft; anwendbar waren auf diesem Wege auch europarechtliche Vorgaben für die Rechnungsprüfung und das Gesellschaftskapital sowie für Verschmelzungen und Spaltungen.³²⁰ Durch dieses Zusammenspiel von eigenen Regelungen und Verweisen auf bestehende Umsetzungsvorschriften durfte die SAS insgesamt auf ein gutes Führungszeugnis aus unionsrechtlicher Sicht hoffen.³²¹ Über die Jahre fand die SAS dann auch ihren Weg in einige europäische Rechtsakte. Sowohl die erste Gesellschaftsrechtsrichtlinie 68/151/EWG wie auch die Richtlinie 90/435/EWG über die Besteuerung im Konzern wurden 2003 um die ausdrückliche Erwähnung der SAS ergänzt.³²² Heute nehmen sowohl die konsolidierte Gesellschaftsrechtsrichtlinie (EU) 2017/1132 für bestimmte Aspekte³²³ wie auch die Bilanz-Richtlinie 2013/34/EU auf die SAS Bezug.³²⁴

War die SAS so von Beginn an eine europarechtskonforme Gesellschaftsform, erwartete die französische Wissenschaft aber noch mehr von ihr: Während in den 1990er Jahren die Schaffung einer gemeineuropäischen Aktiengesellschaft, der *Societas Europea* (SE), stockte, sollte die SAS zu einem neuen Impulsgeber werden.³²⁵ Die erfolgreiche Einführung dieser flexiblen Rechtsform in Frankreich beflügelte die Fantasien, Ähnliches möge auf europäischer Ebene gelingen und anstelle der SE als Spielart der Aktiengesellschaft ein weniger regelungsintensiver Rahmen für kleinere Unternehmen geschaffen werden.³²⁶ Verbunden wurde diese Hoffnung mit dem Namen einer europäischen Privatgesellschaft, *Societas*

Cannu, in: Couret/Le Cannu (Fn. 25), S. 23, 26 f.; *Reinhard/Dana-Démaret/Serras*, JCP E 1994, I, n° 369/2.

³²⁰ *Guyon*, in: Couret/Le Cannu (Fn. 25), S. 147, 149 ff.; *ders.*, Rev. soc. 2000, 255, 259; *Reinhard/Dana-Démaret/Serras*, JCP E 1994, I, n° 369/2; auch *Azarian* (Fn. 29), Rn. 35; Rép. D. Soc./*Lecourt*, Droit des sociétés de l'Union européenne, Stand mai 2023, Rn. 52.

³²¹ So *Guyon*, in: Couret/Le Cannu (Fn. 25), S. 147, 150; krit. *Corbisier/Nicaise*, DAOR 33 (1994), 43, 51.

³²² Richtlinie 2003/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Juli 2003 zur Änderung der Richtlinie 68/151/EWG des Rates in Bezug auf die Offenlegungspflichten von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen bzw. Richtlinie 2003/123/EG des Rates vom 22. Dezember 2003 zur Änderung der Richtlinie 90/435/EWG über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten.

³²³ Anhänge II, IIa; vgl. auch Rép. D. Soc./*Le Cannu/Heinich/Delvallée*, Société par actions simplifiée, Stand janvier 2024, Rn. 20.

³²⁴ Anhang I.

³²⁵ *Guyon* (Fn. 10), Rn. 471-13; zu den verflochtenen Diskursen auch *Trinks*, ZEuP 2023, 83, 89 ff.

³²⁶ *Baudeau*, Les Petites Affiches, 9 mai 1994, n° 55, 10, En conclusion; *ders.*, Les Petites Affiches, 9 avril 1997, n° 43, 10, 13; *Bertrel*, D&P 74 (sept. 1999), 40, 46; *ders.*, D&P 54 (nov. 1997), 3; *Guyon*, in: Couret/Le Cannu (Fn. 25), S. 147, 153 f.; *ders.*, Rev. soc. 1999, 505, 508; „modèle a une société européenne fermée“; *ders.*, Rev. soc. 2000, 255, 261; *Le Bars*, BJS 2008, 254, 260; *Le Nabasque*, Rev. soc. 2001, 589, 616.

Privata Europea oder SPE.³²⁷ Doch in einer Ironie der Geschichte war es die SE, die 2001 als europäische Rechtsform entstand.³²⁸ Dem Vorhaben einer europäischen Privatgesellschaft war dagegen weniger Glück beschieden; im Jahr 2014 zog die Kommission ihren Vorschlag zurück.³²⁹ Einen neuen Anlauf nimmt in jüngerer Zeit das deutsch-französische Projekt für ein Europäisches Wirtschaftsgesetzbuch der *Association Henri Capitant*.³³⁰ Als Beitrag der gesellschaftsrechtlichen Arbeitsgruppe enthält es einen Entwurf für eine *Société européenne simplifiée* (SES), die nicht nur dem Namen nach auf die SAS verweist, sondern auch deren charakteristische Gestaltungsfreiheit nachzuzeichnen versucht.³³¹ Ob die SES aber auch den Erfolg der SAS wiederholen kann, bleibt abzuwarten.

4. Die SAS im internationalen Wettbewerb

Auf internationalem Niveau bewegt sich die SAS ebenfalls zwischen Anpassung und Ausstrahlung. Entstanden aus dem Wettbewerb der Rechtsordnungen imitierte sie mit der weitreichenden Gestaltungsfreiheit zunächst die Vorzüge konkurrierender ausländischer Rechtsformen. Damit setzte sie sich nicht nur in Frankreich durch, sondern wurde auch zum Vorbild für andere Rechtsordnungen.

Durch möglichst attraktive Regelungsregime können Rechtsordnungen versuchen, Rechtsverkehr und insbesondere Gesellschaftsgründungen anzuziehen. Als Paradebeispiel des so entstandenen Wettbewerbs in den USA gilt das Gesell-

³²⁷ Zur Vorbildwirkung der SAS für den Entwurf von CCIP und MEDEF vgl. *Outin Adam/Simon*, BJS 1999, 337, 341; vgl. auch *Germain/Périn*, Actes prat. ing. sociétaire n° 138, nov. 2014, dossier 13, Rn. 24; *Le Cannu/Dondero* (Fn. 6), Rn. 968; Rép. D. Soc./*Le Cannu/Heinich/Dellvallée*, Société par actions simplifiée, Stand janvier 2024, Rn. 21; *Massart*, BJS 2008, 632, 633; *Périn*, Actes prat. ing. sociétaire n° 107, sept. 2009, 5; *Simon*, Rev. soc. 2000, 263; vgl. auch *Menjuq*, BJS 2008, 803, 806: „En fait, la SPE serait une SAS en mieux, en raison de sa dimension communautaire!“; zur Rückwirkung auf die Öffnung der SAS 1999 vgl. *Périn* (Fn. 61), S. 184 f.: „Enfin, la proposition du MEDEF et de la CCIP d’instituer au niveau européen une société privée européenne, destinée à toutes les entreprises, notamment petites et moyennes, a fait progresser l’idée que la liberté et la souplesse d’organisation étaient utiles et n’avaient pas à être réservées aux grands groupes.“

³²⁸ Näher dazu in diesem Band § 9 (*Heinrich-Pendl/Rittmeister*), S. 303.

³²⁹ ABIEU v. 21.5.2014, C 153/6; angekündigt in COM(2013) 685 final, 10; zur Geschichte des Projekts etwa *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2018, Rn. 47.2 ff.

³³⁰ <<https://www.henricapitant.org/actions/code-europeen-des-affaires-avant-projet-relatif-a-la-societe-europeenne-simplifiee/>> (19.2.2024).

³³¹ Zweisprachiger Text verfügbar unter <<https://www.henricapitant.org/wp-content/uploads/2022/04/Avant-projet-relatif-a-CC%80-la-socie%CC%81te%CC%81-europe%CC%81enne-simplifie%CC%81e-15-12-2020.pdf>> (19.2.2024); vgl. auch die Grundzüge eines Alternativentwurfs bei HCJP, Rapport sur la Société européenne simplifiée (SES), 31.3.2021; dazu *Gruber/Herrmann/Lehmann/Schulze/Teichmann*, EuZW 2021, 413, 414 ff.; *Teichmann*, GmbHR 2018, 713; *Trinks*, ZEuP 2023, 83; *Verse*, GPR 2021, 271.

schaftsrecht Delawares.³³² Im kontinentaleuropäischen Gesellschaftsrecht haben die unionsrechtlichen Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheiten diesen Wettbewerb befeuert.³³³ Ein frühes und eindrückliches Beispiel lieferte bereits die Entstehung der SAS. Sie stellte eine unmittelbare Reaktion auf die Abwanderung von Unternehmenskooperationen ins europäische Ausland dar.³³⁴ Bemerkenswert ist dabei, dass die Dokumente aus dem Entstehungsprozess auf einen echten Wettbewerb der Gesellschaftsrechtsordnungen hinweisen.³³⁵ Steuerrechtliche Einflussfaktoren der festgestellten Abwanderung wurden untersucht, diskutiert und teils auch behoben. Ausdrücklich benannt und schließlich zum Ausgangspunkt der Rechtsformneuschöpfung gemacht wurde allerdings, dass das Steuerrecht nicht die alleinige Ursache für die Wahl ausländischer Rechtsformen ausmache, sondern vielmehr die mangelnde Flexibilität und Gestaltungsfreiheit des französischen Gesellschaftsrechts Unternehmer trieb, nach geeigneten Organisationsformen im europäischen Ausland zu suchen.³³⁶

Obschon davon auszugehen ist, dass die Schöpfer der SAS die ausländische Konkurrenz kannten, scheinen sie sich in ihrem Entwurf weniger an konkreten Ausgestaltungen denn schlicht allgemein an der ihnen gewährten Flexibilität als wesentlichem Markenzeichen orientiert zu haben.³³⁷ Spuren eines detaillierteren Rechtsvergleichs zeigen sich jedenfalls weder in den Vorarbeiten noch in den einzelnen Vorschriften über die SAS. Vielmehr gibt sich die SAS als spezifisch französische Antwort auf die Schwächen des nationalen Gesellschaftsrechts und

³³² Dazu nur *Romano*, 1 J. L. Econ. Org. 225 (1985); vgl. aus französischer Perspektive zum angelsächsischen Vorbild *Hannoun*, Les Petites Affiches, 9 avril 1997, n° 43, 3, 4; *Périn* (Fn. 61), S. 14.

³³³ Etwa *Eidenmüller*, ZIP 2002, 2233, 2234 ff.; *Kieninger*, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt, 2002, 105 ff.; relativierend *Ringe*, ECFR 2013, 230, 265; vgl. auch *Corbisier/Nicaise*, DAOR 33 (1994), 43, 73 ff.; zu Hoffnungen für die SAS *Guyon*, Rev. soc. 1999, 505, 508: „La France devient ainsi une sorte de paradis juridique qui permet aux étrangers d'échapper à certaines contraintes de leur législation nationale!"; *ders.*, Rev. soc. 2000, 255 ff., 258.

³³⁴ Prägnant *Mortier*, Actes prat. ing. sociétaire n° 165, mai–juin 2019, n° 3, 1: „un contexte naissant de *law shopping*, dopé par la liberté européenne d'installation des sociétés"; vgl. auch *Conac*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 1, 2; *Convert* (Fn. 27), Rn. 149; *Simon*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 37, 42; zum weiteren Kontext der Globalisierung *Guyon*, Rev. soc. 2000, 255; *Hannoun*, Les Petites Affiches, 9 avril 1997, n° 43, 3 f.

³³⁵ CNPF, Rapport du groupe de travail, La Société anonyme simplifiée, 1990, S. 7; vgl. auch schon *Bissara*, Rev. soc. 1990, 553, 554: „la construction européenne révèle une véritable < concurrence juridique > entre les États membres“.

³³⁶ Vgl. bereits oben III. 1.

³³⁷ Vgl. schon *Bissara*, Rev. soc. 1990, 553, 566: „La liberté statutaire est d'ailleurs déjà pratiquée sans danger par plusieurs États voisins.“; vgl. auch *Jeanin*, Rev. soc. 1994, 223: „il n'existe que très peu d'équivalent dans les législations européennes actuelles“; ähnlich *Azarian* (Fn. 29), Rn. 6: „inspirée de la B.V.“; *Fröhlich*, GmbHR 2014, 413; allerdings *Hannoun* (Fn. 57), S. 283, 290: „SAS qui, pour sa part, a emprunté comme chacun sait l'essentiel de ses caractéristiques à sa concurrente, la BV néerlandaise“; *Kandler/Seseke*, AG 1994, 447, 448.

die Bedürfnisse der Wirtschaftspraxis.³³⁸ So knüpften die Entwurfsverfasser an das Recht der SA an, um an deren Glanz als traditionsreicher und international bekannter Rechtsform teilzuhaben.³³⁹ Deren Grundstrukturen, insbesondere der Kapital- und Verkehrsschutz, gaben der neuen Rechtsform einen stabilen Rahmen. Die Umgestaltung des Binnenrechts bedeutete dagegen einen Bruch mit gesellschaftsrechtlichen Traditionen. Das Recht der SAS schloss die aktienrechtlichen Vorschriften über Geschäftsleitung und Hauptversammlung aus und verzichtete gar darauf, ein dispositives Leitungs- und Entscheidungssystem zu errichten. Insbesondere mit dieser sehr zurückhaltenden Regelung der internen Organisation darf die SAS als Neuerung im Wettbewerb der Rechtsordnungen gelten.³⁴⁰

Inzwischen ist die SAS selbst zu einer erfolgreichen Marke eines flexiblen Gesellschaftsrechts geworden.³⁴¹ Nicht nur zieht sie Gesellschafter aus dem Ausland an.³⁴² Sie hat auch Nachahmer in verschiedenen Teilen der Welt gefunden.³⁴³ Aufgrund der zeitlichen Koinzidenz wird sie häufig mit dem deutschen Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts vom 2. August 1994 in Verbindung gebracht.³⁴⁴ Im Gegensatz zu Frankreich schuf der deutsche Gesetzgeber damals aber keine neue Rechtsform, sondern beschränkte sich auf Vereinfachungen für typischerweise kleine Aktiengesellschaften, die je-

³³⁸ Etwa *Le Cannu*, Defrénois 1994, 1345, 1372 bzgl. Übertragungsbeschränkungen: „La philosophie de la loi de 1994 est héritée des observations qui ont pu être faites par les praticiens des filiales communes.“; wohl auch *Convert* (Fn. 27), Rn. 363.

³³⁹ Vgl. oben III. 1.

³⁴⁰ Vgl. auch *Guyon*, Rev. soc. 2000, 255, 256: „La souplesse est l’une des supériorités les plus marquantes de la SAS.“

³⁴¹ *Conac*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 1; *Groupe de travail de la Chambre de Commerce et d’Industrie de Paris (Paillusseau/Theimer/Outin-Adam/Bienvenu)*, JCP E 2000, 1748, 1754; vgl. auch *Périn* (Fn. 60), S. 667, 669; siehe das belgische Interesse bei *Corbisier/Nicaise*, DAOR 33 (1994), 43; zum Interesse für deutsche Unternehmen *Hartmann*, WM 2000, 1530, 1533 f.

³⁴² *Baudeau*, Les Petites Affiches, 9 avril 1997, n° 43, 10, 11; zu Vorteilen der SAS aufgrund des amerikanischen Steuerrechts *Bertrel*, D&P 74 (sept. 1999), 40, 42; vgl. auch *Place*, Les Petites Affiches, 9 avril 1997, n° 43, 15, 18; *dies.*, Les Petites Affiches, 21 janv. 1999, n° 15, 13; zur Anpassungsfähigkeit der SAS *Germain/Périn*, Actes prat. ing. sociétaire n° 138, nov. 2014, dossier 13, Rn. 21; zum Ziel, ausländische Investoren anzuziehen, *Guyon*, Rev. soc. 2000, 255; unter Hinweis auf die Möglichkeit, das Gesellschaftskapital in Fremdwährungen zu bringen, *Paillusseau*, Cah. dr. entr. 2/1994, 5, 7; zu Schwierigkeiten allerdings *Le Bars*, BJS 2008, 254, 257.

³⁴³ Vgl. auch zur Hoffnung auf Nachahmer jedenfalls in Europa *Le Cannu*, Defrénois 1994, 1345, 1348.

³⁴⁴ BGBl. I, 1961 ff.; dazu etwa *Kindler*, NJW 1994, 3041; *Hommelhoff*, AG 1995, 529; *ders.* (Fn. 60), S. 495, 497: „un parent éloigné“; aus französischer Sicht *Le Cannu*, BJS 1999, 841, 843: „L’idée d’ouvrir la forme simplifiée aux personnes physiques plus qu’aux grands groupes avait en effet poussé le législateur allemand lorsque, en 1994, il avait créé la *kleine Aktiengesellschaft*.“; vgl. auch *Hannoun* (Fn. 57), S. 283, 289; *Kreuzer*, Les Petites Affiches, 9 avril 1997, n° 43, 21.

weils an verschiedene Voraussetzungen geknüpft sind.³⁴⁵ Dank seiner flexiblen GmbH bedurfte das deutsche Recht möglicherweise auch keiner grundlegenden Erneuerung im Stile der SAS.³⁴⁶ Die Gestaltungsfreiheit in der SAS ging indes so weit, dass ein französischer Professor sogar im Vergleich zur niederländischen Besloten Vennootschap feststellen konnte, dass die Schülerin ihre Meisterin übertrifft hat.³⁴⁷ Die Niederlande haben denn auch ihrerseits 2012 das Recht geschlossener Gesellschaften reformiert und das Regime der BV deutlich erleichtert (Flex-BV).³⁴⁸

In zahlreichen Rechtsordnungen entfaltete die SAS indes unmittelbarere Vorbildwirkung. Als neue Rechtsform hat etwa Luxemburg 2016 eine *société par actions simplifiée* (S.A.S.) nach französischem Vorbild eingeführt.³⁴⁹ Beeinflusst zu haben scheint die französische SAS zudem die seit 2017 in der Slowakei verfügbare vereinfachte Aktiengesellschaft (*jednoduchá spoločnosť na akcie* – j.s.a.);³⁵⁰ beide haben wiederum die polnische vereinfachte Aktiengesellschaft von 2021 (*prosta spółka akcyjna* – P.S.A.) inspiriert.³⁵¹ Spuren hat die französische SAS zudem in zahlreichen lateinamerikanischen Staaten hinterlassen.³⁵² In Chile schrieb sich 2007 die Einführung einer flexiblen *Sociedad por Acciones* (SpA), die insbesondere Risikokapitalgeber anlocken sollte, in einen internationalen Trend der Deregulierung des Gesellschaftsrechts ein, für den die französische SAS als bei-

³⁴⁵ Vgl. *Convert* (Fn. 27), Rn. 151; *Fleischer*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 163, 165; *Hartmann*, WM 2000, 1530, 1532 f.; *Kreuzer*, Les Petites Affiches, 9 avril 1997, n° 43, 21, 22 f.; *Weil/Kutscher-Puis*, Dr. prat. com. int. 1994, 401, 402; zur Eigenständigkeit der SAS auch *Périn* (Fn. 61), S. 15.

³⁴⁶ *Fleischer*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 163, 166; zur Vergleichbarkeit der Rechtsformen etwa *Hommelhoff* (Fn. 60), S. 495, 500; *Kreuzer*, Les Petites Affiches, 9 avril 1997, n° 43, 21, 25; zur weitergehenden Flexibilität der SAS allerdings *Conac*, in: *Conac/Urbain-Parleani*, (Fn. 1), S. 1, 18; *Périn* (Fn. 61), S. 16; *ders.*, Actes prat. ing. sociétaire n° 107, sept. 2009, 5; vgl. auch *Weil/Kutscher-Puis*, Dr. prat. com. int. 1994, 401, 409 f.

³⁴⁷ *Conac*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 1, 24: „Toutefois, l'élève a dépassé le maître et c'est la SAS elle-même qui est devenue un modèle pour les Pays-Bas.“

³⁴⁸ Wet van 18 juni 2012 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht); dazu etwa *Corbisier*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 191, 195 f.; *Seggewiße/Faber*, GmbHR 2018, 726; *Zaman*, GmbHR 2012, 1062.

³⁴⁹ Art. 500-1 ff. Loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales; eingeführt durch Loi du 10 août 2016 portant modernisation de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales et modification du Code civil et de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises; dazu auch *Conac*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 1, 23; *Corbisier*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 191, 196.

³⁵⁰ Dazu *Patakyová/Kačaljak/Grambličková/Mazúr/Dutková*, ECFR 2020, 205, 207 f.

³⁵¹ Näher dazu in diesem Band § 19 (*Weber*), S. 625; auch *Feind/Paluch*, WiRO 2018, 327, 328.

³⁵² Vergleichend zu den „cuatro S.A.S. latinoamericanas“ *Marzorati*, El Derecho 272 (2017), 734, 741 ff.

spielhaft gelten durfte.³⁵³ Nur ein Jahr später wurde in Kolumbien die *Sociedad por acciones simplificada* (SAS) Gesetz³⁵⁴, die im dortigen Gesellschaftsrecht weite Verbreitung gefunden hat.³⁵⁵ Sie stand zudem Patin für das 2012 beschlossene Modellgesetz über eine vereinfachte Gesellschaft auf Aktien (*Ley Modelo sobre Sociedad por Acciones Simplificada*) des Interamerikanischen Juristischen Komitees der Organisation Amerikanischer Staaten.³⁵⁶ Bereits 2011 gab sich zudem die Dominikanische Republik eine *Sociedad Anónima Simplificada* (SAS).³⁵⁷ Mexiko borgte den Namen des französischen Vorbilds 2016, um mit der dortigen *Sociedad por acciones simplificada* (SAS) eine Einpersonengesellschaft zu schaffen.³⁵⁸ Nach kolumbianischem, mexikanischem und chilenischem Vorbild, insbesondere aber auch unter Bezugnahme auf die französische SAS schuf 2017 auch Argentinien eine *Sociedad por Acciones Simplificada* (SAS).³⁵⁹ Ähnliche Rechts-

³⁵³ Art. 424 ff. Código de comercio, eingeführt durch Art. 17 Ley 20190 – introduce adecuaciones tributarias institucionales para el fomento de la industria de capital de riesgo y continua el proceso de modernización del mercado de capitales; dazu Mensaje n°39-349, 30.6.2003, unter IX.1.a., verfügbar über <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5361/>> (19.2.2024); zu den internationalen Einflüssen vgl. *Jara Baader*, Revista Chilena de Derecho 34-2 (2007), 381, 382; neben der amerikanischen LLC auch auf die französische SAS hinweisend *Puga Vial*, La sociedad anónima, 2011, S. 715 Fn. 835.

³⁵⁴ Zum französischen Einfluss *Reyes Villamizar*, La sociedad por acciones simplificada: Una verdadera innovación en el Derecho Societario latinoamericano, verfügbar unter <<http://scm.oas.org/pdfs/2016/CP36957T.pdf>> (19.2.2024), S. 4 f.: „se ha utilizado como punto extranjero de referencia para la ley colombiana“; krit. allerdings *Alegria Oviedo*, La S.A.S., ¿Transplante o felonía?, 2019, S. 11 f., 51 ff., 115.

³⁵⁵ Ley 1259 de 2008 (diciembre 5) por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada; mit Zahlenmaterial *Reyes Villamizar*, in: ders., La SAS y su influencia en América Latina, 2018, S. xvii, 1, 54 ff.; allg. schon *Peña Nossa*, De las sociedades comerciales, 6. Aufl. 2011, S. 244.

³⁵⁶ CJI/RES. 188 (LXXX-O/12); sodann in der Vollversammlung 2017 AG/RES. 2906 (XLVII-O/17); dazu *Reyes Villamizar* (Fn. 355), S. 1, 9: „la Ley Modelo sigue casi literalmente el texto de la ley colombiana“, weiter 33.

³⁵⁷ Art. 369-1 ff. Ley General de las Sociedades Comerciales y Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada; eingeführt durch Ley No. 31-11 que introduce nuevas modificaciones a la Ley No. 479-08, sobre Sociedades Comerciales y Empresas Individuales de Responsabilidad Limitada, veröffentlicht am 10.2.2011.

³⁵⁸ Art. 260 ff. Ley general de sociedades mercantiles, eingeführt durch Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Sociedades Mercantiles, veröffentlicht am 14.3.2016; dazu allg. *Iniciativa*, Gaceta Parlamentaria, año XVIII, número 4236-III, miércoles 18 de marzo de 2015: „Igualmente se pueden identificar legislaciones que en diferentes grados reconocen la existencia de este tipo de figuras societarias simplificadas, y donde destacan países como Alemania, Colombia, Chile, España, Estados Unidos y Francia.“; zum Verweis auf die französische SAS in der Literatur etwa *León Tovar*, Revista Perspectiva Jurídica UP n° 7 (junio–diciembre 2016), 135, 140 f.

³⁵⁹ Art. 33 ff. Ley 27349 „Apoyo al Capital Emprendedor“; dazu El Poder Ejecutivo Nacional, Proyecto de ley de apoyo al emprendedor, 5.9.2016, S. 3, verfügbar unter <<http://www.sajj.gob.ar/descarga-archivo?guid=vwnoveda-desc-apit-alem-prenedorpdf&name=capitale>

formen³⁶⁰ kennen seit 2018 Peru mit der *Sociedad por Acciones Cerrada Simplificada (SACS)*³⁶¹, seit 2019 Uruguay mit der *Sociedad por Acciones Simplificada (SAS)*³⁶² sowie seit 2020 Paraguay mit der *Empresa por Acciones Simplificadas (EAS)*³⁶³ und Ecuador mit der *Sociedad por Acciones Simplificada (SAS)*³⁶⁴. In Afrika hat schließlich die Organisation zur Harmonisierung des Wirtschaftsrechts in Afrika (OHADA) 2014 in enger Anlehnung an das französische Recht eine *société par actions simplifiée (SAS)* in ihren einheitlichen Akt über das Gesellschaftsrecht übernommen.³⁶⁵ Diese weite internationale Verbreitung eines an der Vertragsfreiheit orientierten Gesellschaftsmodells kann indes nicht verdecken, welchen Kraftaktes es bedurfte, um die SAS im französischen Recht zu etablieren.

5. Erfolgsfaktoren der SAS-Reformen

Das Entstehen und Werden der SAS ist ein Lehrstück über die schrittweise Durchsetzung tiefgreifender Reformen: Mit kurzem, aber kraftvollem Anlauf, einem auf einen engen Anwendungsbereich beschränkten Etappensieg und einem überraschenden, aber überzeugenden Zieleinlauf hat die SAS das französische Gesellschaftsrecht auf den Kopf gestellt. Gerade im Rückblick gilt diese Strategie vielen Beobachtern als Schlüssel, um die etablierten Strukturen des französischen Rechts mit einer so weitreichenden Neuerung aufzubrechen.

prendedor.pdf> (19.2.2024); vgl. auch *Marzorati*, *El Derecho* 272 (2017), 734, 737; subsidiär folgt die SAS dem Recht über die argentinische SRL, vgl. *Villanueva*, *La Ley* 2018-F, 890, 894.

³⁶⁰ Zum Ganzen Organisation Amerikanischer Staaten, *La Ley Modelo sobre Sociedades por Acciones Simplificada: La Situación de las Reformas en la Región*, 14.6.2021, OEA/Sec. Gral., DDI/doc. 3/21 rev. 1; vgl. auch *Burghini*, *Sociedades Simplificadas – Autonomía de la voluntad y el derecho comparado Chile, Colombia, Perú, Uruguay, Paraguay y Ecuador*, 12.4.2021, <<https://mercojuris.com/sociedades-simplificadas-autonomia-de-la-voluntad-y-el-derecho-comparado-chile-colombia-peru-uruguay-paraguay-y-ecuador-dr-leopoldo-octavio-burghini/>> (19.2.2024); Guatemala verfügt seit 2019 (Inkrafttreten) zudem über eine *Sociedad de Emprendimiento (SE)*, Art. 1040 ff. Código de comercio (konsolidierte Fassung noch nicht verfügbar), eingeführt durch Decreto n° 20-2018 Ley de Fortalecimiento al Emprendimiento, veröffentlicht am 29.10.2018.

³⁶¹ Decreto Legislativo n° 1409 que promociona la formalización y dinamización de micro, pequeña y mediana empresa mediante el régimen societario alternativo denominado sociedad por acciones cerrada simplificada, veröffentlicht am 12.9.2018.

³⁶² Art. 8 ff. Ley 19.820 vom 18.9.2019.

³⁶³ Ley n° 6480/20 que crea la empresa por acciones simplificadas (EAS), veröffentlicht am 13.1.2020.

³⁶⁴ Nach Sección VIII Ley de compañías, eingeführt durch Disposición transformatoria octava Ley Orgánica de emprendimiento e innovación, veröffentlicht am 28.2.2020.

³⁶⁵ Art. 853-1 ff. Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, JO OHADA 4.2.2014; *Goncalves*, in: *Germain/Périn, Actes prat. ing. sociétaire* n° 138, nov. 2014, dossier 13, Rn. 23; *Merle*, *D.* 2014, 768.

Am Anfang stand bei der SAS – wie bei so vielen Rechtsformneuschöpfungen – die Praxis.³⁶⁶ Unternehmen und ihre Anwälte meldeten glaubhaft Bedarf für Veränderungen an und untermauerten ihn im Fall der SAS etwa durch verschiedene Berichte von Expertengruppen.³⁶⁷ Darauf aufbauend ergriffen sie selbst die Initiative: Eine vorwiegend mit Unternehmensjuristen und Anwälten besetzte Arbeitsgruppe benannte die Probleme – die fehlende Flexibilität des französischen Gesellschaftsrechts, die gerade internationale Unternehmenskooperationen ins Ausland trieb – und entwickelte einen Vorschlag, wie der Rechtsrahmen für diese Unternehmen attraktiver zu gestalten wäre.³⁶⁸ Ihr Bericht beinhaltete insbesondere ein umfassendes Regelungsregime in Gesetzesform einschließlich Begründung, sodass der Gesetzgeber ihn unmittelbar einem Gesetzentwurf zugrunde legen konnte.³⁶⁹ Neben guten Kontakten ins Justizministerium hat dieser Umstand gewiss dazu beigetragen, dass das Gesetzgebungsverfahren zügig beginnen konnte.

Entscheidend für den Erfolg der Reform war daneben wohl der Zuschnitt des Vorschlags.³⁷⁰ Anstatt umfassende Änderungen im bestehenden Gesellschaftsrecht zu fordern, beschränkte sich die Arbeitsgruppe auf die Behebung des identifizierten Problems: Um die Rechtsflucht ins europäische Ausland und insbesondere in die Niederlande zu verhindern, genügte ein flexibler Regelungsrahmen für Kooperationen großer Unternehmen.³⁷¹ Auf die besonderen Anforderungen

³⁶⁶ *Guyon*, Rev. soc. 1994, 207: „Cette loi a pour origine les doléances des milieux d’affaires“; vgl. auch *Baudeau*, Les Petites Affiches, 9 mai 1994, n° 55, 10, En conclusion: „usiné en France sur les chaînes de montage des milieux économiques“; *Masquelier/Simon de Kergunic* (Fn. 27), S. 5: „La société par actions simplifiée (SAS) constitue une tentative originale du législateur pour adapter la forme sociale aux besoins de souplesse des entreprises.“; *Simon*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 37, 42; *Thomas/Ortega*, Cah. dr. entr. 2/1994, 2.

³⁶⁷ Siehe unter III. 1.; vgl. auch *Douvreleur*, Les Petites Affiches, 9 avril 1997, n° 43, 7, 8: „sur le stock de 1.576 S.A.S., 575, soit 37% d’entre elles, sont issues d’une transformation. Ce phénomène, qui avait été déjà relevé par certains observateurs, est un témoignage indiscutable de ce que la loi du 3 janvier 1994 a répondu à un réel besoin des entreprises.“

³⁶⁸ Zur besonderen Expertise der Gruppe *Conac*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 1, 7.

³⁶⁹ *Conac*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 1, 7; *Simon*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 37, 41; zum Neuerungswert dieses Vorgehens *Germain*, in: *Pagnucco* (Fn. 32), S. 1.

³⁷⁰ *Conac*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 1, 8.

³⁷¹ *Bertrel*, D&P 74 (sept. 1999), 40, 41: „Il n’était pas envisagé qu’elle serve à autre chose.“; *Simon*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 37, 42: „réservant pour l’avenir la démocratisation de la SAS.“; relativierend *Baranger*, in: *Couret/Le Cannu* (Fn. 25), S. 161, 163: „On peut déjà parier qu’on lui trouvera d’autres utilisations, plus prosaïques ou plus immédiates, notamment, dans les groupes de sociétés, la gestion des cascades de filiales où elle pourra grandement contribuer à simplifier la lourdeur administrative.“; *Baudeau*, Les Petites Affiches, 9 mai 1994, n° 55, 10, Rn. 2; *Germain*, JCP E 1994, I, n° 341, Rn. 4; *Le Fèvre*, RJ com. 1992, 89, 103; im Nachhinein auch *Field*, in: *Couret/Le Cannu* (Fn. 25), S. 5, 6: „Si elle a clairement guidé l’élaboration du rapport, cette finalité n’a bien entendu pas été exclusive dans l’esprit de ses auteurs d’autres possibilités d’utilisation de la SAS“; *Germain*, in: *Pagnucco* (Fn. 32), S. 1, 2: „le groupe de travail du CNPF avait bien le sentiment de travailler au-delà de ce cadre restreint pour un avenir qui allait généraliser cette formule“; *JCI. Soc. Traité/Germain/Périn/*

von Joint Ventures war die neue Rechtsformvariante denn auch ausgelegt.³⁷² Das Justizministerium perfektionierte die Distanzierung vom bestehenden Recht, indem es die neuen Vorschriften weiter von der SA entkoppelte und die SAS als eigenständige Rechtsform konzipierte. Damit vermied es der Entwurf, die umstrittenen Gefilde einer Grundsatzreform des französischen Gesellschaftsrechts betreten zu müssen.³⁷³ Anstatt zu diskutieren, welche Lockerungen und Gestaltungsmöglichkeiten mit dem Charakter der SA vereinbar sind, konnte ein gänzlich neuer Ansatz verfolgt werden, der die Vertragsfreiheit ins Zentrum der neuen Rechtsform stellte.³⁷⁴

Die Eigenständigkeit der neuen Rechtsform reflektierte auch die Begriffswahl. In der Arbeitsgruppe des Arbeitgeberverbandes kreiste die Diskussion noch um das Attribut, das der neue Rechtsrahmen erhalten sollte: Um die Ziele der Reform zu beschreiben, bot sich eigentlich die Bezeichnung als auf den Vertrag zurückgeführte (*contractualisée*) oder personalisierte (*personnalisée*) Gesellschaft an. Diese Begriffe schienen aber als zu provokativ wahrgenommen zu werden.³⁷⁵ So geriet die vereinfachte Grundstruktur in den Vordergrund, die Gesellschaft wurde zur *société anonyme simplifiée*. Ein drohendes Missverständnis wurde damit in Kauf genommen, war diese Rechtsform, wie *Yves Guyon* prägnant anmerkte, doch alles andere als simpel, da die Vertragsfreiheit den Gesellschaftern mehr Vorstellungskraft abverlange als ein enger geschnittenes Rechtsformkorsett.³⁷⁶ Die Entkopplung der Rechtsform von der SA unterstrich das Justizministerium

Azarian, Fasc. 155-10, Stand 1.7.2019, Rn. 13: „une certaine ambiguïté sur les buts, avoués ou implicites, de la réforme“.

³⁷² Vgl. CNPF, Rapport du groupe de travail, La Société anonyme simplifiée, 1990, S. 7 ff.; *Simon*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 37, 46; bzgl. des Gesellschafterkreises *Jeanin*, *Rev. soc.* 1994, 223, 225; allerdings keine Beschränkung des Gesellschaftsgegenstandes, vgl. *Randoux*, *JCP E* 1999, 1812 f.; entsprechend *Paillusseau*, *JCP E* 2000, 1697, 1698: „En 1994, quand elle a été instituée, la SAS était une société originale, mais un peu marginale.“

³⁷³ Vgl. *Hannoun*, *Les Petites Affiches*, 9 avril 1997, n° 43, 3: „Prétendre intégrer dans notre système juridique une société par actions simplifiée était une entreprise difficile, voire audacieuse si l'on se reporte ne serait-ce que deux années en arrière. Aujourd'hui, il est clair qu'il s'agissait d'une initiative d'avant-garde, préfigurant les réflexions actuelles sur la simplification du droit des sociétés en général.“; *Périn* (Fn. 61), S. 183: „La sélection des associés de SAS, de même que sa présentation en tant que vecteur pour les coopérations entre les grands groupes, ont eu des justifications plus tactiques qu'idéologiques.“; auf die „instabilité chronique“ des Gesellschaftsrechts im Gesetz von 1966 hinweisend *Guyon*, *Rev. soc.* 1994, 207, 212.

³⁷⁴ Vgl. *Germain*, *JCP E* 1999, 1505 f.: „L'idée de certains membres de la commission Field du CNPF – qui proposa la forme de la SAS – était, semble-t-il, à l'origine, d'inventer une autre société anonyme. Elle a finalement abouti.“; auch *Guyon*, *Rev. soc.* 1999, 505, 506; *Simon*, *Rev. soc.* 2000, 263.

³⁷⁵ *Guyon* (Fn. 10), Rn. 471-1: „caractère légèrement provocateur“.

³⁷⁶ *Guyon*, *Rev. soc.* 1994, 207, 209; *ders.* (Fn. 10), Rn. 471-1; ähnlich *Germain*, in: *Pagnucco* (Fn. 32), S. 1; *Rép. D. Soc./Le Cannu/Heinich/Delvallée*, Société par actions simplifiée, Stand janvier 2024, Rn. 82; *Paillusseau*, *D.* 1999, chron. 333, 336: „Et, sous une apparence de simplicité, la SAS est en réalité une société fort complexe.“

sodann durch eine Umbenennung: SAS stand nun nicht mehr für vereinfachte Aktiengesellschaft, *société anonyme simplifiée*, sondern für vereinfachte Gesellschaft auf Aktien, *société par actions simplifiée*.³⁷⁷ Ihre Anteile hießen zwar weiterhin Aktien, aus den Aktionären (*actionnaires*) wurden indes Gesellschafter (*associés*), um die engere persönliche Verbundenheit der Anteilseigner zu betonen.³⁷⁸ Damit entzog sich die SAS auch begrifflich klassischen Kategorien.³⁷⁹

Als die SAS 1994 den Kanon der französischen Gesellschaftsformen ergänzte, war ihr aufgrund des stark begrenzten Kreises möglicher Gesellschafter zunächst nur ein enger Anwendungsbereich beschieden.³⁸⁰ Dieser durfte durchaus als Experiment verstanden werden, als Labor zur Erforschung der Chancen und Risiken der Vertragsfreiheit.³⁸¹ Bei näherer Betrachtung handelte es sich freilich eher um einen Feldversuch – mit allen Gefahren für das wirtschaftliche Ökosystem.³⁸² Die SAS bewährte sich aber. Skandale und größere Pleiten blieben aus,

³⁷⁷ Vgl. oben III.2.

³⁷⁸ Vgl. Rapport *Dailly*, n° 35, Annexe au procès-verbal de la séance du 14 octobre 1993, S. 19; krit. Rapport *de Roux*, n° 688, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 4 novembre 1993, S. 12; allg. *Germain/Magnier* (Fn. 10), Rn. 1074: „pour mettre l'accent sur le caractère *intuitus personae*“; *Guyon*, Rev. soc. 1994, 207, 218; *Jeantin*, Rev. soc. 1994, 223: „révèle la double nature de la société par actions simplifiée“; *Le Cannu*, Defrénois 1994, 1345, 1367; Rép. D. Soc./*Le Cannu/Heinich/Delvallée*, Société par actions simplifiée, Stand janvier 2024, Rn. 12; zur Unterscheidung sowie zur Annäherung der Begriffe *Delorme*, D. 2002, 1330 ff.; zum Redaktionsversehen bei Art. L. 227-10 C. com. *Le Cannu/Dondero* (Fn. 6), Rn. 1030.

³⁷⁹ Vgl. *Champaud/Danet*, RTD com. 1994, 274, 275: „nouveau type sociétaire qui transgresse les catégories et les qualifications classiques“.

³⁸⁰ Dies hervorhebend *Le Cannu*, Rev. soc. 1994, 239, 242: „Sans doute la loi du 3 janvier 1994 n'est-elle pas à mettre entre toutes les mains“.

³⁸¹ *Conac*, in: *Conac/Urbain-Parleani* (Fn. 1), S. 1, 6: „La SAS a donc été le laboratoire de la réforme du droit français des sociétés.“; *Le Cannu*, Rev. soc. 2014, 543, 549: „En retour, on peut louer la fécondation du droit des sociétés par le droit de la SAS. Elle peut être vue comme laboratoire d'idées et de pratiques nouvelles.“; *Saintourens*, Rev. soc. 2000, 109, 110: „Dès lors, pour l'essentiel, l'évolution prévisible du droit des sociétés consistera à expérimenter toutes les opportunités d'organisation d'une société qu'offre ce nouveau cadre, tout en mesurant chemin faisant les risques nouveaux suscités par cette structure juridique de l'entreprise.“; *Vidal*, Dr. soc. 1999, chron. 15, Rn. 17: „Le succès de la SAS, que l'on peut désormais raisonnablement en attendre, serait un excellent terrain d'expérimentation des idées qui sous-tendent le projet de société privée européenne.“; zur Beschränkung des Gesellschafterkreises *JCl. Soc. Traité/Germain/Périn/Azarian*, Fasc. 155-10, Stand 1.7.2019, Rn. 46: „Mais l'intérêt véritable de cette règle était de donner à la nouvelle forme sociale un temps d'acclimatation, permettant de juger la validité de ses bases avant de l'ouvrir à tous les utilisateurs.“; *Guyon*, Rev. soc. 1999, 505, 506: „Elle constituait une simple précaution, une sorte de mesure transitoire qui allait permettre de savoir si les milieux d'affaires feraient un bon usage des SAS, auquel cas l'expérience pourrait être généralisée ou si, au contraire, ces sociétés favoriseraient les fraudes ou les abus, auquel cas elles seraient supprimées.“

³⁸² Bzw. ein *living lab*, so *Le Cannu*, BJS 1999, 841, 581: „Le procédé légistique du laboratoire vivant ne manquera pas de poser de difficiles problèmes aux juristes.“

ein breit angelegter Missbrauch der Rechtsform wurde nicht bekannt.³⁸³ Stattdessen dehnte die Praxis den Anwendungsbereich der neuen Rechtsform langsam aus und verankerte sie insbesondere im Konzernrecht.³⁸⁴ Der Gesetzgeber konnte indes zu einer wahren Versuchsreihe weiterer Reformen der neuen Rechtsform ansetzen.

Einen gewaltigen Sprung ins kalte Wasser wagte er sogleich mit seiner ersten großen Änderung, der Öffnung der SAS für neue Anlegerkreise im Jahr 1999.³⁸⁵ Dieser Schritt kam durchaus überraschend.³⁸⁶ Im Zuge der allgemeinen Reformdiskussionen hatte *Field*, einer der Väter der SAS, noch 1996 erklärt, dass diese neue Rechtsform für bedeutende bzw. mündige Gesellschafter gedacht war und gewiss nicht auf gewöhnliche Aktiengesellschaften ausgedehnt werden könne.³⁸⁷ Auch der wissenschaftliche Diskurs deutete nicht auf eine derart weitreichende Reform hin.³⁸⁸ Die Abschaffung der besonderen Anforderungen an Gesellschafter der SAS scheint vielmehr ein Erfolg von Lobbygruppen gewesen zu sein, die ein fachfremdes Gesetzesprojekt genutzt haben, um ihre Ziele rasch und verhältnismäßig geräuschlos durchzusetzen.³⁸⁹ Breite Debatten fanden schlicht nicht statt.³⁹⁰ Womöglich konnte es auch nur so gelingen, die SAS für alle Gesellschafterkreise

³⁸³ Vgl. Fn. 113; zur Rolle der Praxis etwa *Hannoun*, *Les Petites Affiches*, 9 avril 1997, n° 43, 3: „il s’agit sans doute d’un nouvel épisode de ce dialogue constant de la pratique et du législateur“; vgl. auch *Guyon*, *Rev. soc.* 1994, 207, 221: „L’avenir de la SAS est entre les mains de ses utilisateurs.“; ähnlich *Périm*, *BJS* 2001, 745, 757; negativ gewandt *Randoux*, *JCPE* 1999, 1812, 1819: „Les dérives entraîneraient inévitablement une nouvelle intervention législative et le retour à un construit impératif.“

³⁸⁴ Früh bereits *Cannard*, *D&P* 15 (avril 1994), 24; *Le Cannu*, *Defrénois* 1994, 1345, 1348; *Thomas/Ortega*, *Cah. dr. entr.* 2/1994, 2, 4; als Strategie *Le Cannu*, *BJS* 1999, 841, 845: „tactique des petits pas de travers: une formule acceptée dans un but précis est utilisée dans un autre emploi, qui justifie lui-même une revendication supplémentaire.“

³⁸⁵ Vgl. *Mortier*, *Actes prat. ing. sociétaire* n° 165, mai-juin 2019, n° 3, 1: „La véritable libération de la SAS“.

³⁸⁶ Vgl. III.3.; weiter *Germain*, *JCPE* 1999, 1505: „coup de baguette magique“; *Masquelier/Simon de Kergunic* (Fn. 27), S. 11: „contre toute attente“.

³⁸⁷ *Marini* (Fn. 90), S. 159 zur Anhörung von B. Field: „Il évoque la SAS qui constitue un modèle de liberté mais rappelle que cette forme sociale a été conçue pour des partenaires «maieurs» et qu’il n’est sans doute pas possible de l’étendre aux SA ordinaires.“

³⁸⁸ Zum vorsichtigeren Stand der Vorentwürfe *JCl. Soc. Traité/Germain/Périm/Azarian*, Fasc. 155-10, Stand 1.7.2019, Rn. 46.

³⁸⁹ Vgl. *Bertrel*, *D&P* 74 (sept. 1999), 40, 46: „totalement inaperçu dans l’ombre des dispositions relatives aux «stock options»“; *Germain*, *JCP E* 1999, 1505: „Il aura certainement fallu un mélange d’heureux hasards et la volonté active de bonnes fées pour que la nouvelle SAS accède à la vie juridique aussi facilement en cet été 1999.“; vgl. auch *Valette*, *Rev. soc.* 2000, 215, 219: „Réforme cachée ou réforme involontaire? Difficile de le dire.“

³⁹⁰ *JCl. Soc. Traité/Germain/Périm/Azarian*, Fasc. 155-10, Stand 1.7.2019, Rn. 5: „La portée de la réforme n’a pas échappé aux acteurs du débat, mais il n’y a eu ni débat de fond, ni examen en commission des lois.“; *Pailusseau*, *D.* 1999, chron. 333, 334: „sans grande discussion“; *Valette*, *Rev. soc.* 2000, 215, 217: „L’article 3 de la loi du 12 juillet n’a apparemment pas passionné les parlementaires. [...] Même si l’ampleur de la réforme n’a pas échappé à

zu öffnen, ohne zugleich zwingende minderheitenschützende Vorschriften zu ergänzen.³⁹¹

Weitere schrittweise Erleichterungen haben der SAS schließlich den Erfolg gebracht. In ihrer heutigen Form ist sie damit nicht nur ein Produkt besonderer französischer Innovationsfreude und strategischer Gesetzgebungskunst, sondern auch schlichter Beharrlichkeit.

certains, l'inertie des députés et des sénateurs est flagrante. Comment l'expliquer alors que plusieurs dossiers relatifs à la réforme du droit des sociétés étaient en cours à cette période?"

³⁹¹ Vgl. auch *Vidal*, Dr. soc. 2000, rep. 1: „Le succès de ces réformes ne viendrait-il pas de la manière dont elles ont été réalisées?“

§ 7 Deutschland: Partnerschaftsgesellschaft, 1994/2013

Jan Lieder/Raphael Hilser

I.	Einleitung	240
II.	Die Partnerschaftsgesellschaft	241
	1. Ausgangslage	241
	a) Traditioneller Kaufmannsbegriff	241
	b) Standesrechtliche Restriktionen	241
	c) BGB-Gesellschaft als Auffangrechtsform	243
	d) Veränderungen in der freiberuflichen Berufsausübung	243
	2. Entstehungsgeschichte	244
	a) Die Anfänge	244
	b) Die Gesetzentwürfe der 1970er Jahre	245
	c) Das Partnerschaftsgesellschaftsgesetz	247
	3. Grundstrukturen	248
	a) Trennung von Gesellschafts- und Berufsrecht	248
	b) Die Partnerschaft als OHG der freien Berufe	249
	c) Gründung	250
	d) Organisationsverfassung	251
	e) Haftungsverfassung	252
III.	Die Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung	254
	1. Entstehungsgeschichte	254
	2. Beweggründe	255
	a) Reduzierung des Haftungsrisikos der Partner	255
	b) Wettbewerb der Gesellschaftsrechtsordnungen	256
	3. Grundstrukturen	257
	a) Rechtsnatur	257
	b) Die PartG mbB als Rechtsformvariante	257
	c) Entstehung	259
	d) Haftungsverfassung	260
	e) Berufshaftpflichtversicherung	261
IV.	Rechtstatsächliche Entwicklung	262
V.	Aktuelle Entwicklungen: MoPeG und Brexit	266
	1. Liberalisierung des Namensrechts	266
	2. Öffnung der GmbH & Co. KG für Freiberufler	267
	3. Die eingetragene BGB-Gesellschaft	269
	4. Brexit und LLP	270
VI.	Abschließende rechtspolitische Würdigung	271

I. Einleitung

Mit Rechtsformneuschöpfungen hat sich der deutsche Gesetzgeber seit der Schaffung der GmbH im Jahre 1892 sehr zurückgehalten. Das liegt nicht zuletzt daran, dass bereits Ende des 19. Jahrhunderts deutschen Unternehmen eine ganze Reihe von Rechtsformalternativen für die wirtschaftliche Betätigung zur Verfügung stand,¹ die weitere Verbandsformen über einen Zeitraum von mehr als einhundert Jahren als entbehrlich erscheinen ließ. Das änderte sich erst im Jahre 1994 mit der Schaffung der Partnerschaftsgesellschaft (PartG).² Sie ist damit nicht nur die einzige Rechtsformneuschöpfung des deutschen Gesetzgebers im 20. Jahrhundert,³ sondern bis heute die einzige deutsche Kreation einer grundständigen Verbandsform seit der GmbH überhaupt.

Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte mit der PartG eine auf die spezifischen Bedürfnisse von Angehörigen der freien Berufe zugeschnittene Rechtsform geschaffen werden, die sich als Unternehmensträgerin gerade auch für größere Sozietäten eignet.⁴ Der rechtstatsächliche Erfolg der neuen Verbandsform ließ indes auf sich warten. Freiberufler blieben vielfach in Form der BGB-Gesellschaft organisiert oder wandten sich nach der Liberalisierung berufs- und standesrechtlicher Vorschriften der GmbH zu. Neue Dynamik entfaltete erst die Etablierung der Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung (PartG mbB) als Rechtsformvariante der herkömmlichen Partnerschaft im Jahre 2013.⁵ Seitdem befindet sich die Gesamtpopulation der Partnerschaftsgesellschaften im Aufwind.⁶ Dabei läuft die PartG mbB der klassischen Partnerschaftsgesellschaft zunehmend den Rang ab. Die haftungsbeschränkte Variante dominiert inzwischen die Rechtsform. Damit ist die Geschichte der Partnerschaft aber noch keineswegs zu Ende erzählt. Denn mit der inzwischen vollzogenen Öffnung der Personenhandels-gesellschaften für bestimmte Freiberufler im Zuge der Reform des Personengesellschaftsrechts sowie mit der Kreation der eingetragenen BGB-Gesellschaft (eGmbH) durch das MoPeG⁷ werden die Karten neu gemischt.⁸

¹ Für einen Überblick über die wichtigsten Rechtsformalternativen vgl. *Lieder*, in: MünchHdbGesR IX, 6. Aufl. 2021, § 3 Rn. 13 ff.

² Gesetz zur Schaffung von Partnerschaftsgesellschaften und zur Änderung anderer Gesetze vom 25. Juli 1994, BGBl. I, S. 1744: Art. 1 Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger Freier Berufe (Partnerschaftsgesellschaftsgesetz – PartGG).

³ *Seibert*, Die Partnerschaft, 1994, S. 39.

⁴ *BegrRegE*, BT-Drucks. 12/6152, S. 1 f.

⁵ Gesetz zur Einführung einer Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung und zur Änderung des Berufsrechts der Rechtsanwälte, Patentanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer vom 15. Juli 2013, BGBl. I, S. 2386.

⁶ Dazu und zum Folgenden ausf. unten IV.

⁷ Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG) vom 10. August 2021, BGBl. I, S. 3436.

⁸ Dazu näher unten V.2. und V.3.

Im Folgenden werden die klassische Partnerschaftsgesellschaft (unter II.) und ihre haftungsbeschränkte Rechtsformvariante (unter III.) aus rechtshistorischer und rechtsdogmatischer Perspektive einer kritischen Würdigung unterzogen. Es folgen eine Darstellung der rechtstatsächlichen Entwicklung der Partnerschaft (unter IV.) sowie eine Erläuterung der Implikationen der durch das MoPeG veränderten normativen Rahmendaten der freiberuflichen Organisationsmöglichkeiten (unter V.). Der Beitrag schließt mit einer rechtspolitischen Bewertung der beiden PartG-Spielarten (unter VI.).

II. Die Partnerschaftsgesellschaft

1. Ausgangslage

Die Entstehung der Partnerschaftsgesellschaft lässt sich nur vor dem Hintergrund der traditionellen Rechtsstellung von Freiberuflern im Gesamtsystem des Handels- und Gesellschaftsrechts einerseits und den Restriktionen des freiberuflichen Standesrechts andererseits verstehen.

a) Traditioneller Kaufmannsbegriff

Nach dem historisch gewachsenen Kaufmannsbegriff⁹ betreiben Freiberufler kein Gewerbe im handelsrechtlichen Sinne.¹⁰ Ihnen waren daher – mit Ausnahme von Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften¹¹ – die handelsrechtlichen Personengesellschaften (OHG, KG) nach §§ 105 Abs. 1, 161 Abs. 2 HGB bis zum Inkrafttreten der Neuregelung durch das MoPeG verschlossen.¹² Namentlich Anwaltsgesellschaften war es in der Vergangenheit nicht möglich, sich in Form einer (GmbH & Co.) KG zu organisieren,¹³ um auf diese Weise von der auf das Gesellschaftsvermögen der Komplementär-GmbH beschränkten Haftung zu profitieren.

b) Standesrechtliche Restriktionen

Ungeachtet der Zweckoffenheit der GmbH nach § 1 GmbHG haben berufs- und standesrechtliche Vorschriften der Verwendung der GmbH als Organisationsform

⁹ Darauf dezidiertweisend BegrRegE, BT-Drucks. 12/6152, S. 1; Bösert, DStR 1993, 1332.

¹⁰ Körber, in: Oetker, HGB, 8. Aufl. 2024, § 1 Rn. 35; Merkt, in: Hopt, HGB, 43. Aufl. 2024, § 1 Rn. 19; K. Schmidt, in: MüKoHGB, 5. Aufl. 2021, § 1 Rn. 32.

¹¹ Vgl. BGH, NZG 2014, 1179 Rn. 10 ff.; Lieder, in: Oetker (Fn. 10), § 107 HGB Rn. 13 ff.; Henssler/Markworth, NZG 2015, 1.

¹² Dazu ausf. unten V.2.

¹³ BGH, NJW 2011, 3036 Rn. 11; vgl. weiter Schäfer, in: Habersack/Schäfer, HGB, 2. Aufl. 2019, § 105 Rn. 28 ff.; Lieder, in: Oetker (Fn. 10), § 107 Rn. 15; Lieder/Hoffmann, NJW 2015, 897, 902; Römermann, AnwBl 2011, 750 ff.

für Freiberuflergesellschaften lange Zeit substanzielle Schranken gesetzt.¹⁴ Das galt nach traditioneller Sichtweise insbesondere für Rechts- und Patentanwälte,¹⁵ Ärzte und weitere Heilberufe,¹⁶ Architekten und Ingenieure.¹⁷ Die Organisation in Form einer Kapitalgesellschaft wurde als unvereinbar mit den Charakteristika einer freiberuflichen Betätigung angesehen.¹⁸ Selbst die Materialien zum PartGG diagnostizierten ein Spannungsverhältnis zwischen der höchstpersönlichen Leistungserbringung und der weisungsfreien Berufsausübung Angehöriger freier Berufe einerseits und kapitalgesellschaftsrechtlichen Strukturmerkmalen andererseits.¹⁹ Erst seit Mitte der 1990er Jahre lassen sich starke Liberalisierungstendenzen ausmachen, welche die GmbH inzwischen weitgehend für die bezeichneten Berufsgruppen geöffnet haben.²⁰ Allerdings setzt der Betrieb einer Freiberufler-GmbH regelmäßig die Einhaltung gesetzlicher Mindestanforderungen voraus, wie z. B. den Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung.²¹ Hinzu kommen steuer- und bilanzrechtliche Besonderheiten von Kapitalgesellschaften, die der Körperschaft-²² und Gewerbesteuer²³ unterliegen sowie zur Buchführung²⁴ und Abschlusserstellung²⁵ verpflichtet sind. Dies bindet zeitliche und finanzielle Ressourcen in nicht unerheblichem Umfang. Dementsprechend erweist sich der Zusammenschluss in Form einer Kapitalgesellschaft vielfach für die Bedürfnisse freiberuflicher Berufsträger als weniger gut geeignet.²⁶

¹⁴ Zur Entwicklung näher *Henssler*, in: Henssler, PartGG, 3. Aufl. 2018, Einl. Rn. 41 ff.; *Lenz*, in: Meilicke u. a., PartGG, 3. Aufl. 2015, § 1 Rn. 7 ff.; *Schäfer*, in: MüKoBGB, 9. Aufl. 2023, Vor § 1 PartGG Rn. 16 ff.

¹⁵ Dazu ausf. *Michalski*, Gesellschafts- und Kartellrecht der berufsrechtlich gebundenen freien Berufe, 1989, S. 1 ff.; *Donath*, ZHR 156 (1992), 134, 136 ff.; *Stehle*, DStR 1983, 100, 101; *Taupitz*, JZ 1994, 1100 ff.; *ders.*, NJW 1995, 369 ff.

¹⁶ Vgl. AG Saarbrücken, GmbHR 1989, 297 f.; LG Hannover, GmbHR 1994, 119 f.; *Stehle*, DStR 1983, 100, 101.

¹⁷ Vgl. VGH Mannheim, DVBl. 1999, 50 f. für die Nichteintragung einer Architekten-GmbH, dabei gesellschafts- und standesrechtliche Hindernisse ausdrücklich offenlassend.

¹⁸ *Kremer*, GmbHR 1983, 259, 263 ff.; *Taupitz*, NJW 1992, 2317 f. konstatiert einen Widerspruch von den Merkmalen einer zahnärztlichen Leistung zu den prägenden Eigenschaften einer GmbH; vgl. auch *Bösert*, DStR 1993, 1332 unter Verweis auf BVerfGE 21, 227, 232 = BeckRS 1967, 487.

¹⁹ BegrRegE, BT-Drucks. 12/6152, S. 1; vgl. weiter *Seibert/Kilian*, in: Kilian, PartGG, 2012, Einl. Rn. 4; *Bösert*, DStR 1993, 1332; *Seibert* (Fn. 3), S. 42.

²⁰ Vgl. BayObLG, NJW 1995, 199; BayObLG, NJW 2000, 1647 für Anwälte; BGH, NJW 1994, 786 für Zahnärzte; BGH, GRUR 1992, 175, 176 für Heilpraktiker; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, 1322 f. für Architekten; OLG Hamm GmbHR 1997, 599 f. für Ingenieure.

²¹ Vgl. § 30a Abs. 2 Nr. 6 HBKG BW (Heilberufe); § 2b Abs. 3 ArchG BW (Architekten); § 17 Abs. 4 IngKammG BW (Ingenieure).

²² Vgl. § 1 Abs. 1 KStG.

²³ Vgl. § 15 EStG, § 2 Abs. 2 Satz 1 GewStG.

²⁴ Vgl. § 238 HGB.

²⁵ Vgl. § 264 Abs. 1 HGB.

²⁶ Satt aller *Lenz*, in: Meilicke u. a. (Fn. 14), § 1 Rn. 7.

c) *BGB-Gesellschaft als Auffangrechtsform*

Vor diesem Hintergrund blieb Freiberuflern in der Vergangenheit nur die Option, sich in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zusammenzuschließen. Allerdings war diese Organisationsform wiederum mit erheblichen Nachteilen verbunden. Abgesehen von der persönlichen Haftung der Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen²⁷ fehlte es der BGB-Gesellschaft nach herkömmlicher Auffassung an einer eigenen Rechtspersönlichkeit.²⁸ In der Folge war die GbR früher nicht parteifähig, grundbuchfähig, deliktstfähig und auch nicht namensfähig. Ihr fehlte es deshalb an der notwendigen Beweglichkeit im Rechtsverkehr.²⁹ Erst im Jahre 2001 konnte sich der II. Zivilsenat des BGH³⁰ zur Anerkennung der Rechtsfähigkeit der (Außen-)GbR durchringen (vgl. nun § 705 Abs. 2 BGB). Weitere Schwierigkeiten ergaben sich aus dem antiquierten dispositiven BGB-Gesellschaftsrecht, das bis zum Inkrafttreten des MoPeG für den Tod³¹ oder das Ausscheiden³² eines Gesellschafters die Auflösung der Gesellschaft vorsah. Der damit bezeichnete Mangel an verfestigten Organisationsstrukturen im Innenverhältnis trat besonders deutlich bei großen Anwaltssozietäten und kapitalintensiven Zusammenschlüssen hervor, die auf eine stabile verbandsrechtliche Grundlage angewiesen sind.³³

d) *Veränderungen in der freiberuflichen Berufsausübung*

Der damit für die freiberufliche Berufsausübung verifizierte Mangel einer geeigneten Rechtsform erschien zu Beginn der 1990er Jahre umso schwerwiegender, als sich auch die praktischen Rahmenbedingungen durch einen anhaltenden Trend zur Internationalisierung und zu größeren Zusammenschlüssen veränderten. Paradigmatisch dafür steht der Wandel des anwaltlichen Berufsbildes.³⁴ Während der Beruf des Rechtsanwalts – ebenso wie der des Arztes oder des Steuerberaters – am Anfang des vergangenen Jahrhunderts regelmäßig noch von einzelnen

²⁷ Zu dem Wunsch nach Haftungsbegrenzung *Römermann*, in: *Römermann*, PartGG, 5. Aufl. 2017, Einf. Rn. 58; *Beckmann*, in: FS Kleinert, 1992, S. 210; *Bösert*, DStR 1993, 1332.

²⁸ *BegrRegE*, BT-Drucks. 12/6152, S. 1; *Böhringer*, BWNotZ 1995, 1; *Bösert*, DStR 1993, 1332.

²⁹ Zu den Defiziten der GbR ausf. *Römermann*, in: *Römermann* (Fn. 27), Einf. Rn. 44 ff.

³⁰ BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056; dazu ausf. *Wedemann*, in: *Fleischer/Thiessen*, Gesellschaftsrechts-Geschichten, 2018, S. 491 ff.

³¹ Vgl. § 727 Abs. 1 BGB a. F.; siehe nunmehr §§ 723 Abs. 1 Nr. 1, 729 BGB; vgl. zu dem durch das MoPeG vollzogenen Paradigmenwechsel hin zu dem Grundsatz „Ausscheiden statt Auflösung“: *Bochmann*, ZGR Sonderheft 23 (2021), 221, 228; *Lieder/Hilser*, NotBZ 2021, 401, 409.

³² Vgl. §§ 723, 736 Abs. 1 BGB a. F.; siehe nunmehr § 712 Abs. 1 BGB.

³³ Vgl. *BegrRegE*, BT-Drucks. 12/6152, S. 7; *Römermann*, in: *Römermann* (Fn. 27), Einf. Rn. 47 f.; *Seibert*, DB 1994, 2381, 2382.

³⁴ Dazu und zum Folgenden *Seibert* (Fn. 3), S. 40; *Hennen*, Die Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung als Alternative zur britischen Limited Liability Partnership, 2016, S. 2 ff.; siehe auch *Bösert*, DStR 1993, 1332.

Berufsträgern in der selbstständigen Kanzlei ausgeübt wurde, war der Rechtsberatungsmarkt in der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts durch eine zunehmende Konzentration und Spezialisierung geprägt.³⁵ Die mit der Globalisierung verbundene Zunahme an grenzüberschreitenden Sachverhalten und die wachsende Komplexität der zu bearbeitenden Rechtsfragen brachten ein Bedürfnis nach einer verstärkten Zusammenarbeit einer größeren Zahl von Berufsträgern hervor.³⁶ Diese Entwicklung beschleunigte sich noch durch die zunehmende ausländische Konkurrenz.³⁷ Paradigmatisch für den anhaltenden Trend zur gemeinsamen Berufsausübung stehen die wirtschaftsrechtlich ausgerichteten „Großkanzleien“, denen es bis Mitte der 1990er Jahre an einer adäquaten Organisationsform fehlte.³⁸

2. Entstehungsgeschichte

a) Die Anfänge

Die Idee einer Partnerschaftsgesellschaft als eigenständige Verbandsform für den Zusammenschluss von Freiberuflern lässt sich bis in die 1950er Jahre zurückverfolgen. Bereits im Jahre 1956 machte das Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e. V. den ersten Aufschlag zur Schaffung einer neuen Verbandsform für die Angehörigen freier Berufe.³⁹ Inhaltlich sollten klassische Elemente der juristischen Person, insbesondere Rechtsfähigkeit und beschränkte Gesellschafterhaftung, mit personengesellschaftsrechtlichen Strukturmerkmalen, etwa im Hinblick auf die Geschäftsführung und Vertretung, kombiniert werden. Indes blieb diesen frühen Bestrebungen zur Schaffung einer hybriden Gesellschaftsform der legislatorische Erfolg versagt. Das Bundesjustizministerium entschied sich gegen die Initiierung eines Gesetzgebungsverfahrens, weil die Resonanz aus der Praxis, namentlich aus Kreisen der Anwaltschaft, zu gering ausgefallen war.⁴⁰

³⁵ Henssler, in: Henssler/Streck, Handbuch Sozietätsrecht, 2. Aufl. 2011, Rn. 1 ff.; Hennen (Fn. 34), S. 3 f.; Kunz, in: Peres/Senft, Sozietätsrecht, 3. Aufl. 2015, Rn. 1 ff.

³⁶ Hennen (Fn. 34), S. 3 f.; Statz, Die Haftungsverfassung der Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung, 2017, S. 1.

³⁷ BegrRegE, BT-Drucks. 12/6152, S. 1; Seibert (Fn. 3), S. 40; Beckmann (Fn. 27), S. 210, 215.

³⁸ Vgl. plakativ Bösert, DStR 1993, 1332, 1333: „Zuwenig der GbR“, „Zuviel der Kapitalgesellschaften“, „Nicht-ganz-passen der Personenhandelsgesellschaften“. Siehe auch Begr. Entwurf 1975, BT-Drucks. 7/4089, S. 1: „Die bisher bestehenden Gesellschaftsformen sind organisatorisch oder steuerlich entweder zu sehr auf die Gegebenheiten bei Handel und Gewerbe oder zu sehr auf kleinere Zusammenschlüsse zugeschnitten, so daß entweder die Gesellschaftsstruktur zu bürokratisch, die Steuerbelastung zu hoch oder Standesrecht nicht anwendbar ist“.

³⁹ Dazu und zum Folgenden Thümmel, WPg 1971, 399; zur Historie insgesamt Römermann, in: Römermann (Fn. 27), Einf. Rn. 1 ff.; Schäfer (Fn. 14), Vor § 1 Rn. 1 ff.; Wehrheim/Wirtz, Die Partnerschaftsgesellschaft, 6. Aufl. 2018, S. 22 ff.; Fischer, Die Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung, 2015, S. 33 ff.; Beckmann (Fn. 27), S. 210 ff.

⁴⁰ Römermann, in: Römermann (Fn. 27), Einf. Rn. 2; Thümmel, WPg 1971, 399.

b) Die Gesetzentwürfe der 1970er Jahre

Erst in den 1970er Jahren wurden die kodifikatorischen Bestrebungen wieder aufgenommen.⁴¹ Nach maßgeblichen Vorarbeiten *Norbert Volmers*⁴² und umfangreichen Erörterungen von Verbandsseite wurde ein Gesetzentwurf über den Diskussionskreis Mittelstand der CDU/CSU an die CDU/CSU-Bundestagsfraktion weitergeleitet, die den Entwurf eines Partnerschaftsgesetzes im Jahre 1971 als Gruppenantrag von 93 Fraktionsabgeordneten in den Bundestag einbrachte.⁴³ Weitere, inhaltlich nahestehende Gesetzentwürfe datieren aus den Jahren 1975⁴⁴ und 1976⁴⁵.

Zur Motivation verwiesen die Entwurfsverfasser zum einen auf die Veränderungen in der freiberuflichen Betätigung, die eine intensivere, auch interdisziplinäre Zusammenarbeit erforderlich mache. Gerade bei größeren Projekten, die von einzelnen Freiberuflern nicht mehr gestemmt werden konnten, zeige sich verstärkt das Bedürfnis für eine neue Rechtsform.⁴⁶ Zum anderen wollte man gegenüber ausländischen Gesetzgebern nicht zurückstehen. Namentlich Frankreich hatte bereits im Jahr 1966 ein Spezialgesetz für die Kooperation von Freiberuflern erlassen.⁴⁷ Darin erkannte man einen Wettbewerbsnachteil, der durch die Schaffung einer neuartigen deutschen Verbandsform für Freiberufler ausgeglichen werden sollte.

(1) Gesetzentwurf 1971

Der Gesetzentwurf von 1971 verfolgte das ambitionierte Ziel, eine Gesellschaftsform zu schaffen, „in der die Haftung auf ein vernünftiges Maß beschränkt, die steuerliche Belastung durch die Berufsausübung in einer Gesellschaft nicht erhöht wird, die Berufsregeln weiter gelten und die funktionale Leistungsfähigkeit des Einzelnen durch eine möglichst lockere Organisation der Gesellschaft gefördert wird“.⁴⁸ Die Partnerschaft war als juristische Person konzipiert, auf die allerdings größtenteils OHG-Vorschriften anwendbar sein sollten.⁴⁹ In steuerrechtlicher Hinsicht sollte auf die Erhebung von Körperschaftsteuer verzichtet werden.⁵⁰

⁴¹ Dazu und zum Folgenden ausf. *Römermann*, in: *Römermann* (Fn. 27), Einf. Rn. 3 ff.; *Schäfer* (Fn. 14), Vor § 1 PartGG Rn. 2 ff.

⁴² *Volmer*, StB 1967, 25 ff.

⁴³ BT-Drucks. VI/2047; dazu *Thümmel*, WPg 1971, 399 f.

⁴⁴ BT-Drucks. 7/4089.

⁴⁵ BT-Drucks. 7/5402 sowie BT-Drucks. 7/5413.

⁴⁶ BT-Drucks. 7/4089, S. 8.

⁴⁷ Gesetz Nr. 66-897 über Gesellschaften zur freien Berufsausübung (*sociétés civiles professionnelles*) vom 29. November 1966; zitiert nach Begr. GesetzE, BT-Drucks. VI/2047, S. 6; *Römermann*, in: *Römermann* (Fn. 27), Einf. Rn. 3; *Thümmel* WPg 1971, 399, 400.

⁴⁸ BegrGesetzE, BT-Drucks. VI/2047, S. 1.

⁴⁹ Vgl. *Beckmann*, Der freie Beruf, 1992, S. 19 f.

⁵⁰ BegrGesetzE, BT-Drucks. VI/2047, S. 6; vgl. weiter *Schäfer* (Fn. 14), Vor § 1 PartGG Rn. 2.

Mit ihrem gemischt kapital- und personengesellschaftsrechtlichen Gepräge hätte der Gesetzentwurf der Partnerschaft eine Zwitterstellung im Gesamtgefüge der deutschen Verbandsformen verliehen, wie sie etwa der US-amerikanischen LLC eigen ist.⁵¹ Eine weitere Besonderheit des Entwurfs bestand in der generellen Haftungsbeschränkung auf eine Summe von 500.000 DM.⁵² Der mit 29 Paragraphen recht umfangreiche Gesetzentwurf stieß zwar verbreitet auf Zustimmung,⁵³ fiel in letzter Konsequenz allerdings nach der Auflösung des 6. Deutschen Bundestags 1972 der materiellen Diskontinuität zum Opfer⁵⁴ und wurde in der nächsten Legislaturperiode nicht unmittelbar weiterverfolgt.

(2) Gesetzentwurf 1975

Erst im Jahr 1975 wurden die Arbeiten an der neuen Gesellschaftsform in enger Abstimmung mit den betroffenen Berufsverbänden neu aufgenommen.⁵⁵ Der nunmehr von Abgeordneten der Fraktionen CDU/CSU, SPD und FDP getragene Gesetzentwurf gestaltete die Partnerschaft wiederum als juristische Person aus⁵⁶ und orientierte sich auch bei den übrigen Regelungen stark am Gesetzentwurf von 1971.⁵⁷ Eine zentrale Änderung bestand allerdings darin, dass die generelle Haftungsbeschränkung gestrichen wurde. Stattdessen sollte – soweit nicht die Alleinhaftung eines Partners vereinbart wurde – die Partnerschaftsgesellschaft für die fehlerhafte Berufsausübung der Partner haften.⁵⁸

(3) Gesetzentwurf 1976

Der 1975 noch in erster Lesung durch den Deutschen Bundestag behandelte Entwurf erfuhr in den Ausschüssen eine durchaus kontroverse Behandlung.⁵⁹ Daraufhin wurde ein neuer Gesetzentwurf erarbeitet und im Jahre 1976 eingebracht, der sich durch substantielle Änderungen gegenüber den früheren Textstufen auszeichnete. Zwar sollte die Partnerschaft auch weiterhin zur Führung eines eigenen Namens berechtigt und parteifähig sein. Demgegenüber nahm der Entwurf aber von der im ursprünglichen Entwurf enthaltenen Haftungsbeschränkung Abstand und verweigerte zugleich die Anerkennung der Rechtsfähigkeit.⁶⁰ Gleichwohl wurde der Gesetzentwurf – auf Empfehlung des Rechtsausschusses – vom

⁵¹ Zum hybriden Charakter der LLC siehe in diesem Band § 1 (*Fleischer/Kolb*), S. 27.

⁵² *Thümmel*, WPg 1971, 399, 400.

⁵³ *Beckmann* (Fn. 27), S. 210, 211.

⁵⁴ *Römermann*, in: *Römermann* (Fn. 27), Einf. Rn. 7; *Beckmann* (Fn. 27), S. 210, 211.

⁵⁵ Dazu ausf. *Römermann*, in: *Römermann* (Fn. 27), Einf. Rn. 8 ff.

⁵⁶ So ausdrücklich *BegrGesetzE*, BT-Drucks. 7/4089, S. 8; anders aber *Schäfer* (Fn. 14), Vor § 1 PartGG Rn. 3.

⁵⁷ *BegrGesetzE*, BT-Drucks. 7/4089, S. 8.

⁵⁸ Siehe § 10 Abs. 1 Satz 1 *GesetzE*, BT-Drucks. 7/4089, S. 4.

⁵⁹ Dazu und zum Folgenden ausf. *Römermann*, in: *Römermann* (Fn. 27), Einf. Rn. 10 ff.; *Beckmann* (Fn. 27), S. 210, 211.

⁶⁰ Zu den Gründen für die Abkehr von einer kapitalgesellschaftsrechtlichen Konzeption: *BT-Drucks. 7/5413*, S. 2.

Bundestag verabschiedet.⁶¹ Allerdings verweigerte der Bundesrat dem Partnerschaftsgesetz die Gefolgschaft. Zu gering erschien den Beteiligten inzwischen der praktische Nutzen der neuen Gesellschaftsform, zu hoch die mit der Umsetzung verbundenen Kosten.⁶² Damit war eine Rechtsformneuschöpfung für Freiberufler erneut gescheitert.

c) Das Partnerschaftsgesellschaftsgesetz

Erst Ende der 1980er Jahre nahm die Diskussion über eine wirtschaftsnahe freiberufliche Organisationsform wieder Fahrt auf. Es hatte sich in den Freiberuflerverbänden die Auffassung durchgesetzt, dass es einer eigenständigen Rechtsform bedürfe, die den spezifischen und in der Zwischenzeit erheblich gestiegenen Anforderungen an deren Berufsausübung entspreche.⁶³ Zentrale Forderungen des Bundesverbands der freien Berufe waren eine Zusammenarbeit auch unterschiedlicher Berufsgruppen und eine Haftungsbeschränkung. Der vom 16. Januar 1991 datierende Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und FDP sah zumindest vor, dass „für eine zeitgemäße Zusammenarbeit zwischen den Freien Berufen“ der Erlass eines Partnerschaftsgesetzes vorzubereiten sei.⁶⁴ Vorangetrieben durch das Bundeswirtschaftsministerium in Abstimmung mit den bundesweit tätigen freiberuflichen Organisationen⁶⁵ sowie durch den Wirtschaftsausschuss des Deutschen Bundestages⁶⁶ legte das Bundesministerium der Justiz am 8. Januar 1993 den Referentenentwurf vor.⁶⁷ Nach kritischen Stellungnahmen, insbesondere wegen Vermischung gesellschafts- und berufsrechtlicher Vorschriften,⁶⁸ verabschiedete das Bundeskabinett am 20. Juli 1993 einen erheblich modifizierten Regierungsentwurf, der mit Schreiben des Bundeskanzlers vom 11. November 1993 an den Deutschen Bundestag übermittelt wurde.⁶⁹ Inhaltlich zeichnete sich der Regierungsentwurf durch eine deutliche Verschlankung und eine klare Trennung von Gesellschafts- und Berufsrecht aus.⁷⁰ Mit geringfügigen Änderungen durch den Rechtsausschuss⁷¹ wurde das Partnerschaftsgesellschaftsgesetz (PartGG) am

⁶¹ Sten. Ber. Plenarprotokoll 7/256, S. 18431 (C); vgl. weiter *Römermann*, in: *Römermann* (Fn. 27), Einf. Rn. 11; *Seibert*, AnwBl 1993, 155; *Beckmann* (Fn. 27), S. 210, 212.

⁶² Vgl. Rechtsausschuss des Bundesrats, BR-Drucks. 444/76, S. 345; *Wüst*, JZ 1989, 270, 277.

⁶³ Dazu und zum Folgenden ausf. *Römermann*, in: *Römermann* (Fn. 27), Einf. Rn. 15 ff.; *Beckmann* (Fn. 27), S. 210, 212 f.

⁶⁴ Zitiert nach *Römermann*, in: *Römermann* (Fn. 27), Einf. Rn. 17 a. E.; *Beckmann* (Fn. 27), S. 210, 213.

⁶⁵ Für Einzelheiten vgl. *Römermann*, in: *Römermann* (Fn. 27), Einf. Rn. 19 f.; *Beckmann* (Fn. 27), S. 210, 213.

⁶⁶ Bericht, BT-Drucks. 12/2017, S. 3.

⁶⁷ Abgedruckt in ZIP 1993, 153.

⁶⁸ Zur Kritik *K. Schmidt*, ZIP 1993, 633 ff.; *Michalski*, ZIP 1993, 1210, 1211 ff.; *Fischer* (Fn. 39), S. 36 f.

⁶⁹ BegrRegE, BT-Drucks. 12/6152.

⁷⁰ Vgl. auch *Schäfer* (Fn. 14), Vor § 1 PartGG Rn. 5 f.

⁷¹ Rechtsausschuss, BT-Drucks. 12/7642.

26. Mai 1994 vom Bundestag verabschiedet.⁷² Der Bundesrat stimmte dem Gesetz am 10. Juni 1994 zu,⁷³ das größtenteils am 1. Juli 1995 in Kraft trat.⁷⁴ Flankiert wird das PartGG durch die Partnerschaftsregisterverordnung, durch welche die Länder zur Errichtung des Partnerschaftsregisters ermächtigt worden sind.⁷⁵

3. Grundstrukturen

a) Trennung von Gesellschafts- und Berufsrecht

Mit Blick auf die wechselhafte Entstehungsgeschichte der Partnerschaftsgesellschaft war es alles andere als ausgemacht, dass die endgültige Kodifikation der neuen Verbandsform sich auf die gesellschaftsrechtliche Organisations- und Haftungsstruktur beschränkt. Denn eine zentrale Forderung im Gesetzgebungsverfahren zielte auf die Zulassung interprofessioneller Partnerschaften ab. Sie wurde mit dem PartGG nicht erfüllt. Stattdessen überließ der Gesetzgeber diesen Regelungskomplex dem Berufsrecht.

Die Trennung von Verbands- und Standesrecht manifestiert sich mit besonderer Deutlichkeit in § 1 Abs. 3 PartGG. Der darin geregelte Vorbehalt des Berufsrechts schließt die Partnerschaft als Organisationsform für solche Zusammenschlüsse aus, die sich nach dem einschlägigen Berufsrecht als unzulässig erweisen. Das gilt namentlich für Apotheker, die sich nach § 8 Satz 1 Hs. 1 ApoG ausschließlich in Form der GbR oder OHG organisieren können.⁷⁶ Darüber hinaus kann das Berufsrecht die zulässige Betätigung in Form einer Partnerschaft von der Erfüllung weiterer Voraussetzungen abhängig machen, wie z. B. von dem Abschluss einer – bestimmten Mindeststandards entsprechenden – Berufshaftpflichtversicherung. Weiterhin sind die berufsrechtlichen Grenzen für einen interprofessionellen Zusammenschluss von Freiberuflern zu beachten. Rechts- und Patentanwälte können sich nach Maßgabe des § 59a Abs. 1 BRAO ohne Weiteres mit Steuerberatern, Steuerbevollmächtigten, Wirtschaftsprüfern sowie vereidigten Buchprüfern zusammenschließen. Daran ändert auch das zum 1. August 2022 in Kraft getretene Gesetz zur Neuregelung des Berufsrechts vom 7. Juli 2021⁷⁷ nichts.⁷⁸ Seit Inkrafttreten dieser Reform ist jedoch gem. § 59c Abs. 1 Nr. 4 BRAO n. F. darüber hinaus auch ein Zusammenschluss von Rechtsanwälten mit sämtlichen Angehörigen weiterer freier Berufe möglich, wenn die Verbindung mit dem Beruf des Rechtsanwalts nicht unvereinbar ist oder das Ver-

⁷² Sten. Ber. Plenarprotokoll 12/230, S. 20020 (B).

⁷³ Die Kontroverse, ob es sich bei dem PartGG um ein Einspruchs- oder Zustimmungsgesetz handelt, konnte damit offenbleiben; vgl. dazu *Schäfer* (Fn. 14), Vor § 1 PartGG Rn. 7.

⁷⁴ Vgl. Art. 9 des Gesetzes (Fn. 2).

⁷⁵ Verordnung über die Einrichtung und Führung des Partnerschaftsregisters (Partnerschaftsregisterverordnung – PRV) vom 16. Juni 1995, BGBl. I, S. 808.

⁷⁶ Dazu näher *Schäfer* (Fn. 14), § 1 PartGG Rn. 80.

⁷⁷ Gesetz zur Neuregelung des Berufsrechts der anwaltlichen und steuerberatenden Berufsausübungsgesellschaften sowie zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich der rechtsberatenden Berufe vom 7. Juli 2021, BGBl. I, S. 2363.

⁷⁸ Die Vorschrift wurde inhaltsgleich in § 59c Abs. 1 Nr. 1 BRAO n. F. übernommen.

trauen in seine Unabhängigkeit gefährdet wird. Dies markiert einen erheblichen Abbau der bislang geltenden Restriktionen.⁷⁹

Das Berufsrecht erhält damit für die wirksame Gründung einer Partnerschaft das Primat gegenüber dem Verbandsrecht.⁸⁰ Dies hat mit Blick auf die Gesetzgebungskompetenzen der Länder nach Art. 70 ff. GG für einen großen Teil der freien Berufe auch verfassungsrechtliche Gründe für sich. Gleiches gilt für die Leistungserbringung der Partner gegenüber Dritten, die nach § 6 Abs. 1 PartGG gleichermaßen im Einklang mit dem jeweils geltenden Berufsrecht erfolgen muss. Nach § 6 Abs. 1 PartGG erbringen die Partner ihre beruflichen Leistungen unter Beachtung des für sie geltenden Berufsrechts. Zu nennen ist weiterhin die in § 8 Abs. 3 PartGG eröffnete Möglichkeit, dass berufsrechtliche Vorschriften für einzelne Berufe eine Haftungsbeschränkung für Ersatzansprüche aus fehlerhafter Berufsausübung vorsehen können. Schließlich kommt auch die Wahl einer PartG mBb nur in Betracht, wenn das Berufsrecht diese Option nach Maßgabe des § 8 Abs. 4 Satz 1 PartGG eröffnet.⁸¹ Praktisch bedeutsamste Ausnahme vom grundsätzlichen Vorrang des Berufsrechts ist die Haftungsprivilegierung nach § 8 Abs. 2 PartGG, die nach zutreffender h. M.⁸² als rechtsformspezifisches Sonderrecht durch schärfere Haftungsanforderungen des Berufsrechts nicht verdrängt wird.

b) Die Partnerschaft als OHG der freien Berufe

Strebten frühe Gesetzentwürfe die rechtsdogmatische Fundierung der Partnerschaft noch als juristische Person an,⁸³ konzipierte das PartGG die neue Rechtsform als rechtsfähige Personengesellschaft.⁸⁴ Ihre konzeptionelle, funktionelle und regelungstechnische Nähe zur OHG ist mit Händen zu greifen. Partnerschaft und OHG sind Holz vom selben Stamme.⁸⁵ Das zeigt sich besonders deutlich an den zahlreichen Verweisungen auf Vorschriften des OHG-Rechts (vgl. § 2 Abs. 2; § 4 Abs. 1 Satz 1; § 5 Abs. 2; § 6 Abs. 3; § 7 Abs. 2, Abs. 3; § 9 Abs. 1, Abs. 4 Satz 2 sowie § 10 Abs. 2 PartGG). Danach ist die PartG insbesondere voll rechts- und namensfähig sowie registerpflichtig. Weitere Parallelen ergeben sich für die Gründung⁸⁶ und die Organisationsverfassung.⁸⁷ Abgesehen von der Handelnden-

⁷⁹ Vgl. BegrRegE, BT-Drucks. 19/27670, S. 177 ff.

⁸⁰ Vgl. auch K. Schmidt, ZIP 1993, 633, 635.

⁸¹ Dazu näher unten III.3.e).

⁸² Schäfer (Fn. 14), § 1 PartGG Rn. 78 a. E., § 8 Rn. 2; von Westphalen, in: Meilicke u. a. (Fn. 14), § 8 Rn. 8; a. A. Henssler, in: Henssler (Fn. 14), § 1 Rn. 243.

⁸³ Siehe nochmals oben II.2.b)(1) sowie II.2.b)(2).

⁸⁴ BegrRegE, BT-Drucks. 12/6152, S. 9; Römermann, in: Römermann (Fn. 27), Einf. Rn. 98; Meilicke, in: Meilicke u. a. (Fn. 14), § 7 Rn. 4; Kraft, in: Herrler, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2. Aufl. 2021, § 3 Rn. 18.

⁸⁵ Vgl. Salger, in: MünchHdbGesR I, 5. Aufl. 2019, § 37 Rn. 2; Seibert (Fn. 3), S. 39; K. Schmidt, ZIP 1993, 633, 635: „Schwesterfigur der OHG“; kritisch Henssler, in: Henssler (Fn. 14), Einf. Rn. 11.

⁸⁶ Siehe unten II.3.c).

⁸⁷ Siehe unten II.3.d).

haftung nach § 8 Abs. 2 PartGG besteht auch eine weitgehende Übereinstimmung der Haftungsverfassungen von OHG und PartG.⁸⁸ Komplettiert werden die Gemeinsamkeiten durch den Umstand, dass verbleibende Lücken im Regelungsgefüge – ebenso wie nach § 105 Abs. 3 HGB für die OHG – nach § 1 Abs. 4 PartGG durch die ergänzende Anwendung von BGB-Gesellschaftsrecht zu schließen sind.

Es verbleiben wenige Unterschiede. Sieht man von der Haftungsprivilegierung nach § 8 Abs. 2 PartGG ab, besteht die zentrale Abweichung darin, dass die Partnerschaft ausschließlich den Angehörigen freier Berufe offensteht, sie kein Handelsgewerbe betreibt und ihr nur natürliche Personen angehören können (vgl. § 1 Abs. 1 PartGG). In der Konsequenz unterliegt die Partnerschaft weder der kaufmännischen Rechnungslegung noch finden die Bestimmungen über Handelsgeschäfte grundsätzliche Anwendung. Mangels Betriebs eines Handelsgewerbes kann sie auch keine Prokura erteilen und ist nicht gewerbesteuerpflichtig.⁸⁹ Überhaupt erweist sich die Partnerschaft in steuerrechtlicher Hinsicht als durchaus attraktiv, weil sie – in Übereinstimmung mit der OHG – nicht der Körperschaftsteuer unterliegt (vgl. § 1 Abs. 1 KStG).⁹⁰ Stattdessen haben die Partner ihren Gewinnanteil gem. § 18 EStG als Einkünfte aus selbstständiger Arbeit zu versteuern.⁹¹ Damit erreicht der Gesetzgeber das selbst gesteckte Ziel, aus steuerrechtlicher Perspektive einen Gleichlauf mit der BGB-Gesellschaft zu schaffen.⁹² Das positioniert die Partnerschaftsgesellschaft in rechtssystematischer Hinsicht zwischen der BGB-Gesellschaft und den Personenhandelsgesellschaften.⁹³

c) Gründung

Der Gründungsprozess der Partnerschaft vollzieht sich nach personengesellschaftsrechtlichen Grundsätzen. Eine Besonderheit gegenüber GbR⁹⁴, OHG⁹⁵ und KG⁹⁶ bestand bis zum Inkrafttreten des MoPeG darin, dass der Abschluss des Partnerschaftsvertrags nach § 3 Abs. 1 PartGG der Schriftform bedurfte. Zum vertraglichen Mindestinhalt zählten nach § 3 Abs. 2 PartGG Gegenstand, Name und Sitz der Partnerschaft sowie für jeden Partner Vorname, Name, Wohnort und ausgeübter Beruf. Die Vorschriften haben berechtigte Kritik erfahren, weil zum

⁸⁸ Siehe unten II. 3. d).

⁸⁹ *Salger* (Fn. 85), § 37 Rn. 9; *Henssler*, in: *Henssler* (Fn. 14), Einf. Rn. 23; *Seibert* (Fn. 3), S. 44.

⁹⁰ Für einen steuerrechtlichen Vergleich von PartG und GmbH siehe *Sommer*, *GmbHHR* 1995, 249, 256 ff.; *Sauren/Haritz*, *MDR* 1996, 109, 113.

⁹¹ *Henssler*, in: *Henssler* (Fn. 14), Einf. Rn. 18.

⁹² *BegrRegE*, BT-Drucks. 12/6152, S. 2; hierzu: *Henssler*, *DB* 1995, 1549, 1555.

⁹³ *Schäfer* (Fn. 14), Vor § 705 Rn. 21 („Systematisch gesehen ist die Partnerschaft die Sonderform einer GbR, freilich einer solchen, die durch eine Reihe von gesetzlichen Verweisungen auf HGB-Vorschriften und durch die Notwendigkeit der Registereintragung weitgehend einer Handelsgesellschaft angenähert ist.“); abweichend *Römermann*, in: *Römermann* (Fn. 27), Einf. Rn. 76: Position zwischen GbR und Kapitalgesellschaft, in der Nähe zur OHG.

⁹⁴ Statt aller nur *Schäfer* (Fn. 14), § 705 Rn. 38.

⁹⁵ Statt aller nur *Lieder*, in: *Oetker* (Fn. 10), § 105 Rn. 19.

⁹⁶ Statt aller nur *Oetker*, in: *Oetker* (Fn. 10), § 161 Rn. 25.

einen die mit der Schriftform intendierte Beweisfunktion⁹⁷ bereits durch die Eintragung der maßgeblichen Angaben in das Partnerschaftsregister erfüllt wird.⁹⁸ Zum anderen erweist sich der Mindestinhalt insofern als unvollständig, als die Partner einen über den Betrieb der Partnerschaftsgesellschaft hinausgehenden Zweck i. S. d. § 705 BGB und ebensolche Beiträge vereinbaren müssen. Diese Kritik veranlasste den Gesetzgeber dazu, § 3 PartGG im Zuge des MoPeG ersatzlos zu streichen.⁹⁹ Aufgrund der Verweisung nach § 1 Abs. 4 PartGG besteht nun ein Gleichlauf mit der GbR und der OHG.

Es liegt in der Natur der freiberuflichen Betätigung, dass sich nur natürliche Personen an einer Partnerschaftsgesellschaft beteiligen können (§ 1 Abs. 1 Satz 3 PartGG), nicht aber auch andere Gesellschaften.¹⁰⁰ Zudem müssen sämtliche Mitglieder ihren Beruf aktiv ausüben.¹⁰¹ Für das Entstehen der PartG ist die Eintragung in das Partnerschaftsregister – ebenso wie nach § 123 Abs. 1 HGB die Eintragung einer kleingewerblichen OHG – nach § 7 Abs. 1 PartGG konstitutiv. Im Interimszeitraum zwischen Abschluss des Partnerschaftsvertrags und der Eintragung in das Partnerschaftsregister besteht eine Vor-Partnerschaft, die in rechtsdogmatischer Hinsicht als GbR zu qualifizieren ist.¹⁰²

d) Organisationsverfassung

Die Organisationsverfassung der Partnerschaft ist bis auf wenige Details der OHG nachempfunden. Das kommt mit der Verweisung des § 6 Abs. 3 Satz 2 PartGG auf § 116 Abs. 1, 2 Satz 1, Abs. 3–6, §§ 117 bis 119 HGB überdeutlich zum Ausdruck. Ausgenommen ist mangels Verweises auf § 116 Abs. 2 Satz 2–3 HGB insbesondere die Vorschrift über Prokuraerteilung und Widerruf, was sich nicht zwingend aus dem freiberuflichen Charakter der Verbandstätigkeit ergibt.¹⁰³ Davon abgesehen gilt auch für die Partnerschaftsgesellschaft der – antiquierte¹⁰⁴ – Grundsatz der Selbstorganschaft.¹⁰⁵

Eine maßgebliche Abweichung vom OHG-Recht beinhaltet § 6 Abs. 2 PartGG, der formuliert, dass einzelne Partner nur von der Führung „der sonstigen Ge-

⁹⁷ Vgl. BegrRegE, BT-Drucks. 12/6152, S. 13.

⁹⁸ Vgl. Meilicke, in: Meilicke u. a. (Fn. 14), § 3 Rn. 3 ff.; Zimmermann, in: Römermann (Fn. 27), § 3 Rn. 5 ff.; mit weiterer Begründung kritisch auch K. Schmidt, ZIP 1993, 633, 640; siehe nun auch BegrRegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 275.

⁹⁹ Dazu näher BegrRegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 275.

¹⁰⁰ Zur Frage der Zulässigkeit einer Personengesellschaft & Partner Römermann, NJW 2013, 2305, 2307; kritisch zur *lex lata* Jördening, Die Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung, 2018, S. 149 f.

¹⁰¹ Zöbele, RNotZ 2017, 341, 342 f.

¹⁰² Meilicke, in: Meilicke u. a. (Fn. 14), § 7 Rn. 4 ff.; Schöne, in: BeckOK-BGB, 68. Aufl. 2023, § 7 PartGG Rn. 3.

¹⁰³ Kritisch etwa Römermann, in: Römermann (Fn. 27), Einf. Rn. 85.

¹⁰⁴ Kritisch Fleischer, ZGR Sonderheft 23 (2021), 1, 23 f.; Lieder, ZGR Sonderheft 23 (2021), 169, 180 f.; Osterloh-Konrad, ZGR 2019, 271 ff.

¹⁰⁵ Vgl. BegrRegE, BT-Drucks. 12/6152, S. 15; Gummert, in: Gummert, MAH Personengesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2023, § 11 Rn. 9; Lenz, in: Meilicke u. a. (Fn. 14), § 1 Rn. 19.

schäfte“ ausgeschlossen werden können. Der Regelungszweck erschließt sich bei einer Zusammenschau mit § 6 Abs. 1 PartGG, der die Partner zur Berufsausübung unter Beachtung der berufsrechtlichen Vorschriften verpflichtet. Von der Erbringung ihrer freiberuflichen Leistungen können Partner demnach auch insofern nicht ausgeschlossen werden, als es um die Geschäftsführung in der Partnerschaft geht. Diese Bestimmung trägt einmal mehr den Besonderheiten der freiberuflichen Betätigung Rechnung,¹⁰⁶ hat in der Praxis aber zu erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten geführt.¹⁰⁷ Das rechtspolitische Urteil fällt dementsprechend durchwachsen aus.

Weitere Parallelen kommen bei der organschaftlichen Vertretung der Partnerschaft zum Vorschein. Die Verweisung des § 7 Abs. 2 PartGG stattet die Partner mit einer im Außenverhältnis unbeschränkbar Einzelvertretungsbefugnis aus (§ 124 Abs. 1, Abs. 4 Satz 2–3 HGB). Ebenso zulässig ist Gesamtvertretung (§ 124 Abs. 2 HGB) und ein Entzug der Vertretungsbefugnis (§ 124 Abs. 5 HGB). Da die Partnerschaft aber keine Prokura erteilen kann, scheidet eine unechte Gesamtvertretung aus.

e) Haftungsverfassung

Die ursprüngliche Haftungsverfassung des PartGG gleicht bis auf wenige Details derjenigen der OHG. Ausgangspunkt war – in Anlehnung an § 128 Satz 1 HGB a. F. – die persönliche Haftung der Partner für Verbindlichkeiten der Partnerschaft (§ 8 Abs. 1 Satz 1 HGB). Dabei bleibt es auch nach der Reform durch das MoPeG. Gegen eine Inanspruchnahme können die Partner Einwendungen der Partnerschaft geltend machen (§ 8 Abs. 1 Satz 2 PartGG i. V. m. § 721b BGB). Beitretende Partner haften auch für Altverbindlichkeiten (§ 8 Abs. 1 Satz 2 PartGG i. V. m. § 721a BGB), was sich unter Geltung der Doppelverpflichtungslehre¹⁰⁸ als Nachteil gegenüber der GbR darstellte. Eine kleinere Abweichung zum OHG-Recht¹⁰⁹ bestand nach § 8 Abs. 2 PartGG 1994 darin, dass die persönliche Haftung für Ersatzansprüche aus fehlerhafter Berufsausübung auch im Wege einer Formularabrede mit den Mandanten auf diejenigen Partner beschränkt werden konnte, die für die fehlerhafte Leistungserbringung verantwortlich zeichneten.

Diese geringfügige Privilegierung war das Einzige, was von der ursprünglichen Verbandsforderung nach einer generellen¹¹⁰ Haftungsbeschränkung übrig-

¹⁰⁶ Schäfer (Fn. 14), § 6 PartGG Rn. 4.

¹⁰⁷ Dazu näher Hirtz, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, § 6 PartGG Rn. 7; differenzierend Schäfer (Fn. 14), § 6 PartGG Rn. 12 ff.

¹⁰⁸ Zur herrschenden Doppelverpflichtungslehre vor Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR vgl. nur BGH, NJW 1997, 2754, 2755; Habersack, BB 1999, 61 f.

¹⁰⁹ Zur Rechtslage im OHG-Recht statt aller Boesche/Fest, in: Oetker (Fn. 10), § 126 Rn. 26; zur insoweit parallel verlaufenden Rechtslage vor Inkrafttreten des MoPeG statt aller K. Schmidt/Drescher, in: MüKoHGB, 5. Aufl. 2022, § 128 Rn. 16 ff.

¹¹⁰ Berufsspezifische Beschränkungen überantwortete der PartG-Gesetzgeber nach Maßgabe des § 6 Abs. 3 PartGG dem Berufsrecht.

geblieben war. Die mangelnde Attraktivität der Regelung im Vergleich zum Haftungsprivileg kapitalgesellschaftsrechtlicher Prägung ist offensichtlich¹¹¹ und wesentlicher Grund dafür, dass die Partnerschaft, die sich als zusätzliches Angebot an die Angehörigen freier Berufe verstand,¹¹² in der Praxis nur zögerlich Fuß fassen konnte.¹¹³ Das Schrifttum übte sich verbreitet in Kritik.¹¹⁴ Daraufhin setzte sich die Erkenntnis durch, dass die persönliche Haftung eines Berufsträgers für sämtliche Berufsausübungsfehler eines Kollegen, der womöglich in einem anderen Beruf tätig ist, schwerlich der Verkehrserwartung entspreche.¹¹⁵

Diesen Gedanken griff der Gesetzgeber auf¹¹⁶ und fügte im Rahmen der Novelle von 1998¹¹⁷ einen generalüberholten § 8 Abs. 2 in das PartGG ein. Danach unterliegen der persönlichen Haftung für berufliche Fehler nur noch diejenigen Partner, die ganz konkret mit der Bearbeitung des Mandats befasst sind, wobei untergeordnete Bearbeitungsbeiträge keine haftungsbegründende Wirkung entfalten (vgl. § 8 Abs. 2 Hs. 2 PartGG). Zentrales Regelungsziel war eine Begrenzung und bessere Kalkulierbarkeit des persönlichen Haftungsrisikos. Zugleich sollte die Partnerschaft als freiberufliche Organisationsform attraktiver werden.¹¹⁸

Und tatsächlich zeigt ein Blick auf die rechtstatsächliche Entwicklung, dass sich immer mehr Freiberufler für die Rechtsformneuschöpfung entschieden.¹¹⁹ Umgekehrt ergab eine Umfrage aus dem Jahre 2011 allerdings, dass 31 % der als GbR organisierten Rechtsanwaltsgesellschaften ihre Entscheidung gegen die PartGG mit der geringen Reichweite von § 8 Abs. 2 PartGG begründeten.¹²⁰ Das mag darin begründet liegen, dass die Vorschrift zwar zu einer Haftungsabschottung auf Partnerebene führt. Sie immunisiert aber nicht gegen Berufsfehler von Angestellten, die keinem Partner zugerechnet werden können.¹²¹ Davon abgesehen haftet zumindest ein Partner für einen Berufspflichtverstoß immer auch persönlich.¹²² Ein letzter Kritikpunkt rechtsdogmatischer Art bezieht sich auf die mit der Handelndenhaftung verbundene Durchbrechung des in § 8 Abs. 1 PartGG positivrechtlich ausgeformten Akzessorietätsprinzips.¹²³

¹¹¹ *Henssler*, NJW 1993, 2137, 2138; vgl. auch *Hennen* (Fn. 34), S. 56.

¹¹² Vgl. *Römermann*, in: *Römermann* (Fn. 27), Einf. Rn. 77; *Seibert*, AnwBl 1993, 155, 156; *ders.* (Fn. 3), S. 41 f.; *Leutheusser-Schnarrenberger*, in: FS Helmrich, 1994, S. 677, 681 f.

¹¹³ Zur rechtstatsächlichen Entwicklung siehe unten IV.

¹¹⁴ Vgl. *Arnold*, BB 1996, 597, 602 ff.; *Henssler*, ZIP 1997, 1481, 1489; *Mazza*, BB 1997, 746 ff.; *Sotiropoulos*, ZIP 1995, 1879, 1885 ff.

¹¹⁵ Vgl. *Seibert* (Fn. 3), S. 57.

¹¹⁶ BegrRegE, BT-Drucks. 13/9820, S. 21.

¹¹⁷ Gesetz zur Änderung des UmwG, des PartGG und anderer Gesetze vom 22.7.1998, BGBl. I, 1878.

¹¹⁸ Vgl. BT-Drucks. 13/9820, S. 21.

¹¹⁹ Siehe unten IV.

¹²⁰ Dazu *Kilian*, AnwBl 2012, 895.

¹²¹ Vgl. *Römermann*, in: *Römermann* (Fn. 27), § 8 Rn. 42; *Leuering*, ZIP 2012, 1112, 1113.

¹²² Vgl. *Römermann*, in: *Römermann* (Fn. 27), Einf. Rn. 62 a. E.

¹²³ Vgl. *Habersack/Schürnbrand*, JuS 2003, 739, 742; *Mülbert*, AcP 199 (1999), 38, 95 f.; insgesamt positiver aber *Schäfer* (Fn. 14), § 8 PartGG Rn. 4.

III. Die Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung

1. Entstehungsgeschichte

Auch nach der Novellierung des § 8 Abs. 2 PartGG riss die Kritik an der mangelnden Reichweite der Haftungsbeschränkung nicht ab.¹²⁴ Allen voran die wirtschaftsberatenden Berufe drängten auf weitere Verbesserungen. Den ersten Aufschlag machten der Deutsche Anwaltverein e. V. (DAV), die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) und die Initiative „Law – Made in Germany“,¹²⁵ die sich für eine erneute Änderung des PartGG einsetzten.¹²⁶ Ein erstes Arbeitsergebnis bildete der von der BRAK ausgearbeitete und vom Mai 2011 datierende Gesetzesvorschlag zur „Begrenzung der Haftung bei der Partnerschaftsgesellschaft“,¹²⁷ der dem Bundesministerium der Justiz unterbreitet wurde.

Das Ministerium legte daraufhin am 3. Februar 2012 einen Referentenentwurf für ein Gesetz zur Einführung einer Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung vor.¹²⁸ Der Regierungsentwurf wurde am 15. August 2012 dem Deutschen Bundestag zugeleitet,¹²⁹ der den Entwurf dem Rechtsausschuss überantwortete. Mit einigen Änderungen wurde der Gesetzentwurf¹³⁰ am 13. Juni 2013 vom Bundestag verabschiedet.¹³¹ Nach der Zustimmung des Bundesrats am 5. Juli 2013¹³² wurde das Änderungsgesetz am 18. Juli 2013 im Bundesgesetzblatt veröffentlicht und trat einen Tag später in Kraft.¹³³

Als zentrale Neuerung ermöglicht § 8 Abs. 4 PartGG die Gründung einer Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung (PartG mbB) als Rechtsformvariante der herkömmlichen Partnerschaft.¹³⁴ Danach ist die Haftung für Ersatzansprüche aus Berufspflichtverletzungen auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt und die persönliche Partnerhaftung ausgeschlossen, wenn die Part-

¹²⁴ Siehe nochmals oben II. 3. e).

¹²⁵ Dazu *Henssler*, NJW 2014, 1761; Initiative von BMJ sowie Bundesnotarkammer (BNotK), BRAK, DAV, Deutscher Industrie- und Handelskammertag (DIHK), Deutscher Notarverein e. V. (DNotV) und Deutscher Richterbund e. V. (DRB).

¹²⁶ Dazu authentisch *Ewer*, AnwBl 2010, 857; vgl. auch *Frehse*, Innen- und Außenhaftung der PartG mbB und ihrer Partner, 2019, S. 22.

¹²⁷ *BRAK*, Stellungnahme 31/2011, abrufbar unter: <<https://www.brak.de/zur-rechtspolitik/stellungnahmen-pdf/stellungnahmen-deutschland/2011/mai/stellungnahme-der-brak-2011-31.pdf>> (31.1.2024).

¹²⁸ Abrufbar unter: <<https://rsw.beck.de/docs/librariesprovider5/rsw-dokumente/RefE-Partnerschaftsgesellschaft>> (31.01.2024).

¹²⁹ *BegrRegE*, BT-Drucks. 17/10487.

¹³⁰ Rechtsausschuss, BT-Drucks. 17/13944.

¹³¹ Sten. Ber. Plenarprotokoll 17/246, 31438 (D).

¹³² Beschluss, BR-Drucks. 497/13; keine Anrufung des Vermittlungsausschusses.

¹³³ Gesetz zur Einführung einer Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung und zur Änderung des Berufsrechts der Rechtsanwälte, Patentanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer vom 15. Juli 2013, BGBl. I, S. 2386; zum Inkrafttreten siehe dort Art. 8.

¹³⁴ Dazu näher unten III. 3. d).

nerschaft eine zu diesem Zweck durch das jeweilige Berufsrecht vorgegebene Berufshaftpflichtversicherung unterhält.

2. Beweggründe

Die neue Variante der PartG sollte nach dem Willen des Gesetzgebers zwei eng miteinander verbundene Zielsetzungen verwirklichen. Zum einen war die Reduzierung des persönlichen Haftungsrisikos der Partner beabsichtigt.¹³⁵ Zum anderen wollte die Legislative auch einen Beitrag zur Stärkung des deutschen Verbandsrechts im europäischen Wettbewerb der Rechtsformen¹³⁶ leisten, weil namentlich im Bereich der anwaltlichen Großkanzleien ein Trend zum Wechsel in die englische Limited Liability Partnership (LLP) zu beobachten gewesen sei.

a) Reduzierung des Haftungsrisikos der Partner

Vor und während des Gesetzgebungsverfahrens ist der – seit mehr als 50 Jahren von den freiberuflichen Organisationen vorgetragene¹³⁷ – Wunsch nach einer effektiven Haftungsbeschränkung überdeutlich formuliert worden. Das Konzept der Handelndenhaftung nach § 8 Abs. 2 PartGG wurde von größeren Kanzleien, namentlich wenn die Mandatsbearbeitung in Teamstrukturen erfolgte, als unbefriedigend empfunden. Die Materialien gestehen zu, dass die Bearbeitung komplexer Mandate in Teams mit unterschiedlich spezialisierten Partnern oder in interprofessionellen Teams eine stärkere Haftungsprivilegierung erfordere, weil die Beiträge anderer Partner weder inhaltlich noch gemäß ihrem Umfang in vertretbarer Weise überblickt und verantwortet werden könnten.¹³⁸

Insgesamt vermochte das Haftungsprivileg nach § 8 Abs. 2 PartGG das Haftungsrisiko der Partner nur unbedeutend zu verringern.¹³⁹ Erstens findet die Vorschrift keine Anwendung, wenn einem angestellten Berufsträger, der dem Team des betroffenen Berufsträgers angehört, die Aufgabe zur eigenverantwortlichen Erfüllung überantwortet wird.¹⁴⁰ Zweitens vermittelt § 8 Abs. 2 PartGG dem beitretenden Partner nach Auffassung des BGH keinen Schutz vor beruflichen Fehlleistungen zuvor mit der Bearbeitung des Mandats betretener Partner, selbst wenn er Fehler nach seinem Beitritt nicht mehr korrigieren kann.¹⁴¹ Drittens rankt sich eine große Zahl von Streit- und Zweifelsfragen um die Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 8 Abs. 2 PartGG.¹⁴²

¹³⁵ Dazu und zum Folgenden BegrRegE, BT-Drucks. 17/10487, S. 13 ff.

¹³⁶ Dazu ausf. *Bachmann*, in: FS Hommelhoff, 2012, S. 21 ff.; *Eidenmüller et al.*, ZHR 177 (2013), 131 ff.; *Klöhn*, *RabelsZ* 76 (2012), 276 ff.

¹³⁷ Siehe nochmals oben II.2.

¹³⁸ BegrRegE, BT-Drucks. 17/10487, S. 13.

¹³⁹ Dazu und zum Folgenden bereits *Lieder*, *NotBZ* 2014, 81, 82; im Ergebnis ebenso *Eitelbuß*, *DStR* 2018, 1568, 1569; *Hennen* (Fn. 34), S. 56; *Fischer* (Fn. 39), S. 33; *Jördening* (Fn. 100), S. 161.

¹⁴⁰ Siehe bereits oben II.3.e).

¹⁴¹ BGH, *NJW* 2010, 1360; kritisch *Henssler*, in: *Henssler* (Fn. 14), Einf. Rn. 37.

¹⁴² Dazu näher *Römermann*, *AnwBl* 2012, 288, 289.

b) Wettbewerb der Gesellschaftsrechtsordnungen

In Ansehung dieser unbefriedigenden Haftungssituation erkannte der Gesetzgeber einen Trend zum Wechsel in die LLP englischer Provenienz.¹⁴³ Die PartG mbB sollte diesem Trend entgegenwirken und Freiberuflern eine deutsche Rechtsformalternative zur LLP bieten.¹⁴⁴ Damit war gleichermaßen intendiert, die Position des deutschen Verbandsrechts im europäischen Wettbewerb der Rechtsordnungen in seiner Gesamtheit zu stärken. Hier schließt sich der Kreis zur Initiative „Law – Made in Germany“, die das Gesetzgebungsverfahren – gemeinsam mit DAV und BRAK – erst ins Rollen gebracht hatte.

Dass die UK-LLP den in Deutschland tätigen Freiberuflern überhaupt offenstand, ist eine Folge der EuGH-Rechtsprechung zur unionsrechtlichen Niederlassungsfreiheit (Art. 49, 54 AEUV).¹⁴⁵ Ob die deutsche Sozietätslandschaft tatsächlich durch die LLP bedroht worden ist, kann indes durchaus bezweifelt werden.¹⁴⁶ Empirische Studien belegen, dass es seit 2007 einige LLP-Gründungen in Deutschland gegeben hat.¹⁴⁷ Die zunehmende Nutzung dieser Rechtsform – auch durch kleinere Sozietäten – war auf die öffentlichkeitswirksame Umwandlung von *Nörr Stiefenhofer Lutz* Ende 2009 und die daraufhin einsetzende Fachdiskussion über eine Haftungsbeschränkung für Freiberuflersozietäten durch die Organisationsform der LLP zurückzuführen. Ihren Höhepunkt erreichte das Gründungsaufkommen im Jahre 2011 mit 16 (!) neu registrierten LLPs. Auch die Gesamtzahl war mit 57 (Ende 2013)¹⁴⁸ bzw. 64 (Ende 2014)¹⁴⁹ in den Partnerschaftsregistern eingetragenen LLPs recht gering.¹⁵⁰ Der von dieser LLP-Population ausgehende Wettbewerbsdruck auf den deutschen Gesetzgeber war jedenfalls nicht mit der Konkurrenzsituation zwischen der deutschen GmbH und der englischen Limited Mitte der 2000er Jahre vergleichbar, als Schätzungen für Ende 2006 von bis zu 46.000 in Deutschland tätigen Limiteds ausgingen.¹⁵¹ Dessen ungeachtet nahm

¹⁴³ Vgl. BegrRegE, BT-Drucks. 17/10487, S. 13 f.; *Fischer* (Fn. 39), S. 39; für Rechtstatensachen mit Stand 31.12.2013 vgl. *Lieder/Hoffmann*, NZG 2014, 127, 130. Zur UK-LLP in diesem Band ausf. § 8 (*Lunemann*), S. 273; zur US-LLP in diesem Band ausf. § 4 (*Korch*), S. 113.

¹⁴⁴ BegrRegE, BT-Drucks. 17/10487, S. 14.

¹⁴⁵ Zum Internationalen Personengesellschaftsrecht und der dazu gehörigen EuGH-Rechtsprechung: *Lieder*, in: Oetker (Fn. 10), § 105 Rn. 180 ff.; speziell zum Gesellschaftsrecht der ausländischen Anwaltsgesellschaften in Deutschland: *Henssler*, in: FS Windbichler, 2020, S. 740, 741.

¹⁴⁶ Vgl. *Grunewald*, ZIP 2012, 1115, 1117: „Phantomgegner“; kritisch auch *Lieder*, NotBZ 2014, 81, 82; *Römermann*, NJW 2013, 2305, 2306; *ders.*, NZG 2018, 1041, 1043; *Tröger/Pfaffinger*, JZ 2013, 812.

¹⁴⁷ Dazu und zum Folgenden *Lieder/Hoffmann*, NJW 2015, 897, 901.

¹⁴⁸ *Lieder/Hoffmann*, NZG 2014, 127, 130.

¹⁴⁹ *Lieder/Hoffmann*, NJW 2015, 897, 901.

¹⁵⁰ Zur Unschärfe dieser Zahlen wegen der umstrittenen Eintragungspflicht ausf. *Lieder/Hoffmann*, NZG 2014, 127, 130.

¹⁵¹ Vgl. *Westhoff*, GmbHR 2007, 474 in Fortführung von *Westhoff*, GmbHR 2006, 525 ff.; weitere Zahlen bei *Niemeier*, ZIP 2006, 2237, 2240 ff.; siehe ferner *Bayer/Hoffmann*, GmbHR 2007, 414, 415: etwa die Hälfte der GmbH-Gründer zogen damals die Limited als alternative Organisationsform in Betracht.

der deutsche Gesetzgeber ausweislich der Materialien den Trend zum Wechsel in die LLP so ernst, dass die PartG mbB füglich als ein Produkt des Wettbewerbs der Rechtsordnungen innerhalb der Europäischen Union bezeichnet werden kann, was dessen Stellenwert für die Gesamtentwicklung des mitgliedstaatlichen Gesellschaftsrechts nachdrücklich unterstreicht.¹⁵²

3. Grundstrukturen

a) Rechtsnatur

Die Rechtsnatur der PartG mbB ist geprägt von der Kombination einer personengesellschaftsrechtlichen Organisationsstruktur im Innenverhältnis und einer aus dem Kapitalgesellschaftsrecht bekannten – auf Berufspflichtverletzungen beschränkten – Haftungsprivilegierung im Außenverhältnis.¹⁵³ Aus rechtsdogmatischer Perspektive handelt es sich um eine Personengesellschaft in Form der Partnerschaftsgesellschaft i. S. d. § 1 Abs. 1 PartGG¹⁵⁴ und gerade nicht um eine juristische Person¹⁵⁵ oder Kapitalgesellschaft.¹⁵⁶ Von der herkömmlichen PartG unterscheidet sich die PartG mbB durch die Haftungsbeschränkung für Ansprüche wegen fehlerhafter Berufsausübung, einen obligatorischen Versicherungsschutz und den abweichenden Rechtsformzusatz „mit beschränkter Berufshaftung“.

b) Die PartG mbB als Rechtsformvariante

Der Gesetzgeber hat die PartG mbB nicht als neue eigenständige Rechtsform ausgestaltet, sondern als eine Variante der herkömmlichen Partnerschaft.¹⁵⁷ Die Rechtsformvariante ist eine verhältnismäßig junge Institution des Verbandsrechts.¹⁵⁸ Sie lässt sich auch in anderen Rechtsordnungen nachweisen, besitzt in Deutschland aufgrund der zahlenmäßig weiten Verbreitung aber eine besondere Rolle für die Unternehmenspraxis. Das gilt neben der PartG mbB vor allem für die UG,¹⁵⁹ nur eingeschränkt allerdings für die Investmentgesellschaften nach dem KAGB (Investment-AG, Investment-KG).¹⁶⁰ Auch die durch das ZuFinG¹⁶¹ in §§ 44 ff. BörsG neu eingeführte Börsenmantelaktiengesellschaft (BMAG) ist als Rechts-

¹⁵² *Fleischer*, NZG 2020, 601; *Lieder*, NotBZ 2014, 81, 82.

¹⁵³ *Lieder/Frehse/Kilian*, NJW 2018, 2175.

¹⁵⁴ Vgl. *Lenz*, in: Meilicke u. a. (Fn. 14), § 1 Rn. 19; *Schäfer* (Fn. 14), § 8 PartGG Rn. 44; *Lieder*, NotBZ 2014, 81, 82; *Wälzholz*, DStR 2013, 2637, 2638.

¹⁵⁵ *Fischer* (Fn. 39), S. 54.

¹⁵⁶ *Korch*, NZG 2015, 1425.

¹⁵⁷ *BegrRegE*, BT-Drucks. 17/10487, S. 15.

¹⁵⁸ Dazu und zum Folgenden bereits *Lieder*, in: FS 25 Jahre DNofI, 2018, S. 503, 504 ff.; vgl. weiter *Lieder/Becker*, NZG 2021, 357 ff.

¹⁵⁹ Für Rechtstatsachen zur UG siehe *Kornblum*, GmbHR 2020, 677, 678, 686; *ders.*, GmbHR 2021, 681, 682, 688.

¹⁶⁰ Dazu näher *Lieder* (Fn. 158), S. 503, 508 f.

¹⁶¹ Gesetz zur Finanzierung von zukunftssichernden Investitionen (Zukunftsförderungsgesetz) vom 14.12.2023, BGBl. I, Nr. 354.

formvariante – der AG – zu qualifizieren.¹⁶² Mit Blick auf ihren empirischen Erfolg von UG und PartG mbB und die wachsende Vielfalt als auch im Hinblick auf aktuelle Reformdiskussionen, wie z. B. über die GmbH mit gebundenem Vermögen,¹⁶³ die ursprünglich als Rechtsformvariante geplant war, lässt sich ohne Übertreibung von einem Trend zur Rechtsformvariante sprechen.

Die Rechtsformvariante zeichnet sich durch ihre regelungstechnische Nähe und ihre rechtsdogmatische Ähnlichkeit zur etablierten Grundrechtsform aus.¹⁶⁴ Das zeigt sich bei der PartG mbB darin, dass ihr der nötige Abstand zur Grundform fehlt, um als eigenständige (neue) Verbandsform wahrgenommen zu werden. Charakteristisch ist die im Grundsatz unterschiedslose Geltung der meisten Rechtsvorschriften und Grundsätze für Grundform und Variante, und zwar nicht nur aus dem Bereich des Gesellschaftsrechts, sondern auch aus dem Bereich von Nebenrechtsgebieten, wie z. B. dem Steuerrecht.¹⁶⁵ Das gilt auch und gerade für die PartG mbB, als deren entscheidender Vorzug ihre steuerrechtliche Behandlung als Personengesellschaft bei gleichzeitiger Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen hervorgehoben wird.¹⁶⁶ In regelungstechnischer Hinsicht setzt die PartG mbB auf das etablierte Regelungsregime der klassischen Partnerschaft auf. Mit der Einfügung des § 8 Abs. 4 PartGG wählte der Gesetzgeber eine Minimallösung, die den legislatorischen Regulierungsaufwand in erheblichem Maße begrenzte und die Kodifizierung zahlreicher Detailvorschriften ersparte.

Umgekehrt handelt es sich bei der PartG mbB auch nicht nur um einen besonderen Realtypus der herkömmlichen Partnerschaft.¹⁶⁷ Substanzielle Abweichungen ergeben sich namentlich im Bereich der Haftungsverfassung.¹⁶⁸ Hinzu kommt der besondere, von der Grundform abweichende obligatorische Rechtsformzusatz „mit beschränkter Berufshaftung“. Er soll dem Rechtsverkehr deutlich vor Augen führen, dass es sich hierbei nicht um die Grundform handelt, sondern um einen Verband, der in der Gesamtheit des für ihn geltenden Sonderrechts so stark von der Grundform abweicht, dass ein Vertragsschluss womöglich nicht oder nur zu anderen Bedingungen als mit der Grundform stattfinden würde.

¹⁶² So auch *Fleischer*, ZIP 2023, 1505, 1511; *Harnos*, AG 2023, 348, Rn. 34; *Herzog/Gebhard*, NZG 2023, 1055, 1056; *Kuthe*, BB 2023, 1603, 1606; missverständlich *BegrRegE*, BT-Drucks. 20/8292, S. 102: „Sonderrechtsform“.

¹⁶³ Der Gesetzentwurf ist abrufbar unter: <<https://www.gesellschaft-mit-gebundenem-vermoeen.de/>> (31.1.2024); dazu etwa *H.-J. Fischer*, BB 2021, 2114 ff.; *Loritz/Weinmann*, DStR 2021, 2205 ff.; *Weitemeyer/Weißberger/Wiese*, GmbHR 2021, 1069 ff.

¹⁶⁴ Dazu und zum Folgenden *Lieder* (Fn. 158), S. 503, 510 f.; *Lieder/Becker*, NZG 2021, 357 f.

¹⁶⁵ Vgl. OLG Nürnberg, NZG 2014, 422, 423; *Lieder*, NotBZ 2014, 178; (zur UG) *BegrRegE*, BT-Drucks. 16/6140, S. 31; zur Investment-AG vgl. §§ 108 Abs. 2 Satz 1, 140 Abs. 1 Satz 2 KAGB; zur Investment-KG vgl. §§ 124 Abs. 1 Satz 2, 149 Abs. 1 Satz 2 KAGB.

¹⁶⁶ *Salger* (Fn. 85), § 45a Rn. 3.

¹⁶⁷ Zur Abgrenzung der Rechtsformalternative von einem besonderen Realtypus einer Grundrechtsform näher *Lieder* (Fn. 158), S. 503, 511; *Lieder/Becker*, NZG 2021, 357, 358.

¹⁶⁸ Dazu unten III. 3. d).

Eine wesentliche Implikation der dogmatischen Einordnung der PartG mbB als Rechtsformvariante besteht darin, dass auf sie die für die Grundform geltenden normativen Vorgaben und Wertungen grundsätzliche Geltung genießen.¹⁶⁹ Eine Abweichung vom allgemeinen Regelungskanon ist nur angezeigt, wenn sich dafür ein tragfähiger Anknüpfungspunkt in den speziell die Rechtsformvariante adressierenden Sondervorschriften findet, die nach Maßgabe der anerkannten Grundsätze der Rechtsmethodik freilich ihrerseits einer erweiternden oder einschränkenden Auslegung ebenso zugänglich sind wie einer Analogiebildung und teleologischen Reduktion. Maßgeblich ist, ob der Regelungszweck der variantenspezifischen Sondervorschrift eine unterschiedliche Behandlung von Grundformen und Variante in Bezug auf eine konkrete Rechtsfrage erfordert.¹⁷⁰

c) Entstehung

Die PartG mbB kann durch Neugründung und Umwandlung entstehen. Für eine Neugründung müssen zu den Gründungsvoraussetzungen der PartG¹⁷¹ noch der Abschluss und die Unterhaltung einer den berufsrechtlichen Vorschriften entsprechenden Haftpflichtversicherung sowie die Anmeldung der Versicherungsbescheinigung mit der Anmeldung zum Partnerschaftsregister hinzukommen. Demgegenüber sind Eintragung und Führung des Namenszusatzes keine konstitutiven Voraussetzungen für die Errichtung der Part GmbH.¹⁷² Konstitutive Wirkung entfaltet allerdings die Eintragung der PartG mbB selbst, weil die Gesellschafter nach § 7 Abs. 1 PartGG erst mit Eintragung im Verhältnis zu Dritten wirksam wird.¹⁷³

Empirische Studien lassen vermuten, dass Partnerschaftsgesellschaften mit beschränkter Berufshaftung noch häufiger als durch Neugründung aus BGB-Gesellschaften „umgewandelt“ werden.¹⁷⁴ In dogmatischer Hinsicht handelt es sich um einen identitätswahrenden Wechsel des Rechtskleides außerhalb des UmwG und ohne Übertragung von Gesellschaftsvermögen.¹⁷⁵ Sachliche Voraussetzungen sind die Änderung des Gesellschaftsvertrags, der Abschluss der besonderen Berufshaftpflichtversicherung, die Anmeldung und Eintragung im Partnerschaftsregister. Wiederum zeitigt die Eintragung nach § 7 Abs. 1 PartGG konstitutive Wirkung und löst die Haftungsbeschränkung aus.

Gerade in der ersten Zeit nach Einführung der neuen Variante ist ein Großteil der PartG mbB aus dem Kreis der klassischen PartG entsprungen.¹⁷⁶ Auch dieser Wechsel kommt als identitätswahrende Änderung des rechtlichen Kleides daher;

¹⁶⁹ Dazu ausf. (zur UG) *Lieder/Becker*, NZG 2021, 357, 359, 366.

¹⁷⁰ Im Ansatz ebenso (zur UG) *Priester*, in: FS G. H. Roth, 2011, S. 573, 575, 584.

¹⁷¹ Siehe oben II.3. c).

¹⁷² Vgl. *Lieder*, NotBZ 2014, 128, 131.

¹⁷³ *Praß*, in: Römermann (Fn. 27), § 7 Rn. 6; *Wälzholz*, DStR 2013, 2637, 2640.

¹⁷⁴ Vgl. *Lieder/Hoffmann*, NZG 2017, 325, 328.

¹⁷⁵ Vgl. *Lieder*, NotBZ 2014, 128, 133; *Wälzholz*, DStR 2013, 2637, 2640; *Frehse* (Fn. 126), S. 27.

¹⁷⁶ Vgl. *Lieder/Hoffmann*, NZG 2016, 287.

auch diese Änderung vollzieht sich außerhalb des Umwandlungsgesetzes.¹⁷⁷ Zentrale Voraussetzung ist der Abschluss einer den gesetzlichen Vorgaben entsprechenden Berufshaftpflichtversicherung. Anmeldung, Eintragung und Führung des Rechtsformzusatzes haben nach einhelliger Auffassung nur deklaratorische Bedeutung.¹⁷⁸ Bisher ungeklärt ist die Frage, ob der ebenfalls unstreitig notwendige Gesellschafterbeschluss als Wirksamkeitsvoraussetzung im Außenverhältnis anzusehen ist¹⁷⁹ oder nur im Innenverhältnis vorliegen muss.¹⁸⁰

Zulässig, aber selten sind Umwandlungen nach dem UmwG, namentlich der Rechtsformwechsel von der GmbH (oder AG) in die PartG mbB (vgl. § 228 Abs. 2 UmwG).¹⁸¹ Möglich sind ferner Verschmelzungen (vgl. § 45a UmwG) und Spaltungen (vgl. § 125 Abs. 1 Satz 1 UmwG) unter Beteiligung von PartG mbB.¹⁸² An der entstehenden bzw. aufnehmenden PartG können stets nur natürliche Personen beteiligt sein, die einen freien Beruf i. S. d. § 1 Abs. 1 und Abs. 2 PartGG ausüben und außerdem den allgemeinen Anforderungen des jeweiligen Berufsrechts entsprechen (vgl. § 1 Abs. 3 PartGG). Neben dem Umwandlungsverfahren nach dem UmwG müssen die bereits genannten Gründungsvoraussetzungen der PartG mbB eingehalten werden. Die Umwandlung wird mit der Eintragung der PartG mbB in das Partnerschaftsregister wirksam (vgl. §§ 20, 131, 202 UmwG).

d) Haftungsverfassung

Herzstück und zentraler Vorzug der PartG mbB gegenüber dem Grundtypus ist die Haftungsprivilegierung nach § 8 Abs. 4 PartGG, für die es im tradierten System des deutschen Gesellschaftsrechts kein Vorbild gibt. Die Reichweite der Haftungsbeschränkung ist allerdings in zweifacher Hinsicht limitiert. Zum einen gilt das Haftungsprivileg nur für Verbindlichkeiten der PartG als solcher. Wird das Mandatsverhältnis hingegen ausnahmsweise mit einem einzelnen Partner persönlich abgeschlossen oder verwirklicht ein Partner einen deliktischen Haftungsbestand, ist für eine Haftungsbeschränkung – in Bezug auf den persönlich mandatierten bzw. deliktisch handelnden Partner – kein Raum.¹⁸³ Zum anderen beschränkt sich die Privilegierung in sachlicher Hinsicht auf Ersatzansprüche wegen fehlerhafter Berufsausübung. Für alle übrigen Verbindlichkeiten der Partnerschaft, wie z. B. Kauf-, Miet-, Leasing- und Arbeitsverträge, aber auch steuerliche Verbindlich-

¹⁷⁷ Vgl. *Lieder*, NotBZ 2014, 128, 132; *Frehe* (Fn. 126), S. 28.

¹⁷⁸ Statt aller vgl. nur *Schäfer* (Fn. 14), § 8 PartGG Rn. 49.

¹⁷⁹ *Schäfer* (Fn. 14), § 8 Rn. 53; *Tröger/Pfaffinger*, JZ 2013, 812, 818; *Meyer*, Die Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung gemäß § 8 Abs. 4 PartGG, 2016, S. 173.

¹⁸⁰ *Lieder*, NotBZ 2014, 128, 132; *Sommer/Treptow*, NJW 2013, 3269, 3270 f.; *Jäger*, Die Haftung von Partnern einer Partnerschaftsgesellschaft für berufliche Fehler, 2017, S. 227.

¹⁸¹ Vgl. *Lieder/Hoffmann*, NZG 2017, 325, 328.

¹⁸² Dazu und zum Folgenden bereits *Lieder*, NotBZ 2014, 128, 133.

¹⁸³ Vgl. *BegrRegE*, BT-Drucks. 17/10487, S. 14; *Lieder*, NotBZ 2014, 81, 83; *Seibert*, DB 2013, 1710.

keiten, haften die Partner nach § 8 Abs. 1 Satz 1 PartGG persönlich und der Höhe nach unbeschränkt.¹⁸⁴

Die in der Haftungsverfassung der PartG mbB zusammengeführten Elemente aus dem Personen- und Kapitalgesellschaftsrecht sind Alleinstellungsmerkmal dieser Rechtsformalternative; sie bedeuten aber – anders als zuweilen behauptet¹⁸⁵ – keinen Systembruch. Das belegt schon ein Blick auf die Haftungsverfassung der GmbH & Co. KG. Diese Gesellschaftskombination bewerkstelligt gleichermaßen eine Haftungsbeschränkung durch Installation einer Komplementär-GmbH in der Personengesellschaft KG. Die PartG mbB erscheint insofern als Pendant zur GmbH & Co. KG, die nach bisheriger Rechtslage grundsätzlich die Verfolgung eines gewerblichen Zwecks voraussetzt. Darüber hinaus steht mit der obligatorischen Berufshaftpflichtversicherung¹⁸⁶ eine dem festen Mindestkapital funktionell vergleichbare Sicherung berechtigter Gläubigerinteressen zur Verfügung, die mit Blick auf die Mindestversicherungssummen ein tendenziell höheres Gläubigerschutzniveau gewährleistet als die Mindeststammkapitalziffer des GmbH-Rechts, von der Minimalkapitalisierung der UG ganz zu schweigen.

e) Berufshaftpflichtversicherung

Die Haftungsbeschränkung auf das Partnerschaftsvermögen ist in rechtspolitischer Hinsicht erkaufte durch verschärfte Anforderungen an die Berufshaftpflichtversicherung. Ebenso wie im Kapitalgesellschaftsrecht deutscher Prägung ein festes Mindestkapital zur Rechtfertigung der institutionellen Haftungsbeschränkung dient, bildet bei der PartG mbB die obligatorische Berufshaftpflichtversicherung der Gesellschaft das notwendige Gegenstück und die haftungsrechtliche Legitimation für das Haftungsprivileg des § 8 Abs. 4 PartGG.

Die Würdigung der Versicherungslösung fällt mit Blick auf berechnete Gläubigerinteressen durchaus ambivalent aus. Einerseits kann sich die garantierte Versicherungssumme gegenüber einer Haftung des Vermögens eines – womöglich wenig solventen – Partners in schadensträchtigen Mandatsverhältnissen als Vorteil erweisen.¹⁸⁷ Andererseits greift die Haftungsprivilegierung des § 8 Abs. 4 PartGG auch dann ein, wenn die Versicherung für den aus der Berufspflichtverletzung

¹⁸⁴ Vgl. *Lieder*, NotBZ 2014, 81, 83; *Seibert*, DB 2013, 1710, 1711.

¹⁸⁵ *Grunewald*, ZIP 2012, 1115, 1117; Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung, S. 4; abrufbar unter: <https://www.drj.de/fileadmin/DRB/pdf/Stellungnahmen/2012/DRB_120313_Stn_Nr_11_RefE_Partnerschaftsgesellschaft.pdf> (31.1.2024); vgl. auch *Beuthien*, ZRP 2012, 127; a.A. *Schäfer*, in: FS Baums, Bd. II, 2017, S. 1057, 1059 ff.; *ders.*, in der öffentlichen Anhörung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Einführung einer Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung, S. 15; Protokoll abrufbar unter: <https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Bibliothek/Gesetzesmaterialien/17_wp/Partnerschaftsges/wortproto.pdf?__blob=publicationFile&v=1> (31.1.2024).

¹⁸⁶ Dazu sogleich unten III. 3. e).

¹⁸⁷ *Heckschen*, AnwBl Online 2018, 116, 118.

entstandenen Schaden im Einzelfall nicht eintritt, durch den Haftungsfall die Versicherungshöchstsummen überschritten werden oder die Jahreshöchstsumme bereits durch vorausgegangene Haftungsfälle erschöpft war.¹⁸⁸ Bei vorsätzlichen und grob fahrlässigen Schädigungen entfällt der Versicherungsschutz; der Geschädigte kann allenfalls auf den Schädiger nach deliktischen Grundsätzen zugreifen sowie regelmäßig auf das Partnerschaftsvermögen, nicht aber auf die Mitgesellschafter.

Ein weiterer Problempunkt betrifft die unterschiedlichen Mindestversicherungssummen, Multiplikatoren und Jahreshöchstleistungen.¹⁸⁹ Sie können sogar für die gleiche Berufsgruppe aufgrund abweichender Landesgesetzgebung von Bundesland zu Bundesland unterschiedlich ausfallen. Bei Architekten und beratenden Ingenieuren variiert die Mindesthaftpflichtsumme für Personenschäden zwischen 1 und 2,5 Mio. Euro, für Sachschäden zwischen 200.000 und 1 Mio. Euro. Die Begrenzung der jährlichen Versicherungsleistung ergibt sich in Abhängigkeit von diesen Werten nach einem Multiplikator, der zwischen 2 und 4 liegt. Daraus ergeben sich Haftungshöchstsummen bei Personenschäden zwischen 2 und 7,5 Mio. Euro sowie bei Sachschäden zwischen 500.000 und 2 Mio. Euro. Eine rechtspolitisch überzeugende Gesetzeslage sieht anders aus.

IV. Rechtstatsächliche Entwicklung

Die Partnerschaft wurde in der Praxis nur zögerlich als Organisationsform für Angehörige freier Berufe angenommen.¹⁹⁰ Im Jahre des Inkrafttretens des PartGG weist die Zusammenstellung der Geschäftsübersichten der Amtsgerichte durch das Bundesamt der Justiz gerade einmal 118 Gründungen in Form der Partnerschaftsgesellschaft aus.¹⁹¹ Ursächlich für die geringe Akzeptanz der neuen Rechtsform war die im Vergleich zur GbR kaum attraktivere Haftungsverfassung.¹⁹² Auch im Hinblick auf ihre weitgehenden Ähnlichkeiten zur GbR erschien die Partnerschaftsgesellschaft nicht hinreichend attraktiv, als dass ein Wechsel in diese Organisationsform für Freiberufler notwendig erschien.¹⁹³ Bemerkenswert ist

¹⁸⁸ Vgl. BegrRegE, BT-Drucks. 17/10487, S. 14; Schäfer (Fn. 14), § 8 PartGG Rn. 46; ders., FS Baums Bd. II, 2017, S. 1057, 1064; Lieder, NotBZ 2014, 81, 87; Seibert, DB 2013, 1710, 1712; Leuering, NZG 2013, 1001, 1004.

¹⁸⁹ Dazu und zum Folgenden bereits Lieder/Hoffmann, NZG 2017, 325, 330 mit Tabelle 2 auf S. 331.

¹⁹⁰ Vgl. auch Römermann, NJW 2013, 2305: „Geburtsfehler“; siehe ferner Schäfer (Fn. 14), Vor § 1 PartGG Rn. 27.

¹⁹¹ Die Zusammenstellung ist abrufbar unter: <https://www.bundesjustizamt.de/SharedDocs/Downloads/DE/Justizstatistiken/Geschaeftsentwicklung_Amtsgerichte.pdf?__blob=publicationFile&v=5> (31.1.2024). Für die Zusammenstellung und Aufbereitung des rechtstatsächlichen Materials danken die Autoren Herrn Dipl.-Kfm. Thomas Hoffmann. – Abweichend Schäfer (Fn. 14), Vor § 705 Rn. 27: 300 Eintragungen.

¹⁹² Vgl. Römermann, NZG 1998, 675; Schäfer (Fn. 14), Vor § 1 PartGG Rn. 28.

¹⁹³ Henssler, in: Henssler (Fn. 14), Einf. Rn. 34; K. Schmidt, NJW 1995, 1, 6.

allerdings, dass die Gesamtzahl der Partnerschaften – wie aus Tabelle 1 ersichtlich – bereits vor der Gesetzesänderung im Jahre 1998 kontinuierlich anstieg. Die aus Tabelle 2 und Diagramm 1 ersichtlichen Zuwachsraten fielen nach der Reform zunächst tendenziell höher aus, auch wenn der zunehmenden Zahl von Neueintragungen eine nicht unerhebliche Menge an Löschungen gegenüberstand. Die Kurve flachte gegen Ende der 2000er Jahre allerdings wieder ab.

Tabelle 1: Gesamtzahl der Partnerschaften und Anzahl der PartG mbBs

	PartGs gesamt	PartG mbBs	Anteil mbBs
1995	118		
1996	628		
1997	1.537		
1998	2.204		
1999	2.902		
2000	3.587		
2001	4.122		
2002	4.741		
2003	5.237		
2004	5.816		
2005	6.481		
2006	7.219		
2007	6.900		
2008	7.903		
2009	8.471		
2010	9.002		
2011	9.594		
2012	10.050		
2013	10.529	361	3,4 %
2014	11.385	1.702	14,9 %
2015	12.229	2.957	24,2 %
2016	13.276	4.378	33,0 %
2017	14.271	5.694	39,9 %
2018	15.145	6.773	44,7 %
2019	15.987	7.802	48,8 %
2020	16.544	8.597	52,0 %

Tabelle 2: Anzahl der Neueintragungen und Löschungen

	Neueintragungen PartGs gesamt	Löschungen PartGs gesamt
1995	118	0
1996	515	3
1997	934	24
1998	733	66
1999	807	90
2000	795	111
2001	693	163
2002	1.024	344
2003	609	148
2004	778	186
2005	857	225
2006	1.075	227
2007	748	538
2008	961	373
2009	916	351
2010	882	327
2011	919	350
2012	802	327
2013	829	349
2014	1.275	419
2015	1.274	430
2016	1.472	435
2017	1.435	437
2018	1.322	448
2019	1.281	439

Eine Zäsur in der rechtstatsächlichen Entwicklung bildete die Einführung der haftungsbeschränkten Partnerschaft.¹⁹⁴ Wie aus Tabelle 2 ersichtlich liegt die Zahl der jährlichen Neueintragungen seit 2014 stabil über 1.000. Inzwischen beträgt die Gesamtpopulation der Partnerschaftsgesellschaften über 16.000 Gesellschaften. Die rechtspraktische Bedeutung der PartG mbB im Vergleich zur Grundform ist seit ihrer Schaffung kontinuierlich gestiegen. Diese Entwicklung ist in Tabelle 1 dokumentiert und in Diagramm 2 grafisch aufbereitet, wo sich der Anstieg der relativen Verbreitung der haftungsbeschränkten Variante leicht nachvollzie-

¹⁹⁴ Für Rechtstatsachen siehe *Lieder/Hoffmann*, NZG 2014, 127 ff.; *dies.*, NJW 2015, 897 ff.; *dies.*, NZG 2016, 287 ff.; *dies.*, NZG 2017, 325 ff.; *dies.*, NJW 2018, 2175 ff.; *dies.*, NJW-aktuell 12/2018, 15; *dies.*, NZG 2019, 249 ff.; *dies.*, NZG 2020, 721 ff.; *dies.*, NJW-aktuell 8/2021, 15.

hen lässt. Seit Mitte 2020 handelt es sich bei der PartG mbB um die dominierende Spielart der Partnerschaft.¹⁹⁵ Die PartG-Landschaft wird von Rechtsanwalts-, Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften bestimmt,¹⁹⁶ während die PartG mbB – nach einer sukzessiven Öffnung der Organisationsform durch die Landesgesetzgeber – für Architekten, Ingenieure und Ärzte von geringerer praktischer Bedeutung ist.¹⁹⁷

Diagramm 1: Darstellung der Neueintragungen und Löschungen

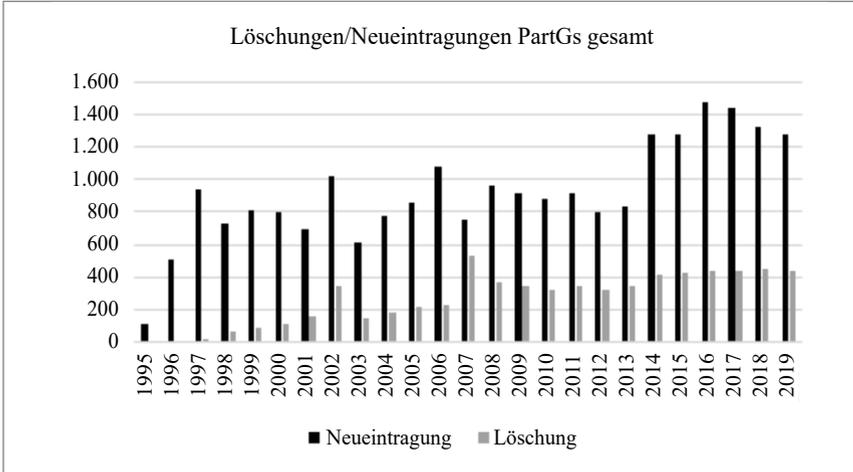
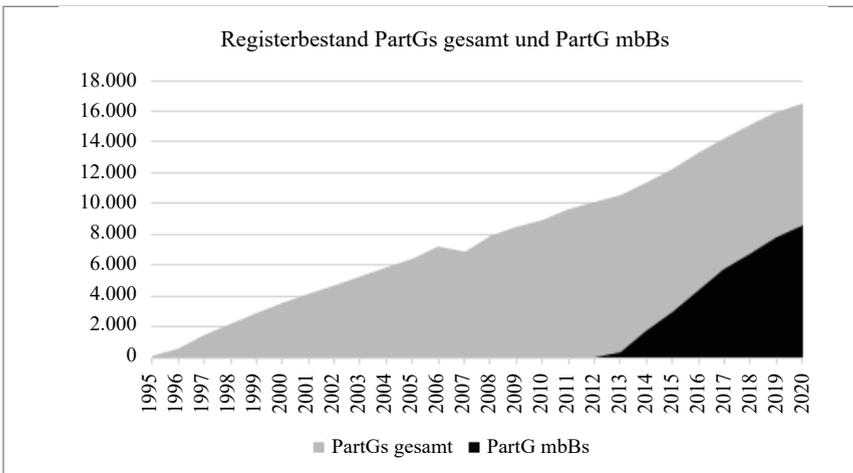


Diagramm 2: Registerbestand aller PartGs und der PartG mbBs



¹⁹⁵ Lieder/Hoffmann, NZG 2020, 721, 722.

¹⁹⁶ Vgl. Lieder/Hoffmann, NZG 2017, 235; dies., NZG 2019, 249, 250.

¹⁹⁷ Vgl. auch Pathe, in: Gummert (Fn. 105), § 2 Rn. 57.

V. Aktuelle Entwicklungen: MoPeG und Brexit

Nach Einführung der PartG mbB sind die normativen Rahmenbedingungen des Partnerschaftsrechts praktisch unverändert geblieben.¹⁹⁸ Auch durch das Gesetz zur Neuregelung des Berufsrechts erfährt das PartGG keine substanziellen Änderungen.¹⁹⁹ Das zum 1. Januar 2024 in Kraft getretene MoPeG ändert zwar sämtliche Vorschriften des PartGG,²⁰⁰ lässt aber die Grundstrukturen der klassischen wie auch der haftungsbeschränkten Variante der Partnerschaft unberührt. Die Änderungen sind primär redaktioneller Art, passen namentlich die Verweisungen den Änderungen des OHG- bzw. BGB-Gesellschaftsrechts an.

1. Liberalisierung des Namensrechts

Eine wesentliche inhaltliche Änderung besteht allein in der Liberalisierung des Namensrechts der Partnerschaft. Musste der Namen der PartG bisher den Namen mindestens eines Partners, den Zusatz „und Partner“ oder „Partnerschaft“ sowie die Berufsbezeichnung aller vertretenen Berufe enthalten (§ 2 Abs. 1 PartGG a. F.), kann künftig sowohl auf die Bezeichnung eines namensgebenden Partners als auch auf die Bezeichnung aller vertretenen Berufe verzichtet werden (§ 2 Abs. 1 PartGG). Mit Recht betrachtet der Reformgesetzgeber die restriktiven Vorgaben als nicht mehr zeitgemäß.²⁰¹ Zum einen partizipierte die PartG nicht an der durch das Handelsrechtsreformgesetz²⁰² vorgenommenen Deregulierung des Namensrechtes von Handelsgesellschaften. Zum anderen fehlt es an einem dringenden Bedürfnis des Rechtsverkehrs an der Publikation des Namens mindestens eines Partners und der Berufsbezeichnung, zumal insbesondere die Nennung der Berufsbezeichnung beim Zusammenschluss mehrerer Berufsgruppen zu praktischen Schwierigkeiten führen konnte.²⁰³ Praktische Probleme ergaben sich gleichermaßen bei einer Vielzahl gleichgestellter Partner, weil die Sozietät dann vor die Wahl gestellt war, entweder in impraktikabler Weise sämtliche Partner im Namen aufzuführen oder aber durch die Nennung nur eines Partners diesem nach außen hin eine – im Innenverhältnis unerwünschte – exponierte Stellung

¹⁹⁸ Vgl. allein die ganz geringfügige Änderung des § 4 Abs. 1 Satz 1 PartGG durch Art. 7 des Gesetzes zur Änderung des Aktiengesetzes (Aktienrechtsnovelle 2016) vom 22. Dezember 2015, BGBl. I, S. 2565.

¹⁹⁹ Vgl. die geringfügigen Änderungen in §§ 1 Abs. 3, 7 Abs. 4 PartGG durch Art. 33 des Gesetzes zur Neuregelung des Berufsrechts der anwaltlichen und steuerberatenden Berufsausübungsgesellschaften sowie zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich der rechtsberatenden Berufe vom 7. Juli 2021 (Fn. 77).

²⁰⁰ Art. 68 MoPeG (Fn. 7).

²⁰¹ Dazu näher BegrRegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 274 f.

²⁰² Gesetz zur Neuregelung des Kaufmanns- und Firmenrechts und zur Änderung anderer handels- und gesellschaftsrechtlicher Vorschriften (HRefG) vom 26. Juni 1998, BGBl. I, S. 1473.

²⁰³ Noack, NZG 2020, 581, 585.

einzuräumen.²⁰⁴ Diese Unzulänglichkeiten des bisherigen Namensrechts wurden durch das MoPeG beseitigt, was die Wahl reiner Sach- oder Phantasienamen eröffnet.²⁰⁵ Aus rechtspolitischer Perspektive ist diese Änderung uneingeschränkt zu begrüßen.

2. Öffnung der GmbH & Co. KG für Freiberufler

Durchwachsener fällt die Bewertung der Öffnung der Handelsgesellschaften für die freien Berufe aus. Im Rahmen einer kleinen Lösung, die die hergebrachte Trennung zwischen handelsgewerblichen und nicht gewerblichen, insbesondere freiberuflichen Personengesellschaften unangetastet lässt,²⁰⁶ eröffnet § 107 Abs. 1 Satz 2 HGB den Freiberuflern eine Organisation in Form einer OHG oder KG (vgl. § 161 Abs. 2 HGB), soweit das anwendbare Berufsrecht die Eintragung zulässt.

Die Öffnung der GmbH & Co. KG für Freiberufler ist durchaus ein Schritt in die richtige Richtung²⁰⁷ und war angesichts der sachlich kaum zu rechtfertigenden Ungleichbehandlung unterschiedlicher Berufsgruppen im Hinblick auf eine mögliche Haftungsbeschränkung längst überfällig.²⁰⁸ Zumindest für Rechtsanwalts-gesellschaften eröffnet sich in Verbindung mit der BRAO-Reform²⁰⁹ eine neue Gestaltungsoption.²¹⁰ Mit der Wahl einer GmbH & Co. KG können die Freiberufler ihr persönliches Haftungsrisiko noch weiter beschränken als in der PartG mbB, weil nicht nur Ersatzansprüche wegen fehlerhafter Berufsausübung vom Haftungsprivileg erfasst sind, sondern sämtliche Gesellschaftsverbindlichkeiten, wie z. B. Lohn-, Kauf- und Mietforderungen.²¹¹ Zudem lassen sich die Vorteile der eingeschränkten Kommanditistenhaftung mit den Vorzügen einer transparenten Mitunternehmerbesteuerung kumulieren.²¹²

Die Achillesferse der Neuregelung ist allerdings der berufsrechtliche Vorbehalt.²¹³ Soweit – wie bis dato – keine bundeseinheitliche Regelung getroffen werden kann, namentlich weil die Regelung des jeweiligen Berufsrechts in die Zu-

²⁰⁴ BegrRegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 274.

²⁰⁵ BegrRegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 274; Noack, NZG 2020, 581, 585.

²⁰⁶ Für eine Überwindung der Trennung vgl. etwa Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft, Beilage zu ZIP 2/2021, 23; Habersack, ZGR 2020, 539, 553; Lieder/Frehse/Kilian, NJW 2018, 2175, 2179; Schall, ZIP 2020, 1443, 1444.

²⁰⁷ Dazu und zum Folgenden bereits Lieder, ZRP 2021, 34, 36.

²⁰⁸ Vgl. zur entsprechenden legislativen Intention: BegrRegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 105.

²⁰⁹ Siehe oben Fn. 77.

²¹⁰ Ausführlich zur BRAO-Reform: Kilian, NJW 2021, 2385 ff.; Stöber, DSrR 2021, 2137 ff.

²¹¹ Zur Limitierung der Haftungsbeschränkung des § 8 Abs. 4 PartGG siehe oben III.3.d).

²¹² BegrRegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 102; Lieder/Hilser, NotBZ 2021, 401, 406; vgl. weiter Bergmann, DB 2020, 994, 998.

²¹³ Dazu ausf. Lieder/Hoffmann, NZG 2020, 721, 726; vgl. weiter Lieder, ZRP 2021, 34, 36; Lieder/Hilser, NotBZ 2021, 401, 406; kritisch auch Heckschen, DSrR 2020, 761, 766; Otte-Gräbener, BB 2020, 1295, 1298; Schäfer, ZIP 2020, 1149, 1154; die Regelung in diesem Punkt verteidigend Uwer, ZGR Sonderband 23 (2021), 87, 92.

ständigkeit der Länder fällt, droht ein föderaler Flickenteppich, der sich nicht nur auf die Zulassung von Freiberuflergesellschaften in Form von OHG und KG bezieht, sondern auch unterschiedliche Haftungshöchstwerte und Versicherungssummen hervorbringen kann.²¹⁴

Ungeachtet dieser Kritik befeuert die Öffnung der GmbH & Co. KG den innerdeutschen Wettbewerb der Gesellschaftsformen vor allem mit der PartG mbB. Namentlich Rechtsanwaltsgesellschaften können sich der neuen Gestaltungsoption bedienen und das persönliche Haftungsrisiko ihrer Partner erheblich verringern. Zugleich werden sie bei ihrer Rechtsformwahl auch die Gründungs- und laufenden Kosten²¹⁵ sowie die Akzeptanz der Mandantschaft im Auge haben müssen.²¹⁶ Ein weiterer Aspekt betrifft die Leitungsstruktur der GmbH & Co. KG. Aus der Praxis ist insofern eine gewisse Abneigung gegen die Bestellung von Rechtsanwälten zu Geschäftsführern der Komplementär-GmbH einerseits und gegen die Installation eines Fremdgeschäftsführers andererseits zu spüren.²¹⁷ Schließlich sind als weitere Nachteile die mit der GmbH & Co. KG verbundenen Bilanzierungs- und Publizitätspflichten sowie eine etwaige Gewerbesteuerpflicht zu berücksichtigen.²¹⁸

Die Öffnung der Handelsgesellschaften für die freien Berufe ist der Lackmusktest für die Attraktivität der PartG mbB. Im Rahmen einer Gesamtschau der Vor- und Nachteile der beiden Organisationsformen wird sich die PartG mbB indes nicht selten auch weiterhin als vorzugswürdige Rechtsformalternative erweisen. Das gilt namentlich für kleinere Sozietäten, denen die Gesamtkosten der GmbH & Co. KG zu hoch erscheinen, die aber gleichwohl eine persönliche Haftungsbeschränkung zumindest für Berufspflichtverletzungen anstreben. Aber auch in größeren Sozietäten kann die Geschäftsführerproblematik für die Wahl der PartG mbB von entscheidender Bedeutung sein. Davon abgesehen wird die PartG mbB auch dort weiterhin eine Option sein, wo in Ermangelung einer berufsrechtlichen Öffnung die Wahl der GmbH & Co. KG von vornherein ausscheidet. Der Reformgesetzgeber des MoPeG hat im Ergebnis jedenfalls gut daran getan, sowohl an der klassischen wie auch an der haftungsbeschränkten Partnerschaft festzuhalten.²¹⁹

²¹⁴ Zur vergleichbaren Situation im Kontext von Architekten- und Ingenieurs-PartG mbB siehe oben III.3.e).

²¹⁵ Empirische Angaben auf Grundlage einer Befragung der Anwaltschaft bei *Kilian*, AnwBl 2021, 38, 39.

²¹⁶ Zur Relevanz dieser Umstände bei der Rechtsformwahl vgl. *Lieder/Frehse/Kilian*, NJW 2018, 2175, 2177 f.

²¹⁷ So bereits *Lieder/Hilser*, NotBZ 2021, 401, 406.

²¹⁸ Vgl. BegrRegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 110; *Noack*, NZG 2020, 581, 585.

²¹⁹ Vgl. *Lieder*, ZRP 2021, 34, 36; *Lieder/Hilser*, NotBZ 2021, 401, 406; *Lieder/Hoffmann*, NZG 2020, 721, 726; *Nolting*, BB 2021, 1795, 1797; *Schäfer*, ZIP 2020, 1149, 1153; *Schollmeyer*, ZGR Sonderheft 23 (2021), 29, 36; *Wertenbruch*, NZG 2019, 1081, 1090.

3. Die eingetragene BGB-Gesellschaft

Im Zuge der Reform des Personengesellschaftsrechts wurde auch die BGB-Gesellschaft als Organisationsform für Freiberufler attraktiver. Neues Leitbild der GbR ist eine auf Dauer angelegte und am Rechtsverkehr teilhabende Gesellschaft.²²⁰ Dieses Modell manifestiert sich im Paradigmenwechsel von der Gesamthandsgesellschaft zum unternehmenstragenden Rechtssubjekt. Dabei wurde das BGB-Gesellschaftsrecht merklich an das Recht der OHG angenähert.²²¹ Die bedeutendste Neuerung besteht in der Schaffung des Gesellschaftsregisters, welches das bisherige Publizitätsdefizit beseitigt und die Handlungsfähigkeit eingetragener GbR (eGbR) erhöht hat.²²² Mit Blick auf die praktische Wirkung des Gesellschaftsregisters darf der redliche Rechtsverkehr nun sowohl auf die Existenz der eGbR als auch auf die verlaublichen Vertretungsbefugnisse vertrauen (§ 707a Abs. 3 Satz 1 BGB i. V.m. § 15 HGB).²²³ Freilich können die BGB-Gesellschafter nach freiem Ermessen darüber entscheiden, ob sie sich registrieren lassen wollen oder nicht.

Nach Inkrafttreten der Neuerungen zum 1. Januar 2024 dürften sich zahlreiche Freiberuflersozietäten in ihrer Entscheidung bestätigt sehen, als BGB-Gesellschaft zu firmieren. Eine ganze Reihe von Schwachpunkten der GbR, die sie als Organisationsform weniger geeignet erscheinen ließ als die PartG (mbH),²²⁴ ist durch das MoPeG ausgeräumt worden. Ein zentraler Nachteil ist allerdings durch die Reform nicht beseitigt worden, und zwar die persönliche Haftung der BGB-Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten. Vielmehr wird die geltende Haftungsverfassung in Form der §§ 721, 721a, 721b BGB kodifiziert.²²⁵ Das reformierte BGB-Gesellschaftsrecht verfügt weder über eine Handelndenhaftung nach dem Modell des § 8 Abs. 2 PartGG noch über eine Haftungsprivilegierung nach Art des § 8 Abs. 4 PartGG.

Neben der besonderen Gestaltungsfreiheit im Innenrecht spricht für die Wahl der GbR vor allem das Kostenargument.²²⁶ Dabei geht es weniger um die Anmeldekosten für die Namensänderung („PartG mbH“),²²⁷ sondern vor allem um die Kosten für die über die Minimalanforderungen hinausgehenden Deckungs-

²²⁰ Vgl. BegrRegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 2; *Armbrüster*, ZGR Sonderheft 23 (2021), 143, 145; *Bachmann*, NZG 2020, 612, 613; *Fleischer*, DB 2020, 1107, 1109; *Lieder*, ZGR Sonderheft 23 (2021), 169, 175; *Tröger/Happ*, NZG 2021, 133, 138.

²²¹ Vgl. *Lieder*, ZGR Sonderheft 23 (2021), 169, 171.

²²² Vgl. BegrRegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 108; näher dazu *Lieder/Hilser*, NotBZ 2021, 401, 403.

²²³ Dazu ausf. *Lieder/Hilser*, NotBZ 2021, 401, 403 f.

²²⁴ Siehe nochmals oben II. 1. c).

²²⁵ Dazu näher *Lieder/Hilser*, NotBZ 2021, 401, 408.

²²⁶ Vgl. bereits *Lieder/Hoffmann*, NJW 2015, 897, 902; *Laukemann*, Die Partnerschaftsgesellschaft, 3. Aufl. 2016, S. 4.

²²⁷ Die BegrRegE, BT-Drucks. 17/10487, S. 12 beziffert die Anmeldekosten mit ca. 140 Euro.

summen der gesetzlichen Berufshaftpflichtversicherung.²²⁸ Da große Wirtschaftskanzleien bisher schon auf freiwilliger Basis über einen umfangreichen Versicherungsschutz verfügen,²²⁹ fällt das Kostenargument bei ihnen nicht ins Gewicht. Kleinere Sozietäten werden sich hingegen gut überlegen, ob sich die höheren Prämienzahlungen wirtschaftlich für sie rechnen.²³⁰ Dementsprechend wird man davon ausgehen können, dass die BGB-Gesellschaft – gerade für Zusammenschlüsse von wenigen Berufsträgern – nur unwesentlich an Beliebtheit verlieren wird.

4. Brexit und LLP

Das Gesamtbild wird komplettiert durch den Austritt des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union. Nach dem Auslaufen der Übergangsregelung zum 31.1.2021 sind LLPs britischer Provenienz nicht nach der Rechtsform des Inkorporationsstaats, sondern nach der modifizierten Sitztheorie²³¹ als BGB-Gesellschaft anzuerkennen. Auch ein besonderer Vertrauensschutz für Altgesellschaften scheidet nach h. M.²³² aus und wird nach zutreffender Auffassung²³³ auch nicht durch das Handels- und Kooperationsabkommen von EU und UK²³⁴ gewährleistet. Damit steht die UK-LLP nicht länger als taugliche Rechtsformalternative für Freiberuflersozietäten zur Verfügung. Namentlich die Vorreiter der LLP-Bewegung im deutschen Kanzleimarkt „Clifford Chance Deutschland LLP“ und „Noerr LLP“ haben ihre Rechtsform inzwischen in eine PartG mbB verwandelt.²³⁵ Das belegt eindrucksvoll die rechtstatsächliche Relevanz, die der haftungsbeschränkten Partnerschaftsvariante inzwischen zukommt.

²²⁸ Pro Anwalt rechnet BegrRegE, BT-Drucks. 17/10487, S. 12 jährlich mit 1.750 Euro Mehrkosten.

²²⁹ Vgl. *Kilian*, NJW 2011, 3413, 3416.

²³⁰ Vgl. *Salger* (Fn. 85), § 45a Rn. 33; *Henssler*, AnwBl 2014, 96, 98.

²³¹ Dazu ausf. *Weller*, in: FS Goette, 2011, S. 583 ff.; eingehend im Kontext des Brexit *Lieder/Bialluch*, NotBZ 2017, 165, 168 f.; *dies.*, NJW 2019, 805, 806.

²³² *Kumpan/Pauschinger*, EuZW 2017, 327, 332; *Lieder/Bialluch*, NotBZ 2017, 165, 170 f.; *dies.*, NJW 2019, 805, 806; *Seeger*, DStR 2016, 1817, 1819 f.; a.A. *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmensrecht, 6. Aufl. 2018, Rn. 7.119; *Mäsch/Gausing/Peters*, IPRax 2017, 49, 52 ff.

²³³ OLG München, NZG 2021, 1518 Rn. 21 f. unter Berufung auf BGH, NZG 2021, 702 Rn. 7, 9 ff.; *Heckschen/Strnad*, GWR 2021, 215, 221; *Knaier*, GmbHR 2021, 488, 491; *Lieder/Hoffmann*, NZG 2021, 1045, 1046, 1054; *Maier/Manz*, BB 2021, 451; *Schollmeyer*, NZG 2021, 692; a.A. *J. Schmidt*, GmbHR 2021, 229 Rn. 25 ff.; *dies.*, EuZW 2021, 613; *Fischer*, NZG 2021, 483; *Otte-Gräbener*, BB 2021, 717.

²³⁴ Handels- und Kooperationsabkommen zwischen der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft einerseits und dem Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland andererseits, ABl. 2020 L 444, 2.

²³⁵ *Lieder/Hoffmann*, NJW-aktuell Heft 8/2021, 15.

VI. Abschließende rechtspolitische Würdigung

Die Partnerschaftsgesellschaft kann auf eine wechselvolle Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte zurückblicken. Nur zögerlich setzte sich seit Mitte der 1950er Jahre im Kreise der freiberuflichen Organisationen die Erkenntnis durch, dass es einer spezifischen Verbandsform für die Angehörigen freier Berufe bedürfe. Erst die Veränderungen in der praktischen Berufsausübung, Konzentration und Spezialisierung ließen die Rufe nach einer Rechtsformneuschöpfung immer lauter werden.

Dass die daraufhin geschaffene (klassische) Partnerschaftsgesellschaft – unter zum Teil scharfer Kritik des Schrifttums²³⁶ – in der Praxis nur zurückhaltend als Organisationsform angenommen wurde, hat verschiedene Gründe. Besondere Bedeutung hat der Umstand, dass die zentralen Forderungen der Verbände nach einer effektiven Haftungsbeschränkung und der Möglichkeit einer interprofessionellen Kooperation durch die ursprüngliche Gesetzesfassung nicht verwirklicht wurden. Zur Zusammenarbeit verschiedener Berufsgruppen schwieg das PartGG und überantwortete diese zentrale Frage dem freiberuflichen Standesrecht. Die noch im Gesetzentwurf von 1971 enthaltene generelle Haftungsbeschränkung suchte man in dem 1994 verabschiedeten PartGG vergebens. Das ließ die Sinnhaftigkeit der Partnerschaft insgesamt fraglich erscheinen.²³⁷ Daneben wurde der Aufstieg der Partnerschaft in ihren Anfangsjahren durch die Liberalisierung des Berufsrechts gebremst, welche die GmbH (und AG) weitestgehend für die Organisation von Freiberuflergesellschaften öffnete.²³⁸ Gleichzeitig erhöhte sich die Attraktivität der GbR durch Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit im Jahre 2001.²³⁹ Die BGB-Gesellschaft blieb demnach eine echte Alternative für die freiberufliche Betätigung. Das gilt umso mehr vor dem Hintergrund, dass die Defizite des dispositiven BGB-Gesellschaftsrechts durch geeignete Vertragsgestaltung weitgehend beseitigt und damit dauerhafte Kooperationsstrukturen errichtet werden können.²⁴⁰

Zentraler praktischer Vorzug der klassischen Partnerschaft und Alleinstellungsmerkmal gegenüber der GbR war seit der Gesetzesänderung von 1998 die Handelndenhaftung des § 8 Abs. 2 PartGG, die zumindest zu einer partiellen Haftungsprivilegierung der an einem Mandat selbst nicht mitwirkenden Partner führte. Damit mochten sich die freiberuflichen Organisationen indes nicht zufriedengeben, zu unbefriedigend und unzumutbar erschienen die Haftungsrisiken einzelner Partner in großen Sozietäten, die ihre Mandate mit hohem Personaleinsatz in Teamstrukturen bearbeiten. Parallel dazu entdeckten wenige, aber ex-

²³⁶ Siehe hierzu II. 3. e).

²³⁷ Zur Bedürfnisprüfung instruktiv *Römermann*, in: *Römermann* (Fn. 27), Einf. Rn. 70 ff.

²³⁸ Siehe nochmals oben II. 1. b).

²³⁹ Siehe nochmals oben II. 1. c).

²⁴⁰ Vgl. *Römermann*, in: *Römermann* (Fn. 27), Einf. Rn. 74; *Lenz*, MDR 1994, 741, 746; *Vorbrugg/Salzmann*, AnwBl 1996, 129, 133.

ponierte Anwaltskanzleien die Rechtsform der UK-LLP für sich. Beide Aspekte mündeten in das Gesetzgebungsverfahren, an dessen Ende die Schaffung der PartG mbB stand. Sie darf mit Blick auf die zurückliegende rechtstatsächliche Entwicklung durchaus als Erfolgsgeschichte gelten. In weniger als sieben Jahren hat die haftungsbeschränkte Rechtsformvariante der Partnerschaftsgrundform in absoluten Zahlen den Rang abgelaufen.

Neuere empirische Daten belegen, dass die PartG mbB ihren Siegeszug fortsetzt, obgleich die Zuwachsraten rückläufig sind.²⁴¹ Dieser Sättigungseffekt beruht zum einen auf der heterogenen Realstruktur der Freiberuflergesellschaften und den unterschiedlichen Präferenzen der Berufsträger. Zum anderen manifestieren sich in der abflachenden Entwicklung auch die Auswirkungen des berufsrechtlichen Vorbehalts nach § 8 Abs. 4 PartGG. Erfolgt keine ausdrückliche Öffnung der PartG mbB durch das Berufsrecht, bleibt den Freiberuflern diese Organisationsform schlicht verwehrt. Die daran geübte Kritik ist bekannt.²⁴² Sie gilt *cum grano salis* gleichermaßen für den berufsrechtlichen Vorbehalt des § 107 Abs. 1 Satz 2 HGB, der sich ebenfalls dämpfend auf die empirische Entwicklung der Freiberufler-GmbH & Co. KG auswirken wird. Gleichwohl wird diese – durch das MoPeG eröffnete – Gestaltungsmöglichkeit gerade im Bereich größerer Zusammenschlüsse zur PartG mbB in Konkurrenz treten, während letztere sich bei kleineren Sozietäten künftig dem Wettbewerb mit der runderneueren BGB-Gesellschaft stellen muss. Die rechtsformspezifischen Vor- und Nachteile der bezeichneten Rechtsformalternativen deuten aus unserer Sicht zum gegenwärtigen Zeitpunkt aber jedenfalls darauf hin, dass die PartG mbB auch weiterhin als Gestaltungsoption für Freiberufler von großer praktischer Bedeutung sein wird. Daher fällt auch das Gesamturteil über die Einführung der PartG in ihrer klassischen und haftungsbeschränkten Variante als spezifisches Angebot an die Angehörigen freier Berufe im Ergebnis positiv aus. Die Partnerschaften bereichern das deutsche Rechtsformspektrum und sind aus der Verbandsrechtslandschaft nicht mehr wegzudenken.

²⁴¹ Lieder/Hoffmann, NJW-aktuell Heft 8/2021, 15.

²⁴² Vgl. nur Lieder/Hoffmann, NZG 2017, 325, 332 f.; dies., NZG 2016, 287, 294; in der Sache ebenso Höpfner, JZ 2017, 19, 28; Kienzler, JR 2016, 221, 229.

§ 8 Vereinigtes Königreich:
Limited Liability Partnership (LLP), 2000

Carolin Lunemann

I.	Einführung	274
II.	Gesamtgefüge der britischen Gesellschaftsformen	274
	1. <i>Partnership</i> und <i>company</i> als Grundgerüst des Gesellschaftsrechts	274
	2. Variation durch <i>limited partnership</i> und <i>private company</i>	275
	3. Nutzung der Gesellschaftsformen	276
III.	Entstehungsprozess der LLP	277
	1. Wachsende Diskrepanz zwischen gesetzlichem Leitbild und Rechtstatsächlichkeit	277
	2. Zuspitzung der Haftungs- und Versicherungskrise	278
	a) Haftung in der <i>partnership</i>	278
	b) Aggressive Prozessführung und unklare Sorgfaltspflichten	279
	c) Teure Berufshaftpflichtversicherung	280
	3. Kritik der Wirtschaftsprüfer	280
	4. Scheitern der Reform der <i>joint and several liability</i>	281
	5. Lobbyarbeit der Wirtschaftsprüfer in Jersey	281
	6. Entstehung der britischen LLP	283
	7. Verbreitung der LLP in Zahlen	286
IV.	Gesellschaftsrechtliche Grundstrukturen der LLP	287
	1. Rechtsnatur	287
	2. Rechtsquellen	288
	3. Gründung, Mitgliederzahl und Gesellschaftszweck	289
	4. Innenverhältnis	289
	a) Geschäftsführung und Vertretung	290
	b) Stimm- und Gewinnbezugsrechte, Einsichtsrechte	290
	c) Treuepflichten	291
	5. Wechsel im Gesellschafterbestand	292
	6. Haftungsregime	292
	7. Besteuerung	293
V.	LLP in Deutschland	294
	1. Beliebtheit der LLP in Deutschland	294
	2. Rechtliche Unklarheiten beim Umgang mit einer „deutschen“ LLP	295
	3. Schaffung der PartG mbB	297
	4. Rückgang der LLP durch den Brexit	297
VI.	Einordnung und Gesamtwürdigung	299
	1. Wettbewerb der Rechtsordnungen als Treiber der Rechtsentwicklung	299
	2. Wettbewerb der Rechtsordnungen als Instrument der Lobby	300
	3. Neue Rechtsform als Alternative zu Reformen	300
	4. Gesetzesverweise als Regelungstechnik	301

I. Einführung

Die im Jahre 2000 geschaffene *Limited Liability Partnership* (LLP) nach britischem Recht reiht sich ein in den Trend zu hybriden Gesellschaftsformen, die zwischen Personen- und Kapitalgesellschaft oszillieren.¹ Als haftungsfeste Rechtsform für britische Freiberufler konzipiert,² setzte die LLP einem jahrelangen Kampf britischer Wirtschaftsprüfungsgesellschaften um die Modernisierung ihres Gesellschaftsrechts ein vorläufiges Ende.³ Ihre Entstehungsgeschichte, aber auch ihre internationale Verbreitung, die durch die europäische Rechtsentwicklung erst ermöglicht wurde und sich zuletzt infolge des Brexits auf einem schlagartigen Rückzug befindet, macht sie zu einem Anschauungsbeispiel für einen lebendigen Wettbewerb der Rechtsordnungen auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts.⁴

Der Beitrag unternimmt den Versuch, die Entwicklungslinien der britischen LLP in ihrem internationalen Kontext nachzuzeichnen. Am Anfang steht ein orientierender Blick auf die Rechtsformlandschaft des Vereinigten Königreichs, in die sich die neu geschaffene LLP einzufügen hatte (II.). Im Anschluss erläutert der Beitrag den Entstehungsprozess der britischen LLP und spürt den wesentlichen Triebkräften nach, die zu ihrer Einführung führten (III.). Eine Darstellung ihrer Charakteristika und Grundstrukturen veranschaulicht, wie sich in der LLP kapital- und personengesellschaftsrechtliche Merkmale ergänzen (IV.). Nicht unerwähnt bleiben dürfen die Implikationen der LLP für das deutsche Gesellschaftsrecht (V.). Sodann schließt der Rundgang durch das LLP-Recht mit einigen rechtspolitischen Beobachtungen (VI.).

II. Gesamtgefüge der britischen Gesellschaftsformen

1. *Partnership and company as Grundgerüst des Gesellschaftsrechts*

Die älteste im britischen Recht bestehende Unternehmensform ist die *partnership*.⁵ Deren Konzeption als auf vertraglichen Abreden beruhende Personenge-

¹ Zur LLP in Zusammenhang mit der Entstehung hybrider Gesellschaftsformen *Bank*, Die britische Limited Liability Partnership: Eine attraktive Organisationsform für Freiberufler?, 2006, S. 29 ff.

² *DTI*, Explanatory Notes zum Limited Liability Partnerships Act 2000, Ziff. 5 ff., abrufbar unter: <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/12/notes>> (2.4.2024).

³ *Vollans*, 5 Cov. L.J. 56, 57 ff. (2000); *Freedman/Finch*, J.B.L., 387, 397 ff. (1997); zweifelnd *Cross*, J.B.L., 268, 268 (2003).

⁴ Zur LLP im Wettbewerb des Personengesellschaftsrechts *Siems*, 58 I.C.L.Q., 767, 784 ff. (2009); *Bank* (Fn. 1), S. 44 f.; *Freedman/Finch* J.B.L., 475, 479 (2002).

⁵ Vgl. *Berry*, in: Hillman/Loewenstein, Research Handbook on Partnerships, LLCs and Alternative Forms of Organizations, 2015, S. 357, 357; *Krebs/Stiegler*, in: Jung/Krebs/Stiegler, Gesellschaftsrecht in Europa, 2019, § 112 Rn. 40; *Smith*, Limited Liability Partnerships Handbook, 3. Aufl. 2012, Rn. 1.3.

sellschaft ohne eigene Rechtspersönlichkeit⁶ besteht seit Jahrhunderten mit bemerkenswerter Konstanz fort und war lange Zeit die einzige Organisationsform, um gemeinschaftlich unternehmerisch tätig zu werden.⁷ Nur wenige, sehr große Unternehmen konnten vom englischen Königshaus durch eine *royal charter* oder einen *private Act of Parliament* Rechtspersönlichkeit und eine Haftungsbeschränkung erlangen.⁸ Das berühmteste Beispiel ist die 1600 gegründete *British East India Company*, die auf Grundlage ihres Handelsmonopols in enger Verflechtung mit dem britischen Königshaus die Kolonialherrschaft in Asien begründete.⁹ Das änderte sich erst Mitte des 19. Jahrhunderts, als im Zuge des enormen industriellen Wachstums das Bedürfnis nach einer unkomplizierten Möglichkeit der Inkorporierung drängender wurde.¹⁰ Als Geburtsstunde der modernen *company* gilt der *Joint Stock Companies Act 1856*, der es Unternehmen ermöglichte, allein durch eine Registrierung Rechtspersönlichkeit zu erlangen und zugleich die Haftung der Gesellschafter zu begrenzen.¹¹ Die *company* entwickelte sich zum Massenphänomen¹² und bildet seither neben der *partnership* den zweiten Grundpfeiler des britischen Gesellschaftsrechts.¹³

2. Variation durch limited partnership und private company

Eine Welle gesetzgeberischer Innovation ergänzte Anfang des 20. Jahrhunderts die britische Rechtsformlandschaft, als jene beiden Grundformen um Rechtsformvarianten bereichert wurden.¹⁴ Im Jahre 1907 wurde mit der *limited partnership* eine eng an das *partnership law* angelehnte Rechtsform eingeführt. Sie hält an den personengesellschaftsrechtlichen Prinzipien fest, ermöglicht es jedoch einzelnen (aber nicht allen) Gesellschaftern, die Kapital zur Verfügung stellen wollen, ohne auch an der Geschäftsführung teilzuhaben, ihre Haftung auf ihre Einlage zu beschränken.¹⁵ Diese an die deutsche Kommanditgesellschaft erinnernde Rechtsform setzte sich in Großbritannien nur in bestimmten Nischen durch

⁶ Nur die schottische *partnership* besitzt Rechtspersönlichkeit, sec. 4 (2) Partnership Act 1890; dazu *Morse/Braithwaite*, Partnership and LLP Law, 9. Aufl. 2020, Rn. 1.08.

⁷ *Harris*, Industrializing English Law, 2000, S. 15 f.; *Smith* (Fn. 5), Rn. 1.3.

⁸ *Girvin/Frisby/Hudson*, Charlesworth's Company Law, 18. Aufl. 2010, Rn. 1.005; *Harris* (Fn. 7), S. 17 f.; *Turner*, in: Wells, Research Handbook on the History of Corporate and Company Law, 2008, S. 123, 132.

⁹ *The New Encyclopædia Britannica*, Band IV, 15. Aufl. 2010, S. 329 zum Stichwort „East India Company“.

¹⁰ *Harris* (Fn. 7), S. 287 ff.; *Morse/Braithwaite* (Fn. 6), Rn. 1.28.

¹¹ *Morse/Braithwaite* (Fn. 6), Rn. 1.28; *Turner* (Fn. 8), S. 135.

¹² Zu ihrer schnellen Verbreitung *Harris* (Fn. 7), S. 287 ff.

¹³ *Davies/Worthington/Hare*, Gower: Principles of Modern Company Law, 11. Aufl. 2021, Rn. 1-002: „English law provides two main types of organisation for those who wish to associate in order to carry on business for gain: partnerships and companies.“

¹⁴ *Morse*, Sing. J.L.S., 455, 456 (2002).

¹⁵ *Banks*, Lindley & Banks on Partnership, 21. Aufl. 2022, Rn. 28-01 ff.; *Blackett-Ord/Haren*, Partnership Law, 6. Aufl. 2020, Rn. 24.1 ff.; *Morse/Braithwaite* (Fn. 6), Rn. 9.01 ff.

und wird vor allem als Investitionsvehikel für Risikokapital und Immobilienprojekte genutzt.¹⁶ Im selben Jahr entwickelte sich im *company law* die Unterscheidung zwischen *public company* und *private company*, wodurch Letztere von einigen regulatorischen Kontrollmechanismen befreit werden konnte.¹⁷ Die Differenzierung beider Varianten hat sich bis heute immer weiter verstärkt, ohne jedoch je – trotz der auf dem europäischen Recht beruhenden unterschiedlichen Bezeichnung als *Plc.* bzw. *Ltd.* – in eine Abtrennung ihrer Rechtsregime im Sinne zweier unterschiedlicher Rechtsformen zu münden.¹⁸ Weitere Ausprägungen der *company* wie die *company limited by guarantee* und die *unlimited company* erlangten als auf gemeinnützige Organisationen ausgerichtete Rechtsformvarianten für profitorientierte Unternehmen nur untergeordnete Bedeutung.¹⁹

3. Nutzung der Gesellschaftsformen

Unternehmen jeder Couleur bedienen sich gleichermaßen der beiden generischen Rechtsformen *partnership* und *company*, die sich zu Allzweckinstrumenten für das weite Spektrum unternehmerischer Vorhaben entwickelten.²⁰ Die (*general* und *limited*) *partnership* findet bis heute ihre Rechtsgrundlage im *Partnership Act 1890*, der bei seinem Erlass überwiegend bestehendes (Richter-) Recht kodifizierte.²¹ Sie zeichnet sich durch ihre Flexibilität bei der Ausgestaltung des Innenverhältnisses der Gesellschafter aus und hat nicht zuletzt aufgrund ihrer transparenten Besteuerung nicht an Attraktivität eingebüßt.²² Die verschiedenen Spielarten der *company* fußen auf dem *Companies Act 2006*, der nach einer umfassenden Reform das *company law* aktualisiert hat.²³ Sie ermöglichen als Kapitalgesellschaften eine weitreichende Haftungsbeschränkung, wofür die Gesellschafter jedoch strengere Publizitätsanforderungen und ggf. steuerliche Nachteile in Kauf nehmen müssen.²⁴

¹⁶ *Blackett-Ord/Haren* (Fn. 15), Rn. 24.1; *Morse*, Sing. J.L.S., 455, 456 (2002); *Smith* (Fn. 5), Rn. 1.5.

¹⁷ *Morse*, Sing. J.L.S., 455, 456 (2002).

¹⁸ *Davies/Worthington* (Fn. 13), Rn. 1.19; *Krebs/Stiegler* (Fn. 5), § 12 Rn. 562; *Schall*, in: *Schall, Companies Act, 2014*, sec. 1 Rn. 28 f.

¹⁹ Zu ihnen *Davies/Worthington* (Fn. 13), Rn. 1.6 ff.; zur neuen *community interest company* siehe in diesem Band § 12 (*Tittel*), S. 405.

²⁰ *Davies/Worthington* (Fn. 13), Rn. 1.3; *Morse*, Sing. J.L.S., 455, 457 (2002).

²¹ *Banks* (Fn. 15), Rn. 1.01 ff.; *Blackett-Ord/Haren* (Fn. 15), Rn. 1.4; *Morse/Braithwaite* (Fn. 6), Rn. 1.09; *Krebs/Stiegler* (Fn. 5), § 12 Rn. 40.

²² *Morse/Braithwaite* (Fn. 6), Rn. 1.30; *Krebs/Stiegler* (Fn. 5), § 12 Rn. 33 ff.

²³ Zur Reform *Girvin/Frisby/Hudson* (Fn. 8), Rn. 1.014 ff.; *Davies/Rickford*, ECFR, 48 (2008) (Teil 1), 239 (2008) (Teil 2); *Grohmann/Gruschinske*, *Der Konzern 2007*, 797.

²⁴ Zu den Vor- und Nachteilen der *company* *Davies/Worthington* (Fn. 13), Rn. 2.1 ff.

III. Entstehungsprozess der LLP

Nachdem beinahe hundert Jahre lang das bestehende Rechtsformentableau nicht nennenswert erweitert wurde,²⁵ entstand mit der LLP im Jahre 2000 eine innovative Hybridform, die Elemente der *company* mit solchen der *partnership* kombiniert.²⁶ Ein Blick auf ihren Entstehungsprozess soll Aufschluss über die Umstände ihrer hastigen Einführung geben.

1. Wachsende Diskrepanz zwischen gesetzlichem Leitbild und Rechtstatsächlichkeit

Die traditionelle Zweiteilung des Gesellschaftsrechts in *partnership law* und *company law* beruht auf der Vorstellung, dass die *partnership* für kleine, personalistische Unternehmen den passenden Rahmen bietet, während die *company* mit ihrer Haftungsbegrenzung und organisatorischen Trennung von Eigentum und Leitung für Unternehmen mit großem Gesellschafterkreis die richtige Organisationsform darstellt.²⁷ Wenngleich im *company law* die Entscheidung *Salomon v Salomon* bereits Ende des 19. Jahrhunderts den Weg zur Ein-Personen-Kapitalgesellschaft bereitete und auch kleinen, eigentümergeführten Unternehmen den Zugang ermöglichte,²⁸ blieb im *partnership law* die gesetzlich vorgesehene Gesellschafterzahl auf ein Maximum von 20 Personen begrenzt.²⁹ Diese Höchstgrenze konnte jedoch nicht verhindern, dass sich auch die *partnership* von ihrem gesetzlichen Leitbild einer personalistischen Gesellschaft immer stärker entfernte. Vor allem Freiberuflergesellschaften, welchen aus berufsrechtlichen Gründen der Weg in die *company* zunächst verwehrt war,³⁰ umgingen die gesetzliche Maximalgröße durch die Verkettung mehrerer *partnerships* mithilfe von Beteiligungsgesellschaften.³¹ Als durch sec. 120 (2) *Companies Act 1967* die Begrenzung der Gesellschafterzahl einer *partnership* für jene Berufsgruppen entfiel,³² wurde das Wachstum der Anwalts- und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften weiter befeuert. In der Folge entstanden multinationale Rechtsanwalts- und Wirtschaftsprüfungs-

²⁵ *Morse*, Sing. J.L.S., 455, 457 (2002).

²⁶ Zu den Parallelen *Morse/Braithwaite* (Fn. 6), Rn. 10.10; *Freedman/Finch*, J.B.L., 475, 475 (2002): „It is an entity based on both company law and partnership law precepts. Its proponents would argue that it picks and mixes the best features of each to create a new and attractive package.“

²⁷ *Davies/Worthington* (Fn. 13), Rn. 1.3.

²⁸ *Salomon v Salomon & Co Ltd* [1897] AC 22; dazu *Davies/Worthington* (Fn. 13), Rn. 2.1 ff.

²⁹ Sec. 716 (1) *Companies Act 1985*, der im Jahr 2002 aufgehoben wurde und im *Companies Act 2006* keine Entsprechung mehr findet, vgl. *Davies/Worthington* (Fn. 13), Rn. 2.1 ff. sowie *Smith* (Fn. 5), Rn. 1.6.

³⁰ *Freedman/Finch*, J.B.L., 387, 389 (1997); *Kilian*, NZG 2000, 1008.

³¹ *Kilian*, NZG 2000, 1008.

³² Endgültig abgeschafft wurde die verbliebene und schon lange als obsolet geltende formale Höchstgrenze von 20 Personen im Jahre 2002, siehe *Davies/Worthington* (Fn. 13), Rn. 2.1 ff. sowie *Smith* (Fn. 5), Rn. 1.6.

gesellschaften im Rechtskleid der *partnership*, die weltweit tätig waren und teilweise von mehreren hundert, in der ganzen Welt verstreuten Gesellschaftern getragen wurden.³³

Ende der 1980er Jahre wurde Freiberuflern der Zusammenschluss und die Betätigung in der Rechtsform der *company* ermöglicht,³⁴ sodass die Gesellschaften erstmals eine körperschaftliche Haftungsbeschränkung erlangen konnten. Dennoch entwickelte sich die *company* nicht zu einer angemessenen Alternative für jene Berufsgruppen. Grund hierfür waren weitreichende finanzielle Offenlegungspflichten, die der vertraulichen Mandatsbeziehung nicht gerecht zu werden drohten, vor allem aber steuerrechtliche und sozialversicherungsrechtliche Nachteile der *company*. Daneben entsprach die Struktur der *company* im Innenverhältnis mit ihrer weitgehenden Trennung von Eigentum und Leitung nicht den Vorstellungen einiger Unternehmen.³⁵ Von den „Big Six“, die damals die größten Wirtschaftsprüfungsgesellschaften bildeten,³⁶ entschied sich seinerzeit nur *KPMG* für eine teilweise Umwandlung der Gruppe in eine *company*. Im Übrigen blieben die meisten freiberuflichen Zusammenschlüsse in der *partnership* organisiert.³⁷

2. Zuspitzung der Haftungs- und Versicherungskrise

a) Haftung in der *partnership*

Im englischen Recht kommt der *partnership* keine eigene Rechtspersönlichkeit zu. Das *partnership law* sieht vor, dass alle Partner als Vertreter ihrer Mitgesellschafter auftreten können und daher jeder der Partner in vollem Umfang mit seinem Privatvermögen für die entstandenen Schulden und Verbindlichkeiten haftet. Sie können vollumfänglich für Schäden haftbar gemacht werden, die andere Partner fahrlässig verursacht haben, auch wenn sie selbst an der Schadensverursachung nicht mitgewirkt haben (*unlimited, joint and several liability*).³⁸ Dieses Haftungsregime spiegelt in der vom Gesetzgeber erdachten kleinen *partnership* das Vertrauensverhältnis der Gesellschafter wider.³⁹ Mit der wachsenden Größe

³³ *Bank* (Fn. 1), S. 47; *Cross*, J.B.L., 268, 269 (2003); *Kilian*, NZG 2000, 1008, 1008; *Smith* (Fn. 5), Rn. 1.6.

³⁴ Für Wirtschaftsprüfer durch sec. 25 (2), 53 (1) Companies Act 1989, der 1991 in Kraft trat und für *Solicitors* durch die *Solicitor's Incorporated Practice Rules* 1988, die 1992 in Kraft traten, siehe *Bank* (Fn. 1), S. 48 sowie *Schnittker*, Gesellschafts- und steuerrechtliche Behandlung einer englischen Limited Liability Partnership mit Verwaltungssitz in Deutschland, 2007, S. 13 f.

³⁵ *Bank* (Fn. 1), S. 48 f.; *Freedman/Finch*, J.B.L., 387, 412 f. (1997); *Morse*, Sing. J.L.S., 455, 460 (2002); *Netherway*, 4 Int. I.L.R., 279, 280 (1996); *Schnittker* (Fn. 34), S. 13 f.

³⁶ Nach der Auflösung von *Arthur Andersen* und der Fusion von *PriceWaterhouse* mit *Coopers & Lybrand* heute die sog. „Big Four“.

³⁷ *Freedman/Finch*, J.B.L., 387, 389 f. (1997); *Netherway*, 4 Int. I.L.R., 279, 280 (1996).

³⁸ *Banks* (Fn. 15), Rn. 12.01 ff.; *Payne*, 18 Comp. Lawy., 81, 81 f. (1997).

³⁹ *Freedman/Finch*, J.B.L., 387, 389 (1997); *Triebel/Karsten*, RIW 2001, 1, 2; so auch *DTI*, Explanatory Notes (Fn. 2), Ziff. 9.

und steigenden Anonymität der Freiberuflergesellschaften wurde die gesamtschuldnerische Haftung jedoch zunehmend zum Problem, als Partner für fahrlässiges Verhalten von Mitgesellschaftern in Anspruch genommen wurden, die sie kaum je getroffen, geschweige denn mit ihnen zusammengearbeitet hatten.⁴⁰

b) *Aggressive Prozessführung und unklare Sorgfaltspflichten*

In den 1980er Jahren beunruhigten existenzbedrohende Schadensersatzklagen in mehrstelliger Millionenhöhe gegen US-amerikanische Freiberuflerzusammenschlüsse und ihre Gesellschafter⁴¹ auch die Kollegen jenseits des Atlantiks. Zunehmend sahen sich auch britische Wirtschaftsprüfungsgesellschaften Prozessen ausgesetzt, deren Streitwerte schwindelerregende Höhen erreichten.⁴² Während es 1982–83 im Vereinigten Königreich drei laufende Klagen gegen die „Big Six“ gab, waren es 1992–93 bereits 627.⁴³ Rechtliche Unsicherheiten in Bezug auf die von Wirtschaftsprüfungsgesellschaften geschuldeten Sorgfaltspflichten gegenüber ihren Mandanten, deren gerichtliche Konturierung einige aufsehenerregende Urteile nach sich zogen,⁴⁴ verschärfte die Situation noch. Vertragliche Haftungsausschlüsse, die Abhilfe hätten schaffen können, waren ferner nur in engen Grenzen rechtssicher umsetzbar.⁴⁵

Einen Höhepunkt erreichte die Haftungskrise, die längst nach Großbritannien übergeschwappt war, im Jahr 1996 mit dem Fall *ADT Ltd v BDO Binder Hamlyn*.⁴⁶ Als seinerzeit eine der großen Wirtschaftsprüfungsgesellschaften hatte *Binder Hamlyn* der Klägerin die Richtigkeit von Geschäftsdaten bestätigt, auf deren Grundlage diese ein Unternehmen erwarb. Für den durch den Unternehmenserwerb erlittenen Schaden wurde *Binder Hamlyn* nach einem Vergleich auf Schadensersatz in Höhe von 50 Mio. britischen Pfund in Anspruch genommen. Die Versicherung deckte nur etwas mehr als die Hälfte dieses Betrages (nämlich 31 Mio. britische Pfund), sodass sich die Partner von *Binder Hamlyn*, die überwiegend mit der fehlerhaften Prüfung in keinerlei Weise befasst waren, Forderungen in Millionenhöhe ausgesetzt sahen.⁴⁷

⁴⁰ *Cross*, J.B.L., 268, 269 (2003); *Freedman/Finch*, J.B.L., 387, 389 (1997); *Smith* (Fn. 5), Rn. 1.6. f.; *DTI*, Explanatory Notes (Fn. 2), Ziff. 9; *Select Committee on Trade and Industry*, Fourth Report Draft Limited Liability Partnership Bill, HC 59, 1999, Ziff. 13, abrufbar unter: <<https://publications.parliament.uk/pa/cm/199899/cmselect/cmtrdind/59/5902.htm>> (2.4.2024).

⁴¹ Zur Haftungskrise in den USA *Mednick/Peck*, 28 Val. U. L. Rev., 867 (1994).

⁴² *Bank* (Fn. 1), S. 49; *Payne*, 18 Comp. Lawy., 81, 81 (1997); *Vollans*, 5 Cov. L.J. 56, 57 (2000).

⁴³ So *Freedman/Finch*, J.B.L., 387, 395 f. (1997).

⁴⁴ Für einen Überblick *Freedman/Finch*, J.B.L., 387, 391 f. (1997); *Payne*, 18 Comp. Lawy., 81, 81 (1997).

⁴⁵ *Freedman/Finch*, J.B.L., 387, 399 ff. (1997); *Vollans*, 5 Cov. L.J. 56, 57 f. (2000); kritisch zu diesen Schranken *Law Commission*, Feasibility Investigation of Joint and Several Liability, 1996, Ziff. 5.10 ff.

⁴⁶ *ADT Ltd. v BDO Binder Hamlyn* [1996] BCC 808.

⁴⁷ Zu diesem Fall auch *Freedman/Finch*, J.B.L., 387, 395 (1997); *Schnittker* (Fn. 34), S. 12 f.; *Select Committee on Trade and Industry*, Fourth Report (Fn. 40), Ziff. 14.

c) *Teure Berufshaftpflichtversicherung*

In diesem aufgeheizten Umfeld klagte die Branche der Wirtschaftsprüfer über Schwierigkeiten, einen Versicherungsschutz zu adäquaten Bedingungen zu beschaffen.⁴⁸ In der Tat stiegen die Prämien für eine Berufshaftpflichtversicherung (*Professional Indemnity Insurance*) in den 1980er Jahren deutlich an, was den Schutz vor existenzgefährdenden Ersatzpflichten deutlich verteuerte.⁴⁹ Auch der vereinbarte Selbstbehalt im Haftungsfall wuchs rasant.⁵⁰ Besonders schwer wog für große, international agierende Gesellschaften jedoch, dass die verfügbaren Deckungssummen der Versicherungen mit dem steigenden Haftungsrisiko immer weniger Schritt halten konnten.⁵¹

3. *Kritik der Wirtschaftsprüfer*

Unter dem Stichwort der *deep pockets defendants* geriet die gesamtschuldnerische Haftung der *partnership* in die Kritik, da sie Anreize setze, Berater und Wirtschaftsprüfer als besonders solvente Schuldner auf Ersatz eines Schadens zu verklagen, selbst wenn sie im Vergleich zu anderen Schädigern nur einen vergleichsweise kleinen Verursachungsbeitrag geleistet haben.⁵² Nach einer oft gewählten, etwas überspitzten Formulierung bedeute die gesamtschuldnerische Haftung, „that a defendant can be called upon to provide 100 per cent of damages even if he or she is only 1 per cent at fault“.⁵³ Die betroffenen Branchen fürchteten aufgrund des veralteten Haftungsregimes einen Wettbewerbsnachteil zur internationalen Konkurrenz, die insbesondere in den USA mit der 1991 erstmals geschaffenen US-amerikanischen LLP gute Erfahrungen machte.⁵⁴ Nicht nur würde das enorme Haftungsrisiko in britischen *partnerships* und die resultierenden Versicherungs- und Überwachungskosten zu einem im internationalen Vergleich überdurchschnittlichen Anstieg der Preise für Prüfung und Beratung durch *professionals* führen, sondern zudem würde die Qualität freiberuflicher Dienstleistungen lei-

⁴⁸ *Freedman/Finch*, J.B.L., 387, 395 (1997); *Payne*, 18 Comp. Lawy., 81, 81 (1997).

⁴⁹ *Freedman/Finch*, J.B.L., 387, 396 (1997): „insurance premiums rose by a factor of 37 during this decade“; *Pettet*, 48 CLP, 125, 140 (1995).

⁵⁰ *Freedman/Finch*, J.B.L., 387, 396 (1997).

⁵¹ *Freedman/Finch*, J.B.L., 387, 396 (1997): „The main concern of the largest firms was the availability of cover rather than cost. By 1987 the maximum cover had reduced to less than half of the 1984 figure, while in the same period average fee income had doubled. Since 1985 only a proportion of cover at each level had been purchasable and the quality of coverage had changed.“; *Netherway*, 4 Int. I.L.R., 279, 279 ff. (1996); *Payne*, 18 Comp. Lawy., 81, 81 f. (1997).

⁵² Vgl. referierend *Law Commission*, Feasibility Investigation (Fn. 45), Ziff. 3.1 ff.; *Freedman/Finch*, J.B.L., 475, 480 f. (2002); *Payne*, 18 Comp. Lawy., 81, 81 (1997); *Pettet*, 48 CLP, 125, 140 f. (1995).

⁵³ *Payne*, 18 Comp. Lawy., 81, 82 (1997); kritisch dazu *Law Commission*, Feasibility Investigation (Fn. 45), Ziff. 3.13.

⁵⁴ *Vollans*, 5 Cov. L.J., 56, 58 (2000).

den, wenn diese mit Rücksicht auf mögliche Schadensersatzklagen nur noch mit äußerster Zurückhaltung durchgeführt würden. Auch sah man für die Zukunft Schwierigkeiten voraus, junge Berufsträger zu rekrutieren oder zum Eintritt in die *partnership* zu ermutigen, wenn diese Gefahr liefen, ihre Einlage und sogar ihr persönliches Vermögen unverschuldet zu verlieren. Wirtschaftsprüfer zeigten sich alarmiert und drängten mit Nachdruck darauf, das ausufernde Haftungsrisiko einzuhegen.⁵⁵

4. Scheitern der Reform der *joint and several liability*

Bevor die Schaffung einer neuen Rechtsform in Großbritannien ernsthaft in Erwägung gezogen wurde, durften die *accounting firms* auf die Lösung ihres Haftungsproblems innerhalb des *partnership law* hoffen. Vorgeschlagen wurde, das Prinzip der gesamtschuldnerischen Haftung (*joint and several liability*) durch eine *proportional liability* zu ersetzen, die der nur anteiligen Verantwortlichkeit des Einzelnen für entstandene Schäden Rechnung trägt.⁵⁶ Die Regierung zeigte sich zunächst offen: Im Sommer 1995 beauftragten das *Department of Trade and Industry (DTI)* und das *Lord Chancellor's Department* das *Common Law Team* der *Law Commission*, ein vom Parlament dauerhaft eingesetztes Fachgremium, mit der Prüfung dieses Vorschlags.⁵⁷ Ernüchterung von Seiten der Freiberufler brachte jedoch der einige Monate später veröffentlichte Bericht, in welchem von der Einführung jeder Form von *proportional liability* vehement abgeraten wurde.⁵⁸ Die beiden wesentlichen Argumente gegen eine solche nur anteilige Haftung lauteten, dass sie das Risiko der Insolvenz der Schädiger auf den Kläger abwälze, und dass die gesamtschuldnerische Haftung auf etablierten und sachgerechten Kausalitätsprinzipien beruhe.⁵⁹ Der Bericht drängte darauf, die Haftungsprobleme der Freiberufler durch weniger einschneidende Maßnahmen zu lösen, etwa durch weitreichendere Möglichkeiten einer vertraglichen Haftungsbeschränkung.⁶⁰ Erleichterungen innerhalb des bekannten Rechtsregimes der *partnership* rückten somit wieder in weite Ferne.

5. Lobbyarbeit der Wirtschaftsprüfer in Jersey

Derweil hatten andere Jurisdiktionen auf die verschärfte Haftungssituation bereits reagiert. In den USA hatte zunächst Texas in Reaktion auf die existenzvernichtenden *doomsday claims* eine neue Rechtsform geschaffen. Die *Limited Liability*

⁵⁵ *Law Commission*, Feasibility Investigation (Fn. 45), Ziff. 3.1.; *Select Committee on Trade and Industry*, Fourth Report (Fn. 40), Ziff. 15; *Payne*, 18 Comp. Lawy., 81, 82 (1997); *Schnittker* (Fn. 34), S. 13.

⁵⁶ *Freedman/Finch*, J.B.L., 475, 480 f. (2002); *Netherway*, 4 Int. I.L.R., 279, 282 (1996).

⁵⁷ *Law Commission*, Feasibility Investigation (Fn. 45), Ziff. 1.1 ff.

⁵⁸ *Law Commission*, Feasibility Investigation (Fn. 45).

⁵⁹ *Law Commission*, Feasibility Investigation (Fn. 45), Ziff. 3.11 ff.; dazu auch *Payne*, 18 Comp. Lawy., 81, 83 (1997).

⁶⁰ *Law Commission*, Feasibility Investigation (Fn. 45), Ziff. 5.1 ff. sowie Rn. 7.6.

*Partnership*⁶¹ ergänzte ab 1991 die schon seit den 1970er Jahren bestehende *Limited Liability Company*⁶² als eine weitere hybride Rechtsform. Auf die Bedürfnisse von Freiberuflerzusammenschlüssen zugeschnitten, ermöglichte sie als eine auf der allgemeinen *partnership* aufbauende Rechtsform, die Haftung auf diejenigen Partner zu beschränken, die im Einzelfall an der Schadensverursachung beteiligt waren.⁶³

Als die Kampagnen der Wirtschaftsprüfer in Großbritannien zur Reformierung des *partnership law* zunächst keine Früchte trugen, wurde die Abwanderung in geeignete Gesellschaftsformen anderer Rechtsordnungen immer attraktiver, weshalb sich zwei der großen Wirtschaftsprüfungsgesellschaften im Juni 1995 an die Regierung von Jersey wandten. *PriceWaterhouse* und *Ernst & Young* legten dem *States of Jersey Financial Services Department* einen Entwurf zur Schaffung einer neuen Rechtsform vor, der *Jersey Limited Liability Partnership* (Jersey LLP).⁶⁴ Im englischen internationalen Privatrecht ermöglichte bereits vor der entsprechenden europarechtlichen Rechtsprechung die Gründungstheorie den Import ausländischer Rechtsformen. Gesellschaften, die in einer anderen Rechtsordnung wirksam gegründet wurden, konnten ihre Tätigkeit unter Beibehaltung ihres Gesellschaftsstatuts in Großbritannien entfalten.⁶⁵ Die Insel vor der Normandie war und ist als weitgehend vom Vereinigten Königreich autonomer Staat ein wichtiger Finanzstandort, der verschiedene Branchen mit günstigen steuerlichen Rahmenbedingungen lockt.⁶⁶ Die zu schaffende Jersey LLP sollte es nach der Vorstellung der beiden Initiatoren ermöglichen, auf eine geeignete *offshore*-Rechtsform zurückzugreifen, dabei jedoch nicht auf gewohnte gesellschaftsrechtliche Grundlagen Großbritanniens verzichten zu müssen, an die das Gesellschaftsrecht Jerseys in weiten Teilen angelehnt ist.⁶⁷ Bereits Ende des Jahres griff die Legislative Jerseys den Vorschlag auf und verabschiedete nach kürzester Zeit am 24. September 1996 das *Limited Liability Partnership (Jersey) Law 1997*,⁶⁸ ohne wesentliche Änderungen am ursprünglichen Entwurf vorgenommen zu haben.⁶⁹ Das Gesetz trat am 9. September 1998 in Kraft.⁷⁰

⁶¹ Zur US-amerikanischen LLP in diesem Band § 4 (*Korch*), S. 113; siehe auch *Hallweger*, NZG 1998, 531, 533; *Hamilton*, 66 U. Col. L. Rev. 1065, 1069 ff (1995).

⁶² Zur LLC in diesem Band § 1 (*Fleischer/Kolb*), S. 27.

⁶³ *Hallweger*, NZG 1998, 531, 533; *Kilian*, RIW 2000, 896, 897.

⁶⁴ *Bank* (Fn. 1), S. 45; *Freedman/Finch*, J.B.L., 387, 414 (1997); *Kilian*, RIW 2000, 896, 898; *Netherway*, 4 Int. I.L.R., 279, 279 (1996); *Smith* (Fn. 5), Rn. 1.9.

⁶⁵ *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2018, Rn. 7.6.

⁶⁶ Zur völkerrechtlichen Stellung Jerseys *Dunlop*, *Dunlop on Jersey Company Law*, 2010, Rn. 1.1 ff.; *McGoldrick/Morris*, 24 Anglo-American Law Review, 168, 169 ff. (1995).

⁶⁷ *Kilian*, RIW 2000, 897, 898.

⁶⁸ Das Gesetz wurde zwischenzeitlich ersetzt. Derzeit gilt das *Limited Liability Partnership (Jersey) Law 2017*.

⁶⁹ *Kilian*, RIW 2000, 897, 898.

⁷⁰ Zur Jersey LLP *Morris/Stevenson*, 60 M.L.R., 538 ff. (1997); *Begg*, in: *Netherway/Begg/Beckett*, *Limited Liability for Professional Partnerships*, 1998, S. 207 ff.

Die Jersey LLP hat zwar eigene Rechtspersönlichkeit, ohne jedoch zugleich juristische Person (*body corporate*) zu sein. Diese Konstruktion ermöglicht es, dass die Gesellschaft selbst für alle Schulden und Verbindlichkeiten haftet, für die in einer gewöhnlichen *partnership* die Gesellschafter haften würden.⁷¹ Ein Durchgriff auf das Vermögen eines Partners ist ausschließlich für dessen persönliche Verbindlichkeiten und für vom jeweiligen Partner selbst verursachte Verluste möglich.⁷² Zugleich sieht die Rechtsform eine transparente Besteuerung vor und erlegt den Gesellschaftern nur sehr zurückhaltend Offenlegungspflichten auf.⁷³ Ihre Attraktivität besteht daher darin, Unternehmen ein günstiges Haftungsregime zur Verfügung zu stellen, ohne dabei die Nachteile einer Inkorporierung in Kauf nehmen zu müssen.

Ob sich die neue Rechtsform jenseits ihres kleinen Heimatlandes als erfolgreich erweisen würde, war jedoch mit zahlreichen Unsicherheiten behaftet. Das „Mischwesen“ der Jersey LLP als mit Rechtspersönlichkeit ausgestattete Personengesellschaft bot reichlich Angriffsfläche für britische Gerichte und Behörden, die haftungs- und steuerrechtlichen Vorteile der Jersey LLP zunichte zu machen.⁷⁴ Immerhin handelte es sich um eine dem britischen Gesellschaftsrecht fremde Zwitterstellung, die sich in ähnlicher Form nur bei der schottischen *partnership* wiederfindet, ohne dort jedoch ähnlich weitreichende Auswirkungen auf deren Haftungsverfassung zu zeitigen.⁷⁵ Schon bald ließ der *Inland Revenue Service*, die britische Steuerbehörde, verlauten, dass er beabsichtige, in Großbritannien tätige Jersey LLPs angesichts ihrer Rechtspersönlichkeit und der ihnen eigenen Haftungsbeschränkung wie Kapitalgesellschaften zu besteuern.⁷⁶ *PriceWaterhouseCoopers* und *Ernst & Young* versuchten daraufhin, eine gerichtliche Klärung der abstrakten Frage herbeizuführen, wie die Jersey LLP zu besteuern ist, scheiterten jedoch aus verfahrensrechtlichen Gründen.⁷⁷

6. Entstehung der britischen LLP

Trotz der Zweifel, ob die im Entstehen begriffene Jersey LLP den Wirtschaftsprüfungsgesellschaften tatsächlich die ersehnte Alternative zum zu klein gewordenen Rechtskleid der *partnership* bieten würde, stellten einige Gesellschaften

⁷¹ So ausdrücklich Art. 4 (1) LLP (Jersey) Law 2017: „A limited liability partnership shall be liable for any debt or loss for which, if the Limited Liability Partnership were an ordinary partnership, the partners would otherwise be liable, either jointly or jointly and severally.“

⁷² Siehe Art. 5 (2) LLP (Jersey) Law 2017: „[...] (a) his personal debts; and (b) any loss caused by him“.

⁷³ *Freedman/Finch*, J.B.L., 387, 414 (1997); *Payne*, 18 Comp. Lawy., 81, 85 (1997).

⁷⁴ Zur Nutzbarkeit der Jersey LLP in Großbritannien *Freedman/Finch*, J.B.L., 387, 414 f. (1997); *Netherway*, in: *Netherway/Begg/Beckett* (Fn. 70), S. 148 ff.

⁷⁵ Dazu *Morse/Braithwaite* (Fn. 6), Rn. 1.08.

⁷⁶ *Kilian*, RIW 2000, 897, 901; *Freedman/Finch*, J.B.L., 387, 415 (1997); *Netherway* (Fn. 74), S. 154.

⁷⁷ *Inland Revenue Commissioners v Pricewaterhouse Coopers, Inland Revenue Commissioners v Ernst & Young* [1999] STC 531.

ihre Abwanderung in Aussicht.⁷⁸ Mit der Einführung einer Rechtsformalternative vor den Toren Großbritanniens erhöhte sich der Druck auf die britische Regierung, den Freiberuflergesellschaften endlich entgegenzukommen, sodass die langwierige Kampagne der Wirtschaftsprüfer schließlich Wirkung zeigte:⁷⁹ Im November 1996 verkündete *Ian Lang*, damals *President of the Board of Trade*, dass die Regierung bis Ostern des kommenden Jahres erste detaillierte Diskussionsvorschläge zur Einführung einer neuen Rechtsform veröffentlichen würde.⁸⁰ Bereits im Februar 1997 erschien ein vom *DTI* veröffentlichtes erstes *Consultation Paper* unter dem Titel „Limited Liability Partnerships: A New Form of Business Association for Professions“.⁸¹

Kurz darauf stand die Wahl des Unterhauses (*General Election*) 1997 an, doch auch die oppositionelle Labour Party versprach, nach der Wahl die Entwicklung der neuen Rechtsform voranzutreiben.⁸² Nach ihrem Erdrutschsieg folgte im September 1998 ein von der neuen Regierung erarbeiteter erster Gesetzesentwurf, der einen Entwurf des *Limited Liability Partnership Act* und der ergänzenden Verordnungen enthielt.⁸³ Bezeichnend für die Dringlichkeit, mit der die neue Rechtsform auf den Weg gebracht werden sollte, ist die vollständige Abtrennung des LLP-Gesetzgebungsverfahrens von der zeitgleich angestoßenen Überarbeitung des *company law*⁸⁴ und des *partnership law*⁸⁵. Die Regierung fürchtete, dass die grundlegenden und daher langwierigen Konsultationen der Entstehung der neuen Rechtsform zu lange im Wege stehen würden, weshalb sie angesichts des entstandenen Zeitdrucks ein separates Vorgehen bevorzugte.⁸⁶

⁷⁸ *Berry* (Fn. 5), S. 358; *Schnittker* (Fn. 34), S. 17; *Sikka/Willmott*, in: Chapman/Cooper/Miller, *Accounting, Organizations & Institutions*, 2009, S. 396, 410 m. w. N.; *Triebel/Karsten*, RIW 2001, 1, 3.

⁷⁹ Zur Lobbyarbeit in diesem Zusammenhang *Sikka/Willmott* (Fn. 78), S. 410 ff.; vgl. auch *Freedman/Finch*, J.B.L., 475, 480 (2002): „There is no doubting the importance of interest groups in the story of the LLP, and their pressure had more to do with this development than did natural evolution.“

⁸⁰ *Bank* (Fn. 1), S. 51; *Payne*, 18 Comp. Lawy., 81, 86 (1997); *Schnittker* (Fn. 34), S. 17; *House of Commons*, Research Paper 00/54 – Limited Liability Partnerships Bill, 2000, S. 10, abrufbar unter: <<https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/RP00-54/RP00-54.pdf>> (2.4.2024).

⁸¹ URN 97/597; die weiteren Entwürfe aufzählend *DTI*, Explanatory Notes (Fn. 2), Ziff. 12.

⁸² Vgl. *Freedman/Finch*, J.B.L., 475, 481 (2002).

⁸³ *DTI*, Limited Liability Partnerships: Draft Bill: A Consultation Document, 1998 (URN 98/874).

⁸⁴ Zur *Company-Law-Reform*, siehe *Girvin/Frisby/Hudson* (Fn. 8), Rn. 1.015 ff.; *Davies/Rickford*, ECFR, 48 (2008) (Teil 1), 239 (2008) (Teil 2).

⁸⁵ Zur (ergebnislosen) *Partnership-Law-Reform*, siehe *Morse/Braithwaite* (Fn. 6), Rn. 1.04.

⁸⁶ *Select Committee on Trade and Industry*, Fourth Report (Fn. 40), Rn. 10; *Cross*, J.B.L., 268, 271 (2003): „The rapidity of the process also gives some indication that the DTI wished to move to a conclusion as quickly as possible.“

Die *Law Commission* wurde in den Gesetzgebungsprozess nicht einbezogen.⁸⁷ Die zahlreichen Äußerungen zu dem Gesetzesentwurf aus Wissenschaft und Praxis wurden vom *House of Commons Select Committee on Trade and Industry* geprüft und ausgewertet.⁸⁸ Das Gremium bestätigte das große Interesse potentieller Nutzer und Investoren an einer derartigen Rechtsform,⁸⁹ äußerte aber auch Bedenken hinsichtlich des Entstehungsprozesses:

„In the absence of any official account, it has been easy for sceptical or hostile observers to suggest that the Bill is in effect a favour being thrown to the big accountancy partnerships, in return for the profession’s acceptance of a limited scheme of independent supervision; that as a result the professions, particularly accountants and lawyers, will be free to enjoy all the benefits of partnership without the usually associated liabilities; and that the Government was forced into action by the passage of the Jersey LLP Law, procured for that very purpose by the efforts of several large firms.“⁹⁰

Trotzdem stellte das Gremium dem Gesetzesvorschlag insgesamt ein gutes Zeugnis aus,⁹¹ nicht ohne eine besonders wesentliche Änderung anzuregen: Der Entwurf sah zum Schutz von Gläubigerinteressen vor, dass nur Angehörige bestimmter regulierter Berufe Mitglied in einer LLP werden können. Wenngleich die Rechtsform offenkundig auf die Bedürfnisse von Freiberuflern zugeschnitten war, zeichnete sich auch das Interesse anderer, multidisziplinärer Unternehmen ab, für deren Ausschluss das *Select Committee* keine zwingenden Gründe ausfindig machen konnte.⁹² Dem Vorschlag, die LLP auch für andere unternehmerische Vorhaben zur Verfügung zu stellen, schloss sich das *DTI* in der Folge an.⁹³

Eine überarbeitete Fassung des Gesetzesentwurfs veröffentlichte das *DTI* im Juli 1999.⁹⁴ Ende November wurde der Entwurf im *House of Lords* eingeführt; die parlamentarischen Lesungen im *House of Commons* folgten im Frühjahr 2000. Den *Royal Assent* erhielt der *Limited Liability Partnerships Act 2000* schließlich am 20. Juli 2000.⁹⁵ Seit April 2001 können LLPs in England, Wales und Schottland geschaffen werden, seit Oktober 2009 gilt der LLPA auch in Nordirland.⁹⁶

⁸⁷ *Blackett-Ord/Haren* (Fn. 15), Rn. 25.2.

⁸⁸ *Select Committee on Trade and Industry*, Fourth Report (Fn. 40).

⁸⁹ *Select Committee on Trade and Industry*, Fourth Report (Fn. 40), Ziff. 27: „There is however no doubt sufficient interest in the LLP as a new form of corporate vehicle to justify the time and trouble devoted to the legislation.“

⁹⁰ *Select Committee on Trade and Industry*, Fourth Report (Fn. 40), Ziff. 6.

⁹¹ *Select Committee on Trade and Industry*, Fourth Report (Fn. 40), Ziff. 29.

⁹² *Select Committee on Trade and Industry*, Fourth Report (Fn. 40), Ziff. 30 ff.

⁹³ *Select Committee on Trade and Industry*, Eighth Special Report, Draft Limited Liability Partnership Bill, 1999, Ziff. 27, abrufbar unter: <<https://publications.parliament.uk/pa/cm199899/cmselect/cmtrdind/529/52902.htm>> (2.4.2024); *Morse et al.*, *Palmer’s Limited Liability Partnership Law*, 3. Aufl. 2017, Rn. A1-11.

⁹⁴ *DTI*, *Limited Liability Partnerships Bill: A Consultation Document*, 27.7.1999 (URN 99/1025).

⁹⁵ *DTI*, *Explanatory Notes* (Fn. 2), a. E. mit Verweisen auf die offiziellen Sitzungsaufzeichnungen der Parlamente (*Hansard*).

⁹⁶ Zur LLP in Nordirland *Whittaker/Machell*, *The Law of Limited Liability Partnerships*, 4. Aufl. 2016, Rn. 1.26.

7. Verbreitung der LLP in Zahlen

Das DTI rechnete damit, dass etwa 90.000 der damals bestehenden etwa 600.000 *partnerships* eine Umwandlung in die LLP vollziehen würden.⁹⁷ Angesichts der Dringlichkeit, mit der die Freiberuflergesellschaften auf die Einführung der LLP gepocht hatten, irritierte in den Anfangsjahren die nur zögerliche Annahme der neuen Rechtsform. Zügig wagte noch im Einführungsjahr zunächst nur *Ernst & Young* den Schritt in die neue Organisationsform.⁹⁸ Erklärt wurde die Zurückhaltung der Gesellschaften mit anfänglichen Unsicherheiten, wie die Rechnungslegung in der LLP zu erfolgen hat, und dem Zeitaufwand, den die Ausgestaltung passender und vollständiger Gesellschaftsverträge erforderte.⁹⁹ Bis zum Ende des Jahres 2003 hatten schließlich jedoch alle der heutigen „Big Four“ ihr Rechtskleid gewechselt.¹⁰⁰ Zunehmend machten auch große Anwaltskanzleien Pläne zum Formwechsel publik.¹⁰¹ Die Beliebtheit der LLP wurde beflügelt, als die umfassenden Publizitäts- und Prüfungspflichten, die mit der LLP einhergingen, einen Teil ihrer abschreckenden Wirkung verloren, indem sie halfen, den im Zuge der Finanzskandale der 2000er Jahre eingetretenen Reputationsverlust der Wirtschaftsprüfungsgesellschaften abzufedern.¹⁰² Ein Jahr nach ihrer Einführung waren im März 2002 insgesamt 1941 LLPs registriert,¹⁰³ im März 2006 hatten sich bereits 17.499 Unternehmen als LLP eintragen lassen.¹⁰⁴ Bis ins Jahr 2016 stieg die Gesamtzahl der im Vereinigten Königreich registrierten LLPs Jahr für Jahr kontinuierlich auf über 60.000 an.¹⁰⁵ Seither sind die Zahlen registrierter LLPs wieder rückläufig. Im März 2023 betrug die Zahl der registrierten LLPs noch 52.627 und ihr Anteil an allen registrierungspflichtigen Gesellschaftsformen 1,0 %. Damit bildet die LLP in etwa gleichauf mit der *limited partnership* zwar einen verbreiteten Gesellschaftstyp, bleibt hinter der *private limited (by share oder by guarantee)* aber weit zurück, die Anfang 2023 mit mehr als 5 Mio. Gesellschaften über 95 % der registrierten Körperschaften ausmachte.¹⁰⁶

⁹⁷ *House of Commons*, Research Paper 00/54 (Fn. 80), S. 9.

⁹⁸ *Bank* (Fn. 1), S. 269; *Fisher*, (2004) Accty. 134 (1331), 24.

⁹⁹ *Bank* (Fn. 1), S. 270 m.w.N.; *Fisher* (2004) Accty. 134 (1331), 24; vgl. *Freedman/Finch*, J.B.L., 475, 495 (2002).

¹⁰⁰ *Bank* (Fn. 1), S. 271.

¹⁰¹ *Bank* (Fn. 1), S. 272.

¹⁰² Vgl. *Bank* (Fn. 1), S. 271; zu den Auswirkungen der Finanzskandale in Europa *Saunders*, Euro. Law. 36, 20 (2004).

¹⁰³ *Morse*, Sing. J.L.S., 455, 466 (2002) mit Fn. 71.

¹⁰⁴ *Companies House*, Companies Register Activities 2009–2010, S. 25 f., abrufbar unter <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20141104120807/http://www.companieshouse.gov.uk/about/pdf/companiesRegActivities2009_2010.pdf> (2.4.2024).

¹⁰⁵ *Companies House*, Companies Register Activities 2015–16, unter 5., abrufbar unter <<https://www.gov.uk/government/statistics/companies-register-activities-201516/companies-register-activities-2015-16#types-of-corporate-body-on-the-register>> (2.4.2024).

¹⁰⁶ *Companies House*, Companies Register Activities 2022–23 unter 7., abrufbar unter <<https://www.gov.uk/government/statistics/companies-register-activities-statistical-release>>

IV. Gesellschaftsrechtliche Grundstrukturen der LLP

Viele Jurisdiktionen verfügen mittlerweile über eine als LLP bezeichnete Rechtsform.¹⁰⁷ Dennoch unterscheidet sich die britische LLP in ihrer rechtlichen Konzeption erheblich von ihren ausländischen Vorbildern und Nachahmern.¹⁰⁸

1. Rechtsnatur

Anders als die 1991 in Texas erstmals eingeführte US-amerikanische LLP ist die britische Variante als juristische Person mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet, kann also selbst Trägerin von Rechten und Pflichten sein sowie vor Gericht klagen und verklagt werden. Sie ist in ihrem Bestand von Wechseln im Gesellschafterkreis unabhängig.¹⁰⁹ Folgerichtig wird sie – trotz ihrer insofern irreführenden Bezeichnung – in der gesellschaftsrechtlichen Literatur Großbritanniens gemeinhin dem *company law* zugeordnet.¹¹⁰ Diese Einordnung als *new corporate form* schwebte auch dem Gesetzgeber vor: „The LLP’s existence as a separate legal entity makes it more closely akin to a company than to a partnership.“¹¹¹

Nichtsdestotrotz geht ihre Bezeichnung als hybride Rechtsform nicht fehl: Während die Ausgestaltung als juristische Person die der LLP eigene Haftungsbeschränkung auf sichere Beine stellt, finden sich Elemente des Personengesellschaftsrechts vor allem im Innenverhältnis der Gesellschaft, das die Mitglieder vertraglich flexibel ausgestalten können. Daneben ist es die transparente Besteuerung, die als Schlüsselement des Personengesellschaftsrechts auf die LLP übertragen wurde.¹¹²

2022-to-2023/companies-register-activities-2022-to-2023#types-of-corporate-body-on-the-register> (2.4.2024).

¹⁰⁷ Der britischen Version nachempfundene LLPs haben etwa Singapur und Indien eingeführt. Zu Singapur siehe *Yeo/Lee*, J.B.L., 859 (2006); zu Indien *Mahajan*, 20 I.C.C.L.R., 206 (2009). Außerdem Malaysia, Mauritius und Pakistan, siehe *Morse/Braithwaite* (Fn. 6), Rn. 10.05.

¹⁰⁸ *Banks* (Fn. 15), Rn. 2.42; *Morse*, Sing. J.L.S., 455, 462 (2002).

¹⁰⁹ Sec. 1 (2) LLPA 2000: „A limited liability partnership is a body corporate (with legal personality separate from that of its members) which is formed by being incorporated under this Act“ sowie sec. 1 (3) LLPA 2000: „A limited liability partnership has unlimited capacity“; dazu auch *DTI*, Explanatory Notes (Fn. 2), Ziff. 13; *Finch/Freedman*, J.B.L., 475, 481 (2002); *Smith* (Fn. 5), Rn. 2.1 ff.

¹¹⁰ *Davies/Worthington* (Fn. 13), Rn. 1–5; *Morse/Braithwaite* (Fn. 6), Rn. 1.02.

¹¹¹ *DTI*, Explanatory Notes (Fn. 2), Ziff. 13.

¹¹² Zu den Parallelen zu *company* und *partnership* siehe *Morse/Braithwaite* (Fn. 6), Rn. 10.10; *Finch/Freedman* J.B.L., 475, 482 (2002): „The exception to the rule that company law would be the model was that internal relations were to be governed by agreement between the members. This characteristic, and the tax treatment as a transparent entity, were modelled on partnership law, since these were the key elements of partnership that the large firms considered essential.“

2. Rechtsquellen

Der vergleichsweise kurz gehaltene *Limited Liability Partnership Act 2000* (LLPA 2000) enthält lediglich 19 *sections*. Statt eines umfassenden LLP-Gesetzes entschied man sich dafür, ein Rahmengesetz zu schaffen, das es dem *DTI* auf Grundlage der darin enthaltenen Ermächtigungen ermöglichte, die Details der neuen Rechtsform durch sekundärrechtliche Verordnungen festzulegen. Diese sekundärrechtlichen *Limited Liability Partnership Regulations*¹¹³ verweisen wiederum mit vereinzelt Anpassungen auf Bestimmungen des *Companies Act 1985* bzw. auf den *Companies Act 2006*, den *Insolvency Act 1986*, den *Financial Services and Markets Act 2000* und auf einige weitere Gesetze.¹¹⁴ Das *partnership law* dagegen findet gem. sec. 1 (5) LLPA 2000 grundsätzlich keine Anwendung, sofern nicht im Einzelfall seine Geltung angeordnet wird. Allerdings enthalten die *Regulations* Auffangregelungen, die eingreifen, soweit die Gesellschafter ihr Innenverhältnis nicht geregelt haben.¹¹⁵ Sie orientieren sich an Grundsätzen des *partnership law*.¹¹⁶

Über die Beweggründe des Gesetzgebers, die LLP in Abweichung zu internationalen Vorbildern möglichst weitgehend an Grundsätze des *company law* anzulehnen, gibt die Regierungsbegründung keine Auskunft.¹¹⁷ Die dem englischen *partnership law* unbekannt Konstruktion einer *partnership* mit Rechtspersönlichkeit, wie sie die US-amerikanischen und die Jersey LLPs vorsehen, dürfte englischen Gesellschaftsrechtlern befremdlich erschienen sein. Das *corporate model* bot dagegen eine naheliegende Antwort, mit der sich die Haftungsbeschränkung besonders rechtssicher implementieren ließ und auf korrespondierende gläubigerschützende Transparenzpflichten und Regularien zurückgegriffen werden konnte.¹¹⁸ Nur spekulieren lässt sich, ob auch gewisse Pfadabhängigkeiten des *DTI*, das angesichts der parallel stattfindenden und von ihm verantworteten Reform des *company law* mit dem Kapitalgesellschaftsrecht intensiv befasst war, eine Rolle gespielt haben mögen.¹¹⁹

¹¹³ Mittlerweile wurden sie verändert und durch weitere *regulations* ergänzt. Für einen Überblick zur Weiterentwicklung des LLP-Rechts seit der Einführung siehe *Whittaker/Machell* (Fn. 96), Rn. 1.16 sowie *Smith* (Fn. 5), Rn. 1.15.

¹¹⁴ *Morse*, Sing. J.L.S., 455, 463 f. (2002); *Morse/Braithwaite* (Fn. 6), Rn. 10.09; *Whittaker/Machell* (Fn. 96), Rn. 1.16. Für eine hilfreiche Textsammlung, welche die relevanten Vorschriften zusammenträgt, siehe *Machell/Haywood/Mather*, LLP Legislation Handbook, 2010.

¹¹⁵ Insbesondere regs. 7, 8 LLP Regulations 2001.

¹¹⁶ *Finch/Freedman*, J.B.L., 475, 482 (2002).

¹¹⁷ *DTI*, Explanatory Notes (Fn. 2), Ziff. 13: „The underlying approach therefore, was to draw on the principles enshrined in the legislative treatment of companies.“

¹¹⁸ *Morse*, Sing. J.L.S., 455, 465 (2002).

¹¹⁹ Das implizierend *Finch/Freedman*, J.B.L., 475, 482 (2002): „In addition, the DTI may also have felt more comfortable with the corporate model because this law was familiar to them.“

3. Gründung, Mitgliederzahl und Gesellschaftszweck

Die Gründung einer LLP erfolgt ohne große Formalitäten gegen eine Gebühr von derzeit zwischen 10 und 100 britischen Pfund.¹²⁰ Beim Registerbevollmächtigten (*Registrar*) ist lediglich ein Gründungsdokument (*incorporation document*) einzureichen, das über Firma, Gesellschaftssitz und die Gründungsgesellschafter informiert. Dem ist ein sog. *statement of compliance* beizufügen, welches bestätigt, dass die gesetzlichen Eintragungserfordernisse gewahrt sind.¹²¹ Die Gesellschafter sind nicht verpflichtet, einen schriftlichen Gesellschaftsvertrag abzuschließen oder gar diesen zu veröffentlichen.¹²² Auch ein Mindestkapital besteht nicht; die Einlagen können frei gewählt werden.¹²³ Nach der Registrierung wird die neue LLP im *companies register* eingetragen und die Gründer erhalten ein Zertifikat, das die Entstehung der LLP bestätigt (*certificate of incorporation*).¹²⁴

Anders als bei der *company* ist eine Ein-Personen-Gründung nicht zulässig; die Mindestzahl der Gesellschafter beträgt zwei, wobei auch juristische Personen Gesellschafter sein können.¹²⁵ Eine Obergrenze der Gesellschafterzahl besteht nicht, wodurch sich die LLP bei ihrer Einführung noch von der *partnership* unterschied, für die bis ins Jahr 2002 für manche Berufsgruppen eine Höchstgrenze von 20 Gesellschaftern galt.¹²⁶

Was den Gesellschaftszweck anbelangt, kann die LLP von jedem auf Gewinnerzielung angelegtem Unternehmen genutzt werden. Rein gemeinnützigen Gesellschaften steht die Rechtsform nicht zur Verfügung.¹²⁷ Wie erläutert, ist die ursprünglich vorgesehene Begrenzung des Zugangs für Angehörige der Freien Berufe während des Gesetzgebungsverfahrens entfallen.

4. Innenverhältnis

Ein wesentlicher Vorteil der LLP ist es, dass trotz der haftungsrechtlichen Brandmauer der körperschaftlichen Verfassung im Innenverhältnis eine dem Personengesellschaftsrecht nachempfundene Organisationsstruktur umsetzbar ist. Die Rechtsbeziehungen unter den Gesellschaftern können durch einen Gesellschaftsvertrag flexibel ausgestaltet werden.¹²⁸ Da der Abschluss eines Gesellschaftsvertrages nicht zwingend vorgeschrieben ist, hält der Gesetzgeber in den regs. 7, 8 LLP Regulations Auffangregelungen für die interne Organisation vor, die bei

¹²⁰ *Companies House*, Companies House fees Guidance, 2023, abrufbar unter <<https://www.gov.uk/government/publications/companies-house-fees/companies-house-fees>> (2.4.2024).

¹²¹ *Morse et al.* (Fn. 93), Rn. A2-08 ff.; *Whittaker/Machell* (Fn. 96), Rn. 2.1 ff.

¹²² *Smith* (Fn. 5), Rn. 3.3.

¹²³ *Whittaker/Machell* (Fn. 96), Rn. 16.1 ff.

¹²⁴ *Morse/Braithwaite* (Fn. 6), Rn. 11.11.

¹²⁵ *Morse/Braithwaite* (Fn. 6), Rn. 11.02; *Whittaker/Machell* (Fn. 96), Rn. 2.2 ff.

¹²⁶ *Smith* (Fn. 5), Rn. 1.6 und Rn. 2.6.

¹²⁷ *Morse/Braithwaite* (Fn. 6), Rn. 11.04; *Schnittker* (Fn. 34), S. 31.

¹²⁸ *Blackett-Ord/Haren* (Fn. 15), Rn. 26.26; *Krebs/Stiegler* (Fn. 5), § 12 Rn. 201.

fehlenden oder lückenhaften Vereinbarungen der Mitglieder greifen (sog. *default provisions*).

Diese nur rudimentären Auffangregeln sind das Ergebnis eines Streits im Gesetzgebungsverfahren um die Sicherstellung des oft bemühten *partnership ethos* in der LLP. Schon um die Bezeichnung der neuen Rechtsform zu rechtfertigen, aber auch um die gute Reputation der *partnership* auf die neue LLP zu übertragen, war zunächst eine analoge Anwendung der im *partnership law* geltenden Regeln zum Innenverhältnis der Gesellschafter vorgesehen.¹²⁹ Die unveränderte Übertragung personengesellschaftsrechtlicher Grundsätze auf eine Kapitalgesellschaft drohte jedoch Widersprüche hervorzurufen, insbesondere in Bezug auf die Geltung und den Umfang von Treuepflichten.¹³⁰ Daher entschied man sich für die nur teilweise Nachbildung einiger grundlegender Prinzipien des *partnership law* in den *default provisions*, die über die *Regulations* Teil des LLP-Rechts wurden.¹³¹

a) *Geschäftsführung und Vertretung*

Nach den *default rules* haben grundsätzlich alle Gesellschafter das Recht, an der Geschäftsführung mitzuwirken, und können die Gesellschaft nach sec. 6(1) LLPA 2000 mit organschaftlicher Einzelvertretungsmacht wirksam vertreten.¹³² Das Gesetz verlangt schon bei der Gründung die Benennung mindestens zweier sog. *designated members*. Sie sind verantwortlich für die Erfüllung gesetzlicher Mitteilungspflichten gegenüber dem *Companies House* bzw. dem *Registrar*, etwa in Bezug auf die Buchführung und den Jahresabschluss. Daneben kommen ihnen einige administrative Aufgaben zu.¹³³

b) *Stimm- und Gewinnbezugsrechte, Einsichtsrechte*

Hinsichtlich der Beschlussfassung bedürfen in Ermangelung abweichender Vereinbarungen nur Grundlagengeschäfte der Zustimmung aller Gesellschafter, während über Fragen der gewöhnlichen Geschäftsführung mit einfacher Mehrheit abgestimmt werden kann.¹³⁴

Ist nichts Abweichendes vereinbart, sind alle Gesellschafter zu gleichen Teilen am Vermögen und Gewinn der Gesellschaft beteiligt (Verteilung nach Köpfen).¹³⁵

¹²⁹ Vgl. *Kilian*, NZG 2000, 1008, 1011 f.; zur parlamentarischen Diskussion hierzu *House of Commons*, Research Paper 00/54 (Fn. 80), S. 22 f.

¹³⁰ Dazu sogleich unter c).

¹³¹ *Finch/Freedman*, J.B.L., 475, 482 (2002); für einen Überblick zu den *Default Provisions*, siehe *Morse/Braithwaite* (Fn. 6), Rn. 14.04 ff.

¹³² *Morse/Braithwaite* (Fn. 6), Rn. 11.14 f.

¹³³ *Banks* (Fn. 15), Rn. 2-40; *Morse/Braithwaite* (Fn. 6), Rn. 11.09; *Whittaker/Machell* (Fn. 96), Rn. 12.9, 12.14.

¹³⁴ *Morse/Braithwaite* (Fn. 6), Rn. 15.02 ff.

¹³⁵ *Morse et al.* (Fn. 93), Rn. A2-19.

Ansprüche auf Gewinnzuteilung sind in den Auffangbestimmungen nicht geregelt, sondern müssen ggf. von den Gesellschaftern vereinbart werden.¹³⁶

Die Gesellschafter können jederzeit Einsicht in die Bücher der Gesellschaft nehmen und Informationen zu den Jahresabschlüssen der Gesellschaft erhalten;¹³⁷ dieses Recht korreliert mit der Pflicht, wahrheitsgemäße Informationen über Angelegenheiten der LLP zur Verfügung zu stellen.¹³⁸

c) Treuepflichten

Sowohl das *partnership law* als auch das *company law* kennen Treuepflichten (*fiduciary duties*) der Gesellschafter, die als Stellvertreter (*agents*) handeln. Sie betreffen etwa Informations- und Rechenschaftspflichten, die Grundsätze der Geschäftschancenlehre, Regeln zur Vermeidung von Interessenkonflikten und Sorgfaltspflichten.¹³⁹ Wie bei der *company* handeln die Mitglieder einer LLP als *agents* der Gesellschaft selbst, weshalb sie jene Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft als solche trifft.¹⁴⁰ Einige diese Pflichten werden durch die *default regulations* ausdrücklich auf die LLP übertragen;¹⁴¹ darüber hinaus können Rechtsanwender unter Berücksichtigung der Besonderheiten der LLP weitgehend auf die etablierten Regeln des *common law* zu Treuepflichten der *company directors* zurückgreifen.¹⁴²

Größere Schwierigkeiten bereitete im Gesetzgebungsverfahren die Frage, ob die *members* einer LLP zusätzlich eine Treuepflicht gegenüber den Mitgesellschaftern trifft. Bei der *partnership* sind angesichts des Fehlens eines übergeordneten Rechtsträgers, dem gegenüber Treuepflichten bestehen könnten, Treuebindungen gegenüber den Mitgesellschaftern anerkannt; bei der *company* werden sie nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen bejaht.¹⁴³ Der Gesetzgeber sah von einer gesetzlichen Verankerung von untereinander bestehenden Treuepflichten vergleichbar mit jenen im *partnership law* bewusst ab, da er unauflösbare Widersprüche zwischen der Treuepflicht gegenüber der LLP und der Treuepflicht gegenüber den Mitgesellschaftern befürchtete. Dies war ein maßgeblicher Grund, weshalb eine pauschale Verweisung auf die für die *partnership* geltenden Regelungen zum Innenverhältnis der Gesellschafter ausschied.¹⁴⁴ Wenngleich im De-

¹³⁶ *Schnittker/Bank*, Die LLP in der Praxis, 2008, Rn. 119; *Whittaker/Machell* (Fn. 96), Rn. 16.12 ff.

¹³⁷ *Schnittker/Bank* (Fn. 136), Rn. 118; *Whittaker/Machell* (Fn. 96), Rn. 14.3.

¹³⁸ *Whittaker/Machell* (Fn. 96), Rn. 13.21.

¹³⁹ *Schnittker/Bank* (Fn. 136), Rn. 109.

¹⁴⁰ *Morse/Braithwaite* (Fn. 6), Rn. 13.08.

¹⁴¹ Etwa Berichtspflichten in den reg. 7(8) LLP Regulations 2001.

¹⁴² Dazu und zu den Einschränkungen dieses Grundsatzes siehe *Morse/Braithwaite* (Fn. 6), Rn. 13.08 f.

¹⁴³ *Morse/Braithwaite* (Fn. 6), Rn. 13.11. Zu jenen Ausnahmefällen *Bank* (Fn. 1), S. 87 f.

¹⁴⁴ *House of Commons*, Research Paper 00/54 (Fn. 80), S. 22 f.; *Finch/Freedman*, J.B.L., 475, 488 f. (2002); *Kilian*, NZG 2000, 1008, 1012.

tail vieles umstritten ist, orientieren sich Rechtsprechung und Schrifttum weitgehend am *company law* und erkennen untereinander bestehende Treuepflichten (ohne eine entsprechende Vereinbarung) nur sehr zurückhaltend an.¹⁴⁵

5. Wechsel im Gesellschafterbestand

Die Auffangregeln legen fest, dass die Aufnahme neuer Gesellschafter grundsätzlich die Zustimmung aller bisherigen Mitglieder erfordert.¹⁴⁶ Auch für das Ausscheiden der Gesellschafter haben es die Gesellschafter in der Hand, passende Regelungen zu vereinbaren. Fehlen solche, kann jeder Gesellschafter seine Mitgliedschaft kündigen und nach angemessener Frist aus der Gesellschaft ausscheiden.¹⁴⁷ Ein Ausschluss der Gesellschafter ist durch Mehrheitsbeschluss nur möglich, wenn dieser vertraglich vorgesehen ist und in gutem Glauben und zum Nutzen der Gesellschaft erfolgt.¹⁴⁸ Der Eintritt und Austritt von Gesellschaftern muss dem *Registrar* binnen 14 Tagen angezeigt werden.¹⁴⁹

6. Haftungsregime

Entscheidend für den Erfolg der LLP war und ist eine wasserfeste Haftungsbeschränkung für deren Gesellschafter. Die Ausgestaltung der LLP als Körperschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit nach dem Vorbild der *company* sollte auch im internationalen Geschäft für Rechtssicherheit sorgen. Als eigenes Rechtssubjekt haftet die LLP selbst mit ihrem Gesellschaftsvermögen für ihre Verbindlichkeiten und Verpflichtungen und schützt ihre Gesellschafter vor einer persönlichen Inanspruchnahme.¹⁵⁰ Die gesamtschuldnerische Haftung der Gesellschafter einer *partnership* findet bei der LLP ausweislich sec. 1(5) LLPA 2000 ausdrücklich keine Anwendung. Allfällige Grenzen jener Haftungsbeschränkung gelten wie im *company law* auch für die LLP: Dies betrifft zum einen Sonderkonstellationen, etwa gläubigerschützende Haftungstatbestände im Falle der Insolvenz der LLP oder den Fall, dass eine LLP infolge des Ausscheidens von Gesellschaftern längere Zeit nur durch einen einzigen Alleingesellschafter betrieben wird.¹⁵¹ Zum anderen sind die zum *company law* entwickelten Möglichkeiten eines ausnahmsweisen Haftungsdurchgriffs (*piercing of the corporate veil*) in bestimmten Fallgruppen auf die LLP übertragbar.¹⁵²

Wert legte der Gesetzgeber jedoch darauf, dass die persönliche Außenhaftung eines freiberuflich tätigen Gesellschafters für seine eigene berufliche Fahrlässig-

¹⁴⁵ Näher dazu *Bank* (Fn. 1), S. 88 f.; *Morse/Braithwaite* (Fn. 6), Rn. 13.11; *Morse et al.* (Fn. 93), Rn. A5-21 ff. und A5-31 ff.

¹⁴⁶ Reg. 7(5) LLP Regulations 2001, siehe *Krebs/Stiegler* (Fn. 5), § 12 Rn. 229.

¹⁴⁷ Sec. 4(3) LLPA 2000, näher hierzu *Morse et al.* (Fn. 93), Rn. A6-19; *Morse/Braithwaite* (Fn. 6), Rn. 16.01 ff.

¹⁴⁸ *Schnittker/Bank* (Fn. 136), Rn. 88; *Whittaker/Machell* (Fn. 96), Rn. 11.41.

¹⁴⁹ Sec. 9(1) LLPA 2000; dazu *Krebs/Stiegler* (Fn. 5), § 12 Rn. 232.

¹⁵⁰ *Whittaker/Machell* (Fn. 96), Rn. 3.2.

¹⁵¹ Dazu *Morse/Braithwaite* (Fn. 6), Rn. 11.17; *Schnittker* (Fn. 34), S. 45 ff.

¹⁵² *Morse/Braithwaite* (Fn. 6), Rn. 11.16.; *Whittaker/Machell* (Fn. 96), Rn. 3.5.

keit bestehen bleibt. Intensiv diskutiert wurden daher das Bestehen und die Reichweite von Sorgfaltspflichten (*duty of care*) der Gesellschafter, deren Verletzung nach britischem Recht eine deliktsrechtliche Haftung des handelnden Gesellschafters auch und gerade für reine Vermögensschäden begründen kann (*tort of negligence*).¹⁵³ Diese tritt neben die Ersatzpflicht der LLP. Für Freiberufler, die als solche besonderes persönliches Vertrauen ihrer Mandanten in Anspruch nehmen, gehört nach britischem Verständnis die persönliche Einstandspflicht für die eigene Arbeit zum Ethos jener Berufsträger.¹⁵⁴ Auf dieser Grundlage ist die Übernahme persönlicher Verantwortung durch den Gesellschafter und das berechtigte Vertrauen des Mandanten hierauf als Voraussetzung einer *duty of care* bei freiberuflichen LLPs weitgehender anzunehmen als bei anderen Gesellschaftern.¹⁵⁵ Regelmäßig haben in Großbritannien daher Gesellschafter von Freiberufler-LLPs für ihr eigenes Fehlverhalten nach den Grundsätzen des *tort of negligence* einzustehen, sofern sie der persönlichen Verantwortungsübernahme gegenüber ihren Mandanten nicht aktiv entgegenwirken, während die Haftung für das sorgfaltswidrige Verhalten anderer Gesellschafter durch die körperschaftliche Struktur der LLP ausgeschlossen ist.¹⁵⁶

7. Besteuerung

Dass die LLP sich durchsetzen konnte, beruht wesentlich auf steuerlichen Vorteilen. Während bei der *company* neben der Besteuerung von Ausschüttungen an die Gesellschafter zusätzlich das Einkommen der *company* selbst mit der Körperschaftssteuer belastet wird, fallen bei der steuerlich transparenten *partnership* nur auf Ebene der Gesellschafter Steuern an.¹⁵⁷ Obwohl die LLP als Körperschaft zu qualifizieren ist, ordnet das Gesetz für die meisten LLPs eine transparente Besteuerung vergleichbar mit der einer *partnership* an.¹⁵⁸ Die LLP selbst bildet im britischen Recht daher grundsätzlich nur für die Umsatzsteuer ein eigenständiges Steuersubjekt.¹⁵⁹

Trotz dieser günstigen Regelung droht in grenzüberschreitenden Sachverhalten eine Doppelbesteuerung: Andere Staaten müssen sich nicht auf die Besteuerung der LLP als Personengesellschaft einlassen, sondern können deren Einkünfte mit einer Körperschaftssteuer belegen. Abhilfe schafft die englische Finanzbehörde immerhin für in Großbritannien ansässige Gesellschafter, indem sie einen Anteil

¹⁵³ Zu diesen Diskussionen während des Gesetzgebungsverfahrens *Finch/Freedman*, J.B.L., 475, 485 ff. (2002).

¹⁵⁴ *Bank* (Fn. 1) S. 155; *Finch/Freedman*, J.B.L., 475, 483 f. (2002).

¹⁵⁵ *Morse/Braithwaite*, (Fn. 6), Rn. 13.16 f.; *Schnittker/Bank* (Fn. 136), Rn. 133 ff.

¹⁵⁶ Plastisch *Morse/Braithwaite*, (Fn. 6), Rn. 13.15; *Schnittker/Bank* (Fn. 136), Rn. 133 ff.

¹⁵⁷ *Schnittker/Bank* (Fn. 136), Rn. 288 ff.

¹⁵⁸ Sec. 10 LLPA 2000; zu den Ausnahmen bündig *Finch/Freedman*, J.B.L., 475, 491 (2002) sowie *Schnittker/Bank* (Fn. 136), Rn. 291 f.

¹⁵⁹ Zur Besteuerung der LLP ausführlich *Whittaker/Machell* (Fn. 96), Rn. 23.1 ff.

der im Ausland anfallenden Körperschaftssteuer auf deren Einkommenssteuer anrechnet.¹⁶⁰

V. LLP in Deutschland

1. Beliebtheit der LLP in Deutschland

Auch in Deutschland stieß die LLP auf großes Interesse.¹⁶¹ Eine vergleichbare Rechtsform stand deutschen Freiberuflergesellschaften seinerzeit nicht zur Verfügung: Insbesondere Zusammenschlüsse von Rechtsanwälten¹⁶² mussten sich in das Korsett der GmbH oder AG zwängen, um in einer deutschen Rechtsform eine Haftungsbeschränkung zu erreichen; nur wenn sie darauf verzichten konnten, griffen sie auf die GbR oder die PartG zurück.¹⁶³ Ungeahnten internationalen Aufschwung erhielt die LLP daher, nachdem der EuGH Anfang der 2000er Jahre durch seine Entscheidungen *Centros*¹⁶⁴, *Überseering*¹⁶⁵ und *Inspire Art*¹⁶⁶ auch die deutschen Gerichte zur Aufgabe der Sitztheorie für zugezogene EU-Auslandsgesellschaften bewegte.¹⁶⁷ Seither konnten sich in Deutschland tätige Freiberufler bedenkenlos der britischen Rechtsform bedienen, indem sie den Verwaltungssitz einer in England gegründeten LLP verlegten und unter Wahrung des Gesellschaftsstatuts praktizierten.¹⁶⁸ Eine exakte Bezifferung der rechtstatsächlichen Verbreitung der LLP hierzulande fällt schwer, da stets umstritten blieb, ob deutsche Zweigniederlassungen einer LLP nach § 5 II PartGG i. V. m. § 13d HGB als partnerschaftsähnliche Zusammenschlussformen im deutschen Personengesellschaftsregister anzumelden sind.¹⁶⁹ Zumeist unterblieb eine Anmeldung,¹⁷⁰

¹⁶⁰ *Schnittker/Bank* (Fn. 136), Rn. 300.

¹⁶¹ *Ewer*, AnwBl. 2010, 857, 857; *Hellwig*, NJW 2011, 1557, 1557f.; *Schnittker/Leicht*, BB 2010, 2971, 2976.

¹⁶² Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern steht seit 2007/2008 gem. § 28 I 2 WPO bzw. § 50 I 3 StBerG die Rechtsform der GmbH & Co. KG offen, siehe BGH, NZG 2011, 1063, 1065 Rn. 17 ff.; *Binz/Sorg*, in: *Binz/Sorg*, Die GmbH & Co. KG, 12. Aufl. 2018, § 25 Rn. 14.

¹⁶³ *Hennen*, Die Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung als Alternative zur britischen Limited Liability Partnership, 2016, S. 9 ff.; *Römermann/Praß*, NZG 2012, 601, 601 f.

¹⁶⁴ EuGH, Urt. v. 9.3.1999, Rs. C-212/97, NZG 1999, 298 – *Centros*.

¹⁶⁵ EuGH, Urt. v. 5.1.2002, Rs. C-208/00, NZG 2002, 1164 – *Überseering*.

¹⁶⁶ EuGH, Urt. v. 30.9.2003, Rs. C-167/01, NJW 2003, 3331 – *Inspire Art*.

¹⁶⁷ *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, S. 27 Rn. 24 ff.; *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2018, Rn. 7.65 ff.; BGHZ 154, 185, 189 f. – *Überseering*; BGH NJW 2005, 1648, 1649. Für Gesellschaften aus vielen Drittstaaten bleibt es bei der Anwendung der (modifizierten) Sitztheorie, siehe *Verse/Habersack* (Fn. 167), Rn. 24.

¹⁶⁸ *Schnittker/Bank* (Fn. 136), Rn. 5; *Weller/Kienle*, DStR 2005, 1060, 1063 f.

¹⁶⁹ Vgl. *Lieder/T. Hoffmann*, NZG 2014, 127, 130; *Henssler*, NJW 2014, 1761, 1762.

¹⁷⁰ *Lieder/T. Hoffmann*, NZG 2014, 127, 130.

doch die steigende Präsenz der LLP blieb einem deutschen Juristen kaum verborgen.¹⁷¹

2. Rechtliche Unklarheiten beim Umgang mit einer „deutschen“ LLP

Sowie die LLP in Deutschland Einzug hielt, sahen sich ihre Gesellschafter mit einigen rechtlichen Unsicherheiten konfrontiert. Neben der schon erwähnten Frage nach der Eintragungspflicht einer LLP im Partnerschaftsregister entbrannte Streit darüber, ob eine LLP vor deutschen Gerichten überhaupt postulationsfähig sein könne. Man begnügte sich in der Praxis damit, die Prozessvollmachten auf die LLP und deren auftretende Gesellschafter auszustellen.¹⁷² Außerdem wurde darüber diskutiert, ob die LLP neben ihren Gesellschaftern eine Berufshaftpflichtversicherung abzuschließen habe, wie es bei Rechtsanwalts-GmbHs angenommen wurde.¹⁷³ Entscheidend für die in einer LLP organisierten Freiberufler waren wiederum Fragen der steuerlichen und haftungsrechtlichen Behandlung der „deutschen“ LLP. Sie veranschaulichen besonders plastisch, welche Schwierigkeiten entstehen, wenn neuartige, ausländische Rechtsformen in eine Rechtsordnung eingefügt werden müssen, vor deren Hintergrund sie nicht konzipiert wurden.

Rätsel gab zunächst der Umgang mit dem Haftungsregime der LLP auf: Das Kollisionsrecht führte zu der Absurdität, dass sich die haftungsrechtliche Situation der „deutschen“ LLP sogar als günstiger erwies als die der in Großbritannien tätigen LLPs. Während die Haftungsbeschränkung der körperschaftlich strukturierten LLP als Teil des Gesellschaftsstatuts auch in Deutschland seine volle Wirkung entfaltete, fand nach den Regeln des internationalen Privatrechts statt des englischen *tort law* zumeist das deutsche Deliktsrecht Anwendung. Die Rechtsfigur der *tort of negligence*, aufgrund derer Gesellschafter einer LLP im britischen Recht zumindest für die durch eigene Beratungsfehler verursachten Schäden persönlich einzustehen haben, findet im deutschen Deliktsrecht keine Entsprechung: Deliktsrechtliche Ansprüche auf den Ersatz reiner Vermögensschäden lassen sich im deutschen Recht nur in Extremfällen begründen.¹⁷⁴ Mehrere Literaturstimmen wollten dieses unausgewogene Ergebnis mit dem Argument korrigieren, dass durch die Aufspaltung der Regelungszusammenhänge ein Haftungskonzept entstehe,

¹⁷¹ Ewer, AnwBl. 2010, 857: „Flucht in die LLP“; Hellwig, NJW 2011, 1557 (1557 f.) mit Beispielen; Krebs/Stiegler (Fn. 5), § 12 Rn. 183; Piller, Die Evolution der Partnerschaftsgesellschaft, 2015, S. 267; Schnittker/Leicht, BB 2010, 2971, 2976. Weller/Kienle, DStR 2005, 1060, 1060.

¹⁷² Hennen (Fn. 163), S. 93; Weller/Kienle, DStR 2005, 1102, 1102 ff.; zur Postulationsfähigkeit der LLP auch Roth, BB 2010, 29.

¹⁷³ Hennen (Fn. 163), S. 94 ff.; Henssler/Mansel, NJW 2007, 1393, 1399; Henssler, NJW 2014, 1761, 1765.

¹⁷⁴ Kühn (Fn. 26), S. 80 ff.; Henssler, NJW 2014, 1761, 1763; Weller/Kienle, DStR 2005, 1102, 1106 f.

das keine Rechtsordnung auf diese Weise vorsehe.¹⁷⁵ In Betracht kommt eine modifizierte Anwendung des Kollisionsrechts oder eine Anpassung des berufenen Sachrechts.¹⁷⁶ Andere verneinten aufgrund der Ähnlichkeit der LLP zu freiberuflichen Kapitalgesellschaften einen Korrekturbedarf und verwiesen darauf, dass kein zwingender Konnex zwischen gesellschaftsrechtlichem Haftungsausschluss und deliktischer Haftung bestehe.¹⁷⁷

Schwierigkeiten bereitete auch die steuerliche Zuordnung der LLP: Die Besteuerung ausländischer Rechtsformen richtet sich unabhängig vom Steuerstatus im Heimatland nach einem von der Rechtsprechung entwickelten Rechtstypenvergleich mit im deutschem Recht zur Verfügung stehenden Gesellschaftsformen.¹⁷⁸ Besonders bei hybriden Gesellschaftsformen, die sich gerade durch die innovative Zusammenstellung von Elementen mehrerer Rechtsformen auszeichnen, lässt sich ein Pendant im deutschen Recht nicht ausfindig machen. Je nachdem, ob eine Gesellschaft eher kapital- oder personengesellschaftliche Merkmale aufweist, kann sie körperschaftssteuerpflichtig sein oder von einer transparenten Besteuerung profitieren.¹⁷⁹ Immerhin konnte die Finanzverwaltung auf für die US-amerikanische LLC entwickelte Grundsätze¹⁸⁰ zurückgreifen, für die sich eine eindeutige Zuordnung als ebenso schwierig erwiesen hatte. Sie zeigte sich schon bald bereit, die LLP ungeachtet ihrer körperschaftlichen Rechtsnatur und Haftungsbeschränkung aufgrund der zumeist personengesellschaftlichen Organisationsstruktur im Regelfall transparent zu besteuern. Jedoch behielt sie sich vor, im Einzelfall unter Berücksichtigung der individuellen vertraglichen Ausgestaltung zu prüfen, ob ausnahmsweise eine abweichende steuerliche Einordnung angezeigt ist.¹⁸¹

Der BGH war mit einem ähnlichen Zuordnungsproblem der LLP in bekannte gesellschaftsrechtliche Kategorien beschäftigt: Der Senat hatte über die Pfändung von Anteilen einer LLP zu entscheiden, die im deutschen Recht bei Personengesellschaften jedoch unter Berücksichtigung des § 859 I 1 ZPO zu erfolgen hat.¹⁸²

¹⁷⁵ *Becker*, AnwBl 2011, 860, 862; *Bettinger*, Englische LLP und Anwaltshaftung in Deutschland, 2009, 386 ff.; *Henssler/Mansel*, NJW 2007, NJW 2007, 1393 (1396 f.).

¹⁷⁶ v. *Hein*, in: MüKoBGB, Bd. XII, 9. Aufl. 2024, Einl. IPR Rn. 262 ff.; 274 ff.; *Kühn* (Fn. 26), S. 101 f.; grundlegend *Schröder*, Die Anpassung von Kollisions- und Sachnormen, 1961; *Looschelders*, Die Anpassung im Internationalen Privatrecht, 1995.

¹⁷⁷ *Schnittker/Bank* (Fn. 136), Rn. 194; *Triebel/Silny*, NJW 2008, 1034, 1035 f.; referierend *Henssler*, NJW 2014, 1761, 1764 m. w. N.

¹⁷⁸ *Engert*, in: Eidenmüller, Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, Rn. 28 f.; *Jacobs/Endres/Spengel*, in: Jacobs, Internationale Unternehmensbesteuerung, 8. Aufl. 2016, S. 393 ff.; *Rengers*, in: Blümich, EstG KStG GewStG, Bd. IV, 157. EL 2021, § 1 KStG Rn. 140 ff.; *Schaumburg*, in: Lutter, Europäische Auslandsgesellschaften, 2005, S. 403, 411 ff.; *Schnittker/Bank* (Fn. 136), Rn. 6.

¹⁷⁹ In Bezug auf die LLP eingehend *Schnittker* (Fn. 34), S. 125; zu den Folgen *Kühn* (Fn. 26), S. 237 ff.

¹⁸⁰ BMF v. 19.3.2004 – IV B 4-S 1301 USA-22/04, IStR 2004, 351.

¹⁸¹ SenFin Berlin Erlass v. 19.1.2007 – III A-S 1301 GB-2/2006, DSStR 2007, 1034.

¹⁸² Dazu *Flockenhaus*, in: Musielak/Voit, ZPO, 18. Aufl. 2021, § 859.

Ähnlich wie bei der steuerlichen Behandlung entschied der Senat, dass bei der Verpfändung der LLP-Anteile die Interessen der Beteiligten der Situation in einer Personengesellschaft gleichen: Trotz der körperschaftlichen Rechtsnatur sei eine LLP im Innenverhältnis zumeist wie eine Personengesellschaft ausgestaltet und es bestehe die Notwendigkeit, die Mitgesellschafter bei der Anteilspfändung davor zu schützen, dass Dritte sich als Gesellschafter aufdrängen.¹⁸³

3. Schaffung der PartG mbB

Die deutsche Regierung reagierte auf die Verbreitung der LLP mit der Vorlage eines Gesetzesentwurfs zur Schaffung der Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung, kurz PartG mbB. Sie soll eine deutsche Alternative zur LLP bieten¹⁸⁴ und bereichert seit dem 19. Juli 2013 das deutsche Gesellschaftsrecht.¹⁸⁵ Gemessen in Zahlen, kann die PartG mbB als Erfolg bezeichnet werden: Bis Ende desselben Jahres waren bereits 361 PartG mbBs im Partnerschaftsregister eingetragen. Am 31. Dezember 2019 waren es bereits 7.802.¹⁸⁶

Dennoch konnte die PartG mbB vor allem in der Rechtsanwaltsbranche der LLP lange nicht den Rang ablaufen.¹⁸⁷ Gegen sie spricht aus Sicht großer Gesellschaften nicht nur, dass sie auf dem internationalen Parkett ein weitgehend unbekannter Name ist,¹⁸⁸ vor allem unterscheidet sie sich in einem entscheidenden Punkt von der LLP: Die PartG mbB bietet eine Haftungsbeschränkung nur für Verbindlichkeiten aus beruflichen Fehlern; für sonstige Verbindlichkeiten bleibt die personengesellschaftsrechtliche, persönliche Haftung der Partner bestehen.¹⁸⁹

¹⁸³ BGH, Beschl. v. 3.4.2019 – VII ZB 24/17, DGVZ 2020, 12, 14 f., Rn. 29 ff.; kritisch dazu *Wolber*, EuZW 2019, 863.

¹⁸⁴ BMJV, Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung und zur Änderung des Berufsrechts der Rechtsanwälte, Patentanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, BT-Drucks. 17/10487, S. 1, 13; kritisch *Lieder*, NotBZ 2014, 81 sowie *Römermann*, NJW 2013, 2305.

¹⁸⁵ BGBl. I 2013, S. 2386; ausführlich in diesem Band § 7 (*Lieder/Hilser*), S. 239.

¹⁸⁶ Für eine eingehende rechtstatsächliche Untersuchung siehe *Lieder/Hoffmann*, NZG 2020, 721, 722.

¹⁸⁷ *Salger*, in: MünchHdbGesR, Bd. I, 5. Aufl. 2019, § 45a Rn. 33; *Römermann/Jähne*, BB 2015, 579: „dürfte sich die Zahl der Anwalts-LLPs im zweistelligen Bereich bewegen“; mit einer Schätzung von etwa 150 LLP-Kanzleien in Deutschland *Ströder*, Juve Rechtsmarkt 2021/3, 22, 26.

¹⁸⁸ So der langjährige Managing-Partner der Kanzlei Clifford Chance *Peter Dieners*, siehe *Ströder*, Juve online, Interview zum Brexit: „Der Gesetzgeber muss den Bestand der LLP dauerhaft festschreiben“, 11.9.2019, abrufbar unter: <<https://www.juve.de/nachrichten/namenundnachrichten/2019/09/interview-zum-brexit-der-gesetzgeber-muss-den-bestand-der-llp-dauerhaft-festschreiben>> (2.4.2024).

¹⁸⁹ Monographisch zur PartG mbB im Vergleich zur englischen LLP, siehe *Fischer*, Die Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung, 2015 sowie *Hennen* (Fn. 163), S. 94 und *Hauck*, Die Partnerschaft mit beschränkter Berufshaftung, 2020.

4. Rückgang der LLP durch den Brexit

Das Blatt wendete sich schlagartig, als klar wurde, dass Großbritannien die EU verlassen würde. Die Hängepartie um einen drohenden No-deal-Brexit veranlassete zahlreiche LLPs mit deutschem Verwaltungssitz Rechtsformwechsel vorzubereiten und immer wieder aufzuschieben.¹⁹⁰ Es stand zu befürchten, dass die LLPs von einem Tag auf den anderen die Haftungsprivilegien des englischen Rechts nicht mehr genießen würden, sondern als BGB-Gesellschaften zu qualifizieren wären.¹⁹¹ Im Oktober 2020 sorgte ein Beitrag des Vorsitzenden des BRAK-Europaausschusses für Aufsehen, in dem er behauptete, dass britische LLPs mit einem harten Brexit ihre Rechtsdienstleistungsbefugnis verlieren würden.¹⁹² Trotz der späten Einigung in London und Brüssel wurden Ende des Jahres die längst vorbereiteten Formwechsel Realität, von denen man bis zuletzt hoffte, sie vermeiden zu können. Der an Weihnachten 2020 zustande gekommene Handels- und Kooperationsvertrag sorgte nicht für die erforderliche Rechtssicherheit für hierzulande tätige LLP-Kanzleien.¹⁹³ Auch eine gesetzliche Übergangsregelung, die der LLP Bestandsschutz gesichert hätte, kam nicht zustande.¹⁹⁴ *Freshfields Bruckhaus Deringer, Clifford Chance* und *Noerr* sind nur einige der großen Kanzleien, die seither in Deutschland als PartG mbB firmieren.¹⁹⁵ Da diese von Kanzleien nicht als gleichwertige Alternative zur LLP wahrgenommen wird, dürfte auch zukünftig Bewegung in der Rechtsformwahl deutscher Berufsausübungsgesellschaften zu erwarten sein.¹⁹⁶ Das am 1.1.2024 in Kraft getretene MoPeG¹⁹⁷ erlaubt nunmehr gemäß § 107 Abs. 1 Satz 2 HGB auch Angehörigen freier Berufe die Tätigkeit in Handelsgesellschaften. Eine berufsrechtliche Öffnung erfolgte schon mit dem am 1.8.2022 in Kraft getretenen Gesetz für die große BRAO-Re-

¹⁹⁰ *Ströder*, Juve online, Brexit-Hängepartie: LLP-Kanzleien schieben den Rechtsformwechsel auf, 18.4.2019, abrufbar unter <<https://www.juve.de/nachrichten/namenundnachrichten/2019/04/brexit-haengepartie-llp-kanzleien-schieben-den-rechtsformwechsel-auf>> (2.4.2024).

¹⁹¹ *Lieder/Hoffmann*, NZG 2017, 325, 332.

¹⁹² *Pohl*, Kammerton der Berliner Rechtsanwaltskammer 10/2020 unter dem Titel „UK-Anwälte und Kanzleien post Brexit“, abrufbar unter <<https://www.rak-berlin.de/kammerton/ausgaben/ausgabe/ausgabe-10-2020/ueber-die-folgen-eines-harten-brexits-am-31-12-2020-fuer-die-einzelnen-anwaeltinnen-und-anwaelte-und-fuer-deren-kanzleien/>> (2.4.2024); dagegen *Hartung/Uwer*, EuZW 2020, 1007; *Henssler*, NJW 2021, 503, 504 ff.

¹⁹³ Eingehend *Henssler*, NJW 2021, 503.

¹⁹⁴ Für einen gesetzlich festgeschriebenen Bestandsschutz zumindest bis zur Öffnung der GmbH & Co. KG für Rechtsanwaltsgesellschaften warben einige Kanzleien, siehe *Ströder*, Juve Rechtsmarkt 2021/3, 22, 24 und 26 f.

¹⁹⁵ *Ströder*, Juve Rechtsmarkt 2021/3, 22, 24; *ders.*, Juve online, Rechtsformwechsel wegen Brexit: Freshfields weist Cum-Ex-Spekulationen zurück, 13.11.2020, abrufbar unter: <<https://www.juve.de/nachrichten/namenundnachrichten/2020/11/rechtsformwechsel-wegen-brexit-freshfields-weist-cum-ex-spekulationen-zurueck>> (2.4.2024).

¹⁹⁶ Zu den weiteren Plänen der Kanzleien *Ströder*, Juve Rechtsmarkt 2021/3, 22, 27.

¹⁹⁷ Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG), BGBl. I 2021, S. 3436.

form¹⁹⁸ in § 59b Abs. 2 Nr. 1 BRAO. Die Gesetzesänderungen machen die GmbH & Co. KG zu einer vorteilhaften Option für Rechtsanwaltsgesellschaften, die der LLP besonders nahekommt.¹⁹⁹

VI. Einordnung und Gesamtwürdigung

1. Wettbewerb der Rechtsordnungen als Treiber der Rechtsentwicklung

Die britische LLP versteht sich als Beitrag zur weltweiten Entstehung hybrider Gesellschaftsformen.²⁰⁰ Trendsetter waren die Vereinigten Staaten, deren LLCs und LLPs großen Anklang fanden und sich immer weiter durchzusetzen vermochten.²⁰¹ Wenngleich die Entwicklung der britischen LLP ohne ihre amerikanischen Wegbereiter nicht zu erklären ist, ist sie mitnichten das Resultat einer sorgfältigen Weiterentwicklung ausländischer Regelungsvorbilder, von deren Konzept man überzeugt war.²⁰² Zunächst zeigte der britische Gesetzgeber wenig Interesse an der Schaffung einer hybriden Rechtsform für Freiberufler, sondern suchte vergeblich nach konsensfähigen Lösungen innerhalb des *partnership law*.²⁰³ Den entscheidenden Anstoß gab erst die drohende Abwanderung der Gesellschaften, die sich aus der Konkurrenzsituation zur Jersey LLP ergab.²⁰⁴ Die veränderte Situation forderte eine schnelle Lösung für ein Problem der Freiberufler und bescherte deren Anliegen einen Platz weit oben auf der politischen Agenda.²⁰⁵ Zu einer vertieften Auseinandersetzung des britischen Gesetzgebers mit der konkreten Ausgestaltung seiner ausländischen Inspirationsquellen führte dies nicht. Das *Select Committee* kritisierte zusammen mit Literaturstimmen, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung der LLP auf die Erfahrungen anderer Jurisdiktionen mit ihren hybriden Rechtsformen kaum Bezug nahm.²⁰⁶

Der Wettbewerb der Rechtsordnungen führte daher nur sehr eingeschränkt zu einem Erfahrungsaustausch im Sinne eines globalen Lernprozesses. Stattdessen wirkte er als eine Art Katalysator, der ein lange bestehendes Bedürfnis des Rechts-

¹⁹⁸ Gesetz zur Neuregelung des Berufsrechts der anwaltlichen und steuerberatenden Berufsausübungsgesellschaften sowie zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich der rechtsberatenden Berufe, BGBl. I 2021, S. 2363.

¹⁹⁹ *Salger*, in: MünchHdbGesR, Bd. I, 5. Aufl. 2019, § 45a Rn. 33; *Schauer*, NZG 2021, 473.

²⁰⁰ *DTI*, Explanatory Notes (Fn. 2), Ziff. 11.

²⁰¹ Zur LLC in diesem Band § 1 (*Fleischer/Kolb*), S. 27.

²⁰² *Kilian*, NZG 2000, 1008, 1009.

²⁰³ Siehe oben unter III.4.

²⁰⁴ So auch *Cross*, J.B.L., 268, 271 (2003); *Finch/Freedman*, J.B.L., 475, 480 (2002).

²⁰⁵ *Sikka/Willmott* (Fn. 78), 411.

²⁰⁶ *Select Committee on Trade and Industry*, Fourth Report (Fn. 40), Ziff. 6; *Freedman/Finch*, J.B.L., 475, 480 f. (2002): „There has been an element of competition in the process, but it is not clear how much has been learned by the United Kingdom from the experience of other jurisdictions.“

verkehrs in den Mittelpunkt des politischen Interesses rückte. Er war in der Lage, stagnierende Reformdiskussionen zu unterbrechen und zügige Abhilfe zu erzwingen. So entstand statt einer nur in Details veränderten Kopie ausländischer LLPs ein neuartiges regulatorisches Konzept, das spezifisch britische Rechtsgrundsätze aufgriff und sich in die Rechtsordnung einfügte. Es unterscheidet sich maßgeblich von seinen ausländischen Vorbildern und hat mit ihnen vor allem die Zielgruppe gemein.²⁰⁷ Dieselbe Rolle eines Wirkbeschleunigers nahm später die LLP ihrerseits ein, als ihre internationale Nutzung den deutschen Gesetzgeber veranlasste, mit der PartG mbB eine inländische Alternative zur britischen LLP zu schaffen, ohne dabei deren Ausgestaltung zu übernehmen.

2. Wettbewerb der Rechtsordnungen als Instrument der Lobby

„There is no doubting the importance of interest groups in the story of the LLP, and their pressure had more to do with this development than did natural evolution.“²⁰⁸ Dass neue Gesetzesvorhaben häufig von den betroffenen Interessengruppen angestoßen werden und diese keine Mühen und Kosten scheuen,²⁰⁹ ihren Vorschlägen zum Durchbruch zu verhelfen, ist keine Neuigkeit.²¹⁰ Bemerkenswert an der Entstehungsgeschichte der britischen LLP ist aber der außergewöhnliche Weg, den Lobbyisten einschlugen, um ihr Ziel eines günstigeren Haftungsregimes zu erreichen. Sie machten sich jenen Mechanismus, den der Wettbewerb unter den Rechtsordnungen auszulösen vermag, zu Nutze: Über den Umweg Jerseys gelang es einflussreichen Angehörigen der entscheidenden Interessengruppen, die Konkurrenzsituation zu einer ausländischen Rechtsordnung selbst zu erschaffen und eine Reaktion des britischen Gesetzgebers herauszufordern. Sie machten keinen Hehl daraus, die neue Rechtsform als Druckmittel gegen die britische Regierung nutzen zu wollen.²¹¹ Nachdem die britische LLP auf den Weg gebracht war, musste die Regierung Jerseys eingestehen, dass die Jersey LLP ein Schattendasein führen wird: Bis Ende 2000 konnte die Insel noch keine Registrierung einer LLP verzeichnen.²¹² Das Beispiel der LLP zeigt den Einfluss, den *offshore*-Jurisdiktionen auf die Entwicklung benachbarter Rechtsordnungen nehmen, indem sie als flexible Vorreiter auf Wünsche des Rechtsverkehrs schnell reagieren können.²¹³

²⁰⁷ So auch *Banks* (Fn. 15), Rn. 2.42; *Morse*, Sing. J.L.S., 455, 462 (2002).

²⁰⁸ *Finch/Freedman*, J.B.L., 475, 480 (2002).

²⁰⁹ In Zusammenhang mit der Jersey LLP wurden offenbar etwa 1 Mio. britische Pfund investiert, *Sikka/Willmott* (Fn. 78), S. 412; *Kilian*, RIW 2000, 897, 899.

²¹⁰ Zum neuen Lobbyregistriergesetz des Bundes, siehe *Austermann*, NVwZ 2021, 585.

²¹¹ *Sikka/Willmott* (Fn. 78), S. 410: „Price Waterhouse and Ernst & Young argued behind the scenes that to move to Jersey was a stick to beat the then Tory government and Labour opposition into agreeing that a UK-wide LLP Law was necessary [...]“.

²¹² *Sikka/Willmott* (Fn. 78), S. 411.

²¹³ *Sikka/Willmott* (Fn. 78), S. 412: „This case indicates how the global regulatory landscape is being altered by the growing indirect, as well as direct, use of OFCs. More broadly, it

3. Neue Rechtsform als Alternative zu Reformen

Wie geschildert war das dringende Bedürfnis der Freiberufler nach einer Einhegung ihres Haftungsrisikos in Großbritannien lange bekannt. Dass es am politischen Willen, den Forderungen der Wirtschaftsprüfungsgesellschaften entgegenzukommen, nicht mangelte, zeigt die von der Regierung in Auftrag gegebene Studie zur Prüfung der *several and joint liability* im *partnership law*, die eine Anpassung des Rechts an veränderte Lebenswirklichkeiten vorbereiten sollte.²¹⁴ Nichtsdestotrotz harrten die Überarbeitungsprozesse jahrelang einer Umsetzung.²¹⁵

Die LLP veranschaulicht, wie die Schaffung einer neuen Rechtsform eine kompromissfähige Alternative bieten kann, wenn lange schwelende Konflikte um Veränderungen des bestehenden Gesellschaftsrechts dessen Weiterentwicklung lähmen. Während die Hemmschwelle, über Jahrhunderte gewachsene Rechtsgrundsätze bestehender Gesellschaftsformen zu verändern, kaum überwindbar erscheint, ermöglichen es hinzutretende Rechtsformen, mit großer Freiheit neue Ideen zu erproben. Erklärtes Ziel bei der Schaffung der LLP war es, zwar bewährte Rechtsgrundsätze anderer Rechtsformen aufzugreifen, das bestehende *company* und *partnership law* jedoch unberührt zu lassen: „the principle on which we must insist all through the Bill is that we are changing as little other law as possible“.²¹⁶ Dass sich die Entstehung der LLP parallel und gänzlich losgelöst von zugleich stattfindenden Reformen des Gesellschaftsrechts und ohne Einbezug der *Law Commission* vollzog, unterstreicht diese Beobachtung.

4. Gesetzesverweise als Regelungstechnik

Aufmerksamkeit verdient auch die Rechtsetzungstechnik, mithilfe derer der britische Gesetzgeber die LLP formt. Mit dem Rahmengesetz, ergänzt durch sekundärrechtliche *Regulations* und ihren *default provisions* gliedert die LLP von Beginn an einen Flickenteppich bereits bekannter Rechtssätze anderer Gesellschaftsformen. Der Verweis auf Versatzstücke des *Companies Act* und anderer Gesetze sowie die teilweise Nachahmung von Regelungen des *Partnership Act* im Rahmen der *Regulations* kann den Rückgriff auf bereits ergangene Rechtsprechung erleichtern und dafür sorgen, dass sich Rechtsanwender in weiten Teilen auf bekanntem Terrain bewegen. Da die *Regulations* jedoch keine konsolidierte Fassung enthalten, muss das Mosaik der parallel zu lesenden Normen immer wieder neu zusammengesetzt werden.²¹⁷ Das Vorgehen stellte sich als wenig benutzer-

illustrates how OFCs are significant nodes in the global economy where their unchecked expansion and accessibility exerts comparatively veiled as well as more overt effects upon the regulative capacities of larger states.“

²¹⁴ *Law Commission*, Feasibility Investigation (Fn. 45), Ziff. 1.1 ff.

²¹⁵ Die später angestoßene *Partnership-Law-Reform* blieb erfolglos, siehe *Morse/Braithwaite* (Fn. 6), Rn. 1.04.

²¹⁶ So *Lord MacIntosh of Haringey* im House of Lords am 24.1.2000, Hansard, H. L. Ser. 5, Vol. 608, col. 1353.

²¹⁷ *Morse/Braithwaite* (Fn. 6), Rn. 10.09.

freundlich heraus und erfuhr reichlich Kritik. Die Zerstretheit der Regelungen verkompliziere die Rechtsanwendung unnötig und sei nur mit Kenntnissen sowohl des *company* als auch des *partnership law* zu meistern.²¹⁸ Einige Autoren befürchteten, dass die daraus entstehende Komplexität besonders kleine Unternehmen von der Verwendung der neuen Rechtsform abhalten würde.²¹⁹ Die nur lückenhafte Ausformung der *default provisions* erschwere den Zugang für kleine Unternehmen zusätzlich, für die sich eine kostenintensive Ausarbeitung ihres gesellschaftsvertraglichen Gerüsts häufig nicht lohne.²²⁰

Welche Schwierigkeiten die Verweisungstechnik mit sich bringt, wurde deutlich, als im Oktober 2009 nach Abschluss der *company law*-Reform der *Companies Act 2006* in Kraft trat und den *Companies Act 1985*, auf den die *Regulations* Bezug nahmen, weitgehend ersetzte.²²¹ Nach der Anpassung der *Regulations* an die neue Rechtslage stehen heute drei verschiedene, mehrfach überarbeitete *Regulations* mit ihren Verweisen auf andere Gesetze nebeneinander.²²² Die *LLP Accounts Regulations 2008* sowie die *LLP Regulations 2009* nehmen wesentliche Teile des *Companies Act 2006* in Bezug, zugleich gelten die Verweise der *LLP Regulations 2001* auf andere Gesetze und nicht aufgehobene Teile des *Companies Act 1985* fort.²²³ Im Bewusstsein dieser immer unübersichtlicheren Rechtslage, entschied man sich bei der Fassung der *LLP Regulations 2008* und *2009* dafür, zumindest hier die Verweisungstechnik aufzugeben, und die aufgegriffenen Normen schon im Gesetz vollständig wiederzugeben.²²⁴ Weiterhin unverzichtbar beim Umgang mit LLPs sind in mühseliger Kleinstarbeit entstandene Textsammlungen, welche die für die LLP relevanten Vorschriften zusammentragen und die geltende Rechtslage wiedergeben.²²⁵

²¹⁸ *Finch/Freedman*, J.B.L., 475, 499 f. (2002); *Smith* (Fn. 5), Rn. 1.18; zur Kritik schon während des Gesetzgebungsverfahrens *Morse et al.* (Fn. 93), Rn. A1-10.

²¹⁹ *Finch/Freedman*, J.B.L., 475, 499 f. (2002); *Morse*, Sing. J.L.S., 455, 464 (2002).

²²⁰ *Finch/Freedman*, J.B.L., 475, 499 (2002).

²²¹ Zur *CompanyLaw*-Reform *Girvin/Frisby/Hudson* (Fn. 8), Rn. 1.015 ff.; *Davies/Rickford*, ECFR, 48 (2008) (Teil 1), 239 (2008) (Teil 2).

²²² *Morse/Braithwaite* (Fn. 6), Rn. 10.09, *Smith* (Fn. 5), Rn. 1.15.

²²³ *Whittaker/Machell* (Fn. 96), Rn. 1.16.

²²⁴ *Morse/Braithwaite* (Fn. 6), Rn. 10.09; *Whittaker/Machell* (Fn. 96), Rn. 1.17.

²²⁵ *Machell/Haywood/Mather* (Fn. 114).

§ 9 Europäische Union: Societas Europaea (SE), 2004

Elke Heinrich-Pendl/Anton Rittmeister

I.	Einführung	303
II.	Entstehungsprozess und Entwicklungslinien	304
	1. Frühe Ideen für übernationale Gesellschaftsformen	304
	a) 34. Deutscher Juristentag	304
	b) International Law Association	305
	c) Europarat	306
	2. Internationale Gesellschaftsrechtslandschaft: Übernationale Kapital- gesellschaften auf staatsvertraglicher Grundlage	308
	3. Konkretisierung der Idee einer supranationalen europäischen Aktiengesellschaft.	311
	4. Erster Vorschlag	314
	5. Zweiter Anlauf	316
	6. Durchbruch – oder: aller guten Dinge sind drei	318
III.	Grundstrukturen der SE	320
	1. Normenvielfalt	320
	2. Rechtsnatur und Kapitalausstattung	322
	3. Gründung	324
	4. Sitz und Sitzverlegung	326
	5. Organisationsverfassung und Gestaltungsfreiheit	327
	a) Geschäftsleitung und -überwachung	327
	b) Mitbestimmung	331
	c) Hauptversammlung	335
IV.	Würdigung	335
	1. Die SE im Lichte ihrer Entstehungsgeschichte	335
	2. Die SE in Zahlen	336
	3. Die SE und ihre Gründungsmotive	340
	4. Die SE als Rechtsform mit Ausstrahlungskraft	343

I. Einführung*

Das „Flaggschiff des Europäischen Gesellschaftsrechts“¹, die Societas Europaea (kurz: SE), hatte schon lange bevor es in See stach, mit Gegenwind zu kämpfen.

* Dieses Manuskript wurde in mehreren Schritten bearbeitet und aktualisiert; die letzte Bearbeitung erfolgte im Oktober 2022.

¹ Hopt, ZIP 1998, 96, 99.

Zwischen der ersten zündenden Idee einer Europäisierung des Gesellschaftsrechts im Jahr 1959 auf dem 57. *Congrès des Notaires de France* und dem „Wunder von Nizza“⁴² liegen rund 40 Jahre bewegte Entstehungsgeschichte. Während das Projekt von akademischer Seite couragiert vorangetrieben wurde, gründet die lange Zeitspanne primär in kontroversen Interessenlagen auf nationalstaatlicher Ebene, die Schritt für Schritt, Zugeständnis um Zugeständnis abgebaut werden mussten, um jene Rechtsform zu erschaffen, die heute den Prototyp einer supranationalen Gesellschaft bildet.

Im Folgenden wird zunächst der steinige Weg von ersten Vorläufern über die konkrete Schöpfungs-idee und den „dreißigjährige[n] Krieg um die Europäische Aktiengesellschaft“⁴³ bis hin zum Europäischen Rat von Nizza im Dezember des Jahres 2000 nachgezeichnet (II.). Im Anschluss folgt eine Beleuchtung der SE vor dem Hintergrund der SE-VO⁴ und der SE-RL⁵ sowie des deutschen Umsetzungs- und Aktienrechts (III.). Abschließend wird die Europäische Aktiengesellschaft im Lichte ihrer Entstehungsgeschichte, ihrer zahlenmäßigen Verbreitung, der Motive ihrer Gründer und ihrer Ausstrahlungskraft im vertikalen Wettbewerb der Rechtsordnungen gewürdigt (IV.).

II. Entstehungsprozess und Entwicklungslinien

1. Frühe Ideen für übernationale Gesellschaftsformen

Schon lange bevor es erste konkrete Überlegungen zu einer europäischen Gesellschaft gab, warteten die unterschiedlichsten Akteure mit diffusen und eher punktuellen Vorschlägen in Richtung einer übernationalen Kapitalgesellschaftsform auf. Dies sollte nicht überraschen, da „[d]ie Idee einer internationalen Gesellschaftsform [...] mit einer gewissen Zwangsläufigkeit aus jeder Erleichterung des internationalen Handels [folgt].“⁴⁶

a) 34. Deutscher Juristentag

So behandelte der 34. Deutsche Juristentag in Köln im Jahr 1926 die Frage, ob bei einer zukünftigen Reform des Aktienrechts eine Annäherung an das englisch-amerikanische Recht in grundlegenden Fragen stattfinden sollte.⁷ Hintergrund

² Hirte, NZG 2002, 1 f.

³ Schwarz, ZIP 2001, 1847.

⁴ Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. 2001 L 294, 1.

⁵ Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8.10.2001 zur Ergänzung des Status der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABl. 2001 L 294, 22.

⁶ Teichmann, Binnenmarktkonformes Gesellschaftsrecht, 2006, S. 240.

⁷ Ständige Deputationen des DJT, in: Verhandlungen des 34. DJT zu Köln, Bd. I, 1926, S. 258 ff.; Ständige Deputationen des DJT, in: Verhandlungen des 34. DJT zu Köln, Bd. II, 1927, S. 611 ff., 874 ff., insb. 762 ff., 789, 797 f., 878 f.; vgl. auch Kalss/Greda, in: Kalss/Hügel, Europäische Aktiengesellschaft – SE-Kommentar, 2004, Allgemeiner Teil Rn. 1.

dieses Vorstoßes in Richtung einer Internationalisierung des Aktienrechts war die Hoffnung, englischen und US-amerikanischen Kapitalgebern ein ihnen bekanntes Terrain anbieten und ihnen dadurch Investitionen in den deutschen Aktienmarkt schmackhaft machen zu können.⁸ Zwar entschied sich der Juristentag letztlich gegen eine Annäherung an das englisch-amerikanische Recht; er regte jedoch „die Bildung einer überstaatlichen kapitalistischen Gesellschaftsform an, die wahlweise neben den innerstaatlichen Gesellschaftsformen zur Verfügung stehen“ sollte.⁹ Dem lag ein Antrag des Rechtsanwalts, Professors und späteren Ministerpräsidenten von Groß-Hessen *Karl Geiler*¹⁰ zugrunde, der auf die Bedeutung der Internationalisierung des modernen Wirtschaftslebens und damit auch des Wirtschaftsrechts hinwies und sich unter anderem dafür aussprach, die gegenseitige Kapitaldurchdringung der Nationalwirtschaften auch gesellschaftsrechtlich zu fördern.¹¹

Eine Umsetzung dieser Anregung, eine übernationale Kapitalgesellschaft zu schaffen, scheiterte jedoch ebenso wie der weitere Wunsch des Juristentages, dass die Reichsregierung das Thema auf der nächsten Weltwirtschaftskonferenz 1927 in Genf zur Sprache bringt.¹² Schließlich scheint auch *Geiler* selbst den Gedanken nicht weiterverfolgt zu haben, erwähnt er doch in einem Referat über internationale juristische Personen sechs Jahre nach dem Juristentag die überstaatliche Aktiengesellschaft mit keinem Wort.¹³ Umso mehr – insbesondere da auch sonstige literarische Zeugnisse hierüber fehlen¹⁴ – überrascht es, dass *Ernst Rabel* in seinem 1936 erschienenen „Recht des Warenkaufs“ davon spricht, dass der Gedanke einer übernationalen Form der Aktiengesellschaften zunehmend Freunde finde.¹⁵

b) *International Law Association*

Erst nach dem Zweiten Weltkrieg gewann die Idee einer übernationalen Rechtsform wieder verstärkt Zuspruch. Zunächst ist auf eine interessante, wenngleich kaum beachtete Diskussion¹⁶ der International Law Association hinzuweisen.

⁸ Ständige Deputationen des DJT, in: Verhandlungen des 34. DJT zu Köln, Bd. II, 1927, S. 616.

⁹ Ständige Deputationen des DJT, in: Verhandlungen des 34. DJT zu Köln, Bd. II, 1927, S. 798; dazu *Teichmann* (Fn. 6), S. 240.

¹⁰ Über ihn *Duden*, „Geiler, Karl“, in: Neue Deutsche Biographie, Bd. VI, 1964, S. 151, abrufbar unter <https://www.deutsche-biographie.de/gnd102038015.html#ndbcontent_zitierweise> (30.9.2021).

¹¹ Ständige Deputationen des DJT, in: Verhandlungen des 34. DJT zu Köln, Bd. II, 1927, S. 762 f.

¹² *Duden*, *RabelsZ* 27 (1962), 89, 90; *Schwarz*, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 2000, S. 25.

¹³ *Geiler*, *Mitteilungen der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht* 12 (1933), S. 177 ff.; darauf hinweisend *Duden*, *RabelsZ* 27 (1962), 89, 91.

¹⁴ *Duden*, *RabelsZ* 27 (1962), 89, 91; *Schwarz* (Fn. 12), S. 25.

¹⁵ *Rabel*, *Recht des Warenkaufs*, Bd. I, 1936, S. 50.

¹⁶ So *Duden*, *RabelsZ* 27 (1962), 89, 92.

Diese nahm im Jahre 1950 unter dem Schlagwort „Corporations Engaged in International Business“ ihren Ausgang und kam auf den im Zweijahresrhythmus stattfindenden Konferenzen bis zu jener in Hamburg im Jahre 1960 immer wieder zur Sprache.¹⁷ Sie kreiste zwar in erster Linie um Fragen des Kollisionsrechts von Handelsgesellschaften, aber auch die Schaffung eines Statuts für supranationale Gesellschaften wurde bisweilen diskutiert.¹⁸ Im Ergebnis wurde kein übernationales Recht vorgeschlagen, jedoch die Schaffung einer internationalen Behörde zur Zulassung internationaler Gesellschaften sowie die Etablierung eines internationalen Gerichts, das über Streitigkeiten entscheiden sollte.¹⁹ Letztlich verliefen die Bestrebungen der International Law Association indes im Sande.²⁰

c) *Europarat*

Eine weitere historische Spur führt zum Europarat. Dieser formulierte bereits im Jahr seiner Gründung (1949) einen Entwurf für eine Inter-Europäische Gesellschaft.²¹ Im Fokus stand dabei jedoch nicht die Schaffung einer neuen Rechtsform. Vielmehr waren die Bestrebungen von wirtschaftlichen Beweggründen, nämlich der wirtschaftlichen Integration Europas, getragen.²² Dementsprechend heißt es in den Erläuterungen zum Entwurf:

„[...] to superimpose, on the divided economies which exist today in Europe, a free economic sector which would cover, entirely or partially, the countries participating in the European Union. This sector would be open to a limited number of societies devoted to the production of goods urgently required by Europe and governed by a special statute.“²³

Möglich wäre danach sowohl die Gründung von „private“ als auch von „public companies“ gewesen (Art. 1), für die der Entwurf jeweils eigene Regelungen (Art. 2 bis 8: *private companies*; Art. 9 bis 12: *public companies*) vorgesehen

¹⁷ Corporations Engaged in International Business, 44 Int'l L. Ass'n Rep. Conf. 158 (1950); 45 Int'l L. Ass'n Rep. Conf. iii (1952); International Companies, 45 Int'l L. Ass'n Rep. Conf. 43 (1952); International Company Law, 46 Int'l L. Ass'n Rep. Conf. 364 (1954); Various Committees, 46 Int'l L. Ass'n Rep. Conf. 406 (1954); International Company Law, 47 Int'l L. Ass'n Rep. Conf. 319 (1956); International Company Law, 48 Int'l L. Ass'n Rep. Conf. 643 (1958); Hamburg Conference Resolutions Adopted, 49 Int'l L. Ass'n Rep. Conf. ix (1960); International Company Law, 49 Int'l L. Ass'n Rep. Conf. 62 (1960).

¹⁸ Engaged in International Business, 44 Int'l L. Ass'n Rep. Conf. 158 (1950); 45 Int'l L. Ass'n Rep. Conf. iii (1952); International Companies, 45 Int'l L. Ass'n Rep. Conf. 43 (1952); Various Committees, 46 Int'l L. Ass'n Rep. Conf. 392, 406 ff. (1954).

¹⁹ Siehe etwa International Companies, 45 Int'l L. Ass'n Rep. Conf. 44 (1952); Various Committees, 46 Int'l L. Ass'n Rep. Conf. 408 (1954).

²⁰ Duden, RabelsZ 27 (1962), 89, 93.

²¹ Entwurf von 1949 mit Kommentar, in: Dok. AS/EC (49) 20 vom 16.12.1949.

²² Siehe Sanders, AWD 1960, 1, 2.

²³ Erläuterungen zum ersten Entwurf vom 16.12.1949, in: Dok. AS/EC (49) 20, A 635, S. 1; siehe auch Memorandum, a.a.O., A 637, S. 1: „The Creation of Inter-European Companies represents a new and creative way of attacking the problem of how to obtain a higher degree of integration between the European economies.“

hatte. Eine private europäische Gesellschaft sollte sich dadurch auszeichnen, dass Kapital bzw. Betriebs- und Produktionsstätten auf mehrere Staaten verteilt sind (Art. 2). Um den Status als private europäische Gesellschaft zu erhalten, war eine Registrierung beim sog. „European Companies' Office“ vorgesehen. Dieses sollte sodann die betroffenen Mitgliedstaaten informieren, denen die Entscheidung obliegen hätte, die Gesellschaft als private europäische Gesellschaft unter Auflage bestimmter Bedingungen anzuerkennen (Art. 3). Im Fall einer Genehmigung sollten die Gesellschaften von allen Mitgliedstaaten des Europarates ebenso behandelt werden wie rein nationale Gesellschaften (Art. 2). Einem European Companies' Office sollte unter anderem die Aufgabe zukommen, private europäische Gesellschaften vor Diskriminierungen durch einen Mitgliedstaat sowie vor einer doppelten Besteuerung zu schützen und einen freien Zahlungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten zu gewährleisten (Art. 6 f.).

Als öffentliche europäische Gesellschaften hätten Sozietäten gelten sollen, die von den Mitgliedstaaten des Europarates selbst gegründet werden, wobei eine Beteiligung durch Private zwar zulässig gewesen wäre, diese aber 25 % des Kapitals nicht hätte übersteigen dürfen (Art. 9). Als Gründungsakt war die Hinterlegung des Gesellschaftsvertrags beim European Companies' Office vorgesehen (Art. 10): „The deposit of the deed shall constitute the incorporation of the Society, in regard to the national laws of each of the Members who are parties to that deed.“ Der daraus folgende Status als europäische öffentliche Gesellschaft hätte sodann dazu führen sollen, dass sämtliche Mitgliedstaaten die Gesellschaft wie eine öffentliche Gesellschaft nationalen Rechts behandeln (Art. 10), was unter anderem zu einer Befreiung von der Steuerpflicht hätte führen sollen.²⁴ „Diesem anspruchsvollen folgte bald ein bescheidenerer Entwurf.“²⁵ Im Jahr 1952 sprach der Europarat die Empfehlung aus, Unternehmen den Zugang zu einem europäischen Statut zu eröffnen, wenn sie eine öffentliche Dienstleistung erbringen oder einen öffentlichen Auftrag durchführen und einen Bezug zu zumindest zwei Mitgliedstaaten aufweisen (Paragraph 1 and 2). Als Grund für die ins Auge gefasste Schaffung eines europäischen Statuts wurde angeführt, dass die Bedürfnisse solcher Gesellschaften andere seien als jene rein nationaler Gesellschaften.²⁶ Die Einrichtung eines European Companies' Office war auch im zweiten Entwurf vorgesehen. Ihm sollte das Vorhaben angezeigt werden, es sollte bei der Gründung unterstützend tätig werden können und es hätten ihm einige Kontrollbefugnisse eingeräumt werden sollen. Die Gewährung des europäischen Statuts sollte jedoch nicht an die Genehmigung durch das European Companies' Office geknüpft werden, sondern automatisch aus dem zwischen den beteiligten Mitgliedstaaten geschlossenen Übereinkommen resultieren (Paragraph 4).²⁷ Das Über-

²⁴ Kommentar zum ersten Entwurf vom 16.12.1949, in: Dok. AS/EC (49) 20, A 635, S. 12.

²⁵ Sanders, AWD 1960, 1, 2.

²⁶ Explanatory Memorandum, S. 841.

²⁷ Siehe dazu auch Explanatory Memorandum, S. 837: „European status is granted under an agreement signed by the States concerned and not as a result of a decision of the Office.“

einkommen sollte auch die primär für die Gesellschaft maßgeblichen Regelungen enthalten, sofern nicht vereinbart worden wäre, dass die Gesellschaft einem bestimmten innerstaatlichen Recht untersteht (Paragraph 7). Als Folge des europäischen Statuts sollten die Gesellschaften von bestimmten zwischen den beteiligten Staaten vereinbarten Privilegien, wie einem freien Kapitalverkehr oder der Befreiung von Zöllen, profitieren (Paragraph 9).²⁸

Dieser Entwurf wurde auf Empfehlung 38 der Beratenden Versammlung des Europarates den Regierungen der damaligen Mitgliedstaaten vorgelegt.²⁹ Diese fürchteten jedoch aufgrund der beabsichtigten rechtlichen und steuerlichen Vergünstigungen für Gesellschaften mit europäischem Statut eine Diskriminierung ihrer nationalen Gesellschaften. Daher wurde der Entwurf nicht weiterverfolgt.³⁰ Der spätere Vater der heutigen Europäischen Aktiengesellschaft *Pieter Sanders* weist in diesem Zusammenhang ausdrücklich darauf hin, dass sein Ansinnen mit dem Entwurf des Europarates nicht zu verwechseln sei. Denn anders als es letzterer im Sinn hatte, ging es *Sanders* nicht um die Gewährung wirtschaftlicher Vorrechte, sondern um die Schaffung eines genuin europäischen Aktiengesellschaftsrechts.³¹

2. Internationale Gesellschaftsrechtslandschaft: Übernationale Kapitalgesellschaften auf staatsvertraglicher Grundlage

Dass bis zur Schaffung dieser europäischen Gesellschaft noch ein langer Weg zurückzulegen sein sollte, hinderte jedoch nicht erste Experimente multinationaler Unternehmungen und Großprojekte. Sie bestanden regelmäßig in einer Kombination aus völkerrechtlicher Rechtsgrundlage und den Rechtsvorschriften des Sitzstaates, die wiederum unter übernationalem Einfluss standen.

Bereits 1930 entstand die geschichtsträchtige „Bank für Internationalen Zahlungsausgleich“ (BIZ).³² Zu ihren Anteilseignern zählen heute ausschließlich Zentralbanken und vergleichbare Institute,³³ weshalb sie als die „Zentralbank der Zentralbanken“ gilt.³⁴ Anlass ihrer Gründung waren die von Deutschland nach dem Young Plan zu leistenden Reparationszahlungen und das damit entstandene Transferproblem.³⁵ Das Ansinnen, eine internationale Bank ins Leben zu rufen, stellte die Gründer jedoch vor allem deshalb vor erhebliche Probleme, weil man

²⁸ Dazu auch *Bärmann*, AcP 156 (1958), 156, 159 f.

²⁹ <<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=14037&lang=en>> (15.8.2022).

³⁰ *Sanders*, AWD 1960, 1, 2; *Pipkorn*, ZHR 141 (1973), 35, 48; *Schwarz* (Fn. 12), S. 25.

³¹ *Sanders*, AWD 1960, 1, 2.

³² *Theisen/Wenz*, in: Theisen/Wenz, Europäische Aktiengesellschaft, 2005, S. 28; *Kapschak*, Projekt Europäische Aktiengesellschaft, 2008, S. 28.

³³ Bank for International Settlements, Guide to the BIS Archives, Basel 2017, S. 1 ff., abrufbar unter <https://www.bis.org/about/arch_guide.pdf> (2.7.2021).

³⁴ *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 27. EL Januar 2022, Art. 88 Rn. 66.

³⁵ Siehe *Beitzke*, Die Rechtsstellung der Bank für internationalen Zahlungsverkehr insbesondere im Völkerrecht, 1932, S. 5.

ihr weitergehende Rechte zubilligen wollte als sonstigen Handelsgesellschaften, die als juristische Personen nach dem Recht eines Staates gegründet und behandelt wurden.³⁶ Geplant war, die BIZ ausdrücklich mit Völkerrechtssubjektivität auszustatten, aus der ihr zwangsläufig auch eine privatrechtliche Rechtsfähigkeit erwachsen wäre, und sie damit zu einer exterritorialen Person zu machen. Dies scheiterte jedoch an der Zustimmung der Schweiz, wo die BIZ ihren Sitz haben sollte.³⁷ Schließlich entschieden die am Haager Abkommen beteiligten Staaten, die BIZ als Schweizerische Aktiengesellschaft mit den jeweiligen nationalen Zentralbanken als Gründern³⁸ zu etablieren.³⁹ Diese sollte jedoch nicht nach den allgemeinen Vorschriften des Schweizer Rechts über Handelsgesellschaften behandelt werden, weshalb sich die Schweiz zum Erlass eines eigens zu schaffenden Grundgesetzes⁴⁰ verpflichtete. Neben den Statuten der Bank findet sich dort an dessen Spitze eine Bestimmung über die Verleihung der Rechtsfähigkeit (Ziff. 1). Abgesichert wird dies durch die staatsvertragliche Anerkennung der Privatrechtsfähigkeit der BIZ.⁴¹

Ein weiteres prominentes Beispiel der ersten übernationalen bzw. europäischen Gesellschaften auf staatsvertraglicher Grundlage bildet die ebenfalls als Schweizerische Aktiengesellschaft ausgestaltete *Eurofima (Europäische Gesellschaft für die Finanzierung von Eisenbahnmaterial)*.⁴² Gründer und Aktionäre waren und sind jedoch wiederum nicht die Staaten, sondern die einzelstaatlichen Eisenbahnen.⁴³ Ziel war es, den Eisenbahnen der damals 14 beteiligten Länder

³⁶ *Beitzke* (Fn. 35), S. 7 f.; vgl. auch *Duden*, RabelsZ 27 (1962), 89, 96: „[...] ihre Satzung steht nicht unter, sondern über dem schweizerischen Korporationsstatut.“

³⁷ *Beitzke* (Fn. 35), S. 8 f.; *Kapschak* (Fn. 32), S. 4 f.; siehe aber gleichwohl die Einordnung von *Beitzke* (Fn. 35), S. 53 ff., insb. S. 90: „Für die sich aus ihrer Treuhänderschaft ergebenden Beziehungen zu den am Haager Abkommen beteiligten Staaten hat sie die Stellung eines Völkerrechtssubjekts und kann als solches in völkerrechtlichen Prozessen zwischen den am Haager Abkommen beteiligten Staaten als Partei auftreten.“

³⁸ Dabei handelte es sich um die Zentralbanken von Deutschland, Belgien, Frankreich, Großbritannien, Italien, Japan und um eine Gruppe von Banken der Vereinigten Staaten von Amerika. Siehe Präambel des Grundgesetzes der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich, abrufbar unter <<https://www.bis.org/about/charter-d.pdf>> (18.8.2022).

³⁹ Bank for International Settlements (Fn. 33), S. 1: „The BIS was created by an international treaty signed by governments (The Hague, 20 January 1930), but it has been set up and is exclusively controlled by central banks. At the same time, as a bank, the BIS is a limited liability company incorporated under Swiss law, with an issued share capital.“; siehe auch *Beitzke* (Fn. 35), S. 21 ff.

⁴⁰ <<https://www.bis.org/about/charter-d.pdf>> (18.8.2022), siehe insb. Ziff. 5: „Vorgenannte Statuten und jede gemäss Ziffer 3 oder 4 dieses Gesetzes an ihnen vorgenommene Änderung werden rechtswirksam, ungeachtet der Abweichungen von gegenwärtigen und zukünftigen Bestimmungen des schweizerischen Rechtes.“

⁴¹ *Beitzke* (Fn. 35), S. 18 ff.

⁴² *Sanders*, AWD 1960, 1; *Schwarz* (Fn. 12), S. 26.

⁴³ *Sanders*, AWD 1960, 1; <<https://www.eurofima.org/about-us/>> (18.8.2022): Hauptaktionär ist heute die Deutsche Bahn AG mit 22,60 % der Anteile.

günstiges Material zu beschaffen.⁴⁴ Heute gibt Eurofima als „mission“ an: „EUROFIMA has a non-profit mission to support the development of public passenger rail transportation in Europe and to support the railway bodies which are its shareholders in renewing and modernizing their equipment.“ Das ursprüngliche Abkommen,⁴⁵ das von den Staaten am 20.10.1955 unterzeichnet wurde, enthält als Anlage die Statuten der Gesellschaft, welche deren primäre Rechtsquelle darstellen. Nur subsidiär kommt das Recht des Sitzstaates zur Anwendung, was selbst für den Fall gilt, dass dieses dem Recht der Satzung widerspricht (Art. 1 lit. a).⁴⁶ Hierzu äußert *Pieter Sanders*:

„Man kann nicht behaupten, daß diese Regelung nicht funktioniert; es ist jedoch eine ziemlich gezwungene Sache. Die Gesellschaft muß irgendwo ihren Sitz haben; die Wahl fällt auf Basel. In Zusammenarbeit mit der Schweizer Regierung und der des Kantons Basel werden jedoch die schweizerischen Rechtsvorschriften, soweit erforderlich, durch den Vertrag und die als Anlage beigefügte Satzung abbedungen.“⁴⁷

Ein ähnliches Organisationskonzept lag der ein Jahr später gegründeten Internationalen Moselgesellschaft (*Société Internationale de la Moselle*) zugrunde.⁴⁸ Auch sie wurde durch ein völkerrechtliches Übereinkommen⁴⁹ ins Leben gerufen, jedoch als deutsche GmbH gegründet.⁵⁰ Anders aber als etwa bei *Eurofima* sind sowohl Vertragspartner des völkerrechtlichen Vertrags als auch Gesellschafter der GmbH die drei Uferstaaten Deutschland, Frankreich und Luxemburg, die übereinkamen, den Ausbau der Mosel zwischen Thionville und Koblenz voranzutreiben. Die maßgeblichen Rechtsvorschriften finden sich primär im Staats- und im Gesellschaftsvertrag (Art. 9 Abs. 1 des Staatsvertrags⁵¹); nur subsidiär ist deutsches GmbH-Recht anwendbar, soweit dessen Geltung nicht ausgeschlossen⁵² oder „eingefroren“⁵³ wird.

⁴⁴ *Sanders*, AWD 1960, 1.

⁴⁵ BGBl. II 1965, 907.

⁴⁶ <https://www.eurofima.org/sites/default/assets/Image/investor-relations/constitutive-documents/convention_d.pdf> (18.8.2022). Siehe auch *Sanders*, AWD 1960, 1.

⁴⁷ *Sanders*, AWD 1960, 1.

⁴⁸ *Sanders*, AWD 1960, 1; *Taschner/Bodenschatz*, in: Jannott/Frodermann, Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft, 2. Aufl. 2014, Kap. 1 Rn. 2.

⁴⁹ BGBl. II 1965, 1837.

⁵⁰ BGBl. II 1956, 1791; *Sanders*, AWD 1960, 1; *Schwarz* (Fn. 12), S. 26.

⁵¹ Abrufbar unter: <http://moselkommission.org/index.php?eID=tx_nawsecured1&u=0&g=0&t=1661347883&hash=feab03fafc73031195bb2cec989da60270195281&file=fileadmin/user_upload/Regelwerke/Moselvertrag_Convention_de_la_Moselle.pdf> (23.8.2022).

⁵² Siehe Art. 26 des Gesellschaftsvertrags: „Die Auflösung der Gesellschaft durch gerichtliches Urteil (§ 61 Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung) oder im Verwaltungsweg (§ 62 Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung) ist ausgeschlossen.“

⁵³ So die Terminologie von *Sanders*, AWD 1960, 1 zu Art. 9 Abs. 2 des Staatsvertrages: „Falls nach Inkrafttreten dieses Vertrages das deutsche Gesellschaftsrecht Änderungen erfährt, die die Rechte der Gesellschafter beeinträchtigen könnten, wird die Regierung der Bundesrepublik Deutschland alle Maßnahmen treffen, um diese Rechte zu wahren.“

Eine Weiterentwicklung erfuhren diese Tendenzen mit der Gründung der *Saarlor (Saar-Lothringische Kohleunion)*.⁵⁴ Die *Saarlor* wurde auf Basis des Saar-Staatsvertrags vom 27.10.1956⁵⁵ als deutsch-französische Aktiengesellschaft zur Neuordnung des saar-lothringischen Kohlevertriebs gegründet.⁵⁶ Der Gesellschaft kam ein Doppelsitz zu, womit die Zugehörigkeit zu beiden Rechtsordnungen ausgedrückt werden sollte.⁵⁷ Inhaltlich trug man diesem Anliegen dadurch Rechnung, dass Lücken des zugrundeliegenden Abkommens und der Satzung durch „allgemeine Grundsätze des französischen und des deutschen Rechts“ gefüllt werden sollten.⁵⁸ Dies sollte so erfolgen, dass man die beiden Rechtsordnungen in ihren Grundgedanken assimiliere.⁵⁹

3. Konkretisierung der Idee einer supranationalen europäischen Aktiengesellschaft

Den Grundstein für die heutige SE aber legte der französische Notar *Claude Thibièrge* auf dem 57. Kongress der Notare Frankreichs im Jahr 1959.⁶⁰ Zwar konstatierte er eingangs, dass das politische Klima für die Einführung eines supranationalen Gesellschaftsrechts nicht günstig sei, da dies die Existenz eines europäischen Bundesstaates voraussetze. Gleichzeitig sei jedoch sicher, dass die Wirtschaft ein supranationales Gesellschaftsrecht anstrebe. Als Beispiel für die Notwendigkeit eines solchen supranationalen Rechts führte er den Fall zweier Gesellschaften – einer deutschen und einer französischen – an, welche die Gründung einer Tochtergesellschaft anstrebten. Sie seien gezwungen, sich für das Recht eines Staates zu entscheiden, was die Benachteiligung einer Partei zur Folge hätte. Um in solchen Fällen Abhilfe zu schaffen, schlug *Thibièrge* ein internationales Übereinkommen vor, mit dem ein supranationales Gesellschaftsrecht geschaffen werden sollte. Dieses könnte zunächst versuchsweise auf Aktiengesellschaften beschränkt werden. Wenn es aber gelänge, ein attraktives Angebot zu schaffen, so war *Thibièrge* überzeugt, würden eine Vielzahl von Gesellschaften das neue System annehmen. Wichtig schien ihm dabei auch, dass eine einheitliche Auslegung des supranationalen Rechts gewährleistet sei. Da dadurch jedoch die Souveränität der beteiligten Staaten nicht beeinträchtigt werden dürfe, schlug *Thibièrge* vor, durch das internationale Übereinkommen gleichzeitig ein internationales

⁵⁴ *Teichmann* (Fn. 6), S. 242; vgl. auch *Duden*, *RabelsZ* 27 (1962), 89, 97; *Taschner/Bodenschatz*, in: *Jannott/Frodermann* (Fn. 48), Kap. 1 Rn. 3.

⁵⁵ BGBl. II 1956, 1589.

⁵⁶ Eingehend dazu *Bärmann*, *AcP* 156 (1957), 156, der an der Gründung der *Saarlor* maßgeblich beteiligt war. Siehe *Duden*, *RabelsZ* 27 (1962), 89, 97; *Taschner/Bodenschatz*, in: *Jannott/Frodermann* (Fn. 48), Kap. 1 Rn. 3.

⁵⁷ *Teichmann* (Fn. 6), S. 242.

⁵⁸ Siehe Auszug aus dem Statut, abgedruckt bei *Bärmann*, *AcP* 160 (1961), 97, 130.

⁵⁹ Siehe *Bärmann*, *AcP* 156 (1957), 156, 170.

⁶⁰ *Thibièrge*, in: *Le statut de l'Étranger et le Marché Commun*, 57e Congrès des Notaires de France tenu à Tours 1959, Paris 1959, S. 239–418.

Schiedsgericht einzusetzen, dessen Zuständigkeit die Beteiligten fakultativ vereinbaren könnten.⁶¹

Dieselbe Idee griff der niederländische Professor *Pieter Sanders* in seiner Antrittsrede vor der Niederländischen Wirtschaftshochschule in Rotterdam am 22. Oktober 1959 auf. Er sah insbesondere die EWG-Kommission in der Pflicht, in diese Richtung tätig zu werden.⁶² Wie *Thibièrge* erachtete auch *Sanders* als einen der deutlichsten Vorteile einer europäischen Aktiengesellschaft, dass sie Partnern unterschiedlicher Länder Gleichberechtigung ermöglichte. Anders als bisher könnten diese künftig eine eigene Organisation schaffen und müssten sich nicht mehr des innerstaatlichen Rechts eines der beteiligten Staaten bedienen. Damit in Zusammenhang steht der Gewinn durch das, was *Sanders* die nicht unmittelbar messbare psychologische Seite nennt: „Was europäisch gedacht ist, kann sich so konstituieren und braucht sich für die juristische Form nicht in ein nationales Mäntelchen zu stecken.“⁶³ Von Vorteil sei dies etwa bei Verschmelzungen von Unternehmen aus verschiedenen Ländern. Und ganz generell, so die Einschätzung *Sanders*, würden mit fortschreitender wirtschaftlicher Integration die Anwendungsmöglichkeiten der europäischen Aktiengesellschaft zunehmen. Die übernationalen Kapitalgesellschaften auf staatsvertraglicher Grundlage zeigten bereits, dass sich die europäische Aktiengesellschaft in der Praxis der europäischen Zusammenarbeit langsam Bahn breche.⁶⁴

Auch erste Überlegungen zur konkreten Ausgestaltung einer europäischen Aktiengesellschaft stellte *Sanders* schon in seiner Antrittsvorlesung an. So schien es ihm zunächst essentiell, die Maßstäbe dafür festzulegen, welche Unternehmen sich als europäische Aktiengesellschaft konstituieren könnten. Als in Betracht kommende Anknüpfungspunkte nannte er die Zusammensetzung der Organe, den Gegenstand der Gesellschaft sowie ein hohes Grundkapital. Zudem wies *Sanders* darauf hin, dass nicht nur Neugründungen, sondern auch bestehenden Gesellschaften die europäische Aktiengesellschaft offenstehen müsste. Im Übrigen sei ein Mindestmaß an zentraler Verwaltungsorganisation in Form eines europäischen Amtes für die Aktiengesellschaften unverzichtbar. Dessen Aufgabe sei es, das Vorliegen der Voraussetzungen einer europäischen Aktiengesellschaft zu prüfen. Schließlich sei eine Entscheidung über die Organstruktur und damit eine Entscheidung für eines der durchaus unterschiedlichen nationalen Systeme zu fällen.⁶⁵ Alles in allem, und dies betonte *Sanders* gleich zwei Mal, sei es aber vor allem ein besonderes Maß an Gestaltungsfreiheit, welches die Anziehungskraft einer europäischen Aktiengesellschaft ausmachen sollte.⁶⁶

⁶¹ *Thibièrge* (Fn. 60), S. 239, 360 ff.

⁶² Im Wesentlichen abgedruckt bei *Sanders*, AWD 1960, 1.

⁶³ *Sanders*, AWD 1960, 1, 3.

⁶⁴ *Sanders*, AWD 1960, 1, 2.

⁶⁵ *Sanders*, AWD 1960, 1, 4.

⁶⁶ *Sanders*, AWD 1960, 1, 3: „Ob von dieser Möglichkeit viel Gebrauch gemacht wird, wenn sie Wirklichkeit wird, hängt wohl hauptsächlich davon ab, was das europäische Gesell-

Im Anschluss zeichnete sich eine regelrechte Aufbruchstimmung in Richtung einer europäischen Gesellschaftsform ab.⁶⁷ Davon zeugt nicht nur die Münchener Rektoratsrede von *Eugen Ulmer*.⁶⁸ Auch die Kommission der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft äußerte noch im selben Jahr in ihrer Antwort auf die Anfrage eines niederländischen Mitglieds des Europäischen Parlaments⁶⁹ ihr Wohlwollen darüber, „neben den Gesellschaftsformen des nationalen Rechts der Wirtschaft einen internationalen Gesellschaftstyp zur Verfügung zu stellen“.⁷⁰ Dies könne wesentlich dazu beitragen, die Ziele des Vertrages zu erreichen. Für die Realisierung dieses Vorhabens schien es der Kommission angezeigt, dass die zum Teil von *Sanders* bereits angesprochenen neuralgischen Punkte in einem Diskurs von Wissenschaft und Praxis erörtert würden.⁷¹

Im Anschluss daran stellte die Kommission eine Rundfrage an die Wirtschaftsverbände, die Berichten zufolge zurückhaltender formuliert war. Auch den Antworten wird ein „vorsichtig wohlwollende[r] Ton“ attestiert, „nachdem es zuerst so aussah, als wäre man in der Wirtschaft, außer in Frankreich, auf der ganzen Linie ablehnend.“⁷² Dass vor allem Frankreich einen solchen Gesellschaftstyp wünschte und die Idee vorantrieb, während die Vertreter der übrigen fünf EWG-Mitgliedstaaten zurückhaltend reagierten,⁷³ zeigte sich sodann auch auf dem *Congrès International pour la Création d'une Société Commerciale de Type Européen (CISTE)* im Juni 1960, zu dem die Pariser Anwaltschaft eingeladen hatte.⁷⁴ Betont wurden vom Hauptberichtersteller *Jean Rault* wiederum die „psychologischen Hindernisse, die für die Errichtung von Gesellschaften unter Gesellschaf-

schaftsrecht enthalten wird. Je mehr Bewegungsfreiheit es läßt, um die Satzungen den Erfordernissen des Einzelfalles anzupassen, um so mehr Anziehungskraft wird von dieser neuen Form ausgehen.“; a. a. O., S. 5; „Die heutige Praxis weiß sich schließlich auch ohne europäische Aktiengesellschaft zu helfen. Gerade darum muß man bestrebt sein, die Regelung für die europäische Aktiengesellschaft so elastisch wie möglich zu halten.“

⁶⁷ Vgl. auch *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2018, Rn. 45.1.

⁶⁸ *Ulmer*, Wege zu Europäischer Rechtseinheit, Münchener Universitätsreden, Heft 26, Rede, gehalten bei der Übernahme des Rektorats am 14. November 1959, S. 12.

⁶⁹ *Duden*, *RabelsZ* 27 (1962), 89, 99; *Schwarz* (Fn. 12), S. 27.

⁷⁰ ABl. Nr. 65 vom 19.12.1959, 1272.

⁷¹ ABl. Nr. 65 vom 19.12.1959, 1272.

⁷² Siehe *Duden*, *RabelsZ* 27 (1962), 89, 99, der sich insofern auf Auskünfte der EWG-Kommission, des Deutschen Industrie- und Handelstages und des Bundesverbandes der Deutschen Industrie beruft (siehe a. a. O., Fn. 23); siehe auch *Schwarz* (Fn. 12), S. 27.

⁷³ *Schwarz* (Fn. 12), S. 27.

⁷⁴ Darüber berichtend etwa *Bärmann*, AcP 160 (1961), 97, insb. 98: „Denn außer einigen französischen Stimmen standen im Grunde fast alle Landesgruppen, einschließlich Deutschlands, dem Projekt skeptisch gegenüber, insbesondere die Vertreter der Industrie.“ In Deutschland wurde das Problem der supranationalen Aktiengesellschaften im September 1961 in Trier auf der Tagung für Rechtsvergleichung diskutiert. Siehe dazu die Referate der beiden Berichterstatter *Marty*, *RabelsZ* 27 (1962), 73 und *Duden*, *RabelsZ* 27 (1962), 89; vgl. ferner *Ficker*, JZ 1932, 227, 230; *ders.*, NJW 1967, 1160, 1162.

tern verschiedener Nationalität, für die Errichtung von Niederlassungen, für die Verwirklichung von Fusionen, also für die internationale Konzentration des Kapitals überhaupt, die sich bislang ergäben“ und die durch eine europäische Aktiengesellschaft beseitigt würden.⁷⁵ Eine in Vorbereitung dazu durchgeführte Befragung von Unternehmen und Juristen ergab, dass sich vor allem mittelständische Unternehmen durch das Fehlen einer europäischen Gesellschaftsform in ihrer wirtschaftlichen Entfaltung behindert sahen, weil diese – im Gegensatz zu Großunternehmen – nicht über genügend Mitarbeiter mit ausländischen Rechtskenntnissen verfügten.⁷⁶ Weiteren Rückenwind erhielt die SE von den französischen Juristen *Roger Houin*⁷⁷ und *Michel Vasseur*⁷⁸, bis schließlich sogar die französische Regierung im Jahr 1965 mit einer Note an den Ministerrat der EWG herantrat und einen Staatsvertrag über eine einheitlich europäische Gesellschaftsform anregte.⁷⁹

Der damalige Präsident der EWG-Kommission *Walter Hallstein*, bekanntlich ein ausgewiesener Kenner des transnationalen Aktienrechts,⁸⁰ ließ sich schnell für den Gedanken einer europäischen Aktiengesellschaft begeistern.⁸¹ Nachdem sich auch die Kommission selbst – zwar nach einigem Zaudern – in einer Denkschrift zu der Idee geäußert hatte,⁸² beauftragte diese im Jahre 1966 eine Expertengruppe unter dem Vorsitz von *Pieter Sanders* mit der Ausarbeitung eines Entwurfs für ein Statut der Europäischen Aktiengesellschaft.⁸³

4. Erster Vorschlag

Das Ergebnis dieser Expertengruppe⁸⁴ floss im Jahr 1970 in den *Vorschlag einer Verordnung (EWG) über das Statut für europäische Aktiengesellschaften*⁸⁵ ein,

⁷⁵ Siehe *Bärmann*, AcP 160 (1961), 97, 98.

⁷⁶ *Schwarz* (Fn. 12), S. 27.

⁷⁷ *Houin*, Les sociétés de type européen, in: *Travaux du Comité français de droit international privé* 23-25 (1965), S. 19 ff.

⁷⁸ *Vasseur*, ZHR 127 (1965), 177 ff.

⁷⁹ Zum Inhalt *Skaupy*, AG 1966, 13, 20 f.; vgl. ferner *Gessler*, BB 1967, 381, 382; *Theisen/Wenz*, in: *Theisen/Wenz* (Fn. 32), S. 29; Hinweise auf weitere wirtschaftliche Hintergründe – wie namentlich US-amerikanische Übernahmen europäischer Gesellschaften sowie Probleme bei grenzüberschreitenden Zusammenschlüssen – bei *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 67), Rn. 45.1.

⁸⁰ Vgl. *Hallstein*, Die Aktienrechte der Gegenwart, 1931.

⁸¹ *Gessler*, BB 1967, 381, 382.

⁸² EWG-Kommission, Denkschrift der Kommission der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft über die Schaffung einer europäischen Handelsgesellschaft, SEK(66) 1250 v. 22.4.1966.

⁸³ *Blanquet*, ZGR 2002, 20, 22; dazu ferner *Theisen/Wenz*, in: *Theisen/Wenz* (Fn. 32), S. 30; über weitere Beratungsgruppen und Veranstaltungen *Ficker*, NJW 1967, 1160, 1163.

⁸⁴ *Sanders*, Vorentwurf eines Statuts für Europäische Aktiengesellschaften, 1967; vgl. dazu auch *Ficker*, NJW 1967, 1160, 1162 f. mit dem Hinweis, „daß es sich bei dieser Ausarbeitung von Professor Sanders um eine private Studie handelt, die der weiteren Diskussion [...] als Anregung und Grundlage dienen soll.“

⁸⁵ Vorschlag einer VO (EWG) des Rates über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaften, 24.6.1970, ABl. 1970 C 124, 1 = KOM(70) 150.

der am 30. Juni 1970 dem Ministerrat vorgelegt wurde.⁸⁶ Man wollte ein solches Statut dabei ausdrücklich auf Basis des Gemeinschaftsrechts – konkret in Form einer Verordnung – errichten und nicht auf einen völkerrechtlichen Vertrag zurückgreifen.⁸⁷

Nach Stellungnahmen des Europäischen Parlaments⁸⁸ und des Wirtschafts- und Sozialausschusses⁸⁹ wurde der Vorschlag noch einmal geändert⁹⁰ und dem Ministerrat am 30. April 1975 neu vorgelegt.⁹¹ Eckpunkte des mehr als 400 Artikel enthaltenden Vorschlags waren insbesondere ein Europäischer Betriebsrat, Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat, ein Titel über „Konzernrecht“ sowie die Einführung eines Europäischen Handelsregisters beim Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften.⁹² Außerdem sollte das nationale Recht auf Gründung, Struktur, Arbeitsweise und Abwicklung der SE keine Anwendung finden.⁹³ Der Vorschlag wich nur in einem Punkt wesentlich von *Sanders'* „Vorentwurf“ ab: Jener hatte die Mitbestimmung auf die jeweiligen nationalen Regelungen begrenzen wollen, was faktisch nur in Deutschland zu einer Arbeitnehmermitbestimmung geführt hätte.⁹⁴ Die im Kommissionsvorschlag vorgesehene Arbeitnehmermitbestimmung sollte dagegen dem „Drei-Bänke-Modell“ folgen, wonach der Aufsichtsrat mit einem Drittel Anteilseignern, einem Drittel Arbeitnehmern und einem Drittel unabhängigen, noch zu wählenden Mitgliedern besetzt werden sollte.⁹⁵

Die Konzeption der Mitbestimmungsregelung erntete unter den Mitgliedstaaten teils heftige Kritik, weil deren nationales Recht (mit Ausnahme von Deutschland) solche Mitspracherechte eben nicht kannte.⁹⁶ Ein vergleichbares Problem

⁸⁶ *Oechsler*, in: MüKoAktG, 5. Aufl. 2021, Vor Art. 1 SE-VO Rn. 1.

⁸⁷ *Taschner*, in: Jannott/Frodermann, Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft, 1. Aufl. 2005, Kap. 1 Rn. 15.

⁸⁸ Entschließung mit der Stellungnahme des Europäischen Parlaments zu dem Vorschlag der Kommission der Europäischen Gemeinschaften an den Rat für eine Verordnung betreffend das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft, ABl. 1974 C 93, 22.

⁸⁹ Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Rates betreffend die Europäische Aktiengesellschaft, Stellungnahme, ABl. 1972 C 131, 32.

⁹⁰ Geänderter Vorschlag einer VO des Rates über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft, Bulletin der EG, Beilage 4/75 = KOM(75) 150.

⁹¹ *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 67), Rn. 45.2.; *Oechsler*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Vor Art. 1 SE-VO Rn. 1.

⁹² *Blanquet*, ZGR 2002, 20, 22 f.

⁹³ *Blanquet*, ZGR 2002, 20, 23.

⁹⁴ *Taschner/Bodenschatz*, in: Jannott/Frodermann (Fn. 48), Kap. 1 Rn. 16.

⁹⁵ Entschließung mit der Stellungnahme des Europäischen Parlaments zu dem Vorschlag der Kommission der Europäischen Gemeinschaften an den Rat für eine Verordnung betreffend das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft, ABl. 1974 C 93, 22, 23; dazu *Taschner/Bodenschatz*, in: Jannott/Frodermann (Fn. 48), Kap. 1 Rn. 33; ferner *Lutter*, BB 2002, 1; *Drinhausen*, in: Habersack/Drinhausen, SE-Recht, 3. Aufl. 2022, Einleitung Rn. 19.

⁹⁶ *Lutter*, BB 2002, 1; *Blanquet*, ZGR 2002, 20, 23.

bestand hinsichtlich der Regelung des Konzernrechts.⁹⁷ Darüber hinaus witterten die Mitgliedstaaten in einer europäischen Form der Aktiengesellschaft eine ernsthafte Konkurrenz zu ihren nationalen Ausformungen und befürchteten Wettbewerbsnachteile oder gar Abwanderung eigener Unternehmen.⁹⁸ Vor allem aus diesen Gründen konnte man im Ministerrat keine Einigung erzielen, weshalb das Projekt im Jahr 1982 vorerst ausgesetzt wurde.⁹⁹

5. Zweiter Anlauf

Frischen Wind erhielt das Vorhaben erst wieder durch das *Weißbuch* an den Europäischen Rat über die *Vollendung des Binnenmarktes* von 1985¹⁰⁰.¹⁰¹ Darin forderte die Kommission neben vielen anderen Maßnahmen unter anderem auch die Schaffung der SE. Der damalige Kommissionspräsident *Jacques Delors* reaktivierte daraufhin im Jahr 1987 die früheren Pläne und ließ die Kommission im Juli 1988 die Wiederaufnahme der Arbeiten an der SE beschließen.¹⁰² Aufgrund der positiven Resonanz auf der Tagung des Binnenmarkt-Rates noch im November desselben Jahres billigten der Wirtschafts- und Sozialausschuss und wenig später auch das Europäische Parlament den Vorstoß.¹⁰³

Das Arbeitsprodukt der Kommission war zweigeteilt. Es bestand aus dem Vorschlag für eine Verordnung (EWG) des Rates über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft vom 25.8.1989¹⁰⁴ und dem Vorschlag einer Richtlinie des Rates zur Ergänzung des SE-Statuts hinsichtlich der Stellung der Arbeitnehmer vom 25.8.1989¹⁰⁵, welche 1991 in revidierter Form vorgelegt wurden.¹⁰⁶ Mit der Zweiteilung bezweckte die Kommission die Herauslösung der umstrittenen Mitbestimmungsfrage aus dem Statut der SE.¹⁰⁷ Die Richtlinie sollte aber dennoch eine „untrennbare Ergänzung“ der Verordnung bilden und „zum gleichen Zeitpunkt anwendbar sein“.¹⁰⁸ Im Vergleich zur ersten Vorschlagsgeneration prägte die zweite Welle eine erhebliche Kürzung und Verschlankung des Regelungsappa-

⁹⁷ Vgl. dazu *Casper*, in: BeckOGK, 1.10.2022, Art. 1 SE-VO Rn. 12.

⁹⁸ *Lutter*, BB 2002, 1; *Blanquet*, ZGR 2002, 20, 23; *Oechsler*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Vor Art. 1 SE-VO Rn. 1.

⁹⁹ *Kalss/Greda*, in: Kalss/Hügel (Fn. 7), Allgemeiner Teil Rn. 2; *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 67), Rn. 45.2.: „Das ‚Projekt SE‘ schien damit zunächst tot.“

¹⁰⁰ *Vollendung des Binnenmarktes: Weißbuch der Kommission an den Europäischen Rat*, 1985, KOM(85) 310.

¹⁰¹ *Kalss/Greda* in: Kalss/Hügel (Fn. 7), Allgemeiner Teil Rn. 2.

¹⁰² *Blanquet*, ZGR 2002, 20, 23.

¹⁰³ *Blanquet*, ZGR 2002, 20, 24.

¹⁰⁴ ABl. 1989 C 263, 41.

¹⁰⁵ ABl. 1989 C 263, 69.

¹⁰⁶ Geänderter Vorschlag für eine VO (EWG) des Rates über das Statut der Europäischen Aktiengesellschaft, ABl. 1991 C 176, 1; Geänderter Vorschlag für eine RL des Rates zur Ergänzung des SE-Statuts hinsichtlich der Stellung der Arbeitnehmer, 6.5.1991, ABl. 1991 C 138, 8.

¹⁰⁷ *Taschner/Bodenschatz*, in: Jannott/Frodermann (Fn. 48), Kap. 1 Rn. 44.

¹⁰⁸ ABl. 1991 C 263, 42.

rats,¹⁰⁹ was technisch zu Verweisungen auf das Recht der Mitgliedstaaten führte.¹¹⁰ Der Titel „Konzernrecht“ wurde gar vollständig ausgeklammert.¹¹¹ Neu war zudem, dass in der Satzung eine Wahl zwischen einem dualistischen oder einem monistischen Leitungssystem getroffen werden sollte, was eine Konzession an unterschiedliche Gesellschaftsrechtstraditionen der Mitgliedstaaten bedeutete.¹¹²

Der Richtlinienvorschlag reagierte insbesondere auf die massive Kritik, die an der bisherigen Konzeption der Arbeitnehmervertretung geäußert worden war. Das besonders umstrittene „Drei-Bänke-Modell“ sowie die bisherige Form eines Europäischen Betriebsrats und eines Konzernunternehmensrats wurden preisgegeben.¹¹³ Gleichwohl ging auch der Richtlinienentwurf weiterhin von dem festen Erfordernis einer Mitbestimmung aus. Sie sollte jedoch flexibler ausgestaltet sein und sich stärker an den Bedürfnissen der Mitgliedstaaten orientieren.¹¹⁴ Daher wollte man drei Wahlmöglichkeiten zur Verfügung stellen:¹¹⁵ Art. 4 des RL-Vorschlags¹¹⁶ ermöglichte die Eingliederung von Arbeitnehmervertretern in das Aufsichts- oder Verwaltungsorgan, was entweder nach dem deutschen Repräsentationsmodell mittels Entsendung durch die Arbeitnehmer oder im Sinne des niederländischen Kooptationsmodells erfolgen konnte. Art. 5 sah ein separates Organ nach französischem Modell vor. Und Art. 6 eröffnete ein vom schwedischen Recht inspiriertes Vereinbarungsmodell.

Insbesondere Deutschland zweifelte die Gleichwertigkeit dieser drei Mitbestimmungsmodelle an und befürchtete einen Wettbewerbsnachteil inländischer Aktiengesellschaften aufgrund des strengeren deutschen Rechts.¹¹⁷ Großbritannien hingegen gingen bereits die vorgeschlagenen Optionen zu weit.¹¹⁸ Unter diesen Umständen und in einer politisch aufgeladenen Atmosphäre ließ sich keine Einigung finden, weshalb der Rechtsrahmen für den Europäischen Binnenmarkt am 1. Januar 1993 ohne die SE in Kraft trat und das Projekt erneut auf Eis gelegt wurde.¹¹⁹

¹⁰⁹ Dazu *Herfs-Röttgen*, NZA 2001, 424, 425: „Inhaltlich kennzeichnend für die Vorschläge von 1989 und 1991 ist die Tendenz, die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften auf ein Mindestmaß zu beschränken.“

¹¹⁰ *Drinhausen*, in: Habersack/Drinhausen (Fn. 95), Einleitung Rn. 22.

¹¹¹ *Casper*, in: BeckOGK (Fn. 97), Art. 1 SE-VO Rn. 13; *Taschner/Bodenschatz*, in: Jannott/Frodermann (Fn. 48), Kap. 1 Rn. 44.

¹¹² *Drinhausen*, in: Habersack/Drinhausen (Fn. 95), Einleitung Rn. 19; *Jacobs*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Vor § 1 SEBG Rn. 4.

¹¹³ *Blanquet*, ZGR 2002, 20, 25 f.

¹¹⁴ Vgl. *Blanquet*, ZGR 2002, 20, 25.

¹¹⁵ Vgl. dazu *Herfs-Röttgen*, NZA 2001, 424, 425; *Drinhausen*, in: Habersack/Drinhausen (Fn. 95), Einleitung Rn. 23; *Jacobs*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Vor § 1 SEBG Rn. 4.

¹¹⁶ Bezug genommen wird auf den Geänderten Vorschlag für eine RL des Rates zur Ergänzung des SE-Statuts hinsichtlich der Stellung der Arbeitnehmer, 6.5.1991, ABl. 1991 C 138, 8.

¹¹⁷ *Lutter*, BB 2002, 1, 2; *Oechsler*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Vor Art. 1 SE-VO Rn. 2 m. w. N.

¹¹⁸ *Lutter*, BB 2002, 1, 2; *Herfs-Röttgen*, NZA 2001, 424, 425.

¹¹⁹ *Theisen/Wenz*, in: Theisen/Wenz (Fn. 32), S. 32; *Blanquet*, ZGR 2002, 20, 27.

6. Durchbruch – oder: aller guten Dinge sind drei

Da sich die politischen Kräfte nicht einigen konnten, kam der entscheidende Impuls für die Wiederaufnahme des SE-Projekts aus der Wirtschaft. Eine Gruppe von Großkonzernen, angeführt von *British Petroleum (BP)*, drängte zwischen 1993 und 1994 zusammen mit dem *Runden Tisch der europäischen Wirtschaft* auf die Einführung der SE.¹²⁰ Die Beratergruppe „Wettbewerbsfähigkeit“ bestätigte sodann in ihrem Abschlussbericht aus dem Jahr 1995 die erwarteten Vorteile einer Europäischen Aktiengesellschaft. Diesem sog. *Ciampi-Bericht* war zu entnehmen, dass sich mit der SE jährlich rund 30 Milliarden ECU einsparen ließen, und er sah deshalb in der neuen Rechtsform einen wichtigen Baustein zur Vollendung des Binnenmarktes.¹²¹

Die Kommission reagierte darauf mit der Einberufung einer Expertengruppe unter dem Vorsitz ihres ehemaligen Vizepräsidenten *Etienne Davignon*.¹²² Diese sollte eine Lösung in der hochumstrittenen Mitbestimmungsproblematik erarbeiten. In ihrem sog. *Davignon-Bericht*¹²³ aus dem Jahr 1997 stellte sie die Weichen für die letztlich erfolgreiche Kompromisslösung, indem sie sich an der RL 94/45/EG über Europäische Betriebsräte¹²⁴ orientierte und eine Verhandlungslösung empfahl.¹²⁵ Zur Begründung findet sich dort zum einen die Erwägung, dass es angesichts der Heterogenität der bestehenden Systeme kaum möglich sei, eine befriedigende Harmonisierung der unterschiedlichen Konzepte zu entwickeln. Zum anderen war man der Auffassung, dass es das eine ideale System der Arbeitnehmerbeteiligung nicht gebe und es deshalb am sachgerechtesten sei, die jeweils beteiligten Akteure eine auf den Anlassfall zugeschnittene Lösung finden zu lassen.¹²⁶ Als subsidiäre Auffangregelung versuchte man ein Modell zu finden, das zwar in allen Situationen praktikabel sei, aber auch die Vorteile einer Verhandlungslösung deutlich mache und so indirekt die eigentlich präferierte Suche nach einem individuell passenden Mitbestimmungsmodell fördern sollte.¹²⁷ Das dafür vorgeschlagene Sockel-Modell ging von gleichberechtigten Arbeitnehmer-

¹²⁰ *Blanquet*, ZGR 2002, 20, 28.

¹²¹ Bericht der Beratergruppe „Wettbewerbsfähigkeit“, Erster Bericht an den Präsidenten der Europäischen Kommission und die Staats- und Regierungschefs, Juni 1995 (sog. *Ciampi-Bericht*), S. 9; vgl. dazu auch *Blanquet*, ZGR 2002, 20, 28 f.; *Oechsler*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Vor Art. 1 SE-VO Rn. 2.

¹²² *Theisen/Wenz*, in: *Theisen/Wenz* (Fn. 32), S. 33 f.

¹²³ Abschlussbericht der Sachverständigenkommission „European Systems of Worker Involvements“, Europäische Kommission, Generaldirektion Beschäftigung, Arbeitsbeziehungen und soziale Angelegenheiten, Mai 1997, BR-Drucks. 572/97.

¹²⁴ Näher dazu *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 67), Rn. 43.1 ff.

¹²⁵ *Davignon-Bericht*, S. 11 ff.; vgl. dazu *Heinze*, AG 1997, 289, 291 ff.; *Hopt*, ZIP 1998, 96, 99 ff.; *Lutter*, BB 2002, 1, 2 f.

¹²⁶ *Davignon-Bericht*, S. 8 ff.

¹²⁷ *Davignon-Bericht*, S. 15; *Jacobs*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Vor § 1 SEBG Rn. 5.

vertretern im Aufsichts- bzw. Verwaltungsorgan aus und wies ihnen ein Fünftel, mindestens jedoch zwei der Sitze zu.¹²⁸

Trotz dieses abgewogenen Vorschlags lag eine Einigung auf die SE noch immer in der Ferne, denn nach wie vor wehrten sich Mitgliedstaaten, die im Einklang mit ihren nationalen Rechtstraditionen keinen Bedarf nach Mitbestimmung verspürten.¹²⁹ Im Jahr 1998 schlug der britische Ratsvorsitz vor, die Auffanglösung nicht schematisch und europaweit einheitlich zu bestimmen, sondern eine auf die konkret beteiligten Rechtsträger bezogene „Vorher-Nachher-Lösung“ mit einem Schwellenwert einzuführen.¹³⁰ Danach sollte das Erfordernis einer Mitbestimmung davon abhängig sein, ob in den Gründungsunternehmen vor Errichtung der SE bereits eine Mitbestimmungsregelung existierte oder nicht. Wenn ja, sollte die Mitbestimmung auch in der SE verpflichtend sein, und zwar nach Maßgabe des beteiligten Unternehmens mit der höchsten Arbeitnehmerbeteiligung. Wenn nein, musste sie auch in der SE nicht eingeführt werden. Hinter diesem Vorschlag versammelten sich immerhin 14 der damals 15 Mitgliedstaaten. Einzig Spanien stellte sich quer.¹³¹

Erst der Gipfel von Nizza im Dezember 2000 brachte endlich den entscheidenden Durchbruch – das „Wunder von Nizza“¹³². Spanien ließ sich durch diverse Zugeständnisse doch noch erweichen, wobei bloß die in Art. 7 Abs. 3 der SE-RL enthaltene Regelungsoption, die mitbestimmungsrechtliche Auffangregelung nicht anzuwenden, Sachbezug aufweist. Darüber hinaus werden die Zusage französischer Unterstützung in der baskischen Terrorismusfrage, Zugeständnisse Großbritanniens in der Gibraltarfrage sowie finanzielle Unterstützung für die spanische Fischereiflotte kolportiert.¹³³ Die Kommission nutzte die Gunst der Stunde und legte noch einmal geänderte Entwürfe für SE-VO und SE-RL vor.¹³⁴ Auf einer außerordentlichen Ratssitzung am 20. Dezember 2000 wurden schließlich die SE-VO¹³⁵ und die SE-RL¹³⁶ beschlossen¹³⁷ und am 8. Oktober 2001 verab-

¹²⁸ Davignon-Bericht, S. 15 ff.; *Jacobs*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Vor § 1 SEBG Rn. 5.

¹²⁹ Zeitgenössischer Überblick im Davignon-Bericht, Anhang II, S. 24 ff.

¹³⁰ Vgl. dazu *Heinze*, ZGR 2002, 66, 73 ff.; *Blanquet*, ZGR 2002, 20, 32; *Jacobs*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Vor § 1 SEBG Rn. 6.

¹³¹ *Casper*, in: BeckOGK (Fn. 97), Vor Art. 1 SE-VO Rn. 16; *Oechsler*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Vor Art. 1 SE-VO Rn. 4.

¹³² *Hirte*, NZG 2002, 1 f.

¹³³ Dazu *Heinze*, ZGR 2002, 66, 77; *Hopt*, EuZW 2002, 1; *Oechsler*, MüKoAktG (Fn. 86), Vor Art. 1 SE-VO Rn. 4 Fn. 55.

¹³⁴ Kommissionsvorschlag-Nr. 14 717/00 SE 8 (SE-VO); Kommissionsvorschlag-Nr. 14 719/00 SE 9 (SE-RL).

¹³⁵ Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. 2001 L 294, 1.

¹³⁶ Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8.10.2001 zur Ergänzung des Status der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABl. 2001 L 294, 22.

¹³⁷ *Blanquet*, ZGR 2002, 20, 33.

schiedet.¹³⁸ Die SE-VO trat gemäß Art. 70 SE-VO am 8. Oktober 2004 in Kraft. Am selben Tag lief gemäß Art. 14 Abs. 1 SE-RL die Frist zur Umsetzung der Richtlinie ab. Am 28.12.2004 wurden in Deutschland das *SE-Ausführungsgesetz (SEAG)*¹³⁹ und das *SE-Beteiligungsgesetz (SEBG)*¹⁴⁰ im Bundesgesetzblatt verkündet.¹⁴¹ Nach einem rund 40-jährigen Verhandlungsprozess und allen Widerständen zum Trotz war die SE damit endlich in See gestochen.

III. Grundstrukturen der SE

In ihrer heutigen Gestalt erinnert die SE an so manche Vorläuferidee, unterscheidet sich in manchen Punkten indes doch wieder markant von früheren Vorschlägen. Von besonderem Interesse sind mit ihren normativen Schichten, ihrem rechtlichen Charakter, ihrer Gründung und Bewegungsfreiheit sowie der strukturellen Gestaltungsfreiheit vor allem jene „neuralgischen Punkte“ der Europäischen Gesellschaft, welche bereits in ihrer Entstehungsgeschichte, aber auch in der Gedankenwelt ihrer wissenschaftlichen Leitfigur, *Pieter Sanders*, im Vordergrund standen.

1. Normenvielfalt

Die normative Architektur der SE, bestehend aus Verordnung und Richtlinie, deren Umsetzungsgesetzen (in Deutschland SEAG und SEBG) sowie nationalen Rechtsschichten, wird vielfach als „kunstvoll aufgeschichtete Rechtsquellenpyramide“ bezeichnet.¹⁴² Dementsprechend kann die Regelung des Art. 9 der SE-VO folgendermaßen (hier nur zweidimensional) dargestellt werden:¹⁴³

¹³⁸ *Theisen/Wenz*, in: *Theisen/Wenz* (Fn. 32), S. 34; *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 67), Rn. 45.5.

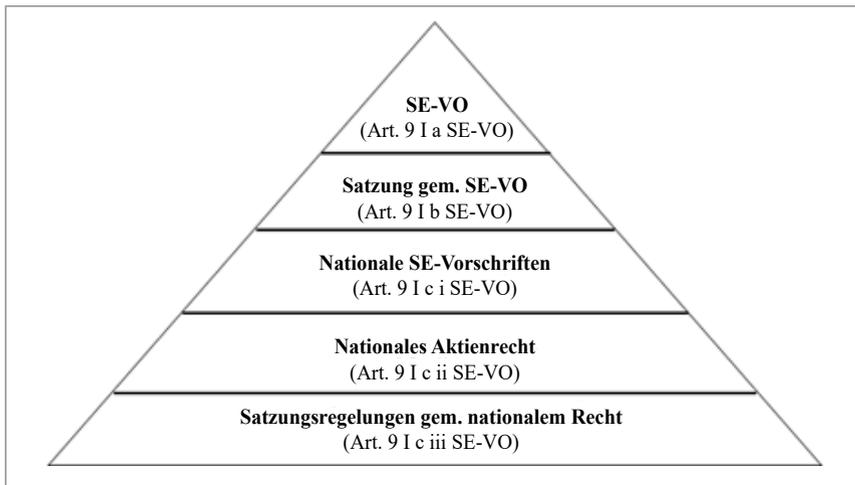
¹³⁹ BGBl. I 2004, 3675.

¹⁴⁰ BGBl. I 2004, 3686.

¹⁴¹ Zur dahinterstehenden Gesetzgebungsgeschichte kurz *Casper*, in: *BeckOGK* (Fn. 97), Vor Art. 1 SE-VO Rn. 18.

¹⁴² Die Wortschöpfung stammt ursprünglich von *Hommelhoff*, AG 2001, 279, 285; vgl. aber etwa auch *Schürbrand/Habersack*, in: *Habersack/Drinhausen* (Fn. 95), Art. 9 SE-VO Rn. 5; *Casper*, in: *BeckOGK* (Fn. 97), Art. 9 SE-VO Rn. 4.

¹⁴³ Nachbildung zu *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 67), Rn. 45.25.



Was wie Bewunderung klingt, schlägt indes eher in Spott darüber um, dass die gesamteuropäische Aktiengesellschaft in allen Staaten der Union anders aussieht.¹⁴⁴ Dieser Umstand ist das Ergebnis einer „Ausdünnung der ursprünglichen Einheitsidee“¹⁴⁵. Denn während viele Vordenker wohl ein einheitliches Statut vor Augen hatten¹⁴⁶ und auch *Pieter Sanders* ein Vollstatut entwarf,¹⁴⁷ sorgten die Zentrifugalkräfte politischer Zwistigkeiten unter den Mitgliedstaaten nach und nach für einen Abbau des genuin europarechtlichen Gesellschaftsstatuts und für eine Verweisrechtsordnung auf das jeweilige nationale Recht des Sitzstaates.¹⁴⁸ Schwierige Abgrenzungs- und Verständnisfragen¹⁴⁹ haben ihr überwiegend negative Beurteilungen und von Seiten des geistigen Vaters der SE gar die Bezeichnung als „lawyers paradise“¹⁵⁰ eingetragen.¹⁵¹ Gleichwohl finden sich in der Debatte über das Für und Wider dieser Regelungstechnik neben Gründen der politischen Umsetzbarkeit auch inhaltlich-sachliche Argumente für die Vorteil-

¹⁴⁴ *Austmann*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, 5. Aufl. 2020, § 83 Rn. 2; *Kalss/Greda*, in: Kalss/Hügel (Fn. 7), Allgemeiner Teil Rn. 11; *Davies/Worthington*, Gower and Davies' Principles of Modern Company Law, 9. Aufl. 2012, S. 29 Fn. 164: „sau-sage skin“; *Hopt*, EuZW 2002, 1; *Hirte*, NZG 2002, 1, 2; *Kübler*, ZHR 167 (2003) 222, 223 f.; *Taschner*, in: FS Blaurock, 2013, S. 459.

¹⁴⁵ *Straube*, in: FS 50 Jahre ZfRV, 2013, S. 229, 230.

¹⁴⁶ Vgl. oben II. 1. c).

¹⁴⁷ Siehe II. 4.

¹⁴⁸ Dazu schon oben II. 5.

¹⁴⁹ Eingehend zu den Details etwa *Hommelhoff/Teichmann*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann, SE-Kommentar, 2. Aufl. 2015, Art. 9 SE-VO Rn. 34 ff.; *Veil*, in: KölnKomm AktG, 4. Aufl. 2020, Art. 9 SE-VO Rn. 16 ff., 47 ff.

¹⁵⁰ *Sanders*, in: Schmitthoff, The Harmonisation of European Company Law, 1973, S. 83, 89.

¹⁵¹ Statt vieler *Hommelhoff*, AG 2001, 279, 285; *Casper*, in: BeckOGK (Fn. 97), Art. 9 SE-VO Rn. 4 m. w. N.

haftigkeit dieses Vorgehens.¹⁵² Hierzu zählen namentlich die Vorbeugung von Überfremdungsängsten und die bessere Handhabbarkeit für nationale Gerichte, die teilweise ihr nationales Recht an die europäische Rechtsform herantragen können, während die Interpretation und Fortbildung eines SE-Vollstatuts aus sich heraus oder – ähnlich wie bei der *Saarlo*¹⁵³ – auf Basis allgemeiner Grundsätze der mitgliedstaatlichen Rechte durchaus schwerer fallen dürfte.

2. Rechtsnatur und Kapitalausstattung

Die SE erlangt am Tag ihrer Eintragung Rechtspersönlichkeit (Art. 1 Abs. 3, Art. 16 SE-VO) und wird damit hierzulande als juristische Person anerkannt. Gleichzeitig handelt es sich bei ihr um eine supranationale Rechtsform.¹⁵⁴ Anders als in mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen gründende Gesellschaften, die „jenseits der jeweiligen nationalen Rechtsordnung, die ihre Gründung und ihre Existenz regelt, [...] keine Realität“ haben,¹⁵⁵ ist die SE eines jener „korporative[n] Eigengeschöpfe“¹⁵⁶, das seine Existenz als europäische Rechtsform direkt von der Europäischen Union ableitet.¹⁵⁷ Auch an dieser Stelle mag man sich die Worte von *Pieter Sanders* ins Gedächtnis rufen: „Was europäisch gedacht ist, kann sich so konstituieren und braucht sich für die juristische Form nicht in ein nationales Mäntelchen zu stecken.“¹⁵⁸

Dessen ungeachtet ist jede SE nicht nur durch die bereits erwähnte Verweiskaskade, sondern auch dadurch an ihren Sitzstaat angebunden, dass sie mit Eintragung in dessen nationales Register, in Deutschland in das Handelsregister (§ 3 SEAG), entsteht.¹⁵⁹ Hierzulande ist sie außerdem kraft Rechtsform Handelsgesellschaft (Art. 9 Abs. 1 lit. c ii SE-VO i. V.m. § 3 Abs. 1 AktG, § 6 Abs. 2 HGB).¹⁶⁰ Werden Rechtshandlungen im Namen der SE vor ihrer Eintragung vorgenommen,¹⁶¹ so entsteht zunächst eine Vor-SE, auf die über Art. 15 Abs. 1 SE-VO ein-

¹⁵² Ausführlich dazu *Fleischer*, AcP 204 (2004) 502, 507 ff.

¹⁵³ Siehe oben II.2.

¹⁵⁴ Statt vieler *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, § 13 Rn. 12; siehe ferner *Lutter*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann (Fn. 149), Art. 1 SE-VO Rn. 2; *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 67), Rn. 45.10; *Schröder*, in: Manz/Mayer/Schröder, SE, 3. Aufl. 2019, Art. 1 SE-VO Rn. 2.

¹⁵⁵ EuGH 27.9.1988 – 81/87, Slg. 1988, 5483 (*Daily Mail*) Rn. 19. Dazu und zur „Geschöpftheorie“ etwa v. *Hein*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2020, Art. 3 EGBGB Rn. 95 m. w. N.

¹⁵⁶ *Fleischer*, ZHR 174 (2010), 385, 388.

¹⁵⁷ Vgl. EuGH 2.5.2006 – C-436/03, Slg. 2006, I-3754 (Parlament/Rat) Rn. 40 zur SCE; *Habersack/Verse* (Fn. 154), § 13 Rn. 12; *Ehricke*, *RabelsZ* 64 (2000) 497, 503 f.; vgl. auch *Witz*, in: FS Schlechtriem, 1999, S. 27, 30; dennoch auf die erhebliche Lückenfüllung durch nationales Recht hinweisend *Teichmann* (Fn. 6), S. 252 ff.

¹⁵⁸ *Sanders*, AWD 1960, 1, 3.

¹⁵⁹ *Schäfer*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Art. 12 SE-VO Rn. 2.

¹⁶⁰ *Servatius*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, Internationales Gesellschaftsrecht Rn. 229.

¹⁶¹ Nach Art. 16 Abs. 2 SE-VO besteht diese Möglichkeit ausdrücklich.

zelstaatliches Recht Anwendung findet.¹⁶² Für den Fall, dass vor der Eintragung der SE in ihrem Namen Verbindlichkeiten eingegangen, aber später nicht von ihr übernommen werden, sieht Art. 16 Abs. 2 SE-VO eine unbegrenzte und gesamtschuldnerische Handelndenhaftung vor. Eine etwaige Gründerhaftung richtet sich dagegen ausschließlich nach dem nationalen Recht.¹⁶³

Eine weitere Facette der Anbindung an den Sitzstaat bildet Art. 10 SE-VO ab, wonach eine SE in jedem Mitgliedstaat – vorbehaltlich der Bestimmungen der SE-VO – wie eine Aktiengesellschaft zu behandeln ist, die nach dem Recht des Sitzstaates der SE gegründet wurde. Dahinter steht eine vollumfängliche Absicherung des Gleichbehandlungsgebots zwischen supranationalen und nationalen Gesellschaften,¹⁶⁴ das etwa auch in Erwägungsgrund 5 der SE-VO zum Ausdruck gebracht wird.¹⁶⁵ Es wirkt in mehrere Richtungen – insbesondere innerhalb und außerhalb des Gesellschaftsrechts des Sitzstaates und im Verhältnis zu anderen Mitgliedstaaten.¹⁶⁶ Darüber hinaus verfolgt die SE, anders als vorgängige Bestrebungen des Europarates, keine zielgerichtete Privilegierung der supranationalen Gesellschaft im Verhältnis zu mitgliedstaatlichen Rechtsformen. Derartiges hatte bereits *Pieter Sanders* als hinderliches Motiv entlarvt.¹⁶⁷

Angesichts des Umstandes der Zerlegung ihres Grundkapitals in Aktien, das auf Euro lauten und mindestens EUR 120.000 betragen muss, charakterisiert Art. 1 Abs. 1 SE-VO die SE zutreffend als (europäische) Aktiengesellschaft. Ferner ist sie als Kapitalgesellschaft zu qualifizieren.¹⁶⁸ Art. 1 Abs. 2 Satz 2 SE-VO erläutert sodann, dass jeder Aktionär nur bis zur Höhe des von ihm gezeichneten Kapitals haftet. Damit ist nicht etwa gemeint, dass die Aktionäre – vergleichbar mit § 171 Abs. 1 HGB – bis zur Leistung ihrer Einlage einer persönlichen Außenhaftung unterworfen wären. Vielmehr gilt wie im deutschen Aktienrecht das

¹⁶² Dazu *Schäfer*, NZG 2004, 785, 790 f.; vgl. ferner *Servatius*, in: Henssler/Strohn (Fn. 160), Internationales Gesellschaftsrecht Rn. 283.

¹⁶³ *Casper*, in: BeckOGK (Fn. 97), Art. 16 SE-VO Rn. 13. Nach deutschem Recht käme damit gegebenenfalls eine Unterbilanz- beziehungsweise Verlustdeckungshaftung in Betracht – siehe *Schäfer*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Art. 16 SE-VO Rn. 5.

¹⁶⁴ *Casper*, in: BeckOGK (Fn. 97), Art. 10 SE-VO Rn. 2 f.; *Hommelhoff/Teichmann*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann (Fn. 149), Art. 10 SE-VO Rn. 2 f.; *Schürnbrand/Habersack*, in: Habersack/Drinhausen (Fn. 95), Art. 10 SE-VO Rn. 1.

¹⁶⁵ Dieser lautet wörtlich: „Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, dafür zu sorgen, dass die Bestimmungen, die auf Europäische Gesellschaften aufgrund dieser Verordnung anwendbar sind, weder zu einer Diskriminierung dadurch führen, dass die Europäischen Gesellschaften ungerechtfertigterweise anders behandelt werden als die Aktiengesellschaften, noch unverhältnismäßig strenge Auflagen für die Errichtung einer Europäischen Gesellschaft oder die Verlegung ihres Sitzes mit sich bringen.“

¹⁶⁶ Näher *Schäfer*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Art. 10 SE-VO Rn. 2 ff.; *Schürnbrand/Habersack*, in: Habersack/Drinhausen (Fn. 95), Art. 10 Rn. 1 f.; nur für bloße Auffangfunktion *Austmann*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts (Fn. 144), § 83 Rn. 19.

¹⁶⁷ Siehe oben II. 1. c).

¹⁶⁸ Siehe etwa *Habersack*, in: Habersack/Drinhausen (Fn. 95), Art. 1 SE-VO Rn. 1, 4 ff.

vermögensrechtliche Trennungsprinzip und für Verbindlichkeiten der SE haftet nur das Gesellschaftsvermögen.¹⁶⁹

3. Gründung

Erwägungsgrund 10 der SE-VO proklamiert als

„[d]as wichtigste mit der Rechtsform einer SE verfolgte Ziel [...], dass eine SE gegründet werden kann, um es Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten zu ermöglichen, zu fusionieren oder eine Holdinggesellschaft zu errichten, und damit Gesellschaften und andere juristische Personen aus verschiedenen Mitgliedstaaten, die eine Wirtschaftstätigkeit betreiben, gemeinsame Tochtergesellschaften gründen können.“

Angesprochen sind damit die beiden die Gründung einer SE bestimmenden Leitprinzipien – das Mehrstaatlichkeitserfordernis und der *Numerus clausus* der Gründungstatbestände.

Art. 2 SE-VO statuiert eine Einschränkung auf insgesamt vier als primäre Gründungsvarianten bezeichnete Tatbestände; hinzu kommt eine sekundäre Gründungsvariante nach Art. 3 Abs. 2 SE-VO.¹⁷⁰ Gemein ist ihnen allen, dass eine SE nicht *ex nihilo* durch natürliche Personen gegründet werden kann, sondern stets eine zuvor bereits existierende Gesellschaft voraussetzt.¹⁷¹ Zu den primären Gründungsformen zählen die Gründung durch Verschmelzung (Art. 2 Abs. 1 SE-VO), die Gründung einer gemeinsamen Holding-SE (Art. 2 Abs. 2 SE-VO), einer gemeinsamen Tochter-SE (Art. 2 Abs. 3 SE-VO) sowie die Gründung durch formwechselnde Umwandlung (Art. 2 Abs. 4 SE-VO). Schließlich kann eine bereits bestehende SE unmittelbar Tochtergesellschaften in der Rechtsform einer SE gründen, womit die sekundäre Gründungsvariante umschrieben ist.

Zusätzlich zur Begrenzung der möglichen Gründungshergänge besteht eine über diese hinweg inhomogene Beschränkung des Gründerkreises,¹⁷² die auf eine historisch bedingte Abschleifung der beiden Gründungsprinzipien zurückzuführen ist.¹⁷³ Während die sekundäre Ausgründung nur durch SEs erfolgen kann, kommen natürliche Personen überhaupt nicht als Gründer in Frage. Verschmelzung und Umwandlung stehen nur AGs offen, eine Holding-SE kann demgegenüber auch von GmbHs gegründet werden. Der Kreis der Mütter einer gemeinsamen Tochter-SE ist mit einem Verweis auf Gesellschaften im Sinne des Art. 48 Abs. 2 EGV bzw. nunmehr Art. 54 Abs. 2 AEUV am weitesten gezogen.

Allen Gründungsformen inhärent ist sodann das Mehrstaatlichkeitserfordernis, womit der Bezug der beteiligten Gesellschaften zu mindestens zwei Mitglied-

¹⁶⁹ Casper, in: BeckOGK (Fn. 97), Art. 1 SE-VO Rn. 32; Oechsler, in: MüKoAktG (Fn. 86), Art. 1 SE-VO Rn. 6.

¹⁷⁰ Ausführlich und m. w. N. zu den einzelnen Gründungsvarianten Lutter/Bayer/Schmidt (Fn. 67), Rn. 45.35 ff.

¹⁷¹ Siehe nur Veil, in: KölnKomm AktG (Fn. 149), Art. 2 SE-VO Rn. 2.

¹⁷² Ausführlich dazu Bayer, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann (Fn. 149), Art. 2 SE-VO Rn. 8 ff., 16, 22, 24.

¹⁷³ Vgl. etwa Habersack, in: Habersack/Drinhausen (Fn. 95), Art. 2 Rn. 2.

staaten der Europäischen Union gemeint ist. Unter den primären Gründungsvarianten müssen mindestens zwei der beteiligten Unternehmen – bei der Umwandlung nach Art. 2 Abs. 4 SE-VO wird die Tochtergesellschaft mitberücksichtigt – dem Recht verschiedener Mitgliedstaaten „unterliegen“. Das bedeutet, dass für mindestens zwei Gesellschaften unterschiedliches materielles Gesellschaftsrecht gelten muss.¹⁷⁴ Nur indirekt erfüllt ist das Mehrstaatlichkeitserfordernis bei der Sekundärgründung, weil sie der Mutter-SE immanent ist.

Über Berechtigung, Sinn und Zweck von *Numerus clausus* und Mehrstaatlichkeitserfordernis besteht kein Einvernehmen.¹⁷⁵ Angenommen wird durchweg, dass beide Grundsätze – zumindest auch – davon beseelt waren, einer Flucht aus der (deutschen) Mitbestimmung vorzubeugen.¹⁷⁶ Darüber hinaus erkennt man darin einen Mechanismus, um eine Konkurrenz zu den nationalen Rechtsformen zu vermeiden oder zumindest einzuhegen.¹⁷⁷ Ferner findet sich eine sog. Exklusivitätsthese, nach der Gesellschaften ohne europäischen Aktionsradius der Zugang zur SE verwehrt bleiben sollte.¹⁷⁸ Schließlich wurde auch das Subsidiaritätsprinzip als Erklärungsansatz bemüht.¹⁷⁹

Mittlerweile besteht im Schrifttum weitgehend Einigkeit über die fehlende Überzeugungskraft bzw. zumindest über den nachträglichen Bedeutungsverlust dieser Motive.¹⁸⁰ Namentlich für die Mitbestimmung wird darauf hingewiesen, dass die historische Zielsetzung durch die Auffangregelung in der britischen Kompromissformel¹⁸¹ obsolet sei.¹⁸² Obwohl die Kritik deutlich überwiegt,¹⁸³ sind die Vorgaben *de lege lata* hinzunehmen. Da aber sowohl Mehrstaatlichkeit als auch *Numerus clausus* teleologisch auf sehr schwachen Beinen stehen bzw. diese eingeknickt sind, werden sie lediglich als formale Voraussetzungen verstanden, die

¹⁷⁴ Schwarz, ZIP 2001, 1847, 1850; Oechsler, in: MüKoAktG (Fn. 86), Art. 2 SE-VO Rn. 5.

¹⁷⁵ Instruktive und übersichtliche Überblicksdarstellung dazu etwa bei Habersack, in: Habersack/Drinhausen (Fn. 95), Art. 2 Rn. 4; Casper, in: BeckOGK (Fn. 97), Art. 2 SE-VO Rn. 3 f.; jeweils m. w. N.

¹⁷⁶ Heinze, ZGR 2002, 66, 71.

¹⁷⁷ In diesem Sinne bereits Geßler, BB 1967, 381, 382 f.; v. Caemmerer, in: FS Kronstein, 1967, S. 171, 185.

¹⁷⁸ v. der Groeben, AG 1967, 95, 98.

¹⁷⁹ Hommelhoff, AG 2001, 279, 281; Hirte, NZG 2002, 1, 4.

¹⁸⁰ Prägnant Oechsler, in: MüKoAktG (Fn. 86), Art. 2 SE-VO Rn. 4: „Art. 2 als eine Norm mit einem durch die Rechtsentwicklung überholten Gerechtigkeitsgehalt.“; vgl. ferner Veil, in: KölnKommAktG (Fn. 149), Art. 2 SE-VO Rn. 3; Casper, AG 2007, 97, 98 ff.; ders., ZHR 173 (2009), 181, 189 ff.; Bachmann, ZEuP 2008 32, 53 f.

¹⁸¹ Dazu II. 6.

¹⁸² Oechsler, in: MüKoAktG (Fn. 86), Art. 2 SE-VO Rn. 3 und 6.

¹⁸³ Vgl. auch den (Evaluations-)Bericht der Kommission an das europäische Parlament und den Rat über die Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE) v. 17.11.2010, KOM(2010) 676 endg., 7 f., 11.

auch unter Umgehungsgesichtspunkten weder durch erweiternde Auslegung noch durch Rechtsfortbildung auszudehnen sind.¹⁸⁴

4. Sitz und Sitzverlegung

Der Sitz der SE muss gemäß Art. 7 SE-VO in dem Mitgliedstaat liegen, in dem sich die Hauptverwaltung der SE befindet. Mit „Sitz“ ist der Satzungssitz gemeint, was sich sowohl aus anderen Sprachfassungen – englisch: *registered office*; französisch: *siège statutaire*; niederländisch: *statutaire zetel* – als auch aus Art. 7 Satz 2 und Art. 64 SE-VO ergibt, wo zwischen Sitz und Hauptverwaltung unterschieden wird.¹⁸⁵ Das Koppelungsgebot¹⁸⁶ für Satzungssitz und Hauptverwaltung im selben Mitgliedstaat bewirkt einen grundsätzlichen Gleichlauf von Gründungs- und Sitztheorie sowie des Gesellschafts- und des Insolvenzstatuts.¹⁸⁷ Eine innerstaatliche Identität von Satzungssitz und Hauptverwaltung gebietet das Sekundärrecht indes nicht, sondern überantwortet die Entscheidung darüber den Mitgliedstaaten. Innerhalb Deutschlands kann der Verwaltungssitz frei gewählt werden.¹⁸⁸

Pioniercharakter hatte die in Art. 8 Abs. 1 SE-VO ausbuchstabierte Möglichkeit, den Sitz einer SE ohne Auflösung oder Neugründung, sondern identitätswahrend in einen anderen Mitgliedstaat verlegen zu können.¹⁸⁹ Eine dahingehende Regelung war zunächst in den Entwürfen nicht vorgesehen, wobei umstritten ist, ob sie ungeschrieben mitgedacht¹⁹⁰ oder aufgrund zwischenstaatlichen Misstrauens rechtspolitisch unerwünscht¹⁹¹ war. In jedem Fall wurde sie im Zuge des „zweiten Anlaufs“¹⁹² seitens des Parlaments gefordert und fand erstmals Eingang in den Entwurf von 1991.¹⁹³ Das Vorhalten eines ausführlichen Regelungsprogramms wird insbesondere vor dem Hintergrund der beschriebenen Normenvielfalt und der daraus resultierenden Heterogenität der SE in den Mitgliedstaaten für not-

¹⁸⁴ So etwa *Habersack/Verse* (Fn. 154), § 13 Rn. 18; *Casper*, in: BeckOGK (Fn. 97), Art. 2 SE-VO Rn. 4; kritisch *Schmidt*, ECL 2021, 116, die den *Numerus clausus* als „unjustified ‘straight-jacket’“ bezeichnet und sich *de lege feranda* für eine Gründung „ab initio“ ausspricht.

¹⁸⁵ *Diekmann*, in: *Habersack/Drinhausen* (Fn. 95), Art. 7 Rn. 1.

¹⁸⁶ *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 67), Rn. 45.14.

¹⁸⁷ Näher dazu, auch zu den Grenzen dieses Gleichlaufs *Oechsler*, in: *MüKoAktG* (Fn. 86), Art. 7 SE-VO Rn. 2 m. w. N.

¹⁸⁸ *Habersack/Verse* (Fn. 154), § 13 Rn. 13; *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 67), Rn. 45.15; *Köstler*, Die Europäische Aktiengesellschaft, Arbeitshilfen für Aufsichtsräte, Böckler-Stiftung, 2011, S. 15.

¹⁸⁹ Vgl. *Hirte*, NZG 2002, 1, 3: „für nationale Gesellschaften auch nach dem Centros-Urteil des EuGH noch nicht gewährleistet und daher neu“; *Kalss*, in: *Kalss/Hügel* (Fn. 7), Vor § 6 SEG Rn. 1: „erstmalig rechtliche Rahmenbedingungen für die grenzüberschreitende Sitzverlegung einer AG“.

¹⁹⁰ So *Ringe*, in: *Lutter/Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 149), Art. 8 SE-VO Rn. 2; *Veil*, in: *KölnKomm AktG* (Fn. 149), Art. 8 SE-VO Rn. 1.

¹⁹¹ So *Oechsler*, in: *MüKoAktG* (Fn. 86), Art. 8 SE-VO Rn. 1.

¹⁹² Siehe oben II. 5.

¹⁹³ Art. 5a SE-VO-Entwurf 1991; BT-Drs. 12/1004, 18.

wendig erachtet.¹⁹⁴ Ein identitätswahrender grenzüberschreitender Sitzwechsel wird nämlich aufgrund der umfangreichen Verweisungen auf nationale Gesellschaftsrechte faktisch in die Nähe eines Formwechsels gerückt.¹⁹⁵

Die wesentlichen Schritte des im Detail komplexen Verlegungsprozesses lassen sich in vier Phasen gliedern:¹⁹⁶ In der Informationsphase (1) müssen namentlich ein Verlegungsplan und ein Verlegungsbericht erstellt und offengelegt werden, die den Gläubigern und Aktionären der SE dienen. In der Beschlussphase (2) haben die Aktionäre mit qualifizierter Mehrheit den Verlegungsbeschluss zu fassen. Die Kontrollphase im Wegzugsstaat (3) widmet sich der Prüfung des vorgesehenen Verfahrens sowie der Wahrung der Ansprüche von Altgläubigern der SE. Sie endet mit der Ausstellung einer Verlegungsbescheinigung. Es folgt die Kontroll- und Eintragungphase im Zuzugsstaat (4), in der die Erfüllung der für die Eintragung in dem neuen Sitzstaat erforderlichen Formalitäten nachzuweisen ist. Ihr erfolgreicher Abschluss mündet in die Eintragung der SE im neuen Sitzstaat, auf die die Löschung der früheren Registereintragung folgt.

5. Organisationsverfassung und Gestaltungsfreiheit

Im Rahmen der Binnenorganisation der SE erkennbar ist schließlich die von *Pieter Sanders* nachdrücklich als attraktivitätssteigernd angemahnte Gestaltungsfreiheit für Unternehmen. Sie offenbart sich namentlich in der Wahlmöglichkeit zwischen dualistischem und monistischem System für Unternehmensleitung und -überwachung, die zuletzt auch für eine Reform des deutschen Aktienrechts als vorbildlich angesehen wurde.¹⁹⁷ Darüber hinaus hat sich in der Praxis der letztlich gefundene Kompromiss über die Verhandlungslösung in Sachen Mitbestimmung als Erfolgsmodell erwiesen.¹⁹⁸

a) Geschäftsleitung und -überwachung

Das Wahlrecht zwischen One-Tier- und Two-Tier-System, welches in der Satzung auszuüben ist, wird bisweilen als große Besonderheit¹⁹⁹ und Vorzug²⁰⁰ der SE gepriesen. Eine generelle Vorteilhaftigkeit der monistischen oder der dualistischen Organisation kann nicht ausgemacht werden. Vielmehr werden beide nicht nur in der SE-VO, sondern z. B. auch in den G20/OECD Principles of Corporate

¹⁹⁴ *Diekmann*, in: Habersack/Drinhausen (Fn. 95), Art. 8 Rn. 9.

¹⁹⁵ Explizit *Oechsler*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Art. 8 SE-VO Rn. 3; *Casper*, in: BeckOGK (Fn. 97), Art. 8 SE-VO Rn. 1; deutlich zurückhaltender *Ringe*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann (Fn. 149), Art. 8 SE-VO Rn. 7 f.

¹⁹⁶ *Casper*, in: BeckOGK (Fn. 97), Art. 8 SE-VO Rn. 2. Für Details zum Prozedere siehe etwa *Ringe*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann (Fn. 149), Art. 8 SE-VO Rn. 16 ff.; ferner anschaulich anhand eines Beispielfalls aus der Praxis auch *de Lousanoff*, in: FS Spiegelberger, 2009, S. 604 ff. Siehe auch die Übersicht in: *Köstler* (Fn. 188), S. 23.

¹⁹⁷ *Arbeitskreis „Recht des Aufsichtsrats“*, NZG 2021, 477, 480.

¹⁹⁸ Dazu auch noch unten IV.2.

¹⁹⁹ So *Lutter*, BB 2002, 1, 5.

²⁰⁰ So etwa *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 67), Rn. 45.94.

Governance²⁰¹ grundsätzlich gleichwertig nebeneinandergestellt. Darüber hinaus beobachtet man einerseits eine Konvergenz der beiden Systeme²⁰² und weist andererseits darauf hin, dass erfolgreiches Management und adäquate Überwachung nicht primär der zugrundeliegenden Struktur, sondern dem effektiven Einsatz von Corporate-Governance-Strategien geschuldet sind, die sich in beiden Systemen verwirklichen lassen.²⁰³

(1) Dualistisches Leitungskonzept

Das dualistische System entspricht im Wesentlichen der Ausgangslage nach dem deutschen Aktiengesetz. Es wird neben den Vorgaben in Art. 39–42 SE-VO, §§ 15–19 SEAG ergänzend über Art. 9 Abs. 1 lit. c ii SE-VO durch Vorschriften des AktG gespeist.²⁰⁴ Als Stärke des Two-Tier-Modells gilt vor allem die klare Trennung von Leitung und Überwachung.²⁰⁵ Die Geschäfte der SE werden gemäß Art. 39 Abs. 1 Satz 1 SE-VO von einem Leitungsorgan in eigener Verantwortung geführt, das die Gesellschaft auch nach außen vertritt. Die Überwachung der Geschäftsführung liegt in den Händen des Aufsichtsorgans (Art. 40 Abs. 1 Satz 1 SE-VO). Ebenso wie das deutsche Aktienrecht sieht die SE-VO in Art. 39 Abs. 3 eine strikte personelle Trennung zwischen diesen beiden Organen vor.

Die Mitglieder des Leitungsorgans werden vom Aufsichtsorgan bestellt und abberufen, jene des Aufsichtsorgans von der Hauptversammlung.²⁰⁶ Die Zahl der Mitglieder des ersteren legt grundsätzlich die Satzung fest, jedoch sind in der Regel gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 SEAG bei einem Grundkapital von mehr als 3 Millionen Euro mindestens zwei Mitglieder vorgesehen (wenn auch dispositiv²⁰⁷); aus Gründen der Mitbestimmung kann dies sogar zwingend sein (§ 16 Abs. 1 Satz 2 SEAG, § 38 Abs. 2 SEBG).²⁰⁸

²⁰¹ G20/OECD Principles of Corporate Governance, 2015, abrufbar unter <https://www.oecd-ilibrary.org/governance/g20-oecd-principles-of-corporate-governance-2015_9789264236882-en;jsessionid=qS8C0k-26jYRWjLoahr7bRMkQcQrAuxfOeWuB--d.ip-10-240-5-125> (15.8.2022), S. 10: „[The Principles] do not advocate any particular board structure and the term ‘board’ as used in the Principles is meant to embrace the different national models of board structures.“

²⁰² Siehe *Teichmann*, in: *Lutter/Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 149), Art. 38 SE-VO Rn. 24 f.; dazu *Hopt*, ZGR 2000, 779, 783 ff.; *Davies*, ZGR 2001, 268, 282 ff.

²⁰³ Vgl. etwa *Hopt/Leyens*, The structure of the board of directors: boards and governance strategies in the US, the UK and Germany, in: *Afsharipour/Gelter*, Comparative Corporate Governance, 2021, S. 116, 117 ff.; *Armour/Enriques/Hansmann/Kraakmann*, in: *Kraakmann/Armour/Davies* et. al., The Anatomy of Corporate Law, 3. Aufl. 2017, S. 50 f.

²⁰⁴ Näher zum Katalog der anwendbaren Vorschriften *Eberspächer*, in: *BeckOGK* (Fn. 97), Art. 39 SE-VO Rn. 2 f.; *Scholz*, in: *Habersack/Drinhausen* (Fn. 95), Art. 38 Rn. 17.

²⁰⁵ *Reichert/Brandes*, in: *MüKoAktG* (Fn. 86), Art. 38 SE-VO Rn. 19; *Scholz*, in: *Habersack/Drinhausen* (Fn. 95), Art. 38 Rn. 18; *Wentrup*, in: *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts* (Fn. 144), § 19 Rn. 2.

²⁰⁶ *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 67), Rn. 45.119 bzw. 45.127.

²⁰⁷ *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 67), Rn. 45.118.

²⁰⁸ *Draygala*, in: *Lutter/Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 149), Art. 39 SE-VO Rn. 50; *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 67), Rn. 45.118; *Paefgen*, in: *KölnKomm AktG* (Fn. 149), Art. 39 SE-VO Rn. 75 ff.

Hinsichtlich der Größe des Aufsichtsorgans folgt § 17 Abs. 1 SEAG im Grundsatz § 95 Satz 1–4 AktG. Es besteht eine Untergrenze von drei Mitgliedern und eine gestaffelte Höchstzahl in Abhängigkeit von der Höhe des Grundkapitals.²⁰⁹ Dazwischen kann die Mitgliederzahl in der Satzung prinzipiell frei festgelegt werden; zur Wahrung der geltenden Mitbestimmung kann allerdings die Dreiteilbarkeit dieser Zahl erforderlich sein.²¹⁰ Keine Anwendung findet hingegen der im Aktienrecht enthaltene Verweis auf das MitbestG, das MontanMitbestG und das MitbestErgG. Vielmehr ist die unternehmerische Mitbestimmung im SEBG abschließend geregelt (§ 47 Abs. 1 SEBG).²¹¹ Damit sind auch die zwingend vorgegebenen Organgrößen des nationalen Mitbestimmungsrechts,²¹² die zu sehr großen Aufsichtsratsgremien in mitbestimmten Aktiengesellschaften führen, in der mitbestimmten SE nicht einschlägig.²¹³ Bei paritätischer Mitbestimmung müssen mithin nicht die nach Arbeitnehmerzahl gestaffelten Organgrößen des § 7 MitbestG eingehalten, sondern nur eine gerade Zahl an Mitgliedern vorgesehen werden.²¹⁴ Dadurch können mitbestimmte SEs mit deutlich kleineren Gremien auskommen, was gemeinhin als großer Vorteil bewertet wird.²¹⁵

Umstritten ist, ausgehend von der Formulierung des § 17 Abs. 3 SEAG²¹⁶, wonach die Beteiligung der Arbeitnehmer nach dem SEBG unberührt bleibe, ob die absolute Größe des Aufsichtsorgans Gegenstand einer Mitbestimmungsvereinbarung gemäß § 21 SEBG sein kann und insoweit den Vorgaben des § 17 Abs. 1 vorgeht.²¹⁷ Die Gegner verweisen auf Art. 40 Abs. 3 Satz 1 SE-VO, wonach (nur) die Satzung – unter Beachtung der entsprechenden gesetzlichen Vorgaben – über die Zahl der Mitglieder entscheiden soll.²¹⁸ Die Befürworter²¹⁹ einer Mitbestimmungsvereinbarung über die Aufsichtsratsgröße, zu denen auch das LG Nürn-

²⁰⁹ Zur Ratio der Höchstzahl vgl. BegrRegE AktG 1965, abgedruckt bei *Kropff*, Aktiengesetz, 1965, S. 125: „Die Höchstzahlen sind, wie die Erfahrung gezeigt hat, nötig, weil zu große Aufsichtsräte ihre Aufgaben nicht sachgemäß wahrnehmen können.“

²¹⁰ Dazu *Reichert/Brandes*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Art. 40 SE-VO Rn. 68.

²¹¹ Siehe nur *Habersack*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl. 2018, § 47 SEBG Rn. 2.

²¹² Siehe § 7 MitbestG; §§ 4, 9 MontanMitbestG; § 5 MitbestErgG.

²¹³ *Jacobs*, in: MüKoAktG (Fn. 86), § 35 SEBG Rn. 12; *Servatius*, in: Henssler/Strohn (Fn. 160), Internationales Gesellschaftsrecht Rn. 285; *Habersack/Verse* (Fn. 154), § 13 Rn. 45.

²¹⁴ *Eberspächer*, in: BeckOGK (Fn. 97), Art. 40 SE-VO Rn. 12 m. w. N.

²¹⁵ Dazu unten IV.3.

²¹⁶ Vor dem 1.1.2016 Abs. 2.

²¹⁷ Einleitend *Reichert/Brandes*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Art. 40 SE-VO Rn. 69.

²¹⁸ So etwa *Reichert/Brandes*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Art. 40 SE-VO Rn. 69; *Paefgen*, in: KölnKomm AktG (Fn. 149), Art. 40 SE-VO Rn. 102; *Henssler*, in: Habersack/Henssler (Fn. 211), § 21 SEBG Rn. 37 f.; *Eberspächer*, in: BeckOGK (Fn. 97), Art. 40 SE-VO Rn. 11; *Habersack/Verse* (Fn. 154), § 13 Rn. 39; *Kienast*, in: Jannott/Frodermann (Fn. 48), Kap. 13 Rn. 436.

²¹⁹ *Seibt*, in: Habersack/Drinhausen (Fn. 95), Art. 40 SE-VO Rn. 66; *Drygala*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann (Fn. 149), Art. 40 SE-VO Rn. 32 f.; *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann (Fn. 149), § 21 SEBG Rn. 63.

berg-Fürth²²⁰ zählt, verweisen indes auf den höheren Rang der Mitbestimmungsvereinbarung gegenüber der Satzung, der sich aus Art. 9 Abs. 1 sowie Art. 12 Abs. 4 SE-VO ergebe.²²¹ Zudem solle nach dem Wortlaut des § 21 Abs. 3 Nr. 1 SEBG „die Zahl der Mitglieder des Aufsichts-[organs]“ durch die Mitbestimmungsvereinbarung festgelegt werden.²²²

(2) Monistisches Leitungskonzept

Dem monistischen System wird attestiert, es führe zu einem besseren Informationsfluss innerhalb des Organs und gewährleiste größere Sachnähe der Verwaltungsratsmitglieder in Bezug auf die Entscheidungen ihrer Kollegen.²²³ Bei ihm sind Leitung und Überwachung in einem einzigen Verwaltungsorgan, dem „Verwaltungsrat“ (§ 20 SEAG), zusammengefasst.²²⁴ Da das deutsche Aktienrecht ein solches System nicht kennt, hat der Gesetzgeber von der Ermächtigung des Art. 43 Abs. 4 SE-VO Gebrauch gemacht und in den §§ 20–49 SEAG entsprechende Vorschriften für die monistische SE erlassen.²²⁵ Diese treten an die Stelle der §§ 76–116 AktG, verweisen jedoch an zahlreichen Stellen auf diese zurück oder lehnen sich an sie an.²²⁶

Die Mitglieder des Verwaltungsrats werden gemäß Art. 43 Abs. 3 SE-VO von der Hauptversammlung bestellt; der Verwaltungsrat wiederum bestellt einen oder mehrere geschäftsführende Direktoren, die mit der Geschäftsführung und der gerichtlichen und außergerichtlichen Vertretung der SE betraut sind (§ 40 Abs. 1, 2 SEAG, § 41 Abs. 1 Satz 1 SEAG). Die geschäftsführenden Direktoren sind dem Verwaltungsrat gegenüber gemäß § 44 Abs. 2 SEAG weisungsabhängig.²²⁷ Geschäftsführende Direktoren können zudem auch gleichzeitig Mitglieder des Verwaltungsrats sein, weshalb eine strikte Trennung zwischen Geschäftsführung und Überwachung verschwimmen kann.²²⁸ Der Anteil an nicht geschäftsführenden Mitgliedern des Verwaltungsrats muss dennoch überwiegen (§ 40 Abs. 1 Satz 2 SEAG). Insgesamt sagt man der Konzeption des Verwaltungsorgans im Rahmen des monistischen Systems eine starke Nähe zum US-amerikanischen/angelsächsischen *board system* nach,²²⁹ wenngleich eine monistische Unternehmensver-

²²⁰ LG Nürnberg-Fürth, AG 2010, 384 (GfK).

²²¹ *Seibt*, in: Habersack/Drinhausen (Fn. 95), Art. 40 SE-VO Rn. 66.

²²² *Seibt*, in: Habersack/Drinhausen (Fn. 95), Art. 40 SE-VO Rn. 66.

²²³ *Reichert/Brandes*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Art. 38 SE-VO Rn. 19 m. w. N.

²²⁴ Ausführlich zum Verwaltungsrat in der monistischen SE *Bachmann*, ZGR 2008, 779.

²²⁵ *Eberspächer*, in: BeckOGK (Fn. 97), Art. 43 SE-VO Rn. 3.

²²⁶ Vgl. dazu *Verse*, in: Habersack/Drinhausen (Fn. 95), § 20 SEAG Rn. 1 ff.

²²⁷ Näher dazu m. w. N. *Verse*, in: Habersack/Drinhausen (Fn. 95), § 44 SEAG Rn. 6, 8 ff.

²²⁸ *Reichert/Brandes*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Art. 43 SE-VO Rn. 13.

²²⁹ Etwa *Servatius*, in: Henssler/Strohn (Fn. 160), Internationales Gesellschaftsrecht Rn. 284; *Reichert/Brandes*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Art. 43 SE-VO Rn. 1.

fassung auch einigen Rechtsordnungen des europäischen Festlands nicht fremd ist.²³⁰

Die Zahl der Mitglieder des Verwaltungsrats bestimmt grundsätzlich die Satzung. Dispositiv sieht § 23 Abs. 1 Satz 1 SEAG jedoch ein dreipersonales Gremium vor. Zwingend ist eine Mindestzahl von drei Personen gemäß Satz 2 dieser Bestimmung ab einem Grundkapital von mehr als 3 Mio. Euro. Gleiches gilt, wenn es sich um eine mitbestimmte SE handelt (Art. 43 Abs. 2 UAbs. 2 SE-VO). In kleinen, nicht mitbestimmten SEs kann somit sogar ein einpersonaler Verwaltungsrat eingerichtet werden. Dann muss jedoch wegen § 40 Abs. 1 Satz 2 SEAG ein externer geschäftsführender Direktor bestellt werden, weil nur so das Überwiegen nicht geschäftsführender Verwaltungsratsmitglieder gewährleistet werden kann.²³¹ Darüber hinaus gelten auch für den Verwaltungsrat nach Höhe des Grundkapitals gestaffelte Höchstgrenzen für die Größe des Gremiums, wobei § 23 Abs. 1 Satz 3 SEAG wiederum § 95 Satz 4 AktG folgt. Keine Anwendung finden auch hier die zwingenden Vorgaben zur Organgröße aus dem nationalen Mitbestimmungsrecht.²³²

b) Mitbestimmung

Die Mitbestimmung in der SE bildet, wie schon aus der Entstehungsgeschichte zu ersehen ist, ein besonderes Kapitel. Die SE-VO selbst enthält dazu seit den Arbeiten unter *Jacques Delors* keine Regeln, sondern verweist in Art. 1 Abs. 4 auf die SE-RL. Diese hat der deutsche Gesetzgeber im SEBG umgesetzt.²³³ Wie das SE-Regelungspaket selbst ist auch die Grundstruktur der Mitbestimmung in der SE zweigeteilt: Im Einklang mit der Empfehlung des *Davignon-Berichts* müssen sich Arbeitnehmervertreter und Unternehmensleitung zunächst um eine einvernehmliche Verhandlungslösung bemühen. Nur wenn sich auf diese Weise kein Konsens über ein Mitbestimmungsmodell erzielen lässt, greift die Auffangregelung ein.²³⁴ Sie steht im Zeichen des Vorher-Nachher-Prinzips, welches nach Erwägungsgrund 18 der RL „[d]ie Sicherung erworbener Rechte der Arbeitnehmer über ihre Beteiligung an Unternehmensentscheidungen [als] fundamentale[n] Grundsatz und erklärtes Ziel dieser Richtlinie“ festschreibt.

²³⁰ Darunter Frankreich, Italien und die Schweiz. Zu alledem ausführlich *Teichmann*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann (Fn. 149), Art. 38 SE-VO Rn. 15 ff.; *Siems/Müller-Leibenger*, in: KölnKomm AktG (Fn. 149), Vor Art. 43 SE-VO Rn. 5 ff.

²³¹ *Eberspächer*, in: BeckOGK (Fn. 97), Art. 43 SE-VO Rn. 28, 39.

²³² *Verse*, in: Habersack/Drinhausen (Fn. 95), § 23 SEAG Rn. 6; *Eberspächer*, in: BeckOGK (Fn. 97), Art. 43 SE-VO Rn. 29.

²³³ Siehe oben II. 6. Für nähere Informationen dazu siehe die einschlägigen Kommentierungen des SEBG.

²³⁴ Zur diesbezüglichen Opt-out-Option in Art. 7 Abs. 3 der SE-RL bereits oben II.6.

(1) *Verhandlungslösung*

Konkret ist – unter Zugrundelegung der deutschen Umsetzungsbestimmungen – während der Gründungsphase der SE ein besonderes Verhandlungsgremium (BVG) einzusetzen. Dieses verhandelt auf Arbeitnehmerseite über die Beteiligung der Arbeitnehmer. Seine Zusammensetzung richtet sich nach § 5 SEBG in Abhängigkeit vom Anteil der in einem Mitgliedstaat beschäftigten Arbeitnehmer. Deutsche Mitglieder des BVG werden nach den Vorschriften der §§ 8 ff. SEBG von einem Wahlgremium bestimmt.²³⁵ Die Initiative zur Bildung des besonderen Verhandlungsgremiums geht von der jeweiligen Unternehmensleitung der Gründungsgesellschaften aus: Sie haben die Arbeitnehmer nach § 4 Abs. 1 und 2 SEBG zu informieren, wenn sie die Gründung einer SE planen, und diese schriftlich zur Bildung eines BVG aufzufordern.

Nach Konstituierung des BVG beginnt das in den §§ 11 ff. SEBG geregelte Verhandlungsverfahren zwischen dem BVG und den Leitungen der beteiligten Gesellschaften.²³⁶ Um die Verhandlungsphase zu beschleunigen und einen zügigen Abschluss der Gesellschaftsgründung herbeizuführen, ist sie zeitlich begrenzt.²³⁷ Vorgesehen sind zunächst gemäß § 20 Abs. 1 SEBG sechs Monate ab Einsetzung des BVG. Die beiden Verhandlungsseiten können nach Abs. 2 eine Fortsetzung um höchstens weitere sechs Monate, somit auf maximal ein Jahr beschließen.²³⁸ Am Ende der Verhandlungen stehen drei mögliche Ausgänge:²³⁹

Gelangen die Verhandlungsparteien fristgerecht zu einer Einigung, bildet eine schriftliche Vereinbarung die Grundlage für die Mitbestimmung in der SE. Das Ergebnis steht grundsätzlich in der Autonomie der Parteien; die Vereinbarung muss aber jedenfalls die Mindestinhalte nach § 21 SEBG²⁴⁰ umfassen.²⁴¹ Entsprechend dem in Erwägungsgrund 18 enthaltenen Bekenntnis zum Bestandsschutz wohlervorbener Mitbestimmungsrechte wirkt das Vorher-Nachher-Prinzip bereits auf das Verhandlungsergebnis zurück. Entsteht die SE durch Umwandlung, muss zumindest das gleiche Ausmaß an Mitbestimmungsrechten wie in der umzuwandelnden Gesellschaft bestehen (§ 21 Abs. 6 SEBG).²⁴² Für die anderen

²³⁵ Dazu etwa *Kleinsorge/Freis*, SEBG, 2006, § 8 Rn. 1 ff.

²³⁶ Die Legaldefinition von „Leitung“ lautet gemäß § 2 Abs. 5 SEBG: „Leitung bezeichnet das Organ der unmittelbar an der Gründung der SE beteiligten Gesellschaften oder der SE selbst, das die Geschäfte der Gesellschaft führt und zu ihrer Vertretung berechtigt ist. Bei den beteiligten Gesellschaften ist dies das Leitungs- oder Verwaltungsorgan, bei der SE das Leitungsorgan oder die geschäftsführenden Direktoren.“

²³⁷ *Jacobs*, in: MüKoAktG (Fn. 86), § 20 SEBG Rn. 1; *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann (Fn. 149), § 20 SEBG Rn. 1.

²³⁸ *Henssler*, in: Habersack/Henssler (Fn. 211), § 20 SEBG Rn. 3.

²³⁹ Prägnant *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 67), Rn. 45.189.

²⁴⁰ Näher zu den Schranken der Mitbestimmungsautonomie etwa *Henssler*, in: Habersack/Henssler (Fn. 211), § 21 SEBG Rn. 29 ff. m.w.N.

²⁴¹ *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Drinhausen (Fn. 95), § 21 Rn. 1; *Jacobs*, in: MüKoAktG (Fn. 86), § 20 SEBG Rn. 2.

²⁴² Näher dazu etwa *Jacobs*, in: MüKoAktG (Fn. 86), § 20 SEBG Rn. 60 ff.

Gründungsvarianten normiert § 15 Abs. 3 SEBG immerhin qualifizierte Mehrheitserfordernisse im BVG, wenn die Vereinbarung eine Minderung²⁴³ der bestehenden Mitbestimmungsrechte zur Folge hat. Den Parteien steht es schließlich gemäß § 21 Abs. 5 SEBG auch frei, sich auf die Auffangregelung zu einigen.

Zweitens kann das BVG gemäß § 16 SEBG mit qualifizierter Mehrheit beschließen, keine Verhandlungen aufzunehmen oder bereits aufgenommene Verhandlungen abzubrechen.²⁴⁴ In diesem Fall gilt nicht die Auffanglösung, sondern es gelangen die jeweiligen nationalen Bestimmungen in den Beschäftigungsstaaten der Arbeitnehmer der SE Anwendung. Für eine SE mit Sitz in Deutschland kämen dann das BetrVG und das SprAuG sowie ggf. das EBRG zur Anwendung.²⁴⁵ Eine unternehmerische Mitbestimmung fände jedoch nicht statt, sondern die SE bliebe mitbestimmungsfrei.²⁴⁶ Ausgeschlossen ist diese Endigungsmöglichkeit aber dann, wenn die SE durch Umwandlung gegründet wird und den Arbeitnehmern der umzuwandelnden Gesellschaft Mitbestimmungsrechte zustehen.

Drittens kann es vorkommen, dass die Verhandlungspartner innerhalb des vorgegebenen Zeitraums keine Einigung erzielen. Dies führt zur sog. Auffanglösung.

(2) Auffanglösung

Diese Auffanglösung findet sich im SEBG in Kapitel 2 des dritten Teils. Auch sie ist zweigeteilt. Zum einen wird ein „SE-Betriebsrat kraft Gesetzes“ nach den §§ 22 ff. SEBG gebildet. Er dient der Sicherung des Rechts auf Unterrichtung und Anhörung und setzt sich aus Arbeitnehmern der SE, ihrer Tochtergesellschaften und Betriebe zusammen. Den zweiten Teil bildet die „Mitbestimmung kraft Gesetzes“ nach den §§ 34 ff. SEBG. Dabei wird zwischen den einzelnen Gründungsarten differenziert, jedoch stets der Gedanke des Vorher-Nachher-Prinzips aufgegriffen.²⁴⁷

Wird die SE durch Umwandlung gegründet und bestand in der Vorgängergesellschaft Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichts- oder Verwaltungsorgan, bleibt gemäß § 34 Abs. 1 Nr. 1 und § 35 Abs. 1 SEBG die bestehende Regelung im gleichen Umfang erhalten. Bei den anderen Gründungsformen muss gemäß § 34 Abs. 1 Nr. 3 oder Nr. 4 SEBG eine Form der Mitbestimmung für

²⁴³ Definiert in § 15 Abs. 4 SEBG.

²⁴⁴ Ein solcher Beschluss dürfte angesichts der sogleich im Text erläuterten Rechtsfolgen nur sehr selten zustande kommen. Vgl. auch *Feuerborn*, in: KölnKomm AktG (Fn. 149), § 16 SEBG Rn. 3; *Kienast*, in: Jannott/Frodermann (Fn. 48), Kap. 13 Rn. 365 f.; jeweils m. w. N.

²⁴⁵ *Servatius*, in: Henssler/Strohn (Fn. 160), Internationales Gesellschaftsrecht Rn. 318; *Jacobs*, in: MüKoAktG (Fn. 86), § 16 SEBG Rn. 4.

²⁴⁶ *Henssler*, in: Habersack/Henssler (Fn. 211), § 16 SEBG Rn. 5; *Kleinsorge/Freis*, SEBG, 2004, § 16 Rn. 4; *Jacobs*, in: MüKoAktG (Fn. 86), § 16 SEBG Rn. 4.

²⁴⁷ Ausführlich zum Folgenden *Oetker*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann (Fn. 149), § 34 SEBG Rn. 5 ff. und § 35 SEBG Rn. 1 ff.; *Feuerborn*, in: KölnKomm AktG (Fn. 149), § 34 SEBG Rn. 6 ff. und § 35 SEBG Rn. 8 ff.; *Jacobs*, in: MüKoAktG (Fn. 86), § 34 SEBG Rn. 4 ff. und § 35 SEBG Rn. 2 ff. Überblick bei *Habersack/Verse* (Fn. 154), § 13 Rn. 40 ff.

einen bestimmten Anteil der Gesamtzahl der Arbeitnehmer aller beteiligten Gesellschaften und betroffenen Tochtergesellschaften vor Eintragung der SE gegolten haben, damit in der SE Mitbestimmung kraft Auffangregelung Einzug hält. Der Schwellenwert liegt bei Gründung durch Verschmelzung bei 25 %, bei Errichtung einer Holding-SE bei 50 %. Ist dies der Fall, dürfen die Arbeitnehmer gemäß § 35 Abs. 2 SEBG einen Teil der Mitglieder des Aufsichts- bzw. des Verwaltungsorgans der SE stellen. Ihre Anzahl bemisst sich nach dem höchsten Anteil an Arbeitnehmervertretern, der in den Organen der beteiligten Gesellschaften vor der Eintragung der SE bestanden hat.

(3) *Proportionalität und Perpetuierung*

Gesondert hinzuweisen ist schließlich auf zwei wichtige Elemente des SE-Mitbestimmungsstatuts: Erstens hat das Vorher-Nachher-Prinzip nicht zur Folge, dass die absolute Zahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichts- bzw. Verwaltungsorgan geschützt wird. Vielmehr bezieht sich der Bestandsschutz der Mitbestimmung gemäß § 35 Abs. 2 Satz 2 SEBG nur auf den „Anteil an Arbeitnehmervertretern“ im Organ. Gleichsinnig stellt in Bezug auf die Vorwirkungen des Vorher-Nachher-Prinzips auf die Verhandlungslösung auch § 15 Abs. 4 Nr. 1 SEBG in der Legaldefinition der Minderung der Mitbestimmungsrechte auf eine Reduktion des „Anteil[s] der Arbeitnehmervertreter“ ab. Im Ergebnis bedeutet dies nur einen Schutz des proportionalen Verhältnisses zwischen Arbeitnehmer- und Anteilsvertretern,²⁴⁸ was praktisch insbesondere deshalb relevant ist, weil die Organgröße ohne Rücksicht auf mitbestimmungsrechtliche Vorgaben festgelegt werden kann.²⁴⁹

Zweitens wird das SE-Mitbestimmungsstatut in Übereinstimmung mit der für die Vorher-Nachher-Betrachtung maßgeblichen Gesellschaft perpetuiert.²⁵⁰ Es wird mithin – vorbehaltlich struktureller Änderungen i. S. v. § 18 Abs. 3 SEBG²⁵¹ – auf Dauer als veränderungsfest betrachtet.²⁵² Dies hat beispielsweise zur Folge, dass eine zunächst mitbestimmungsfreie SE auch dann keine unternehmerische Mitbestimmung einführen muss, wenn die Arbeitnehmerzahl in weiterer Folge einen mitbestimmungsrelevanten Schwellenwert überschreitet. Ist eine SE drittelmitbestimmt, weil sie durch Umwandlung einer drittelmitbestimmten AG entstanden ist, bleibt sie es auch, obwohl später der Schwellenwert des Art. 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG erreicht wird. Dies gilt indes auch spiegelbildlich, wenn die Ar-

²⁴⁸ *Habersack/Verse* (Fn. 154), § 13 Rn. 45; *Jacobs*, in: *MüKoAktG* (Fn. 86), § 35 Rn. 9, 12 m. w. N.

²⁴⁹ Dazu schon oben III. 5. a) (1).

²⁵⁰ *Habersack*, in: *Habersack/Henssler* (Fn. 211), § 35 SEBG Rn. 14.

²⁵¹ Dazu *Oetker*, in: *Lutter/Hommelhoff/Teichmann* (Fn. 149), § 18 SEBG Rn. 16 ff.

²⁵² *Feuerborn*, in: *KölnKomm AktG* (Fn. 149), § 35 SEBG Rn. 29; *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: *Habersack/Drinhausen* (Fn. 95), § 35 Rn. 10; *Jacobs*, in: *MüKoAktG* (Fn. 86), § 35 Rn. 27.

beitnehmerzahl in einer paritätisch mitbestimmten SE unter den Schwellenwert fällt.²⁵³

c) Hauptversammlung

Schließlich verfügt die SE gemäß Art. 38 lit. a SE-VO über eine Hauptversammlung der Aktionäre als obligatorisches Organ. Für die Organisation und den Ablauf der Hauptversammlung gelten primär die Art. 52 bis 60 SE-VO, welche durch die sitzstaatlichen Vorschriften über die Aktiengesellschaften ergänzt werden. Wie in der deutschen AG verfügt die Hauptversammlung über keine Allzuständigkeit. Vielmehr richten sich ihre Kompetenzen nach Art. 52 SE-VO, womit ihr die in der Verordnung selbst und im Ausführungsgesetz zur Richtlinie 2001/86/EG genannten Aufgaben zufallen.²⁵⁴ Darüber hinaus besteht eine umfangreiche Verweisung auf das Recht des Sitzstaates für Angelegenheiten, für die der Hauptversammlung die Zuständigkeit entweder aufgrund der Rechtsvorschriften des Sitzstaates oder aufgrund einer damit in Einklang stehenden Satzungsregelung übertragen worden ist. Daraus folgt nach wohl herrschender Meinung für eine in Deutschland ansässige SE unter anderem auch die Einschlägigkeit der Holz-müller/Gelatine-Doktrin^{255, 256}.

IV. Würdigung

1. Die SE im Lichte ihrer Entstehungsgeschichte

Die Ideengeschichte hinter der Europäischen Aktiengesellschaft reicht weiter zurück, als das eingangs erwähnte Bild vom „Dreißigjährigen Krieg“ um die SE suggeriert. Die einzelnen Vorstöße und Vorschläge folgten jedoch lange Zeit keiner klaren Linie. Eher erratisch fallen rückblickend die progressiven Gedanken von *Karl Geiler* und die letztlich erfolglosen Bemühungen der International Law Association aus. Die erwähnten übernationalen Gesellschaften wurden nach spezifischen Bedürfnissen der internationalen Wirtschaftspraxis erschaffen und waren damit anlassbezogene Schöpfungen. Gemeinsamkeiten können wohl lediglich

²⁵³ Vgl. zu diesen und anderen Beispielen *Habersack*, in: Habersack/Henssler (Fn. 211), § 35 SEBG Rn. 14; *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Drinhausen (Fn. 95), § 35 Rn. 10; *Jacobs*, in: MüKoAktG (Fn. 86), § 35 SEBG Rn. 27.

²⁵⁴ Dazu *Kiem*, in: KölnKomm AktG (Fn. 149), Art. 52 SE-VO Rn. 1.

²⁵⁵ Siehe dazu *Fleischer/Heinrich*, § 10 – Holz-müller – BGHZ 83, 122 Ungeschriebene Hauptversammlungs-zuständigkeit, in: *Fleischer/Thiessen, Gesellschaftsrechts-Geschichten*, 2018, S. 345.

²⁵⁶ *Habersack/Verse* (Fn. 154), § 13 Rn. 47; *Bücker*, in: Habersack/Drinhausen (Fn. 95), Art. 52 SE-VO Rn. 42; *Eberspächer*, in: BeckOGK (Fn. 97), Art. 52 SE-VO Rn. 13; *Kiem*, in: KölnKomm AktG (Fn. 149), Art. 52 SE-VO Rn. 36; a. A. *Brandt*, Die Hauptversammlung der Europäischen Aktiengesellschaft (SE), 2004, S. 127 ff.; *Spindler*, in: Lutter/Hommelhoff/Teichmann (Fn. 149), Art. 52 SE-VO Rn. 47; *Kubis*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Art. 52 SE-VO Rn. 22.

in der jeweils bestehenden staatsvertraglichen Grundlage und dem Umstand gesehen werden, dass die jeweiligen Unternehmungen grenzüberschreitend gedacht und „zu groß“ waren, um durch eine rein nationale Gesellschaft bewältigt werden zu können.²⁵⁷ Hochambitioniert konzipiert waren dagegen die Vorschläge des Europarates, in denen bereits die weiterführende Idee eines allgemeinen Statuts keimt, unter dessen Schirm supranationale Gesellschaften gegründet werden könnten. Von der undeutlichen Vision zum konkreten Plan reifte die Idee einer supranationalen Gesellschaftsform erst unter dem Einfluss und der schöpferischen Kraft von *Pieter Sanders*. Der unter seiner Ägide ausgearbeitete Entwurf bildete die Grundlage für das dreißigjährige Tauziehen um die SE.

Schon in den Vorläuferprojekten anzutreffen ist indes der rote Faden, welcher sich auch durch die europäischen Verhandlungen zieht: das einzelstaatliche Misstrauen gegenüber einer Verselbstständigung der supranationalen Gesellschaftsgründung. Vor allem die Furcht vor Privilegien und damit vor einem vertikalen Wettbewerb der Rechtsordnungen taucht sowohl in Berichten über die frühe internationale Gesellschaftsrechtslandschaft als auch in den Projekten internationaler Organisationen auf. Bei dem Projekt SE resultierte aus dieser Einstellung eine nach und nach einsetzende Erosion des einheitlichen Regelungsregimes zugunsten mitgliedstaatlicher Traditionen. Diese äußerte sich einerseits in der Streichung ganzer Kapitel, andererseits in einer Öffnung gegenüber verschiedenen Vorstellungen, deren prominenteste Ausprägung die Wahlmöglichkeit zwischen dualistischem und monistischem Leitungsmodell bildet. Seine Nemesis fand das Projekt freilich in der Mitbestimmungsfrage. Während die politischen Kräfte dabei zu verzagen drohten, kam der notwendige Impuls aus der Wirtschaft und der Lösungsvorschlag von der Expertengruppe um *Etienne Davignon*.²⁵⁸ Auf diese Weise konnte das langjährige Problem endlich einer wundersamen (Verhandlungs-)Lösung zugeführt werden, deren Vorher-Nachher-Betrachtung wiederum auf mitgliedstaatliche Gegebenheiten Rücksicht nehmen musste. Vor dem Hintergrund diverser Zugeständnisse an die mitgliedstaatlichen Gesellschaftsrechte sieht sich die SE – oben bei den einzelnen Strukturelementen angesprochener – Kritik ausgesetzt. Gleichwohl sollte der Kraftakt, der hinter dem Bau des „Flaggschiff[s] des Europäischen Gesellschaftsrechts“ steht, nicht unterschätzt werden; ins Positive gewendet, steht er sogar in Einklang mit dem im Jahr 2000 gewählten Motto der Europäischen Union: „In Vielfalt geeint“.²⁵⁹

2. Die SE in Zahlen

Trotz anfänglicher Zweifel konnte sich die SE einen festen Platz innerhalb des *Numerus clausus* der Gesellschaftsformen erstreiten. Ende Juni 2021 waren im

²⁵⁷ Vgl. auch *Taschner/Bodenschatz*, in: Jannott/Frodermann (Fn. 48), Kap. 1 Rn. 2.

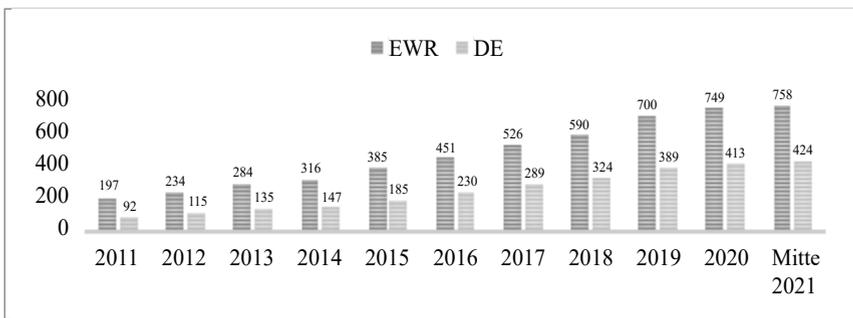
²⁵⁸ Die Mitgliederliste findet sich im Davignon-Bericht, S. 5 f. Neben *Davignon* gehörten ihr auch *Ernst Breit*, *Evelyne Pichot*, *Silvana Sciarra*, *Rolf Thüsing* und *Alain Vaïndier* an.

²⁵⁹ Vgl. <https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/symbols/eu-motto_de> (15.8.2022).

gesamten Europäischen Wirtschaftsraum 3.368 SEs registriert.²⁶⁰ Allerdings ist die Zahl zu relativieren. Lediglich 758 davon werden als „normale SEs“ bewertet. Mit dieser Bezeichnung meint das European Trade Union Institute for Research (ETUI) solche SEs, die tatsächlich operativ tätig sind und mehr als fünf Beschäftigte haben.²⁶¹

Die Zahl der existierenden normalen SEs stieg in den letzten Jahren sowohl im EWR als auch in Deutschland kontinuierlich an. Waren es im Jahr 2011 noch 197 SEs im EWR, 92 davon allein mit Sitz in Deutschland,²⁶² betrug die Zahl Mitte 2021 schon 758, wovon allein 424 und damit über die Hälfte (!) ihren Sitz in Deutschland hatten.²⁶³ Bemerkenswert ist zudem, dass von den 424 „deutschen“ SEs immerhin 76 Komplementärin einer SE & Co. KG bzw. SE & Co. KGaA sind.²⁶⁴ Damit steht Deutschland an der Spitze im EWR. Mit Fug und Recht kann man mithin davon sprechen, dass die SE besonders in Deutschland gut angenommen wird.²⁶⁵

Abbildung 1: Entwicklung der Anzahl von normalen SEs im EWR und in Deutschland zwischen 2011 und Mitte 2021²⁶⁶



Die Zuwachsrate der SE in Deutschland betrug im Jahr 2020 11,0 % und war damit gegenüber dem Vorjahr (16,8 %) rückläufig.²⁶⁷ Im Vergleich dazu hatte die klassische AG einen Bestandsrückgang von 2,2 % zu verzeichnen, der allerdings

²⁶⁰ Siehe *Rosenbohm/Misterek*, SE-Datenblatt, Fakten zur Europäischen Aktiengesellschaft, Stand 30.6.2021, Institut für Mitbestimmung und Unternehmensführung (I.M.U.), Hans-Böckler-Stiftung, S. 2, abrufbar unter: <https://www.boeckler.de/data/Mitbestimmung_SE_in_Europa_ab_2011.pdf> (21.10.2022).

²⁶¹ Vgl. *Rosenbohm/Misterek* (Fn. 260), S. 2.

²⁶² Siehe *Rosenbohm/Misterek*, SE-Datenblatt, Fakten zur Europäischen Aktiengesellschaft, Stand 31.12.2020, Institut für Mitbestimmung und Unternehmensführung (I.M.U.), Hans-Böckler-Stiftung, S. 2, abrufbar unter <https://www.boeckler.de/data/Mitbestimmung_SE_in_Europa_ab_2011.pdf> (21.10.2022).

²⁶³ Siehe *Rosenbohm/Misterek*, (Fn. 260), S. 2.

²⁶⁴ Siehe *Rosenbohm/Misterek* (Fn. 260), S. 4.

²⁶⁵ Vgl. etwa auch *Jacobs*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Vor SEBG Rn. 44: „Erfolgsmodell“.

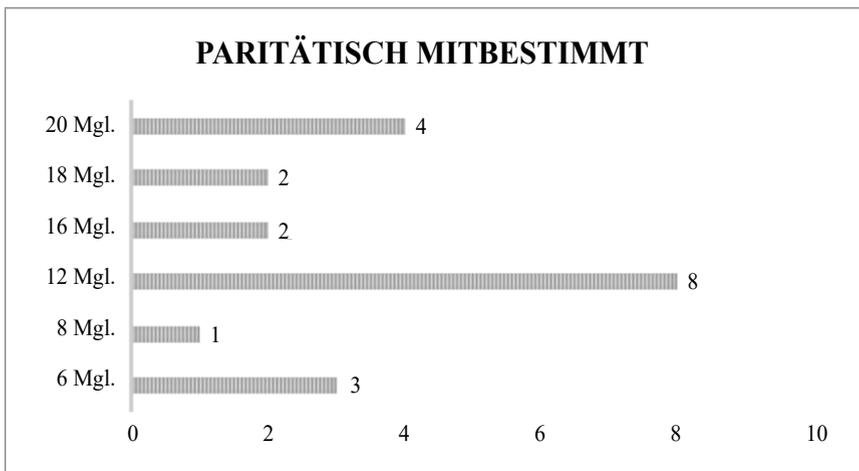
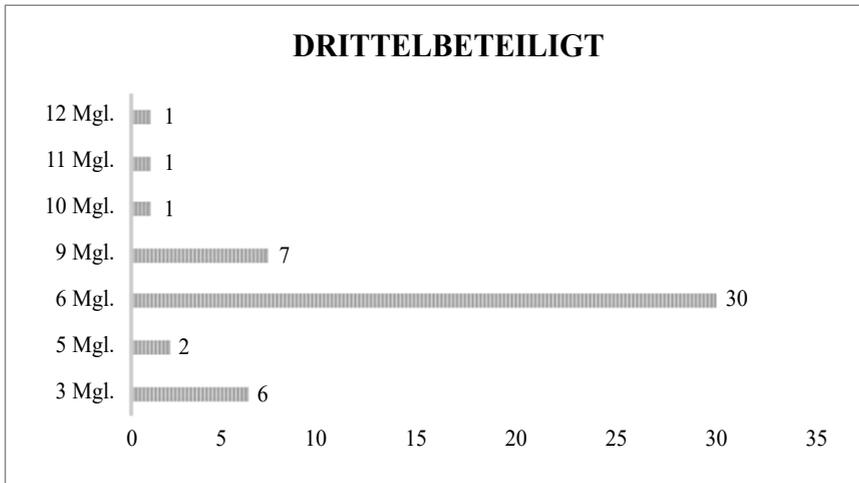
²⁶⁶ Datengrundlage: *Rosenbohm/Misterek*, (Fn. 260), S. 2.; sowie *dies.* (Fn. 262), S. 2.

²⁶⁷ Vgl. *Kornblum*, GmbHR 2021, 681, 689.

etwas geringer ausfiel als im Vorjahr (2,6 %). In absoluten Zahlen liegt die AG mit derzeit 13.883 Eintragungen immer noch weit voran.²⁶⁸

Von den 424 operativ tätigen SEs in Deutschland waren nur 68 (16 %) mitbestimmt.²⁶⁹ Darüber hinaus zeigt sich, dass die Aufsichtsräte der mitbestimmten SEs mit vergleichsweise wenigen Mitgliedern auskommen. Bei SEs mit Drittelbeteiligung besteht am häufigsten ein sechsköpfiges Gremium; bei paritätisch mitbestimmten findet sich eine Vorliebe für einen zwölfköpfigen Aufsichtsrat:²⁷⁰

Abbildung 2: Größe der mitbestimmten SE-Aufsichtsräte in Deutschland



²⁶⁸ Vgl. Kornblum, GmbHR 2021, 681, 682.

²⁶⁹ Siehe Rosenbohm/Misterek (Fn. 260), S. 3.

²⁷⁰ Datengrundlage für Abbildung: Rosenbohm/Misterek (Fn. 260), S. 7.

Bemerkenswert ist ferner, dass die in Deutschland tätigen SEs an sich eher einer dualistischen Leitungsstruktur zuneigen. Allerdings zeichnet sich in jüngerer Zeit ab, dass auch das monistische System zunehmend Anhänger gewinnt. Zum Stichtag 1.7.2020 weist das Institut für Mitbestimmung und Unternehmensführung (I.M.U.), ein Institut der Hans-Böckler-Stiftung, 249 dualistisch und 155 monistisch geführte Gesellschaften aus. Die monistische Organisation kommt damit nur, aber immerhin schon auf einen Anteil von 38 %.²⁷¹ Ende des Jahres 2015 waren hierzulande nicht mehr als 61 monistisch organisierte SEs registriert, was damals einen Anteil von 33 % ausmachte.²⁷²

Blickt man wieder auf die absoluten Zahlen, so liegt Tschechien mit 2.054 SEs im Jahr 2018 vorn.²⁷³ Die Zahl der normalen SEs in Tschechien fällt jedoch erheblich geringer aus. Von den 2.054 SEs im Jahr 2018 sind nach der Definition des ETUI lediglich 95 als operativ tätig einzustufen. Ein ganz erheblicher Teil der tschechischen SEs, nämlich 1.761 Stück, fristen ihr Dasein somit als sogenannte „UFO-SE“.²⁷⁴ Es handelt es sich dabei um Gesellschaften, über die keine ausreichenden Informationen vorliegen, um eine Kategorisierung vorzunehmen oder die als Vorratsgesellschaften²⁷⁵ gegründet wurden.²⁷⁶ Dessen ungeachtet liegt Tschechien auch bei der Zahl der operativ tätigen SEs immerhin auf dem zweiten Platz.²⁷⁷

Vergleichsweise viele Europäische Aktiengesellschaften finden sich ferner in Frankreich mit 38 nominellen und 27 echten SEs, den Niederlanden mit 31 nominellen und 22 echten SEs und der Slowakei mit 140 nominellen und 14 echten SEs. Schlusslichter sind Kroatien und Griechenland, in denen keine einzige SE registriert ist. Mit jeweils einer SE liegen die Länder Slowenien, Litauen, Portugal, Dänemark und Finnland knapp davor, wobei nicht alle der registrierten SEs als normale SE im Sinne der ETUI-Definition gelten.²⁷⁸

²⁷¹ Siehe *Rosenbohm*, SE-Datenblatt, Fakten zur Europäischen Aktiengesellschaft, Stand 1.7.2020, Institut für Mitbestimmung und Unternehmensführung (I.M.U.), Hans-Böckler-Stiftung, S. 2, abrufbar unter <https://www.boeckler.de/data/Mitbestimmung_SE_in_Europa_ab_2011.pdf> (21.10.2022).

²⁷² Siehe *Köstler/Pütz*, SE-Datenblatt, Fakten zur Europäischen Aktiengesellschaft, Stand 31.12.2015, Institut für Mitbestimmung und Unternehmensführung (I.M.U.), Hans-Böckler-Stiftung, S. 1, abrufbar unter <https://www.boeckler.de/data/Mitbestimmung_SE_in_Europa_ab_2011.pdf> (21.10.2022).

²⁷³ *Carlson*, SE-Companies, ETUI, 12./13.3.2018, S. 3, abrufbar unter: <<http://www.worker-participation.eu/European-Company-SE/Latest-developments>> (21.10.2022).

²⁷⁴ So die Bezeichnung des ETUI, siehe *Carlson*, SE-Companies, ETUI, 12./13.3.2018, S. 20.

²⁷⁵ *Schmidt*, ECL 2021, 116, sieht hier einen Zusammenhang zwischen dem *Numerus clausus* der Gründungsformen und dem Phänomen der zahlreichen Vorratsgesellschaften.

²⁷⁶ *Carlson* (Fn. 273), S. 20. Zur weiteren Ausdifferenzierung siehe *Jacobs*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Vor SEBG Rn. 44.

²⁷⁷ *Carlson* (Fn. 273), S. 3.

²⁷⁸ *Carlson* (Fn. 273), S. 3.

Schließlich soll noch ein Blick auf die SE in ganz Europa geworfen werden. Teilt man die normalen SEs einzelnen Branchen zu, so scheint die Rechtsform besonders in der Metall- und Stahlindustrie (16 %) sowie unter Finanzdienstleistern (15 %) und kommerziellen Dienstleistern (12 %) beliebt zu sein.²⁷⁹ Auffällig ist zudem, dass es unter den Gründungsvarianten einen klaren Favoriten der Rechtspraxis gibt: Bis zum Jahr 2018 wurde mit rund 80 % der ganz überwiegende Teil der SE in Europa durch primäre Gründung von gemeinsamen Tochter-SEs errichtet, während auf die Umwandlung nur 8 % der Gründungen, auf die Verschmelzung nur 4 % der Gründungen entfielen. 0 % sind durch Holding-Gründung entstanden; bei weiteren 8 % der SEs ist die Entstehung unbekannt.²⁸⁰ Blickt man jedoch nur auf die Gründung „normaler“ SEs ergibt sich ein anderes Bild: 35 % der SE-Gründungen gingen auf Umwandlung zurück; bei der Gründung von gemeinsamen Tochter-SEs waren es 41 %, während durch Verschmelzung immerhin 16 % „normale“ SEs zustande kamen.²⁸¹

3. Die SE und ihre Gründungsmotive

Der stete Anstieg der SE-Zahlen in Deutschland spiegelt sich insbesondere in den Rechtsformzusätzen großer und namhafter Gesellschaften wider. Den Anfang machte im Jahr 2006 die Allianz AG, die den Schritt in der Hauptsache mit der raschen und rechtssicheren Integration der italienischen Versicherung RAS begründete, welche nicht durch ein Abwarten bis zur Umsetzung der Verschmelzungs-RL 2005/56/EG verzögert werden sollte.²⁸² Nach diesem Startschuss streiften zahlreiche Unternehmen – z. B. BASF, Porsche Automobil Holding, Puma oder SAP²⁸³ – das Rechtskleid der SE über. Im DAX-40 finden sich heute nicht weniger als 14 Europäische Aktiengesellschaften. Ihr Hauptmotiv wird regelmäßig mit den Stichworten „Flucht aus der AG“²⁸⁴ bzw. „Flucht aus der Mitbestimmung“²⁸⁵ beschrieben. Dahinter stehen die aufgrund der Perpetuierung des SE-Mitbestimmungsstatus möglichen Strategien einer Vermeidung der unternehmerischen Mitbestimmung (z. B. Umwandlung, solange noch kein Schwellenwert erreicht ist) oder eines Einfrierens der Mitbestimmung auf niedrigem Niveau (z. B. Drittelbeteiligung trotz Überschreiten des Schwellenwerts nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG).²⁸⁶ Auf diese Weise versuchten offenbar viele Unternehmen – zumindest

²⁷⁹ Carlson (Fn. 273), S. 7.

²⁸⁰ Carlson (Fn. 273), S. 10.

²⁸¹ Carlson (Fn. 273), S. 11.

²⁸² Dazu Fleischer/Chatard, in: Fleischer/Mock, Große Gesellschaftsverträge aus Geschichte und Gegenwart, 2021, S. 479, 509 f.

²⁸³ Vgl. Casper, in: BeckOGK (Fn. 97), Art. 1 SE-VO Rn. 24 m. w. N.

²⁸⁴ So Arbeitskreis „Unternehmerische Mitbestimmung“, ZIP 2009, 885; Habersack, in: Habersack/Henssler (Fn. 211), Einleitung Rn. 76.

²⁸⁵ So Werner, NZG 2022, 541, 544.

²⁸⁶ Dazu oben III. 5. b) (3).

auch – dem hergebrachten deutschen Regelungsregime zu entfliehen,²⁸⁷ was der SE zuletzt sogar Schelte im Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP einbrachte.²⁸⁸ Außerdem machten die Unternehmen – auch die Allianz²⁸⁹ – von der Möglichkeit Gebrauch, ihren Aufsichtsrat zu verkleinern. Letzteres wird hierzulande zum Anlass genommen, um für eine flexiblere Regelung des nationalen Rechts hinsichtlich der Größe des mitbestimmten Aufsichtsrats zu werben.²⁹⁰

In empirischen Studien und in der rechtswissenschaftlichen Literatur wird indes betont, dass die SE keineswegs bloß als ein Instrument zur Mitbestimmungsvermeidung zu sehen sei, sondern auch zahlreiche andere Motive für ihre Gründung sprechen könnten.²⁹¹ Die weiteren Hauptmotive lassen sich in drei Punkte gliedern, welche sich im Grundsatz wiederum schon bei *Pieter Sanders* finden lassen.²⁹²

Auf der psychologischen Seite schlagen das europäische Image und der supranationale Charakter positiv zu Buche. Dies wird namentlich bei der Zusammenführung von Partnern aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten der Union als vorteilhaft erkannt.²⁹³ Illustrativ ist insofern etwa die Erläuterung der Beschlussvorlage für den Formwechsel der Airbus Group N. V. in die Airbus SE, welche im Jahr 2015 erfolgte:²⁹⁴

²⁸⁷ Vgl. statt vieler *Casper*, in: BeckOGK (Fn. 97), Art. 1 SE-VO Rn. 21; *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Drinhausen (Fn. 95), Vor §§ 1–3 SEBG Rn. 88 f.; *Werner*, NZG 2022, 541; *Eßers*, GWR 2022, 139; jeweils m. w. N.

²⁸⁸ Mehr Fortschritt wagen, Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, Koalitionsvertrag 2021–2025, S. 56: „Die Bundesregierung wird sich dafür einsetzen, dass die Unternehmensmitbestimmung weiterentwickelt wird, sodass es nicht mehr zur vollständigen Mitbestimmungsvermeidung beim Zuwachs von SE-Gesellschaften kommen kann (Einfriereffekt).“

²⁸⁹ *Fleischer/Chatard*, in: *Fleischer/Mock* (Fn. 282), S. 479, 513 f.

²⁹⁰ Vgl. den Vorschlag bei *Arbeitskreis „Unternehmerische Mitbestimmung“*, ZIP 2009, 885; aus jüngerer Zeit sodann *Arbeitskreis „Recht des Aufsichtsrats“*, NZG 2021, 477, 480; befürwortend *Koch*, AktG, 16. Aufl. 2022, § 96 Rn. 5a; vgl. auch *Seibert*, DB 2009, 1167, 1170 f.: „bedenkenswert“.

²⁹¹ Vgl. etwa Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), KOM(2010) 676 endg., S. 3 f.; *Eidenmüller/Engert/Hornuf*, AG 2009, 845, 847 f.; *Louven/Ernst*, BB 2014, 323; *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 67), Rn. 10.5; *Drinhausen*, in: Habersack/Drinhausen (Fn. 95), Einleitung Rn. 31 m. w. N.; vgl. auch *Jacobs*, in: *MüKoAktG* (Fn. 86), Vor SEBG Rn. 44: „Die Motive für die Rechtswahl der SE sind nicht einfach zu ermitteln.“

²⁹² Vgl. oben II. 3.

²⁹³ Vgl. bereits Erwägungsgrund 3 der SE-VO; ferner KOM(2010) 676 endg., S. 3; zur Allianz SE *Fleischer/Chatard*, in: *Fleischer/Mock* (Fn. 282), S. 479, 510. Darüber hinaus soll der supranationale Charakter der Rechtsform auch für die zahlreichen SE-Gründungen in Tschechien verantwortlich sein. Vgl. dazu *Eidenmüller/Lasák*, in: FS Hommelhoff, 2012, S. 187, 192 f.

²⁹⁴ Airbus Group, Documentation for the Annual General Meeting, 2015, Seventh Resolution, abrufbar unter <<https://www.airbus.com/sites/g/files/jlcbta136/files/2021-06/agm-2015>

„The main purpose of the conversion of the Company into an SE is to structurally reflect the diversified operational presence (in particular in terms of sites and employees) of the Group in the different European countries. Together with the rebranding of the Airbus Group, having a European Company as the holding company of the Group improves the unified corporate identity, employee and other stakeholders identification, and enhances the supranational nature and image of the Group, while preserving at the same time its multidomestic face.“

Als weiterer Grund wird die Flexibilität der Rechtsform genannt.²⁹⁵ Damit ist zum einen erneut die Flexibilität der Rechtsform in Hinblick auf die Mitbestimmung angesprochen. Zum anderen sind damit aber auch die Wahlmöglichkeit zwischen den Leitungssystemen sowie die Möglichkeiten zur Umstrukturierung und Vereinfachung der Gruppenstruktur gemeint. Letzteres wird offenbar vor allem im Finanz- und Versicherungssektor geschätzt.²⁹⁶ Vorteile der monistischen Organisation werden vor allem für KMUs und für Familienunternehmen erkannt.²⁹⁷ Häufig wird die monistische SE als Komplementärin einer SE & Co. KGaA genutzt.²⁹⁸ Im Grundsatz schätzt man die Eignung der SE für kleinere und mittelständische Unternehmen indes als gering ein, was unter anderem auf die formale Satzungsstrenge, das hohe Mindestkapital und die komplexen Gründungsvoraussetzungen zurückgeführt wird.²⁹⁹ Dies erscheint im Lichte der frühen französischen Initiativen³⁰⁰ zwar kontraintuitiv,³⁰¹ wird jedoch durch die – gescheiterten – Initiativen für SPE und SUP unterstrichen.³⁰²

Schließlich war die SE aufgrund der Bestimmungen zur Sitzverlegung seit jeher als Rechtsform mit viel Bewegungsfreiheit gedacht. Wie erwähnt, erfüllte sie für die Allianz SE auch eine Überbrückungsfunktion, weil die Umsetzung der Verschmelzungs-RL 2005/56/EG nicht abgewartet werden konnte. Mit deren

documentation.pdf> (5.11.2022); vgl. dazu auch *Schmidt*, in: *Fleischer/Mock* (Fn. 282), S. 1305, 1314 f.

²⁹⁵ Diesen Aspekt zuletzt betonend *Eßfers*, *GWR* 2022, 139, 140 f.; siehe ferner *KOM(2010)* 676 endg.

²⁹⁶ Näher dazu *KOM(2010)* 676 endg., S. 4. Vgl. auch die bereits unter IV.2. angesprochene Beliebtheit der SE bei Finanzdienstleistern.

²⁹⁷ *Bachmann*, *ZGR* 2008, 779, 782; *Wicke*, *RNotZ* 2020, 25, 30 ff.; *Casper*, in: *BeckOGK* (Fn. 97), Art. 1 SE-VO Rn. 23.

²⁹⁸ Dazu *Mayer-Uellner/Otte*, *NZG* 2015, 737, 740; *Seibt/v. Rimon*, *AG* 2019, 753.

²⁹⁹ Vgl. *Oechsler*, in: *MüKoAktG* (Fn. 86), Vor Art. 1 SE-VO Rn. 18; *Servatius*, in: *Henssler/Strohn* (Fn. 160), *Internationales Gesellschaftsrecht* Rn. 231 („aufgrund des Zuschnitts der Verordnung“); positiver hingegen *Casper*, in: *BeckOGK* (Fn. 97), Art. 1 SE-VO Rn. 23.

³⁰⁰ Siehe oben II. 3.

³⁰¹ Vgl. auch die implizite Erwartungshaltung in Erwägungsgrund 13 der SE-VO, wonach das Mindestkapital zwar eine ausreichende Vermögensgrundlage bilden sollte, jedoch „ohne dass dadurch kleinen und mittleren Unternehmen die Gründung von SE erschwert wird.“

³⁰² *Oechsler*, in: *MüKoAktG* (Fn. 86), Vor Art. 1 SE-VO Rn. 18. Zum jüngsten Vorstoß einer deutsch-französischen Zusammenarbeit für eine *Société Européenne Simplifiée* (SES) vgl. *Association Henri Capitant*, *Code Européen des Affaires – Avant-projet relatif à la société européenne simplifiée* – 2021, abrufbar unter <<https://www.henricapitant.org/actions/code-europeen-des-affaires-avant-projet-relatif-a-la-societe-europeenne-simplifiee/>> (15.8.2022).

Transposition und weiteren Erleichterungen der grenzüberschreitenden Mobilität, zuletzt durch Umsetzung des grenzüberschreitenden Formwechsels,³⁰³ dürfte diese ohnehin nur selten genutzte Funktion als Gründungsmotivation allerdings weitgehend obsolet sein.³⁰⁴

4. Die SE als Rechtsform mit Ausstrahlungskraft

Der Wert der SE liegt jedoch nicht nur darin, dass sie vor allem hierzulande als „attraktive Rechtsformalternative“³⁰⁵ wahrgenommen wird. Vielmehr hat sich ihre Bedeutung auch indirekt im Sinne eines vertikalen Wettbewerbs³⁰⁶ mit Rechtsformen in den Mitgliedstaaten und in ihrer Ausstrahlung auf andere Teile des europäischen Gesellschaftsrechts gezeigt.³⁰⁷ Bereits genannt wurden etwa die Bestrebungen, die gesetzlichen Vorgaben für den mitbestimmten Aufsichtsrat in der Aktiengesellschaft unter dem Eindruck der „Flucht in die SE“ zu flexibilisieren, was insbesondere eine Verkleinerung dieser Gremien ermöglichen soll. In jüngerer Zeit erfährt ferner die Idee, auch das deutsche Aktienrecht für ein monistisches Leitungskonzept zu öffnen, Zuspruch.³⁰⁸ Aus der Praxis des grenzüberschreitenden Formwechsels ist bekannt, dass die Vorschriften über die Verlegung des Sitzes einer SE zum Teil als Orientierung für das bis vor kurzem nicht geregelte Verfahren eines innereuropäischen Umzugs anderer Rechtsformen dienen.³⁰⁹ Außerdem diene das Regelungsgefüge der SE auf Ebene des europäischen Gesellschaftsrechts als Lernmaterial, was sich beispielsweise in der Fortschreibung von Verhandlungsmodell mit Auffangregelung in der Verschmelzungs-RL 2005/56/EG äußerte,³¹⁰ und als Prototyp für andere europäische Rechtsformen.³¹¹ Diese haben, auch wenn ihnen in der Rechtswirklichkeit³¹² kein Erfolg beschieden war oder sie gar noch im Entwurfsstadium stecken blieben,³¹³ die europäische Ge-

³⁰³ BGBl. 2023 I Nr. 51 v. 28.2.2023.

³⁰⁴ Vgl. auch *Jacobs*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Vor SEBG Rn. 45; *Hohenstatt/Müller-Bonanni*, in: Habersack/Drinhausen (Fn. 95), Vor §§ 1–3 SEBG Rn. 88.

³⁰⁵ *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 67), Rn. 45.9.

³⁰⁶ Dazu *Fleischer*, ZHR 174 (2010), 385, 413 ff.; *ders.*, *RabelsZ* 76 (2012) 235; *Eidenmüller*, 18 Ind. J. Gl. L. St. 707 (2011); *Klöhn*, *RabelsZ* 76 (2012), 276.

³⁰⁷ Vgl. *Oechsler*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Vor Art. 1 SE-VO Rn. 9.

³⁰⁸ *Baums*, in: GS Gruson, 2009, S. 1, 4 ff.; *Drinhausen/Keinath/Waldvogel*, in: FS Marsch-Barner, 2018, S. 159; *Reichert*, ZHR 187 (2023) 739, 743 ff.

³⁰⁹ In diesem Sinne jedenfalls die Checkliste des AG Charlottenburg, abgedruckt bei *Melchior*, GmbHR 2014, R311; *Hushahn*, RNotZ 2014, 137, 140 f.; *Knaier/Pfleger*, GmbHR 2017, 859, 863 ff.; aus Österreich: *Eckert*, in: Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung, 3. Aufl. 2021, Vor §§ 1–18 EU-VerschG Rn. 63.

³¹⁰ Vgl. *Drinhausen*, in: Habersack/Drinhausen (Fn. 95), Einleitung Rn. 27; *Jacobs*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Vor § 1 SEBG Rn. 7.

³¹¹ *Oechsler*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Vor Art. 1 SE-VO Rn. 9; *Jacobs*, in: MüKoAktG (Fn. 86), Vor § 1 SEBG Rn. 7; zu diesen im Überblick *Lutter/Bayer/Schmidt* (Fn. 67), Rn. 10.7 ff.

³¹² So die SCE; vgl. *Klöhn*, *RabelsZ* 76 (2012) 276, 282.

³¹³ So die FE, die SPE und die SUP.

sellschaftsrechtswissenschaft belebt und über den Umweg der Richtlinie manchen Fortschritt bewirkt.³¹⁴ Ob dies künftig auch einen rückwärts gerichteten Impuls zur Reform der SE geben wird, steht in den Sternen. Vorschläge dafür lägen seit langem auf dem Tisch,³¹⁵ dürften jedoch – wie so viele Ansätze in der Geschichte der SE – vorerst am politischen Willen scheitern.

³¹⁴ Vgl. etwa zuletzt die Möglichkeit zur Online-Gründung, welche zuerst im Rahmen des SUP-Projekts diskutiert und nun mit der Digitalisierungs-RL in die Gesellschaftsrechts-RL eingegangen ist.

³¹⁵ Vgl. unter anderem *Casper*, ZHR 173 (2009), 181 ff.; *Henssler*, ZHR 173 (2009), 222 ff.; *Kiem*, ZHR 173 (2009), 156 ff.; ferner die identifizierten Problemlagen bei KOM (2010) 676 endg., S. 7 f. und die Vorschläge der Reflection Group on the Future of EU Company Law, 5.4.2011, S. 29 f.; aus jüngerer Zeit *Schmidt*, ECL 2021, 116.

§ 10 Singapur: Singapore Business Trust, 2004

Christian Kolb

I.	Einführung	346
II.	Die Geschichte des <i>trust</i> und seiner Funktion als Wirtschaftsinstrument in Singapur	348
	1. Rezeption und Verwendung während der Kolonialzeit	348
	2. Der <i>trust</i> als Wirtschaftsinstrument im postkolonialen Singapur	350
	a) Der <i>trust</i> als Instrument einer wachsenden Finanzindustrie	350
	b) Die Erfolgsgeschichte des S-REIT	351
III.	Entstehungsgeschichte und weitere Entwicklungslinien des RBT	353
	1. Anlass und Ziele der Einführung	353
	2. Ablauf des Gesetzgebungsverfahrens	354
	3. Einführung der Business Trust Regulations	356
	4. In- und ausländische Regelungsvorbilder	356
	5. Steuerliche Behandlung und Anreize	357
	6. Verbreitung, wirtschaftliche Bedeutung und Einsatzfelder	359
IV.	Grundstrukturen	361
	1. Errichtung und Registrierung	361
	2. Rechtsnatur	363
	3. Geschäftsführung	364
	4. Haftung der <i>unitholders</i>	365
	5. Einzelne Governance-Aspekte	365
	a) Pflichten des <i>trustee-manager</i> und seiner Organe	365
	b) Zusammensetzung der Organe des <i>trustee-manager</i> und des <i>audit committee</i>	367
	c) Abberufung des <i>trustee-manager</i>	368
	6. Ausschüttungen und Gläubigerschutz	369
	7. Deregistrierung und Auflösung	370
V.	Gesamtwürdigung	371
	1. Erfolg von Rechtsformneuschöpfungen und seine Ursachen	371
	a) Erfolgsfaktoren gegenüber der <i>company</i>	372
	b) (Mindest-)Abstand zum existierenden Rechtsformangebot als übergeordnetes Erfolgskriterium	373
	2. Verhältnis von rechtlichen und wirtschaftlichen Entwicklungen	375
	3. Rechtsvergleichung und Zirkulation der Rechtsideen	377
	a) Bedeutung und Rolle der Rechtsvergleichung bei Rechtsform- neuschöpfungen	377
	b) Weitergehende Zirkulation der Rechtsideen	378

I. Einführung*

In vielen angelsächsisch geprägten Rechtsordnungen ist der *trust* schon lange seinen mittelalterlichen Ursprüngen¹ als Instrument zur Umgehung von Eigentumsverboten und Vermeidung von Feudalsteuern entwachsen und übernimmt in verschiedensten Ausgestaltungen die Funktion als „instrument of commerce“². Unter der (nicht immer einheitlichen) Bezeichnung des *business trust* florierte das Rechtsinstitut in England insbesondere im 18. und 19. Jahrhundert als Rechtskleid für Unternehmen neben der *incorporated joint-stock company*.³ Auch in den USA verbreitete sich der *business trust* in dieser Funktion in vielen Industrien⁴ und konkurrierte dort mit der *corporation* sogar bis ins frühe 20. Jahrhundert um die Stellung als dominante Organisationsform.⁵ In beiden Ländern ebte das Interesse jedoch mit zunehmender Liberalisierung der kapitalgesellschaftlichen Regelungsregime und, speziell in den USA, mit dem Abbau steuerlicher Vorteile merklich ab.⁶ Seitdem fristet der *trust* im kommerziellen Kontext ein, wenn auch wirtschaftlich enorm bedeutsames,⁷ Nischendasein abseits des produzierenden Gewerbes.⁸ Daran hat auch die Einführung gesetzlich kodifizierter For-

* Inhalt und Fußnoten des Beitrags wurden im August 2022 aktualisiert. Die im Oktober 2022 verabschiedeten und im März 2024 in Kraft getretenen Gesetzesänderungen durch den Business Trusts (Amendment) Act 2022 haben daher keine Berücksichtigung mehr gefunden. Internetquellen wurden zuletzt an dem im jeweiligen Klammerzusatz angegebenen Datum abgerufen.

¹ Zur Geschichte des *trust* und seinen frühen Verwendungsfeldern ausführlich *Langbein/Lerner/Smith*, *History of the Common Law*, S. 299 ff. Dazu auch *Isaacs*, 42 *Harv. L. Rev.* 1048, 1050 (1929); aus der deutschsprachigen Literatur etwa *Becker*, *Die fiducie von Québec und der trust*, 2007, S. 19 ff.; *Kötz*, *Trust und Treuhand*, 1963, S. 14 ff.

² So *Langbein*, 107 *Yale L.J.* 165 (1997).

³ Dazu *Morley*, 116 *Colum. L. Rev.* 2145, 2150 (2016).

⁴ Siehe die Aufzählung mit einschlägigen Nachweisen im Fallmaterial bei *Morley*, 116 *Colum. L. Rev.* 2145, 2164 f. (2016).

⁵ *Rutledge/Schaefer*, 48 *Real Prop. Tr. & Est. L.J.* 83, 93 (2013); *Sitkoff*, 2005 *U. Ill. L. Rev.* 31, 32 (2005).

⁶ So für England *Flannigan*, (1984) 6 *Est. & Tr. Q.* 375, 378; für die USA *Gallanis*, 88 *U. Cin. L. Rev.* 843, 852 (2020).

⁷ *Gallanis*, 88 *U. Cin. L. Rev.* 843, 852 (2020); illustratives Zahlenmaterial für den US-amerikanischen Markt findet sich bei *Langbein*, 107 *Yale L.J.* 165, 170 ff. (1997); vgl. auch *Oh*, in: *Hillman/Loewenstein*, *Research Handbook on Partnerships, LLCs and Alternative Forms of Business Organization*, 2015, S. 268.

⁸ *Miller*, (2011) 36 *Queen's L.J.* 443, 448 f. „The trust at one time challenged the corporation for dominance as an organizational form for operating entities, but its lasting and contemporary significance has been limited to niche functions peripheral to productive enterprise.“; näher zu einzelnen Einsatzfeldern, die etwa in der Verwendung des *trust* als Organisationsstruktur großer Pensions- und anderer Investmentfonds liegen, *Hayton*, in: *Hayton*, *Extending the Boundaries of Trust and Similar Ring-Fenced Funds*, 2002, S. 23, 34 ff.; *Langbein*, 107 *Yale L.J.* 165, 167 ff. (1997); *Schwartz*, 58 *The Business Lawyer* 559, 563 ff. (2003).

men des *business trust* in einigen US-Bundesstaaten, wie dem Delaware Statutory Trust,⁹ kaum etwas geändert.¹⁰

Eine veritable Renaissance als Vehikel für operativ tätige Unternehmen erlebt das Rechtsinstitut fernab dieser Rechtsordnungen in dem Stadt- und Inselstaat Singapur. Grund dafür ist der am 12. Oktober 2004 in Kraft getretene Business Trusts Act (BTA)¹¹. Mit diesem hat der singapurische Gesetzgeber – zum damaligen Zeitpunkt erstmals im asiatischen Raum¹² – einen gesetzlichen Organisationsrahmen für *business trusts* geschaffen. *Business trusts*, die sich unter dem BTA bei der Zentralbank und obersten Finanzaufsichtsbehörde Singapurs, der Monetary Authority of Singapore (MAS), registrieren lassen (sog. *registered business trusts* (RBT))¹³, gewährt das Gesetz ein umfassendes Haftungsschild und Zugang zu Singapurs liquidem Kapitalmarkt; im Gegenzug gibt der BTA Regelungen zu Governance-Fragen verbindlich vor.¹⁴

Nach anfänglich verhaltener Reaktion auf den BTA¹⁵ hat sich der RBT mittlerweile im Rahmen großer Börsengänge als Alternative zur singapurischen *company* fest etabliert und damit zu einer ganz eigenen „resurgence of ‘uncorporation’“¹⁶ in Singapur beigetragen. In der rechtswissenschaftlichen Literatur hat die geschaffene Rechtsform neben primär deskriptiven Darstellungen¹⁷ ihrer

⁹ Ausführlich zu dieser Rechtsform in diesem Band § 3 Vereinigte Staaten: Statutory Business Trust (Stemberg), S. 77.

¹⁰ Walsh/Michaels, (2013) 19 Trusts & Trustees 681, 683: „For all their flexibility, [Delaware Statutory Trusts] are infrequently used as operating business entities.“

¹¹ Cap. 30 (Sing. 2004). Alle Normverweise im Folgenden beziehen sich auf den Business Trust Act, Cap. 31A (Sing. 2020 Rev. Ed.) in der Fassung vom 1.4.2022. Die entsprechenden Gesetzestexte sowie alle im weiteren Verlauf zitierten Gesetze in offizieller Version sind elektronisch abrufbar unter <<https://sso.agc.gov.sg/>> (11.3.2024).

¹² Seitdem ist ein vergleichbares Gesetz in Malaysia verabschiedet worden. In Hongkong sind Notierungen von *business trusts* an der Börse grundsätzlich möglich, an einem allgemein gültigen Regelungsrahmen fehlt es soweit ersichtlich noch. Näher zu entsprechenden Reformbestrebungen Ho, 11 Journal of International Business and Law 311, 324 ff. (2014).

¹³ Sec. 2 BTA.

¹⁴ Näher zu verschiedenen Governance-Elementen unten in Teil IV.

¹⁵ Vgl. Tang, 8 J.B.L. 683, 684 (2012): „[R]esponse to the newly introduced legislation was initially lukewarm [...]“

¹⁶ So der Titel (vollständig: „Resurgence of ‘Uncorporation’: The Business Trusts in Singapore“) von Tang, 8 J.B.L. 683 (2012). Den Anstoß für die Untersuchung des wiederkehrenden Erfolges von Rechtsformalternativen zur *company*/*company/corporation* in verschiedenen angelsächsischen Rechtsordnungen gaben Beiträge aus der US-amerikanischen Rechtswissenschaft zum dortigen Phänomen des „rise of the uncoperation“. Vgl. aus der umfangreichen Literatur nur die Beiträge zum Symposium „Uncorporation: A New Age“ in 2005 U. Ill. L. Rev. 1 ff. (2005) und monographisch L. Ribstein, Rise of the Uncorporation, 2010.

¹⁷ Mit dieser Erkenntnisrichtung in der Aufsatzliteratur vor allem Koh/Hailing, 17 Securities Law – Newsletter of the International Bar Association Legal Practice Division 22 (2011) und Tang, 8 J.B.L. 683, 686 (2012); in der Lehrbuchliteratur Yeo/Lee/Hanrahan/Ramsay/Stapledon, Commercial Applications of Company Law in Singapore, 6. Aufl. 2018, § 4-120,

rechtlichen Ausgestaltung auch rechtsvergleichende Studien¹⁸ inspiriert, die Unterschiede zu und Gemeinsamkeiten mit den Rechtsformäquivalenten der US-Bundesstaaten herausarbeiten.

Die in diesen Untersuchungen gelegten Fäden nimmt dieser Beitrag auf, um im Folgenden die durch den BTA geschaffene Rechtsformneuschöpfung umfassend auszuleuchten. Den ersten Schritt (II.) bildet ein Abriss der Geschichte des *trust* und seiner Funktion als Wirtschaftsinstrument in Singapur, die Gründe für die Einführung der Rechtsform und die konkrete Ausgestaltung ihres Regelungsrahmens liefert. Sodann (III.) werden die Entstehungsgeschichte des RBT und die weiteren Entwicklungslinien mitsamt seiner heutigen Verbreitung aufbereitet. Der nächste Teil (IV.) erläutert dessen wesentliche Grundstrukturen. Abschließend (V.) werden die gewonnenen Erkenntnisse zusammengeführt und im Kontext übergreifender Fragestellungen der Entstehung von Rechtsformen gewürdigt.

II. Die Geschichte des *trust* und seiner Funktion als Wirtschaftsinstrument in Singapur

Die eingangs erwähnte Verbreitung des *trust* im Unternehmensbereich erfolgte in England und den USA vor dem Hintergrund boomender Wirtschaften in Folge der schnell fortschreitenden Industrialisierung dieser Länder.¹⁹ Dagegen war Singapur bis ins frühe 19. Jahrhundert eine Insel mit knapp 200 Einwohnern und kaum nennenswerter Wirtschaftsleistung.²⁰ Angesichts dieser vollkommen unterschiedlichen wirtschaftlichen Rahmenbedingungen überrascht es wenig, dass sich die Geschichte des *trust* und seiner Funktion als Wirtschaftsinstrument in Singapur im Verlauf des 19. und 20. Jahrhunderts von den eingangs skizzierten Entwicklungslinien in England und den USA merklich unterscheidet. In Folge des rasanten wirtschaftlichen Aufstiegs des Landes nach seiner endgültigen Unabhängigkeit im Jahr 1965 lassen sich aber deutliche Parallelen erkennen.

1. *Rezeption und Verwendung während der Kolonialzeit*

Die Geschichte des *trust* begann wenige Jahre, nachdem der Brite *Sir Thomas Stamford Raffles* im Jahr 1819 mit der Etablierung eines Handelspostens im Namen der britischen Ostindien-Kompanie das kolonialgeschichtliche Kapitel Sin-

S. 71 f.; *Yeo*, in: Tan, Walter Woon on Company Law, 3. Aufl. 2009, Rn. 1.37 ff.; *Tjio*, in: Tjio/Koh/Woan, Corporate Law, 2015, Rn. 03.029 ff.

¹⁸ *Ho*, 11 Journal of International Business and Law 311 (2014); *Tritt/Teschner*, 88 U. Cin. L. Rev. 735 (2020).

¹⁹ Dazu *Morley*, 116 Colum. L. Rev. 2145, 2158 (2016).

²⁰ *Swee-Hock*, 10 J. Southeast Asian Hist. 36, 37 (1969).

gapurs eingeläutet hatte.²¹ Nach anfänglichen „years of legal chaos“²² ohne einheitliche Rechtssetzung und -anwendung wurde auf der Insel das englische Recht umfassend rezipiert. Grundlage der Rezeption bildete die Second Charter of Justice 1826, mit der Singapur als Teil der Strait Settlements der Jurisdiktion des Court of Judicature of Prince of Wales' Island, Singapore, and Malacca in the East Indies unterstellt wurde. Die in der Charter enthaltene Anweisung an das neu geschaffene Kolonialgericht, Urteile in Einklang mit „justice and right“ zu fällen, las *Maxwell R* in der berühmten Entscheidung *Regina v. Willans* (1858)²³ als Generalimport der bis 1826 ergangenen englischen Gesetzgebungsakte, des Common Law und der Equity-Rechtssätze des damaligen Court of Chancery.²⁴ Auf diesem Weg gelangte auch der *trust* nach Singapur.²⁵

Anders als in England und in den USA blieb das Rechtsinstitut im Verlauf des 19. Jahrhunderts und größtenteils auch in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts im privaten Bereich verhaftet. Verwendung fand es bei der bereits früh ethnisch sehr diversen lokalen Bevölkerung,²⁶ vor allem in den kulturellen und religiösen Praktiken wohlhabender Zuwanderer aus China und der arabischen Welt.²⁷ Im wirtschaftlichen Bereich herrschten dagegen andere Organisationsformen vor. Die große chinesischstämmige Bevölkerungsgruppe schloss sich vor allem in *kongsi*-Organisationen und bis zu deren Verbot im Jahr 1889 in sog. Geheimgesellschaften (*secret societies*)²⁸ zusammen.²⁹ Die englischen Kaufleute agierten vor allem in Einzelunternehmen und *partnerships*.³⁰

Mit dem „Gummi-Boom“ des späten 19. Jahrhunderts nahm zudem die Zahl der lokalen *companies* zu, für die der Indian Companies Act 1866 nach dem Modell des wenige Jahre zuvor verabschiedeten englischen Inkorporationsstatuts³¹ einen allgemeinen Gründungs- und Registrierungsprozess geschaffen hatte. Insgesamt spielten diese „Straits dollar companies“ wegen der übermächtigen Kon-

²¹ *Woon*, in: *Tan*, Asian Legal Systems, 1997, S. 314, 315.

²² So die Zwischenüberschrift bei *Phang*, The Development of Singapore Law, 1990, S. 34; übernommen von *Müller*, Die Entwicklung des Privatrechts in Singapur, 1999, S. 9. Früher bereits *Napier*, (1974) 16 Malaya Law Review 4, 13.

²³ 3 Kyshe 16, 26.

²⁴ Statt vieler *Phang* (Fn. 22), S. 36.

²⁵ In diesem Sinne *Tang*, 103 Iowa Law Review 2263, 2269 (2018): „[O]n the backs of the Second Charter of Justice and *Regina v. Willans*, English trust law crept into Singapore.“ (Hervorhebung im Original).

²⁶ Für eine ausführliche Aufarbeitung der Zusammensetzung der singapurischen Bevölkerung bis zur Unabhängigkeit siehe *Swée-Hock*, 10 J. Southeast Asian Hist. 36, 41 (1969).

²⁷ *Tang*, 103 Iowa Law Review 2263, 2269 (2018).

²⁸ Allgemein zu diesen *Mak*, in: *Kwa/Kua*, A General History of the Chinese in Singapore, 2019, S. 153 ff.

²⁹ *Mahy/Ramsay*, (2014) Sing. J.L.S. 123, 145.

³⁰ *Mahy/Ramsay*, (2014) Sing. J.L.S. 123, 144: „From the 1820s through to the rubber boom of the early 20th century, British merchants in Singapore were mainly sole traders or worked in small partnerships [...].“

³¹ Companies Act 1862 (25 & 26 Vict c 89).

kurrenz der Londoner „sterling companies“³² und der herrschenden Kapitalknappheit auf der Insel³³ zu Kolonialzeiten eine eher untergeordnete Rolle. Auf diesen Umstand dürfte auch die geringe Verbreitung des *trust* im Unternehmensbereich zurückführen sein. Denn anderorts erfreute er sich als Rechtsform gerade deshalb großer Beliebtheit, weil mit ihm kapitalgesellschaftliche Strukturelemente nachgebildet werden konnten, ohne sich dabei die Fesseln eines umständlichen Inkorporationsprozesses und zwingender Rechtsregeln anzulegen.³⁴ Bedarf für eine solche Alternative zur Kapitalgesellschaft bestand in Singapur zu diesem Zeitpunkt schlichtweg nicht.

2. *Der trust als Wirtschaftsinstrument im postkolonialen Singapur*

a) *Der trust als Instrument einer wachsenden Finanzindustrie*

Zunehmende Bedeutung im wirtschaftlichen Bereich erlangte der *trust* dann aber in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts. Als eine der Wachstumsstrategien nach der Unabhängigkeit verfolgte die postkoloniale Regierung Singapurs das Ziel, das Finanzsystem des rohstoffarmen und importabhängigen Landes fortzuentwickeln und es als Standort für internationale Finanzdienstleitungen zu etablieren.³⁵ Den gewünschten Erfolg zeigte diese wirtschaftspolitische Ausrichtung zunächst im Bereich der Finanzintermediation, nach entsprechenden politischen Bestrebungen in Folge der ersten postkolonialen Rezession im Jahr 1985 dann auch in der Fondsmanagementindustrie.³⁶ In diesem wirtschaftlichen Umfeld fand der *trust* zunehmend Verbreitung, jedoch nicht als Rechtskleid für produzierende oder andere operativ tätige Unternehmen, sondern als Organisationsstruktur für eine wachsende Anzahl an Investmentfonds.

Popularität erlangte dabei insbesondere der *unit trust*, der in seiner modernen Form wohl erstmals in den USA (dort als *unincorporated mutual fund* bezeichnet) errichtet worden war und sich dort als kollektives Kapitalanlageinstrument (*collective investment scheme*) durchsetzte, bevor er nach Großbritannien und in

³² Zu diesem Aspekt näher *Mahy/Ramsay*, (2014) Sing. J.L.S. 123, 144, 146.

³³ Näher dazu wiederum *Mahy/Ramsay*, (2014) Sing. J.L.S. 123, 144.

³⁴ Statt vieler *Ho*, 11 *Journal of International Business and Law* 311 (2014): „[Business trusts] historically were used to reap the benefits of incorporation while escaping certain regulatory and tax requirements that were usually levied against corporations.“

³⁵ *Bryant*, in: *Sandhu/Wheatley*, *Management of Success: The Moulding of Modern Singapore*, 1989, S. 337, 338: „A prominent component of [Singapore’s development] policies was an explicit effort to promote the development of the financial system. The intent was to orientate financial institutions in an outward-looking direction, encouraging them so see their role as servicing an international rather than solely a domestic clientele.“

³⁶ *Ng*, *Hong Kong and Singapore as International Financial Centres: A Comparative Functional Perspective*, Research Paper, August 1998, S. 18, abrufbar unter <<https://citeseerx.ist.psu.edu/document?repid=rep1&type=pdf&doi=a5a09444f6eccd6ace5e3e834a31557d69f5b306>> (11.3.2024).

andere Länder „exportiert“ wurde.³⁷ Strukturell weist der *unit trust* im Vergleich zum klassischen *private trust* die Besonderheit auf, dass der *beneficial interest* nicht einem oder mehreren natürlichen Personen zugewiesen, sondern in einzelne Anteile – die namensstiftenden *units* – „zerlegt“ ist. Ein solcher Anteil kann grundsätzlich vom jeweiligen Inhaber frei veräußert werden.

In Singapur erstmals im Jahr 1958 errichtet, stieg die Zahl der *unit trusts* insbesondere durch eine weitreichende Liberalisierung des bestehenden Regulierungsrahmens im letzten Jahrzehnt des 20. Jahrhunderts stark an. 1998 hatten Anleger bereits die Wahl zwischen 191 *unit trusts*.³⁸

b) Die Erfolgsgeschichte des S-REIT

Als prägend für die spätere Genese des RBT sollte sich aber dann ein nochmaliger Bedeutungsschub des *trust* im Wirtschaftsbereich erweisen, den das Rechtsinstitut durch die Einführung des singapurischen *real estate investment trust* (S-REIT) kurz vor der Jahrtausendwende erhielt. Bei der REIT-Struktur handelt es sich um ein Instrument der kollektiven Kapitalanlage speziell für den Immobilienbereich, das in Singapur ganz überwiegend als *trust* strukturiert wird.³⁹

Die Idee der Einführung einer REIT-Struktur war bereits Mitte der 1980er Jahre von dem Property Market Consultative Committee im Jahr 1986 aufgeworfen worden.⁴⁰ Ein umfangreicher Aktionsplan⁴¹ der Expertenkommission sah zur Wiederbelebung des rezessionsbedingt schwachen Immobilienmarktes die Einführung eines Investmentvehikels vor, das sich bereits in den USA und Australien (dort als sog. *listed property trusts*) bewiesen hatte.⁴² Umgesetzt wurde der Aktionsplan in diesem Punkt jedoch nicht. Ins Blickfeld der MAS und der Regierung Singapurs rückte der REIT dann erneut nach der Asienkrise der Jahre 1997 und 1998. Unternehmen im Immobiliensektor waren zu diesem Zeitpunkt hoch verschuldet und im Vergleich zu ihrem Nettoinventarwert deutlich unterbewertet.⁴³ Dies erhöhte die Finanzierungskosten und die Abhängigkeit von Fremdkapital, das Banken in Folge der Krise entweder gar nicht oder nur zu teuren

³⁷ Eingehend zur Entwicklung des *unit trust* *Sin*, *The Legal Nature of the Unit Trust*, 1998, S. 27 ff.

³⁸ *Tsaurai*, 12 *Corporate Ownership & Control* 401, 406 (2015).

³⁹ *Lee/Foo*, (2010) 22 *SaLJ* 36, 40: „Unlike the majority of US REITs but similar to REITs offered in Australia and Hong Kong, S-REITs are predominantly organised as unit trusts, a form of collective investment scheme (‘CIS’) that is based on the common law concept of trust.“

⁴⁰ *Sing*, in: *Huat/Sing/Ming*, *Singapore’s real estate: 50 years of transformation*, 2016, S. 161, 165.

⁴¹ *Property Market Consultative Committee*, *Action Plan for the Property Sector: Report of the Property Market Consultative Committee*, 1986.

⁴² *Koh/Chien/Phoon/Seah*, in: *Chuen/Gregoriou*, *Handbook of Asian Finance: REITs, Trading, and Fund Performance*, Vol. 2, 2014, S. 53.

⁴³ *Koh/Hailing*, 17 *Securities Law – Newsletter of the International Bar Association Legal Practice Division* 22 (2011); *Tan*, in: *Manglani*, *REITs in Asia*, 2005, S. 109, 110.

Konditionen zur Verfügung stellte.⁴⁴ Die Ausgliederung von Bestandsimmobilien mit einem überschaubaren Risikoprofil in einen REIT versprach die Aufwertung des verbleibenden risiko- und ertragsreicheren Immobilienentwicklungsgeschäfts sowie zusätzliches Investitionskapital.⁴⁵

Die rechtlichen Voraussetzungen für die Errichtung eines S-REIT schuf die MAS mit der Ausgabe neuer Richtlinien für die Etablierung von Immobilienfonds⁴⁶ im Jahr 1999. Das Interesse an dem neuen Instrument war zunächst aber karg gesät. Als wesentlicher Hemmschuh erwies sich die Unklarheit über die steuerliche Behandlung des S-REIT.⁴⁷ Erst als die singapurische Steuerbehörde im Juli 2001 dem ersten geplanten S-REIT, dem SingMall Property Trust, steuerliche Transparenz zusicherte,⁴⁸ sollte der Marktappetit auf das neue Anlageobjekt getestet werden. Der noch im Herbst desselben Jahres angestrebte Börsengang scheiterte jedoch noch am mangelnden Investoreninteresse.⁴⁹ Für einen zweiten Versuch wurden daraufhin das Ausgabevolumen verringert und das Dividendenversprechen erhöht.⁵⁰ Unter diesen geänderten Vorzeichen wurden dann im Juli 2002 erstmals Anteile an einem S-REIT erfolgreich an der Börse platziert und waren um ein Vielfaches überzeichnet.⁵¹

Literaturstimmen, die trotz dieses holprigen Starts ein freundliches Marktumfeld für den S-REIT gegeben sahen,⁵² sollten schnell Recht behalten. Wenige Monate nach dem Debüt des ersten S-REIT notierte der Ascendas Real Estate Investment Trust und stieß dabei ebenfalls auf eine starke Nachfrage von institutionellen und Privatanlegern.⁵³ Weitere namhafte Immobilienunternehmen hatten zu diesem Zeitpunkt ihr Interesse an der Platzierung eines solchen Instruments bekun-

⁴⁴ Vgl. *Sing* (Fn. 40), S. 169.

⁴⁵ Vgl. *Tan* (Fn. 43), S. 110.

⁴⁶ *Koh/Hailing*, 17 Securities Law – Newsletter of the International Bar Association Legal Practice Division 22 (2011); *Tan* (Fn. 43), S. 109.

⁴⁷ *Sing* (Fn. 40), S. 161: „The ambiguity about the preferential tax in the original [Property Fund] Guidelines was one barrier for private developers to create REITs in Singapore.“; für weitere regulatorische Aspekte, die eine schnelle Verbreitung des S-REIT verhinderten, siehe *Tan* (Fn. 43), S. 109.

⁴⁸ Vgl. *Rashiwala*, REITs clear hurdle with IRAS, *Business Times*, 24.7.2001 (zitiert nach *Sing* (Fn. 40), S. 165).

⁴⁹ Über 20 Prozent der angebotenen Anteile fanden damals keine Abnehmer, dazu *Rashiwala*, CapitaLand Calls off Singmall Float, *The Business Times*, 13.11.2001 (zitiert nach *Tan* (Fn. 43), S. 111); zu den möglichen Gründen des Scheiterns *Ngen*, Is There A Business Case for REITs in Singapore?, Master Thesis, Massachusetts Institute of Technology, September 2002, S. 48 f.; *Sing*, (Fn. 40), S. 166.

⁵⁰ *Tan* (Fn. 43), S. 109

⁵¹ *Sing* (Fn. 40), S. 165 f.

⁵² Mit dieser Stoßrichtung *Ngen* (Fn. 49), S. 53: „The case study on the failure of the launch of CapitaLand’s SingMall Property Trust [...] reveals that the key factors contributing to the failure [...] were specific to the trust itself and have little relationship with the broader market conditions [...]“.

⁵³ Vgl. *Sing* (Fn. 40), S. 175.

det. Die sich auf dieser Grundlage abzeichnende große Erfolgsgeschichte⁵⁴ des S-REIT gab den Anstoß für die Einführung des RBT.⁵⁵

III. Entstehungsgeschichte und weitere Entwicklungslinien des RBT

1. Anlass und Ziele der Einführung

Durch den S-REIT stand Unternehmen im Immobiliensektor ein attraktives Finanzierungsinstrument offen, das zudem zusätzliches Investorenkapital nach Singapur lockte und damit Liquidität sowie Breite des lokalen Kapitalmarkts stärkte. Mit Einführung des RBT wollte der singapurische Gesetzgeber diese Finanzierungsmöglichkeiten auch anderen Wirtschaftsbereichen eröffnen und zusätzlich eine neue Anlageklasse schaffen, die zur weiteren „depth and sophistication of Singapore’s capital markets“⁵⁶ beitragen sollte. Ins Auge gefasst wurde dabei insbesondere der ebenfalls kapitalintensive Infrastruktursektor.⁵⁷ Auch dort sahen sich Unternehmen dem Problem ausgesetzt, dass fertig gestellte Infrastrukturprojekte mit stabilen und regelmäßigen Einkommensflüssen (*cash generating assets*) nicht hinreichend monetarisiert werden konnten. Die vorhandenen Organisationsformen boten dafür keine Abhilfe: Ein Rückgriff auf den S-REIT zur Ausgliederung einzelner Unternehmensteile kam in diesen Fällen nicht in Betracht, da der anwendbare Regulierungsrahmen die zulässigen Investmentobjekte dieser Fonds auf Immobilien oder verwandte Vermögenswerte beschränkte.⁵⁸ Die *company* unterlag zwar keinen vergleichbaren Investitionsbeschränkungen,

⁵⁴ Rückblickend *Tang*, (2012) 8 J.B.L. 683, 685: „tremendous success story“; ähnlich *Chun*, (2007) 19 SAclJ 47, 57: „runaway success“.

⁵⁵ *Tang*, (2012) 8 J.B.L. 683, 685: „The motivation for Singapore to enact the Business Trusts Act was probably due to the success of the Singapore Real Estate Investment Trust (S-REIT).“; gleichsinnig auch *Koh/Hailing*, 17 Securities Law – Newsletter of the International Bar Association Legal Practice Division 22, 23 (2011); *Tritt/Teschner*, 88 U. Cin. L. Rev. 735, 744 (2020).

⁵⁶ Rede des Bildungsministers *Tharman Shanmugaratnam*, Business Trusts Bill, Parliament No. 10, Session No. 1, Vol. 78, 1.9.2004, Column 361 f.: „Introducing the business trust structure in Singapore will therefore create a new asset class for investors, and potentially add depth and sophistication to Singapore’s capital markets.“ Nahezu identisch *MAS*, Public Consultation on Regulation of Business Trusts, 10.12.2003, Rn. 5.

⁵⁷ *MAS*, Explanatory Brief: The Business Trusts Bill and The Securities and Futures (Amendment) Bill, 20.7.2004, Rn. 5: „The BT structure is more suited for businesses with stable growth and cash flow, such as infrastructure businesses [...]“. So auch der Executive Director der *MAS Kola Luu*, Rede auf der Macquarie Asia Infrastructure Conference, 10.12.2007, Rn. 16 f.; aus dem Schrifttum *Koh/Hailing*, 17 Securities Law – Newsletter of the International Bar Association Legal Practice Division 22, 23 (2011).

⁵⁸ Code on Collective Investment Schemes, Part II, Appendix 6, para. 6 („Permissible Investments“). Näher dazu *Koh*, in: Booth/Boyle, Real Estate Investment Trusts, 2006, S. 184 ff.

jedoch strengeren Kapitalerhaltungsregelungen, welche die wirtschaftliche Attraktivität der ausgliedernden Anlageobjekte für Investoren erheblich beeinträchtigt hätte.⁵⁹

Auf der Suche nach einem Instrument, mit dem die klaffende Lücke im organisationrechtlichen Gefüge geschlossen werden konnte, fiel die Wahl auf das Konzept des *business trust*, dessen Einsatz weder im Common Law noch durch moderne Gesetzgebungsstatute in anderen Jurisdiktionen auf einen bestimmten Wirtschaftsbereich beschränkt worden war. Zur Einführung des *business trust* hätte es im Grundsatz keiner gesetzgeberischen Geburtshilfe bedurft, zeigten doch die Erfolge des Rechtsinstituts in England und den USA im 19. Jahrhundert, dass der *trust* auch im Common Law die rechtliche Funktion eines Unternehmensträgers übernehmen konnte. Für die Weichenstellung einer gesetzlichen Kodifikation entschied sich die singapurische Regierung sowie die am gesamten Gesetzgebungsverfahren maßgeblich beteiligte MAS (dazu sogleich) jedoch wegen der geplanten Möglichkeit, dass Investitionen in das neue Anlageinstrument nicht alleine von institutionellen Investoren, sondern von der breiten Öffentlichkeit getätigt werden. Dazu passend wurde zum ausdrücklichen Ziel des BTA erklärt, dass dieser erstens Investoren- und Gläubigerrechte und zweitens die Pflichten und Verantwortlichkeit des *trustee* sowie den Umgang mit Interessenkonflikten ausbuchstabieren sollte.⁶⁰

In einer zweiten Weichenstellung entschieden sich Regierung und die MAS gegen die Eingliederung des *business trust* in den vorhandenen Regulierungsrahmen für *unit trusts*, S-REITs und andere kollektive Anlageinstrumente, sondern für die spezialgesetzliche Normierung als eigene Rechtsform. Maßgeblicher Erwägungsgrund dafür war, dass die neue Organisationsstruktur als Rechtsträger für operativ tätige Unternehmen fungieren solle, während es sich bei den *collective investment schemes* um passive Anlageinstrumente handele.⁶¹ Weiter argumentiert wurde, dass die auf Letztere anwendbaren Investmentrichtlinien und andere regulatorische Anforderungen sich nicht mit der erforderlichen unternehmerischen Entscheidungsfreiheit bei operativ tätigen Unternehmen verträgen.⁶² Der Regelungsrahmen solle sich vielmehr an dem der *company* orientieren, bei der Geschäftsentscheidungen keiner Regulierung unterlägen.⁶³

2. Ablauf des Gesetzgebungsverfahrens

Den Auftakt des recht kurzen Gesetzgebungsverfahrens machte die MAS zusammen mit dem Finanzministerium mit einer öffentlichen Konsultation im Dezember 2003, in der sie um Feedback zu den Kernfragen des geplanten Regelungs-

⁵⁹ Näher zu den Vorteilen des RBT in dieser Hinsicht Teil IV.6.

⁶⁰ MAS, Explanatory Brief: The Business Trusts Bill and The Securities and Futures (Amendment) Bill, 20.7.2004, Rn. 5.

⁶¹ MAS, Public Consultation on Regulation of Business Trusts, 10.12.2003, Rn. 9.

⁶² MAS, Public Consultation on Regulation of Business Trusts, 10.12.2003, Rn. 9.

⁶³ MAS, Public Consultation on Regulation of Business Trusts, 10.12.2003, Rn. 10.

gefüges für den *business trust* baten.⁶⁴ Dem Konsultationspapier beigelegt war ein erster vollständig ausformulierter Gesetzesentwurf aus der Feder einer Arbeitsgruppe, die sich aus Vertretern des Finanzministeriums, der MAS, dem Registry of Companies and Businesses (RCB), einer damals dem Handelsregister vergleichbaren Einrichtung,⁶⁵ und des Justizministeriums zusammensetzte.⁶⁶

Der Einladung zur Stellungnahme kamen insgesamt 18 Parteien nach, darunter Anwaltskanzleien, Banken, Wirtschaftsprüfer sowie verschiedene Interessenverbände, aber auch Unternehmen aus dem Energie- und Immobiliensektor.⁶⁷ Bei ihnen stieß der Gesetzesentwurf im Grundsatz auf breite Zustimmung.⁶⁸ Für die zu Einzelfragen geäußerte Kritik zeigten sich die Entwurfsverfasser offen und passeten auf deren Grundlage den Regelungsentwurf gleich in mehreren Punkten an.⁶⁹

In dieser veränderten Form wurde der Gesetzesentwurf kurz darauf in das parlamentarische Verfahren eingebracht. Auf eine rein formale Lesung⁷⁰ Ende Juli folgte in einer zweiten Lesung am 1. September 2004 eine inhaltliche Debatte. Die Oppositionsparteien begrüßten insgesamt die Einführung eines speziellen Organisationsrahmens für *business trusts*. In den Worten einer Abgeordneten: „[T]he introduction of the business trust is indeed very welcome.“⁷¹ Kritisch hinterfragt wurden dagegen einzelne Elemente des geplanten Regelungsgefüges, darunter auch die zentrale Entscheidung der Entwurfsverfasser, Personenidentität⁷² zwischen dem *trustee* und dem mit der Geschäftsführung betrauten *manager* zu verlangen. Weitere Punkte betrafen die Ausgestaltung der Gläubigerrechte und die hohen Compliance-Kosten,⁷³ die die Governance-Anforderungen des BTA

⁶⁴ Ein Überblick über die einzelnen Regelungsvorschläge samt zugrundeliegender Ratio findet sich bei Wong, (2004) 19 Journal of International Banking Law and Regulation, N67–70.

⁶⁵ Die heutige Accounting and Corporate Regulatory Authority (ACRA), die aus einem Zusammenschluss des RCB und des Public Accountants' Board hervorging, nimmt neben der Registerfunktion auch weitreichende Aufsichtsfunktionen wahr. Eine Übersicht der Aufgabenbereiche der ACRA findet sich unter <<https://www.acra.gov.sg/who-we-are/overview-of-acra>> (11.3.2024).

⁶⁶ MAS, Public Consultation on Regulation of Business Trusts, 10.12.2003, Vorwort Rn. 3.

⁶⁷ Eine vollständige Liste findet sich am Ende von MAS, Consultation on Regulation of Business Trusts – MAS' Response to Feedback Received, 12.7.2004.

⁶⁸ Rede des Bildungsministers und stellvertretenden Finanzministers *Tharman Shanmugaratnam*, Business Trusts Bill, Parliament No. 10, Session No. 1, Vol. 78, 1.9.2004, Column 362: „There has been broad support for the proposed legislation.“

⁶⁹ Siehe MAS, Consultation on Regulation of Business Trusts – MAS' Response to Feedback Received, 12.7.2004, Antworten 3, 6, 7 und 11.

⁷⁰ Business Trusts Bill, Parliament No. 10, Session No. 1, Vol. No. 78, 20.7.2004, Column 243 f.

⁷¹ Rede der Abgeordneten *Fang Ai Lian*, Business Trusts Bill, Parliament No. 10, Session No. 1, Vol. 78, 1.9.2004, Column 376.

⁷² Zu diesem *single-responsible-entity*-Modell ausführlich in Teil IV.3. Einzelheiten zur geäußerten Kritik finden sich in der Rede des Abgeordneten *Ong Kian Min*, Business Trusts Bill, Parliament No. 10, Session No. 1, Vol. 78, 1.9.2004, Column 369.

⁷³ Rede des Abgeordneten *Ong Kian Min*, Business Trusts Bill, Parliament No. 10, Session No. 1, Vol. 78, 1.9.2004, Column 370 f.

verursachen würden. Zu inhaltlichen Änderungen führte die Kritik der Abgeordneten jedoch nicht.

Direkt im Anschluss an die in Gänze nicht einmal 45 Minuten dauernde Debatte wurde der BTA nach der obligatorischen *committee stage* und einer dritten Lesung verabschiedet. Seit dem Auftakt des Gesetzgebungsverfahrens waren bis zu diesem Zeitpunkt keine zehn Monate vergangen.

3. Einführung der Business Trust Regulations

Präzisiert und weiter ausdifferenziert wurde der Regelungsrahmen für die neu geschaffene Rechtsform im darauffolgenden Jahr. Im Januar 2005 erließ die MAS mit gesetzgeberischer Ermächtigung⁷⁴ die Business Trust Regulations (BTR)⁷⁵. Bei diesen handelt es sich um nachgeordnete Rechtsvorschriften (*subsidiary legislation*), denen allgemein im singapurischen Gesellschaftsrecht ein hoher Stellenwert zukommt. Nach der Einschätzung eines führenden Lehrbuchs bilden sie sogar „the vast bulk of the written [company] law“.⁷⁶

Im Fall des RBT erfüllen die BTR jedoch eher eine Ergänzungs- und Präzisierungsfunktion. Sie spezifizieren unter anderem die Voraussetzungen für die Registrierung von *business trusts* unter dem BTA⁷⁷ sowie die Einzelheiten zu Ernennung, Abberufung und Pflichten des *trustee-manager*.⁷⁸

4. In- und ausländische Regelungsvorbilder

Bei der Ausgestaltung des Regelungsrahmens für den RBT griffen die Entwurfsverfasser sowohl auf inländische als auch ausländische Regelungsvorbilder zurück. Pate für die Ausgestaltung des Governance-Rahmens stand dabei insbesondere die damals gültige Version des singapurischen Companies Act.⁷⁹ Zudem wurden einzelne Bestimmungen aus dem Securities and Futures Act⁸⁰ und dem Financial Advisers Act⁸¹ übernommen.⁸²

Neben diesen inländischen Rechtssetzungsakten ließen sich die Entwurfsverfasser auch von einer Reihe ausländischer Rechtsquellen inspirieren. Der rechtsvergleichende Seitenblick galt vor allem Australien, Kanada und den USA, wo

⁷⁴ Siehe sec. 114 BTA.

⁷⁵ G.N. S 11/2005, zuletzt geändert am 6.8.2018.

⁷⁶ *Tjio* (Fn. 17), Rn. 01.020.

⁷⁷ Dazu Part II BTR.

⁷⁸ Dazu Part III BTR. Zu diesen und weiteren Regelungen des BTR sowie ihrem Zusammenspiel mit dem BTA näher in Teil IV.

⁷⁹ MAS, Public Consultation on Regulation of Business Trusts, 10.12.2003, Rn. 7: „In developing the governance framework for BTs, consideration was given to the company law regime and the rights and protection afforded to shareholders under company law.“

⁸⁰ Cap. 289 (Sing. 2006 Rev. Ed.).

⁸¹ Cap. 110 (Sing. 2002 Rev. Ed.).

⁸² So z. B. sec. 29 BTA („Liability of Trustees“).

bereits vergleichbare Organisationsformen in kodifizierter Form existierten.⁸³ Den größten Einfluss dürfte dabei der australische Investment Management Act ausgeübt haben,⁸⁴ der im Jahr 1998 in Kraft getreten war und den Regulierungsrahmen für kollektive Kapitalanlagen grundlegend umgestaltet hatte.⁸⁵

Interessant aus der Warte der Gesetzgebungstechnik ist, dass der singapurische Gesetzgeber die in- oder ausländischen Regelungsvorbilder offenlegt, nach denen einzelne Vorschriften des BTA nachgebildet worden sind. In der offiziellen elektronischen Version des BTA geschieht dies durch farblich hervorgehobene Kurzverweise auf die einschlägigen Gesetzgebungsakte,⁸⁶ die im *Legislative Source Key* am Ende des Gesetzes nähere Erläuterung finden. Wie der Gesetzgeber selbst klarstellt, sind diese Verweise jedoch kein offizieller Bestandteil des Gesetzes, sondern dienen alleine der Übersichtlichkeit.⁸⁷ Auf die Frage nach der methodischen Konsequenz dieser Klarstellung sowie der Verweisungstechnik insgesamt wird im Rahmen allgemeinerer Überlegungen zur Bedeutung der Rechtsvergleichung bei der Entstehung von Rechtsformen noch näher einzugehen sein.⁸⁸

5. Steuerliche Behandlung und Anreize

In verschiedenen Rechtsordnungen hat sich das Steuerrecht als Katalysator des Trends zur *incorporation* erwiesen. Musterbeispiel dafür ist die US-amerikanische LLC, die die *corporation* als beliebteste Gesellschaftsform erst abzulösen vermochte, nachdem der langjährige Kampf um eine transparente Besteuerung gewonnen war.⁸⁹ Obwohl die Vorteile einer Transparenzbesteuerung wegen des eingliedrigen Körperschaftssteuersystems (*one-tier corporate tax system*)⁹⁰ in

⁸³ Rede des Bildungsministers und stellvertretenden Finanzministers *Tharman Shanmugaratnam*, Business Trusts Bill, Parliament No. 10, Session No. 1, Vol. 78, 1.9.2004, Column 361.

⁸⁴ Vgl. *MAS*, Public Consultation on Regulation of Business Trusts, 10.12.2003, Rn. 7: „The regulatory frameworks in other jurisdictions, in particular, the Managed Investment Scheme (‘MIS’) regime in Australia, were also considered.“; in diese Richtung auch *Tjio* (Fn. 17), Rn. 03.002.

⁸⁵ So *Moodie/Ramsay*, Managed Investment Schemes: An Industry Report, Centre for Corporate Law And Securities Regulation, University of Melbourne, 2003, S. 1: „The [Managed Investment Act] marked a radical shift in the policy of regulating collective investment schemes.“ Ein konziser Überblick über die Veränderungen findet sich bei *Mutton/Sharpe*, (2000) 36 *Australian Property Journal* 136, 136 ff.

⁸⁶ So zum Beispiel am Ende von sec. 2 BTA.

⁸⁷ So die Anmerkung im *Legislative Source Key* des BTA.

⁸⁸ Näher dazu Teil V.3.

⁸⁹ Dazu ausführlich in diesem Band § 1 Vereinigte Staaten: Limited Liability Company (*Fleischer/Kolb*), S. 27.

⁹⁰ Anders als bei dem in den USA und in vielen anderen Ländern vorherrschenden zweigliedrigen Körperschaftssteuermodell werden Unternehmensgewinne in Singapur seit dem Jahr 2003 allein auf *Gesellschafts-* und nicht zusätzlich auf *Gesellschafterebene* besteuert. Eingehend zu den Folgen der Implementierung des eingliedrigen Körperschaftssteuersystems *Tan*, 32 *Int'l Tax J.* 19 (2006).

Singapur wesentlich geringer ausfallen dürften,⁹¹ ist sie auch dort als wesentlicher Treiber der Entwicklung und Nutzung von Rechtsformalternativen zur *company* identifiziert worden.⁹²

Bei der zunehmenden Verbreitung des RBT spielten diese steuerlichen Motive jedoch keine Rolle. Die Rechtsform wird nämlich in steuerrechtlicher Sicht einer *company* gleichgestellt.⁹³ Anders als beim S-REIT ließ die singapurische Steuerbehörde über diese Frage keine Unsicherheit aufkommen und erklärte die kapitalgesellschaftlichen Besteuerungsgrundlagen im Jahr nach der Einführung des BTA ausdrücklich für anwendbar.⁹⁴ Bereits zuvor wurde der von der Opposition im Gesetzgebungsverfahren geäußerte Wunsch⁹⁵ nach einer transparenten Besteuerung der neuen Rechtsform seitens des Regierungsvertreters bestimmt zurückgewiesen.⁹⁶ In eine gesetzliche Form gießt dies sec. 36B(1) Income Tax Act⁹⁷: „[R]eferences to a company shall be read as including a reference to a registered business trust or, as the context requires, to the trustee-manager of a registered business trust subject to the following modifications: [...]“

Zumindest mittelbare steuerliche Anreize für die Nutzung der neuen Organisationsform setzte die singapurische Regierung im Jahr 2006 jedoch mit einer Reihe von Steuerfreistellungen (*tax exemptions*) und Steuervergünstigungen (*tax concessions*) zur Förderung von Projektfinanzierungen im Infrastruktursektor.⁹⁸ Erklärtes Ziel des Infrastructure Finance Tax Framework war es, insbesondere den singapurischen Kapitalmarkt für Finanzierungen von Infrastrukturvorhaben stärker zu aktivieren.⁹⁹ Genau für den Zweck der zusätzlichen Kapitalbeschaffung

⁹¹ So mit einer Beispielrechnung für den S-REIT *Ooi/Newell/Sing*, 14 *Journal of Real Estate Literature* 203, 214 (2006).

⁹² So *Tjio* (Fn. 17), Rn. 03.005: „[T]he use of alternative business vehicles has largely been driven by tax considerations [...]“

⁹³ Statt vieler *Yeo* (Fn. 17), Rn. 1.45.

⁹⁴ Vgl. *Tjio* (Fn. 17), Rn. 03.005. Kürzlich bestätigt in *Inland Revenue Authority of Singapore*, IRAS e-Tax Guide – Income Tax Treatment of a Trust registered under the Business Trust Act, 10.3.2021, Rn. 2.1: „A trust registered under the Business Trusts Act (‘RBT’) will be treated like a company for income tax purposes.“

⁹⁵ Rede der Abgeordneten *Fang Ai Lian*, Business Trusts Bill, Parliament No. 10, Session No. 1, Vol. 78, 1.9.2004, Column 378: „I have a wish list for the Minister. It is for business trust to be similarly accorded the transparency treatment of tax to make it attractive and to make it viable.“

⁹⁶ Rede des Bildungsministers und stellvertretenden Finanzministers *Tharman Shanmugaratnam*, Business Trusts Bill, Parliament No. 10, Session No. 1, Vol. 78, 1.9.2004, Column 383: „[Business trusts] will be taxed at the corporate rate, at the trustee level, and distributions of the trust would be treated as exempt one-tier dividends in the hands of unitholders. I am sure the Minister for Finance heard Mrs Fang Ai Lian’s arguments and will consider them. But the position at this point remains quite clear.“

⁹⁷ Cap. 134 (Sing. 2014 Rev. Ed.) zuletzt geändert am 1.7.2021.

⁹⁸ Zu den einzelnen Initiativen näher *MAS*, Incentives to Encourage Development of Infrastructure Finance, 16.9.2006, Rn. 2 ff.

⁹⁹ *MAS*, Incentives to Encourage Development of Infrastructure Finance, 16.9.2006, Rn. 4.

von Unternehmen im Infrastruktursektor war der RBT konzipiert worden.¹⁰⁰ In engem zeitlichem Zusammenhang zu den verabschiedeten Steueranreizen erfolgten die Börsengänge der ersten beiden RBTs aus dem Infrastrukturbereich, die der damalige Direktor der MAS als direktes Produkt der steuerpolitischen Maßnahmen ansah.¹⁰¹

6. Verbreitung, wirtschaftliche Bedeutung und Einsatzfelder

Der erste Börsengang eines RBT erfolgte mit der Notierung des Pacific Shipping Trust im Mai 2006, gut anderthalb Jahre nach Inkrafttreten des BTA. Im Jahr darauf ging mit dem CitySpring Infrastructure Trust ein erstes Unternehmen aus dem Infrastrukturbereich an die Börse. Ins mediale Rampenlicht rückte die Rechtsform dann mit dem spektakulären Börsengang des Hutchinson Port Holdings Trust im Jahr 2011, der mit einem Emissionsvolumen von knapp 5,5 Mrd. USD damals den größten in Singapur und im südostasiatischen Raum insgesamt darstellte.¹⁰² Im Jahr darauf zählte man eine überschaubare Zahl von zehn solcher gelisteten RBTs.¹⁰³ Weitere Interessenbekundungen großer Unternehmen aus Malaysia und Indien legten jedoch bereits dann Gründungen weiterer RBTs nahe.¹⁰⁴

Innerhalb von nur drei weiteren Jahren stieg die Zahl der bei der MAS registrierten *business trusts* auf 24 an.¹⁰⁵ Seitdem ist die Anzahl jedoch rückläufig. Derzeit verzeichnet eine Aufstellung der MAS (Stand: 29.7.2022) noch 19 RBTs;¹⁰⁶ 14 davon sind an der singapurischen Börse notiert.¹⁰⁷ Diese im Vergleich zu den 399.304 *companies* sowie den zusammen erfassten rund 144.997 *partnerships* und *sole proprietorships*¹⁰⁸ geringe Zahl verschleiern aber die tatsächliche wirtschaftliche Bedeutung der Rechtsform. Die Marktkapitalisierung der börsennotierten RBTs beträgt regelmäßig mehrere hundert Millionen US-Dollar und über-

¹⁰⁰ Dazu oben Teil III. 1.

¹⁰¹ Siehe *Kola Luu*, Rede auf der Macquarie Asia Infrastructure Conference, 10.12.2007, Rn. 18 f., abrufbar <<https://www.mas.gov.sg/news/speeches/2007/speech-by-mr-kola-luu-ed-mas-at-macquarie-asia-infrastructure-conference-07>> (11.3.2024).

¹⁰² *Lau/Azhar*, Hutchinson ports unit prices \$5.4 billion Singapore IPO: sources, Reuters, 11.3.2011, abrufbar unter <<https://www.reuters.com/article/us-hutchisonport-ipo-idUKTRE72A0EE20110311>> (11.3.2024).

¹⁰³ *Ho*, 11 *Journal of International Business and Law* 311, 320 (2014).

¹⁰⁴ Vgl. *Tang*, (2012) 8 *J.B.L.* 683, 684.

¹⁰⁵ *Sing* (Fn. 40), S. 191.

¹⁰⁶ *MAS*, List of Registered Business Trusts, abrufbar unter <<https://www.mas.gov.sg/regulation/capital-markets/List-of-Registered-Business-Trusts>> (11.3.2024).

¹⁰⁷ Die Liste der MAS führt 15 börsennotierte RBTs auf. Der *Accordia Golf Trust* ist nach eigenen Recherchen im Jahr 2021 von der Börse genommen worden, siehe <<https://links.sgx.com/FileOpen/AGT%20-%20Delisting%20and%20Winding%20Up%20Announcement-16%20Aug%202021.ashx?App=Announcement&FileID=679105>> (11.3.2024).

¹⁰⁸ Monatlich aktualisierte Zahlen finden sich auf der Webseite der ACRA (Fn. 65), abrufbar unter <<https://www.acra.gov.sg/training-and-resources/facts-and-figures/business-registry-statistics>> (11.3.2024). Die im Text genannten Zahlen stammen aus Juli 2022.

schreitet in Einzelfällen auch die Milliardengrenze. Die beiden größten RBTs, der bereits erwähnte Hutchinson Port Holdings Trust und der NetLink NBN Trust, gehören mit einer Marktkapitalisierung von respektive 2,05 Mrd. USD und 2,71 Mrd. USD gar zu den 40 größten an der singapurischen Börse notierten Unternehmen.¹⁰⁹

Im Wirtschaftsleben eingesetzt wird der RBT nicht nur für den ursprünglich ins Auge gefassten Infrastrukturbereich. Beliebt ist er auch als Organisationskleid zum Betrieb von Containerschiffen und als Alternative zum S-REIT bei der Verwaltung von Immobilien.¹¹⁰ Daneben wird die Rechtsform auch zum Betrieb von Unternehmen in den Hospitality-, Freizeit- und Gesundheitsbranchen verwendet.

Eine beliebte Konstruktion, in der ein RBT vorzufinden ist, ist eine sog. *staple*-Struktur, in der die Anteile an einem RBT und einem S-REIT verbunden und unter einer einheitlichen Bezeichnung börslich gehandelt werden.¹¹¹ Ein anschauliches und gleichzeitig das früheste Beispiel einer solchen *stapled security* bildet der CDL Hospitality Trust, über den Investoren die Gelegenheit erhalten, sich sowohl am CDL Hospitality Real Estate Investment Trust und am CDL Hospitality Business Trust zu beteiligen. Von der REIT-Struktur werden verschiedene Hotel- und Ressortgebäude gehalten. Der RBT ist das Vehikel, mit dem die in diesen Immobilien beheimateten Unternehmen geführt werden.¹¹²

Einen abschließenden Überblick über die Verbreitung und Einsatzfelder der Rechtsform bietet die folgende Tabelle:¹¹³

Name	Registrierungsdatum	Branche	börsennotiert
Accordia Golf Trust	21.7.2014	Freizeit	Nein
ARA US Hospitality Management Trust	2.5.2019	Hospitality	Ja
Ascendas India Trust	3.7.2007	Immobilien	Ja
Ascott Business Trust	30.12.2019	Hospitality	Ja
Asian Pay Television Trust	17.05.2013	(Netz-)Infrastruktur	Ja
CDL Hospitality Business Trust	12.6.2006	Hospitality	Ja
Dasin Retail Trust	13.1.2017	Immobilien	Ja
Eagle Hospitality Business Trust	16.5.2019	Hospitality	Ja

¹⁰⁹ Zahlen entnommen von <<https://companiesmarketcap.com/singapore/largest-companies-in-singapore-by-market-cap/>> (Stichtag 31.7.2022).

¹¹⁰ Siehe auch *Ho*, 11 *Journal of International Business and Law* 311, 324 (2014).

¹¹¹ Näher *Sing* (Fn. 40), S. 191.

¹¹² Für eine ausführliche Fallstudie der Struktur des CDL Hospitality Trust siehe *Sing* (Fn. 40), S. 193 f.

¹¹³ Die Angaben zu Namen, Datum der Registrierung und zur Börsennotierung der RBTs sind einer aktuellen Aufstellung der MAS (Fn. 106) entnommen. Die Angaben zur Branche beruhen auf eigenen Recherchen.

Name	Registrierungsdatum	Branche	börsennotiert
Far East Hospitality Business Trust	13.8.2012	Hospitality	Ja
First Ship Lease Trust	22.2.2007	Schifffahrt	Ja
Frasers Hospitality Business Trust	27.6.2014	Hospitality	Ja
Greenship Gas Trust	14.1.2013	Energieversorgung	Nein
Greenship Holdings Trust	14.1.2013	Energieversorgung, Schifffahrt	Nein
Hutchison Port Holdings Trust	25.2.2011	Infrastruktur, Schifffahrt	Ja
Keppel Infrastructure Trust (früher CitySpring Infrastructure Trust)	8.1.2007	Energie- und Wasserversorgung	Ja
NetLink NBN Trust	29.6.2017	(Netz-)Infrastruktur	Ja
OUE Hospitality Business Trust	17.7.2013	Hospitality	Nein
RHT Health Trust	25.9.2012	Gesundheitswesen	Ja
TOP-NTL Shipping Trust	4.5.2012	Schifffahrt	Nein

IV. Grundstrukturen

Bei der Einführung eines gesetzlichen Organisationsrahmen für den *business trust* hatte der Gesetzgeber klare Vorstellungen vor Augen: Anders als bei vergleichbaren Gesetzesvorhaben in den USA sollte kein Allzweckmöbel mit möglichst weitgehender Vertragsfreiheit geschaffen,¹¹⁴ sondern Unternehmen in kapitalintensiven Wirtschaftsbereichen eine Organisationsform an die Hand gegeben werden, um einzelne Unternehmensteile auszugliedern und letztlich mit dem Gang an den Kapitalmarkt zu monetarisieren.¹¹⁵ Ein Hauptaugenmerk sollte dabei auf den Governance-Rahmen des *business trust* gelegt werden, der gerade im Vergleich zur *company* als besonders defizitär empfunden wurde.¹¹⁶ Inwiefern sich diese gesetzgeberischen Vorstellungen niedergeschlagen haben, zeigt ein tiefergehender Blick auf die Grundstrukturen des RBT.

1. Errichtung und Registrierung

Die Möglichkeit der Registrierung lässt der BTA alleine für *business trusts* zu.¹¹⁷ Diese definiert sec. 2 (Stichwort „business trust“) des Gesetzes als *trusts*, (a) die für

¹¹⁴ Für die entsprechende gesetzgeberische Intention in Delaware siehe § 3828(b) Delaware Statutory Trust Act: „It is the policy of this subchapter to give maximum effect to the principle of freedom of contract and to the enforceability of governing instruments.“

¹¹⁵ Dazu bereits oben Teil III. 1.

¹¹⁶ Vgl. MAS, Public Consultation on Regulation of Business Trusts, 10.12.2003, Rn. 7 f.

¹¹⁷ Siehe sec. 3(1) BTA.

den Zweck errichtet werden, die Begünstigten – die *unitholders* – an Gewinnen oder Einnahmen partizipieren zu lassen, die im Zusammenhang mit der Verwaltung von Eigentum oder dem Betrieb eines Unternehmens erwirtschaftet werden, (b) bei denen die Begünstigten keine Kontrolle über das tägliche Management der Vermögensgegenstände des *trust* (*trust property*) haben, (c) diese Vermögensgegenstände von einem *trustee* oder in Vertretung eines solchen gemanagt werden, (d) die Beiträge der Begünstigten sowie die auszuschüttenden Einnahmen oder Gewinne gepoolt werden, und (e) die *trust units* entweder nicht rückzahlbar (*non-redeemable*) sind oder der *trust* nur in Immobilien oder verwandte Vermögensgegenstände investiert. Spezielle Konstellationen, in denen ein *trust* nicht als *business trust* im Sinne des BTA angesehen wird, werden ebenfalls ausbuchstabiert.¹¹⁸

Zur Errichtung eines *business trust* überträgt der sog. *sponsor* gegen Entgelt (*consideration*) das Eigentum an den materiellen oder immateriellen Vermögensgegenständen, die zum Betrieb des Unternehmens erforderlich sind, auf den vorgesehenen *trustee-manager*. Der Errichtungsakt wird in einer Urkunde – dem *trust deed* – festgehalten, die „the governance of the affairs of the trust and the conduct of its business“¹¹⁹ regelt. Funktional entspricht dieses Dokument damit den *articles of association* oder dem *partnership agreement* bei den singapurischen Kapital- und Personengesellschaften.

Während der Inhalt der Trusturkunde im Common Law nahezu ausschließlich dem Willen der beteiligten Akteure unterstand, sieht der BTA vor, dass das Dokument folgende Angaben zwingend enthalten muss:¹²⁰ (a) den Umfang der Geschäftstätigkeit des RBT; (b) die Befugnisse des *trustee-manager*; (c) die Laufzeit des RBT, (d) die Bedingungen, unter denen die *units* übertragen werden können, (e) die Vergütung des *trustee-manager* sowie andere Gebühren, die aus dem Vermögen des *trust* beglichen werden, (f) die Auflösung des RBT und (g) weitere Angelegenheiten, die die MAS vorschreiben kann.

Ist der *business trust* einmal errichtet, kann der vorgesehene *trustee-manager* die Registrierung unter dem BTA beantragen.¹²¹ Die Einzelheiten des Registrierungsprozesses regeln die BTR.¹²² Unter anderem legen sie eine Registrierungsgebühr von 2.000 SGD fest.¹²³

Nicht gleichzusetzen ist die Registrierung des *business trust* mit seiner Notierung an der singapurischen Börse.¹²⁴ Vielmehr ist sie, wie aus sec. 239C(1) SFA hervorgeht, nur Voraussetzung für einen Börsengang. Die *units* eines RBT können daher öffentlich gehandelt oder privat gehalten werden.¹²⁵

¹¹⁸ Schedule 1 BTA.

¹¹⁹ Sec. 2 BTA (Stichwort „deed“).

¹²⁰ Sec. 28(1) BTA.

¹²¹ Sec. 3(1) BTA.

¹²² Part II BTR.

¹²³ Sec. 6(1) BTR i. V.m. der Gebührentabelle im Anhang.

¹²⁴ Anders aber *Tritt/Teschner*, 88 U. Cin. L. Rev. 735, 746 (2020).

¹²⁵ So auch *Yeo* (Fn. 17), Rn. 1.38.

2. Rechtsnatur

Der RBT verfügt über keine eigene Rechtspersönlichkeit.¹²⁶ In dieser Hinsicht gleicht er klassischen *trusts* im privaten Bereich oder dem *business trust* im Common Law; wesentliche Unterschiede bestehen aber zu ausländischen Rechtsformäquivalenten, wie dem Delaware Statutory Trust, den der dortige Gesetzgeber zu einem eigenständigen Träger von Rechten und Pflichten erhoben hat.¹²⁷ Rechte erwerben, Verbindlichkeiten eingehen, klagen oder verklagt werden, kann daher nur der *trustee-manager*, nicht der RBT selbst. Niedergeschlagen hat sich diese konzeptionelle Grundentscheidung an verschiedenen Stellen des BTA. Zum Beispiel definiert das Gesetz eine *unit*, nicht, wie es bei einer *company* der Fall wäre,¹²⁸ als Anteil am RBT selbst, sondern als Anteil am *beneficial ownership* am Eigentum des *trust*.¹²⁹

Diese lange Zeit kaum bestrittene dogmatische Einordnung ist in jüngerer Zeit von einzelnen Stimmen in der Literatur in Frage gestellt worden.¹³⁰ Auf Grundlage von neueren Rechtsprechungssprengungen in verschiedenen Common-Law-Jurisdiktionen und insbesondere der Entscheidung des singapurischen High Court in *Re Croesus Retail Asset Management Pte Ltd*¹³¹, die einen gelisteten RBT betraf, vertreten sie, dass diesen *trusts* eine eigene Rechtspersönlichkeit zukomme.¹³² Dem zugrunde liegt ein grundlegend geändertes Verständnis des konkreten Inhalts des *beneficial interest*, den die Autoren unter Berufung auf eine jüngere Entscheidung des singapurischen Court of Appeal¹³³ nicht mehr als eigentumsähnliches Recht (*proprietary interest*), sondern als bloßes persönliches Recht (*right in personam*) gegenüber dem *trustee*, einordnen.¹³⁴

Eine vertiefte Auseinandersetzung mit diesen Fragen, die an den Grundfesten des *trust law* rütteln,¹³⁵ muss aus Platzgründen unterbleiben, zumal der aufgeflamnte Streit um die Rechtspersönlichkeit mehr dogmatischen Reiz als praktische Konsequenz besitzt. Denn der singapurische Gesetzgeber, der bei der Schaffung des BTA zweifelsohne dem traditionellen Verständnis der Rechtsnatur des

¹²⁶ Statt vieler *Yeo* (Fn. 17), Rn. 1.39.

¹²⁷ *Oh* (Fn. 7), S. 271; siehe auch § 3801(g) Delaware Statutory Trust Act.

¹²⁸ Sec. 4 Companies Act, Cap. 50 (Sing. 2006 Rev. Ed.) (Stichwort: „share“).

¹²⁹ Sec. 2 BTA (Stichwort: „unit“).

¹³⁰ *Tjio*, (2019) Sing. J.L.S. 235, 243 ff.; darauf aufbauend *Tritt/Teschner*, 88 U. Cin. L. Rev. 735, 749 ff. (2020).

¹³¹ (2017) SGHC 194 (HC).

¹³² So *Tritt/Teschner*, 88 U. Cin. L. Rev. 735, 749 (2020).

¹³³ *Ernest Ferdinand Perez De La Sala v. Compania De Navegación Palomar, SA* (2018) 1 SLR 894 (CA).

¹³⁴ Vgl. *Tritt/Teschner*, 88 U. Cin. L. Rev. 735, 749 (2020): „Rather, Singapore courts view the beneficial interest under a trust as a right against a trustee rather than a proprietary right.“

¹³⁵ Vgl. *Palmer/Rickett*, (2017) 11 J. Equity 157, 183: „[W]e are in the midst of a doctrinal revolution.“

trust folgte,¹³⁶ hat die Rechtsstellungen der *unitholders* und Gläubiger in vielen entscheidenden Punkten an die bei einer Kapitalgesellschaft angeglichen.¹³⁷

3. Geschäftsführung

Die Führung der Geschäfte des als RBT organisierten Unternehmens obliegt dem *trustee-manager*,¹³⁸ der diese nur bei einer entsprechenden Bestimmung in Trusturkunde an einen Vertreter delegieren kann.¹³⁹

Wie schon die begriffliche Kopplung zwischen *trustee* und *manager* zeigt, folgt der singapurische Gesetzgeber dem sog. *single-responsible entity model*, das Australien bei der grundlegenden Umgestaltung seines Regulierungsrahmens für verwaltete Anlageinstrumente eingeführt hatte.¹⁴⁰ Nach diesem Modell herrscht Personenidentität zwischen dem *trustee*, der gewöhnlich die Wahrung der Rechte und Interessen der Anteilshaber sicherstellen soll, und dem *manager*, der mit der operativen Tätigkeit und den Investitionsentscheidungen des *trust* betraut ist. Gegen eine Aufteilung dieser Rollen, wie sie dem *dual-responsible model* immanent ist, entschieden sich die Verfasser des BTA wegen der Schwierigkeit, die Haftungsbereiche sinnvoll zu trennen, und der dadurch entstehenden ungewollten Haftungslücken.¹⁴¹ Sichergestellt werden sollte, „that there is only one entity that is clearly liable.“¹⁴²

Der *trustee-manager* muss eine nach singapurischem Recht inkorporierte *company* sein. Gleichgültig ist, ob es sich bei ihr um eine *private company* mit einer Maximalanzahl von 50 Anteilseignern oder einer *public company* handelt.¹⁴³ Eine engere Regelungsalternative im ersten Gesetzesentwurf, die allein Letztere als *trustee-manager* zuließ, war nach breiter Kritik im Konsultationsverfahren verworfen worden.¹⁴⁴ Einziger Unternehmensgegenstand dieser Gesellschaft darf die Geschäftsführung genau *eines* RBT sein.¹⁴⁵ Auch hieran gab es von verschied-

¹³⁶ Rede des Bildungsministers und stellvertretenden Finanzministers *Tharman Shanmugaratnam*, Business Trusts Bill, Parliament No. 10, Session No. 1, Vol. 78, 1.9.2004, Column 361: „[U]nlike a company, a business trust is not a separate legal entity.“; gleichsinnig *MAS*, Explanatory Brief: The Business Trusts Bill and The Securities and Futures (Amendment) Bill, 20.7.2004, Rn. 4.

¹³⁷ Dazu näher Teil IV.4.

¹³⁸ Sec. 6(2) BTA.

¹³⁹ Sec. 8(2) BTA.

¹⁴⁰ Näher dazu bereits oben in Teil III.4.

¹⁴¹ *MAS*, Public Consultation on Regulation of Business Trusts, 10.12.2003, Rn. 6.

¹⁴² *MAS*, Public Consultation on Regulation of Business Trusts, 10.12.2003, Rn. 6.

¹⁴³ Vgl. sec. 6(1) BTA. Nicht als *trustee-manager* fungieren kann dagegen eine *exempt private company*, die eine Sonderform der *private company* mit maximal 20 Anteilseignern und spezieller behördlicher Erlaubnis darstellt.

¹⁴⁴ *MAS*, Consultation on Regulation of Business Trusts – *MAS*’ Response to Feedback Received, 12.7.2004, unter 3.

¹⁴⁵ Sec. 6(3) BTA; siehe auch *MAS*, Public Consultation on Regulation of Business Trusts, 10.12.2003, Rn. 12.

denen Seiten im Gesetzgebungsverfahren Kritik; dieses Mal jedoch ohne Erfolg.¹⁴⁶

4. Haftung der unitholders

Die wohl größte Schwäche des *business trust* im Common Law lag in der nicht abschließend geklärten Frage der Haftungsreichweite der *beneficiaries*.¹⁴⁷ Im englischen und dem dadurch geprägten singapurischen Recht konnte eine unbeschränkte Haftung der *beneficiaries* insbesondere dadurch entstehen, dass ihnen die Pflicht auferlegt wurde, den *trustee* für eingegangene Verbindlichkeiten zu entschädigen.¹⁴⁸ Über die Voraussetzungen und Reichweite einer solchen Entschädigungspflicht bestand in Literatur und Rechtsprechung ein breit gefächertes Meinungsspektrum.¹⁴⁹

Die damit verbundene Rechtsunsicherheit wollte der Gesetzgeber mit der eindeutigen Regelung des sec. 32(1) BTA beseitigen.¹⁵⁰ Die Norm stellt klar, dass die Haftung der *unitholders* für Verbindlichkeiten, die der *trustee-manager* in Zusammenhang mit den Geschäften des RBT eingeht, auf ihre ursprünglichen Beiträge beschränkt ist. Diese Haftungsbeschränkung kann auch nicht durch eine anderweitige Bestimmung in der Trusturkunde abgeschwächt oder gar abbedungen werden.¹⁵¹ Hier zeigt sich besonders deutlich das bereits angesprochene gesetzgeberische Bestreben, die Rechtsstellung der *unitholders* an die der Anteilseigner einer Kapitalgesellschaft anzugleichen.¹⁵²

5. Einzelne Governance-Aspekte

a) Pflichten des trustee-manager und seiner Organe

An die Spitze eines ausdifferenzierten Pflichtenprogramms stellt sec. 10(1) BTA die Pflicht des *trustee-manager*, seine Aufgaben „honestly“ und mit „reasonable diligence“ im Einklang mit den gesetzlichen Bestimmungen und denen der Trusturkunde zu erfüllen. Auf diese Generalklausel folgen die konkreteren Gebote, im Interesse der Gesamtheit der *unitholder* zu handeln und dieses in Konfliktsitua-

¹⁴⁶ Zur Begründung *MAS, Consultation on Regulation of Business Trusts – MAS’ Response to Feedback Received*, 12.7.2004, unter 4.

¹⁴⁷ So im US-amerikanischen Kontext *Hansmann/Mattei*, 73 N.Y.U. L. Rev. 434, 474 (1998): „The greatest of these uncertainties was whether business trusts could assure limited liability for their beneficiaries.“

¹⁴⁸ Vgl. *Tang*, (2012) 8 J.B.L. 683, 689.

¹⁴⁹ Zu den verschiedenen Ansichten *Tjio*, 19 *Trust Law International* 3, 9 (2005).

¹⁵⁰ Vgl. Rede des Bildungsministers und stellvertretenden Finanzministers *Tharman Shanmugaratnam*, *Business Trusts Bill*, Parliament No. 10, Session No. 1, Vol. 78, 1.9.2004, Column 366: „Under common law, unitholders may be exposed to unlimited liability for the obligations of the trust. The Bill provides certainty and protection to unitholders by limiting their liability and puts them in an equivalent position to shareholders of companies.“

¹⁵¹ Sec. 32(2)(a) BTA.

¹⁵² Zur entsprechenden gesetzgeberischen Intention siehe das Zitat in Fn. 150.

tionen mit dem eigenen Interesse zu bevorzugen,¹⁵³ ein Geschäftschancenverbot¹⁵⁴ und die (nochmalige) Betonung der Pflicht zur Einhaltung der Vorgaben¹⁵⁵ aus der Trusturkunde. Ergänzt wird der Pflichtenkatalog durch sec. 11 BTR.¹⁵⁶ Dieser normiert neben einem Fairnessgebot eine Anzeigepflicht bei Gesetzesverstößen Dritter, die das Interesse der *unitholders* beeinträchtigen können, sowie verschiedene Pflichten hinsichtlich des Umgangs mit dem Vermögen des *trust*.

Verletzt der *trustee-manager* eine Pflicht aus sec. 10(1)–(4) BTA, kann dies sowohl zivilrechtlich als auch ordnungsrechtlich sanktioniert werden: Zum einen können die *unitholders* die finanziellen Vorteile abschöpfen, die der *trustee-manager* aus der Pflichtverletzung erlangt hat, und Ersatz der von ihnen erlittenen Schäden fordern.¹⁵⁷ Flankiert wird die zivilrechtliche Haftung, wie an zahlreichen weiteren Stellen im Gesetz, durch einen Bußgeldtatbestand. Im konkreten Fall droht dem *trustee-manager* eine Strafe von bis zu 100.000 SGD.¹⁵⁸ Für Verstöße gegen Pflichten aus den BTR greift die Auffangregelung¹⁵⁹ der sec. 40 BTA, die nur zivilrechtliche Sanktionsmöglichkeiten vorsieht.

Ein im Ausgangspunkt sehr ähnliches Pflichtenprogramm normiert der BTA für die Direktoren (*directors*) und Geschäftsleiter (*officers*) des *trustee-manager*.¹⁶⁰ Daneben haben die Entwurfsverfasser mit einer Reihe von Regelungen die Möglichkeit der Pflichtenkollision der Direktoren adressiert. Denn diesen obliegen fiduziarische Treue- und Sorgfaltspflichten nicht alleine gegenüber den *unitholders* des RBT, sondern nach sec. 157 Companies Act auch gegenüber der Gesellschaft und ihren Anteilseignern. Erhebliche praktische Relevanz erlangt dieses Governance-Problem aufgrund des Umstands, dass die Anteile am *trustee-manager* für gewöhnlich ganz oder zumindest mehrheitlich vom *sponsor* gehalten werden.¹⁶¹ Dessen wirtschaftliche Interessen werden nach Veräußerung der Vermögensgegenstände und der Errichtung des *business trust* regelmäßig mit denen der *unitholders* kollidieren.¹⁶²

Aufgelöst werden solche Interessenkollisionen nach sec. 11(1)(b) BTA zugunsten des Kollektivs der *unitholders*. Letzte Zweifel räumt sec. 11(3) BTA aus: „A duty of a director of the trustee-manager of a RBT under subsection (1) shall override any conflicting duty of such director under section 157 of the Companies Act.“ Zudem enthält das Gesetz eine umfassende Haftungsfreistellung für die

¹⁵³ Sec. 10(2)(a) und (b) BTA.

¹⁵⁴ Sec. 10(3) BTA.

¹⁵⁵ Sec. 10(4) BTA.

¹⁵⁶ Die dazugehörige gesetzgeberische Ermächtigung findet sich in sec. 10(6) BTA.

¹⁵⁷ Sec. 10(5)(a) BTA.

¹⁵⁸ Sec. 10(5)(b) BTA.

¹⁵⁹ Vgl. sec. 40(3) BTA: „This section shall not affect any liability that any person has under any other provision of this Act or under any other written law or rule of law.“

¹⁶⁰ Vgl. sec. 11(1)(a) und (2) BTA.

¹⁶¹ So das Ergebnis der Analyse der Wertpapierprospekte aller im Jahr 2012 börsennotierten *business trusts* durch Ho, 11 Journal of International Business and Law 311, 320 (2014).

¹⁶² Mit einem Beispiel anhand des Pacific Shipping Trust *Tang*, (2012) 8 J.B.L. 683, 690 f.

Direktoren, die in Erfüllung ihrer Pflichten aus dem BTA gegen eine Pflicht aus dem Companies Act oder eine im Common Law begründete Pflicht verstoßen.¹⁶³

Keine Milde lässt das Gesetz bei Verstößen der Direktoren gegen das Pflichtenprogramm des BTA walten. Die für Pflichtverletzungen vorgesehenen Sanktionsmöglichkeiten übertreffen in ihrer Schärfe nochmals diejenigen für den *trustee manager*. Denn neben der zivilrechtlichen Haftung droht dem Direktor eine Freiheitsstrafe von maximal zwei Jahren, die nicht nur anstelle einer Geldstrafe, sondern zusätzlich zu dieser verhängt werden kann.¹⁶⁴

b) Zusammensetzung der Organe des trustee-manager und des audit committee

Einen weiteren Schutzmechanismus zur Wahrung der Interessen der *unitholders* schafft das Gesetz mit zwingenden Vorgaben zur Zusammensetzung des Verwaltungsrates (*board of directors*) des *trustee-manager*,¹⁶⁵ wobei die Einzelheiten die BTR regeln. Nach diesen muss die Zusammensetzung gleich drei, teils überlappende Mindestanforderungen erfüllen:¹⁶⁶ (1) Die Mehrheit der Direktoren muss unabhängig vom Management des *trustee-manager* sein und darf keine Geschäftsbeziehung mit dem *trustee-manager* unterhalten; (2) ein Drittel der Direktoren muss diese Voraussetzungen erfüllen und zusätzlich unabhängig von allen wesentlichen Anteilseignern des *trustee-manager* sein; und (3) wiederum die Mehrheit der Direktoren muss unabhängig von jedem einzelnen wesentlichen Anteilseigner sein, es sei denn, ein Anteilseigner hält 50% oder mehr der stimmberechtigten Anteile.¹⁶⁷ Wann ein Direktor als unabhängig gilt, regeln sec. 3 und 4 BTR mit einer Kombination aus einer Generalklausel¹⁶⁸ und einer umfangreichen Aufzählung von Einzelfällen¹⁶⁹, die die Unabhängigkeit ausschließen. Welche Direktoren diese Voraussetzungen erfüllen, hat der Verwaltungsrat vor jeder Jahreshauptversammlung zu prüfen und in einer schriftlichen Erklärung offenzulegen.¹⁷⁰

Mit diesen Anforderungen geht der Regelungsrahmen für den RBT deutlich über die allgemeinen Unabhängigkeitserfordernisse hinaus, die der singapurische Code of Corporate Governance damals wie auch heute für börsennotierte Kapitalgesellschaften formuliert.¹⁷¹ Anlass dafür gab nach Auffassung der Entwurfsver-

¹⁶³ Sec. 11(4) BTA.

¹⁶⁴ Sec. 11(5) BTA.

¹⁶⁵ Vgl. sec. 14 BTA; zur gesetzgeberischen Intention *MAS*, Public Consultation on Regulation of Business Trusts, 10.12.2003, Rn. 15.

¹⁶⁶ Sec. 12(1)(a)–(c) BTR.

¹⁶⁷ Vgl. sec. 12(5) BTR.

¹⁶⁸ Sec. 3(1) BTR.

¹⁶⁹ Sec. 2(2)–(3) und sec. 4(2) BTR.

¹⁷⁰ Sec. 12(7) und (8) BTR.

¹⁷¹ Dazu sec. 2 Code of Corporate Governance in der Fassung vom 6.8.2018.

fasser die bereits angesprochene Pflichtenkollision der Direktoren des *trustee-manager*.¹⁷²

Strenger als bei der *company* sind auch die Anforderungen, die der BTA im Zusammenspiel mit den BTR an die Zusammensetzung des sog. *audit committee* stellt, das zentrale Überprüfungs- und Überwachungsaufgaben wahrnimmt.¹⁷³ Dessen Mitglieder, die aus der Mitte des Verwaltungsrates ernannt werden, müssen nicht nur mehrheitlich,¹⁷⁴ sondern allesamt unabhängig vom Management des *trustee-manager* sein und dürfen keine Geschäftsbeziehungen zu diesem unterhalten.¹⁷⁵ Zusätzlich darf eine Mehrheit der Mitglieder auch keine solcher Beziehungen zu einem der wesentlichen Anteilseigner unterhalten.¹⁷⁶

c) *Abberufung des trustee-manager*

Sind die *unitholders* mit der Leistung des *trustee-manager* unzufrieden, können sie diesen nach sec. 20 BTA abberufen. Dafür genügt kein einfacher Mehrheitsbeschluss. Erforderlich ist vielmehr ein Sonderbeschluss (*special resolution*), der mit den Stimmen von mindestens drei Vierteln der auf der Hauptversammlung präsenten oder ordnungsgemäß vertretenen *unitholders* gefasst werden muss. Erklärtes gesetzgeberisches Ziel dieses qualifizierten Mehrheitserfordernisses war es, einerseits zu ermöglichen, einen unfähigen *trustee-manager* abzusetzen, und andererseits dessen leichtfertigen Austausch vorzubeugen, da dies sonst die Unternehmensfortführung gefährden könnte.¹⁷⁷

Dass die bestehende Regelung ein angemessenes Gleichgewicht zwischen diesen beiden Anliegen herstellt, ist bereits im Konsultationsverfahren¹⁷⁸ und später auch von einer Reihe an Kommentatoren und Governance-Aktivistinnen bezweifelt worden.¹⁷⁹ Beklagt wird, dass die Schwelle zur Sperrminorität zu niedrig ange-

¹⁷² MAS, Public Consultation on Regulation of Business Trusts, 10.12.2003, Rn. 15: „The requirement [on the independence of the board] is more stringent than that for listed companies, in view of the conflicting duties faced by the board of the TM.“

¹⁷³ Ausführlich zu den Funktionen sec. 13(6) BTR.

¹⁷⁴ So die Bestimmung in sec. 10.2 Code of Corporate Governance.

¹⁷⁵ Sec. 13(1)(b)(i) BTR.

¹⁷⁶ Sec. 13(1)(b)(ii) BTR.

¹⁷⁷ Rede des Bildungsministers und stellvertretenden Finanzministers *Tharman Shanmugaratnam*, Business Trusts Bill, Parliament No. 10, Session No. 1, Vol. 78, 1.9.2004, Column 367: „Removal of the trustee-manager may adversely impact the continuity of operations of the business trust. The 75% threshold balances the need to guard against the frivolous removal of a trustee-manager with the need to provide sufficient rights to unitholders to remove an inept or poorly functioning trustee-manager.“

¹⁷⁸ Vgl. MAS, Consultation on Regulation of Business Trusts – MAS’ Response to Feedback Received, 12.7.2004, Antwort 8.

¹⁷⁹ Vgl. *Kwok*, Business Trusts “Have Their Downside”, *Straits Times* (Singapore), 18.3.2011 (zitiert nach *Tang*, (2012) 8 J.B.L. 683, 697); *Webb*, HPH Trust is No Loss to HK, *WebbSite Reports*, 21.1.2011, abrufbar unter <<https://webb-site.com/articles/hutchport.asp>> (11.3.2024) sowie die Nachweise in den folgenden Fn.

setzt sei, was dem *trustee-manager* eine „Beinahe-Immunität“¹⁸⁰ verschaffe.¹⁸¹ Insbesondere der *sponsor*, der in der Regel Anteile im erheblichen Umfang halte, könne so die Abberufung blockieren.¹⁸² Plausibilisieren lässt sich die Sorge vor einer Blockadehaltung mit Blick auf den Umstand, dass der *sponsor* für gewöhnlich den *trustee-manager* kontrolliert und daher in Form der Vergütungszahlungen einen regelmäßigen Einkommenszufluss erhält.¹⁸³ Zusätzlichen Rückenwind erhielten diese kritischen Stimmen von einer jüngeren Untersuchung, die auf Grundlage der Wertpapierprospekte aller im Jahr 2012 börsennotierten RBTs nachgewiesen hat, dass Privatanleger und institutionelle Investoren in allen Fällen weniger als 75 Prozent der Anteile halten.¹⁸⁴ Ganz überwiegend kontrolliert die als *sponsor* fungierende Gesellschaft mehr als 25 Prozent der Anteile und hält somit eine Sperrminorität.

Nachdem Reformaufrufe aus dem Schrifttum¹⁸⁵ bei Gesetzgeber und MAS lange Zeit ungehört verhallt sind, scheint mittlerweile ein Umdenken eingesetzt zu haben. In einem im November 2021 veröffentlichten Konsultationspapier zu möglichen Änderungen des BTA schlägt die MAS vor, die Schwelle zur Abberufung des *trustee-manager* auf eine einfache Mehrheit abzusenken.¹⁸⁶ Auf einer Linie mit der übergreifenden Zielsetzung der vorgeschlagenen Änderungen, den Governance-Rahmen des RBT zu stärken,¹⁸⁷ soll der konkrete Vorschlag die Möglichkeiten der *unitholders* verbessern, den *trustee-manager* für seine Leistungen zur Verantwortung zu ziehen.¹⁸⁸ Zudem sollen die derzeit bestehenden Unterschiede zwischen der Rechtslage beim RBT und beim S-REIT eingeebnet werden.¹⁸⁹

6. Ausschüttungen und Gläubigerschutz

Im Vergleich zu singapurischen Kapitalgesellschaften unterliegen *trusts* seit jeher weitaus liberaleren Ausschüttungsregelungen. Anders als jene können diese nicht

¹⁸⁰ Begriff bei *Tritt/Teschner*, 88 U. Cin. L. Rev. 735, 751 (2020): „near-immunity“, die jedoch die Attraktivität dieses Merkmals für den *sponsor* betonen.

¹⁸¹ Vgl. *Tang*, (2012) 8 J.B.L. 683, 697.

¹⁸² Vgl. *Tang*, (2012) 8 J.B.L. 683, 696.

¹⁸³ Vgl. *Tritt/Teschner*, 88 U. Cin. L. Rev. 735, 763 (2020).

¹⁸⁴ *Ho*, 11 Journal of International Business and Law 311, 322 (2014).

¹⁸⁵ *Tang*, (2012) 8 J.B.L. 683, 697: „It is therefore suggested that the Singapore policy-makers ought to relook at this requirement.“

¹⁸⁶ *MAS*, Consultation Paper on Proposed Amendments to the Business Trusts Act, 19.11.2021, Rn. 5.4.

¹⁸⁷ *MAS*, Consultation Paper on Proposed Amendments to the Business Trusts Act, 19.11.2021, Rn. 3.5.

¹⁸⁸ So *MAS*, Consultation Paper on Proposed Amendments to the Business Trusts Act, 19.11.2021, Rn. 5.4: „This will help to instil greater market discipline by allowing investors to hold TMs accountable for their performance.“

¹⁸⁹ So wiederum *MAS*, Consultation Paper on Proposed Amendments to the Business Trusts Act, 19.11.2021, Rn. 5.4.

nur ihren Buchgewinn (*accounting profits*) auszahlen,¹⁹⁰ sondern auch Zahlungen aus den laufenden Einnahmen leisten.¹⁹¹ Vorteilhaft ist dies vor allem für Unternehmen mit hohen anfänglichen Kapitalausgaben und danach regelmäßigen Einkommensflüssen, deren Buchgewinne dazu häufig durch hohe Abschreibungen gemindert werden.¹⁹² Da genau diese Kategorie an Unternehmen dem Gesetzgeber bei der Schaffung des BTA vor Augen stand,¹⁹³ überrascht es kaum, dass die liberaleren Ausschüttungsregelungen auch im gesetzlichen Organisationsrahmen Niederschlag gefunden haben. Sec. 33(1) BTA sieht vor, dass der *trustee-manager* Ausschüttungen von „profits, income or other payments or returns“ anordnen kann. Einen Anspruch auf einmalige oder regelmäßige Zahlungen gewährt das Gesetz den *unitholders* jedoch nicht.¹⁹⁴

In Sachen des Gläubigerschutzes entschied sich der Gesetzgeber gegen einen im ersten Entwurf noch vorgesehenen *net asset test*.¹⁹⁵ Stattdessen muss der Verwaltungsrat des *trustee-manager* nur bescheinigen, dass der RBT auch nach der Ausschüttung in der Lage sein wird, seine offenen Verbindlichkeiten bei Eintritt der Fälligkeit zu befriedigen.¹⁹⁶ Stellt sich diese Prognose als falsch heraus, knüpft das Gesetz daran noch keine nachteiligen Rechtsfolgen. Alleine für den Fall, dass die Prognose auf einer objektiv nicht nachvollziehbaren Tatsachgrundlage (*without any reasonable basis*) erfolgte, sieht das Gesetz die Möglichkeit einer hohen Geldbuße oder eine Strafandrohung von bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe vor.¹⁹⁷

7. Deregistrierung und Auflösung

Das Verfahren der freiwilligen¹⁹⁸ Deregistrierung regelt sec. 51 BTA. Danach kann der *trustee-manager* bei der MAS die Deregistrierung des RBT beantragen, wenn erstens ein entsprechender Beschluss einer Dreiviertelmehrheit der *unitholders*

¹⁹⁰ Vgl. sec. 403(1) Companies Act: „No dividend shall be payable to the share-holders [sic.] of any company except out of profits.“

¹⁹¹ Rede des Bildungsministers und stellvertretenden Finanzministers *Tharman Shanmugaratnam*, Business Trusts Bill, Parliament No. 10, Session No. 1, Vol. 78, 1.9.2004, Column 361: „Whereas companies are restricted to paying dividends out of accounting profits, there are no such restrictions on trusts. Business trusts can therefore pay distributions to investors out of operating cash flows.“

¹⁹² Dazu nochmals Rede des Bildungsministers und stellvertretenden Finanzministers *Tharman Shanmugaratnam*, Business Trusts Bill, Parliament No. 10, Session No. 1, Vol. 78, 1.9.2004, Column 361.

¹⁹³ Dazu oben Teil III. 1.

¹⁹⁴ So der Umkehrschluss aus sec. 35(1) BTA.

¹⁹⁵ Vgl. *MAS*, Public Consultation on Regulation of Business Trusts, 10.12.2003, Rn. 26. Näher *Ho*, 11 *Journal of International Business and Law* 311, 317 (2014).

¹⁹⁶ Sec. 33(1) BTA.

¹⁹⁷ Sec. 33(4) BTA.

¹⁹⁸ Im Gegensatz dazu sieht sec. 52 BTA ein Verfahren zur eigenmächtigen Deregistrierung durch die MAS vor. Dies setzt aber den wohl sehr seltenen Fall voraus, dass der *trustee-manager* die Geschäfte des RBT nicht mehr betreibt (sog. *defunct business trust*).

gefasst wurde und zweitens nicht mehr als zehn Prozent gegen diesen Beschluss gestimmt haben. Hat sich die MAS überzeugt, dass diese Voraussetzungen vorliegen und die *units* entweder von nicht mehr als zwei Personen oder bestimmten professionellen Investorengruppen gehalten werden, nimmt sie die Deregistrierung vor und macht diese öffentlich.¹⁹⁹

Zu unterscheiden von der Deregistrierung ist die Auflösung des RBT. Als erste Quelle möglicher Auflösungsgründe nennt der BTA die Trusturkunde, welche die Auflösung nach Zeitablauf oder nach dem Eintritt bestimmter Ereignisse oder Umstände vorsehen kann.²⁰⁰ Daneben können die *unitholders* jederzeit mit einer Dreiviertelmehrheit dem *trustee-manager* die Weisung erteilen, den RBT aufzulösen.²⁰¹ Schließlich kann auch ein Gericht per Beschluss den *trustee-manager* verpflichten, den RBT aufzulösen. Ein solcher Beschluss kann einerseits auf Antrag eines Gläubigers ergehen, wenn dieser erfolglos ein Zwangsvollstreckungsverfahren durchgeführt hat.²⁰² Andererseits sind auch der *trustee-manager*, einer seiner Direktoren oder ein *unitholder* antragsberechtigt. In diesen Fällen räumt das Gesetz den Gerichten bei der Entscheidung über die Auflösung einen denkbar weiten Ermessensspielraum ein.²⁰³ Werden mit dem RBT illegale Zwecke verfolgt, kann ein Auflösungsbeschluss auch von der MAS herbeigeführt werden.²⁰⁴

V. Gesamtwürdigung

1. Erfolg von Rechtsformneuschöpfungen und seine Ursachen

Den Erfolg einer neu eingeführten Rechtsform zu bewerten ist, wie so oft im rechtswissenschaftlichen Bereich, „an art rather than a science“.²⁰⁵ Die Zahl der Unternehmen, die sich ihrer als Rechtskleid bedienen, kann dabei zwar einen ersten Orientierungspunkt darstellen, entfaltet letztlich aber nur begrenzte Aussagekraft. Denn eine zu starke Fokussierung auf quantitative Größen würde bei all jenen Neuschöpfungen ein zu düsteres Bild hervorrufen, die nicht als Allzweckmöbel für einen möglichst breiten Adressatenkreis konzipiert, sondern speziell auf einen kleineren, homogeneren Kreis an Unternehmen zugeschnitten sind.

In die zuletzt genannte Kategorie fällt auch der RBT, der mit einer bestimmten Zielgruppe vor Augen geschaffen wurde: Unternehmen mit Vermögenswerten, die regelmäßige Einkommensflüsse generieren und deren Wert mit einer Ausgliederung in eine eigene Organisationsstruktur und der Platzierung am Kapitalmarkt

¹⁹⁹ Sec. 51(2) BTA.

²⁰⁰ Sec. 44(1), (3) BTA.

²⁰¹ Sec. 45(1) BTA.

²⁰² Sec. 46(1)(d), (2)(b) BTA.

²⁰³ Sec. 46(2)(a) BTA: „just and equitable to make the order“.

²⁰⁴ Sec. 46(3) BTA.

²⁰⁵ So im Kontext der Unternehmensbewertung *Fleischer*, in: *Fleischer/Hüttemann, Rechts- handbuch der Unternehmensbewertung*, 2. Aufl. 2019, § 38 Rz. 38.13.

realisiert werden kann.²⁰⁶ Zur besseren Passgenauigkeit nahmen die geistigen Urheber bei der Ausgestaltung des BTA Einschränkungen des potenziellen Nutzerkreises bewusst in Kauf. Ein gutes Beispiel für eine solche Abwägungsentscheidung bildet das umfangreiche Geflecht an zwingenden Corporate-Governance-Regelungen, die die Entwurfsverfasser zum Investorenschutz für erforderlich hielten, obgleich sie sich für viele kleinere Unternehmen als zu umständlich und kostenintensiv erweisen würden.²⁰⁷

Aussagekräftiger zur Erfolgsbewertung von Nischenprodukten, wie dem RBT, erscheint ein Abgleich der verfolgten gesetzgeberischen Zielvorstellungen mit den tatsächlichen Auswirkungen der neu eingeführten Rechtsform. Unter diesem Gesichtspunkt lässt sich der Einführung des RBT ein positives Zeugnis ausstellen. Denn mit ihr erreichte der singapurische Gesetzgeber einerseits seine Ziele, einem mit dem S-REIT vergleichbare Kapitalbeschaffungsmöglichkeit auch für Unternehmen außerhalb des Immobilienbereichs zu schaffen und ein neues, attraktives Anlageprodukt ins Leben zu rufen, das dem heimischen Kapitalmarkt weitere Breite und Tiefe verleihen würde.²⁰⁸

Bewertet man die Einführung des RBT damit insgesamt als Erfolg,²⁰⁹ verbleibt die Frage nach dessen Ursachen. Da mit dem BTA eine Rechtsformalternative speziell zur *company* geschaffen werden sollte,²¹⁰ liegt zunächst nahe, den Blick auf die komparativen Vorteile gegenüber dieser Rechtsform zu richten, bevor am Beispiel des RBT einige abstraktere Überlegungen zu übergeordneten Erfolgskriterien für Rechtsformneuschöpfungen angestellt werden sollen.

a) Erfolgsfaktoren gegenüber der *company*

Der wohl größte Vorteil des RBT gegenüber der *company* besteht in den liberalen Kapitalerhaltungsregelungen, die Ausschüttungen nicht nur aus den Buchgewinnen, sondern auch aus den laufenden Einnahmen der in den RBT einge-

²⁰⁶ Zum Anlass und den Zielen der Einführung des RBT ausführlich oben in Teil III. 1.

²⁰⁷ Siehe Rede des Bildungsministers und stellvertretenden Finanzministers *Tharman Shanmugaratnam*, Business Trusts Bill, Parliament No. 10, Session No. 1, Vol. 78, 1.9.2004, Column 380: „It will be a little onerous for small companies. [...] But I think it will typically be large companies running infrastructure businesses that will avail themselves of this new business structure and this new legislation.“

²⁰⁸ Vgl. *Koh/Hailing*, 17 Securities Law – Newsletter of the International Bar Association Legal Practice Division 22, 26 (2011): „[T]he subsequent introduction of BTs has further diversified and deepened Singapore’s capital markets by introducing new classes of investment assets from various sectors.“

²⁰⁹ Wie hier auch die Conclusio von *Tritt/Teschner*, 88 U. Cin. L. Rev. 735, 765 (2020); ähnlich auch *Ho*, 11 Journal of International Business and Law 311, 314 (2014) und *Tang*, (2012) 8 J.B.L. 683, 698.

²¹⁰ Deutlich zu dieser Intention Rede des Bildungsministers und stellvertretenden Finanzministers *Tharman Shanmugaratnam*, Business Trusts Bill, Parliament No. 10, Session No. 1, Vol. 78, 1.9.2004, Column 361: „Business trusts are business enterprises structured as trusts. They are an alternative to companies as a business structure.“

brachten Infrastrukturobjekte oder anderen Vermögensgegenstände zulassen.²¹¹ Erst dies ermöglicht die beträchtlichen Dividendenversprechungen, die den RBT bei Investoren attraktiv machen und so den Kapitalmarkt als Finanzierungsquelle aktivieren. Würden diese Objekte in eine *company* ausgegliedert werden, würden sie – so eine Analyse am Beispiel des NetLink Trust – „be weigh[ed] down by the depreciation charge and would have difficulty paying out high dividends.“²¹²

Als weiterer Trumpf zumindest für den *sponsor* des RBT erweist sich das im Vergleich zur *company*²¹³ strengere qualifizierte Mehrheitserfordernis für die Abberufung des *trustee-manager*. Dies erlaubt der erstgenannten Gesellschaft, auch nach Ausgliederung der Vermögensobjekte weiter Einflussmöglichkeiten auf den unternehmerischen Kurs zu nehmen. Zudem trägt es nach Ansicht einer der Direktoren des *trustee-manager* des Hutchinson Port Holdings Trust dazu bei, „hostile [shareholder] situations“ zu vermeiden.²¹⁴ Andererseits könnte die hohe Hürde für die Auswechslung des *trustee-manager*, an der sich immer wieder Kritik entzündet hat,²¹⁵ einen Grund dafür liefern, dass sich die Nachfrage gerade von institutionellen Investoren nach den Anteilen neu aufgelegter RBTs immer wieder in Grenzen gehalten hat.

b) (Mindest-)Abstand zum existierenden Rechtsformangebot als übergeordnetes Erfolgskriterium

Verlässt man die Ebene der konkreten Vorteile, die der RBT gegenüber der *company* oder auch anderen Rechtsformalternativen besitzt, gibt die hiesige Untersuchung all jenen Literaturstimmen Auftrieb, die in Reformdiskussionen um das Rechtsformentableau die Notwendigkeit eines „Abstands“ zwischen den Rechtsformen betonen. Hierzulande ist dies beispielsweise im Rahmen der Debatte über den Bedarf organisationsrechtlicher Sonderregelungen für die nichtbörsennotierte Aktiengesellschaft geschehen.²¹⁶

Für den Erfolg einer neuen Rechtsform reicht freilich noch nicht *jeder* Unterschied in dem von ihr geschaffenen „Regelungspaket“²¹⁷ aus. Vielmehr liegt der Nutzen einer Neuschöpfung, in den Worten eines jungen Plädoyers für die Einführung einer deutschen Personengesellschaft mbH, erst darin, dass „sie besser

²¹¹ Zu diesen Regelungen ausführlich Teil IV.6.

²¹² *Mr. IPO*, Netlink NBN Trust, 8.7.2017, abrufbar unter <<https://singapore-ipo.blogspot.com/2017/07/netlink-nbn-trust.html>> (11.3.2024).

²¹³ Sec. 152(1) Companies Act: „A public company may by ordinary resolution remove a director before the expiration of his period of office [...]“

²¹⁴ Zitat wiedergegeben bei *Kwok*, Business Trusts “Have Their Downside”, *Straits Times* (Singapore), 18.3.2011 (zitiert nach *Tang*, 8 J.B.L. 683, 697 (2012)).

²¹⁵ Zu ihr ausführlich Teil IV.5.c).

²¹⁶ *Bayer*, Gutachten zum 67. Deutschen Juristentag Erfurt 2008, Band I, E 91: „Es ist daher darauf zu achten, dass die unterschiedlichen Rechtsformen ‚zielgruppenorientiert angeboten‘ werden. Bei der Ausgestaltung von nichtbörsennotierter AG einerseits und GmbH andererseits muss ein ‚Abstand der Rechtsformen‘ eingehalten werden.“

²¹⁷ Begriff bei *Röder*, ZHR 184 (2020), 457, 462.

auf die Bedürfnisse bestimmter Unternehmen zugeschnitten ist als das existierende Rechtsformangebot“.²¹⁸

Inhaltlich kann ein erfolgsversprechender Mindestabstand viele Formen annehmen. Denkt man in Kategorien, so lassen sich mindestens drei unterscheiden: *Ers- tens* kann das Regelungsgefüge der neuen Rechtsform eine zwingende Regelung bereithalten, die für die mit dem Unternehmen verfolgte wirtschaftliche Konzeption förderlich ist. In diese Kategorie dürften beispielsweise die Ausschüttungsregelungen des RBT fallen, die erst die Nutzbarmachung der regelmäßigen Einkommensströme ermöglichen und so die Ausgliederung einzelner Vermögensobjekte wirtschaftlich sinnvoll machen. *Zweitens* können aber auch die Zahl und Ausgestaltung dispositiver Regelungen einen komparativen Vorteil bieten. Hält eine neue Rechtsform die passenden Standardregelungen für ein bestimmtes Regelungsziel bereit, senkt dies die mit der Rechtsformwahl verbundenen Transaktionskosten.²¹⁹ *Drittens* sind es Regelungen aus anderen Rechtsbereichen, die eine entscheidende Rolle spielen können. Eine Quelle solcher gesellschaftsrechtsfremder Erwägungen bildet insbesondere das Steuerrecht, das auch in Singapur die Verbreitung neu geschaffener Rechtsformalternativen zur *company* befeuert hat,²²⁰ jedoch im speziellen Fall des RBT keine Rolle spielte.²²¹ Hier nicht weiter vertieft werden kann die durch die diese letzte Kategorie aufgeworfene normative Frage, ob sich die Attraktivität einer Rechtsform alleine aus außerhalb des Gesellschaftsrechts liegenden Umständen ergeben *sollte*.²²²

Ein abschließendes Beispiel, wie ein fehlender Mindestabstand das Schicksal einer neu geschaffenen Rechtsform negativ beeinflussen kann, bildet das bereits eingangs erwähnte US-amerikanische Rechtsformäquivalent zum RBT, der Delaware Statutory Trust. Dessen großer Raum für individualvertragliche Gestaltung und Minimum an zwingenden Regelungen hat ihm zwar seitens prominenter Literaturstimmen die Bezeichnung als „the final step in the historical evolution of commercial entities“²²³ eingebracht. Als Rechtskleid für operativ tätige Unternehmen vermochte sich die Rechtsform bislang jedoch nicht durchzusetzen.²²⁴ Eine wesentliche Ursache dafür sehen Stimmen im US-amerikanischen Schrifttum in dem Umstand, dass der Delaware Statutory Trust operativ tätigen Unternehmen keinen wirklichen Vorteil gegenüber dem existierenden Rechtsformangebot bie-

²¹⁸ So Röder, ZHR 184 (2020), 457, 462.

²¹⁹ Röder, ZHR 184 (2020), 457, 462.

²²⁰ Dazu Tjio (Fn. 17), Rn. 03.005.

²²¹ Näher zur steuerrechtlichen Gleichstellung des RBT mit der *company* Teil III. 5.

²²² Näher zu dieser Frage Röder, ZHR 184 (2020), 457, 463, der meint, dass „Neutralitätsverletzungen in anderen Rechtsgebieten keine Erweiterung des gesellschaftsrechtlichen Rechtsformangebots legitimieren [können].“

²²³ Hansmann/Kraakman/Squire, 119 Harv. L. Rev. 1333, 1397 (2006).

²²⁴ Siehe den Nachweis in Fn. 10; gleichsinnig Hansmann/Mattei, 73 N.Y.U. L. Rev. 434, 476 (1998).

tet.²²⁵ Das Bestreben des singapurischen Gesetzgebers, mit dem RBT eine Organisationsform zu schaffen, deren Regelungsrahmen sich in wesentlichen Punkten von demjenigen der *company* unterscheidet und so die Bedürfnisse einer bestimmten Zielgruppe an Unternehmen besser befriedigt, könnte eine Erklärung dafür liefern, warum für ihn und den Delaware Statutory Trust so unterschiedliche Erfolgsbilanzen zu ziehen sind.

2. Verhältnis von rechtlichen und wirtschaftlichen Entwicklungen

Die Untersuchung hat auch deutlich zu Tage gefördert, dass die Gründe für die Einführung des RBT außerhalb des Rechtssystems liegen. Getrieben war sie nämlich vom Willen des singapurischen Gesetzgebers, nach dem Erfolg des S-REIT Singapurs Attraktivität als globales Finanzzentrum und Sitz für Unternehmen weiter zu stärken.²²⁶ Überraschend ist diese Erkenntnis im Ausgangspunkt nicht, werden solche wirtschaftspolitischen Treiber bei Rechtsformen, mit denen nicht bloß ideelle Zwecke verfolgt werden sollen, wohl eher die Regel als die Ausnahme sein.²²⁷ Dennoch ist sie wichtig, weil sie illustriert, dass gesellschaftsrechtliche Entwicklungen immer auch ein Produkt der bestehenden gesellschaftlichen, insbesondere der wirtschaftlichen, Rahmenbedingungen sind. Wie das Verhältnis zwischen rechtlichen Entwicklungen einerseits und wirtschaftlichen Entwicklungen andererseits in allgemeiner Form erfasst werden kann, ist eine Frage, die auf Grundlage der hier vorgenommenen Einzelfallstudie nur angerissen werden kann.

An ihrer Beantwortung versuchen sich verschiedene rechtstheoretische Strömungen, die trotz großer Unterschiede unter dem Sammelbegriff der „Theorien von Recht und Evolution“²²⁸ gefasst werden können. Gemein haben diese Theorien, dass sie den Begriff der „Evolution“ nicht nur als sprachliches Synonym für „Entwicklung“ verwenden, sondern Rechtsentwicklung an evolutorische Konzepte und Theorien anbinden, wie dies mittlerweile auch außerhalb der Biologie in Teilen der Wirtschaftswissenschaften²²⁹ und vielen anderen Wissenschaftsdisziplinen²³⁰ der Fall ist. Abseits dieses (kleinen) gemeinsamen Nenners klaffen die

²²⁵ So *Frankel*, 23 *Cardozo L. Rev.* 1, 12 ff. (2001) unter der Überschrift „The Delaware Business Trust Act Does Not Offer Advantages to [Commercial and Manufacturing] Enterprises“.

²²⁶ Näher dazu oben Teil III. 1.

²²⁷ Weitergehend noch *Röder*, *ZHR* 184 (2020), 457, 462: „Bei der Einführung von Rechtsformen, die primär als Unternehmensträger bzw. zur Verfolgung sonstiger wirtschaftlicher Zwecke bestimmt sind, lässt sich der Gesetzgeber naturgemäß von wirtschaftspolitischen Erwägungen leiten.“

²²⁸ So der Überbegriff bei *Amstutz*, *Evolutionarisches Wirtschaftsrecht*, 2001, dessen Darstellung der verschiedenen Ansätze im deutschen und US-amerikanischen Schrifttum (Kapitel 3–5) den wohl immer noch umfassendsten und feingliedrigsten Überblick über die evolutorische Rechtstheorie bietet.

²²⁹ Grundlegend *Nelson/Winter*, *An Evolutionary Theory of Economic Change*, 1982.

²³⁰ *Lipton*, 46 *Monash University Law Review* 58, 62 (2020): „Evolutionary concepts have been adopted in a range of disciplines including economics, psychology, sociology, technolo-

Theorien in vielen Punkten weit auseinander; so auch bei der Frage, wie sich Wandel im Recht und Wandel in anderen gesellschaftlichen Bereichen (wechselseitig) beeinflussen.

Vertreter funktionalistischer Ansätze beschreiben diese Beziehung als im Grundsatz linear. Nach ihrer Vorstellung gibt es beispielsweise klare deterministische Beziehungen zwischen Recht und Wirtschaft.²³¹ Das Vorliegen bestimmter Rechtsinstitutionen wird daher einen vorhersehbaren Einfluss auf die wirtschaftliche Entwicklung haben.²³² Mit der funktionalen Betrachtungsweise verwoben ist ein instrumentalistisches Rechtsverständnis, das Wiederhall in der Betonung der Funktion der Wirtschaftsermöglichung des Gesellschaftsrechts (sog. *enabling function*)²³³ findet.²³⁴

Kritisch gegenüber linearen Beziehungen in irgendearteter Form sind dagegen Vertreter von evolutorischen Rechtstheorien, die auf der Systemtheorie des Rechtssoziologen *Niklas Luhmann*²³⁵ fußen.²³⁶ Nach ihrer Vorstellung einer Gesellschaft, die sich in verschiedene operativ geschlossene – autopoetische – Systeme ausdifferenziert hat, beeinflussen sich das Rechtssystem und die anderen Systeme wechselseitig. Zum Ausdruck kommt dies in dem Modell der „Ko-Evolution“ der Systeme, das in den Arbeiten von *Gunter Teubner*²³⁷ und anderen²³⁸ fruchtbar gemacht wird. Die Darstellung der Einzelheiten dieser komplexen theoretischen Gerüste, geschweige denn ihre Adaption auf gesellschaftsrechtliche Entwicklungen, kann im Rahmen dieses Beitrags nicht erfolgen, zumal es an anknüpfbaren Vorarbeiten noch weitestgehend fehlt.²³⁹

gy, anthropology and ecology.“; exzellente Einführungen in die evolutionstheoretische Forschung in verschiedenen Disziplinen finden sich in *Sarasin/Sommer*, *Evolution – Ein interdisziplinäres Handbuch*, 2010, IV.1.

²³¹ *Lipton*, 46 *Monash University Law Review* 58, 64 (2020): „Functionalist analyses tend to assume that there are clear determinate relationships between law and the economy or society, so that if a legal system possesses certain characteristics it will have a predictable impact on economic development or on the society.“

²³² *Lipton*, 46 *Monash University Law Review* 58, 64 (2020).

²³³ Näher dazu *Fleischer*, *ZHR* 168 (2004), 673, 707 m. w. N.

²³⁴ Vgl. *Fleischer*, in: Engel/Schön, *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007, S. 50, 63 f.

²³⁵ Grundlegend *Luhmann*, *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, 1984.

²³⁶ Überblick bei *Abegg*, in: Buckel/Christensen/Fischer-Lescano, *Neue Theorien des Rechts*, 2006, S. 371, 372 ff.

²³⁷ *Teubner*, *Recht als autopoetisches System*, 1989; *ders.*, *Soziale Systeme* 5 (1999), 7.

²³⁸ Beispielsweise bei *Fögen*, *Rechtsgeschichte Rg* 1 (2002), 14, 18.

²³⁹ Die Arbeit von *Vermeulen*, *The Legal Evolution of Legal Business Forms in Europe and the United States*, 2003, behandelt in ihrem Kapitel zu den „Theories of Legal Evolution“ den evolutionstheoretischen Forschungsstand kaum. Einige system- und evolutionstheoretisch fundierte Arbeiten finden sich aber zu Einzelfragen, so z. B. zu der Evolution von Corporate Governance Systemen (dazu der Beitrag von *Deakin/Carvalho*, in: *Zumbansen/Calliess, Law, Economics and Evolutionary Theory*, 2011, S. 111).

3. Rechtsvergleichung und Zirkulation der Rechtsideen

a) Bedeutung und Rolle der Rechtsvergleichung bei Rechtsformneuschöpfungen

Schließlich zeigt die Entstehungsgeschichte des RBT den hohen Stellenwert, den die Rechtsvergleichung bei dem Schöpfungsprozess neuer Rechtsformen einnehmen kann und richtigerweise auch einnehmen sollte. Der Blick nach Australien, in die USA und andere fremde Rechtsordnungen diente dem singapurischen Gesetzgeber zuvörderst als Inspirationsquelle, teils für die Ausgestaltung einzelner Regelungen,²⁴⁰ teils, wie im Fall des australischen *single-responsible-entity*-Modells, für größere konzeptionelle Weichenstellungen. Die Vorzüge eines solchen Vorgehens liegen auf der Hand: Neue Regelungsideen werden angeregt, bereits vorhandene plausibilisiert und blinde Flecken im erwogenen Regelungsgefüge aufgedeckt. All dies sollte die Qualität des Endprodukts merklich erhöhen.

Der Anstoß für den rechtsvergleichenden Seitenblick wird häufig nicht nur das intrinsisch motivierte Streben nach der „besten Lösung“ für ein bestimmtes Regelungsziel sein, sondern auch der Wille des Gesetzgebers, sich einen Vorteil im globalen Wettbewerb der Rechtsordnungen um Unternehmen und Kapital zu verschaffen oder zumindest einen bereits entstandenen Nachteil auszugleichen. Im Falle des RBT belegen entsprechende Absichten Äußerungen im Gesetzgebungsverfahren. Wie bereits bei der Einführung des S-REIT einige Jahre zuvor, wollte Singapur sich mit einem weiteren innovativen Rechtsprodukt einen Vorsprung vor den lokalen Konkurrenten Hongkong und Malaysia verschaffen.²⁴¹

In vielerlei Hinsicht hilfreich ist die Besonderheit des singapurischen Gesetzgebers, durch Kurzverweise im Gesetzestext und einem „Legislative Source Key“ konkrete ausländische Regelungsvorbilder offenzulegen.²⁴² Der rechtsvergleichenden Forschung erleichtert dies ebenso die Arbeit wie dem Rechtsanwender. Dieser kann bei Auslegungsfragen im Falle eines Mangels an lokalen Präzedenzfällen gezielter nach ausländischen Gerichtsentscheidungen oder Sekundärliteratur suchen. Die methodisch spannende Frage, welcher Stellenwert den Ausprüchen eines Höchstgerichts zur entsprechenden Regelung im Ausland zukommt, dürfte in Singapur mittlerweile eindeutig zu beantworten sein. Ausländische Entscheidungen entfalten Überzeugungskraft (*persuasive authority*).²⁴³ Bindend im Sinne der *stare-decisis*-Doktrin sind dagegen nur die Entscheidungen der singapurischen Obergerichte mit der finalen Instanz des Singapore Court of Appeal.²⁴⁴

²⁴⁰ So z. B. sec. 34 BTA, der wortgleich mit der Regelung aus 12 Del. C. § 3805(b) übernommen wurde.

²⁴¹ Siehe dazu die Rede der Abgeordneten *Fang Ai Lian*, Business Trusts Bill, Parliament No. 10, Session No. 1, Vol. 78, 1.9.2004, Column 376 f.

²⁴² Dazu auch Teil III.4.

²⁴³ *Chan*, *The Legal System of Singapore*, 1995, S. 121: „Apart from English decisions, judicial precedents from other jurisdictions may also be persuasive in certain specific areas of Singapore law.“

²⁴⁴ Ausführlich zum Richterrecht als Rechtsquelle in Singapur *Chan* (Fn. 243), S. 113 ff.

b) Weitergehende Zirkulation der Rechtsideen

Auf Grundlage der hiesigen Untersuchung und dem bisherigen Forschungsstand nicht möglich ist eine gesicherte Aussage darüber, ob der BTA seinerseits Gesetzesvorhaben in anderen Ländern angestoßen hat oder auch als Schablone konkreter Regelungen diente. Belege solcher Art bräuchte es, um das Phänomen nachzuweisen, für das der kürzlich verstorbene italienische Rechtswissenschaftler und Komparatist *Rodolfo Sacco* den wohlklingenden Begriff des *circolazione dei modelli* – die Zirkulation der Rechtsideen²⁴⁵ – geprägt hat.²⁴⁶ Besonders lohnenswert wäre in diesem Zusammenhang eine ausführliche Studie der Entstehungsgeschichte des gesetzlichen Regelungsrahmen für *business trusts* in Malaysia.²⁴⁷ Wegen der historisch feststellbaren parallelen Entwicklungslinien im Gesellschaftsrecht²⁴⁸ und des bereits angesprochenen wirtschaftlichen Konkurrenzkampfs beider Länder liegt hier eine Ausstrahlungswirkung des BTA besonders nahe.

Ausdrücklich gefordert wird die Befassung mit dem singapurischen Modell gesetzlicher *business trusts* im US-amerikanischen Diskurs: „Although business trusts have taken a back seat to other organizational forms in the United States, the success of business trusts in neo-innovative economies such as Singapore should elicit serious discourse concerning its potential use in the United States.“²⁴⁹ Ob dies tatsächlich zu den Gesetzgebern in Delaware oder anderen US-Bundesstaaten vordringen und dort Gehör finden wird, bleibt abzuwarten. Zurufen möchte man ihnen jedenfalls: „Comparare necesse est.“²⁵⁰

²⁴⁵ Die wörtliche Übersetzung lautet: „Die Zirkulation der Rechtsmodelle“.

²⁴⁶ Dazu bereits *Fleischer*, in: *Fleischer/Koch/Kropff/Lutter*, 50 Jahre Aktiengesetz, ZGR Sonderheft 19, 2016, S. 326.

²⁴⁷ Siehe *Securities Commission Malaysia, Business Trust Guidelines*, 28.12.2012, abrufbar unter <<https://www.sc.com.my/api/documentms/download.aspx?id=046b0803-ac11-4e37-bc26-870d777f15c8>> (11.3.2024).

²⁴⁸ Vgl. *Wang*, 14 *Asia Business Law Journal*. 15, 17 (2014).

²⁴⁹ *Tritt/Teschner*, 88 *U. Cin. L. Rev.* 735, 765 (2020).

²⁵⁰ Angelehnt an *Fleischer* (Fn. 246), S. 336.

§ 11 Japan: Japanische LLP (yūgen sekinin jigyō kumi'ai), 2005

Harald Baum/Gen Goto

I. Überblick.....	379
1. Formen unternehmerischer Tätigkeiten in Japan.....	380
a) Gesellschaften.....	380
b) Partnerschaften.....	384
2. Statistische Angaben.....	387
3. Historische Entwicklung.....	389
II. Die LLP.....	393
1. Die Rolle der LLP im japanischen Geschäftsleben.....	393
2. Legislative Grundlage, Zweck, Definition und Charakteristika der LLP.....	395
3. Gründung einer LLP.....	397
4. Geschäftsführung und Vertretung.....	399
5. Haftung.....	400
6. Aufnahme und Ausscheiden eines Partners.....	400
7. Verwaltung des Vermögens der LLP, Rechnungslegung und Gewinn- ausschüttung.....	401
8. Keine Umwandlung oder Verschmelzung einer LLP.....	402
9. Auflösung und Liquidierung einer LLP.....	402
10. Strafvorschriften.....	402
III. Resümee.....	403

I. Überblick*

Zunächst empfiehlt es sich, einen kurzen Blick auf den regulatorischen Rahmen und auf die Rolle zu werfen, welche die verschiedenen Gestaltungen, die das japanische Recht für die Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit zur Verfügung stellt, in der dortigen Praxis spielen, um ein Verständnis für die im Jahre 2005 neu geschaffene japanische Form der „limited liability partnership“ (*yūgen sekinin jigyō kumi'ai*), nachfolgend LLP, zu gewinnen. Bei dieser handelt es sich um ein *legal transplant* aus dem angloamerikanischen, vorwiegend dem US-amerikanischen Recht. Insbesondere für einen Vergleich mit dem deutschen Recht ist die Herausarbeitung des institutionellen Umfeldes wichtig, denn ungeachtet der Tatsache, dass es in der Vergangenheit im Zivil- und Handelsrecht Deutschlands und

* Der vorliegende Beitrag wurde zuerst in ZJapanR 41 (2016), 89 veröffentlicht.

Japans vielfach parallele Entwicklungen gegeben hat, prägen heute, man mag das bedauern, verstärkt die Unterschiede und zunehmend weniger die Gemeinsamkeiten das rechtsvergleichende Bild.

1. Formen unternehmerischer Tätigkeiten in Japan

Auch in Japan differenzieren Recht und Praxis zunächst einmal zwischen der gewerblichen Tätigkeit eines Einzelkaufmanns und derjenigen unternehmerischer Zusammenschlüsse mehrerer Personen zum Zwecke der gemeinschaftlichen Ausübung einer gewinnorientierten Tätigkeit. Bei diesen Zusammenschlüssen verläuft die wesentliche regulatorische Differenzierung zwischen den im Handelsregister eingetragenen „Gesellschaften“ (*kaisha*) und den nicht bzw. nicht dort eingetragenen gewerblichen „Partnerschaften“ (*kumi'ai*).

Der Begriff der „Gesellschaft“ ist im japanischen Recht enger und formaler gefasst als im deutschen; so werden etwa die Zusammenschlüsse, die in der Sache der deutschen „Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ oder der „stillen Gesellschaft“ entsprechen, rechtlich nicht als Gesellschaft, sondern als Partnerschaft qualifiziert.¹ Das heutige japanische Recht kennt fünf unterschiedliche Gesellschaftstypen und im Wesentlichen fünf verschiedene Formen gewerblich ausgerichteter Partnerschaften.²

a) Gesellschaften

Alle fünf Gesellschaftstypen sind (heute) im Gesellschaftsgesetz von 2005 geregelt (nachfolgend GesG).³ Das Gesetz unterscheidet zwischen Gesellschaften, die Aktien ausgegeben haben, und solchen, bei denen das nicht der Fall ist. Unabhängig von dieser Unterscheidung werden jedoch *alle* dem Gesetz unterfallenden Typen der Gesellschaft als juristische Personen (*hōjin*) qualifiziert (Art. 3 GesG). Dies gilt auch für diejenigen Formen, die in Deutschland als Personengesellschaften und damit nicht als juristische Personen eingestuft werden.

Gesellschaften, die Aktien ausgegeben haben, sind die Aktiengesellschaften (*kabushiki kaisha*). Diese sind im Zweiten Teil des GesG in den Artikeln 25 bis 574 umfassend geregelt. Innerhalb der Aktiengesellschaft unterscheidet das Gesetz zwischen Publikums- und geschlossenen Gesellschaften.⁴ Bei der ganz über-

¹ Siehe *Kansaku/Bälz*, § 3 Gesellschaftsrecht, in: Baum / Bälz, Handbuch Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 2011, S. 69, Rn. 7.

² Weitere Formen gewerblicher Zusammenschlüsse, die an dieser Stelle nicht vertieft diskutiert werden, sind unter anderem die Gesellschaften auf Gegenseitigkeit (*sōgo kaisha*) und die Treuhand i. S. d. angloamerikanischen „trust“ (*shintaku*).

³ *Kaisha-hō*, Gesetz Nr. 86 vom 26. Juli 2005. Eine engl. Übers. findet sich unter <<http://www.japaneselawtranslation.go.jp>> (1.6.2024); dahinter verbirgt sich das „Transparency and Enrichment of Japanese Laws concerning International Transactions in the 21st Century – Doing Cross-Border Business with/in Japan Project“, dazu *Lawson*, ZJapanR 24 (2007), 187 ff.

⁴ Einen Überblick über die vielfältigen unterschiedlichen organisatorischen Möglichkeiten im japanischen Aktienrecht geben *Takahashi/Shimizu*, ZJapanR 19 (2005), 35 ff.

wiegenden Zahl der Aktiengesellschaften handelt es sich um geschlossene Gesellschaften.⁵ Die Aktiengesellschaft wird im Folgenden nicht weiter behandelt.

Diejenigen Gesellschaftstypen, die keine Aktien ausgegeben haben, werden in Art. 575 GesG (heute) einheitlich als „Anteilsgesellschaften“ (*mochibun kaisha*) bezeichnet. Vor der Gesellschaftsrechtsreform von 2005 wurde für diese häufig der Begriff Personengesellschaft (*jinteki kaisha*) verwendet, um sie von den Kapitalgesellschaften (*butteki kaisha*) wie etwa der Aktiengesellschaft abzugrenzen. Seit der Reform von 2005 findet diese Begrifflichkeit indes keine Anwendung mehr.

Es gibt drei unterschiedliche Arten von Anteilsgesellschaften:⁶

- die offene Handelsgesellschaft (*gōmei kaisha*, nachfolgend OHG),
- die Kommanditgesellschaft (*gōshi kaisha*, nachfolgend KG) und
- die „limited liability company“ (*gōdō kaisha*, nachfolgend LLC⁷, seit 2006).

Die drei vorgenannten Anteilsgesellschaften sind im Dritten Teil des GesG in den Artikeln 575 bis 675 geregelt. Vor der grundlegenden Reform des Gesellschaftsrechts im Jahre 2005 waren die OHG und die KG im Handelsgesetz geregelt.⁸

(1) Die offene Handelsgesellschaft

Die japanische offene Handelsgesellschaft (*gōmei kaisha*) wurde im späten 19. Jahrhundert nach dem Vorbild der deutschen OHG geschaffen, und entsprechend weisen beide viele Gemeinsamkeiten auf.⁹ Ein entscheidender Unterschied besteht jedoch darin, dass die japanische OHG, wie soeben erwähnt, anders als die deutsche OHG und ungeachtet ihrer früheren Einstufung als Personengesellschaft als juristische Person angesehen wird (Art. 3 GesG). Damit ist die japanische OHG ebenso körperschaftsteuerpflichtig wie etwa die Aktiengesellschaft.

Aber, anders als die Aktionäre einer japanischen Aktiengesellschaft oder die Gesellschafter der bis vor kurzem auch in Japan zugelassenen Gesellschaft mit

⁵ Siehe zu diesen etwa *Shishido*, The Law of Closed Corporations in Japan, in: International Academy of Comparative Law/Japanese Section, Japanese reports for the XIXth International Congress of Comparative Law, 2015, S. 140 ff.

⁶ Ein kurzer deutscher Überblick findet sich bei *Kansaku/Bälz* (Fn. 1), S. 113 ff.; ein knapper engl. Überblick bei *Kawamoto/Kawaguchi/Kihara*, Corporations and Partnerships in Japan, 2012, S. 346 ff.; eine kurze japanische Analyse bei *Kanda, Kaisha-hō* [Gesellschaftsrecht], 17. Aufl. 2015, S. 314 ff.; eine ausführliche Kommentierung findet sich etwa bei *Kanda, Mochibun kaisha* [Anteilsgesellschaften], *Kaisha-hō kommentāru* [Kommentar zum Gesellschaftsgesetz], Bd. 14, 2014.

⁷ In englischen Publikationen gelegentlich auch als „limited liability partnership company“ bezeichnet.

⁸ *Shōhō*, Gesetz Nr. 48/1899 i. d. F. des Gesetzes Nr. 57/2008; eine engl. Übers. findet sich unter <<http://www.japaneselawtranslation.go.jp>> (1.6.2024); eine dt. Übers. der früheren Fassung des Handelsgesetzes bei *Kliesow/Eisele/Bälz*, Das japanische Handelsgesetz, 2001.

⁹ Ein historischer Überblick unten bei I.3.

beschränkter Haftung (*yūgen kaisha*),¹⁰ haften die Gesellschafter einer OHG persönlich für die Verbindlichkeiten aus dem Geschäftsbetrieb der Gesellschaft. Daran ändert auch deren Qualifikation als juristische Person nichts. Die Kombination aus unbeschränkter persönlicher Haftung und Körperschaftsteuerpflicht macht die OHG vergleichsweise unattraktiv für japanische Unternehmensgründer.¹¹ Entsprechend war die Zahl der OHGs in Japan im Vergleich zur Zahl der Aktiengesellschaften oder der GmbHs seit jeher klein.¹² Im japanischen Geschäftsleben spielt die OHG keine wesentliche Rolle und wird deshalb vorliegend nicht vertieft behandelt.¹³ Die Situation in Japan unterscheidet sich mithin diametral von derjenigen in Deutschland, wo die OHG insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen eine beliebte Organisationsform darstellt.

(2) Die Kommanditgesellschaft

Auch die Kommanditgesellschaft wurde im späten 19. Jahrhundert nach deutschem Vorbild geschaffen.¹⁴ Der wesentliche Unterschied zur deutschen KG liegt erneut darin, dass die japanische KG wie die dortige OHG als juristische Person eingestuft wird (Art. 3 GesG) und damit der Körperschaftsteuer unterfällt. Ungeachtet der Qualifizierung als juristische Person haften die Komplementäre der KG jedoch unbeschränkt für deren Verbindlichkeiten. Wiederum macht die Kombination aus persönlicher Haftung auf der einen und der Körperschaftsteuerpflichtigkeit auf der anderen Seite die KG für japanische Unternehmensgründer vergleichsweise unattraktiv, und entsprechend spielt diese Rechtsform, zumindest heute, im japanischen Geschäftsleben keine bedeutende Rolle.¹⁵ Aus diesem Grund wird auch die KG vorliegend nicht weiter behandelt.¹⁶

¹⁰ Dazu unten bei I. 1. a) (4).

¹¹ *Kansaku/Bälz* (Fn. 1), S. 114.

¹² Ein statistischer Überblick unten bei I. 2.

¹³ Ein knapper Überblick in westlichen Sprachen über die japanische OHG findet sich bei *Kansaku/Bälz* (Fn. 1), S. 116 ff. und *Kawamoto/Kawaguchi/Kihara* (Fn. 6), S. 347 ff.

¹⁴ Ein historischer Überblick unten bei I. 3.

¹⁵ Das war in den 1930er Jahren anders, als die Zahl der KGs diejenige der Aktiengesellschaften übertraf; siehe die statistischen Angaben unten bei I. 2. Einer der Gründe dürfte darin gelegen haben, dass die KG zunehmend als Holdinggesellschaft bei den seinerzeit entstehenden japanischen Unternehmensgruppen (*zaibatsu*) eingesetzt wurde. Diese Entwicklung war möglicherweise von der Tatsache beeinflusst, dass die amerikanische Bank *J. P. Morgan*, zu der Zeit ein wichtiges Vorbild in Japan, als *limited partnership company* organisiert war. Siehe zum Aufstieg und Fall der japanischen Holdinggesellschaften monographisch *Eisele*, Holdinggesellschaften in Japan, 2004.

¹⁶ Ein knapper Überblick in westlichen Sprachen über die japanische KG findet sich bei *Kansaku/Bälz* (Fn. 1), S. 116 ff. und *Kawamoto/Kawaguchi/Kihara* (Fn. 6), S. 350.

(3) Die japanische Limited Liability Company (LLC)

Die japanische „limited liability company“ (*gōdō kaisha*) wurde im Zuge der Gesellschaftsrechtsreform im Jahre 2006 eingeführt.¹⁷ Vorbild waren die in den Bundesstaaten der USA verbreiteten Ausgestaltungen der LLC, aber es bestehen gleichwohl Unterschiede. Der wichtigste ist, dass die japanische LLC, anders als ihre Gegenstücke in den USA, als juristische Person körperschaftsteuerpflichtig ist. Ursprünglich war auch für die LLC in Japan eine transparente Besteuerung geplant, aber das japanische Finanzministerium konnte sich im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens mit seiner Auffassung durchsetzen, dass eine Haftungsbeschränkung mit einer Körperschaftsteuerpflichtigkeit einhergehen müsse.¹⁸ Damit wurde ein wesentliches Ziel bei der Schaffung der LLC verfehlt und als Ausgleich dafür im Jahre 2005 die LLP eingeführt.¹⁹

Anders als die Gesellschafter der OHG haften die Gesellschafter einer LLC nicht unbeschränkt für Verbindlichkeiten der Gesellschaft, ihre Haftung ist vielmehr auf ihre Einlage beschränkt. Die Rechtsbeziehungen unter den Gesellschaftern einer LLC richten sich nach den Regeln der Partnerschaft des Zivilgesetzes²⁰, soweit nicht spezielle Regelungen des GesG eingreifen.²¹ Trotz der fehlenden steuerlichen Transparenz hat sich die LLC als Rechtsform in der Praxis durchgesetzt. Zwischen 2006, dem Jahr des Inkrafttretens des GesG, und 2014 wurden rund 75.000 LLCs gegründet.²² Die LLC wird oftmals von Wagniskapitalgesellschaften und als Tochtergesellschaft von Aktiengesellschaften genutzt. Die Kombination von beschränkter Haftung und einem Organisationsrahmen, der wesentlich flexibler ausgestaltet ist als derjenige der Aktiengesellschaft, tragen maßgeblich zur Popularität der LLC in Japan bei.

(4) Die sog. Ausnahme-GmbH

Der fünfte Gesellschaftstyp ist die sog. „Ausnahme-GmbH“ (*tokurei yūgen kaisha*). Hierbei handelt es sich um Gesellschaften, die auf der Grundlage des Gesetzes über die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GGmbH)²³ gegründet worden

¹⁷ Darstellungen der LLC finden sich bei *Dernauer*, ZJapanR 20 (2005), 123, 128 ff.; *Westhoff*, § 5 Formen und Bedingungen unternehmerischer Tätigkeit, in: Baum/Bälz, Handbuch Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 2011, S. 238 ff.; ein englischer Überblick bei *Kawamoto/Kawaguchi/Kihara* (Fn. 6), S. 351 f.

¹⁸ *Kansaku/Bälz* (Fn. 1), S. 114.

¹⁹ Dazu unten I. 1. b) (5).

²⁰ Nachfolgend b).

²¹ Einzelheiten bei *Dernauer* (Fn. 17), S. 131 ff.

²² Zahlenangaben unten bei I.2.

²³ *Yūgen kaisha-hō*, Gesetz Nr. 74/1938, aufgehoben durch Art. 2 (1) des Gesetzes zur Anpassung der Gesetze an die Umsetzung des Gesellschaftsgesetzes [*Kaisha-hō no sekō ni tomonau kankei hōritsu no seibi-tō ni kansuru hōritsu*], Gesetz Nr. 87/2005; eine engl. Übers. findet sich unter <<http://www.japaneselawtranslation.go.jp>> (1.6.2024); eine dt. Übers. des früheren GGmbH findet sich bei *Ishikawa/Leetsch*, Das japanische Handelsrecht in deutscher Übersetzung, 1988.

waren. Die Rechtsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (*yūgen kaisha*), die im Jahre 1938 in Japan eingeführt wurde, war im Wesentlichen nach deutschem Vorbild gestaltet, hatte aber auch einige Eigenschaften der britischen *limited liability company* übernommen.²⁴ Die GmbH war seit ihrer Einführung ein Erfolg, und ihre Zahl erreichte mit 1,9 Mio. eingetragenen Gesellschaften im Jahre 2005 einen Höhepunkt, der selbst die Anzahl der rund 1,2 Mio. Aktiengesellschaften im selben Jahr übertraf.²⁵ Gleichwohl wurde sie im Zuge der Gesellschaftsrechtsreform von 2005 abgeschafft und das GGmbH aufgehoben. Der wesentliche Grund für die Abschaffung war die Überzeugung des Gesetzgebers, dass die Rechtsform der GmbH angesichts der Regelungen für geschlossene Aktiengesellschaften im GesG (und vormals im Handelsgesetz) redundant sei.²⁶

Seit 2006 ist es nicht länger möglich, in Japan eine GmbH zu gründen. Existierende Gesellschaften hatten die Wahl, entweder ihre Rechtsform (und ihren Namen) beizubehalten oder sich in eine Aktiengesellschaft umzuwandeln (einschließlich einer Namensänderung). Allerdings werden seither auch auf die nicht umgewandelten GmbHs die Vorschriften über die geschlossene Aktiengesellschaft im GesG – mit leichten Modifikationen – angewendet.²⁷

b) Partnerschaften

Im Gegensatz zu den Gesellschaften im Sinne von Art. 2 GesG werden Partnerschaften (*kumi'ai*) nicht als juristische Personen eingestuft und besitzen keine eigene Rechtspersönlichkeit. Für die Zwecke dieses Überblickes lassen sich fünf Arten geschäftsorientierter Partnerschaften in Japan identifizieren:²⁸

- die Partnerschaft des Zivilgesetzes (*Minpō no kumi'ai*),
- die stille Partnerschaft des Handelsgesetzes (*tokumei kumi'ai*),
- die Genossenschaften (*kyōdo kumi'ai*),
- die „investment business limited liability partnership“ (Investment LPS, *tōshi jigyō yūgen sekinin kumi'ai*) (seit 1998),
- die „limited liability partnership“ (LLP, *yūgen sekinin jigyō kumi'ai*) (seit 2005).

²⁴ Ein knapper Überblick über die frühere japanische GmbH findet sich bei *Kawamoto*, Handels- und Gesellschaftsrecht, in: Baum/Drobnig, Japanisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 1994, S. 45, 138 ff.

²⁵ Vgl. *Kawamoto/Kawaguchi/Kihara* (Fn. 6), S. 50; Zahlenangaben unten bei I.2.

²⁶ Dazu *Takahashi*, Zur Reform der geschlossenen Kapitalgesellschaften in Japan: die Aufhebung des GmbH-Gesetzes und ihre Auswirkung, in: Bälz/Baum/Westhoff, Aktuelle Fragen des gewerblichen Rechtsschutzes und des Unternehmensrechts im deutsch-japanischen Rechtsverkehr, 2012, S. 29, 34 f.; *Egashira*, *Kaisha hōsei no gendai-ka ni kansuru yōkō-an no kaisetsu* [Erläuterung des Entwurfes des Gesellschaftsgesetzes], in: *Kaisha-hō gendai-ka no gaiyō* [Überblick über die Modernisierung des Gesellschaftsrechts], Bessatsu Shōji Hōmu 288, 2005, S. 3 ff.; zur geschlossenen Aktiengesellschaft *Shishido* (Fn. 5).

²⁷ Artt. 2 bis 44 des Gesetzes zur Anpassung der Gesetze an die Umsetzung des Gesellschaftsgesetzes (Fn. 23).

²⁸ Ein knapper Überblick in Englisch bei *Kawamoto/Kawaguchi/Kihara* (Fn. 6), S. 353 ff.

(1) Die Partnerschaft des Zivilgesetzes

Ihre gesetzliche Grundlage hat die Partnerschaft des Zivilgesetzes (*minpō no kumi'ai*) in den Artikeln 667 bis 688 des Zivilgesetzes.²⁹ Sie ähnelt der deutschen Gesellschaft bürgerlichen Rechts, weist aber gegenüber dieser auch Unterschiede auf.³⁰ Die Partnerschaft entsteht durch eine vertragliche Vereinbarung zwischen den Partnern. Für Verbindlichkeiten der Partnerschaft haftet zunächst einmal das Vermögen der Partnerschaft, daneben jedoch auch jeder der Partner in unbegrenzter Höhe. Die Partnerschaft ist mangels eigener Rechtspersönlichkeit nicht körperschaftsteuerpflichtig, es besteht vielmehr steuerliche Transparenz. Diese Rechtsform wird häufig bei Verbriefungen und bei Immobiliengeschäften eingesetzt.³¹ Auch nutzen Bauunternehmen die Partnerschaft des Zivilgesetzes bei gemeinsam mit anderen Unternehmen durchgeführten größeren Infrastruktur- und Bauprojekten.

(2) Die stille Partnerschaft

Die stille Partnerschaft (*tokumei kumi'ai*) ist in den Artikeln 535 bis 550 des Handelsgesetzes³² geregelt. Sie ähnelt der stillen Gesellschaft des deutschen Rechts. Die stille Partnerschaft entsteht durch eine vertragliche Vereinbarung zwischen einem stillen Partner, der Kapital zur Verfügung stellt, und einem Unternehmer. Die Stellung des stillen Partners ähnelt derjenigen des Kommanditisten einer KG. Er haftet nicht für die Verbindlichkeiten des Unternehmers.³³ Auch die stille Partnerschaft ist mangels eigener Rechtspersönlichkeit nicht körperschaftsteuerpflichtig. Aufgrund dieses Steuervorteils und ihrer flexiblen Gestaltungsmöglichkeiten spielt die stille Partnerschaft im japanischen Geschäftsleben eine wichtige Rolle als Investitionsvehikel.

(3) Genossenschaften

Japan kennt eine Vielzahl unterschiedlicher Genossenschaften (*kyōdo kumi'ai*), die abhängig von ihrer jeweiligen Tätigkeit auf spezialgesetzlicher Grundlage operieren.

(4) Die Investment LPS

Die „investment business limited liability partnership“ (*tōshi jigyō yūgen sekinin kumi'ai*) ist eine spezielle Rechtsform, die im Jahre 1998 eigens für das Fonds-

²⁹ *Minpō*, Gesetz Nr. 89/1896 und Nr. 91/1898; eine dt. Übers. findet sich bei *Kaiser*, Das japanische Zivilgesetzbuch in deutscher Sprache, 2008.

³⁰ Ein knapper deutscher Überblick bei *Kansaku/Bälz* (Fn. 1), S. 135 ff.

³¹ Dazu *Suzuka/Mikami*, Real Property and Securitization, in: McAlinn, Japanese Business Law, 2007, S. 263, 297 ff.

³² Angaben zum Gesetz oben in Fn. 8.

³³ Eine vergleichende Analyse findet sich bei *Arnold*, ZJapanR 13 (2002), 210 ff.

geschäft geschaffen wurde. Ihre gesetzliche Grundlage hat sie im „Limited Partnership Act for Investments“.³⁴ Das legislative Ziel war es, Fonds eine rechtliche Möglichkeit an die Hand zu geben, für bestimmte Arten von Investmentgeschäften Vereinbarungen über Partnerschaften abschließen zu können, mit denen unbeschränkt und beschränkt haftende Partner eingebunden werden. Die Partnerschaft des Zivilgesetzes eignet sich dafür nicht, da die Partner (Investoren), welche die Mittel für die Investments einzahlen, eine unbeschränkte Haftung für die Verbindlichkeiten der Partnerschaft träge.

(5) Die Limited Liability Partnership (LLP)

Die „limited liability partnership“ (*yūgen sekinin jigyō kumi'ai*) wurde im Jahre 2005 als neue Rechtsform in Japan eingeführt. Die gesetzliche Grundlage der LLP bildet der „Limited Liability Partnership Act“ (nachfolgend LLP-Gesetz), der bereits ein Jahr vor dem GesG in Kraft trat.³⁵ Wie bereits erwähnt, wurde diese Rechtsform als Ausgleich für die Tatsache geschaffen, dass es entgegen der ursprünglichen Absicht des Gesetzgebers nicht dazu gekommen ist, die LLC von der Körperschaftsteuer zu befreien. Die Initiative zur Schaffung der LLP ging entsprechend auch nicht vom Justizministerium aus, das für das GesG und damit für die Einführung der LLC verantwortlich war, sondern vom Ministerium für Wirtschaft, Handel und Industrie, das damit auf Forderungen aus der japanischen Wirtschaft reagierte und auch eine wesentliche Rolle bei der Abfassung des LLP-Gesetzes spielte.

Das zentrale funktionale Charakteristikum der LLP ist die vorteilhafte Verbindung von einer transparenten Besteuerung – die LLP ist nicht körperschaftsteuerpflichtig – und einer Haftungsbeschränkung der Partner auf die von ihnen geleistete Einlage. Hierin liegt ein deutlicher Vorteil gegenüber der japanischen OHG, für die das Gegenteil zutrifft, und, eingeschränkter, auch gegenüber der KG. Entsprechend wurde ein großes Potential für den Einsatz der LLP im japanischen Geschäftsleben angenommen. In der Praxis ist jedoch das Gegenteil eingetroffen: die LLP hat in den ersten zehn Jahren ihres Bestehens nur eine recht untergeordnete Rolle gespielt.³⁶

Gründung, Governance und Funktion der LLP werden später in Teil II im Einzelnen vorgestellt. An dieser Stelle seien lediglich in einem knappen Vergleich die wesentlichen Unterschiede zwischen der LLP und der LLC aufgezeigt.³⁷

- (i) Die LLP hat, anders als die LLC, keine eigene Rechtspersönlichkeit und unterfällt entsprechend nicht der Körperschaftsteuer.

³⁴ *Tōshi jigyō yūgen sekinin kumi'ai keiyaku ni kansuru hōritsu*, Gesetz Nr. 90/1998.

³⁵ *Yūgen sekinin jigyō kumi'ai keiyaku ni kansuru hōritsu*, Gesetz Nr. 40/2005; eine engl. Übers. findet sich unter <<http://www.japaneselawtranslation.go.jp>> (1.6.2024).

³⁶ Dazu unten II. 1.

³⁷ Einzelheiten bei *Tanahashi, Atarashii kigyō keitai* [Neue Rechtsformen], in: Egashira, *Kabushiki kaisha-hō taikai* [Überblick über Regulierung der Aktiengesellschaft], 2013, S. 613 ff.

- (ii) Alle Mitglieder einer LLP sind, anders als die Gesellschafter einer LLC, im Prinzip aktiv in die Geschäftsführung eingebunden und können diese Aufgabe nur begrenzt delegieren.
- (iii) Anders als eine LLC kann eine LLP nicht von einer Person gegründet werden.
- (iv) Die LLP kann als Partnerschaft nicht in eine Gesellschaft umgewandelt und auch nicht, anders als die LLC, mit einer solchen verschmolzen werden.

2. Statistische Angaben

Die praktische Bedeutung der verschiedenen Rechtsformen im japanischen Geschäftsleben variiert erheblich, wie der nachfolgende statistische Überblick zeigt.

Tabelle 1 nennt die Zahl aller *registrierten* Gesellschaften sowie die der LLPs. Tabelle 2 bezieht sich demgegenüber lediglich auf die Zahl derjenigen Gesellschaften, die in einem Umfang *geschäftlich aktiv* sind, der für die japanische Steuerverwaltung von Interesse ist, die also Körperschaftsteuer zahlen:

*Tabelle 1: Zahl der im Handelsregister eingetragenen Gesellschaften und der registrierten LLPs im historischen Vergleich*³⁸

Rechtsformen	1900	1930	1980	2005 ³⁹	2014
Aktiengesellschaft und GmbH:					
– Aktiengesellschaft (<i>kabushiki kaisha</i>)	4.300	21.400	791.300	1,158 Mio.	1,776 Mio.
– GmbH (<i>yūgen kaisha</i>)	–	–	606.500	1,938 Mio.	–
– „Ausnahme-GmbH“ (<i>tokurei yūgen kaisha</i>)	–	–	–	–	1,640 Mio.
Anteilsgesellschaften:					
– OHG (<i>gōmei kaisha</i>)	800	9.800	7.100	18.900	17.900
– KG (<i>gōshi kaisha</i>)	3.600	32.300	36.500	87.400	80.000
– LLC (<i>gōdō kaisha</i>)	–	–	–	–	74.600
Partnerschaften:					
– LLP (<i>yūgen sekinin jigyō kumi'ai</i>)	–	–	–	k. A. ⁴⁰	5.500

³⁸ Gerundete Zahlen; die Zahlen für die Jahre 2005 und 2014 wurden den Autoren auf Anfrage hin freundlicherweise von dem japanischen Ministerium der Justiz zur Verfügung gestellt. Quelle für die Jahre 1900, 1930 und 1980: *Baum/Takahashi*, Commercial Law and Corporate Law in Japan: Legal and Economic Developments After 1868, in: Röhl, History of Law in Japan Since 1868, 2005, S. 330, 401 m. w. N.

³⁹ Das Jahr, bevor das GesG in Kraft trat.

⁴⁰ Das LLP-Gesetz trat bereits 2005 in Kraft und damit ein Jahr vor dem GesG; für die Gründungen im ersten Jahr der LLP lassen sich jedoch keine Zahlenangaben ermitteln.

Tabelle 2: Zahl der geschäftlich aktiven Gesellschaften⁴¹ im Jahre 2012⁴²

Aktiengesellschaft und GmbH:	
– Aktiengesellschaft (<i>kabushiki kaisha</i>) [einschließlich der als AG behandelten „Ausnahme-GmbH“ (<i>tokurei yūgen kaisha</i>)]	2,4 Mio.
Anteilsgesellschaften:	
– OHG (<i>gōmei kaisha</i>)	4.300
– KG (<i>gōshi kaisha</i>)	21.500
– LLC (<i>gōdō kaisha</i>)	20.700

Die Angaben in den Tabellen 1 und 2 zeigen, dass die Aktiengesellschaft – mit oder ohne Einbeziehung der „Ausnahme-GmbH“ – die mit weitem Abstand wichtigste Rechtsform in Japan ist. Von den eigentlichen Aktiengesellschaften werden rund 10.000 Gesellschaften als große Gesellschaften im Sinne von Art. 2 Nr. 6 GesG eingestuft.⁴³ Von diesen sind wiederum knapp 3.500 Gesellschaften an den japanischen Börsen notiert.⁴⁴ Die weit überwiegende Mehrheit der Aktiengesellschaften sind mittlere, kleine und kleinste Gesellschaften. Die Gesellschaftsrechtsreformen der späten 1990er und frühen 2000er Jahre und insbesondere die Reform von 2005 haben auf diese Realität mit der Schaffung eines zunehmend flexibleren Organisationsrahmens reagiert. Wie bereits erwähnt, differenziert das GesG in erster Linie zwischen Publikums- und geschlossenen Gesellschaften und, damit verschränkt, ferner größenabhängig. Es gelten jeweils unterschiedlich strenge gesetzliche Anforderungen.⁴⁵ Diejenigen GmbHs, die sich nicht in AGs umgewandelt haben, die sog. „Ausnahme-GmbHs“, werden, wie ausgeführt, rechtlich als geschlossene Aktiengesellschaften behandelt, d.h. die aktienrechtlichen Regelungen des GesG finden leicht modifiziert Anwendung.⁴⁶

Die vorstehenden statistischen Angaben zeigen, dass die LLC bereits innerhalb weniger Jahre zur zweitwichtigsten Rechtsform in Japan nach der Aktiengesellschaft avanciert ist, wenn auch mit sehr weitem Abstand zu dieser (und in etwa gleichauf mit der KG). Seit ihrer Einführung im Jahre 2006 sind bis zum Jahr 2014, also in weniger als zehn Jahren, knapp 75.000 LLCs neu gegründet worden. Von diesen sind – laut den Angaben der japanischen Steuerverwaltung –

⁴¹ Entsprechende Zahlen für die LLP stehen, soweit ersichtlich, nicht zur Verfügung.

⁴² Gerundete Angaben basierend auf den Steuerstatistiken; Quelle: *K. Egashira, Kabushiki kaisha-hō* [Stock Company Law], 6. Aufl. 2015, S. 3 m. w.N.

⁴³ Eine Aktiengesellschaft ist gemäß Art. 2 Nr. 6 GesG als eine große zu qualifizieren, wenn sie entweder eine Bilanzsumme von mehr als 500 Mio. Yen (ca. 3,8 Mio. Euro) aufweist oder ihre Verbindlichkeiten sich auf 20 Mrd. Yen (ca. 150 Mio. Euro) oder mehr belaufen.

⁴⁴ See <www.jp.x.co.jp/markets/statistics-equities/monthly/00-archives-01.html> (1.6.2024).

⁴⁵ Zu den verschiedenen Organisationsmöglichkeiten und ihren Regelungen *Takahashi/Shimizu* (Fn. 4).

⁴⁶ Siehe oben unter I.1.a)(4).

etwa 20.700 Gesellschaften im Geschäftsleben dergestalt aktiv, dass sie Körperschaftsteuer zahlen. Der Erfolg der Rechtsform der LLC in Japan ist mithin offensichtlich.

In starkem Kontrast dazu hat sich die im Jahre 2005 und damit bereits ein Jahr vor der LLC eingeführte LLP als zweite neue Rechtsform bislang nicht am Markt durchgesetzt. Die vergleichsweise kleine Zahl von 5.500 LLPs entspricht nicht den mit ihrer Einführung verbundenen Erwartungen.⁴⁷ Wie viele dieser Partnerschaften tatsächlich im steuerlich relevanten Sinne geschäftlich aktiv sind, ist schwierig abzuschätzen, da die LLP, wie ausgeführt, nicht der Körperschaftsteuer unterliegt, sondern eine transparente Besteuerung auf der Ebene der Partner erfolgt.⁴⁸ Es ist aber davon auszugehen, dass ihre Zahl kleiner als die der LLP-Gründungen ist. Sollten die in der Tabelle 2 genannten Größenordnungen zwischen eingetragenen und aktiven Gesellschaften auch für die LLP eine Richtschnur sein, dann wäre für Japan von nur etwa 1.400 aktiven LLPs auszugehen.

3. Historische Entwicklung

Vor der umfassenden Modernisierung der Wirtschaft und des Justizsystems im Japan der *Meiji*-Zeit (1868–1912) in den letzten drei Jahrzehnten des 19. Jahrhunderts war dem Land ein Unternehmertum im modernen Sinne unbekannt, dessen Charakteristikum die verschiedenen Formen der Gesellschaft bzw. Partnerschaften als Kapitalsammelbecken sind.⁴⁹ Geschäfte wurden traditionell über Familienunternehmen in Form des „Hauses“ (*ie*) oder familienbasierter Vereinigungen (*kumi*) abgewickelt. Dies traf vor allem für die große Zahl der Handelshäuser zu. Neben den *kumi* gab es eine Art von Kooperativen (*kumi'ai*) und einige Gilden (*nakama*). Kapital wurde vordringlich innerhalb des *ie* aufgenommen und nicht durch Gründung von Partnerschaften oder mittels der Ausgabe von Aktien an anonyme Investoren.

Die *Meiji*-Regierung bemühte sich demgegenüber in einem deutlichen Bruch mit der Vergangenheit um die Schaffung zeitgemäßer Unternehmen, die sie als unverzichtbar für den Aufbau einer modernen Wirtschaft in Japan hielt. Durch die Bereitstellung geeigneter Rechtsformen wie der Partnerschaft und der Gesellschaft sollte die Möglichkeit geschaffen werden, dass sich mehrere Personen zur Verfolgung geschäftlicher Zwecke zusammenschließen und beim anlagewil-

⁴⁷ Zur Rolle der LLP in der Praxis unten bei II. 1.

⁴⁸ Siehe oben unter I. 1. b) (5).

⁴⁹ Dieser Abschnitt beruht auf den Ausführungen bei *Baum/Takahashi* (Fn. 38), S. 330 ff., sowie *Baum*, Entstehung, Strukturen und Bedeutung des Handelsgesetzes – Eine Einführung, in: Kliesow/Eisele/Bälz, Das japanische Handelsgesetz, 2002, S. 1 ff.; siehe ferner *Pauer*, Bemerkungen zur Entwicklung der Aktiengesellschaften im Japan der *Meiji*-Zeit, in: Linhart/Pauer, Sozioökonomische Entwicklung und industrielle Organisation Japans, 1979, S. 104 ff.; *Kano*, *Nihon kaisha kigyō hassei-shi no kenkyū* [Studien zur historischen Entwicklung der japanischen Unternehmen], 1931.

ligen Publikum Kapital aufnehmen konnten. Auf diese Weise sollte eine solide Basis für die Entwicklung kapitalintensiver neuer Industrien entstehen.

Die tradierten Familienunternehmen begannen zunehmend Gebrauch von den durch das sogenannte „Alte Handelsgesetz“ von 1893⁵⁰ bereitgestellten neuen Rechtsformen zu machen, namentlich der KG und in geringerem Umfang der OHG. Moderne Industrievorhaben wurden demgegenüber überwiegend durch die Gründung von Aktiengesellschaften auf den Weg gebracht. Die Rechtsform der Aktiengesellschaft entwickelte sich im Japan der *Meiji*-Zeit rasch zur wichtigsten Unternehmensform. Zwischen 1895 und 1910 entfielen 90 % des aufgebrauchten Kapitals auf die Aktiengesellschaften.

Das Alte Handelsgesetz beruhte in wesentlichen Teilen auf einem Entwurf, den der deutsche Rechtswissenschaftler *Carl Friedrich Hermann Roesler* (1834–1894) im Jahre 1884 für die japanische Regierung erstellt hatte. Roesler war 1878 als deren juristischer Berater nach Japan gekommen, zuvor hatte er an der Universität Rostock Staatsrecht und Nationalökonomie gelehrt. Sein Entwurf, der sich formell am französischen *Code de commerce* von 1870 und in der Sache stärker am Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch von 1861 (ADHGB) orientierte, ignorierte jedoch die tradierten japanischen Handelsbräuche, die Roesler als ungeeignet erachtete.⁵¹ Dies führte zu heftiger Kritik und bereits im Jahre 1899 wurde das Alte Handelsgesetz aufgehoben und durch das heutige Handelsgesetz (HG⁵²) ersetzt. Die mit der Revision des Alten Handelsgesetzes befasste Reformkommission orientierte sich noch stärker als Roesler an dem deutschen Recht. Bezüglich des Gesellschaftsrechts fand die deutsche Aktiennovelle von 1870 in ihrer revidierten Fassung von 1884 besondere Aufmerksamkeit.⁵³ Als vierter Typ der in Form einer juristischen Person organisierbaren Handelsgesellschaften wurde die Kommanditgesellschaft auf Aktien (*kabushiki gōshi kaisha*) nach deutschem Vorbild eingeführt, die sich aber in Japan nicht durchsetzen konnte und mit der Reform von 1950 wieder abgeschafft wurde.

Das Handelsgesetz ist heute noch in Kraft, wurde aber in den Jahren 1911, 1938, 1950 und 2005 jeweils grundlegend novelliert. Die meisten der Reformen bezogen sich auf das Aktienrecht. Die Reform von 1911 war stark vom deutschen Handelsgesetzbuch (HGB) von 1897 beeinflusst, welches das ADHGB ersetzt hatte. Im Zuge der noch umfassenderen Reform des Jahres 1938 wurden mehr

⁵⁰ *Kyū-shōhō*, Gesetz Nr. 32/1890; engl. Übers. bei Shihō-shō [Justizministerium], Commercial Code of Japan, 1893; dazu *Fukushima*, The Significance of the Company Law Chapters of the Old Commercial Code in 1893, *Law in Japan* 24 (1991), 171 ff.

⁵¹ Siehe *Schenk*, Der deutsche Anteil an der Gestaltung des modernen japanischen Rechts- und Verwaltungswesens, 1997, S. 105.

⁵² *Shōhō*, Gesetz Nr. 48/1899; eine engl. Übers. der Originalfassung des Handelsgesetzes findet sich bei *Lönholm*, The Commercial Code of Japan Translated, 1898.

⁵³ *Ōsumi*, *Kabushiki kaisha-hō hensen ron* [Beiträge zu den Wandlungen des Aktienrechts], 1987, S. 96.

als 500 Vorschriften geändert oder neu in das HG aufgenommen.⁵⁴ Insbesondere das Recht der Aktiengesellschaft wurde unter dem Eindruck des neuen deutschen Aktiengesetzes von 1937 grundlegend überarbeitet, das die Regelung der Aktiengesellschaft im HGB ersetzt hatte. Im Kern ging es (auch) in Japan um eine schärfere Kontrolle der Unternehmensleitung und einen verbesserten Schutz der Aktionäre, namentlich der Minderheitsaktionäre, deren Zahl stetig zugenommen hatte. Wie in anderen Industrienationen stellte sich auch in Japan das Problem einer wachsenden Trennung von Eigentum und Verwaltungsbefugnissen.

Eine weitere gesellschaftsrechtliche Neuerung war die Einführung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (*yūgen kaisha*) im Jahre 1938. Die in Deutschland bereits seit 1892 etablierte GmbH diente dabei als wichtiges, wenn auch nicht exklusives Vorbild.⁵⁵ Der *Meiji*-Gesetzgeber hatte noch keine Notwendigkeit für die Zurverfügungstellung der Rechtsform der GmbH neben der OHG, KG und Aktiengesellschaft gesehen. Seit Anfang des 20. Jahrhunderts war die Zahl kleiner Unternehmen in Japan aber erheblich angestiegen. Diese bedienten sich überwiegend der Rechtsform der Aktiengesellschaft, deren Regelungen jedoch gar nicht auf kleine, sondern auf große Gesellschaften zugeschnitten waren und deshalb als zu kompliziert und unpraktisch für kleine geschlossene Gesellschaften angesehen wurden. Als alternative Rechtsform wurde deshalb die GmbH geschaffen.

Das Ziel dieses kurzen historischen Überblicks war, bis hierher aufzuzeigen, dass die Entstehung und Ausgestaltung des japanischen Gesellschaftsrechts bis in die 1940er Jahre stark vom deutschen Recht beeinflusst worden war. Nach 1945 kam es hingegen unter der von den USA dominierten Besetzung in Japan zu einem grundlegenden Wechsel der rechtsvergleichenden Perspektive.⁵⁶ Der *Supreme Commander for the Allied Powers* (SCAP) hatte zwei zentrale Ziele: Demilitarisierung und Demokratisierung Japans. Zu diesem Zweck initiierte SCAP grundlegende rechtliche Reformen in Japan, für welche die Gesetzgebung in den USA als Modell diente. Unter anderem wurden das Bank- und das Kapitalmarktrecht neu gefasst.⁵⁷ Die abschließende der von den Alliierten veranlassten Reformen war eine umfassende Novellierung der gesellschaftsrechtlichen Regelungen im Handelsgesetz im Jahre 1949.⁵⁸ Der einschlägige Gesetzentwurf orientierte sich eng an dem *U. S. Uniform Stock Transfer Act* von 1909 und dem *Illinois*

⁵⁴ Gesetz Nr. 72/1938; dt. Übers. Bei *Vogt*, Handelsgesetzbuch für Japan in der Fassung des Gesetzes vom 4. April 1938, 1940.

⁵⁵ Siehe *Ōtori*, *Yūgen kaisha-hō no kenkyū* [Studien zur GmbH], 1965, S. 70.

⁵⁶ Siehe auch *Kansaku*, Der Einfluss des deutschen und des amerikanischen Rechts auf das japanische Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, in: Baum/Bälz/Riesenhuber, Rechtstransfer in Japan und Deutschland, 2013, S. 143 ff.

⁵⁷ Die gesetzgeberischen Maßnahmen der Alliierten beschreibt *Oppler*, *Legal Reform in Occupied Japan: A Participant Looks Back*, 1976.

⁵⁸ Zur Reform ausführlich *Blakemore/Yazawa*, *Japanese Commercial Code Revisions*, *American Journal of Comparative Law* 2 (1953), 12 ff.; eine umfassende japanische Analyse bei *Okazaki*, *Kaisetsu kaisei kaisha-hō* [Erläuterung des revidierten Gesellschaftsrechts], 1950.

Business Corporation Act von 1933; Letzteres, weil einer der maßgeblichen Vertreter des SCAP ein Jurist aus Chicago war.⁵⁹ Trotz erheblichen Widerstandes von japanischen Rechtswissenschaftlern, Rechtsanwälten und Richtern wurde der Entwurf im Jahre 1950 ohne Änderungen in Kraft gesetzt.⁶⁰ Die Reform betraf vor allem das Aktienrecht und hatte eine dreifache Zielrichtung: eine neue Machtverteilung innerhalb der Gesellschaft, Stärkung der Aktionärsrechte und Schaffung neuer Instrumente zur Erleichterung einer direkten Kapitalaufnahme über den Kapitalmarkt.

Die umfassende Reform von 1950 war jedoch nicht das Ende, sondern eher der Anfang einer ganzen Reihe größerer und kleinerer Gesellschaftsrechtsreformen in den Jahrzehnten bis hin zur grundlegenden Novellierung von 2005 und darüber hinaus der Reform des Jahres 2014. Die meisten von diesen und gerade die frühen Reformen waren von dem Bemühen gekennzeichnet, die Corporate Governance japanischer Unternehmen zu verbessern und Unternehmenswirklichkeit und Gesellschaftsrecht in Übereinstimmung zu bringen. Dabei wurde ein Teil der 1950 eingeführten Änderungen rückgängig gemacht. Gleichwohl hat das Zusammenspiel zwischen dem Wertpapierverkehrsgesetz von 1948, das den US-amerikanischen Securities Acts von 1933 bzw. 1934 nachgestaltet worden war,⁶¹ und der ebenfalls vom US-Recht beeinflussten Gesellschaftsrechtsreform von 1950 den regulatorischen Rahmen für spätere Reformen der Corporate Governance und der Unternehmensfinanzierung gesetzt: Die meisten von ihnen reflektierten US-amerikanische Regulierungskonzepte, während der Vorrat an Gemeinsamkeiten zwischen dem japanischen und dem deutschen Recht zu schwinden begann.⁶²

Dieser Trend zeigte sich auch deutlich im Kontext der großen Gesellschaftsrechtsreform von 2005. Mit der Abschaffung der GmbH im Jahre 2006 ist Japan von einem multipolaren Modell des Gesellschaftsrechts zu einem unipolaren (einheitlichen) Modell gewechselt. Letzteres bietet, zumindest im Prinzip, nur eine Rechtsform, nämlich die Aktiengesellschaft, für Publikums- wie für geschlossene Gesellschaften.⁶³ Den unterschiedlichen Bedürfnissen dieser beiden Gesellschaftstypen wird innerhalb des Aktienrechts durch eine entsprechende regulatorische Ausdifferenzierung Rechnung getragen. Ein weiteres Beispiel für die Amerikanisierung des japanischen Gesellschaftsrechts war die Einführung der LLP und der LLC in den Jahren 2005 bzw. 2006: beide Rechtsformen orientieren sich an den entsprechenden Modellen in den USA.⁶⁴ Die jüngste Reform des

⁵⁹ *Blakemore/Yazawa* (Fn. 58), S. 15.

⁶⁰ Gesetz Nr. 167/1950.

⁶¹ Dazu *Baum*, Börsen- und Kapitalmarktrecht in Japan, in: Hopt/Rudolph/Baum, Börsenreform. Eine ökonomische, rechtsvergleichende und rechtspolitische Untersuchung, 1997, S. 1265, 1274 f.

⁶² Siehe *Egashira*, *Law in Japan* 26 (2000), 50 ff.; *Baum* (Fn. 49), S. 11 f.

⁶³ Siehe *M. Saito*, *ZJapanR* 18 (2004), 210 ff.

⁶⁴ Siehe *Dernaer* (Fn. 17), S. 129 und 137.

japanischen Gesellschaftsrechts im Jahre 2014, in deren Zuge das GesG von 2006 in Teilen substantiell geändert wurde, hat diesen Trend weiter verschärft.⁶⁵

II. Die LLP

1. Die Rolle der LLP im japanischen Geschäftsleben

Als die LLP unter etwas ungewöhnlichen Umständen – die Initiative ging nicht vom Justiz-, sondern vom Ministerium für Wirtschaft, Handel und Industrie in Reaktion auf Forderungen aus Wirtschaftskreisen aus⁶⁶ – im Jahre 2005 in Japan eingeführt wurde, traf sie auf hohe Erwartungen. Die attraktive Verbindung aus transparenter Besteuerung bei gleichzeitiger Haftungsbeschränkung für die Partner und die Tatsache, dass aus der Wirtschaft Nachfrage nach dieser Rechtsform laut geworden war, schienen ein Rezept für einen anhaltenden Erfolg der LLP zu sein. Zehn Jahre nach ihrer Einführung ist deutlich, dass sich diese Erwartung nicht erfüllt hat. Die Zahl von rund 5.500 LLPs, die zwischen 2005 und 2014 gegründet worden sind, erscheint im Vergleich zu den etwa 75.000 LLCs, die seit 2006 ihre Tätigkeit aufgenommen haben, gering, und beide werden durch die Zahl von rund 500.000 Aktiengesellschaften, die im gleichen Zeitraum neu in das Geschäftsleben eingetreten sind, in den Schatten gestellt, auch wenn man berücksichtigt, dass ein Teil der neuen Aktiengesellschaften durch Umwandlungen von GmbHs im Zuge der Aufhebung des GGmbH entstanden sind.⁶⁷

Nach allgemeiner Auffassung liegt der Grund für die mangelnde Attraktivität der LLP in einer zu strengen Regelung der Geschäftsführung.⁶⁸ Wie im Einzelnen noch aufgezeigt wird,⁶⁹ haben die Partner einer LLP nicht nur das Recht, sondern auch die *Pflicht*, sich aktiv an deren Geschäftsführung zu beteiligen. Diese Verpflichtung kann nur in begrenztem Umfang auf andere Partner übertragen werden, was bedeutet, dass ein rein finanzielles Engagement in einer LLP nicht möglich ist. Ferner erfordern grundlegende Management-Entscheidungen über den Erwerb oder die Veräußerung großer Vermögensgegenstände wie auch das Eingehen hoher finanzieller Verbindlichkeiten die Zustimmung aller Partner.⁷⁰ Der Gesetzgeber wollte auf diese Weise anscheinend vermeiden, dass die LLP zu Zwecken der Steuerhinterziehung oder einer Risikoverlagerung auf ihre Gläu-

⁶⁵ Die Reform ist einschließlich der dahinterstehenden politischen Dynamik eingehend analysiert von: *Goto*, ZJapanR 35 (2013), 13 ff.; *Kozuka*, ZJapanR 37 (2014), 39 ff.; *Morita*, ZJapanR 37 (2014), 25 ff.

⁶⁶ Siehe oben I. 1. b)(5).

⁶⁷ Die Zahlenangaben beziehen sich auf registrierte Gesellschaften bzw. Partnerschaften, die aber nicht alle geschäftlich aktiv sind; dazu oben unter I. 2.

⁶⁸ Dazu *Tanahashi* (Fn. 37), S. 627 f., 648 ff.

⁶⁹ Siehe unten II. 4.

⁷⁰ Siehe unten II. 4.

biger missbraucht werden könnte.⁷¹ In der Praxis scheint die LLP zudem auf Schwierigkeiten bei der Kreditaufnahme zu stoßen, da die Banken sich mit der Kreditvergabe zurückhalten, weil bislang nicht abschließend geklärt ist, in welcher Weise die Insolvenz einer LLP in dem Spannungsverhältnis zwischen den spezifischen Regelungen im LLP-Gesetz und dem allgemeinen Insolvenzrecht Japans zu bewältigen ist.

Bezüglich des Einsatzes der LLP in Japan ist ferner darauf hinzuweisen, dass die LLP dort den freien Berufen *nicht* offensteht. Dies dürfte deren Bedarf in Japan erheblich reduzieren. In diametralem Gegensatz zur deutschen Partnerschaftsgesellschaft, die *nur* Freiberuflern offen steht,⁷² aber auch zur britischen LLP⁷³, können sich beispielsweise japanische Rechtsanwälte oder Steuerberater *nicht* in der Form einer LLP zusammenschließen.⁷⁴ Anstelle der mit der Rechtsform der LLP andernorts verbundenen *generellen* Haftungsbeschränkung kennt das japanische Recht lediglich *berufsspezifische* und in der Regel im Vergleich zudem begrenztere Beschränkungen für die Haftung der freien Berufe.

So unterliegen etwa Rechtsanwälte in Japan grundsätzlich einer unbeschränkten beruflichen Haftung. Dies gilt auch dann, wenn sich mehrere Rechtsanwälte in Form einer sogenannten Rechtsanwalts-Gesellschaft (*bengo-shi hōjin*), einer speziellen juristischen Person auf der Grundlage des Rechtsanwaltsgesetzes,⁷⁵ zusammenschließen. Ist die Gesellschaft nicht in der Lage, ihre Verbindlichkeiten aus dem Gesellschaftsvermögen zu begleichen, haften die beteiligten Rechtsanwälte im Prinzip unbeschränkt gesamtschuldnerisch für deren Erfüllung.⁷⁶ Es besteht lediglich eine Ausnahme dergestalt, dass die Rechtsanwalts-Gesellschaft die Betreuung eines bestimmten Mandates einem ihrer Mitglieder exklusiv zuweisen kann.⁷⁷ In diesem Fall unterliegt lediglich der betreffende Rechtsanwalt einer unbeschränkten Berufshaftung (neben der Gesellschaft), während die übrigen Mitglieder von der persönlichen Haftung für jenes Mandat befreit sind.⁷⁸ Diese Regelung entspricht in der Sache in etwa der deutschen in § 8 (2) PartGG. Eine grundlegende Haftungsbeschränkung unter der Voraussetzung einer ausreichenden Berufshaftpflichtversicherung, wie sie für Deutschland im Jahre 2013 in § 8 (4) PartGG eingeführt worden ist, gibt es für japanische Rechtsanwälte bislang nicht. Selbst die Möglichkeit einer partiellen Haftungsbegrenzung scheint in Japan eher theoretischer Natur zu sein, denn bislang hat sich keine der vier

⁷¹ Vgl. *Tanahashi* (Fn. 37).

⁷² Vgl. § 1 des Gesetzes über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger Freier Berufe, Gesetz vom 25. Juli 1994 (BGBl. I, S. 1744), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 15. Juli 2013 (BGBl. I, S. 2386).

⁷³ Limited Liability Partnership Act 2000.

⁷⁴ Zu den Gründen nachfolgend unter II. 2.

⁷⁵ Art. 30-1 Rechtsanwaltsgesetz [*Bengo-shi-hō*], Gesetz Nr. 205/1949.

⁷⁶ Art. 30-15 (1) Rechtsanwaltsgesetz.

⁷⁷ Art. 30-14 Rechtsanwaltsgesetz.

⁷⁸ Art. 30-15 (4) Rechtsanwaltsgesetz.

großen japanischen Rechtsanwaltssozietäten in Form einer Rechtsanwalts-Gesellschaft zusammengeschlossen, was dafür Voraussetzung wäre.

Wirtschaftsprüfer können eine sogenannte „Prüfungsgesellschaft mit beschränkter Haftung“ errichten, welche die im Namen dieser auftretenden Prüfer vor einer unbeschränkten persönlichen Haftung schützt.⁷⁹

2. Legislative Grundlage, Zweck, Definition und Charakteristika der LLP

Die gesetzliche Grundlage der LLP ist, wie bereits erwähnt, das Gesetz über die LLP vom 6. Mai 2005 (nachfolgend LLP-Gesetz).⁸⁰ Das Gesetz hat 76 Artikel, die in neun Kapitel aufgeteilt sind.⁸¹

- I. Allgemeine Vorschriften
- II. Rechte und Pflichten der Partner
- III. Aufnahme und Ausscheiden eines Partners
- IV. Bilanzierung etc.
- V. Auflösung und Liquidation der Partnerschaft
- VI. Analoge Anwendung des Zivilgesetzes
- VII. Eintragung
- VIII. Eintragung des Verbots einer Aufteilung des Vermögens der Partnerschaft
- IX. Strafvorschriften

Soweit nicht anders angezeigt, handelt es sich bei den im Folgenden zitierten Gesetzesvorschriften um solche des LLP-Gesetzes.

Das Gesetz wird durch zwei Rechtsverordnungen ergänzt, einer Kabinetts-Verordnung⁸² und einer Verordnung des Ministeriums für Wirtschaft, Handel und Industrie⁸³, die beide vom 29. Juli 2005 datieren und zahlreiche für die Praxis wichtige Einzelheiten regeln. Dieses regulatorische Vorgehen entspricht der in Japan üblichen Praxis, Gesetze durch (meistens) zwei Rechtsverordnungen zu ergänzen. Wie im Einzelnen noch aufgezeigt wird, weist das Regelwerk der LLP eine hohe Regulierungsdichte hinsichtlich organisatorischer Angelegenheiten wie etwa der Eintragung oder der Liquidation auf, währenddessen das Governance-Regime im Übrigen relativ flexibel ausgestaltet ist – allerdings offensichtlich dennoch nicht flexibel genug, um die LLP für die Praxis attraktiv zu machen.⁸⁴

⁷⁹ Siehe Artt. 34-2-2 ff. des Wirtschaftsprüfergesetzes [*Kōnin kaikei-shi-hō*], Gesetz Nr. 103/1948.

⁸⁰ *Yūgen sekinin jigyō kum'ai keiyaku ni kansuru hōritsu*, Gesetz Nr. 40/2005 i. d. F. des Gesetzes Nr. 74/2011; eine engl. Übers. findet sich unter <<http://www.japaneselawtranslation.go.jp>> (1.6.2024).

⁸¹ Nebst zwei weiteren Vorschriften über die Inkraftsetzung.

⁸² *Yūgen sekinin jigyō kumi'ai keiyaku ni kansuru hōritsu shikō-rei*, Verordnung Nr. 269/2005 i. d. F. d. Verordnung Nr. 222/2013; es ist keine Übersetzung in eine westliche Sprache verfügbar.

⁸³ *Yūgen sekinin jigyō kumi'ai keiyaku ni kansuru hōritsu shikō kisoku*, Verordnung Nr. 74/2005 i. d. F. d. Verordnung Nr. 64/2006; es ist keine Übersetzung in eine westliche Sprache verfügbar.

⁸⁴ Siehe vorstehend unter II. 1.

Ihrer Natur nach ist die LLP eine Partnerschaft, weshalb die Regeln der archetypischen Partnerschaft nach dem Zivilgesetz zur Anwendung kommen, soweit das LLP-Gesetz keine spezielleren Vorschriften enthält. Entsprechend verweist Art. 56 LLP-Gesetz ausdrücklich auf die Artikel 668, 669, 671, 673, 674 (2), 676, 677, 681, 683, 684 und 688 des Zivilgesetzes, die auf die LLP analog Anwendung finden sollen.

Art. 1 des LLP-Gesetzes umschreibt das legislative Ziel des Gesetzes wie folgt:⁸⁵

„Zwecks Förderung des Wirtschaftswachstums unseres Landes ist das Ziel dieses Gesetzes eine solide Förderung von gewinnorientierten Geschäftstätigkeiten, die gemeinsam von natürlichen oder juristischen Personen auf der Grundlage eines Partnerschaftsvertrages durchgeführt werden, der festschreibt, dass die Haftung der Partner auf die Höhe ihrer Einlagen beschränkt ist.“

Die LLP ist in Art. 2 definiert als eine „Partnerschaft, die auf der Grundlage einer haftungsbeschränkenden Partnerschaftvereinbarung gegründet ist“. Was unter einer „haftungsbeschränkenden Partnerschaftvereinbarung“ zu verstehen ist, ergibt sich aus Art. 3 (1):⁸⁶

„Eine haftungsbeschränkende Partnerschaftvereinbarung (eine ‚Partnerschaftvereinbarung‘) entfaltet Wirkung, wenn vereinbart worden ist, dass eine natürliche oder juristische Person eine Kapitaleinlage leistet und mit der oder den anderen Vertragsparteien gemeinsam eine gewinnorientierte Geschäftstätigkeit ausübt, bezüglich derer die Haftung auf die Höhe der geleisteten Kapitaleinlagen beschränkt ist, vorausgesetzt, jede der Parteien hat ihre Einlage in voller Höhe geleistet.“

Das erste funktionale Charakteristikum der LLP ist mithin die Beschränkung der Haftung aller Partner auf die Höhe der geleisteten Einlagen.⁸⁷ Ein zweites Charakteristikum ist, dass es sich bei der LLP nicht um eine im Handelsregister eingetragene Institution handelt und sie über keine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt und dementsprechend, anders als OHG, KG und LLC, auch nicht körperschaftsteuerpflichtig ist. Vielmehr erfolgt eine nachgelagerte Besteuerung auf der Ebene der Einkommensteuer der Partner der LLP.⁸⁸ Ein drittes Charakteristikum ist die Tatsache, dass, anders als bei den Gesellschaftern der LLC, alle Partner der LLP von Gesetzes wegen als geschäftsführend angesehen werden und die LLP mangels eigener Rechtspersönlichkeit über keine Organe verfügt, welche die Partnerschaft gegenüber Dritten vertreten könnten.

Wie sich aus dem zitierten Art. 1 ergibt, ist das Ziel des LLP-Gesetzes, gemeinschaftliche gewinnorientierte Geschäftstätigkeiten bei gleichzeitiger Haftungsbeschränkung zu fördern. Dies gilt jedoch nicht uneingeschränkt für jede Art der

⁸⁵ Übersetzung durch die Verfasser.

⁸⁶ Übersetzung durch die Verfasser.

⁸⁷ Einzelheiten unten bei II. 5.

⁸⁸ Zu den Folgen, die dieses Steuerregime für ausländische Investoren haben kann, siehe *Westhoff* (Fn. 17), S. 244.

Geschäftstätigkeit.⁸⁹ Gemäß Art. 7 (1) (i) dürfen die Partner vermittels der LLP keine Geschäfte betreiben, die „ihrer Natur nach ungeeignet“ für eine beschränkte Haftung sind, und nach Art. 7 (1) (ii) keine Geschäfte, bei denen die Haftungsbeschränkung zu „ungerechtfertigten Nachteilen für die Gläubiger“ führen könnte. Die erste Einschränkung erstreckt sich auf Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater und andere freie Berufe,⁹⁰ die zweite beispielsweise auf die Glücksspielbranche.⁹¹

3. Gründung einer LLP

Die LLP entsteht mit Abschluss der haftungsbeschränkenden Partnerschaftsvereinbarung (Artt. 2, 3). Die vereinbarte Haftungsbeschränkung entfaltet jedoch erst dann Wirkung, wenn die Partner ihre vereinbarte Einlage in voller Höhe geleistet haben.⁹² Die Einlage der Partner ist in bar oder Vermögenswerten zu leisten (Art. 11). Der konstituierende Abschluss einer Partnerschaftsvereinbarung setzt begriffsnotwendig die Beteiligung von mindestens zwei Personen voraus. Die Gründung einer „Einmann-LLP“ ist nicht möglich, und, wenn die Zahl der Partner durch Ausscheiden der anderen auf einen Partner sinkt, ist die LLP aufzulösen (Art. 37 (2)).

Partner können sowohl natürliche als auch juristische Personen sein. Zumindest einer der Partner muss entweder eine natürliche Person mit Wohnsitz in Japan oder eine juristische Person sein, die ihren Haupt- oder Nebensitz in Japan hat (Art. 3 (2)). Eine entsprechende Anforderung ist für Gesellschaften im Sinne des GesG einschließlich der LLC im Jahre 2015 aufgehoben worden, *nicht* aber für die LLP.⁹³

Die Partnerschaftsvereinbarung kann entweder schriftlich oder in elektronischer Form abgeschlossen werden (Art. 4 (1), (2)).⁹⁴ Die Vertragsparteien müssen einen schriftlich geschlossenen Vertrag mit ihrem Namen unterzeichnen oder ihren Namen und ihr persönliches Siegel auf dem Dokument applizieren (Art. 4 (1)). Natürliche Personen müssen dabei die Registrierung ihres persönlichen Siegels nachweisen oder ihre Unterschrift durch einen Notar beglaubigen lassen. Wenn die elektronische Form gewählt wird, müssen die Vertragsparteien die der Unterschrift bzw. Siegelung entsprechenden elektronischen Vorgaben beachten (Art. 4 (2)).⁹⁵

Gemäß Art. 4 (3) muss die Partnerschaftsvereinbarung zumindest die folgenden Gegenstände regeln:

⁸⁹ Dazu *Dernauer* (Fn. 17), S. 138.

⁹⁰ Vgl. Art. 1 der Ministerialverordnung Nr. 74/2005 mit weiteren Nachweisen.

⁹¹ Vgl. Art. 2 der Ministerialverordnung Nr. 74/2005 mit weiteren Nachweisen.

⁹² Siehe unten II. 5.

⁹³ Siehe *Westhof/Thier*, ZJapanR 39 (2015), 209 ff.

⁹⁴ Einzelheiten bei *Westhoff* (Fn. 17), S. 243 f.

⁹⁵ Ferner sind bestimmte technische Standards zu erfüllen, die im Einzelnen in der Ministerialverordnung Nr. 74/2005 aufgelistet sind.

- (i) den Geschäftsgegenstand der Partnerschaft;
- (ii) die Firma der Partnerschaft;
- (iii) den Bezirk, in dem die Verwaltung der Partnerschaft ihren Sitz hat;
- (iv) die Namen und Anschriften der Partner;
- (v) das Datum, an dem die Partnerschaftsvereinbarung in Kraft tritt;
- (vi) die Dauer der Partnerschaft;
- (vii) den Gegenstand und die Höhe der Einlage der Partner;
- (viii) das Geschäftsjahr der Partnerschaft.

Für die Wahl der Firma der Partnerschaft gelten dieselben Prinzipien wie für die Wahl des Namens einer Gesellschaft: es ist unzulässig, vorsätzlich einen Namen auszuwählen, bei dem die Wahrscheinlichkeit besteht, dass die LLP mit einer anderen Partnerschaft oder einer Gesellschaft verwechselt wird.⁹⁶ Die Firma der Partnerschaft muss zudem die Bezeichnung der Rechtsform enthalten, vorliegend also *yūgen sekinin jigyō kumi'ai*. Wird ein englischer Name verwendet, kann anstelle des japanischen Begriffs die englische Abkürzung LLP genommen werden, die als in Japan allgemein bekannt angesehen werden kann.⁹⁷

Abgesehen von diesen formalen Pflichtbestandteilen der Partnerschaftsvereinbarung steht es den Gründungspartnern frei, das Innenverhältnis der Partnerschaft nach ihrem Belieben auszugestalten, soweit sie dabei nicht gegen zwingende Vorschriften des LLP-Gesetzes verstoßen (Art. 4 (5)). Da die meisten Vorschriften des Gesetzes dispositiver Natur sind, besteht insoweit eine erhebliche Flexibilität. Allerdings gibt es diesbezüglich zwei Einschränkungen, welche, wie bereits erwähnt und nachfolgend im Einzelnen ausgeführt, die Praxistauglichkeit der LLP mindern.⁹⁸

Wenn die Partnerschaftsvereinbarung wirksam geworden ist, müssen die Partner die in Art. 4 (3) genannten Einzelheiten, ferner die Anschrift des Büros der Partnerschaft und für den Fall, dass einer der Partner eine juristische Person ist, den Namen und die Anschrift derjenigen natürlichen Person, welche die Pflichten eines Partners gegenüber der LLP erfüllen soll, innerhalb von zwei Wochen gegenüber dem zuständigen Registeramt bekannt geben (Art. 57). Zuständig für die Eintragung der LLP sind das Legal Affairs Bureau oder das District Legal Affairs Bureau (oder eine von deren Dienststellen) in dem Bezirk, in dem die Hauptverwaltung der LLP lokalisiert ist (Art. 65 (1)). Jedes Registeramt hat ein spezielles Register für die LLP-Partnerschaftsvereinbarungen zu führen (Art. 65 (2)). Das Verfahren für deren erstmalige Eintragung wie auch für die Eintragung späterer Änderungen ist im Detail in den Artikeln 66 bis 73 geregelt.

Änderungen der Partnerschaftsvereinbarung erfordern im Prinzip die Zustimmung aller Partner, soweit nicht in der Vereinbarung eine andere Regelung getroffen wurde, und bedürfen ferner der Schrift- bzw. der elektronischen Form

⁹⁶ Art. 9 (3) LLP-Gesetz in Verbindung mit Art. 8 (1) GesG.

⁹⁷ Westhoff (Fn. 17), S. 244.

⁹⁸ Siehe oben bei I. bzw. unten bei II.4.

(Art. 5 (1), (2)). Vertragliche Änderungen wie auch jegliche Veränderung hinsichtlich der in Art. 57 genannten Gegenstände sind innerhalb von zwei Wochen gegenüber dem zuständigen Registeramt bekannt zu geben (Art. 60).

4. Geschäftsführung und Vertretung

Zwei Fragen sind von unmittelbarer praktischer Bedeutung: Wer ist zur Geschäftsführung und wer zur Vertretung der LLP gegenüber Dritten berechtigt?⁹⁹ Meistens werden es dieselben Personen sein, dies muss aber nicht notwendig so sein.

Gemäß Art. 13 (1) hat ein Partner das Recht *und* die Pflicht, sich an der Geschäftsführung zu beteiligen. Er kann nur einen *Teil* seiner Geschäftsführungsbefugnisse und -pflichten auf andere Partner übertragen (Art. 13 (2)). Das bedeutet, dass ein Partner einer LLP, anders als dies bei Gesellschaften oder anderen Formen der Partnerschaft der Fall ist, seine Beteiligung an der LLP *nicht* auf eine lediglich finanzielle beschränken kann.

Entscheidungen im Rahmen der Geschäftsführung einer LLP bedürfen im Prinzip der Zustimmung *aller* Partner. Es ist jedoch möglich, das Zustimmungserfordernis in der Partnerschaftsvereinbarung auf grundlegende Management-Entscheidungen über (a) den Erwerb oder die Veräußerung großer Vermögensgegenstände und (b) das Eingehen hoher finanzieller Verbindlichkeiten zu beschränken (Art. 12 (1)). Darüber hinaus kann eine Zweidrittelmehrheit der Partner innerhalb gewisser, in der Ministerialverordnung vom 29. Juli 2005¹⁰⁰ festgelegter Grenzen, in der Partnerschaftsvereinbarung regeln, dass auch solche Grundlagenentscheidungen nicht einstimmig getroffen werden müssen (Art. 12 (2)).

Bezogen auf wesentliche Geschäftsentscheidungen kann ein einzelner Partner mithin nur innerhalb der von allen Partnern gesetzten Grenzen für die Partnerschaft agieren, es sei denn, es liegt eine der vorstehend genannten Ausnahmeregelungen vor. Hinsichtlich der kleineren im täglichen Geschäft erforderlichen Entscheidungen kann jedoch *jeder* Partner nach seinem Ermessen für die LLP Erklärungen abgeben, es sei denn, ein anderer Partner hat zuvor widersprochen (Art. 14).

Im Grundsatz wird die LLP im Geschäftsverkehr von allen Partnern gemeinsam vertreten. Es ist jedoch zulässig, einzelne Partner zur Vornahme bestimmter Transaktionen zu ermächtigen. Dies ergibt sich aus Art. 13 (2), der es erlaubt, Teile der Geschäftsführungsaufgaben auf andere Partner zu delegieren. Beschränkungen des Rechts eines Partners zur Geschäftsführung können Dritten nur entgegengehalten werden, wenn sie diesen bekannt waren (Art. 13 (3)). Schriftverkehr mit der LLP muss nicht notwendig an deren Büro gerichtet werden, es reicht vielmehr aus, wenn Nachrichten an die Adresse eines der Partner gesendet werden (Art. 6).

⁹⁹ Zur Diskussion um Geschäftsführung und Vertretung der LLP *Dernaier* (Fn. 17), S. 139 f.

¹⁰⁰ Siehe Fn. 83.

5. Haftung

Gemäß Art. 15 haften die einzelnen Partner nur in Höhe ihrer Einlage für Verbindlichkeiten der LLP. Die Haftungsregelung bei der LLP entspricht damit derjenigen der LLC und unterscheidet sich von derjenigen der Partnerschaft des Zivilgesetzes. Voraussetzung für dieses Haftungsprivileg ist indes, dass die Partner ihre Einlagen gemäß den Bestimmungen der Partnerschaftsvereinbarung auch tatsächlich voll erbracht haben (Art. 3 (1)). Im Prinzip ist die Einlage in bar oder in Vermögenswerten zu leisten (Art. 11). Wenn ein Partner seine Einlage durch Einbringung einer Forderung gegenüber einem Dritten leistet, dieser aber seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, kann der betreffende Partner zu deren Erfüllung herangezogen werden (Art. 16).

Zwei Vorschriften des LLP-Gesetzes befassen sich mit Ersatz für Schäden, die Dritten im Rahmen der Geschäftstätigkeit der LLP zugefügt werden. Art. 17 bestimmt als Grundregel, dass der Ersatz des Schadens (lediglich) aus dem Vermögen der LLP zu leisten ist. Dies bedeutet, dass die Haftung der Partner auch in solchen Fällen auf ihre Einlage beschränkt ist. Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn der Partner, der die Schädigung verursacht hat, dabei vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat. In diesem Fall haftet er unbeschränkt auf Schadensersatz (Art. 18 (1)). Soweit mehrere Partner den Schaden verursacht haben, haften sie dem Dritten gesamtschuldnerisch. Dieses Haftungsregime korrespondiert mit demjenigen für Gesellschaften nach dem GesG.¹⁰¹

Falls eine juristische Person Partner einer LLP ist, hat diese eine natürliche Person zu benennen, welche ihre Aufgaben als Partner erfüllt (Art. 19). Das Haftungsregime des Art. 18 (1) gilt auch für eine solche beauftragte Person, soweit sie den Schaden des Dritten vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht hat (Art. 18 (2)).

6. Aufnahme und Ausscheiden eines Partners

Die Partner einer LLP können neue Partner unter der Voraussetzung aufnehmen, dass alle gegenwärtigen Partner der Aufnahme zugestimmt haben (Art. 24 (1)). Dies ist eine der zwingenden Bestimmungen des LLP-Gesetzes. Ein potentieller neuer Partner wird auch nach der seine Aufnahme betreffenden Modifizierung der Partnerschaftsvereinbarung erst dann tatsächlich Partner, wenn er seine Einlage geleistet hat (Art. 24 (1)).

In der Regel ist ein *freiwilliges* Ausscheiden eines Partners aus der LLP nur aus wichtigem Grund möglich (Art. 25). Diese Vorschrift ist jedoch nicht zwingend, und in der Partnerschaftsvereinbarung kann eine abweichende Regelung getroffen werden.

Ein Partner *muss* gemäß Art. 26, einer zwingenden Bestimmung, aus der LLP ausscheiden, wenn eines der nachfolgenden Ereignisse bei ihm eingetreten ist:

¹⁰¹ Vgl. Artt. 423 ff. GesG bezüglich der Organe der Aktiengesellschaft und Artt. 597 ff. bezüglich der Gesellschafter einer Anteilsgesellschaft.

- (i) Tod;
- (ii) Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über sein Vermögen;
- (iii) Anordnung einer Vormundschaft;
- (iv) Ausschluss durch Beschluss der anderen Partner.

Ein Partner kann gemäß Art. 27 (1) in der Regel nur aufgrund eines einstimmigen Beschlusses der anderen Partner aus der LLP ausgeschlossen werden. Von dem Einstimmigkeitserfordernis kann in der Partnerschaftsvereinbarung abgewichen werden, die Vorschrift ist insoweit nicht zwingend. In jedem Fall muss aber für den Ausschluss ein wichtiger Grund gegeben sein. Letzteres ist immer anzunehmen, wenn der betreffende Partner seine Pflichten aus der Partnerschaftsvereinbarung nicht erfüllt. Der Ausschluss muss dem ausgeschlossenen Partner mitgeteilt werden, um Wirkung zu entfalten (Art. 27 (2)).

7. Verwaltung des Vermögens der LLP, Rechnungslegung und Gewinnausschüttung

Da die LLP über keine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt, gehört das Partnerschaftsvermögen den Partnern gemeinsam, welche verpflichtet sind, dieses getrennt von ihrem eigenen Vermögen zu verwalten (Art. 20).

Die Artikel 28 ff. enthalten im Zusammenspiel mit der Ministerialverordnung vom 29. Juli 2005¹⁰² detaillierte LLP-spezifische Regelungen über die Buchhaltung, die Rechnungslegung und die Erstellung und Aufbewahrung finanzieller Abschlüsse. Die Partner sind verpflichtet, unverzüglich nach der Gründung der LLP eine Gründungsbilanz zu erstellen (Art. 31 (1)). Später haben sie alljährlich eine Bilanz nebst einer Gewinn- und Verlustrechnung innerhalb von zwei Monaten nach dem Ende des Geschäftsjahres aufzustellen (Art. 31 (2)). Die Partner müssen diese Unterlagen für zehn Jahre am Hauptsitz der LLP archivieren (Art. 31 (4)). Gläubiger der LLP haben das Recht, innerhalb der Bürozeiten die Geschäftsunterlagen (innerhalb von fünf Jahren nach deren Erstellung) und die Partnerschaftsvereinbarung einzusehen oder Kopien daraus zu ziehen (Art. 31 (6)).

Die Ausschüttung der Gewinne und die Zuweisung von Verlusten erfolgt im Prinzip unter Zustimmung aller Partner an diese entsprechend der Höhe ihrer Einlagen. Die Partner können jedoch, in den von der Ministerialverordnung vom 29. Juli 2005¹⁰³ gezogenen Grenzen, in der Partnerschaftsvereinbarung abweichende Regelungen treffen (Art. 33). Partner, die an einer Ausschüttung beteiligt waren, die unter Verstoß gegen die Regelungen im LLP-Gesetz und der Ministerialverordnung erfolgte, sind gesamtschuldnerisch zur Rückzahlung an die LLP verpflichtet (Artt. 34, 35). Dasselbe gilt, wenn eine Ausschüttung erfolgt ist, obwohl die Verbindlichkeiten der LLP deren Vermögenswerte übersteigen (Art. 36).

¹⁰² Fn. 83.

¹⁰³ Fn. 83.

8. Keine Umwandlung oder Verschmelzung einer LLP

Die Umwandlung einer LLP in eine Gesellschaft nach dem GesG ist aufgrund ihres partnerschaftlichen Charakters nicht möglich. Ebenso wenig kann eine Verschmelzung oder eine andere der im GesG vorgesehenen Umstrukturierung durchgeführt werden.

9. Auflösung und Liquidierung einer LLP

Auflösung und Liquidierung einer LLP sind ausführlich im V. Kapitel des LLP-Gesetzes in den Artikeln 37 bis 54 geregelt.

Eine LLP gilt als aufgelöst, wenn eines der folgenden Ereignisse eintritt (Art. 37):

- (i) Erreichung des Geschäftszweckes oder wenn dieses unmöglich geworden ist;
- (ii) Es ist nur noch ein Partner vorhanden;
- (iii) Keiner der Partner hat noch einen Wohn- bzw. Haupt- oder Nebensitz in Japan
- (iv) Beendigung der Partnerschaft durch Zeitablauf;
- (v) Zustimmung aller Partner;
- (vi) Es tritt ein Ereignis ein, das in der Partnerschaftvereinbarung als Auflösungsgrund definiert ist.

Eine LLP, die gemäß Art. 37 aufgelöst ist, wird von Gesetzes wegen solange als weiterbestehend angesehen, wie dies zu ihrer Liquidierung erforderlich ist (Art. 38). Wenn die LLP aufgelöst ist, werden alle Partner zu Liquidatoren, es sei denn, die Mehrheit der Partner hat einen Liquidator bestimmt (Art. 39 (1)). Wenn kein Liquidator bestimmt ist, kann das Gericht auf Antrag eines interessierten Dritten einen Liquidator ernennen; in diesem Fall sind die Partner berechtigt, dessen Vergütung festzusetzen (Art. 39 (2), (3)). Ein Liquidator hat unmittelbar nach seiner Bestellung im Staatsanzeiger einen Aufruf an die Gläubiger der LLP zu veröffentlichen und diese aufzufordern, ihre Forderungen innerhalb einer von ihm festzusetzenden Frist, die nicht weniger als zwei Monate betragen darf, anzumelden (Art. 46). Gläubiger, die ihre Forderungen nicht innerhalb der Frist angemeldet haben, werden von der Liquidation ausgeschlossen (Art. 50). Wenn die Liquidation abgeschlossen ist, hat der Liquidator eine Liquidationsbilanz aufzustellen und von den Partnern genehmigen zu lassen (Art. 51). Der Liquidator muss die Bücher der LLP für einen Zeitraum von zehn Jahren nach Eintragung der Liquidation im LLP-Register aufbewahren (Art. 52).

10. Strafvorschriften

Gemäß Art. 75 kann gegen Partner oder Liquidatoren eine Geldbuße von bis zu 1 Mio. Yen (knapp 8.000 Euro) verhängt werden, wenn sie die nach dem Gesetz erforderlichen Eintragungen oder Bekanntmachungen versäumt haben, die Rechnungslegung nicht oder fehlerhaft erfolgt ist, Geschäftsunterlagen nicht ord-

nungsgemäß geführt oder verwahrt oder der Zugang zu diesen verweigert wurde, Rückzahlungsverpflichtungen ignoriert oder in der Liquidation Vermögensgegenstände unzulässig verteilt wurden.

Wenn die Firma der LLP unter Verstoß gegen Art. 9 (3) i. V. m. Art. 8 (1) GesG gewählt wurde, kann gegen die verantwortlichen Partner eine Geldbuße von bis zu 200.000 Yen (rund 1.500 Euro) verhängt werden (Art. 76).

III. Resümee

Mit der Einführung der LLP und der LLC in den Jahren 2005 bzw. 2006 folgte Japan einem internationalen Trend. Zugleich liegt in der Übernahme dieser *legal transplants* aus den USA ein weiterer Schritt auf dem langen Weg der Umorientierung des japanischen Gesellschafts- und Partnerschaftsrechts weg vom traditionell engen Verhältnis zum deutschen Recht und hin zum US-amerikanischen Recht, der seit längerem zu beobachten ist.

Während die Einführung der LLC als neue Form der Anteilsgesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit, Haftungsbeschränkung und Körperschaftsteuerpflichtigkeit ein Erfolg war, hat sich die LLP ohne eigene Rechtspersönlichkeit trotz Haftungsbeschränkung und transparenter Besteuerung auf der Ebene der Partner bislang im japanischen Markt nicht durchsetzen können. Das erstaunt, da diese spezielle Form der Partnerschaft auf Verlangen der japanischen Wirtschaft geschaffen wurde.

Die Regulierung der LLP wird augenscheinlich als zu restriktiv und zu wenig flexibel empfunden. Kritik besteht insbesondere an der Regelung, dass ein Partner seine Pflicht, sich an der Geschäftsführung der LLP zu beteiligen, nicht vollständig delegieren kann und deshalb eine bloße Finanzbeteiligung an einer LLP unmöglich ist. Zum zweiten ist die vorgeschriebene Einbindung aller Partner in wichtige Entscheidungen in der Praxis hinderlich. Zum dritten – aus deutscher Sicht erstaunlich – darf die LLP in Japan nicht von Angehörigen der freien Berufe als ein Instrument einer beruflichen Haftungsbeschränkung genutzt werden. Diesbezüglich dürfte der japanische Gesetzgeber bei der Einführung des *legal transplant* LLP auf halbem Weg stehen geblieben sein.

§ 12 Vereinigtes Königreich: Community Interest Company (CIC), 2005

Julia Tittel

I. Einführung	405
II. Einordnung der CIC in das Rechtsformentableau.....	406
III. Entstehungsprozess und Entwicklungslinien	409
IV. Grundstrukturen der CIC.....	412
1. <i>Community Interest Test</i> und <i>Community Interest Statement</i>	412
2. Veränderte Pflichten der Direktoren einer CIC	413
3. <i>Regulator of the Community Interest Company</i>	415
4. <i>Asset Lock</i> und <i>Dividend Cap</i>	416
5. <i>Community Interest Company Report</i>	418
V. Regulatorische Entwicklung nach Einführung.....	418
VI. Gesamtwürdigung	419
1. Popularität der CIC in der Rechtswirklichkeit: die Entwicklung in Zahlen	419
a) Gesamtzahl	420
b) Gründungen	421
c) Auflösungen	422
d) Erklärungsansatz für die Popularität der CIC.....	423
2. Verwirklichung der Regelungsziele der britischen Regierung	424
3. Bewertung durch die Wissenschaft im Vereinigten Königreich.....	425
4. Ausstrahlungswirkung auf ausländische Rechtsordnungen	428
VII. Ergebnisse.....	429

I. Einführung

Die Community Interest Company (CIC) hat gleich zwei Geburtstage. In Großbritannien wurde sie am 1. Juli 2005¹ und in Nordirland am 1. April 2007² zum Leben erweckt. Sie richtet sich als Rechtsform speziell an sog. soziale Unternehmen. Nach der Vorstellung des britischen Gesetzgebers sind „soziale Unternehmen“ unternehmerisch tätige Organisationen, die vorrangig soziale Ziele verfolgen und deren Überschüsse vornehmlich für diesen Zweck oder zugunsten der Allgemeinheit verwendet werden. Sie sind gerade nicht von der Maxime getra-

¹ Einführung durch den Companies (Audit, Investigations and Community Enterprise) Act 2004 („Companies Act 2004“).

² Einführung durch den Companies Act 2006.

gen, Gewinne zugunsten ihrer Anteilseigner zu maximieren.³ Dieser Definition unterfallen also solche Unternehmen, die durch ihre unternehmerische Tätigkeit vorrangig Gemeinwohlbelange fördern wollen. Gleichzeitig müssen sie aber nicht vollständig darauf verzichten, erwirtschaftete Überschüsse an ihre Anteilseigner auszuschütten.

Soziale Unternehmen lassen sich auf einer Skala der Gemeinwohlorientiertheit von Organisationen zwischen den ausschließlich gewinnorientierten Unternehmen („profit-oriented businesses“) einerseits und den ausschließlich gemeinnützigen Organisationen andererseits einordnen („charitable organisations“).⁴ Gemeinnützige Organisationen zeichnen sich im Allgemeinen dadurch aus, dass sie ausschließlich einen gemeinnützigen Zweck verfolgen. Das schließt zwar die Erwirtschaftung von Gewinnen nicht aus. Erwirtschaftete Überschüsse dürfen allerdings nicht an etwaige Anteilseigner ausgeschüttet, sondern müssen ebenfalls zugunsten des gemeinnützigen Zwecks verwendet werden. Dagegen ist das oberste Ziel von ausschließlich gewinnorientierten Unternehmen die Erwirtschaftung von Gewinnen, die auch an ihre Anteilseigner ausgeschüttet werden dürfen. Gleichzeitig bedeutet diese Zielausrichtung aber nicht, dass bei der Unternehmensführung Gemeinwohlbelange überhaupt keine Rolle spielen. Zwischen den beiden Polen aus Gewinnerwirtschaftung und Gemeinnützigkeit liegt der Bereich sog. „not-for-profit“-Organisationen.⁵

II. Einordnung der CIC in das Rechtsformentableau

Die CIC ist eine Rechtsformvariante der herkömmlichen britischen Kapitalgesellschaft (Company).⁶ Allerdings kommt auch die Company bei einer entspre-

³ *UK Cabinet Office*, Social enterprise action plan: Scaling new heights, 2006, S. 10: „A social enterprise is a business with primarily social objectives whose surpluses are principally reinvested for that purpose in the business or in the community, rather than being driven by the need to maximise profit for shareholders and owners.“

⁴ Vgl. z. B. die Skala bei *Liao*, in: Means/Yockey, *The Cambridge Handbook of Social Enterprise Law*, 2018, S. 106 unter Einbeziehung unterschiedlicher Rechtsformen in den Vereinigten Staaten, dem Vereinigten Königreich und Kanada; für eine dreidimensionale Darstellung unterschiedlicher Organisationsformen im Bereich des sozialen Unternehmertums *Europäische Kommission*, Social enterprises and their ecosystems in Europe, Comparative synthesis report, 2020, S. 126.

⁵ *UK Cabinet Office*, Private Action, Public Benefit – A review of charities and the wider not-for-profit sector, 2002, S. 24: „‘middle ground’ which is neither charity nor business. The common thread between them is that they operate primarily for a social purpose.“; wohl anders *Dunn/Riley*, 67(4) *The Modern Law Review*, 632, 646 f. (2004), wonach sich diese Bezeichnung auf alle Organisationen bezieht, die einer Vermögensbindung unterliegen, ohne dass es auf die Art des Gesellschaftszwecks ankäme.

⁶ *Lloyd*, 35 *Vt. L. Rev.* 31, 33 (2010): „the CIC piggybacks on existing company legislation.“; so auch *Boeger/Burgess/Ellison*, in: *Boeger/Villiers*, *Shaping the Corporate Landscape, Towards Corporate Reform and Enterprise Diversity*, 2018, S. 348; *Cross*, 55 (3) *N. Ir. Legal*

chenden Ausgestaltung der Satzung als Rechtsform für soziale Unternehmen in Betracht. Das gilt sowohl für die Company Limited by Shares als auch die Company Limited by Guarantee.⁷ Bei dieser Zweiteilung handelt es sich um eine Besonderheit des britisch geprägten Rechts. Während die Anteilsinhaber einer Company Limited by Shares eine Einlage zum Stammkapital zu erbringen haben, erbringen Mitglieder – von Anteilseignern kann mangels Gesellschaftsanteilen im Sinne von Shares nicht gesprochen werden – einer Company Limited by Guarantee keine Einlage, sondern übernehmen nur eine Garantie zur Erbringung einer bestimmten Summe.

Zudem stellt die britische Rechtsordnung sozialen Unternehmen noch zwei weitere Möglichkeiten der rechtlichen Organisation zur Verfügung – die Public Benefit Society sowie die Co-Operative (beide vormals: Industrial and Provident Society).⁸ Während sich die Public Benefit Society als Rechtsform an Organisationen richtet, die ein Handwerk, ein Gewerbe oder Handel zugunsten der Allgemeinheit oder des Gemeinwohls betreiben,⁹ eignet sich die Co-Operative nur für solche Organisationen, die zugunsten ihrer eigenen Mitglieder wirtschaften¹⁰ und ihr Unternehmen nicht mit dem Ziel betreiben, Gewinn zur Zahlung von Zinsen, Dividenden oder Boni auf das in der Organisation investierte Vermögen zu erwirtschaften.¹¹ Beide Rechtsformen eint, dass sie als Körperschaft einzuordnen sind, über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügen und rechts- und prozessfähig sowie haftungsbeschränkt sind.¹²

Q. 302, 306 (2004); *Snaith*, 3 Social Enterprise Journal, 20, 24 (2007): „it involves the use of the existing company structure“.

⁷ *Boeger/Burgess/Ellison* (Fn. 6), S. 347, 349.

⁸ *Boeger/Burgess/Ellison* (Fn. 6) S. 347, 349; *Europäische Kommission* (Fn. 4) S. 118; zur Unbekanntheit der I&PS bei Praktikern und der daraus resultierenden Ungeeignetheit zur Gründung eines Unternehmens *Dunn/Riley*, 67(4) *The Modern Law Review*, 632, 649 (2004).

⁹ Co-operative and Community Benefit Societies Act 2014 sec. 2(1): „society for carrying on any industry, business or trade (including dealings of any kind of land)“ sowie sec. (2)(a) (ii): „that it is shown to the satisfaction of the FCA [...] that the business of the society is being, or is intended to be, conducted for the benefit of the community“.

¹⁰ Co-operative and Community Benefit Societies Act 2014 sec. 2(1): „society for carrying on any industry, business or trade (including dealings of any kind of land)“ sowie sec. (2)(a) (i): „that it is shown to the satisfaction of the FCA [...] that the society is a bona fide co-operative society“.

¹¹ Co-operative and Community Benefit Societies Act 2014 sec. 2(3): „For the purpose of subsection (2)(a)(i) ‘co-operative society’ does not include a society that carries on, or intends to carry on, business with the object of making profits mainly for the payment of interest, dividends or bonuses on money invested or deposited with, or lent to, the society or any other person.“

¹² Vgl. Co-operative and Community Benefit Societies Act 2014 sec. 3(3)–(6); zur *public benefit society* aus der Literatur *Henderson/Fowles/Smith*, *Tudor on Charities*, 10. Aufl. 2015, Rn. 6–066.

Die CIC taugt nicht als Rechtsform für sog. Charities.¹³ Die Bezeichnung als Charity bezieht sich gerade nicht auf eine Rechtsform, sondern auf einen besonderen Status,¹⁴ der sich – anders als der Status der Gemeinnützigkeit in der deutschen Rechtsordnung – nicht aus dem Steuerrecht ergibt, sondern einer eigenständigen Gesetzgebung folgt – dem sog. Charities Act 2006. Als Charity kommen nur solche Organisationen in Betracht, die ausschließlich einen gemeinnützigen Zweck verfolgen.¹⁵ Um den Status zu erlangen und führen zu dürfen, ist eine Registrierung bei der Charity Commission erforderlich. Zum „Betrieb“ einer Charity stehen gleich eine ganze Reihe von Rechtsformen zur Verfügung, die teilweise identisch mit denen sind, die auch sozialen Unternehmen zur Verfügung stehen.¹⁶ Das gilt für die Company in der Ausgestaltung als Company Limited by Guarantee¹⁷ sowie die Public Benefit Society. Weitere wichtige Rechtsformen zum Betrieb einer Charity sind traditionell¹⁸ der Trust und die Unincorporated Association sowie neuerdings¹⁹ die Charitable Incorporated Organisation (CIO).²⁰ Ein Trust lässt sich aus kontinentaleuropäischer Perspektive wohl am ehesten als eine unselbständige Stiftung beschreiben. Ein Trust verfügt über keine eigene Rechtspersönlichkeit.²¹ Rechtlicher Eigentümer der dem Trust unterfallenden Vermögensgegenstände ist der sog. Trustee.²² Trotz seiner Eigentümerstellung ist er im Umgang mit den Vermögensgegenständen allerdings nicht frei, sondern unter-

¹³ *Lloyd*, 35 Vt. L. Rev. 31, 35 (2010): „The legislation is very clear; you are either one or the other.“ Die folgenden Ausführungen zum Recht der Charities beschränken sich auf das in England und Wales geltende Recht. Schottland und Nordirland haben eigene Regelungen.

¹⁴ *UK Cabinet Office* (Fn. 5), S. 25: „Charitability is a status, not a legal form – an official badge which may be attached to a range of different types of organisation.“

¹⁵ Charities Act 2011 sec. 1: „For the purposes of the law of England and Wales, ‘charity’ means an institution which (a) is established for charitable purposes only, and (b) falls to be subjected to the control of the High Court in the exercises of its jurisdiction with respect to charities.“

¹⁶ Nicht zur Verfügung steht dagegen die Rechtsform der Co-Operative. Diese wird nämlich zugunsten ihrer eigenen Mitglieder geführt und erfüllt damit nicht das Erfordernis der Gemeinwohlförderung, vgl. dazu *Henderson/Fowles/Smith* (Fn. 12), Rn. 6–066.

¹⁷ Dazu, dass die Company Limited by Shares für den Betrieb einer Charity ungeeignet ist, *Henderson/Fowles/Smith* (Fn. 12), Rn. 6–051.

¹⁸ *Henderson/Fowles/Smith* (Fn. 12), Rn. 6–002: „The creation of a charity by dedication of property through the medium of an express trust has been accepted since at least the sixteenth century.“ sowie Rn. 6–048: „The use of an unincorporated association as a legal structure for charities gained popularity in the eighteenth century with the rise of voluntary societies and reflected the change from individual to associated philanthropy.“

¹⁹ *Henderson/Fowles/Smith* (Fn. 12), Rn. 6–068: „The CIO is the newest legal vehicle for the operation of a charity, [...]“; vgl. zur Entstehungsgeschichte der CIO sogleich.

²⁰ Übersicht der Rechtsformen zum Betrieb einer charity *Picarda*, in: Hopt/v. Hippel, Comparative Corporate Governance of Non-Profit Organizations, S. 170, 184; *Henderson/Fowles/Smith* (Fn. 12), Rn. 6–001 (auch mit Hinweisen zu weiteren Organisationsformen).

²¹ *Henderson/Fowles/Smith* (Fn. 12), Rn. 6–002.

²² *Henderson/Fowles/Smith* (Fn. 12), Rn. 6–002.

liegt der dem Trust zugrunde liegenden Zweckbindung.²³ Eine Unincorporated Association ist dagegen ein Zusammenschluss ohne eigene Rechtspersönlichkeit von zwei oder mehreren Personen, die durch zwei oder mehrere nichtunternehmerische Zwecke sowie den Eingang wechselseitiger Verpflichtungen verbunden sind.²⁴ Bei der CIO handelt es sich um die einzige Rechtsform, die ausschließlich für den Betrieb einer Charity vorgesehen ist.²⁵ Sie verfügt über eine eigene Rechtspersönlichkeit, sieht eine Haftungsbeschränkung für ihre Mitglieder vor und ist als Körperschaft einzuordnen.²⁶

III. Entstehungsprozess und Entwicklungslinien

Die ursprüngliche Idee einer neuen Rechtsform für soziale Unternehmen geht auf den Anwalt *Stephen Lloyd* zurück.²⁷ Aufgegriffen und vorangetrieben wurde diese Idee dann im Jahre 2002 durch die britische Regierung unter *Tony Blair*.²⁸ Für die britische Regierung war die Einführung einer neuen Rechtsform Teil eines größeren Maßnahmenpakets, um das Entstehen von sozialen Unternehmen zu fördern.²⁹ Noch im selben Jahr nahm die CIC bereits konkrete Formen an.³⁰

²³ Dabei sind mannigfaltige Zwecksetzungen möglich. Ein Trust kann, muss aber nicht einer konkret begünstigten Person („beneficiary“) dienen. Die Person, durch deren Anordnung der Trust entsteht, wird im Übrigen als „settlor“ bezeichnet, wobei ein Trust auch auf andere Art und Weise als durch Anordnung entstehen kann.

²⁴ *Conservative and Unionist Central Office v. Burrell* [1982] 1 W.L.R. 522, 525 „two or more persons bound together for one or more common purposes, not being business purposes, by mutual undertakings, each having mutual duties and obligations, in an organisation which has rules which identify in whom control of it and its funds rests and upon what terms and which can be joined or left at will.“; aus jüngerer Zeit *Re Horley Town Football Club* [2006] W.T.L.R. 1817; aus der Literatur *Henderson/Fowles/Smith* (Fn. 12), Rn. 6–048.

²⁵ *Henderson/Fowles/Smith* (Fn. 12), Rn. 6–068: „The CIO is [...] the only structure specifically designed for that purpose.“

²⁶ Charities Act 2011 sec. 205(1); dazu aus der Literatur *Henderson/Fowles/Smith* (Fn. 12), Rn. 6–068.

²⁷ *Office of the Regulator of the Community Interest Company*, Annual Report 2014/2015, S. 32: „The Father of CICs“ als Überschrift eines Nachrufs. Nach Lloyd sollte die neue Rechtsform ursprünglich die Bezeichnung „Public Interest Company“ tragen; zum Ursprung der CIC in seinen eigenen Worten *Lloyd*, 35 Vt. L. Rev. 31, 31–34 (2010).

²⁸ *UK Department of Trade and Industry: Social Enterprise Unit*, Social enterprise: a strategy for success, 2002, S. 34: „encourage the development of new types of organizations“; Gründung der Social Enterprise Unit im Jahre 2001; *Nicholls*, 35 Accounting, Organizations and Society, 394, 400 (2010): „In the case of the formation of CIC regulation government policy makers were the dominant actors in the regulatory space.“

²⁹ *Nicholls*, 35 Accounting, Organizations and Society, 394 f. (2010); siehe auch die zahlreichen anderen Maßnahmen, die in den einzelnen Papieren der britischen Regierung vorgeschlagen worden sind.

³⁰ *UK Cabinet Office* (Fn. 5), S. 9 mit der erstmaligen Erwähnung der Community Interest Company, S. 52–54 zur teilweisen und unumkehrbaren Vermögensbindung, S. 55 zu zusätzli-

Auch die Ausarbeitung im Detail ließ nicht lange auf sich warten.³¹ Die Umsetzung der Idee einer neuen Rechtsform speziell für soziale Unternehmen dauerte insgesamt genau drei Jahre.³²

Die britische Regierung verfolgte mit der Einführung der CIC mehrere Ziele. Zunächst lag der Einführung der Gedanke zugrunde, sozialen Unternehmen eine auf ihre Bedürfnisse zugeschnittene Rechtsform bereitzustellen. Bestehende Rechtsformen des britischen Rechts würden ihren Besonderheiten nämlich nicht gerecht werden.³³ Es bedürfe vielmehr einer Rechtsform, deren Governance-Strukturen die Berücksichtigung von einer Vielzahl von unterschiedlichen Interessen ermögliche³⁴ und deren gemeinwohlorientierte Ausrichtung langfristig festgelegt sei.³⁵ Besonderheiten bestünden bei sozialen Unternehmen zudem hinsichtlich ihrer Finanzierung, die besondere Regelungen erforderlich mache.³⁶ Auch solle ihnen die Möglichkeit gegeben werden, ihre Eigenschaft als soziales Unternehmen in der Öffentlichkeit zu kommunizieren und sich leicht erkennbar von rein gewinnorientierten Unternehmen abzugrenzen.³⁷

Darüber hinaus erhoffte sich die britische Regierung, dass die Kodifikation von Regelungen, die sich speziell an soziale Unternehmen richtet, begriffs- bzw. identitätsprägende Wirkung dazu entfalten könnte, was überhaupt unter „sozialen Unternehmen“ zu verstehen ist. Das Konzept des „sozialen Unternehmertums“

chen gemeinwohlbezogenen Transparenzpflichten und mit der Idee eines Public Interest Test im Rahmen der Gründung der Gesellschaft.

³¹ *UK Department of Trade and Industry*, Enterprise for Communities, Proposal for a Community Interest Company, 2003 und dort S. 16, 23 mit Ausführungen zur Figur des Regulator of the Community Interest Company.

³² Gerechnet wurde hier von Juli 2002, dem Monat der Veröffentlichung des Papiers *UK Department of Trade and Industry: Social Enterprise Unit* (Fn. 28) bis zur Inkraftsetzung in Großbritannien zum 1. Juli 2005. Zu den unterschiedlichen an der Ausarbeitung beteiligten Gremien und Personen anlässlich des zehnjährigen Jubiläums der *CIC Office of the Regulator of the Community Interest Company* (Fn. 27), S. 34.

³³ *UK Cabinet Office* (Fn. 5), S. 8 f., 49; noch etwas allgemeiner formuliert *UK Department of Trade and Industry: Social Enterprise Unit* (Fn. 28), S. 29; *Dunn/Riley*, 67(4) *The Modern Law Review*, 632, 647–649 (2004); *Lloyd*, 35 *Vt. L. Rev.* 31, 33 (2010); *Boeger/Burgess/Ellison* (Fn. 6), S. 347; *Snaith*, 3 *Social Enterprise Journal*, 20, 21 f. (2007); *Nicholls*, 35 *Accounting, Organizations and Society*, 394, 397 (2010).

³⁴ *UK Cabinet Office* (Fn. 5), S. 51 f.

³⁵ Vgl. *UK Cabinet Office* (Fn. 5), S. 9; näher dazu, warum bestehende Rechtsformen gerade mit Blick auf die Unumkehrbarkeit der Gemeinwohlausrichtung nicht passend waren *Boeger/Burgess/Ellison* (Fn. 6), S. 347 f.

³⁶ *UK Cabinet Office* (Fn. 5), S. 51 f.; vgl. auch S. 9; vgl. auch schon *UK Department of Trade and Industry: Social Enterprise Unit* (Fn. 28), S. 8 sowie S. 63 speziell zur Eigenkapitalfinanzierung und auch schon mit dem Gedanken, dass die Rechte der Anteilseigner im Vergleich zur herkömmlichen Company beschränkt sein könnten.

³⁷ *UK Cabinet Office* (Fn. 5), S. 9: CIC als „strong brand“; noch allgemeiner *UK Department of Trade and Industry: Social Enterprise Unit* (Fn. 28), S. 8 f., 12, 30: „branding scheme within the sector“.

sei in der Öffentlichkeit bisher wenig bekannt; zudem bestünden Unklarheiten darüber, welche Merkmale ein soziales Unternehmen auszeichneten.³⁸

Allerdings beschränkte sich das Regelungsziel der britischen Regierung nicht allein auf die Förderung des Sektors des sozialen Unternehmertums um dessen selbst willen. Die Kodifikation war vielmehr Teil der unter dem Schlagwort „Third Way“ bekannt gewordenen und ab dem Jahre 1997 verfolgten Strategie der sog. New Labour Regierung, wonach die öffentliche Daseinsvorsorge sowie staatliche Dienst- und Sozialleistungen stärker privatisiert werden sollten. Soziale Unternehmen sollten auch deswegen gefördert werden, weil sie als geeignet angesehen wurden, vormals staatliche Dienstleistungen zu übernehmen.³⁹ Im Rahmen dieser Privatisierungsbemühungen wurde zusätzlich sogar noch eine weitere Rechtsform neu eingeführt: die schon erwähnte CIO. Diese richtet sich an ausschließlich gemeinnützige Organisationen, die den Status einer Charity erlangen wollen. Auch ausschließlich gemeinnützige Organisationen wurden als geeignet befunden, vormals unmittelbar durch staatliche Stellen erbrachte Dienstleistungen zu erbringen. Für die bis zur Einführung der CIO existierenden Rechtsformen wurde aber konstatiert, dass sie den Anforderungen nicht gewachsen seien, die mit der Erbringung von ursprünglich staatlichen Leistungen verbunden seien.⁴⁰ Dabei knüpfte der britische Gesetzgeber an eine allgemeine Reformdiskussion zur Einführung einer speziellen Rechtsform nur für Charities an, die bereits bis in das Jahr 1990 zurückreichte.⁴¹ Bis zur Einführung der CIO litten nämlich alle zum Betrieb einer Charity zur Verfügung stehenden Rechtsformen entweder an

³⁸ *UK Department of Trade and Industry: Social Enterprise Unit* (Fn. 28), S. 8; *UK Cabinet Office* (Fn. 5), S. 52.

³⁹ *UK Department of Trade and Industry: Social Enterprise Unit* (Fn. 28), S. 19: „Successful social enterprises can play an important role in helping deliver on many of the Government’s key policy objectives by: [...] showing new ways to deliver and reform public services; [...]“ sowie S. 24, 34 f.; so auch nach Kodifikation der Community Interest Company *UK Cabinet Office* (Fn. 3), S. 50: „In such circumstances, social enterprises act as a delivery partner with government, providing services on contract to central or local government, primary care trusts or local authorities. At their best, social enterprises can bring valuable engagement with service users and are often motivated to pioneer new approaches to meet the needs of their clients. So, where government is procuring services and social enterprises and other third sector organisations meet the required standards of quality and value for money, the Government will positively encourage their involvement in design and delivery of public services.“ sowie S. 53 zur verstärkten Geltung eines Wettbewerbsgedankens bei der öffentlichen Daseinsvorsorge; allerdings auch *UK Department of Trade and Industry* (Fn. 31), S. 13: „The Government does not intend that CICs should deliver essential public services in core sectors such as hospitals and schools.“; aus der Literatur *Dunn/Riley*, 67(4) *The Modern Law Review*, 632 (2004); vgl. auch *Europäische Kommission* (Fn. 4), S. 44.

⁴⁰ *Morgan*, 6(1) *Nonprofit Policy Forum*, 25, 30 (2015); vgl. auch *UK Cabinet Office* (Fn. 5), S. 29, 57 f.

⁴¹ Grundlegend *Warburton*, *Conveyancer and Property Lawyer*, 95 (1990) mit dem Vorschlag einer „charity corporation“; insgesamt zum Entstehungsprozess der CIO *Morgan*, 6(1) *Nonprofit Policy Forum*, 25, 29 f. (2015).

dem Mangel der fehlenden Rechtspersönlichkeit und der damit verbundenen uneingeschränkten Haftung ihrer Mitglieder oder stellten die Organisationen vor die Herausforderung einer doppelten Registrierung und damit einhergehend der doppelten Regulierung und Überwachung.⁴² Jede gemeinnützige Organisation, die den Status einer Charity erlangen möchte, muss sich nämlich grundsätzlich bei der Charity Commission registrieren und unterliegt infolgedessen auch deren Aufsicht.⁴³ Wird eine Charity als Company oder Public Benefit Society betrieben – was den Vorteil der eigenen Rechtspersönlichkeit und der beschränkten Haftung ihrer Mitglieder hat –, bedarf es aber stets noch einer zweiten Registrierung: entweder beim Companies House⁴⁴ oder bei der Financial Conduct Authority (FCA)⁴⁵ mit der Folge, dass die Organisation zusätzlich auch deren jeweiliger staatlicher Aufsicht unterworfen ist. Mit der CIO sollte nun eine Rechtsform geschaffen werden, die über eine eigene Rechtspersönlichkeit sowie eine Haftungsbeschränkung zugunsten ihrer Mitglieder verfügt, allerdings nur bei der Charity Commission zu registrieren ist und auch nur deren Aufsicht unterliegt.⁴⁶

IV. Grundstrukturen der CIC

Die CIC basiert auf den Regelungen zur herkömmlichen und etablierten Company und weicht nur in einigen, wenn auch zentralen Punkten von ihr ab.

1. *Community Interest Test und Community Interest Statement*

Zunächst einmal muss eine Gesellschaft, um als CIC gegründet werden zu können, den Anforderungen des Community Interest Test genügen.⁴⁷ Maßstab für diesen Test ist, ob eine vernünftige Person die Tätigkeit der Gesellschaft als zum Wohle der Allgemeinheit ansieht, wobei es genügt, wenn nur ein Teil der Allgemeinheit bzw. einzelne Bevölkerungsgruppen von der Tätigkeit profitieren.⁴⁸ Al-

⁴² *Henderson/Fowles/Smith* (Fn. 12), Rn. 6–068; vgl. speziell zum Nachteil des *Trust* als Rechtsform für eine *Charity* *Henderson/Fowles/Smith* (Fn. 12), Rn. 6–002: „Since a trust is not itself a legal person, the trust form has the disadvantage that what may loosely be called the charity’s liabilities are in law those of its trustees.“

⁴³ Vgl. ausführlich zu dieser Verpflichtung einschließlich etwaiger Ausnahmen *Henderson/Fowles/Smith* (Fn. 12), Rn. 4–001.

⁴⁴ Zu den Voraussetzungen *Companies Act 2006* secs. 9–13.

⁴⁵ *Co-operative and Community Benefit Societies Act 2014* sec. 3(1) und (2). Das Gleiche galt auch für die *vormalige Industrial and Provident Society*.

⁴⁶ *Henderson/Fowles/Smith* (Fn. 12), Rn. 6–068; *Picarda* (Fn. 20), S. 170, 185; *Davies/Worthington*, *Gower’s Principles of Modern Company Law*, 10. Aufl. 2016, Rn. 1–30.

⁴⁷ *Companies Act 2004*, secs. 35, 36A(2)(c)(i).

⁴⁸ *Companies Act 2004*, sec. 35(2) „if a reasonable person might consider that its activities are carried on for the benefit of the community“ sowie sec. 35(5) i. V. m. *Community Interest Company Regulations 2005* in der durch die *Community Interest Company (Amendment) Regulations 2009* und 2014 geänderten Fassung („Community Interest Company Regulations“),

lerdings gelten solche Aktivitäten, die ausschließlich dem Vorteil der Mitglieder der Gesellschaft oder ihrer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer dienen, nicht als zum Wohle der Allgemeinheit.⁴⁹ Auch politische Aktivitäten sind einer CIC grundsätzlich verwehrt.⁵⁰ Politischen Parteien und Wahlkampforganisationen steht die CIC ebenfalls nicht als Rechtsform zur Verfügung.⁵¹

Ob eine CIC diesen Test besteht, beurteilt sich anhand des Community Interest Statement, das die Gesellschaft bei ihrer Gründung einzureichen hat.⁵² In diesem ist die konkrete Art der Geschäftstätigkeit zu beschreiben. Es sind diejenigen zu benennen, die von der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft begünstigt werden sollen, und es muss genau erklärt werden, wie die Begünstigten von der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft profitieren sollen.⁵³

2. *Veränderte Pflichten der Direktoren einer CIC*

Zudem zeichnet sich die CIC dadurch aus, dass der Inhalt der Geschäftsleitungs-pflichten im Vergleich zur herkömmlichen Company ein anderer ist.

Gemäß Companies Act 2006 sec. 172(1) haben sich die Leitungsorganmit-glieder einer Company so zu verhalten, wie sie es nach gutem Glauben für am wahrscheinlichsten halten, dass der Erfolg der Gesellschaft zugunsten ihrer Mit-glieder, d. h. ihrer Anteilseigner in deren Gesamtheit, gefördert wird. Dabei haben sie zu berücksichtigen: (a) die langfristigen Auswirkungen ihrer Entscheidung, (b) die Interessen der Arbeitnehmer, (c) die Notwendigkeit, Geschäftsbeziehun-gen mit Zulieferern, Kunden und anderen zu stärken, (d) die Auswirkungen der Gesellschaftstätigkeit auf die Gemeinschaft und die Umwelt, (e) den Ruf der Gesellschaft für die Einhaltung eines hohen Verhaltensstandards im Geschäfts-verkehr und (f) die faire Behandlung der einzelnen Mitglieder der Gesellschaft.⁵⁴

reg. 5: „For the purposes of the community interest test, any group of individuals may constitute a section of the community of (a) they share a common characteristic which distinguishes them from other members of the community; and (b) a reasonable person might consider that they constitute a section of the community“.

⁴⁹ Companies Act 2004, sec. 35(4) i. V.m. Community Interest Company Regulations, reg. 4; dazu *Lloyd*, 35 Vt. L. Rev. 31, 35 (2010): „The workers are part of the community, but the company can't be just for the benefit of the employees – that would simply be a workers' co-op.“

⁵⁰ Companies Act 2004, sec. 35(4) i. V.m. Community Interest Company Regulations, reg. 3.

⁵¹ Sog. „excluded company“ nach Companies Act 2004, sec. 35(6) i. V.m. Community Interest Company Regulations, reg. 6; dazu *Lloyd*, 35 Vt. L. Rev. 31, 35 (2010): „And, because the regulators don't want to get into the question of whether or not political activities are for the benefit of the community, you cannot be a political party and a CIC.“

⁵² Formblatt CIC36; Companies Act 2004, sec. 36(1) und (2) i. V.m. Community Interest Company Regulations, reg. 11.

⁵³ Community Interest Company Regulations, reg. 2 mit einer Definition von Community Interest Statement; *Office of the Regulator of Community Interest Companies*, Information and guidance notes, Chapter 4: Creating a Community Interest Company (CIC), S. 6.

⁵⁴ „A director of a company must act in the way he considers, in good faith, would be most likely to promote the success of the company for the benefit of its members as a whole, and in

Dieser Ansatz zur Beschreibung der Geschäftsleitungspflichten wird als „enlighted shareholder value“ bezeichnet.⁵⁵ Die Leitungsorganmitglieder sind verpflichtet, die Belange und Interessen aller durch die Gesellschaft betroffenen Interessenträger zu bedenken.⁵⁶ Vorrangig ist aber das Interesse der Gesellschaft, das sich nach den Interessen der Anteilseigner bestimmt. Im Konfliktfall setzt sich dieses durch.⁵⁷

Dagegen ist für die Mitglieder des Leitungsorgans einer CIC das Interesse der Anteilseigner gerade nicht entscheidungsmaßgebend. Die Mitglieder des Leitungsorgans einer CIC haben die Gesellschaft stattdessen so zu führen, dass stets die Vorgaben des Community Interest Test erfüllt werden. Das bedeutet, dass die Gesellschaft so zu führen ist, dass eine vernünftige Person die Tätigkeit der Gesellschaft als zum Wohle der Allgemeinheit ansehen würde.⁵⁸ Dabei ist erforderlich, dass ein Ausgleich zwischen dem Ziel der Gemeinwohlförderung und der Gewinnerwirtschaftung geschaffen wird.⁵⁹

doing so have regard (amongst other matters) to— (a) the likely consequences of any decision in the long term, (b) the interests of the company’s employees, (c) the need to foster the company’s business relationships with suppliers, customers and others, (d) the impact of the company’s operations on the community and the environment, (e) the desirability of the company maintaining a reputation for high standards of business conduct, and (f) the need to act fairly as between members of the company.“

⁵⁵ *Keay*, 22 Eur. Bus. L. Rev. 1, 18 (2011); *Davies/Worthington* (Fn. 46), Rn. 16–38; aus der deutschsprachigen Literatur *Doralt*, in: Schall, Companies Act, 2014, sec. 172 Rn. 1; dazu, dass sich der „enlighted shareholder value“-Ansatz durch ein verstärktes Augenmerk auf die Art und Weise der Entscheidungsfindung auszeichnet, *Zhao*, 2011 Intl. Comp. and Comm. L. Rev. 275, 283; ähnlich auch *Lynch*, 33 Comp. Lawy. 196, 202 (2012), insgesamt aber skeptisch S. 198, 201.

⁵⁶ Zur Ausgestaltung als Pflicht und nicht lediglich als Möglichkeit *Keay*, 22 Eur. Bus. L. Rev. 1, 18 f., 26 (2011); *Zhao*, 9 Intl. Comp. and Comm. L. Rev. 275, 282 (2011); *Davies/Worthington* (Fn. 46), Rn. 16–38; aus der deutschsprachigen Literatur *Doralt* (Fn. 55), sec. 172 Rn. 4; unklar dagegen *Lynch*, 33 Comp. Lawy. 196, 201 (2012): „express permission“.

⁵⁷ *Keay*, 22 Eur. Bus. L. Rev. 1, 22, 27 f. (2011); *Zhao*, 9 Intl. Comp. and Comm. L. Rev. 275, 282 (2011), später allerdings etwas weniger streng S. 283: „For those directors who are enthusiastic in balancing shareholder and stakeholder concerns, this provision offers them the legitimacy to do so without being sued, provided that their action does benefit shareholders too.“; ausdrücklich gegen das Erfordernis zur Abwägung *Davies/Worthington* (Fn. 46), Rn. 16–38; *Lynch*, 33 Comp. Lawy. 196, 201 (2012).

⁵⁸ *Boeger/Burgess/Ellison* (Fn. 6), S. 347, 351; *Nicholls*, 35 Accounting, Organizations and Society 394, 397 (2010).

⁵⁹ *Lloyd*, 35 Vt. L. Rev. 31, 36 (2010); *Engsig Sørensen/Neville*, 15 EBOR 267, 292 (2014); vgl. auch, allerdings in Bezug auf das soziale Unternehmen, *Boeger/Burgess/Ellison* (Fn. 6), S. 347, 351: „Unlike other businesses, social enterprises need to balance the dual demands of doing good and doing well financially.“; dazu, dass nach Companies Act 2006 sec. 172(1) im Konfliktfall zwischen den Interessen der Anteilseigner und Belangen anderer Interessengruppen gerade kein Ausgleich zwischen den Interessen der unterschiedlichen Interessenträger herzustellen ist, *Keay*, 22 Eur. Bus. L. Rev. 1, 27 (2011).

3. Regulator of the Community Interest Company

Eine zentrale Rolle für das Recht der CIC spielt der Regulator of the Community Interest Company. Bei ihm handelt es sich um eine Person, die durch den Secretary of State for Business, Energy and Industrial Strategy ernannt wird und dem Office of the Regulator of the Community Interest Company vorsteht.⁶⁰ Bei der Gründung einer CIC ist es der CIC Regulator, der auf Grundlage des Community Interest Statement entscheidet, ob die jeweilige Gesellschaft den Community Interest Test besteht.⁶¹ Nach Bestehen des Community Interest Test lässt die staatliche Aufsicht durch den CIC Regulator aber nach. Er leitet Untersuchungen gegen die jeweilige Gesellschaft nur bei konkreten Beschwerden über Verstöße gegen die Vorschriften zur CIC ein.⁶² Stellt er tatsächlich Verstöße fest, soll er sich zunächst auf informeller Basis bemühen, dass festgestellte Verstöße abgestellt werden.⁶³ Diese Vorgehensweise ist Ausdruck dessen, dass der CIC Regulator ein „light touch regulatory regime“ verfolgen soll.⁶⁴ Bei Erfolglosigkeit eines informellen Vorgehens stehen ihm allerdings eine ganze Reihe von Abhilfemaßnahmen zur Verfügung. Er kann gegen die Geschäftsleitungsmitglieder zivilprozessuale Maßnahmen im Namen und zugunsten der betroffenen CIC einleiten,⁶⁵ ein neues Mitglied der Geschäftsleitung bestellen,⁶⁶ Mitglieder der Geschäftsleitung aus dieser entfernen,⁶⁷ Führungspersonen auf Ebenen unterhalb der Geschäftsleitung ernennen,⁶⁸ Vermögensgegenstände der Gesellschaft auf einen sog. Official Property Holder übertragen,⁶⁹ die Anteile an einzelnen Gesellschaften auf eine andere Person übertragen⁷⁰ sowie gerichtlich die Auflösung betreiben.⁷¹

Zudem gehört es auch zu den Aufgaben des CIC Regulator, Unternehmen zu beraten, die sich für eine CIC als Rechtsform entschieden haben oder dies in Erwägung ziehen.⁷²

⁶⁰ Companies Act 2004, sec. 27(1) und (2).

⁶¹ *Office of the Regulator of Community Interest Companies*, Information and guidance notes, Chapter 11: The Regulator, S. 4.

⁶² Companies Act 2004, secs. 42 („Investigation“), 43 („Audit“); zur Möglichkeit der Beschwerde *Office of the Regulator of Community Interest Companies* (Fn. 61), S. 7, 9.

⁶³ *Office of the Regulator of the Community Interest Companies* (Fn. 61), S. 9.

⁶⁴ *Boeger/Burgess/Ellison* (Fn. 6), S. 347, 348: „The regulations are less onerous than for charities, but they still set up the structure of a regulated business.“

⁶⁵ Companies Act 2004, sec. 44.

⁶⁶ Companies Act 2004, sec. 45.

⁶⁷ Companies Act 2004, sec. 46.

⁶⁸ Companies Act 2004, sec. 47.

⁶⁹ Companies Act 2004, sec. 48.

⁷⁰ Companies Act 2004, sec. 49.

⁷¹ Companies Act 2004, sec. 50.

⁷² *Office of the Regulator of the Community Interest Companies* (Fn. 61), S. 4.

4. Asset Lock und Dividend Cap

Darüber hinaus unterscheidet sich eine CIC von einer herkömmlichen Company durch zwingende Vorgaben, welche die Übertragung von Vermögensgegenständen und insbesondere die Ausschüttung von Dividenden betreffen und die eine teilweise Vermögensbindung auf Ebene der Gesellschaft zur Folge haben.

Die Vermögensgegenstände einer CIC dürfen nämlich nur unter bestimmten Bedingungen übertragen werden. Eine Übertragung ist zulässig, wenn sie zum tatsächlichen Marktwert erfolgt.⁷³ Die Übertragung eines Vermögensgegenstandes zu einer Gegenleistung unterhalb des Marktwertes ist dagegen nur dann erlaubt, wenn die Vermögensgegenstände auf einen Rechtsträger übertragen werden, der seinerseits einer Vermögensbindung unterliegt, vorausgesetzt, dass dieser Rechtsträger in der Satzung der CIC als ein Begünstigter von Vermögensübertragungen genannt ist oder dass der CIC Regulator dieser Übertragung zugestimmt hat,⁷⁴ oder wenn die Übertragung zugunsten des Wohls der Allgemeinheit erfolgt.⁷⁵

An ihre Anteilseigner bzw. Mitglieder darf eine CIC nur dann Vermögensgegenstände verteilen, wenn dies durch Verordnungen zugelassen worden ist.⁷⁶ Für die Ausschüttung von Dividenden ist eine solche Zulassung erfolgt – allerdings nur unter der Voraussetzung, dass die Vorgaben der sog. Dividend Cap eingehalten werden, wobei zu beachten ist, dass die Zahlung von Dividenden überhaupt nur bei einer Community Interest Company Limited By Shares denkbar ist. Bei einer Community Interest Company Limited By Guarantee kommen Dividendenzahlungen schon im Ausgangspunkt nicht in Betracht.⁷⁷ Die Obergrenze der zulässigen Dividendenzahlung bestimmt sich anhand der sog. Maximum Aggregate Dividend.⁷⁸ Diese liegt seit ihrer Einführung im Juli 2005 bei 35 %.⁷⁹ Das

⁷³ Companies Act 2004, sec. 32(3)(a) i. V.m. Community Interest Company Regulations, reg. 7 i. V.m. Schedule 1, reg. 8(a) i. V.m. Schedule 2, reg. 8(b) i. V.m. Schedule 3 und dem dort jeweiligen para. 1(1). Diese Vorgabe gilt auch für die Vergütung der Leitungsorganmitglieder, die eine marktübliche Vergütung von Leitungsmitgliedern mit vergleichbaren Fähigkeiten nicht überschreiten darf, *Office of the Regulator of Community Interest Companies*, Information and guidance notes, Chapter 9: Corporate governance, S. 9.

⁷⁴ Companies Act 2004, sec. 32(3)(a) i. V.m. Community Interest Company Regulations, reg. 7 i. V.m. Schedule 1, reg. 8(a) i. V.m. Schedule 2, reg. 8(b) i. V.m. Schedule 3 und dem dort jeweiligen para. 1(2)(a).

⁷⁵ Companies Act 2004, sec. 32(3)(a) i. V.m. Community Interest Company Regulations, reg. 7 i. V.m. Schedule 1, reg. 8(a) i. V.m. Schedule 2, reg. 8(b) i. V.m. Schedule 3 und dem dort jeweiligen para. 1(2)(b).

⁷⁶ Companies Act 2004, sec. 30(1): „must not distribute assets to their members unless regulations make provision authorising them to do so“.

⁷⁷ *Office of the Regulator of Community Interest Companies*, Information and guidance notes, Chapter 6: The Asset Lock, S. 6.

⁷⁸ Companies Act 2004, sec. 30(1) und (2) i. V.m. Community Interest Company Regulations, reg. 17(1)(c).

⁷⁹ Companies Act 2004, sec. 30(2) i. V.m. Community Interest Company Regulations, reg. 22(1)(b); *Office of the Regulator of the Community Interest Companies* (Fn. 77), S. 9.

bedeutet, dass 35 % des zu verteilenden Gewinns der Gesellschaft an die Anteilhaber ausgeschüttet werden dürfen.⁸⁰ Allerdings unterfallen Dividendenzahlungen an Rechtsträger, die ebenfalls einer Vermögensbindung unterliegen, dann nicht der Dividend Cap, wenn entweder der Regulator of the CIC dieser Zahlung zugestimmt hat oder der begünstigte Rechtsträger bereits in der Satzung als Empfänger bezeichnet worden ist.⁸¹

Im Übrigen wirkt sich der Asset Lock auch auf die Auflösung („dissolution“) der Gesellschaft aus. Wird eine Gesellschaft im Wege der Liquidation („winding up“/„liquidation“) aufgelöst, wird ein nach Begleichung aller Verbindlichkeiten der Gesellschaft vorhandener Überschuss nicht vollständig unter den Anteilseignern der Gesellschaft verteilt. Sie erhalten nur den von ihnen eingezahlten Nennwert einschließlich ggf. geleisteter Prämien.⁸² Ein etwaiger Rest ist entweder an denjenigen auszukehren, der in der Satzung der CIC als Begünstigter ausgewiesen wird, vorausgesetzt, der Begünstigte unterliegt einer Vermögensbindung,⁸³ oder es entscheidet der CIC Regulator, wem dieser zugutekommen soll.⁸⁴ Für die Sondersituation, dass die Gesellschaft im Wege der Streichung aus dem Unternehmensregister aufgelöst wird, gelten ebenfalls die Vorschriften des Asset Lock. Etwaige inhaberlose Gegenstände gehen auf die Krone, das Herzogtum Lanchester oder den Herzog von Cornwall über.⁸⁵ Eine Umgehung dieser Vorschriften zur Auflösung durch umwandlungsrechtliche Maßnahmen ist auch nicht möglich. Eine CIC kann nur in eine Charity oder in eine Registered Society umgewandelt werden.⁸⁶ Eine Umwandlung in eine herkömmliche Company ist unzulässig.⁸⁷

Abgesichert werden der Asset Lock und die Dividend Cap durch Regelungen, welche die Zahlung von leistungsabhängigen Zinsen, die Einziehung von Anteilen, den Kauf eigener Anteile sowie die Kapitalherabsetzung betreffen. Die Performance Related Interest Cap schränkt die Höhe von solchen Zinszahlungen auf Fremdkapital ein, die davon abhängig sind, ob die jeweilige CIC ein bestimmtes (Geschäfts-)Ergebnis erzielt hat.⁸⁸ Maßgeblich für die Performance Related Interest Cap sind die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Vorgaben.⁸⁹

⁸⁰ Companies Act 2004, sec. 30(2) i. V.m. Community Interest Company Regulations, reg. 19.

⁸¹ Companies Act 2004, sec. 30(2) i. V.m. Community Interest Company Regulations, reg. 17(2)–(5).

⁸² Companies Act 2004, sec. 31 i. V.m. Community Interest Company Regulations, reg. 23(3).

⁸³ Companies Act 2004, sec. 31 i. V.m. Community Interest Company Regulations, reg. 23(5).

⁸⁴ Companies Act 2004, sec. 31 i. V.m. Community Interest Company Regulations, reg. 23(6).

⁸⁵ Companies Act 2006, sec. 1012(1); vgl. dazu auch *Office of the Regulator of Community Interest Companies*, Information and guidance notes, Chapter 10: Transfer of assets and ceasing to be a CIC, S. 14, 16.

⁸⁶ Vgl. Companies Act 2004, sec. 53.

⁸⁷ *Office of the Regulator of Community Interest Companies* (Fn. 85), S. 14; *Liptrap*, 20(2) *Journal of Corporate Law Studies*, 495, 536 (2020).

⁸⁸ Companies Act 2004, sec. 30(3) i. V.m. Community Interest Company Regulations, reg. 21.

⁸⁹ Companies Act 2004, sec. 30(3) i. V.m. Community Interest Company Regulations, reg. 21(3).

Aktuell gilt, dass leistungsabhängig Zinszahlungen 20 % der Darlehensschulden, die im Zeitpunkt der letzten zwölf Monate vor Fälligkeit der Zinszahlung im Durchschnitt noch offen waren, nicht übersteigen dürfen.⁹⁰ Sollen Anteile einer CIC eingezogen oder eigene Anteile von ihr gekauft werden, ist die Gegenleistung an die Anteilseigner auf den eingezahlten Nennwert inklusive etwaig geleisteter Prämien⁹¹ beschränkt.⁹² Eine derartige Beschränkung gilt auch für die Kapitalherabsetzung.⁹³ Darüber hinaus ist eine Kapitalherabsetzung nur zulässig, wenn Anteile vernichtet werden sollen, für welche die Einlage nicht vollständig geleistet worden ist.⁹⁴

5. *Community Interest Company Report*

Schließlich sind die Berichtspflichten einer CIC erweitert. Sie hat einen jährlichen Bericht, den *Community Interest Company Report*, zu erstellen, in dem sie zu erklären hat, wie die Allgemeinheit von ihren Tätigkeiten im dem jeweils abgelaufenen Geschäftsjahr profitiert hat.⁹⁵ Insbesondere muss der Bericht Informationen zu etwaigen Konsultationen mit den Personengruppen, die von den Aktivitäten der Gesellschaft betroffen sind, enthalten.⁹⁶ Zur Erstellung des Berichts wird den Gesellschaften ein optional zu verwendendes Muster zur Verfügung gestellt.⁹⁷

V. Regulatorische Entwicklung nach Einführung

Seit Einführung der CIC haben sich die Regelungen zur CIC in ihren Grundzügen nicht verändert. Die einzige größere Änderung war die Veränderung der Berechnung der Dividend Cap und der Performance Related Interest Cap.

Ursprünglich richtete sich die Höhe der zulässigen Dividendenzahlung nämlich nicht nur nach der Maximum Aggregated Dividend Cap, sondern zusätzlich auch nach der Dividend Per Share Cap, wonach die pro Anteil zahlbare Dividende in der Höhe beschränkt war, wobei die Möglichkeit bestand, dann, wenn der

⁹⁰ Die Performance Related Interest Cap wurde bisher dreimal überarbeitet, *Office of the Regulator of Community Interest Companies* (Fn. 77), S. 10.

⁹¹ Als „paid up value“ bezeichnet; zur dazugehörigen Definition *Community Interest Company Regulations*, reg. 2.

⁹² *Companies Act 2004*, sec. 30(1) und (2) i. V. m. *Community Interest Company Regulations*, reg. 24.

⁹³ *Companies Act 2004*, sec. 30(1) und (2) i. V. m. *Community Interest Company Regulations*, reg. 25(b).

⁹⁴ *Companies Act 2004*, sec. 30(1) und (2) i. V. m. *Community Interest Company Regulations*, reg. 25(a).

⁹⁵ *Companies Act 2004*, sec. 34.

⁹⁶ *Community Interest Company Regulations*, reg. 26(1)(a) und (b).

⁹⁷ Sog. CIC34; vgl. dazu *Nicholls*, 35 *Accounting, Organizations and Society* 394, 397 (2010).

Rahmen der zulässigen Ausschüttung in einem Geschäftsjahr nicht vollständig ausgeschöpft worden war, diese nicht genutzten „Kapazitäten“ in das nächste Geschäftsjahr zu übertragen.⁹⁸ Dabei belief sich die Dividend Per Share Cap zunächst auf fünf Prozentpunkte über dem Basisleitzins der Bank of England vom Nennbetrag des Anteils.⁹⁹ Erstmals geändert wurde dies auf 20 % der Nennbetrags des Anteils in der jeweiligen Gesellschaft.¹⁰⁰ Im Jahr 2014 wurde die Dividend Per Share Cap endgültig aufgegeben, weil sie als ein zu großes Hindernis für Investoren wahrgenommen worden war.¹⁰¹ Die Änderung der Performance Related Interest Cap war dagegen etwas weniger inversiv. Sie beschränkte sich darauf, dass die Performance Related Interest Cap nicht mehr – so wie ursprünglich geregelt – im Verhältnis zum Leitzins zu bestimmen war, sondern nun ein fixer Prozentsatz gilt.¹⁰²

Eine weitere regulatorische Entwicklung, die zwar nicht unmittelbar die Ausgestaltung der CIC selbst betroffen hat, aber von großer Bedeutung für sie war, erfolgte im Jahre 2014 auf steuerrechtlicher Ebene. Der sog. Social Investment Tax Relief sieht eine Steuervergünstigung für Investitionen in CICs vor.¹⁰³

VI. Gesamtwürdigung

1. Popularität der CIC in der Rechtswirklichkeit: die Entwicklung in Zahlen

Die rechtstatsächliche Verbreitung der CIC¹⁰⁴ wird – vor allem im Vergleich mit anderen Rechtsformen und Rechtsformvarianten) speziell für Unternehmen, die nicht nur auf die Erwirtschaftung von Gewinnen ausgerichtet sind – positiv bewertet,¹⁰⁵ auch wenn die CIC im Vergleich zur herkömmlichen Company eher als ein Nischenprodukt anzusehen ist.

⁹⁸ *Office of the Regulator of Community Interest Companies* (Fn. 77), S. 8.

⁹⁹ *Office of the Regulator of Community Interest Companies* (Fn. 77), S. 9: „5% points higher than the Bank of England’s base lending rate of the paid up value of share“.

¹⁰⁰ *Office of the Regulator of Community Interest Companies* (Fn. 77), S. 9. „20% of the paid-up value of a share in a relevant company“.

¹⁰¹ *Boeger/Burgess/Ellison* (Fn. 6), S. 353 f.; vgl. auch *Community Interest Company (Amendment) Regulation 2014*, reg. 2–5, reg. 7 sowie die dazugehörige Explanatory Note.

¹⁰² *Lloyd*, 35 Vt. L. Rev. 31, 36 (2010).

¹⁰³ Dazu auch *Boeger/Burgess/Ellison* (Fn. 6), S. 347, 354.

¹⁰⁴ Die jeweils aktuellen Zahlen zur CIC können im jährlich erscheinenden Annual Report des Regulator of the Community Interest Company nachgelesen werden. Der jährliche Berichtszeitraum geht vom 1. April bis zum 31. März eines jeden Jahres. Die jeweils aktuellen Zahlen zur Company können auf der Internetseite des Companies House als Excel-Tabellen eingesehen werden.

¹⁰⁵ *Liao* (Fn. 4), S. 116 f.

a) Gesamtzahl

Die Anzahl der bestehenden CICs ist seit ihrer Einführung stetig gestiegen. Die Wachstumsrate der Gesamtzahl aller CICs liegt deutlich über jener der Gesamtzahl aller herkömmlichen Companies. Allerdings darf man bei dem Vergleich der Wachstumsraten nicht aus den Augen verlieren, dass die Gesamtzahl der CICs deutlich geringer ist als die der herkömmlichen Companies.

Tabelle 1: Gesamtzahl (April 2005 – März 2020)¹⁰⁶

Jahr	Gesamtzahl der CICs	Wachstumsrate der CIC-Gesamtzahl (%)	Gesamtzahl der Companies ¹⁰⁷	Wachstumsrate der Company-Gesamtzahl (%)
05/06	208	–	– ¹⁰⁸	–
06/07	845	306,3	–	–
07/08	1.621	91,8	–	–
08/09	2.653	63,7	–	–
09/10	3.572	34,6	2.626.312	–
10/11	4.905	37,3	2.681.997	2,12
11/12	6.391	30,3	2.853.275	6,39
12/13	7.670	20,0	3.037.040	6,44
13/14	9.177	19,6	3.241.148	6,72
14/15	10.639	15,9	3.453.516	6,55
15/16	11.922	12,1	3.666.938	6,18
16/17	13.055	9,5	3.883.700	5,91
17/18	14.254	9,2	4.019.101	3,49
18/19	15.729	10,3	4.186.315	4,16
19/20	18.904	20,2	4.332.009	3,48

¹⁰⁶ Dass die Gesamtzahl der CIC nicht der Anzahl der gegründeten Gesellschaften abzüglich der abgelösten Gesellschaften entspricht, liegt an der Anzahl der Gesellschaften, die von einer CIC in eine andere Rechtsform umgewandelt wurden. Dass die Gesamtzahl der Companies nicht der Gesamtzahl der Companies aus dem Vorjahr plus Anzahl der Gründungen entspricht, liegt an dem Umstand, dass bei der Anzahl der gegründeten Gesellschaften solche Gesellschaften nicht berücksichtigt worden sind, die wiederhergestellt wurden („restored“).

¹⁰⁷ Gesamtzahl der Companies registriert nach dem Companies Act 2006 abzüglich der Gesamtzahl der CIC (diese werden auch nach dem Companies Act 2006 beim Companies House registriert).

¹⁰⁸ Für den Zeitraum von 2005/2006 bis 2008/2009 fehlen die Daten zur Company, weil damals die Zahlen zu Gesellschaften aus Großbritannien und aus Nordirland getrennt voneinander gesammelt wurden und nur die Daten für Großbritannien, nicht aber für Nordirland auffindig zu machen waren. Dadurch ist für diesen Zeitraum aber weder ein Vergleich mit den Zahlen zur CIC, die schon ab 2005/2006 sowohl für Großbritannien und Nordirland gemeinsam gesammelt wurden, noch mit den jüngeren Zahlen zur Company möglich.

Sehr gut schneidet die CIC im Vergleich zur Co-Operative bzw. deren Vorgängerrechtsformen ab. Für das Jahr 2010 wurden ungefähr 4.800 Kooperativen gezählt. Bei einem Vergleich muss allerdings berücksichtigt werden, dass das britische Recht die Organisationsform einer Kooperative bereits seit 1844 kennt.¹⁰⁹

b) Gründungen

Die steigende Gesamtzahl der CICs spiegelt sich natürlich auch in der steigenden Anzahl der Gründungen wider. Dabei wurden die Wachstumsannahmen des britischen Gesetzgebers von 100 bis 300 Neugründungen in den Anfangsjahren übertroffen.¹¹⁰ Zudem wird die CIC als Rechtsform von Jahr zu Jahr beliebter. Mit einer Ausnahme ist die Wachstumsrate bei den Gründungen von CICs seit ihrer Einführung stets positiv – auch wenn das Maß der steigenden Beliebtheit Schwankungen unterworfen ist.

Eine Koppelung an die Wachstumsraten bei der Gründung von herkömmlichen Companies ist nicht erkennbar. Besonders auffällig ist dies für den Zeitraum April 2019 bis März 2020, in dem die Wachstumsrate der CIC-Gründungen um fast 60 % steigt, während die Wachstumsrate bei der Gründung herkömmlicher Companies sogar leicht zurückgeht.

¹⁰⁹ *Lloyd*, 35 Vt. L. Rev. 31, 39f. (2010).

¹¹⁰ *Department of Trade and Industry* (Fn. 31), S. 34: „Take-up is hard to estimate given the lack of data on start-ups in the sector, but our working assumption is that initially there may be between 100 and 300 CICs registering each year.“; so auch *Office of the Regulator of the Community Interest Company*, Annual Report 2019/2020, S. 7; *Lloyd*, 35 Vt. L. Rev. 31, 39 (2010).

Tabelle 2: Gründungen (April 2005 – März 2020)

Jahr	Anzahl der CIC-Gründungen	Wachstumsrate der CIC-Gründungen (%)	Anzahl der Company-Gründungen ¹¹¹	Wachstumsrate der Company-Gründungen (%)
05/06	208	–	–	–
06/07	637	206,3	–	–
07/08	814	27,8	–	–
08/09	1.120	37,6	–	–
09/10	1.296	15,7	364.353	–
10/11	1.824	40,7	398.733	9,44
11/12	2.087	14,4	453.560	13,75
12/13	2.055	–1,5	480.739	5,99
13/14	2.494	21,4	530.519	10,35
14/15	2.569	3,0	583.172	9,92
15/16	2.727	6,2	608.645	4,37
16/17	2.812	3,1	641.938	5,47
17/18	2.844	1,1	617.441	–3,82
18/19	3.217	13,1	669.673	8,46
19/20	5.106	58,7	660.389	–1,39

c) Auflösungen

Die Anzahl der Auflösungen zeigt, dass Unternehmen in der Rechtsform der CIC wirtschaftlich nicht anfälliger sind als Unternehmen in der herkömmlichen Rechtsform der Company.

¹¹¹ Gegründete Companies registriert nach dem Companies Act 2006 abzüglich der gegründeten CICs (diese werden auch nach dem Companies Act 2006 beim Companies House registriert). Von 2005/2006 bis 2008/2009 liegen die Zahlen nur für Großbritannien vor. Nordirland hatte eine eigene Registrierung. Deren Zahlen liegen nicht vor.

Tabelle 3: Auflösungen (April 2005 – März 2020)

Jahr	Anzahl der CIC-Auflösungen	Anteil der CIC-Auflösungen an der CIC-Gesamtzahl (%)	Anzahl der Company-Auflösungen ¹¹²	Anteil der Company-Auflösungen an der Company-Gesamtzahl (%)
05/06	0	–	–	–
06/07	0	0	–	–
07/08	35	2,16	–	–
08/09	86	3,24	–	–
09/10	372	10,41	509.339	19,39
10/11	483	9,85	347.960	12,97
11/12	590	9,23	287.179	10,06
12/13	765	9,97	301.851	9,94
13/14	976	10,64	??? ¹¹³	
14/15	1.104	10,38	368.422	10,67
15/16	1.433	12,02	398.303	10,86
16/17	1.665	12,75	434.861	11,19
17/18	1.631	11,44	489.107	12,17
18/19	1.711	10,88	507.154	12,11
19/20	1.894	10,02	535.040	12,35

Die Gefahr einer Auflösung ist für CICs innerhalb der ersten zwei Jahre nach Gründung am größten.¹¹⁴ Ungefähr ein Drittel der im Jahr 2005/06 gegründeten CICs haben überlebt.¹¹⁵

d) Erklärungsansatz für die Popularität der CIC

Die vergleichsweise große Popularität der CIC wird teilweise auf die Einführung begleitender Maßnahmen zurückgeführt, die zur Folge gehabt hätte, dass die Anzahl der „early adopters“ relativ hoch gewesen sei. So sei die Einführung der CIC als neue Rechtsform von einer Kampagne zur Steigerung ihrer Bekanntheit begleitet worden und denjenigen Unternehmen, die sich für die CIC als Rechtsform entschieden haben, seien eine Reihe von exklusiven Finanzierungsmöglichkeiten

¹¹² Companies, die ursprünglich registriert gewesen sind, abzüglich der aufgelösten CICs.

¹¹³ Widersprüchliche Angabe durch das Companies House: laut Table A1 liegt die Gesamtzahl der Company-Gründungen bei 332.133, während Table A8 diese mit 332.171 beziffert, wobei bei diesen beiden Werten die Anzahl der aufgelösten CICs noch nicht abgezogen worden ist.

¹¹⁴ *Office of the Regulator of the Community Interest Company* (Fn. 110), S. 13.

¹¹⁵ *Office of the Regulator of the Community Interest Company* (Fn. 110), S. 13.

gewährt worden.¹¹⁶ Andere haben sich dagegen verwundert darüber geäußert, dass sich die britische Regierung nach Einführung der CIC gerade nicht darum bemüht hätte, diese neue Rechtsform bekannt zu machen.¹¹⁷

2. Verwirklichung der Regelungsziele der britischen Regierung

Ob durch die Einführung der CIC die Regelungsziele des britischen Gesetzgebers verwirklicht worden sind und die CIC deshalb als regulatorischer Erfolg eingestuft werden kann, lässt sich zurzeit noch nicht abschließend beurteilen.

Mit Blick auf das Ziel des britischen Gesetzgebers, sozialen Unternehmen eine für sie passende Rechtsform zur Verfügung zu stellen, ist festzuhalten, dass die Regelungen zur CIC tatsächlich eine Förderung von Gemeinwohlbelangen durch ein Unternehmen vorsehen. Dies zeigt sich gerade bei den Anforderungen des Community Interest Test, die nicht nur bei der Gründung, sondern auch im Laufe der Geschäftstätigkeit einzuhalten sind. Diese Verpflichtung wirkt sich wiederum auf den Inhalt der Geschäftsleitungspflichten aus und bestimmt damit den zulässigen Handlungsrahmen der Geschäftsleitungsmitglieder. Mit der Figur des CIC Regulators und den gemeinwohlförderungsbezogenen Berichtspflichten werden ergänzend Mechanismen vorgesehen, welche die Einhaltung der besonderen, für die CIC geltenden Regelungen absichern sollen. Auch dem Bedürfnis der dauerhaften Festschreibung der Gemeinwohlausrichtung wurde Rechnung getragen. So ist insbesondere eine Umwandlung in eine herkömmliche Company ausgeschlossen. Die Bestimmungen zum Asset Lock und zur Dividend Cap zielen darauf ab, eine Finanzierung durch Eigenkapital – gerade im Unterschied zu gemeinnützigen Organisationen – zu ermöglichen, gleichzeitig aber auch zu gewährleisten, dass eine Finanzierung durch Eigenkapital nicht dazu führt, dass der Gesellschaft keine ausreichenden finanziellen Mittel mehr zur Verfügung stehen, um tatsächlich einen Beitrag zur Förderung von Gemeinwohlbelangen leisten zu können. Im Übrigen ist festzustellen, dass sowohl die Gesamtzahl der CICs als auch die Zahl der jährlichen Neugründungen (fast) stetig steigt. Jedenfalls von einem Anteil an sozialen Unternehmen wird die CIC also im Vergleich zu den anderen, schon länger bestehenden Rechtsformen als die für sie passendste wahrgenommen.¹¹⁸

¹¹⁶ Liao (Fn. 4), S. 116 f.

¹¹⁷ In einem Rückblick auf die Phase der Einführung der CIC anlässlich ihres zehnjährigen Bestehens *Office of the Regulator of the Community Interest Company* (Fn. 27), S. 34: „One thing I found very puzzling at the time was that after the legislation had been passed, the Government at the time did very little to promote it to lawyers, accountants and other business advisors. Given the effort involved in making it happen, I thought a proper marketing campaign should have followed. This never happened despite a commitment to do so from the Minister. I was unofficially advised this had something to do with the then ‘differences between No 10 and No 11 Downing Street’“.

¹¹⁸ Vgl. *Office of the Regulator of the Community Interest Company* (Fn. 110), S. 7: „It is increasingly the legal form of choice by social enterprises [...]“.

Nicht beurteilt werden kann, ob die CIC tatsächlich die vom britischen Gesetzgeber angestrebte begriffsprägende Wirkung dafür entfaltet hat, was als ein soziales Unternehmen zu verstehen ist. Das Konzept des sozialen Unternehmertums ist im Vereinigten Königreich verglichen mit anderen europäischen Staaten am weitesten bekannt.¹¹⁹ Das kann aber auch auf andere Maßnahmen zur Förderung des sozialen Unternehmertums zurückzuführen sein. In der Literatur zur CIC wird beklagt, dass diese Rechtsform zu vielen noch unbekannt sei.¹²⁰

Eine abschließende Bewertung verbietet sich auch mit Blick darauf, ob mit der CIC eine Rechtsform geschaffen wurde, die sich gerade für die Wahrnehmung vormals staatlicher Aufgaben im Bereich der Daseinsvorsorge eignet. Der CIC wird zugebilligt, dass durch die Wahl dieser Rechtsform der öffentlichen Hand bei der Vergabe von Aufträgen Sicherheit dafür gewährt werden kann, dass tatsächlich nicht nur finanzielle, sondern auch Gemeinwohlinteressen in der Organisationsstruktur der Gesellschaft verankert sind.¹²¹ Rechtstatsächlich kann festgestellt werden, dass 67 % der CICs Vertragsbeziehungen mit der öffentlichen Hand unterhalten.¹²² Die meisten der größten CICs sind im Bereich der öffentlichen Daseinsvorsorge tätig.¹²³ Dieser Befund spiegelt sich auch in den Einsatzfeldern/Tätigkeitsgebieten wider, in denen sich CICs betätigen. Am verbreitetsten sind CICs in den Bereichen Gesundheit, Bildung, Sport und Kunst.¹²⁴ Gerade der Gesundheits- und Bildungssektor sind Bereiche, in denen traditionell der Staat als Anbieter von Leistungen auftritt. Wird bemängelt, dass die von der öffentlichen Hand ausgeschriebenen Auftragsvolumen häufig zu groß für soziale Unternehmen seien, richtet sich dieser Vorwurf eher an die Ausschreibungspraxis, die den tatsächlichen Zuschnitt sozialer Unternehmen unberücksichtigt lasse, bezieht sich aber nicht darauf, dass die Rechtsform ungeeignet wäre.¹²⁵

3. Bewertung durch die Wissenschaft im Vereinigten Königreich

Die Bewertung in der rechtswissenschaftlichen Literatur fällt eher gemischt aus, wobei die CIC lange nur am Rande wahrgenommen wurde.¹²⁶ Zunehmend steigt

¹¹⁹ Europäische Kommission (Fn. 4), S. 35, 107.

¹²⁰ Boeger/Burgess/Ellison (Fn. 6), S. 359: „Still too many have not heard of the CIC.“

¹²¹ Boeger/Burgess/Ellison (Fn. 6), S. 355.

¹²² Office of the Regulator of the Community Interest Company, Annual Report 2017/2018, S. 7; dagegen heißt es bei Europäische Kommission, Social enterprises and their ecosystems in Europe, Comparative synthesis report, 2020, S. 81: „54 % using government contracts (with 20 % having this as their main or only income)“.

¹²³ Office of the Regulator of the Community Interest Company, Annual Report 2017/2018, S. 8.

¹²⁴ Office of the Regulator of the Community Interest Company, Annual Report 2018/2019, S. 7: „The most common sectors remain health, education, sports and the arts.“

¹²⁵ Boeger/Burgess/Ellison (Fn. 6), S. 354.

¹²⁶ Eine Ausnahme stellen *Dunn/Riley*, 67(4) *The Modern Law Review* 632 (2004) und *Cross*, 55(3) *N. Ir. Legal Q.* 302 (2004) dar; eine kurze Einführung für Anwälte *Parr*, 151 *S.J.* 226 (2007).

aber rechtsordnungsübergreifend das Interesse der Rechtswissenschaften an dem Phänomen des „sozialen Unternehmertums“ als Forschungsgegenstand und damit einhergehend auch das rechtswissenschaftliche Interesse an der CIC.¹²⁷

Starker Kritik ausgeliefert ist die hinter der Einführung der CIC stehende Intention des Gesetzgebers, wonach die CIC als Instrument dazu dienen soll, die öffentliche Daseinsvorsorge zu privatisieren. Dem Gesetzgeber ginge es überhaupt nicht um die Förderung von Gemeinwohlbelangen, sondern nur um Einsparungsmöglichkeiten. Der hinter dem sozialen Unternehmertum stehende Grundgedanke – nämlich eine Verbesserung des Zustands von einzelnen Gemeinwohlbelangen – sei *ad absurdum* geführt.

Aber auch mit Blick auf die konkrete Ausgestaltung haben die Regelungen zur CIC Kritik erfahren. Bestehende Kritik am Community Interest Test entzündet sich vor allem daran, dass es an einer Rechtfertigung für das Erfordernis eines „Public Benefit“ fehle. Die CIC profitiere gerade nicht von Steuerbegünstigungen.¹²⁸ Auch könne das Erfordernis, einen solchen Test zu bestehen, nicht mit der Gefahr gerechtfertigt werden, dass die Rechtsform der CIC sonst dazu verwendet werden könnte, die Öffentlichkeit über die tatsächliche Förderung von Gemeinwohlbelangen durch das Unternehmen zu täuschen. Niemand würde eine bestimmte CIC deshalb unterstützen, weil diese sich irgendwie positiv auf das Gemeinwohl auswirke. Unterstützern von sozialen Unternehmen komme es vielmehr darauf an, konkrete gemeinwohlorientierte Zwecke zu unterstützen. Diese ließen sich aus dem Namen aber gerade nicht erkennen.¹²⁹ Darüber hinaus wird kritisiert, dass die Anforderungen des Tests nicht hinreichend präzise formuliert seien.¹³⁰

Hinsichtlich der Vermögensbindung durch den Asset Lock und insbesondere zur Dividend Cap wird diskutiert, ob es gelungen sei, die Regelungen sachgerecht auszubalancieren: Einerseits müsse man verhindern, dass die Anteilseigner der Gesellschaft die finanziellen Mittel entziehen können, die diese eigentlich für

¹²⁷ *Liptrap*, 20(2) *Journal of Corporate Law Studies* 495 (2020); *Boeger*, in: *Boeger/Villiers*, *Shaping the Corporate Landscape, Towards Corporate Reform and Enterprise Diversity*, 2018, S. 189; *Boeger*, 45(1) *Journal of Law and Society* 10, 20 f. (2018); vgl. international zur rechtswissenschaftlichen Literatur zum sozialen Unternehmertum etwa den Sammelband *Means/Yockey*, *The Cambridge Handbook of Social Enterprise Law*, 2018; *Engsig Sørensen/Neville*, 15 *EBOR* 267 (2014); aus den Vereinigten Staaten *Brakman Reiser/Dean*, *Social Enterprise Law*, 2017; aus Deutschland *Fleischer*, *NZG* 2023, 815; *Momberger*, *Social Entrepreneurship*, 2015; interdisziplinär *Ebrahim/Battilana/Mair*, 34 *Res. Organ. Behav.* 81 (2014).

¹²⁸ *Dunn/Riley*, 67(4) *The Modern Law Review* 632, 652 f. (2004); *Cross*, 55 (3) *N. Ir. Legal Q.* 302, 308 (2004).

¹²⁹ *Dunn/Riley*, 67(4) *The Modern Law Review* 632, 653 (2004).

¹³⁰ *Cross*, 55 (3) *N. Ir. Legal Q.* 302, 309 (2004); dazu, dass der Community Interest Test weniger streng ist als der Test zur Einstufung als „Charity“ *Lloyd*, 35 *Vt. L. Rev.* 31, 34 (2010) (allerdings nur feststellend und ohne Kritik daran); dagegen werden der Community Interest Test und seine Voraussetzungen gerade in der US-amerikanischen Literatur als positiv wahrgenommen.

die Verwirklichung der Gemeinwohlförderung benötigt. Andererseits sei dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die CIC als eine Rechtsform gedacht ist, die auch Investitionen in soziale Unternehmen vereinfachen soll und auch an der Förderung von Gemeinwohlbelangen interessierte Investoren zumindest eine reduzierte Rendite erwarten.¹³¹ Zudem wurde davor gewarnt, die Bedeutung der Vermögensbindung für die Überwachung, ob die jeweilige CIC das Gemeinwohl tatsächlich fördere, zu überschätzen. Sie sei geeignet, einem Abfluss von Vermögenswerten zulasten der Gemeinwohlförderung entgegenzuwirken. Eine positive Beschreibung aber, wie eine Gemeinwohlförderung konkret umgesetzt werden könne, ließe sich aus ihr nicht ableiten.¹³² Im Übrigen wird kritisiert, dass im Falle der Auflösung die Anteilseigner nur den Nennbetrag einschließlich etwaiger gezahlter Prämien erhalten und nicht etwa an den Liquidationserlösen in Höhe der Dividend Cap partizipieren können.¹³³ Von weniger grundsätzlicher Bedeutung ist die Kritik, dass für den Fall der Auflösung einer CIC die Anteilseigner allenfalls den Nennbetrag der Anteile erhalten und dieser nicht an die Inflationsentwicklung anzupassen sei.¹³⁴ Allgemein anerkannt ist die vertrauensstiftende Wirkung der Vermögensbindung.¹³⁵

Zweifel wurden auch an der Wirksamkeit der Kontrolle durch den Regulator geäußert.¹³⁶ Von anderer Seite wurde dagegen eingewandt, es bestehe die Gefahr, dass die Überwachung durch den Regulator und die ihm zur Verfügung stehenden Maßnahmen gerade mit Blick auch auf kleinere CICs zu streng ausgestaltet sein könnte.¹³⁷

Schließlich sind auch die Berichtspflichten bemängelt worden. Die zu berichtenden Inhalte lieferten kein aufschlussreiches Bild über die Gemeinwohlförderung durch die Gesellschaft, da ausschließlich über die von der CIC durchgeführten Aktivitäten sowie über die Konsultationen mit den unterschiedlichen von der Tätigkeit der Gesellschaft betroffenen Interessenträgern berichtet werden muss,

¹³¹ Kritisch *Dunn/Riley*, 67(4) *The Modern Law Review* 632, 651 (2004), gleichzeitig aber auch: „The importance of such a lock has already been emphasised, and its inclusion within the CIC form is indeed welcome.“; positiv *Lloyd*, 35 *Vt. L. Rev.* 31, 41 (2010) auch vor dem Hintergrund, dass die CIC gerade nicht als Investitionsobjekt für besonders risikofreudige Investoren gedacht sei; vgl. auch *Cross*, 55(3) *N. Ir. Legal Q.* 302, 311 (2004), der aber nur die Konsequenzen aufzeigt, wenn keine interessengerechte Dividend Cap gefunden wurde; aktuell sieht der CIC Regulator wohl keinen Anpassungsbedarf; *Office of the Regulator of Community Interest Companies* (Fn. 77), S. 8.

¹³² *Dunn/Riley*, 67(4) *The Modern Law Review* 632, 648, 651 (2004).

¹³³ *Engsig Sørensen/Neville*, 15 *EBOR* 267, 302 f. (2014).

¹³⁴ *Lloyd*, 35 *Vt. L. Rev.* 31, 37 (2010).

¹³⁵ *Dunn/Riley*, 67(4) *The Modern Law Review* 632, 648 (2004); *Lloyd*, 35 *Vt. L. Rev.* 31, 42 f. (2010).

¹³⁶ *Dunn/Riley*, 67(4) *The Modern Law Review* 632, 654 f. (2004); *Nicholls*, 35 *Accounting, Organizations and Society* 394, 404 (2010) unter Verweis auf die doppelte Funktion des CIC Regulator: Überwachung und Beratung.

¹³⁷ *Lloyd*, 35 *Vt. L. Rev.* 31, 38 (2010); ganz allgemein *Cross*, 55(3) *N. Ir. Legal Q.* 302, 315 (2004): „extensive powers“.

nicht aber über tatsächlich erzielte Fortschritte bei der Förderung von Gemeinwohlbelangen. Auch wird eine Vergleichbarkeit über mehrere Berichtszeiträume sowie mit anderen Gesellschaften nicht verlangt.¹³⁸

4. Ausstrahlungswirkung auf ausländische Rechtsordnungen

In Rechtsordnungen außerhalb des Vereinigten Königreichs ist die CIC auf vielseitiges Interesse gestoßen. So hat in Kanada die Provinz Nova Scotia im Jahre 2016 ebenfalls eine CIC kodifiziert, die im Wesentlichen den Regelungen ihrer älteren britischen Schwester entspricht.¹³⁹ Auch die kanadische Provinz British Columbia hat sich bei der Ausgestaltung ihrer im Jahre 2013 eingeführten Community Contribution Company an den Regelungen der CIC orientiert, wobei allerdings auf eine staatliche Aufsicht verzichtet wurde.¹⁴⁰

In den Vereinigten Staaten von Amerika wurde die CIC als neue Rechtsform für soziale Unternehmen wahrgenommen und hat dort die akademische Auseinandersetzung um die ideale Ausgestaltung von Rechtsformen für soziale Unternehmen beeinflusst.¹⁴¹ Bei der Kodifikation der Benefit Corporation hat sich allerdings keiner der U.S.-amerikanischen Bundesstaatengesetzgeber mit ihr auseinandergesetzt.¹⁴²

In Europa wurde die CIC in zwei Berichten der Europäischen Kommission zu sozialen Unternehmen in Europa dargestellt.¹⁴³ Auch im Rahmen nationaler Überlegungen einzelner EU-Mitgliedstaaten zur Einführung spezieller Regelungen für Unternehmen, die nicht nur Gewinne erwirtschaften, sondern auch Gemeinwohlbelange fördern wollen, ist man gelegentlich auf die CIC eingegangen. Das ist etwa in den Niederlanden der Fall, wo gerade die Einführung einer hybriden Rechtsformvariante der Besloten Vennootschap met beperkte aansprakelijkheid (B.V.) diskutiert wird, die den Namen B.V.m. tragen soll, wobei das „m“ für maatschappelijk steht, was auf Deutsch sozial bedeutet.¹⁴⁴

Zudem verweisen in Deutschland die Initiatoren der GmbH mit gebundenem Vermögen (vormals: GmbH in Verantwortungseigentum) in ihren allgemeinen Überlegungen im Rahmen ihres Regelungsvorschlags auf die CIC. Sie sprechen sich allerdings gegen besondere Anforderungen an den Gesellschaftszweck aus, was sich mit Blick auf ihr Regelungsziel – die Schaffung einer Rechtsform für

¹³⁸ Nicholls, 35 *Accounting, Organizations and Society*, 394, 404 (2010).

¹³⁹ Nova Scotia Community Interest Companies Act.

¹⁴⁰ British Columbia Business Corporations Act Part 2.2; dazu Liao (Fn. 4), S. 107 f.

¹⁴¹ Brakman Reiser/Dean (Fn. 127), S. 74–76.

¹⁴² Brakman Reiser/Dean (Fn. 127), S. 76.

¹⁴³ Europäische Kommission, A map of social enterprises and their eco-systems in Europe, 2015, S. 56 f. und andernorts; Europäische Kommission (Fn. 4), S. 58 und andernorts; überblicksartige Darstellungen der CIC in der europäischen Literatur bei Lambooy, 11 *European Comp. L.J.*, 71, 72–76 (2014); Ventura, 17 *European Comp. L.J.* 7, 10 f. (2020).

¹⁴⁴ Zum bisherigen Stand der Diskussion Lambooy/Argyrou/Bolhuis, 18 *European Comp. L.J.* 22, 24 f. (2021) sowie mit einem Verweis auf die CIC auf S. 26.

besonders langlebige Unternehmen, die innerhalb einer „Fähigkeits- und Wertefamilie“ weitergegeben werden – auch als folgerichtig darstellt.¹⁴⁵ Es geht ihnen gerade nicht um die Schaffung einer Rechtsform bzw. Rechtsformvariante für soziale Unternehmen.

VII. Ergebnisse

1. Mit der CIC hat der britische Gesetzgeber eine Rechtsformvariante der Company eingeführt, die sich speziell an soziale Unternehmen richtet. Darunter versteht der britische Gesetzgeber Unternehmen, die durch ihre unternehmerische Tätigkeit Gemeinwohlbelange fördern wollen, aber gleichzeitig nicht vollständig darauf verzichten müssen, erwirtschaftete Überschüsse an ihre Anteilseigner auszuschütten.
2. Die CIC stellt allerdings nicht die einzige Organisationsform zum Betrieb eines sozialen Unternehmens dar. Bei einer entsprechenden Ausgestaltung der Satzung stehen sowohl die Company Limited by Shares als auch die Company Limited by Guarantee zur Verfügung. Zudem kommen die Public Benefit Society und die Co-Operative als Rechtsform in Betracht. Die CIC taugt nicht zum Betrieb einer Charity.
3. Der britische Gesetzgeber hat mit Einführung der CIC drei Ziele verfolgt: die Schaffung einer passenden Rechtsform für soziale Unternehmen; die Schaffung eines vereinheitlichten Verständnisses davon, was als soziales Unternehmen anzusehen ist; die Schaffung einer Rechtsform für Unternehmen, die vormals staatlich erbrachte Leistungen anbieten können.
4. Eine CIC muss bei Gründung, aber auch im Laufe ihrer Geschäftstätigkeit den Anforderungen des Community Interest Test genügen. Maßstab für diesen Test ist, ob eine vernünftige Person die Tätigkeit der Gesellschaft als zum Wohle der Allgemeinheit ansieht, wobei es ausreicht, wenn nur ein Teil der Allgemeinheit bzw. einzelne Bevölkerungsgruppen von der Tätigkeit profitieren.
5. Die Mitglieder des Leitungsorgans einer CIC haben die Gesellschaft so zu führen, dass stets die Vorgaben des Community Interest Test erfüllt werden. Das bedeutet, dass die Gesellschaft so zu führen ist, dass eine vernünftige Person die Tätigkeit der Gesellschaft als zum Wohle der Allgemeinheit ansehen würde.
6. Der CIC Regulator entscheidet bei Gründung der Gesellschaft, ob diese den Anforderungen des Community Interest Test genügt und deshalb als CIC gegründet werden darf. Nach Gründung leitet er nur bei konkreten Beschwerden Untersuchungen gegen eine CIC ein. Lassen sich festgestellte Verstöße gegen die speziell für die CIC geltenden Regelungen auf informeller Basis

¹⁴⁵ *Sanders et al.*, Entwurf eines Gesetzes für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit gebundenem Vermögen, S. 19.

nicht abstellen, stehen dem CIC Regulator zahlreiche Abhilfemaßnahmen zur Verfügung.

7. Die Übertragung von Vermögensgegenständen einer CIC ist nur unter bestimmten Bedingungen möglich. Insbesondere die Ausschüttung von Dividenden an Anteilseigner ist durch eine Maximum Aggregated Dividend Cap beschränkt, wonach nur 35 % des zu verteilenden Gewinns an die Anteilseigner ausgeschüttet werden dürfen.
8. Jährlich ist ein Community Interest Company Report zu erstellen.
9. Seit ihrer Einführung haben sich die Regelungen zur CIC in den Grundzügen nicht verändert.
10. Die rechtstatsächliche Verbreitung der CIC zeigt, dass sowohl die Gesamtzahl der CICs als auch die Zahl der jährlichen Neugründungen (fast) stetig steigt. Im Vergleich zur herkömmlichen Company ist die CIC allerdings eher als ein Nischenprodukt anzusehen.
11. Ob die Regelungsziele des britischen Gesetzgebers erreicht wurden und die CIC damit als ein regulatorischer Erfolg einzuordnen ist, lässt sich noch nicht abschließend beurteilen. Mit der CIC hat er jedenfalls einem Teil der sozialen Unternehmen eine passende Rechtsform zur Verfügung gestellt. Nicht beurteilt werden kann, ob die Einführung der CIC der Allgemeinheit ein besseres Bild davon vermittelt hat, was unter einem sozialen Unternehmen zu verstehen ist. Mit Blick auf das Ansinnen der britischen Regierung, eine geeignete Rechtsform gerade für solche Unternehmen bereitzustellen, die vormals staatliche Dienstleistungen erbringen sollen, lässt sich festhalten, dass ein großer Anteil der existierenden CICs öffentliche Aufträge ausübt.
12. Andere Rechtsordnungen begegnen der CIC mit Interesse. In Kanada wurden sehr ähnliche Rechtsformen eingeführt, während man die CIC andernorts nur diskutiert hat.

§ 13 Deutschland: Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt), 2008

Claas-Lennart Götz

I. Einführung	431
II. Bloße Rechtsformvariante der GmbH	433
III. Die GmbH zwischen Missbrauchsgefahr und europäischem Rechtsformen- wettbewerb	434
1. Europäische Impulse	435
2. Entwicklungslinien der Reform	438
a) Der Gesetzgebungsprozess bis zur Erfindung der UG	438
b) Alternativvorschläge zur UG	441
c) Rechtspolitische Würdigung	441
IV. Merkmale der Unternehmergesellschaft	443
1. Gesetzgebungsmethodik	443
2. Strukturmerkmale und Binnenorganisation	444
3. Gründung	445
4. Gläubigerschutz	446
5. Firmierung	447
a) Funktion des Rechtsformzusatzes	447
b) Haftung bei fehlerhafter Firmierung	449
c) Die gUG (haftungsbeschränkt)	450
6. Übergang zur regulären GmbH	450
V. Rezeption der UG	452
1. Rechtstatsachen	452
a) Verdrängung der Limited?	452
b) Insolvenzanfälligkeit	454
2. Europäische Nachahmer	459
a) Konzentration auf Existenzgründer	460
b) Die dänische IVS im politischen Sog	460
3. Rechtspolitischer Ausblick	463

I. Einführung

Am 1. November 2008 fand mit Inkrafttreten des „Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen“¹ („MoMiG“) die

¹ BGBl. 2008 I, 2026.

größte Reform des GmbH-Rechts² seit Erfindung der GmbH ihren gesetzgeberischen Schlusspunkt. Neben Änderungen, die sich gegen Missbräuche bei GmbHs in Krise oder Insolvenz³ richteten,⁴ hat der Reformgesetzgeber als Antwort auf den Wettbewerb der europäischen Rechtsordnungen⁵ die „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“⁶ („UG“) eingeführt. Im Reformverlauf erst spät aufgenommen,⁷ lässt sich ihr spezifischer Namens- und Ideengeber nicht mit Sicherheit feststellen;⁸ ihre Ausgestaltung ist wohl das Ergebnis eines politischen Kompromisses.⁹ Man hat sie zeitgenössisch als „überraschendste Erfindung“¹⁰ des MoMiG bezeichnet und ihr keine rosige Zukunft prophezeit.¹¹ Nach über zehn Jahren hat sich die UG in Deutschland dennoch fest etabliert. Mittlerweile sind über 186.000 UGs in deutschen Handelsregistern erfasst¹² und die Wachstumsrate ist weiterhin beachtlich.¹³ Allerdings wurde und wird kritisiert, dass die UG eine hohe Insolvenzanfälligkeit aufweise.¹⁴

² Vgl. *Fleischer*, in: MüKoGmbHG, Bd. I, 4. Aufl. 2022, Einl. vor § 1 Rn. 119; *K. Schmidt*, GmbHR 2007, 1, 1; *Ulmer*, ZIP 2008, 45, 45; zustimmend *Miras*, Die neue Unternehmergesellschaft, 2. Aufl. 2011, S. 1.

³ Ursprünglicher Auslöser der Reformbestrebungen war unter anderem der Trend zu sog. „Firmenbestattungen“, vgl. *Goette*, Stellungnahme zum MoMiG im Rechtsausschuss, 2008, S. 9. Aufgenommen in den Regierungsentwurf des MoMiG („RegE MoMiG“), BT-Drucks. 16/6140, S. 27, Sp. 2; näher dazu *infra* III.2. a).

⁴ Für eine Übersicht vgl. *Fleischer*, in: MüKoGmbHG (Fn. 2), Einl. vor § 1 Rn. 119.

⁵ So schon der RegE MoMiG (Fn. 3), S. 25, Sp. 1; vgl. auch *Miras*, NZG 2012, 486, 486. Kritisch zur Frage, ob tatsächlich ein Reformdruck besteht, *Goette* (Fn. 3), S. 9: die Limited als „gewisse Modeerscheinung“. Ausführlich dazu mit Zahlenmaterial *infra* V.1.

⁶ Die Firma muss gem. § 5a Abs. 1 GmbHG die Bezeichnung „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ oder „UG (haftungsbeschränkt)“ führen.

⁷ Aufgenommen erst im RegE MoMiG (Fn. 3); vgl. m.w.N. *Höfer*, „Flex-GmbH“ statt UG – Eine attraktive Schwester für die alte GmbH, 2015, S. 68. Zu den Entwicklungslinien der Reform noch *infra* III.2.

⁸ „Unternehmergesellschaft“ genannt schon bei *Lutter*, BB-Special 2006, 2, 4, wengleich mit anderem Regelungskonzept. Der RegE MoMiG (Fn. 3), S. 31, Sp. 2, beruft sich auf *Gehb*. Dieser hat zunächst eine „Unternehmergründergesellschaft“ vorgestellt, *Gehb/Drange/Heckelmann*, NZG 2006, 88, aber später auch den Namen „Unternehmergesellschaft“ verwendet, *Gehb/Heckelmann*, GmbHR 2006, R349. *Seibert* schrieb den Namen kürzlich ebenfalls *Gehb* zu, vgl. *infra* Fn. 113. Die verschiedenen Regelungsvorschläge nachzeichnend *Paura*, in: Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, Bd. I, 3. Aufl. 2019, § 5a Rn. 15 f.; ausführlich auch *Spies*, Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt), 2010, S. 104 ff.

⁹ Vgl. *Seibert*, in: FS Krieger, 2020, S. 912.

¹⁰ Siehe *Heckschen*, DStR 2007, 1442, 1442; vgl. auch *Grimm*, Die Finanzverfassung der kleinen Kapitalgesellschaften, 2013, S. 226.

¹¹ Vgl. hierzu schon im Gesetzgebungsprozess *Goette* (Fn. 3), S. 11, der eine Gläubigeraversion befürchtete; vgl. auch *Niemeier*, ZIP 2007, 1794, 1800 f., der die UG als „überflüssig“, „nutzlos“, und „schädlich“ bezeichnet.

¹² Stand zum 1.1.2023, Zahlen nach *Bayer/Lieder/Hoffmann*, GmbHR 2023, 709 Rn. 13. Näher dazu *infra* V.1. a).

¹³ Vgl. *Harbarth*, NZG 2016, 84, 98; *Höfer* (Fn. 7), S. 72 f. Näher dazu im Folgenden *infra* V.1. b).

¹⁴ Vgl. *infra* V.1. b).

Dieses Kapitel schildert die Entstehung und Rezeption der gesellschaftsrechtlichen Neuschöpfung UG. Es ordnet die UG zuerst in das bestehende System der Gesellschaftsformen ein (II.). Sodann erläutert es das gesellschaftsrechtliche Terrain, auf dem das MoMiG erlassen wurde (III.). Danach werden in gebotener Kürze die charakteristischen Merkmale der UG und ihre Ausformung durch die Rechtsprechung dargelegt (IV.). Hieran schließen sich Ausführungen zur Rezeption der UG an, wobei ein Fokus auf die Rechtstatsachen gelegt werden soll. Zusätzlich wird ein Blick ins europäische Ausland geworfen (V.).

II. Bloße Rechtsformvariante der GmbH

Rechtsökonomisch bieten haftungsbeschränkte Rechtsformen eine Vielzahl von Vorteilen, nicht zuletzt ihre innovations- und unternehmertumfördernde Wirkung.¹⁵ Das Tableau der Gesellschaftsformen im deutschen *numerus clausus* bot Gesellschaftsgründern seit 1892 neben der Aktiengesellschaft auch die GmbH als Unternehmensträger mit einer solchen Beschränkung.¹⁶ Letztere bedient den Bedarf von weniger kapitalintensiven Unternehmen und solchen mit einem Bedürfnis an Satzungsfreiheit oder an einer Beschränkung des Gesellschafterkreises.¹⁷ Gründungshürde der GmbH ist das aufzubringende Stammkapital von mindestens 25.000 Euro.¹⁸ Vor allem für Dienstleistungsunternehmen, welche Ende der 2000er Jahre rund 85% der Neugründungen ausmachten, sah der Reformgesetzgeber hierin eine Gründungsblockade.¹⁹ Damit einher ging die Befürchtung, Existenzgründer zu behindern und volkswirtschaftliches Wertschöpfungspotential ungenutzt zu lassen.²⁰

¹⁵ Vgl. *Fleischer*, in: MüKoGmbHG (Fn. 2), Einl. vor § 1 Rn. 281 ff. m. w. N.; *ebd.*, ZGR 2001, 1, 18 f. m. w. N.; *Habersack*, in: MüKoAktG, Bd. I, 5. Aufl. 2019, Einl. vor § 1 Rn. 5; hierzu auch mit aktuellen, empirischen Erhebungen *Neville/Sørensen*, EBOR 15 (2014), 545, 557 f.

¹⁶ Vgl. *Fleischer*, in: MüKoGmbHG (Fn. 2), Einl. vor § 1 Rn. 18, 66, 71 f.

¹⁷ Überblick m. w. N. bei *Höfer* (Fn. 7), S. 12 ff.; für einen zeitlichen Längsschnitt der Entstehungsgeschichte der GmbH mit umfangreichen weiteren Nachweisen vgl. *Fleischer*, in: MüKoGmbHG (Fn. 2), Einl. vor § 1 Rn. 50 ff.

¹⁸ Vgl. *Höfer* (Fn. 7), S. 14 f.; zur Entwicklung der Höhe vgl. *Schwandtner*, in: MüKoGmbHG (Fn. 2), § 5 Rn. 4 ff.

¹⁹ Vgl. RegE MoMiG (Fn. 3), S. 29, Sp. 2; ähnlich *Höfer* (Fn. 7), S. 22 mit Fn. 117. Diese Erkenntnis auch in einen europäischen Zusammenhang setzend *Neville/Sørensen*, EBOR 15 (2014), 545, 556: „financial limitations of entrepreneurs as a barrier to company formations“, und bestätigend mit einer eigenen dänischen Studie, nach der über 48% der Befragten das erforderliche Mindestkapital als einen der wichtigsten Faktoren für die Wahl einer Gesellschaftsform ansahen, 559, Tabelle 3.

²⁰ Vgl. *Gehb/Drange/Heckelmann*, NZG 2006, 88, 90; vgl. schon *Blaurock*, in: FS Raiser, 2005, S. 15 ff.

Als mögliche Lösungen boten sich zum einen die Absenkung des Mindeststammkapitals der GmbH an,²¹ zum anderen die Schaffung einer Rechtsform(-variante) ohne ein solches, aber dennoch mit Haftungsbeschränkung. Der Regierungsentwurf zum MoMiG nahm nicht nur eine dieser Lösungsmöglichkeiten auf, sondern sah neben der Absenkung auf 10.000 Euro auch noch die Rechtsformvariante der UG ohne Mindeststammkapital vor.²² Umgesetzt wurde schlussendlich nur die UG, die damit seit 2008 eine Haftungsbeschränkung bei einem minimalen Eigenkapitalbeitrag von einem Euro ermöglicht.²³

Die UG stellt eine bloße Rechtsformvariante der GmbH dar.²⁴ Ihre spezifischen Regelungen finden sich in einem einzelnen Paragraphen des GmbHG: § 5a. Sofern dort nichts Abweichendes angeordnet ist, finden alle die reguläre GmbH betreffenden Rechtsvorschriften auch auf die UG Anwendung.²⁵ Sie ist daher keine eigenständige, neue Rechtsform, sondern zeichnet sich durch ihre Ähnlichkeit zur GmbH aus.²⁶ Andererseits unterliegt eine UG im Unterschied zu bloßen Realtypen der GmbH²⁷ bestimmten Sonderregelungen, die es rechtfertigen, sie als eigenständige Variante zu verstehen. Entscheidend hierfür ist die Aufgabe des Mindeststammkapitalerfordernisses.²⁸ Wie sogleich gezeigt wird, ist gerade damit der Treiber einer gesellschaftsrechtlichen Entwicklung in Europa auch in Deutschland angekommen.

III. Die GmbH zwischen Missbrauchsgefahr und europäischem Rechtsformenwettbewerb

Die Harmonisierung der europäischen Gesellschaftsrechte begann mit Erlass der ersten gesellschaftsrechtlichen Richtlinie^{29, 30}. Seitdem ist ein umfassendes und

²¹ So sah schon der Referentenentwurf mit dem Titel „Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Mindestkapitals der GmbH (MindestkapG)“, („RefE MindestkapG“), <https://www.gmbhr.de/heft/10_05/refe_mindestkapg.pdf> (4.10.2023), eine Absenkung des Mindeststammkapitals auf 10.000 Euro vor; vgl. zu den Entwicklungslinien der Reform *infra* III.2.a).

²² Vgl. RegE MoMiG (Fn. 3), S. 25, Sp. 2, S. 29, Sp. 2, S. 31, Sp. 1, 2.

²³ Das „technische Mindeststammkapital“, hierzu vgl. genauer *infra* Fn. 157.

²⁴ So bezeichnend der RegE MoMiG (Fn. 3), S. 31, Sp. 2; ähnlich auch die Beschlussvorlage und der Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/9737, S. 55, Sp. 1: „Unterform der GmbH“. Vgl. ansonsten etwa *Miras* (Fn. 2), S. 3, Rn. 6. Den Namen „Rechtsformvariante“ als „Art legislative Nebelkerze“ kritisierend, die von der Abschaffung des Mindestkapitals ablenke, hingegen *Grimm* (Fn. 10), S. 230, 415.

²⁵ Vgl. statt aller *Rieder*, in: MüKoGmbHG (Fn. 2), § 5a Rn. 1.

²⁶ Vgl. *Lieder/Becker*, NZG 2021, 357, 357 f.

²⁷ Auf welche der Gesetzgeber mitunter reagierte, etwa auf die Einpersonen-GmbH, vgl. *Fleischer*, in: MüKoGmbHG (Fn. 2), Einl. vor § 1 Rn. 41 ff.

²⁸ § 5a Abs. 1 GmbHG, vgl. hierzu auch *Lieder/Becker*, NZG 2021, 357, 358.

²⁹ Publizitätsrichtlinie, ursprüngliche Fassung 68/151/EWG ABI. 1968 L 65, 8.

³⁰ Vgl. *Bayer/J. Schmidt*, in: *Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel, Bd. I, 2007, S. 949; *Habersack*, in: MüKoAktG (Fn. 15), Einl. vor § 1 Rn. 86; *Habersack/Verse*, Europäisches Ge-

komplexes System unionsrechtlicher Vorschriften entstanden.³¹ Die Betrachtung einer gesellschaftsrechtlichen Neuschöpfung in Deutschland sollte daher nicht versäumen, den unionsrechtlichen Kontext und den Einfluss der anderen Mitgliedstaaten³² zu beleuchten.³³ Nur so wird deutlich, auf welchem Terrain sich der Reformgesetzgeber bewegte. Dies gilt auch und gerade für die Einführung der UG, die geradezu paradigmatisch für die Reaktion eines nationalen Gesetzgebers auf supranationale Veränderungen stehen dürfte.

1. Europäische Impulse

Der europäische Normengeber war im Zeitverlauf unterschiedlich aktiv und die Harmonisierung der Gesellschaftsrechte in Europa wechselte zwischen „Hochphasen und Krisen“³⁴. Nach Erfolgen in den 1970er und frühen 1980er Jahren wurde vermehrt eine Stagnation der Unionsrechtskodifikation konstatiert.³⁵ Ausdrücklich weiteren Reformen vorbehalten war unter anderem die Frage der „Beibehaltung der Rechtspersönlichkeit bei Verlegung des [Gesellschafts-]Sitzes“³⁶. In Ermangelung einer Vereinheitlichung wandten einzelne Mitgliedstaaten die sog. Sitztheorie³⁷ an, während andere der sog. Gründungstheorie³⁸ folgten.³⁹ In Deutschland wurde Erstere lange herrschend anerkannt.⁴⁰ Dadurch konnte eine Gesellschaft, welche die deutschen Gründungsvorschriften für Kapitalgesellschaf-

schaftsrecht, 5. Aufl. 2019, § 5 Rn. 1 ff.; *Hopt*, ZGR 1992, 265, 269; *Lutter/Bayer/J. Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. 2018, § 5 Rn. 5.7 ff.

³¹ Vgl. *Habersack/Verse* (Fn. 30), § 1 Rn. 1, § 4 Rn. 8 f.; *Lutter/Bayer/J. Schmidt* (Fn. 30), § 5 Rn. 5.7.

³² Zum Einfluss nationaler Rechtsordnungen schon *Hopt*, ZGR 1992, 265, 272.

³³ Zum Einfluss des europäischen Rechts auf das Unternehmensrecht allgemein vgl. *Lutter/Bayer/J. Schmidt* (Fn. 30), § 1 Rn. 1.1. Zur europäischen Dimension des Gesellschaftsrechts m. w. N. vgl. auch *Fleischer*, in: Engel/Schön, Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 60 f. Allgemein zur Bedeutung ausländischer Rechtsordnungen für den nationalen Diskurs vgl. *Basedow*, 62 Am. J. Comp. L. 821, 825 f. (2014).

³⁴ Siehe *Fleischer*, in: MüKoGmbHG (Fn. 2), Einl. vor § 1 Rn. 283; vgl. auch *Lutter/Bayer/J. Schmidt* (Fn. 30), § 5 Rn. 5.20 ff.; *Neye*, in: FS Priester, 2007, S. 543, 544.

³⁵ Vgl. etwa *Behrens*, EuZW 1996, 193, 193.

³⁶ Art. 293 EG-Vertrag (ex-Art. 220 EWG-Vertrag). Vgl. zu vorgeschlagenen, aber nicht in Kraft getretenen Übereinkommen *Hansen*, European Business Law Review 2002, 85, 90 f.; vgl. auch *ebd.*, ECFR 2013, 1, 2 f.

³⁷ Danach wird für die Bestimmung des Gesellschaftsstatuts auf den tatsächlichen Verwaltungssitz abgestellt; zur Sitztheorie allgemein vgl. *Kindler*, in: MüKoBGB, Bd. XIII, 8. Aufl. 2021, Teil 10, Rn. 423 ff.

³⁸ Wonach vielmehr auf den Satzungssitz abzustellen ist; zur Gründungstheorie allgemein vgl. *Kindler*, in: MüKoBGB (Fn. 37), Teil 10, Rn. 362 ff.

³⁹ Vgl. *Hansen*, European Business Law Review 2002, 85, 86 ff., 92 ff.

⁴⁰ Vgl. BGH NZG 2000, 926, 926.

ten verfehlte, als „nicht existente Rechtsperson“⁴¹ sanktioniert werden.⁴² Das sollte etwa die Umgehung der deutschen Gesellschaftskapitalvorgaben verhindern.⁴³

In dieser Phase der Stagnation übernahm der EuGH mit einer „Perlenreihe“⁴⁴ von Entscheidungen zur Niederlassungsfreiheit eine tonangebende und gestaltende Rolle. „In the continued absence of legislative solutions the Court was left to develop this area by case law“⁴⁵ und ebnete durch seine Urteile Hemmnisse der grenzüberschreitenden Mobilität ein.⁴⁶ Zwar erkannte er in einer früheren Entscheidung⁴⁷ eine Beschränkung der Sitzverlegung noch an⁴⁸ und betonte angesichts der noch vorbehaltenen Harmonisierung das Erfordernis für „Lösungen im Wege der Rechtssetzung oder des Vertragsschlusses“⁴⁹, sodass Sitztheoriestaaten wie Deutschland sich bestätigt fühlen konnten.⁵⁰ Dann aber ermöglichte er mit dem *Centros*-Urteil⁵¹ Unternehmen in der Gesellschaftsform des einen Mitgliedstaates, sich ausschließlich in einem anderen Mitgliedstaat zu betätigen.

In Deutschland wurde jedoch weiterhin über die Relevanz der EuGH-Rechtsprechung gestritten,⁵² sodass sich der Baurechtssenat des BGH in der Sache *Überseering*⁵³ veranlasst sah, eine Klärung herbeizuführen. Es kam in diesem Fall, in dem die niederländische *Überseering B. V.* Klägerin und Gläubigerin war,

⁴¹ Siehe LG Aurich, IPRspr 1968/69, Abs. 14; zit. von *Großfeld*, in: Staudinger, EGBGB/ IPR IntGesR, Neub. 1998, Rn. 427.

⁴² Vgl. zu der bis dahin st.Rspr. BGH NZG 2000, 926; vgl. auch *Großfeld*, in: Staudinger (Fn. 41), Rn. 43, 58 ff., 427 ff.; aus heutiger Sicht *Fleischer*, in: MüKoGmbHG (Fn. 2), Einl. vor § 1 Rn. 347 f.; kritisch *Kieninger*, ZEuP 2004, 685, 688. Schon kritisch hinweisend auf die Möglichkeit der Einordnung als rechts- und parteifähige Personengesellschaft *Roth*, ZIP 2000, 1597, 1599 ff.; *Zimmer*, BB 2000, 1361, 1363; vgl. auch schon *Rehbinder*, IPrax 1985, 324, 324.

⁴³ Vgl. BGH NZG 2000, 926, 927; *Fleischer*, in: MüKoGmbHG (Fn. 2), Einl. vor § 1 Rn. 341, 348.

⁴⁴ Siehe *Hopt*, EuZW-Sonderausgabe 2017, 1, 2.

⁴⁵ Siehe *Hansen*, ECFR 2013, 1, 2.

⁴⁶ Vgl. hierzu den Kontrast in der Beschreibung der Akteure des europäischen Gesellschaftsrechts bei *Hopt*, ZGR 1992, 265 ff. und *ebd.*, EuZW-Sonderausgabe 2017, 1 ff. Diese Änderung erläutern auch Stimmen außerhalb der Europäischen Union, die einen kausalen Zusammenhang feststellen, vgl. *Sundby, Lov og Rett 2005 (7–8)*, 387, 394; vgl. ebenso zur Motivation des EuGH, nicht auf den europäischen Gesetzgeber zu warten, *Kieninger*, ZEuP 2004, 685, 687.

⁴⁷ EuGH 27.9.1988 – C-81/87 (*Daily Mail*), ECLI:EU:C:1988:456.

⁴⁸ Geltend für Beschränkungen des Wegzugs unter Mitnahme des Gründungsstatuts, bestätigt durch Urteil des EuGH 16.12.2008 – C-210/06 (*Cartesio*), ECLI:EU:C:2008:723; vgl. *Habersack/Verse* (Fn. 30), § 3 Rn. 13.

⁴⁹ Siehe EuGH 27.9.1988 (Fn. 47), Rn. 23.

⁵⁰ Vgl. *Habersack/Verse* (Fn. 30), § 3 Rn. 14; *Lutter/Bayer/J. Schmidt* (Fn. 30), § 7 Rn. 7.18 m. w. N.

⁵¹ EuGH 9.3.1999 – C-212/97 (*Centros*), ECLI:EU:C:1999:126.

⁵² Vgl. *Habersack/Verse* (Fn. 30), § 3 Rn. 14 f.; *Kieninger*, ZEuP 2004, 685, 687 f.; *Lutter/Bayer/J. Schmidt* (Fn. 30), § 7 Rn. 7.22; *Centros* für Deutschland keiner Bedeutung zumesend z. B. *Kindler*, NJW 1999, 1993, 1996 ff.

⁵³ EuGH 5.11.2002 – C-208/00 (*Überseering*), ECLI:EU:C:2002:632.

zum Schwur mit der Sitztheorie, wie es einzelne Literaturstimmen schon früh vorhergesagt hatten.⁵⁴ Nach der vom BGH vertretenen Sichtweise konnte sie keine eigenen Ansprüche geltend machen.⁵⁵ Der EuGH stellte sodann klar, dass die Niederlassungsfreiheit eine Gesellschaft schützt, die unter Wahrung ihrer Rechts- und Parteifähigkeit ihren Sitz aus einem anderen Mitgliedstaat nach Deutschland verlegt – und dass sie dabei ihre ausländische Rechtsformidentität behält.⁵⁶ Spätestens mit dem Urteil *Inspire Arts*⁵⁷ machte der EuGH außerdem deutlich, dass den Mitgliedstaaten nur sehr begrenzte Möglichkeiten bleiben, zugezogenen Gesellschaften – häufig „Schein-Auslandsgesellschaften“ genannt⁵⁸ – besondere Pflichten aufzuerlegen.⁵⁹

Mit diesen „drei Hammerschlägen“⁶⁰ war der Wettbewerb der Rechtsordnungen endgültig eröffnet, den der BGH als „race to the bottom“⁶¹ gefürchtet hatte.⁶² Insbesondere die britische Limited⁶³ schien vielen Gründern nun als attraktive Alternative⁶⁴ – eine Konkurrentin, die schon 1891 als Rechtfertigung für die Einführung der GmbH angeführt wurde.⁶⁵ Anders als bei einer kostspieligen GmbH-Gründung bedarf es zur Errichtung einer Limited z. B. keines Mindesthaftkapitals, vielmehr kann das gezeichnete Kapital frei bestimmt werden. Es übernimmt keine gläubigerschützende Funktion⁶⁶ und muss daher ein Pfund nicht überstei-

⁵⁴ Vgl. etwa schon *Rehbinder*, IPrax 1985, 324, 324

⁵⁵ Die Aberkennung der Parteifähigkeit im konkreten Fall mit einer Enteignung vergleichend *Kieninger*, ZEuP 2004, 685, 688. Hierzu auch grundsätzlich kritisch *Hansen*, European Business Law Review 2002, 85, 95.

⁵⁶ Vgl. EuGH 5.11.2002 (Fn. 53), Rn. 76, 93; *Lutter*, BB 2003, 7, 7 ff.; *Triebel/Hase*, BB 2003, 2409, 2412 m. w. N. in Fn. 42 und 43. Dieses Obsiegen der Gründungstheorie angesichts „der Harmonisierung des Gesellschaftsrechts in Europa“ schon vorhersehend *Kötz*, GmbHR 1965, 69, 70.

⁵⁷ EuGH 30.9.2003 – C-167/01 (*Inspire Art*), ECLI:EU:C:2003:512.

⁵⁸ Kritisch zu dieser Bezeichnung *K. Schmidt*, GmbHR 2007, 1, 1; GmbHR 2007, 1072, 1072.

⁵⁹ Vgl. EuGH 30.9.2003 (Fn. 57), Rn. 105, 142; vgl. zur sog. „Abwehrgesetzgebung“ *Seibert*, ZIP 2006, 1057, 1058.

⁶⁰ Siehe *J. Schmidt*, in: FS Seibert, 2019, S. 747.

⁶¹ Siehe BGH NZG 2000, 926, 927; gleichsinnig *Gehb/Drange/Heckelmann*, NZG 2006, 88, 91; vgl. auch *Großfeld*, in: Staudinger (Fn. 41), Rn. 75 f.

⁶² Vgl. ebenso *Höfer* (Fn. 7), S. 18 f. m. w. N.

⁶³ Insofern und auch im Folgenden ist hiermit die *Private Limited Company* nach britischem Recht gemeint.

⁶⁴ Kritisch zu der Vorteilhaftigkeit der Limited vgl. *Kallmeyer*, DB 2004, 636, 636 f., 639; vgl. auch *Seibert*, in: FS Röhrich, 2005, S. 596 m. w. N.; *Römermann*, NJW 2006, 2065, 2065.

⁶⁵ Diese Konkurrenz als „historische[n] Vorläufer“ bezeichnend *Fleischer*, in: MüKoGmbHG (Fn. 2), Einl. vor § 1 Rn. 228.

⁶⁶ Es gibt insoweit keine vergleichbaren Vorschriften zur Kapitalaufbringung, wie etwa das Recht zur verdeckten Sacheinlage, zum Kapitalersatz oder zur Durchgriffshaftung, vgl. *Fleischer*, in: MüKoGmbHG (Fn. 2), Einl. vor § 1 Rn. 330 m. w. N.; vgl. auch *Kallmeyer*, DB 2004, 636, 636 f.

gen.⁶⁷ Zusätzlich wurden die einfache Gründung und schnelle Eintragung als Vorteile gegenüber der GmbH angepriesen.⁶⁸ Für die Errichtung dieser britischen Kapitalgesellschaft habe sich, so wurde zeitgenössisch konstatiert, eine „ganze Dienstleistungsbranche entwickelt“.⁶⁹ Ein „Gründungsboom“ für die Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland setzte ein.⁷⁰ Befragungen ergaben, dass die Hälfte aller Unternehmensgründer die Limited als mögliche Alternative betrachtete.⁷¹ Zwar konnte ihre genaue Anzahl nicht bestimmt werden,⁷² aber Ende 2006 gingen Schätzungen von 30.000 bis 46.000 Neugründungen aus.⁷³ Auch wenn schon früh auf Nachteile der Limited hingewiesen wurde⁷⁴ und viele Gründer sich weiterhin für die GmbH und gegen eine ausländische Rechtsform entschieden⁷⁵, zeichnete sich die Konkurrenz durch Kapitalgesellschaften ohne Mindeststammkapital deutlich ab. Der deutsche Gesetzgeber sah sich zunehmend in Zugzwang⁷⁶ und in der wissenschaftlichen Literatur wurde ebenfalls die Frage gestellt: „Was tun [...] nach ‚Centros‘, ‚Überseering‘ und ‚Inspire Art‘?“⁷⁷

2. Entwicklungslinien der Reform

a) Der Gesetzgebungsprozess bis zur Erfindung der UG

Der Reformanstoß zum MoMiG war nicht die Sorge vor ausländischen Rechtsformen. Vielmehr wurden Probleme identifiziert, die das nationale GmbH-Recht verursachte. Anfang der 2000er Jahre gab es vermehrt Fälle sog. „Firmen-Bestattungen“, die Gläubigern die Rechtsdurchsetzung faktisch erschwerten.⁷⁸ Unter

⁶⁷ Vgl. *Bayer/Hoffmann*, GmbHR 2007, 414, 416; *Römermann*, NJW 2006, 2065, 2066; nach *Lawlor*, NZI 2005, 432, 433, reicht die kleinste Einheit einer jeweiligen Währung.

⁶⁸ Vgl. *Niemeier*, in: FS Roth, 2011, S. 534; *Römermann*, NJW 2006, 2065, 2065.

⁶⁹ Siehe *Seibert* (Fn. 64), S. 596.

⁷⁰ Siehe *Grimm* (Fn. 10), S. 408.

⁷¹ Vgl. *Bayer/Hoffmann*, GmbHR 2007, 414, 415 f.

⁷² Dies bezüglich des RefE MoMiG bemängelnd vgl. *Heckschen*, DStR 2007, 1442, 1445; die Probleme der statistischen Erhebung erläuternd etwa *Westhoff*, GmbHR 2007, 474, 474 f.

⁷³ Vgl. *Grimm* (Fn. 10), S. 408 in Fn. 146 m. w. N.; Zahlen erhebend *Niemeier*, ZIP 2007, 1794 (etwa 32.000 per Ende 2006); *Westhoff*, GmbHR 2006, 525; GmbHR 2007, 474 (etwa 46.000 per Ende 2006).

⁷⁴ Vgl. etwa *Bayer/Hoffmann*, GmbHR 2007, 414, 416 f.; *Heckschen*, GmbHR 2004, R25; *Kallmeyer*, DB 2004, 636, 636; näher mit Beispielen auch *infra* V. 1. a).

⁷⁵ Vgl. *Bayer/Hoffmann*, GmbHR 2007, 414, 415 ff.

⁷⁶ Vgl. auch schon 2004 ein Gesetzesvorentwurf des Bundesministeriums der Justiz, „Referentenentwurf – Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Missbräuchen, zur Neuregelung der Kapitalaufbringung und zur Förderung der Transparenz im GmbH-Recht (MiKaTraG)“, („RefE MiKaTraG“), S. 25, 38 f.; dazu vgl. auch später RefE MindestkapG (Fn. 21), S. 3 f. und sogleich *infra* III. 2.

⁷⁷ Siehe *K. Schmidt*, DB 2005, 1095, 1095.

⁷⁸ Hierbei wurden die Geschäftsanteile einer wirtschaftlich notleidenden GmbH zum Zweck der stillen Abwicklung ohne Mitwirkung der ursprünglichen Gesellschafter an Dritte verkauft. Diese banden die GmbH dergestalt in Strukturen im Ausland ein, dass eine Rechtsdurchset-

Federführung des Landes Sachsen hatte daher die Justizministerkonferenz bei ihrer Herbsttagung 2002 das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz („BMJV“) gebeten, eine Reform des GmbH-Rechts zu prüfen.⁷⁹ Ziel war es, insbesondere die Eigenkapitalstruktur der GmbH zu stärken und die Seriosität der beliebtesten Gesellschaftsform Deutschlands⁸⁰ zu sichern.⁸¹ Ein erster Zwischenstand wurde mit dem Vorentwurf eines „Gesetzes zur Bekämpfung von Missbräuchen, zur Neuregelung der Kapitalaufbringung und zur Förderung der Transparenz im GmbH-Recht (MiKaTraG)“ erreicht, der allerdings unveröffentlicht blieb.⁸² Beeinflusst von der Rechtsprechung des EuGH,⁸³ sah er schon eine Absenkung des Mindeststammkapitals auf einen Euro vor.⁸⁴ Jegliche gesetzlich festgelegte Mindeststammkapitalziffer ist nach dem Vorentwurf eine „willkürlich gegriffene Zahl“,⁸⁵ womit das BMJV schon Kritik vorwegnahm, die gegen spätere Reformvorschläge vorgebracht werden sollte.⁸⁶ Das Fehlen eines Gesellschaftshaftkapitals wurde durch erhöhte Transparenzvorschriften und eine verschärfte Haftung in Krise und Insolvenz ausgeglichen.⁸⁷ Der Vorentwurf betont das Verständnis der angloamerikanischen Gesetzgebung, Unternehmern „eine Vielfalt rechtlicher Instrumentarien“⁸⁸ an die Hand zu geben, und möchte die deutsche Gesellschaftsrechtsgesetzgebung dem annähern.⁸⁹ Deutlich wird auch der Wettbewerb der europäischen Rechtsordnungen, wenn auf die Gründungsvoraussetzungen in Frankreich, Spanien und den Niederlanden verwiesen wird;⁹⁰ diesen Tendenzen könne sich Deutschland nicht verschließen, vielmehr solle „die Angleichung der europäischen Gesellschaftsrechte“⁹¹ unterstützt werden.⁹²

zung faktisch erschwert wurde, vgl. *Bohrer*, DNotZ 2003, 888, 891; Fälle dieser Art haben bis in die jüngere Vergangenheit auch strafrechtliche Konsequenzen, vgl. etwa BGH NJW 2013, 1892; umfassend zu verschiedenen Fallgruppen von „missbräuchlichen Verwendungen der GmbH in der Krise“ vgl. *Seibert* (Fn. 64), S. 587 ff.

⁷⁹ Vgl. Pressemitteilung vom 13.11.2002, „Sachsen schiebt GmbH-Reform an“, <<https://www.medienservice.sachsen.de/medien/news/150839>> (16.6.2021).

⁸⁰ Vgl. *Fleischer*, in: *MüKoGmbHG* (Fn. 2), Einl. vor § 1 Rn. 204.

⁸¹ Vgl. Pressemitteilung vom 13.11.2002, „Sachsen schiebt GmbH-Reform an“ (Fn. 79).

⁸² Vgl. *Priester*, DB 2005, 1315, 1318; *K. Schmidt*, DB 2005, 1095, 1095. Den unveröffentlichten Vorentwurf vom 30.11.2004 stellte das BMJV dem Verfasser jedoch zur Verfügung, vgl. Fn. 76.

⁸³ Vgl. RefE MiKaTraG (Fn. 76), S. 39. Vgl. zum nur teilweise „endogene[n] Reformbedarf“ *K. Schmidt*, *GmbHR* 2007, 1072, 1072.

⁸⁴ Vgl. *Priester*, ZIP 2006, 161, 161; *J. Schmidt* (Fn. 60), S. 748.

⁸⁵ Vgl. RefE MiKaTraG (Fn. 76), S. 37.

⁸⁶ Vgl. *infra* Fn. 101.

⁸⁷ Vgl. RefE MiKaTraG (Fn. 76), S. 39 f., 52 f., 55 ff.

⁸⁸ Vgl. RefE MiKaTraG (Fn. 76), S. 38.

⁸⁹ Ebd.

⁹⁰ Vgl. RefE MiKaTraG (Fn. 76), S. 39.

⁹¹ Ebd.

⁹² Ebd.

Anschließend unternahm die Bundesregierung mit dem Referentenentwurf eines „Gesetzes zur Neuregelung des Mindestkapitals der GmbH“⁹³ im April 2005 einen Versuch, eine Herabsetzung des Mindeststammkapitals als Teil einer übergeordneten Reform⁹⁴ auszuflaggen. Der Entwurf hob den Einfluss der EuGH-Rechtsprechung sogar ausdrücklich hervor.⁹⁵ Für eine GmbH-Gründung sollte, während das „bewährte Haftkapitalsystem [...] insgesamt erhalten [bliebe]“⁹⁶, zukünftig nur noch ein Stammkapital von 10.000 Euro erforderlich sein. Ein zweiter, umfangreicherer Reformteil sollte dann – unter Berücksichtigung der Stellungnahmen von Wissenschaft und Praxis – den krisen- und insolvenzbezogenen Missständen der GmbH gewidmet sein, die ursprünglich Anstoß der Reform waren.⁹⁷ Als unproblematischer⁹⁸, „wenig umstrittener“⁹⁹ Reformteil sollte die Herabsetzung möglichst schnell auf den Weg gebracht werden, damit der umfangreichere zweite Punkt der Reform „mit mehr Ruhe, längeren Stellungnahmefristen und [...] Gründlichkeit“¹⁰⁰ behandelt werden könne. Die vorgebrachte Mindeststammkapitalziffer wurde in der Literatur jedoch als arbiträr und das Vorgehen als Aktionismus kritisiert.¹⁰¹ Zum Opfer fiel dieser Reformvorschlag aber dem vorzeitigen Ende der Legislaturperiode.¹⁰²

Nach den Neuwahlen führte das BMJ das übergeordnete Reformvorhaben weiter¹⁰³ und stellte im Mai 2006 einen umfangreichen Referentenentwurf des MoMiG fertig.¹⁰⁴ Er reifte bis zum Mai 2007¹⁰⁵ zu einem Regierungsentwurf, der erstmals die UG beinhaltete und nach Beratungen im Rechtsausschuss des Bun-

⁹³ Vgl. RefE MindestkapG (Fn. 21). Dieser Entwurf wurde anschließend wortgleich sowohl von der Regierung im Bundesrat, BR-Drucks. 619/05 vom 12.8.2005, als auch von den Regierungsfractionen im Bundestag eingebracht, BT-Drucks. 15/5673.

⁹⁴ So ausdrücklich RefE MindestkapG (Fn. 21), S. 4 f.

⁹⁵ Vgl. RefE MindestkapG (Fn. 21), S. 3.

⁹⁶ Siehe RefE MindestkapG (Fn. 21), S. 4. Vgl. auch *Seibert*, BB 2005, 1061, 1062, wonach dieses Gesetz den Namen „MiKaTraG“ tragen sollte, also wohl auf dem Vorentwurf aufbaute.

⁹⁷ Vgl. RefE MindestkapG (Fn. 21), S. 4; zweifelnd bezüglich der Sinnhaftigkeit dieser Aufspaltung *Kleindiek*, DStR 2005, 1366, 1368; ebenso *K. Schmidt*, DB 2005, 1095, 1096 f.

⁹⁸ Vgl. die Stellungnahme des Parl. Staatssekretärs beim BMJV *Hartenbach*, BT-Sitzungsprotokoll 15/181, S. 17144.

⁹⁹ Siehe *Grimm* (Fn. 10), S. 225 unter Bezugnahme auf *Hartenbach*, siehe soeben.

¹⁰⁰ Siehe aus Sicht des BMJV *Seibert*, BB 2005, 1061, 1062.

¹⁰¹ Vgl. *Gehb/Drange/Heckelmann*, NZG 2006, 88, 93; *Kleindiek*, DStR 2005, 1366, 1368 f.; *Priester*, DB 2006, 1315, 1318 f.; *K. Schmidt*, DB 2005, 1095, 1097; kritisch auch *Schall/Westhoff*, GmbHR 2004, R357; *Seibert*, ZIP 2006, 1157, 1157.

¹⁰² Vgl. *Fleischer*, in: MüKoGmbHG (Fn. 2), Einl. vor § 1 Rn. 116; darauf hindeutend *Kleindiek*, DStR 2005, 1366, 1369.

¹⁰³ Vgl. aus Sicht des BMJV *Seibert*, ZIP 2006, 1157, 1157.

¹⁰⁴ RefE MoMiG mit Stand 29.5.2006, <<https://rsw.beck.de/docs/librariesprovider5/rsw-dokumente/referentenentwurfgmbh/>> (4.10.2023). Vgl. *Fleischer*, in: MüKoGmbHG (Fn. 2), Einl. vor § 1 Rn. 117, der auf Juli 2006 verweist; *K. Schmidt*, GmbHR 2007, 1072, 1072; *Seibert*, ZIP 2006, 1157, 1157.

¹⁰⁵ Zur schon erwarteten langen Dauer der Reform vgl. *Seibert*, ZIP 2006, 1157, 1168.

destages mit den dort vorgenommenen Änderungen¹⁰⁶ am 26.6.2008 verabschiedet wurde.¹⁰⁷

b) *Alternativvorschläge zur UG*

Im Reformverlauf wurden zahlreiche Alternativvorschläge zur Modernisierung des GmbH-Rechts unterbreitet. Mehrere Literaturstimmen schlugen vor, das Mindeststammkapital für die GmbH ganz aufzugeben, wie schon das MiKaTraG vorgesehen hatte;¹⁰⁸ andere befürworteten hingegen eine neue Gesellschaftsform¹⁰⁹ oder eine Rechtsformvariante^{110, 111}. Erwähnung verdient schon aufgrund einer Nennung in der Gesetzesbegründung der Vorschlag des damaligen rechtspolitischen Sprechers der CDU/CSU-Bundestagsfraktion *Jürgen Gebh*¹¹². Dieser sah die Einführung einer neuen Gesellschaftsform vor, welche ein eigenes Gesetz mit 73 Paragraphen regeln sollte. Streng auf Existenzgründer zugeschnitten war etwa ein Vorschlag des Landes Nordrhein-Westfalen, der die möglichen Gesellschafter auf natürliche Personen beschränken wollte. Die Ausgestaltung des heutigen § 5a GmbHG hat aber, vor allem in seiner Kürze, soweit ersichtlich niemand vorgeschlagen; in einem jüngeren Festschriftenbeitrag beschreibt der damals zuständige BMJ-Referatsleiter *Ulrich Seibert* die UG als Kind eines Kompromisses zwischen ihm und *Jürgen Gebh*. Letzterer habe den Namen bestimmen dürfen, wenn sie als Gründervariante in das GmbHG aufgenommen würde.¹¹³

c) *Rechtspolitische Würdigung*

Schon in den Entwürfen des MiKaTraG und des MindestkapG wurde der Zielkonflikt deutlich, der schließlich auch das MoMiG prägte: Einerseits waren ein verbesserter Gläubigerschutz und die Missbrauchsbekämpfung Auslöser der Reform. Andererseits sollte das GmbH-Recht modernisiert sowie dereguliert werden und das deutsche Gesellschaftsrecht wieder an Attraktivität gewinnen, ohne

¹⁰⁶ Vgl. etwa zur Beibehaltung des Mindeststammkapitals von 25.000 Euro schon oben unter II. Kritisch zu den vielfach vorgenommenen Änderungen des RefE MoMiG (Fn. 114) *Ulmer*, ZIP 2006, 45, 45 ff.

¹⁰⁷ Vgl. *Fleischer*, in: MüKoGmbHG (Fn. 2), Einl. vor § 1 Rn. 115 f.

¹⁰⁸ Vgl. *Grimm* (Fn. 10), S. 278 mit Fn. 350, 351; *Seibert* (Fn. 64), S. 598 mit Verweis auf *Röhrich*.

¹⁰⁹ Vgl. *Gebh/Drange/Heckelmann*, NZG 2006, 88; *Lutter*, BB-Special 2006, 2; *Schall/Westhoff*, GmbHR 2004, R381.

¹¹⁰ Vgl. den Vorschlag des Justizministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen, „Entwurf eines Gesetzes zur Vereinfachung der Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GVGG)“, abgedruckt bei *Spies* (Fn. 8), S. 412 ff. (Anhang D).

¹¹¹ Umfassender Überblick bei *Spies* (Fn. 8), S. 37 ff.; vgl. auch *Grimm* (Fn. 10), S. 308 mit Fn. 501.

¹¹² Siehe *Gebh*, Arbeitsentwurf eines Unternehmensgesellschaftergesetzes (UGG), abgedruckt bei *Spies* (Fn. 8), S. 417 ff. (Anhang E).

¹¹³ Vgl. *Seibert* (Fn. 9), S. 912.

der etablierten Rechtsform GmbH zu schaden.¹¹⁴ Der Bundesrat mahnte entsprechend dem ersten Gesichtspunkt weitere gläubigerschützende Maßnahmen im Recht der UG an.¹¹⁵ Dem zweiten Gesichtspunkt folgend sollte die Seriosität der GmbH nach dem Willen des Reformgesetzgebers durch Beibehaltung des Mindeststammkapitals von 25.000 Euro geschützt werden. Die „in über 100 Jahren erworbene Reputation der normalen GmbH als verlässliche Rechtsform des etablierten Mittelstandes“¹¹⁶ sollte erhalten bleiben. Auch sah der Reformgesetzgeber schon durch die UG den Druck von Unternehmensgründern mit geringem Kapitalbedarf und durch ausländische Rechtsformen aufgefangen, sodass es einer generellen Absenkung nicht mehr bedurft habe.¹¹⁷

Dieser Sinneswandel erstaunt, hat man doch die Absenkung vorher als wenig problematisch erachtet.¹¹⁸ Dennoch wurde das Haftkapitalsystem mit Einführung der UG – jedenfalls begrenzt auf diese Rechtsformvariante – grundlegend verändert.¹¹⁹ Die verschiedenen Reformvorschläge verdeutlichen, wie intensiv die Frage eines angemessenen Stammkapitals diskutiert wurde;¹²⁰ eine Frage, die durch den vom EuGH befeuerten Wettbewerb der Rechtsordnungen zusätzliche Relevanz erhielt.¹²¹

Der Reformgesetzgeber zeigte im MoMiG, dass er verstärkt wirtschaftsermöglichend tätig werden wollte: Es ist aus diesem Blickwinkel Teil einer „juristischen Infrastrukturleistung“¹²², ein „enabling law“¹²³ zur Förderung unternehmerischer Tätigkeit.¹²⁴ Diese Intention atmete schon der Vorentwurf des MiKaTraG.¹²⁵

¹¹⁴ Vgl. hierzu schon zu den Reformüberlegungen des BMJV im Anschluss an die Justizministerkonferenz *Seibert* (Fn. 64), S. 586 f.; ebenso vgl. RefE MiKaTraG (Fn. 76), S. 39 f.; vgl. mahnend *Gehb/Drange/Heckelmann*, NZG 2006, 88, 91; vgl. außerdem *Fleischer*, GmbHR 2009, 1, 10 f.; zu den Reformzielen auch *Fleischer*, in: MüKoGmbHG (Fn. 2), Einl. vor § 1 Rn. 117 f.; *K. Schmidt*, GmbHR 2008, 449; *ebd.*, DB 2005, 1095, 1095; in einen internationalen Zusammenhang setzend *Neville/Sørensen*, EBOR 15 (2014), 545, 553 f.

¹¹⁵ Vgl. Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drucks. 354/07, S. 7 f.; ablehnend der RegE MoMiG (Fn. 3), S. 75, Sp. 1.

¹¹⁶ Siehe Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (Fn. 24), S. 55, Sp. 1.

¹¹⁷ So ausdrücklich Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (Fn. 24), S. 55, Sp. 1.

¹¹⁸ Vgl. *supra* Fn. 98 ff.; vgl. *Grimm* (Fn. 10), S. 225.

¹¹⁹ Vgl. nur *Grimm* (Fn. 10), S. 415 ff.

¹²⁰ Vgl. auch *Seibert* (Fn. 9), S. 912: „Die Genese des MoMiG ist von einer außerordentlich emotional geführten Diskussion über die Frage des Mindeststammkapitals geprägt.“ Vgl. auch den Zusammenhang von UG-Einführung und Diskussion hervorhebend *ders.*, Status:Recht 2007 (07), 234, 234.

¹²¹ Vgl. Erwähnungen in den Gesetzes(entwurfs-)begründungen: RefE MiKaTraG (Fn. 76), S. 39; RefE MindestkapG (Fn. 21), S. 3; RegE MoMiG (Fn. 3), S. 56.

¹²² Siehe *Fleischer*, GmbHR 2009, 1, 11.

¹²³ Siehe *Höfer* (Fn. 7), S. 2.

¹²⁴ Vgl. *Fleischer*, GmbHR 2009, 1, 11; *Gehb/Drange/Heckelmann*, NZG 2006, 88, 90 ff.; *Neville/Sørensen*, EBOR 15 (2014), 545, 546, 584.

¹²⁵ Vgl. RefE MiKaTraG (Fn. 76), S. 38.

Auf *Karsten Schmidts* Frage einer angemessenen Reaktion „nach ‚Centros‘, ‚Überseering‘ und ‚Inspire Art“¹²⁶ antwortete der Reformgesetzgeber also mit einer mindeststammkapitalfreien und haftungsbeschränkten Gesellschaftsvariante. Damit übernahm er im Kern die Vorteile, die der Limited zugeschrieben wurden.¹²⁷

IV. Merkmale der Unternehmersgesellschaft

1. Gesetzgebungsmethodik

Im Vergleich zu historischen Reformbestrebungen entfaltete das MoMiG seine Änderungen im Wesentlichen im bestehenden Normengefüge des GmbHG.¹²⁸ Entscheidend für das Verständnis der UG ist ihre Einordnung als Variante der regulären GmbH, die mittels einer einzelnen Norm eingeführt wurde. Nach der Intention des Reformgesetzgebers sollte sich die UG „nahtlos“¹²⁹ in das bestehende GmbHG einfügen. Ihre Normierung setzt also auf dem bestehenden Normgerüst für die GmbH auf.¹³⁰ Diese Gesetzgebungsmethodik erleichtert das Verständnis der neuen Gesellschaftsform in der Praxis und bietet in der Form von Netzwerkexternalitäten auch rechtsökonomische Vorteile.¹³¹

Den Rechtsanwender stellt eine Rechtsformvariante allerdings vor die Herausforderung, die Reichweite der Sonderregelungen genau abzustecken. Einzelne Literaturstimmen erachteten allgemeine Regelungen wegen „der strukturellen Besonderheiten“¹³² oder aufgrund von Typenunterschieden zur GmbH¹³³ als unpassend. Andere lehnten diese restriktiven Interpretationsansätze ab und verlangten vielmehr „normative Anknüpfungspunkte“¹³⁴, also solche, die in § 5a GmbHG angelegt sind. Es überrascht daher nicht, dass für Grundfragen der UG schnell höchstrichterliche Urteile vorlagen, die – jedenfalls für die Praxis¹³⁵ – Klärung boten. Ausgewählte BGH-Entscheidungen dienen im Folgenden an passender Stelle der Illustration.

¹²⁶ Siehe *K. Schmidt*, DB 2005, 1095, 1095.

¹²⁷ Vgl. zu diesen *supra* Fn. 66.

¹²⁸ Vgl. mit Überblick zu den teils viele Paragraphen umfassenden Reformvorschlägen des GmbHG *Fleischer*, in: MüKoGmbHG (Fn. 2), Einl. vor § 1 Rn. 119 ff.

¹²⁹ Vgl. RegE MoMiG (Fn. 3), S. 31, Sp. 2.

¹³⁰ Vgl. *Lieder/Becker*, NZG 2021, 357, 358.

¹³¹ Vgl. *Fleischer*, NZG 2014, 1081, 1090 m. w. N.; *Neville/Sørensen*, EBOR 15 (2014), 545, 552 f.; so kann etwa auf gewonnene Erkenntnisse und Gerichtsentscheidungen zur GmbH zurückgegriffen werden.

¹³² Siehe *Miras*, in: BeckOK GmbHG, 53. Edition, Stand: 1.9.2022, § 5a Rn. 3.

¹³³ Vgl. *Lieder/Becker* NZG 2021, 357, 358 mit Verweis auf *Schreiber*, DZWIR 2009, 492, 493 ff.

¹³⁴ Siehe *Lieder/Becker*, NZG 2021, 357, 359 m. w. N.

¹³⁵ Vgl. etwa für die Frage der Firmierung *Miras*, in: BeckOK GmbHG (Fn. 132), § 5a Rn. 51 f.; näher *infra* IV.5.c).

2. Strukturmerkmale und Binnenorganisation

Als Variante der GmbH teilt die UG deren grundlegenden Strukturmerkmale. Sie ist demnach juristische Person, Kapitalgesellschaft und Körperschaft.¹³⁶ Gemäß dem Trennungsprinzip ist sie im Verhältnis zu ihren Gesellschaftern selbstständig.¹³⁷ Wie die GmbH gewährt sie den Gesellschaftern nach Eintragung ins Handelsregister eine umfassende wirtschaftliche¹³⁸ Haftungsbeschränkung auf ihr eingebrachtes Kapital.¹³⁹ Die Gesellschafter selbst unterliegen grundsätzlich keiner Außenhaftung;¹⁴⁰ gegenüber der UG haften sie nur in bestimmten Fällen, z. B. bezüglich der Leistung ihrer Einlagen¹⁴¹ sowie ggf. für Nachschüsse^{142, 143}

Die UG weist auch die gleiche Binnenorganisation wie die GmbH auf: Es gilt der Grundsatz der Fremdorganschaft. Zum Geschäftsführer können daher sowohl Dritte als auch Gesellschafter bestellt werden.¹⁴⁴ Allein der Geschäftsführer ist zur organschaftlichen Vertretung der Gesellschaft berufen und unterliegt im Außenverhältnis keiner Beschränkung.¹⁴⁵ Zudem kommt ihm eine umfassende Geschäftsführungsbefugnis zu, wenn sich nicht aus Gesetz oder Satzung oder durch Beschluss der Gesellschafter etwas anderes ergibt.¹⁴⁶

In zeitlicher Hinsicht besteht ebenfalls kein Unterschied zur GmbH. Zwar hat der Reformgesetzgeber die UG für den Einstieg in das Wirtschaftsleben konzipiert,¹⁴⁷ jedoch ist ihre Lebensdauer nicht begrenzt.¹⁴⁸ Sie ist insbesondere nicht

¹³⁶ Allgemeine Ansicht, vgl. im Einzelnen statt aller *Fleischer*, in: MüKoGmbHG (Fn. 2), Einl. vor § 1 Rn. 5 ff.

¹³⁷ Vgl. *Merkt*, in: MüKoGmbHG (Fn. 2), § 13 Rn. 340.

¹³⁸ Vgl. *Fleischer*, in: MüKoGmbHG (Fn. 2), Einl. vor § 1 Rn. 18.

¹³⁹ § 13 Abs. 2 GmbHG. Vgl. zum „owner shielding“ *Hansmann/Kraakmann/Squire*, 119 Harv. L. Rev. 1333, 1339 f. (2006).

¹⁴⁰ Zur Haftung im Außenverhältnis wegen besonderen Rechtsgrunds und zur Durchgriffshaftung vgl. etwa *Wilhelmi*, in: BeckOK GmbHG, 53. und 54. Edition, Stand: 1.3.2022, § 13 Rn. 50, 56 ff., 136 ff.

¹⁴¹ §§ 19–25 GmbHG.

¹⁴² §§ 26, 27 GmbHG.

¹⁴³ Vgl. *Fleischer*, in: MüKoGmbHG (Fn. 2), Einl. vor § 1 Rn. 18. Darüber hinaus haften die Gesellschafter der UG gegenüber nur aufgrund besonderer Anspruchsgrundlagen, z. B. der Vorbelastungshaftung oder Erstattungspflicht wegen verbotswidriger Auszahlungen, vgl. *Wilhelmi*, in: BeckOK GmbHG (Fn. 140), § 13 Rn. 51.

¹⁴⁴ *Fleischer*, in: MüKoGmbHG (Fn. 2), Einl. vor § 1 Rn. 25 ff.

¹⁴⁵ §§ 35, 37 GmbHG, vgl. *Wisskirchen/Kuhn/Hesser*, in: BeckOK GmbHG (Fn. 132), § 35 Rn. 4 f.

¹⁴⁶ §§ 37 Abs. 1, 46 GmbHG, vgl. *Wisskirchen/Kuhn/Hesser*, in: BeckOK GmbHG, 53. Edition, Stand: 1.6.2022, § 37 Rn. 1 ff., 10 ff.; *Stephan/Tieves*, in: MüKoGmbHG (Fn. 2), § 37 Rn. 107 ff.

¹⁴⁷ Sie soll Existenzgründern ein „bisher unbekanntes Maß an Flexibilität, Schnelligkeit, Einfachheit und Kostengünstigkeit“ bieten, siehe RegE MoMiG (Fn. 3), S. 32, Sp. 2.

¹⁴⁸ Vgl. hier schon den RegE MoMiG (Fn. 3), S. 32, Sp. 1, der keine zeitliche Begrenzung der Rücklagenbildung statuiert; *Miras*, in: BeckOK GmbHG (Fn. 132), § 5a Rn. 109; vgl. hierzu die Gesetzgebung in Belgien *infra* V.2.a).

zwingend bloßes Durchgangsstadium zur GmbH,¹⁴⁹ sondern kann dauerhaft als UG bestehen. Dementsprechend eignet sie sich auch als Komplementärin einer Kapitalgesellschaft & Co. KG.¹⁵⁰ Jene ist „geradezu konstitutionell kapital-schwach“¹⁵¹, sodass die günstige Gründung einer UG hier von besonderem Vorteil ist.¹⁵²

3. Gründung

Auch wenn der Regierungsentwurf die Rechtsform der UG gerade für Existenzgründer anpreist,¹⁵³ steht ihre Gründung jedem offen. Weder besteht eine Beschränkung hinsichtlich Rechtspersönlichkeit oder Zahl der Gründer,¹⁵⁴ noch bedarf es eines besonderen Gesellschaftszwecks oder Unternehmensgegenstands.¹⁵⁵ Das Stammkapital kann frei bestimmt werden,¹⁵⁶ es muss aber mindestens einen Euro¹⁵⁷ betragen. Dies wirft die Frage auf, ob die Gründer der UG eine vom Tätigkeitsfeld abhängige, angemessene Kapitalausstattung bereitstellen müssen oder ob es ihnen immer freisteht, einen Euro als Stammkapital zu bestimmen. Obgleich diese Haftungsfrage in der Literatur schon zum Entwurf des MindestkapG aufgeworfen wurde,¹⁵⁸ verneinte sie die Regierungsbegründung des MoMiG: „Für das System des MoMiG ist jedenfalls das gezeichnete Stammkapital die Grenze, eine Unterkapitalisierungshaftung ist bewusst nicht vorgesehen.“¹⁵⁹ Auch die Rechtsprechung lehnt einen allgemeinen Haftungstatbestand der materiellen Unterkapitalisierung ab.¹⁶⁰

¹⁴⁹ Vgl. hierzu *Veil*, GmbHR 2007, 1080, 1082.

¹⁵⁰ Vgl. zur vorherrschenden Meinung mit jeweils Nachweisen zur Gegenauffassung: *Reider*, in: MüKoGmbHG (Fn. 2), § 5a Rn. 53 und *Miras*, in: BeckOK GmbHG (Fn. 132), § 5a Rn. 97 ff.; kritischer z. B. noch *Veil*, GmbHR 2007, 1080, 1084.

¹⁵¹ Siehe *K. Schmidt*, DB 2005, 1095, 1097, noch zum Entwurf des MindestkapG (Fn. 21, 93) aus dem Jahre 2005.

¹⁵² *Rieder*, in: MüKoGmbHG (Fn. 2), § 5a Rn. 63. 2018 dienten etwa 8 % der in Deutschland registrierten UGs als Komplementärin einer UG & Co. KG. Insgesamt gibt es 11.191 UG & Co. KGs in Deutschland, siehe *Kornblum*, GmbHR 2019, 689, 690, zum Stichtag 1.1.2019; Zahlen zur UG & Co. KG hat *Kornblum* für das Jahr 2019 und später nicht mehr erhoben.

¹⁵³ Vgl. RegE MoMiG (Fn. 3), S. 31, Sp. 1.

¹⁵⁴ Vgl. zum Vorschlag einer „Unternehmensgründergesellschaft“ von *Gebh* schon *supra* Fn. 112; ähnliche Vorgaben haben auch europäische Nachbarländer erlassen, vgl. *Fleischer*, DB 2017, 291, 293 ff. sowie *infra* V.2.a).

¹⁵⁵ Vgl. *Rieder*, in: MüKoGmbHG (Fn. 2), § 5a Rn. 7; mit vielen, anschaulichen Beispielen zum Einsatz der UG im Rechtsverkehr *Bayer/Hoffmann*, GmbHR 2018, 1156, 1161 ff.

¹⁵⁶ § 5a Abs. 1 GmbHG.

¹⁵⁷ Dieses „technische Mindeststammkapital“ ergibt sich in Zusammenschau mit §§ 3 Abs. 1 Nr. 4, 5 Abs. 2 Satz 1 GmbHG, vgl. *Rieder*, in: MüKoGmbHG (Fn. 2), § 5a Rn. 8.

¹⁵⁸ Vgl. *K. Schmidt*, DB 2005, 1095, 1095 f.

¹⁵⁹ Siehe RegE MoMiG (Fn. 3), S. 30, Sp. 1; jedoch im Rahmen der regulären GmbH.

¹⁶⁰ Vgl. BGH NJW 1977, 1449; NJW-RR 1991, 1312; NJW 1999, 2809; BGHZ 176, 204 = NJW 2008, 2437; durchaus offen für eine solche Haftung *Miras*, in: BeckOK GmbHG (Fn. 132), § 5a Rn. 21 ff. m. w. N. auch zu anderslautenden Stellungnahmen in der Literatur und

Während die Gesellschaftsgründer die Stammkapitalziffer also frei festlegen können, sind sie bei der Erbringung ihrer Einlagen im Gegensatz zur regulären GmbH eingeschränkt:¹⁶¹ Zunächst unterliegen sie – anders als GmbH-Gründer – angesichts der frei bestimmbaren Höhe¹⁶² einer Volleinzahlungspflicht.¹⁶³ Aufgrund der Möglichkeit, auch nur einen Euro als Stammkapital festzulegen, dürfte dies interessierte Unternehmensgründer eher nicht abhalten.¹⁶⁴ Außerdem ist es ihnen verwehrt, Sacheinlagen zu vereinbaren.¹⁶⁵ Das Verbot der Sacheinlage bedingt nach höchstrichterlicher Rechtsprechung auch, dass eine UG-Gründung im Wege der Abspaltung eines Unternehmensteils oder der Verschmelzung nicht erlaubt ist.¹⁶⁶

Ein späterer Wechsel in die Rechtsformvariante der UG scheidet aus; sie ist „nur zugänglich über die Wahl bei der Gesellschaftsgründung“¹⁶⁷. Darin kommt wiederum das Regelungsziel des Reformgesetzgebers zum Ausdruck, gerade Existenzgründern mit der UG eine Gesellschaft zur Verfügung zu stellen, die eine Haftungsbeschränkung beinhaltet, aber keinen großen Gründungskapitalaufwand erfordert.¹⁶⁸

4. Gläubigerschutz

Besondere Pflichten sollen nach der Gesetzesbegründung Gefahren des geringen Haftkapitals auffangen.¹⁶⁹ Zum einen muss bei der UG die Gesellschafterversammlung einberufen werden, wenn die Zahlungsunfähigkeit droht,¹⁷⁰ während bei der GmbH diese Pflicht bei Verlust der Hälfte des Stammkapitals besteht.¹⁷¹ Hintergrund dieser Regelung ist, dass die womöglich sehr niedrige Stammkapitalziffer ein unzureichender Anknüpfungspunkt sei,¹⁷² der keine sinnvolle „Frühwarnfunktion“¹⁷³ gewährleiste.

Spruchpraxis, Rn. 23a. Rechtsvergleichende Einsichten zu Dänemark vgl. *infra* V.2. b) mit Fn. 292.

¹⁶¹ § 5a Abs. 2 GmbHG.

¹⁶² Vgl. RegE MoMiG (Fn. 3), S. 32, Sp. 1; *Meister*, NZG 2008, 767, 768.

¹⁶³ § 5a Abs. 2 Satz 1 GmbHG.

¹⁶⁴ Vgl. *Veil*, GmbHR 2007, 1080, 1081.

¹⁶⁵ § 5a Abs. 2 Satz 2 GmbHG. Vgl. auch die Begründung zum RegE MoMiG (Fn. 3), S. 32, Sp. 1, die nur kurz feststellt, dass Sacheinlagen „nicht erforderlich und deshalb nicht zulässig“ seien.

¹⁶⁶ Zur Abspaltung BGH NZG 2011, 666; vgl. mit umfassender Betrachtung, auch zu Ausweichlösungen, *Meister*, NZG 2008, 767, 767 ff.; außerdem *Rieder*, in: MüKoGmbHG (Fn. 2), § 5a Rn. 59 f.

¹⁶⁷ Siehe *Grimm* (Fn. 10), S. 358.

¹⁶⁸ RegE MoMiG (Fn. 3), S. 31, Sp. 1.

¹⁶⁹ RegE MoMiG (Fn. 3), S. 32, Sp. 1.

¹⁷⁰ § 5 Abs. 4 GmbHG.

¹⁷¹ § 49 Abs. 3 GmbHG.

¹⁷² Vgl. RegE MoMiG (Fn. 3), S. 32, Sp. 1, S. 75, Sp. 1.

¹⁷³ Siehe *Rieder*, in: MüKoGmbHG (Fn. 2), § 5a Rn. 38.

Zum anderen müssen 25% des um einen Verlustvortrag aus dem Vorjahr geminderten Jahresüberschusses in eine gesonderte, gesetzliche Rücklage eingebracht werden.¹⁷⁴ Damit wollte der Reformgesetzgeber erreichen, dass auch bei Gründungen mit geringem Stammkapital „innerhalb einiger Jahre eine höhere Eigenkapitalausstattung erreicht [wird].“¹⁷⁵ Außerdem ging er davon aus, dass sie für einen Wechsel zur regulären GmbH genutzt werden, wie die zunächst vorgeschlagene Verwendungsmöglichkeit allein für eine Kapitalerhöhung aus Rücklagen zeigt.¹⁷⁶ Diese sog. Thesaurierungspflicht kennt keine betragsmäßige oder zeitliche Grenze.¹⁷⁷ Gleichwohl folgt aus ihr kein Gebot, einen Überschuss zu erwirtschaften,¹⁷⁸ sodass etwa durch hohe Lohnzahlungen an einen Geschäftsführer, der gleichzeitig einziger Gesellschafter ist, eine Umgehungsmöglichkeit verbleibt.¹⁷⁹ Andererseits rechtfertigen ausweislich der Gesetzesbegründung diese personelle Identität und die damit verbundene Möglichkeit, seinen Lebensunterhalt aus Lohnzahlungen zu bestreiten, auch die Begrenzung der Ausschüttungsmöglichkeiten.¹⁸⁰ Um Umgehungen zu vermeiden, wird vorgeschlagen, an das Institut der verdeckten Gewinnausschüttung anzuknüpfen und die Regelungen zur Kapitalerhaltung analog anzuwenden.¹⁸¹ Die höchstrichterliche Rechtsprechung musste dieses Problem jedoch noch nicht entscheiden.

5. Firmierung

a) Funktion des Rechtsformzusatzes

Eine UG muss in ihrer Firma zwingend den Rechtsformzusatz „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ oder „UG (haftungsbeschränkt)“ führen.¹⁸² Der Zusatz „(haftungsbeschränkt)“ darf im Vergleich zum Zusatz bei der GmbH („mit beschränkter Haftung“) nicht abgekürzt werden. Der Reformgesetzgeber wollte damit den Rechtsverkehr darauf aufmerksam machen, dass die Gesellschaft wesentliche Besonderheiten aufweist,¹⁸³ und über ein möglicherweise sehr geringes

¹⁷⁴ § 5 Abs. 3 Satz 2 GmbHG.

¹⁷⁵ Siehe RegE MoMiG (Fn. 3), S. 32, Sp. 1.

¹⁷⁶ Vgl. RegE MoMiG (Fn. 3), S. 5, Sp. 1; vgl. auch S. 32, Sp. 1.

¹⁷⁷ Vgl. *Rieder*, in: MüKoGmbHG (Fn. 2), § 5a Rn. 31 f.

¹⁷⁸ Vgl. statt aller *Miras*, in: BeckOK GmbHG (Fn. 132), § 5a Rn. 95 f. Vgl. zur Situation etwa in der UG & Co. KG, bei der eine Gewinnbeteiligungspflicht diskutiert wird: ablehnend *Miras*, in: BeckOK GmbHG (Fn. 132), § 5a Rn. 97 ff. m. w. N.; mit Argumenten für eine Mindestdotierung *Servatius*, in: Noack/Servatius/Haas, 23. Aufl. 2022, § 5a Rn. 25, 36 f.

¹⁷⁹ Vgl. *Rieder*, in: MüKoGmbHG (Fn. 2), § 5a Rn. 34 ff.

¹⁸⁰ Vgl. RegE MoMiG (Fn. 3), S. 32, Sp. 1.

¹⁸¹ Für eine analoge Anwendung der §§ 30, 31 GmbHG *Miras*, in: BeckOK GmbHG (Fn. 132), § 5a Rn. 80 ff., 91 ff. m. w. N. zur Diskussion im Gesetzgebungsverfahren, Rn. 83; *Rieder*, in: MüKoGmbHG (Fn. 2), § 5a Rn. 34 ff.

¹⁸² § 5a Abs. 1 GmbHG.

¹⁸³ Vgl. RegE MoMiG (Fn. 3), S. 74, Sp. 1; *Lieder/Becker*, NZG 2021, 357, 358: der „tiefere Grund“.

Stammkapital der betreffenden Gesellschaft aufklären.¹⁸⁴ Interessanterweise gab die Gesetzesbegründung Zweifel daran zu erkennen, ob „dies mit der gefundenen Bezeichnung optimal zum Ausdruck gebracht ist“, und gab den Zusatz für das weitere Verfahren ausdrücklich zur Erörterung frei.¹⁸⁵

Der Bundesrat ersann in seiner Stellungnahme zum RegE MoMiG einen anderen Rechtsformzusatz: Um die Verbindung zur GmbH und gleichzeitig den Unterschied des geringeren Mindeststammkapitals deutlich zu machen, schlug er die Bezeichnungen „Gesellschaft mit begrenzter Haftung (ohne Mindeststammkapital)“ bzw. „GmbH (o. M.)“ vor.¹⁸⁶ Der Regierungsentwurf befand diesen Zusatz aber für noch intransparenter als den vorgeschlagenen.¹⁸⁷ Jedoch ist weiterhin zweifelhaft, ob der Reformgesetzgeber mit der nun geltenden Form die beste Bezeichnung gewählt hat, besteht doch sprachlich kein Unterschied zwischen „mit beschränkter Haftung“ für die GmbH und „(haftungsbeschränkt)“ für die UG.¹⁸⁸ Zudem ist auch hier die Frage angebracht, ob die Bezeichnung zutreffend die volle Haftung der Gesellschaft und die bloße Haftungsbeschränkung der Gesellschaft abbildet;¹⁸⁹ zugestanden bleibt, dass sich der Rechtsverkehr nach über 100 Jahren GmbH-Nutzung ein korrektes Bild von den Haftungszuständen der GmbH gebildet hat.¹⁹⁰ Als Unterschied zur GmbH verbleibt dann nur, dass der Zusatz ausgeschrieben werden muss. Hier erhellt ein historischer Vergleich: Auch die GmbH durfte ihren Rechtsformzusatz qua Gesetz erst nach einer Reform von 1998 abkürzen.¹⁹¹ Der Reformgesetzgeber geht augenscheinlich davon aus, dass sich der Rechtsverkehr nach gewisser Zeit an eine neue Gesellschaftsform gewöhnt hat und daher ein weniger deutlicher Rechtsformzusatz ausreicht – bis dahin bedürfe es aber einer angemessenen Warnung.¹⁹²

Ein anderes Instrument des Gläubigerschutzes sah der Regierungsentwurf im Gegensatz zu seinen Vorläufern in der GmbH-Reformdebatte nicht mehr vor. Der Referentenentwurf des MiKaTraG und des MindestkapG schlugen vor, dass das Stammkapital auch auf den Geschäftsbriefen genannt werden muss, um die Transparenz über das „Startkapital“ der Gesellschaft zu stärken und so möglichen Gläubigern eine fundierte Entscheidung zu ermöglichen, ob sie mit dieser Gesellschaft kontrahieren möchten.¹⁹³ Schon in der Gesetzesvorlage aus dem Bundestag fehlte

¹⁸⁴ Vgl. RegE MoMiG (Fn. 3), S. 31, Sp. 2.

¹⁸⁵ Ebd.

¹⁸⁶ Vgl. Stellungnahme des Bundesrates (Fn. 115), S. 4 f.

¹⁸⁷ Vgl. RegE MoMiG (Fn. 3), S. 74, Sp. 2.

¹⁸⁸ Gleichsinnig *Seibert* (Fn. 9), S. 915. Mit deutlicher Kritik *Grimm* (Fn. 10), S. 416 ff.

¹⁸⁹ Vgl. allgemein zum Rechtsformzusatz „mit beschränkter Haftung“ *Fleischer*, in: MüKo-GmbHG (Fn. 2), Einl. vor § 1 Rn. 18.

¹⁹⁰ Vgl. *Seibert* (Fn. 9), S. 912 ff.

¹⁹¹ Vgl. *Seibert* (Fn. 9), S. 917, der aber auch darauf hinweist, dass der BGH die Abkürzung schon vorher für zulässig befunden hat, vgl. BGHZ 62, 230 (1974), wie es auch vorher schon die überwiegende Auffassung war, vgl. *Heinze*, in: MüKoGmbHG (Fn. 2), § 4 Rn. 13.

¹⁹² Vgl. RegE MoMiG (Fn. 3), S. 74, Sp. 2.

¹⁹³ Im RefE MiKaTraG (Fn. 76), S. 52 f.; im RefE MindestkapG (Fn. 21), S. 4, 7 f.

aber eine solche Pflicht.¹⁹⁴ Der Regierungsentwurf des MoMiG sah angesichts der verbreitet geäußerten Kritik, dies erwecke den Eindruck eines (noch) bestehenden Haftungsfonds und könnte daher gerade rechtsunkundige Geschäftspartner in die Irre leiten, davon ab.¹⁹⁵

b) Haftung bei fehlerhafter Firmierung

Wenn die Firmierung zentrale Bedeutung für den Schutz des Rechtsverkehrs hat, stellt sich zwangsläufig die Frage, welche Auswirkung eine fehlerhafte Firma hat. Hierbei ist zu unterscheiden: Erweckt der Handelnde den Eindruck, dass er einen Unternehmensträger vertritt, bei dem wenigstens eine natürliche Person unbeschränkt haftet, oder verwendet die UG in ihrer Firma in unzulässiger Weise einen Zusatz, der für die GmbH oder eine andere Kapitalgesellschaft reserviert ist?

Der erste Fall, in dem nicht auf die beschränkte Vermögensmasse des Unternehmensträgers hingewiesen wird, betrifft nicht allein die UG. Vielmehr ist diese Frage ebenso bei der GmbH virulent und wurde schon vor Einführung der UG diskutiert. Die Lösung der Rechtsprechung ist eine Rechtsscheinhaftung des Handelnden gegenüber Dritten.¹⁹⁶

Speziell die UG wirft aber die Frage auf, ob eine Rechtsscheinhaftung ebenfalls dann anzunehmen ist, wenn der Rechtsformzusatz etwa der GmbH genutzt wird. Fraglich ist dies, da auch der Rechtsformzusatz der GmbH nicht verbürgt, dass ein Haftungsfonds in der Höhe des Stammkapitals von mindestens 25.000 Euro zur Verfügung steht, sondern nur, dass ein solcher einmal bestand. Prägnant formuliert: Kein Rechtsformzusatz garantiert die Solvenz einer Gesellschaft. Der BGH befand aber, dass der Rechtsformzusatz nach dem Willen des Gesetzgebers „unverzichtbarer Bestandteil des Gläubigerschutzes“ sei.¹⁹⁷ Gerade bei der UG bestehe ein erhöhter Bedarf des Rechtsverkehrs, über das geringere Stammkapital informiert zu werden;¹⁹⁸ das höhere Stammkapital einer GmbH schaffe eine höhere „Soliditätsgewähr“, die einen entsprechenden Rechtsschein¹⁹⁹ auslöst, wenn der Rechtsverkehr eigentlich nicht darauf vertrauen könne, dass das Stammkapital noch besteht.²⁰⁰ Das liegt ganz auf einer Linie mit der Intention des MoMiG-Reformgesetzgebers, der mit der Beibehaltung des Mindeststammkapitals gerade eine „Seriositätsschwelle“²⁰¹ sichern wollte. Wegen fehlender

¹⁹⁴ Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Mindestkapitals der GmbH, BT-Drucks. 15/5673.

¹⁹⁵ Vgl. *Seibert*, GmbHR 2007, 673, 676.

¹⁹⁶ Rechtsprechung begründet mit BGHZ 62, 216 (1974); kürzlich zur UG BGH Urt. v. 13.1.2022 – III ZR 210/20, GmbHR 2022, 351; vgl. zur GmbH und UG *Heinze*, in: *MüKo-GmbHG* (Fn. 2), § 4 Rn. 160 ff., 166 m. w. N.

¹⁹⁷ Vgl. BGH NJW 2012, 2871, 2872.

¹⁹⁸ Vgl. BGH NJW 2012, 2871, 2872.

¹⁹⁹ Analog § 179 BGB.

²⁰⁰ Vgl. BGH NJW 2012, 2871, 2871.

²⁰¹ Siehe Beschlussvorlage und der Bericht des Rechtsausschusses (Fn. 24), S. 55, Sp. 1.

Entscheidungserheblichkeit ließ der BGH jedoch offen, ob die Rechtsscheinhaftung in der Höhe auf 25.000 Euro begrenzt ist.²⁰²

c) *Die gUG (haftungsbeschränkt)*

2013 eröffnete eine Reform des § 4 GmbHG²⁰³ die Diskussion, ob eine UG ebenfalls durch Voranstellen eines „g“ deutlich machen darf, dass sie steuerbegünstigte Zwecke verfolgt.²⁰⁴ Erst im Jahr 2020 erhielt der BGH Gelegenheit, sich zu dieser Frage zu äußern. Die Regierungsbegründung zur Änderung des § 4 GmbHG verstand den Zusatz „g“ gerade nicht als besonderen Rechtsformzusatz.²⁰⁵ Auch der BGH sah die besonderen Regelungen für die UG auf die bloße Bezeichnung der Rechtsform begrenzt. Was in der Firma vor „UG“ stehe, regle § 5a Abs. 1 GmbHG gerade nicht.²⁰⁶ Für die Praxis ist damit geklärt, dass auch die Firmierung als „gUG (haftungsbeschränkt)“ zulässig ist.²⁰⁷

6. *Übergang zur regulären GmbH*

Den Gesellschaftern steht es jederzeit offen, durch Erhöhung des Stammkapitals auf mindestens 25.000 Euro identitätswahrend in die Rechtsform der GmbH zu wechseln.²⁰⁸ Voraussetzung ist eine formelle Kapitalerhöhung durch Satzungsänderung.²⁰⁹ Hierbei können, aber müssen nicht die gebildeten Rücklagen genutzt werden.²¹⁰ Umstritten war zunächst, ob hinsichtlich einer effektiven Kapitalerhöhung das Verbot der Sacheinlage anwendbar bleibt.²¹¹ Da bei einer Stammkapitalerhöhung die Eintragung konstitutiv ist,²¹² ließ sich zum einen der Wortlaut des § 5 Abs. 5 GmbHG für ein Verbot anführen. Außerdem befürchteten Stimmen aus Rechtsprechung und Literatur, dass sich UG-Gesellschafter bei einer begrenzenden Auslegung durch einen bloßen Erhöhungsbeschluss von den belastenden Sondervorschriften des § 5a GmbHG befreien könnten.²¹³ Der BGH entschied schon 2011, nur drei Jahre nach Einführung des MoMiG, über die Beschwerde

²⁰² BGH NJW 2012, 2871, 2871 Rn. 26. Dafür: *Miras*, in: BeckOK GmbHG (Fn. 132), § 5a Rn. 58 ff. mit vertiefenden Ausführungen; *Rieder*, in: MüKoGmbHG (Fn. 2), § 5a Rn. 18. Dagegen: *Veil*, GmbHR 2007, 1080, 1082.

²⁰³ § 4 Satz 2 GmbHG eingefügt durch Art. 7 des Gesetzes vom 21.3.2013, BGBl. 2013 I, 556; näher zur Reform *Heinze*, in: MüKoGmbHG (Fn. 2), § 4 Rn. 2.

²⁰⁴ Vgl. *Miras*, in: BeckOK GmbHG (Fn. 132), § 5a Rn. 52.

²⁰⁵ Vgl. BR-Drucks. 663/12, S. 25.

²⁰⁶ BGH NJW 2020, 2035, 2036.

²⁰⁷ Vgl. statt aller *Miras*, in: BeckOK GmbHG (Fn. 132), § 5a Rn. 52.

²⁰⁸ § 5a Abs. 5 GmbHG.

²⁰⁹ Vgl. statt aller *Miras*, in: BeckOK GmbHG (Fn. 132), § 5a Rn. 107.

²¹⁰ § 5a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 GmbHG.

²¹¹ § 5a Abs. 2 Satz 2 GmbHG. Dazu *J. Schmidt* (Fn. 60), S. 754. Zur Frage des Vollenzahlungsgebots § 5a Abs. 2 Satz 1 GmbHG, Fn. 219.

²¹² Gem. § 54 Abs. 3 GmbHG ist die Eintragung einer Stammkapitalerhöhung konstitutiv, vgl. statt aller *Lieder*, in: MüKoGmbHG, Bd. III, 4. Aufl. 2022, § 57 Rn. 50.

²¹³ So etwa OLG Oldenburg, BeckRS 2011, 13174 m. w. N.

einer UG, die eine Stammkapitalerhöhung im Wege der Sacheinlage im Handelsregister eintragen wollte.²¹⁴ Unterlag sie noch in den Vorinstanzen, steckte der BGH die Reichweite des Sacheinlageverbots nach geradezu schulbuchmäßiger Prüfung des Wortlauts, der Historie und des Telos enger ab. Während er den Wortlaut für nicht eindeutig befand²¹⁵ und die Begründung des Regierungsentwurfes²¹⁶ für nicht aussagekräftig genug hielt²¹⁷, verglich er die Stammkapitalerhöhung einer UG auf 25.000 Euro mit der Neugründung einer GmbH. Dass jene an höhere Voraussetzungen geknüpft sein solle als diese, hielt er für nicht einleuchtend, auch weil in einer UG der Übergang zur GmbH angelegt sei.²¹⁸ Zudem würden die übrigen Sondervorschriften erst mit Eintragung der Stammkapitalerhöhung²¹⁹ keine Geltung mehr beanspruchen, sodass keine Schutzlücken entstünden.²²⁰

Auch nach dem Übergang zur GmbH bleibt es der Gesellschaft aber unbenommen, ihre bisherige Firma weiterhin zu nutzen.²²¹ Ebenso steht es den Gesellschaftern trotz ausreichender Rücklagen frei, keine Kapitalerhöhung durchzuführen; gleichwohl besteht dann auch die Thesaurierungspflicht unbegrenzt fort.²²² Eine UG hat als besonders beeindruckendes Beispiel hierfür in acht Jahren bei einem Stammkapital von 300 Euro ein Eigenkapital von 512.958 Euro angesammelt.²²³

Insgesamt nutzen nur verhältnismäßig wenige UGs das Upgrade zur regulären GmbH: 2013 hatten von insgesamt über 100.000 gegründeten UGs soweit ersichtlich nur 6.277 den Wechsel zur GmbH vollzogen.²²⁴ Eine neuere Studie untersuchte 1.200 UGs, die 2008 gegründet wurden. Nach zehn Jahren sind allein 209, also 17,4% der untersuchten Unternehmen aufgestiegen.²²⁵ Bei diesen ist bemerkenswert, dass der ganz überwiegende Teil die notwendige Stammkapital-

²¹⁴ BGH NJW 2011, 1881.

²¹⁵ Vgl. BGH NJW 2011, 1881, 1882, Rn. 14, 16.

²¹⁶ Nach RegE MoMiG (Fn. 3), S. 32, Sp. 1 sollte nämlich die oben beschriebene Thesaurierungspflicht so lange gelten, wie „die Gesellschaft kein eingetragenes Stammkapital in Höhe des Mindeststammkapitals“ hat.

²¹⁷ Vgl. BGH NJW 2011, 1881, 1882, Rn. 17.

²¹⁸ Vgl. BGH NJW 2011, 1881, 1882, Rn. 18 ff.

²¹⁹ Diese richtet sich, mangels Regelung in § 5a GmbHG auch für die Rechtsformvariante, nach dem Recht der GmbH, somit nach § 57 GmbHG. Hierbei wird aber zur Vermeidung einer Umgehung das Halbeinzahlungsgebots des § 7 Abs. 2 Satz 2 GmbHG, auf den § 57 Abs. 2 Satz 1 GmbHG nicht verweist, jener analog angewendet oder sogar ein Volleinzahlungsgebot analog § 5a Abs. 2 Satz 1 GmbHG angenommen; vgl. zum Meinungsstand *Rieder*, in: MüKo-GmbHG (Fn. 2), § 5a Rn. 44; unlängst auch OLG Düsseldorf Beschl. v. 12.5.2022 – 3 Wx 3/22, ZIP 2022, 1387.

²²⁰ Vgl. BGH NJW 2011, 1881, 1883, Rn. 20.

²²¹ § 5a Abs. 5 Satz 2 GmbHG.

²²² Vgl. *Miras*, in: BeckOK GmbHG (Fn. 132), § 5a Rn. 109.

²²³ Die teach-audio Verlag UG (haftungsbeschränkt), vgl. *Bayer/Hoffmann*, GmbHR 2018, 1156, 1165, Fn. 85.

²²⁴ Vgl. *Bayer/Hoffmann*, GmbHR 2013, R358.

²²⁵ Vgl. *Bayer/Hoffmann*, GmbHR 2018, 1156, 1165 f.

ziffer von 25.000 Euro durch effektive Kapitalerhöhung erreichte und nicht durch Nutzung der vom Reformgesetzgeber erdachten thesaurierten Rücklagen.²²⁶

V. Rezeption der UG

Bei der folgenden Gesamtwürdigung der UG stehen zunächst die Rechtstatsachen im Zentrum, bevor der Blick ins Ausland wandert und ein abschließender rechtspolitischer Ausblick erfolgt.

1. Rechtstatsachen

a) Verdrängung der Limited?

Bezeichneten einzelne Literaturstimmen die UG bei Einführung teilweise noch als „fatalste[n] Irrweg der GmbH-Reform“²²⁷ und vertraten mit Nachdruck, dass es für sie keinen legitimen Bedarf gebe²²⁸, so ist ihr rechtstatsächlicher Erfolg nach Zahlen unbestreitbar. Innerhalb eines Jahres nach Einführung wurden über 23.000 UGs im Handelsregister angemeldet, elf Jahre nach ihrer Einführung überschritt ihre Zahl die Schwelle von 150.000. Zahlenmäßig ist die Einführung der UG daher als rechtspolitischer Erfolg zu werten.²²⁹

Die Einführung der UG war zudem eine Antwort auf das Vordringen der Limited. Vor diesem Hintergrund ergibt sich ein differenzierteres Bild: Auf den ersten Blick setzte mit dem Erfolg der UG ein Abwärtstrend der Limited ein; mittlerweile ist die Limited nur noch mit wenigen tausend Einträgen im Handelsregister vertreten.²³⁰ Andererseits stagnierten ihre Zahlen schon zuvor. Insbesondere die Gewerbeanmeldungen, die Aufschluss über die Nutzung der Limited als Unternehmensträgerin geben, erreichten schon im März 2006 ihren Höhepunkt; gleichzeitig nahmen die Gewerbeabmeldungen stetig zu.²³¹ Bereits 2007 sagte eine Literaturstimme daher vorher, dass Anfang 2009 mehr Limited-Gründer ihr Gewerbe ab- als anmelden würden.²³² Die „Limited-Welle“ hatte sich also schon

²²⁶ Vgl. *Bayer/Hoffmann*, GmbHR 2018, 1156, 1165 f.

²²⁷ So *Heckschen*, GmbHR 2007, 1442, 1445.

²²⁸ Vgl. *Ries*, NotBZ 2007, 244, 245 f.; zustimmend wohl *Heckschen*, GmbHR 2007, 1442, 1445 f.

²²⁹ Vgl. auch *Fleischer*, DB 2017, 291, 292.

²³⁰ Zu möglicherweise höheren tatsächlichen Zahlen aufgrund mangelnder Eintragung vgl. *Kornblum*, GmbHR 2020, 677, 687, Rn. 44; ebenso auf das Problem von sog. „Scheinauslandsgesellschaften“ hinweisend, die beim englischen Companies House eingetragen waren, vgl. *Grimm* (Fn. 10), S. 408 mit Fn. 146. Zu den Folgen des Brexit vgl. Fn. 239.

²³¹ Vgl. *Grimm* (Fn. 10), S. 409 f., unter Bezugnahme auf die umfangreichen Datenerhebungen von *Niemeier*, ZIP 2007, 1794; vgl. auch *Heckschen*, GmbHR 2007, 1442, 1445 f.; *Harbarth*, ZGR 2016, 84, 89.

²³² Daher sehr skeptisch bezüglich der Einführung der UG *Niemeier*, ZIP 2007, 1794, 1798, 1800 f.

vor Einführung der UG abgeflacht.²³³ Daher wird der Einbruch der Limited-Zahlen aus heutiger Sicht teilweise als „Lernkurve“²³⁴ bezeichnet. Die mit der Wahl einer ausländischen Rechtsform verbundenen Schwierigkeiten, wie der Bedarf einer dauerhaften Beratung in einer fremden Rechtsordnung selbst für alljährliche Vorgänge, hätten sich nach einer Phase der Euphorie herumgesprochen und den Rückgang der Gründungszahlen herbeigeführt.²³⁵ Das MoMiG habe nicht vorgewirkt – das belege ein vergleichender Blick in die österreichische Rechtsordnung, wo eine ähnliche Entwicklung zu beobachten gewesen sei, aber parallel keine Reform durchgeführt wurde.²³⁶ Hinzu kommt, dass schon die Erhebung der Limited-Zahlen Schwierigkeiten bereitet hatte und daher nicht mit Sicherheit festgestellt werden kann, wie viele Gründer aus Deutschland in der Zeit nach dem *Überseering*-Urteil die Limited wählten²³⁷ und wie stark der Wettbewerbsdruck der Rechtsordnungen tatsächlich war.²³⁸ Im Ergebnis kann daher mit guten Gründen bezweifelt werden, ob die Einführung der UG entscheidend zur „Abwehr“ der Limited beigetragen hat oder ob sie nicht vielmehr aus anderen Gründen vom deutschen Markt für Unternehmensgründungen verschwand.²³⁹ Mit seiner Vorhersage hatte *Wilhelm Niemeier*²⁴⁰ jedenfalls das richtige Gespür: Nicht nur erreichte 2009 die Limited ihr Allzeithoch im Handelsregister, auch die UG überholte die Limited schon im zweiten Jahr nach ihrer Einführung deutlich.

²³³ Vgl. *Grimm* (Fn. 10), S. 410.

²³⁴ Siehe *Harbarth*, ZGR 2016, 84, 92. Zustimmung, dennoch auch den Einfluss des MoMiG herausstellend *Bayer/Hoffmann*, GmbHR 2018, 1156, 1167 f., hier insbes. Fn. 95.

²³⁵ Vgl. *Harbarth*, ZGR 2016, 84, 90 ff.

²³⁶ Vgl. *Ringe*, ECFR 2013, 230, 254; daran anschließend *Harbarth*, ZGR 2016, 84, 89.

²³⁷ Vgl. hierzu *Kornblum*, GmbHR 2007, 25, 33 f.; erst zum Ende 2008 konnte *Kornblum* die genaue Anzahl der Eintragungen in deutsche Handelsregister ermitteln, vgl. GmbHR 2009, 1056, 1063.

²³⁸ Nach *Niemeier* (Fn. 68), S. 537, wäre die Limited auch ohne Einführung der UG verschwunden, wie eine Extrapolation zu German Directors Indizes, Gewerbebeanmeldungen und Registereintragungen zeige.

²³⁹ Wie der Brexit sich auswirkt, bleibt abzuwarten; instruktiv zur Rechtslage nach dem Brexit *J. Schmidt*, EuZW 2021, 613, 614 ff.; siehe auch BGH NZG 2021, 702.

²⁴⁰ Vgl. Fn. 232.

Tabelle mit Zahlen nach Kornblum und Bayer/Lieder/Hoffmann²⁴¹

Zeitpunkt (Stand jeweils l.l.)	Anzahl UG	Wachstumsrate	Anzahl Limited
2009	1.200		17.524
2010	23.369	+1.874,4%	17.551
2011	44.361	+ 89,9%	14.814
2012	64.371	+ 45,1%	12.553
2013	78.680	+ 22,2%	11.282
2014	92.904	+ 18,0%	10.491
2015	105.341	+ 13,4%	9.703
2016	115.644	+ 9,8%	8.968
2017	125.284	+ 8,3%	8.196
2018	133.576	+ 6,6%	7.406
2019	143.561	+ 7,5%	6.760
2020	152.710	+ 6,4%	5.862
2021	163.507	+ 7,1%	5.017
2022	175.843	+ 7,5%	4.096
2023	186.041	+ 5,8%	nicht ausgewiesen

b) Insolvenzanfälligkeit

Einen gewichtigen rechtspolitischen Erfolg könnte die UG aber auch dann für sich verbuchen, falls sie einen volkswirtschaftlichen Nutzen stiftet. Ein weiteres Motiv des Reformgesetzgebers bildete die Förderung von Existenzgründungen²⁴² und damit die Aktivierung bisher ungenutzten Gründerpotentials. Kritische Stimmen wiesen aber schon früh auf mögliche Risiken der UG hin, der sie – vergleichbar mit der Limited – eine hohe Mortalitätsrate vorhersagten.²⁴³

Der Frage der Insolvenzanfälligkeit widmeten sich noch keine umfassenden empirischen Studien.²⁴⁴ Ob die These einer überhöhten Sterblichkeit zutrifft, lässt

²⁴¹ Umfassende Erhebungen bei Kornblum, GmbHR 2009, 1056; GmbHR 2010, 739; GmbHR 2011, 692; GmbHR 2012, 728; GmbHR 2013, 693; GmbHR 2014, 694; GmbHR 2015, 687; GmbHR 2016, 691; GmbHR 2017, 739; GmbHR 2018, 669; GmbHR 2019, 689; GmbHR 2020, 677; GmbHR 2021, 681. Fortführung von Bayer/Lieder/Hoffmann, GmbHR 2022, 777; GmbHR 2023, 709.

²⁴² Vgl. RegE MoMiG (Fn. 3), S. 32, Sp. 1, 2.

²⁴³ Vgl. Heckschen, GmbHR 2007, 1442, 1445 f.; Niemeier, ZIP 2007, 1794, 1799 ff.; nach der Einführung etwa Höfer (Fn. 7), S. 73 ff.

²⁴⁴ Vgl. schon zur Limited die persönlich gefärbte Aussage von Heckschen, DStR 2007, 1442, 1445 f.: „aus eigener praktischer Erfahrung“; mit umfassenderer Datenlage zur Limited etwa Niemeier, ZIP 2006, 2237. Vgl. ausführlich für 1.200 UGs, die 2008 gegründet wurden, aber Bayer/Hoffmann, GmbHR 2018, 1156, 1167; nennenswert ist auch die empirische Studie zum Verhältnis von Insolvenzen und Eigenkapital von Engert, GmbHR 2007, 337; eine empiri-

sich daher nur andeutungsweise bestimmen: Kennzahlen, beispielsweise die Insolvenzhäufigkeit, Insolvenzen nach Unternehmensalter oder nach Unternehmensgröße, lassen sich nur schwerlich von allgemein-wirtschaftlichen Entwicklungen oder anderen Faktoren bereinigen, wie etwa den seit längerem insgesamt rückläufigen Insolvenzzahlen²⁴⁵. Anhand einiger Statistiken wird im Folgenden dennoch versucht, vorsichtig ein Bild zur Insolvenzanfälligkeit der UG zu zeichnen.

(1) Insolvenzen nach Rechtsform

Seit 2013 erfasst das Statistische Bundesamt die Insolvenzen der GmbH und der UG getrennt. Seitdem ist zu beobachten, dass sich die Zahl der beantragten Insolvenzverfahren der UG nach einem Anstieg bis 2015 nicht mehr wesentlich ändert. Im Gegensatz dazu wurden für immer weniger GmbHs Insolvenzverfahren beantragt. Im Vergleich zeigt sich, dass die UG gemessen an ihrer absoluten Zahl häufiger Insolvenz beantragt als ihre große Schwester. Das Verhältnis von UG zur GmbH bezüglich Insolvenzverfahren sowie bezüglich ihres Vorkommens bleibt dabei im Zeitverlauf gleich.²⁴⁶ Anders gewendet: Die UG hat konstant – auch bei allgemein sinkenden Insolvenzzahlen – eine etwa doppelt so hohe Insolvenzquote. Andererseits war eine erhöhte Insolvenzanfälligkeit der UG aufgrund ihres Zuschnitts auf Existenzgründer und ihres geringen Kapitalbedarfs von Anfang an zu erwarten; auch der Reformgesetzgeber wird dieses Risiko erkannt haben.²⁴⁷

(2) Insolvenzen nach Unternehmenstyp

Zur Verteidigung der UG wird zudem vorgebracht, dass sich der Anteil der Kleinstunternehmen – die Zielgruppe der UG – an den gesamten Insolvenzen nicht signifikant erhöht habe. Auch bei kleinen Unternehmen sei dies erkennbar, was insgesamt darauf hindeute, dass die Einführung der UG nicht zu mehr Insolvenzen geführt habe.²⁴⁸ Insgesamt machen die angeführten Unternehmensgruppen aber etwa zwei Drittel der Insolvenzen aus,²⁴⁹ sodass die Vergleichsgruppe relativ groß ausfällt und wohl nur begrenzt Rückschlüsse auf die UG zulässt. Ein vielversprechender Befund ergibt sich aber, wenn die Insolvenzstatistiken nach Unter-

sche Studie nach einer Gesellschaftsreform zur Förderung von Gründungen wurde für Portugal durchgeführt von *Branstetter/Lima/Taylor/Venâncio*, *The Economic Journal* 124 (2014), 805.

²⁴⁵ Vgl. *Harbarth*, ZGR 2016, 84, 99.

²⁴⁶ Vgl. hierfür die Verhältnisse in Spalte fünf der Tabelle, *infra* V.1.b)(4).

²⁴⁷ Gleichsinnig *Harbarth*, ZGR 2016, 84, 100; zustimmend *Bayer/Hoffmann*, GmbHR 2018, 1156, 1160 ff.

²⁴⁸ Vgl. *Harbarth*, ZGR 2016, 84, 99 f.

²⁴⁹ Vgl. *Harbarth*, ZGR 2016, 84, 99 f.: Unternehmen bis 100.000 Euro (2007: 25,5%; 2015: 25,8%), zwischen 100.000 und 250.000 Euro (2007: 24,4%; 2015: 22,0%), zwischen 250.000 und 500.000 Euro (2007: 17,6%; 2015: 15,6%). Auch für den Bereich von 500.000 bis 5.000.000 Euro zeigen sich keine signifikanten Steigerungen vom 1. Halbjahr 2007 zum 1. Halbjahr 2015: 28,8% zu 31,0%; Zahlen nach Creditreform Wirtschaftsforschung, Insolvenzen, Neugründungen, Löschungen, 1. Halbjahr 2007, S. 18, und Creditreform Wirtschaftsforschung Insolvenzen in Deutschland, 1. Halbjahr 2015, S. 8.

nehmensalter geordnet werden: Der Beitrag von Start-ups, also Unternehmen in den ersten zwei Jahren, am Insolvenzgeschehen nimmt ab und hat sich von 2009 bis 2019 fast halbiert.²⁵⁰ Eine ähnliche Entwicklung ist auch bei jungen Unternehmen bis zu vier Jahren zu beobachten, während vor allem der Anteil älterer Unternehmen stieg.²⁵¹ Dieser Befund spricht gegen um sich greifende Insolvenzsünden durch junge Unternehmen in der Rechtsform der UG.

(3) Zahlen der Gewerbestatistiken

Der Limited bescheinigte eine meinungsstarke Literaturstimme anhand der Gewerbean- und abmeldungen, dass eine „mindestkapitalfreie Gründung [...] zum frühen und nahezu kompletten Scheitern [führe]“.²⁵² Neuere Erhebungen zeigen hingegen für die Gewerbezahlen von Unternehmen in der Rechtsform der UG positive Salden von An- und Abmeldungen.²⁵³ Auch wenn man die – methodisch nicht über jeden Zweifel erhabenen²⁵⁴ – Berechnungen zur Limited²⁵⁵ zugrunde legt, kann die UG immer noch eine wesentlich bessere Überlebensrate für sich verbuchen.²⁵⁶ Aus einer Stichprobe von 1.200 Gesellschaften, die 2008 als UG gegründet wurden, bestehen immerhin noch rund 51% tatsächlich fort.²⁵⁷

(4) Zwischenbefund

Die höhere Insolvenzanfälligkeit im Vergleich zur GmbH kann also nicht alleine der Nachweis einer volkswirtschaftlichen Schädlichkeit der UG sein. Vielmehr ergibt sich aus den Statistiken ein differenziertes Bild.²⁵⁸ Die Zahlen zeigen gerade keinen Anstieg der Gesamtinsolvenzzahlen seit 2009. Noch viel weniger lässt sich der isolierte Effekt der UG auf diese aus den bloßen Insolvenzstatistiken ableiten. Auch die rasante Verbreitung der UG im rechtsgeschäftlichen Verkehr hat somit nicht zu einer Pleitewelle²⁵⁹ geführt. Erwähnenswert bleibt zwar, dass

²⁵⁰ Von 17,6% zu 9,9%, wobei bereinigend auch ein Sinken der Gewerbeanmeldungen zu berücksichtigen ist, Creditreform Wirtschaftsforschung, Insolvenzen in Deutschland, 1. Halbjahr 2019, S. 8.

²⁵¹ Ebd.

²⁵² Siehe Niemeier, ZIP 2007, 1794, 1801; zustimmend etwa Heckschen, DStR 2007, 1442, 1445 ff.

²⁵³ Vgl. Bayer/Hoffmann, GmbHR 2018, 1156, 1159 f. mit Tabelle 2.

²⁵⁴ Nach Bayer/Hoffmann, GmbHR 2018, 1156, 1159, „spielt“ man mit den Zahlen.

²⁵⁵ Vgl. Niemeier, ZIP 2007, 1794, 1798 ff.; umfangreiche neuere Daten zur Situation der Limited in Deutschland bei Niemeier (Fn. 68), S. 533 ff.

²⁵⁶ Vgl. Bayer/Hoffmann, GmbHR 2018, 1156, 1159 f.

²⁵⁷ Vgl. Bayer/Hoffmann, GmbHR 2018, 1156, 1164 f., wonach diese im Handelsregister noch aufgeführt sind und nicht aufgelöst wurden.

²⁵⁸ Gleichsinnig und die Offenheit der Deutung anhand des Zahlenmaterials hervorhebend auch Bayer/Hoffmann, GmbHR 2018, 1156, 1167.

²⁵⁹ Vgl. Niemeier, ZIP 2007, 1794, 1801, der „[sinnlose] Hazard-Gründungen, [fehlgelietete volkswirtschaftliche] Ressourcen, [irregeleitete] Gründer und [schutzlose] Gläubiger“ vorhersagte.

bei der UG als einzige inländische Unternehmensträgerform mehr Insolvenzverfahren mangels Masse abgewiesen als eröffnet werden.²⁶⁰ Beim Vergleich mit den Einzelunternehmen bleibt aber zu berücksichtigen, dass diesen die Verfahrenskostenstundung²⁶¹ zur Verfügung steht, wodurch die Zahlen der Abweisungen niedriger ausfallen dürften.²⁶² Als Zwischenbefund lässt sich daher nur die konstant doppelt so hohe Insolvenzquote der UG im Vergleich zur GmbH benennen.

Zahlen vom Statistischen Bundesamt, Statistik 52411-0065

(*Die Zahlen für 2008–2012 unterscheiden nicht zwischen GmbH und UG, danach jeweils die Zahlen für die GmbH ohne die UG.)

Jahr	Insolvenzverfahren eröffnet (mangels Masse abgewiesen)			Verhältnis der beantragten Verfahren (der absoluten Zahlen von UG und GmbH ²⁶³)
	UG	GmbH	Verhältnis	
2007	–	6.388 (4.559)	–	–
2008*	–	6.878 (4.051)	–	–
2009*	–	8.690 (4.415)	–	–
2010*	–	8.004 (4.563)	–	–
2011*	–	7.896 (4.269)	–	–
2012*	–	7.809 (4.131)	–	–
2013	740 (1.045)	7.311 (3.125)	1:9,9 (1:3,0)	1:5,8 (1:11,1)
2014	846 (1.270)	6.613 (2.813)	1:7,8 (1:2,2)	1:4,5 (1:10,0)
2015	926 (1.285)	6.476 (2.758)	1:7,0 (1:2,2)	1:4,2 (1:9,3)
2016	1.007 (1.283)	5.745 (2.405)	1:5,7 (1:2,0)	1:3,6 (1:8,7)
2017	986 (1.264)	5.687 (2.502)	1:5,8 (1:2,0)	1:3,6 (1:8,4)
2018	1.050 (1.267)	5.456 (2.288)	1:5,2 (1:1,8)	1:3,3 (1:8,0)
2019	960 (1.222)	5.675 (2.203)	1:5,9 (1:1,8)	1:3,6 (1:7,7)
2020	841 (1.124)	5.329 (2.128)	1:6,3 (1:1,9)	1:3,8 (1:7,4)
2021	671 (971)	4.216 (1.920)	1:6,2 (1:2,0)	1:3,7 (1:7,2)
2022	768 (1.032)	4.706 (1.919)	1:6,1 (1:1,9)	1:3,7 (1:7,0)

²⁶⁰ In den Zahlen des Statistischen Bundesamtes von 2007 bis 2019 hat nur die Limited ebenfalls weniger eröffnete Insolvenzverfahren als solche, die mangels Masse abgewiesen werden (eine Ausnahme bilden die Zahlen für die GbR im Jahre 2007), siehe Statistik 52411 über beantragte Insolvenzverfahren in Deutschland. Darauf hinweisend Höfer (Fn. 7), S. 75; dies „erwartungsgemäß“ bezeichnend Bayer/Hoffmann, GmbHR 2018, 1156, 1160.

²⁶¹ § 4a InsO; für natürliche Personen.

²⁶² Die Regierungsbegründung zum InsOÄndG 2001 geht von 12.600 Regelinsolvenzverfahren aus, in denen die Insolvenzkostenstundung gem. §§ 4a ff. InsO möglich ist, vgl. BT-Drucks. 14/5680, S. 18, Sp. 1.

²⁶³ Zahlen jeweils zum 1.1. des Folgejahres nach Kornblum, GmbHR 2014, 694; GmbHR 2015, 687; GmbHR 2016, 691; GmbHR 2017, 739; GmbHR 2018, 669; GmbHR 2019, 689;

(5) *Bewertung*

Gemessen an der Intention des Reformgesetzgebers, Existenzgründern eine Inkorporationsform zu bieten und so ungenutztes volkswirtschaftliches Potential zu erschließen, sollte man die höhere Insolvenzanfälligkeit der UG nicht überbewerten. Ein kausaler Zusammenhang zwischen der Wahl der UG anstelle einer anderen Rechtsform und den Insolvenzen ist nicht erkennbar.²⁶⁴ Die UG scheint zudem wie beabsichtigt vor allem kleine Handels- und Dienstleistungsunternehmen anzulocken.²⁶⁵ Auch internationale Stimmen nahmen ihre Einführung positiv wahr.²⁶⁶ Die Zahl der UG-Gründungen steigt immer weiter. Zugleich reduzierte sie das GmbH-Wachstum nicht erheblich oder langfristig,²⁶⁷ sodass aus diesem Blickwinkel kein größeres Abwandern möglicher GmbH-Gründer zur Rechtsformvariante zu beobachten ist.²⁶⁸ Dass also seit Einführung der UG mehr Unternehmer den Gründungsschritt wagen, scheint auch aufgrund der Relevanz der Haftungsbeschränkung²⁶⁹ einleuchtend, auch wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass jedenfalls ein Teil der Gründer ansonsten als einzelkaufmännisches Unternehmen tätig geworden wäre.²⁷⁰

Die Statistiken zur UG tragen nur begrenzt zu ihrer Bewertung bei. Zwar lässt sich auf ihrer Grundlage keine eindeutig positive Bilanz ziehen; ebenso wenig belegen sie aber einen konkreten negativen Effekt der UG.²⁷¹ Eine abschließende Bewertung sollte daher zukünftiger volkswirtschaftlicher Forschung und der politischen Diskussion vorbehalten bleiben. Dennoch ist der UG ein vorsichtig positives Zeugnis im Rechtsformwettbewerb mit der Limited auszustellen; sie

GmbHR 2020, 677; GmbHR 2021, 681; fortgeführt von *Bayer/Lieder/Hoffmann*, GmbHR 2022, 777; GmbHR 2023, 709.

²⁶⁴ Eine Bedeutung der bloßen Stammkapitalziffer als Hinweis auf die Insolvenzwahrscheinlichkeit auch ablehnend *Engert*, GmbHR 2007, 337, 339; die empirische Studie erfasste aber nur GmbHs.

²⁶⁵ Vgl. *Niemeier* (Fn. 68), S. 544 mit Fn. 59.

²⁶⁶ Vgl. etwa Weltbank, *Doing Business Report* 2010, S. 5, 12 ff.

²⁶⁷ Im Jahr 2007 lag die Wachstumsrate der GmbH-Zahlen bei 1,3%, siehe *Kornblum*, GmbHR 2009, 25, 30, im Jahr 2008 bei 1,4%, siehe *Kornblum*, GmbHR 2009, 1056, 1062 f., im Jahr 2009 bei 1,1%, siehe *Kornblum*, GmbHR 2010, 739, 740 ff., und schließlich im Jahr 2010 bei 0,9%, *Kornblum*, GmbHR 2011, 692, 693. Im Jahr 2020 lag die Wachstumsrate der GmbH schon bei 3,5%, *Kornblum*, GmbHR 2021, 681, 682. Zahlen der GmbH jeweils gerundet und bereinigt von denen der UG. Dies wird auch anerkannt von *Niemeier* (Fn. 68), S. 545 f. Auch *Höfer* (Fn. 7), S. 73, spricht von einem insgesamt „verstärkte[n] Zugriff auf haftungsbeschränkte Rechtsformen“; zur allgemeinen Bevorzugung von Organisationsformen mit beschränkter Haftung; vgl. auch *Fleischer*, in: *MüKoHGB*, Bd. II, 5. Aufl. 2022, § 105 Rn. 7 m. w. N.

²⁶⁸ Zustimmend *Bayer/Hoffmann*, GmbHR 2018, 1156, 1167.

²⁶⁹ Vgl. *Neville/Sørensen*, EBOR 15 (2014), 545, 556; schon früh *Fleischer*, ZGR 2001, 1, 18 f., vgl. schon Fn. 19.

²⁷⁰ Dies auch vorbringend *Niemeier* (Fn. 68), S. 546.

²⁷¹ Von fehlenden „überzeugenden Anhaltspunkte[n]“ sprechend *Harbarth*, ZGR 2016, 84, 100; die Schwierigkeiten der Analyse ebenfalls betonend *Fleischer*, DB 2017, 291, 293.

stellt eine kostengünstige Unternehmensform für Gründer dar, deren Bedarf das deutsche Gesellschaftsrecht vorher nicht deckte.²⁷² Im Wettbewerb der Rechtsordnungen darf dies nach dem geistigen Vater der GmbH *Wilhelm von Oechelhäuser* schon als Grund für sich gelten: „Dasjenige Land, welches die sichersten, einfachsten und mannigfachsten Rechtsformen für die Vereinigung von Kapital und Personen bietet, muss vor anderen Nationen, die hierin zurückbleiben, einen wirtschaftlichen Vorteil gewinnen.“²⁷³

2. Europäische Nachahmer

Die UG diente als Inspiration für verschiedene Nachbarrechtsordnungen. Der luxemburgische, italienische, belgische und dänische Gesetzgeber schuf vergleichbare Gesellschaftsformen,²⁷⁴ wobei die letzteren beiden Jurisdiktionen die entsprechenden „Halbschwestern“²⁷⁵ der UG mittlerweile wieder abgeschafft haben.²⁷⁶ Belgien machte 2010 den Anfang mit Einführung der *société privée à responsabilité limitée starter* („SPRL-S“).²⁷⁷ Italien folgte sogar mit gleich zwei Varianten der *società a responsabilità limitata* („s.r.l.“): Ab Januar 2012 stand zunächst die in ihrer Gründung vereinfachte *s.r.l. semplificata*, ab Juli 2012 auch die *s.r.l. a capitale ridotto* mit vermindertem Kapital zur Verfügung.²⁷⁸ Das dänische Gesellschaftsrecht wartete seit 2014 mit der Möglichkeit auf, eine *ivaerksaeterselskab* („IVS“) zu gründen.²⁷⁹ Letzter Nachahmer war der luxemburgische Reformgesetzgeber, der 2016 die *société à responsabilité limitée simplifiée* („SARL-S“) schuf.²⁸⁰ Alle teilen und teilten wichtige Charakteristika der UG: Dazu gehören die Freistellung des sonst höheren Mindesthaftkapitals und die Anordnung einer Thesaurierungspflicht. Ebenso gleicht sich die Gesetzgebungsmethodik zum Großteil; sie setzt auf bestehende Normierungen zur jeweiligen kleinen Kapitalgesellschaft auf und formt so Rechtsformvarianten bzw. Unterarten aus.²⁸¹

²⁷² Gleichsinnig *Bayer/Hoffmann*, GmbHR 2018, 1156, 1167 f.; insgesamt positiv auch *Miras*, in: BeckOK GmbHG (Fn. 132), § 5a Rn. 117 ff., 119; a.A.: dediziert negativ *Höfer* (Fn. 7), S. 73 ff, 76 ff.: „Schmuddelimage“; ebenso *Niemeier* (Fn. 68), S. 550 f.

²⁷³ Zitiert nach *Fleischer*, in: MüKoGmbHG (Fn. 2), Einl. vor § 1 Rn. 228 mit Fn. 974.

²⁷⁴ Vgl. *Fleischer*, DB 2017, 291, 293 ff.

²⁷⁵ Siehe *Fleischer*, DB 2017, 291, 293 mit Fn. 54.

²⁷⁶ Vgl. für Dänemark: <<https://erhvervsstyrelsen.dk/afskaffelse-af-ivaerksaeterselskaber-IVS>> (4.10.2023); die belgische *société privée à responsabilité limitée starter* ging zum 1.1.2019 auf in der *société à responsabilité limitée* („SPR“) im neuen Code des sociétés et des associations.

²⁷⁷ Vgl. *Fleischer*, DB 2017, 291, 293.

²⁷⁸ Vgl. *Fleischer*, DB 2017, 291, 294 f.

²⁷⁹ Vgl. *Fleischer*, DB 2017, 291, 295.

²⁸⁰ Vgl. *Fleischer*, DB 2017, 291, 296.

²⁸¹ Nur die italienische *s.r.l. a capitale ridotto*, die aber nach nur einem Jahr formal aufgehoben wurde, beruhte nicht auf diesem methodischen Ansatz, vgl. *Fleischer*, DB 2017, 291, 293 ff., mit weiteren Einzelheiten, etwa zur Höhe der jeweiligen Thesaurierungspflicht.

a) Konzentration auf Existenzgründer

Die UG ist also nicht der gleiche „Exportschlager“²⁸² wie die GmbH, die mittlerweile in über 100 Ländern Nachahmer gefunden hat.²⁸³ Auch unterscheiden sich die ausländischen Rechtsformvarianten in einigen wichtigen Charakteristika von der deutschen UG. Teilweise zeigen sie eine deutlichere Konzentration auf Existenzgründer, was sich auch in der deutschen Reformdiskussion wiederfindet²⁸⁴: So begrenzte Belgien den Gründerkreis anfangs auf natürliche Personen²⁸⁵ ebenso wie der Reformvorschlag des Landes Nordrhein-Westfalen.²⁸⁶ Die *s.r.l. semplificata* und die SARL-S kennen diese Einschränkung weiterhin, Ersterer sah zunächst sogar eine Altersgrenze von maximal 35 Jahren vor.²⁸⁷ Zusätzlich schrieb Belgien bis zu einer Reform von 2014 vor, dass die SPRL-S nur fünf Jahre bestehen darf, während Luxemburg eine Mehrfachbeteiligung verbietet.²⁸⁸ Italien und Luxemburg bieten zudem Vereinfachungen im Gründungsprozess an.²⁸⁹ Vergleichbar enthielt etwa noch der Regierungsentwurf zum MoMiG die Möglichkeit einer beurkundungsfreien Mustersatzung, auf die erst im Gesetzgebungsverfahren auf Anregung des Bundesrates verzichtet wurde.²⁹⁰

b) Die dänische IVS im politischen Sog

Exemplarisch verdient die IVS nähere Betrachtung: Zum einen verweisen die Gesetzgebungsmaterialien explizit auf die deutsche UG²⁹¹ und es gleichen sich viele Vorschriften.²⁹² Zum anderen sortierte sie der Reformgesetzgeber nach kurzer Zeit wegen ihrer vermeintlichen Mängel wieder aus.²⁹³ Im Gegensatz dazu ging in Belgien die SPRL-S im Zuge einer umfassenden Gesellschaftsrechtsre-

²⁸² Siehe *Priester*, ZIP 2006, 161, 161.

²⁸³ Vgl. *Fleischer*, in: MüKoGmbHG (Fn. 2), Einl. vor § 1 Rn. 210.

²⁸⁴ Vgl. zu den verschiedenen Reformvorschlägen *Spies* (Fn. 8), S. 38–75 unter der Überschrift „Alternativkonzepte zur Unternehmungsgesellschaft“.

²⁸⁵ Vgl. *Fleischer*, DB 2017, 291, 293.

²⁸⁶ Vgl. schon Fn. 110, § 12c Abs. 1 des Entwurfes.

²⁸⁷ Vgl. *Fleischer*, DB 2017, 291, 294 f., 295.

²⁸⁸ Vgl. *Fleischer*, DB 2017, 291, 293, 295.

²⁸⁹ Vgl. *Fleischer*, DB 2017, 291, 294 ff.

²⁹⁰ Vgl. *Heinze*, in: MüKoGmbHG (Fn. 2), § 2 Rn. 223 ff.

²⁹¹ Vgl. Bemærkninger til lovforslaget L 152, samling 2012-13, S. 106; vgl. *Fleischer*, DB 2017, 291, 295; *Lilja*, in: *Fleischer/Hansen/Ringe*, German and Nordic Perspectives on Company Law, 2015, S. 54.

²⁹² Vgl. *Fleischer*, DB 2017, 291, 295: Vorschriften zur Firmierung, Bareinlage- und Vollzahlungspflicht, Rücklagen i.H.v. 25% des Jahresüberschusses, „Ummeldung“ zur *anpartselskab* nach Gesellschafterbeschluss und Erhöhung des Stammkapitals; vgl. auch *Lilja* (Fn. 291), S. 66. Abweichend traf jedoch die Leitungsorgane einer IVS die kapitalgesellschaftsrechtliche Pflicht zur Sicherstellung einer angemessenen Kapitalausstattung, vgl. *Friis Hansen/Krenchel*, Dansk selskabsret, 2. Kapitalselskaber, 5. Aufl. 2019, S. 51 f., 297–300, 717–719.

²⁹³ Vgl. Bemærkninger til lovforslaget L 190, samling 2018-19 (1. samling), S. 4, Sp. 1, S. 5, Sp. 1.

form in der SPR auf, die nun auch mit einem Haftkapital von einem Euro gegründet werden kann.²⁹⁴ Der Misserfolg der IVS ist daher auch für die Diskussion um die deutsche UG von Interesse.

Ähnlich wie in Deutschland wurde die IVS im Wirtschaftsleben äußerst positiv aufgenommen und verzeichnete hohe Wachstumszahlen.²⁹⁵ Schon im Dezember 2014 – nur etwas mehr als eineinhalb Jahre nach der einstimmigen Verabschiedung des Einführungsgesetzes²⁹⁶ – plante die Regierung eine Analyse der Verwendung und des Nutzens der neuen Gesellschaftsform, die das Wirtschaftsministerium 2018 vorlegte.²⁹⁷ Kundige Literaturstimmen vermuten, dass sie aufgrund der politischen Situation in der Regierungskoalition überzeugende Gründe für die Abschaffung der IVS liefern sollte.²⁹⁸ In der Tat ist die offizielle Zusammenfassung der Analyse zurückhaltend und betont, dass die Erwartungen an die IVS enttäuscht worden seien.²⁹⁹ Andererseits zeigt sich bei näherer Lektüre, dass Zahlenmaterialien und Statistiken zwar kein eindeutiges, aber ein doch vorsichtig positives Bild zeichnen: Beispielsweise lässt sich zwar nicht mit Sicherheit feststellen, ob die Einführung der IVS zu mehr Unternehmensgründungen beigetragen hat, jedoch deuten die Zahlen eher darauf hin.³⁰⁰ Insofern scheint die Situation mit Deutschland vergleichbar.³⁰¹ Darüber hinaus hat die IVS mehr als erwartet zur dänischen Wirtschaft beigetragen und alleine 5.200 Arbeitsplätze geschaffen.³⁰²

Angesichts einer unklaren Datengrundlage nimmt es nicht wunder, dass die Deutung der Analyse in die eine oder andere Richtung ausfallen konnte.³⁰³ Politisch ließen sich leichter plakative Zahlen betonen, welche die Analyse hervor-

²⁹⁴ Art. 5:1 Code des sociétés et des associations; vgl. auch <<https://www.gtai.de/gtai-de/trade/recht/rechtsmeldung/belgien/belgien-neues-gesellschaftsrecht-ab-1-mai-2019-60566>> (4.10.2023).

²⁹⁵ Vgl. *Fleischer*, DB 2017, 291, 295 f.; vgl. ferner Zahlen des dänischen Wirtschaftsministeriums, nach denen innerhalb von drei Jahren 41.877 IVS gegründet wurden und diese 15% aller Unternehmensgründungen ausmachten, Erhvervsministeriet, *Analyse af iværksætterselskaber*, 2018, S. 12.

²⁹⁶ Vgl. L 152, 3. behandling den 16-05-2013.

²⁹⁷ Vgl. Fn. 295.

²⁹⁸ Vgl. *Hansen*, ECFR 2019, 677, 681, wonach die Dänische Volkspartei schon vorher die Abschaffung der IVS gefordert hatte und die Regierung auf deren Unterstützung angewiesen war.

²⁹⁹ Vgl. Erhvervsministeriet, *Analyse af iværksætterselskaber* (Fn. 295), S. 4 f.

³⁰⁰ Dieser Eindruck bleibt auch bei einem Vergleich mit der allgemeinen ökonomischen Entwicklung bestehen, vgl. Erhvervsministeriet, *Analyse af iværksætterselskaber* (Fn. 295), S. 3, 13 ff., Abbildung 3.2, 3.3.; gleichzeitig kommt die Analyse zum Schluss, dass der Großteil dieser Gründungen anstelle der IVS eine andere Unternehmensform gewählt hätten, vgl. ebd., S. 5.

³⁰¹ Vgl. *supra* Fn. 267.

³⁰² Vgl. *Hansen*, ECFR 2019, 677, 681; Zahlen vgl. Erhvervsministeriet, *Analyse af iværksætterselskaber* (Fn. 295), S. 5, 22.

³⁰³ Vgl. zu dieser Situation in Deutschland *Bayer/Hoffmann*, GmbHR 2018, 1156, 1167.

brachte: Die IVS verursache hohe Kosten für den Staat wegen der bei ihr häufiger auftretenden³⁰⁴ zwangsweisen Liquidation.³⁰⁵ Zwischen 2014–2016 seien die Ausgaben der Konkursgerichte von 32 Mio. auf 48 Mio. DKK gestiegen und 2016 entfielen davon schätzungsweise 28 Mio. DKK auf die IVS.³⁰⁶ Zusätzlich stand der Vorwurf im Raum, dass die Finanzbehörden die IVS im Rahmen ihrer Steuerschulden- und Betrugsprävention stärker als andere Gesellschaftsformen sanktioniere.³⁰⁷ Tatsächliche Steuerrückstände und Sanktionen konzentrierten sich aber nicht auf die IVS, sondern betrafen auch und teils sogar stärker die Vergleichsrechtsformen;³⁰⁸ sie hatten ihren Grund möglicherweise eher in bekannten Problemen bei den Finanzbehörden.³⁰⁹ Gleichzeitig überlebten mehr Unternehmen in der Rechtsform der IVS als Einzelpersonunternehmen.³¹⁰

Im Ergebnis fehlten klar überzeugende Gründe für die geforderte Abschaffung. Eine Gruppe von Gesellschaftsrechtsprofessoren adressierte daher das Parlament und forderte zielgerichtete Lösungen.³¹¹ Auch die dänische Arbeiterpartei übte sich in Opposition und schlug als Alternative ein einjähriges Moratorium für Neugründungen und eine stärkere rechtsvergleichende Analyse vor.³¹² Trotz des Widerspruchs schaffte der dänische Reformgesetzgeber die Unternehmergesellschaft nordischer Machart im April 2019 ab.³¹³ Bestehende IVS mussten sich in eine *anpartsselskab* „umregistrieren“ und die verbleibenden wurden zum 15.10.2021 zwangsaufgelöst.³¹⁴

³⁰⁴ Vgl. Erhvervsministeriet, Analyse af iværksætterselskaber (Fn. 295), S. 36 f., Tabelle 7.1., wonach 52% der beendeten IVS zwangsaufgelöst werden.

³⁰⁵ Vgl. Bemærkninger til lovforslaget L 190, samling 2018-19 (1. samling), S. 4, Sp. 1; vgl. auch die Parlamentsdiskussion, 1. behandling den 19-03-2019, L 190, samling 2019-19 (1. samling); vgl. Hansen, ECFR 2019, 677, 682, der dies eine der Überraschungen der Analyse nennt.

³⁰⁶ Vgl. Erhvervsministeriet, Analyse af iværksætterselskaber (Fn. 295), S. 42 ff. 28 Mio. DKK sind ca. 3,8 Mio. Euro.

³⁰⁷ Vgl. Hansen, ECFR 2019, 677, 681 f.; Bemærkninger til lovforslaget L 190, samling 2018-19 (1. samling), S. 5, Sp. 1; Hans Kristian Skibby in der Parlamentsdiskussion 1. behandling den 19-03-2019, L 190, samling 2019-19 (1. samling).

³⁰⁸ So waren die 2017 die durchschnittlichen und absoluten Steuerrückstände bei aktiven und beendeten *anpartsselskaber* höher als bei der IVS; ebenso wurden beide Gesellschaftsformen ähnlich häufig sanktioniert, vgl. Erhvervsministeriet, Analyse af iværksætterselskaber (Fn. 295), S. 47, Tabel 8.2, S. 54, Tabel 9.2.1, 9.2.2.

³⁰⁹ So Hansen, ECFR 2019, 677, 682 f.

³¹⁰ Gruppe der *enkeltmandsvirksomheder*; vgl. Erhvervsministeriet, Analyse af iværksætterselskaber (Fn. 295), S. 19 ff.

³¹¹ Vgl. Hansen, ECFR 2019, 677, 682 f.; Seehausen, Nordisk tidsskrift for selskabsret 2019 (4), 124, 126.

³¹² Vgl. Utvalget, Betænkning over Forslag til lov nr. L 190, samling 2018-19 (1. samling), S. 2 ff.

³¹³ Lov nr. 445 af 13. april 2019 om ændring af SL og ÅRL; vgl. Hansen, ECFR 2019, 677, 682 f., der beschreibt, dass die Regierung damit ihr Versprechen an die Dänische Volkspartei einhalten wollte.

³¹⁴ Vgl. Fn. 276; aus der Binnensicht und insbesondere zur Übergangszeit Seehausen, Nordisk tidsskrift for selskabsret 2019 (4), 124.

3. Rechtspolitischer Ausblick

Eine vergleichbare Fundamentalkritik wie in Dänemark ist in jüngerer Vergangenheit in Deutschland nicht mehr vorgebracht worden.³¹⁵ Gleichwohl gibt es auch hierzulande Verbesserungs- und Reformvorschläge, die einen Eindruck davon vermitteln, wie die UG in Zukunft aussehen könnte.

Erstens kann eine rechtsvergleichende Umschau die deutsche Diskussion³¹⁶ inspirieren, was hier nur kurz angerissen werden soll: Teilweise betonen Nachbarrechtsordnungen deutlicher das Leitbild des Existenzgründers, das auch der deutschen Reform zugrunde liegt. Vor diesem Hintergrund sind Begrenzungen, etwa auf natürliche Personen oder ein Verbot der Mehrfachbeteiligung, teleologisch nachvollziehbar und könnten außerdem allfälligem Missbrauch vorbeugen. Gleichzeitig erfordern solche Hürden einen erhöhten Regelungsaufwand und drohen, das schlanke Normengerüst der UG zu verkomplizieren.³¹⁷ Eine zeitliche Begrenzung, die zwangsläufig unflexibel ist und keine Lenkungswirkung auf die kritische Anfangsphase entfaltet, hat der belgische Gesetzgeber mit guten Gründen gestrichen.³¹⁸ Gründungserleichterungen wurden vor Einführung der UG als Vorteil der Limited angepriesen.³¹⁹ Dass sie im deutschen Reformprozess entfielen,³²⁰ hatte möglicherweise einen positiven Effekt. In Dänemark hat die Möglichkeit einer kostengünstigen Online-Gründung zu vielen sog. „Rotwein-Unternehmen“ geführt; solche IVS wurden spät an Freitagabenden registriert und ihre Gründer bereuten schon am nächsten Morgen ihre Entscheidung.³²¹ Unnötigen Gesellschaftsgründungen sollte vorgebeugt werden, was aber auch im Rahmen eines Online-Verfahrens möglich bleibt (siehe inzwischen § 2 Abs. 3 GmbHG i. V. m. §§ 16a ff. BeurkG).³²² Die Erfahrungen aus Dänemark hinsichtlich der Abschaffung der IVS zeigen außerdem, dass empirische Erhebungen häufig unterschiedliche Deutungen zulassen und scheinbar einfache Schlüsse rechtspolitisch schnell genutzt werden.³²³ Ähnliche Schnellschüsse gilt es in der deutschen Diskussion zu verhindern.

³¹⁵ Vgl. 2012 *Grimm* (Fn. 10), S. 419 f.; 2015 *Höfer* (Fn. 7), S. 76 ff.; Niemeier (Fn. 68), S. 544 ff.

³¹⁶ In Dänemark bei der Abschaffung der IVS vermissend *Seehausen*, *Nordisk tidsskrift for selskabsret* 2019 (4), 124, 126 f.

³¹⁷ Vgl. umfassend *Fleischer*, DB 2017, 291, 297 f. m. w. N.; *Hansen*, ECFR 2019, 677, 684 f.

³¹⁸ Vgl. eingehend *Fleischer*, DB 2017, 291, 296 f. m. w. N.

³¹⁹ Vgl. etwa *Gehb/Drange/Heckelmann*, NZG 2006, 88, 91.

³²⁰ So sah der RegE MoMiG (Fn. 3) noch die öffentliche Beglaubigung vor, S. 27 f.; kritisch dazu aus der Literatur etwa *Ulmer*, ZIP 2008, 45, 47 f.

³²¹ Vgl. *Hansen*, ECFR 2019, 677, 685.

³²² Vgl. *Hansen*, ECFR 2019, 677, 685; sich für die Online-Gründung aussprechend auch *Fleischer*, DB 2017, 291, 298, 300; ebenso auf den Übereilungsschutz hinweisend *Grimm* (Fn. 10), S. 419; *Heinze*, in: MüKoGmbHG (Fn. 2), § 2 Rn. 265, 21 ff.

³²³ Vgl. zu dieser Problematik auch in Deutschland *Bayer/Hoffmann*, GmbHR 2018, 1156, 1167.

Zweitens bleibt das Thesaurierungssystem der UG zu überdenken. Gerade in den kritischen ersten Jahren bietet es wenig zusätzlichen Schutz für die Gläubiger.³²⁴ Selbst in Ländern mit vollständigem Ausschüttungsverbot scheint die Thesaurierung nur in geringem Maße zu einer verbesserten Eigenkapitalausstattung zu führen.³²⁵ Gleichzeitig wird das thesaurierte Kapital bisher nicht dem Konzept des Reformgesetzgebers entsprechend für den Übergang zur GmbH genutzt.³²⁶ Erwägung verdient vor diesem Hintergrund, ob dem Gläubigerschutz nicht besser durch Gründungsvorgaben gedient wäre, wie z. B. einem verpflichtenden Finanzplan verbunden mit einer Haftung für anfängliche Unterkapitalisierung³²⁷, anstatt durch eine umgehungsträchtige und in ihrer Höhe nur gegriffene Thesaurierungspflicht.³²⁸

Drittens ist weiter zu verfolgen, wie sich die Firmierung der UG entwickelt. Der Reformgesetzgeber war sich bewusst, dass sich der Rechtsverkehr auch an Abkürzungen gewöhnen kann.³²⁹ Einen ersten Aufschlag hat *Ulrich Seibert* gewagt, der verschiedene Reformoptionen auslotet und sich von einer Flexibilisierung bessere Praxistauglichkeit erhofft, nicht zuletzt im internationalen Geschäftsverkehr.³³⁰ Dass der Rechtsverkehr aber schon ausreichend Zeit hatte, sich umfassend auf die neue Rechtsformvariante UG einzustellen, ist bis dato nicht belegt; mahnendes Gegenbeispiel ist die GmbH, die ganze 80 Jahre warten musste, bis ihre Abkürzung höchstrichterlich anerkannt wurde.³³¹ Mitunter sind daher Entscheidungen kritisch zu hinterfragen, sofern sie über den konkreten Einzelfall hinaus eine Verwässerung der strengen Vorschriften schon jetzt ohne Haftungsfolgen zulassen.³³² Dabei muss die wichtige Informationsfunktion des vollständig ausgeschriebenen Rechtsformzusatzes für den Rechtsverkehr und der damit verbundene Gläubigerschutz Berücksichtigung finden.³³³

³²⁴ Vgl. *Bayer/Hoffmann*, GmbHR 2018, 1156, 1168.

³²⁵ So erkennbar bei der IVS, vgl. Erhvervsministeriet, Analyse af iværksætterselskaber (Fn. 295), S. 31 f.

³²⁶ Vgl. *Bayer/Hoffmann*, GmbHR 2018, 1156, 1165, 1168.

³²⁷ Vgl. zur materiellen Unterkapitalisierung schon die Stellungnahme des Bundesrates (Fn. 115), S. 7 f.; *Miras*, in: BeckOK GmbHG (Fn. 132), § 5a Rn. 21 ff.; anerkannt auch in Dänemark, *Hansen*, ECFR 2019, 677, 681, 684. Zu Finanzplan und Haftung in Belgien rechtsvergleichend vgl. *Fleischer*, DB 2017, 291, 294, 299 f.; für Deutschland befürwortend auch *Grimm* (Fn. 10), S. 464 ff.; *Höfer* (Fn. 7), S. 260 ff.; für die SPR weiterhin vorgeschrieben, Art. 5:3, 5:4 Code des sociétés et des associations.

³²⁸ Generell eine Abschaffung befürwortend *Bayer/Hoffmann*, GmbHR 2018, 1156, 1165, 1168.

³²⁹ Vgl. *supra* Fn. 192.

³³⁰ Vgl. *Seibert* (Fn. 9), S. 913 f., 917 ff., der die UG für mittlerweile ausreichend bekannt erachtet; aus jüngerer Zeit zu einer Reform *Weinmann*, GmbHR 2022, 191.

³³¹ Vgl. BGHZ 62, 230 (1974).

³³² Vgl. LG Düsseldorf, NZG 2014, 823.

³³³ So auch BGH Urt. v. 13.1.2022 – III ZR 210/20, GmbHR 2022, 351, Rn. 26, wonach eine Haftung eingreife, wenn der Zusatz „weggelassen oder unzulässig abgekürzt wird“. Ebenso *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, 21. Aufl. 2023, GmbHG, § 5a Rn. 57; *Miras*, in:

Die UG hat sich mittlerweile fest in Deutschland etabliert und ein Ende ihres Wachstums ist nicht abzusehen. Daher lohnt es sich, weiter über sie und ihre Reformmöglichkeiten nachzudenken. Hierfür wäre insbesondere aktuelle und tiefergehende empirische Forschung hilfreich. Nur dann behält die deutsche Antwort auf den Wettbewerb der Rechtsordnungen auch im Angesicht kommender Herausforderungen ihre Aktualität und Berechtigung.

BeckOK GmbHG (Fn. 132), § 5a Rn. 59 f.; *J. Schmidt* (Fn. 60), S. 753; a.A. *Rieder*, in: MüKo-GmbHG (Fn. 2), § 5a Rn. 19; alle betonen jedoch die spezielle Fallgestaltung, die das LG Düsseldorf zu entscheiden hatte.

§ 14 Vereinigte Staaten: Benefit Corporation, Maryland 2010

Holger Fleischer

I.	Einführung	468
II.	Entstehung und Ausbreitung der B-Corp-Bewegung	468
	1. Drei Studienfreunde aus Stanford als B-Lab-Gründer	469
	2. Das private B-Corp-Zertifizierungsverfahren	470
	3. Die weltweite B-Corp-Bewegung	471
III.	Einführung und Verbreitung der Benefit-Corporation-Gesetzgebung	472
	1. Scheitern eines Other Constituency Statute in Kalifornien	472
	2. Ausarbeitung eines Modellgesetzes für eine eigenständige Benefit Corporation ..	472
	3. Einführung in verschiedenen Bundesstaaten	474
	a) Maryland als Front Runner	474
	b) Vermont und weitere Bundesstaaten als First Followers	475
	c) Delaware als gesellschaftsrechtlicher Marktführer	475
	d) Aktueller Rechtsstand und tatsächliche Verbreitung	477
IV.	Gesellschaftsrechtliche Grundstrukturen der Benefit Corporation	478
	1. Statutarisch verankerte Gemeinwohlförderung (<i>public benefit</i>)	479
	2. Verhaltenspflichten der Direktoren in Bezug auf Stakeholder-Belange	479
	3. Berichtspflicht (<i>benefit report</i>)	480
	4. Leitungspersonen mit Sonderzuständigkeit (<i>benefit director</i>)	480
	5. Klagerecht der Gesellschafter (<i>benefit enforcement proceeding</i>)	480
	6. Kein besonderes Gewinnausschüttungsverbot	481
V.	Konkurrierende Organisationsformen in einzelnen Bundesstaaten	482
	1. Low-Profit Limited Liability Company	482
	2. Social Purpose Corporation	483
	3. Benefit Limited Liability Company	483
VI.	Vertiefende Würdigung	484
	1. Non-Profit-Organisation als Initiatorin	484
	2. Juristische Erfinder und Wegbereiter	484
	3. Wirtschaftliche, gesellschaftliche und rechtswissenschaftliche Rahmen- bedingungen	485
	4. Wettbewerb der einzelstaatlichen Gesetzgeber	486
	5. Wettbewerb der Organisationsformen für Sozialunternehmen	487
	6. Entstehung der Benefit Corporation im Lichte verschiedener Theorieangebote ...	487
	a) Politische Ökonomie des Gesellschaftsrechts	487
	b) Innovations- und Diffusionsforschung	488
	c) Evolutionstheorie	489
	7. Vorläufige Erfolgsbeurteilung	489
	a) Wissenschaftliche Aufnahme	489
	b) Verbreitungsgrad	491

- c) Auswirkungen auf andere Rechtsformen 492
 d) Rezeptionsprozesse in anderen Ländern 493

I. Einführung*

„Pursuing Profit with Purpose“¹ oder umgekehrt „Purpose with Profit“² – unter dieser Überschrift haben in jüngerer Zeit Sozialunternehmen³ in Gestalt der Benefit Corporation Einzug in das US-amerikanische Gesellschaftsrecht gehalten. Den Auftakt machte der Bundesstaat Maryland, wo die Benefit Corporation im Oktober 2010 das Licht der Welt erblickte. Heute gibt es sie in 36 Bundesstaaten und dem District of Columbia. Außerdem hat man ihr Grundmodell inzwischen in verschiedenen ausländischen Rechtsordnungen aufgegriffen⁴ und jüngst auch nach ihren rechtspolitischen Perspektiven in Deutschland gefragt.⁵

Das vorliegende Kapitel geht den Ursprüngen dieser Rechtsformneuschöpfung nach. Wer ihre Geburt verstehen will, muss sich zunächst mit der sog. B-Corp-Bewegung vertraut machen, die bereits 2006 mit der „Certified B Corporation“ ein privates Gütesiegel für soziales und nachhaltiges Unternehmertum hervorgebracht hat (II.). Hiervon zu unterscheiden ist die Benefit Corporation als eine eigenständige Rechtsform, deren Einführung in zahlreichen US-amerikanischen Bundesstaaten (III.) mitsamt ihren gesellschaftsrechtlichen Grundstrukturen (IV.) sodann erläutert wird. Nach einem Seitenblick auf konkurrierende Organisationsformen (V.) folgt eine vertiefende Würdigung der Benefit Corporation unter verschiedenen Gesichtspunkten (VI.).

II. Entstehung und Ausbreitung der B-Corp-Bewegung

Hinter der B-Corp-Bewegung steht die B Lab Company (B Lab), eine gemeinnützige Organisation mit Sitz in Pennsylvania. Sie ist die geistige Schöpferin zweier eng zusammenhängender, aber sachlich zu trennender Einrichtungen, die

* Für eine frühere Version dieses Beitrags mit ausführlicherer Würdigung der Reformperspektiven in Deutschland *Fleischer*, AG 2023, 1.

¹ *Alexander*, Benefit Corporation Law and Governance. Pursuing Profit with Purpose, 2018; begriffsprägend zuvor schon *Westaway*, Profit & Purpose, 2014.

² *Serafeim*, Purpose with Profit: How Business Can Lift Up the World, 2022.

³ Begriff und Bestandsaufnahme bei *Peter/Vasserot/Silva*, The International Handbook of Social Enterprise Law, 2023; aus US-amerikanischer Sicht *Brakman Reiser/Dean*, Social Enterprise Law, 2017; jüngst *Fleischer/Pendl*, NZG 2023, 815.

⁴ Rechtsvergleichend bereits *Fleischer*, in: FS Seibert, 2019, S. 219, 227 ff.

⁵ Näher *Fleischer*, AG 2023, 1 Rn. 45 ff.

wegen ihrer ähnlichen Bezeichnungen oft miteinander verwechselt werden:⁶ die „Certified B Corporation“, kurz: B Corp, einerseits und die Benefit Corporation andererseits. Bei Ersterer handelt es sich um ein Gütesiegel im Rahmen eines privaten Zertifizierungsverfahrens, das B Lab allen interessierten Unternehmen bei Erfüllung anspruchsvoller Sozial- und Umweltstandards verleiht. Bei Letzterer geht es um eine gesetzlich neu eingeführte Organisationsform, die sich von der gewöhnlichen *business corporation* durch die statutarische Verfolgung von Gemeinwohlbelangen (*public benefit*) neben ihrer fortbestehenden Gewinnausrichtung unterscheidet. Für einen orientierenden Überblick erscheint es hilfreich, mit den handelnden Personen hinter B Lab und ihren Motiven zu beginnen.

1. Drei Studienfreunde aus Stanford als B-Lab-Gründer

Die Idee zur Gründung von B Lab stammt von drei Studienfreunden aus Stanford:⁷ *Jay Coen Gilbert* gründete den Sportartikelhersteller AND1, der jährlich fünf Prozent seines Gewinns für gemeinnützige Zwecke spendete, *Bart Houlahan* war zunächst Investmentbanker und später Verwaltungsratsvorsitzender von AND1, und *Andrew Kassoy* verwaltete das Privatvermögen eines bekannten US-amerikanischen Multimilliardärs. Alle drei entwickelten im Laufe ihres Geschäftslebens eine immer stärkere Abneigung gegen das unerbittliche Streben nach kurzfristigem Gewinn. Nach dem erfolgreichen Verkauf von AND1 beschlossen sie, eine Infrastruktur zu schaffen, die es Unternehmen ermöglicht, externes Kapital zu lukrieren und zugleich eine soziale Mission zu verfolgen. Eine wesentliche Voraussetzung dafür erblickten sie in der Ausarbeitung eines Standards, der Verbraucher, Investoren und Politiker zuverlässig über die Gemeinwohlorientierung zertifizierter Unternehmen unterrichtet. Ergänzend schwebte ihnen ein Rechtsrahmen vor, der Gesellschaften in den Stand versetzt, nachhaltiges und soziales Unternehmertum als zentrale Zwecksetzung statutarisch festzuschreiben.⁸ Zusätzlich bestärkt und weiter inspiriert wurden sie in ihrem Vorhaben, als sie im Mai 2006 auf einer Veranstaltung des Aspen Institute von der Community Interest Company erfuhren,⁹ die im Jahre 2005 im Vereinigten Königreich als neue Rechts-

⁶ Dazu *Tu*, 84 Geo. Wash. L. Rev. 121, 143 (2016): „Benefit Corporations incorporated under state law (‘Benefit Corporations’) are often confused with businesses that are B Corp certified by B Lab (‘Certified B Corps’)“; ähnlich *Manesh*, 97 N.C. L. Rev. 603, 609 n. 25 (2019): „Because B Lab chose a moniker for the new statutory business form, ‘benefit corporation’, that sounds confusingly similar to its private B Corporation certification, the statutory business form and the private business certification are often conflated.“

⁷ Zu Folgendem vor allem die detaillierte, wenn auch etwas hagiographisch angelegte Studie von *Marquis*, *Better Business. How the B Corp Movement is Remaking Capitalism*, 2020. Aufschlussreich auch *Hamermesh/Houlahan/Alexander/Osuky*, *A Conversation with B Lab*, 40 Seattle U. L. Rev. 321 (2017); ferner das Selbstzeugnis von *Houlahan/Kassoy/Gilbert*, 40 Seattle U. L. Rev. 299 (2017).

⁸ Vgl. *Marquis* (Fn. 7), S. 54 f.

⁹ Dazu *Marquis* (Fn. 7), S. 59.

form für Sozialunternehmen eingeführt worden war.¹⁰ Innerhalb eines Monats gründeten sie B Lab und starteten mit einem Büro im umgewidmeten Gästezimmer von *Gilberts* Haus. Am 5. Juli 2006 fand der erste offizielle Arbeitstag von B Lab statt – ein Tag, den die drei Studienfreunde später als „Interdependence Day“ bezeichneten und der bis heute jedes Jahr von B Lab zusammen mit vielen B Corps gefeiert wird.¹¹ In Anlehnung an die US-amerikanische Unabhängigkeitserklärung entwarf das Trio eine „Declaration of Interdependence“: „We envision a global economy that uses business as a force for good. This economy is comprised of a new type for corporations – the B Corporation – which is purpose-driven and creates benefit for all stakeholders, not just shareholders.“¹²

2. Das private B-Corp-Zertifizierungsverfahren

Ein zentrales Ergebnis der gemeinsamen Überlegungen war die Notwendigkeit, ein Zertifizierungsverfahren für soziale und nachhaltige Unternehmen zu entwickeln. Entsprechende Gütesiegel gab es bereits für Bio-Lebensmittel und andere „grüne“ Produkte, doch stellten sich die B-Lab-Gründer ein standardisiertes Zertifizierungsverfahren für Unternehmen aller Größenordnungen und Sektoren vor, das für marktweite Transparenz und Vergleichbarkeit sorgen sollte. Nach zahlreichen Ansätzen und Verbesserungsschleifen entstand so das B Impact Assessment (BIA), das ein Unternehmen ganzheitlich unter die Lupe nimmt und in fünf Teilbereiche untergliedert ist: Governance, Arbeitnehmer, Kunden, Zivilgesellschaft und Umwelt.¹³ Für eine Zertifizierung als B Corp muss ein Unternehmen mindestens 80 von maximal 200 Punkten erzielen. Zusätzlich zu dem „performance requirement“ muss das Unternehmen ein „legal requirement“ erfüllen, das zugleich das Bindeglied zur Corporate Governance darstellt: Danach muss jede B Corp in Satzung oder Gesellschaftsvertrag sicherstellen, dass ihre Leitungsorgane bei der Entscheidungsfindung Stakeholder-Belange mitberücksichtigen,¹⁴

¹⁰ Knapper Überblick bei *Gower/Davies/Worthington*, Principles of Modern Company Law, 10. Aufl. 2016, Rn. 1–12; für einen transatlantischen Vergleich von Benefit Corporation und Community Interest Company *Cho*, 37 Nw. J. Int'l L. & Bus. 149 (2016).

¹¹ Vgl. *Marquis* (Fn. 7), S. 60.

¹² B Corp Declaration of Interdependence, abrufbar unter <<https://www.bcorporation.net/en-us/certification>> (1.5.2024). Weiter heißt es in der Erklärung: „As certified B Corporations and leaders of the emerging economy, we believe: – That we must be the change we seek in the world. – That all business ought to be conducted as if people and place mattered. – That, through their products, practices, and profits, businesses should aspire to do no harm and benefit all. – To do so requires that we act with the understanding that we are each dependent upon another and thus responsible for each other and future generations.“

¹³ Abrufbar unter <<https://www.bcorporation.net/en-us/certification>> (1.5.2024); eingehend dazu *Marquis* (Fn. 7), S. 70 ff.; aus rechtlicher Sicht *Dorff*, 40 Seattle U. L. Rev. 515 (2017).

¹⁴ Vgl. <<https://www.bcorporation.net/en-us/about-b-corps/legal-requirements>> (1.5.2024); näher dazu *Tu*, 84 Geo. Wash. L. Rev. 121, 150 (2016).

um so das traditionelle Shareholder-Primacy-Denken zu überwinden.¹⁵ In Jurisdiktionen, die über eine Benefit Corporation verfügen, ist jedes Unternehmen seit Ende 2016 überdies verpflichtet, sich innerhalb von zwei Jahren seit der Zertifizierung als B Corp in eine Benefit Corporation umzuwandeln.¹⁶ Durchgeführt wird das gesamte Zertifizierungsverfahren von einem unabhängigen Standards Advisory Council.¹⁷ Für die Zertifizierung verlangt B Lab eine jährliche Registrierungsgebühr, die je nach Umsatz des Unternehmens zwischen 2.000 und 50.000 \$ beträgt. Alle drei Jahre ist eine Re-Zertifizierung vorgeschrieben.

Noch im Jahre 2006 begann B Lab, um die erste Kohorte von B Corps zu werben. Schon bei ihrem ersten Ansprechpartner Seventh Generation, einem Hersteller von umweltfreundlichen Reinigungs-, Papier- und Körperpflegeprodukten in Vermont und neben Ben & Jerry's und Patagonia eine der Ikonen sozialen Unternehmertums, hatten sie Erfolg.¹⁸ Mit dieser Referenz im Rücken gewannen sie weitere Vorbildunternehmen aus verschiedenen Wirtschaftszweigen: New Leaf Paper (nachhaltiges Büropapier), Pura Vida Coffee (Fair-Trade-Kaffee), Indigenous Designs (Bio- und Fair-Trade-Mode), Patagonia (Outdoor-Bekleidung und -Ausrüstung) und andere mehr.¹⁹

3. Die weltweite B-Corp-Bewegung

Heute ist B Corp ein international etabliertes Gütesiegel mit über 5.000 zertifizierten B Corporations in mehr als 70 Ländern und über 150 verschiedenen Branchen.²⁰ Für Deutschland weist das B Corp Directory inzwischen gut 50 Einträge aus zwölf verschiedenen Wirtschaftssektoren auf, zumeist kleinere Unternehmen und Start-ups in der Rechtsform der GmbH, gelegentlich auch der UG.²¹ Allmählich kommen größere und etablierte Unternehmen hinzu, etwa die Tochtergesellschaft des französischen Getränke- und Lebensmittelkonzerns Danone für Deutschland, Österreich und die Schweiz.²²

¹⁵ Zu dieser Zielrichtung *Houlahan/Kassoy/Gilbert*, 40 *Seattle L. Rev.* 299, 300 (2017): „B Lab was created nine years ago to address the challenges created by a financial system focused only on shareholder value.“; außerdem *Alexander* (Fn. 1), S. 7 ff. unter der Überschrift „Shareholder Primacy and its Discontents“; *Marquis* (Fn. 7), S. 31 ff. unter der Überschrift „Overthrowing Shareholder Primacy“.

¹⁶ Näher *Parker*, *B the Change: Social Companies, B Corps and Benefit Corporations*, 2018, S. 33 f.

¹⁷ Aufgaben und personelle Zusammensetzung dieses Gremiums sind abrufbar unter <<https://www.bcorporation.net/en-us/certification>> (1.5.2024).

¹⁸ Näher *Marquis* (Fn. 7), S. 75 f.

¹⁹ Dazu *Marquis* (Fn. 7), S. 77.

²⁰ Näher <<https://www.bcorporation.de>> (1.5.2024).

²¹ Vgl. <<https://www.bcorporation.net/en-us/find-a-b-corp>> (1.5.2024).

²² Vgl. Pressemitteilung vom 25.4.2022: „Die Danone-Produktkategorie ‚Milchfrische‘ hat mit der B Corp™ Zertifizierung eine der weltweit anspruchsvollsten Nachhaltigkeits-Zertifizierungen erhalten. [...] Danone ist damit dem ambitionierten Ziel, bis zum Jahr 2023 in Deutschland, Österreich und der Schweiz zu 100 Prozent B Corp zertifiziert zu sein, einen entscheidenden Schritt nähergekommen.“

III. Einführung und Verbreitung der Benefit-Corporation-Gesetzgebung

1. Scheitern eines Other Constituency Statute in Kalifornien

Wie bereits erläutert, strebten die B-Lab-Gründer zur Unterstützung ihrer Nachhaltigkeitsagenda von Anfang an eine gesellschaftsrechtliche Verankerung der Förderung von Stakeholder-Belangen an.²³ Hierfür gab es in den Vereinigten Staaten ein gewisses Vorbild in Gestalt der sog. Other Constituency Statutes, die eine Förderung von Nichtaktionärsinteressen erlauben und erstmals 1983 in Pennsylvania, anschließend in knapp dreißig weiteren Bundesstaaten (nicht aber in Delaware und Kalifornien) eingeführt wurden.²⁴ Hieran anknüpfend gelang es B Lab in Kalifornien, trotz erbitterten Widerstands der dortigen Bar Association ein solches Statut fast einstimmig durch beide Gesetzgebungskammern zu schleusen. Allerdings legte der damalige Gouverneur *Arnold Schwarzenegger* hiergegen sein Veto ein. Er gab den Sponsoren des Gesetzentwurfs jedoch einen brieflichen Ratschlag: Statt am etablierten *corporation law* herumzudoktern, sollten sie über alternative Corporate-Governance-Modelle nachdenken und eine eigenständige, neue Organisationsform entwickeln.²⁵ Die B-Lab-Gründer nahmen diesen Gedanken, den sie bis dato für zu kühn gehalten hatten,²⁶ bereitwillig auf.

2. Ausarbeitung eines Modellgesetzes für eine eigenständige Benefit Corporation

Zur Erarbeitung eines Gesetzentwurfs versicherte sich das B-Lab-Trio der Unterstützung von *William H. Clark*²⁷. Der strenggläubige *Clark* war auf dem zweiten Bildungsweg Anwalt geworden und arbeitete für eine große Sozietät aus Phila-

²³ Rückblickend *Houlahan*, in: *Hamermesh/Houlahan/Alexander/Osusky*, 40 Seattle U. L. Rev. 321, 329 f. (2017): „If you move all the way back, we always had on the roadmap the idea of the creation of a legislative initiative, but we needed a community to advocate for it. And the way to build that community for us was the creation of the certification. So we found leaders.“

²⁴ Vgl. *Cox/Hazen*, Business Organizations Law, 5. Aufl. 2020, § 4.5, S. 108 ff.; eingehend *Orts*, 61 Geo. Wash. L. Rev. 14 (1992).

²⁵ Wörtlich hieß es in dem Brief: „California should be at the forefront of all states in considering alternative models of corporate governance for the new millennium. This is potentially another opportunity for California to once again lead to a new era of innovation. I urge the legislature to consider and study new styles of corporate governance that can offer alternatives to the current model [...]“, zitiert nach *Marquis* (Fn. 7), S. 87; erläuternd *Gilbert*: „[Schwarzenegger] asked the sponsors to work on creating a distinct corporate entity, not simply an enabling constituency statute.“, zitiert nach *Marquis* (Fn. 7), S. 87.

²⁶ Dazu *Gilbert*, zitiert nach *Marquis* (Fn. 7), S. 87: „This was our preferred solution as well; we just did not think anyone would be supportive of what we perceived as a more radical innovation.“

²⁷ Näher zu ihm und seinem privaten und beruflichen Werdegang *Marquis* (Fn. 7), S. 87 ff.

delphia, Drinker, Biddle & Reath, zu deren Mandanten auch AND1 gehörte. Alle vier brüteten mehr als sechs Monate über verschiedenen Modellen für eine Benefit Corporation, über die auch anderwärts nachgedacht wurde.²⁸ Eingedenk der Anregung von *Schwarzenegger* entschieden sie sich schließlich für ein Opt-in-Modell²⁹. Aus *Clarks* Feder³⁰ stammt die „Model Benefit Corporation Legislation“ (MBCL), ein mit erläuternden Kommentaren versehenes Mustergesetz, das aus vier Abschnitten mit insgesamt 13 Vorschriften besteht³¹ und den meisten Bundesstaaten später tatsächlich als legislatorische Blaupause dienen sollte.³²

Außerdem verfasste *Clark* ein aufschlussreiches Weißbuch, das über die Motive zur Schaffung der Benefit Corporation als einer neuen Organisationsform unterrichtet.³³ Eingangs heißt es dort, dass Social Entrepreneurship, Impact Investing und die gesamte Nachhaltigkeitsbewegung inzwischen eine kritische Masse erreicht hätten und nun an einem Wendepunkt stünden. Sowohl bei Verbrauchern als auch bei Investoren und Unternehmern bestehe eine hohe Nachfrage nach Organisationsformen, die es Unternehmen ermöglichen, sich zugleich gewinn- und gemeinwohlorientiert zu betätigen.³⁴ Der hergebrachte rechtliche Regelungsrahmen vermöge diese Nachfrage nicht zu befriedigen, weil er eine strenge Zweiteilung in For-Profit- und Non-Profit-Organisationen vorsehe.³⁵ Nach eingeschliffener Spruchpraxis seien die Organmitglieder einer *business corporation* nämlich einem Shareholder-Value-Ansatz verpflichtet, der die Gewinnmaximierung zum vorrangigen oder sogar ausschließlichen Unternehmensziel erhebe.³⁶ Dies zeigten Grundsatzentscheidungen wie *Dodge v. Ford Motor Co.* aus dem

²⁸ Dazu *Marquis* (Fn. 7), S. 89.

²⁹ So *Clark*: „An opt-in-model would be consistent with what Schwarzenegger had suggested, and thus much less worrisome than a similar change to the base corporate code when you’re asking politicians to vote for something.“, zitiert nach *Marquis* (Fn. 7), S. 89.

³⁰ Vgl. die Selbstzuschreibung bei *Clark/Babson*, 38 Wm. Mitchell L. Rev. 817 mit Fn.* (2012): „Mr. Clark drafted all of the benefit corporation legislation that has been enacted or introduced as of the publication of this article.“

³¹ Vgl. <<https://benefitcorp.org/attorneys/model-legislation>> (1.5.2024).

³² Vgl. *Houlahan/Kassoy/Gilbert*, 40 Seattle U. L. Rev. 299, 300 (2017): „His [William Clark’s] model was the one adopted in Maryland in 2010 and in most other jurisdictions that have authorized benefit corporations.“

³³ Vgl. *Clark/Vranka*, White Paper: The Need and Rationale for the Benefit Corporation: Why It Is the Legal Form That Best Addresses the Needs of Social Entrepreneurs, Investors, and Ultimately, the Public, January 18, 2013; vertieft zuvor bereits *Clark/Babson*, 38 Wm. Mitchell L. Rev. 817 (2012).

³⁴ So *Clark/Vranka* (Fn. 33), S. 2 ff.; eingehend *Clark/Babson*, 38 Wm. Mitchell L. Rev. 817, 819 ff. (2012) unter der Zwischenüberschrift „Market Demand by Consumers, Investors, and Social Entrepreneurs“.

³⁵ Eingehend *Clark/Babson*, 38 Wm. Mitchell L. Rev. 817, 825 ff. (2012) unter der Zwischenüberschrift „Existing Corporation Law Does Not Accomodate For-Profit Mission-Driven Companies“.

³⁶ Näher *Clark/Vranka* (Fn. 33), S. 7 ff.

Jahre 1919³⁷ und *eBay Domestic Holdings, Inc. v. Newmark* von 2010³⁸ sowie im übernahmerechtlichen Kontext *Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holding, Inc.* aus dem Jahre 1986³⁹. An diesem Grundbefund könnten weder die verbreiteten Other Constituency Statutes in den Gliedstaaten noch die richterrechtliche Business Judgment Rule etwas ändern, weil beide den Direktoren lediglich ermöglichten, Stakeholder-Belange bei ihrer Entscheidungsfindung zu berücksichtigen, ohne sie indes hierzu zu verpflichten.⁴⁰ Angesichts dieser beträchtlichen Rechtsunsicherheit seien neue rechtliche Lösungen unumgänglich, die den einzigartigen Bedürfnissen der *for-profit mission driven businesses* besser Rechnung trügen.⁴¹

3. Einführung in verschiedenen Bundesstaaten

a) Maryland als Front Runner

Eine erste unverhoffte Gelegenheit zur Einführung der Benefit Corporation bot sich im Ostküstenstaat Maryland. Auf einer Investoren-Party in Washington D.C. im Herbst 2009 traf B-Lab-Mitgründer *Kassoy* auf *Jamie Ruskin*, damals Mitglied des Senats von Maryland und zeitweilig Juraprofessor an der American University. Nachdem er ihm die Idee der Benefit Corporation vorgestellt hatte, antwortete dieser begeistert: „Oh, this is perfect! This is exactly what we need in Maryland. This would make us like the Delaware for sustainable business!“⁴² Zwei Tage später erhielt *Kassoy* einen Telefonanruf von *Ruskin*, er wolle schon nächste Woche einen Gesetzentwurf in den Senat von Maryland einbringen. Zur Eile trieben *Ruskin* nach eigenem Bekunden drei Ereignisse, in denen er Auswüchse eines unverantwortlichen Unternehmertums erblickte: ein schweres Grubenunglück in West Virginia aufgrund zahlreicher Verstöße gegen Sicherheitsvorschriften, die Ölpest im Golf von Mexiko durch die Explosion der Ölplattform Deepwater Horizon und die dramatische Hypothekenkrise in den Vereinigten Staaten.⁴³ *Ruskin* erläuterte seinen Senatskollegen, dass die Benefit-Corporation-Gesetzgebung einen finanziellen Segen für Maryland verspreche, weil sich die

³⁷ 204 Mich. 459, 507 (1919): „A business corporation is organized and carried on primarily for the profit of the stockholders. The powers of the directors are to be employed for that end. The discretion of directors is to be exercised in the choice of means to attain that end, and does not extend to a change in the end itself, to the reduction of profits, or to the non-distribution of profits among stockholders in order to devote them to other purposes.“

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

³⁹ 506 A.2d 173, 182 (Del. 1986): „[C]oncern for non-stockholder interest is inappropriate when an auction among active bidders is in progress.“

⁴⁰ Vgl. *Clark/Vranka* (Fn. 33), S. 9 ff.

⁴¹ So ausdrücklich *Clark/Vranka* (Fn. 33), S. 14.

⁴² Zitiert nach *Marquis* (Fn. 7), S. 90.

⁴³ Ausführlicher dazu *Ruskin*, wiedergegeben bei *Marquis* (Fn. 7), S. 90.

Gesellschaften hier registrieren und ihre Gebühren entrichten würden, ohne dass es Maryland etwas koste.⁴⁴ *Ruskins* demokratische Parteikollegen waren von dem Gesetzgebungsvorschlag sofort angetan und auch die meisten Republikaner fanden hieran nichts auszusetzen. Am 13. April 2010 unterzeichnete der Gouverneur von Maryland das Gesetz, das dann am 1. Oktober 2010 in Kraft trat.⁴⁵ An diesem Tag warteten bereits elf Unternehmen vor der zuständigen Behörde, um sich als Benefit Corporation registrieren zu lassen. Die Nase vorn hatte Big Bad Woof, eine umweltfreundliche Tierhandlung, gefolgt von Blessed Coffee, einem Fair-Trade-Kaffee-Importeur.⁴⁶

b) Vermont und weitere Bundesstaaten als First Followers

Nur einen Monat später wurde ein entsprechendes Gesetz in Vermont verabschiedet.⁴⁷ Treibende Kraft war dort eine Gruppe sozial verantwortlicher Unternehmen unter maßgeblicher Mitwirkung von Vermont Business for Social Responsibility und Vermont Employee Ownership Center, die sich der Unterstützung der Vermont Bar Association versicherten.⁴⁸ In rascher Folge meldeten weitere Bundesstaaten Interesse an einer Benefit-Corporation-Gesetzgebung an, die das B-Lab-Trio tatkräftig durch Gespräche vor Ort und Übermittlung von erläuternden Dokumenten unterstützte. Im Jahre 2011 wurden entsprechende Gesetze in Kalifornien, Hawaii, New Jersey, New York und Virginia verabschiedet. 2012 folgten fünf weitere Bundesstaaten: Illinois, Louisiana, Massachusetts, Pennsylvania und South Carolina. Ganz überwiegend erfuhren die Gesetzesinitiativen Unterstützung von beiden politischen Lagern und wurden mit großen Mehrheiten verabschiedet.⁴⁹

c) Delaware als gesellschaftsrechtlicher Marktführer

Die eigentliche Nagelprobe für Erfolg oder Misserfolg der neuen Organisationsform wartete in Delaware,⁵⁰ der Hochburg des US-amerikanischen Gesellschafts-

⁴⁴ So *Ruskin*, zitiert nach *Marquis* (Fn. 7), S. 92.

⁴⁵ Benefit Corporation, S.B. 690, 2010 Leg., 427th Sess. (Md. 2010).

⁴⁶ Vgl. *Marquis* (Fn. 7), S. 93.

⁴⁷ Vermont Benefit Corporations Act, S. 263, 2009–2010 Leg. Gen. Assemb., Reg. Sess. (Vt. 2010).

⁴⁸ Dazu *Marquis* (Fn. 7), S. 96.

⁴⁹ Dazu *Marquis* (Fn. 7), S. 98; eingehend auch *Dorff*, 42 Del. J. Corp. L. 77, 84 (2017): „These states [with benefit corporation statutes] cross traditional party divides, encompassing both blue states (such as California and New York) and red states (such as Louisiana and Arkansas). Similarly, the states that have not yet adopted the new form include blue states such as Maine, and red states, such as Alabama, and Wyoming.“

⁵⁰ Vgl. *Dorff*, 42 Del. J. Corp. L. 77, 83 f. (2017): „Delaware carries so much credibility in the corporate arena that had it chosen to reject the new form, the benefit corporation movement might well have withered and died. Transactional lawyers might have pointed to Delaware’s decision as grounds to avoid the new form, and investors and entrepreneurs might reasonably have regarded it with much greater suspicion.“

rechts⁵¹: „If you can make it there, you’ll make it anywhere.“ Weil Delaware traditionell Wert auf seine eigenen Gesetze legt, griff B Lab als Diskussionsgrundlage nicht auf *Clarks Model Legislation* zurück, sondern zeigte sich kompromissbereit. Erste Treffen mit dem Corporation Law Council of the Corporate Law Section der Delaware State Bar Association⁵² verliefen äußerst zäh, obwohl sich B Lab der Unterstützung von *Leo Strine*, damals Chancellor des Delaware Court of Chancery, und *Jack Markell*, dem damaligen Gouverneur, versichert hatte.⁵³ Den Durchbruch brachte ein Treffen im September 2012 mit Vertretern der führenden Anwaltssozietäten in Delaware, zu dem B Lab die Gründer und CEOs mehrerer B Corps und bekannte Investoren einlud.⁵⁴ Gleichwohl dauerte es noch bis Februar 2013,⁵⁵ ehe sich alle Seiten auf den endgültigen Gesetzestext verständigt hatten. Dabei ließ sich die Bar Association letztlich von der Erwägung leiten, dass ein entsprechender Unternehmer- und Investorenwille respektiert werden sollte.⁵⁶ Am 1. August 2013 wurde das neue Gesetz unterzeichnet. Es weicht in verschiedener Hinsicht von der üblichen Benefit-Corporation-Gesetzgebung ab: Dies beginnt bei dem Namen – Delaware Public Benefit Corporation (PBC)⁵⁷ –

⁵¹ Vgl. statt vieler *Broughman/Fried/Ibrahim*, 57 J.L. & Econ. 865 (2014) unter dem Titel „Delaware Law as Lingua Franca: Theory and Evidence“.

⁵² Dazu *Dorff*, 42 Del. J. Corp. L. 77, 88 (2017): „Delaware corporate statutes, unlike most legislation, often originate not with the legislature but with a committee of the Delaware State Bar Association [...]“

⁵³ Vgl. *Marquis* (Fn. 7), S. 100.

⁵⁴ Rückblickend dazu *Kassoy*: „We went down there, and there were literally eighteen middle-aged white men [...] from each of the big Delaware law firms. [...] We had this giant conversation to try to help them understand why it mattered to these entrepreneurs and investors to have a different corporate form. It was a seminal moment. After that, every time we had a meeting with any of these lawyers, they would talk about one of the specific examples from that meeting, saying ‘This is why we need a statute in Delaware’.“; zitiert nach *Marquis* (Fn. 7), S. 100 f.

⁵⁵ Dazu *Marquis* (Fn. 7), S. 101: „In February 2013, Strine called a meeting with Alexander, other key leaders of the bar, and the B Lab cofounders. When they were all in the same room, Strine invited the bar to share its draft statute and then announced that no one could leave until they’d all agreed on a statute together.“

⁵⁶ Vgl. *Alexander* (Fn. 1), S. 3: „Members of the council found it particularly persuasive that there were business founders and investors who believed that benefit corporation law was a better fit for some businesses than conventional corporate law.“; *Hamermesh/Houlahan/Alexander/Osuskay*, A Conversation with B Lab, 40 Seattle U. L. Rev. 321, 328 (2017): „Even without necessarily believing that the benefit corporation is the best model, there’s a strong logic from the Delaware perspective saying, ‘Gee, if there are entrepreneurs and investors who want to use a form that has something other than shareholder primacy, we ought not prevent them from doing that unless there’s some very strong, paternalistic reason for doing so.’ And as we thought about it, we didn’t think there was.“

⁵⁷ Kritisch dazu *Dorff*, 42 Del. J. Corp. L. 77, 86 (2017): „Delaware’s term may cause some confusion, as some states, such as California, use this term to refer to nonprofit corporations.“

und endet bei den weniger strengen Verpflichtungen für diese neue Organisationsform.⁵⁸ Auf Einzelheiten ist zurückzukommen.⁵⁹

Unter den Förderern von sozialen und nachhaltigen Unternehmen wurde das neue Gesetz als „seismic shift“⁶⁰ im US-amerikanischen Gesellschaftsrecht gefeiert. Auch bei bisher zögerlichen Bundesstaaten verfehlte die Entscheidung des gesellschaftsrechtlichen Marktführers Delaware für eine solche hybride Organisationsform zwischen Gewinn- und Gemeinwohlorientierung ihre Wirkung nicht: Innerhalb von zwei Jahren verdoppelte sich die Zahl der Einzelstaaten mit eigener Benefit-Corporation-Gesetzgebung.⁶¹

d) Aktueller Rechtsstand und tatsächliche Verbreitung

Heute ermöglichen insgesamt 36 Bundesstaaten und Washington D.C. die Gründung einer eigenen Benefit Corporation. Die meisten von ihnen folgen der Model Benefit Corporation Legislation,⁶² während sich eine Handvoll Bundesstaaten am Delaware-Modell orientiert.⁶³

Hinsichtlich der tatsächlichen Verbreitung der Benefit Corporation in der Unternehmenspraxis mangelt es an aktuellen und verlässlichen Daten.⁶⁴ Dies liegt zum einen an der dezentralen Datenaufbereitung durch die einzelnen Bundesstaaten,⁶⁵ zum anderen an ungenauen Datenerhebungen, die nicht zwischen Benefit Corporations und B Corps unterscheiden. Durch eine Zusammenschau verschiedener Quellen erhält man immerhin eine Vorstellung von der ungefähren Größenordnung. Einen ersten Orientierungspunkt bildet eine Aufstellung von B Lab aus dem Jahre 2017, nach der es zu diesem Zeitpunkt 4.186 Benefit Corporations und 1.010 Benefit LLCs gab.⁶⁶ Eine weitere Studie von 2018 hat 7.704 „Benefit Companies“ gezählt, nimmt aber keine weitere Auffächerung zwischen

⁵⁸ Zusammenfassend *Murray*, 22 Transactions: Tenn. J. Bus. L. 207, 215 (2021): „The Delaware Model is more of an enabling act when contrasted against the prescription of the B Lab Model.“

⁵⁹ Dazu sogleich unter IV.

⁶⁰ *Marquis* (Fn. 7), S. 101.

⁶¹ Vgl. *Dorff*, 42 Del. J. Corp. L. 77, 84 (2017): „While it took four years for fifteen states to authorize some version of the benefit corporation before Delaware acted, it took only half that time to double the number once Delaware passed its version.“

⁶² Vgl. Fn. 32.

⁶³ Vgl. *Alexander* (Fn. 1), S. 87; *Manesh*, 97 N.C. L. Rev. 603, 615 (2019): „Given Delaware’s influence in the business law world, it is unsurprising that other states – including Colorado, Kansas, Kentucky, Tennessee, and Minnesota – have since adopted some or all aspects of Delaware’s statute.“

⁶⁴ So auch der Befund von *Dorff/Hicks/Solomon*, 11 Harv. Bus. L. Rev. 113, 115 (2021): „While there has been significant hype and theoretical consideration of this new form, to date there has been little empirical study.“

⁶⁵ Vgl. *Dorff*, 42 Del. J. Corp. L. 77, 84 (2017): „It is not possible to be certain of the precise number of benefit corporations, since many states are not categorizing them separately.“

⁶⁶ Vgl. <<https://www.dataworld/blab/b-corp-impact-data>> (1.5.2024).

Benefit Corporations und Benefit LLCs⁶⁷ vor.⁶⁸ In einer Buchpublikation von 2020 ist von mehr als 10.000 Benefit Corporations die Rede,⁶⁹ ohne dass dies allerdings näher belegt wird.

Eine kürzlich vorgelegte empirische Studie zur Public Benefit Corporation in Delaware dokumentiert für den Zeitraum von 2013 bis 2019, dass Unternehmen mit diesem Rechtskleid in der Lage waren, in beträchtlichem Umfang Eigenkapital von gewöhnlichen Venture-Capital-Gesellschaften in frühen Finanzierungsrunden einzuwerben.⁷⁰ Die Autoren werten dies als vorsichtiges Zeichen dafür, dass die Public Benefit Corporation künftig weiter an Bedeutung gewinnen könnte, vor allem für Geschäftsmodelle, die unmittelbar auf Endverbraucher abzielen.⁷¹ Hervorhebung verdient schließlich noch, dass inzwischen mehrere Benefit Corporations an die Börse gegangen sind: Den Anfang machte Laureate Education, ein Betreiber von Hochschuleinrichtungen, im Jahre 2017, gefolgt von Lemonade, einem Sach- und Unfallversicherer, Vital Eggs, einem Eier- und Milchproduzenten, und Amalgamated Bank, alle im Jahre 2020.⁷² Jüngst sind das Biotech-Unternehmen Zymergen und der Sportschuhhersteller Allbirds hinzugekommen.

IV. Gesellschaftsrechtliche Grundstrukturen der Benefit Corporation

Die Regelungen zur Benefit Corporation finden sich durchweg in einem eigenen Abschnitt der einzelstaatlichen *corporation*-Gesetze.⁷³ Die jeweilige Eingangs-

⁶⁷ Näher zur Benefit LLC unter V 3.

⁶⁸ Vgl. *Berrey*, 20 Transactions: Tenn. J. Bus. L. 21 (2018) mit dem Zusatz (44): „This figure is an undercount, given the uneven availability of data.“

⁶⁹ So *Marquis* (Fn. 7), S. 102.

⁷⁰ Vgl. *Dorff/Hicks/Solomon*, 11 Harv. Bus. L. Rev. 113, 116 (2021): „We find that early-stage investment in PBCs is indeed significant (over \$2.5 billion) and includes well-known companies such as Allbirds, Lemonade, and Numi Tea.“

⁷¹ Vgl. *Dorff/Hicks/Solomon*, 11 Harv. Bus. L. Rev. 113, 115 (2021): „We theorize that the current nascent cycle of PBC investments will create a path for future adoption and solidify the PBC as a viable choice of corporate form. Our empirical results lead us to believe that the selection of the PBC form is more likely in areas where business models implicate direct consumer choice – and concomitantly, where the mission of the company, the investor and the consumer align.“

⁷² Näher *Guterman*, Benefit and Social Purpose Corporation, ssrn.com/abstract=4256244, october 2022, S. 11 f.

⁷³ Vgl. etwa Subtitle 6C des Maryland Corporations and Associations Act und Subchapter XV des Delaware General Corporation Law; dazu etwa *Westaway/Sampselle*, 62 Emory L.J. 999, 1033 (2013): „The benefit corporation laws of each state position the benefit corporation statutory regime within the context of the state’s general corporation law, unlike the flexible purpose corporation (FPC), which has been adopted as a standalone entity with no necessary relationship to the general corporation law.“

vorschrift verweist pauschal auf die allgemeinen Vorschriften für *corporations*, sofern der Abschnitt für die Benefit Corporation nichts Abweichendes vorsieht.⁷⁴ Damit handelt es sich bei der Benefit Corporation um eine bloße Rechtsformvariante;⁷⁵ treffend ist von einem „subtype of corporation“⁷⁶ die Rede. Die folgenden Erläuterungen können sich daher auf die charakteristischen Sonderregelungen für Benefit Corporations konzentrieren.

1. Statutarisch verankerte Gemeinwohlförderung (*public benefit*)

Kennzeichnend für die Benefit Corporation ist zunächst eine bestimmte Zweckvorgabe in der Satzung. Nach § 201(a) MBCL muss sie den Zweck verfolgen, einen allgemeinen Nutzen für das Gemeinwohl (*general public benefit*) zu stiften.⁷⁷ Ausweislich der Legaldefinition in § 102 MBCL versteht man darunter eine wesentliche positive Auswirkung auf Gesellschaft und Umwelt durch die Geschäftstätigkeit der Benefit Corporation, gemessen an einem Drittparteien-Standard. Zudem kann die Satzung nach § 201(b) MBCL weitere spezifische Gemeinwohlbelange (*specific public benefits*) vorsehen, die in einer nicht abschließenden Liste in § 102 MBCL aufgezählt werden. Zu ihnen gehören etwa die Bereitstellung nützlicher Erzeugnisse oder Dienstleistungen für geringverdienende oder unterversorgte Einzelpersonen und Gemeinden, der Schutz oder die Wiederherstellung der Umwelt, die Verbesserung der Volksgesundheit, die Förderung von Kunst und Wissenschaft sowie die Finanzierung gemeinwohlorientierter Einrichtungen. Variierend verlangt § 362(a)(1) DGCL statt eines allgemeinen Nutzens für das Gemeinwohl die statutarische Festschreibung eines oder mehrerer spezifischer Gemeinwohlbelange.

2. Verhaltenspflichten der Direktoren in Bezug auf Stakeholder-Belange

Als Herzstück des Modellgesetzes⁷⁸ gilt § 301(a)(1) MBCL, der die Verhaltenspflichten des *board of directors* und sämtlicher Direktoren ausbuchstabiert. Danach sind diese bei der Erfüllung ihrer Aufgaben verpflichtet, die Auswirkungen ihres Tuns und Unterlassens auf Anteilseigner, Arbeitnehmer, Tochtergesellschaften und Zulieferer zu berücksichtigen, sowie die Auswirkungen auf die Begünstig-

⁷⁴ Vgl. § 101(c) MBCL; dazu etwa *Brakman Reiser*, 46 Wake Forest L. Rev. 591, 595 f. (2011); *Westaway/Sampselle*, 62 Emory L.J. 999, 1033 (2013).

⁷⁵ Allgemein dazu im Vergleich zu anderen Konstruktionen für eine Rechtsformneuschöpfung *Fleischer*, NZG 2022, 827, 830.

⁷⁶ *Manesh*, 97 N.C. L. Rev. 603, 610 (2019); nicht ganz eindeutig *Brakman Reiser*, 46 Wake Forest L. Rev. 591, 595 (2011): „Yet, all of the benefit corporation statutes envision a form of organization that is distinct from the standard corporate form.“

⁷⁷ Dazu auch der *Comment* zu § 201 MBCL: „Every benefit corporation has the corporate purpose of creating general public benefit.“

⁷⁸ So auch der *Comment* zu § 301 MBCL: „This section is at the heart of what it means to be a benefit corporation. These provisions address corporate purpose, accountability, and transparency.“

ten des allgemeinen oder spezifischen Gemeinwohlbelangs, die ortsansässigen Gemeinden, die lokale wie globale Umwelt und die kurz- und langfristigen Interessen der Benefit Corporation. Nach § 301(a)(3) MBCL brauchen die Direktoren keinem dieser Einzelbelange den Vorrang einzuräumen, sofern die Satzung das nicht ausdrücklich anordnet. Wie der offiziöse Kommentar erläutert, werden mit diesen Regelungen die Vorgaben der zitierten Leitentscheidungen zur Gewinnmaximierung im Aktionärsinteresse⁷⁹ zurückgewiesen.⁸⁰ In Abweichung davon sieht § 365(a) DGCL nur, aber immerhin vor, dass der *board of directors* die Public Benefit Corporation in einer Weise führt, welche die Vermögensinteressen der Aktionäre, die Interessen derer, die von dem Geschäftsgebaren der Gesellschaft wesentlich betroffen sind („materially affected“), und die statutarischen Gemeinwohlbelange gegeneinander abwägt („balance“).

3. Berichtspflicht (*benefit report*)

Zur Überprüfung ihrer gemeinwohlorientierten Tätigkeit muss die Benefit Corporation gemäß § 401 MBCL jährlich einen sog. *benefit report* erstellen, der nach § 402 MBCL allen Aktionären zu übermitteln und auf ihrer Internetseite zu veröffentlichen ist. Eine obligatorische Prüfung dieses Berichts findet nicht statt. Ähnlich, aber nicht vollständig deckungsgleich verlangt § 366(b) DGCL, dass die Public Benefit Corporation ihren Aktionären zumindest alle zwei Jahre eine Erklärung dazu abgibt, wie sie den statutarischen Gemeinwohlbelang fördert. Die Satzung kann nach § 366(c) DGCL eine häufigere Berichterstattung, eine Offenlegung der Erklärung gegenüber der Allgemeinheit und die Verwendung eines Drittparteien-Standards in Bezug auf die Förderung des Gemeinwohls festschreiben.

4. Leitungspersonen mit Sonderzuständigkeit (*benefit director*)

Gemäß § 302 MBCL kann nach allgemeinen Regeln ein unabhängiger *benefit director* gewählt werden. Ihm obliegt die Erstellung eines Berichts darüber, ob Gesellschaft und Direktoren im Einklang mit den statutarischen Gemeinwohlbelangen gehandelt haben (*annual compliance statement*). Zusätzlich kann die Gesellschaft gemäß § 304 MBCL einen *benefit officer* ernennen, der den *benefit report* zu erstellen hat. Entsprechende unternehmensverfassungsrechtliche Optionen sind im Recht von Delaware für die Public Benefit Corporation nicht vorgesehen.

5. Klagerecht der Gesellschafter (*benefit enforcement proceeding*)

Neben dem *benefit report* und einem etwaigen *benefit director* gibt es noch ein weiteres Instrument zur Durchsetzung der statutarisch zu verfolgenden Gemein-

⁷⁹ Einzelnachweise in Fn. 37–39.

⁸⁰ Vgl. *Comment* zu § 301 MBCL.

wohlbelange, das sog. *benefit enforcement proceeding*. Klagebefugt sind nach § 305(c) MBCL die Gesellschaft selbst und im Wege des *derivative suit* eine Gesellschafterminderheit von wenigstens zwei Prozent.⁸¹ Dagegen können die statutarisch Begünstigten der Gesellschaft selbst nicht klagen;⁸² ihnen gegenüber obliegen den Direktoren gemäß § 301(d) MBCL keine eigenen Pflichten.⁸³ Anschaulich hat eine Literaturstimme daher von einer „separation of benefit and control“⁸⁴ gesprochen. Außerdem werden die Direktoren nach § 301(c) MBCL vor allfälligen Schadensersatzansprüchen im Zusammenhang mit ihrer gemeinwohlorientierten Amtsausübung abgesichert. Auch in Delaware können Aktionäre, die einzeln oder zusammen mindestens zwei Prozent der Aktien oder bei einer börsennotierten Public Benefit Corporation Aktien im Marktwert von mindestens 2 Mio. US-Dollar halten, gemäß § 367 DGCL eine derivative Gesellschafterklage zur Durchsetzung der Direktorenpflichten nach § 365(a) DGCL erheben. Den Direktoren obliegen gemäß § 365(b) DGCL gegenüber außenstehenden Begünstigten oder Betroffenen der gesellschaftlichen Aktivitäten keine eigenen Organpflichten. Ersatzansprüche der Gesellschaft im Innenverhältnis können nach Maßgabe des § 365(c) DGCL in der Satzung ausgeschlossen werden.

6. Kein besonderes Gewinnausschüttungsverbot

Zuletzt ist aus deutscher Sicht erwähnenswert, dass für die Benefit Corporation keine besonderen Gewinnausschüttungsschranken gelten. Dies ist zwar nicht ausdrücklich geregelt, ergibt sich aber aus dem Pauschalverweis auf die allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften. Klarstellend bemerkt § 362(a) DGCL, die Public Benefit Corporation sei eine „for-profit corporation“. Anders als für gemeinnützige Gesellschaften hierzulande erweist sich ein Gewinnausschüttungsverbot für die Benefit Corporation als entbehrlich, weil die Benefit Corporation keine Steuervergünstigungen oder sonstigen Privilegien genießt.⁸⁵

⁸¹ Hierzu auch der *Comment* zu § 305(c) MBCL: „To reduce the possibility of nuisance suits, a shareholder or group of shareholders bringing a derivative suit must at least own 2% of the outstanding shares of the benefit corporation.“

⁸² Dazu auch § 305(a) MBCL: „Except in a benefit enforcement proceeding, no person may bring an action or assert a claim [...]“

⁸³ Erläuternd der *Comment* zu § 301(d) MBCA: „Subsection (d) negates any enforceable duty of directors to non-shareholder constituents.“

⁸⁴ *Winston*, 39 Cardozo L. Rev. 1783, 1788, 1820 f. (2018).

⁸⁵ Zu diesem Punkt aus deutscher Sicht auch *Möslein/Mittwoch*, *RabelsZ* 80 (2016), 399, 427: „Das Verbot der Gewinnausschüttung ist insofern notwendig, um die Unterstützung der Gemeinnützigkeit durch die öffentliche Hand flankierend abzusichern.“

V. Konkurrierende Organisationsformen in einzelnen Bundesstaaten

Neben der Benefit Corporation haben einzelne Bundesstaaten ähnliche Organisationsformen für soziale und nachhaltige Unternehmen eingeführt, die hier wenigstens kurz vorgestellt werden sollen.

1. *Low-Profit Limited Liability Company*

Erwähnung verdient zunächst die Low-Profit Limited Liability Company (L3C), die *Robert Lang* erdacht,⁸⁶ der Gründer von Americans for Community Development, einer Organisation zur Sanierung heruntergekommener Stadtviertel. Die L3C wurde zuerst im April 2008 in Vermont⁸⁷ und später in sieben weiteren Bundesstaaten eingeführt.⁸⁸ Sie sollte es sozialen und nachhaltigen Unternehmen durch ihre gesetzliche Zweckvorgabe⁸⁹ ermöglichen, spezielle Zuwendungen (Program-Related Investments, PRIs) von gemeinnützigen Stiftungen zu erhalten,⁹⁰ die an sich Non-Profit-Unternehmen vorbehalten sind.⁹¹ Allerdings waren die neuen Gesetze unzulänglich formuliert und verfehlten daher ihren Zweck.⁹² Als sich dies herausstellte und die US-amerikanische Steuerbehörde zudem keine Unbedenklichkeitsbescheinigung (*blanket safe harbor*) für L3Cs ausstellte, verlor die Rechtsform schlagartig an Bedeutung und ein Bundesstaat, North Carolina, hob sein L3C-Gesetz sogar wieder auf.⁹³ Insgesamt befindet sich die L3C heute wohl in einer Sackgasse.⁹⁴

⁸⁶ Dazu *Lang*, in: *Lang/Minnigh*, 35 Vt. L. Rev. 15 (2010): „I first conceived of the L3C business organization form in 2005. That name has created some issues. It does not mean the L3C cannot make a substantial profit or that the investors cannot make a substantial profit. The name comes from the basis for the 1969 law that authorized Program-Related-Investments (PRIs).“

⁸⁷ Vt. Stat. Ann., tit. 21, § 3001(27) (2009).

⁸⁸ Näher *Brakman Reiser/Dean* (Fn. 3), S. 61 ff.; *Murray*, 75 Md. L. Rev. 541, 543 ff. (2016).

⁸⁹ In Vermont lautet diese Vorgabe: „The company significantly furthers the accomplishment of one or more charitable or educational purposes within the meaning of Section 170(c) (2)(B) of the Internal Revenue Code.“

⁹⁰ Erläuternd *Lang*, in: *Lang/Minnigh*, 35 Vt. L. Rev. 15 (2010): „PRI was designed to provide capital to those enterprises that operated in the space between the nonprofit and the place where traditional for-profits existed. That space is the low-profit-zone. In that space, the profit earned is insufficient to meet the risk/reward parameters of normal for-profit investors. It is that space for which I designed the L3C.“; ferner *Murray*, 22 Transactions: Tenn. J. Bus. L. 207, 208 (2021): „PRIs are one way that foundations can satisfy their 5% annual distribution requirement.“

⁹¹ Näher dazu *Murray*, 75 Md. L. Rev. 541, 543 ff. (2016).

⁹² Vgl. *Bishop*, 63 Ark. L. Rev. 243, 246 (2010); *Callison/Vestal*, 35 Vt. L. Rev. 273, 274 (2010); *Kleinberger*, 35 Del. J. Corp. L. 879, 895 ff. (2010).

⁹³ Vgl. *Murray*, 75 Md. L. Rev. 541, 544 (2016).

⁹⁴ In diesem Sinne *Manesh*, 97 N.C. L. Rev. 604, 607 n. 9 (2019): „dead end“; zu den Rechts-tatsachen *Murray*, 22 Transactions: Tenn. J. Bus. L. 207, 210 (2021): „As of June 2020, there are reportedly over 1,700 L3Cs.“

2. Social Purpose Corporation

Eine weitere Variante bildet die Social Purpose Corporation (SPC).⁹⁵ Sie wurde 2011 in Kalifornien, damals noch unter dem Namen Flexible Purpose Corporation (FPC)⁹⁶, ein Jahr später in Washington und zwei weitere Jahre danach in Florida eingeführt. Anders als die meisten Benefit Corporations ist eine SPC gesetzlich nicht dazu verpflichtet, einen allgemeinen öffentlichen Nutzen zu verfolgen. Sie muss nur die Auswirkungen ihrer Geschäftstätigkeit auf bestimmte Stakeholder ihrer Wahl berücksichtigen. Auch besteht keine Berichtspflicht nach einem Drittparteien-Standard. Diese niedrigeren Anforderungen mögen insbesondere für Start-up-Unternehmen attraktiv sein, bergen aber die Gefahr der Grünfärberei. Die praktische Bedeutung der SPC ist vernachlässigbar, wenn auch nicht gleich null: In Kalifornien hat man jüngst 80 SPCs und 20 FPCs gezählt.⁹⁷

3. Benefit Limited Liability Company

Schließlich haben einzelne Bundesstaaten die Benefit Limited Liability Company (Benefit LLC) eingeführt. Bei ihr handelt es sich gleichsam um eine kleine Schwester der Benefit Corporation. Als gesetzlicher Grundbausatz dient ihr das Recht der LLC, die in den Vereinigten Staaten seit einiger Zeit die *corporation* als beliebteste Gesellschaftsform abgelöst hat.⁹⁸ Als erster Bundesstaat hat Maryland die Benefit LLC im Jahre 2010 zeitgleich mit der Benefit Corporation eingeführt,⁹⁹ damit aber zunächst nur in Oregon, Pennsylvania und Utah Gefolgschaft gefunden.¹⁰⁰ Stärker ins Rampenlicht gerückt ist die Benefit LLC, seitdem sie im August 2018 auch in Delaware kodifiziert wurde.¹⁰¹ Außer Kansas sind aber seither keine weiteren Bundesstaaten auf den Benefit-LLC-Zug aufgesprungen. Ein Hauptgrund für ihre geringe Verbreitung dürfte darin liegen, dass die gewöhnlichen LLC-Gesetze geschmeidig genug sind, um auch Stakeholder-Belange zu akkommodieren.¹⁰² Als Universalinstrument steht die LLC gleichermaßen für erwerbswirtschaftliche wie für ideelle Zielsetzungen zur Verfügung.¹⁰³ Aus gesellschaftsrechtsdogmatischer Sicht hätte es daher keiner Benefit LLC be-

⁹⁵ Zu ihr *Brakman Reiser*, 2 Am. U. Bus. L. Rev. 55 (2012); *Clarke*, 5 J. Bus. Entrepreneurship & L. 301 (2012).

⁹⁶ Zur Umbenennung S.B. 201, 2013–2014 Leg., Reg. Sess. (Cal. 2014).

⁹⁷ Näher *Plerhoples*, in: *Peter/Vasserot/Silva* (Fn. 3), S. 903, 910 ff.

⁹⁸ Vgl. *Hynes/Loewenstein*, Agency, Partnership and the LLC, 5. Aufl. 2020, § 103, S. 353.

⁹⁹ Näher *Murray*, 85 Cin. L. Rev. 437 f. (2017) m. w. N.

¹⁰⁰ Dazu *Manesh*, 97 N.C. L. Rev. 603, 638 f. (2019).

¹⁰¹ Näher *Manesh*, 97 N.C. L. Rev. 603, 641 ff. (2019).

¹⁰² Vgl. *Alexander* (Fn. 1), S. 154: „Despite this limit, the LLC structure is sufficiently flexible to create a benefit corporation-like arrangement through private ordering. In fact, many LLCs [...] are already certified as B Corps by B Lab [...].“

¹⁰³ Vgl. *Kleinberger*, Agency, Partnership and LLCs, 5. Aufl. 2017, S. 561; rechtsvergleichend *Fleischer*, GmbH 2022, 1179 Rn. 26 sowie in diesem Band § 1 (*Fleischer/Kolb*), S. 27.

durft;¹⁰⁴ ihre Einführung wird daher von ihren Befürwortern hauptsächlich mit *signaling*- und *branding*-Gesichtspunkten legitimiert.¹⁰⁵

VI. Vertiefende Würdigung

1. *Non-Profit-Organisation als Initiatorin*

Hervorhebung verdient zunächst, dass hier erstmals eine Non-Profit-Organisation als *spiritus rector* für eine erfolgreiche Rechtsformneuschöpfung in Erscheinung getreten ist.¹⁰⁶ Frühere Neukreationen im In- und Ausland gingen zumeist auf rechtspolitische Impulse von Unternehmern, Wirtschaftsverbänden oder Freiberuflern zurück.¹⁰⁷ Demgegenüber liegt die geistige Urheberschaft der Benefit Corporation bei einer einzigen, ursprünglich nur aus drei Personen bestehenden gemeinnützigen Vereinigung: B Lab aus Philadelphia.¹⁰⁸ Im Schrifttum spricht man anschaulich von „social enterprise activists“¹⁰⁹ mit einer Mischung aus persönlichen und beruflichen Motiven, als deren Vorkämpfer neben dem B-Lab-Trio *Robert Lang*, der Initiator der L3C, gilt.¹¹⁰

2. *Juristische Erfinder und Wegbereiter*

Neben einer schlagkräftigen Idee bedarf es zur Einführung einer Rechtsformneuschöpfung gesellschaftsrechtlicher Expertise. Als *draftsman* für die Benefit-Corporation-Modellgesetzgebung wirkte der schon erwähnte *William Clark*, der sich gleich in doppelter Hinsicht als Glücksgriff erwies: Zum einen hatte er bereits als junger Anwalt das Entwerfen von Gesetzestexten von der Pike auf er-

¹⁰⁴ Kritisch deshalb *Manesh*, 97 N.C. L. Rev. 603, 642 ff. (2019) unter der Zwischenüberschrift „The Nonexistent Legal Justification for Benefit LLCs.“; ähnlich *Murray*, 85 Cin. L. Rev. 437, 441 f. (2019): „By design, LLCs are extremely flexible, contract-based, and are already perfectly able to mold to a social entrepreneur’s desires. The availability of the traditional LLC form renders the addition of the benefit LLC largely superfluous.“

¹⁰⁵ So etwa *Alexander* (Fn. 1), S. 155: „It provides a measure of uniformity, so that investors, workers, customers, and other interested stakeholders can recognize the benefit ‘brand’.“

¹⁰⁶ Dazu auch *Murray*, 75 Md. 541, 577 (2016): „These activists are a new feature in the jurisdictional competition landscape.“

¹⁰⁷ Näher dazu *Fleischer*, NZG 2022, 827, 830.

¹⁰⁸ *Manesh*, 97 N.C. L. Rev. 603, 608 (2019): „The hasty adoption of benefit corporation statutes by state legislatures can be largely credited to a single Philadelphia-based non-profit, B Lab.“

¹⁰⁹ *Murray*, 75 Md. 541, 577 (2016): „Social enterprise activists, as used here, are individuals or organizations that lobby for the passage of social enterprise law and strongly support the social enterprise movement, often with some personal and professional motives.“

¹¹⁰ Vgl. *Murray*, 75 Md. 541, 577 (2016): „Bob Lang seems to be the primary social enterprise activist for the L3C form [...].“

lernt;¹¹¹ zum anderen war er sofort Feuer und Flamme für die Ziele von B Lab.¹¹² Darüber hinaus illustriert der weitere Gesetzgebungsprozess in vielen Bundesstaaten den enormen Einfluss der mächtigen Anwaltskammern als juristische Wegbereiter, etwa der American Bar Association¹¹³ oder der kleinen, aber gut organisierten und höchst bedeutsamen Delaware Bar Association.¹¹⁴ Treffend hat eine Literaturstimme die Anwaltskammern daher als „gatekeepers“ bezeichnet.¹¹⁵

3. Wirtschaftliche, gesellschaftliche und rechtswissenschaftliche Rahmenbedingungen

Neue Rechtsformen entstehen in einem bestimmten wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und rechtspolitischen Umfeld. Gegen Ende der ersten Dekade des 21. Jahrhunderts lag die Idee einer gesetzlichen Innovation für soziale und nachhaltige Unternehmen förmlich in der Luft: Nicht nur bei B Lab in Pennsylvania, sondern auch in Minnesota, Hawaii und anderwärts arbeitete man fieberhaft an entsprechenden Gesetzentwürfen.¹¹⁶ Dies war kein Zufall. Nach der weltweiten Finanz- und Wirtschaftskrise von 2008/2009, die als Immobilienkrise 2007 in den Vereinigten Staaten begonnen hatte, war die Kritik am Kurzfristen Denken und rücksichtslosen Profitstreben von Großunternehmen und ihren Führungskräften vielerorts gewachsen. Zudem drangen die dramatischen Folgen des Klimawandels immer stärker ins öffentliche Bewusstsein. Als weiterer Brandbeschleuniger wirkte die *Citizens-United*-Entscheidung des US Supreme Court von 2010, nach der sich *business corporations* für Wahlkampfspenden auf ihre politische Meinungsfreiheit berufen können.¹¹⁷ In akademischen Zirkeln hatte man die Attacke auf die

¹¹¹ Vgl. *Marquis* (Fn. 7), S. 87: „His mentor at the time had written the Pennsylvania Business Corporation Law, which was going through a rewrite. Clark’s focus became statutory drafting and corporation law, which meant he wrote or was otherwise responsible for laws on partnerships, limited partnerships, limited liability, non profit corporations, business corporations, insurance companies, credit unions, and more.“

¹¹² Auch dazu *Marquis* (Fn. 7), S. 86: „Bill Clark is a man of strong Christian faith who views his involvement with B Lab as a ‘divine appointment’.“

¹¹³ Vgl. American Bar Association, Corporate Laws Committee, Benefit Corporation White Paper, 68 Bus. Law. 1083 (2013).

¹¹⁴ Rückblickend aus der Binnenperspektive eines führenden Kammermitglieds *Alexander*, in: *Hamermesh/Houlahan/Alexander/Osukys*, 40 Seattle U. L. Rev. 321, 327 f. (2017); ferner die Schilderung eines weiteren Kammermitglieds, *Lawrence Hamermesh*, wiedergegeben bei *Dorff*, 42 Del. J. Corp. L. 77, 89 f. (2017).

¹¹⁵ *Cummings/Rawhouser*, 17 Wyo. L. Rev. 457, 466 (2017): „Bar associations and individual lawyers can play the role of gatekeepers of the law. Similar to the rise of limited liability corporations (LLCs) decades earlier, both national and state-level bar associations have taken positions or otherwise participated in the creation of social hybrid legal statutes.“

¹¹⁶ Dazu *Kassoy*: „Minnesota had had a citizens rights group that had tried to create a socially responsible corporation code at some point. Hawaii had tried something similar. You had thirty-one states with constituency statutes.“, zitiert nach *Marquis* (Fn. 7), S. 89.

¹¹⁷ *Citizens United v. Federal Election Commission*, 130 S.Ct. 876, 900, 972 (2010); zur Bedeutung dieser Entscheidung für Senator *Ruskins* Eintreten für die Benefit Corporation in

Zitadelle des Shareholder-Primacy-Modells schon länger vorbereitet. Erste kritische Publikationen reichen zurück in die 1990er Jahre.¹¹⁸ Zu den späteren Schlüsselpublikationen zählt *Frederick Alexander* vor allem zwei Buchtitel: *Lynn Stouts* „The Shareholder Value Myth“ aus dem Jahre 2012 und *Colin Mayers* „Firm Commitment: Why the Corporation Is Failing Us and How to Restore Trust In It“ von 2013.¹¹⁹ *Alexander* war Partner einer führenden Anwaltssozietät in Delaware und als Mitglied der dortigen Bar Association maßgeblich an der Kodifizierung der Public Benefit Corporation beteiligt, bevor er später als Head of Legal Policy zu B Lab wechselte und ein Standardwerk zur Benefit Corporation verfasste.¹²⁰

4. Wettbewerb der einzelstaatlichen Gesetzgeber

Über kein zweites Thema hat man im US-amerikanischen Gesellschaftsrecht so leidenschaftlich debattiert wie über den Wettbewerb der einzelstaatlichen Gesetzgeber. Bei börsennotierten Gesellschaften hat Delaware diesen Wettbewerb wohl auf absehbare Zeit für sich entschieden. Andere Bundesstaaten versuchen daher, Nischen für bestimmte Rechtsformen zu finden, um sich dort komparative Vorteile zu verschaffen.¹²¹ So hat sich Oregon schon vor der B-Corp-Bewegung als Pionier für „grüne Unternehmen“ positioniert.¹²² Maryland, bundesweit hinter Delaware die Nr. 2 als Inkorporierungsstaat für börsennotierte Gesellschaften, hat mit Einführung der Benefit Corporation im Jahre 2010 eine ähnliche Strategie eingeschlagen; erinnert sei an Senator *Ruskins* Diktum von „Delaware for sustainable businesses“¹²³. Mit Verabschiedung der Public Benefit Corporation

Maryland *Marquis* (Fn. 7), S. 91: „What the court did, Ruskin says, was basically say that CEOs could write checks from the corporate treasury in order to propel favored politicians to offer or to beat politicians antithetical to their interests. By creating a new legal entity, Raskin explained, these companies could send a signal to potential investors, employees, and customers, that they are a different kind of business [...]“

¹¹⁸ Vgl. etwa den Sammelband von *Mitchell*, *Progressive Corporate Law*, 1995.

¹¹⁹ Vgl. *Alexander* (Fn. 1), S. 4 f.

¹²⁰ *Alexander* (Fn. 1).

¹²¹ Dazu *Murray*, 75 Md. L. Rev. 541, 570 (2016): „At this point in jurisdictional competition for business entities, most states have recognized that they cannot compete with Delaware for traditional, large corporations. Instead, states have started to find niches where they can develop expertise and competitive advantage.“

¹²² Vgl. *Illig*, 25 J. Env't'l L. & Lit. 189 (2010): „Over the past three years, Oregon has sought to become a leader in sustainable corporate governance. The effort began around 2007 under the leadership of Dick Roy and his organization, Oregon Lawyers for a Sustainable Future.“; gleichsinnig *Sneirson*, 88 Or. L. Rev. 491, 495 (2009): „Delaware of green business“, 500: „The group's first legislative project became law in 2007, amending Oregon's corporate code to permit Oregon's corporations to include provisions in their charters authorizing or directing the firm be operated in an environmentally and socially responsible manner.“

¹²³ Fn. 43.

nur drei Jahre später hat Delaware allerdings auch in diesem Marktsegment Flagge gezeigt. Wer hier auf längere Sicht den Sieg davonträgt, bleibt abzuwarten.¹²⁴

5. Wettbewerb der Organisationsformen für Sozialunternehmen

Wie bereits dargelegt, bildet die Benefit Corporation nicht die einzige Rechtsformneuschöpfung für hybride Organisationen zwischen Purpose und Profit. Vielmehr hatte Vermont schon im April 2008 die L3C eingeführt. Dass diese trotz ihres Startvorteils rasch ins Hintertreffen geriet und von der Benefit Corporation überflügelt wurde, dürfte verschiedene Gründe haben: Erstens war es für die L3C höchst unglücklich, dass im Herbst 2008 die Finanzkrise ausbrach.¹²⁵ Zweitens verfügt die Benefit Corporation aufgrund ihrer engen Verzahnung mit B Corp über einen breiteren Pool von potentiellen Interessenten, erst recht seit Einführung des „Rechtsformzwangs“ für B Corps im Jahre 2016.¹²⁶ Drittens hängt die Rechtsform der Benefit Corporation mangels Steuervorteilen nicht von den Unwägbarkeiten der Steuergesetzgebung und Steuerverwaltung ab, die sich für die L3C rasch als Stolperstein erwiesen. Viertens versprach B Lab den einzelstaatlichen Gesetzgebern, dass ihnen durch die Einführung der Benefit Corporation keine zusätzlichen Kosten entstünden.¹²⁷ Unabhängig von alledem könnte die geringe Resonanz für L3C und SPC in der Rechtspraxis auch darauf hindeuten, dass im Segment für soziale und nachhaltige Unternehmen nur Raum für eine Neukreation besteht, die sich dann aufgrund von Netzwerkeffekten dauerhaft durchsetzt.

6. Entstehung der Benefit Corporation im Lichte verschiedener Theorieangebote

Geburt und Verbreitung der Benefit Corporation bieten ein Exerzierfeld für verschiedene Theorien zur Fortentwicklung des Gesellschaftsrechts.

a) Politische Ökonomie des Gesellschaftsrechts

Durch die Linse der Neuen Politischen Ökonomie (Public Choice) betrachtet,¹²⁸ veranschaulicht die Genese der Benefit Corporation, wie es dem B-Lab-Trio durch

¹²⁴ Für eine erste Einschätzung *Brakman Reiser/Dean* (Fn. 3), S. 65: „Delaware’s dominance in the market for for-profit incorporations may not spill over into the hybrid form space, but one should certainly not underestimate its influence.“

¹²⁵ Dazu *Lang*, in: *Lang/Minnigh*, 35 Vt. L. Rev. 15 (2010): „Vermont passed the L3C legislation in April 2008, and in the fall of 2008 the economic world collapsed. So foundations that in August 2008 were saying, ‘Yes, start talking to us about this. We are interested’, turned around in November and said, ‘We do not have any money’.“

¹²⁶ Vgl. den Text zu Fn. 16.

¹²⁷ Vgl. *Marquis* (Fn. 7), S. 99: „A key factor in B Lab’s success was its ability to promise regulators that passing the law would not create any additional costs.“

¹²⁸ Grundlegend *Olson*, *The Logic of Collective Action*, 1965; eingehend aus juristischer Sicht *Farber/Frickey*, *Law and Public Choice*, 1992.

effektives Lobbying gelang, seine rechtspolitischen Ziele durchzusetzen. Verschiedene Literaturstimmen betonen, dass B Lab nicht nur hervorragend organisiert und finanziell gut ausgestattet sei,¹²⁹ sondern auch ziemlich robust,¹³⁰ ja sogar bissig¹³¹ zu Werke gehe. Was die Politiker anbelangt, so sind ihre Gründe für eine Unterstützung der Benefit-Corporation-Gesetzgebung leicht erkennbar: „Social business is popular; Wall Street and traditional for-profit corporations are not. Even for the pro-market, pro-Wall Street politicians, these laws purport to embrace freedom, do not force any one to incorporate under the laws, and expressly deny altering the existing corporate laws.“¹³² Hinzu kommt, dass die Einführung der Benefit Corporation die einzelnen Bundesstaaten nichts kosten soll. Ironisch ist von einer „no cost, feel-good legislation“¹³³ die Rede.

b) Innovations- und Diffusionsforschung

Wer (Gesellschafts-)Recht als ein Produkt ansieht,¹³⁴ kann auf die Benefit Corporation den Analyserahmen für Neuprodukteinführungen aus der Betriebswirtschaftslehre anwenden. Danach pflegt man verschiedene Phasen von der Idee hin zur Erfindung und ersten Nutzbarmachung des neuen Produkts bis zu seiner erfolgreichen Verbreitung und Ausdifferenzierung zu unterscheiden.¹³⁵ Für die Benefit Corporation lässt sich nach dem ersten Einfall des B-Lab-Trios Mitte 2006 und der anschließenden Ausarbeitung durch *William Clark* eine vergleichsweise kurze Anlaufphase mit ersten Gesetzen in Maryland und Vermont im Jahre 2010 ausmachen. Als einen Kipppunkt für die Marktdurchdringung kann man entweder die Einführung der Public Benefit Corporation in Delaware im Jahre 2013 oder die Verabschiedung von Gesetzen in einer hinreichend großen Zahl von Bundesstaaten ansehen.¹³⁶ Später wurde das gesetzgeberische Grundangebot mit der Public Benefit LLC weiter ausdifferenziert. 2019 ist in Delaware noch die Public Benefit Limited Partnership als eine zusätzliche Produktvariante hinzugekommen.

¹²⁹ *Callison*, 26 Regent U. L. Rev. 143, 146 (2013): „well-financed and well-organized“.

¹³⁰ *Manesh*, 97 N.C. L. Rev. 603, 613 (2019): „forceful lobbying“; siehe auch *Loewenstein*, 85 Cin. L. Rev. 381, 382 n. 7 (2017).

¹³¹ *Callison*, 26 Regent U. L. Rev. 143, 159 (2013): „fairly acrimonious“.

¹³² *Murray*, 75 Md. 541, 577, 580 (2016).

¹³³ *Manesh*, 97 N.C. L. Rev. 603, 614 (2019).

¹³⁴ *Romano*, 1 J. L., Econ. & Org. 225 (1985): „Law as a Product: Some Pieces of the Incorporation Puzzle“.

¹³⁵ Vgl. etwa *Wöhe/Döring/Brösel*, Einführung in die Betriebswirtschaftslehre, 26. Aufl. 2016, S. 395 ff.

¹³⁶ Vgl. *Cummings/Rawhouser*, 17 Wyo. L. Rev. 457, 477 f. (2017): „These fast-moving states may have decided that the Benefit Corporation as a commonly-accepted entity was inevitable after Delaware passed its statute. Or perhaps there was a more gradual tipping point once legislation passed in a sufficient number of states.“

c) Evolutionstheorie

Evolutionstheoretische Konzepte zeichnen sich dadurch aus, dass sie nicht nach einer deterministischen Erklärung für rechtlichen Wandel suchen, sondern Veränderungen vor allem als Ergebnis historischer Kontingenzen und Prozesse begreifen.¹³⁷ Eine prominente Richterstimme erblickt in der Benefit Corporation keine radikale Neuerung, sondern eine inkrementelle, vorsichtige Weiterentwicklung in der Tradition des US-amerikanischen Gesellschaftsrechts.¹³⁸ Als Stütze dafür könnte man auf die Verwandtschaft der Benefit Corporation mit den vielerorts bereits bestehenden Other Constituency Statutes verweisen.¹³⁹ In die Kategorie von Kontingenz und Zufall fällt schließlich der Umstand, dass ausgerechnet Gouverneur *Schwarzeneggers* Veto gegen ein solches Statut in Kalifornien, verbunden mit seiner Anregung zur Suche alternativer Organisationsformen, einen wesentlichen Denkanstoß für die Benefit Corporation gegeben hat.

7. Vorläufige Erfolgsbeurteilung

Ob die Einführung der Benefit Corporation als Erfolg zu werten ist, darüber lässt sich nach gut zehnjähriger Erfahrung noch kein endgültiges Urteil fällen. Weiter erschwert wird eine Zwischenbilanz durch den Umstand, dass man den Erfolg einer Rechtsformneuschöpfung mit unterschiedlichen Maßstäben messen kann.¹⁴⁰

a) Wissenschaftliche Aufnahme

Unter den US-amerikanischen Gesellschaftsrechtlern finden sich glühende Befürworter und entschiedene Gegner der Benefit Corporation. Letztere stellen aus verschiedenen Gründen ein Regelungsbedürfnis für die neue Rechtsform in Abrede:¹⁴¹ Das geltende Recht sei hinreichend geschmeidig, um den Bedürfnissen von Unternehmern und Anlegern Rechnung zu tragen.¹⁴² Außerdem liege der Auffassung, dass die US-amerikanische Spruchpraxis den Geschäftsleitern im Aktio-

¹³⁷ Allgemein dazu und zu ihrer Anwendung im Gesellschaftsrecht *Lipton*, 46 Monash U. L. Rev. 58 (2020).

¹³⁸ Vgl. *Strine*, 4 Harv. Bus. L. Rev. 235, 242 (2014): „In the liberal tradition of incremental, achievable reform rather than radical renovation, the benefit corporation is a modest evolution that builds on the American tradition of corporate law.“; *Strine*, 76 Bus. Law. 397, 429 (2021): „The PBC model evolves American law in a way consistent with its tradition. [...] The model thus works no fundamental revolution, but is instead a responsible evolution, insufficient in itself, but useful nonetheless.“

¹³⁹ Dazu auch *Lund/Pollman*, 121 Colum. L. Rev. 2563, 2615 f. (2021).

¹⁴⁰ Allgemein dazu *Fleischer*, NZG 2022, 827, 833 f.

¹⁴¹ Vg. etwa *Tu*, 84 Geo. Wash. L. Rev. 121, 167 (2016): „[T]he addition of Benefit Corporations creates an overlap with traditional for-profit corporations where both are capable of pursuing dual objectives of profit and public benefit.“

¹⁴² Vgl. *Heminway*, 86 UMKC L. Rev. 779, 800 f. (2018); *Molk*, in: Means/Yockey, *The Cambridge Handbook for Social Enterprise Law*, 2018, S. 241: „[M]any of the firms that have now converted to one of the new social enterprise forms first operated for many years as cor-

närsinteresse eine Gewinnmaximierungspflicht auferlege, eine zu enge Lesart der einschlägigen Entscheidungen zugrunde.¹⁴³ Obendrein sei die Unternehmenszielbestimmung in Delaware und anderwärts dispositiv.¹⁴⁴ Demgegenüber verweisen die Befürworter der Benefit Corporation neben den schon zitierten Urteilen¹⁴⁵ auf extrajudizielle Stellungnahmen von *Leo Strine*, dem vormaligen Chancellor und späteren Chief Justice des Delaware Supreme Court, zur Shareholder-Value-Orientierung seines Gerichts.¹⁴⁶ Andere betonen, dass die Benefit Corporation ein leicht erkennbares Signal für gemeinwohlorientierte Anleger, Verbraucher und Arbeitnehmer aussende;¹⁴⁷ ihre Regeln könnten der Diskussion um Profit & Purpose-Unternehmen als fokaler Punkt dienen.¹⁴⁸ Bei führenden Managementforschern genießt die Benefit Corporation ebenfalls Unterstützung.¹⁴⁹

Modellimmanente Kritik richtet sich gegen die Mechanismen zur Sicherstellung der gemeinwohlorientierten Geschäftstätigkeit.¹⁵⁰ Bemängelt wird namentlich, dass den satzungsmäßig Begünstigten der Benefit Corporation keine Klagerechte zustünden,¹⁵¹ zumal die Anteilseigner selbst nur geringe Klageanreize hät-

porations. And they were able to do so because corporate law has long allowed corporations the flexibility to consider other constituents beyond investors.“

¹⁴³ Vgl. etwa *Stout*, 3 Va. L. & Bus. Rev. 163, 166 (2008): „*Dodge v. Ford* is indeed bad law, at least when cited for the proposition that the corporate purpose is, or should be maximizing shareholder wealth. *Dodge v. Ford* is a mistake, a judicial ‘sport’, a doctrinal oddity largely irrelevant to corporate law and corporate practice.“

¹⁴⁴ Vgl. *Bainbridge*, 97 Nw. U. L. Rev. 547, 577 ff. (2003); *Macey*, 3 Va. L. & Bus. Rev. 177, 179 (2008).

¹⁴⁵ Fn. 37–39.

¹⁴⁶ Vgl. *Strine*, 50 Wake Forest L. Rev. 761, 768 (2015): „Despite attempts to muddy the doctrinal waters, a clear-eyed look at the law of corporations in Delaware reveals that, within the limits of their discretion, directors must make shareholder welfare their sole end, and other interests may be taken into consideration only as a means of promising stockholder welfare.“

¹⁴⁷ Vgl. *Alexander* (Fn. 1), S. 155; *Murray*, 85 U. Cin. L. Rev. 437, 446 (2017).

¹⁴⁸ Näher *Yockey*, 66 Ala. L. Rev. 767, 807 ff. (2015).

¹⁴⁹ Vgl. etwa *Mayer*, Prosperity. Better Business Makes the Greater Good, 2018, S. 42: „One of the most innovative developments of the last ten years has been the emergence of the benefit corporation in the United States.“; *Serafeim* (Fn. 2), S. 102: „Becoming a B Corp or a benefit corporation can do a tremendous amount to signal to investors, customers, employees, and other stakeholders that these issues matter and are driving the business decisions being made behind the scenes.“

¹⁵⁰ Vgl. *Callison*, 2 Am. U. Bus. L. Rev. 85, 110 (2012): „There is no enforcement mechanism to ensure that corporations which fail to seek general public benefit do not latch on to the benefit corporation moniker and the developing marketplace for social enterprises.“; *Reiser*, 46 Wake Forest L. Rev. 591, 611 (2011).

¹⁵¹ Vgl. *Loewenstein*, 85 Cin. L. Rev. 381, 388 (2017): „[...] the persons with the greatest incentives to sue the benefit corporation – the beneficiaries of its specific public benefit – are expressly denied standing unless the articles or bylaws otherwise provide, and even then these persons would not be able to obtain monetary relief.“

ten.¹⁵² Reformvorschläge reichen von Klagemöglichkeiten für *stakeholders*¹⁵³ über eine intensivere staatliche Aufsicht¹⁵⁴ bis hin zur obligatorischen Einführung eines *stakeholder advisory board* ab einer gewissen Unternehmensgröße.¹⁵⁵ Als zweite Schwachstelle gilt vielen das Berichterstattungsregime der Benefit Corporation.¹⁵⁶ Häufig würden gar keine Berichte erstellt;¹⁵⁷ die veröffentlichten *benefit reports* erschöpften sich nicht selten in reinem Selbstlob ohne nennenswerten Informationswert¹⁵⁸; eine ausdrückliche Sanktion gegen unterbliebene oder irreführende *benefit reports* fehle.¹⁵⁹ Die Folge sei eine gefährliche Tendenz zur Grünefärberei¹⁶⁰, die freilich auch der Modellgesetzgeber schon antizipierte und gerade mit dem *benefit report* zu bekämpfen suchte.¹⁶¹

b) Verbreitungsgrad

Blickt man auf die nackten Zahlen, so ist es ein Erfolg, dass die Benefit Corporation binnen kurzem Aufnahme in die Gesellschaftsgesetze von 36 Bundesstaaten und des District of Columbia gefunden hat. Gemischer fällt das Bild hinsichtlich der tatsächlichen Anwendungsfälle aus: Einerseits sind rund 10.000 Benefit Corporations nach einem guten Jahrzehnt in absoluten Zahlen nicht sonderlich viel;¹⁶² andererseits lässt sich ein stetiges Wachstum verzeichnen.¹⁶³ An-

¹⁵² Resümierend *Loewenstein*, 85 Cin. L. Rev. 381, 388 (2017): „Unsurprisingly, there are no reported instances of derivative litigation involving a benefit corporation.“

¹⁵³ Vgl. *Padfield*, 6 Wm. & Mary Bus. L. Rev. 1, 17 f. (2015).

¹⁵⁴ In diesem Sinne *Hacker*, 57 B.C. L. Rev. 1747, 1772 ff. (2016): „State Attorney General Oversight and Enforcement“; ferner *Cho*, 37 Nw. J. Int'l L. & Bus. 149, 169 f. (2017) in Anlehnung an das „U.K. Office of the Regulator of Community Interest Companies (‘CIC Regulator’)“.

¹⁵⁵ Vgl. *Murray*, 54 Am. Bus. L.J. 61 (2017).

¹⁵⁶ Dazu, auch mit empirischen Belegen, *Murray*, 118 W. Va. L. Rev. 25 (2015); *Verheyden*, 14 Hastings Bus. L.J. 37 (2018).

¹⁵⁷ Vgl. *Verheyden*, 14 Hastings Bus. L.J. 37, 62 ff. (2018).

¹⁵⁸ Vgl. *Murray*, 4 Harv. Bus. L. Rev. 345, 359 (2014): „significant puffery“; *Manesh*, 97 N.C. L. Rev. 603, 657 (2019): „self-congratulatory propagandizing“.

¹⁵⁹ Vgl. *Ball*, 18 U. Pa. J. Bus. L. 919, 963 (2016).

¹⁶⁰ Vgl. *Hacker*, 57 B.C. L. Rev. 1747, 1757 ff. (2016); aus einer *law & economics*-Perspektive *Cherry*, 14 U.C. Davis Bus. L.J. 281 (2014).

¹⁶¹ Vgl. *Comment* zu § 102 MBCL: „The annual benefit report is also intended to reduce ‘greenwashing’ (the phenomenon of businesses seeking to portray themselves as being more environmentally and socially responsible than they actually are) by giving consumers and the general public a means of judging whether a business is living up to its claimed status as a benefit corporation.“

¹⁶² Vgl. *Dorff*, 42 Del. J. Corp. L. 77, 84 (2017): „Based on the data we have, the numbers are fairly anemic.“; ferner *Fish/Solomon*, in: Pollman/Thompson, Research Handbook on Corporate Purpose and Personhood, 2021, S. 68, 72: „The PBC business form is seeing increasing adoption though it is still far from ubiquitous.“

¹⁶³ Nochmals *Dorff*, 42 Del. J. Corp. L. 77, 85 (2017): „While the absolute number of benefit corporations is still rather small, the growth rate is impressive.“

gesichts dieses ambivalenten Befundes halten sich die meisten Beobachter mit Prognosen über die Weiterentwicklung der Benefit Corporation zurück.¹⁶⁴ Für ihr Zukunftspotential spricht, dass ihr Bekanntheitsgrad und ihre Akzeptanz bei externen Investoren allmählich zunehmen. Dazu tragen nicht zuletzt eine Reihe bekannter Fürsprecher bei. So sieht der von *Elizabeth Warren* entworfene *Accountable Capitalism Act* vor, dass Großunternehmen mit einem Jahresumsatz von mehr als einer Milliarde US-Dollar die Rechtsform einer *United States Public Benefit Corporation* annehmen müssen.¹⁶⁵ Auch *Leo Strine* wirbt für das *Public-Benefit-Corporation-Modell*¹⁶⁶ und will es etwa Unternehmen, die Staatshilfe in Anspruch nehmen, zwingend vorschreiben.¹⁶⁷ Rechtlich hat Delaware den Wechsel von der *business corporation* in die *Public Benefit Corporation* im Jahre 2020 dadurch erleichtert, dass hierfür nur noch ein Gesellschafterbeschluss mit einfacher Mehrheit erforderlich ist.¹⁶⁸

c) Auswirkungen auf andere Rechtsformen

Was die Auswirkungen der Benefit Corporation auf schon bestehende Gesellschaftsformen anbelangt, befürchten manche, der Ruf der gewöhnlichen *business corporation* könne Schaden nehmen, weil ihr indirekt die Fähigkeit zu sozialverantwortlichem und nachhaltigem Wirtschaften abgesprochen werde.¹⁶⁹ Denkbar ist freilich auch der gegenteilige Effekt, dass sich mit Einführung der Benefit Corporation die Glaubwürdigkeit sozialer Unternehmensziele für alle sonstigen Organisationsformen ebenfalls erhöht.¹⁷⁰ Ob die Sondervorschriften für Benefit Corporations in der Rechtswirklichkeit zu signifikanten Veränderungen führen, wird unterschiedlich beurteilt¹⁷¹ und lässt sich empirisch nur schwer ermitteln. Zwar könnte man versuchen, das Marktverhalten von Benefit Corporations mit

¹⁶⁴ Vgl. etwa *O'Kelley/Thompson/Lund*, *Corporations and Other Business Associations*, 9. Aufl. 2021, S. 281: „Whether the public benefit corporation will become a significant legal structure, remains to be seen.“

¹⁶⁵ *Accountable Capitalism Act*, S. 3348, 115th Cong. §§ 4, 5 (2018).

¹⁶⁶ Vgl. *Strine*, 76 *Bus. Law.* 397, 431 (2021): „I favor a uniform move toward the PBC model and a federal baseline mandate for PBC governance for large, socially influential companies, be they public or private.“

¹⁶⁷ Vgl. *Strine/Lund*, *N.Y. Times Deal Book*, 10. April 2020: „Public and large private companies receiving bailouts or pandemic-related subsidies could be required to become public benefit corporations under state law [...].“

¹⁶⁸ *An Act to Amend Title 8 of the Delaware Code Relating to the General Corporation Law*, House Bill 341, 150th General Assembly, signed July 16, 2020.

¹⁶⁹ Vgl. *El Khatib*, 65 *Am. U. L. Rev.* 151, 185 (2015): „false dichotomy between traditional corporations and benefit corporations“; eingehend zu dieser „corrosion critique“ *McDonnell*, 101 *Boston U. L. Rev.* 1421, 1434 ff. (2021) m. w. N.

¹⁷⁰ Vgl. *Rawhouser/Cummings/Crane*, *Cal. Management Rev.* 57(3), 2015, 13, 14 unter der Zwischenüberschrift „Societal Spillovers v. Category Threat“.

¹⁷¹ Vgl. einerseits *Alexander*, 76 *Bus. Law.* 109 (2021); andererseits *Fish/Solomon* (Fn. 162), S. 68.

dem von gewöhnlichen *business corporations* zu vergleichen, doch stellt sich hier das Problem einer verzerrten Auswahl.¹⁷²

d) Rezeptionsprozesse in anderen Ländern

Schließlich hat die Benefit Corporation nicht nur in den Vereinigten Staaten eine enorme Literaturfülle zu Sozialunternehmen hervorgebracht, sondern auch Aktivisten, Forscher und Gesetzgeber in anderen Ländern inspiriert.¹⁷³ In Europa hat die Benefit Corporation zuerst in Italien Fuß gefasst. Nicht zuletzt auf Betreiben von Nativa, dem italienischen Kooperationspartner von B Lab, hat der Gesetzgeber durch die Legge di Stabilità vom Dezember 2015 die sog. *società benefit* eingeführt.¹⁷⁴ Seit dem 1. Januar 2016 kann man in Italien Gesellschaften mit einer doppelten Zielsetzung – Gewinnausschüttung (*scopo di dividerne gli utili*) und Gemeinwohlorientierung (*finalità di beneficio comune*) – gründen.¹⁷⁵ Konzeptionell bildet die *società benefit* keine eigenständige Rechtsform, sondern steht allen bereits vorhandenen Gesellschaftsformen als Ausgestaltungsvariante offen. Auch in Frankreich hat die Benefit Corporation inzwischen Spuren hinterlassen: Die im Mai 2019 durch die sog. Loi PACTE eingeführte *société à mission*¹⁷⁶ hat man treffend als „sorte de benefit corporation à la française“¹⁷⁷ bezeichnet. Konzeptionell bildet sie keine eigenständige Rechtsform, sondern ein zusätzliches rechtsformübergreifendes Label, das jeder Handelsgesellschaft offensteht.¹⁷⁸ In Deutschland ist die rechtspolitische Debatte noch nicht sonderlich weit gediehen.¹⁷⁹ Zwar finden sich im Schrifttum neuerdings zahlreiche Bezugnahmen auf die Benefit Corporation,¹⁸⁰ doch sehen manche Literaturstimmen keinen akuten Handlungsbedarf, weil sich eine Gesellschaftsform mit dualer Zwecksetzung hierzulande mit Hilfe privatautonomer Vereinbarungen ohne Weiteres nachbilden lasse.¹⁸¹ Demgegenüber werben andere für eine hybride Rechts-

¹⁷² Vgl. *Spamann/Fisher*, Corporate Purpose: Theoretical and Empirical Foundations/Confusions, November 2022, ssm.com/abstract=4269517, S. 18: „However, such comparison would not be able to identify the effect of fiduciary duties because of selection bias: different types of founders etc. may select different corporate structures, and any observed difference between structures may be due to differences between the founders etc. that tend to use them.“

¹⁷³ Ausführlicher zu Folgendem bereits *Fleischer* (Fn. 4), S. 219, 227 ff.

¹⁷⁴ Legge 28.12.2015, n. 208, Gaz. Uff. vom 30.12.2015, n. 302.

¹⁷⁵ Vgl. *Campobasso*, Diritto delle società, 10. Aufl. 2020, S. 29 f.; zuletzt *Speranzin*, European Company Law, 2022, 142; eingehend in diesem Band § 18 (*Agstner*), S. 599.

¹⁷⁶ Eingehend zu ihr in diesem Band § 20 (*Fleischer/Chatard*), S. 663.

¹⁷⁷ *Poracchia*, BJS 2019, 40, 50.

¹⁷⁸ Prägnant *Cozian/Viandier/Deboissy*, Droit des sociétés, 35. Aufl. 2022, Rn. 89: „Au final, il ne s’agit pas d’une nouvelle forme sociale, mais d’un simple label.“

¹⁷⁹ Für erste rechtsvergleichende Impulse *Fleischer* (Fn. 4), S. 219; *Möslein/Mittwoch*, RabelsZ 80 (2016), 399.

¹⁸⁰ Vgl. etwa *Habersack*, AcP 220 (2020), 594, 640 f., 646 f.; *Sanders*, NZG 2021, 1573, 1574; *Spießhöfer*, NZG 2022, 435, 436 f.; *Weller/Benz*, ZGR 2022, 563, 579.

¹⁸¹ In diesem Sinne etwa *Habersack*, AcP 220 (2020), 594, 646 f.

formvariante von GmbH oder AG zwischen Gewinn- und Gemeinwohlorientierung nach dem Modell der Benefit Corporation.¹⁸² Auf die weitere Diskussion darf man gespannt sein.¹⁸³

¹⁸² Vgl. mit Unterschieden im Einzelnen *Momberger*, Social Entrepreneurship, 2015, S. 312 ff. und passim; *Tittel*, Hybride Rechtsformvarianten der AG und GmbH, Diss. Bucerius Law School, 2023; siehe auch *Mittwoch*, Nachhaltigkeit und Unternehmensrecht, 2022, S. 260 ff.

¹⁸³ Zusammenstellung des Für und Wider bei *Fleischer*, AG 2023, 1 Rn. 46 ff.

§ 15 Frankreich:
 Vom Entrepreneur individuel à responsabilité limitée,
 2010, zur Haftungsbeschränkung *ex lege* beim
 Entrepreneur individuel, 2022

Philipp Hülse/Holger Fleischer/Chris Thomale

I.	Einführung	496
II.	Dogmengeschichtliche Traditionslinien des Einzelunternehmers mit beschränkter Haftung.....	497
	1. Einpersonengesellschaften im frühen deutschen (1892) und österreichischen (1906) GmbH-Recht.....	497
	2. Der Reformvorschlag von <i>Oskar Pisko</i> (1910).....	499
	3. Die Einzelunternehmung mit beschränkter Haftung im liechtensteinischen PGR (1926).....	500
	4. Vorläufiges Diskussionsende nach Anerkennung der Einpersonengründung in der GmbH.....	501
III.	Etappen auf dem Weg zu einem unselbständigen Sondervermögen des Einzelunternehmers in Frankreich	503
	1. Parallele Diskussion bis zur Anerkennung der Einpersonengesellschaft	503
	a) <i>Sociétés fictives</i> im französischen Recht.....	503
	b) Konkurrierende Reformmodelle: Einpersonengesellschaft versus Sondervermögen.....	504
	c) Reformdiskussion in den 1970er Jahren.....	506
	d) Entscheidung für die Einpersonengesellschaft.....	506
	2. Kein Ende der Debatte, sondern Annäherung an das Sondervermögen	507
	a) Vorrangige Befriedigung aus dem Geschäftsvermögen	507
	b) Unpfändbarkeit von Hauptwohnsitz und Grundvermögen	509
	c) Schwindender Widerstand gegen das <i>patrimoine d'affectation</i>	510
	3. Der Entrepreneur individuel à responsabilité limitée (2010).....	511
	a) <i>Patrimoine affecté</i> und <i>patrimoine non affecté</i>	511
	b) Haftung des EIRL	516
	4. Scheitern des EIRL.....	518
IV.	Einführung des Entrepreneur individuel (2022)	520
	1. Ankündigung und Rezeption	520
	2. Gesetzgebungsverfahren.....	521
	3. Die Vermögens- und Haftungsverfassung des Entrepreneur individuel	522
	a) <i>Patrimoine professionnel</i> und <i>patrimoine personnel</i>	522
	b) Haftung des EL.....	526
V.	Rechtspolitische Würdigung	528
	1. Zirkulation eines Organisationsmodells.....	528
	2. Juristische Erfinder und Wegbereiter.....	530

3. Symbiose von Wirtschaftspolitik und Unternehmensrecht.....	530
4. Wechselnde Motivlagen für EIRL und EI mit Haftungsbeschränkung.....	531
5. Binnenwettbewerb zwischen Einpersonengesellschaft und Einzelunternehmer mit beschränkter Haftung.....	531
6. Erfolgs- und Misserfolgskriterien für EIRL und EI mit Haftungsbeschränkung...	532
7. Anregungen für das deutsche Handels- und Gesellschaftsrecht.....	532
a) Der EIRL als Muster für Deutschland?.....	533
b) Haftungsbeschränkung <i>ex lege</i> beim EI als Vorbild für Deutschland?.....	535
c) Schlussbefund und Ausblick.....	536

I. Einführung

In Frankreich spielt der Schutz des Einzelunternehmers vor dem Risiko der unbeschränkten persönlichen Haftung in der rechts- und wirtschaftspolitischen Diskussion eine ungewöhnlich große Rolle. Ab dem 15. Juni 2010¹ stand dort als eigenständige Organisationsform der *Entrepreneur individuel à responsabilité limitée* (EIRL) zur Verfügung. Er gab jedoch nur ein kurzes Gastspiel und wurde inzwischen wieder abgeschafft. Seit dem 14. Februar 2022² haftet stattdessen jeder *Entrepreneur individuel* (EI) für Geschäftsverbindlichkeiten gemäß Art. L. 526-22 *Code de commerce* (C.com.) nur noch mit seinem Geschäftsvermögen (*patrimoine professionnel*) und nicht mit seinem Privatvermögen (*patrimoine personnel*). Vermögensspaltung und Haftungsbeschränkung treten von Gesetzes wegen ein,³ ohne dass es – wie noch beim EIRL – einer gesonderten Registertragung und Zuordnungserklärung bedarf. Die Haftungsbeschränkung des Einzelunternehmers bildet nunmehr den gesetzlichen Regelfall.

Im internationalen Reigen der Rechtsformneuschöpfungen sticht die Vermögens- und Haftungsordnung des *Entrepreneur individuel* durch zwei Besonderheiten ins Auge. Zum einen handelt es sich um die Wiederbelebung und Fortentwicklung einer früheren Rechtsform: Sie wurde von dem österreichischen Rechtsprofessor *Oskar Pisko* im Jahre 1910 vorgedacht⁴ und war im liechtensteinischen Personen- und Gesellschaftsrecht unter der Bezeichnung „Einzelunternehmung mit beschränkter Haftung“ von 1926 bis 1980 geregelt.⁵ Zum anderen gehört der *Entrepreneur individuel* nach hergebrachter Wandtafel-systematik gar nicht ins

¹ Loi n° 2010-658 du 15 juin 2010.

² Loi n° 2022-172 du 14 février 2022.

³ Vgl. *Cozian/Viandier/Deboissy*, *Droit des sociétés*, 36. Aufl. 2023, Rn. 47: „Désormais, l’entrepreneur individuel voit de plein droit son patrimoine se dédoubler entre son patrimoine personnel et son patrimoine professionnel (C.com., art. L. 526-22).“

⁴ *Pisko*, *GrünhutsZ* 37 (1910), 699.

⁵ Monographisch *Bühler*, *Die Einzelunternehmung mit beschränkter Haftung nach liechtensteinischem PGR*, 1948.

Gesellschaftsrecht. Als bloßes Sondervermögen einer natürlichen Person⁶ tritt er vielmehr in Konkurrenz zu den echten gesellschaftsrechtlichen Gussformen im Sinne des Art. 1832 Code civil (C. civ.).⁷

Der vorliegende Beitrag zeichnet zunächst die internationale Ideen- und Dogmengeschichte des Einzelunternehmers mit beschränkter Haftung nach, die vor mehr als einem Jahrhundert begann (II.). Sodann verfolgt er die Etappen der französischen Reformdiskussion von ihren Anfängen vor der gesetzlichen Zulassung selbständiger Einpersonengesellschaften über die spätere schrittweise Annäherung an ein unselbständiges Sondervermögen bis zur Einführung des EIRL (III.). Anschließend widmet er sich dem neugeschaffenen EI mit „eingebauter“ Haftungsbeschränkung (IV.). Eine rechtspolitische Würdigung der neueren Entwicklungsprozesse in Frankreich rundet den Beitrag ab (V.).

II. Dogmengeschichtliche Traditionslinien des Einzelunternehmers mit beschränkter Haftung

Wer den Entrepreneur individuel historisch wie dogmatisch einordnen und verstehen möchte, muss weit ausholen. Seine rechtsgeschichtliche Fährte führt zurück zum deutschen und österreichischen GmbH-Recht um die Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert.⁸

1. Einpersonengesellschaften im frühen deutschen (1892) und österreichischen (1906) GmbH-Recht

In Deutschland ist die GmbH im Jahre 1892 eingeführt worden.⁹ Das österreichische GmbH-Gesetz folgte 1906 dem deutschen Grundmuster, wenn auch mit Unterschieden im Detail.¹⁰ Für die Gründung mussten sich in beiden Ländern mindestens zwei Gesellschafter zusammenschließen.¹¹ Eine Einpersonengrün-

⁶ Vgl. den Aufsatztitel von *Favre-Rochex*, JCP E 2022, 1136: „Le nouveau patrimoine professionnel“.

⁷ Dazu *Cozian/Viandier/Deboissy* (Fn. 3), Rn. 42: „La société est en concurrence avec d’autres structures juridiques, l’entreprise individuelle, les groupements à finalité particulière, l’association, voire, à la marge, la fiducie et la fondation.“

⁸ Dazu auch *Jung*, in: Cachard/Nau, *Europäisches Privatrecht in Vielfalt geeint, Einheitsbildung durch Gruppenbildung im Unternehmensrecht?*, 2012, S. 1, 8: „L’idée qui est à la base des nouvelles règles françaises est assez ancienne au vu notamment des propositions détaillées de l’autrichien Oskar Pisko de 1910.“

⁹ Eingehend zur Entstehungsgeschichte *Fleischer*, in: *MüKoGmbHG*, 4. Aufl. 2022, Einl. Rn. 50 ff.

¹⁰ Näher *Kalss/Eckert*, *Zentrale Fragen des GmbH-Rechts*, 2005, S. 48 ff. unter der Zwischenüberschrift „Das deutsche GmbH-Gesetz als Vorbild“.

¹¹ Vgl. § 2 Abs. 1 GmbHG von 1892: „Der Gesellschaftsvertrag bedarf der schriftlichen Form. Er ist von sämtlichen Gesellschaftern zu unterzeichnen.“ Hieraus folgerte man einmü-

„ein logischer Widersinn“¹³.

Im Lichte dessen stellte sich alsbald die Frage, ob das nachträgliche Entstehen einer Einpersonen-GmbH durch Anteilsvereinigung in einer Hand zulässig sei.¹⁴ Das RG bejahte dies im Jahr 1905 unter Berufung auf frühere Entscheidungen zur bergrechtlichen Gewerkschaft und zur AG.¹⁵ Der österreichische Gesetzgeber stellte Gleiches bereits in den Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage klar.¹⁶ Im Anschluss hieran schmiedete die Gestaltungspraxis das Instrument der sog. Strohmänngründung: Ein Strohmänn wirkt als treuhänderischer Gesellschafter am Gründungsvorgang mit, erklärt aber bereits bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages die Abtretung seines Geschäftsanteils an den einzigen Mitgründer.¹⁷ Solche Strohmänngründungen waren in Deutschland rasch gang und gäbe¹⁸ und auch in Österreich verbreitet anzutreffen.¹⁹

tig, dass zur Gründung mindestens zwei Personen nötig seien; vgl. etwa *Holdheim*, *Holdheims Monatsschrift für Aktienrecht und Bankwesen* 1895, 96, 100.

¹² *Brodmann*, *GmbHG*, 2. Aufl. 1930, § 2 Anm. 8; zustimmend zur 1. Aufl. *RG JW* 1925, 635, 638.

¹³ *Brodmann* (Fn. 12), § 2 *GmbHG* Anm. 8.

¹⁴ Rückblickend zur rechtsdogmatischen Debatte um Einpersonen-Kapitalgesellschaften im Lichte der Theorien zur juristischen Person *Fleischer*, in: *FS Windbichler*, 2020, S. 623, 626 f. m. w. N.

¹⁵ Vgl. *RGZ* 28, 75, 77: „Auch die Gesellschaft m. b. H. hat als solche selbständig ihre Rechte und Pflichten (§ 13). Bedarf es zwar zu ihrer Entstehung einer Mehrzahl von Gesellschaftern, so ist sie doch, einmal entstanden, unabhängig von der Person derjenigen, denen jeweils die Geschäftsanteile zustehen, und das Gesetz enthält keine Bestimmung, wonach die Vereinigung aller Geschäftsanteile in einer Hand die Auflösung zur Folge hat.“; eingehend dazu und zu der vorangegangenen Judikatur *Fleischer* (Fn. 14), S. 623, 624 f.

¹⁶ Vgl. *EBRV* 236 *BlgHH XVII*. Session, S. 90 zu § 84 *GmbHG* (Auflösung): „Auch darin folgt der Entwurf dem deutschen Gesetze, daß er den Übergang sämtlicher Geschäftsanteile in die Hand einer einzigen Person nicht als Auflösungsgrund erklärt [...]“; abgedruckt bei *Kalss/Eckert* (Fn. 10), S. 641.

¹⁷ Monographische Aufarbeitung bei *Kuhn*, *Strohmänngründung bei Kapitalgesellschaften*, 1964.

¹⁸ Vgl. etwa *Hachenburg*, *LZ* 1909, 15, 22; rückblickend *Schanze*, *Einmannengesellschaft und Durchgriffshaftung*, S. 49: „Bereits kurz nach der Jahrhundertwende finden sich in den Handelsregistern offen über 10% Einmannengesellschaften mbH; es ist anzunehmen, daß die heutige Quote von 20 bis 25% bereits annähernd vor dem Ersten Weltkrieg erreicht war.“

¹⁹ Vgl. *Pisko*, *GrünhutsZ* 37 (1910), 699, 702: „[...] in vielen Fällen ist die Vereinigung gar keine ernstlich gemeinte; der eine Gesellschafter ist wirklicher Inhaber des Unternehmens, der andere, dessen Beteiligung sich auf die gesetzliche Mindesteinlage beschränkt, ist ein bloßer Strohmänn, ein Angestellter, Ehegatte oder Verwandter des wirklichen Herrn des Unternehmens, der sich der Assoziationsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung nicht deshalb bedient, um durch sie eine Vereinigung von Kapital und Arbeit zu erreichen, sondern nur um der eben an die Assoziation geknüpften beschränkten Haftung teilhaft zu werden.“; ferner *Bühler* (Fn. 5), S. 24: „Tatsächlich bestanden damals in Österreich GmbH. zum größten Teil mit zwei Gesellschaftern, von denen ein Gesellschafter Strohmänn war.“

2. Der Reformvorschlag von Oskar Pisko (1910)

Der geschilderte Befund führte bei *Oskar Pisko*, damals Privatdozent für Handelsrecht und später ordentlicher Professor an der Universität Wien, zu einer produktiven Irritation:

„Der Jurist darf an diesen Tatsachen nicht achtlos vorübergehen. Entspricht es wirklich der logischen Konsequenz, der an die Beteiligung an einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung geknüpften Rechtswohlthat der beschränkten Haftung unter den gleichen Kautelen auch den Einzelunternehmer teilhaftig werden zu lassen, so muß der Gesetzgeber diese Konsequenz durch Schaffung einer entsprechenden Unternehmensform auch ziehen; er gibt damit einen neuen *geraden* Weg frei, auf dem Kapital dem Handel und der Industrie zuströmen kann, er zwingt nicht den Verkehr, auf *krummem* Wege, durch Setzung äußerer Tatbestände von in Wahrheit nicht bestehenden Rechtsverhältnissen zu erreichen, was ihm das Gesetz versagt hat.“²⁰

Pisko's Postulat, dem Einzelkaufmann auch ohne Einschaltung eines Strohmanns die Möglichkeit einer Haftungsbeschränkung zu eröffnen, konnte auf punktuelle Vorüberlegungen zurückgreifen. Bereits im Jahre 1880 beobachtete *Victor Ehrenberg* wiederkehrende Tendenzen, dem Geschäftsvermögen des Kaufmanns ein Befriedigungsprivileg zu Gunsten seiner Geschäftsgläubiger anzuheften,²¹ als deren „schließliche Konsequenz“ er die beschränkte Haftung des Kaufmanns erkannte.²² Aus schweizerischer Sicht deutete *Paul Speiser*, Professor für Handels- und Steuerrecht in Basel, im Jahre 1890 an, dass der Entwurf eines GmbH-Gesetzes in Deutschland den Weg weise, wie auch beim Einzelkaufmann Geschäfts- und Privatvermögen getrennt und eine Haftungsbeschränkung für die Geschäftsverbindlichkeiten eingeführt werden könne.²³ Fünf Jahre später prophezeite sein Baseler Kollege *Karl Wieland*, dass der neue legistische Gedanke des deutschen GmbH-Gesetzes bei folgerichtiger Durchführung nicht beim gesellschaftlichen Gewerbebetrieb Halt machen werde: Sobald einmal das Prinzip durchbrochen sei, wonach die limitierte Haftung an die unpersönliche und passive Beteiligung am Unternehmen geknüpft ist, ließen sich auch gegen eine Ausdehnung auf den Betrieb eines Einzelkaufmanns keine prinzipiellen Bedenken mehr erheben.²⁴ Hierzulande orakelte *Jakob Liebmann*, dass man über kurz oder lang an dem „Unternehmen mit beschränkter Haftung“ ebenso wenig mehr Anstoß nehmen werde wie an der Tatsache, dass sich alle Aktien oder alle GmbH-Geschäftsanteile in

²⁰ *Pisko*, GrünhutsZ 37 (1910), 699, 703.

²¹ Statt vieler *Saccia*, Tractatus de commerciis et cambio, 1620, § VI, Glossa I, Rn. 89 f., S. 438; *Bekker*, ZHR 4 (1861), 499, 537 ff., insbes. 546 ff.

²² *Ehrenberg*, Beschränkte Haftung des Schuldners nach See- und Handelsrecht, 1880, S. 25.

²³ So *Speiser*, ZSR 9 (1890), 327, 344 f. mit dem Zusatz: „Wäre es unmöglich, den Gedanken der Publizität der Geschäftseinlage und die Beschränkung der Haftbarkeit auf den Umfang dieser Einlage auf den Einzelkaufmann anzuwenden? Danach würde dem Einzelkaufmann gestattet, die Kapitaleinlage, die er in sein Geschäft einzahlt, zu publizieren und dadurch seine Haftbarkeit für die Geschäftsschulden auf diese Einlage zu beschränken [...].“

²⁴ So *Wieland*, ZSR 14 (1895), 205, 207.

einer Hand vereinigen könnten.²⁵ *Max Hachenburg* ergänzte, dass auch die Gesellschaft mit einem Gesellschafter Beachtung verdiene, „aber nicht um sie zu verbieten, sondern um sie zu ordnen“²⁶.

Pisko kommt das Verdienst zu, die bis dahin noch nicht voll ausgereifte Idee eines Sondervermögens mit gegenständlich beschränkter Haftung²⁷ als Gegenmodell zu einer selbständigen Rechtsperson weiter durchdacht und in einen ausformulierten Gesetzentwurf gegossen zu haben. Sein „Entwurf zu einem Gesetze über Einzelunternehmungen mit beschränkter Haftung“ besteht aus insgesamt 69 Paragraphen²⁸ sowie einer ausführlichen Begründung zu den einzelnen Bestimmungen.²⁹ Einleitend heißt es: „Unternehmungen mit beschränkter Haftung können von einer physischen Person, die das Unternehmen allein oder mit einem stillen Gesellschafter betreibt, zum Betriebe eines Handelsgewerbes errichtet werden“ (§ 1 Abs. 1). Zu ihrer Entstehung bedarf es der Eintragung ins Handelsregister (§ 2). Die Firma muss den Beisatz „Einzelunternehmung mit beschränkter Haftung“ in unabgekürzter Form enthalten (§ 4 Abs. 1). Das Geschäftskapital muss mindestens 20.000 Kronen betragen (§ 4 Abs. 3). Der Unternehmensinhaber muss in einer gerichtlich oder notariell beglaubigten Widmungserklärung alle Vermögensgegenstände des Unternehmens auflisten und bewerten (§ 7 Abs. 1 und 2). Private Entnahmen aus dem Geschäftsvermögen sind nur bis zur Höhe des jährlichen Bilanzgewinns zulässig (§ 43). In die zum Geschäftsvermögen gehörenden Sachen, Forderungen und Rechte dürfen nur die Geschäftsgläubiger vollstrecken (§ 44).

3. Die Einzelunternehmung mit beschränkter Haftung im liechtensteinischen PGR (1926)

Auf fruchtbaren Boden fiel *Piskos* Idee gut 15 Jahre später in Liechtenstein. Das kleine Fürstentum befand sich nach dem Ersten Weltkrieg in einer desolaten wirtschaftlichen Lage.³⁰ Einen Ausweg erhoffte es sich von der Gewinnung ausländischer Investoren durch das neugeschaffene Personen- und Gesellschaftsrecht (PGR) von 1926 mit einer weltweit einzigartigen Vielzahl an Gesellschaftsformen.³¹ Zu ihnen zählte auch die Einzelunternehmung mit beschränkter Haftung,

²⁵ *Liebmann*, DJZ 1902, 327, 330; *ders.*, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 4. Aufl. 1899, S. 18; *ders.*, ZHR 73 (1913), 1, 44.

²⁶ *Hachenburg*, LZ 1909, 15, 22.

²⁷ Vgl. *Pisko*, GrünhutsZ 37 (1910), 699, 712: „Jede gegenständlich beschränkte Haftung setzt die Existenz eines Sondergutes begrifflich voraus.“

²⁸ *Pisko*, GrünhutsZ 37 (1910), 699, 736–758.

²⁹ *Pisko*, GrünhutsZ 37 (1910), 699, 758–794.

³⁰ Näher *Geiger*, Krisenzeit. Liechtenstein in den Dreissigerjahren 1928–1939, Bd. I, 1997, S. 53 f.; *Merki*, Wirtschaftswunder Liechtenstein, 2017, S. 137.

³¹ Rückblickend *Marxer & Partner*, Liechtensteinisches Wirtschaftsrecht, 2021, Rn. 5.5: „Das neu kodifizierte Gesellschaftsrecht sollte insofern einzigartig sein, als es die weltweit größtmögliche Anzahl an Rechtsformen vorsehen wollte.“; umfassend jüngst *Fleischer/Götz/Stemberg*, WM 2023, 1809 (Teil I) und 2023, 1853 (Teil II).

die in den Art. 834–896 PGR geregelt war und sich nach dem Zeugnis von *Wilhelm Beck*, einem der beiden Gesetzesverfasser, von *Piskos* Vorschlag inspirieren ließ.³² Ausweislich der Gesetzesmaterialien zielte diese Organisationsform darauf ab, „mit dem Strohmannertum und mit manchen Halbheiten aufzuräumen“³³. Zugleich wollte der Reformgesetzgeber damit die Forderung erfüllen, „daß die einzelwirtschaftlichen Personen als Unternehmer den Gesellschaftsorganisationsformen bezüglich der Haftung möglichst gleichgestellt werden“³⁴. Neben der Einzelunternehmung mit beschränkter Haftung regelte das PGR in den Art. 637–648 abweichend vom deutschen und österreichischen Recht³⁵ auch die Einmanngesellschaft für alle Verbandspersonen, namentlich für die Einmannaktiengesellschaft und die Einmanngesellschaft mit beschränkter Haftung.³⁶

4. Vorläufiges Diskussionsende nach Anerkennung der Einpersonengründung in der GmbH

Im Weiteren fand die Idee eines Einzelkaufmanns mit beschränkter Haftung über die Schweiz³⁷ und Spanien³⁸ auch einen gewissen Widerhall in Südamerika: Lebhaft diskutiert wurde sie etwa in Argentinien, Brasilien und Mexiko;³⁹ kodifiziert hat man sie nach dem Zweiten Weltkrieg in Costa Rica (1964), Panama (1966) und El Salvador (1970).⁴⁰ Demgegenüber vermochte sie sich in Europa – mit Ausnahme von Portugal⁴¹ – nicht durchzusetzen. In *Piskos* österreichischer Heimat blieb dem „Kaufmann m. b. H.“⁴² der rechtspolitische Erfolg versagt. Zwar unter-

³² Vgl. *Beck*, ZHR 89 (1926), 218: „Das Gesetz kennt [...] auch eine besondere Regelung der Einzelunternehmung mit beschränkter Haftung in den Art. 834–896, ähnlich wie sie schon seinerzeit in dem Entwurfe von Pisko [...] vorgeschlagen war.“; siehe auch *Bühler* (Fn. 5), S. 28: „Der liechtensteinische Gesetzgeber lehnte sich bei der Normierung der Einzelunternehmung mit beschränkter Haftung an den Entwurf von Pisko an [...].“

³³ Kurzer Bericht über die Revision des Personen- und Gesellschaftsrechts von 1925, S. 35.

³⁴ Kurzer Bericht (Fn. 33), S. 35.

³⁵ Dazu Kurzer Bericht (Fn. 33), S. 34: „Das deutsche und österreichische Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung gestatten zwar nicht, daß eine einzige Person eine solche Gesellschaft errichtet, wohl aber merkwürdigerweise kann ein Einziger nachher alle Stammanteile erwerben und so die Gesellschaft zu einer Einmanngesellschaft werden.“

³⁶ Eingehend *Beck*, ZHR 89 (1926), 218 ff.; näher auch *Bühler* (Fn. 5), S. 19 ff.

³⁷ Vgl. insbesondere *Carry*, La responsabilité limitée du commerçant individuel, 1928; *Camp*, SJZ 27 (1930), 112, 113 f.

³⁸ *Roig y Bergadá*, Las Sociedades de Responsabilidad Limitada, 2. Aufl. 1930, Annex 4, S. 199 ff.

³⁹ Ausführlich *Rotondi*, ZHR 131 (1968), 330, 336 ff. mit umfangreichen Nachweisen.

⁴⁰ Rechtsvergleichend *Rotondi*, ZHR 131 (1968), 330; *Maisch von Humboldt*, Empresa individual de responsabilidad limitada – proyecto de ley tipo para america latina, 1970; *Hustedt*, Grundzüge des costaricanischen Rechts der Handelsgesellschaften sowie des Einzelunternehmens mit beschränkter Haftung, 1996, S. 166 ff.; vgl. für spätere Kodifikationen auch *Jullian*, La cession de patrimoine, 2018, S. 44, Fn. 249 und 250.

⁴¹ Vgl. *Driesen*, GmbH 1991, 49, 50.

⁴² So die Beitragsüberschrift von *Griehsler*, GesRZ 1972, 37.

breitete das österreichische Notariat im Jahre 1972 den Entwurf für ein „Bundesgesetz über Unternehmen mit beschränkter Haftung“, der aus 33 Paragraphen bestand und im Schrifttum einzelne Fürsprecher fand.⁴³ Im Justizministerium hielt man diese Lösung aber für zu kompliziert und verwies zur Begründung auf den beträchtlichen Regelungsumfang.⁴⁴ Stattdessen entschied man sich später bei Umsetzung der 12. Gesellschaftsrechtlichen Richtlinie im Rahmen des EU-GesRÄG von 1996⁴⁵ dazu, die Einpersonengründung einer GmbH zuzulassen.⁴⁶ Hierzulande warben in den 1950er und 1960er Jahren einzelne Literaturstimmen für *Piskos* frühen Vorschlag⁴⁷ und auch der Gesetzgeber zeigte sich im Vorfeld der – letztlich gescheiterten – GmbH-Reform von 1969/1973 nicht gänzlich abgeneigt.⁴⁸ Mit Anerkennung der Einpersonengründung im Rahmen der GmbH-Novelle von 1980⁴⁹ wurden die Weichen dann aber in eine andere Richtung gestellt. Liechtenstein hat „seine“ Einzelunternehmung mit beschränkter Haftung im Rahmen einer größeren Reform von 1980 wieder ausgemustert, weil sie keine nennenswerte praktische Bedeutung erlangt hatte.⁵⁰ Unternehmer bevorzugten dort ganz überwiegend die Einmannverbandsperson. Damit hatte die Diskussion um den Einzelkaufmann mit beschränkter Haftung in den deutschsprachigen Rechtsordnungen ihr vorläufiges Ende gefunden.

⁴³ Vgl. *Griehsler*, GesRZ 1972, 37, 40: „Zusammenfassung: Es kann gesagt werden, daß der Entwurf ein wohl noch einiger Korrekturen bedürftiges, aber grundsätzlich ein ernstlichen Betrachtungen würdiges Konzept darstellt, das Anlaß zu nicht mehr versiegender Aktivität sein sollte! Diese angestrebte Institution wäre für das Wirtschaftsleben eine wertvolle Bereicherung.“

⁴⁴ Dazu *Kals/Eckert* (Fn. 10), S. 135 m. w. N.

⁴⁵ BGBl. Nr. 304/1996.

⁴⁶ Vgl. EBRV 32 BlgNR XX. GP, S. 56: „Da in Österreich die Errichtung eines Einzelunternehmens mit beschränkter Haftung nicht möglich ist, ist die Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit nur einem Gesellschafter zu ermöglichen. Dies entspricht auch weitgehend der derzeit bereits geübten Praxis, die sich allerdings bis jetzt für die Gründung eines Strohmanns bedienen mußte.“

⁴⁷ Vgl. *Schilling*, JZ 1953, 161, 164; *Wiethölter*, in: *Centrale für GmbH, Rechtsfragen der Handelsgesellschaften*, 1969, S. 11, 39 mit Fn. 64; siehe auch mit einer eigenen Konzeption *H. M. Schmidt*, GmbHR 1959, 105.

⁴⁸ Vgl. *BegrRegE UmwG*, BT-Drucks. V/3165, S. 13: „Die Zulassung dieser Umwandlungsmöglichkeit wirft daher die grundsätzliche Frage auf, ob und unter welchen Voraussetzungen die Schaffung eines einzelkaufmännischen Unternehmens mit beschränkter Haftung in Betracht kommt. Diese Frage, die sehr sorgfältiger Prüfung bedarf, kann nicht im Rahmen der Umwandlungsgesetzgebung entschieden werden. Sie hängt so eng mit der künftigen Gestaltung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung zusammen, daß sie nur im Zusammenhang mit ihrer Reform beantwortet werden kann.“

⁴⁹ BGBl. 1980, I, S. 836; dazu etwa *Fleischer* (Fn. 9), Einl. Rn. 112 ff.

⁵⁰ Dazu *Gubser*, *Grundriss der liechtensteinischen Gesellschaftsrechtsreform 1980*, 1980, S. 51: „Die praktischen Auswirkungen dieser Aufhebungen sind denkbar gering, da all diese Formen keinerlei Bedeutung in der Rechtswirklichkeit erlangt haben. Auch Kleingewerbetreibende bevorzugen die gängigen Gesellschaftsformen angesichts des bescheidenen Mindestkapitals, das zur Gründung einer Verbandsperson notwendig ist.“

III. Etappen auf dem Weg zu einem unselbständigen Sondervermögen des Einzelunternehmers in Frankreich

1. Parallele Diskussion bis zur Anerkennung der Einpersonengesellschaft

In Frankreich verlief die rechtspolitische Diskussion zunächst ganz ähnlich. Auch hier fand der Einzelunternehmer anfänglich nur auf „krummem Wege“ zur Haftungsbeschränkung. Angeregt durch die Vorarbeiten in Europa und Lateinamerika entstand in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts eine besonders umfangreiche Reformdebatte, die jedoch zunächst ebenfalls zugunsten der Einpersonengesellschaft entschieden wurde.

a) *Sociétés fictives im französischen Recht*

Das französische Recht bot dem Einzelunternehmer lange Zeit formal keine Möglichkeit zur Beschränkung der eigenen Haftung. Für die nach deutschem Vorbild⁵¹ durch das Gesetz vom 7. März 1925 eingeführte *société à responsabilité limitée* (SARL) bedurfte es nach Art. 5 mindestens zweier Gründergesellschafter.⁵² Bei einer nachträglichen Vereinigung aller Anteile in einer Hand gingen Rechtsprechung und Lehre einhellig von einer sofortigen Auflösung aus.⁵³ Erst mit dem Gesetz über die Handelsgesellschaften vom 24. Juli 1966 entschloss sich der Reformgesetzgeber, die Härten einer *dissolution de plein droit* bei nachträglicher Anteilsvereinigung abzumildern und die Einpersonengesellschaft in Art. 9 für einen Übergangszeitraum zu tolerieren.⁵⁴ Die Vorschrift findet sich heute im Allgemeinen Teil des französischen Gesellschaftsrechts und lautet übersetzt: „Die Vereinigung aller Geschäftsanteile in einer Hand zieht nicht die automatische Auflösung der Gesellschaft nach sich. Jeder Interessierte kann aber die Auflösung der Gesellschaft verlangen, wenn der Mangel nicht innerhalb eines Jahres behoben ist. Das Gericht kann zur Behebung des Mangels einen Aufschub von längstens sechs Monaten gewähren. Es kann die Auflösung nicht aussprechen, wenn der Mangel zum Zeitpunkt der Entscheidung behoben ist.“⁵⁵ Zur Vermeidung

⁵¹ Vgl. *Merle/Fauchon*, *Sociétés commerciales*, 27. Aufl. 2023, Rn. 208; rechtsvergleichend *Koberg*, *Die Entstehung der GmbH in Deutschland und Frankreich*, 1992, S. 272 ff.; eingehend auch *Fleischer*, *ZGR* 2016, 36, 46 ff.

⁵² Ein Gesetzentwurf vom 23. Januar 1920 (JO Doc. parl. 1920, Annex 229, S. 112) hatte zuvor vorgeschlagen, auch Einzelkaufleuten und Handelsgesellschaften bei gleichzeitiger Beteiligung der Arbeitnehmer eine Haftungsbeschränkung zu ermöglichen, vgl. *Koberg* (Fn. 51), S. 286 ff.

⁵³ Cass. com., 21.11.1955, D.S. 1956, 162: „entraîne de plein droit la dissolution immédiate de la société“; vgl. bereits *Bastian*, *La réunion de toutes les actions d’une société entre les mains d’une seule personne*, 1933, S. 6 ff.; später *Derrupé*, *Mélanges Bastian*, I, 1974, S. 57; *Ezran-Charrière*, *L’entreprise unipersonnelle dans les pays de l’Union Européenne*, 2002, S. 181 f.

⁵⁴ Vgl. *Merle/Fauchon* (Fn. 51), Rn. 277.

⁵⁵ Art. 1844-5 Abs. 1 C.civ.

derung von Rechtsnachteilen hatte die Gestaltungspraxis schon früh auf Strohänner (*prête-noms*) zurückgegriffen, um ein Absinken unter die Mindestzahl von zwei Gesellschaftern zu verhindern. Nach einem Bericht von 1985 operierten zwei Drittel aller SA und SARL mit solchen Strohannengesellschaftern.⁵⁶ Rechtlich handelte es sich um *sociétés fictives*, doch halfen die schwierige Beweislage und eine zögerliche Spruchpraxis⁵⁷, das hiermit verbundene Nichtigkeitsverdict⁵⁸ auf breiter Front zu vermeiden.

b) *Konkurrierende Reformmodelle: Einpersonengesellschaft versus Sondervermögen*

Zur Auflösung des beschriebenen Widerspruchs zwischen Recht und Wirklichkeit⁵⁹ standen sich auch in Frankreich zwei konkurrierende Regelungsmodelle gegenüber: die Gestattung der haftungsbeschränkten Einpersonengesellschaft und eine Zuordnung unternehmensbezogener Vermögensgegenstände zu einem unselbständigen Sondervermögen (*patrimoine d'affectation/patrimoine affecté*).⁶⁰

Gegen die Einpersonengesellschaft erhob man in der Doktrin konzeptionelle Einwände aus dreierlei Richtung: Erstens passe sie nicht zum traditionellen Vertragsprinzip des französischen Gesellschaftsrechts, das seit 1804 in Art. 1832 C. civ. verankert ist und gleichermaßen für alle Gesellschaften gilt.⁶¹ Zweitens fehle ihr die *affectio societatis*⁶² als integrales, wenn auch schwer zu fassendes Element gesellschaftsrechtlicher Zusammenschlüsse in Frankreich.⁶³ Drittens widerspreche die Einpersonengesellschaft dem französischen Bild der juristischen Person.⁶⁴ Grundlage der Anerkennung einer ggf. haftungsbeschränkend wirkenden Rechtspersönlichkeit war nach der *théorie de la réalité* die tatsächli-

⁵⁶ Vgl. Durand, in: Jullian/Tisseyre/Arnaud de Bissy, *Les structures individuelles*, 2021, S. 265, 267 mit Hinweis auf Gouzes, Rapport n° 2598 (Ass. Nat., 7ème législature), enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 10 avril 1985, S. 5.

⁵⁷ Vgl. etwa Cass. civ., 7.1.1946, S. 1947, 1, 32: keine Strohanngründung in einem Fall, in dem eine Person 98,5 Prozent des Kapitals zeichnet.

⁵⁸ Cass. com., 16.6.1992, BJS 1992, 960 („l'arrêt Lumalle“): „Une société fictive est une société nulle et non inexistante.“

⁵⁹ Champaud, Rev. trim. dr. com. 1979, 579, 595: „distorsion entre le fait et le droit“; gleichsinnig Aussedat, Rev. soc. 1974, 221, 223: „divorce entre le droit et la réalité économique“.

⁶⁰ Vgl. Sayag, JCP 1985, I, 3217, Nr. 5: „Deux techniques s'offraient en effet pour atteindre le résultat recherché“.

⁶¹ Näher zur „théorie contractuelle“ Le Cannu/Dondero, *Droit des sociétés*, 10. Aufl. 2023, Rn. 269 ff.

⁶² Vgl. Merle/Fauchon (Fn. 51), Rn. 57: „Dans l'EURL et la SASU, faute de pluralité d'associés, il ne peut y avoir d'*affectio societatis* de la part de l'associé unique [...]“

⁶³ Näher Merle/Fauchon (Fn. 51), Rn. 57: „Mais il ne faut aucun doute qu'en l'absence d'*affectio societatis*, il ne saurait y avoir de société. Faute de précision légale, la doctrine s'est efforcée de cerner la notion, chacun des meilleurs auteurs y allant de sa propre définition, certains mettant en doute sa nécessité.“

⁶⁴ Vgl. Alibert, in: Dix ans de droit de l'entreprise, 1978, S. 63, 70; Serlooten, D.S. 1985 Chr. 187, 188; Calais-Auloy, D.S. 1986 Chr. 249, 250.

che Fähigkeit einer Gesellschaft zur Bildung eines kollektiven Willens und Verfolgung eines gemeinsamen Ziels.⁶⁵ Eine dergestalt verselbständigte Interessensphäre war einer Einpersonengesellschaft kaum zuzugestehen. Zeitgenössischen Autoren galt sie aus diesen Gründen als „non-sens“⁶⁶ oder gar als „monstruosité juridique“.⁶⁷

Das Sondervermögensmodell wurde in Frankreich erstmals im Jahr 1948 von dem katalanischen, im Pariser Exil arbeitenden Rechtsvergleicher *Felipe de Solà Cañizares* umfassend vorgestellt.⁶⁸ Er stattete zunächst *Oskar Pisko* seine intellektuelle Dankesschuld ab⁶⁹ und griff sodann insbesondere die schon erwähnte Diskussion in Lateinamerika auf.⁷⁰ Als potentiell Hindernis identifizierte er die Theorie der Einheit und Unteilbarkeit des Vermögens – jene *unité de patrimoine*, die Mitte des 19. Jahrhunderts von den Straßburger Professoren *Charles Aubry* und *Charles Rau* postuliert wurde⁷¹ und bis heute zu den berühmtesten zivilrechtlichen Denkfiguren überhaupt zählt.⁷² Ihr zufolge hat jede Person nur ein Vermögen, das unteilbar ist und keinen Raum für Sondervermögen lässt. *Solà Cañizares* bezweifelte zwar ebenso wie die meisten späteren Autoren, dass es sich hierbei um ein unverrückbares Prinzip des französischen Zivilrechts handle.⁷³ Dennoch sollte eine Auseinandersetzung mit den vermögensrechtlichen Axiomen von *Aubry* und *Rau* bis ins neue Jahrtausend zum „Pflichtprogramm“ einer jeden Auseinandersetzung mit dem Sondervermögen gehören.

⁶⁵ Cass. com., 28.1.1954, D. 1954, 217: „La personnalité civile n’est pas une création de la loi; elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d’une possibilité d’expression collective pour la défense d’intérêts licites [...]“; vgl. zum Theorienstreit um die Rechtsnatur der juristischen Person in Deutschland und Frankreich auch *Fleischer*, *RabelsZ* 87 (2023), 5, 16 und 26 f.

⁶⁶ *Pic*, D.H. 1935, 33.

⁶⁷ So schon *Solà Cañizares*, *Rev. trim. dr. com.* 1948, 376, 379; ebenso *Aztiria*, in: *Travaux de l’association Henri Capitant*, Tome 9, 1957, S. 165.

⁶⁸ *Solà Cañizares*, *Rev. trim. dr. com.* 1948, 376; ausführliches posthumes Portrait bei *René*, *Rev. int. dr. comp.* 1965, 567.

⁶⁹ *Solà Cañizares*, *Rev. trim. dr. com.* 1948, 376, 377: „En 1910, le grand juriste autrichien Pisko consacra une importante étude à ce problème [...]“.

⁷⁰ Dazu oben unter II.4.

⁷¹ *Aubry/Rau*, *Cours de droit français, d’après la méthode de Zachariae*, Tome VI, 4. Aufl. 1873, § 573, S. 231; rechtsvergleichend *Paternot*, *Haftungsbeschränkungen für Einzelunternehmer in Deutschland und Frankreich*, 2014, S. 80 ff.

⁷² Vgl. *Ghestin/Goubeaux*, *Traité de droit civil, Introduction générale*, 1990, Rn. 208: „[I]l n’existe guère de page de littérature juridique aussi célèbre que le passage du traité d’Aubry et Rau consacré à la théorie du patrimoine.“

⁷³ *Solà Cañizares*, *Rev. trim. dr. com.* 1948, 376, 383 ff.: „Nous n’avons jamais compris que l’on refuse d’admettre une institution juridique nouvelle sous prétexte qu’elle s’oppose à des principes traditionnels, si anciennes et si prestigieuses qu’elles soient.“; etwas zurückhaltender *Arthuis*, *Rapport n° 287* (Sénat, 1984–1985), *Annexe au procès-verbal de la séance du 15 mai 1985*, S. 6: „le «bloc de granit» du principe de l’unité et de l’indivisibilité du patrimoine comportait des failles“.

c) Reformdiskussion in den 1970er Jahren

In den frühen 1970er Jahren rückte der haftungsrechtliche Schutz des Einzelunternehmers zunehmend in das Blickfeld des Gesetzgebers.⁷⁴ Mehrere in die Nationalversammlung eingebrachte Gesetzesvorlagen sprachen sich für die Einführung einer neuen Einpersonengesellschaft aus.⁷⁵ Auch ein umfangreicher, durch den damaligen Staatspräsidenten *Valéry Giscard d'Estaing* in Auftrag gegebener Bericht zur Modernisierung des Handels- und Wirtschaftsrechts von 1975 drängte auf eine Reform innerhalb des Gesellschaftsrechts.⁷⁶

In der Doktrin, aber auch in der anwaltlichen und notariellen Praxis fand dagegen wegen der referierten dogmatischen Vorbehalte überwiegend das *patrimoine d'affectation* Zuspruch.⁷⁷ Umfangreiche Vorarbeiten für eine mögliche Regelung unternahm der Bericht einer vom Justizministerium eingesetzten interministeriellen Arbeitsgruppe unter Vorsitz von *Claude Champaud*.⁷⁸ Sie empfahl eine *entreprise personnelle à responsabilité limitée* mit einer Aufspaltung des Vermögens des Einzelunternehmers in drei Haftungsmassen: Erstens, ein dem Geschäftsbetrieb dienendes, dem Zugriff geschäftlicher Gläubiger vorbehaltenes *patrimoine affecté*. Zweitens, ein potentiell auch dem Unternehmen zur Verfügung stehendes, sowohl geschäftlichen als auch privaten Gläubigern zugewiesenes *patrimoine disponible*. Und drittens, ein dem Unternehmen und damit auch den geschäftlichen Gläubigern des Einzelunternehmers schlechterdings entzogenes, gegenständiglich und wertmäßig begrenztes *patrimoine indisponible et insaisissable*.⁷⁹

d) Entscheidung für die Einpersonengesellschaft

Der französische Gesetzgeber griff diesen und weitere Vorschläge nicht auf. Stattdessen orientierte er sich am Vorbild Deutschlands, das die Einpersonen-GmbH im Jahre 1980 zugelassen hatte.⁸⁰ Durch Gesetz vom 11. Juli 1985⁸¹ wurde Einzelunternehmern auch in Frankreich die Gründung einer *société à responsabilité limitée* (SARL) ermöglicht. In eingliederiger Gestalt ist sie bis heute vorwiegend

⁷⁴ Ausführlich zum Folgenden *Ezran-Charrière* (Fn. 53), S. 54 ff.; aus deutscher Sicht *Ochs*, Die Einpersonengesellschaft in Europa, 1997, S. 103 ff. und 115 f.

⁷⁵ Vgl. Nachweise bei *Ezran-Charrière* (Fn. 53), S. 54, 183; weiterführend *Daigre*, Rev. int. dr. comp. 1990, 665, 669.

⁷⁶ *Sudreau*, Rapport du Comité d'étude pour la réforme de l'entreprise, 1975, S. 129.

⁷⁷ *Alibert* (Fn. 64), S. 63; aus notarieller Sicht *Aussedat*, Rev. soc. 1974, 221; vgl. auch *Ezran-Charrière* (Fn. 53), S. 54 ff. m. w. N.; zusammenfassend *Hallouin*, JCP E 1986, II, 509: „On est frappé par une très nette préférence pour le patrimoine d'affectation.“

⁷⁸ Vgl. *Champaud*, Rev. trim. dr. com. 1979, 579; weitere Vorschläge bei *Ezran-Charrière* (Fn. 53), S. 56 f.

⁷⁹ *Champaud*, Rev. trim. dr. com. 1979, 579, 609 und 615 ff.

⁸⁰ Vgl. *Arthuis*, Rapport n° 287 (Sénat, 1984–1985), Annexe au procès-verbal de la séance du 15 mai 1985, S. 9: „semble avoir servi de modèle aux rédacteurs du projet de loi.“; vgl. auch *Sayag*, JCP E 1986, II, 516, 517: „fascination du droit allemand“.

⁸¹ Loi n° 85-697 du 11 juillet 1985.

als *entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée* (EURL) bekannt.⁸² Kleinen Landwirtschaftsbetrieben wurde zeitgleich mit der *exploitation agricole à responsabilité limitée* (EARL) eine ein- (oder mehr-)gliedrige, haftungsbeschränkte Personengesellschaft zur Verfügung gestellt. Zur Begründung seiner Entscheidung verwies der Gesetzgeber auf die handwerkliche Komplexität des *patrimoine d'affectation*. Die rechtssichere Abgrenzung zwischen Privat- und Geschäftsvermögen sei ebenso herausfordernd wie die Abstimmung mit benachbarten Rechtsgebieten, insbesondere dem ehelichen Güterrecht.⁸³

Neben EURL und EARL kennt der französische Rechtsformenkatalog heute eine Reihe weiterer eingliedriger (Kapital-)Gesellschaften. Ein in der Ausgestaltung flexibles und daher für Unternehmen unterschiedlichster Couleur attraktives Rechtskleid bietet seit 1994 die *société par actions simplifiée* (SAS). Auch sie kann seit 2000 als *société par actions simplifiée unipersonnelle* (SASU) gegründet werden.⁸⁴ Restriktiv zeigt sich dagegen bis heute das französische Aktienrecht.⁸⁵ Zur Gründung einer *société anonyme* bedarf es mindestens zweier Aktionäre;⁸⁶ der *société en commandite par actions* müssen neben dem Komplementär mindestens drei Kommanditaktionäre angehören.⁸⁷

2. Kein Ende der Debatte, sondern Annäherung an das Sondervermögen

Anders als in Deutschland und Österreich kam die französische Diskussion um den angemessenen Haftungsschutz des Einzelunternehmers mit der Zulassung der Einpersonengesellschaft nicht zum Erliegen. Ab den frühen 1990er Jahren entwickelte sie sich vielmehr zum festen Bestandteil größerer Wirtschaftsreformen. Dabei entschied sich der Gesetzgeber zwar noch mehrere weitere Male gegen die Einführung eines *patrimoine d'affectation*. Durch gesetzgeberische „Minusmaßnahmen“ fand die konzeptionelle Unterscheidung zwischen Privat- und Geschäftsvermögen aber dennoch Schritt für Schritt Eingang in das geltende Recht.

a) Vorrangige Befriedigung aus dem Geschäftsvermögen

Bereits mit der französischen Rezession von 1992/1993 kehrten die wirtschaftlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen für Einzelunternehmen zurück auf die politische Agenda. Reformanregungen lieferte eine auf Ersuchen des Premier-

⁸² Überblick bei Ochs (Fn. 74), S. 103 ff.; Paternot (Fn. 71), S. 423 ff.

⁸³ Arthuis, Rapport n° 287 (Sénat, 1984–1985), Annexe au procès-verbal de la séance du 15 mai 1985, S. 8: „difficultés inhérentes à la nécessité d'assurer l'exactitude et la clarté de l'affectation du patrimoine, de contrôler de manière continue la consistance du patrimoine et <d'articuler> le patrimoine d'affectation avec les régimes matrimoniaux.“

⁸⁴ Art. L. 227-1 C.com.; ausführlich zu Entstehen und Bedeutung der SAS in diesem Band § 6 (Trinks), S. 173.

⁸⁵ Anderes gilt für die *société européenne*, die aufgrund der Vorgaben der europäischen VO (EG) Nr. 2157/2001 Alleinaktionär einer (Tochter-)SE sein kann, vgl. Art. L. 229-6 C.com.

⁸⁶ Art. L. 225-1 C.com.

⁸⁷ Art. L. 226-1 C.com.

ministers erarbeitete Stellungnahme des französischen Wirtschafts- und Sozialrats aus der Feder von *Jacques Barthélémy*.⁸⁸ Sie sprach sich neben dem Abbau übermäßiger Bürokratie dafür aus, steuer-, sozial- und insbesondere auch haftungsrechtliche Nachteile des Geschäftsbetriebs im eigenen Namen zu beseitigen.⁸⁹ Gerade für kleinere Unternehmen sei das Rechtskleid der EURL in seiner Anlehnung an die SARL häufig komplex und hinderlich.⁹⁰ Als alternativen Organisationsrahmen schlug *Barthélémy* in Anlehnung an *Champaud*⁹¹ eine (nur) vermögensrechtliche Verselbständigung des Unternehmens in einem *patrimoine d'affectation* vor.⁹²

Der Hinweis *Barthélémys* auf die (mangelnde) Attraktivität der EURL war grundsätzlich berechtigt. Seit ihrer Einführung acht Jahre zuvor hatten sich nur etwa 30.000 Einzelunternehmer für die Gründung einer Einpersonengesellschaft entschieden.⁹³ Die vorgeschlagene Neuregelung der Haftung des Einzelunternehmers ging dennoch über den Reformwillen des Gesetzgebers hinaus. Während die Anregungen des *Rapport Barthélémy* im Übrigen mehrheitlich übernommen wurden, entschieden sich die beiden Kammern des französischen Parlaments in einem Gesetz vom 11. Februar 1994⁹⁴ abermals dagegen, Einzelunternehmern über eine fakultative oder gesetzlich angeordnete Vermögensspaltung zu einer Haftungsbeschränkung zu verhelfen. Neben einer Flexibilisierung des Statuts der EURL enthielt das Gesetz dennoch zwei Bestimmungen, die das Privatvermögen des Einzelunternehmers vor dem Zugriff beruflicher Gläubiger schützen sollten⁹⁵ und damit den Beginn der konzeptionellen Unterscheidung zweier Haftungsmassen im Vermögen des Einzelunternehmers markieren:⁹⁶ erstens, eine vorvertragliche Pflicht für Kreditinstitute, dem Einzelunternehmer die Gelegenheit einzuräumen, als Kreditsicherheit ausschließlich für den Geschäftsbetrieb erforderliche Ver-

⁸⁸ *Barthélémy*, L'entreprise individuelle, JO Conseil économique et social 1993 n° 5; dazu *Robert*, Rapport n° 252 (Sénat, 1993–1994), Annexe au procès-verbal de la séance du 19 janvier 1994, S. 7, 27: „mine de propositions“.

⁸⁹ Vgl. *Barthélémy*, L'entreprise individuelle, JO Conseil économique et social 1993 n° 5, S. 11: „égalité totale de statut entre l'entreprise en nom personnel ou en société“.

⁹⁰ *Barthélémy*, L'entreprise individuelle, JO Conseil économique et social 1993 n° 5, S. 8: „Il en résulterait, pour les petites unités, un coût de gestion excessif, né en particulier du formalisme juridique et comptable propre aux sociétés“ und S. 13: „n'a pas grand sens en dessous d'une certaine taille“; übernommen durch *Robert*, Rapport n° 252 (Sénat, 1993–1994), Annexe au procès-verbal de la séance du 19 janvier 1994, S. 19.

⁹¹ *Barthélémy*, L'entreprise individuelle, JO Conseil économique et social 1993 n° 5, S. 6.

⁹² *Barthélémy*, L'entreprise individuelle, JO Conseil économique et social 1993 n° 5, S. 11 f.

⁹³ *Robert*, Rapport n° 252 (Sénat, 1993–1994), Annexe au procès-verbal de la séance du 19 janvier 1994, S. 10 ff.; vgl. auch *Ochs* (Fn. 74), S. 107.

⁹⁴ Loi n° 94-126 du 11 février 1994.

⁹⁵ *Robert*, Rapport n° 252 (Sénat, 1993–1994), Annexe au procès-verbal de la séance du 19 janvier 1994, S. 53, 65.

⁹⁶ Vgl. insoweit rückblickend auch *Hyst*, Rapport n° 362 (Sénat, 2009–2010), enregistré à la Présidence du Sénat le 23 mars 2010, S. 14; *La Raudière*, Rapport n° 2298 (Ass. Nat., 13ème législature), enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 10 février 2010, S. 8.

mögensgegenstände anzubieten;⁹⁷ zweitens, ein Recht des Einzelunternehmers, für vertragliche Forderungen von Geschäftsgläubigern die vorrangige Vollstreckung in für den Geschäftsbetrieb erforderliche Vermögensgegenstände (*biens nécessaires à l'exploitation de l'entreprise*) zu verlangen.⁹⁸

b) Unpfändbarkeit von Hauptwohnsitz und Grundvermögen

Auch *Jacques Chirac* versprach in seinem zweiten Wahlkampf um die französische Präsidentschaft im Jahr 2002 eine große Wirtschaftsreform. Der Befreiung der Wirtschaft aus ihrer staatlich verordneten „Zwangsjacke“ sollte binnen fünf Jahren die Gründung einer Million neuer Unternehmen folgen.⁹⁹ Unmittelbar nach der gewonnenen Wahl beauftragte sein neu ernannter Premierminister *Jean-Pierre Raffarin* den Generaldelegierten der *Agence pour la Création d'Entreprises*, *François Hurel*, mit der Ausarbeitung von Reformvorschlägen.¹⁰⁰ *Hurel* sprach sich in einem seiner insgesamt 60 Vorschläge ebenfalls für eine haftungsrechtliche Verselbständigung des Geschäftsvermögens des Einzelunternehmers aus.¹⁰¹ Dabei griff er auf Formulierungsvorschläge zurück, die *Raffarin* selbst wenige Jahre zuvor als Vorsitzender einer Arbeitsgruppe des Senats (erfolglos) ins parlamentarische Verfahren eingebracht hatte.¹⁰²

Einen Sinneswandel des Gesetzgebers vermochte auch *Hurels* Vorschlag nicht herbeizuführen. Zwar stellte eine frühe Ankündigung des sich abzeichnenden Gesetzes in der Fachöffentlichkeit noch begrifflich ein *patrimoine d'affectation* in Aussicht, doch war bereits zu diesem Zeitpunkt eine andere inhaltliche Stoßrichtung abzusehen.¹⁰³ Insbesondere angesichts des Widerstands des Justizmi-

⁹⁷ Art. 47, I loi n° 94-126 du 11 février 1994; heute Art. L. 313-21 C. mon. fin.; eine Pflicht des Kreditinstituts, die angebotenen Sicherheiten zu akzeptieren, besteht freilich nicht, weiterführend *Martin*, RDBB 1994/42, 50; *Credot/Gérard*, RDBB 1994/42, 77.

⁹⁸ Art. 47, III loi n° 94-126 du 11 février 1994; heute in modifizierter Form Art. L. 161-1 Abs. 2 CPC exéc.

⁹⁹ Vgl. *Chirac*, Mon engagement pour la France, 25.3.2002, verfügbar unter <<https://perma.cc/V36W-JPDW>>: „En libérant l'entreprise des carcans dans lesquels l'Etat l'a enfermée: [...] en mettant en place une politique de soutien actif à la création d'entreprises avec pour objectif la création d'un million d'entreprises nouvelles en cinq ans“.

¹⁰⁰ Abdruck gemeinsam mit dem sich anschließenden Bericht, vgl. *Hurel*, Rapport au Premier Ministre sur le développement de l'initiative économique et de la création d'entreprise, 8.7.2002.

¹⁰¹ *Hurel* (Fn. 100), S. 59 ff.

¹⁰² Vgl. *Hurel* (Fn. 100), S. 60: „Les biens affectés répondraient prioritairement au passif de l'exploitation, nonobstant toute mesure conservatoire [...]“ und Proposition de loi n° 254 (Sénat, 1998–1999), Annexe au procès-verbal de la séance du 9 mars 1999, Art. 14 zur Einführung von Art. 1914-3 C. civ.: „Les biens ainsi affectés répondent prioritairement au passif de l'exploitation, nonobstant toute mesure conservatoire“.

¹⁰³ Vgl. *Dutheil*, Cah. dr. entr. 2002/6, 1; vgl. auch *Roussel/Larcher/Hoareau/Dobigny*, JCP E 2008, 2199, Rn. 2: „forme de patrimoine «désaffecté“.

nisteriums gegen grundlegende Eingriffe¹⁰⁴ entschied sich das Gesetz vom 1. August 2003¹⁰⁵ ein weiteres Mal nur für eine inkrementelle Schutzverstärkung: Durch notarielle Erklärung konnte der Einzelunternehmer fortan die Unpfändbarkeit seines Hauptwohnsitzes bei einer späteren Vollstreckung aus geschäftlichen Forderungen herbeiführen. Als Regelungsvorbild diente das bereits im Jahre 1909 eingeführte *bien de famille*.¹⁰⁶ Dieses führte zwar in der Theorie ebenfalls eine Unpfändbarkeit des Eigentums an einem oder mehreren zuvor bestimmten Grundstücken herbei. Da die insoweit maßgebliche Wertgrenze jedoch über Jahrzehnte hinweg nicht angehoben worden war, hatte es im Zuge der Preisentwicklung jede praktische Relevanz eingebüßt und wurde schließlich 2011 abgeschafft.¹⁰⁷ Vor einem Sonderausschuss erklärte der zuständige Staatssekretär, die neue Regelung habe die gleiche Wirkung wie die Einführung des *patrimoine d'affectation*.¹⁰⁸ Weitergehende Änderungsanträge in der Nationalversammlung fanden keine Mehrheit.¹⁰⁹

Die Bestimmungen zur Unpfändbarkeit privater Vermögensgegenstände wurden in den folgenden Jahren mehrfach ausgeweitet. Nach einem Gesetz vom 4. August 2008 (*loi LME*)¹¹⁰ konnte die notarielle Erklärung auch auf sonstiges privates Grundeigentum erstreckt werden.¹¹¹ Die Unpfändbarkeit des Hauptwohnsitzes wiederum wurde mit Gesetz vom 6. August 2015 (*loi Macron*)¹¹² zur gesetzlichen Regel, die keiner Erklärung mehr bedurfte.¹¹³

c) *Schwindender Widerstand gegen das patrimoine d'affectation*

Die nach Zulassung der EURL beschlossenen Reformen hatten rechtlich vieles geändert – und doch tatsächlich wenig bewirkt. Die praktische Verbreitung der Einpersonengesellschaft blieb aus Sicht der Politik zu gering. Im Jahr 2008 entschied sich die Hälfte aller Unternehmensgründer für den Betrieb eines Einzelunternehmens, dagegen nur knapp zehn Prozent für die Gründung einer EURL.¹¹⁴ Den Schutz der 2003 eingeführten Unpfändbarkeitserklärung hatten bis 2009 nur etwa 12.000 Einzelunternehmer in Anspruch genommen.

¹⁰⁴ JO AN (C.R.) n° 11, 6.2.2003, S. 921 und 922: „longue résistance qu’a opposée la Chancellerie“.

¹⁰⁵ Loi n° 2003-721 du 1 août 2003 pour l’initiative économique.

¹⁰⁶ Loi du 12 juillet 1909 sur la constitution d’un bien de famille insaisissable.

¹⁰⁷ Malecki, D. 2003, 2220.

¹⁰⁸ Vgl. *Vautrin*, Rapport n° 572 (Ass. Nat., 12ème législature), enregistré à la Présidence de l’Assemblée nationale le 28 janvier 2003, Tome I, 1ère Partie: „parvient au même résultat“.

¹⁰⁹ JO AN (C.R.) n° 11, 6.2.2003, S. 921 ff.

¹¹⁰ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008.

¹¹¹ Heute in modifizierter Form Art. L. 526-1 Abs. 2 C.com.

¹¹² Loi n° 2015-990 du 6 août 2015; zur Vorbildfunktion dieses Gesetzes für die spätere prinzipielle Haftungsbeschränkung des EI vgl. unten IV.2.

¹¹³ Heute in modifizierter Form Art. L. 526-1 Abs. 1 C.com.

¹¹⁴ Projet de loi n° 2265 (Ass. Nat., 13ème législature), enregistré à la Présidence de l’Assemblée nationale le 27 janvier 2010, Etude d’Impact, S. 3 f.

Der grundsätzliche Widerstand des Gesetzgebers gegen das *patrimoine d'affectation* war freilich im Laufe der Jahre gewichen. Schon im Gesetzgebungsverfahren der *loi LME* hatte der Wirtschaftsausschuss der Nationalversammlung einstimmig Änderungsanträge angenommen, die ein einzelunternehmerisches Sondervermögen einführen wollten.¹¹⁵ Nur unter Hinweis des zuständigen Staatssekretärs auf verbleibende rechtliche Fragen und verbunden mit der Zusicherung, noch im selben Jahr einen neuen Bericht zwecks ihrer Aufarbeitung zu präsentieren, wurden die Änderungsanträge noch einmal zurückgezogen.¹¹⁶ Auch dieser vorerst letzte Bericht erhob jedoch keine grundsätzlichen rechtsdogmatischen Bedenken gegen das Vorhaben.¹¹⁷

3. *Der Entrepreneur individuel à responsabilité limitée (2010)*

Mit Gesetz vom 15. Juni 2010¹¹⁸ wurden der *Entrepreneur individuel à responsabilité limitée* (EIRL) und das seinem Unternehmen zugeordnete *patrimoine affecté* aus der Taufe gehoben. Die 16 Vorschriften des neuen Organisationsrahmens (Art. L. 526-6 bis 526-21 C.com.) wurden hinter den beibehaltenen Unpfändbarkeitsbestimmungen eingestellt. Sie traten am 1. Januar 2011 in Kraft und wurden in der Folgezeit mehrfach substantiell geändert.¹¹⁹ Seit dem Gesetz vom 14. Februar 2022 ist eine Entscheidung für den EIRL nicht mehr möglich,¹²⁰ so dass im Folgenden lediglich die gesetzgeberischen Grundentscheidungen vorgestellt werden.¹²¹

a) *Patrimoine affecté und patrimoine non affecté*

Im Mittelpunkt des neuen Organisationsrahmens steht mit dem *patrimoine affecté* anstelle eines selbständigen Rechtsträgers ein unselbständiges Sonderver-

¹¹⁵ Charié, Rapport n° 908 (Ass. Nat., 13ème législature), enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 22 mai 2008, S. 216 f.; vgl. auch Roussel/Larcher/Hoareau/Dobigny, JCP E 2008, 2199, Fn. 4.

¹¹⁶ Vgl. JO AN (C.R.) n° 45, 6.6.2008, S. 2973 f.; dem vorausgehend Novelli, JO AN (C.R.) n° 44, 5.6.2008, S. 2916: „Je vous ai dressé un panorama de ces difficultés juridiques qu'il nous faut résoudre avant de mettre en place ce patrimoine d'affectation, mais sachez que j'ai l'intention, avec vous, d'aboutir, au nom du principe d'équité.“

¹¹⁷ de Roux, La création d'un patrimoine d'affectation, 5.11.2008, S. 24: „Il apparaît qu'il n'existe pas de principe supérieur de droit s'opposant à la séparation d'un patrimoine [...]“. Zweifel an der Zweckmäßigkeit des *patrimoine d'affectation* waren dem Bericht dagegen an verschiedenen Stellen zu entnehmen, vgl. etwa S. 7: „L'affectation du patrimoine à une activité peut donc être envisagée pourvu que cette affectation soit simple, et sa simplicité est parfois difficile à faire vivre.“

¹¹⁸ Loi n° 2010-658 du 15 juin 2010.

¹¹⁹ Wichtige Reformen unternahmen insbesondere die loi n° 2014-626 du 18 juin 2014, die loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 und insbesondere die loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 (sog. loi PACTE).

¹²⁰ Vgl. dazu unten III. 4.

¹²¹ Soweit nicht ausdrücklich anders erwähnt, beziehen sich die nachfolgenden Ausführungen auf den Organisationsrahmen des EIRL in seiner aktuellen Fassung.

mögen, das jeder Einzelunternehmer zugunsten seines Geschäftsbetriebs bilden kann. Aus gesetzgeberischer Vorsicht wurde dem EIRL zunächst nur die Gründung eines (einigen) *patrimoine affecté* ermöglicht, ab 2013 konnten jedoch für mehrere abgrenzbare Geschäftsbetriebe auch jeweils eigenständige Sondervermögen geschaffen werden.¹²² Das keinem Geschäftsbetrieb zugeordnete Vermögen des Einzelunternehmers erfasst das Gesetz als *patrimoine non affecté*.

(1) Bildung eines *patrimoine affecté*

Ein *patrimoine affecté* entsteht durch eine Zuordnungserklärung (*déclaration d'affectation*) des Einzelunternehmers gegenüber einem öffentlichen Register.¹²³ Diese ist selbst an keine besondere Form geknüpft und enthält lediglich Angaben zur Person des Einzelunternehmers und dem von ihm betriebenen Unternehmen.¹²⁴ Gemeinsam mit der Zuordnungserklärung müssen bzw. können jedoch erste Zuordnungen vorgenommen werden, für die ggf. besondere Formvorschriften zu beachten sind. In der ursprünglichen Gesetzesfassung waren erste Zuordnungen zwingend vorzunehmen;¹²⁵ nach Reformen durch die *loi PACTE* konnte zunächst auch ein „leeres“ Sondervermögen gebildet werden.¹²⁶

(2) Inhalt eines *patrimoine affecté*

Zur Beschreibung des Inhalts eines *patrimoine affecté* erläutern die ersten beiden Sätze von Art. L. 526-6 Abs. 2 C.com.:

„Dieses Vermögen besteht aus der Gesamtheit der Güter, Rechte, Verbindlichkeiten und Sicherheiten, deren Inhaber der Einzelunternehmer ist und die für die Ausübung der Geschäftstätigkeit notwendig sind. Es kann auch diejenigen Güter, Rechte, Verbindlichkeiten und Sicherheiten umfassen, deren Inhaber der Einzelunternehmer ist, die für die Ausübung der Geschäftstätigkeit genutzt werden und die der Einzelunternehmer ihr zuordnet und ihr nachträglich wieder entziehen kann.“

Der Gesetzeswortlaut hat aufgrund seiner sprachlichen und inhaltlichen Unschärfe viel Kritik erfahren.¹²⁷ Dies betrifft zunächst die Nennung von Rechten und Sicherheiten, deren eigenständige Bedeutung gegenüber den vorangestellten Gü-

¹²² Art. 14 loi n° 2010-658 du 15 juin 2010; zum Hintergrund *La Raudière/Hyest*, Rapport n° 2461 (Ass. Nat., 13ème législature), enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 28 avril 2010, S. 5.

¹²³ Art. L. 526-7 C.com. i. V.m. Art. R. 526-3 C.com.

¹²⁴ Art. R. 526-3 C.com.

¹²⁵ Vgl. Art. L. 526-8, 1° C.com. a. F. (2010); dazu Cass. com., 7.2.2018, D. 2018, 594 m. Anm. *Tisseyre*: „Il n'existe pas de patrimoine affecté qui soit vide.“

¹²⁶ Art. L. 526-8, I. C.com.

¹²⁷ *Jullian* (Fn. 40), S. 106, Rn. 93: „Le législateur a, une nouvelle fois, manqué de rigueur“; *Terré/Simler*, Les Biens, 10. Aufl. 2018, S. 32: „méli-mélo, modèle déplorable de rédaction“; *Lebel*, in: JCl. Soc. Traité, Fasc. 4, Stand: 30.10.2023, Rn. 18.

tern fraglich scheint.¹²⁸ Auch die – erst im Gesetzgebungsverfahren erfolgte – Aufnahme von Verbindlichkeiten erweist sich bei näherer Betrachtung als unglücklich. Entgegen dem Gesetzeswortlaut ist die Zugehörigkeit einer Verbindlichkeit zu einem *patrimoine affecté* nämlich weder Folge einer Zuordnung des EIRL, noch ist sie von ihrer schon denklogisch schwer vorstellbaren Erforderlichkeit bzw. Nutzung für den Geschäftsbetrieb abhängig.¹²⁹ Maßgeblich ist nach Art. L. 526-12, I C.com. allein, in welchem Zusammenhang die jeweilige Verbindlichkeit entstanden ist.¹³⁰

Ungeachtet dieser inneren Widersprüche lassen sich dem Gesetzeswortlaut zwei zentrale Aussagen entnehmen. Die dichotomische Unterscheidung zwischen Gütern (einschließlich Rechten und Sicherheiten) und Verbindlichkeiten weist zunächst darauf hin, dass zum *patrimoine affecté* sowohl Aktiva als auch Passiva zählen.¹³¹ Die Unterscheidung zwischen notwendigen und tatsächlich genutzten Vermögensgegenständen grenzt zudem obligatorische von fakultativen Bestandteilen eines *patrimoine affecté* ab und bildet die Finanzverfassung des EIRL: Ein summenmäßiges Mindestkapital ist für das *patrimoine affecté* – ebenso wie für EURL und SASU – nicht vorgeschrieben. Allerdings sind ihm für den Geschäftsbetrieb notwendige Vermögensgegenstände zwingend zuzuordnen, ohne dass die Zuordnung nachträglich wieder aufgehoben werden dürfte.¹³² Tatsächlich für den Geschäftsbetrieb genutzte Vermögensgegenstände können einem *patrimoine affecté* dagegen jederzeit freiwillig zugeordnet und wieder entzogen werden. Konsequenterweise kann der EIRL gemäß Art. L. 526-18 C.com. auch Erträge des Geschäftsbetriebs nach freiem Ermessen in sein *patrimoine non affecté* einlegen.

(3) Zuordnungen an ein *patrimoine affecté*

In ein *patrimoine affecté* überführt und ihm wieder entzogen werden Vermögensgegenstände nicht gemäß den Bestimmungen für schuldrechtliche oder dingliche Verfügungen: Die Zuordnung des Eigentums an einer Sache zu einem *patrimoine affecté* ist keine Übereignung, diejenige einer Forderung keine Abtretung.¹³³ Vielmehr folgen Verschiebungen zwischen den unterschiedlichen Vermögensmassen

¹²⁸ *Revet*, Dr. et patr. 2010, n° 191, 56, 58; ebenso *Leroyer*, Rev. trim. dr. civ. 2010, 632, 634; vgl. auch *Paternot* (Fn. 71), S. 268 f., allerdings an dieser Stelle mit ungenauer Übersetzung des Begriffs der „biens“.

¹²⁹ *Paternot* (Fn. 71), S. 271, 275 ff.

¹³⁰ Art. L. 526-12 C.com.

¹³¹ *Paternot* (Fn. 71), S. 267 ff.; kritisch zum damit verwendeten Vermögensbegriff *Jullian* (Fn. 40), S. 106 f., Rn. 93.

¹³² Geregelt wird durch den auch insoweit uneindeutigen Gesetzeswortlaut nach verbreiteter Auffassung eine Zuordnungspflicht des EIRL, vgl. *Paternot* (Fn. 71), S. 285 ff.; ebenso *Jullian* (Fn. 40), S. 107, Rn. 93; eine Zuordnung kraft Gesetzes erkennen stattdessen *Jung*, in: FS Blaurock, 2013, S. 143, 158; ebenso *Leroyer*, Rev. trim. dr. civ. 2010, 632, 635; uneindeutig bleibt Cass. com. 7.2.2018, n° 16-24.481; vgl. dazu *Lucas/Cagnoli*, D. 2018, 1829, 1830 (Zuordnungspflicht); anders dagegen *Grundeler*, Rev. soc. 2018, 311, 315 (Zuordnung kraft Gesetzes).

¹³³ *Paternot* (Fn. 71), S. 292 f.

einem selbständigen Regelwerk, das zwischen anfänglichen und nachträglichen Zuordnungen unterscheidet und für bestimmte Vermögensgegenstände besondere Formvorgaben vorsieht.¹³⁴

Anfänglich zugeordnet werden Vermögensgegenstände durch ihre Aufnahme in die Zuordnungserklärung bzw. ihren Anhang.¹³⁵ Nachträglich in das *patrimoine affecté* überführt oder ihm entzogen werden sie dagegen durch ihre Aufnahme in die bzw. Entfernung aus den Handelsbüchern.¹³⁶ Kraft dinglicher Surrogation (*subrogation réelle*) und damit ausnahmsweise auch ohne ausdrückliche Zuordnung fallen jene Vermögensgegenstände in das *patrimoine affecté*, die mit dessen Mitteln erworben oder als Ersatz für sie erlangt wurden.¹³⁷ Besondere Formvorgaben gelten für die anfängliche oder nachträgliche (Aufhebung der) Zuordnung von Grundvermögen, Vermögensgegenständen in ungeteilter Rechtsgemeinschaft (*biens indivis*) und ehelichem Gemeinschaftseigentum (*biens communs*).¹³⁸ Ursprünglich war überdies für eine Zuordnung von Vermögensgegenständen mit einem deklarierten Wert von mehr als 30.000 Euro – ausgenommen des Barvermögens – eine unabhängige Wertbestimmung vorzunehmen.¹³⁹ Dies entsprach den Vorgaben für Sacheinlagen in SARL bzw. EURL.¹⁴⁰

(4) Buchführung für das *patrimoine affecté*

Der EIRL hat ausweislich Art. L. 526-13 C.com. für jedes *patrimoine affecté* getrennte Bankkonten und Handelsbücher zu führen. Inhaltlich erklärt das Gesetz die für den Kaufmann geltenden Bestimmungen für anwendbar; für kleine Geschäftsbetriebe sind vereinfachte Buchführungspflichten vorgesehen.¹⁴¹ Die Bilanz bzw. die Dokumente der vereinfachten Buchführung sind jährlich bei dem zuständigen Register zu hinterlegen. Sie geben Aufschluss über nachträgliche Veränderungen im Bestand des *patrimoine affecté*.¹⁴²

¹³⁴ Nachträgliche Zuordnungen waren allerdings in der ursprünglichen Gesetzesfassung nur geregelt, soweit sie besonderen Formerfordernissen unterlagen, vgl. Art. L. 526-9 Abs. 3 C.com. a. F., Art. L. 526-10 Abs. 2 C.com. a. F. und Art. L. 526-11 Abs. 2 C.com. a. F. Bereits aus Art. L. 526-14 Abs. 1 S. 3 C.com. a. F. ergab sich jedoch, dass der Gesetzgeber auch im Übrigen nachträgliche Zuordnungen vorausgesehen hatte. Die Rückübertragung nicht notwendiger Vermögensgegenstände aus dem Geschäfts- in das Privatvermögen war dagegen vollständig ungeregelt geblieben. Erst mit den im Jahr 2019 eingeführten Artt. L. 526-8-1 und 526-12, I, Abs. 3 C.com. ergab sich ein vollständigeres Bild.

¹³⁵ Art. L. 526-8, 1° C.com. a. F. sah das Vermögensverzeichnis bis ins Jahr 2019 als zwingenden Bestandteil der Zuordnungserklärung an. In der aktuellen Fassung von Art. L. 526-8 C.com. handelt es sich nur noch um einen Anhang der Zuordnungserklärung.

¹³⁶ Art. L. 526-8-1 Abs. 1 C.com.

¹³⁷ Art. L. 526-8-1 Abs. 2 C.com.

¹³⁸ Art. L. 526-9 C.com. und Art. L. 526-11 C.com.

¹³⁹ Art. L. 526-10 C.com. a. F. i. V.m. D. 526-5 C.com. a. F.

¹⁴⁰ Art. L. 223-9 C.com. i. V.m. Art. D. 223-6-1 C.com.

¹⁴¹ Art. L. 526-13 C.com. i. V.m. Art. R. 526-10-1 C.com.

¹⁴² Art. L. 526-14 C.com.

(5) *Übertragung eines patrimoine affecté*

Einzelne Vermögensgegenstände aus einem *patrimoine affecté* können ohne Weiteres nach den für sie maßgeblichen Bestimmungen an Dritte übertragen werden.¹⁴³ Daneben ermöglicht Art. L. 526-17 C.com. auch eine Übertragung des *patrimoine affecté* in seiner Gesamtheit.¹⁴⁴ Zur Wirksamkeit der Übertragung gegenüber Dritten ist ihre öffentliche Bekanntmachung einschließlich eines umfassenden Vermögensverzeichnisses erforderlich.¹⁴⁵ Sonstige Bestimmungen für die Wirksamkeit der Übertragung enthält das Gesetz dagegen nicht.¹⁴⁶

Die Übertragung eines *patrimoine affecté* bewirkt eine partielle Gesamtrechtsnachfolge, in deren Rahmen nicht nur alle dem *patrimoine affecté* zugehörigen Vermögensgegenstände, sondern grundsätzlich auch alle ihm zugeordneten Verbindlichkeiten auf den Empfänger übergehen.¹⁴⁷ Die Geschäftsgläubiger des EIRL erhalten im Gegenzug ein Widerspruchsrecht, dessen Ausübung gerichtliche Sicherungsmaßnahmen nach sich ziehen kann. Bei unentgeltlichen Übertragungen steht dieses auch den übrigen Gläubigern mit Zugriff auf das Geschäftsvermögen zu.¹⁴⁸

(6) *Auflösung eines patrimoine affecté*

Spiegelbildlich zur Bildung eines Sondervermögens kann der EIRL ein *patrimoine affecté* durch Abgabe einer Verzichtserklärung gegenüber dem zuständigen Register wieder auflösen.¹⁴⁹ Daneben bestehen mehrere gesetzliche Auflösungsgründe. Zu ihnen zählt zunächst der Tod des EIRL; die Weiterführung des Unternehmens durch einen Erben unter Aufrechterhaltung des *patrimoine affecté* ist seit Einführung des EI nicht mehr möglich.¹⁵⁰ Auch die Übertragung eines *patrimoine affecté* an eine *personne morale* oder an einen EI führen zur Auflösung.¹⁵¹

Die Auflösung eines *patrimoine affecté* bedeutet grundsätzlich sowohl für den Vermögensträger als auch für seine Gläubiger ein nicht unerhebliches Risiko. Ersterer haftet für bestehende und neue Geschäftsverbindlichkeiten wieder mit seinem gesamten nicht (mehr) zugeordneten Vermögen. Letztere müssen hinnehmen, dass die vormalig für sie bzw. ihre Forderung reservierten Vermögensgegen-

¹⁴³ *Paternot* (Fn. 71), S. 333.

¹⁴⁴ Der Wortlaut des Gesetzes, der nur gewisse Formen der Übertragung zuzulassen scheint, ist dabei wohl zu eng, vgl. *Quievry*, in: Rép. D. Soc., Entrepreneur individuel à responsabilité limitée, Stand: November 2023, Rn. 163; ebenso *Paternot* (Fn. 71), S. 334.

¹⁴⁵ Art. L. 526-17, II, III C.com.

¹⁴⁶ Kritisch *Lacroix-De Sousa*, D. 2012, 620; *Paternot* (Fn. 71), S. 334 f.; *Quievry*, in: Rép. D. Soc., Entrepreneur individuel à responsabilité limitée, Stand: November 2023, Rn. 171.

¹⁴⁷ Vgl. *Paternot* (Fn. 71), S. 335 ff.

¹⁴⁸ Art. L. 526-17, III, Abs. 4 C.com.; zu eng daher *Paternot* (Fn. 71), S. 339 f.

¹⁴⁹ Art. L. 526-15 Abs. 1 Satz 1 i. V.m. Abs. 2 C.com.

¹⁵⁰ Vgl. L. 526-15 Abs. 1 Satz 2 C.com.

¹⁵¹ Vgl. L. 526-17, II Abs. 2 C.com.

stände nun auch anderen Gläubigern zur Verfügung stehen: Vormalige Geschäftsgläubiger können in das *patrimoine non affecté* vollstrecken, Gläubiger des *patrimoine non affecté* auch auf die Vermögensgegenstände des aufgelösten *patrimoine affecté* zugreifen.¹⁵²

Abweichend von diesen Grundsätzen beschränkt das Gesetz die Haftungsmasse vormaliger Gläubiger des *patrimoine affecté* bei Aufgabe des Geschäftsbetriebs und Tod des EIRL auf diejenigen Vermögensgegenstände, die im Auflösungszeitpunkt zum *patrimoine affecté* zählten.¹⁵³ Zweifel an der Interessengerechtigkeit dieser Regelung sind aus verschiedenen Gründen angebracht. Erstens unterliegt der vormalige EIRL keinerlei erkennbaren Beschränkungen, die den Geschäftsgläubigern zur Verfügung stehenden Vermögensgegenstände schrittweise zu veräußern.¹⁵⁴ Zweitens entsteht eine einseitige Benachteiligung der Geschäftsgläubiger, da diese Vermögensgegenstände nun auch dem Zugriff der Privatgläubiger offenstehen.

b) Haftung des EIRL

(1) Haftungsbeschränkung durch Zuordnung von Verbindlichkeiten

Das Herzstück des Organisationsrahmens bildet die in Art. L. 526-12 C.com. geregelte haftungsbeschränkende Wirkung eines *patrimoine affecté*. Abweichend von den Artt. 2284, 2285 C.civ. haftet der EIRL für eine einzelne Forderung nicht mit seinem gesamten gegenwärtigen und zukünftigen Vermögen, sondern nur mit derjenigen Vermögensmasse, der die jeweilige Forderung zugeordnet ist. Maßgeblich ist dabei entgegen dem Wortlaut von Art. L. 526-6 Abs. 2 C.com. allein, in welchem Zusammenhang die Forderung entstanden ist.¹⁵⁵ Für Forderungen der Geschäftsgläubiger, also solchen, die anlässlich der Ausübung eines Geschäftsbetriebs begründet worden sind, haftet nur das dem Geschäftsbetrieb zugeordnete *patrimoine affecté*.¹⁵⁶ Den Privatgläubigern des EIRL steht grundsätzlich allein das *patrimoine non affecté* zur Verfügung;¹⁵⁷ lediglich subsidiär können sie auch auf den Vorjahresgewinn des *patrimoine affecté* zugreifen.¹⁵⁸

Ähnlich wie eine haftungsbeschränkte Personen- oder Kapitalgesellschaft muss auch der EIRL bei seinem Auftreten im Geschäftsverkehr durch einen ent-

¹⁵² Vgl. zu Vorstehendem *Paternot* (Fn. 71), S. 324 f.

¹⁵³ Art. L. 526-15 Abs. 1 Satz 2 C.com.

¹⁵⁴ *Paternot* (Fn. 71), S. 326 f.

¹⁵⁵ Vgl. zum irreführenden Wortlaut von Art. L. 526-6 Abs. 2 C.com. oben III.3.a)(2).

¹⁵⁶ Art. L. 526-12, I, Abs. 2, 1° C.com.

¹⁵⁷ Art. L. 526-12, I, Abs. 2, 2° C.com.

¹⁵⁸ Art. L. 526-12, II, Abs. 3 C.com.; unklar bleibt dabei, ob das Zugriffsrecht der privaten Gläubiger insoweit das gesamte *patrimoine affecté* erfassen oder gegenständlich auf die vorhandenen Barmittel beschränkt sein soll, vgl. *Paternot* (Fn. 71), S. 311; *Dubuisson*, in: JCl. Entreprise Individuelle, Fasc. 952-1, Stand: 1.2.2023, Rn. 102.

sprechenden Namenszusatz auf seine Organisationsform hinweisen.¹⁵⁹ Für den Gläubiger eines EIRL ergibt sich erst aus diesem Hinweis, in welcher Eigenschaft der Schuldner auftritt und mit welcher Vermögensmasse er für die jeweilige Verbindlichkeit einzustehen gedenkt. Über die Rechtsfolgen eines Verstoßes schweigt das Gesetz. Der Wortlaut von Art. L. 526-6 Abs. 4 C.com. legt es nahe, eine Verbindlichkeit nur bei Verwendung des Zusatzes als im Zusammenhang mit dem Geschäftsbetrieb entstanden anzusehen und den Einzelunternehmer anderenfalls (nur) mit seinem Privatvermögen haften zu lassen.¹⁶⁰ Vorgeschlagen wird jedoch auch eine vollständige Durchbrechung der Vermögenstrennung.¹⁶¹

Im Hinblick auf die Geschäftsgläubiger entspricht die Haftung des EIRL derjenigen einer haftungsbeschränkten Personen- oder Kapitalgesellschaft. Merklich schlechter gestellt sind dagegen die Privatgläubiger des EIRL: Während die Privatgläubiger eines Kapitalgesellschafters immerhin in deren Gesellschaftsanteile vollstrecken, steht eine vergleichbare Möglichkeit des Zugriffs auf ein *patri-moine affecté* in seiner Gesamtheit bei einer Vollstreckung in das Privatvermögen des EIRL nicht zur Verfügung.¹⁶²

(2) Zeitliche Wirkung der Haftungsbeschränkung

Zeitlich entfaltet der Organisationsrahmen seine Wirkung uneingeschränkt gegenüber allen nach Eintragung des EIRL begründeten Verbindlichkeiten.¹⁶³ Über die angemessene Behandlung bereits entstandener Verbindlichkeiten gingen die Meinungen im Gesetzgebungsverfahren auseinander: Die Nationalversammlung hatte sich für eine unterschiedslose Haftungsbeschränkung ausgesprochen;¹⁶⁴ der Senat hatte einen derart schwerwiegenden Eingriff in die Rechte vorhandener Gläubiger auch wegen verfassungsrechtlicher Bedenken abgelehnt.¹⁶⁵ Nach einem

¹⁵⁹ Art. L. 526-6 Abs. 4 und 526-20 C.com.; bei mehreren *patrimoines affectés* ist folgerichtig auch eine darüber hinausgehende Firma erforderlich, die das konkrete Sondervermögen zu identifizieren vermag, vgl. *Dubuisson*, in: JCl. Entreprise Individuelle, Fasc. 952-1, Stand: 1.2.2023, Rn. 20.

¹⁶⁰ Vgl. Art. L. 526-6 Abs. 4: „Pour l'exercice de l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté, l'entrepreneur individuel utilise [...]“ und Art. L. 526-12, I 1°: „Les créanciers auxquels la déclaration est opposable et dont les droits sont nés à l'occasion de l'exercice de l'activité professionnelle“; vgl. auch *Paternot* (Fn. 71), S. 294 f.

¹⁶¹ *Paternot* (Fn. 71), S. 294 f.; etwas enger *Pérochon*, Rev. proc. coll. 2011/1, 101, 106, Rn. 28; offen wohl auch nach Cass. com., 6.3.2019, n°17-26.605, vgl. dazu die unterschiedlichen Deutungen bei *Lebel*, JCP E 2019, 1376; *Houin-Bressand*, RD bancaire et fin. 2019/3, Comm. 99; *Petit*, Act. proc. coll 2019/6, 4, 5.

¹⁶² *Paternot* (Fn. 71), S. 309.

¹⁶³ Art. L. 526-12, I, Abs. 1 C.com.

¹⁶⁴ Vgl. JO AN (C.R.) n° 18 (18.2.2010), S. 1309 f.

¹⁶⁵ Vgl. *Houel*, Avis n° 358 (Sénat, 2009–2010), enregistré à la Présidence du Sénat le 23 mars 2010, S. 22: „modifie donc de manière brutale et discrétionnaire l'équilibre du contrat“; *Hyst*, Rapport n° 362 (Sénat, 2009–2010), enregistré à la Présidence du Sénat le 23 mars 2010, S. 48: „on peut s'interroger sur la constitutionnalité d'une telle disposition“.

im Vermittlungsausschuss erzielten Kompromiss¹⁶⁶ konnte die Zuordnungserklärung zwar auf bereits entstandene Verbindlichkeiten erstreckt werden, betroffene Gläubiger waren hiervon allerdings einzeln in Kenntnis zu setzen und erhielten ein Widerspruchsrecht.¹⁶⁷ Dieses System erwies sich indes praktisch als zu kompliziert und wurde 2016 wieder gestrichen.¹⁶⁸

(3) Durchbrechung der Haftungsbeschränkung

Die haftungsrechtliche Trennung zwischen *patrimoine affecté* und *patrimoine non affecté* wird in der Einzelzwangsvollstreckung verschiedentlich durchbrochen. Die *inopposabilité* einer einzelnen Zuordnung, d. h. ihre relative Unwirksamkeit gegenüber den jeweils betroffenen Gläubigern,¹⁶⁹ bestimmt das Gesetz für Verstöße gegen geltende Formvorschriften¹⁷⁰ sowie für den Zeitraum zwischen einer nachträglichen Zuordnung zum Geschäftsvermögen und ihrer Offenlegung bei dem jeweils zuständigen Register.¹⁷¹ Eine Differenzhaftung gegenüber geschäftlichen Gläubigern trifft den EIRL, wenn der tatsächliche Wert einzelner Vermögensgegenstände zum Zeitpunkt der Zuordnung hinter dem angegebenen Wert zurückbleibt.¹⁷² Schwerwiegende Verstöße gegen die Buchführungspflichten und das durch den Gesetzgeber nicht weiter konkretisierte treuwidrige Verhalten des EIRL (*fraude*)¹⁷³ führen zur vollständigen Aufhebung der Vermögenstrennung.¹⁷⁴ Gleiches gilt gegenüber dem Staat für schwerwiegende Verstöße gegen steuer- und abgaberechtliche Pflichten.¹⁷⁵

4. Scheitern des EIRL

Wissenschaft und Rechtspraxis stellten dem EIRL von Beginn an kein günstiges Zeugnis aus.¹⁷⁶ Grundsätzliche Kritik zog vor allem die unverkennbare Ähnlich-

¹⁶⁶ Vgl. *La Raudière/Hyest*, Rapport n° 2461 (Ass. Nat., 13ème législature), enregistré à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 28 avril 2010, S. 6 f.

¹⁶⁷ Art. L. 526-12 Abs. 2 C.com. a. F.

¹⁶⁸ Vgl. Art. 128 loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016.

¹⁶⁹ Monographisch zur *opposabilité* im französischen Recht *Wintgen*, Étude critique de la notion d'opposabilité, 2004.

¹⁷⁰ Art. L. 526-9 Abs. 4 und Art. L. 526-11 Abs. 3 C.com.; vgl. dazu auch *Paternot* (Fn. 71), S. 288 ff.

¹⁷¹ Art. L. 526-12, I, Abs. 5 C.com.

¹⁷² Art. L. 526-12, II, Abs. 1 C.com.

¹⁷³ Vgl. *Paternot* (Fn. 71), S. 312 f.; *Dinh*, JCP E 2010, 1979, Rn. 21; *Pérochon*, Rev. proc. coll. 2011/1, 101, 106, Rn. 28.

¹⁷⁴ Vgl. Art. L. 526-12 Abs. 9 a. F. (2010); nunmehr Art. L. 526-12, II, Abs. 2 C.com.

¹⁷⁵ Art. 273 B LPF; Art. L. 133-4-7 C. sécur. soc..

¹⁷⁶ Vgl. *Dinh*, JCP E 2010, 1979, Rn. 2: „réactions majoritairement négatives, au pire de rejet viscéral, au mieux de vive inquiétude“; *Lucas*, Dr. et patr. 2010, n° 191, 67, 71: „présente aucun avantage mais que des faiblesses“; aus deutscher Sicht ebenfalls kritisch *Paternot* (Fn. 71), S. 461: „kein Fortschritt, sondern ein Rückschritt“, „verführerisch“ und „gefährlich“; vgl. aber auch *Notté*, JCP E 2010, 83: „innovation importante“.

keit zwischen EIRL und Einpersonengesellschaft auf sich.¹⁷⁷ Von der durch den Gesetzgeber versprochenen einfacheren und kostengünstigeren Gründung und nachfolgenden Organisation¹⁷⁸ konnte mit Blick auf die geregelten Eintragungs- und Buchführungspflichten kaum die Rede sein.¹⁷⁹ Umgekehrt konnte sich der EIRL angesichts handwerklicher Gesetzesmängel¹⁸⁰ und zahlreicher ungeklärter Rechtsfragen nicht sicher sein, dass sein Privatvermögen tatsächlich vor dem Zugriff geschäftlicher Gläubiger abgesichert wurde.¹⁸¹ Zusammenfassend erklärte eine besonders kritische Stimme, der Gesetzgeber habe bereits im Jahr 1985 erkannt, dass das *patrimoine d'affectation* mehr Probleme schaffe als es löse – 25 Jahre später habe sich an dieser Feststellung nichts geändert.¹⁸² Auch von der unternehmerischen Praxis wurde das neue Statut nicht gut aufgenommen. Das in der Gesetzesfolgenabschätzung avisierte Ziel der Eintragung von 100.000 EIRL binnen zwei Jahren wurde weit verfehlt¹⁸³ und blieb auch später unerreicht.¹⁸⁴

Infolgedessen stellte der Gesetzgeber die Vermögensverfassung des Einzelunternehmens nur zwölf Jahre nach Einführung des EIRL mit Gesetz vom 14. Februar 2022 auf eine neue Grundlage. Die Neubildung eines *patrimoine affecté* ist seither nicht mehr möglich.¹⁸⁵ Bereits vorhandene *patrimoines affectés* bleiben vorerst bestehen, werden jedoch gemäß den oben erläuterten Auflösungsgründen nach und nach verschwinden.¹⁸⁶

¹⁷⁷ *Menjuq*, Rev. proc. coll. 2010/2, 1, 2 „technique du «copier-coller» avec les dispositions applicables à [l'EURL]“; pointiert *Lucas*, Dr. et patr. 2010, n° 191, 67, 71: „EURL = EIRL = 0 pointé pour le législateur“.

¹⁷⁸ Vgl. Projet de loi n° 2265 (Ass. Nat., 13ème législature), enregistré à la Présidence de l'assemblée nationale le 27 janvier 2010, Etude d'Impact, S. 10.

¹⁷⁹ *Coquelet*, Dr. soc. 2010/5, 1 „Sa constitution tout comme son fonctionnement ne sont ni plus simples ni moins coûteux.“; vgl. auch *Lucas*, Dr. et patr. 2010, n° 191, 67, 71: „on discerne avec difficulté l'avancée que constitue l'EIRL par comparaison à l'EURL“; *Pérochon*, Rev. proc. coll. 2011/1, 101, 102, Rn. 2: „construction mal finie aux lieu et place de l'EURL, édifice élaboré depuis 25 ans et aujourd'hui suffisamment simple, souple et fiable.“; *Lucas*, Dr. et patr. 2010, n° 191, 67: „sérieux motifs de douter de l'utilité de cette innovation“.

¹⁸⁰ *Revet*, Dr. et patr. 2010, n° 191, 56, 58: „facture générale médiocre du texte gouvernementale“.

¹⁸¹ *Prieur*, Dr. et patr. 2010, n° 191, 64, 66: „porosité entre patrimoine affecté et patrimoine personnel“; *Lucas*, Dr. et patr. 2010, n° 191, 80: „impossible de garantir à l'entrepreneur la solidité de l'écran qu'il a entendu dresser pour séparer ses actifs professionnels et privés“; vgl. auch *Paternot* (Fn. 71), S. 459: „Gefahren, dass [der EIRL] doch auch mit dem Privatvermögen haftet, sind deutlich größer als bei einer EURL.“

¹⁸² *Coquelet*, Dr. soc. 2010/5, 1: „En 1985, les parlementaires avaient mûrement écarté le principe d'un patrimoine professionnel affecté au motif qu'il soulevait plus de problèmes qu'il n'en résolvait. Vingt-cinq ans se sont écoulés mais le constat demeure inchangé!“

¹⁸³ Projet de loi n° 2265 (Ass. Nat., 13ème législature), enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 27 janvier 2010, Etude d'Impact, S. 17.

¹⁸⁴ Vgl. Projet de loi n° 869 (Sénat, 2020–2021), enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 29 septembre 2021, S. 7: „seulement 97 174 à la fin du mois de juin 2021.“

¹⁸⁵ Vgl. Art. 6, II. loi n° 2022-172 du 14 février 2022.

¹⁸⁶ Vgl. dazu oben unter III.3.a)(6).

IV. Einführung des Entrepreneur individuel (2022)

1. Ankündigung und Rezeption

Die Absicht des Gesetzgebers, den praktisch gescheiterten EIRL durch ein weitergehendes System zum Schutz des Einzelunternehmers zu ersetzen, trug der französische Staatspräsident *Emmanuel Macron* erstmals in einer Rede vom 16. September 2021 an die Öffentlichkeit.¹⁸⁷ Unter dem fortdauernden Eindruck der Covid-19-Pandemie sollte ein umfassendes Maßnahmenpaket unter anderem Unternehmer rechtlich und sozial besser absichern, die Gründung und das Wachstum von Unternehmen durch Weiterbildungsangebote unterstützen, die Unternehmensnachfolge vereinfachen und, wie so oft, der überbordenden Bürokratie Einhalt gebieten. Zum Regelungsvorbild der avisierten haftungsrechtlichen Neuordnung erhob der Staatspräsident die durch die *loi Macron* im Jahr 2015 eingeführte prinzipielle Unpfändbarkeit des Hauptwohnsitzes des Einzelunternehmers bei einer Vollstreckung aus geschäftlichen Forderungen.¹⁸⁸ Nunmehr sollte das gesamte Privatvermögen des Einzelunternehmers *ipso iure* dem Zugriff geschäftlicher Gläubiger entzogen werden.¹⁸⁹

Diese Ankündigung traf die Wissenschaft weitgehend unvorbereitet. Zwar hatte bereits eine Studie aus dem Jahr 2014 erwogen, dem Einzelunternehmen selbst ab dem Moment seiner Entstehung die Rechtsfähigkeit zu verleihen und damit sämtliche bestehenden Formen seiner rechtlichen Einkleidung abzulösen.¹⁹⁰ Zu einer näheren Ausarbeitung dieses Vorschlags war es jedoch trotz eines entsprechenden gesetzlichen Auftrags nicht gekommen.¹⁹¹ Auch eine Gesetzesvorlage

¹⁸⁷ *Macron*, Déclaration sur les efforts du gouvernement en faveur des entreprises de proximité dans le contexte de la crise sanitaire, 16.9.2021, verfügbar unter <<https://perma.cc/9Q8T-E3MD>>.

¹⁸⁸ Vgl. dazu oben unter III.2.b).

¹⁸⁹ *Macron* (Fn. 187): „C’était une première évolution qu’on avait portée ensemble. Mais très clairement, il convient d’aller plus loin pour étendre cette insaisissabilité à l’ensemble du patrimoine personnel de l’entrepreneur individuel.“; die Inspiration der *loi Macron* wird auch noch im Gesetzentwurf deutlich, vgl. Projet de loi n° 869 (Sénat, 2020–2021), enregistré à la Présidence de l’Assemblée nationale le 29 septembre 2021, S. 56: „L’option retenue consiste à définir un statut d’entrepreneur individuel avec une extension par l’effet de la loi de l’insaisissabilité dévolue à la résidence principale aux autres éléments du patrimoine dit personnel.“

¹⁹⁰ *Grandguillaume*, Entreprises et entrepreneurs individuels, 2013; vgl. dazu *Serlooten*, BJS 2014, 126.

¹⁹¹ Art. 32 der loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 hatte die Ausarbeitung eines Berichts beschlossen, der die Realisierbarkeit des Vorschlags von *Grandguillaume* prüfen sollte. Ein solcher Bericht entstand jedoch letztlich nie, vgl. *Delpesch*, Dalloz actualité 22.9.2021. *Grandguillaume* war es jedoch auch, der im Gesetzgebungsverfahren der *loi Macron* in seiner Funktion als Berichterstatter des Sonderausschusses der Nationalversammlung einen weiteren seiner Vorschläge, die gesetzliche Unpfändbarkeit des Hauptwohnsitzes des Einzelunternehmers, als Änderungsantrag einbrachte und durchsetzte, vgl. *Ferrand*, Rapport n° 2498 (Ass. Nat., 14ème législature), enregistré à la Présidence de l’Assemblée Nationale le 19 janvier 2015, Tome I, Volume 2, S. 404 ff., 407.

des Senats aus dem Jahr 2018, die den Betrieb eines Einzelunternehmens als EIRL zum gesetzlichen Regelfall erklären wollte, fand keine Mehrheit.¹⁹² Da der Gesetzgeber stattdessen bis ins Jahr 2019 an den Vorschriften des EIRL feilte, hatte kaum jemand mit einer grundlegenden Neuregelung gerechnet.¹⁹³

2. Gesetzgebungsverfahren

Zwischen Ankündigung und Verkündung des Gesetzes vergingen – wohl auch angesichts der anstehenden Präsidentschaftswahlen¹⁹⁴ – kaum fünf Monate. Nach einer vorab erbetenen Stellungnahme des Staatsrats¹⁹⁵ wurde der Entwurf eines „Gesetzes zur Förderung der selbständigen Erwerbstätigkeit“ (*loi en faveur de l'activité professionnelle indépendante*, kurz *loi API*) am 29. September 2021 im beschleunigten Gesetzgebungsverfahren in den französischen Senat eingebracht.¹⁹⁶ Trotz des evidenten Zeitdrucks wurden die Bestimmungen zur Haftungsbeschränkung des Einzelunternehmers im Rechtsausschuss unter Vorarbeit des Berichterstatters *Christophe-André Frassa* fast vollständig neu gefasst,¹⁹⁷ in dieser Form durch den Senat angenommen¹⁹⁸ und noch im Oktober an die Nationalversammlung übersandt. Dort nahm man die vorgenommenen Änderungen in Teilen auf, kehrte aber überwiegend zur Fassung des Regierungsentwurfs zurück.¹⁹⁹ Der daraufhin eingesetzte Vermittlungsausschuss erzielte im Januar 2022 einen Kompromiss, der am 8. Februar durch Senat und Nationalversammlung gebilligt wurde. Auf Einzelheiten der Diskussionen im parlamentarischen Prozess wird zurückzukommen sein. Das Gesetz wurde am 14. Februar ausgefertigt²⁰⁰ und ist in den hier vorzustellenden Teilen am 15. Mai 2022 in Kraft getreten.²⁰¹ Die neu eingeführten Bestimmungen zum Entrepreneur individuel (EI) sehen an insgesamt zehn

¹⁹² Proposition de loi n° 501 (Sénat, 2017–2018), enregistré à la Présidence du Sénat le 23 mai 2018.

¹⁹³ *Jullian*, Dr. soc. 2022/1, 1: „Pour celui qui s'intéresse à l'entreprise individuelle, ce projet ne manque pas de surprendre. En effet, le législateur français a multiplié ces dernières années les mesures en faveur du maintien du statut de l'EIRL“.

¹⁹⁴ So etwa die Deutung von *Monsérié-Bon*, Rev. proc. coll. 2022/6, 56.

¹⁹⁵ Conseil d'Etat, Avis sur un projet de loi en faveur de l'activité professionnelle indépendante, n° 403701, 23./28.9.2021.

¹⁹⁶ Projet de loi n° 869 (Sénat, 2020–2021), enregistré à la Présidence du Sénat le 29 septembre 2021.

¹⁹⁷ Vgl. *Frassa*, Rapport n° 54 (Sénat, 2021–2022), enregistré à la Présidence du Sénat le 13 octobre 2021.

¹⁹⁸ Projet de loi n° 14 (Sénat, 2021–2022), 26 octobre 2021.

¹⁹⁹ Projet de loi n° 740 (Ass. Nat., 15ème législature), 10 janvier 2022; vgl. dazu auch *Frassa*, Rapport n° 387 (Sénat, 2021–2022), enregistré à la Présidence du Sénat le 25 janvier 2022, S. 7.

²⁰⁰ Loi n° 2022-172 du 14 février 2022.

²⁰¹ Vgl. Art. 19, I Loi n° 2022-172 du 14 février 2022.

Stellen eine Konkretisierung des Gesetzestexts durch Dekrete vor,²⁰² die bis zum Ende des Jahres 2022 erlassen wurden.²⁰³

3. Die Vermögens- und Haftungsverfassung des Entrepreneur individuel

Ihren Platz im Gesetz finden die neuen Bestimmungen zum EI in den Art. L. 526-22 bis 526-31 C. com. Zu Beginn steht erstmals eine Definition: Entrepreneur individuel ist danach jede natürliche Person, die in eigenem Namen eine oder mehrere selbständige Erwerbstätigkeiten (*activités professionnelles indépendantes*) ausübt.²⁰⁴ Eindeutig nicht in den Anwendungsbereich der Bestimmungen fällt damit der Gesellschafter einer *personne morale*. Ein gemeinschaftlicher Geschäftsbetrieb durch mehrere in einer *société en participation* verbundene natürliche Personen soll deren Qualifikation als EI dagegen nach mitunter vertretener Auffassung nicht ausschließen.²⁰⁵ In Frankreich fallen damit über drei Millionen Handwerker, Kaufleute, Landwirte und Freiberufler in den Anwendungsbereich der sich anschließenden Bestimmungen.²⁰⁶

Nicht nur in gesetzensystematischer, auch in regelungstechnischer Hinsicht sind die Vorschriften zum EI erkennbar an den EIRL angelehnt. Auch sie vollziehen im Vermögen des Einzelunternehmers eine Vermögensspaltung, die eine Beschränkung der Haftung gegenüber Geschäfts- und Privatgläubigern auf jeweils eine der entstehenden Teilmassen ermöglichen soll. Diese konzeptionelle Ähnlichkeit darf freilich nicht darüber hinwegtäuschen, dass sich infolge der gesetzlichen Ausgestaltung der Vermögensspaltung im Einzelnen ein haftungsrechtlicher Paradigmenwechsel von kaum zu unterschätzender Tragweite vollzieht.²⁰⁷

a) Patrimoine professionnel und patrimoine personnel

An die Stelle von patrimoine(s) affecté(s) und patrimoine non affecté treten im Vermögen des EI das patrimoine professionnel und das patrimoine personnel.

(I) Entstehung und Auflösung des patrimoine professionnel

Wurde dem Einzelunternehmer eine Aufspaltung seines Vermögens zuvor lediglich ermöglicht, so wird sie seit dem Jahr 2022 durch Art. L. 526-22 Abs. 2 C. com.

²⁰² Art. L. 526-22 Abs. 10, 526-23 Abs. 2, 526-24 Abs. 3, 526-25 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 2, 526-27 Abs. 5, 526-28 Abs. 1, 642-22-1 C. com., Art. L. 133-4-7 Abs. 3 C. sécur. soc.

²⁰³ Décret n° 2022-725 du 28 avril 2022; Décret n° 2022-799 du 12 mai 2022; Décret n° 2022-890 du 14 juin 2022; Décret n° 2022-1618 du 22 décembre 2022.

²⁰⁴ Art. L. 526-22 Abs. 1 C. com.; näher *Dondero*, Rev. soc. 2022, 199, Rn. 14; *Poracchia/Stoffel*, BJS 2022/9, 52, 53.

²⁰⁵ *Dondero*, Rev. soc. 2022, 199, Rn. 13; *Poracchia/Stoffel*, BJS 2022/9, 52, 53.

²⁰⁶ Vgl. Projet de loi n° 869 (Sénat, 2020–2021), enregistré à la Présidence du Sénat le 29 septembre 2021, S. 3.

²⁰⁷ *Dondero*, JCP E 2022, 1135: „véritable révolution“; vgl. auch den Aufsatztitel von *Croze*, Proc. 2022/6, rep. 6: „Le texte le plus important depuis la promulgation du Code civil“.

gesetzlich angeordnet. Mit der Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit in eigenem Namen wird jede natürliche Person unmittelbar und kraft Gesetzes zur Trägerin zweier Vermögensmassen.²⁰⁸ Abstand nimmt das Gesetz zugleich von der noch dem EIRL möglichen Vielteilung des eigenen Vermögens. Die Vermögensgegenstände sämtlicher durch den Entrepreneur individuell ausgeübter Tätigkeiten werden in einem (einzigen) *patrimoine professionnel* zusammengefasst.²⁰⁹

Spiegelbildlich tritt auch die Auflösung des *patrimoine professionnel* immer dann ein, wenn sein Träger nicht länger EI ist. Zur Wiedervereinigung von Privat- und Geschäftsvermögen führen deshalb gem. Art. L. 526-22 Abs. 9 C.com. die Aufgabe jeder selbständigen erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit²¹⁰ und grundsätzlich auch der Tod des EI. Auch ohne ausdrückliche Regelung führt daneben die Übertragung des *patrimoine professionnel* an eine juristische Person zur Auflösung des Geschäftsvermögens. Eine gegenständliche Nachwirkung der Haftungsbeschränkung ist nicht mehr vorgesehen. Für verbleibende Verbindlichkeiten haftet der ehemalige Einzelunternehmer bzw. sein Erbe damit wieder unbeschränkt.²¹¹ Entgehen kann er diesem Risiko nur durch Einleitung eines Insolvenzverfahrens vor der Einstellung des Geschäftsbetriebs.²¹²

(2) Gesetzlich festgelegter Inhalt des *patrimoine professionnel*

Auch der Inhalt der beiden Vermögensmassen steht nicht mehr zur Disposition des EI.²¹³ In enger Anlehnung an die Regelungsmechanik des EIRL und unter Aufrechterhaltung seiner handwerklichen Mängel bestimmt Art. L. 526-22 Abs. 3 C.com.:

„Die Güter, Rechte, Verbindlichkeiten und Sicherheiten, deren Inhaber er ist und die für seine Geschäftstätigkeit bzw. seine Geschäftstätigkeiten nützlich sind, bilden das Geschäftsvermögen des Einzelunternehmers. [...]. Diejenigen Vermögenselemente des Einzelunternehmers, die nicht zum Geschäftsvermögen zählen, bilden sein Privatvermögen.“

Der zentrale Begriff zur Abgrenzung von *patrimoine professionnel* und *patrimoine personnel* ist somit derjenige der Nützlichkeit. Der Kreis potentiell zum Geschäftsvermögen zu zählender Vermögensgegenstände ist damit zunächst sehr

²⁰⁸ Merle/Fauchon (Fn. 51), Rn. 9: „Le statut d’entrepreneur individuel emporte la création automatique de deux patrimoines“.

²⁰⁹ Vgl. Art. L. 526-22 Abs. 2 Satz 1 C.com.: „utiles à son activité ou à ses activités professionnelles indépendantes“.

²¹⁰ Ob die selbständige Erwerbstätigkeit nur vorübergehend oder dauerhaft aufgegeben wurde, dürfte praktisch indes schwer zu bestimmen sein, vgl. Porachia/Stoffel, BJS 2022/9, 52, 62.

²¹¹ Kritisch Favre-Rochex, JCP E 2022, 1136, Rn. 14; Buchberger, Rev. soc. 2024, 7, Rn. 29; Mattéi, Rev. proc. coll. 2022/3, 61, 67.

²¹² Die Gefahr einer Einstellung des Geschäftsbetriebs vor Einleitung des Insolvenzverfahrens verdeutlicht CA Nancy, 24.1.2024, n° 23/00506, Act. proc. coll. 2024/5, 3.

²¹³ Buchberger, Rev. soc. 2024, 7, Rn. 14: „aucun choix quant au contenu du patrimoine“.

weit gezogen.²¹⁴ Dies war dem Gesetzgeber nicht verborgen geblieben: Bei seinen umfassenden Änderungsvorschlägen hatte der Senat angeregt, den Umfang des Geschäftsvermögens auf für den Geschäftsbetrieb „ausschließlich nützliche“ Vermögensgegenstände zu verengen, um gemischt genutzte Vermögensgegenstände dem Privatvermögen zuzuweisen.²¹⁵ Die Nationalversammlung sah darin jedoch eine übermäßige Benachteiligung der geschäftlichen Gläubiger und hielt unter Hinweis auf die Möglichkeit einer späteren untergesetzlichen Konkretisierung an der Fassung des Regierungsentwurfs fest.²¹⁶

Eine solche Präzisierung, gerade im Hinblick auf gemischt genutzte Vermögensgegenstände, hat der Gesetzgeber indes bislang versäumt.²¹⁷ Keinen nennenswerten Fortschritt brachte zunächst die Definition eines Dekrets vom 28. April 2022, nach der als nützlich solche Vermögensgegenstände gelten sollen, die „aufgrund ihrer Natur, ihrer Bestimmung oder ihres Gegenstandes dem Geschäftsbetrieb dienen.“²¹⁸ Auch die nachfolgende beispielhafte Aufzählung nützlicher Gegenstände trägt über eine Betonung des Offensichtlichen hinaus kaum zur Erhellung der Rechtslage bei:²¹⁹ Erwähnung finden etwa die Handelsware, der für den Geschäftsbetrieb genutzte Teil des Hauptwohnsitzes, Immaterialgüterrechte sowie Kassen- und Kontenbestände.²²⁰

Die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der Zugehörigkeit einzelner Vermögensgegenstände zum *patrimoine professionnel* bzw. zum *patrimoine personnel* trägt gemäß Art. L. 526-22 Abs. 8 C. com. der EI. Praktisch bedeutsam erscheinen zwei Vermutungsregeln in Art. R. 526-26, II C. com.: Sofern der Einzelunternehmer gesetzlichen Buchführungs- und Rechnungslegungspflichten unterliegt, sollen zum *patrimoine professionnel* grundsätzlich mindestens die in den Handelsbüchern aufgeführten Vermögensgegenstände zählen. Umgekehrt soll sich

²¹⁴ Buchberger, Rev. soc. 2024, 7, Rn. 14: „fort pouvoir d’attraction du patrimoine professionnel“.

²¹⁵ Vgl. Projet de loi n° 14 (Sénat, 2021–2022), 26 octobre 2021, Art. 1 zur Einführung von Art. L. 526-1 B Abs. 1 C. com.: „exclusivement utiles“.

²¹⁶ Vgl. Barrot/Verdier-Jourclas, Rapport no° 4811 (Ass. Nat., 15ème législature), enregistré à la Présidence de l’Assemblée nationale le 14 décembre 2021, S. 104 und 107: „Le décret précisera la notion d’utilité“; kritisch zum Vorschlag des Senats auch Favre-Rochex, JCP E 2022, 1136, Rn. 8.

²¹⁷ Buchberger, Rev. soc. 2024, 7, Rn. 15; vgl. auch die Position des Abgeordneten Mattéi, Rev. proc. coll. 2022/3, 61, 65: „Je reconnais que nous n’avons pas forcément les idées très claires sur cette notion de bien utile.“

²¹⁸ Art. R. 526-26, I, Abs. 1 C. com.: „ceux qui, par nature, par destination ou en fonction de leur objet, servent à cette activité“; diese Definition war bereits im Gesetzgebungsverfahren angeklungen, vgl. Barrot/Verdier-Jourclas, Rapport A.N. no° 4811 (15ème législature), 14.12.2021, S. 107: „On entend par <biens utiles à l’activité> ceux dont l’entrepreneur individuel est titulaire et qui, par nature où par destination, servent à son activité.“

²¹⁹ Denizot, Rev. trim. dr. civ. 2023, 204, 205 „Finalement, cette longue liste [...] n’est qu’une unique répétition, parsemée de détails aussi insignifiants qu’agaçants [...]. Rien, en revanche, n’aidera le praticien à savoir ce qu’il fera avec les biens mixtes“.

²²⁰ Art. R. 526-26, I, 1° bis 5° C. com.

aus ihnen auch die in das *patrimoine personnel* überführte „Vergütung“ des EI ergeben.²²¹

(3) Keine Buchführungspflichten für das *patrimoine professionnel*

Anders als noch dem EIRL schreibt das Gesetz dem EI die Führung von Handelsbüchern ebenso wenig vor wie die Einrichtung eines seinem Geschäftsbetrieb gewidmeten Kontos. Dieser vermeintlichen Freiheit stehen zwar vielfach anderenorts geregelte Buchführungspflichten gegenüber.²²² Die umfassende Transparenz über die geschäftsbezogenen Vermögensverhältnisse des Einzelunternehmers gehört dagegen der Vergangenheit an. Unabhängig von der inhaltlichen Tiefe rechtlicher Buchführungspflichten bleibt daneben das tatsächliche Bedürfnis bestehen, die Zugehörigkeit einzelner Vermögensgegenstände zum Geschäfts- und vor allem zum Privatvermögen beweisen zu können. Auch über den Anwendungsbereich der soeben vorgestellten gesetzlichen Vermutungstatbestände hinaus wird der Einzelunternehmer die Nützlichkeit eines Vermögensgegenstands vor allem unter Rückgriff auf seine Unterlagen darlegen und beweisen können.

(4) Übertragung des *patrimoine professionnel*

Auch das *patrimoine professionnel* kann in seiner Gesamtheit an eine natürliche oder juristische Person übertragen werden. Der Ausbau der diesbezüglichen Vorschriften zu einem eigenständigen Abschnitt 4 unterstreicht die Bedeutung, die der Gesetzgeber der Gesamtübertragung beimisst, ohne dass damit die Grundmechanik der Übertragung verändert oder die sich bereits zuvor stellenden rechtspraktischen Fragen beantwortet worden wären.²²³ Eine wesentliche Funktion der Gesamtübertragung besteht nach wie vor darin, die spätere Einbringung des Einzelunternehmens in eine Gesellschaft zu vereinfachen, indem sie den Übergang der zugehörigen Verbindlichkeiten von der Zustimmung der betroffenen Gläubiger befreit.²²⁴ Geregelt wird deshalb weiterhin eine partielle Universalsukzession, die das Gesetz in Art. L. 526-27 Abs. 2 C.com. auch erstmals als solche be-

²²¹ Weitere Vermutungsregeln, die der Senat im Gesetzgebungsverfahren vorgeschlagen hatte, fanden bei der Nationalversammlung keine Zustimmung, vgl. dazu *Projet de loi n° 14* (Sénat, 2021–2022), 26 octobre 2021, Art. 1 zur Einführung von Art. L. 526-1 D. C.com.

²²² Vgl. etwa *Buchberger*, Rev. soc. 2024, 7, Rn. 21: „les obligations fiscales conduisent l’essentiel des entrepreneurs à tenir une comptabilité.“

²²³ *Jullian*, JCP E 2022, 1137, Rn. 2: „ce nouveau texte présente dans les grandes lignes les mêmes fragilités que le dispositif de l’EIRL.“

²²⁴ *Projet de loi n° 869* (Sénat, 2020–2021), enregistré à la Présidence du Sénat le 29 septembre 2021, S. 5 f.; deutlich auch *Frassa*, Rapport n° 54 (Sénat, 2021–2022), enregistré à la Présidence du Sénat le 13 octobre 2021, S. 18: „Ces dispositions visent notamment à faciliter la transformation d’une entreprise individuelle en société, puisque l’ensemble des biens et obligations à caractère professionnel de l’entrepreneur pourraient être transmis à celle-ci sans formalités supplémentaires, sans qu’il faille notamment obtenir l’accord de tous les créanciers cédés“.

zeichnet.²²⁵ Mit der Übertragung gehen sämtliche zum Geschäftsvermögen zählenden Aktiva und Passiva auf den Empfänger über.²²⁶ Dritten kann die Übertragung abermals erst ab dem Zeitpunkt ihrer öffentlichen Bekanntmachung entgegengehalten werden.²²⁷ Gläubiger, deren Forderungen vor dem Zeitpunkt der Bekanntmachung entstanden sind, werden durch Art. L. 526-28 C.com. mit einem Widerspruchsrecht ausgestattet.²²⁸

b) Haftung des EI

(1) Haftungsbeschränkung durch Zuordnung von Verbindlichkeiten

Der EI haftet für Privat- und Geschäftsverbindlichkeiten grundsätzlich so wie vor ihm der EIRL. Für in Ausübung der selbständigen Erwerbstätigkeit entstandene Verbindlichkeiten, zu denen nunmehr auch (ausdrücklich) Verbindlichkeiten gegenüber den Einzugsstellen für Sozialbeiträge und -abgaben zählen,²²⁹ haftet in Abweichung von den Artt. 2284, 2285 C.civ. allein das *patrimoine professionnel*.²³⁰ Für sonstige Verbindlichkeiten steht wiederum grundsätzlich nur das *patrimoine personnel* zur Verfügung, subsidiär allerdings auch das Geschäftsvermögen bis zur Höhe des Vorjahresgewinns.²³¹

Auch der EI hat während des Geschäftsbetriebs auf sein Auftreten als Entrepreneur individuell hinzuweisen.²³² Seiner Identifikation dienen nunmehr die seinem Namen vor- oder nachgestellten Worte „entrepreneur individuel“ oder das Kürzel „EI“. Die Rechtsfolgen eines Verstoßes sind abermals ungeregelt geblie-

²²⁵ Selbst der Charakter der Universalsukzession wird freilich unter anderem angesichts des diffusen Hinweises von Art. L. 526-27 Abs. 2 C.com. auf die Anwendbarkeit der „gesetzlichen Bestimmungen über den Kauf, die Schenkung oder die Einbringung von Gütern jeglicher Art in eine Gesellschaft“ und „über die Übertragung von Forderungen, Schulden und Verträgen“ infrage gestellt, vgl. *Jullian*, JCP E 2022, 1137, Rn. 16 f.; *Buchberger*, Rev. soc. 2024, 7, Rn. 38; *Mortier*, Dr. soc. 2022/5, 14. Hierbei dürfte es sich jedoch lediglich um einen misslungenen Versuch des Gesetzgebers handeln, die Rechtsfolgen der Übertragung gesetzlich zu erfassen, vgl. zur Entstehungsgeschichte *Frassa*, Rapport n° 54 (Sénat, 2021–2022), enregistré à la Présidence du Sénat le 13 octobre 2021, S. 28 ff.

²²⁶ Art. L. 526-27 Abs. 2 C.com. Ausdrücklich nicht mit übertragen werden Verbindlichkeiten gegenüber den Einzugsstellen für Sozialbeiträge und -abgaben, vgl. Art. D. 526-32 C.com. Auch sogenannte *contrats intuitu personae* werden nicht übertragen, vgl. *Buchberger*, Rev. soc. 2024, 7, Rn. 40; *Jullian*, JCP E 2022, 1137, Rn. 14; *Legeais*, in: JCl. Commercial, Fasc. 70, Stand: 10.1.2023, Rn. 65.

²²⁷ Art. L. 526-27 Abs. 5 i. V.m. Art. D. 526-30 und Art. A. 526-7 C.com.

²²⁸ Art. L. 526-28 C.com. i. V.m. Art. D. 526-31 C.com.

²²⁹ Art. L. 526-22 Abs. 6 C.com.; vgl. für den EIRL bereits *Lebel*, in: JCl. Sociétés, Fasc. 4, Stand: 30.10.2023, Rn. 49.

²³⁰ Art. L. 526-22 Abs. 5 C.com.

²³¹ Art. L. 526-22 Abs. 7 Satz 1 und 2 C.com.

²³² Art. R. 526-27 C.com.

ben. Auch hier erscheinen sowohl eine Behandlung des betroffenen Gläubigers als Privatgläubiger als auch ein vollständiger Haftungsdurchgriff denkbar.²³³

(2) Zeitliche Wirkung der Haftungsbeschränkung

Im Hinblick auf die zeitliche Wirkung der Haftungsbeschränkung differenziert das Gesetz zwischen Geschäfts- und Privatverbindlichkeiten des EI. Sofern für den EI eine Pflicht zur Registereintragung besteht, greift die Haftungsbeschränkung nur für solche Geschäftsverbindlichkeiten, die nach der Eintragung bzw. nach dem als Zeitpunkt der Aufnahme der Geschäftstätigkeit angegebenen Datum entstanden sind.²³⁴ Wenn eine Eintragung nicht vorgeschrieben ist, kommt es stattdessen auf den Zeitpunkt des erstmaligen offenen Auftretens als EI an.²³⁵

Privatverbindlichkeiten werden durch den Gesetzeswortlaut eindeutig nicht erfasst. Eintragung oder Auftreten des EI können insoweit keine Rolle spielen. Richtig dürfte es sein, die haftungsbeschränkende Wirkung der Vermögensspaltung für all diejenigen Verbindlichkeiten anzunehmen, die nach Entstehung des *patrimoine professionnel* begründet wurden. Bereits vor dem Zeitpunkt der Aufnahme der selbständigen Erwerbstätigkeit entstandenen Privatverbindlichkeiten wird der EI die spätere Vermögensspaltung dagegen nicht entgegenhalten können.²³⁶

(3) Durchbrechung der Haftungsbeschränkung

Ein gesetzlich angeordneter Haftungsdurchgriff kommt weiterhin bei Verfehlungen des EI gegen steuer- und abgabenrechtliche Pflichten in Betracht.²³⁷ Daneben führt auch eine Übertragung des *patrimoine professionnel* entgegen einem vertraglichen Verbot gegenüber dem betroffenen Gläubiger zu einer Haftung mit dem gesamten Vermögen.²³⁸ Die anderen für den EIRL noch überaus gefährlichen Fälle des teilweisen oder vollständigen Haftungsdurchgriffs entfallen für den EI, da der Umfang des *patrimoine affecté* gesetzlich festgelegt ist und sein Bestand auch nicht mehr durch eigene Buchführungspflichten zu dokumentieren ist.

²³³ Eine unbeschränkte Haftung des Entrepreneur individuel erwartet *Legros*, in: JCl. Procédures collectives, Fasc. 2160, Stand: 17.9.2023, Rn. 3; ebenso *Martineau-Bourgninaud*, Rev. proc. coll. 2023/2, 83, Rn. 12 f.; beide unter Hinweis auf Cass. com., 6.3.2019, n° 17-26.605; unterschiedliche Deutungen des Urteils indes bei *Houin-Bressand*, RD bancaire et fin. 2019/3, 49; *Lebel*, JCPE 2019, 1376; *Petit*, Act. proc. coll. 2019/6, 4, 5; zu weiteren Folgen vgl. *Buchberger*, Rev. soc. 2024, 7, Rn. 8; *Reygrobelle*, Rev. soc. 2022/6, 3; *Salgado*, in: JCl. Entreprise Individuelle, Fasc. 1050, Stand: 14.11.2023, Rn. 1.

²³⁴ Art. L. 526-23 Abs. 1 und 2 C.com.; bei dem Verweis auf Art. L. 526-22 Abs. 4 C.com. handelt es sich um ein redaktionelles Versehen. Nachdem Art. L. 526-22 C.com. durch die loi n° 2024-42 du 26 janvier 2024 um einen neuen Absatz 2 ergänzt wurde, bezieht sich der Verweis richtigerweise auf Art. L. 526-22 Abs. 5 C.com.

²³⁵ Art. L. 526-23 Abs. 3 C.com. i. V.m. Art. R. 526-27 Abs. 4 C.com.

²³⁶ Uneindeutig jedoch *Buchberger*, Rev. soc. 2024, 7, Rn. 11; *Poracchia/Stoffel*, BJS 2022/9, 52, 60.

²³⁷ Art. 273 B LPF; Art. L. 133-4-7 C. sécur. soc.; vgl. auch *Paternot* (Fn. 71), S. 311 f.

²³⁸ Art. L. 526-27 Abs. 4 C.com.

Gänzlich neu ist dagegen die Möglichkeit des EI, im Hinblick auf einzelne Geschäftsverbindlichkeiten auf die haftungsbeschränkende Wirkung der Vermögensspaltung zu verzichten.²³⁹ Der Gesetzgeber gibt dem EI damit ein weitgehendes Instrument der Sicherheitsleistung an die Hand, um die Finanzierungsbedingungen seines Geschäftsbetriebs nicht zu verschlechtern.²⁴⁰ Die Wirksamkeit des Verzichts ist nichtsdestotrotz an ein außerordentlich umständliches Verfahren gebunden;²⁴¹ die untergesetzliche Konkretisierung des Verzichts bildet die mit Abstand umfangreichste Vorschrift des gesamten Regelungsrahmens. Dem Verzicht muss zwingend eine schriftliche Anfrage des Gläubigers vorausgehen.²⁴² Die Verzichtserklärung selbst hat detaillierte Angaben zu den beteiligten Personen und der durch den Verzicht besicherten Forderung zu enthalten.²⁴³ Sie darf grundsätzlich nicht vor Ablauf einer Erwägungsfrist von sieben Tagen abgegeben werden. Nur durch einen umfangreichen handschriftlichen Vermerk kann der Einzelunternehmer sie ausnahmsweise auf drei Tage verkürzen.²⁴⁴

Für den Umgang mit Privatgläubigern stellt der Gesetzgeber dem EI kein vergleichbares Sicherungsmittel zur Verfügung. Selbst die Zulässigkeit einer Bestellung dinglicher Sicherheiten an einzelnen Vermögensgegenständen des *patrimoine professionnel* zugunsten eines Privatgläubigers wird unter Hinweis auf den Gesetzeswortlaut verbreitet in Zweifel gezogen.²⁴⁵ Verbunden wäre damit freilich eine substantielle Beschneidung der Autonomie des EI, die angesichts der auch und gerade gegenüber Privatgläubigern drohenden Verschlechterung seiner Finanzierungsmöglichkeiten rechtspolitisch zweifelhaft erscheint.²⁴⁶

V. Rechtspolitische Würdigung

1. Zirkulation eines Organisationsmodells

An den Beispielen des EIRL und der prinzipiellen Haftungsbeschränkung beim EI lässt sich zunächst der große Stellenwert der Rechtsvergleichung bei der Schöpfung neuer Organisationsformen veranschaulichen. Von dem kürzlich verstorbenen italienischen Komparatisten *Rodolfo Sacco* (1923–2022) stammt der schöne

²³⁹ Art. L. 526-25 C.com.

²⁴⁰ *Mortier*, Dr. soc. 2022/5, 6, 12, Rn. 17.

²⁴¹ *Monsérié-Bon*, Rev. proc. coll. 2022/6, 56, 58: „attestent de la méfiance du législateur à l'égard de ce mécanisme de renonciation“.

²⁴² Art. L. 526-25 Abs. 1 Satz 1 C.com.

²⁴³ Art. L. 526-25 Abs. 1 C.com. i. V.m. Art. R. 526-28 C.com.

²⁴⁴ Art. L. 526-25 Abs. 2 C.com. i. V.m. Art. R. 526-28, IV. C.com.

²⁴⁵ So *Buchberger*, Rev. soc. 2024, 7; *Dondero*, Rev. soc. 2022, 199, Rn. 42; *Mortier*, Dr. soc. 2022/5, 6, 12, Rn. 17; *Revet*, D. 2022, 469, Rn. 26.

²⁴⁶ *Legeais*, in: JCl. Commercial, Fasc. 70, Stand: 10.1.2023, Rn. 25 mit Hinweis auf *Cabrillac*, JCP N 2022, 1175.

Begriff der *circolazione dei modelli*.²⁴⁷ Eine solche Zirkulation lässt sich auch beim Einzelunternehmer mit beschränkter Haftung beobachten. Ursprünglich 1910 in Österreich ersonnen, wurde diese Rechtsidee 1926 im liechtensteinischen Personen- und Gesellschaftsrecht erstmals in die Praxis umgesetzt und fand sodann in den 1930er Jahren ihren Weg nach Lateinamerika. Kurz nach dem Zweiten Weltkrieg hat sie ein spanischer Komparatist im Pariser Exil in den französischen Binnendiskurs eingeführt. Hier wurde sie dann über mehrere Generationen hinweg lebhaft diskutiert und mündete schließlich 2010 und 2022 in Gesetzesgestalt im *Journal officiel de la République française*.

In Übereinstimmung mit Saccos allgemeiner Beobachtung hat man auf dieser langen Reise Abwandlungen des ursprünglichen Grundmodells vorgenommen: „Circolazione e mutazione dei modelli giuridici“²⁴⁸. Schon der liechtensteinische Reformgesetzgeber hat Piskos Gesetzesvorschlag nicht *tel quel* übernommen, sondern in verschiedenen Punkten angepasst und fortentwickelt.²⁴⁹ So konnte die Einzelunternehmung mit beschränkter Haftung nicht nur von einer natürlichen, sondern auch von einer juristischen Person gegründet werden.²⁵⁰ Außerdem konnte sie auch nichtwirtschaftliche Zwecke verfolgen²⁵¹ und bedurfte keines gesetzlichen Mindestkapitals.²⁵² In Südamerika sind ebenfalls verschiedene Varianten der *empresa individual de responsabilidad limitada* anzutreffen: Teils verfügt sie über keine eigene Rechtspersönlichkeit, teils ist sie als juristische Person ausgestaltet.²⁵³ In Frankreich schließlich haben die rechtstechnischen Konstruktionsbüros über ein halbes Jahrhundert hinweg unablässig neue Entwürfe hervorgebracht, die sich in den Einzelheiten mehr oder weniger stark voneinander unterscheiden.

Eine hervorstechende Besonderheit des französischen Diskurses liegt in seiner Dauer und Intensität. Obwohl sich die tatsächlichen Ausgangsbedingungen in Frankreich nicht grundsätzlich von denen anderer Länder unterscheiden, hat sich dort eine Partikulardiskussion entwickelt, die ihresgleichen sucht. Soweit ersichtlich, wurde anderwärts nirgendwo mit einer solchen Beharrlichkeit und Verve um alternative Konzepte zur Haftungsbeschränkung des Einzelunternehmers gerungen.

²⁴⁷ Sacco, Dig. disc. priv., sez. civ., Bd. II, 1988, 365 ff.; ferner Sacco/Rossi, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 2017, Kap. I, § 1 Rn. 45: „Zirkulation der Rechtsmodelle“.

²⁴⁸ So die Überschrift bei Sacco, Dig. disc. priv., sez. civ., Bd. II, 1988, 365.

²⁴⁹ Vgl. Bühler (Fn. 5), S. 28: „Der liechtensteinische Gesetzgeber lehnte sich bei der Normierung der Einzelunternehmung mit beschränkter Haftung an den Entwurf von Pisko an, jedoch verschloß er sich dabei keineswegs den Anregungen anderer Literaturstimmen.“

²⁵⁰ Vgl. Art. 834 Abs. 1 PGR: „eine Einzel- oder Verbandsperson oder Firma oder ein Gemeinwesen“.

²⁵¹ Vgl. Art. 834 Abs. 1 PGR: „zu wirtschaftlichen oder nicht wirtschaftlichen Zwecken“; Bühler (Fn. 5), S. 36.

²⁵² Vgl. Bühler (Fn. 5), S. 37.

²⁵³ Näher Hustedt (Fn. 40), S. 167, 174 f. m. w. N.

2. Juristische Erfinder und Wegbereiter

Anders als bei der Schaffung des GmbH-Gesetzes von 1892, bei der Professoren Randfiguren blieben,²⁵⁴ hatte die Wissenschaft an der Kreation des EIRL von Anfang an wesentlichen Anteil. Wie dargelegt, stammte die zündende Idee für eine Einzelunternehmung mit beschränkter Haftung von dem Wiener Rechtsprofessor *Oskar Pisko*. Er ließ sich dabei weniger von einem rechtspolitischen Bedürfnis leiten, sondern eher von einem Streben nach Wertungsstimmigkeit und rechtssystematischer Kohärenz: Auch dem Einzelunternehmer sollte die „Rechtswohltat der beschränkten Haftung“²⁵⁵ zugutekommen, ohne dass er gezwungen sein sollte, den Umweg der Strohmanngründung einzuschlagen. In Frankreich war es vor allem *Claude Champaud*, frühes Schulhaupt der *École de Rennes*,²⁵⁶ der sich als Vorsitzender einer Arbeitsgruppe um die Konzeption eines Sondervermögens (*patrimoine d'affectation*) verdient gemacht hat. In seine Fußstapfen trat in einer späteren Kommission *Jacques Barthélémy*, *Professeur associé* an der Rechtsfakultät von Montpellier. Zur Umsetzung ihrer Ideen bedurfte es freilich tatkräftiger Unterstützung durch die Politik.

3. Symbiose von Wirtschaftspolitik und Unternehmensrecht

Wie die jahrzehntelangen Diskussionen um eine Haftungsbeschränkung des Einzelunternehmers zeigen, hat die französische Politik im Unternehmens- und Gesellschaftsrecht immer wieder die Initiative ergriffen, um die Wirtschaft anzukurbeln oder aus einer Krise herauszuführen. Präsidenten und Premierminister entwarfen in etatistischer Manier fortwährend Programme mit dem erklärten Ziel, die wirtschaftlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen für Einzelunternehmer zu verbessern. Diese enge Symbiose von Wirtschaftspolitik und Unternehmensrecht bildet geradezu ein Markenzeichen des französischen Politikverständnisses. In Deutschland lässt sich dergleichen schwerlich finden. Hier stoßen unternehmensrechtliche Themen ungeachtet aller politischen Sonntagsreden auf verbreitetes Desinteresse. Ein langjähriger Gesetzgebungsreferent resümierte kürzlich: „In allen Jahren meiner Tätigkeit im deutschen Bundesjustizministerium habe ich keinen Justizminister erlebt, der wirklich Interesse am Gesellschaftsrecht gehabt hätte.“²⁵⁷

In Frankreich ging mit dem experimentierfreudigen und pragmatischen Politikansatz die Bereitschaft einher, dogmatische Ordnungsstrukturen und Prinzipien über Bord zu werfen. Dies gilt vor allem für die berühmte Theorie der Ver-

²⁵⁴ Vgl. *Fleischer*, ZGR 2016, 36, 41: „Auffällig ist, dass Vertreter der Rechtswissenschaft bei alledem keine Rolle spielten. Vielmehr ging die Entstehung des GmbH-Gesetzes auf Anregungen von Rechtspolitikern zurück, und seine Ausarbeitung war nahezu ausschließlich ein Werk gesellschaftsrechtlich erfahrener Praktiker und Ministerialbeamter.“

²⁵⁵ *Pisko*, GrünhutsZ 37 (1910), 699, 703.

²⁵⁶ Näher zu ihm und zur Schule von Rennes *Tchotourian*, in: *Champaud*, *L'entreprise dans la société du 21ème siècle*, 2013, S. 131 ff.; rechtsvergleichend *Fleischer*, ZGR 2018, 707, 709 ff.

²⁵⁷ *Seibert*, in: *Vogt/Fleischer/Kalss*, *Protagonisten im Gesellschaftsrecht*, 2020, S. 169, 170.

mögenseinheit von *Aubry* und *Rau*²⁵⁸ – „la plus fameuse des théories qui ait jamais été soutenue en droit français“²⁵⁹. Zuvor hatte man mit Einführung der EURL schon die Pfade der gesellschaftsrechtlichen Vertragstheorie verlassen, was vielen noch 1985 als „aberration juridique“²⁶⁰ erschien.

4. Wechselnde Motivlagen für EIRL und EI mit Haftungsbeschränkung

In dem jahrzehntelangen Evolutionsprozess hin zum EIRL und zum EI mit Haftungsbeschränkung *ex lege* lösten verschiedene Leitgedanken einander ab. Schon bei *Pisko*, aber auch in der späteren französischen Reformdiskussion dominierte das Motiv, die dogmatische Reinheit des Gesellschaftsrechts zu bewahren: Die Figur der Einpersonen-Kapitalgesellschaft sollte als „hérésie grammaticale“²⁶¹ um jeden Preis vermieden werden. Im Laufe der Zeit verlor die Schreckensgestalt der *société unipersonnelle* freilich auf beiden Seiten des Rheins ihre gespenstische Wirkung. Offene Ablehnung war kaum noch zu finden; der Rechtsverkehr hatte sich an sie gewöhnt. Spätestens mit Einführung der EURL im Jahre 1985 konnte man die Notwendigkeit eines unselbständigen Sondervermögens des Einzelunternehmers daher nicht mehr mit dem Argument rechtfertigen, den dogmatischen Dammbreach einer Einpersonengesellschaft verhindern zu wollen.

In den Vordergrund traten seither Erwägungen der Unternehmens- und Wirtschaftsförderung: Ein leichterer Organisationsrahmen ohne den Ballast der gesellschaftsrechtlichen Vorschriften sollte den Gründergeist stimulieren und die unternehmerische Initiative beflügeln. Psychologische Barrieren sollten abgebaut werden. Immer wieder schimmerten auch Gesichtspunkte des Sozialschutzes durch, etwa indem man dem Einzelunternehmer in Anlehnung an das frühere *bien de famille* die Möglichkeit einräumte, die Unpfändbarkeit seines Hauptwohnsitzes für Geschäftsgläubiger zu erwirken.

5. Binnenwettbewerb zwischen Einpersonengesellschaft und Einzelunternehmer mit beschränkter Haftung

Das Hinzutreten von Rechtsformneuschöpfungen führt unweigerlich zu einem verschärften Binnenwettbewerb zwischen den nationalen Rechtsformen. Im liechtensteinischen PGR traten Einmannverbandsperson und Einzelunternehmung mit beschränkter Haftung lange Zeit gegeneinander an, bevor Erstere den Sieg davontrug. In Frankreich konkurrierten zwischen 2010 und 2022 EURL und EIRL als Funktionsäquivalente.²⁶² Unter veränderten Vorzeichen kämpfen heute EURL

²⁵⁸ Gleichsinnig *Wedemann*, *RebelsZ* 75 (2011), 541, 545: „Für das französische Recht bedeutet die Abkehr vom bislang herrschenden Dogma der Einheitlichkeit des Vermögens eine ‚kleine Revolution‘.“

²⁵⁹ *Witz*, in: *FS Blaurock*, 2013, S. 549.

²⁶⁰ *Sayag*, *JCP* 1985, I, 3217, n° 7.

²⁶¹ *Alibert* (Fn. 64), S. 63, 66.

²⁶² Vgl. *Paternot* (Fn. 71), S. 458: „EIRL und EURL lassen sich einfach miteinander vergleichen, weil sie denselben praktischen Bedürfnissen entsprechen sollen (1.). Die Bewertung

und EI mit gesetzlicher Haftungsbeschränkung gegeneinander, wobei Letzterer über einen beträchtlichen Startvorteil verfügt: Einzelunternehmer mit beschränkter Haftung wird man automatisch mit Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit im eigenen Namen.

6. Erfolgs- und Misserfolgskriterien für EIRL und EI mit Haftungsbeschränkung

Was mögliche Erfolgs- oder Misserfolgskriterien von Rechtsformneuschöpfungen anbelangt, steuern der EIRL und seine ausländischen Rechtsvorbilder manche Einsichten bei. So war es der Kodifizierung der Einzelunternehmung mit beschränkter Haftung im liechtensteinischen PGR sicher zuträglich, dass der dortige Reformgesetzgeber auf einen ausformulierten Gesetzesvorschlag von *Pisko* zurückgreifen konnte. Im weiteren Verlauf könnte es für die Etablierung des EIRL in Frankreich hilfreich gewesen sein, dass die Unterscheidung zwischen Privat- und Geschäftsvermögen zuvor bereits durch Unpfändbarkeitsvorschriften und weitere Einzelregelungen Schritt für Schritt Eingang in das französische Recht gefunden hatte. Diese sukzessive Einführung und Fortentwicklung von Rechtsinnovationen erwiesen sich schon bei der SAS – jedenfalls in der Retrospektive – als Erfolgsrezept.²⁶³

Die Gründe für das Scheitern des EIRL sind vermutlich vielfältig. Wie bei anderen erfolglosen Rechtsformneuschöpfungen dürfte es ihm vor allem an einem zugkräftigen Alleinstellungsmerkmal gefehlt haben. Für Unternehmensgründer war nicht ohne Weiteres ersichtlich, welchen Mehrwert der EIRL gegenüber der bereits erprobten EURL versprach.²⁶⁴ „Bekannt und bewährt“ ist bei der Rechtsformwahl seit jeher ein wichtiges Auswahlkriterium, auch weil jede neue Organisationsform unweigerlich eine Fülle ungeklärter Rechtsfragen aufwirft und ihre ersten Anwender damit die Last der Rechtsunsicherheit schultern müssen. Inwieweit der Verbreitung des EIRL zusätzlich eine zögerliche Kautelarpraxis entgegenstand, lässt sich aus einer externen Beobachterperspektive schwer ermessen. Jedenfalls erreichte der EIRL in den zwölf Jahren seiner Existenz nicht jenen Kipppunkt, an dem er bekannt genug war, um sich breitflächiger durchzusetzen.

7. Anregungen für das deutsche Handels- und Gesellschaftsrecht

Entgegen einer verbreiteten Fehlvorstellung in Frankreich hat ein Einzelunternehmer in Deutschland *de lege lata* grundsätzlich keine Möglichkeit, ein unselbständiges Sondervermögen zu Zwecken der Haftungsbeschränkung zu begrün-

des EIRL als neuem Konkurrenten der EURL beruht im Wesentlichen darauf, dass er die Interessen der Beteiligten, insbesondere des EIRL teilweise mehr gefährdet als er ihnen gerecht wird (2).“

²⁶³ Näher dazu in diesem Band § 6 (*Trinks*), S. 173.

²⁶⁴ Von Anfang an zweifelnd *Peifer*, GmbHR 2010, 972, 977: „Die weitreichende Anlehnung an die Regelungen zur EURL führt im Ergebnis lediglich zu marginalen Unterschieden der beiden Regime.“

den.²⁶⁵ *De lege ferenda* könnte man dies allerdings ändern. Daher sei abschließend erörtert, ob sich aus den Schnittmusterbögen des EIRL oder des EI mit Haftungsbeschränkung *ex lege* auch in Deutschland neue Rechtskleider schneiden lassen.

a) Der EIRL als Muster für Deutschland?

Hierzulande hat man die Grundidee eines Einzelunternehmers mit beschränkter Haftung zu ganz verschiedenen Zeiten und in unterschiedlichen Zusammenhängen diskutiert.

Noch ohne rechtsvergleichende Bezüge meldeten sich in einer ersten Reflexionsphase über Jahrzehnte hinweg immer wieder einzelne Sympathisanten für *Piskos* Grundmodell zu Worte.²⁶⁶ Sie vermochten aber weder die Meinungsführerschaft noch auch nur breitere Aufmerksamkeit in der Fachöffentlichkeit zu gewinnen. Mit Zulassung der Einpersonengründung im Rahmen der GmbH-Novelle von 1980 ebte das wissenschaftliche Interesse an einem Einzelunternehmen mit beschränkter Haftung vorerst ab.²⁶⁷

Eine zweite Debatte setzte im Vorfeld der GmbH-Reform von 2008 ein. Ausgelöst wurde sie durch den Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Kaufmanns mit beschränkter Haftung, den das Bayerische Staatsministerium der Justiz in zwei Versionen 2006 und 2007 vorlegte.²⁶⁸ Mit diesem speziell auf Existenzgründer zugeschnittenen Modell sollte der Siegeszug der englischen *limited* und anderer *low-budget*-Gesellschaftsformen in Deutschland gestoppt werden.²⁶⁹ Die Entwurfsbegründung versprach einen „schnellen, unbürokratischen und mit geringen Transaktionskosten verbundenen Weg der Existenzgründung“²⁷⁰. Führende Literaturstimmen zeigten sich gleichwohl zurückhaltend. Sie monierten, dass diese Rechtsfigur schlicht und einfach zu kompliziert sei²⁷¹ und die Trennung der

²⁶⁵ Auf diese Fehlvorstellung hinweisend *Witz*, in: FS Blaurock, 2013, S. 549, 566: „[...] la croyance erronée en la libre admission du *Zweckvermögen* sous l’empire du BGB. Il est rare, en droit comparé, que la mauvaise compréhension d’un droit étranger ait un effet positif, celui de contribuer au développement d’un concept ou d’une technique juridique nationale.“; ferner der Hinweis bei *Jung* (Fn. 132), S. 143, 151 mit Fn. 42.

²⁶⁶ Vgl. *Schilling*, JZ 1953, 161, 165 f.; *Wiethölter* (Fn. 47), S. 11, 39 mit Fn. 64; offen *Reinhardt/Schultz*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 1981, Rn. 861 ff. mit dem Fazit Rn. 863: „Letztendlich handelt es sich also um eine Frage der besseren Rechtstechnik.“; zu einem eigenen Konzept der „Eigenständigen Unternehmung“ *H. M. Schmidt*, GmbHR 1959, 105.

²⁶⁷ Gleichsinnig der Befund von *Hustedt* (Fn. 40), S. 176: „[...] ist anschließend nicht mehr eingehend diskutiert worden.“

²⁶⁸ Abrufbar unter <<https://perma.cc/D9XE-VMXH>>.

²⁶⁹ So die Pressemitteilung des Bayerischen Justizministeriums vom 18.5.2007: „Modernisieren statt Demontieren! Bayerns Justizministerin Merk warnt vor Raubbau an der bewährten GmbH“.

²⁷⁰ Entwurfsbegründung, S. 13.

²⁷¹ So *K. Schmidt*, DB 2006, 1096, 1097.

Vermögenssphären mannigfaltige Probleme aufwerfe.²⁷² Außerdem sei nicht recht erklärbar, warum nur die Einpersonen-GmbH einen einzelkaufmännischen Bruder und nicht auch die Mehrpersonen-GmbH eine nichtkorporative Schwester erhalte.²⁷³ Im Lichte dieser Kritik entschied sich der Reformgesetzgeber des MoMiG im Jahre 2008 für die Schaffung der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt).²⁷⁴

Nach Einführung des EIRL begann in Deutschland eine dritte Diskussionsrunde, die sich freilich auf einen kleineren Kreis frankophiler Komparatisten beschränkte.²⁷⁵ Unter ihnen überwog ebenfalls die Skepsis.²⁷⁶ Bemängelt wurde insbesondere, dass die unternehmensbezogene Vermögenssonderung leichter postuliert als durchgeführt sei²⁷⁷ und dass eine gegenständliche Haftungsbeschränkung sowohl mit schwierigen Publizitätsfragen als auch mit vertrackten verfahrensrechtlichen Problemen zu kämpfen habe.²⁷⁸ Diese Komplikationen hatte schon *Pisko* im Jahre 1910 freimütig eingestanden: „Der Gedanke der auf ein bestimmtes Befriedigungsobjekt beschränkten Haftung läßt sich bei der Gesellschaft mit den vorhandenen Mitteln der Gesetzestechnik leichter durchführen als beim Einzelkaufmann. Die beschränkte Haftung läßt sich in ihrer Beschränkung auf den Gesellschaftsbetrieb in das Gefüge der bestehenden Rechtsordnung äußerlich leichter einpassen als in ihrer Ausdehnung auf den Einzelbetrieb.“²⁷⁹

International sind die Praxiserfahrungen mit einem solchen Regelungsmodell ebenfalls wenig ermutigend: Liechtenstein hat den Einzelunternehmer mit beschränkter Haftung im Jahre 1980 ausgemustert, in Portugal wird der nach wie vor bestehende Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada von der Rechtspraxis gemieden,²⁸⁰ und Frankreich hat den EIRL nach nur zwölf Jahren wieder abgeschafft. Angesichts dieses ernüchternden Befundes besteht vorerst kein Anlass, hierzulande an dem Organisationsmuster des EIRL Maß zu nehmen.²⁸¹

²⁷² So *Lutter*, in: VGR, Die GmbH-Reform in der Diskussion, 2006, S. 211, 220 mit dem Zusatz: „Als Anwalt würde ich meinem Mandanten statt dessen dringend zur Ein-Personen-GmbH oder eben Limited raten.“

²⁷³ In diesem Sinne *K. Schmidt*, DB 2006, 1096, 1097.

²⁷⁴ BGBI. 2008, I, S. 2026; näher dazu in diesem Band § 13 (*Götz*), S. 431.

²⁷⁵ Vgl. *J. Flume/Dubarry*, ZEuP 2012, 128; *Hakenberg*, in: Cachard/Nau (Fn. 8), S. 171; *Jung* (Fn. 132), S. 143; *Peifer*, GmbHR 2010, 972; *Paternot* (Fn. 71), S. 249 ff.; *Wedemann*, *RabelsZ* 75 (2011), 541.

²⁷⁶ Ablehnend *J. Flume/Dubarry*, ZEuP 2012, 128, 148; *Hakenberg* (Fn. 275), S. 171, 186; *Jung* (Fn. 132), S. 143, 167 ff.; skeptisch auch *Peifer*, GmbHR 2010, 972, 976 f.

²⁷⁷ Pointiert in diesem Sinne *Jung* (Fn. 132), S. 143, 170.

²⁷⁸ Zusammenfassend *J. Flume/Dubarry*, ZEuP 2012, 128, 148.

²⁷⁹ *Pisko*, *GrünhutsZ* 37 (1910), 699, 709.

²⁸⁰ Dazu *Stieb*, in: *Stieß/Wachter*, Handbuch des internationalen GmbH-Rechts, 4. Aufl. 2022, Landesbericht Portugal, Rn. 5: „Erkenntnis, dass die bisherige Rechtsform der EIRL, d. h. eines Einzelhandelskaufmanns mit einem besonderen Haftungs-Sondervermögen (haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft), in der Praxis nicht angenommen wurde“.

²⁸¹ *Unisono* scharf ablehnend *Jung* (Fn. 132), S. 143, 175: „Die Pandorabüchse der Haftungsbeschränkung durch eine generelle unternehmensbezogene Vermögenssonderung sollte in Deutschland hingegen besser geschlossen bleiben!“, *Paternot* (Fn. 71), S. 461: „Insgesamt

b) Haftungsbeschränkung ex lege beim EI als Vorbild für Deutschland?

Soweit ersichtlich, hat man den EI mit Haftungsbeschränkung ex lege in Deutschland noch nicht ausführlicher gewürdigt.²⁸² Dies kann hier nur in Ansätzen nachgeholt werden.

Aus deutscher Sicht wäre mit einem solchen Modell ein grundstürzender Paradigmenwechsel verbunden. Nach allgemeiner Ansicht hat ein Einzelunternehmer für sämtliche privaten und unternehmensbezogenen Verbindlichkeiten mit allen ihm gehörenden Vermögensgegenständen einzustehen.²⁸³ Anders als im französischen²⁸⁴ und italienischen²⁸⁵ Recht ist dieser Grundsatz der Gesamtvermögenshaftung zwar nicht ausdrücklich im Gesetz festgeschrieben.²⁸⁶ Seine Geltung steht aber seit jeher außer Zweifel.²⁸⁷ Auch im Handels- und Gesellschaftsrecht gilt er als unangefochtene *default rule*.²⁸⁸ So hat der BGH in seiner Leitentscheidung

ist der EIRL kein Fortschritt, sondern ein Rückschritt. Er ist überflüssig, weil die EURL den mit dem EIRL anvisierten Bedürfnissen ausreichend gerecht werden kann.“; *K. Schmidt*, DB 2006, 1096, 1097: „Das Einzelunternehmen mbH ist der GmbH rechtstechnisch hoffnungslos unterlegen.“

²⁸² Für eine Vorstellung aus insolvenzrechtlicher Sicht immerhin *Dammann*, BeckOK Insolvenzrecht, 34. Ed., Stand: 14.1.2024, Länderberichte – Frankreich, Rn. 15b–15e.

²⁸³ Vgl. *Jung* (Fn. 132), S. 143; *Kindler*, in: *Ebenroth/Boujong/Kindler*, HGB, 5. Aufl. 2024, § 1 Rn. 98; *A. Meyer*, Der Grundsatz der unbeschränkten Verbandsmitgliederhaftung, 2006, S. 190 ff.; *Paternot* (Fn. 71), S. 214; *Staudinger/Olzen*, BGB, 2019, § 241 Rn. 31; *Thomale*, ZGR 2021, 643, 653.

²⁸⁴ Art. 2284 Code civil: „Quiconque s’est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir.“; Art. 2285 Code civil: „Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers [...]“

²⁸⁵ Art. 2740 Abs. 1 Codice civile: „Il debitore risponde dell’adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri.“

²⁸⁶ Dazu *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, 1998, S. 6: „Ein Grundsatz unbeschränkter Kaufmannshaftung ist an keiner Stelle im Gesetz festgeschrieben. Die Vermutung, daß er in der Entstehungszeit des HGB und BGB völlig selbstverständlich und deshalb für den Gesetzgeber kein Thema war, liegt zwar schon angesichts der seinerzeit weit verbreiteten Entrüstung über die Einführung der GmbH nahe. Eine entsprechende, rechtshistorischen Anforderungen genügende Beweisführung ist jedoch kaum zu leisten. Solange über Grundwertungen Konsens besteht, werden sie nicht artikuliert und erst recht nicht kodifiziert.“

²⁸⁷ Vgl. v. *Tuhr*, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1910, S. 330; ferner *Flume*, Die Personengesellschaft, 1977, S. 333; *Larenz*, Schuldrecht, AT, 14. Aufl. 1987, S. 23: „Die unbeschränkte Vermögenshaftung bildet die Regel; eine gegenständliche Beschränkung der Haftung findet nur dann statt, wenn sie entweder vereinbart ist oder das Gesetz sie ausnahmsweise angeordnet hat.“; schon vor Inkrafttreten des BGB *Ehrenberg* (Fn. 22), S. 1: „Wer zu einer obligatorischen Leistung verpflichtet, wer Schuldner eines Andern geworden ist, haftet – das ist die Grundregel – unbeschränkt, d. h. er haftet auf die gesammte Leistung, für welche er obligiert wurde und seine gesammte Habe dient, wenn die Erfüllung ausbleibt, als Executionsubject.“

²⁸⁸ Vgl. *K. Schmidt*, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 4 Rn. 124: „Der Einzelkaufmann hat seine Schulden aus seinem gesamten Vermögen zu begleichen, und jeder Gläubiger kann in das Gesamtvermögen vollstrecken.“; *Thomale*, ZGR 2021, 643: „Fundamentalsatz des Gesell-

zur Verlustdeckungshaftung in der Vor-GmbH als Ausgangspunkt festgehalten, „daß nach allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts derjenige, der als Einzelperson oder in Gemeinschaft mit anderen Geschäfte betreibt, für die daraus entstehenden Verpflichtungen [unbeschränkt] haftet“²⁸⁹. Im berühmten *Betonbrecher*-Urteil zur GbR mbH hat er diesen Grundsatz wiederholt²⁹⁰ und in einem Richterspruch von Ende 2023 zur persönlich unbeschränkten Haftung eines GbR-Gesellschafters für Gerichtskosten des Insolvenzverfahrens und Kosten des Insolvenzverwalters abermals bekräftigt.²⁹¹ Zwar steht dieser eherne Grundsatz zur Disposition des Gesetzgebers. Für eine Abkehr hiervon müssten aber überzeugende Argumente vorgebracht werden, die bisher nicht ersichtlich sind.

Bedenken gegen einen Rechtstransfer des EI mit Haftungsbeschränkung *ex lege* ergeben sich auch noch unter einem anderen Blickwinkel: Billigt man dem Einzelunternehmer von Gesetzes wegen die Rechtswohlthat einer beschränkten Haftung zu, so stellt sich die Frage, ob man sie dann den Gesellschaftern einer zweigliedrigen GbR oder OHG vorenthalten kann. Hier drohen manifeste Wertungswidersprüche,²⁹² wenn nicht sogar die Gefahr eines Verstoßes gegen den verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz.²⁹³

c) Schlussbefund und Ausblick

Eingangs seiner eindrucksvollen rechtsvergleichenden Studie zur Haftungsbeschränkung des Einzelkaufmanns aus dem Jahre 1968 bemerkte der Mailänder Rechtsprofessor *Mario Rotondi*: „Die Macht der Gewohnheit, die in der Entwicklung des Rechts eine so große Rolle spielt, läßt häufig neue Formen, die bei vorurteilsfreier Betrachtung einleuchtend und in vielen Fällen durchaus nützlich wären, nur schwer Eingang in die Rechtsordnung finden.“²⁹⁴ Dem wird man im

schaftsrechts“; ferner *H. M. Schmidt*, GmbHR 1959, 105, 106: „Das Prinzip der unbeschränkten Haftung des Unternehmens hat gewiß ein ehrwürdiges Alter; es war früher gar kein Prinzip, sondern eine Selbstverständlichkeit, die keiner besonderen Erwähnung bedurfte.“

²⁸⁹ BGHZ 134, 333, 335 (1997).

²⁹⁰ Vgl. BGHZ 142, 315, 319 (1999): „[...] allgemeine[r] Grundsatz des bürgerlichen Rechts und des Handelsrechts [...], solange sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt oder mit dem Vertragspartner keine Haftungsbeschränkung vereinbart wird“; wohl übernommen von *Flume* (Fn. 287), S. 333 und von *ders.*, Die juristische Person, 1983, S. 164 und 168.

²⁹¹ BGH NZG 2024, 67, Rn. 35.

²⁹² In diese Richtung auch im Zusammenhang mit dem Einzelkaufmann mit beschränkter Haftung *K. Schmidt*, DB 2006, 1096, 1097.

²⁹³ Zurückhaltend aber *Jung* (Fn. 132), S. 143, 169: „Eine Differenzierung zwischen Einzelunternehmern und Gesellschaften wäre nicht systemwidrig und könnte angesichts des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums zumindest auch solange vor dem Gleichbehandlungsgrundsatz bestehen, als der Gesetzgeber die Rechtsform der Einpersonengesellschaft zur Verfügung stellt.“

²⁹⁴ *Rotondi*, ZHR 131 (1968), 330, 331.

Allgemeinen gerne zustimmen.²⁹⁵ Ebenso richtig ist aber, dass sich jede Rechtsformneuschöpfung an ihrer Qualität messen lassen muss.²⁹⁶ Insoweit dürfte das Regelungsmodell des EIRL in rechtstechnischer und praktischer Hinsicht keinen Fortschritt darstellen.²⁹⁷ Manches spricht dafür, dass Gleiches für den EI mit Haftungsbeschränkung gilt. Vielleicht wird uns die weitere Rechtsentwicklung in Frankreich aber auch eines Besseren belehren.

²⁹⁵ Zur Nützlichkeit von „Gesellschaftsrechts-Innovationen“ *Fleischer*, in: FS Hensler, 2023, S. 859.

²⁹⁶ Im vorliegenden Zusammenhang *Paternot* (Fn. 71), S. 461; allgemein zur Unterscheidung zwischen guten und schlechten Innovationen *Fleischer* (Fn. 295), S. 859, 867 f.

²⁹⁷ Wie hier *Paternot* (Fn. 71), S. 461.

§ 16 Griechenland:
Private Kapitalgesellschaft
(Idiotiki Kefalaïouchiki Etairia [IKE]), 2012

Nikolaos Vervessos

I.	Einführung	540
II.	Die IKE im Gesamtgefüge der Handelsgesellschaften	541
	1. Verfügbare Gesellschaftsformen	541
	2. Reformen der Handelsgesellschaften	543
	3. Der Weg zur Wahl einer neuen Gesellschaftsform	544
	4. Die IKE als hybride Gesellschaftsform	545
	5. Die IKE in Zahlen – Vergleich mit anderen Handelsgesellschaften	546
	6. Kleine und mittlere Unternehmen als Zielgruppen der IKE	547
	7. Charakteristische Merkmale der IKE	548
III.	Gründung einer IKE	549
	1. Satzung	549
	2. Einlagen – Gesellschaftskapital	550
	3. Gründungsverfahren und Publizität	551
	4. Nichtigkeit der Gesellschaft	551
	5. Gesellschaft in Gründung	551
IV.	Die Einlagen in der IKE	552
	1. Kapitaleinlagen	552
	2. Nichtkapitaleinlagen	552
	3. Garantieeinlagen	553
	4. Einlösung von Garantie- und Nichtkapitaleinlagen	556
	5. Bilanzierung von Garantie- und Nichtkapitaleinlagen	556
V.	Gesellschaftsorgane der IKE	557
	1. Einführung	557
	2. Die Gesellschafterversammlung	558
	a) Zuständigkeit	558
	b) Teilnahme an der Versammlung und Beschlussfassung	559
	3. Geschäftsführer	559
	a) Allgemeines	559
	b) Bestellung und Abberufung	560
	c) Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse der Geschäftsführer	562
VI.	Rechte und Pflichten von Gesellschaftern der IKE	563
	1. Rechte	563
	a) Vermögensrechte	564
	b) Verwaltungsrechte	565
	2. Pflichten	567

VII. Änderungen in der Zusammensetzung des Gesellschafterkreises	568
1. Übertragung von Geschäftsanteilen	568
2. Eintritt, Austritt und Ausschluss	569
VIII. Auflösung – Liquidation	570

I. Einführung

Die Geburtsstunde der Privaten Kapitalgesellschaft (*Idiotiki Kefalaiouchiki Etaireia*, abgekürzt: IKE)¹ schlug am 12. Juni 2012. Sie fällt mit einem der dramatischsten Momente in der griechischen Wirtschaft zusammen: der griechischen Staatskrise, die zum Umtausch griechischer Staatsanleihen gegen neue Anleihen mit niedrigerem Nennwert, längeren Laufzeiten und reduzierten Renditen führte.² In dieser schweren Zeit versuchte der griechische Gesetzgeber, den praktischen Bedürfnissen kleiner und mittlerer Unternehmen durch Einführung der IKE entgegenzukommen und die Gründung von Gesellschaften zu erleichtern. Zugleich bildete die IKE die Reaktion des griechischen Reformgesetzgebers auf Modernisierungen des Gesellschaftsrechts in anderen EU-Mitgliedstaaten und auf die allgemeine Tendenz des „think small first“³. Die ersten Daten zur IKE⁴ zeigen, dass die Entscheidung des griechischen Gesetzgebers, dem Rechtsverkehr eine neue Gesellschaftsform anzubieten, sehr erfolgreich war: Die IKE ist heute mit Abstand die beliebteste Kapitalgesellschaftsform für kleine und mittlere Unternehmen – einem Feld, das bis dato vor allem von der griechischen AG und sekundär von der griechischen GmbH beherrscht wurde. Die IKE scheint daher den Binnenwettbewerb mit den anderen einheimischen Gesellschaftsformen zu gewinnen.⁵ Sie hat das Interesse der Wissenschaft in Griechenland⁶ wie

¹ Die Private Kapitalgesellschaft wurde durch die Art. 43–120 des Gesetzes 4072/2012 über die Verbesserung des Umfelds der Wirtschaft, neue Kapitalgesellschaft, Markenrecht u. a. eingeführt, wie es heute nach der Verabschiedung des Gesetzes 4155/2013 gilt.

² Dazu *Metallinos*, in: Bruno, Sovereign Debt and Debt Restructuring – Legal, Financial and Regulatory Aspects, 2013, S. 19 m. w. N.; *Tsibanoulis/Anagnostopoulos*, RISF 2014, n° 6, 18; *Karamatzos*, Staatliche Intervention in ein Vertragsverhältnis und Zivilrecht (auf Griechisch), 2020, S. 249 ff.

³ Vgl. Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Vorfahrt für KMU in Europa – Der „Small Business Act“ für Europa, KOM/2008/0394 endg.; außerdem *Tzakas*, Die KMUs im europäischen und griechischen Gesellschaftsrecht (auf Griechisch), 2015.

⁴ Vgl. unter II. 5.

⁵ Vgl. *Perakis*, ECFR 2022, 339.

⁶ In griechischer Sprache: *Perakis*, Die Private Kapitalgesellschaft (IKE), Die neue Gesellschaftsform, 2. Aufl. 2013; *ders.*, DEE 2013, 745; *Antonopoulos*, Die Private Kapitalgesellschaft (IKE), Kommentar zum Gesetz 4072/2012, 3. Aufl. 2014; *Spiridonos*, Recht der IKE & EPE, 2. Aufl. 2015; *Sotiropoulos*, EpiskED 2012, 1; *Psaroudakis*, EpiskED 2012, 21; *Psaroudakis*, EpiskED 2014, 239; *Giovannopoulos*, EEmpD 2012, 546; *Despotidou*, Der Gesellschafteraus-

im Ausland⁷ geweckt, auch wenn einschlägige Rechtsprechung noch spärlich ist.⁸

II. Die IKE im Gesamtgefüge der Handelsgesellschaften

Zum besseren Verständnis der IKE ist es hilfreich, vorab alle Gesellschaftsformen vorzustellen, welche die griechische Rechtsordnung für unternehmerische Tätigkeiten zur Verfügung stellt.⁹

1. Verfügbare Gesellschaftsformen

Nach der klassischen Zweiteilung in Personenhandels- und Kapitalgesellschaften¹⁰ fallen die offene Handelsgesellschaft, die Kommanditgesellschaft, die stille Gesellschaft und die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung in die erste Kategorie. Demgegenüber gehören die IKE, die Aktiengesellschaft (*Ανώνυμη Εταιρία*, AE), die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (*Εταιρία Περιορισμένης Ευθύνης*, EPE), die Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Europäische Aktiengesellschaft zur zweiten Kategorie.¹¹

Die Aktiengesellschaft, die in der griechischen Rechtsordnung erst mit Einführung des *Code de Commerce*¹² vom Gesetzgeber¹³ „entdeckt“ wurde,¹⁴ stellt

tritt aus der IKE, 2019; außerdem die Einzelbeiträge in dem Sammelband des Verbandes griechischer Handelsrechtler, Das neue Gesellschaftsrecht der KMU (Gesetz 4072/2012), 22. Panhellenische Konferenz zum Handelsrecht, SEE 2013.

⁷ In deutscher oder englischer Sprache: *Papadimopoulos*, RIW 2014, 344; *Tzakas*, GmbHR 2014, 243; *Giovannopoulos*, RHDI 67 (2014), 439; *Perakis*, in: FS Baums, Bd. II, 2017, S. 903; *Perakis*, ECFR 2022, 339; *Tellis*, in: Binder/Psaroudakis, Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht in der Krise, 2018, S. 283.

⁸ Vgl. vor allem OLG Thessaloniki, 3526/2018, EpiskED 2018, 692.

⁹ Guter Überblick bei *Perakis*, ECFR 2022, 339 ff.

¹⁰ Dazu in griechischer Sprache: *N. Rokas*, Handelsgesellschaften, 9. Aufl. 2019, S. 5, *Alexandridou*, Recht der Handelsgesellschaften, 3. Aufl. 2019, S. 11, *Psychomanis*, Recht der Handelsgesellschaften, 4. Aufl. 2020, S. 7.

¹¹ So *N. Rokas* (Fn. 10), S. 5.

¹² Die Rechtsform der Aktiengesellschaft wurde durch die Regelungen der §§ 18, 19, 29–37, 40 und 45 des griechischen Handelsgesetzes eingeführt. Dabei ging es um eine Übersetzung des französischen Code de Commerce von 1807; vgl. *K. Rokas*, ZHR 125 (1963), 25 ff.; *Papagiannis*, AG 1996, 71, 72; *Papadimopoulos*, ZVglRWiss 94 (1995), 186; *Simitis*, Das griechische Aktienrecht, 1973, S. 9; *Tountopoulos*, Die Reichweite der registerrechtlichen Gründungsprüfung einer AG, 1998, S. 40.

¹³ Vgl. *Pamboukis*, Aktienrecht, Bd. I, 3. Aufl. 1991, S. 14, nach dem die Aktiengesellschaft zunächst eine gesetzgeberische Konzeption darstellte; vgl. auch *Georgakopoulos*, Gesellschaftsrecht, Bd. II, Teil A, 1972, S. 3; *Vervessos*, in: Binder/Psaroudakis (Fn. 7), S. 335.

¹⁴ Dazu *Perakis*, ECFR 2022, 339, 341: „This Code was introduced in Greece in a peculiar manner. Without an express mandate by any Greek legislative or administrative authority, the French Commercial Code was effectively used and complied with by the Greek merchants (es-

die idealtypische Rechtsform für Großunternehmen dar.¹⁵ Sie bietet die einzigartige Möglichkeit, Eigen- oder Fremdkapital von einem verstreuten Gesellschafterkreis einzusammeln¹⁶ und für Investitionszwecke zur Verfügung zu stellen.¹⁷ Mit dem Gesetz 2190/1920 erfolgte die erste umfassende Kodifikation des Aktienrechts in Griechenland. Auch wenn die AE dem kontinentaleuropäischen Grundmuster entspricht, diente ihr kein ausländisches Gesetz als getreuliches Vorbild.¹⁸ Denn der Gesetzgeber hat ihre Gestaltung den Gegebenheiten der griechischen Wirtschaft angepasst.¹⁹ Infolgedessen wird diese Rechtsform in der griechischen Rechtspraxis auch von kleinen und mittleren Unternehmen als Organisationsrahmen genutzt,²⁰ die – nach dem Muster der englischen *private company*²¹ – keinen Zugang zum Kapitalmarkt haben.²² Bis zur Einführung der IKE usurpierte die griechische AG also in der Unternehmenspraxis einen Raum, der nach deutschen Rechtsverhältnissen der GmbH zukommt.²³

Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (EPE) wurde mit dem Gesetz 3190/1955 in die griechische Rechtsordnung eingeführt. Sie sollte kleinen und mittleren Unternehmen dienen, bei denen das Innenverhältnis zwischen den Gesellschaftern zwar jenem bei Personengesellschaften ähnelt, die Gesellschafter aber ihre Haftung für Schulden aus der Unternehmenstätigkeit begrenzen möchten.²⁴ Da die meisten griechischen Unternehmen sehr kleine, kleine oder mittlere Unternehmen sind, hat die EPE in Griechenland nicht die gleiche Akzeptanz wie ihr Vorbild der deutschen GmbH erfahren.²⁵ Der wesentliche Grund dafür liegt

pecially the Greek shipping community) immediately after it was put into force in France and even before the Greek War of Independence of 1821.“

¹⁵ Vgl. *N. Rokas* (Fn. 10), S. 182.

¹⁶ Nach einem vielzitierten Wort von *Georges Ripert* bildet die Aktiengesellschaft „le merveilleux instrument du capitalisme moderne“; zitiert nach *Pamboukis* (Fn. 13), S. 14.

¹⁷ Vgl. *Vervessos* (Fn. 13), S. 335.

¹⁸ Vgl. *Simitis* (Fn. 12), S. 9 ff.; *Logothenou-Triantafyllaki*, Kompetenzkonflikte zwischen Vorstand und Hauptversammlung der Aktiengesellschaft im deutschen und griechischen Recht, 1987, S. 1.

¹⁹ Dazu *Logothenou-Triantafyllaki* (Fn. 18), S. 1.

²⁰ Ein Teil der Lehre spricht von atypischen Aktiengesellschaften, um diese Abweichung vom gesetzgeberischen Archetyp zu betonen; vgl. etwa *Pamboukis* (Fn. 13), S. 17; *Antonopoulos*, Aktien- und GmbH-Recht, S. 9 ff.; *N. Rokas* (Fn. 10), S. 183 ff.

²¹ Für die englische *private company* im Vergleich mit der deutschen GmbH *Neuling*, Deutsche GmbH und englische private company, 1997, S. 13 ff.

²² Vgl. *N. Rokas* (Fn. 10), S. 178, nach dem über 95 % der griechischen Aktiengesellschaften kleine, geschlossene oder Familiengesellschaften sind.

²³ Vgl. *Pamboukis* (Fn. 13), S. 17; *Georgakopoulos*, in: *Gesammelte Schriften*, Bd. I, 1971, S. 158; *Papadimopoulos*, *Armenopoulos* 1995, 78.

²⁴ *N. Rokas* (Fn. 10), S. 517; *Giovannopoulos*, *RHDI* 67 (2014), 439; *Soufleros*, *GmbH* 1992, 276; *Soufleros*, in: Behrens, *Die GmbH-Rechte in den EG-Staaten*, 1993, S. 99; *Papathoma-Baetge*, *ISr* 1996, 42; *Schinas*, *RabelsZ* 22 (1957), 311; *Tellis*, in: *Kluiver/Gerven*, *The European Private Company*, 1995, S. 149.

²⁵ Vgl. *Perakis*, *ECFR* 2022, 339, 348: „The EPE has never been a popular company, unlike its German counterpart.“

in dem komplizierten Gesetzesrahmen für die EPE, der trotz mancher Gesetzesreformen bis heute nicht wesentlich einfacher geworden ist. So gibt es weiterhin Vorschriften zur doppelten Mehrheit für die Beschlussfassung: Mehrheit aller Gesellschafter, nicht nur der anwesenden, sowie Mehrheit des Gesamtkapitals, nicht nur des bei der Versammlung vertretenen Kapitals.²⁶ Außerdem bedarf die Übertragung von Geschäftsanteilen nach wie vor der notariellen Beurkundung.²⁷

2. Reformen der Handelsgesellschaften

Das Recht der Handelsgesellschaften hat in den letzten zwei Jahrzehnten wichtige Gesetzesänderungen erfahren. Zunächst gab es im Aktienrecht, dessen Reform sich nach der bekannten Formulierung von *Wolfgang Zöllner* in Permanenz²⁸ befindet, zwei weitreichende Neufassungen. Zu nennen ist erstens die Neufassung des kodifizierten Gesetzes 2190/1920 durch das Gesetz 3604/2007, das insbesondere die Vorschriften zur Gesellschafterversammlung veränderte. Hinzugekommen ist zweitens die Neufassung des Rechts der griechischen AG (AE) durch das Gesetz 4548/2018, das nicht nur das kodifizierte Gesetz 2190/1920 abgelöst, sondern auch das Recht der griechischen AG, namentlich im Vorstandsrecht, wesentlich verbessert hat.²⁹ Was insbesondere die börsennotierten Aktiengesellschaften anbelangt, ist die Einführung neuer Vorschriften für die Corporate Governance durch das Gesetz 4706/2020 von Bedeutung.³⁰

Von der Welle gesetzgeberischer Eingriffe sind auch die Personenhandelsgesellschaften nicht verschont geblieben.³¹ In diesem Bereich standen noch bis 2012 die Vorschriften des napoleonischen Handelsgesetzbuchs in Kraft. Mit den Art. 249–294 des Gesetzes 4702/2012 wurde das Recht der Personenhandelsgesellschaften grundlegend reformiert. Nunmehr gibt es ein kompaktes Regelwerk, das stark vom deutschen Recht beeinflusst wurde.³²

Zu den Neuerungen auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts zählt ferner die Verabschiedung des Gesetzes 4601/2019 über Umwandlungen nach dem Vorbild des deutschen Umwandlungsgesetzes. Es regelt drei Umwandlungsformen: Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel.³³

²⁶ Art. 13 des G. 3190/1955. Dazu *Perakis*, ECFR 2022, 339, 348: „One can easily understand that this can render decision-making in the company very difficult: when an EPE has two partners, one of them can block any decisions, even where that partner holds 1% of the parts.“

²⁷ Art. 28 Abs. 3 des G. 3190/1955.

²⁸ *Zöllner*, AG 1994, 336.

²⁹ Näher *Perakis*, Das neue Recht der AG, 6. Aufl. 2019, S. 3 ff.; knapper *Perakis*, ECFR 2022, 339, 346: „It is a more sophisticated piece of legislation, consisting of 190 articles.“

³⁰ Dazu *Livada*, ECFR 2022, 354.

³¹ Ausführlich zur Reform des Rechts der Personenhandelsgesellschaften *Tellis* (Fn. 7), S. 283 ff.

³² Vgl. *Tellis* (Fn. 7), S. 283, 284; ferner *Perakis*, ECFR 2022, 339, 343.

³³ Vgl. *Sotiropoulos*, in: *Sotiropoulos*, DAE, Kommentar zum G. 4601/2019, 2021, Einführung Rn. 1 ff.

Was das griechische Recht jedoch deutlich von anderen Jurisdiktionen unterscheidet, ist die Einführung einer neuen Gesellschaftsform, der IKE, mit dem Gesetz 4072/2012. Diese Rechtsforminnovation ist nicht nur wegen der mit ihr verbundenen Neuerungen, sondern auch aus symbolischen Gründen wichtig: Zum einen wurde das Gesetz während der Finanzkrise in Griechenland erarbeitet; zum anderen bereichert die IKE das griechische Kapitalgesellschaftsrecht 56 Jahre nach Einführung der griechischen GmbH um eine dritte Rechtsform.

3. *Der Weg zur Wahl einer neuen Gesellschaftsform*

Bevor die grundlegenden Eigenschaften der IKE erläutert werden, ist zunächst die Frage zu beantworten, warum der griechische Gesetzgeber eine neue Gesellschaftsform eingeführt hat. Sie liegt deshalb nahe, weil die griechische Rechtsordnung mit der griechischen GmbH (EPE) bereits über eine Gesellschaftsform für kleine und mittlere Unternehmen verfügte. Diese wies zwar einige Schwächen auf, doch wäre der griechische Gesetzgeber nicht daran gehindert gewesen, diese Schwächen auszumerzen, um die geringe Akzeptanz der EPE in der Praxis zu verbessern.³⁴

In der Tat hatte die griechische Gesetzgebungskommission ursprünglich den Auftrag, die EPE durchgreifend zu reformieren.³⁵ Die Kommission erwog, entweder dem Vorbild der deutschen Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) oder dem der französischen 1-Euro-SARL zu folgen.³⁶ Nach einigem Nachdenken zeigte sich aber, dass die EPE schlicht nicht reformierbar war;³⁷ ihr Ruf war bereits dauerhaft ruiniert.³⁸ Es hätte massiver Eingriffe in das Gesetz 3190/1955 bedurft, um die notwendigen Modernisierungen umzusetzen.³⁹ Außerdem hätten sich schwierige Übergangsprobleme ergeben, wenn für eine gewisse Zeit alte EPEs und neue EPEs nebeneinander bestanden hätten. Eine Anwendung des neuen Rechts auf bereits bestehende EPEs hielt die Kommission für nicht vertretbar.⁴⁰ Angesichts dessen entschloss sie sich, gleich eine vollständig neue Rechtsform zu schaffen, zumal auch eine weitere Vereinfachung der AG⁴¹ keine Alternative darstellte: Nicht überwindbare Grenzen ergaben sich insoweit aus dem zwingenden Rechtsrahmen des Europäischen Gesellschaftsrechts.⁴²

³⁴ Für eine solche Lösung *N. Rokas*, SEE 2013, 13.

³⁵ Vgl. *Perakis*, ECFR 2022, 339, 349: „The 2012 law-drafting committee had the mission to recast the law of the EPE, ‘bringing it into the 21st century’.“

³⁶ Dazu *Perakis* (Fn. 7), S. 903.

³⁷ Vgl. *Perakis*, ECFR 2022, 339, 349: „However, it was soon realized that the EPE was not repairable.“

³⁸ Vgl. *Sotiropoulos*, EpiskED 2012, 2.

³⁹ Vgl. *Perakis*, ECFR 2022, 339, 349: „massive modification“.

⁴⁰ Dazu *Perakis* (Fn. 7), S. 903, 904: „An immediate application of the new Law to all EPEs was not recommended, because partners of the existing EPEs would be frustrated in their agreements and expectations.“

⁴¹ Zur Vereinfachung des Aktienrechts durch das Gesetz 3604/2007 *Sotiropoulos*, EpiskED 2012, 2.

⁴² Dazu *Perakis* (Fn. 6), S. 2.

Schließlich kann die Wahl einer vollständig neuen Gesellschaftsform statt einer Überarbeitung der EPE auch als Antwort des griechischen Gesetzgebers auf den Wettbewerb zwischen den Rechtsordnungen im Unionsrecht gesehen werden,⁴³ der sich nach den bekannten EuGH-Urteilen zur Niederlassungsfreiheit entfaltet hatte.⁴⁴ Die Reaktionen der kontinentaleuropäischen Gesetzgeber auf den Siegeszug der englischen *limited company* bestanden in der Einführung flexibler Rechtsformvarianten, wie der Unternehmergesellschaft (UG) in Deutschland, oder einer durchgreifenden Reform der bestehenden Rechtsformen, in Frankreich etwa der *société à responsabilité limitée*. In Anbetracht dessen bildet die IKE gleichsam die griechische *limited company*.

4. Die IKE als hybride Gesellschaftsform

Wie bereits erwähnt, ist die IKE eine gänzlich neue Gesellschaftsform.⁴⁵ Anders als die EPE kennt sie kein Gesetzgebungsvorbild aus dem Ausland⁴⁶ und kann auch nicht als Abwandlung der EPE angesehen werden.⁴⁷ Man hat sie daher als ein Produkt griechischen Designs bezeichnet.⁴⁸ Manche ihrer Einzelmerkmale, wie z. B. die Garantie- und die Nichtkapitaleinlage, sind international hochinnovativ. Zudem erlaubt die weitgehende Satzungsfreiheit den Gesellschaftern eine leichtere Anpassung an ihre jeweiligen Bedürfnisse.⁴⁹ Das typische Erkennungsmerkmal der IKE ist die Osmose von Eigenschaften sowohl der Kapitalgesellschaften (keine persönliche Haftung für Gesellschaftsschulden, freie Übertragung von Geschäftsanteilen, Grundsatz der Kapitalmehrheit) wie der Personengesellschaften (Nichtkapitaleinlage, weitreichende Satzungsfreiheit). Demnach kann eine IKE einerseits als reine Kapitalgesellschaft ausgestaltet werden, wenn die Gesellschafter nur Kapitaleinlagen leisten, andererseits intensive personenbezogene Merkmale aufweisen, etwa durch Nichtkapitaleinlagen.⁵⁰ Schließlich ist auch

⁴³ So *Despotidou* (Fn. 6), S. 3.

⁴⁴ Vgl. EuGH 9.3.1999 – C-212/97, Slg. 1999, I-1459.

⁴⁵ Vgl. *Tellis* (Fn. 7), S. 283, 287: „Hierbei geht es um eine neue gesonderte Kapitalgesellschaftsrechtsform, nicht bloß eine GmbH-Variante wie die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) (UG) deutschen Rechts (§ 5a GmbHG).“

⁴⁶ Vgl. *Perakis* (Fn. 7), S. 903: „IKE is not a transplant, but a new company form“.

⁴⁷ Vgl. aber *Gialouris*, EEmpD 2012, 547, wonach die IKE eine Abwandlung der EPE darstellt; siehe auch *N. Rokas*, SEE 2013, 9.

⁴⁸ Vgl. *Perakis* (Fn. 6), S. 4; *Sotiropoulos*, EpiskED 2012; siehe auch *Rokas*, SEE 2013: „[...] ein umfassender Rechtsakt von hoher technischer Qualität, ein ‚Laborprodukt‘, das alle Erkenntnisse der modernen Wissenschaft des Handelsrechts umfasst und beeindruckende ‚detaillierte‘ Regelungen enthält und über einen richtigen und präzisen Wortlaut verfügt“.

⁴⁹ Vgl. *N. Rokas* (Fn. 10), S. 570; ferner *Perakis* (Fn. 7), S. 903, 909: „The second basic feature of IKE [...] is the very large statutory freedom given to the partners to adapt the articles of association to their needs.“; *Perakis*, ECFR 2022, 339, 350: „Indeed, one important feature of the PC is its adaptability to the circumstances, the possibility given to the partners to use many opt-in and opt-out-features and the PC’s ability to resemble other companies or distance itself from them and constitute a stand-alone company, formed an operating *à la carte*.“

⁵⁰ Vgl. *Perakis*, ECFR 2022, 339, 350.

eine Mischung aus kapital- und personenbezogenen Merkmalen denkbar.⁵¹ Aus diesem Grund wird die IKE im Schrifttum als Hybrid⁵² oder als gesetzgeberisches Beispiel für eine Grundtypenvermischung⁵³ bezeichnet.

Zu den Vorteilen der IKE gehören außerdem Einfachheit, Schnelligkeit und niedrige Betriebskosten,⁵⁴ die gerade für kleine und mittlere Unternehmen besonders wichtig sind.⁵⁵ *Evangelos Perakis*, der führende Kopf in der Gesetzgebungskommission, hat die IKE als ein Experiment bezeichnet.⁵⁶ Wegen ihrer hybriden Natur konkurriert sie nicht nur mit der GmbH und der kleinen AG, sondern auch mit den Personenhandelsgesellschaften.⁵⁷

5. Die IKE in Zahlen – Vergleich mit anderen Handelsgesellschaften

Für eine erste Erfolgseinschätzung empfiehlt sich ein Blick auf die Zahlen der Gründungen, Löschungen und Umwandlungen in IKEs und schließlich die Anzahl der IKEs, die sich nicht in Liquidation oder Insolvenz befinden – dies immer im Verhältnis zu den wichtigsten Formen der übrigen Handelsgesellschaften. Aus den Gründungen ergibt sich ohne Weiteres die Präferenz der Unternehmer für die IKE, die 2020 und 2021 ihren Höhepunkt fand. Die Zahl der IKE-Gründungen ist mit Abstand größer, mehr als das Doppelte im Vergleich zu den Gründungen von griechischen OHGs (OE). Dies hat zur Folge, dass die aktiven IKEs in den letzten neun Jahren 59.504 betragen – eine Zahl, welche der Gesamtheit an griechischen AEs und EPEs entspricht. Damit nähert sich die IKE dem Spitzenplatz, den bisher die griechische OHG einnimmt. Zu beachten ist allerdings, dass die Mehrzahl der sehr kleinen und kleinen Unternehmen in der griechischen Wirtschaft Einzelunternehmen sind.⁵⁸ Demgegenüber schrumpfen die Zahlen der EPE, sodass diese in Zukunft praktisch nahezu bedeutungslos werden könnte.⁵⁹

⁵¹ Vgl. *Perakis* (Fn. 7), S. 903, 905 ff.

⁵² So der Titel des Beitrags von *Perakis* (Fn. 7), S. 903: „The New Greek Hybrid: The Private Company (‘IKE’)“.

⁵³ Vgl. *Tellis* (Fn. 7), S. 283, 288: „Man kann daher mit guten Argumenten behaupten, dass die IKE ein extremes gesetzgeberisches Beispiel einer Grundtypenvermischung nach dem vom *H. P. Westermann* geprägten Ausdruck darstellt. Je nach Satzungsausgestaltung kann die IKE als ‚personalistische Kapitalgesellschaft‘ oder als ‚Personengesellschaft m.b.H.‘ angesehen werden.“ Vgl. bereits *N. Rokas*, SEE 2013, 8.

⁵⁴ Vgl. *Perakis*, Das neue Recht der AG (Fn. 29), S. 4; *Tellis* (Fn. 7), S. 282, 287.

⁵⁵ Vgl. *Vervessos*, RISF 2020, n° 2, 18 ff.

⁵⁶ Vgl. *Perakis* (Fn. 6), S. 5; *Perakis* (Fn. 7), S. 903, 913: „The final conclusion is that IKE should be regarded for the moment as an experiment and it is prudent to wait before making any judgment on its success.“

⁵⁷ Vgl. *Perakis* (Fn. 6), S. 7; *Spiridonos*, DEE 2012, 1085.

⁵⁸ Dazu am Beispiel der Familienunternehmen, von denen 45 % Einzelunternehmen sind, *Vervessos*, RISF 2020, n° 2, 18, 21.

⁵⁹ Vgl. *Perakis*, ECFR 2022, 339, 349: „In fact, the EPE is the only company form practically in the red, meaning that it is slowly fading out. If this trend continues, in some years there will be only a few of them left.“

Gründungen

	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
AE	851	830	657	558	619	679	762	845	1.002	994
EPE	1.959	1.192	671	418	403	310	353	384	293	233
IKE	754	2.928	3.780	3.781	4.737	6.722	8.780	10.721	10.754	10.132
OE	4.129	3.340	3.030	2.378	2.643	2.787	3.567	4.198	4.103	3.833
EE	2.155	1.603	1.460	1.191	1.373	1.949	2.644	3.261	3.798	3.901

Löschungen

	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
AE	283	568	806	979	860	779	686	629	623	335
EPE	599	1.114	1.564	1.777	1.734	952	750	802	684	416
IKE	18	138	311	508	800	729	993	1.390	1.499	960
OE	2.997	7.081	7.559	5.400	5.791	3.419	2.865	3.089	2.656	1.519
EE	967	2.263	2.625	1.943	2.125	1.288	1.125	1.265	1.125	598

Formwechsel in die IKE

	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021
	1	139	422	521	742	1.079	651	493	186	137

Handelsgesellschaften, die nicht in Liquidation oder Insolvenz sind

AE	EPE	IKE	OE	EE
38.355	21.909	59.504	73.7920	36.106

6. Kleine und mittlere Unternehmen als Zielgruppen der IKE

Wie sich aus der amtlichen Gesetzesbegründung, aber auch aus den bisherigen Ausführungen ergibt, wird die IKE vorwiegend von kleinen und mittleren Unternehmen gewählt, die das Rückgrat der griechischen Wirtschaft bilden. Eine bevorzugte Behandlung der IKE in einem bestimmten Wirtschaftsbereich ist nicht ersichtlich. Aufgrund der Dreiteilung der Einlagen bietet sie sich aber besonders für Neugründungen an, bei denen die Gesellschafter anstelle von Geld ihre Arbeitsleistung in die Gesellschaft einbringen möchten oder eine Kombination aus Kapitaleinlagen (Projektfinanzierer) und Nichtkapitaleinlagen (Gesellschafter, die das Unternehmen „leiten“) ins Auge fassen. Im Bereich der kleinen und mittleren Unternehmen konkurriert die IKE sowohl mit der GmbH (EPE) als auch mit der kleinen AG (AE) sowie mit OHG (OE) und KG (EE), die das Hauptvehikel für unternehmerische Tätigkeit in Griechenland darstellen.

Als Rechtsträger für größere Unternehmen ist die IKE ebenfalls nicht ausgeschlossen.⁶⁰ Sie stößt hierbei jedoch auf manche Hindernisse. Insbesondere ist ihre Finanzierung durch kapitalmarktrechtliche Wertpapiere nicht möglich; der Zugang zum Kapitalmarkt bleibt ihr verwehrt. Daher bleiben die Banken für sie weiterhin Kreditgeber der letzten Instanz. Aus diesem Grund diskutiert man sowohl in Griechenland als auch im Ausland darüber, wie der Zugang der kleinen und mittleren Unternehmen zu den Finanzmärkten erleichtert werden kann.⁶¹

7. Charakteristische Merkmale der IKE

Die IKE gehört zu den Kapitalgesellschaften, auch wenn die Gesellschafter sie mit ausgeprägten personenbezogenen Merkmalen ausstatten können. Sie verfügt über eigene Rechtspersönlichkeit (Art. 43 Abs. 1)⁶² und Kaufmannseigenschaft nach dem formellen System, d. h. unabhängig davon, ob ihr Zweck in der Führung eines Handelsunternehmens besteht. Allerdings darf sie kein Unternehmen betreiben, das nach dem Gesetz einer anderen Gesellschaftsform vorbehalten ist, wie z. B. Rechtsanwaltsgesellschaften. Unbeschadet der Bestimmungen zu den Garantiebeiträgen, die weiter unten erläutert werden,⁶³ haftet nur die IKE selbst für Gesellschaftsschulden, während eine Haftung der Gesellschafter grundsätzlich ausscheidet. Nicht ausgeschlossen ist allerdings eine persönliche Haftung der Gesellschafter aus übernommenen Bürgschaften oder Garantien oder auf der Grundlage sonstiger Vorschriften.

Die IKE kann schon als Einpersonengesellschaft gegründet oder später zu einer solchen werden. Bei der Ausarbeitung des Gesetzes wurden auch die Bestimmungen der zwölften Gesellschaftsrichtlinie⁶⁴ zur GmbH mit einem einzigen Gesellschafter berücksichtigt, ohne dass man die optionalen Regelungen des Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie übernahm, wie dies bei der griechischen GmbH (EPE) geschehen war.⁶⁵ In Anbetracht dessen ist es möglich, dass der einzige Gesellschafter einer IKE auch der einzige Gesellschafter anderer IKEs ist. Ebenso kann eine IKE mit einem einzigen Gesellschafter der einzige Gesellschafter einer anderen IKE sein.⁶⁶

Die IKE verfügt über eine Kapitalziffer, auch wenn diese im konkreten Fall null beträgt.⁶⁷ Das Gesellschaftsvermögen besteht dann nur aus Garantie- oder

⁶⁰ Vgl. *Rokas*, SEE 2013, 10; *Tellis* (Fn. 7), S. 283, 288: „Omnibus-Gesellschaftsform“.

⁶¹ Vgl. *Vervessos*, RISF 2020, n° 2, 18 ff.; außerdem *Veil*, Kapitalmarktzugang für Wachstumsunternehmen, 2016; *Rolke*, Herausforderungen bei der Finanzierung von kleinen und mittleren Unternehmen, 2019.

⁶² Im Folgenden werden nur die Bestimmungen des Gesetzes 4072/2012 erwähnt.

⁶³ Näher unter IV.4.

⁶⁴ Richtlinie 89/667/EWG, reformiert durch die Richtlinie 2009/1012/EU.

⁶⁵ Vgl. *Perakis* (Fn. 6), S. 9.

⁶⁶ Vgl. *Perakis* (Fn. 6), S. 9.

⁶⁷ Dazu *Perakis*, ECFR 2022, 339, 350: „This should not mean that the PC [= IKE] was no longer a capital company; it would simply mean that its capital might be zero. Zero is a figure,

Nichtkapitaleinlagen. Stets anwendbar bleiben die allgemeinen Grundsätze zum Kapitalschutz, da das Gesetz gleich mehrere Bestimmungen enthält (z. B. Art. 50, 53, 77 Abs. 4, 87, 81 und 100 Abs. 6, 91 Abs. 2, 100 Abs. 2), die denen des Aktienrechts zur Aufbringung und Erhaltung des Garantiekapitals ähneln.⁶⁸ Im Gegensatz zur EPE wird bei der IKE allerdings nicht der Begriff der Gesellschaftsbeteiligung verwendet, sondern der speziellere Begriff des Anteils (Art. 75).

Steuerrechtlich wird die IKE wie eine EPE behandelt (Art. 116 Abs. 11). Es gilt ein einheitlicher Steuersatz von 22% unabhängig von der Höhe der Gewinne für das Einkommen von 2021 gegenüber 24% im Jahr 2020. Die ausgeschütteten Gewinne werden mit 5% besteuert. Besonders wichtig bei der Wahl der IKE ist Folgendes: Die Gesellschafter einer (mehrgliedrigen) IKE müssen nicht sozialversichert sein (§ 9 Art. 116 des Gesetzes 4072/2012 Abs. b‘). Dies unterscheidet sie von den Gesellschaftern einer EPE oder einer Personenhandlungsgesellschaft.

III. Gründung einer IKE

Die Gründung der IKE erfordert die Erstellung einer Satzung, die Einzahlung von Einlagen durch die Gründer und die Einhaltung der Publizitätsvorschriften.⁶⁹

1. Satzung

Im Gegensatz zur Gründung einer AG und GmbH bedarf die Gründung einer IKE grundsätzlich keiner notariellen Beurkundung. Es genügt ein privates Schriftstück, das konstitutiven Charakter hat (Art. 53 Abs. 1a) und die Satzung enthält (Art. 49 Abs. 2 Satz 1). Notwendig wird die notarielle Beurkundung allerdings, sofern eine besondere Rechtsvorschrift dies vorsieht oder ein Grundstück in die Gesellschaft eingebracht wird (Art. 49 Abs. 2). Selbstverständlich können sich die Gründer auch freiwillig für eine notarielle Beurkundung entscheiden.⁷⁰

Was die Gestaltung der Satzung anbelangt, gilt eine weitreichende Satzungs-freiheit. Die Gründer bzw. Gesellschafter können prinzipiell jedwede Vereinbarung treffen, sofern diese nicht gegen zwingende Rechtsvorschriften verstößt (Art. 78 Abs. 2 und 79 Abs. 1 und 2).⁷¹ Die Satzungs-freiheit gilt auch für die Ausgestaltung der Geschäftsführung. Den Parteien steht es daher frei, von der dispositiven Grundregel gemeinsamer Geschäftsführung gemäß Art. 56 abzuweichen. Sie können z. B. auch den Minderheitsgesellschafter zum Geschäfts-

like zero (or indeed negative) temperature or like zero (or negative) equity. Therefore, if the capital is zero and then new parts are issued, the PC does not become a company with a capital; it simply *increases* its capital from zero to another amount.“

⁶⁸ Vgl. *Perakis* (Fn. 6), S. 13 f.

⁶⁹ Vgl. *N. Rokas* (Fn. 10), S. 572.

⁷⁰ Vgl. *Perakis* (Fn. 6), S. 27.

⁷¹ Vgl. *N. Rokas* (Fn. 10), S. 573.

fürher bestellen.⁷² Außerdem sind Satzungsregeln in Bezug auf die Übertragung der Gesellschaftsanteile möglich, etwa *rights-of-first-refusal*-, *drag-along*- oder *tag-along*-Klauseln.⁷³ Schließlich erstreckt sich die Satzungsfreiheit auch auf die Kapitalerhöhung und die Auflösung der Gesellschaft.⁷⁴

Die Satzung einer IKE muss jedoch nach Art. 50 folgende Angaben enthalten: a) Vor- und Nachnamen der Gesellschafter, b) Gesellschaftsname, der entweder aus dem Namen eines oder mehrerer Gründer, aus dem Unternehmensgegenstand oder aus einer Phantasiebezeichnung bestehen kann, wobei die Bezeichnung private Kapitalgesellschaft (*Idiotiki Kefalaouchiki Etairia* oder IKE) hinzuzufügen ist, c) Gesellschaftssitz, der dem satzungsmäßigen Sitz entspricht, d) Unternehmensgegenstand, der nicht rechtswidrig sein darf, e) Wahl der Gesellschaftsform als IKE, f) Einlagen der Gesellschafter nach Art und Wert, g) Gesamtanzahl der Geschäftsanteile, h) anfängliche Anzahl der Geschäftsanteile eines jeden Gesellschafters und die Art des entsprechenden Beitrags, i) Art der Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft und j) Gesellschaftsdauer, die zwölf Jahre beträgt, sofern die Satzung nichts anderes bestimmt.

2. Einlagen – Gesellschaftskapital

Eine weitere Gründungsvoraussetzung ist die Übernahme von Einlagen durch die Gründer. Dabei kann es sich um Kapitaleinlagen, Nichtkapitaleinlagen oder Garantieeinlagen handeln. Auf Einzelheiten ist zurückzukommen.⁷⁵ Hier genügt der Hinweis, dass die Kapitaleinlagen bei der Gesellschaftsgründung vollständig einbezahlt sein müssen (Art. 77 Abs. 4). Anders als bei der griechischen AG gemäß Art. 21 des Gesetzes 4548/2018 ist bei der IKE keine Teilleistung der Kapitaleinlagen möglich. Unabhängig von der Art der Einlagen haben die den Gründern gewährten Geschäftsanteile den gleichen Nennwert.⁷⁶

Die IKE muss als Kapitalgesellschaft über eine Kapitalziffer verfügen, selbst wenn das Kapital null beträgt (Art. 43 Abs. 3).⁷⁷ In einem solchen Fall haben die Gründer nur Garantie- und/oder Nichtkapitaleinlagen übernommen, die nicht Gegenstand einer Zwangsvollstreckung durch die Gesellschaftsgläubiger sein können.

Die vollständige Einzahlung des Kapitals muss innerhalb eines Monats ab Gründung der Gesellschaft vom Geschäftsführer der Gesellschaft bestätigt werden. Wurden die Kapitaleinlagen nicht vollständig geleistet, setzt der Geschäftsführer das Kapital entsprechend herab. Die Geschäftsanteile, die dem nichtgeleisteten Kapital entsprechen, werden eingezogen (Art. 77 Abs. 4).

⁷² Vgl. *Perakis* (Fn. 7), S. 903, 910.

⁷³ Vgl. *Perakis* (Fn. 7), S. 903, 910.

⁷⁴ Vgl. *Perakis* (Fn. 7), S. 903, 911.

⁷⁵ Näher unter IV.

⁷⁶ Vgl. *N. Rokas* (Fn. 10), S. 573.

⁷⁷ Zum null betragenden Kapital einer IKE *Perakis*, DEE 2013, 745.

3. Gründungsverfahren und Publizität

Das Gründungsverfahren wird von den Gründern oder einer hierzu ermächtigten Person bei der sog. zentralen Anlaufstelle (auch One-Stop-Service genannt) nach Maßgabe des Art. 5 des Gesetzes 441/2016⁷⁸ durchgeführt. Wurde die Gründung notariell beurkundet, übernimmt der Notar die entsprechenden Schritte.⁷⁹ Anschließend prüft die zentrale Anlaufstelle die eingereichten Unterlagen am selben oder am Folgetag. Hierbei handelt es sich um eine reine Rechtmäßigkeitsprüfung. Sie soll vermeiden, dass in der Satzung Angaben fehlen, ohne die der Gründungsvertrag unwirksam ist. Mit Eintragung in das Handelsregister (GEMI) ist die Gesellschaft gegründet und erwirbt Rechtspersönlichkeit. Tritt sie im Rechtsverkehr in Erscheinung, ohne im Handelsregister eingetragen zu sein, finden die Vorschriften zur OHG Anwendung, sofern sie eine Handelstätigkeit ausübt. Andernfalls gelten die Vorschriften zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

4. Nichtigkeit der Gesellschaft

Eine im Handelsregister eingetragene IKE kann nur aus folgenden Gründen durch gerichtliche Entscheidung für nichtig erklärt werden: (1) wenn die Satzung nicht schriftlich erstellt wurde; (2) wenn in der Satzung der Gesellschaftsname, der Zweck und die Höhe des Kapitals nicht erwähnt werden; (3) wenn der satzungsmäßige Zweck rechtswidrig ist oder gegen die öffentliche Ordnung verstößt; und (4) wenn der einzige Gründer oder alle Gründer geschäftsunfähig sind. Der Antrag auf Feststellung der Nichtigkeit ist innerhalb eines Jahres ab Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister zu stellen. Mit Ablauf der Frist gilt die Nichtigkeit als behoben, außer wenn der Gesellschaftszweck rechtswidrig ist oder gegen die öffentliche Ordnung verstößt. In diesem Fall unterliegt der Antrag für die Nichtigkeitsfeststellung keiner zeitlichen Begrenzung. Es besteht jedoch die Möglichkeit, den Mangel mittels Satzungsänderung bis zur Verhandlung über den Antrag zu beheben. Die Entscheidung, mit der die Nichtigkeit der Gesellschaft festgestellt wird, ist in das Handelsregister einzutragen und kann somit gegenüber Dritten geltend gemacht werden.

5. Gesellschaft in Gründung

Wie bei der griechischen AG und GmbH haften auch bei der IKE die Gründer für alle Rechtsgeschäfte, die sie vor Gründung im Namen der Gesellschaft getätigt haben, unbeschränkt und gesamtschuldnerisch.⁸⁰ Übernimmt die IKE aller-

⁷⁸ Insbesondere stellen sie gemäß Art. 5 Abs. 1 des Gesetzes 4441/2016 einen unterschriebenen Ermächtigungsantrag bei der zentralen Anlaufstelle für die Vornahme aller notwendigen Handlungen, reichen die unterschriebene Gesellschaftssatzung ein und bezahlen die einheitlichen Kosten für die Gesellschaftsgründung.

⁷⁹ Vgl. *N. Rokas* (Fn. 10), S. 574.

⁸⁰ Vgl. *N. Rokas* (Fn. 10), S. 574.

dings innerhalb von drei Monaten ab ihrer Gründung die entsprechenden Verpflichtungen, dann haftet sie hierfür selbst.

IV. Die Einlagen in der IKE

Die wichtigste Neuerung, „the most salient feature“⁸¹, das „gesellschaftsrechtliche Novum“⁸² der IKE ist die dreigliedrige Unterteilung der Einlagen in Kapitaleinlagen, Nichtkapitaleinlagen und Garantieeinlagen. Sie soll es Gründungswilligen erleichtern, auch dann eine Gesellschaft zu formen, wenn sie nicht über die erforderlichen Geldmittel verfügen: „To that extent, IKE could be considered as a ‘product’ of the economic crisis.“⁸³

1. Kapitaleinlagen

Kapitaleinlagen können wie im Aktienrecht Bar- oder Sacheinlagen sein. Sie bilden in ihrer Gesamtheit das Gesellschaftskapital. Obwohl der Wortlaut des Art. 77 auf die Gleichwertigkeit von Bar- und Sacheinlage hindeutet, ist anzunehmen, dass die Bareinlage die Regel und die Sacheinlage die Ausnahme darstellt.⁸⁴ In Bezug auf Sacheinlagen verweist Art. 22 Abs. 2 ausdrücklich auf das griechische Aktienrecht. Dort sind Sacheinlagen gemäß Art. 17 und 18 des Gesetzes 4548/2018 nur gestattet, wenn die einzubringende Sache einen Vermögenswert hat, deren wirtschaftlicher Wert feststellbar ist. Dies ist bei der Einbringung von Vermögenswerten der Fall, die in der Bilanz als Aktiva aufgeführt werden können.⁸⁵ Eine Bewertung der Sacheinlage ist in der IKE nicht erforderlich, sofern der Einlagenwert gemäß Satzung oder Kapitalerhöhungsbeschluss einen Betrag von 5.000 Euro nicht überschreitet.

2. Nichtkapitaleinlagen

Nichtkapitaleinlagen bilden einen wesentlichen Unterschied der IKE gegenüber AG und GmbH.⁸⁶ Als ein Beispiel nennt Art. 78 Abs. 1 die Erbringung von Arbeits- oder Dienstleistungen, wie sie nach Art. 742 griech. ZGB auch Beiträge in einer Personengesellschaft sein können. Nach herrschender Lehre kommen

⁸¹ *Perakis* (Fn. 7), S. 903, 909.

⁸² *Tellis* (Fn. 7), S. 283, 287.

⁸³ *Perakis* (Fn. 7), 903, 909.

⁸⁴ So *Vervessos*, in: *DikAE*, Art. 9 Rn. 2. Anders *Sotiropoulos*, in: *Sotiropoulos*, *DAE*, Art. 17 Rn. 3.

⁸⁵ Vgl. zum Recht der AG *Tsikouris*, in: *DikAE*, Art. 9 Rn. 17 m. w. N.

⁸⁶ Vgl. Art. 17 Abs. 2 des Gesetzes Nr. 4548/2018 und 5 Abs. 1 des kodifizierten Gesetzes Nr. 3190/1955. Vgl. des Weiteren *Vervessos* (Fn. 84), Art. 8 Rn. 24; *N. Rokas* (Fn. 10), S. 521.

daneben noch weitere Nichtkapitaleinlagen in Betracht,⁸⁷ was in Teilen der Literatur allerdings bezweifelt wird.⁸⁸

Der Wert der Nichtkapitaleinlage ist in der Satzung festzulegen. Zur Bewertung selbst enthält Art. 78 Abs. 2 – anders als Art. 77 Abs. 2 für Sacheinlagen – keine eigene Regelung. Sie steht daher im Ermessen der Gesellschafter.⁸⁹ Eine Schätzung durch einen unabhängigen Dritten wie im griechischen Aktienrecht ist nicht zwingend, andererseits aber auch nicht verboten.⁹⁰ In der Satzung muss diese Art der Einlage nach Art und Zeit konkretisiert werden,⁹¹ d. h. es ist anzugeben, ob es sich um eine befristete oder unbefristete Arbeits- oder Dienstleistung handelt.⁹² Eine besondere Behandlung ist notwendig, wenn die Übernahme von Nichtkapitaleinlagen die Umgehung arbeitsrechtlicher Vorschriften bezweckt. Dann sind auf den Gesellschafter, der eine Nichtkapitaleinlage übernommen hat, die Schutzvorschriften des Arbeitsrechts anzuwenden.⁹³

Bei Leistungsstörungen kann die Gesellschaft entweder auf Erfüllung oder auf Einziehung der betreffenden Geschäftsanteile klagen. Auch Schadensersatzansprüche sind nicht ausgeschlossen.⁹⁴ Tritt ein Gesellschafter aus der IKE aus oder wird er ausgeschlossen, ohne dass er seine Nichtkapitaleinlage vollständig geleistet hat, muss er den noch ausstehenden Teil an die Gesellschaft leisten.⁹⁵ Die Differenz berechnet sich anhand der Bewertung der Nichtkapitaleinlage in der Satzung.⁹⁶

3. Garantieeinlagen

Die wichtigste Innovation im Recht der IKE ist die Schaffung der Garantieeinlage. Sie ist von der Wissenschaft positiv aufgenommen worden⁹⁷ und besticht rechtsvergleichend wie sachlich durch große Originalität.⁹⁸ Die Garantieeinlage bringt einen Haftungsmodus hervor, der zwar der Haftung eines Komplementärs ähnelt, von ihr jedoch durch eine satzungsimmanente Beschränkung abweicht.

⁸⁷ Vgl. *Perakis* (Fn. 6), S. 60 f.; *Perakis* (Fn. 7), S. 903, 908; *Linaritis*, SEE 2013, 59; *Kourakis*, SEE 2013, 397 f.

⁸⁸ Vgl. *Sotiropoulos*, EpiskED 2012, 10, der den Begriff der Arbeitseinlage für vorzugswürdig gehalten hätte.

⁸⁹ Vgl. *Sotiropoulos*, EpiskED 2012, 10.

⁹⁰ Vgl. *Perakis* (Fn. 7), S. 903, 908.

⁹¹ So auch bei der Personengesellschaft, bei der die Erbringung von Arbeitsleistungen ausdrücklich gestattet ist, *Giovanopoulos*, SEAK, 742 Rn. 12.

⁹² Vgl. *Sotiropoulos*, EpiskED 2012, 10.

⁹³ Vgl. *Psaroudakis*, EpiskED 2014, 251.

⁹⁴ Vgl. *Linaritis*, SEE 2013, 60 f.

⁹⁵ Vgl. *Linaritis*, SEE 2013, 61; *Perakis* (Fn. 7), S. 903, 908.

⁹⁶ Vgl. *Sotiropoulos*, EpiskED 2012, 10.

⁹⁷ Vgl. *Sotiropoulos*, EpiskED 2012, 10; *Linaritis*, SEE 2013, 61; *Psaroudakis*, EpiskED 2014, 25.

⁹⁸ Ausführlich dazu *Linaritis*, SEE 2013, 61 ff., der auf Ähnlichkeiten zwischen der Garantieeinlage und der *limited company by guarantee* (Companies Act 2006, Act. 5) hinweist.

Außerdem unterscheidet sich die Garantieeinlage auch von einer traditionellen dinglichen Sicherheit in Form einer Hypothek oder eines Pfandrechts.⁹⁹ Unter Finanzierungsgesichtspunkten ist darauf hinzuweisen, dass mit der Übernahme einer Garantieeinlage kein frisches Geld in die Gesellschaftskasse fließt, sondern der Gesellschaft (nur) das Gesamtvermögen des Gesellschafters zur Verfügung gestellt wird („capital d’engagement“¹⁰⁰). Auf diese Weise steigt die Kreditwürdigkeit der Gesellschaft („contribution of creditworthiness“¹⁰¹), wobei allerdings stets die Gefahr besteht, dass sie später wieder sinkt.

Mit der Garantieeinlage übernimmt der Gesellschafter gegenüber Dritten eine summenmäßig begrenzte Haftung für Gesellschaftsschulden. Im Einzelnen erklärt er, sich bestmöglich darum zu bemühen, jederzeit in der Lage zu sein, die Schulden der Gesellschaft bis zu der satzungsmäßigen Höchstsumme zu begleichen. Der Inhalt einer solchen Erklärung unterscheidet sich von den bekannten Patronatserklärungen der Muttergesellschaft zur finanziellen Unterstützung einer Tochtergesellschaft,¹⁰² bei der die Finanzhilfe intern an die Tochtergesellschaft fließt und nicht unmittelbar an deren Gläubiger wie bei der Garantieeinlage.¹⁰³ Zudem stellt die Garantieeinlage keine Bürgschaft im Sinne von Art. 847 griech. ZGB dar, denn es wird kein Vertrag mit einem bestimmten Gläubiger der Gesellschaft geschlossen. Außerdem handelt es sich auch nicht um eine Zusatzvereinbarung wie bei der Bürgschaft.¹⁰⁴ Im Gegenteil: Der eine Garantieeinlage übernehmende Gesellschafter haftet gegenüber allen Gläubigern persönlich, unmittelbar, primär und gesamtschuldnerisch¹⁰⁵ für Schulden der Gesellschaft, d. h. strukturell wie ein Komplementär, aber mit einer summenmäßigen Haftungsbeschränkung. Aus dieser Beschränkung lässt sich darauf schließen, dass ein IKE-Gesellschafter kein Kaufmann ist.¹⁰⁶

Die Haftung des eine Garantieeinlage übernehmenden Gesellschafters bezieht sich immer auf Geldschulden der Gesellschaft oder Schulden, die in Geldschulden umgewandelt wurden, keinesfalls jedoch auf nichtfinanzielle Verbindlichkeiten.¹⁰⁷ Innerhalb dieses Rahmens können sich die Gesellschaftsgläubiger direkt an ihn wenden. Sie müssen also nicht zuerst die Gesellschaft in Anspruch nehmen oder erfolglose Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen diese ergreifen.¹⁰⁸ Andererseits kann der Gesellschafter gegenüber dem Gläubiger auch Einreden der Gesellschaft vorbringen.¹⁰⁹ Hierzu gehört allerdings nicht die Einrede der Auf-

⁹⁹ Dies stellt nach *Psaroudakis*, EpiskED 2014, 25 ein juristisches Novum dar.

¹⁰⁰ Vgl. *Psaroudakis*, EpiskED 2012, 23.

¹⁰¹ *Perakis*, ECFR 2022, 339, 350.

¹⁰² Vgl. *Vervessos*, EpiskED 2006, 19 ff.

¹⁰³ Vgl. *Perakis* (Fn. 7), S. 903, 908.

¹⁰⁴ Vgl. *Perakis* (Fn. 7), S. 903, 908.

¹⁰⁵ Zu diesen Haftungsmodalitäten *Psaroudakis*, EpiskED 2014, 24.

¹⁰⁶ Vgl. *Psaroudakis*, EpiskED 2012, 37 ff., *Perakis* (Fn. 6), S. 66.

¹⁰⁷ Vgl. *Perakis* (Fn. 6), S. 66; *Psaroudakis*, EpiskED 2012, 25.

¹⁰⁸ Vgl. *Perakis* (Fn. 6), S. 67.

¹⁰⁹ Vgl. Art. 79 Abs. 3 Satz 3 Gesetz 4072/2012.

rechenbarkeit, da die Berufung auf diese Einrede allein dem Geschäftsführer der Gesellschaft zusteht.¹¹⁰ Gibt es mehrere Gesellschafter, die eine Garantieeinlage übernommen haben, so haften sie als Gesamtschuldner.¹¹¹ Darüber hinaus wird angenommen, dass sich die Rechtskraft von Entscheidungen gegen die IKE auch auf den Gesellschafter erstreckt. Dies gilt jedoch nicht für Art. 920 griech. ZPO. Folglich kann der Gläubiger aus einem Titel, den er gegen die Gesellschaft erwirkt hat, nicht die Vollstreckung gegen den Gesellschafter betreiben, sondern muss gegen diesen einen eigenen Titel erwirken.¹¹² Hinsichtlich der Gesellschaftsgläubiger ist der Gesellschafter nicht zur gleichmäßigen Befriedigung verpflichtet, es sei denn, Treu und Glauben gebieten dies ausnahmsweise.¹¹³ Im Fall der Insolvenz des Gesellschafters mit der Garantieeinlage kann jeder Gesellschaftsgläubiger seine Forderung zur Insolvenztabelle anmelden. Der Betrag, der insgesamt an die Gläubiger der Gesellschaft verteilt wird, kann den in der Satzung vorgesehenen Haftungsumfang nicht überschreiten. Begleicht der Gesellschafter mit der Garantieeinlage Schulden der Gesellschaft, stehen ihm keine Regressansprüche gegen die Gesellschaft oder seine Mitgesellschafter zu, da er nichts weiter tut, als eine seiner satzungsmäßigen Pflichten zu erfüllen, nämlich seine Einlage zu leisten.¹¹⁴ Nach vollständiger Leistung kann er die Geschäftsanteile frei übertragen, zumal das Übertragungshindernis nach Art. 83 Abs. 2 entfällt.¹¹⁵

Die Bewertung der Garantieeinlage erfolgt ebenso wie bei der Nichtkapitaleinlage in der Satzung durch die Gründer oder im Fall der Kapitalerhöhung durch die Gesellschafter. Anders als bei Nichtkapitaleinlagen wird allerdings insoweit eine Grenze für die Bewertung gezogen, als der Wert des Beitrags 75 % der übernommenen Haftung nicht überschreiten darf. Beträgt also die Garantieeinlage 80.000 Euro, kann die Bewertung 60.000 Euro nicht überschreiten, jedoch kann sie unter 60.000 Euro liegen.¹¹⁶ Die Ratio dieser Begrenzung liegt darin, dass eine mögliche Zahlungspflicht nicht mit dem gleichen Wert beurteilt werden kann wie die tatsächliche und unmittelbare Leistung einer Kapitaleinlage.¹¹⁷ Würde sie mit ihrem Nennwert bewertet werden, würde dies eine Bevorzugung des Gesellschafters bedeuten, der die Garantieeinlage übernommen hat. Die Einlagebewertung ist endgültig und unabhängig von einer später möglicherweise eintretenden (positiven oder negativen) Veränderung der Zahlungsfähigkeit des Gesellschafters. Dies bedeutet selbstverständlich nicht, dass die Gesellschafter sich später durch einstimmigen Beschluss oder bei Zustimmung des Gesellschafters

¹¹⁰ Vgl. *Sotiropoulos*, EpiskED 2012, 10.

¹¹¹ Vgl. Art. 79 Abs. 3 Satz 4 Gesetz 4072/2012.

¹¹² Vgl. *Psaroudakis*, EpiskED 2012, 27.

¹¹³ Vgl. *Perakis* (Fn. 6), S. 67; *Psaroudakis*, EpiskED 2012, 32f.; *Linaritis*, SEE 2013, 66.

¹¹⁴ Vgl. *Sotiropoulos*, EpiskED 2012, 11.

¹¹⁵ Vgl. *Psaroudakis*, EpiskED 2012, 30; *Antonopoulos* (Fn. 6), Art. 83 Rn. 2; *Despotidou* (Fn. 6), S. 53.

¹¹⁶ Beispiel von *Perakis* (Fn. 6), S. 68.

¹¹⁷ Vgl. *Perakis* (Fn. 6), S. 66; *Sotiropoulos*, EpiskED 2012, 11.

mit der Garantieeinlage (Art. 94 Abs. 1 Satz 2) nicht dazu entscheiden können, die Bewertung der Garantieeinlage zu ändern.¹¹⁸

Werden Geschäftsanteile aufgrund des Austritts oder Ausschlusses des Gesellschafters mit der Garantieeinlage aufgehoben, so ist dieser bei nicht vollständiger Einzahlung Dritten gegenüber weiterhin für die Zahlung der Schulden der Gesellschaft haftbar, sofern diese nach Eintragung dieser Ereignisse entstanden sind, und zwar für einen Zeitraum von drei Jahren ab der erwähnten Eintragung. Nach einer Änderung der Garantieeinlagen ist der Geschäftsführer verpflichtet, eine aktualisierte Aufstellung beim Handelsregister (GEMI) einzureichen. Diese Aufstellung wird auch auf der Website der Gesellschaft veröffentlicht.

4. Einlösung von Garantie- und Nichtkapitaleinlagen

Vom Verbot der Einlagenrückgewähr zu unterscheiden ist nach Art. 81 die Möglichkeit der Umwandlung von Garantie- oder Nichtkapitaleinlagen in Kapitaleinlagen. Auf diese Weise kann der Gesellschafter, der eine Nichtkapitaleinlage geleistet hat, durch Zahlung des satzungsmäßig festgelegten Werts seines Beitrags zu einem Gesellschafter mit Kapitaleinlage werden. Gleiches kann der Gesellschafter tun, der eine Garantieeinlage übernommen hat, indem er den Gesamtbetrag seiner Haftung bezahlt, nicht nur 75 %. Hat ein Gesellschafter mit einer Nichtkapitaleinlage Leistungen an die IKE erbracht oder hat der Gesellschafter mit einer Garantieeinlage die von ihm übernommene Garantiehaftung teilweise erfüllt, legt die Gesellschaft die zu zahlende Einlage fest. Da für Kapitaleinlagen neue Geschäftsanteile ausgegeben werden, stellt die Einlösung in Wahrheit eine Kapitalerhöhung um den Betrag dar, den die Gesellschafter für die Einlösung ihrer Geschäftsanteile leisten. Bei dieser Kapitalerhöhung besteht kein Bezugsrecht zugunsten der Gesellschafter mit Kapitaleinlage. Bei Uneinigkeit in Bezug auf die genaue Höhe des Einlösungsbetrags können sich die Betroffenen gemäß Art. 371 griech. ZGB an das Gericht wenden. Für das Einlösungs- oder Umwandlungsrecht gelten jedoch bestimmte Beschränkungen: *Erstens* kann es in Bezug auf eine Garantieeinlage nicht ausgeübt werden, wenn der Gesellschafter mit Garantieeinlage von einem Gesellschaftsgläubiger auf Zahlung von Gesellschaftsschulden in Anspruch genommen wird. *Zweitens* ist die Einlösung für einen bestimmten Zeitraum ab Übernahme der Garantieeinlage verboten, sofern die Satzung dies vorsieht. *Drittens* darf das Einlösungsrecht der Gesellschafter in Bezug auf den sonstigen Beitrag und die Garantieeinlage nicht rechtsmissbräuchlich ausgeübt werden (vgl. Art. 281 griech. ZGB).

5. Bilanzierung von Garantie- und Nichtkapitaleinlagen

Eine besonders interessante Frage betrifft die Bilanzierung von Garantie- und Nichtkapitaleinlagen. Deren satzungsmäßiger Wert ist gemäß Art. 80 Satz 2¹¹⁹ in

¹¹⁸ Vgl. Perakis (Fn. 6), S. 68.

¹¹⁹ Art. 80 gilt nunmehr nicht gemäß Art. 38 Abs. 3 des Gesetzes 4308/2014.

Eigenkapitalkonten zu verbuchten. Folglich werden diese Einlagen in der Bilanz ebenso behandelt wie die Kapitaleinlagen, aus denen sich das Stammkapital zusammensetzt, und erscheinen in der Bilanz als Passiva unter dem Posten Eigenkapital.

Diese Art der Bilanzierung von Nichtkapitaleinlagen und Garantieeinlagen erfordert eine Befreiung von traditionellen Begriffen des Gesellschafts- und Rechnungslegungsrechts und insbesondere von dem Begriff des Kapitals, der aber in Bezug auf die Kapitaleinlagen selbstverständlich fortbesteht.¹²⁰ Die Begründung hierfür liegt darin, dass es bei der IKE außer dem Begriff des Kapitals einen aus rechtlicher und buchhalterischer Sicht weitergehenden Begriff gibt, der als „Einlagesumme“ bezeichnet wird und in der Bilanz auszuweisen ist.¹²¹ Denn diese Einlagen werden in der Satzung bewertet und dann in die Gesellschaft eingebracht. Diese wiederum gibt nicht nur Geschäftsanteile an die Gesellschafter aus, sondern erwirbt Vermögenswerte, die in der Bilanz wiedergegeben werden müssen, und zwar nicht nur als Passiva unter Eigenkapital, sondern auch als Aktiva.

V. Gesellschaftsorgane der IKE

1. Einführung

Bei der IKE gibt es zwei zwingende Organe: die Gesellschafterversammlung und die Geschäftsführer.¹²² Wie bereits erwähnt, hat der Gesetzgeber die IKE grundsätzlich als Kapitalgesellschaft ausgestaltet (Art. 116 Abs. 2), indem er ihr eine obligatorische Organisationsstruktur als Kapitalgesellschaft vorgibt.¹²³ Folglich gilt auch für die IKE der Grundsatz der Gewaltenteilung, der ihren Organen jeweils bestimmte Zuständigkeiten zuweist. Die Gesellschafter sind grundsätzlich nicht befugt, die Verwaltung der Gesellschaft an ein anderes Organ zu übertragen. Nur der Geschäftsführer kann, sofern die Satzung dies vorsieht, die Ausübung bestimmter Gesellschaftsbefugnisse an Gesellschafter oder Dritte delegieren (Art. 64 Abs. 3).

Weiterhin verfügen die Gesellschafter (die Gesellschafterversammlung) über die allgemeine Zuständigkeit für Gesellschaftsangelegenheiten.¹²⁴ Somit besteht

¹²⁰ Vgl. *Sotiropoulos*, EpiskED 2012, 12.

¹²¹ Vgl. *Sotiropoulos*, EpiskED 2012, 12.

¹²² Mit anderer Terminologie *Papadimopoulos*, RIW 2014, 350, der zwischen der Gesamtheit der Gesellschafter und den Geschäftsführern unterscheidet; vgl. auch *Perakis* (Fn. 6), S. 47; *Kotsiris*, Greek Law on Partnerships and Corporations, 2013, S. 261. Allerdings erwähnt Art. 73 § 1, dass die Entscheidungen der Gesellschafter in einer Versammlung getroffen werden; siehe auch *N. Rokas* (Fn. 10), S. 577.

¹²³ Vgl. *Mastrokostas*, SEE 2013, 95.

¹²⁴ Vgl. Art. 58 Abs. 1 Gesetz 4072/2012: „Die Gesellschafter entscheiden über alle Gesellschaftsangelegenheiten.“ Vgl. auch *Mastrokostas*, SEE 2013, 99.

ein System mit konkurrierenden Zuständigkeiten der Gesellschaftsorgane,¹²⁵ zumal die Gesellschafter auf die Befugnisse des Geschäftsführers einwirken können. So können sie dessen gesetzliche Befugnisse durch Beschluss einschränken oder ihm die Befugnis zur alleinigen Entscheidung oder zur Entscheidung ohne Vorabgenehmigung der Gesellschafter für eine bestimmte Angelegenheit entziehen.¹²⁶ Unzulässig ist jedoch ein dauerhaftes Hineinregieren in das Tagesgeschäft, weil die Verwaltung dann letztlich in den Händen der Gesellschafter läge, die aber gerade keine Geschäftsführer sind.¹²⁷

2. Die Gesellschafterversammlung

a) Zuständigkeit

Die Gesellschafter sind grundsätzlich für alle Gesellschaftsangelegenheiten zuständig. Sie treffen ihre Entscheidungen im Rahmen einer Gesellschafterversammlung, die kein ständiges Organ ist. Sie muss mindestens einmal im Jahr innerhalb von vier Monaten ab Ende des Geschäftsjahres zur Genehmigung der Jahresabschlüsse einberufen werden. Außerdem ist sie einzuberufen, wenn ein Beschluss zu einer Angelegenheit oder zu den in Art. 68 Abs. 2 ausdrücklich vorgesehenen Angelegenheiten der ausschließlichen Zuständigkeit der Gesellschafter gefasst werden muss. Die Angelegenheiten der ausschließlichen Zuständigkeit der Gesellschafter sind grundsätzlich dieselben wie bei Kapitalgesellschaften, etwa Satzungsänderungen, Bestellung und Widerruf der Bestellung eines Geschäftsführers, Ausschluss eines Gesellschafters, Auflösung der Gesellschaft oder Verlängerung der Gesellschaftsdauer, Unternehmensumwandlungen.¹²⁸ Auch im Recht der IKE gilt der allgemeine Grundsatz, wonach Änderungen der Gesellschaftsstruktur dem obersten Gesellschaftsorgan obliegen, während das Tagesgeschäft vom Verwaltungsorgan wahrgenommen wird.¹²⁹ Ein Novum stellt in dieser Hinsicht allerdings Art. 68 Abs. 3 dar. Danach kann die Befugnis zu Satzungsänderungen durch einstimmigen Gesellschafterbeschluss auf die Geschäftsführer übertragen werden, sofern ihnen diese Befugnis nicht bereits in der Ursprungssatzung eingeräumt wurde. Der praktische und theoretische Nutzen dieser Bestimmung liegt darin, dass das Gesetz diese Möglichkeit grundsätzlich nicht nur auf Kapitalerhöhungen beschränkt, wie dies im griechischen Aktienrecht der Fall ist (Art. 24 Abs. 1 Gesetz 4548/2018).¹³⁰ Allerdings muss sich die Übertragung immer auf bestimmte Änderungen beziehen, sei es die Änderung oder Aufhebung einer Satzungsbestimmung oder die Hinzufügung einer neuen Bestimmung. Darüber hinaus kann eine solche Befugnis nicht länger als für drei Jahre einge-

¹²⁵ Vgl. *Mastrokostas*, SEE 2013, 98.

¹²⁶ Vgl. *Mastrokostas*, SEE 2013, 99.

¹²⁷ Vgl. *Mastrokostas*, SEE 2013, 109, nach dem die Gesellschafter in diesem Fall *de facto* Geschäftsführer werden.

¹²⁸ Vgl. *Sotiropoulos*, EpiskED 2012, 6.

¹²⁹ Vgl. dazu mit rechtsvergleichenden Hinweisen *Vervessos*, RHDE 2008, 356.

¹³⁰ Vgl. *Sotiropoulos*, EpiskED 2012, 6.

räumt werden.¹³¹ Selbstverständlich können keine Bestimmungen aufgehoben werden, die zum zwingenden Mindestinhalt der Satzung gehören. Ebenso wenig können Bestimmungen derart abgeändert werden, dass sie rechtswidrig werden, wie z. B. durch Übertragung der Befugnis zur Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern an Personen, die keine Gesellschafter sind.¹³²

b) Teilnahme an der Versammlung und Beschlussfassung

An der Gesellschafterversammlung nehmen alle Gesellschafter entweder persönlich oder durch einen Vertreter teil. Sie sind berechtigt, dort das Wort zu ergreifen und abzustimmen (Art. 72). Die Gesellschafterbeschlüsse werden in der Regel in einer Versammlung gefasst. Jedoch besteht auch die Möglichkeit, Beschlüsse schriftlich im Umlaufverfahren zu fassen, sofern die Beschlüsse einstimmig gefasst werden oder sich die Gesellschafter damit einverstanden erklären, dass ein Mehrheitsbeschluss durch Niederschrift gefasst wird. Im letzteren Fall wird das Protokoll unter Nennung der Minderheitsstimmen von allen unterschrieben.¹³³ Die Unterschriften der Gesellschafter können durch Austausch von E-Mails oder sonstige Mittel ersetzt werden, sofern die Satzung dies vorsieht (Art. 73).

Die Versammlung fasst ihre Beschlüsse grundsätzlich mit der absoluten Mehrheit der Geschäftsanteile. In den Fällen des Art. 68 Abs. 2 ist allerdings eine qualifizierte Mehrheit von 2/3 aller Geschäftsanteile erforderlich (Art. 72 § 5). Jeder Geschäftsanteil berechtigt zu einer Stimme. Jedoch kann die Satzung für bestimmte Beschlüsse eine maximale Stimmenzahl für jeden Gesellschafter vorsehen (Art. 72 § 2). Auch kann sie vorschreiben, dass Beschlüsse mit doppelter Mehrheit der Gesellschafter oder der Geschäftsanteile gefasst werden – nach dem Vorbild des griechischen GmbH-Rechts, wo dies die Regel für die Fassung von Gesellschafterbeschlüssen ist (Art. 13 Gesetz 3190/1955).¹³⁴ Darüber hinaus können die Mehrheitsquoten für alle oder bestimmte Beschlüsse in der Satzung erhöht werden (Art. 72). Außerdem kann vorgesehen werden, dass nur für bestimmte Beschlüsse Einstimmigkeit erforderlich ist. Dies kann jedoch nicht für sämtliche Beschlüsse gelten, denn dann könnten Beschlussfassung und Betrieb der Gesellschaft übermäßig behindert werden.

3. Geschäftsführer

a) Allgemeines

Die IKE wird von einem oder mehreren Geschäftsführern geführt und vertreten. Im Einklang mit der hybriden Natur der Gesellschaft ist das Verwaltungsmodell

¹³¹ Vgl. *Antonopoulos* (Fn. 6), Art. 68 Rn. 3 f.

¹³² Vgl. *Antonopoulos* (Fn. 6), Art. 68 Rn. 3 f.

¹³³ Vgl. *N. Rokas* (Fn. 10), S. 578; *Sotiropoulos*, EpiskED 2012, 7.

¹³⁴ Vgl. *Perakis* (Fn. 7), S. 903, 910, der die Nützlichkeit einer solchen Vorschrift anzweifelt und die Einführung dieser Bestimmung in das Recht der griechischen GmbH eher für verfehlt hält.

der IKE an das der griechischen GmbH und der Personengesellschaften angelehnt, während die Stellung der Geschäftsführer an jene der Vorstandsmitglieder einer griechischen AG erinnert.¹³⁵ Das Gesetz zur IKE versucht, die Geschäftsführung und den Betrieb der Gesellschaft einfacher und flexibler zu gestalten. Dies ist sowohl durch die intensiven personenbezogenen Merkmale, die der Gesellschaft zumindest im Außenverhältnis innewohnen, als auch durch die Schwierigkeit bei der Beschaffung von Finanzierungen und Investoren sowie die verhältnismäßig beschränkte wirtschaftliche Reichweite der IKE gerechtfertigt.¹³⁶ Zudem gilt bei der IKE als Kapitalgesellschaft nicht der Grundsatz der Selbstorganschaft, sodass auch ein Dritter, der kein Gesellschafter ist, als Geschäftsführer bestellt werden kann (Drittorganschaft). In dieser Hinsicht bietet das überarbeitete Recht der griechischen AG in Bezug auf den Vorstand eine wichtige Auslegungshilfe bei der Lösung von Interpretationsfragen rund um die Geschäftsführung einer IKE.¹³⁷

b) Bestellung und Abberufung

Geschäftsführungs- und Vertretungshandlungen werden von den Geschäftsführern vorgenommen. Geschäftsführer kann nur eine natürliche Person sein. Ist ein Gesellschafter eine juristische Person, so muss diese eine natürliche Person bestimmen, die in ihrem Namen die Aufgaben des Geschäftsführers wahrnimmt (Art. 58). Hierbei handelt es sich nicht um die Bestellung eines Beauftragten, sondern um die eines Verwaltungsorgans.¹³⁸ Somit wird dieser Fall mit dem in Art. 60 des Gesetzes gleichgesetzt, wonach die Ursprungssatzung bei einer satzungsmäßigen Geschäftsführung durch mehrere Geschäftsführer vorsehen kann, dass einer oder mehrere bestimmte Gesellschafter durch gemeinsame Erklärung einen oder mehrere Geschäftsführer bestellen (und abberufen) können. Ist dieses Recht nicht in der Ursprungssatzung vorgesehen, erfordert eine Satzungsänderung einen einstimmigen Gesellschafterbeschluss (Art. 60 Abs. 2).¹³⁹ Nach herr-

¹³⁵ Vgl. *Sotiropoulos*, EpiskED 2012, 4.

¹³⁶ Vgl. *Antonopoulos* (Fn. 6), Art. 55 Rn. 1.

¹³⁷ Vgl. *Sotiropoulos*, EpiskED 2012, 5.

¹³⁸ Dass im Gesetz die Parallelhaftung der juristischen Person erwähnt wird, kann nur als Haftung aufgrund der Wahl der natürlichen Person, die von ihr als Geschäftsführer bestellt wurde, verstanden werden, da eine Einmischung der juristischen Person in die Geschäftsführung ausgeschlossen ist.

¹³⁹ Diese Vorschrift entspricht Art. 79 des Gesetzes 4548/2018 (ex-Art. 18 Abs. 3) zur Direktbestellung von Vorstandsmitgliedern, ohne dass jedoch in Bezug auf die IKE eine entsprechende zahlenmäßige Beschränkung in Bezug auf die Geschäftsführer, die von den hierzu berechtigten Gesellschaftern bestellt werden können, besteht. Andererseits wird die Ansicht vertreten, dass sie nicht die Mehrheit der Geschäftsführer bestellen können, da dies einen unerlaubten Entzug der Befugnisse des obersten Organs, der Gesellschafterversammlung, bedeuten würde. Durch die Einräumung eines solchen Rechts wird in erster Linie bezweckt, bedeutende Investoren anzuziehen. Vgl. *Antonopoulos* (Fn. 6), Art. 60 Rn. 2; *Sotiropoulos*, EpiskED 2012, 5. Zur Funktion dieses Rechts in der griechischen AG *Vervessos*, in: *Sotiropoulos*, DAE, Art. 79 Rn. 1 ff.

schender Lehre verletzt eine juristische Person, die gleichzeitig auch Gesellschafter ist, eine Verpflichtung gegenüber der Gesellschaft, wenn sie keinen Geschäftsführer bestellt. Dies kann nach einer im Schrifttum vertretenen Ansicht im Einzelfall sogar zum Ausschluss aus der Gesellschaft führen.¹⁴⁰ Als Geschäftsführer kann grundsätzlich jede natürliche Person unabhängig von einer kaufmännischen Eigenschaft bestellt werden. Unvereinbar mit der Stellung des Geschäftsführers einer IKE sind die Anstellung im öffentlichen Dienst, die Tätigkeit als Lehr- und Forschungspersonal an Hochschulen sowie die Tätigkeit als Rechtsanwalt, Richter, Staatsanwalt usw.¹⁴¹

Wird in einer Satzung eine juristische Person als Geschäftsführer bestellt, so ist diese Satzungsklausel nichtig und entfaltet keinerlei Rechtswirkung. Nichts anderes gilt für einen entsprechenden Gesellschafterbeschluss. Dieser Beschluss kann auch mit Ablauf der sechsmonatigen Frist¹⁴² nicht geheilt werden, da hier ein dauerhafter Verstoß gegen eine zwingende Rechtsvorschrift vorliegt, auf den Art. 74 Abs. 2 Satz 3 des Gesetzes 4072/2012 Anwendung findet.¹⁴³

Die Geschäftsführer werden mit der Mehrheit aller Geschäftsanteile durch Gesellschafterbeschluss bestellt. Ausgenommen hiervon ist die Vorschrift des Art. 60, wonach die Satzung das Recht eines Gesellschafters zur direkten Bestellung (und Abberufung) eines Gesellschafters als Geschäftsführer durch Erklärung vorsehen kann.

In jedem Fall kann die Satzung eine andere Art der Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft vorsehen (satzungsmäßige Geschäftsführung). Sie kann etwa bestimmen, dass die Geschäftsführung für einen gewissen Zeitraum oder auf unbestimmte Zeit von einem oder mehreren Gesellschaftern oder auch von Dritten, die keine Gesellschafter sind, ausgeübt werden soll und dass die Beschlüsse mehrheitlich gefasst werden müssen.¹⁴⁴

Die Abberufung des satzungsmäßigen Geschäftsführers ist ohne wichtigen Grund möglich. Es reicht ein Gesellschafterbeschluss, der mit absoluter Mehrheit aller Geschäftsanteile gefasst wird, sofern keine erhöhte Mehrheit vorgesehen ist. Nach einer Meinung im Schrifttum kann die Satzung keinen einstimmigen Beschluss für die Abberufung vorsehen, da derartige Klauseln das Recht zur Abberufung einschränken und dem Grundsatz widersprechen, dass der Geschäftsführer das Vertrauen der Mehrheit genießt.¹⁴⁵

Die Abberufung eines satzungsmäßigen Geschäftsführers¹⁴⁶ kann durch Gerichtsbeschluss auf Antrag der Gesellschafter, die 1/10 aller Geschäftsanteile be-

¹⁴⁰ So *Antonopoulos* (Fn. 6), Art. 58 Rn. 3.

¹⁴¹ Vgl. *Antonopoulos* (Fn. 6), Art. 58 Rn. 4.

¹⁴² Vgl. *Antonopoulos* (Fn. 6), Art. 58 Rn. 1.

¹⁴³ So richtig *Perakis* (Fn. 6), S. 36.

¹⁴⁴ Vgl. *Mastrokostas*, SEE 2013, 95.

¹⁴⁵ Vgl. *Antonopoulos* (Fn. 6), Art. 58 Rn. 1.

¹⁴⁶ Im Recht der griechischen GmbH (EPE) ist hingegen auch eine gerichtliche Abberufung des Geschäftsführers, der gleichzeitig Gesellschafter ist und die gesetzliche Geschäftsführung ausübt, möglich, wie es ausdrücklich in Art. 19 Abs. 2 des Gesetzes 3190/1955 vorgesehen ist.

sitzen, erfolgen, sofern ein wichtiger Grund für die Abberufung vorliegt, z. B. Verletzung von Geschäftsführungspflichten oder Unmöglichkeit der ordentlichen Geschäftsführung (Art. 61). Der wichtige Grund wird in jedem Einzelfall gesondert geprüft.¹⁴⁷ Bestellung, Widerruf der Bestellung und Ersetzung des Geschäftsführers sind im Handelsregister (GEMI) zu veröffentlichen.

c) *Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse der Geschäftsführer*

Als gesetzlicher Regelfall ist die kollektive Geschäftsführung vorgesehen. Infolgedessen erfordern Beschlussfassung und Vertretung der Gesellschaft Einstimmigkeit aller Gesellschafter.¹⁴⁸ Dringende Handlungen, deren Unterlassung womöglich einen schwerwiegenden Schaden für die Gesellschaft zur Folge hat, können auch von einem einzelnen Gesellschafter vorgenommen werden. Dieser ist verpflichtet, die übrigen Gesellschafter zu benachrichtigen (Art. 56). Demgegenüber wird im Schrifttum teilweise die Ansicht vertreten, die Erwähnung der kollektiven Geschäftsführung im Gesetz sei nicht als gemeinsame Geschäftsführung zu verstehen, sondern als Geschäftsführung, die den Gesellschaftern obliegt. Diese könnten nach dem Vorbild der kollektiven Vorgehensweise des Vorstands einer griechischen AG tätig werden.¹⁴⁹

Neben der Geschäftsführung vertreten die Geschäftsführer die Gesellschaft, indem sie in ihrem Namen alle Handlungen ausführen, die sich auf die Geschäftsführung, die Vermögensverwaltung und die Verfolgung des Gesellschaftszwecks beziehen.

Ihre Vertretungsbefugnis ist unbeschränkt und unbeschränkbar. Selbst außerhalb des Gesellschaftszwecks liegende Handlungen der Geschäftsführer können die Gesellschaft gegenüber Dritten binden (Art. 64 Abs. 2 Satz 1). Ebenso wie im griechischen Aktienrecht wird die IKE dagegen nicht gebunden, wenn dem Dritten die Überschreitung der Satzung bekannt war oder hätte bekannt sein müssen (grobe Fahrlässigkeit)¹⁵⁰. Die Einhaltung der Publizitätserfordernisse in Bezug auf die Satzung oder deren Änderungen gilt nicht als Beweis für die Kenntnis des Dritten (Art. 64). Außerdem können gegenüber Dritten keine Beschränkungen geltend gemacht werden, die dem Geschäftsführer in Bezug auf seine Befugnisse auferlegt wurden und sich aus einer Satzungsbestimmung oder einem Gesellschafterbeschluss ergeben, selbst wenn die Publizitätserfordernisse hierfür erfüllt

Bei der IKE ist im Fall der gesetzlichen Geschäftsführung ein Ausschluss des Gesellschafters nur nach Art. 93 des Gesetzes möglich.

¹⁴⁷ Ein wichtiger Grund ist auch erforderlich, wenn die Geschäftsführung für einen bestimmten Zeitraum übertragen wurde. In einem solchen Fall kann die Satzung Gründe für die Abberufung vorsehen, sodass die Abberufung ungültig ist, wenn keiner dieser Gründe vorliegt; vgl. *Perakis* (Fn. 6), S. 40.

¹⁴⁸ So die Interpretation der herrschenden Meinung; vgl. *Perakis* (Fn. 6), S. 37; *Mastrokostas*, SEE 2013, 116.

¹⁴⁹ Vgl. *Antonopoulos* (Fn. 6), Art. 56 Rn. 1.

¹⁵⁰ Dazu für das Recht der AG *Vervessos* (Fn. 139), Art. 86 Rn. 18 ff.

wurden. Wie im Recht der griechischen AG¹⁵¹ greifen dann allerdings auch bei der IKE die Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht ein, sodass bösgläubige Dritte keinen Schutz genießen.¹⁵² Auf diese Weise wird ein Ausgleich zwischen Satz 1 und Satz 3 des Art. 64 geschaffen und es werden Widersprüche vermieden.¹⁵³

Unbeschränktheit und Unbeschränkbarkeit der Vertretungsbefugnis setzen voraus, dass der Vorstand für die Vornahme der betreffenden Handlung zuständig ist. Folglich gilt sie nicht, wenn ein Beschluss in die ausschließliche Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung fällt.¹⁵⁴ Anders ist jedoch zu entscheiden, wenn die Satzung eine gemeinsame Handlungspflicht für zwei Geschäftsführer vorsieht. Dann ist ein Vertrag, der nur von einem der beiden geschlossen wurde, schwebend unwirksam, bis die Gesellschaft ihn genehmigt oder die Genehmigung verweigert.¹⁵⁵ Im ersten Fall wird der Vertrag wirksam, während er bei Ausbleiben der Genehmigung endgültig unwirksam ist.¹⁵⁶

VI. Rechte und Pflichten von Gesellschaftern der IKE

Der Erwerb der Gesellschafterstellung geht mit dem Erwerb bestimmter Rechte und der Übernahme bestimmter Pflichten einher. Sofern weder im Gesetz noch in der Satzung etwas anderes vorgesehen ist, entsprechen Geschäftsanteile mit gleichem Nennwert grundsätzlich gleichen Rechten und Pflichten. Dabei ist unerheblich, in welcher Form (Kapitaleinlage, Garantie- oder Nichtkapitaleinlage) der Gesellschafter beteiligt ist. In Bezug auf die mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten gilt also in der Regel der Gleichheitsgrundsatz. Die Einräumung neuer Rechte oder die Auferlegung neuer Pflichten (z. B. Einzahlung eines Ergänzungsbeitrags oder ein Wettbewerbsverbot) außer denen, die sich bereits aus der Gesellschafterstellung ergeben, erfordern einen einstimmigen Gesellschafterbeschluss oder die Zustimmung des Gesellschafters, den die Verpflichtung trifft.¹⁵⁷

I. Rechte

Wie bei den anderen Gesellschaftsformen pflegt man auch bei der IKE zwischen Verwaltungs- und Vermögensrechten zu unterscheiden.¹⁵⁸

¹⁵¹ Zur entsprechenden Problematik im Recht der griechischen AG *Vervessos* (Fn. 139), Art. 84 Rn. 11.

¹⁵² Anders *Antonopoulos* (Fn. 6), Art. 64 Rn. 3 ff. und 8.

¹⁵³ Einzelheiten bei *Tellis*, DEE 2011, 1100.

¹⁵⁴ Vgl. die amtliche Begründung des Gesetzes zu Art. 64. Für das Aktienrecht *Vervessos* (Fn. 139), Art. 84 Rn. 11.

¹⁵⁵ Vgl. *Antonopoulos* (Fn. 6), Art. 64 Rn. 10.

¹⁵⁶ Vgl. zum Recht der griechischen AG *Tellis*, EpiskED 1998, 331 f.; *Pampoukis*, EpiskED 2000, 121.

¹⁵⁷ Vgl. amtliche Begründung des Gesetzes 4072/2012, Art. 94.

¹⁵⁸ Vgl. *N. Rokas* (Fn. 10), S. 582.

a) Vermögensrechte

Als Vermögensrechte gelten das Gewinnbeteiligungsrecht (Art. 100 des Gesetzes 4072/2012) und das Recht auf den Liquidationserlös (Art. 105 Abs. 5).

(1) Gewinnbeteiligungsrecht

Für die Überführung des Gewinnstammrechts in einen konkreten Gewinnverteilungsanspruch bedarf es eines Gesellschafterbeschlusses, der Art und Höhe des zu verteilenden Gewinns festlegt (Art. 100 des Gesetzes 4072/2012). Nach seiner Entstehung unterliegt der konkrete Gewinnanspruch den allgemeinen Vorschriften und kann ohne vorherige Zustimmung des Anspruchsberechtigten nicht beschränkt oder aufgehoben werden.¹⁵⁹ Obgleich es nach dem Gesetzeswortlaut ausreicht, dass sich „für die Verteilung von Gewinnen solche aus den Jahresabschlüssen ergeben müssen“, ist im Hinblick auf den kapitalbezogenen Charakter der IKE anzunehmen, dass für die Verteilung nicht nur das Kapital und die gesetzliche Rücklage (oder etwaige zusätzliche Rücklagen gemäß Satzungsbestimmung oder Gesellschafterbeschluss) berücksichtigt werden, sondern auch Verbuchungen der Garantie- und Nichtkapitaleinlage im Eigenkapital.¹⁶⁰ Für die Gewinnausschüttung in der IKE gelten damit ähnliche Beschränkungen wie bei der Gewinnverteilung in der griechischen AG gemäß Art. 159 des Gesetzes 4548/2018 (ebenso schon nach früherer Rechtslage in Art. 44a des kodifizierten Gesetzes 2190/1920).¹⁶¹ Für die IKE bestimmt der Gesetzgeber, dass sich die auszuschüttenden Nettogewinne nach Einbehaltung von mindestens 1/20 der Nettogewinne zur Bildung der gesetzlichen Rücklage ergeben (Art. 100 Abs. 2S. a des Gesetzes 4072/2012). Anders als bei den übrigen Kapitalgesellschaften schreibt diese Vorschrift zwar die zwingende Bildung einer gesetzlichen Rücklage vor. Sie legt jedoch keine bestimmte Grenze fest, wie beispielsweise im griechischen Aktienrecht gemäß Art. 158 des Gesetzes 4548/2018, wonach „der Abzug [eines Betrags vom Nettogewinn] zur Rücklagenbildung nicht mehr zwingend ist, sobald die Rücklage mindestens ein Drittel (1/3) des Kapitals beträgt“.¹⁶² Einer Ansicht zufolge ist auch in diesem Fall eine ergänzende Anwendung der 1/3-Begrenzung anzunehmen, d. h. die Rücklagenbildung ist zum Schutz der Minderheitsgesellschafter nicht mehr zwingend, wenn 1/3 des Werts aller übernommenen Geschäftsanteile unabhängig von der Einlageart erreicht wird.¹⁶³ Die Rücklagenbildung kann zur Verfolgung bestimmter Zwecke auch in der Satzung vorgesehen werden (Sonderrücklagen). Jedoch darf eine solche Einbehaltung der Ausschüttung nicht derartig übermäßig sein, dass der Gesellschafterbeschluss rechtsmissbräuchlich ist.¹⁶⁴ Da-

¹⁵⁹ Vgl. *Antonopoulos* (Fn. 6), Art. 100 Rn. 1.

¹⁶⁰ Vgl. *Sotiropoulos*, EpiskED 2012, 19.

¹⁶¹ Vgl. *Sotiropoulos*, EpiskED 2012, 19.

¹⁶² Vgl. *Psaroudakis*, EpiskED 2014, 249.

¹⁶³ Vgl. *Antonopoulos* (Fn. 6), Art. 100 Rn. 4.

¹⁶⁴ Vgl. *N. Rokas* (Fn. 10), S. 583.

bei wird die Ansicht vertreten, dass es richtiger wäre, wenn in der Satzung auch ein Mindestbetrag für die Gewinnausschüttung vorgesehen wird, da dies für die Gesellschafter mit Nichtkapitaleinlagen besonders wichtig ist, damit sie ihren Lebensunterhalt aus den Dividenden bestreiten können.¹⁶⁵

Unter Verstoß gegen die gesetzlichen Vorschriften ausgeschüttete Gewinne müssen an die Gesellschaft zurückgezahlt werden, unabhängig davon, ob die Gesellschafter gut- oder bösgläubig sind. Damit wird der Schutz des Gesellschaftsvermögens sowie der Gesellschaftsgläubiger bezweckt. Deshalb kann der Erstattungsanspruch gemäß Art. 100 Abs. 5 auch unmittelbar von Gesellschaftsgläubigern geltend gemacht werden.¹⁶⁶ Schließlich bestimmt Art. 100 Abs. 6 in Übereinstimmung mit dem griechischen Aktienrecht und den Grundsätzen der Kapitalerhaltung, dass die Pflicht zur Rückzahlung nicht verteilter Gewinne auch bei einer verdeckten Gewinnausschüttung oder einer indirekten Einlagenrückgewähr eingreift.¹⁶⁷

(2) *Recht auf Liquidationserlös*

Ein Anspruch auf Beteiligung am Liquidationserlös entsteht erst, wenn die Gesellschaftsgläubiger befriedigt wurden. Die Verteilung erfolgt gemäß der Anzahl der Geschäftsanteile jedes Gesellschafters. Allerdings kann die Satzung vorsehen, dass die Gesellschafter mit Kapitaleinlagen bei der Verteilung Vorrang genießen (Art. 105 Abs. 5).

b) *Verwaltungsrechte*

Außer Vermögensrechten stehen den IKE-Gesellschaftern auch bestimmte Verwaltungsrechte als Ausgleich für das unternehmerische Risiko zu, dem ihre Einlagen ausgesetzt sind. Sie müssen die Tätigkeit der Gesellschaft bis zu einem gewissen Grad überschauen und sich daran beteiligen können. Deshalb wird ihnen bei den Gesellschafterversammlungen ein Teilnahme-, Diskussions- und Stimmrecht (Art. 68 ff.) sowie ein Auskunfts- und Einsichtsrecht (Art. 94 Abs. 2) eingeräumt.

Grundsätzlich sind alle Gesellschafter entweder persönlich oder durch einen Vertreter zur Teilnahme an der Gesellschafterversammlung berechtigt. Sie können dort das Wort ergreifen und abstimmen. Jeder Geschäftsanteil berechtigt zu einer Stimme. Die Satzung kann zur Verstärkung der personenbezogenen Gesellschaftsnatur für bestimmte Beschlüsse, jedoch nicht für alle, eine Obergrenze für die Anzahl an Stimmen vorsehen, die ein Gesellschafter unabhängig von den Geschäftsanteilen ausüben darf.¹⁶⁸ Dann wird für die Berechnung der Mehrheit angenommen, dass darüberhinausgehende Geschäftsanteile nicht bestehen, ohne

¹⁶⁵ Vgl. *Kourakis*, SEE 2013, 404.

¹⁶⁶ Vgl. amtliche Begründung des Gesetzes 4072/2012 zu Art. 100.

¹⁶⁷ Vgl. *Perakis* (Fn. 6), S. 106.

¹⁶⁸ Vgl. *Antonopoulos* (Fn. 6), Art. 72 Rn. 3.

dass die übrigen Verwaltungs- oder Vermögensrechte damit verlorengehen.¹⁶⁹ Die Begrenzung der Stimmrechte darf aber keinesfalls ohne triftigen Grund gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gesellschafter verstoßen. Der Ausschluss dieses Rechts ist nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen gestattet, z. B. bei Bestellung eines Sondervertreters für die Führung eines Prozesses gegen den betroffenen Gesellschafter, Haftungsfreistellung oder Beschlussfassung bezüglich des Ausschlusses eines Gesellschafters, vgl. Art. 72 Abs. 3. Diese Fälle verfolgen allesamt das Ziel, Interessenkonflikte hintanzuhalten. Besonders innovativ sind schließlich die Bestimmungen in Art. 89 Abs. 1 Satz 3 und Art. 90 Abs. 2 Satz 4: Sie sehen für den Eintritt eines neuen Gesellschafters und für die Begrenzung oder Aufhebung des Vorzugsrechts durch gerichtliche Entscheidung vor, dass die Stimme des widersprechenden Gesellschafters ersetzt wird, sofern dies dem Interesse der Gesellschaft dient (Art. 89 Abs. 1 Satz 3, Art. 90 Abs. 2 letzter Satz).¹⁷⁰

Das Auskunfts- und Einsichtsrecht ist in Art. 94 Abs. 2 des Gesetzes 4072/2012 verankert. Danach ist jeder Gesellschafter berechtigt, persönlich oder durch einen Vertreter Auskunft über den Fortgang der Gesellschaftsangelegenheiten zu erhalten, Einsicht in die Bücher und Schriften der Gesellschaft zu nehmen und Auszüge aus dem Gesellschafterregister und dem Protokollbuch zu erhalten. Dieses persönliche Recht steht jedem Gesellschafter zu, unabhängig von Anzahl und Art seiner Geschäftsanteile. Sofern nichts anderes vorgesehen ist, kann er es jederzeit ausüben, begrenzt nur durch das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot in Art. 281 griech. ZGB.¹⁷¹ Einschränkungen des Auskunfts- und Einsichtsrechts sind nur gerechtfertigt, wenn die Interessen der Gesellschaft ernsthaft verletzt oder gefährdet werden. Zudem kann jeder Gesellschafter im Hinblick auf eine anstehende Versammlung die Auskünfte verlangen, die er benötigt, um die Punkte der Tagesordnung zu verstehen und zu beurteilen (Art. 94 Abs. 3). Durch Ausübung des persönlichen Auskunfts- und Einsichtsrechts erhält jeder Gesellschafter Auskunft über Umstände, von denen er seinen Verbleib in der Gesellschaft abhängig macht oder anhand derer er sich andernfalls zu einem Austritt aus der Gesellschaft oder zur Übertragung seiner Geschäftsanteile entscheidet.¹⁷²

Nach Art. 94 Abs. 4 können Gesellschafter, die 1/10 aller Geschäftsanteile besitzen, jederzeit bei Gericht die Bestellung eines unabhängigen Wirtschaftsprüfers beantragen, wenn der begründete Verdacht einer Verletzung des Gesetzes oder der Satzung besteht. Der Wirtschaftsprüfer untersucht die Angelegenheit und teilt Gesellschaftern wie Gesellschaft das Ergebnis seiner Prüfung in Berichtsform mit.

¹⁶⁹ Vgl. *Antonopoulos* (Fn. 6), Art. 72 Rn. 3.

¹⁷⁰ Vgl. *N. Rokas* (Fn. 10), S. 582, wonach diese Vorschriften Art. 106 der geltenden griechischen Insolvenzordnung zum Vorbild haben.

¹⁷¹ Vgl. *Antonopoulos* (Fn. 6), Art. 94 Rn. 5.

¹⁷² Vgl. *Antonopoulos* (Fn. 6), Art. 94 Rn. 5

Ein verwaltungsbezogenes Recht und gleichzeitig eine Pflicht der Gesellschafter ist schließlich das Recht zur Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft, sofern die gesetzliche Geschäftsführung gilt. In diesem Fall werden die Geschäftsführungs- und Vertretungshandlungen von allen Gesellschaftern gemeinsam ausgeübt. Jeder Gesellschafter kann die Schadensersatzklage der Gesellschaft individuell (als nicht berechtigte Partei) gegen die für den Schaden verantwortlichen Geschäftsführer erheben (Art. 67 Abs. 4).

2. Pflichten

Außer der Geschäftsführungs- und Vertretungspflicht und den sich daraus ergebenden Folgepflichten besteht die Hauptpflicht eines IKE-Gesellschafters darin, seine versprochene Einlage zu leisten. Speziell zur Kapitaleinlage wird die Meinung vertreten, dass der Gesellschafter seine Verwaltungs- und Vermögensrechte solange nicht ausüben darf, bis er seine Kapitaleinlage geleistet hat.¹⁷³

Weiterhin stellt sich die Frage, inwieweit Gesellschaftern, die keine Geschäftsführer sind, eine Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft und/oder den anderen Gesellschaftern obliegt.¹⁷⁴ Das Gesetz trifft hierzu keine ausdrückliche Regelung,¹⁷⁵ doch zeigt sich bei genauerem Hinsehen, dass auch Gesellschafter, die keine Geschäftsführer sind, eine Treuepflicht in beiderlei Richtung haben.¹⁷⁶ Sie wird entweder aus den zivilrechtlichen Grundsätzen von Treu und Glauben (Art. 288 griech. ZGB) und dem Verbot des Rechtsmissbrauchs (Art. 281 griech. ZGB), oder aus den Art. 741, 747 griech. ZGB oder aus dem ungeschriebenen Grundsatz des Gleichlaufs von Macht und Verantwortung abgeleitet.¹⁷⁷ Wie im Aktienrecht hängt die Intensität der Treuepflicht von der Realstruktur der jeweiligen IKE ab.¹⁷⁸ Nach einer Meinung richtet sie sich nach dem Grad der Beteiligung der Gesellschafter an der Gesellschafterversammlung und ist nur in Bezug auf eine bestimmte Abstimmung anzunehmen.¹⁷⁹ Dies hat zur Folge, dass der Gesellschafter keinem Wettbewerbsverbot gegenüber der Gesellschaft unterliegt.¹⁸⁰ Aller-

¹⁷³ Vgl. *Antonopoulos* (Fn. 6), Art. 77 Rn. 12.

¹⁷⁴ Dazu *Giovannopoulos*, SEE 2013, 125.

¹⁷⁵ Die Regierungsbegründung erwähnt im Zusammenhang mit der Treuepflicht des Geschäftsführers, dass das Gesetz hierzu keine Stellung nimmt, weil es eine anhaltende Debatte gebe.

¹⁷⁶ Vgl. *N. Rokas* (Fn. 10), S. 584; *Alexandridou* (Fn. 10), S. 640 f.; *Psichomanis* (Fn. 10), S. 544; *Perakis* (Fn. 6), S. 98. Zum Teil wird angenommen, dass sich die Treuepflicht unter den Gesellschaftern indirekt aus einer Vielzahl von Bestimmungen des Gesetzes 4072/2012 ergibt, wie z. B. Art. 71 Abs. 1, Art. 89 Abs. 1, Art. 90 Abs. 2, Art. 89, Art. 94, Art. 95 Abs. 2; vgl. *Giovannopoulos*, SEE 2013, 119.

¹⁷⁷ Vgl. *Giovannopoulos*, SEE 2013, 119; *Papadimopoulos*, RIW 2014, 353.

¹⁷⁸ Vgl. *N. Rokas* (Fn. 10), S. 584.

¹⁷⁹ Vgl. *Kourakis*, SEE 2013, 385, nach dem eine derartige Pflicht bis zu einem gewissen Grad nur mit der Ausübung einer bestimmten Geschäftsführungsbefugnis verbunden werden kann.

¹⁸⁰ Vgl. *Kourakis*, SEE 2013, 386.

dings harmoniert eine solche Auffassung nicht mit der Dreiteilung der Einlagen und der Übernahme einer Nichtkapitaleinlage.¹⁸¹ Daher wird die Intensität der Treuepflicht in der IKE auch durch die Art der Einlage eines jeden Gesellschafters bestimmt.¹⁸² Dies steht nicht im Widerspruch zum Grundsatz der Gleichbehandlung (Art. 94 Abs. 1), denn die Gleichheit ist nicht absolut, sondern erfordert die Gleichbehandlung gleicher Situationen und die unterschiedliche Behandlung unterschiedlicher Situationen; vgl. auch Art. 4 der griechischen Verfassung.¹⁸³ Der Inhalt der Treuepflicht kann durch eine Satzungsregelung zum Wohle der Gesellschaft und zur Erreichung der größtmöglichen Rechtssicherheit für die Gesellschafter näher bestimmt werden.¹⁸⁴

VII. Änderungen in der Zusammensetzung des Gesellschafterkreises

1. Übertragung von Geschäftsanteilen

Eine Änderung der Gesellschafterzusammensetzung kann mit Übertragung der Geschäftsanteile entweder durch Veräußerung unter Lebenden¹⁸⁵ oder von Todes wegen erfolgen.¹⁸⁶ Es gilt der Grundsatz der freien Übertragung und Belastung von Geschäftsanteilen, der jedoch nur die Kapitaleinlage betrifft. Anteile, die Garantie- oder Nichtkapitaleinlagen verkörpern, dürfen grundsätzlich nicht übertragen werden, da ihre Wertigkeit stark mit der Person des Gesellschafters verbunden ist. Sind die entsprechenden Verpflichtungen aus diesen Anteilen erfüllt, so können auch diese Anteile frei übertragen werden.

Übertragung und Belastung der Geschäftsanteile bedürfen der Schriftform. Sie gelten gegenüber Gesellschaft und Gesellschaftern ab dem Zeitpunkt ihrer Bekanntmachung.¹⁸⁷ Die Bekanntmachung der Übertragung gegenüber der Gesellschaft kann auch per E-Mail erfolgen. Hat die Übertragung der Anteile nach Gesetz und Satzung stattgefunden, muss sie der Geschäftsführer in das Gesellschafterbuch eintragen. Ab dem Zeitpunkt der Eintragung gilt die Übertragung für Dritte.

Der Gesellschaftsvertrag kann die Übertragung von Anteilen ausschließen oder beschränken. Was die Beschränkungen der Übertragung von Anteilen anbelangt, sieht Art. 84 Abs. 2 die gleichen Beschränkungen vor wie bei der Übertragung von Aktien (Art. 43 Abs. 2 des Gesetzes 4548/2018 (vinkulierte Namensakti-

¹⁸¹ Vgl. *Giovannopoulos*, SEE 2013, 132.

¹⁸² Vgl. *Kourakis*, SEE 2013, 386.

¹⁸³ Vgl. *Giovannopoulos*, SEE 2013, 133.

¹⁸⁴ Vgl. *Kourakis*, SEE 2013, 386; *Perakis* (Fn. 6), S. 98.

¹⁸⁵ Vgl. *Tzakas*, GmbHR 2014, 247.

¹⁸⁶ Zur Übertragung durch Todesursache in der Privaten Kapitalgesellschaft *Vervessos/Stavrakidis*, RHD1 67 (2014), 621.

¹⁸⁷ Vgl. *Tzakas*, GmbHR 2014, 247.

en))¹⁸⁸, etwa ein Vorkaufsrecht, ein Empfehlungsrecht der Gesellschaft hinsichtlich des Erwerbers oder *drag-along*- und *tag-along*-Klauseln.¹⁸⁹ Verstößt die Übertragung von Anteilen gegen die Satzung, so ist sie relativ unwirksam.¹⁹⁰ Bei der Übertragung von Anteilen entgegen einer Nebenabrede ist die Übertragung gültig. Allerdings haben die anderen Gesellschafter dann Haftungsansprüche gegen den Veräußerer (Art. 177 des griech. ZGB)¹⁹¹. Schließlich ist es auch möglich, eine Call-Option oder Put-Option unter den Gesellschaftern oder mit Dritten zu vereinbaren.¹⁹²

2. Eintritt, Austritt und Ausschluss

Mit dem Vorbehalt einer Kapitalerhöhung erfolgt der Eintritt eines neuen Gesellschafters mit Erwerb neuer Geschäftsanteile durch einstimmigen Beschluss der bisherigen Gesellschafter. Allerdings kann in einem solchen Fall der neue Gesellschafter oder der bisherige Gesellschafter Nichtkapitaleinlagen oder Garantieeinlagen übernehmen. Dagegen ist für die Übernahme von Kapitaleinlagen eine Kapitalerhöhung erforderlich. Der Beschluss der Gesellschafterversammlung über den Eintritt des neuen Gesellschafters bestimmt auch die Anzahl der erworbenen Geschäftsanteile und die Art der übernommenen Einlagen. Bei Einwänden gegen den Eintritt eines neuen Gesellschafters durch einen oder mehrere Altgesellschafter kann das Gericht auf Antrag der Gesellschaft den Eintritt eines neuen Gesellschafters zulassen, wenn ein wichtiger Grund gegeben ist, der im Unternehmensinteresse liegt (Art. 89).

Weiter regelt das Recht der IKE nach dem Vorbild des griechischen GmbH-Gesetzes (Art. 33 Abs. 1 und Abs. 3) Austritt und Ausschluss eines Gesellschafters. Insbesondere erlaubt Art. 92 das freiwillige Ausscheiden (Austritt) des Gesellschafters nach einer gerichtlichen Entscheidung,¹⁹³ wenn ein wichtiger Grund vorliegt, der die Fortführung der Gesellschaft für den Gesellschafter aus objektiven oder subjektiven Gründen unzumutbar macht.¹⁹⁴ Der wichtige Grund ist auf Tatbestände beschränkt, welche die Gesellschaft oder den Gesellschafter selbst betreffen. Ein Verschulden der anderen Gesellschafter ist für die Ausübung des Austrittsrechts nicht erforderlich. Weiterhin und abweichend vom Eintritt, der nur für Gesellschafter mit Garantie- oder Nichtkapitaleinlagen zulässig ist,

¹⁸⁸ Für eine rechtliche Bewertung dieser Klauseln im Aktienrecht *Vervessos*, Art. 3a Rn. 39 ff.

¹⁸⁹ Vgl. *Perakis* (Fn. 6), S. 79 f.

¹⁹⁰ Das Gleiche gilt im Recht der GmbH. Siehe *Perakis* (Fn. 6), S. 80.

¹⁹¹ So *Perakis* (Fn. 6), S. 80.

¹⁹² Diese Bestimmung war das Vorbild für die Einführung einer entsprechenden Bestimmung in das griechische Aktienrecht (Art. 44 Gesetz 4548/2018).

¹⁹³ Monographisch *Despotidou* (Fn. 6).

¹⁹⁴ Vgl. *Perakis* (Fn. 6), S. 85 f.; für die EPE *Soufleros*, Das Dikaio von EPE, 1994, § 33 Rn. 45.

ist der Austritt aus der Gesellschaft von allen Gesellschaftern unabhängig von ihrer jeweiligen Einlage möglich.¹⁹⁵

Für den Ausschluss aus der Gesellschaft bedarf es eines wichtigen Grundes sowie eines Beschlusses der anderen Gesellschafter, der mit einfacher Mehrheit und ohne Beteiligung des auszuschließenden Gesellschafters gefasst wird. Auch ist kein Verschulden erforderlich, während der wichtige Grund die Person des Gesellschafters betreffen muss. Der Antrag bei Gericht ist innerhalb von 60 Tagen nach Beschlussfassung der Gesellschafter zu stellen. Für den Ausschluss aus der Gesellschaft bedarf es nicht nur einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung. Hinzukommen muss auch noch die Abfindung des ausgeschlossenen Gesellschafters zum vollen Wert seines Anteils.

VIII. Auflösung – Liquidation

Die Auflösungsgründe der privaten Kapitalgesellschaft (Art. 103 Abs. 1) sind die gleichen wie bei der Aktiengesellschaft (Art. 164 und 165). So wird die IKE aufgelöst: (a) jederzeit durch Beschluss der Gesellschafter, der mit einer Mehrheit von 2/3 der Gesamtzahl der Gesellschaftsanteile gefasst wird, (b) wenn die festgelegte Frist abgelaufen ist, es sei denn, diese Frist wird vor ihrem Ablauf durch Beschluss der Gesellschafter verlängert, (c) wenn über das Vermögen der Gesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet wurde und (d) in anderen gesetzlich oder satzungsmäßig vorgesehenen Fällen.¹⁹⁶ Als satzungsmäßige Auflösungsgründe können Tod, Insolvenz, Entmündigung eines Gesellschafters sowie Nichterteilung oder Widerruf einer gewerblichen Genehmigung vorgesehen werden. Es kann weiterhin vorgeschrieben sein, dass in diesen Fällen die Auflösung automatisch eintritt oder dass zusätzlich der Erlass eines feststellenden Gerichtsurteils erforderlich ist.¹⁹⁷ Die Auflösung der IKE kann ferner nach dem Gesellschaftsvertrag vom Vorliegen eines wichtigen Grundes abhängig gemacht werden.¹⁹⁸ Sie tritt auch dann ein, wenn die IKE für nichtig erklärt wird (Art. 53 Abs. 3).¹⁹⁹ Die Auflösung der IKE ist im Handelsregister einzutragen, sofern sie nicht auf dem Ablauf der Gesellschaftsdauer beruht.²⁰⁰

Unter dem Vorbehalt der Insolvenz folgt nach Auflösung der Gesellschaft die Liquidationsphase (Art. 104), während derer die IKE ihre Rechtspersönlichkeit behält, aber ihre Zweckrichtung ändert. Die Rolle des Liquidators wird vom Ge-

¹⁹⁵ Dazu *Perakis* (Fn. 6), S. 85 f.

¹⁹⁶ Vgl. *Perakis* (Fn. 6), S. 107; aus der Rechtsprechung OLG Athen (EφΑθ) 2406/2011, DEE 2011, 1148.

¹⁹⁷ Vgl. *Perakis* (Fn. 6), S. 107; *Papadimopoulos*, RIW 2014, 354.

¹⁹⁸ Vgl. *Papadimopoulos*, RIW 2014, 354, der richtig betont, dass in diesem Fall ein rechtsgestaltendes Gerichtsurteil erforderlich ist.

¹⁹⁹ Dazu *Papadimopoulos*, RIW 2014, 354.

²⁰⁰ Vgl. *Tzakas*, GmbHR 2014, 247.

schäftsführer übernommen, es sei denn, Satzung oder Gesellschafterbeschluss sehen etwas anderes vor (Art. 104 Abs. 3). Während des Liquidationszeitraums haben die Gesellschafter mit Nichtkapitaleinlagen ihre Dienste zu erbringen, soweit dies für die Durchführung des Liquidationsverfahrens erforderlich ist. Die Gesellschafter mit Garantieeinlagen haften gegenüber Dritten für Gesellschaftsschulden noch für die Dauer von drei Jahren nach Auflösung der Gesellschaft (Art. 105 Abs. 3).

Während der laufenden Liquidation ist durch einstimmigen Beschluss die Rückkehr der Gesellschaft zu werbender Tätigkeit möglich (Art. 105 Abs. 6). Rechtspolitisch ist dieses Einstimmigkeitserfordernis auf Kritik gestoßen, weil es von der 2/3-Mehrheit für die Auflösung abweicht.²⁰¹

²⁰¹ Vgl. *N. Rokas* (Fn. 10), S. 591.

§ 17 Liechtenstein:
Protected Cell Company (PCC)
= Segmentierte Verbandsperson (SV), 2015

Mathias Walch

I. Einführung	573
II. Entstehungsprozess und Entwicklungslinien der PCC	577
1. Ausländische Vorbilder	577
2. Abteilungsverbandsperson	578
3. Praktische Bedeutung	581
III. Grundstrukturen der PCC	582
1. Rechtsnatur	582
2. Gründung und zulässige Gesellschaftszwecke	584
3. Geschäftsführung und Vertretung	586
4. Haftungsregime	588
5. Einzelne Zellen	589
IV. Die PCC im Gesamtgefüge des liechtensteinischen Gesellschaftsrechts	592
1. Mikrokosmos liechtensteinisches Gesellschaftsrecht	594
2. Akteure in Liechtenstein	595
V. Gesamtwürdigung	598

I. Einführung

Die Protected Cell Company (PCC) oder auch Segmentierte¹ Verbandsperson (SV)² wurde 2015 in Liechtenstein eingeführt.³ Sie ist in nur neun Artikeln

¹ Das PGR orientierte sich an der Terminologie des Investmentunternehmensgesetzes 2005 (LGBl. 2005/156; abgelöst u. a. durch das Investmentunternehmensgesetz 2015 (LGBl. 2016/46), das die Segmentierung ebenfalls kennt), das vom segmentierten Investmentunternehmen und Segmenten sprach; vgl. Bericht und Antrag 2014/69, S. 17.

² SV steht für Segmentierte Verbandsperson und ist das deutsche Synonym für PCC (vgl. dazu *Helbock*, LJZ 2018, 22, 22). Die Bezeichnung PCC ist m. E. gängiger und international bekannter, weshalb in diesem Beitrag diese Bezeichnung verwendet wird. Im PGR wird dagegen typischerweise auf Anglizismen verzichtet (so wird z. B. der Trust als Treuhänderschaft bezeichnet). Daher ist die bewusste Entscheidung, auf Anglizismen auch hier zu verzichten (Bericht und Antrag 2014/69, S. 27), systematisch konsistent.

³ LGBl. 2014/362; in Kraft getreten am 1.1.2015.

(Art. 243–Art. 243h) im Personen- und Gesellschaftsrecht (PGR), dem „Gesellschaftsrechtsgesetzbuch“ Liechtensteins, geregelt. Während das Gros des liechtensteinischen Gesellschaftsrechts aus den 1920er Jahren stammt, handelt es sich bei der liechtensteinischen PCC somit um eine vergleichsweise junge Rechtsform.

Eine PCC ist eine juristische Person, deren Vermögen in einen Kern und mehrere⁴ Zellen (Segmente⁵; *cells*) aufgeteilt ist. Etwas vereinfacht haftet für Verbindlichkeiten, die einer Zelle zugeordnet sind, das Vermögen dieser Zelle. Hingegen ist das Vermögen der anderen Zellen von einer Haftung für die Verbindlichkeiten dieser Zelle abgeschirmt. Damit dient die PCC der Streuung des Haftungsrisikos.

Die PCC baut auf anderen Rechtsformen wie der AG, der Stiftung⁶ oder der GmbH auf und modifiziert diese.⁷ Daher gibt es nicht nur eine einheitliche liechtensteinische PCC, sondern unterschiedliche Varianten (AG PCC, Stiftung PCC etc.). Im weitesten Sinne ist dies mit der Societas Europaea (SE)⁸ vergleichbar, die jeweils auf dem nationalen Aktienrecht aufbaut, weshalb es zahlreiche Varianten der SE gibt wie etwa eine liechtensteinische⁹, deutsche oder tschechische SE. Da die PCC auf anderen Rechtsformen aufbaut, lässt sich darüber streiten, ob es sich um eine eigenständige Rechtsform oder – wie etwa bei der deutschen Unternehmungsgesellschaft (haftungsbeschränkt)¹⁰ – um eine bloße Variante der jeweiligen Gesellschaftsform (z. B. Variante der AG, der Stiftung etc.) handelt.¹¹ Hierbei dürfte es sich aber weitgehend um einen terminologischen Streit handeln.¹²

Für eine PCC kommen nur juristische Personen in Betracht, die im PGR geregelt sind (Art. 243 Abs. 1 PGR).¹³ Ausländische Gesellschaften (z. B. deutsche AG oder irische Limited) scheiden von vornherein aus. Diese müssten sich zunächst in eine liechtensteinische juristische Person umwandeln, damit ihnen die PCC offen stünde.

⁴ Eine PCC kann auch nur eine Zelle haben (siehe Pkt. III. 1.). Jedoch sind PCCs, die dauerhaft nur eine Zelle haben, nicht zweckmäßig.

⁵ Vgl. dazu Fn. 1.

⁶ Zur damit vergleichbaren österreichischen Privatstiftung siehe in diesem Band § 5 (*Pendl*), S. 131.

⁷ Bericht und Antrag 2014/69, S. 12, 15 und 16; Berichte und Anträge (Gesetzesmaterialien sind abrufbar unter <<https://bua.regierung.li/BuA/>> (18.4.2024).

⁸ Zu dieser siehe in diesem Band § 9 (*Heinrich-Pendl/Rittmeister*), S. 303.

⁹ Per Ende 2022 gibt es immerhin noch zwölf liechtensteinische SEs; siehe Rechenschaftsbericht der Regierung an den Hohen Landtag 2022, S. 429 (die jährlichen Rechenschaftsberichte sind abrufbar unter <<https://www.llv.li>> (18.4.2024)). Die liechtensteinische SE kann nicht als PCC fungieren, weil nur juristische Personen in Betracht kommen, die im PGR geregelt sind (vgl. Art. 243 Abs. 1 PGR; siehe oben im Text), und dies auf die SE nicht zutrifft. Die Ausklammerung der SE war beabsichtigt, um EWR-rechtliche Implikationen zu vermeiden (vgl. Bericht und Antrag 2014/69, S. 27 f.; *Helbock*, LJZ 2018, 22, 28).

¹⁰ Vgl. nur *Rieder*, in: MüKoGmbHG, 4. Aufl. 2022, § 5a Rn. 1; *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 5a Rn. 4; dazu in diesem Band § 13 (*Götz*), S. 431.

¹¹ Vgl. *Helbock*, LJZ 2018, 22, 22.

¹² Siehe aber noch Pkt. III. 2.

¹³ Bericht und Antrag 2014/69, S. 27.

Die bemerkenswerte Innovation bei der PCC liegt darin, dass es einer (juristischen) Person erlaubt wird, ihr Vermögen in verschiedene Haftungsfonds zu partitionieren.¹⁴ Dies durchbricht den in allen Ländern des deutschen Rechtskreises und weit darüber hinaus bestehenden Grundsatz, wonach dem Gläubiger das gesamte Vermögen seines Schuldners als Haftungsfonds zur Verfügung steht. Der Grundsatz gilt ebenso für juristische Personen, weil schließlich auch eine GmbH¹⁵ mit ihrem gesamten Vermögen für ihre Verbindlichkeiten haftet.¹⁶ Von diesem Grundsatz gibt es Ausnahmen wie Exekutionsbeschränkungen für bestimmte Gegenstände (Art. 169 f. Exekutionsordnung) oder das dem Schuldner verbleiben müssende Existenzminimum (Art. 211 Exekutionsordnung). Bestimmte Gegenstände können für konkrete Gläubiger vorrangig reserviert werden (Pfand, siehe z. B. Art. 365 ff. Sachenrecht), was aber nichts daran ändert, dass sie zum Haftungsfonds des Schuldners zählen. Letzteres zeigt sich vor allem, wenn ein Absonderungsrecht (vgl. Art. 23 ff. Insolvenzordnung) nicht geltend gemacht wird. Auch kann der Gläubigerzugriff mediatisiert sein, wenn z. B. bei einer nicht rechtsfähigen einfachen Gesellschaft (~ Gesellschaft bürgerlichen Rechts) der Gläubiger nicht direkt auf das Gesellschaftsvermögen zugreifen kann, sondern zunächst die Gesellschaft kündigen muss (Art. 669 PGR). Ferner ist etwa an Haftungen *cum viribus* zu denken, bei denen nur ein Gegenstand oder mehrere Gegenstände dem Gläubiger verhaftet sind.¹⁷ In Liechtenstein gibt es darüber hinaus noch Vollstreckungsprivilegien, die eine Begünstigung (nicht die einzelnen Ausschüttungen) bei einem Trust (Art. 932a §§ 136 ff. PGR), einer Stiftung (Art. 552 § 36 PGR) oder einer Anstalt (Art. 546 PGR) gegen einen Zugriff der Gläubiger immunisieren, weshalb die Begünstigung aus dem den Gläubigern zur Verfügung stehenden Haftungsfonds ausscheidet. Aus diesem Blickwinkel betrachtet ist die durch die PCC geschaffene Möglichkeit, einen Teil des eigenen Vermögens als gesonderten Haftungsfonds zu separieren, eine weitere – sehr weitgehende – Ausnahme vom Grundsatz, wonach der Schuldner mit seinem ganzen Vermögen haftet.

¹⁴ Wenn in Bericht und Antrag 2014/69, S. 8 ausgeführt wird, dass eine Segmentierung durch die Bildung von Tochtergesellschaften oder Trusts bereits zuvor möglich war, so wird dadurch das wirklich Neue an der PCC – nämlich die Partitionierung des Haftungsfonds einer Person – verschleiert. Diesen Ausführungen ist lediglich insoweit zuzustimmen, als es keine grundlegenden Bedenken gegen die PCC gibt, wenn man eine Begrenzung des Haftungsrisikos durch die Bildung von Tochtergesellschaften zulässt.

¹⁵ Die GmbH wird in diesem Beitrag als Beispiel für eine kostengünstige juristische Person verwendet, die eine Haftungsbeschränkung der Gesellschafter ermöglicht und vor allem in Deutschland und Österreich weit verbreitet ist. In Liechtenstein selbst war – ähnlich wie in der Schweiz – die Bedeutung der GmbH hingegen lange gering; vgl. dazu *Schopper/Walch*, LJZ 2017, 1; nach der GmbH-Reform bestehen inzwischen über 1.000 GmbHs in Liechtenstein (Rechenschaftsbericht 2022 (Fn. 9) S. 429).

¹⁶ Vgl. *Dubarry/J. W. Flume*, ZEuP 2012, 128, 133 f.

¹⁷ Vgl. etwa zur Haftung des Geschenknehmers gegenüber einem Pflichtteilsberechtigten *Walch*, NZ 2021, 27.

Bereits die *Medici* haben versucht, bei ihrer Bank das Risiko existenzbedrohender Haftungen zu begrenzen, indem sie eine Art frühes Holdingmodell mit zahlreichen Tochtergesellschaften schufen.¹⁸ Freilich ein Ziel, das mit Personengesellschaften samt unbeschränkter Gesellschafterhaftung schwer zu bewerkstelligen war. Möchte eine Person heutzutage ihr Haftungsrisiko begrenzen, etwa wenn sie ein risikoreiches Geschäft plant, kann sie eine günstige (rechtsfähige) Gesellschaft wie z. B. eine GmbH gründen, die als Vertragspartner gegenüber Dritten fungiert. Vorbehaltlich missbräuchlicher Gestaltungen haftet die Person für die Verbindlichkeiten der GmbH überhaupt nicht. Sie geht nur insoweit ein Risiko ein, als ihr Gesellschaftsanteil an der GmbH wertlos wird, falls die GmbH scheitert. Nicht nur eine natürliche Person, sondern auch eine juristische Person kann ohne weiteres eine GmbH gründen und damit faktisch ihre Haftungsrisiko begrenzen.

Denkt man dies weiter, stellt sich die Frage, warum eine juristische Person zwischengeschaltet werden muss, um eine Haftungsbeschränkung zu erreichen. Die rechtliche Selbständigkeit einer GmbH und die fehlende Haftung ihrer Gesellschafter hängen nicht zwingend miteinander zusammen.¹⁹ Der Gesetzgeber könnte ohne weiteres per Federstrich eine persönliche Haftung der GmbH-Gesellschafter vorsehen. Hat man dies aber erkannt, ist umgekehrt auch der Weg geebnet, eine Haftungsbeschränkung vorzusehen, ohne diese mit der Errichtung einer juristischen Person wie einer GmbH zu verknüpfen. Denkbar wäre etwa eine Einzelunternehmung mit beschränkter Haftung, bei der für die unternehmensbezogenen Verbindlichkeiten nicht das Privatvermögen, sondern nur das unternehmensbezogene Vermögen des Unternehmers (Kaufmanns) haftet,²⁰ und die z. B. in Frankreich als *l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée* (EIRL) umgesetzt wurde.²¹ Ebenso spricht im Grundsatz nichts dagegen, wenn eine juristische Person ihr Vermögen in unterschiedliche Haftungsfonds partitioniert, solange die Gläubigerschutzinteressen ausreichend gewahrt werden. Die PCC ist ein konsequentes Weiterdenken der vom Gesetzgeber vor vielen Jahrzehnten eröffneten Möglichkeit, juristische Personen wie GmbHs zwecks Haftungsbeschränkung zu schaffen. Ist Letzteres ohnehin bereits möglich, gibt es keine grundlegenden rechtspolitischen Bedenken gegen eine PCC.

¹⁸ Dazu *Fleischer*, JZ 2021, 217, 218 ff.

¹⁹ Vgl. *Thomale*, AcP 218 (2018), 685 und monographisch *Thomale*, Kapital als Verantwortung (in Vorbereitung); siehe auch *Dubarry/J. W. Flume*, ZEuP 2012, 128, 133 f.

²⁰ Vgl. dazu *Walch*, RdW digital exklusiv 2020/29, wobei dort aus Praktikabilitätsgründen ein rechtsfähiges Gebilde vorgeschlagen wird; siehe auch *Dubarry/J. W. Flume*, ZEuP 2012, 128.

²¹ Vgl. zu diesem *Dubarry/J. W. Flume*, ZEuP 2012, 128; *Walch*, RdW digital exklusiv 2020/29; monographisch *Paternot*, Haftungsbeschränkungen für Einzelunternehmer in Deutschland und Frankreich, 2014.

II. Entstehungsprozess und Entwicklungslinien der PCC

1. Ausländische Vorbilder

Als Mutterland der PCC zählt die Kanalinsel Guernsey, welche die PCC 1997 eingeführt hat.²² Die PCC hat neben Offshore-Jurisdiktionen wie den Bermudas und den Cayman Islands auch in den USA Verbreitung gefunden, ebenso in europäischen Ländern wie Malta und Italien.²³

Eine 1:1-Kopie der Guernsey-Regelung kam für Liechtenstein schon deshalb nicht in Betracht, weil Guernsey und Liechtenstein unterschiedliche Gesellschaftsrechtstraditionen haben. Die Kopie wäre ein Fremdkörper im liechtensteinischen Gesellschaftsrecht geworden. Ganz allgemein bietet sich eine 1:1-Kopie ausländischen Rechts nur an, wenn die beiden Rechtsordnungen eng miteinander verwandt sind, wie dies etwa unter vielen US-Bundesstaaten der Fall ist. Die liechtensteinische Rechtsordnung ist in dieser Hinsicht insoweit bemerkenswert, als das Schuldrecht großteils aus Österreich rezipiert wurde (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch), während das Sachenrecht²⁴ aus der Schweiz stammt. Nur aufgrund der engen Verwandtschaft zwischen österreichischem und schweizerischem Privatrecht führt dies zu keinen größeren Schwierigkeiten in der Rechtsanwendung. Dagegen konnte der aus dem angelsächsischen Bereich stammende Trust in Liechtenstein (Art. 897 ff. PGR) nur funktional übernommen werden, weil er sonst einen Fremdkörper im liechtensteinischen Privatrecht gebildet hätte.²⁵ Auch die PCC wurde nur funktional übernommen. Sie ist insoweit eine „liechtenstein-spezifische Eigenentwicklung“.²⁶

Beachtlich ist, dass wahrscheinlich parallel zur PCC in Guernsey bereits 1996 in Delaware die *series* LLC²⁷ zugelassen wurde.²⁸ Diese weist deutliche Parallelen zur PCC auf,²⁹ weil sie ebenfalls eine Haftungsseparierung – durch *series* (~ Zellen) – ermöglicht, ohne dass jeweils eine eigene Gesellschaft (LLC) ge-

²² Bericht und Antrag 2014/69, S. 11; *Schurr/Wohlgenannt*, LJZ 2015, 23, 23; *Feetham/Jones*, Protected Cell Companies, 2. Aufl. 2010, S. 49; für einen kurzen Überblick siehe *H. Müller*, in: FS Egon Lorenz, 2004, S. 501; zum Finanzplatz Guernsey siehe *Altorfer*, in: Merki, Europas Finanzzentren – Geschichte und Bedeutung im 20. Jahrhundert, 2005, S. 197.

²³ Zu Italien siehe *Feetham/Jones* (Fn. 22), S. 63 ff.; vgl. zur Verbreitung auch *Schurr/Wohlgenannt*, LJZ 2015, 23, 26 f.

²⁴ Sachenrecht vom 31. Dezember 1922 (LGBl. 1923/4).

²⁵ *Schopper/Walch*, Trust, Treuunternehmen und besondere Vermögenswidmungen in Liechtenstein, 2023, Rn. 119.

²⁶ Bericht und Antrag 2014/100, S. 8; vgl. *Helbock*, LJZ 2018, 22, 26.

²⁷ Zu dieser siehe in diesem Band § 1 (*Fleischer/Kolb*), S. 27.

²⁸ *Feetham/Jones* (Fn. 22), S. 49; in Bericht und Antrag 2014/100, S. 10 wird als Jahreszahl 1988 angegeben, wohl mit Blick auf den Delaware Business Trust Act 1988 (vgl. dazu *Feetham/Jones* (Fn. 22) und in diesem Band § 3 (*Stemberg*), S. 77.

²⁹ Vgl. bereits Bericht und Antrag 2014/100, S. 10; *Schurr/Wohlgenannt*, LJZ 2015, 23, 27; *Helbock*, LJZ 2018, 22, 23.

gründet werden muss. 2005 wurden auch in Delaware PCCs zugelassen, sodass *series* LLC und PCC dort seither koexistieren.³⁰

2. *Abteilungsverbandsperson*

Bereits lange bevor in Guernsey eine PCC auch nur angedacht war,³¹ wurde in Liechtenstein 1926 eine ähnliche Rechtsform eingeführt.³² Es handelte sich um die Abteilungsverbandsperson (Art. 620 ff. PGR a. F.). Verbandsperson ist in Liechtenstein ganz allgemein ein Synonym für eine juristische Person.³³ Die Abteilungsverbandsperson ist demnach eine juristische Person mit rechtlich selbständigen Abteilungen. Bemerkenswert sind die Ausführungen im Kurzen Bericht zum PGR, einer Art Gesetzesmaterialie: „Der Gedanke, der in den verselbstständigten Abteilungen zum Ausdruck kommt, findet sich teilweise bei Versicherungsunternehmen, sowie bei modernen wirtschaftlichen Organisationsformen, wie Kartelle und Konzerne verwirklicht.“³⁴

Liechtenstein liefert damit bereits früh einen Ansatz, wie Konzernrecht alternativ gedacht werden könnte. Im deutschen Rechtskreis wird der Konzern traditionell ausgehend von selbständigen Gesellschaften konzipiert, wobei die Mutter(gesellschaft) die Tochter(gesellschaften) mittels Beteiligung oder Vertrag beherrscht. Die Mutter ist eine Gesellschafterin der Tochter. Davon ausgehend ist es z. B. schwierig zu begründen, weshalb die Verwaltungsorgane der Tochter das Interesse am Wohlergehen „ihrer“ Gesellschaft dem Wohlergehen des Konzerns (Konzerninteresse) unterordnen sollen.

Die Abteilungsverbandsperson belässt den einzelnen Abteilungen ihre Rechtspersönlichkeit.³⁵ Diese können z. B. als GmbH oder AG formieren. Zugleich genießt aber auch die Abteilungsverbandsperson selbst – bildlich gesprochen der „Konzern“ – Rechtspersönlichkeit und ist eine eigenständige juristische Person. Freilich stellen sich auch bei einer Abteilungsverbandsperson die klassischen Fragen des Konzernrechts, nämlich der Schutz der Tochtergesellschaften, der (Minderheits-)Gesellschafter und der Gläubiger.³⁶ Jedoch ändert sich bei der Abteilungsverbandsperson der Blickwinkel, von dem ausgehend die Fragen beant-

³⁰ *Feetham/Jones* (Fn. 22), S. 52; zu *series* beim Delaware Statutory Trust siehe § 3 (*Stemberg*), S. 77.

³¹ Die Abteilungsverbandsperson war wohl kein Vorbild für die PCC in Guernsey; missverständlich daher *Schurr/Wohlgenannt*, LJZ 2015, 23, 26, wonach Guernsey im Jahr 1997 dem liechtensteinischen Gesetzgeber „folgte“. Gemeint ist damit wohl nur eine zeitliche Abfolge.

³² Darauf hinweisend auch Bericht und Antrag 2014/69, S. 7 f. und Bericht und Antrag 2014/100, S. 11; *Schurr/Wohlgenannt*, LJZ 2015, 23, 24 f.; *Tschüscher-Alanyurt*, LJZ 2021, 121, 123.

³³ *Motal*, Grundfragen des liechtensteinischen Personen- und Gesellschaftsrechts, 2018, S. 37 f.

³⁴ Kurzer Bericht zum PGR, S. 32; abrufbar unter <https://e-archiv.li/files/lt_a_1925_102_kurzer_bericht%20_pgr.pdf> (18.4.2024).

³⁵ Vgl. *Schurr/Wohlgenannt*, LJZ 2015, 23, 25.

³⁶ Vgl. nur *Kalss*, ZHR 171 (2007), 146, 152 ff.

wortet werden. Die einzelnen Abteilungen verfolgen durchaus eigene Zwecke. Zugleich verfolgen sie – vergleichbar mit einer Gesellschaft, die Gesellschafter einer anderen Gesellschaft ist – auch den Zweck der Abteilungsverbandsperson (bildlich das „Konzerninteresse“). Mit anderen Worten: Beim herkömmlichen Konzern ist die Mutter Gesellschafterin der Tochter, bei der Abteilungsverbandsperson ist die Tochter bildlich gesprochen als eine Art „Gesellschafterin“ der Mutter im weitesten Sinn – freilich ohne Vermögens- und Verwaltungsrechte – mit der Mutter verbunden. Bei dieser neuen Perspektive lässt sich einerseits begründen, weshalb die einzelnen Abteilungen – ähnlich wie bei der Treuepflicht des Gesellschafters – eine Pflicht zur Förderung des Konzerninteresses trifft und andererseits die Abteilungsverbandsperson als „Konzernspitze“ auf ihre Abteilungen Rücksicht nehmen muss.³⁷

Die Abteilungsverbandsperson konnte ihre Praxistauglichkeit nie unter Beweis stellen. Sie hat in Liechtenstein keine Verbreitung gefunden und wurde zusammen mit zahlreichen anderen Rechtsformen 1980 (LGBI. 1980/39) aufgehoben. Wohl versehentlich betraf die Aufhebung allerdings nicht das Treuunternehmen mit Abteilungen, sodass diese Variante des Treuunternehmens – praktisch bedeutungslos – weiterexistieren durfte.³⁸ Anlässlich der Einführung der PCC wurden die Bestimmungen an die PCC angenähert (vgl. insbes. Art. 932a § 2 PGR), sodass das Treuunternehmen mit (Rechts)Persönlichkeit – das eine juristische Person ist – nun wie eine PCC i. S. v. Art. 243 ff. PGR ausgestaltet werden kann.³⁹ Die fehlende Verbreitung der Abteilungsverbandsperson dürfte zum einen damit zusammenhängen, dass sie für die Bedürfnisse des damaligen Finanzplatzes nicht geeignet und außerdem wenig bekannt war, sodass man sich lieber einer herkömmlichen Konzernstruktur bediente. Hinzu kommt ein Problem, das zahlreiche Innovationen des PGR plagt. Viele Rechtsformen, die für die damalige Zeit und selbst heute noch bemerkenswert sind, wurden nicht bis in die letzte Konsequenz durchdacht.⁴⁰ Das PGR wurde nämlich in kurzer Zeit im Wesentlichen von zwei Personen geschaffen, die überdies noch zahlreiche andere Aufgaben zu erfüllen hatten (dazu noch Pkt. IV. 1.). Außerdem gab es praktisch keine fundierte Debatte über die Vorentwürfe. Eine Schwachstelle bildet z. B. die subsidiäre Haftung der Abteilungsverbandsperson für Verbindlichkeiten der Abteilungen (Art. 623 Abs. 1 a. F. PGR), mit der auch die PCC belastet ist (dazu Pkt. III. 3.). Auf den ersten Blick handelt es sich hierbei um eine gelungene Regelung, die

³⁷ Inwieweit Treuepflichten in Liechtenstein, insbesondere bei der liechtensteinischen AG, anerkannt sind, ist mit Blick auf die Schweiz (wo Treuepflichten bei der AG skeptisch begegnet wird) und der – immer noch – bestehenden Verwandtschaft zwischen Schweizer und Liechtensteiner AG klärungsbedürftig, jedoch muss darauf in diesem Rahmen nicht eingegangen werden.

³⁸ Vgl. dazu Bericht und Antrag 2014/69, S. 16 f.; ein Versehen ist angesichts der zahlreichen legislatischen Schwächen der PGR-Novelle 1980 m. E. sogar sehr wahrscheinlich.

³⁹ *Schurr/Wohlgemann*, LJZ 2015, 23, 25.

⁴⁰ So etwa auch die – im Grundsatz beeindruckend innovative – anstaltsähnliche AG; vgl. dazu *Walch*, ZFS 2021, 35, 44.

auch verhindern soll, dass die Abteilungsverbandsperson das Vermögen der Abteilung „ausräumt“, weil sie selbst (subsidiär) für Verbindlichkeiten der Abteilung haftet und daher nichts gewinnt.⁴¹ Allerdings wird durch diese subsidiäre Haftung ein wesentlicher Vorzug der „Konzernierung“, nämlich die Streuung des Haftungsrisikos, ganz wesentlich beeinträchtigt. Hinzu würden auch noch Schwierigkeiten für international verflochtene Konzerne kommen. Eine ausländische (rechtsfähige) Gesellschaft konnte Mitglied einer Abteilungsverbandsperson sein. Jedoch stellte sich die Frage, wie ausländische Rechtsordnungen mit Tochtergesellschaften solcher „konzernartiger“ Gebilde umgehen und ob sie diese wie einen Konzern behandeln würden.

In Ländern wie Deutschland wäre es völlig unrealistisch, das Konzernrecht in Richtung der Abteilungsverbandsperson umzugestalten. Dagegen spricht, dass sich in jahrzehntelanger Praxis ein ziseliertes Konzernrecht gebildet hat, mit dem die Praxis gut zurechtkommt. Allenfalls wäre *de lege ferenda* daran zu denken, zusätzlich ein konzernartiges Gebilde als Alternative zu schaffen. Jedoch dürfte das praktische Bedürfnis nach solch einer Rechtsform nicht stark genug sein. Der historisch-rechtsvergleichende Blick auf die Abteilungsverbandsperson hat daher eher den Charakter eines Gedankenexperiments, das einen alternativen Weg aufzeigt, welcher nicht beschritten wurde.⁴²

Der Vergleich mit der Abteilungsverbandsperson wirft die Frage auf, inwieweit die PCC konzernrechtliche Elemente enthält. Eine Parallele ist sicherlich die Möglichkeit der Haftungsseparierung. Auch kann eine PCC insoweit konzernähnlich ausgestaltet werden, als die Zwecke der einzelnen Zellen einem übergeordneten Zweck dienen können. Allerdings gibt es auch bedeutende Unterschiede. Bei der PCC können die Tätigkeitsbereiche der einzelnen Zellen unabhängig nebeneinanderstehen, solange sie im Zweck der PCC Deckung finden.⁴³ Zu denken ist etwa an eine PCC, die der Ausbeutung einzelner Patente dient, wobei für jedes Patent eine eigene Zelle errichtet wird. Oder an eine gemeinnützige PCC-Stiftung, bei der die Tätigkeiten der einzelnen Zellen völlig unterschiedlich sein können. Z. B. unterstützt eine Zelle die Krebsforschung, während eine andere Zelle junge Künstler fördern soll. Auch dient der Kern und dessen Vermögen grundsätzlich dazu, den Zellen ihre Zweckverfolgung organisatorisch zu ermöglichen,

⁴¹ Dadurch kann nicht verhindert werden, dass Vermögen an eine andere Abteilung transferiert wird, die für die Verbindlichkeiten der Abteilungsverbandsperson und anderer Abteilungen nicht haftet (Art. 623 Abs. 1 a. F. PGR). Allerdings riskiert die Abteilungsverbandsperson dann ihren Konkurs.

⁴² Für eine rechtsvergleichende Umschau in konzernrechtlichen Fragen, sodass originelle Ideen als Anregung dienen können, siehe *Kalss*, ZHR 171 (2007), 146, 149.

⁴³ Bericht und Antrag 2014/100, S. 14; vgl. auch Bericht und Antrag 2014/69, S. 37. Dort wird ausgeführt, dass der Tätigkeitsbereich einer Zelle auch keinem Tätigkeitsbereich einer anderen Zelle entgegenstehen darf (ebenso *Schurr/Wohlgenannt*, LJZ 2015, 23, 29). Im Gesetzeswortlaut schlägt sich dies allerdings nicht nieder, was legislativ kritikwürdig ist; zur Problematik von Materialien *praeter verba legis* siehe nur *Walch*, GesRZ 2019, 308, 309 f. in Fn. 26 m. w. N.

und hat eher eine „dienende“ Rolle (dazu noch Pkt. III. 3.). Im Unterschied dazu sind die Konzern-Tochtergesellschaften häufig Vehikel zur Durchsetzung von Interessen ihrer Mutter.

3. *Praktische Bedeutung*

Die Innovationskraft der PCC mag bedeutend sein. Ihre aktuelle Verbreitung ist es nicht. Im Mai 2021 bestanden lediglich zwölf PCCs.⁴⁴ Sechs sind Aktiengesellschaften, vier eingetragene Stiftungen, eine GmbH und eine Zweigniederlassung einer Unternehmung mit Hauptsitz außerhalb des EWR. Von diesen zwölf Gesellschaften befinden sich zudem zwei in Konkurs und eine in Liquidation.⁴⁵ Bei aktuell immer noch fast 10.000 Stiftungen und knapp 5.000 Aktiengesellschaften entspricht die praktische Bedeutung einem Rundungsfehler.⁴⁶ Eine gewisse Bedeutung erlangt die PCC immerhin dadurch, dass die Einlagensicherung in Liechtenstein als PCC, nämlich die Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungs-Stiftung SV⁴⁷, organisiert ist.

Aus diesen Zahlen sollte nicht vorschnell geschlossen werden, dass die PCC kläglich gescheitert ist. Die Praxis meldet nämlich durchaus Interesse an. Jedoch entpuppen sich häufig die eingeschränkt zulässigen Zwecke (Pkt. III. 2.) als Hemmschuh. Der Gesetzgeber wollte 2014/2015 abwarten, wie sich die PCC entwickelt, und die PCC später für weitere Zwecke öffnen.⁴⁸ Demnach wird es Zeit, dass der Gesetzgeber Farbe bekennt und die PCC reformiert.⁴⁹ In den letzten Jahren gab es auf legislatorischer Ebene tatsächlich immer wieder Diskussionen über die PCC.⁵⁰ Auch ganz aktuell wird eine Reform dem Vernehmen nach diskutiert, wobei im Zeitpunkt der Drucklegung dieses Beitrags noch keine offiziellen Informationen verfügbar waren.⁵¹

⁴⁴ Der Verfasser dankt Mag. *Sabine Lendl* und Mag. *Toni Bühler* vom liechtensteinischen Amt für Justiz für die Überlassung der Daten.

⁴⁵ Zu einer bescheidenen Berühmtheit hat es die „ADCADA Immobilien AG PCC in Konkurs“ gebracht. Diese war Gegenstand der Entscheidung des EFTA-Gerichtshofs, 18.6.2021 – E-10/20, wobei es dort aber nicht um spezifisch PCC-rechtliche Fragen ging.

⁴⁶ Zu den aktuellen Zahlen der bestehenden Rechtsformen in Liechtenstein siehe Rechenschaftsbericht der Regierung an den Hohen Landtag 2022 (Fn. 9), S. 429.

⁴⁷ Vgl. zum Rechtsformzusatz SV Fn. 2.

⁴⁸ Bericht und Antrag 2014/69, S. 14 und S. 22.

⁴⁹ So bereits *Helbock*, LJZ 2018, 22, 30 f.; für eine Ausweitung der zulässigen Zwecke ausführlich *Tschüscher-Alanyurt*, LJZ 2021, 121; ferner *J. Nigg*, Die Segmentierte Verbandsperson (Protected Cell Company) nach liechtensteinischem Recht, 2023, 19 f.

⁵⁰ Für das Jahr 2022 andeutend Rechenschaftsbericht 2022 (Fn. 9) S. 100.

⁵¹ Im Zuge der Reform müssten neben der Erweiterung der zulässigen Zwecke auch Defizite beim Haftungsregime (siehe Pkt. III. 4.) behoben werden.

III. Grundstrukturen der PCC

1. Rechtsnatur

Die PCC ist eine juristische Person. Als solche ist sie rechtsfähig (Art. 109 PGR). Dagegen genießen die Zellen selbst keine Rechtsfähigkeit (Art. 243 Abs. 3 PGR).⁵² Die liechtensteinische PCC ist somit keine Incorporated Cells Company (ICC)^{53, 54} Je nachdem, welche Rechtsform der PCC zugrunde liegt, handelt es sich um eine Körperschaft (AG; GmbH) oder um ein stiftungsähnliches Gebilde ohne Mitglieder (Stiftung oder Anstalt).

Nach Art. 243 Abs. 2 PGR kann die PCC eine oder mehrere Zellen haben. Eine PCC mit nur einer Zelle erscheint auf den ersten Blick wenig zweckmäßig, weil diese keinen wesentlichen Vorteil gegenüber einer „gewöhnlichen“ juristischen Person aufweist. Nach den Gesetzesmaterialien kann es immerhin Konstellationen geben, bei denen eine PCC mit nur einer Zelle sinnvoll ist, z. B. wenn Risiken eines bestimmten Geschäftsbereiches ausgelagert werden.⁵⁵ Unabhängig davon muss es sich bei der Ein-Zellen-PCC um keinen Dauerzustand handeln, weil nachträglich neue Zellen geschaffen werden können. Außerdem kann es vorkommen, dass die weiteren Zellen aufgelöst werden und nur noch eine einzige Zelle verbleibt. Eine *ipso-iure*-Fusion mit dem Kern wäre aus Gläubigerschutzgründen bedenklich und eine erzwungene Auflösung überschießend. Demnach ist eine PCC mit nur einer Zelle *de lege lata* zulässig und sollte dies *de lege ferenda* auch sein.

Fraglich ist hingegen, ob eine PCC ohne eine einzige Zelle bestehen kann. Mit Blick auf Art. 243 Abs. 2 PGR darf solch eine PCC jedenfalls nicht neu gegründet (bzw. umgewandelt) werden: Hierfür ist nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut zumindest eine Zelle erforderlich. Davon zu unterscheiden ist das Schicksal der PCC, wenn später keine Zelle mehr existiert und im Extremfall auch keine Zelle mehr hinzukommen wird. Wirtschaftlich betrachtet handelt es sich dann um eine „gewöhnliche“ juristische Person, weil sie wie diese nur über einen einzigen Haftungsfonds – das Kernvermögen – für all ihre Gläubiger verfügt. Die Lösung liegt in den Bestimmungen über das sogenannte Vernichtbarkeitsverfahren (Art. 125 ff. PGR), die unter engen Voraussetzungen bei wesentlichen Mängeln anlässlich der Gründung die erzwungene Auflösung einer juristischen Person *ex nunc* ermöglichen. Welche Mängel wesentlich i. S. d. Vernichtbarkeitsverfahrens sind, definiert das PGR jeweils explizit.⁵⁶ Das Fehlen aller Zellen wird im PGR

⁵² Bericht und Antrag 2014/69, S. 37; *Schurr/Wohlgemant*, LJZ 2015, 23, 25.

⁵³ Vgl. zur ICC kurz *Feetham/Jones* (Fn. 22), S. 29.

⁵⁴ *Helbock*, LJZ 2018, 22, 24; anders noch die Abteilungsverbandsperson, siehe Pkt. II. 2.

⁵⁵ Bericht und Antrag 2014/69, S. 36; *Niegel*, JEV 2024, 18, 19.

⁵⁶ Art. 279 Abs. 2 PGR für die AG; Art. 369 Abs. 1 PGR für die Kommanditaktiengesellschaft; Art. 377 Abs. 2 PGR für die Anteilsgesellschaft; Art. 390 Abs. 3 PGR für die GmbH; Art. 430 Abs. 2 PGR für die Genossenschaft; Art. 484 Abs. 4 PGR für die kleine Genossenschaft; Art. 497 Abs. 2 PGR für den Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit; Art. 536 Abs. 3 PGR für die Anstalt; Art. 552 § 16 Abs. 3 PGR für die Stiftung.

nicht als wesentlicher Mangel erwähnt, weshalb dies nach Wortlaut und Systematik des PGR nicht die Vernichtbarkeit i. S.e. Auflösung *ex nunc* begründet.

Dieses Auslegungsergebnis würde sich ändern, wenn eine planwidrige Gesetzeslücke vorläge, d. h. der Gesetzgeber lediglich vergaß, eine Bestimmung vorzusehen, wonach das Fehlen aller Zellen einen wesentlichen Mangel begründet. Diese planwidrige Gesetzeslücke müsste dann im Wege der Rechtsfortbildung geschlossen werden. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber die Frage offenbar übersehen hat. Andernfalls wäre es nahegelegen, in Art. 243c PGR klarzustellen, ob es sich bei den Erfordernissen in Art. 243c Abs. 1 PGR um wesentliche Bestimmungen i. S. d. Vernichtbarkeitsverfahrens handelt.

Umgekehrt lässt sich ein historischer Gesetzgeberwillen, wonach das Fehlen aller Zellen bewusst nicht als wesentlicher Mangel gesehen wurde, was eine planwidrige Gesetzeslücke ausschließen würde, nicht feststellen. Demnach ist die Frage vor allem anhand einer teleologischen und systematischen Auslegung zu beantworten.

Auf den ersten Blick könnte man argumentieren, dass für den Rechtsverkehr keine Irreführungsgefahr besteht, wenn er auf eine PCC vertraut, die sich dann als „gewöhnliche“ juristische Person entpuppt. Während nämlich im umgekehrten Fall – vermeintliche „gewöhnliche“ juristische Person stellt sich als PCC heraus – das Vertrauen auf einen unbeschränkten Haftungsfonds enttäuscht wird, ist die Rechtslage für einen potentiellen Gläubiger, der irrtümlich von einer PCC ausgeht, bei abstrakter Betrachtung in Wahrheit sogar günstiger als von ihm angenommen.⁵⁷ Der Gläubiger vermeint allenfalls, im Haftungsfall nur auf einen Teil des Vermögens zugreifen zu können, wobei ihm in Wahrheit aber das gesamte Vermögen als Haftungsfonds dient. Zu berücksichtigen ist jedoch die Wertung des Art. 243a Abs. 6 PGR, wonach bei der Umwandlung einer PCC in eine „gewöhnliche“ juristische Person dieselben gläubigerschützenden Bestimmungen greifen wie bei einer Umwandlung einer „gewöhnlichen“ juristischen Person in eine PCC.⁵⁸ Das Argument einer fehlenden Irreführungseignung entspricht demnach nicht den Wertungen des Gesetzgebers. Ansonsten müsste nämlich die Umwandlung einer PCC in eine „gewöhnliche“ juristische Person ohne weitere Gläubigerschutzvorkehrungen zulässig sein. Bei näherer Betrachtung ist m. E. eine differenzierende Lösung geboten. Ganz allgemein beeinträchtigt die Umwandlung einer PCC in eine „gewöhnliche“ juristische Person die Interessen von Gläubigern finanziell potenter Zellen. Werden Kern und Zellen „verschmolzen“, konkurrieren diese Gläubiger plötzlich mit den Gläubigern anderer – u. U. weniger finanzkräftiger – Zellen und des Kerns, weil es nur noch einen einzigen Haftungs-

⁵⁷ Als Gläubiger des Kernvermögens ist er nie bessergestellt als der Gläubiger einer „gewöhnlichen“ juristischen Person. Denn er konkurriert aufgrund der subsidiären Haftung des Kernvermögens auch mit Gläubigern von Zellen.

⁵⁸ Vgl. dazu Bericht und Antrag 2014/69, S. 41 („Bestimmung trägt dem Gläubigerschutzgedanken Rechnung“).

fonds gibt. Sie sind daher schutzbedürftig. Gibt es allerdings keine einzige Zelle mehr, hat die PCC nur noch einen Haftungsfonds, nämlich das Kernvermögen. Die Gläubiger werden offenkundig durch eine Umwandlung der PCC in eine „gewöhnliche“ juristische Person nicht schlechter gestellt. Daher erscheint es rechtsfortbildend überzeugend, dass sich eine PCC, die über keine einzige Zelle mehr verfügt, ohne Einhaltung des Gläubigerschutzverfahrens (nach Art. 243a Abs. 3 – Abs. 5 PGR) umwandeln darf. Die Bestimmungen wären dann für die Fallgruppe „PCC ohne eine einzige Zelle“ teleologisch zu reduzieren. Auf eine formale Umwandlung inkl. Beschluss nach Art. 243a Abs. 2 i. V. m. Abs. 6 PGR wird man aber nicht verzichten können, d. h. die PCC wird nicht *ipso iure* zur „gewöhnlichen“ juristischen Person. Eine Pflicht, sich umzuwandeln, kann aus dieser erleichterten Umwandlungsmöglichkeit ebenfalls nicht abgeleitet werden.

Im Ergebnis führt das Fehlen von Zellen nicht zur *ipso-iure*-Auflösung der PCC. Die PCC dürfte sich dann aber rechtsfortbildend unter erleichterten Bedingungen umwandeln können.

2. Gründung und zulässige Gesellschaftszwecke

Eine PCC kann gegründet werden, indem eine juristische Person neu geschaffen und von Anfang an als PCC ausgestaltet wird (Art. 243 PGR). Eine Alternative dazu ist die Umwandlung einer bestehenden „gewöhnlichen“ juristischen Person in eine PCC (Art. 243a PGR).

Im zuletzt genannten Fall sind die Interessen der Gesellschafter⁵⁹ und der Altgläubiger zu berücksichtigen, die beide ein Interesse am Fortbestand als „gewöhnliche“ juristische Person haben können. Eine Umwandlung gegen den Willen eines Minderheitsgesellschafters wird praktisch kaum je vorkommen. Ggf. werden seine Interessen jedoch insoweit berücksichtigt, als (1.) eine Umwandlung nur aufgrund einer statutarischen Bestimmung erfolgen kann und (2.) die Umwandlung in eine PCC eines weiteren Beschlusses bedarf. Nach Art. 243a Abs. 2 PGR können die Statuten für den Umwandlungsbeschluss auch ein anderes Organ als das oberste Organ (Mitgliederversammlung) bestimmen, sodass der Schutz des Minderheitsgesellschafters zumindest insoweit nicht unentziehbar ist.

Der Gesetzgeber hat offenbar besonderes Augenmerk darauf gelegt, dass sich auch eine Stiftung nachträglich in eine PCC umwandeln kann.⁶⁰ Hat sich der Stifter ein Änderungsrecht (Art. 552 § 30 PGR) vorbehalten, kann er nachträglich in die Stiftungsurkunde einen Passus über die Umwandlungsmöglichkeit aufnehmen. Die Umwandlung selbst wird dann durch den Stiftungsrat beschlossen, der ausweislich der Gesetzesmaterialien insoweit als oberstes Organ i. S. v. Art. 243a Abs. 2 PGR gilt.⁶¹

⁵⁹ So es diese gibt, wie bei der AG und der GmbH.

⁶⁰ Bericht und Antrag 2014/69, S. 39 (vgl. auch S. 25 f.).

⁶¹ Bericht und Antrag 2014/69, S. 39.

Welche Voraussetzungen für den statutenändernden Beschluss und in der Folge für den Umwandlungsbeschluss gelten, ist in Art. 243 ff. PGR nicht geregelt und richtet sich daher nach den für die jeweilige „gewöhnliche“ juristische Person geltenden Bestimmungen.⁶² Ganz allgemein bedürfen Beschlüsse eines obersten Organs der einfachen Mehrheit der anwesenden zählbaren Stimmen, wobei mindestens ein Zehntel aller Stimmen vertreten sein muss (Art. 172 Abs. 1 PGR). Statutenänderungen bedürfen einer Dreiviertelmehrheit der anwesenden zählbaren Stimmen, wobei mindestens die Hälfte aller Anteile vertreten sein müssen (Art. 174 Abs. 1 PGR). Zu berücksichtigen sind aber auch Beschlusserfordernisse der einzelnen Rechtsformen selbst. So ist etwa bei einer Aktiengesellschaft eine Dreiviertelmehrheit der anwesenden zählbaren Stimmen erforderlich, wobei mindestens zwei Drittel aller Aktien vertreten sein muss, wenn der Gesellschaftszweck „umgewandelt“ wird oder sich die AG in eine andere juristische Person umwandelt (Art. 293 PGR). Ginge man davon aus, dass die Umwandlung in eine PCC – auch wenn es sich nur um eine Variante der AG handelt (Pkt. I.) – eine Umwandlung i. S. v. Art. 293 PGR wäre, müsste die Bestimmung mit den entsprechend höheren Quoren anwendbar sein.

Eine PCC darf nach Art. 243 Abs. 1 PGR nur folgende Zwecke verfolgen:

- Erwerb, Verwaltung und Verwertung von Beteiligungen an anderen Unternehmen (Tochterunternehmen);
- Verwertung von Urheberrechten, Patenten, Marken, Mustern oder Modellen;
- Einlagensicherungs- und Anlegerschutzsysteme;
- und gemeinnützige oder wohltätige Zwecke.

Die PCC ermöglicht die Errichtung einer sogenannten (gemeinnützigen) „Dachstiftung“, bei der die „Unterstiftungen“ keine rechtlich eigenständigen Stiftungen sind, aber dennoch eine Haftungsseparierung erfolgt.⁶³ Indem jede „Unterstiftung“ eine eigene Zelle bildet, besteht zwischen diesen keine Haftungsgemeinschaft. Der Zweck muss ausschließlich gemeinnützig sein.⁶⁴ Einer gemischten Stiftung, die gemeinnützige und andere Zwecke verfolgt (was in Liechtenstein durchaus vorkommt), ist die PCC daher verschlossen.

Der Erwerb, die Verwaltung und Verwertung von Beteiligungen weisen eine eingeschränkte konzernrechtliche Dimension auf (siehe bereits Pkt. II.2.). Dem historischen Gesetzgeber schwebten allerdings vor allem sogenannte Family Offices vor, die bei der Vermögensverwaltung sehr wohlhabender Personen eingesetzt werden.⁶⁵

⁶² Vgl. dazu allgemein Bericht und Antrag 2014/69, S. 16 („gelten zunächst die jeweiligen allgemeinen Vorschriften zu den einzelnen Verbandspersonen“).

⁶³ Bericht und Antrag 2014/69, S. 18; *Schurr/Wohlgenannt*, LJZ 2015, 23, 27; *Niegel*, JEV 2024, 18, 20.

⁶⁴ Bericht und Antrag 2014/69, S. 29.

⁶⁵ Bericht und Antrag 2014/69, S. 19.

Immaterialgüterrechte werden häufig – auch aus steuerlichen Gründen – auf Gesellschaften übertragen und von diesen ausgebeutet. Die PCC erlaubt hier eine Haftungsseparierung, ohne dass für jedes Immaterialgüterrecht eine eigene Gesellschaft gegründet werden müsste.

Die Einlagensicherung ist in Liechtenstein in Form einer PCC geregelt. Die einzelnen „Branchen“ (z. B. Banken und Vermögensverwaltungsgesellschaften) sind in eigenen Zellen organisiert, sodass eine „Branche“ nicht für die andere haftet.

Die zulässigen Zwecke können auch kombiniert werden.⁶⁶ Einschränkungen bei den zulässigen Zwecken, insbesondere die Ausklammerung finanzmarktrechtlich beaufsichtigter Bereiche,⁶⁷ vor allem des Versicherungsbereichs,⁶⁸ der ein klassisches Anwendungsfeld der PCC bildet,⁶⁹ erfolgten bewusst, um aufsichtsrechtliche Fragen zu vermeiden.⁷⁰ Dies wird durch einen hohen Preis erkauft, weil die PCC potentielle Anwendungsfelder verliert.

3. Geschäftsführung und Vertretung

Die einzelnen Zellen haben keinen organschaftlichen Vertreter. Organschaftlicher Vertreter ist das Verwaltungsorgan der (stets rechtsfähigen) juristischen Person selbst.⁷¹ Es ist jedoch zulässig, einer Person rechtsgeschäftlich Vollmacht zu erteilen (§§ 1002 ff. ABGB) und diese Vollmacht auf Rechtsgeschäfte zu beschränken, welche die Zelle betreffen. Vertragspartner wird stets die PCC, mangels Rechtsfähigkeit nie die Zelle.

Der organschaftliche Vertreter hat im Außenverhältnis mehrere „Hüte“, die er aufsetzen kann. Einerseits kann er für die juristische Person selbst handeln, sodass diese verpflichtet wird. Als Haftungsfonds steht dem Vertragspartner dann das Kernvermögen zur Verfügung. Andererseits kann er für eine Zelle handeln. Vertragspartner ist wie erwähnt auch hier die juristische Person selbst, jedoch handelt diese „treuhänderisch“ für die Zelle. Vor- und Nachteile des Rechtsgeschäfts sind der Zelle zugewiesen. Dem Gläubiger haftet – die subsidiäre Haftung des Kernvermögens (dazu Pkt. III.4.) ausgeklammert – nur das Vermögen der jeweiligen Zelle. Dies ist z. B. auch bei der Formulierung des Klagebegehrens zu berücksichtigen, aus dem die eingeschränkte Haftung hervorgehen muss.

⁶⁶ Bericht und Antrag 2014/69, S. 29.

⁶⁷ Vgl. Bericht und Antrag 2014/100, S. 12.

⁶⁸ Vgl. Bericht und Antrag 2014/100, S. 13.

⁶⁹ *Schurr/Wohlgenannt*, LJZ 2015, 23, 28; zum Anwendungsfeld der PCC im Versicherungsbereich siehe *H. Müller* (Fn. 22), S. 501; auch in den USA ist die PCC im Versicherungsbereich erfolgreich, siehe *Feetham/Jones* (Fn. 22), S. 60 f.

⁷⁰ Bericht und Antrag 2014/69, S. 14.

⁷¹ Vgl. dazu Bericht und Antrag 2014/69, S. 44 f.; *Schurr/Wohlgenannt*, LJZ 2015, 23, 30; *Tschüscher-Alanyurt*, LJZ 2021, 121, 125; *Niegel*, JEV 2024, 18, 22.

Die Rechtslage weist Parallelen zu einem Treuhänder (Trustee) eines liechtensteinischen Trusts (Art. 897 ff. PGR) auf.⁷² Der Trust selbst ist nicht rechtsfähig, weshalb nur der Treuhänder Vertragspartner eines Dritten werden kann. Setzt sich der Treuhänder den „Treuhänder-Hut“ auf und handelt für den Trust, werden diesem die Vor- und Nachteile aus dem Rechtsgeschäft zugewiesen und dem Dritten haftet – eine allfällige subsidiäre Haftung des Treuhänders ausgeklammert – nur das Vermögen des Trusts (Treugut).⁷³

Im Innenverhältnis hat die Zelle kein eigenes Geschäftsführungsorgan. Organe hat nur die juristische Person selbst. Allerdings kann – anders als im Außenverhältnis⁷⁴ – ein Organ der juristischen Person eingerichtet werden, dessen Befugnisse und Aufgaben sich auf eine Zelle beschränken.⁷⁵ Letztlich wird damit ein ähnliches Ergebnis erzielt. Zu berücksichtigen ist aber, dass es sich dennoch um ein Geschäftsführungsorgan der juristischen Person handelt, sodass dieses z. B. auch ressortübergreifende Kardinalpflichten gegenüber der juristischen Person treffen.

Die Struktur als PCC wirft auch neue gesellschaftsrechtliche Fragen auf. Herkömmlich trifft das Verwaltungsorgan eine Treuepflicht (Interessenwahrungspflicht) gegenüber der Gesellschaft – bildlich gesprochen ist sie „Treuhänder“ des Gesellschaftsvermögens. Bei der PCC trifft das Verwaltungsorgan eine Treuepflicht jeweils gegenüber der juristischen Person selbst, aber auch gegenüber den einzelnen Zellen. Um im Bilde zu bleiben, ist das Verwaltungsorgan „Treuhänder“ sowohl des Kernvermögens als auch der Zellvermögen. Bei widerstreitenden Interessen entsteht ein Interessenkonflikt, der aufgelöst werden muss. Beispiel: Der Verwaltungsrat erfährt von einer günstigen Geschäftschance. Er kann das Geschäft für die juristische Person selbst (~ Kern) abschließen, aber auch für die Zelle A oder die Zelle B.

Art. 243d Abs. 2 PGR verweist für das Verhältnis zwischen der juristischen Person (Kern) und den Zellen auf die Bestimmungen über den Trust.⁷⁶ Daraus folgt, dass der Verwaltungsrat primär die Interessen der Zellen zu verfolgen hat. Offenbar soll der Kern vor allem dazu dienen, das Betreiben der Zellen zu ermöglichen, und hat daher eine „dienende“ Funktion. Offen bleibt, wie es um widerstreitende Interessen zwischen den Zellen steht (z. B. Aufteilungsschlüssel

⁷² Darauf hinweisend Bericht und Antrag 2014/100, S. 16.

⁷³ Schopper/Walch (Fn. 25), Rn. 865 ff; zum Handeln für verschiedene Vermögensmassen siehe auch Dubarry/J. W. Flume, ZEuP 2012, 128, 145 f., die selbst aber offenbar ein reines Haftungsmodell präferieren, weil sie dem Gedanken zweier Vermögensmassen für eine Person nicht viel abgewinnen können.

⁷⁴ Vgl. Art. 187 ff. PGR; missverständlich, weil suggeriert wird, die Vertretungsmacht könne (wohl ähnlich einer Ressortverteilung) auf eine Zelle beschränkt werden, Bericht und Antrag 2014/69, S. 44 f.; die Vertretungsbefugnis ist aber (insoweit) unbeschränkbar, ein anderes Verständnis der Bestimmungen wäre schlicht richtlinienwidrig (vgl. Art. 9 RL (EU) 2017/1132 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts).

⁷⁵ So wohl auch Bericht und Antrag 2014/69, S. 45; Schurr/Wohlgemann, LJZ 2015, 23, 30.

⁷⁶ Vgl. Helbock, LJZ 2018, 22, 26 f.

der Organisationskosten; Zuweisung von Vorteilen). Insoweit kann vielleicht die aus dem Trustrecht stammende *duty to act impartially* fruchtbar gemacht werden.⁷⁷ Diese bezieht sich eigentlich auf das Verhältnis zu miteinander konkurrierenden Begünstigten eines Trusts. Sie wird etwa schlagend, wenn sich eine Begünstigung auf die Erträge bezieht, während eine andere Begünstigung das Stammvermögen betrifft. Der Treuhänder muss bei der Anlage des Treuguts die widerstreitenden Interessen – möglichst hohe Erträge einerseits, möglichst geringes Risiko für das Stammvermögen andererseits – in Einklang bringen, was auf eine Art „Gleichbehandlungsgebot“ hinausläuft, das den Ermessensspielraum etwas einschränkt. Dagegen ist die Situation bei der PCC eher mit einem Treuhänder vergleichbar, der mehrere Trusts verwaltet, als mit einem Trust, der mehrere Begünstigte hat. Dennoch wird es auch hier ein Gleichbehandlungsgebot geben, die groben Ungleichbehandlungen der Zellen durch das Verwaltungsorgan entgegensteht.⁷⁸

4. Haftungsregime

Das Haftungsregime der PCC ist in nur einer Bestimmung (Art. 243 f. PGR) geregelt, aber dennoch Dreh- und Angelpunkt der PCC. Umso schwerer wiegt, dass es bei näherer Betrachtung legislativ missglückt ist und die Attraktivität der PCC insgesamt in Frage stellt.⁷⁹

Die Regelung ist geprägt von einer Dichotomie zwischen vertraglichen und außervertraglichen Ansprüchen. Dahinter steht die Überlegung, dass sich ein potentieller Vertragspartner die PCC als Vertragspartner aussucht und ihm daher die eingeschränkte Haftung eher zumutbar ist als einem Dritten, der ohne vertragliche Beziehung zur PCC einen Schaden erleidet.⁸⁰

Berücksichtigt man allerdings, dass dem Risiko deliktischer Schadenersatzansprüche alternativ durch Errichtung einer juristischen Person (GmbH) vorgebeugt werden kann, überzeugt dies nicht restlos. Die PCC zieht ihre rechtspolitische Überzeugungskraft ganz allgemein aus der Überlegung, dass das Haftungsrisiko stattdessen durch Errichtung mehrerer juristischer Personen (GmbH) begrenzt werden könnte (Pkt. I.). Dann wäre es aber wertungskonsistent, auch eine Begrenzung des Risikos vor deliktischen Haftungen bei der PCC zuzulassen. Bei rechtsmissbräuchlichen Gestaltungen durch Gründung zahlreicher juristischer Personen ist ausnahmsweise an einen Haftungsdurchgriff zu denken. Gespiegelt

⁷⁷ Vgl. zu dieser Pflicht *Bösch*, in: FS Karth, 2013, S. 59; *Schopper/Walch* (Fn. 25), Rn. 777; *Hayton/Matthews/Mitchell*, Underhill and Hayton Law of Trusts and Trustees, 19. Aufl. 2016, Rn. 44.1 ff.

⁷⁸ Vgl. dazu (bei mehreren Treugebern einer Treuhand – wobei nur eine eingeschränkte Gleichbehandlungspflicht angenommen wird) *Löhnig*, Treuhand, 2006, S. 560 f.

⁷⁹ Ausführlich bereits *Caramanica/Walch*, LJZ 2020, 138; vgl. nun auch *J. Nigg* (Fn. 49), S. 52 ff.

⁸⁰ Bericht und Antrag 2014/100, S. 20 f.; *Schurr/Wohlgenannt*, LJZ 2015, 23, 32 f.; *Helbock*, LJZ 2018, 22, 27.

auf die PCC würde dies bedeuten, dass nur ausnahmsweise bei Rechtsmissbrauch (Art. 2 Abs. 2 PGR) das Kernvermögen haften müsste und ansonsten ausschließlich das Vermögen jener Zelle, der die schadensträchtige Tätigkeit zuzurechnen ist. Möchte man trotzdem partout eine Haftung von Kernvermögen und Vermögen der Zelle, wäre es zweckmäßiger, eine primäre Haftung des Zellvermögens vorzusehen.

Bei vertraglichen Ansprüchen haftet nach Art. 243f Abs. 2 PGR primär das Vermögen der Zelle. Subsidiär auch das Kernvermögen. Unter der Prämisse der Kenntnis des Vertragspartners, mit einer PCC zu kontrahieren, ist solch eine subsidiäre Haftung des Kernvermögens nicht erforderlich. Sie führt *de lege ferenda* zu inakzeptablen Ergebnissen. Reicht das Zellvermögen zur Erfüllung eines Anspruchs nicht aus, wird häufig auch das (meist geringe) Kernvermögen insuffizient sein. Damit fällt aber nicht nur die Zelle in Konkurs (Art. 243 f. Abs. 4 PGR), sondern die gesamte PCC, weil über das Kernvermögen ebenfalls das Konkursverfahren eröffnet wird. Die verbleibenden „gesunden“ Zellen müssen dann entweder jeweils auf eigene juristische Personen oder auf eine neue PCC übertragen werden, die aber bei nächster Gelegenheit wieder in die Luft gesprengt wird. Somit ist die PCC zwar nicht völlig ungeeignet, das in den Zellen gelagerte Vermögen vor einem Haftungszugriff zu schützen, wenn eine andere Zelle oder der Kern konkursit wird. Die Zellen werden durch den Konkurs jedoch in Mitleidenschaft gezogen, weil sie auf ein neues Konstrukt übertragen werden müssen, sobald eine andere Zelle den Konkurs des Kerns (und damit der PCC) verursacht.

Erstaunlich ist, dass dem Gesetzgeber die aufgezeigte Problematik zumindest in ihren Grundzügen bewusst war. Ein Abgeordneter warf nämlich in den Beratungen ebendiese Frage auf.⁸¹ Der einzige Tipp, den der Gesetzgeber der Praxis mit auf den Weg gab, war die Empfehlung, in den Statuten Vorkehrungen zu treffen, dass die gesunden Zellen auf eine neue PCC übertragen werden oder fortan eigene juristische Personen bilden sollen.⁸² Dem Vernehmen nach ist das misslungene Haftungskonzept unter anderem darauf zurückzuführen, dass die PCC im Gesetzgebungsprozess zum Teil umstritten war. Vielleicht sollte es Kritikern, die einen unzureichenden Gläubigerschutz beklagten, den Wind aus den Segeln nehmen. Träfe dies zu, wäre es ein weiterer Beleg dafür, dass zu große Kompromisse den Erfolg einer Rechtsforminnovation be- und sogar verhindern können.

5. Einzelne Zellen

Bei PCCs wird⁸³ häufig ein Bedürfnis danach bestehen, flexibel neue Zellen zu errichten und bestehende Zellen zu liquidieren.⁸⁴ Umso mehr überrascht es, dass Art. 243 ff. PGR nur die Errichtung von Zellen anlässlich der Gründung der PCC

⁸¹ Bericht und Antrag 2014/100, S. 19.

⁸² Bericht und Antrag 2014/100, S. 23.

⁸³ Angesichts der geringen praktischen Bedeutung vielleicht besser: „würde“.

⁸⁴ Implizit z. B. auch Bericht und Antrag 2014/69, S. 15 („Kostensparnis bei der Einrichtung neuer Zellen“).

regeln, nicht aber im späteren Lebenszyklus der PCC. Angesichts der Bedeutung der Zellen als *unique selling point* der PCC liegt hier ein legistisches Defizit vor, das bei einer allfälligen Reform behoben werden sollte. Bis dahin müssen die Fragen mittels Rückgriffs auf allgemeine gesellschaftsrechtliche Grundsätze und Analogien beantwortet werden.

Die Zellen sind – ähnlich wie z. B. das Grundkapital – Teil der Verfassung (Statuten, Beistatuten, Reglemente) der PCC. Die Errichtung einer neuen Zelle ist eine Änderung dieser Verfassung. Aus Art. 243 Abs. 2 – Abs. 4 PGR folgt, dass die Zellen nicht zwingend in den Statuten zu regeln sind, sondern die Regelungen auch in einem Reglement enthalten sein können. Das Reglement als Alternative zur Statutenbestimmung soll primär für eine stärkere Anonymität sorgen. Es kann aber auch vorzugswürdig sein, um zu verhindern, dass bei jeder neu errichteten Zelle die Statuten geändert werden müssen.⁸⁵

Als Änderung der Verfassung ist die Errichtung neuer Zellen ein Grundlagengeschäft, für die daher das oberste Organ (Gesellschafterversammlung) zuständig ist. Allerdings können die Statuten auch ein anderes Organ hierfür vorsehen. Dies folgt aus einer analogen Anwendung von Art. 243a Abs. 2 PGR, wonach die Umwandlung in eine PCC aufgrund eines Beschlusses des obersten Organs erfolgt, sofern nicht die Statuten ein anderes Organ bestimmen. Können die Statuten selbst für die Entscheidung über die Umwandlung einer „gewöhnlichen“ juristischen Person in eine PCC ein anderes Organ ermächtigen, muss dies erst recht für die Errichtung neuer Zellen gelten.

Art. 243a Abs. 2 PGR liefert auch einen Anhaltspunkt, wie bei einer Stiftung PCC neue Zellen errichtet werden können. Die Stiftung ist ein eigentümerloses Gebilde, weshalb sich die Frage stellt, wer ihr oberstes Organ ist. Nach den Materialien soll bei Art. 243a Abs. 2 PGR der Stiftungsrat (Verwaltungsorgan) insoweit die Rolle des obersten Organs übernehmen, d. h., er kann bei einer entsprechenden Statutenbestimmung den Umwandlungsbeschluss fassen.⁸⁶ Auch die Entscheidung über die Errichtung neuer Zellen wird bei der Stiftung durch den Stiftungsrat getroffen werden. Es empfiehlt sich jedenfalls, die Ermächtigung ausdrücklich in den Statuten zu regeln.

Der zweite relevante Fragenkreis betrifft den Gläubigerschutz bei der Errichtung neuer Zellen. Im Ausgangspunkt besteht bei der Errichtung weiterer Zellen eine Parallele zur ursprünglichen Errichtung, weil sich ganz ähnliche Fragen stellen. Aus dem Kapitalgesellschaftsrecht ist das Bild der Kapitalerhöhung als „Zusatzgründung“ bekannt.⁸⁷ Für die (potentiellen) Gesellschaftsgläubiger soll es mit Blick auf die Kapitalaufbringung keinen Unterschied machen, ob eine

⁸⁵ Vgl. Bericht und Antrag 2014/69, S. 42; vgl. dazu auch *J. Nigg* (Fn. 49), S. 25 f.

⁸⁶ Bericht und Antrag 2014/69, S. 39 (siehe auch S. 25); freilich ist die Bezeichnung des Stiftungsrats als oberstes Organ – obgleich dies auch in der Praxis häufig vorkommt – zumindest ungenau, weil eine Stiftung kein Oberstes Organ hat; dazu *Schopper/Walch* (Fn. 25), Rn. 1595; vgl. auch *J. Nigg* (Fn. 49), S. 29; *Niegel*, JEV 2024, 18, 21.

⁸⁷ Vgl. österreichischer OGH 13.6.1990 6 Ob 14/90; *Walch*, NZ 2018, 161, 162 ff.

GmbH mit einem Stammkapital i. H. v. € 100.000 gegründet wird oder zunächst mit einem Stammkapital i. H. v. € 50.000 verbunden mit einer kurz darauf erfolgenden Kapitalerhöhung um weitere € 50.000. Dies spricht dafür, an die Kapitalerhöhung ähnliche Anforderungen zu stellen wie an die ursprüngliche Aufbringung des Stammkapitals anlässlich der Gründung.⁸⁸ Auch bei der PCC sollte es aus Gläubigersicht grundsätzlich keine Rolle spielen, ob eine Zelle anlässlich der Gründung der PCC oder erst später errichtet wird. Die Gefahr für die Gläubiger besteht nicht in der fehlerhaften Aufbringung des Grundkapitals wie bei einer Kapitalerhöhung, sondern – vergleichbar mit der Kapitalherabsetzung – in der Schmälerung des Haftungsfonds für die Altgläubiger der PCC.⁸⁹

Keine Gefahr für die Altgläubiger der PCC entsteht dann, wenn die Mittel, mit der die neue Zelle ausgestattet wird, von einem Dritten stammen.⁹⁰ Beispiel: Eine Stiftung PCC ermöglicht die Errichtung neuer Zellen, welche gemeinnützigen Zwecken dienen. Der Vorteil gegenüber der Errichtung einer eigenen gemeinnützigen Stiftung besteht vor allem darin, dass Verwaltungskosten gespart werden, weil diese auf mehrere Zellen zu verteilen sind. Steuert nun ein Dritter als „Stifter“ die Mittel der neuen Zelle bei, fließen keine Mittel der PCC (ihres Kernvermögens) ab. Die Interessen der Altgläubiger des Kernvermögens werden nur insoweit tangiert, als diese aufgrund der subsidiären Haftung des Kernvermögens für Verbindlichkeiten der Zellen nunmehr auch mit Gläubigern der neuen Zelle konkurrieren. Indessen sind die Altgläubiger des Kernvermögens ganz allgemein nicht davor geschützt, dass die PCC neue Verbindlichkeiten eingeht und dadurch neue Gläubiger hinzukommen. Sie sind daher insoweit nicht schützenswert.

Völlig anders ist die Interessenlage, wenn Vermögen aus dem Kern in die neu errichtete Zelle fließt. Dieses Vermögen steht den Altgläubigern des Kernvermögens nicht mehr als Haftungsfonds zur Verfügung,⁹¹ weshalb ihre Interessen gravierend beeinträchtigt werden. Die Interessenlage ist vergleichbar mit der Segmentierung des Vermögens einer „gewöhnlichen“ juristischen Person anlässlich ihrer Umwandlung in eine PCC, bei der ebenfalls der den Altgläubigern zur Verfügung stehende Haftungsfonds auf das Kernvermögen reduziert und damit geschmälert wird. Diese Parallele spricht dafür, dass jedenfalls die Sicherstellung

⁸⁸ In der Schweiz verwies Art. 650 Obligationenrecht a. F. weitgehend und „pauschal“ auf das Gründungsrecht (dazu *Forstmoser/Meier-Hayoz*, Einführung in das Schweizerische Aktienrecht, 1976, S. 215), was sich aber als wenig zweckmäßig erwiesen hat. Das neue Recht ist differenzierter, verweist aber partiell immer noch auf Gründungsrecht (siehe Art. 652, 652c Obligationenrecht). In Liechtenstein verweist Art. 295 Abs. 1 PGR weitgehend auf die Gründungsvorschriften. Jedoch wurden in Umsetzung des EWR-Aquis (LGBI. 2000/279) zahlreiche weitere Bestimmungen zur Kapitalerhöhung eingefügt.

⁸⁹ Auf die Parallele zur Kapitalherabsetzung hinweisend bereits Bericht und Antrag 2014/69, S. 40.

⁹⁰ *Caramanica/Walch*, LJZ 2020, 138, 145; *J. Nigg* (Fn. 49), S. 26.

⁹¹ Ausnahmekonstellationen wie bei deliktischen Ansprüchen können ausgeklammert bleiben.

der Altgläubiger nach Art. 243a Abs. 4 und Abs. 5 PGR analog anzuwenden ist.⁹² Womöglich ist auch ein Revisionsbericht bzw. ein Sachverständigenbericht analog Art. 243a Abs. 3 PGR erforderlich. Die analoge Anwendung dieser Schutzbestimmungen ist erforderlich, um die Gläubigerinteressen zu wahren. Sie sind aber auch ausreichend. Es wäre überschießend, noch strengere Bestimmungen einzufordern als bei der Umwandlung einer „gewöhnlichen“ juristischen Person in eine juristische Person selbst.

IV. Die PCC im Gesamtgefüge des liechtensteinischen Gesellschaftsrechts

Das 1926 geschaffene PGR verfolgte mehrere Ziele. Zum einen sollte es das 1923 geschaffene Steuerrecht flankieren.⁹³ In Anlehnung an die Regelungen einiger Schweizer Kantone sollten Sitz- und Holdinggesellschaften ausländisches Kapital nach Liechtenstein locken, wofür Gesellschaftsrechtsformen erforderlich waren. Die Rechtsformen, die das ADHGB⁹⁴ bereitstellte, waren hierfür wenig geeignet. Außerdem sollten der lokalen Wirtschaft moderne Rechtsformen zur Verfügung gestellt werden. Drittens wurden auch für die restliche Bevölkerung Rechtsformen wie der Verein (Art. 246 ff. PGR) oder die – praktisch bedeutungslose – Heimstätte (Art. 794 ff. PGR) geschaffen.

Mit Blick auf die begrenzten legistischen Ressourcen – das PGR wurde im Wesentlichen von zwei Personen geschrieben – mussten sich die Gesetzesredaktoren an ausländischen Vorbildern orientieren. Hierfür bot sich vor allem das Schweizer Gesellschaftsrecht an, das in dieser Zeit reformiert wurde, weil Liechtenstein in den 1920er Jahren ohnehin politisch und wirtschaftlich die Nähe zur Schweiz suchte. Die Gesetzesredaktoren haben sich aber nicht mit einer Rezeption schweizerischer Vorbilder begnügt, sondern sind trotz der eingeschränkten legistischen Möglichkeiten eines – damals armen – Kleinstaats innovative Wege gegangen.

Ein erklärtes Ziel war es, alle (wichtigeren) bekannten und bewährten Rechtsformen auch in Liechtenstein zu schaffen.⁹⁵ Dem ausländischen Investor sollte eine Rechtsform geboten werden können, die ihm aus seinem Heimatrecht be-

⁹² Vgl. zur analogen Anwendung von Art. 243a PGR bereits *Caramanica/Walch*, LJZ 2020, 138, 145; *J. Nigg* (Fn. 49), S. 26.

⁹³ *Merki* (Fn. 22), S. 167, 171; *Fleischer/Stemberg*, WM 2023, 1809, 1812; vgl. zum damaligen Steuerrecht *Landmann*, Motivenbericht zum Neuen Steuergesetz des Fürstentum Liechtenstein, 1922; *Dieckhoff*, Holdinggesellschaften in Liechtenstein, Deutsche Steuerzeitung 1929 (als Sonderdruck erschienen); siehe zum Folgenden auch *Schopper/Walch* (Fn. 25), Rn. 4 ff.

⁹⁴ Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch ist in Liechtenstein noch in Kraft, allerdings entkernt um wesentliche Teile wie insbesondere das Gesellschaftsrecht.

⁹⁵ Kurzer Bericht zum PGR (Fn. 34), S. 8.

kannt war. Dies gipfelte in den – inzwischen aufgehobenen⁹⁶ – juristischen Personen nach ausländischem Recht. Einerseits konnten sich juristische Personen im Innenverhältnis an ausländische Vorbilder anlehnen (Art. 629 ff. PGR a. F.).⁹⁷ Andererseits waren bewilligte Auslandsverbandspersonen zulässig (Art. 633 ff. PGR a. F.), bei denen mit oder ohne Anlehnung an ausländisches Recht – etwas vereinfacht – eine eigene juristische Person designt werden konnte.

Das PGR verfolgte eine Strategie des *trial and error*. Hierbei war „eingepreist“, dass einige Rechtsformen nur eine geringe oder überhaupt keine praktische Bedeutung entfalten würden. Rückblickend ein Fehlschlag war etwa die Anteilsgesellschaft, die sich an die altehrwürdige bergrechtliche Gewerkschaft anlehnt, aber nicht auf den Zweck des Betriebs eines Bergwerks beschränkt ist.⁹⁸ Diese war lange totes Recht. Erst 2020 wurde eine Anteilsgesellschaft gegründet, so dass aktuell eine einzige Anteilsgesellschaft besteht. Bemerkenswert ist auch, dass etwa das Potential der Stiftung aus damaliger Sicht nicht vollends absehbar war. Verlässliche Zahlen aus der Vergangenheit lassen sich schwer eruieren, doch scheint lange Zeit die Anstalt Spitzenreiter gewesen zu sein und wurde erst später durch die Stiftung abgelöst, die heute immer noch an der Spitze liegt.⁹⁹ Auf der anderen Seite hatte Wilhelm Beck¹⁰⁰ etwa große Hoffnungen in das Treuunternehmen gesetzt, die sich trotz einer Anzahl von Treuunternehmen – aktuell bestehen noch 544¹⁰¹ – nicht erfüllt haben. Verallgemeinernd lässt sich konstatieren, dass sich mitunter schwer abschätzen lässt, welche Rechtsformen künftig in der Praxis angenommen werden. Selbst Exoten wie die Partenreederei in Deutschland, die auch dort seit 2013 nicht mehr neu gegründet werden kann, hatten – wohl aus steuerlichen Gründen – lange eine gewisse praktische Bedeutung. Die Überlegung, dass das Potential einer neuen Rechtsform nicht immer absehbar ist, spricht dafür, bei der Einführung neuer Rechtsformen nicht allzu zögerlich vorzugehen. Jedenfalls für Liechtenstein hat sich die Strategie des *trial and error* rückblickend gelohnt.

Von der Einführung neuer Rechtsformen zu unterscheiden sind Fälle, bei denen neue Rechtsformen von der Praxis nicht angenommen werden, wenn das Ergebnis des *trial and error* also „error“ lautet. Diese Rechtsformen sollten nicht vorschnell wieder abgeschafft werden, solange Hoffnung besteht, dass sie noch zum Erfolg werden,¹⁰² weshalb z. B. die PCC nicht aufgegeben, sondern verbessert werden müsste. Auch ist zu berücksichtigen, dass eine Aufhebung die Inte-

⁹⁶ Zur Aufhebung siehe *Walch*, RdW digital exklusiv 2020/29 in Fn. 55.

⁹⁷ Vgl. bereits, wobei dort nicht zum Ausdruck gelangt, dass sich dies nur auf das Innenverhältnis bezieht, *Schauer*, JEV 2010, 6, 7 f.

⁹⁸ Ausführlich zur Geschichte und dem Niedergang dieser Rechtsform *Fleischer*, in: FS Grunewald, 2021, S. 209.

⁹⁹ Vgl. dazu *Merki* (Fn. 22), S. 179.

¹⁰⁰ Siehe zu diesem noch Fn. 107.

¹⁰¹ Rechenschaftsbericht der Regierung an den Hohen Landtag 2022 (Fn. 9), S. 429.

¹⁰² Vgl. *Fleischer* (Fn. 98), S. 209 „kaum genutzte Rechtsformen einstweilen beizubehalten in der Hoffnung, dass sie wieder an Bedeutung gewinnen“.

ressen der bereits gegründeten Einheiten beeinträchtigt und eine „Umgründung“ – zusätzlich zu den anfallenden Kosten – bei Rechtsformen mit starrer Organisationsstruktur (stiftungsähnliche Gebilde) mitunter schwierig ist. Gewährt man jedoch diesen bereits bestehenden Einheiten Bestandschutz, sodass lediglich keine neuen Einheiten dieser Rechtsform gegründet werden können, wird der Zustand mangelnden Erfolgs perpetuiert und es wird sich kaum Rechtsprechung und Schrifttum zu dieser sterbenden Rechtsform entwickeln, sodass diese Lösung ebenfalls nicht immer optimal ist. Auf der anderen Seite kann die Beibehaltung einer Rechtsform mit Kosten verbunden sein, vor allem, wenn diese reformiert werden müsste,¹⁰³ sei es, um neuen gesetzgeberischen Wertungen Rechnung zu tragen oder den Einklang mit EWR-/EU-Recht sicherzustellen.¹⁰⁴ Angesichts begrenzter legislatischer Ressourcen und des drohenden Reformaufwands kann es manchmal zweckmäßiger sein, die Rechtsform aufzugeben.¹⁰⁵

1. Mikrokosmos liechtensteinisches Gesellschaftsrecht

Für ein besseres Verständnis der Rechtsforminnovationen im liechtensteinischen Gesellschaftsrecht lohnt ein Blick auf die handelnden Akteure des Mikrokosmos „liechtensteinisches Gesellschaftsrecht“.¹⁰⁶ Die prägende Figur des PGR war Wilhelm Beck (1885–1936)¹⁰⁷, der das Gesetz gemeinsam mit dem – nicht verwandten – Emil Beck in nur drei bis vier Jahren schuf. Wilhelm Beck war einerseits ein führender Politiker des Landes, andererseits gründete er die erste Rechtsanwaltskanzlei in Liechtenstein und war einer der ersten sogenannten „Treuhänder“¹⁰⁸, welche die Errichtung von Sitz- und Holdinggesellschaften fokussierten.¹⁰⁹ Zunächst klingt es nach dem Traum jedes kreativen Gesellschaftsrechtsanwalts, wenn er sich keine Jurisdiktion suchen muss, in der seine Ideen in Gesetze gegossen werden¹¹⁰, sondern sich die entsprechenden Gesetze gleich selbst schreiben kann. Trotz dieses Interessenkonflikts und eines liberalen Ansatzes ist es m. E.

¹⁰³ *Fleischer* (Fn. 98), S. 209.

¹⁰⁴ Zu denken ist hierbei nicht nur an gesellschaftsrechtliche Richtlinien, sondern auch an die Umsetzung von Richtlinien zur Verhinderung von Geldwäsche.

¹⁰⁵ *Fleischer* (Fn. 98), S. 209.

¹⁰⁶ Vgl. zum Mikrokosmos „deutsches Gesellschaftsrecht“ *Fleischer*, NZG 2019, 921; *Fleischer*, in: Vogt/Fleischer/Kalss, Protagonisten im Gesellschaftsrecht, 2020, S. 1.

¹⁰⁷ Vgl. zu Wilhelm Beck etwa die einschlägigen Beiträge im Historischen Lexikon der Schweiz und Liechtensteins, <https://historisches-lexikon.li/Beck,_Wilhelm> (18.4.2024); historische Dokumente seiner Tätigkeit sind abrufbar unter <<https://www.e-archiv.li/personDetail.aspx?persID=29429&eID=1&backurl=editionAZ.aspx?eid=1>> (18.4.2024); siehe auch *Fleischer/Stemberg*, WM 2023, 1810 f.

¹⁰⁸ Treuhänder ist nicht nur die Bezeichnung für die Treuhänder eines Trusts (Trustee) oder einer Treuhand, sondern auch eine Bezeichnung für Personen, die unter anderem gewerbsmäßig juristische Personen (insbesondere Stiftungen), Gesellschaften und Trusts gründen; vgl. z. B. Art. 2 Treuhändergesetz.

¹⁰⁹ *Merki* (Fn. 22), S. 171; *Fleischer/Götz*, WM 2023, 1853, 1861.

¹¹⁰ Vgl. dazu in diesem Band § 1 (*Fleischer/Kolb*), S. 27.

aber weitgehend gelungen, im PGR auch anderen Interessen wie z. B. jenen von potentiellen Gläubigern Rechnung zu tragen. Allerdings hatten die beiden Gesetzesredaktoren keinen echten Widerpart, der ihnen Kompromisse abgenötigt hätte. Illustrativ die Sitzung im Landtag vom 5.11.1925, in der das PGR angenommen wurde: „Es wird veielcith gesagt, dass der Entwurf für uns Abgeordnete zu wenig verständlich ist, trotzdem wir ihn ein halbes Jahr lang besitzen. Es muss uns genügen, was der Bericht sagt [Anm: Kurzer Bericht zum PGR] und ferner muss uns der Umstand genügen, dass es die Arbeit zwierter Liechtensteiner ist, die nur das Beste für Land und Volk wollen. Vertrauen wir jenen, die auch uns vertrauen. [Wortmeldung Walser; Tippfehler im Original]“. Die weitgehend fehlende Kritik führte dazu, dass selbst umfangreiche Innovationen, die in anderen Ländern zu langen Diskussionen geführt hätten, rasch umgesetzt wurden. Die fehlende Diskussion hat indessen auch ihre Schattenseiten. Diese zeigen sich etwa beim erwähnten Treuunternehmen, das 1928 in das PGR eingefügt wurde (Art. 932a PGR) und eine alleinige Schöpfung *Wilhelm Becks* ist. Bereits die Grundidee, den aus den USA bekannten Business Trust¹¹¹ zu rezipieren,¹¹² ist innovativ und *Wilhelm Beck* hat diese mit zahlreichen eigenen Ideen angereichert (zu den Abteilungen siehe Pkt. II.2.). Das Resultat war dann allerdings ein ausuferndes und schwer lesbares Gesetz, dessen Komplexität die Attraktivität des Treuunternehmens bis heute schmälert.¹¹³

Stellt man der Gesetzwerdung des PGR die Einführung der PCC direkt gegenüber, fällt auf, wie sehr sich die Zeiten geändert haben. Mit der PCC wurde das Ziel verfolgt, den Finanzplatz zu stärken,¹¹⁴ und insoweit besteht eine Parallele zum PGR. Indessen war die PCC dem Vernehmen nach umstritten, was sich im Kompromisscharakter mancher Bestimmungen (Haftungsregelungen, Begrenzung der zulässigen Zwecke) niederschlug.

2. Akteure in Liechtenstein

Der Kompromisscharakter, der zum Beispiel auch im neuen Stiftungsrecht zu finden ist, bildet ein Indiz für die eingeschränkte Macht der Treuhänder. Zwar zählt der Finanzplatz – hinter der Industrie – zu den volkswirtschaftlich bedeutendsten Sektoren in Liechtenstein, was zu einem entsprechenden Gewicht in der politischen Diskussion führt, ähnlich wie z. B. die Automobilindustrie schon kraft wirtschaftlicher Bedeutung lange regelmäßig Gehör in der deutschen Politik fand. Es ist aber keineswegs so, dass der Finanzplatz dem Landtag Gesetze nach Belieben diktieren kann.

Hinzu kommt, dass auch die Interessen des Finanzplatzes heterogen sind. Weiße Teile des Vermögensverwaltungsgeschäfts sind nicht mehr auf Gesellschaften

¹¹¹ Vgl. dazu in diesem Band § 3 (*Stemberg*), S. 77.

¹¹² Zur Geschichte des Business Trusts siehe *Morley*, 116 Colum. L. Rev. 2145 (2016).

¹¹³ Für einen Überblick über das Treuunternehmen siehe *Schopper/Walch* (Fn. 25), Rn. 1261 ff.

¹¹⁴ Siehe z. B. Bericht und Antrag 2014/69, S. 15 und 21; vgl. *Schurr/Wohlgenannt*, LJZ 2015, 23, 23; *Helbock*, LJZ 2018, 22, 22 f.

angewiesen, weil diese keinen Mehrwert bieten.¹¹⁵ Der „berühmte schwäbische mittelständische Unternehmer“, der sein Geld anonym in Liechtenstein anlegen wollte, wählte noch eine Stiftung oder eine Anstalt, die ihm mehr Anonymität garantierte als ein Bankkonto, weil die Bank den wirtschaftlichen Eigentümer hinter der Stiftung oder Anstalt nicht identifizierte. Die Errichtung solcher Stiftungen oder Anstalten war weitgehend standardisiert und erforderte keine vertieften juristischen Kenntnisse. Da das Geld ohnedies „kofferweise“ ins Land strömte, gab es auch kein allzu großes Bedürfnis nach Rechtsforminnovationen. Nachdem dieses Geschäftsmodell im Zuge der 2009 in Liechtenstein beschlossenen Weißgeldstrategie wegbrach, haben liechtensteinische Rechtsvehikel zwar durchaus weiterhin ihren Anwendungsbereich. Dieser umfasst z. B. die generationenübergreifende Vermögensverwaltung und Unternehmensnachfolge, Philanthropie-Projekte und die Bündelung von Vermögenswerten. Auch zeigt die aktuelle Diskussion in der Schweiz über die Einführung eines Trusts, dass die internationale Vermögensverwaltung nach wie vor solche Rechtsvehikel nachfragt.¹¹⁶ Jedoch werden im Unterschied zu früher vermehrt maßgeschneiderte Lösungen nachgefragt, die eine Rückbesinnung auf die liberalen Gestaltungsmöglichkeiten erfordert, welche das PGR seit jeher bietet.¹¹⁷ Die PCC ist ein Versuch, neue Einsatzfelder für das liechtensteinische Gesellschaftsrecht und die liechtensteinischen Treuhänder zu finden.

Sieht man sich die restlichen Player an, fällt auf, dass der Fürstliche Oberste Gerichtshof (fOGH)¹¹⁸ eine zunehmend bedeutendere Rolle einnimmt. Während etwa im Stiftungsrecht lange eine „anything goes“-Mentalität herrschte, welche die Stiftung zu einem Bankkonto degradierte,¹¹⁹ zeigte der fOGH nach neuer Senatsbesetzung ab den 2000er Jahren der Praxis deutliche Grenzen auf. Dies war ein wesentlicher Grund, das Stiftungsrecht im Wege einer Totalrevision 2008 auf eine neue Grundlage zu stellen.¹²⁰ Auch wenn an einzelnen Entscheidungen Kritik geübt werden kann, sprechen gute Gründe für die Linie des fOGH. Ein Aspekt ist hierbei, dass liechtensteinische Rechtsformen aufgrund der EWR-rechtlichen Niederlassungsfreiheit im Ausland zunehmend Anerkennung finden.¹²¹ Dies war vor dem EWR-Beitritt Liechtensteins nicht der Fall.¹²² Die neue Rechtslage eröff-

¹¹⁵ Vgl. allgemein zur Vermögensverwaltung in Liechtenstein *Schopper/Raschner/Walch*, in: Schäfer/Sethe/Lang, Handbuch der Vermögensverwaltung, 3. Aufl. 2022, § 62 Rn. 1 ff.

¹¹⁶ An diesem Befund ändert sich durch das Scheitern des Trusts vornehmlich aus steuerlichen Gründen nichts; siehe zum gescheiterten Reformprojekt *Walch*, ZFS 2023, 98, 101 f.

¹¹⁷ Vgl. dazu, wonach das Potential liechtensteinischer Rechtsformen wie der Anstalt lange nicht ausgeschöpft wurde, *Schauer*, JEV 2010, 6, 12 f.

¹¹⁸ Und in dessen Kielwasser natürlich auch die unteren Instanzen.

¹¹⁹ Krit. etwa *Bösch*, Liechtensteinisches Stiftungsrecht, 2005, passim.

¹²⁰ Siehe z. B. Bericht und Antrag 2008/13, S. 16, 40, 52 ff.

¹²¹ BGH 19.9.2005 – II ZR 372/03, NJW 2005, 3351 (liechtensteinische AG); BGH 3.12.2014 – IV ZB 9/14, NJW 2015, 623 (liechtensteinische Anstalt); zur Anerkennung der PCC im Ausland siehe *J. Nigg* (Fn. 49), S. 59 ff.

¹²² BGH 30.1.1970 – V ZR 139/68, NJW 1970, 998; vgl. *Schönle*, NJW 1965, 1112.

net einerseits neue Anwendungsfelder für liechtensteinische Rechtsformen im Ausland. Andererseits geht damit m. E. auch eine „moralische“ Verantwortung Liechtensteins einher, für ein ausgewogenes Gesellschaftsrecht zu sorgen, um negative Auswirkungen auf andere Länder des EWR-Raums wie Deutschland zu verhindern. Vor dem Hintergrund der unbestrittenen Verdienste des fIOGH überrascht es, dass in Liechtenstein aktuell über dessen Abschaffung diskutiert wird.¹²³ Die Diskussion, die hier nicht referiert werden muss, läuft wie so oft auf einer „offiziellen“ und einer „inoffiziellen“ Schiene ab. Die offiziellen Argumente für eine Abschaffung lassen sich leicht widerlegen oder entkräften.¹²⁴ Demnach dürften es inoffizielle Bestrebungen sein, weshalb die Abschaffung gegen großen Widerstand betrieben wird. Bei aller gebotenen Zurückhaltung des ausländischen Beobachters in internen Angelegenheiten des Fürstentums ist zu konstatieren, dass durch die Reform letztlich renommierte Experten des benachbarten Auslands aus der Justiz gedrängt werden würden, die bisher nebenamtlich am fIOGH tätig sind. Zwar sind die hauptamtlichen Richter auch in Liechtenstein integer und deren Unbefangenheit über jeden Zweifel erhaben. Aus Sicht ausländischer Anleger und Investoren stehen Kleinststaaten wie Liechtenstein aber unter dem Generalverdacht der Klüngelei und es gälte im Interesse des Standorts jeden Anschein zu vermeiden, wonach sich das Justizwesen künftig verschlechtern könnte, indem mit dem fIOGH ein wesentlicher Akteur ausgeschaltet wird.¹²⁵

Ein weiterer Player ist das Schrifttum bzw. die Wissenschaft. Aus der Frühzeit des PGR sind nur wenige Bücher bekannt. Bei manchen dieser Schriften ist auch zu berücksichtigen, dass es in Liechtenstein lange eine Art Werbeverbot für das Treuhandgeschäft gab, um diplomatische Verwicklungen – insbesondere mit Deutschland – zu vermeiden.¹²⁶ Dies wurde durch mehr oder – meist – weniger wissenschaftliche Darstellungen des liechtensteinischen Gesellschaftsrechts umgangen.¹²⁷ Doch auch hier hat sich das Bild gewandelt. Zum einen wird die Ausbildung der Juristen verbessert, weil es inzwischen sogar zwei kleine Universitäten in Liechtenstein gibt und benachbarte Universitäten wie Innsbruck und

¹²³ Vernehmlassungsbericht betreffend die Abänderung der Verfassung, des Gerichtsorganisationsgesetzes und weiterer Gesetze 14. 2. 2023, abrufbar unter <https://archiv.llv.li/files/srk/vnb_-abanderung-der-verfassung-gerichtsorganisationsgesetzes.pdf> (18.4.2024); der anstehende Bericht und Antrag war zur Zeit der Drucklegung dieses Beitrags noch nicht veröffentlicht.

¹²⁴ Vgl. nur *Lorenz/Geisselmann*, JBI 2023, 488, siehe auch, die Rolle für die Rechtsfortbildung betonend, wobei das angegebene Beispiel OGH 4.2.2022, 08.CG.2018.269, m. E. allerdings zu den missglückten Fällen zählt, *Nueber*, *ecolex* 2024, 41.

¹²⁵ Vgl. zur Gefahr einer Klüngelei nach der Reform *Lorenz/Geisselmann*, JBI 2023, 488, 491, 493, 502 und 503.

¹²⁶ Authentisch etwa ein Schreiben vom 21.9.1931, in denen die Treuhänder eindringlich aufgefordert wurden, auf Werbung in Deutschland zu verzichten, wo im Zuge der sogenannten Notverordnungen das Bedürfnis nach einem sicheren Hafen besonders stark war; abrufbar unter <https://e-archiv.li/files/2010_5_rf_122_045_003.pdf> (18.4.2024).

¹²⁷ *Merki* (Fn. 22), S. 181.

Zürich Liechtenstein-Schwerpunkte bilden. Zum anderen wird bei neuen Gesetzen routinemäßig wissenschaftliches Know-how von Experten aus dem In- und Ausland hinzugezogen.¹²⁸ So waren z. B. auch an der Entstehung der PCC renommierte Professoren maßgeblich beteiligt.¹²⁹

Zusammenfassend haben sich im liechtensteinischen Gesellschaftsrecht nicht nur das Umfeld, sondern auch die maßgeblichen Player geändert.

V. Gesamtwürdigung

Die PCC knüpft an die Tugenden der inzwischen fast 100 Jahre alten Stammfassung des PGR an, die neuen Rechtsformen gegenüber überaus aufgeschlossen war. Der Zugang, rechtsvergleichend nach Ideen zu suchen, die dann für das nationale Gesellschaftsrecht adaptiert werden, ist nach wie vor hochaktuell. Defizite weist die PCC allerdings bei der konkreten Umsetzung auf.

¹²⁸ Vgl. dazu *Schiess-Rütimann*, LJZ 2018, 69, 72 f.

¹²⁹ Die beteiligten Experten werden üblicherweise nicht namentlich genannt.

§ 18 Italien: Società benefit, 2016

Peter Agstner

I. Einführung	599
II. Die <i>società benefit</i> im Gesamtgefüge der Gesellschaftsformen	601
III. Entstehungsprozess und Entwicklungslinien der SB.....	602
1. Die <i>Nativa s.r.l. (B Corp)</i> als „eigentlicher“ Impulsgeber	602
2. Die <i>società benefit</i> : Verbreitung in Zahlen und Einsatzfelder	604
3. Regelungsvorbilder für die <i>società benefit</i>	605
IV. Wesentliche Regelungselemente der <i>società benefit</i>	606
1. Rechtsnatur der SB	606
2. Gemeinwohlorientierte Zielsetzung	607
3. Ermessensspielraum und Haftung der Geschäftsführer	611
4. Der Benefit-Verantwortliche	615
5. Offenlegungspflichten	616
6. <i>Società-benefit</i> -spezifische Enforcement-Mechanismen	618
7. Austrittskündigung des Gesellschafters?	619
V. Rechtspolitische Würdigung	622

I. Einführung

Die Geburtsstunde der *società benefit* (im Folgenden auch SB) schlug am 1. Januar 2016. An diesem Neujahrstag trat das vom italienischen Parlament verabschiedete Gesetz vom 28. Dezember 2015, Nr. 208 in Kraft.¹ Dieser auch als Stabilitätsgesetz (*legge di stabilità*) für das Jahr 2016 bekannte Rechtsakt, bestehend aus einem einzigen (*sic!*) Artikel mit insgesamt (unglaublichen) 999 Absätzen, regelte in den Absätzen 376 bis 384 die *società benefit*,² also jene Gesellschaften, die „in Ausübung einer wirtschaftlichen Betätigung neben dem Zweck der Gewinnerzielung einen oder mehrere gemeinwohlorientierte Zwecke verfolgen und dabei verantwortungsvoll, nachhaltig und transparent gegenüber den Menschen, der Gemeinschaft, den Gebieten und der Umwelt, den Gütern und

¹ Veröffentlicht im offiziellen Amtsblatt (*Gazzetta Ufficiale*) Nr. 302 v. 30.12.2015.

² Im Folgenden wird ausschließlich auf die jeweils einschlägigen Absätze dieser Einzelschrift verwiesen. Für eine erste gute Einordnung vgl. *Bartolacelli*, Non profit 2017, 253, 256 ff.; *Corso*, Nuove leggi civ. comm. 2016, 995 ff.; *Riolfo*, EBOR 21 (2020), 279, 285 f.; im deutschen Schrifttum *Fleischer*, AG 2017, 509, 524; *Schübler/Ventura*, RIW 2020, 397, 405.

kulturellen und sozialen Interessengruppen sowie Körperschaften, Vereinigungen und sonstigen Interessenträgern handeln“ (Abs. 376). Die damalige *Renzi*-Regierung konnte dieses Resultat als politischen Erfolg verkaufen, denn auch wenn es sich um eine Initiative ohne wesentliche Vorarbeiten handelte,³ war Italien immerhin der erste EU-Mitgliedsstaat,⁴ der ein solches „Hybridmodell“⁵ (sog. „Profit & Purpose“-Unternehmen)⁶ nach dem Vorbild der US-amerikanischen *benefit corporation*⁷ eingeführt hatte. Trotz verschiedentlich geäußerter Kritik,⁸ kann heute behauptet werden, dass die SB obgleich bestimmter Regelungsdefizite in der Praxis mittlerweile in den verschiedensten Tätigkeitsfeldern zahlreiche Anwendung gefunden hat.⁹

Im Folgenden wird die *società benefit* im Einzelnen vorgestellt. Zur besseren Orientierung beginnt die Erforschung mit einem Rundblick auf die gesellschaftsrechtliche Landschaft in Italien (II.). Sodann werden Entstehungsprozess und Entwicklungslinien der SB ausgelotet (III.). Es folgen Erläuterungen zu den gesellschaftsrechtlichen Grundstrukturen der SB (IV.) Abgerundet wird der Beitrag mit einer rechtspolitischen Gesamtwürdigung (V.).

³ In diesem Sinne *Bianchini/Sertoli*, AGE 2018, 201.

⁴ Vgl. *G. B. Portale*, Banca borsa tit. cred. 2018, I, 597, 601 ff.; *Speranzin*, ECLJ 19 (2022), 142 ff.

⁵ Zur Frage, ob es sich bei der SB um eine neue Gesellschaftsform oder allein um ein Label oder Gütesiegel handelt, siehe näher unter IV. 1.

⁶ Siehe insbesondere *Westaway*, Profit & Purpose, 2014; sowie *Alexander*, Benefit Corporation Law and Governance: Pursuing Profit with Purpose, 2018.

⁷ Ausführlich zur Entwicklung in den USA vgl. in diesem Band § 14 Vereinigte Staaten: Benefit Corporation (*Fleischer*), S. 467; *ders.*, AG 2023, 1 ff.; *Möslein/Mittwoch*, RabelsZ 80 (2016), 399 ff.; *Ventura*, in: De Donno/Ventura, Dalla benefit corporation alla società benefit, 2018, S. 81 ff.; *dies.*, Contratto e impr. 2016, 1134, 1144 ff.; *Corso*, Nuove leggi civ. comm. 2016, 995, 1001 ff.; *Prataviera*, Riv. soc. 2018, 919, 925 ff.; allgemein zum sozialen Unternehmertum *Momberger*, Social Entrepreneurship – im Spannungsfeld zwischen Gesellschafts- und Gemeinnützigkeitsrecht, 2015.

⁸ Insbesondere *M. Cian*, in: M. Cian, Diritto commerciale, Vol. III, 2020, S. 1, 50, Text und Fn. 105; *Bartolacelli*, in: Sjøåfjell/Bruner, The Cambridge Handbook of Corporate Law, Corporate Governance and Sustainability, 2019, S. 290, 295: „the outcome has so far been unsuccessful“; *ders.*, Non profit, 2017, 253, 283 ff., der unter anderem die das italienische Gesellschaftsrecht seit der „grossen“ Reform von 2003 kennzeichnende Hybridisierung der Gesellschaftsformen als „infausta tendenza“ (unglückselige Tendenz) bezeichnet; ähnlich *Corso*, Nuove leggi civ. comm. 2016, 995, 997 ff.; *Prataviera*, Riv. soc. 2018, 919, 943 ff.; *Nori*, Riv. dir. soc. 2021, 787, 810. Allgemein zum intensiv diskutierten Thema der Hybridisierung der italienischen Gesellschaftstypen *Tombari*, Riv. soc. 2021, 1 ff.; *M. Cian*, Riv. soc. 2021, 475, 479 ff.

⁹ Zu den genauen Zahlen, die sich aktuell im fast vierstelligen Bereich bewegen, siehe unten III. 2.

II. Die *società benefit* im Gesamtgefüge der Gesellschaftsformen

Das moderne italienische Gesellschaftsrecht fußt auf der klassischen Unterscheidung zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften.¹⁰ Nach der nationalen Einigung Italiens von 1861 zuerst im *Codice di commercio* von 1865¹¹ und darauf folgend in dem weit ausgereiften *Codice di commercio* von 1882 geregelt,¹² erfahren heute die verschiedenen Gesellschaftstypen ihre rechtliche Ausgestaltung im einheitlichen Gesetzbuch des Privatrechts, dem *Codice civile* von 1942.¹³ Wie an einer Perlenschnur reiht das Fünfte Buch dieses *code unique* unter dem Titel V „Delle società“ nach vier allgemeinen Bestimmungen für alle (sechs gewinnorientierten) Gesellschaftsformen (Artt. 2247 bis 2250) die einfache Gesellschaft (*società semplice*, Artt. 2251 bis 2290),¹⁴ die offene Handelsgesellschaft (*società in nome collettivo*, Artt. 2291 bis 2312) und die Kommanditgesellschaft (*società in accomandita semplice*, Artt. 2313 bis 2324) aneinander; als Kapitalgesellschaften organisiert folgen sodann die Aktiengesellschaft (*società per azioni*, Artt. 2325 bis 2451), die Kommanditgesellschaft auf Aktien (*società in accomandita per azioni*, Artt. 2452 bis 2461) und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (*società a responsabilità limitata*, Artt. 2462 bis 2483). Im folgenden Titel VI „Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici“ findet sich sodann die Regelung der förderzweckorientierten Genossenschaften und des Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit (Artt. 2511 bis 2548).¹⁵

Bei der *società benefit*, wie bereits vorweggenommen werden kann, handelt es sich um keine neue Gesellschaftsform. Vielmehr sieht der Gesetzgeber wie

¹⁰ Zur Geschichte des italienischen Handelsrechts vgl. zusammenfassend *M. Cian*, in: *M. Cian, Diritto commerciale*, Vol. I, 2020, S. 1, 3 ff.; *Fleischer/Agstner*, *RabelsZ* 81 (2017), 299, 307 ff.; *Galgano*, *Lex mercatoria*, 5. Aufl. 2010; *Sciuto*, *Riv. soc.* 2009, 1352 ff.; ausführlicher das Standardwerk von *Goldschmidt*, *Universalgeschichte des Handelsrechts*, 1891.

¹¹ In Kommentierung der Artt. 106 ff. vgl. *Borsari*, *Codice di commercio del Regno d'Italia annotato*, Bd. I, 1868, S. 346 ff.

¹² Eingehend *Vivante*, *Trattato di diritto commerciale*. Vol. II: *Le società commerciali*, 5. Aufl. 1923, S. 91 ff.; *Marghieri*, in: *Bolaffio/Vivante*, *Il Codice di commercio commentato*, Vol. III, 3. Aufl. 1909, S. 5 ff.; zu den verschiedenen sog. *codici preunitari* zuletzt *Spada*, *Riv. dir. civ.* 2013, 331.

¹³ Vgl. zu diesem Übergang auf ein System des *Code unique* etwa *G. B. Portale*, in: *Jahrbuch für italienisches Recht* 2011, S. 3; zuletzt die eindrucksvolle rechtshistorische Arbeit von *Rondinone*, *Impresa e commercialità attraverso il „lato oscuro“ dell'unificazione dei codici*, 2020, S. 1 ff.

¹⁴ Bis 1942 regelte der *Codice civile* von 1865 in den Artt. 1679–1736 die *società civile* (Zivilgesellschaft), danach durch die einfache Gesellschaft ersetzt. Dazu ausführlich *Rodino*, in: *Il Digesto italiano*, Bd. XXI, Parte III, Sez. I, 1925, S. 590 ff.

¹⁵ Für einen instruktiven Überblick zur Typisierung der Gesellschaften vgl. *Marasà*, *Le società*, 2. Aufl. 2000, S. 89 ff.; *G. F. Campobasso*, *Diritto delle società*, 10. Aufl. 2020, S. 37 ff.; *M. Cian* (Fn. 8), S. 52 ff.; sowie das Standardwerk von *Spada*, *La tipicità delle società*, 1974.

schon für andere im Gemeinwohlbereich handelnde Unternehmen vor,¹⁶ dass die SB zum Zweck der Ausübung ihrer unternehmerischen Tätigkeiten auf eine der oben genannten Organisationsformen zurückgreifen kann (Abs. 377 Satz 2).¹⁷ Diese Vorschrift sieht vor, dass die Gemeinwohlzwecke von jeder im Fünften Buch unter Titel V und Titel VI des *Codice civile* genannten Gesellschaft unter Beachtung der entsprechenden Bestimmungen verfolgt werden können.

III. Entstehungsprozess und Entwicklungslinien der SB

Nach diesen einleitenden Vorbemerkungen kann jetzt auf den Entstehungsprozess und die Entwicklungslinien der *società benefit* geblickt werden. Es handelt sich hierbei um eine Neuschöpfung, die eher unerwartet und gewiss ohne akribische Vorarbeiten in die italienische Gesellschaftsrechtslandschaft Eingang gefunden hat.

1. Die *Nativa s.r.l. (B Corp)* als „eigentlicher“ Impulsgeber

Die Einführung der SB kann in Italien auf die Bemühungen zweier Akteure zurückgeführt werden. Offiziell ist der Startschuss mit dem Gesetzesentwurf Nr. 1882 gefallen, der am 17. April 2015 unter dem Titel „Bestimmungen zur Verbreitung von Gesellschaften mit doppeltem gewinn- und gemeinwohlorientiertem Zweck“ dem Vorsitz des Senats mitgeteilt wurde.¹⁸ Politisch ist diese Initiative einer Grup-

¹⁶ Es handelt sich insbesondere um die *impresa sociale* (soziales Unternehmen), erstmals im gesetzesvertretenden Dekret (*d.lgs.*) v. 24.3.2006, Nr. 155 geregelt, heute ersetzt durch das *d.lgs.* v. 3.7.2017, Nr. 112. Zu dieser Entwicklung und dem Verhältnis der *impresa sociale* zu den anderen Körperschaften des sog. Dritten Sektors, derzeit im *Codice del terzo settore* geregelt (*d.lgs.* 3.7.2017, Nr. 117), vgl. ausführlich *Marasà*, in: Busnelli/Ponzanelli, *Il Codice civile. Commentato*, 2021, S. 33 ff.; *ders.*, *Imprese sociali, altri enti del terzo settore, società benefit*, 2019, S. 27 ff.; *Fici*, AGE 2018, 19 ff.; *Cetra*, in: M. Cian (Fn. 10), S. 41, 72 ff.; *Zoppini*, in: Donativi, *Trattato delle società*, Vol. IV, 2022, S. 1089 ff.; spezifisch zum *Codice del terzo settore* siehe die Kommentierung von *Ceolin*, *Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b)*, della legge 6 giugno 2016, n. 106, in: De Nova, *Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, 2023. Für eine rechtsvergleichende Analyse des (Gesellschafts-)Rechts der Sozialunternehmen siehe jetzt *Fleischer/Pendl*, NZG 2013, 815 ff.; sowie ferner für rechtsökonomische Betrachtungen zu den sog. *hybrid organizations* O. *Eldar*, *Colum. Bus. L. Rev.* 92 ff. (2017).

¹⁷ Vgl. *G. F. Campobasso* (Fn. 15), S. 29; *Bartolacelli*, *Non profit 2017*, 257 f. (der auch die Konsortialgesellschaft bzw. Genossenschaft zweiten Grades laut Art. 2615-ter Cod. civ. als Gesellschaftsform für die SB in Betracht zieht); im früheren Schrifttum sehr kritisch gegenüber der sozialorientierten Funktionalisierung von privaten Unternehmen *Minervini*, *Riv. dir. civ.* 1958, 618 ff.

¹⁸ Vgl. die erläuternde Mitteilung an den Vorsitz des Senats vom 17.4.2015 mit den „Disposizioni per la diffusione di società che perseguono il duplice scopo di lucro e di beneficio comune“, abrufbar unter: <<https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00934858.pdf>> (5.9.2022). Ein inhaltlich übereinstimmender Gesetzesentwurf (Nr. 3321) wurde einige Mo-

pe von Mitte-Links-Politikern (*Partito Democratico* und *Italia Viva*) unter Federführung des damaligen Senators und Abgeordneten *Mauro Del Barba*, heute Vorsitzender von *Assobenefit*, zuzuschreiben. Aus der Presse entnimmt man, dass der entscheidende Impulsgeber dieses Gesetzesvorschlags die *Nativa s.r.l.*, die erste italienische Gesellschaft, die die Zertifizierung als *benefit corporation* (*B Corp*) seitens der amerikanischen Zertifizierungsstelle *B Lab* erlangte,¹⁹ war.²⁰

Aus der erläuternden Mitteilung vom 17. April 2015 geht hervor, dass die Absicht dieser Gesetzesinitiative in der „Verbreitung in unserer [italienischen] Rechtsordnung von Gesellschaften, die in der Ausübung ihrer unternehmerischen Tätigkeit auch das Ziel verfolgen, das soziale und natürliche Umfeld, in dem sie agieren, zu verbessern, indem negative Externalitäten reduziert oder eliminiert werden, bzw. Vorgänge, Produktionsprozesse und Güter besser genützt werden, um positive Externalitäten zu generieren“ besteht; dadurch soll ein „Qualitätssprung in der Art der Unternehmensführung realisiert werden, der es erlaubt, von einem wahren wirtschaftlichen und unternehmerischen Paradigmenwechsel zu sprechen“.²¹ Rechtspolitisch ging es den Initiatoren darum, Italien in einem Wettbewerb der Rechtsordnungen „als den Hauptvertreter in der Verbreitung von Gesellschaften mit Gemeinwohlzweck“ zu etablieren.²² In Wirklichkeit wurde dieser Gesetzesentwurf im Parlament niemals diskutiert. Vielmehr wurde bei der Ausarbeitung des Stabilitätsgesetzes für das Jahr 2016 der entsprechende Inhalt ohne zusätzliche Auseinandersetzung unverändert übernommen.²³ Zudem sollte die vorgeschlagene Regelung zur Lösung des (vermeintlichen) Problems der unterschiedlichen Vorgehensweise bei der registerrechtlichen Eintragung von Gesellschaften, die nicht ausschließlich auf Gewinnmaximierung abzielen, beitragen.²⁴

nate später am 23.9.2015 auch in der Abgeordnetenkammer eingebracht: dazu *Prataviera*, Riv. soc. 2018, 919, Text und Fn. 1.

¹⁹ Zu diesem privaten Zertifizierungsregime eingehend *Möslein/Mittwoch*, *RabelsZ* 80 (2016), 399, 406 ff.; sowie allgemeiner *Möslein*, *ZHR* 176 (2012), 470 ff.

²⁰ Hierzu das Interview des Mitbegründers von *Nativa s.r.l.*, Paolo di Cesare, *ETicaNews*, 20.1.2016: „Società Benefit, garanzia per il futuro“, abrufbar unter: <<https://www.eticanews.it/societa-benefit-garanzia-per-il-futuro/>> (14.7.2022). *Nativa s.r.l.* ist auch Partner der amerikanischen *B Lab*: für Hinweise vgl. *Corso*, *Nuove leggi civ. comm.* 2016, 995 f., Text und Fn. 3; *Speranzin*, *ECLJ* 19 (2022), 142, 143 Fn. 12.

²¹ Erläuternde Mitteilung zum Gesetzesentwurf Nr. 1882 vom 17.4.2015, S. 2.

²² Erläuternde Mitteilung zum Gesetzesentwurf Nr. 1882 vom 17.4.2015, S. 3.

²³ Vgl. *Prataviera*, Riv. soc. 2018, 919, 938; *Lenzi*, *Giur. comm.* 2016, I, 894.

²⁴ Vgl. *Stella Richter jr.*, in: Macario/Miletti, *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, 2017, S. 65, 77 f., abrufbar unter: <<https://romatrepress.uniroma3.it/wp-content/uploads/2019/05/L%E2%80%99impresa-azionaria-tra-struttura-societaria-e-funzione-sociale.pdf>> (7.10.2023); *Bartolacelli* (Fn. 8), S. 295, beide mit Verweis auf die erläuternde Mitteilung zum Gesetzesentwurf Nr. 1882 vom 17.4.2015, S. 2; *Ventura*, *Contratto e impr.* 2016, 1134, 1166, Text und Fn. 147, die daran erinnert, dass genau aus diesem Grund die Eintragung im Handelsregister von Mailand des Gesellschaftsvertrags der SB *Nativa s.r.l.* viermal abgelehnt wurde.

2. Die *società benefit*: Verbreitung in Zahlen und Einsatzfelder

Bei der SB handelt es sich offensichtlich um eine sehr junge Schöpfung des italienischen Gesetzgebers. Mit welchen konkreten Erwartungen die Einführung der SB verbunden war, lässt sich aus den spärlichen Gesetzesmaterialien nur schwer entnehmen. Natürlich bestand das rechtspolitische Ziel, wie schon dargestellt, in der Umsetzung der dem *CSR-Movement* zugrundeliegenden Konzepte und Ziele.²⁵ Der effektive Erfolg dieser Bestrebungen war aber alles andere als gewiss, wie bereits in der Vergangenheit das Beispiel der *impresa sociale* zeigte.²⁶ Trotz wesentlicher Unterschiede in der Ausgestaltung des jeweiligen Organisationsrahmens bestand abermals die Gefahr, insbesondere in Anbetracht der Tatsache, dass sowohl die *impresa sociale* als auch die *società benefit* keinerlei (nennenswerte) Steuervorteile genießen,²⁷ eines erneuten rechtstatsächlichen „Misserfolgs“.²⁸

Bei der SB scheint sich entgegen bestimmter Bedenken²⁹ ein solches Ergebnis aber nicht abzuzeichnen. Laut Angaben der führenden italienischen Wirtschaftszeitung *Il Sole 24 Ore* beläuft sich die Anzahl der SBs Anfang April 2021 auf

²⁵ Für eine orientierende Bestandsaufnahme vgl. *Fleischer*, AG 2017, 509 ff.; spezifisch zum Zusammenhang zwischen CSR und der SB jüngst *Stella Richter jr./Passador/Sertoli*, AGE 2022, 213 ff.

²⁶ Siehe oben Fn. 16 für Literaturhinweise.

²⁷ Für die SB wurde mit dem Gesetzesdekret v. 19.5.2020, Nr. 34 (sog. *Decreto Rilancio*), umgewandelt in das Gesetz v. 17.7.2020, Nr. 77, einzig ein Steuerguthaben in der Höhe von 50% der Gründungs- oder Umwandlungskosten einer SB bis zu einem Höchstbetrag von 10.000 Euro vorgesehen (Art. 38-ter). Die Inanspruchnahme dieses Steuervorteils wurde mit dem sog. *Decreto Sostegni-bis* (25.5.2021, Nr. 73) bis zum 31.12.2021 verlängert und auf die Notar- und Beratungsspesen sowie die Eintragungsgebühren im Handelsregister ausgedehnt. Für die *impresa sociale* gilt heute Art. 18, *d.lgs.* 3.7.2017, Nr. 112, während keinerlei Steuervorteile unter der vorherigen Regelung (*d.lgs.* 24.3.2006, Nr. 55) bestanden. Vgl. *Marasà*, in: De Donno/Ventura (Fn. 7), S. 49, 51 f.

²⁸ Von den im Handelsregister zum 13. Januar 2021 insgesamt eingetragenen 22.360 *imprese sociali* waren 21.064 bzw. fast 94% Genossenschaften, darunter fast ausschließlich soziale Genossenschaften laut Gesetz v. 8.11.1991, Nr. 381, die im Jahr 2018 automatisch in die entsprechende Sonderabteilung des Handelsregisters als *imprese sociali* eingetragen bzw. umqualifiziert wurden; bis zum 25.7.2018 lag die Anzahl der *imprese sociali* bei lediglich 1.338: für diese Zahlen, vgl. *Cusa*, *Nuove leggi civ. comm.* 2021, 267 f.; für ähnliche Zahlen *Marasà* (Fn. 16), S. 53, Text und Fn. 107 (von den insgesamt 22.128 *imprese sociali* zum 20. September 2018 waren fast 97% bzw. 21.370 Genossenschaften, während ausschließlich 561 die Form der Kapitalgesellschaft, 55 des Vereins und 10 der Stiftung wählten).

²⁹ Zweifel äußerte, aber ohne empirische Untermauerung, *Angelici*, *Rivista ODC* 2017, 3, 4: „[L]a nuova utilizzazione della forma societaria non sia destinata ad avere grandi utilizzazioni pratiche.“; *Ferrarini/Zhu*, *Is There a Role for Benefit Corporations in the New Sustainable Governance Framework?*, ECGI Working Paper N. 588/2011, S. 11: „It is still difficult to say whether their introduction in Italy has been successful and the empirical research conducted so far does not clarify the question“, abrufbar unter: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3869696> (6.10.2023); zurückhaltender hingegen *Ventura*, *Contratto e impr.* 2016, 1134, 1167, die überzeugend darauf hinweist, dass allein der Markt über den Erfolg bzw. Misserfolg dieses *transplants* entscheiden wird.

insgesamt 926, mit einem Anstieg um das Doppelte während der Pandemiezeit.³⁰ Obwohl in jeder Region Italiens vertreten, befindet sich die Mehrzahl der *SBs* in Nord- und Mittelitalien. Von den genannten 926 *società benefit*, befinden sich 316 in der Lombardei (34,1%), 117 im Latium (12,6%), 94 in der Emilia Romagna (10,2%), 90 in Venetien (9,7%), 67 im Piemont (7,2%) und 44 in der Toskana (4,8%), während die Regionen Molise und Valle D'Aosta (jeweils 1 bzw. 0,1%), Basilikata (4 bzw. 0,4%), Kalabrien (5 bzw. 0,5%), Umbrien und Abruzzen (jeweils 8 bzw. 0,8%) das Schlusslicht bilden.

Fast ausschließlich sind es Kapitalgesellschaften (898 bzw. 97%) und hingegen nur selten Personengesellschaften (14 bzw. 1,5%) oder Genossenschaften (14 bzw. 1,5%), die auf das Rechtskleid der SB zurückgreifen.³¹ Viele dieser italienischen *SBs* haben zusätzlich auch die *B-Corp*-Zertifizierung seitens der US-amerikanischen *B Lab* erlangt.³²

Im Wirtschaftsleben wird die *società benefit* vorwiegend im Dienstleistungsbereich (486 bzw. 52,5%), in der Manufaktur (120 bzw. 13%) und im Handel (96 bzw. 10,4%) genutzt. Geringen Einsatz findet die SB hingegen in den Bereichen Transport (10 bzw. 1,1%), Landwirtschaft (16 bzw. 1,7%), Versicherungs- und Kreditwesen (18 bzw. 1,9%), Tourismus (19 bzw. 2,1%) und Bauindustrie (24 bzw. 2,6%).³³

Dass es sich hierbei um eine kontinuierlich steigende Tendenz handelt, belegen sowohl früher erhobene Zahlen³⁴ als auch die jüngsten Daten, denen zufolge Ende März 2022 insgesamt 1.922 *SBs* in Italien existieren,³⁵ mit einem weiteren Anstieg auf 2.911 Gesellschaften Ende März 2023.³⁶

3. Regelungsvorbilder für die *società benefit*

Bei der Regelung der *società benefit* hat der italienische Gesetzgeber größtenteils auf das US-amerikanische Pendant der *benefit corporations* geblickt. Dass es

³⁰ Am 31.3.2020 lag die Zahl der *SBs* noch bei 511: vgl. *Il Sole 24 Ore*, 26.6.2021, S. 14.

³¹ Für all diese Zahlen vgl. *Il Sole 24 Ore*, 26.6.2021, S. 14. Hinweise zum Teil auch bei *Speranzin*, ECLJ 19 (2022), 142, 143, Text und Fn. 9.

³² Dazu gehören z. B. Banca Prossima s.p.a. der Gruppe Intesa Sanpaolo (Kreditwesen); Eni Plenitude s.p.a. und Evolvere s.p.a. (Energiebereich), Alessi s.p.a. (Industriedesign), Fratelli Carli s.p.a. (Lebensmittelhandel), Reti s.p.a. (IT-Beratungsbranche, deren Aktien am AIM Italien notiert sind); Avignonesi s.r.l. (Weinproduktion), Antica Erboristeria s.p.a. (Kosmetik), Zordan s.r.l. (Projektmanagement von Retail-Verkaufsflächen). Für Hinweise *Bianchini/Sertoli*, AGE 2018, 201, 206, 212.

³³ Vgl. wiederum *Il Sole 24 Ore*, 26.6.2021, S. 14.

³⁴ Vgl. *Bianchini/Sertoli*, AGE 2018, 201, 203 ff.: 187 *SB* zum 1. Juni 2018, wovon 89 in Norditalien, 36 in Mittelitalien und 17 in Süditalien, hauptsächlich in der Form der Kapitalgesellschaft (175).

³⁵ Vgl. *Il Sole 24 Ore*, 23.5.2022, S. 4; gleiche Zahlenangaben bei *Speranzin*, ECLJ 19 (2022), 142, 143, Fn. 9; *Stella Richter jr./Passador/Sertoli*, AGE 2022, 213, 234 Text und Fn. 54.

³⁶ *Goodpoint*, L'Identità delle Società Benefit: beneficio comune e valutazione d'impatto, 9.5.2023.

sich diesbezüglich um ein *legal transplant* nach dem Vorbild der *Model Benefit Corporation Legislation (MBCL)*³⁷ und insbesondere der *Public-Benefit-Corporation*-Regelung von Delaware aus dem Jahr 2013³⁸ handelt, ist im einschlägigen Schrifttum unbestritten.³⁹ Auch in der bereits mehrfach genannten erläuternden Mitteilung vom 17. April 2015 zum Gesetzesentwurf Nr. 1882 wird mit ausdrücklichem Hinweis auf zahlreiche einzelstaatliche Regelungsregime stolz darauf hingewiesen, dass der italienische Gesetzgeber als Erster in Europa die Möglichkeit hatte, eine solche gesellschaftsrechtliche Hybridstruktur einzuführen.⁴⁰ Inhaltlich, wie sogleich näher zu erörterten sein wird, finden wir somit in Anlehnung an die vorgenannten Mustergesetze unter anderem Vorschriften zum Gesellschaftszweck und Gegenstand des Unternehmens, zu Pflichten und Haftung der Geschäftsführer, einschließlich des sog. Benefit-Verantwortlichen, sowie zum jährlichen Gemeinnützigkeitsbericht.

IV. Wesentliche Regelungselemente der *società benefit*

1. Rechtsnatur der SB

Die *società benefit*, anders als die US-amerikanische *benefit corporation*, stellt nach herrschender Meinung im Schrifttum keine eigene Gesellschaftsform dar. Vielmehr handelt es sich um ein Nachhaltigkeitslabel, das Personen- und Kapi-

³⁷ *Model Benefit Corporation Legislation*, aktuelle Fassung vom 17.4.2017, abrufbar unter: <https://benefitcorp.net/sites/default/files/Model%20benefit%20corp%20legislation%20_4_17_17.pdf> (19.5.2023).

³⁸ *Murray*, 4 Harv. Bus. L. Rev. 345 (2014).

³⁹ In diesem Sinne vgl. *Ferrarini/Zhu* (Fn. 29), S. 2 ff., 8 ff.: „Their legal regime is similar to the one prevalent in the US, but some of its provisions were especially inspired by Delaware law“; *Bartolacelli* (Fn. 8), S. 295: „Benefits are drawn from the US experience, the Italian Act is little more than a translation of the equivalent Act of the State of Delaware.“; *ders.*, Non profit 2017, 253, 256.

⁴⁰ Vgl. Erläuternde Mitteilung zum Gesetzesentwurf Nr. 1882 vom 17.4.2015, S. 3. In Europa findet sich heute eine vergleichbare Regelung in Frankreich, wo seit Mai 2019 mit der sog. *loi PACTE* nunmehr ein gesetzliches Label für nachhaltige Unternehmen, die *sociétés à mission*, existiert. Im Detail vgl. *Fleischer/Chatard*, NZG 2021, 1525 ff.; *Bochmann/Leclerc*, GmbHR 2021, 1142 ff. Nennenswert in diesem Zusammenhang ist auch der in Deutschland diskutierte Rechtsformvorschlag einer GmbH mit gebundenem Vermögen (GmbH-gebV), zunächst als GmbH in Verantwortungseigentum bezeichnet: vgl. hierzu *Sanders/Dauner-Lieb/Kempny/Möslain/Veil*, GmbHR 2021, 285 ff.; *Weitemeyer/Weißberger/Wiese*, GmbHR 2021, 1069 ff.; *Fleischer*, ZIP 2022, 345 ff.; allgemeiner *Weitemeyer*, ZGR 2022, 627 ff.; rechtsvergleichend auch *Bartolacelli*, in: Coutinho de Abreu/De Tarso Domingues, VI Congresso direito das sociedades em revista, 2022, S. 285 ff. Auf europäischer Ebene wird derzeit hingegen über die Einführung eines spezifischen Statuts für sozial orientierte Unternehmen diskutiert: vgl. Beschluss des Europäischen Parlaments vom 5.7.2018 mit Empfehlung zur Einführung eines Statuts für soziale und solidaritätsbasierte Unternehmen.

talgesellschaften sowie Genossenschaften erwerben können.⁴¹ Häufig spricht man übereinstimmend auch von einem freiwilligen „Status“⁴² oder einer neuen Gesellschaftsbezeichnung.⁴³ Die SB kann folglich in ihrer Firma den Zusatz *società benefit* oder die Abkürzung SB hinzufügen und diese Bezeichnung auf emittierten Wertpapieren, in ihren Unterlagen und in der Korrespondenz mit dem Rechtsverkehr führen (Abs. 379 Satz 3).

2. Gemeinwohlorientierte Zielsetzung

Auch wenn es sich nicht um einen eigenen Gesellschaftstyp handelt, unterscheidet sich die SB in unterschiedlicher Weise von rein gewinnorientierten Unternehmen. Das charakteristische Merkmal besteht zweifellos in der Gemeinwohlverpflichtung der Gesellschaft,⁴⁴ die *neben* dem Gewinnziel in der *Satzung* als Unternehmensgegenstand verankert werden muss (Abs. 377 Satz 1, 379 Satz 1). Die statutarische Verankerung dieser hybriden bzw. dualen Zwecksetzung⁴⁵ ist folglich Voraussetzung für die rechtliche Einordnung als *società benefit* und beeinflusst sodann den Großteil des restlichen Regelungsregimes.⁴⁶ Demzufolge verlangt Abs. 379 Satz 2, dass gewinnorientierte Gesellschaften, die auch Gemeinwohlziele verfolgen wollen, ihren Gesellschaftsvertrag oder ihre Satzung entsprechend abändern und im zuständigen Handelsregister zur darauffolgenden Veröffentlichung hinterlegen. Die Verwendung der Bezeichnung *società benefit* bzw. SB ist nicht verpflichtend, sondern ausschließlich optional (Abs. 379 Satz 3),⁴⁷ auch wenn im Normalfall anzunehmen ist, dass aufgrund der damit einhergehenden Reputationsvorteile nicht darauf verzichtet wird.⁴⁸

⁴¹ *Assonime*, La disciplina delle società benefit, Rundschreiben (*Circolare*) Nr. 19 v. 20.6.2016, S. 4, abrufbar unter: <<https://www.societabenefit.net/risorse/>> (6.10.2023); *Speranzin*, ECLJ 19 (2022), 142, 143; *Ventura*, EBOR 23 (2022), 603, 616 ff. Allgemein zu diesen Regelungsstrategien *Sørensen/Neville*, EBOR 15 (2014), 267 ff.; jüngst *Möslein/Burgi*, Zertifizierung nachhaltiger Kapitalgesellschaften, 2021.

⁴² *Schüßler/Ventura*, RIW 2020, 397, 406.

⁴³ *M. Cian*, Riv. soc. 2021, 475, 483: „denominazione protetta“; *Bartolacelli*, Non profit 2017, 253, 256: „Si tratta certamente di una nuova denominazione sociale, ma non certamente di un nuovo tipo sociale.“; *Caterino*, Giur. comm. 2020, I, 787, 789: „label“.

⁴⁴ *Bartolacelli*, Non profit 2017, 253, 259, der von dem *beneficio comune* als dem wesentlichen Leseschlüssel (*chiave di lettura*) der gesamten Regelung der SB spricht.

⁴⁵ Klar ersichtlich aus Abs. 376: „[...] oltre allo scopo di dividerne gli utili, perseguono una o più finalità di beneficio comune“ (= neben dem Zweck der Gewinnverteilung verfolgen sie einen oder mehrere gemeinnützige Zwecke).

⁴⁶ *Bartolacelli*, Non profit 2017, 253, 277; *Assonime*, La disciplina delle società benefit, Rundschreiben (*Circolare*) Nr. 19 v. 20.6.2016, S. 12 ff.

⁴⁷ Abs. 379 S. 3: „La società benefit può introdurre, accanto alla denominazione sociale, le parole: «Società benefit» o l’abbreviazione: «SB» [...]“ (= Die Gesellschaft kann neben der Gesellschaftsbezeichnung die Wörter „Società benefit“ oder die Abkürzung „SB“ einfügen).

⁴⁸ *Bartolacelli*, Non profit 2017, 253, 277; *Marasà* (Fn. 27), S. 51 f.; *Stella Richter jr.*, in: *De Donno/Ventura* (Fn. 7), S. 59, 60; für einige empirische Zahlen, *Caterino*, Giur. comm. 2020, I, 787, 800 f.

Aber was genau ist unter diesem „mysteriösen“ *beneficio comune* zu verstehen?⁴⁹ Laut dem Stabilitätsgesetz besteht der gemeinwohlorientierte Zweck in der „Verfolgung von ein oder mehreren positiven Auswirkungen oder der Senkung von negativen Auswirkungen im Rahmen der unternehmerischen Tätigkeit der *società benefit*“ auf „Personen, Gemeinschaft, Gebiete und Umwelt, Güter und kulturelle und soziale Tätigkeiten, Körperschaften und Vereinigungen“ sowie auf die als sonstige Interessenträger bezeichneten „Personen oder Personengruppen, die direkt oder indirekt von der Tätigkeit der Gesellschaft betroffen sind, wie Arbeiter, Kunden, Lieferanten, Kapitalgeber, Gläubiger, öffentliche Verwaltung und die Zivilgesellschaft“ (Abs. 376 in Verbindung mit Abs. 378, Buchst. a und b).⁵⁰ Die Pluralität dieser Zwecksetzungen soll im Rahmen einer Geschäftsführung, die auf den Ausgleich der Interessen der Gesellschafter und der von dieser Tätigkeit betroffenen Stakeholder gerichtet ist, erreicht werden (Abs. 377, 380).⁵¹ Bedenklich ist dabei jedoch, dass der Gesetzgeber für die SB neben der allgemeinen Gewinnorientierung kein Mindestmaß bzw. keine Mindestschwelle an gemeinwohlorientierter Ausrichtung vorgeschrieben hat.⁵² Funktionell resultiert die SB somit (wahrscheinlich) zu elastisch: An dem einen Ende des Spektrums kann es SBs geben, die den Gemeinwohlzweck als Hauptzweck verfolgen, während an dem anderen Ende eine solche Pflichtbindung eine nur nebensächliche Rolle spielen kann und von den Gesellschaftern ausschließlich zum Zweck der Erlangung von Reputationsvorteilen in die Satzung aufgenommen wird.⁵³ Na-

⁴⁹ Besonders überzeugend *Rescio*, Riv. dir. civ. 2022, 462 ff.

⁵⁰ Eindeutig hier die Anlehnung an § 102 MBCL (*general public benefit* und *specific public benefit*); vgl. ferner § 362(b) Del. Code Ann. (2013), sowie im Rahmen gesetzlicher Unternehmenszielbestimmungen die US-amerikanischen *corporate constituency statutes* (z. B. § 717(b) des New York Business Corporation Act) und sec. 172(1) des englischen Companies Act 2006: rechtsvergleichend *Fleischer*, Riv. soc. 2018, 803 ff.; *ders.*, AG 2017, 512 ff.; *ders.*, ZGR 2017, 411 ff.

⁵¹ Wie noch näher zu sehen sein wird, geht es hier nicht um ein Null-Summen-Spiel zwischen den Kosten der gewinnbringenden Tätigkeit und jenen der Gemeinwohltätigkeit, da die konkrete Gewichtung der verschiedenen Interessen im Ermessensspielraum der Geschäftsführer liegt, die sich dabei im Rahmen der von den Gesellschaftern *ex ante* festgelegten Zwecksetzung zu bewegen haben. Hierzu *Angelici*, Rivista ODC 2017, 3, 9; *Bartolacelli*, Non profit 2017, 253, 262 ff.; ausführlich *Corso*, Nuove leggi civ. comm. 2016, 995, 1018 ff.; *Codazzi*, Rivista ODC 2020, 589 ff.

⁵² Kritisch auch *Bartolacelli*, Non profit 2017, 253, 261: „punto debole della disciplina“; *ders.* (Fn. 8), S. 296: „As the Act does not set down a minimum ‘common good’ activity, this could entail opportunistic behavior by putting generic references to a common good in the articles, but using it as mere window dressing“; *Speranzin*, ECLJ 19 (2022), 142, 146; *Marasà* (Fn. 27), S. 51, 54 ff., der daraus folgert, dass in der SB die Verfolgung von gemeinnützigen Interessen nicht unbedingt eine wichtigere Rolle als in den „ordentlichen“ gewinnorientierten Gesellschaften spielen muss; noch weiter geht *M. Palmieri*, Giur. comm. 2023, I, 1030, 1042, der in nicht vertretbarer Weise annimmt, dass die Gemeinwohlverpflichtung – der Theorie der *Enlightened Value Maximization* von *Jensen* folgend – einen Nebenzweck im Verhältnis zum primären Gewinninteresse darstellt; a. A. vertreten *Denozza/Stabilini*, Rivista ODC 2007, 1, 9.

⁵³ So wiederum *Marasà* (Fn. 27), S. 56 ff. Zum Thema des unlauteren Wettbewerbs seitens einer SB, die Gemeinwohlintressen ausschließlich „auf dem Papier“ verfolgt, in Wirklichkeit

türlich können die Gesellschafter *ex ante* in der Satzung eine Hierarchisierung in die eine oder andere Richtung vornehmen.⁵⁴

Auf keinen Fall aber dürfen die für die Gemeinwohlziele verwendeten Ressourcen (z. B. unentgeltliche Maßnahmen zu Gunsten der lokalen Gemeinschaft; Einsatz von umweltfreundlichen, aber teureren Produktionsmitteln usw.)⁵⁵ die im Rahmen der gewinnorientierten Tätigkeit erzielten Erlöse vollständig aufbrauchen, da ansonsten die *società benefit* keine erwerbswirtschaftliche Tätigkeit (*attività economica*) im Sinne von Art. 2247 i. V. m. Art. 2082 Cod. civ. mehr ausüben würde, mit darauffolgendem Verlust eines wesentlichen Typusmerkmals einer jeden italienischen Gesellschaft.⁵⁶

Mit der Pflicht zur Satzungsverankerung wird ferner eines der klassischen Streitthemen des italienischen Gesellschaftsrechts erneut aufgegriffen. Seit jeher ist nämlich umstritten, ob gewinnorientierte Gesellschaften *auch* im Gemeinwohlinteresse tätig werden dürfen.⁵⁷ Der vorgenannte Abs. 379 Satz 2 scheint auf den ersten Blick eine negative Antwort zu suggerieren, bestimmt doch diese Vorschrift, dass gewinnorientierte Gesellschaften, die Gemeinwohlziele verfol-

aber dieser Verpflichtung nicht nachkommt und somit dem Markt falsche Informationen signalisiert, vgl. jetzt *Bartolacelli*, in: Serrano/López, Desafíos del regulador mercantil en materia de contratación y competencia empresarial, 2021, S. 317, 331 ff.

⁵⁴ Vgl. ausführlich *Rescio*, Riv. dir. civ. 2022, 462, 468 ff., 471, der auch darauf hinweist, dass die Bezeichnung *SB* nur unter der Voraussetzung verwendet werden darf, dass die Gesellschaft effektiv wenigstens ein Gemeinwohlziel verfolgt; *Marasà* (Fn. 27), S. 55; *Speranzin*, ECLJ 19 (2022), 142, 146, Text und Fn. 34.

⁵⁵ Obwohl umstritten, kann korrekt davon ausgegangen werden, dass die Gemeinwohlziele der *SB* sowohl unmittelbar im Rahmen der eigentlichen Unternehmenstätigkeit als auch mittelbar durch Ausschüttung eines bestimmten Teils der erzielten Gewinne verfolgt werden können. In diesem Sinne überzeugend *Rescio*, Riv. dir. civ. 2022, 462, 466 ff.; a. A. hingegen *M. Cian*, Riv. soc. 2021, 475, 481 f., 488 ff.

⁵⁶ Für diese Meinung vgl. *Bartolacelli*, Non profit 2017, 253, 262: „l'attività economica di cui discorre il comma 378 funge da limite di sistema“; *Codazzi*, Rivista ODC 2020, 589, 595, die in diesem Zusammenhang auf die Satzung der *SB Nativa s.r.l.* verweist, wo in Art. 2 den gemeinnützigen Interessen ein solcher Riegel vorgeschoben wird („sufficiente profitto“); *Costi*, Giur. comm. 2006, I, 83, 99; *Mosco*, AGE 2018, 81, 89; *Prataviera*, Riv. soc. 2018, 919, 952 f.

⁵⁷ Vgl. allgemein zu diesem Thema, unter vielen, *G. F. Campobasso* (Fn. 15), S. 24 ff.; *M. Campobasso*, Banca borsa tit. cred. 2024, 1 ff.; *M. Cian* (Fn. 8), S. 45 ff., 49; *ders.*, Riv. soc. 2021, 475, 485 ff.; *Marasà* (Fn. 27), S. 53 f.; *ders.*, Le „società“ senza scopo di lucro, 1984, S. 110 ff.; *Stella Richter jr.*, in: Colombo/G. B. Portale, Trattato delle società per azioni, 1*, 2004, S. 242, 246; *Oppo*, Scritti giuridici, Vol. IV, 1992, S. 139 ff., 148; *Agstner*, Il gruppo cooperativo gerarchico, 2017, S. 72 ff. In der Rechtsprechung für die positive Auffassung Cass. 11.12.2000, n. 15599, Foro it. 2001, I. c. 1932, mit Anm. von *Nazzicone* (Gültigkeit einer Satzungsklausel, laut der ein Teil der Gewinne für gemeinnützige Zwecke verwendet wird, unter der Voraussetzung, dass der Gewinnzweck dadurch nicht beeinträchtigt wird); Cass. 12.4.2005, n. 7536, Foro it. 2006, 2889. In der Praxis rezipiert solche Lösungen z. B. die Satzung von *Intesa San Paolo s.p.a.* (Art. 29.3).

gen wollen, ihre Satzung abändern müssen.⁵⁸ Eine solche Auslegung, auch aus verfassungsrechtlicher Perspektive (Artt. 2, 41 Abs. 2 *Costituzione*), scheint aber nicht überzeugend.⁵⁹ Vielmehr will der Gesetzgeber mit dieser Bestimmung einzig darauf hinweisen, dass eine gewinnorientierte Gesellschaft zum Zweck der Erlangung des Status der *società benefit* dieser Verpflichtung nachkommen muss. Es würde hingegen der im Stabilitätsgesetz für 2016 proklamierten sozialen und ökologische Verantwortung des Gesetzgebers widersprechen,⁶⁰ falls man diese Vorschrift dahingehend auslegt, dass gewinnorientierten Gesellschaften die nebensächliche Durchführung von gemeinnützigen Maßnahmen verboten ist, insbesondere aber nicht notwendigerweise, wenn diese den Gewinnerzielungszweck mittel- oder langfristig zu fördern im Stande sind.⁶¹ Weiterhin gilt somit, dass die Gewinnausrichtung der Hauptzweck, aber nicht der alleinige Gesellschaftszweck gemäß Art. 2247 Cod. civ. darstellen muss.⁶² Der wesentliche Unterscheid reduziert sich demzufolge darauf, dass die SB gemeinnützige Interessen verfolgen *muss*,

⁵⁸ *Assonime*, La disciplina delle società benefit, Rundschreiben (*Circolare*) Nr. 19 v. 20.6.2016, S. 13 f.

⁵⁹ *Stella Richter jr.* (Fn. 48), S. 62, spricht mit Bezug auf Abs. 379 von einer besonders unglücklichen („particolarmente infelice“) Bestimmung; gleichsinnig *Bartolacelli*, Non profit 2017, 253, 277, der hier von der wohl umstrittensten („controversa“) Vorschrift spricht.

⁶⁰ In diesem Sinne z. B. Abs. 376, der darauf hinweist, dass die vorliegenden Bestimmungen das Ziel haben, die Gründung und Verbreitung von Benefit-Gesellschaften zu fördern.

⁶¹ Vgl., mit teils unterschiedlichen Akzenten, *Angelici*, Rivista ODC 2017, 3, 7 ff.; *Marasà* (Fn. 27), S. 54; *Mosco*, AGE 2018, 81, 83 f.; *Prataviera*, Riv. soc. 2018, 919, 954 f.; *Speranzin*, ECLJ 19 (2022), 142, 146: „corporations other than benefit [...] can (but need not) aim at pursuing a common benefit, but the profit-making purpose must be a priority“; *Rescio*, Riv. dir. civ. 2022, 462, 464, Fn. 7; *Stella Richter jr.* (Fn. 48), S. 60 ff.; jetzt explizit in der notariellen Praxis in Sachen ESG und Nachhaltigkeitsklauseln, *Interregionaler Ausschuss der Notariatskammern der drei Venetien*, Leitlinien (*Orientamenti*) A.B.1 bis A.B.6, abrufbar unter: <<https://www.dirittobancario.it/wp-content/uploads/2023/10/Orientamenti-Notarili-Triveneto-2023.pdf>> (23.10.2023). Für eine restriktivere Auffassung *Denozza/Stabilini*, Rivista ODC 2007, 1, 10; *Codazzi*, Rivista ODC 2020, 589, 601 f.; *dies.*, Rivista ODC 2021, 1243, 1287; *G. B. Portale*, Banca borsa tit. cred. 2018, I, 597, 607; *Tombari*, Riv. soc. 2018, 20, 25 ff., die allein jene gemeinnützigen Tätigkeiten für zulässig halten, die den Gewinnzweck wenigstens indirekt fördern („indirettamente connesse con il perseguimento dello scopo di lucro sociale“); noch einschränkender *Bartolacelli*, Non profit 2017, 253, 277 ff., 279; *ders.* (Fn. 53), S. 329 f., der die Verfolgung jeglicher gemeinnütziger Zwecke dem Monopol der SB vorbehält.

⁶² Eindeutig in diesem Sinne, *M. Cian*, Riv. soc. 2021, 475, 488, 497, 501; *ders.*, Rivista ODC 2021, 1131, 1139, 1145 f.; *Marasà* (Fn. 27), S. 53: „scopo principale ma non esclusivo di ogni altro“, der hinzufügt, dass solche gemeinnützigen Tätigkeiten sowohl *de facto* als auch auf der Grundlage einer Satzungsklausel durchgeführt werden können. Hier stellt sich sodann die Frage, ob letztere Gesellschaften, die trotz der Satzungsverankerung von der (optionalen) Verwendung der Bezeichnung *società benefit* keinen Gebrauch machen, automatisch in eine SB umzuqualifizieren sind und folglich der einschlägigen Regelung unterliegen: dies verneinend *Marasà* (Fn. 27), S. 56 ff.; bejahend *Denozza/Stabilini*, Rivista ODC 2007, 1, 8 f.; vermittelnd *Stella Richter jr.* (Fn. 48), S. 63. Im deutschen Schrifttum zur gleichgelagerten Problematik *Habersack*, Gemeinwohlbindung und Unternehmensrecht, AcP 220 (2020), 594, 633 ff.

während gewinnorientierte Gesellschaften dies allein *dürfen*, aber nicht müssen.⁶³ Dies erklärt auch, weshalb allein mit Bezug auf die SB vorgesehen wird, dass die Geschäftsführer die spezifische Pflicht haben, die vorgenannte Abwägung zwischen Shareholder- und Stakeholder-Interessen vorzunehmen (Abs. 380).⁶⁴

Ein weiteres Problem betrifft die Frage, bis zu welchem Punkt die Gesellschafter verpflichtet sind, das Gemeinwohlinteresse in der entsprechenden Satzungsklausel zu spezifizieren. Würde in diesem Zusammenhang etwa schon ausreichen, dass allgemein und vage auf das Wohlbefinden aller Gesellschafter verwiesen wird (eine Art *raison d'être* gemäß Art. 1835 Satz 2 franz. C. civ.),⁶⁵ oder ist hingegen eine detaillierte Anführung der einzelnen zweckgerichteten Aktivitäten notwendig?⁶⁶ Nachdem Abs. 377 das Adverb „specificatamente“ (genauestens) verwendet, kann davon ausgegangen werden, dass wenngleich nicht jede einzelne das Gemeinwohlinteresse zweckfördernde Maßnahme in der Satzung aufgelistet werden muss, auf jeden Fall die Tätigkeitsfelder der SB und die jeweiligen Begünstigten identifiziert werden sollen.⁶⁷

3. Ermessensspielraum und Haftung der Geschäftsführer

Eine grundlegende Frage betrifft die Auswirkungen der statutarisch verankerten dualen Zwecksetzung der SB auf das Leitungsermessen der Geschäftsführer. Mit anderen Worten muss geklärt werden, ob die normativ verankerte Verpflichtung auf Gemeinwohl und Gewinnerzielung zu einer unterschiedlichen Ausrichtung der Geschäftsführerpflichten und des entsprechenden Haftungsregimes führen.

Die einschlägigen Bestimmungen liefern hierzu keine eindeutige Antwort.⁶⁸ Es wird einzig verlangt, dass die SB in der Weise zu führen ist, dass dreierlei Ziel-

⁶³ Vgl. *Speranzin*, ECLJ 19 (2022), 142, 146; *Stella Richter jr.* (Fn. 48), S. 63. Allgemein zur heute kontrovers geführten *Corporate-Purpose-Debatte* vgl., unter vielen, *Fleischer*, ECFR 2021, 161 ff.; *Hopt*, *Corporate Purpose and Stakeholder Value – Historical, Economic and Comparative Law Remarks on the Current Debate, Legislative Options and Enforcement Problems*, ECGI Working Paper N. 690/2023, S. 1 ff., abrufbar unter: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4390119> (6.10.2023); *Kuntz*, ZHR 186 (2022), 652 ff.

⁶⁴ In diesem Sinne *Stella Richter jr.* (Fn. 48), S. 63.

⁶⁵ Hierzu näher *Fleischer/Chatard*, NZG 2021, 1527.

⁶⁶ Dass es sich hier nicht um ein Schulbeispiel handelt, zeigt gerade der Fall der *Nativa s.r.l.* SB, deren Satzung eine solche Formulierung des Gemeinwohlinteresses aufweist (Art. 2: Der letztliche Zweck der Gesellschaft besteht in der Erreichung der Glückseligkeit aller Teilnehmenden). Für diesen Hinweis siehe *Ventura*, *Contratto e impr.* 2016, 1134, 1166, Fn. 147; *M. Palmieri*, *Giur. comm.* 2023, I, 1030, 1051, Text und Fn. 107, der in einem solchen Fall die Nichtigkeit des Gesellschafterbeschlusses gemäß Art. 2379 Abs. 1 Cod. civ. aufgrund unmöglicher Erreichung des Unternehmensgegenstandes nicht ausschließt; für weitere Beispiele, *Speranzin*, ECLJ 19 (2022), 142, 144 (mit Verweis auf die Satzungen von *Illycaffè s.p.a.* und *Pieces of Venice s.r.l.*).

⁶⁷ In diesem Sinne vgl. *Bartolacelli*, *Non profit* 2017, 253, 260; *ders.* (Fn. 53), S. 328, Text und Fn. 49; *Rescio*, *Riv. dir. civ.* 2022, 462, 473 f.

⁶⁸ *Bartolacelli* (Fn. 53), S. 332: „norma resta silente“; *Corso*, *Nuove leggi civ. comm.* 2016, 995, 1022: „disposizioni piuttosto laconiche“; *Riolfo*, *EBOR* 21 (2020), 279, 295, 297.

setzungen miteinander in Einklang gebracht werden, nämlich die Interessen der Gesellschafter, die gemeinwohlorientierten Zwecke, die die Gesellschaft ausweislich ihrer Satzung verfolgt, sowie die Belange der in Abs. 376 genannten Stakeholder, die von der Tätigkeit des Unternehmens betroffen sind (Abs. 380 Satz 1).⁶⁹ In Wirklichkeit hat diese Interessenabwägung zwischen den Shareholder-Interessen auf der einen Seite und den Stakeholder-Interessen auf der anderen Seite zu erfolgen. Die in Abs. 380 getätigte Dreiteilung resultiert irreführend, da zwischen Gemeinwohlzwecken und Belangen der in Abs. 376 angeführten Stakeholder nicht zu unterscheiden ist.⁷⁰ Nach welchen Kriterien die Gewichtung dieser verschiedenen Interessen zu erfolgen hat, wird vom italienischen Gesetzgeber auch nicht erläutert.⁷¹ Einzig wird festgestellt, dass die SB im Rahmen der Verfolgung des Gemeinwohls immer verantwortungsvoll (*responsabile*), nachhaltig (*sostenibile*) und transparent (*trasparente*) zu leiten ist (Abs. 376).⁷² Auch eine Priorisierung der jeweiligen Interessen wird nicht vorgenommen, sodass den Geschäftsführern in Ermangelung einer in der Satzung klar getätigten Interessenabwägung oder der Einräumung von Weisungsrechten der Gesellschafter entsprechend große Ermessensspielräume zukommen.⁷³ Auch wenn die dadurch gewonnene Handlungsflexibilität gewisse Vorteile mit sich bringt, ist eine solche unscharfe Regelung unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit sowie des etwaigen Missbrauchs in Form von „Greenwashing“ bedenklich.⁷⁴

⁶⁹ Eindeutig die Anlehnung an § 362(a) sowie § 365(a) Del. Code Ann. (2013). Dazu *Möslein/Mittwoch*, *RabelsZ* 80 (2016), 399, 416.

⁷⁰ Bestätigend die Formulierung in Abs. 377 Satz 1. In diesem Sinne auch *Daccò*, *Banca borsa tit. cred.* 2021, I, 40, 58.

⁷¹ Spezifischer hingegen z. B. Sec. 304A.201 Minn. Stat.; § 14620 Cal. Corp. Code. Im italienischen Schrifttum wird zum Zweck der besseren Abwägung potentiell divergierender Interessen ähnlich angeregt, in der Satzung die Einrichtung eines die Geschäftsführer beratenden Beirats bestehend aus externen Experten vorzusehen oder den Gesellschaftern ein Zustimmungrecht für Geschäfte, die deren Interessen besonders tangieren, einzuräumen. Hierzu *Daccò*, *Banca borsa tit. cred.* 2021, I, 40, 63; *M. Cian*, *Riv. soc.* 2021, 475, 498 f.; *Speranzin*, *ECLJ* 19 (2022), 142, 147.

⁷² Erneut inhaltlich übereinstimmend mit § 362(a) Del. Code Ann. (2013): „operate in a responsible and sustainable manner“. Im Schrifttum *Bartolacelli*, *Non profit* 2017, 253, 264 f.: „Ora, questa è la norma che determina lo standard di condotta degli amministratori nella gestione della SB.“

⁷³ Wiederum nach dem Beispiel des § 301(a)(3) MBCL. Im italienischen Schrifttum vgl. *Codazzi*, *Rivista ODC* 2020, 589, 615 ff.; *Corso*, *Nuove leggi civ. comm.* 2016, 995, 1016; *Daccò*, *Banca borsa tit. cred.* 2021, I, 40, 55 ff.; *Rescio*, *Riv. dir. civ.* 2022, 462, 472, der korrekt darauf hinweist, dass insbesondere in der GmbH die Gesellschafter über nicht unwesentliche Einflussmöglichkeiten in Form von Weisungsrechten gegenüber den Geschäftsführern verfügen.

⁷⁴ So auch *Prataviera*, *Riv. soc.* 2018, 919, 957 ff.; *Daccò*, *Banca borsa tit. cred.* 2021, I, 40, 45 ff.; im rechtsvergleichenden Schrifttum machen darauf aufmerksam *Galle*, 54 *B.C. L. Rev.* 2025 (2013).

Auf der gesellschaftsrechtlichen Sanktionsebene wird vorgesehen, dass die Missachtung dieser interessenpluralen Pflichtbindung eine Verletzung der gesetzlichen und statutarischen Geschäftsführerpflichten darstellen *kann* (*può*). In einem solchen Fall finden die für jeden Gesellschaftstyp vorgesehenen zivilrechtlichen Bestimmungen zur Geschäftsführerhaftung entsprechend Anwendung (Abs. 381). Diesbezüglich wird im Schrifttum erörtert, ob das vom Gesetzgeber bereitgestellte Rechtsmittel (*id est*, Haftungsklage gegen Geschäftsführer) ein wirksames Sanktionsinstrument oder ein nur „stumpfes Schwert“ darstellt.⁷⁵ Die dabei angestellten Überlegungen gehen davon aus, dass in allen Gesellschaftsformen hauptsächlich die Gesellschafter zur Einbringung der Haftungsklage befugt sind (Art. 2392 ff. Cod. civ. für die *s.p.a./AG*; Art. 2476 Cod. civ. für die *s.r.l./GmbH*). Bedenkt man dabei, dass die mangelnde Verfolgung von Gemeinwohlinteressen grundsätzlich zu einer Kosteneinsparung bzw. Gewinnerhöhung für die SB führt, kann man sich einfach vorstellen, dass solche Haftungsklagen in der Praxis schlicht unterbleiben. Gleichzeitig setzt die Geschäftsführerhaftung voraus, dass die Gesellschaft einen Vermögensschaden aus dem sorgfaltswidrigen Verhalten der Organmitglieder erleidet: Gerade in dem letztgenannten Fall resultiert diese Voraussetzung aber nicht erfüllt.⁷⁶ Das Instrument der gesellschaftsrechtlichen Haftungsklage erweist sich somit als stumpfes Schwert.⁷⁷ Vielfach wird im Schrifttum sogar angenommen, dass bei der SB eine sog. *benefit judgment rule* zur Anwendung kommt, dank welcher, insbesondere aufgrund des weiten Ermessensspielraums der Geschäftsführer, eine geringere Haftung gegenüber den Gesellschaftern und überhaupt keine Haftung gegenüber Dritten bestehen soll.⁷⁸ Dies führt unweigerlich zu einer Verschärfung der entsprechenden Agenturkonflikte.⁷⁹

Zum Zweck eines effizienteren Enforcement der Gemeinwohlbelange wird sodann erörtert, ob Gesellschafter oder Dritte (Stakeholder), insbesondere jene, die durch den statuierten gemeinwohlorientierten Zweck begünstigt werden, berechtigt sind, eine individuelle Haftungsklage aus direktem Schaden („danno di-

⁷⁵ Zu dieser Thematik vgl. eingehend *Bartolacelli* (Fn. 53), S. 332 ff.; *ders.*, Non profit 2017, 253, 268 ff.; *Stanzione*, Riv. dir. comm. 2018, 487, 503 ff.; *Prataviera*, Riv. soc. 2018, 919, 956 ff.

⁷⁶ *Bartolacelli* (Fn. 53), S. 333; für eine teils andere Auffassung *Stanzione*, Riv. dir. comm. 2018, 487, 530 f.

⁷⁷ Wiederum *Bartolacelli* (Fn. 53), S. 333: „i rimedi di stretto diritto societario non paiono essere un'arma adeguata“.

⁷⁸ Ausdrücklich in diesem Sinne *Stella Richter jr.* (Fn. 48), S. 65; *Stella Richter jr./Passador/Sertoli*, AGE 2022, 213, 230 f., 232; *G. B. Portale*, Banca borsa tit. cred. 2018, I, 597, 606 f.; *Prataviera*, Riv. soc. 2018, 919, 964 f., insb. 969 f. Nicht anders die Rechtslage bei den *benefit corporations*: vgl. § 301(d) und § 305(b) MBCL, sowie § 365(b) Del. Code Ann. (2013) und § 14620(i) Cal. Corp. Code., die allesamt das *benefit enforcement proceeding* allein den Gesellschaftern vorbehalten (§ 102 MBCL; § 14601(b) Cal. Corp. Code). Zu diesem Klagerecht *Möslein/Mittwoch*, *RabelsZ* 80 (2016), 399, 424 ff.

⁷⁹ In diesem Sinne *Fleischer*, Riv. soc. 2018, 803, 816.

retto“) gemäß Art. 2395 Cod. civ. (AG) bzw. Art. 2476 Abs. 7 Cod. civ. (GmbH)⁸⁰ zu erheben.⁸¹ Voraussetzung ist hierbei, dass die Klageberechtigten einen direkten Vermögensschaden und nicht wie üblich bei Haftungsklagen ausschließlich einen Reflexschaden aus dem pflichtwidrigen Verhalten der Geschäftsführer erleiden.⁸² Aber gerade ein solcher Direktschaden, der laut herrschender Meinung vermögensrechtlicher Natur sein muss,⁸³ scheint schwer auszumachen. Eine in der Praxis aber sehr unwahrscheinliche Ausnahme könnte einzig gelten, falls die SB in der Satzung ihre gemeinwohlorientierten Zwecke so spezifisch darlegt, dass etwaige schutzwürdige Dritte eine legitime Erwartung (*affidamento*) auf die Verfolgung solcher Gemeinwohlintressen geltend machen könnten.⁸⁴ Die Haftungsklage der benachteiligten Dritten, dessen Identifizierung aber höchst problematisch erscheint,⁸⁵ würde sich sodann gegen die untätigen Geschäftsführer richten, die es unterlassen haben, die in der Satzung *ex ante* bestimmten Gemeinwohlziele zu verfolgen. Dogmatisch handelt es dabei um eine *vertragliche* Haftung aus qualifiziertem sozialen Kontakt (*contatto sociale qualificato*) bzw. aus Verletzung von Schutzpflichten (*obblighi di protezione*).⁸⁶ Auf jeden Fall kann der

⁸⁰ Für eine extensive Anwendung dieser Vorschriften auch auf Personengesellschaften vgl. in der höchstrichterlichen Rechtsprechung Cass. 25.1.2016, n. 1261. Hingegen zum Thema der Gesellschafterhaftung in der italienischen GmbH Agstner, in: M. Campobasso/Cariello/Di Cataldo/Guerrera/Sciarrone Alibrandi, Società, banche e crisi di impresa. Liber amicorum Abbadessa, Vol. III, 2014, S. 2463 ff.

⁸¹ Bejahend *Angelici*, Rivista ODC 2017, 3, 11 f.; *Riolfo*, EBOR 21 (2020), 279, 299 f.; zurückhaltender *Denozza/Stabilini*, Rivista ODC 2007, 1, 12 f.; *Speranzin*, ECLJ 19 (2022), 142, 148; *Daccò*, Banca borsa tit. cred. 2021, I, 40, 68 ff., die u. a. folgenden Sachverhalt als Haftungsbeispiel laut Art. 2395 Cod. civ. anführt: Eine Gesellschaft setzt sich zum Zweck, kostenlose Online-Fortbildungskurse für Personen mit Behinderung anzubieten. In einem zweiten Moment wird auf die Durchführung einiger solcher Kurse verzichtet mit der Begründung, dass die Kosten für die Bereitstellung von qualifiziertem Personal zu hoch sind und es bereits andere gleichwertige Marktangebote gibt. Einige potentielle Kursteilnehmer entscheiden gerichtlich vorzugehen und stützen dabei ihre Haftungsklage auf das Argument, dass die Kursteilnahme dazu dienen sollte, die gewünschte Befähigung für eine Arbeitsstelle zu erlangen.

⁸² Vgl. allgemein *G.F. Campobasso* (Fn. 15), S. 391 ff.; *Pinto*, in: Liber amicorum Gian Franco Campobasso, Bd. 2, 2006, S. 893 ff.; in der Rechtsprechung, Cass. Sez. Un., 24.12.2009, n. 27346, Banca borsa tit. cred. 2011, II, 131; Cass. 8.9.2015, n. 17794.

⁸³ Für einen Gesamtüberblick vgl. *Mozzarelli*, in: Abbadessa/G. B. Portale, Le società per azioni, Bd. I, 2016, S. 1459, 1461 f.

⁸⁴ Vgl. *Bartolacelli* (Fn. 53), S. 334, Text und Fn. 74; *Lenzi*, Giur. comm. 2016, I, 894, 915 ff.; *Prataviera*, Riv. soc. 2018, 919, 941, 966 ff.; *Stanzione*, Riv. dir. comm. 2018, 487, 533 ff.

⁸⁵ Zu diesem Punkt vgl. *Pinto* (Fn. 82), S. 905 f., Text und Fn. 26.

⁸⁶ So eindeutig *Angelici*, Rivista ODC 2017, 3, 12; jetzt umfangreich die Dissertationsarbeit von *Giudice*, La società benefit ed il contatto sociale, Università degli Studi di Brescia, Ciclo XXXII, 2018/2019, S. 72 ff. Allgemein zur Einordnung dieser Art von vertraglicher Haftung, unter Verweis auf die grundlegenden Arbeiten von *Mengoni* und *Castronovo*, *Agstner/Marchesini Mascheroni*, ECFR 2020, 726, 741 f.; spezifisch und kritisch mit Bezug auf Art. 2395 Cod. civ. *Mozzarelli* (Fn. 83), S. 1467 f.; *Pinto* (Fn. 82), S. 897 ff.; sowie allgemeiner *Denozza*, Diritto, mercato ed etica 2010, 269 ff., der auf den Fall *Tripody v. Johnson and Johnson*, 877

klageberechtigte Gesellschafter oder Dritte ausschließlich ein Recht auf Schadensersatz geltend machen. Niemals hingegen könnte verlangt werden, dass die Gesellschaft ihre Unternehmenstätigkeit zukünftig gemeinwohlfreundlicher ausrichtet. Rechtfertigend kann aber bemerkt werden, dass Italien mit einem solch schwachen gesellschaftsrechtlichen Enforcement-Regime nicht alleine dasteht, da es sich rechtsvergleichend vielmehr um die Regel handelt.⁸⁷

4. Der Benefit-Verantwortliche

Ein Kernstück der Regelung zur *società benefit* ist die verpflichtende Bestellung eines sog. Benefit-Verantwortlichen. Die einschlägige Vorschrift bestimmt, dass die SB eine oder mehrere Personen zu ernennen hat, die mit Funktionen und Aufgaben zum Zweck der Erreichung der Gemeinwohlzwecke betraut werden (Abs. 380 Satz 2). Aufgrund dieser offenen Formulierung stellt sich natürlich die Frage, in welchem Organ diese Funktion einzurichten ist und worin die jeweiligen Aufgaben (Überwachungs-, Instruktions- und/oder Unterstützungsmaßnahmen) bestehen sollen.⁸⁸ Auch wenn die genannte Bestimmung von der Gesellschaft als solcher als Ernennungsberechtigten spricht, sind in Wirklichkeit die Geschäftsführer verpflichtet, die Bestellung des Benefit-Verantwortlichen vorzunehmen. Dies aus dem einfachen Grund, weil eine etwaige mangelnde Bestellung einen Haftungsgrund gemäß Abs. 381 darstellt.⁸⁹ Als Benefit-Verantwortlicher kann sowohl der Vorstand als solcher, es können aber auch einzelne Geschäftsführer in Frage kommen, nicht jedoch Mitglieder des internen Kontrollorgans. Möglich ist auch, externe Dritte mit dieser Aufgabe zu beauftragen.⁹⁰ Laut empirischen Daten handelt es sich in 90% der Fälle um unternehmensinterne Personen, während allein in 10% der Fälle externe Berater herangezogen werden.⁹¹ Die Bestellung eines Benefit-Verantwortlichen führt zu keiner Kompetenz- und/oder Haf-

F. Supp. 233 (D.N. J. 1995) verweist, in dem das Gericht feststellte, dass es dem in einem betriebsinternen Dokument festgeschriebenen Credo von Johnson & Johnson an „specificity and detail required to justify employee reliance“ fehle.

⁸⁷ Für die Rechtslage bei den US-amerikanischen *benefit corporations* vgl., neben den Hinweisen in Fn. 78 *Corso*, Nuove leggi civ. comm. 2016, 995, 1017; *Daccò*, Banca borsa tit. cred. 2021, I, 40, 64 ff.; *Möslein/Mittwoch*, RabelsZ 80 (2016), 399, 428: „Die gemeinwohlorientierte Ausrichtung wird stattdessen ausschließlich auf Ebene der eigentlichen unternehmerischen Tätigkeit – insbesondere in Form von Offenlegungspflichten – abgesichert.“; noch prekärer der Sanktionsapparat bei der *société à mission*: dazu *Fleischer/Chatard*, NZG 2021, 1529.

⁸⁸ *Schüßler/Ventura*, RIW 2020, 397, 407.

⁸⁹ In diesem Sinne *Daccò*, Banca borsa tit. cred. 2021, I, 40, 54; *Prataviera*, Riv. soc. 2018, 919, 939 f.; *Riolfo*, EBOR 21 (2020), 279, 296.

⁹⁰ Vgl. *Bartolacelli*, Non profit 2017, 253, 266; *Calagna*, Riv. dir. soc. 2016, 709, 717; *Corso*, Nuove leggi civ. comm. 2016, 995, 1023, die als möglichen Dritten einen Compliance-Verantwortlichen oder einen internen Kontrollrat zulässt.

⁹¹ Für diese Zahlen *Bianchini/Sertoli*, AGE 2018, 201, 214.

tungsbeschränkung der anderen Geschäftsführer, die weiterhin verpflichtet sind, eine (auch) gemeinwohlorientierte Leitung der SB zu verfolgen.⁹²

5. Offenlegungspflichten

Eine absolut zentrale Stellung im Regelwerk der *società benefit* nehmen die Offenlegungspflichten ein, mittels welcher der Gesetzgeber überprüfen und sicherstellen will, dass die Gemeinwohlziele auch effektiv erreicht werden. Zu diesem Zweck wird in der einschlägigen Vorschrift (Abs. 382) bestimmt, dass die SB jährlich einen Gemeinnützigkeitsbericht – einen sog. *benefit report*⁹³ – verfasst, der dem Jahresabschluss beizufügen ist⁹⁴ und folgende Informationen enthalten muss: (a) die Beschreibung der besonderen Zielsetzungen der Gesellschaft und der Art und Weise ihrer Umsetzung sowie der etwaigen Umstände, die die Zweckerreichung gehindert oder verlangsamt haben; (b) die Bewertung der erzielten Auswirkungen auf die Begünstigten, die sich an vordefinierten externen Bewertungsstandards (mit den in Anlage 4 zum Stabilitätsgesetz beschriebenen Merkmalen) in bestimmten Bewertungsbereichen (angeführt in Anlage 5 zum Stabilitätsgesetz) orientieren muss; (c) die Angabe in einem gesonderten Abschnitt der neuen Zielsetzungen, die die SB im kommenden Geschäftsjahr programmatisch erreichen will. Um beste Transparenz zu versichern, verlangt die darauffolgende Vorschrift, dass der jährliche Gemeinnützigkeitsbericht auf der Internetseite der Gesellschaft, falls vorhanden, zu veröffentlichen ist. Zum Schutz der Begünstigten können im Bericht bestimmte finanzielle Informationen ausgeklammert werden (Abs. 383).⁹⁵

⁹² Vgl. *Daccò*, Banca borsa tit. cred. 2021, I, 40, 54, 61 f.; *Speranzin*, ECLJ 19 (2022), 142, 147; ausführlich jetzt zum *Benefit-Verantwortlichen Bovenzi*, Riv. dir. soc. 2023, 493 ff.

⁹³ Auch hier galt die US-amerikanische Regelung als Vorbild: § 366(b) und(c) Del. Code Ann. (2013). Im Schrifttum zum US *benefit report* vgl. *Butturini*, Giur. comm. 2020, I, 572, 589 ff.; *Möslein/Mittwoch*, RabelsZ 80 (2016), 399, 419 ff.

⁹⁴ Zu diesem Thema speziell *Butturini*, Giur. comm. 2020, I, 572 ff. In diesem Zusammenhang muss beachtet werden, dass für Personengesellschaften eine Hinterlegungspflicht des Jahresabschlusses im Handelsregister nicht besteht. Eine solche Pflicht gilt gemäß Art. 2435 (AG) bzw. Art. 2478-*bis* (GmbH) Cod. civ. allein für Kapitalgesellschaften.

⁹⁵ Im Schrifttum zu diesen Bestimmungen vgl. *Bartolacelli*, Non profit 2017, 253, 271 ff., der auch darauf hinweist, dass die fehlende Erstellung des *benefit report* eine Haftung der Geschäftsführer auslösen kann; *Riolfo*, EBOR 21 (2020), 279, 301 ff.; kritisch *Ferrarini/Zhu* (Fn. 29), S. 11, die darauf hinweisen, dass keine Prüfungspflicht (*audit*) für diesen Gemeinnützigkeitsbericht vorgesehen ist; eine jüngere Studie zeigt zudem, dass der Grad der Einhaltung der Vorgaben zum *Impact Reporting* gering ausfällt und von ungenügender Qualität ist: *Mion*, Sustainability 12 (2020), 9038 ff.; für vergleichbare empirische Ergebnisse *Bandini/Boni/Fia/Toschi*, Eur. Manag. Rev. 2022, 1, 11 f. Zu den Unterschieden zwischen dem Gemeinnützigkeitsbericht und der Pflicht zur Offenlegung von nichtfinanziellen Informationen gemäß der Richtlinie 2014/95/EU, in Italien umgesetzt mittels gesetzesvertretenden Dekrets v. 30.12.2016, Nr. 254, vgl. *Bartolacelli* (Fn. 8), S. 297 f. Die Bedeutung der Offenlegungspflichten wird auf europäischer Ebene zuletzt durch die *Corporate Reporting Sustainability Reporting Directive* (Richtlinie 2022/2464/EU) sowie durch den Vorschlag vom 23.2.2022 für eine Richtlinie über die nach-

Der genannte Drittparteienstandard, anhand dessen die Gemeinnützigkeit gemessen werden soll, muss – hier mit äußerst detaillierter Formulierung – laut Anlage 4 zum Stabilitätsgesetz: (a) vollständig und artikuliert die Auswirkungen der Handlungen der SB bei der Verfolgung der Gemeinwohlzwecke gegenüber den Begünstigten (Menschen, Gebieten, der Gemeinschaft usw. gemäß Abs. 376) bewerten; (b) von einer Normierungseinrichtung entwickelt werden, die von der SB nicht beherrscht oder mit dieser nicht verbunden ist; (c) glaubwürdig sein, weil von einer Normierungseinrichtung entwickelt, die (i) über die notwendigen Kompetenzen verfügt, um die sozialen und ökologischen Auswirkungen der Geschäftstätigkeit im Allgemeinen zu bewerten; (ii) bei der Ausarbeitung dieses Referenzmaßstabes einen wissenschaftlichen und interdisziplinären Ansatz anwendet und dabei gegebenenfalls auch eine öffentliche Konsultationsphase vorsieht; (d) transparent sein, weil die diesem Standard zugrundeliegenden Informationen öffentlich zugänglich gemacht werden, insbesondere (i) die für die Messung der sozialen und ökologischen Auswirkung der Geschäftstätigkeit verwendeten Kriterien; (ii) die verwendete Gewichtung der letztgenannten Kriterien; (iii) die Person der Geschäftsführer und des leitenden Organs der Einrichtung, die den Bewertungsstandard entwickelt hat und anwendet; (iv) das Verfahren, mittels welchem Änderungen und Aktualisierungen des Bewertungsstandards vorgenommen werden; (v) eine Aufstellung der Einnahmen und der finanziellen Unterstützungsquellen der Einrichtung, um etwaige Interessenkonflikte zu vermeiden.⁹⁶

Die relevanten Bewertungsbereiche, in denen die Tätigkeit der SB ihre Auswirkungen zeigt und mittels des angewendeten Bewertungsstandards gemessen wird, werden in der Anlage 5 zum Stabilitätsgesetz erfasst. Es handelt sich – mit teils kryptischer Formulierung – um: (a) die Corporate Governance, mit dem Ziel, die Transparenz und Haftung der Gesellschaft bei der Verfolgung der Gemeinwohlzwecke zu bewerten, insbesondere hinsichtlich des Gesellschaftszwecks, der Einbindung von Interessenträgern und des Transparenzniveaus der von der Gesellschaft angewandten Richtlinien und Methoden; (b) die Mitarbeiter, mit dem Ziel, die Beziehungen mit den Angestellten und Mitarbeitern in Sachen Vergütung und Benefit-Programme, Fortbildung und persönliche Karrierechancen, Qualität des Arbeitsumfelds, interne Kommunikation, Flexibilität und Arbeitssicherheit zu bewerten; (c) die anderen Interessenträger, mit dem Ziel, die Verhältnisse der Gesellschaft mit den eigenen Lieferanten, dem Territorium und den lokalen Gemeinschaften, die freiwillige Arbeit, die Schenkungen, die kulturelle und soziale Arbeit und jedwede die lokale Entwicklung und die eigene Lieferket-

haltigkeitsbezogenen Sorgfaltspflichten von Unternehmen (*Corporate-Sustainability-Due-Diligence*-Richtlinienentwurf) belegt. Im Schrifttum, vgl. *Libertini*, Riv. soc. 2021, 325 ff.; *Mosco/Felicetti*, AGE 2022, 185 ff.; *Harbarth*, AG 2022, 633 ff.; allgemeiner *Knapp*, ECFR 2021, 218 ff.

⁹⁶ Zu diesen Punkten *Bartolacelli*, Non profit 2017, 253, 274 f., der auf die Gefahr eines *race to the bottom* auf dem „Markt für Bewertungsstandards“ hinweist; ähnlich pessimistisch *Stella Richter jr.* (Fn. 24), S. 78, der die Auffassung vertritt, dass einer der nicht ausgesprochenen Gründe für die Einführung der SB darin bestand, den Zertifizierungsmarkt zu „beleben“.

te unterstützende Tätigkeit zu beurteilen; (d) die Umwelt, mit dem Ziel, die Auswirkungen der Geschäftstätigkeit mit Bezug auf den Lebenszyklus der Produkte und Dienstleistungen, insbesondere hinsichtlich der Verwendung von Ressourcen, Energie, Rohstoffen, Produktionsprozessen, Logistik- und Vertriebsprozessen, zu beurteilen.⁹⁷

6. *Società-benefit-spezifische Enforcement-Mechanismen*

Neben der etwaigen Geschäftsführerhaftung⁹⁸ greifen im Fall der mangelnden Verfolgung der statutarisch verankerten Gemeinwohlziele auch SB-spezifische Enforcement-Mechanismen. Dabei setzt der italienische Gesetzgeber in der einschlägigen Vorschrift auf wettbewerbsrechtliche Sanktionsinstrumente (Abs. 384). Insbesondere wird vorgesehen, dass die SB, die ihre Gemeinwohlziele nicht verfolgt, den Bestimmungen zur irreführenden Werbung (*pubblicità ingannevole*) laut gesetzesvertretendem Dekret vom 2. August 2007, Nr. 145 und den Vorschriften des Verbrauchergesetzbuches laut gesetzesvertretendem Dekret vom 6. September 2005, Nr. 206 unterliegt.⁹⁹ Abs. 384 setzt präzisierend fort, dass die zuständige Wettbewerbsbehörde (sog. *Autorità garante della concorrenza e del mercato* bzw. *AGCM*) dabei ihre Aufgaben und Tätigkeiten im Rahmen der verfügbaren Ressourcen ausübt, ohne dass dadurch zusätzliche Kosten zu Lasten der überwachten Einrichtungen entstehen sollen.¹⁰⁰ Die *AGCM*, welche von konkurrierenden Unternehmen, Interessenverbänden und auch einzelnen Verbrauchern (eventuell auch ohne Rechtsvertretung) angerufen werden kann, hat das Recht, Unterlassungsmaßnahmen und/oder die Aussetzung von unlauteren Geschäftspraktiken anzuordnen sowie Verwaltungsstrafen bis zu 5 Millionen Euro zu verhängen.¹⁰¹

Die verfügbaren Sanktionsmittel wirken somit in zweifacher Richtung: Einerseits zugunsten der Konkurrenzunternehmen, die sich vor den unlauteren Wettbewerbspraktiken der „fake-SB“¹⁰² schützen wollen (sog. *Business-to-Business-Beziehung*); andererseits zugunsten der Verbraucher, die auch mit Hilfe von

⁹⁷ *Bartolacelli*, Non profit 2017, 253, 272 f.

⁹⁸ Vgl. oben IV.3.

⁹⁹ Mit Bezug auf das Verbrauchergesetzbuch resultieren die Vorschriften in Art. 20 ff. von Interesse, die die sog. unlauteren Geschäftspraktiken (*pratiche commerciali scorrette*) regeln.

¹⁰⁰ Für eine Kommentierung, vgl. *Bartolacelli*, Non profit 2017, 253, 280 ff.; *ders.* (Fn. 53), S. 335 ff., der überzeugend eine Anwendung dieser den freien Wettbewerb schützenden Bestimmungen auch auf jene *SBs* verlangt, die in der Gesellschaftsbezeichnung den (optionalen) Zusatz *società benefit* nicht führen; *Caterino*, *Giur. comm.* 2020, I, 787, 799 ff.; *Riolfo*, *EBOR* 21 (2020), 279, 307 ff.; *Speranzin*, *ECLJ* 19 (2022), 142, 145.

¹⁰¹ Art. 27 Verbrauchergesetzbuch, insbesondere Abs. 9, sowie Art. 8 gesetzesvertretendes Dekret vom 2. August 2007, Nr. 145. Für einen konkreten Fall siehe jetzt *Trib. Gorizia*, 25.11.2021 (unveröffentlicht und zitiert von *Speranzin*, *ECLJ* 19 (2022), 142, 145), wo eine vorsorgliche Maßnahme gegenüber einer in Friaul sitzenden Gesellschaft wegen irreführender Werbung erlassen wurde, mit der Begründung, dass entgegen der öffentlich bekundeten Nachhaltigkeit des unternehmerischen Handelns in Wirklichkeit umweltschädliche Produkte vertrieben wurden.

¹⁰² Für diesen Ausdruck *Caterino*, *Giur. comm.* 2020, I, 787, 803.

Verbraucherorganisationen oder sogar mittels Sammelklage (*class action*) laut Art. 840-*bis* ff. ital. *Codice procedura civile* (ZPO) gegen unlautere Geschäftshandlungen der SB vorgehen können (sog. *Business-to-Customer-Beziehung*).¹⁰³ All dies bestätigt erneut, dass die mit dem Status der SB verbundenen Reputationsvorteile in den Augen des Gesetzgebers hauptsächlich unter dem wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkt relevant sind.¹⁰⁴

7. Austrittskündigung des Gesellschafters?

Eine strittige Frage ist, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen dem Gesellschafter ein Austrittsrecht (*diritto di recesso*) zusteht. Der Gesetzgeber liefert hierzu keine Antwort. Das Thema betrifft sowohl den Fall einer ursprünglich rein gewinnorientierten Gesellschaft, die mittels entsprechender Satzungsänderung die Verfolgung von Gemeinwohlzielen in den Unternehmensgegenstand aufnimmt, sowie den umgekehrten Fall einer *società benefit*, die eine solche gemeinwohlorientierte Zielsetzung *manente societate* aufgibt.¹⁰⁵

Im Schrifttum besteht insoweit Einigkeit, dass solche Vorgänge keinen Rechtsformwechsel darstellen.¹⁰⁶ Somit kann erstens ausgeschlossen werden, dass dem nicht zustimmenden bzw. abwesenden Gesellschafter ein Austrittsrecht gemäß Art. 2437 Abs. 1 Buchst. b) Cod. civ. (AG) bzw. Art. 2473 Abs. 1 Cod. civ. (GmbH) zusteht; zweitens und folglich finden die auf einen solchen (nicht identitätswahrenden) Formwechsel (sog. *trasformazione eterogenea*)¹⁰⁷ ansonsten anwendbaren umwandlungsrechtlichen Vorschriften keine Anwendung.¹⁰⁸

¹⁰³ Die Neuregelung der *class action* wurde durch das Gesetz vom 12.4.2019, Nr. 31 vorgenommen. Bis zu dessen Inkrafttreten am 19.5.2021 wurde die Sammelklage in Art. 140-*bis* des Verbrauchergesetzbuches geregelt.

¹⁰⁴ In diesem Sinne *Marasà* (Fn. 27), S. 52; *Caterino*, *Giur. comm.* 2020, I, 787, 799; kritisch *Bartolacelli*, *Non profit* 2017, 253, 281.

¹⁰⁵ Zu diesen Themen vgl. *Rescio*, *Riv. dir. civ.* 2022, 462, 475 ff.; *Stella Richter jr.* (Fn. 48), S. 66 ff.; ausführlich *Zammiti*, *Riv. dir. soc.* 2020, 575 ff. (auch mit rechtsvergleichenden Hinweisen auf die Regelung der *dissenters' rights* in den US-amerikanischen *benefit corporations* und die englische *Community Interest Company*); *Codazzi*, *Rivista ODC* 2021, 1243 ff.; zuletzt monographisch *Butturini*, *Società benefit e diritto di recesso*, 2022.

¹⁰⁶ In diesem Sinne die in der vorangehenden Fußnote zitierten Autoren; ferner *Guida*, *Riv. not.* 2018, 501, 518 f.

¹⁰⁷ Man spricht von einer *trasformazione eterogenea* sowohl bei Rechtsformwechseln einer gewinnorientierten Gesellschaft in eine nicht gewinnorientierte Gesellschaft (z. B. Umwandlung einer AG oder GmbH in eine Genossenschaft) bzw. in eine gemeinnützige Körperschaft (z. B. Umwandlung einer AG oder GmbH in eine Stiftung, einen Verein usw.) als auch mit Bezug auf Umwandlungsvorgänge, die im Rahmen *desselben* Gesellschaftstyps zu einer Zweckänderung führen (z. B. Umwandlung einer gewinnorientierten AG oder GmbH in ein Konsortium in der Form einer AG oder GmbH). In diesem Sinne vgl. *Rescio*, *Riv. dir. civ.* 2022, 462, 475 f.; *Butturini* (Fn. 105), S. 131 ff., 136 f.; *Frigeni*, in: *Ibba/Marasà*, *Le società a responsabilità limitata*, Vol. I, 2020, S. 1049, 1060.

¹⁰⁸ Es handelt sich insbesondere um die Mehrheit von zwei Dritteln der stimmberechtigten Gesellschafter gemäß Art. 2500-*septies* Abs. 3 für den „Wechsel“ in eine SB; das Quorum für

Dies klargestellt, stellt sich sodann die Frage, ob eine solche Austrittskündigung zulässig ist, weil die Satzungsverankerung der Gemeinwohlziele eine wesentliche Änderung des Unternehmensgegenstandes (*oggetto sociale*) mit sich bringt. Eine Antwort hierzu verlangt eine Unterscheidung zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften.

Für Personengesellschaften gilt grundsätzlich das Einstimmigkeitsprinzip (Art. 2252 Cod. civ.), wonach jede Änderung des Gesellschaftsvertrags der Zustimmung aller Gesellschafter bedarf.¹⁰⁹ Es handelt sich hierbei um eine dispositive Norm, da die Gesellschafter auf das Mehrheitsprinzip ausweichen können.¹¹⁰ In einem solchen Fall stellt sich die Frage, ob der nicht zustimmende Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheiden kann. In diesem Zusammenhang bestimmt allgemein Art. 2285 Cod. civ., dass bei Personengesellschaften, die auf unbestimmte Zeit oder für die Lebenszeit der Gesellschafter eingegangen sind, jeder Gesellschafter ein ordentliches Austrittsrecht hat (Abs. 1).¹¹¹ Ist die Gesellschaft hingegen auf bestimmte Zeit eingegangen, kann der Gesellschafter in den vertraglich vorgesehenen Fällen oder bei Vorliegen eines wichtigen Grundes (*giusta causa*) außerordentlich kündigen (Abs. 2). Ein Austrittsrecht steht dem Gesellschafter somit sicherlich zu, falls der Gesellschaftsvertrag die Verankerung bzw. Aufgabe sozialen Unternehmertums seitens der SB als *giusta causa* erklärt hat. In Abwesenheit einer solchen Satzungsbestimmung ist hingegen fraglich, ob ein wichtiger Grund im Sinne von Art. 2285 Cod. civ. vorliegt. Generell wird das Bestehen eines solchen Tatbestandes angenommen, wenn der Austritt infolge unrechtmäßigen Verhaltens anderer Gesellschafter erfolgt, das die Zerstörung des innergesellschaftlichen Vertrauensverhältnisses bewirkt hat.¹¹² Auf dieser Grundlage kann ausgeschlossen werden, dass die Entscheidung, den Unternehmensgegenstand gemeinwohlorientiert auszurichten bzw. von einer solchen Ausrichtung abzurücken, ein treuwidriges Verhalten der Gesellschaftermehrheit dar-

die frühzeitige Auflösung gemäß Art. 2500-*octies*, Abs. 3 für den Fall des Ausschlusses der Gemeinwohlziele; den Schutz der Gläubiger mittels Widerspruch gemäß Art. 2500-*novies* Cod. civ.

¹⁰⁹ Gesetzliche Ausnahmen gelten für Umwandlungen (Art. 2500-*ter* Abs. 1 Cod. civ. bei Formwechsel, Art. 2502 Abs. 1 Cod. civ. bei Verschmelzung, Art. 2506-*ter* Abs. 5 Cod. civ. bei Spaltung) und für den Ausschluss des Gesellschafters (Art. 2287 Abs. 1 Cod. civ.).

¹¹⁰ Für einen Gesamtüberblick über das italienische Personengesellschaftsrecht vgl. Agstner, in: Fleischer, Personengesellschaften im Rechtsvergleich, 2021, S. 225 ff.; Fleischer/Agstner, RabelsZ 81 (2017), 299.

¹¹¹ Die Rspr. wendet diese Bestimmung häufig auch im Falle einer die durchschnittliche Lebenserwartung übersteigenden Gesellschaftsdauer an: vgl. in diesem Sinne Cass. 22.4.2013, n. 9662, Giur. it. 2013, 685; Trib. Roma 4.3.2015, n. 5009. Im Schrifttum, unter vielen, Gatti, Giur. comm. 2017, I, 607 ff.; zuletzt Stella Richter jr., Giur. comm. 2023, I, 913.

¹¹² Beispiele sind der Ausschluss eines Gesellschafters von jeglicher Geschäftsführungs- oder Kontrollbefugnis, die nicht ordnungsgemäße Geschäftsführung der Mitgesellschafter und die Durchführung besonders risikoreicher Geschäfte. Zuletzt Trib. Milano, 24.10.2019, Le Società 2020, 309.

stellt, das das Vertrauensverhältnis zwischen den Gesellschaftern in einer Weise zerstört, dass eine Fortführung unzumutbar erscheint.¹¹³

Bei Kapitalgesellschaften stellen hingegen die genannten Artt. 2437, 2473 Cod. civ. den Ausgangspunkt dar. Die Frage eines Austrittsrechts des Gesellschafters stellt sich hierbei insbesondere mit Bezug auf das in beiden Vorschriften statuierte unverzichtbare Austrittsrecht bei wesentlicher (*significativa*) Änderung des Unternehmensgegenstandes.¹¹⁴ Im Schrifttum besteht Einigkeit darüber, dass bei einer solchen wesentlichen Änderung infolge der Einführung bzw. des Ausschlusses einer Benefit-Zwecksetzung der nicht zustimmende Gesellschafter aus der Kapitalgesellschaft austreten kann.¹¹⁵ Dies wird auf der Grundlage der Tatsache angenommen, dass die für eine SB kennzeichnende „Stakeholderisierung“ des Gesellschaftszwecks bzw. die zwingende Abwägung zwischen Shareholder- und Stakeholder-Interessen zu einer Veränderung der Risikobedingungen der von den Gesellschaftern getätigten Investition führen kann.¹¹⁶ Natürlich verlangt eine solche Schlussfolgerung grundsätzlich die Betrachtung des konkreten Einzelfalls, wobei entscheidend ist, wie bzw. nach welchen Grundsätzen (*Policies*) der Gemeinwohlzweck in der Satzung formuliert wurde.¹¹⁷ Ein Teil des Schrifttums nimmt außerdem an, dass bei der AG ein Austrittsrecht besteht, weil die Satzungsänderung, die eine zwingende Berücksichtigung weiterer Nutznießer der Unternehmenstätigkeit (Stakeholder) zur Folge hat, die Stimm- oder Vermögensrechte der Gesellschafter gemäß Art. 2437 Abs. 1 Buchst. g) Cod. civ. beeinträchtigt.¹¹⁸

¹¹³ Vgl. *Butturini* (Fn. 105), S. 167 f.; *Zammiti*, Riv. dir. soc. 2020, 575, 588 ff.; *Stella Richter jr.* (Fn. 48), S. 66 f.; a. A. hingegen *Codazzi*, Rivista ODC 2021, 1243, 1284 ff., die davon ausgeht, dass eine Einschränkung des Gewinnzwecks in den Personengesellschaften bei fehlender Einstimmigkeit immer ein Austrittsrecht auslöst.

¹¹⁴ Auch wenn im GmbH-Recht Art. 2473 Abs. 1 Satz 2 Cod. civ. in einem ersten Moment von einem Austrittsrecht bei jedweder Änderung des Unternehmensgegenstandes spricht, muss davon ausgegangen werden, dass es sich um eine wesentliche Änderung handeln muss. Eine Auslegung in diese Richtung erlaubt der letzte Teil von Satz 2, wo als Austrittsgrund die Vornahme von solchen Geschäften, die eine wesentliche Änderung des in der Satzung bestimmten Unternehmensgegenstandes mit sich bringen, aufgelistet wird. Allgemein zu dieser Problematik zuletzt *Frigeni* (Fn. 107), S. 1057 f.

¹¹⁵ Vgl. mit unterschiedlichen Akzenten *Assonime*, La disciplina delle società benefit, Rundschreiben (*Circolare*) Nr. 19 v. 20.6.2016, S. 14 ff.; *Codazzi*, Rivista ODC 2021, 1243, 1269 ff.; *Corso*, Nuove leggi civ. comm. 2016, 995, 1013 ff.; *Rescio*, Riv. dir. civ. 2022, 462, 476 f.; *Denozza/Stabilini*, Rivista ODC 2007, 1, 9; *Zammiti*, Riv. dir. soc. 2020, 575, 593 ff.

¹¹⁶ Diesen Aspekt betonen speziell *Stella Richter jr.* (Fn. 48), S. 69; *Zammiti*, Riv. dir. soc. 2020, 575, 597 f.

¹¹⁷ *Butturini* (Fn. 105), S. 107 ff.; a. A. *Denozza/Stabilini*, Rivista ODC 2007, 1, 9, für die eine solche wesentliche Änderung immer *in re ipsa* vorliegt.

¹¹⁸ Vgl. in diesem Sinne *Stella Richter jr.* (Fn. 48), S. 69; *Zammiti*, Riv. dir. soc. 2020, 575, 599 f.

V. Rechtspolitische Würdigung

Allgemein kann die Einführung der *società benefit* in die italienische Gesellschaftsrechtslandschaft positiv begrüßt werden.¹¹⁹ Es handelt sich um einen bedeutenden Beitrag zur Stärkung des sozialen Unternehmertums, ein rechtspolitisches Anliegen, das mit den zeitlich fast parallelen Neuregelungen der *imprese sociali* und der anderen Körperschaften des sog. Dritten Sektors erneut bezeugt wurde.¹²⁰ Heute haben somit alle Personen- und Kapitalgesellschaften sowie Genossenschaften die Möglichkeit, neben dem Gewinnziel ein oder mehrere Gemeinwohlverpflichtungen in die Satzung aufzunehmen. Der italienische Gesetzgeber, auch wenn zum Großteil vom Regelungsbild der US-amerikanischen *benefit corporation* inspiriert, hat sich gegen die Einführung einer neuen Gesellschaftsform entschieden.¹²¹ Die SB stellt vielmehr ein Nachhaltigkeitslabel dar, das den Zugang zu wettbewerbsvorteilhaften Reputationsgewinnen eröffnen soll. Trotz fehlender steuerrechtlicher Anreize scheint der Plan aufzugehen, denn anders als von vielen kritischen Stimmen erwartet, stößt das Regelungsmodell der *società benefit* bei kapitalmarktfernen Kapitalgesellschaften und insbesondere bei als GmbH organisierten Familienunternehmen auf sichtbares Interesse.¹²²

Wie bereits von *Shakespeare* im „Kaufmann von Venedig“ bemerkt, ist natürlich nicht alles Gold, was glänzt. Viele Regelungsfragen und -defizite bleiben offen bzw. bestehen.¹²³ Fraglich ist zweifellos der besonders große Ermessensspielraum der Geschäftsführer, die in Abwesenheit von klaren Satzungsschranken – bis heute kaum ersichtlich in der Praxis¹²⁴ – absolut ungebunden über die konkrete Abwägung zwischen Shareholder- und Stakeholder-Interessen entscheiden können.¹²⁵ Auch wenn eine solch weitreichende Handlungsfreiheit der Geschäftsführer an sich die Regel ist,¹²⁶ kommt bei der *società benefit* erschwerend hinzu, dass einerseits die gesellschaftsrechtlichen Enforcement-Mechanismen ein stumpfes Schwert darstellen und andererseits gesetzliche Vorgaben fehlen, nach welchen die Gewichtung der genannten Interessen zu erfolgen hat. Die Gefahr eines *Greenwashing* kann somit nicht ausgeschlossen werden. Welche „korrigierende“ Rolle dabei der Benefit-Verantwortliche und/oder die zuständige Wett-

¹¹⁹ Anders noch die Meinungen der in Fn. 8 zitierten Autoren.

¹²⁰ Vgl. für die notwendigen Hinweise die Angaben in Fn. 16 und Fn. 28. Dieses gesetzpolitische Anliegen bestimmte auch die Einführung der sozialen Genossenschaft und des Start-up-Unternehmens mit sozialer Berufung (*S.I.A.V.S.*).

¹²¹ Für das Für und Wider einer solchen Regelungsstrategie bei nachhaltigen Unternehmen vgl. zuletzt *Fleischer/Chatard*, NZG 2021, 1531; *Fleischer*, NZG 2022, 827.

¹²² Für die statistischen Zahlen der Verbreitung der SB in Italien siehe oben unter III. 2.

¹²³ In diesem Sinne grundsätzlich auch *Stella Richter jr./Passador/Sertoli*, AGE 2022, 213, 234 ff.; *M. Palmieri*, *Giur. comm.* 2023, I, 1030, 1055 f.

¹²⁴ *Speranzin*, ECLJ 19 (2022), 142, 144.

¹²⁵ Anders hingegen die Regelung bei der *impresa sociale*: siehe Art. 2, *d.lgs.* 3.7.2017, Nr. 112.

¹²⁶ Vgl. Artt. 2257 (Personengesellschaften), 2380 *bis* (AG), 2475 (GmbH), *Cod. civ.*

bewerbsbehörde *AGCM* spielen kann, ist derzeit noch nicht absehbar.¹²⁷ Besonders bedenklich ist ferner die im Schrifttum behauptete Möglichkeit eines Austrittsrechts des Gesellschafters aufgrund wesentlicher Änderung des Unternehmensgegenstandes. Wie überzeugend festgestellt wurde, handelt es sich dabei um einen bedeutenden Hemmschuh für die Verbreitung der *società benefit*, insbesondere unter börsennotierten Gesellschaften.¹²⁸

¹²⁷ Kritisch *M. Palmieri*, *Giur. comm.* 2023, I, 1030, 1056: „... i correttivi indicati dal Legislatore non paiono particolarmente efficaci.“

¹²⁸ In diesem Sinne vgl. *Stella Richter jr.* (Fn. 48), S. 70; *Stella Richter jr./Passador/Sertoli*, *AGE* 2022, 213, 229; *Zammiti*, *Riv. dir. soc.* 2020, 575, 600 f.; allgemein zum Thema der Öffnung der *SB* gegenüber dem Kapitalmarkt jüngst *C. Picciau*, *Nuove leggi civ. comm.* 2022, 917 ff.

§ 19 Polen: Einfache Aktiengesellschaft (Prosta Spółka Akcyjna [PSA]), 2021

Anne-Marie Weber

I.	Einführung	625
II.	Die PSA im Gesamtgefüge der Gesellschaftsformen und Besteuerungsgrundlagen ..	627
	1. Verfügbare Gesellschaftsformen	627
	2. Steuerliche Rahmenbedingungen	630
III.	Entstehungsprozess der PSA	631
	1. Die fehlgeschlagene Reform der sp. z o. o. als konzeptueller Vorläufer	631
	2. Ministerium für Entwicklung als Impulsgeber	634
	3. Polarisierende Aufnahme	635
	4. Erste Registrierungszahlen	638
IV.	Grundstrukturen der PSA	639
	1. Rechtsnatur	639
	2. Gründung und Registrierung	640
	3. Einlageleistungen	640
	4. Vermögensverfassung und Gläubigerschutz	642
	5. Aktien	644
	6. Vorstand, Aufsichtsrat und Direktorenrat	648
	7. Aktionäre	651
	8. Abwicklung	653
V.	Rechtspolitische Würdigung	655
	1. Lobbyisten	655
	2. Die Politiker	656
	3. Die Rechtswissenschaftler	659

I. Einführung

Ab dem 1.7.2021 wurde die Auswahl der in Polen verfügbaren Gesellschaftsformen um die Einfache Aktiengesellschaft (polnisch: *prosta spółka akcyjna*, abgekürzt: PSA) bereichert.

Die PSA ist das Ergebnis eines 2016 durch das Ministerium für Entwicklung in die Wege geleiteten Gesetzgebungsverfahrens¹, das am 19.7.2019 in der Ver-

¹ Ausgangspunkt war eine öffentliche Konsultation des Ministeriums für Entwicklung: *Zarys koncepcji Prostej Spółki Akcyjnej (PSA)* [Überblick über das Konzept der Einfachen Aktiengesellschaft (PSA)], Warschau Juni 2016.

abschiedung eines Gesetzes² über die Abänderung des Gesetzbuches über die Handelsgesellschaften (polnisch: *Kodeks spółek handlowych*, abgekürzt: KSH)³ mündete und dessen wohl grundlegendste Reform seit seinem Inkrafttreten im Jahr 2001 herbeiführte.⁴ Obwohl die Bezeichnung „Einfache Aktiengesellschaft“ anderes vermuten lassen könnte, handelt es sich bei der PSA nicht um eine Variante oder eine Subform der Aktiengesellschaft, sondern um eine eigenständige neue Rechtsform. Unter dem Leitmotiv einer modernen und inhaltlich flexiblen Gesellschaftsform, die sich vor allem an die Bedürfnisse von Start-up-Unternehmen und innovativen Geschäftsideen anpassen lässt,⁵ hat sich die PSA als dritter Kapitalgesellschaftstypus in das polnische Rechtssystem eingereiht. Dabei stellen (i) eine durch den Verzicht auf das Modell des Stammkapitals und den Nennwert der Aktien flexibel gestaltete Vermögensverfassung, (ii) der erweiterte Spielraum für die Zuweisung von Rechten unter den Aktionären (u. a. durch uneingeschränkte Aktienprivilegierung) sowie die (iii) Zulässigkeit von Arbeit und Dienstleistungen der Aktionäre als „unechte“ Sacheinlagen die wichtigsten Differenzierungsmerkmale der PSA dar. Die neue Rechtsform vereint somit klassische Eigenschaften einer Kapitalgesellschaft, insbesondere den Ausschluss der persönlichen Haftung der Aktionäre für die Schulden der Gesellschaft, mit den für Personengesellschaften charakteristischen Merkmalen, vor allem der weitgehenden Gestaltungsfreiheit der Innenverhältnisse der Gesellschaft.

Die Verabschiedung der PSA schließt sich Gesetzgebungstendenzen in anderen EU-Mitgliedstaaten an, die entweder durch Gesellschaftsformneuschöpfungen (z. B. die französische *société par actions simplifiée*)⁶, grundlegende Reformen der existierenden Gesellschaftsformen (z. B. die belgische *besloten vennootschap BV*)⁷ oder die Kreation von Subformen (z. B. die deutsche Unternehmergesellschaft)⁸ eine Anpassung der Rechtsformen an gegenwärtige Belange der Praxis sowie neue Erkenntnisse und Wahrnehmungen von Effizienz und Funktion bestimmter Rechtsinstitute (z. B. Gläubigerschutz durch Stammkapital) angestrebt

² Gesetz vom 19.7.2019 über die Abänderung des Gesetzbuches über die Handelsgesellschaften und anderer Gesetze, Gesetzesblatt 2019, Position 1655.

³ Gesetzbuch über die Handelsgesellschaften vom 15.9.2020.

⁴ So *Oplustil*, in: Winner/Cierpial-Magnor, Neue Regelungen für Start-ups und Investoren in MOE, 2021, S. 117; *Opalski*, Prosta spółka akcyjna – nowy typ spółki handlowej, Przegląd Prawa Handlowego 11 (2019), 5.

⁵ Begründung zum Regierungsentwurf zu einem Gesetz über die Abänderung des Gesetzbuches über die Handelsgesellschaften und anderer Gesetze, Blatt 3236, Zugang: <<https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=3236>> (13.5.2024) (abgekürzt: Entwurfsbegründung), S. 1.

⁶ *Conac/Urbain-Parleani*, La société par action simplifiée (SAS). Bilan et perspectives, 2016; dazu auch in diesem Band § 6 (*Trinks*), S. 173.

⁷ Dazu *van der Elst*, European Company Law 2020, 25–36; *Houben/Meeusen*, ZEuP 2020, 11–46.

⁸ *Noack/Beurskens*, EBOR 2008, 97,124; *Fleischer*, DB 2017, 291.

haben.⁹ In Bezug auf die Vermögensverfassung der PSA sind auch Gemeinsamkeiten mit US-amerikanischen Kapitalgesellschaftsformen, insbesondere den LLCs¹⁰, erkennbar und durch den Gesetzgeber ausdrücklich gewollt.¹¹ Trotz sichtbarer rechtsvergleichender Inspirationen ist die PSA jedoch keine Abschrift dieser fremden Vorbilder, sondern eine eigenständige konzeptuelle Schöpfung der Gesetzesentwurfsautoren.

Der Weg der PSA in die polnische Rechtsordnung war ein holpriger. Als Startpunkt muss der sich über die Jahre 2010 bis 2015 hinziehende und letztendlich fehlgeschlagene Reformversuch der polnischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung angesehen werden. Nach dem darauffolgenden Gesetzgebungsverfahren in den Jahren 2016 bis 2019 wurde das ursprünglich auf Anfang März 2020 geplante Debüt der neuen Rechtsform zuerst kurzfristig um ein ganzes Jahr und darauf folgend noch um vier weitere Monate verschoben. Begleitet wurde das Inkrafttreten der PSA zudem durch eine bedeutsame öffentliche Debatte über den (Un)sinn der Rechtsformneuschöpfung, deren wesentliches Spannungsfeld durch eine leidenschaftliche Diskussion prominenter Rechtswissenschaftler geprägt wurde.

Ziel dieses Kapitels ist es, die Rechtsformneuschöpfung der PSA vorzustellen und zu würdigen. Dies erfolgt zuerst anhand einer Skizzierung der polnischen gesellschaftsrechtlichen Landschaft (II.), gefolgt von einer Darstellung des Entstehungsprozesses der PSA (III.). Es folgen Erläuterungen zu den gesellschaftsrechtlichen Grundstrukturen der PSA (IV.). Abschließend wird die Rechtsformneuschöpfung im Hinblick auf ihre Treiber und Hürden rechtspolitisch gewürdigt (V.).

II. Die PSA im Gesamtgefüge der Gesellschaftsformen und Besteuerungsgrundlagen

1. Verfügbare Gesellschaftsformen

Grundlegende Rechtsquelle des polnischen Gesellschaftsrechts ist das KSH, das die vorhandenen Rechtsformen der Handelsgesellschaften einheitlich kodifiziert.¹² Das KSH folgt einer dichotomen Klassifizierung der Gesellschaftsformen in die Kategorien der Personengesellschaften (polnisch: *spółki osobowe*) und der Kapitalgesellschaften (polnisch: *spółki kapitałowe*).¹³

Ausgangspunkt für das im KSH verwirklichte Regelungskonzept der Personengesellschaften ist die Offene Gesellschaft (polnisch: *spółka jawna*, abgekürzt:

⁹ Hierzu *Bartolacelli*, ECFR 2017, 187, 199.

¹⁰ Dazu in diesem Band § 1 (*Fleischer/Kolb*), S. 27.

¹¹ Entwurfsbegründung (Fn. 5), S. 6.

¹² Als Ausnahme kann die Zivilgesellschaft (polnisch: *spółka cywilna*) angesehen werden, die als Vertrag verstanden wird, nicht rechtsfähig ist und ihren regulatorischen Rahmen im Zivilgesetzbuch (polnisch: *kodeks cywilny*) findet.

¹³ Vgl. Art. 4 § 1 KSH.

sp.j.) mit ihrer Eigenschaft als „Modell-Personengesellschaft“. Fundamentale Merkmale der sp.j. sind dabei insbesondere die persönliche und uneingeschränkte Haftung der Gesellschafter mit ihrem Privatvermögen¹⁴ sowie die Selbstorganshaft der Gesellschafter.¹⁵ Durch die angewandte Verweisungstechnik zur sp.j. findet man im KSH Vorschriften zu den anderen Personengesellschaftsformen nur dann, wenn von dem Modell der sp.j. abgewichen werden soll. Die Regelung der Partnerschaftsgesellschaft (polnisch: *spółka partnerska*, abgekürzt: sp.p.) umfasst somit insbesondere Vorschriften, die einen auf natürliche Personen beschränkten Gesellschafterkreis festlegen und den Haftungsgrundsatz den Spezifika der Ausübung freier Berufe anpassen. Die Kommanditgesellschaft (polnisch: *spółka komandytowa*, abgekürzt: sp.k.) unterliegt in Hinblick auf die Rechtsstellung des Kommanditisten unter den Gesichtspunkten der Haftung, Gesellschaftsvertretung und Geschäftsführung einer gesonderten, von der sp.j. abweichenden, Regelung. Auch die Vorschriften zur Kommanditgesellschaft auf Aktien (polnisch: *spółka komandytowo-akcyjna*, abgekürzt: S.K.A.) verweisen in Bezug auf das Rechtsverhältnis der Komplementäre untereinander als auch zu den Aktionären und Dritten auf die Vorschriften der sp.j. Zusätzlich wird auf die Vorschriften der polnischen Aktiengesellschaft verwiesen.¹⁶

Die Rechtsformneuschöpfung der PSA schließt sich als dritte Kapitalgesellschaft der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (polnisch: *spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, abgekürzt: sp. z o.o.) und der Aktiengesellschaft (polnisch: *spółka akcyjna*, abgekürzt: S.A.) an. Sowohl die sp. z o.o. als auch die S.A. entsprechen den rechtsvergleichend definierbaren Grundzügen einer Kapitalgesellschaft – d. h. (i) Rechtspersönlichkeit, (ii) Haftungsbegrenzung (Ausschluss der Haftung der Gesellschafter oder Aktionäre, (iii) Übertragbarkeit der Anteile oder Aktien, (iv) Fremdorganshaft und (v) „Miteigentum“ durch Kapitalbeteiligung (engl. *shared ownership, investor ownership*)¹⁷. Beide Rechtsformen bauen auf dem Fundament des in der Kapitalrichtlinie¹⁸ verankerten Regulierungsmodells auf, das sich in Polen, ähnlich wie in anderen EU-Mitgliedstaaten, außer seiner obligatorischen Anwendbarkeit für die S.A. auch als prägend für die sp. z o.o.

¹⁴ Vgl. Art. 22 § 2 KSH.

¹⁵ Vgl. Art. 29 § 1 und Art. 39 § 1 KSH.

¹⁶ Vgl. Art. 126 KSH.

¹⁷ *Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler*, in: Kraakman/Armour/Davies/Enriques/Hansmann/Hertig/Hopt/Kanda/Pargendler/Ringe/Rock, *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, 2017, S. 5–15.

¹⁸ Zweite Richtlinie 77/91/EWG des Rates vom 13. Dezember 1976 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten (Amtsblatt Nr. L 026 vom 31.1.1977), mittlerweile aufgehoben und kodifiziert in der Richtlinie (EU) 2017/1131 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.7.2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts (Amtsblatt Nr. L 169, 30.6.2017).

erwiesen hat.¹⁹ Merkmale der sp. z o. o. und der S. A. sind demzufolge (i) das System des Stammkapitals (polnisch: *kapitał zakładowy*), (ii) die Festlegung eines Nennwerts für Anteile bzw. Aktien, (iii) die bilanzbezogene Einschränkung von Ausschüttungen *causa societatis* und (iv) die Sacheinlagenunfähigkeit von Dienstleistungen der Gesellschafter bzw. Aktionäre.²⁰

Bei der sp. z o. o. handelt es sich um das Rechtsgewand einer „privaten“, d. h. geschlossenen Kapitalgesellschaft.²¹ Die sp. z o. o. ist die weitaus beliebteste polnische Rechtsform: Im Jahr 2020 waren 83 % aller in Polen registrierten Handelsgesellschaften eine sp. z o. o.²² Unter den registrierten Kapitalgesellschaften liegt der Anteil der sp. z o. o. bei 98 %.²³ Charakteristika der Kapitalgesellschaften werden in dieser Rechtsform mit Eigenschaften der Personengesellschaften, insbesondere in Bezug auf das persönliche Mitwirken der Gesellschafter, zusammengebracht und formen eine „personalistische Kapitalgesellschaft“²⁴.

Die normative Ausgestaltung der S. A. hingegen kreiert eine offene Kapitalgesellschaftsform, bei der die Kapitalbeteiligung der Aktionäre im Vordergrund steht. Im Gegensatz zu der zwingenden Kapitalmarktferne der sp. z o. o.²⁵ haben die Aktien einer S. A. eine Wertpapiereigenschaft²⁶, sodass der S. A. der Börsengang freisteht (Kapitalmarkttoffenheit).

Die Vermögensverfassungen der sp. z o. o.²⁷ und der S. A.²⁸ bauen auf dem Modell des Stammkapitals als Gläubigerschutzinstrument auf, was sich vor allem in den Pflichten zur Kapitalaufbringung und -erhaltung²⁹ und auch zur Kapital-

¹⁹ Weber, University of Warsaw Journal of Comparative Law, 1 (2014), 28.

²⁰ So auch Mazgaj/Mucha, European Company Law 2020, 46.

²¹ Umfassend zur geschlossenen Kapitalgesellschaft siehe Bachmann/Eidenmüller/Engert/Fleischer/Schön, Regulating the Closed Corporation, 2013; Fleischer, The Law of Close Corporations, in: Schauer/Verschraegen, General Reports of the XIXth Congress of the International Academy of Comparative Law Rapports Généraux du XIXème Congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé, 2017.

²² Statistisches Zentralamt (*Główny Urząd Statystyczny*), Strukturelle Veränderungen von Gruppen der nationalen Wirtschaftseinheiten im REGON-Register im Jahr 2020, Warschau 2021, S. 14, Zugang: <<https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/podmioty-gospodarcze-wyniki-finansowe/zmiany-strukturalne-grup-podmiotow/zmiany-strukturalne-grup-podmiotow-gospodarki-narodowej-w-rejestrze-regon-2020-r-,1,25.html>> (13.5.2024).

²³ Statistisches Zentralamt (*Główny Urząd Statystyczny*), Strukturelle Veränderungen von Gruppen der nationalen Wirtschaftseinheiten im REGON-Register im Jahr 2020, Warschau 2021, S. 14, Zugang: <<https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/podmioty-gospodarcze-wyniki-finansowe/zmiany-strukturalne-grup-podmiotow/zmiany-strukturalne-grup-podmiotow-gospodarki-narodowej-w-rejestrze-regon-2020-r-,1,25.html>> (13.5.2024).

²⁴ So im Hinblick auf die deutsche Gesellschaft mit beschränkter Haftung, jedoch zutreffend für die sp. z o. o. Immenga, Die personalistische Kapitalgesellschaft, 1970, S. 17; in direktem Bezug auf die sp. z o. o. Dybiński, in: Vicari/Schall, Company Laws of the EU, S. 768.

²⁵ Vgl. Art. 174 § 6 KSH.

²⁶ Vgl. Art. 3 Pkt. 1 des Gesetzes über den Handel mit Finanzinstrumenten vom 29.7.2005.

²⁷ Hierzu ausführlich Dybiński (Fn. 24), S. 766–798.

²⁸ Hierzu ausführlich Sojka, in: Vicari/Schall (Fn. 24), S. 672–705.

²⁹ Vgl. Art. 189, 190, 344, 346 KSH.

beschaffung³⁰ widerspiegelt. Das Mindestkapital der S.A. beträgt 100.000 PLN, der Mindestnennwert einer Aktie ist 1 gr. Die Gründung einer sp. z o.o. bedarf eines Mindestkapitals von 5.000 PLN, der Mindestnennwert der Anteile liegt bei 50 PLN. Für beide Kapitalgesellschaften gilt die Regel, dass Sacheinlagen zur Deckung des Stammkapitals nicht in Form von Arbeit oder Dienstleistungen der Gesellschafter bzw. Aktionäre erbracht werden dürfen.³¹ Die Privilegierung der Anteile der sp. z o.o. und der Aktien der S.A., insbesondere in Bezug auf Gewinnausschüttung und Stimmrecht, ist eingeschränkt.³²

Auch die Organverfassung der sp. z o.o.³³ und der S.A.³⁴ weist weitgehende Gemeinsamkeiten auf. In beiden Gesellschaftsformen entspricht die Struktur der Organe dem dualistischen System (englisch: *two-tier system*), in dem Vorstand (polnisch: *zarząd*) und Aufsichtsrat (polnisch: *rada nadzorcza*)³⁵ separate Organe darstellen. Anzumerken ist, dass die Bestellung eines Aufsichtsrates in der sp. z o.o. grundsätzlich fakultativ ist, es sei denn, das Stammkapital ist höher als 500.000 PLN und die Zahl der Gesellschafter beträgt mehr als 25.³⁶

2. Steuerliche Rahmenbedingungen

Die Schöpfung der PSA wurde weder durch steuerliche Motive getrieben, noch hat der Gesetzgeber steuerliche Privilegien mit der Wahl dieser Rechtsform verbunden. Die Ausrichtung des polnischen Gesetzgebers ist daher als gegenläufig zu denjenigen Tendenzen innerhalb der Gesellschaftsformneuschöpfungen anzusehen, denen steuerliche Rahmenbedingungen als Treiber zugrunde liegen.³⁷ Zudem strebt der polnische Gesetzgeber seit einigen Jahren aktiv die „Abdichtung“ des Fiskalsystems an. Ein für Gesellschaftsrechtler sichtbares Zeichen dieser Strategie war die Unterwerfung der Kommanditgesellschaft unter die Körperschaftsteuer – trotz ihrer Klassifizierung als Personengesellschaft. Eine zukünftige Analyse der Auswahlentscheidungen von Unternehmensgründern³⁸ innerhalb der verfügbaren Kapitalgesellschaften und die Beurteilung des Erfolges der PSA kann somit frei von der Berücksichtigung steuerlicher Beweggründe erfolgen,

³⁰ Vgl. Art. 257–265, 430–458 KSH.

³¹ Vgl. Art. 14 § 1 KSH.

³² Vgl. Art. 174 § 2-4, Art. 351–353 KSH.

³³ Hierzu ausführlich *Moskala*, in: Vicari/Schall (Fn. 24), 2020, S. 799–829.

³⁴ Hierzu ausführlich *Oplustil*, in: Vicari/Schall (Fn. 24), 2020, S. 706–737; *Dybiński/Regucki*, in: Vicari/Schall (Fn. 24), S. 738–765.

³⁵ Neben oder statt dem Aufsichtsrat kann auch eine Revisionskommission (polnisch: *komisja rewizyjna*) bestellt werden, deren Kompetenzen sich auf die finanzielle (buchhalterische) Kontrolle der Geschäftstätigkeit beschränken (vgl. Art. 221 KSH). Die praktische Relevanz der Revisionskommission ist marginal.

³⁶ Vgl. Art. 213 § 2 KSH.

³⁷ Siehe in diesem Band § 1 (*Fleischer/Kolb*), S. 27.

³⁸ *Keatinge/Conaway*, *Choice of Business Entity: Selecting Form and Structure for a Closely-Held Business*, 2016; *Cox/Hazen*, *Business Organizations Law*, 5. Aufl. 2020, § 1.10, unter der Zwischenüberschrift „Tax Considerations in Selecting a Business Form“, S. 27.

da die PSA, genau wie ihre „Nachbarn“ unter den Kapitalgesellschaften auch ein Körperschaftsteuersubjekt darstellt.³⁹

Eine lose Verknüpfung zwischen der Gesellschaftsformneuschöpfung und der Steuerpolitik muss dennoch erwähnt werden. Kraft der Gesetzesnovelle vom 23.10.2018 wurde ein Steuerprivilegien-Paket unter dem Namen „IP-Box“ eingeführt.⁴⁰ Von dem privilegierten Steuersatz können Unternehmen Gebrauch machen, deren Ertragsgrundlage Rechte des geistigen Eigentums darstellen. Analog zur deklarierten Ausrichtung der PSA hatte der Gesetzgeber bei dieser steuerlichen Maßnahme ebenfalls innovative Unternehmen aus der New-Tech-Branche im Visier. Obgleich die „IP-Box“ somit nur für bestimmte in der Rechtsform der PSA funktionierende Gesellschaften anwendbar ist, lassen sich beide Rechtsformen unter dem Schirmbegriff der Innovationsförderung zusammenfassen.

III. Entstehungsprozess der PSA

1. Die fehlgeschlagene Reform der sp. z o.o. als konzeptueller Vorläufer

Den Startpunkt des Entstehungsprozesses der PSA bildet ein im Jahr 2010 durch die Arbeitsgruppe für Gesellschaftsrecht der Kodifikationskommission für das Zivilrecht⁴¹ vorgestellter Gesetzesentwurf zur Modernisierung der sp. z o.o. (abgekürzt: Gesetzesentwurf 2010).⁴² Ziel der angestrebten Reform war eine grundlegende Revision der Vermögensverfassung der sp. z o.o.⁴³ Dies sollte vorrangig durch (i) Abschaffung des obligatorischen Charakters des Stammkapitalmodells, (ii) Zulassung nennwertloser Anteile und (iii) Einführung eines Solvenztests für alle Ausschüttungen an die Gesellschafter *causa societatis*, erfolgen. Die Begründung des Gesetzesentwurfes 2010 nahm dabei direkten Bezug auf angelsächsische regulatorische Vorbilder und wies auf Tendenzen der Liberalisierung des Stammkapitalregimes in anderen EU-Mitgliedstaaten hin. Als zentraler Erwägungsgrund wurde die wachsende Kritik an der Effizienz des Stammkapitals als Gläubigerschutzinstrument hervorgehoben. Dies geschah auch insbesondere vor

³⁹ Vgl. Art. 1 Abs. 1 des Gesetzes über die Körperschaftsteuer vom 15.2.1992.

⁴⁰ Gesetz vom 23.10.2018 zur Änderung des Einkommensteuergesetzes, des Körperschaftsteuergesetzes, des Gesetzes über die Steuerverordnung und einiger anderer Gesetze.

⁴¹ Die im Jahr 2006 ins Leben gerufene Kodifikationskommission für das Zivilrecht war ein durch den Justizminister einberufenes wissenschaftliches Gremium, das sich mit fundamentalen Reformen des Privatrechts auseinandersetzte. Im Nachgang der Parlamentswahlen im Jahr 2015 wurde die Kommission durch den amtierenden Justizminister abgeschafft.

⁴² Entwurf der Kodifikationskommission für das Zivilrecht über eine Änderung des Gesetzbuches über die Handelsgesellschaften und das Nationale Gerichtsregister vom 28.10.2010 (*Projekt Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego o zmianie ustawy Kodeks spółek handlowych i ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym z 28.10.2010 r.*), mitsamt Begründung veröffentlicht: Projekt reformy struktury majątkowej spółki z o.o., *Przegląd Prawa Handlowego* 12 (2010), 5.

⁴³ Dazu *Dybiński* (Fn. 24), S. 791–793.

dem Hintergrund der im Jahr 2008 durchgeführten Senkung des Mindestkapitals der sp. z o. o. von 50.000 PLN auf 5.000 PLN (etwa 1.200 EUR). Es wurde unterstrichen, dass bei einem derart niedrigen Stammkapital die reelle Wirksamkeit des bisherigen Gläubigerschutzmodells noch deutlicher in Frage gestellt werden müsse und somit die Erschließung alternativer Instrumente des Gläubigerschutzes notwendig sei.⁴⁴

Der Gesetzesentwurf 2010 schuf aufgrund der fakultativen Beibehaltung des Stammkapitalmodells drei parallele Vermögensverfassungsmodelle der sp. z o. o.: (i) das „traditionelle“ Modell, in dem sich das Stammkapital aus Anteilen mit einem Nennwert zusammensetzt, (ii) das „alternative“ Modell, in dem nennwertlose Anteile nicht einen Bruchteil des Stammkapitals darstellen und Einlagen zur Deckung der Anteile dem „Anteilskapital“ (neue Kategorie des Eigenkapitals) gutgeschrieben werden, und (iii) das „gemischte“ Modell, in dem sowohl Anteile mit Nennwert und ein Stammkapital als auch nennwertlose Anteile und ein Anteilskapital bestehen. Dieser Ansatz wurde dadurch begründet, dass er einerseits eine maximale Elastizität der Vermögensverfassung gewähre, andererseits aber keine kostenintensiven Maßnahmen seitens der existierenden Gesellschaften dieser Rechtsform erzwingen würde. Abgelehnt durch den Gesetzesentwurf 2010 wurde die Schöpfung einer Subform der sp. z o. o. mit einer modernisierten Vermögensverfassung. Es wurde argumentiert, dass die geplante Reform nicht nur neue, sondern auch bereits existierende Gesellschaften umfassen sollte. Unzweckmäßig sei daher die Neuschöpfung einer Subform der sp. z o. o. und die daraus folgende „Vermehrung der Rechtsformen“. Es wurde darauf hingewiesen, dass solch ein Untertyp der sp. z o. o., der ihrer traditionellen Form als abgegrenzte Alternative gegenübergestellt werden würde, durch den Geschäftsverkehr als minderwertig aufgefasst werden könnte. Als Beispiel solch einer Entwicklung wurde die in Deutschland – im Vergleich zur GmbH – schlechtere Reputation der Gesellschaften englischen oder irischen Rechtes oder auch der Unternehmergesellschaft herangezogen.

Der Gesetzesentwurf 2010 löste eine der wohl signifikantesten Debatten im Gesellschaftsrecht seit dem Inkrafttreten des KSH aus. Zwar wurde der Kerngedanke der angestrebten Modernisierung der sp. z o. o. – unter Vorbehalt verschiedener Verbesserungsvorschläge – durch einige Gesellschaftsrechtler positiv begrüßt,⁴⁵ das Expertenteam der Kodifikationskommission musste sich aber auch harscher Kritik stellen. Dies geschah sowohl in der Form des wissenschaftlichen

⁴⁴ Kritisch auch über die Mindesthöhe des Stammkapitals in der sp. z o. o., das nicht einmal als Seriositätsschwelle betrachtet werden kann, *Oplustil* (Fn. 4), S. 121.

⁴⁵ *Nowacki*, Uwagi o projektowanych zmianach struktury majątkowej spółki z o. o., *Przegląd Prawa Handlowego* 9 (2011), 33; *Osajda*, O potrzebie i zakresie reformy regulacji prawnej spółki z o. o., *Przegląd Prawa Handlowego* 9 (2011), 25–28; *Pabis*, Projekt reformy przepisów o spółce z o. o. – głos w dyskusji, *Przegląd Prawa Handlowego* 7 (2011), 16; *Sobolewski*, W sprawie przyszłości kapitału zakładowego i innych środków wierzycieli spółek z o. o., *Przegląd Prawa Handlowego* 9 (2011), 52.

Austauschs in den führenden rechtswissenschaftlichen Zeitschriften als auch in Form einer präsenten medialen öffentlichen Debatte. Dem Gesetzesentwurf 2010 wurde die Demontage des über 100 Jahre bekannten und mit Erfolg funktionierenden kontinentalen Modells der Gesellschaft mit beschränkter Haftung zum Vorwurf gemacht.⁴⁶ Es wurde auch bestritten, dass trotz ähnlicher Reformtendenzen in anderen EU-Mitgliedstaaten im spezifisch polnischen Kontext Argumente für eine tiefgehende Revision der Vermögensverfassung der sp. z o.o. zu finden seien.⁴⁷ Insbesondere wurden die Risiken der Abschaffung des Stammkapitalmodells für den Gläubigerschutz und die allgemeine Rechtssicherheit des Geschäftsverkehrs hervorgebracht.⁴⁸ Bemängelt wurde auch das Konzept der Vereinigung dreier verschiedener Modelle der Vermögensverfassung unter einer Rechtsform der sp. z o.o.⁴⁹ Es wurde dabei argumentiert, dass die parallele Existenz im Grunde verschiedener Gesellschaftsformen unter der einheitlichen Bezeichnung „sp. z o.o.“ für Gläubiger (darunter auch Verbraucher) irreführend sein könnte.⁵⁰ Vor diesem Hintergrund wurde eine komplette Rechtsformneuschöpfung oder die Neuschöpfung einer klar abgrenzbaren Subform der sp. z o.o. als besserer Lösungsansatz vorgeschlagen.⁵¹ Zu den kritischen Stimmen nahmen die Autoren des Gesetzesentwurfes 2010 umfangreich Stellung.⁵²

⁴⁶ *Frąckowiak*, Demontaż spółki z o.o. czy nowy rodzaj spółki kapitałowej – uwagi na tle proponowanej nowelizacji kodeksu spółek handlowych, *Przegląd Prawa Handlowego* 6 (2011), 5.

⁴⁷ *Kidyba/Kopaczyńska-Pieczniak*, Spółka kapitałowa bez kapitału zakładowego – głos w dyskusji nad projektem zmiany kodeksu spółek handlowych, *Przegląd Prawa Handlowego* 3 (2011), 9.

⁴⁸ *Kappes*, Konieczne zmiany w projekcie reformy struktury majątkowej spółki z o.o., *Przegląd Prawa Handlowego* 9 (2011), 17; *Leśniak*, Kilka uwag na tle proponowanej nowelizacji kodeksu spółek handlowych, *Przegląd Prawa Handlowego* 9 (2011), 44–46; *Kappes/Katner/Janeta*, Kontrowersyjny projekt reformy struktury majątkowej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, *Przegląd Prawa Handlowego* 4 (2011), 10.

⁴⁹ *Kappes/Katner/Janeta*, Kontrowersyjny projekt reformy struktury majątkowej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, *Przegląd Prawa Handlowego* 4 (2011), 10–17; *Kidyba/Kopaczyńska-Pieczniak*, Spółka kapitałowa bez kapitału zakładowego – głos w dyskusji nad projektem zmiany kodeksu spółek handlowych, *Przegląd Prawa Handlowego* 3 (2011), 9.

⁵⁰ *Jasiakiewicz*, Kilka uwag w sprawie potrzeby modernizacji prawa spółek, *Przegląd Prawa Handlowego* 9 (2011), 50; *Wasilewski*, „Ułomna“ spółka kapitałowa – czyli propozycja urozmaicenie form prowadzenia działalności gospodarczej w ramach spółek handlowych, *Przegląd Prawa Handlowego* 10 (2011), 56.

⁵¹ *Kappes*, Konieczne zmiany w projekcie reformy struktury majątkowej spółki z o.o., *Przegląd Prawa Handlowego* 9 (2011), 20; *Leśniak*, Kilka uwag na tle proponowanej nowelizacji kodeksu spółek handlowych, *Przegląd Prawa Handlowego* 9 (2011), 46; *Kappes/Katner/Janeta*, Kontrowersyjny projekt reformy struktury majątkowej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, *Przegląd Prawa Handlowego* 4 (2011), 10–17; *Nowacki*, Uwagi o projektowanych zmianach struktury majątkowej spółki z o.o., *Przegląd Prawa Handlowego* 9 (2011), 35; *Zięty*, Czy konieczny jest „demontaż“ struktury majątkowej spółki z o.o.?, *Przegląd Prawa Handlowego* 9 (2011), 47.

⁵² *Opalski*, Kilka uwag na temat reformy sp. z o.o. i jej kontrowersyjnej krytyki, *Przegląd Prawa Handlowego* 9 (2011), 11; *Oplustil*, Krytycznie o zarzutach krytyków projektu reformy

Das Grundskelett des Gesetzesentwurfes 2010 wurde im Jahr 2012 in ein wiederum durch die Kodifikationskommission für das Zivilrecht erarbeitetes Eckpunktepapier zur Modernisierung der sp. z o. o. (abgekürzt: Eckpunktepapier 2012) übernommen.⁵³ Das Eckpunktepapier 2012 bildete die Substanz für den Einzug des Modernisierungskonzeptes der sp. z o. o. in das offizielle Gesetzgebungsverfahren. Die öffentlichen Konsultationen mit wichtigen Interessengruppen lieferten – ähnlich den Stimmen aus der Wissenschaft – teilweise kritische Stellungnahmen. Zudem trat keine Interessengruppe in Erscheinung, welche die wirtschaftliche Sinnhaftigkeit der Reform nachdrücklich unterstützte. Trotz eines offiziellen Regierungsentwurfes, der im August 2014 publiziert wurde,⁵⁴ und öffentlicher sowie interministerieller Konsultationen, die bis ins Jahr 2015 reichen, wurde der Gesetzesentwurf zur Modernisierung der sp. z o. o. letztendlich nie dem Parlament vorgelegt.

Zweifellos sind das Ideenpotential und die Argumente, welche die gescheiterte Reform der sp. z o. o. begleiteten, im rechtswissenschaftlichen und auch im breiteren öffentlichen Diskurs erhalten geblieben. Demzufolge sollte die fehlgeschlagene Reform der sp. z o. o. als die erste Etappe des Entstehungsprozesses der PSA betrachtet werden.⁵⁵

2. *Ministerium für Entwicklung als Impulsgeber*

Die Wiederbelebung der fundamentalen Konzepte der gescheiterten Reform der sp. z o. o. erfolgte 2016 durch das Ministerium für Entwicklung⁵⁶ und eröffnete die zweite Etappe des PSA-Entstehungsprozesses. Grundlegend neu war die Förderung des Gedankens einer Rechtsformneuschöpfung an Stelle der Bestrebungen zur Modernisierung der existierenden Rechtsform. Im Juni 2016 wurde in einem Eckpunktepapier (abgekürzt: Eckpunktepapier 2016) der Grundriss der neuen Rechtsform unter dem Namen „Einfache Aktiengesellschaft“ (polnisch: *prosta spółka akcyjna*) veröffentlicht und ein Konsultationsprozess eingeleitet. Unterstützt wurden die ministeriellen Arbeiten durch ein einberufenes Expertengremium, dessen Zusammensetzung teilweise aus jenen Professoren bestand, die zuvor die Arbeitsgruppe zur Modernisierung der sp. z o. o. bildeten.

struktury majątkowej spółki z o.o., *Przegląd Prawa Handlowego* 9 (2011), 29; *Soltysiński*, Kilka uwag o potrzebie modernizacji spółki z o.o., *Przegląd Prawa Handlowego* 9 (2011), 4.

⁵³ Eckpunktepapier der Kodifikationskommission für das Zivilrecht über die Änderung des Gesetzbuches über die Handelsgesellschaften und des Gesetzes über das Nationale Gerichtsregister (*Założenia projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych i ustawy i Krajowym Rejestrze Sądowym dotyczącego modernizacji spółki z o.o.*) vom 1.6.2012.

⁵⁴ Entwurf des Gesetzes über die Änderung des Gesetzbuches über die Handelsgesellschaften vom 11.8.2014, UA 45, Zugang: <<https://legislacja.rcl.gov.pl/lista/2/projekt/237400>> (13.5.2024).

⁵⁵ Ähnlich über die Zusammenhänge zwischen der gescheiterten Reform der sp. z o. o. und der Idee zur PSA-Neuschöpfung *Dybiński* (Fn. 24), S. 792.

⁵⁶ Das Ministerium für Entwicklung erfüllt *de facto* die Funktion eines Wirtschaftsministeriums.

Inhaltlich übernahm die PSA-Neuschöpfungsinitiative vor allem das Konzept einer grundlegend modifizierten Vermögensverfassung aus dem Reformversuch der sp. z o. o. Leitmotive der neuen Rechtsform waren somit die Abschaffung des Stammkapitalmodells und des Nennwerts von Aktien sowie die Einführung eines Solvenztests als neues Gläubigerschutzinstrument. Zusätzliche Änderungen, die zu der Ausdifferenzierung der PSA gegenüber den anderen beiden Kapitalgesellschaftsformen beitragen, müssen vor dem Hintergrund der „narrativen Umorientierung“ des Reformversuches erklärt werden. Nach dem Eckpunktepapier 2016 war Impuls zu der Überlegung, ob es notwendig sei, eine neue Form einer Kapitalgesellschaft in das polnische Rechtssystem einzuführen, die „Analyse des rechtlichen Umfelds für das Funktionieren sogenannter Start-ups in Polen, d. h. innovativer Unternehmen, die in der Regel im Bereich der neuen Technologien tätig sind“⁵⁷. Laut Eckpunktepapier 2016 enthüllten die Ergebnisse dieser Analyse zahlreiche gesellschaftsrechtliche „Hindernisse“ der Entwicklung von Start-ups, die durch eine Rechtsformneuschöpfung behoben werden könnten. Demzufolge wurden (i) die Erweiterung der Möglichkeiten der Privilegierung von Aktien, (ii) die Zulässigkeit von Dienstleistungen der Aktionäre als „unechte“ Sacheinlagen, die (iii) Wahloption zwischen einem *two-tier system* und einem *one-tier system* als Organstruktur sowie die (iv) Vereinfachung eines Aktionärsaustritts aus der Gesellschaft als weitere fundamentale Regelungsziele bei der PSA-Schöpfung umgesetzt. Neben der deklarierten Grundintention und -inspiration, eine passende Rechtsform für Start-ups zu schöpfen, wies das Eckpunktepapier darauf hin, dass sich die PSA auch für nicht innovationsgetriebene Geschäftstätigkeiten als geeignet erweisen könnte.⁵⁸

Der Regierungsentwurf zur Schöpfung der PSA wurde im Februar 2019 dem Parlament vorgelegt und binnen sechs Monaten verabschiedet. Die den Regierungsentwurf begleitende Begründung bestätigte die bereits im Eckpunktepapier 2016 deklarierten Ziele der Rechtsformneuschöpfung: „Die PSA ist eine moderne Form einer geschlossenen Kapitalgesellschaft, die für innovative Unternehmen bestimmt ist“.⁵⁹ Es wurde hervorgehoben, dass die normative Ausgestaltung der PSA berücksichtigt, dass Unternehmen, die auf modernen Technologien basieren, ein immer wichtigeres Element der heutigen Wirtschaft darstellen.⁶⁰ Außerdem seien Innovationsfähigkeit und Unternehmergeist zunehmend die wichtigsten Triebfedern des Wirtschaftswachstums.⁶¹

3. *Polarisierte Aufnahme*

Durch die PSA-Neuschöpfungs idee wurden die „alten“ Kritiker der fehlgeschlagenen Modernisierungsreform der sp. z o. o. wieder an die Tafel gerufen und mel-

⁵⁷ Eckpunktepapier 2016, S. 2.

⁵⁸ Eckpunktepapier 2016, S. 2.

⁵⁹ Entwurfsbegründung (Fn. 5), S. 1.

⁶⁰ Entwurfsbegründung (Fn. 5), S. 1.

⁶¹ Entwurfsbegründung (Fn. 5), S. 1.

deten sich – gefolgt von einigen neuen Stimmen – zahlreich zu Wort.⁶² Die Diskussionstemperatur verrät zum einen die Wahl der Kommunikationskanäle: Zahlreiche Professorenaussagen wurden in Form von Presseartikeln außerhalb der rechtswissenschaftlichen Mediennische veröffentlicht. Zum anderen sind sowohl die Titel dieser Beiträge, wie z. B. „Erster Schlag gegen die PSA“⁶³ oder „Zweite Tötung der PSA [...]“⁶⁴, als auch die Wortwahl der Autoren zur Charakterisierung der PSA-Regelung, wie z. B. „Kontaminierung des KSH“, „Resultat legislativen Hochmuts“⁶⁵ oder „Versuchsfeld des Gesetzgebers“⁶⁶ emblematisch. Es kam dabei auch zu einer bislang beispiellosen „Institutionalisierung“ der Kritik der Gesellschaftsrechtswissenschaftler, die darin Ausdruck fand, dass sich das „Forum der Lehrstühle für Gesellschaftsrecht“ (polnisch: *Forum Katedr Prawa Spółek*) als eine Art akademischer *think-tank* konstituierte, dessen Mission es war, die Verabschiedung der PSA zu verhindern. Mit diesem Ziel wurde dem Ministerium für Entwicklung eine umfangreiche Kritik des Entwurfs zur PSA-Neuschöpfung vorgestellt. Darüber hinaus mündete diese Gemeinschaftsinitiative der Gesellschaftsrechtler in einen offenen Brief an die Abgeordneten und Senatoren des polnischen Parlaments, der einen Appell gegen die Verabschiedung des Gesetzes zur Einführung der PSA zum Ausdruck brachte.⁶⁷

Zu den Kritikpunkten, die bereits gegenüber der Modernisierungsinitiative der sp. z o. o. geäußert wurden und vorrangig mit der Abschaffung des Stammkapitals verbunden waren, gesellten sich nun vor allem Vorwürfe in Bezug auf die Gesetzgebungstechnik. Es wurde in Frage gestellt, ob die Schöpfung einer neuen Rechtsform mit dem Modell eines rationalen Gesetzgebers vereinbar ist.⁶⁸ Kritisiert wurde die Komplexität der PSA-Regelung, die sich über 100 neueingeführte Vorschriften des KSH erstreckt und somit *de facto* keine „Einfache“ Ak-

⁶² Siehe als Beispiel *Kappes*, Prosta spółka akcyjna – czy rzeczywiście prosta i czy potrzebna? Uwagi do projektu nowelizacji Kodeksu spółek handlowych, wprowadzające prostą spółkę akcyjną (projektowane art. 300(1)–300(121) k.s.h.), *Przegląd Prawa Handlowego* 5 (2018), 10–16; *Wiórek*, O braku potrzeby wprowadzenia prostej spółki akcyjnej (PSA) z perspektywy prawnoporównawczej, *Przegląd Prawa Handlowego* 5 (2018), 4.

⁶³ „Pierwsze uderzenie w PSA“ *Dziennik Gazeta Prawna*, 27.12.2016, S. 3.

⁶⁴ „Drugie zabicie PSA. Trzy bariery dla start-upów stały się uzasadnieniem dla wyprodukowania około 200 przepisów“, *Dziennik Gazeta Prawna*, 20.3.2018, S. 5.

⁶⁵ *Romanowski*, TSA – Trudna Spółka Akcyjna – czyli co św. Tomasz z Akwinui zespół rockowy TSA pomyśleliby o Prostej Spółce Akcyjnej, *Monitor Prawa Handlowego* 4 (2017), 43.

⁶⁶ *Wiórek*, Wprowadzenie nowego typu spółki kapitałowej (Prostej Spółki Akcyjnej) do Kodeksu spółek handlowych a założenie racjonalnego prawodawcy, *Acta Universitatis Wratislaviensis CXX/2* (2020), 534.

⁶⁷ List otwarty do posłów i senatorów RP w sprawie zmian w Kodeksie spółek handlowych, Rzeczpospolita, 5.4.2019, Zugang: <<https://www.rp.pl/prawo-w-firmie/art9391301-list-otwarty-do-poslow-i-senatorow-rp-w-sprawie-zmian-w-kodeksie-spolek-handlowych>> (13.5.2024).

⁶⁸ *Wiórek*, Wprowadzenie nowego typu spółki kapitałowej (Prostej Spółki Akcyjnej) do Kodeksu spółek handlowych a założenie racjonalnego prawodawcy, *Acta Universitatis Wratislaviensis CXX/2* (2020), 527.

tiengesellschaft, sondern eine „Schwierige“ Aktiengesellschaft darstelle.⁶⁹ Bemängelt wurde auch die Qualität der empirischen Untersuchung der Notwendigkeit einer Rechtsformneuschöpfung.⁷⁰ Des Weiteren wurde darauf hingewiesen, dass die Kernkonzepte der PSA, welche die rechtlichen „Hindernisse“ in der Konstruktion der sp. z o.o. ausbügeln sollten, auch durch eine Modernisierung der existierenden Kapitalgesellschaftsform hätten herbeigeführt werden können.⁷¹ Ein negativer Einfluss auf das gesamte System des Gesellschaftsrechts wurde als weiteres Argument hervorgebracht.⁷² Es wurde auch hervorgehoben, dass kein (Mindest-)Abstand zu den anderen Kapitalgesellschaftsformen, besonders der sp. z o.o. bestehe.⁷³ Dadurch würde es zu einer gegenseitigen Kannibalisierung der Rechtsformen kommen, die zu einer Verdrängung der sp. z o.o. führen könnte.⁷⁴ *Entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem* – das Pinzip der Parsimonie wurde zum beliebten Motto der Gegner der Rechtsformneuschöpfung.⁷⁵ Auch der rechtsvergleichenden Analyse wurden Argumente gegen die PSA-Neuschöpfung entnommen.⁷⁶ Wenig Aufmerksamkeit jedoch wurde einer detaillierten

⁶⁹ Romanowski, TSA – Trudna Spółka Akcyjna – czyli co św. Tomasz z Akwinui zespół rockowy TSA pomyśleliby o Prostej Spółce Akcyjnej, Monitor Prawa Handlowego 4 (2017), 43.

⁷⁰ Wiórek, Wprowadzenie nowego typu spółki kapitałowej (Prostej Spółki Akcyjnej) do Kodeksu spółek handlowych a założenie racjonalnego prawodawcy, Acta Universitatis Wratislaviensis CXX/2 (2020), 527.

⁷¹ Wiórek, Wprowadzenie nowego typu spółki kapitałowej (Prostej Spółki Akcyjnej) do Kodeksu spółek handlowych a założenie racjonalnego prawodawcy, Acta Universitatis Wratislaviensis CXX/2 (2020), 527.

⁷² Romanowski, TSA – Trudna Spółka Akcyjna – czyli co św. Tomasz z Akwinui zespół rockowy TSA pomyśleliby o Prostej Spółce Akcyjnej, Monitor Prawa Handlowego 4 (2017), 43–48.

⁷³ Das Argument zur Notwendigkeit eines Mindestabstands zwischen den Rechtsformen ist auch in der deutschen Lehre bekannt, siehe Bayer, Gutachten zum 67. Deutschen Juristentag Erfurt 2008, Bd. I, E 91: „Es ist daher darauf zu achten, dass die unterschiedlichen Rechtsformen ‚zielgruppenorientiert angeboten‘ werden. Bei der Ausgestaltung von nichtbörsennotierter AG einerseits und GmbH andererseits muss ein ‚Abstand der Rechtsformen‘ eingehalten werden.“

⁷⁴ So Wiórek, Wprowadzenie nowego typu spółki kapitałowej (Prostej Spółki Akcyjnej) do Kodeksu spółek handlowych a założenie racjonalnego prawodawcy, Acta Universitatis Wratislaviensis CXX/2 (2020), 534, jedoch ohne weiterführende Analyse, warum eine solche Rechtsformverdrängung ein negatives Phänomen darstellen würde.

⁷⁵ So in einem für das Parlamentarische Büro für Analysen (polnisch: Biuro Analiz Sejmowych) erstellten Expertengutachten Romanowski, Opinia. Ocena projektu ustawy-o zmianie ustawy-Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw (Druk nr 3236), Warszawa 12.3.2019; Wiórek, Wprowadzenie nowego typu spółki kapitałowej (Prostej Spółki Akcyjnej) do Kodeksu spółek handlowych a założenie racjonalnego prawodawcy, Acta Universitatis Wratislaviensis CXX/2 (2020), 527.

⁷⁶ Wiórek, O braku potrzeby wprowadzenia prostej spółki akcyjnej (PSA) z perspektywy prawnoporównawczej, Przegląd Prawa Handlowego 5 (2018), 4–9.

sachlichen Debatte über die konkreten Lösungsansätze gewidmet.⁷⁷ Auch die offiziell im Gesetzgebungsverfahren vorgelegten Gutachten äußerten sich überwiegend kritisch zur PSA-Neuschöpfung.⁷⁸ Eine negative Reformfolgenabschätzung wurde auch durch das interne Analysebüro des Parlamentes (polnisch: *Biuro Analiz Sejmowych*) angefertigt.⁷⁹

Als Antwort auf die kritischen Stimmen der Rechtswissenschaftler und vor allem auf deren Zusammenschluss als „Gruppe der Gegner“ und dem daraus resultierenden offenen Brief wurde auch ein offener Brief zur Unterstützung der PSA in einer polnischen Tageszeitung veröffentlicht.⁸⁰ Die Analyse der Liste der Unterzeichner verdeutlicht, dass die PSA auch von zahlreichen Rechtswissenschaftlern und Praktikern positiv aufgenommen wurde. Dies scheint nur weniger medial sichtbar stattgefunden zu haben (fehlender Jubel) als die Kritik der PSA-Gegner.

Zweifellos ließ sich ein insgesamt besseres öffentliches (mediales) *Image* des Reformversuches gegenüber seinem Vorläufer (der gescheiterten Reform der sp. z o.o.) feststellen. Dafür sorgte vor allem die aktive Unterstützung der *Start-up-Community*, die den rechtswissenschaftlichen Diskurs als „Professorenzank“ in den Hintergrund schob und unter den attraktiven medialen Schlagwörtern „Innovation“ und „neue Technologien“ einen *micro-hype* rund um die PSA schuf.

4. Erste Registrierungszahlen

Aufgrund der Tatsache, dass die PSA erst vor Kurzem in Kraft getreten ist, kann heute noch keine vollständige empirische Erfolgsbilanz gezogen werden. Laut offiziellen Angaben des Justizministeriums wurden bisher 2505 PSAs erfolgreich

⁷⁷ Als einige der wenigen Ausnahmen konstruktiv-inhaltlicher Anmerkungen zum Regierungsentwurf siehe *Sójka*, O potrzebie zmian unormowań niepublicznych spółek kapitałowych – uwagi na kanwie projektu przepisów o prostej spółce akcyjnej, *Przegląd Prawa Handlowego* 9 (2018), 12–18; *Nowacki*, Struktura majątkowa projektowanej prostej spółki akcyjnej, *Przegląd Prawa Handlowego* 4, 4.

⁷⁸ *Tarska*, Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk (Rechtswissenschaftliches Institut der Polnischen Akademie der Wissenschaften, Uwagi dotyczące rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw, Warszawa 1.3.2019; *Romanowski*, Opinia. Ocena projektu ustawy -o zmianie ustawy-Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw (Druk nr 3236), Warszawa 12.3.2019; *Piniór*, Ekspertyza prawna dotycząca rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw, Warszawa 12.3.2019; *Kappes*, Opinia prawna w przedmiocie oceny rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy kodeks spółek handlowych i niektórych innych ustaw – nr RM-10-11-19 – nr druku sejmowego (3236), zwanego dalej „Projektem“, Warszawa 12.3.2019.

⁷⁹ *Biuro Analiz Sejmowych*, Ocena skutków prawnych regulacji zawartej w rządowym projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych oraz niektórych innych ustaw, Warszawa 8.3.2019.

⁸⁰ List poparcia w sprawie prostej spółki akcyjnej, Rzeczpospolita 16.9.2019, Zugang: <<https://www.rp.pl/prawo-w-firmie/art1129781-list-poparcia-w-sprawie-prostej-spolki-akcyjnej>> (13.5.2024).

registriert (Stand: 13. Mai 2024)⁸¹. Vergleicht man diese Zahl vorsichtig mit den Registrierungszahlen der sp. z o. o. – 700.212 (Stand: 13. Mai 2024)⁸², scheint der erste Lebensabschnitt der PSA noch keine Revolution auf der „Hitliste“ der polnischen Rechtsformen zu prophezeien.

IV. Grundstrukturen der PSA

1. Rechtsnatur

Die PSA verfügt über eine Rechtspersönlichkeit und kann somit eigenständig Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum erwerben sowie vor Gericht klagen und verklagt werden. Die PSA lässt sich als „private“ (geschlossene) Kapitalgesellschaft einordnen.⁸³ Diese Klassifizierung wird insbesondere durch die zwingende Kapitalmarktferne der PSA bestätigt – der Börsengang bleibt der PSA versagt.⁸⁴

Trotz der Benennung als „Einfache Aktiengesellschaft“ stellt die PSA keine vereinfachte Subform der S.A. dar. Der direkte Vergleich zur französischen *société par action simplifiée* (SAS) ist somit nicht gerechtfertigt. Irreführend wäre auch die Bezeichnung der PSA als Rechtsform, die sich „zwischen“ der sp. z o. o. und der S.A. ansiedelt. Die 134 Vorschriften des KSH, die das normative Fundament der neuen Rechtsform bilden, sind als autonomes und komplettes Regelwerk zu verstehen.⁸⁵ Die Verweisungstechnik zu den Vorschriften der sp. z o. o. und der S.A. wird nur punktuell zur Lückenfüllung angewendet. Aufgrund wichtiger Unterschiede zwischen den Grundstrukturen der PSA und der beiden anderen Kapitalgesellschaftstypen, insbesondere bezüglich der Vermögensverfassung und der Governance-Aspekte, muss die PSA – bildlich gesprochen – abseits des zwischen der sp. z o. o. und der S.A. existierenden räumlichen Spektrums positioniert werden. Die räumliche Perspektive beibehaltend, könnte man feststellen, dass die PSA weiter entfernt von der sp. z o. o. und der S.A. liegt, als die Entfernung dieser beiden Kapitalgesellschaften voneinander misst.

Nicht zu bestreiten ist jedoch die Einordnung der PSA als hybride Rechtsform, die Eigenschaften einer „puren“ Kapitalgesellschaft mit Merkmalen einer Personengesellschaft vereint. Letztere offenbaren sich insbesondere in der Gestaltungsfreiheit der Innenverhältnisse (Privilegierung der Aktien, Regeln der Unternehmensführung) und in der Zulässigkeit von „unechten“ Sacheinlagen in Form von Arbeit oder Dienstleistungen der Aktionäre.

⁸¹ Internetportal des polnischen Justizministeriums, Zugang: <<https://ekrs.ms.gov.pl/web/wyszukiwarka-krs/strona-glowna/index.html>> (13.5.2024).

⁸² Internetportal des polnischen Justizministeriums, Zugang: <<https://ekrs.ms.gov.pl/web/wyszukiwarka-krs/strona-glowna/index.html>> (13.5.2024).

⁸³ So *Oplustil* (Fn. 4), S. 119.

⁸⁴ Vgl. Art. 300³⁶ § 2 KSH.

⁸⁵ *Oplustil* (Fn. 4), S. 120.

2. Gründung und Registrierung

Die PSA kann durch eine oder mehrere natürliche oder juristische Personen gegründet werden⁸⁶ und steht sowohl für erwerbswirtschaftliche wie für ideelle Zielsetzungen zur Verfügung. Die Gründung der PSA erfordert (i) den Abschluss eines Gesellschaftsvertrages, (ii) die Bestellung der gesetzlich oder gesellschaftsvertraglich vorgeschriebenen Organe, (iii) die Leistung der Einlagen zur Deckung des Aktienkapitals (mindestens 1 PLN) und die (iv) Eintragung in das Gerichtsregister.

Das Gründungsverfahren kann entweder traditionell oder elektronisch (online) abgewickelt werden. Der traditionelle Modus beruht auf der notariellen Beurkundung des Gesellschaftsvertrages. Die elektronische Variante der Gesellschaftserrichtung und -registrierung wurde in Polen bereits 2012 bezüglich der sp. z o.o. eingeführt und 2015 auch auf die *spółka jawna* und die *spółka komandytowa* ausgeweitet. Entsprechend der somit bereits an anderen Gesellschaftstypen „erprobten“ Prozedur erfolgt das elektronische Registrierungsverfahren der PSA mit Hilfe eines amtlichen Musterformulars⁸⁷ des Gesellschaftsvertrages. Dieses Formular muss durch die Gründer online ausgefüllt und autorisiert werden⁸⁸ und danach *via* E-Mail dem Registergericht eingereicht werden. Demnach erfordert der elektronische Weg keine Beteiligung eines Notars. Gleichzeitig „leidet“ jedoch die Gestaltungsfreiheit des Gesellschaftsvertrages. Das Musterformular bietet nämlich nur bei einigen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages die Möglichkeit, eine Regelungsvariante zu wählen. Es muss jedoch bemerkt werden, dass die Wahl der elektronischen Gründungsvariante und die Akzeptanz des Mustervertrages nicht eine spätere Änderung des Gesellschaftsvertrages ausschließt. Die Online-Gründung ist somit besonders dann von Vorteil, wenn Zeit eine Rolle spielt: Die instruktive Frist, in der die Registrierung der PSA erfolgen soll, beträgt 24 Stunden (in der Praxis muss man meist mit zwei vollen Arbeitstagen rechnen).

3. Einlageleistungen

Die Einlageleistungen der Aktionäre werden im Gesellschaftsvertrag vereinbart.⁸⁹ Einlagen können in der Form von Geld- und Sacheinlagen erbracht werden.⁹⁰ Die Einlagefähigkeit letzterer Kategorie ist gegeben, wenn die Sacheinlage einen

⁸⁶ Als einzige Beschränkung gilt laut Art. 300¹ § 2 KSH das Gründungsverbot einer PSA durch eine Einpersonen-sp. z o.o.

⁸⁷ Basierend auf der gesetzlichen Ermächtigung aus Art. 300⁷ KSH wurde der Inhalt des Musterformulars in einer Durchführungsverordnung des Justizministeriums festgelegt.

⁸⁸ Die Autorisierung kann entweder durch eine auf einem qualifizierten elektronischen Zertifikat beruhende Unterschrift oder durch die Nutzung eines „Vertrauensprofils“ der „Elektronischen Plattform für öffentliche Verwaltungsdienste“ (abgekürzt: ePUAP) erfolgen.

⁸⁹ Vgl. Art. 300⁵ § 1 Pkt. 3–5 KSH.

⁹⁰ Vgl. Art. 300² § 1 KSH.

Vermögenswert besitzt.⁹¹ Diese weite Definition der Sacheinlage umfasst sowohl „echte“ Sacheinlagen (aktivierbare Kapitaleinlagen⁹²), die als Posten der Aktiva in der Bilanz der Gesellschaft ausgewiesen werden können, als auch „unechte“ Sacheinlagen, denen kein bilanzieller Wert zugeordnet werden kann (nichtaktivierbare Kapitaleinlagen⁹³). Insbesondere geht es dabei um das vereinbarte direkte Mitwirken der Aktionäre in Form von Arbeit oder Dienstleistungen⁹⁴. Die Zulässigkeit dieser Art der Einlageleistung in der PSA ist ein abgrenzendes Merkmal gegenüber den beiden verbleibenden Kapitalgesellschaften und stellte innerhalb des Gesetzgebungsprozesses ein wichtiges Argument für die Start-up-Anpassung der PSA dar. Argumentiert wurde, dass bei innovativen Geschäftsvorhaben das Ideenpotential und das persönliche Engagement der Gründer von fundamentaler Bedeutung sind und somit die Einlagefähigkeit dieser Leistungen gegeben sein sollte.

Wurden Sacheinlagen der Aktionäre vereinbart, muss der Gesellschaftsvertrag den Gegenstand dieser Einlagen sowie die Serien und Nummern der gegen die Sacheinlagen zu zeichnenden Aktien enthalten und die „zugehörigen“ Aktionäre identifizieren.⁹⁵ Bezieht sich die vereinbarte Sacheinlage auf die Erbringung von Arbeit oder Dienstleistungen, muss die Art und Dauer im Gesellschaftsvertrag erläutert werden.⁹⁶

Die Aktionäre der PSA sind nicht verpflichtet, alle vereinbarten Einlagen vor der Registrierung der Gesellschaft zu leisten. Für das Registrierungsverfahren ist lediglich die Leistung der Einlagen auf das minimale Aktienkapital erforderlich,⁹⁷ dessen Wert 1 PLN beträgt.⁹⁸ Auf das Aktienkapital werden alle geleisteten Geld- und Sacheinlagen angerechnet, mit Ausnahme der „unechten“ Sacheinlagen in Form von Arbeit oder Dienstleistungen (vgl. im Detail Pkt. IV.4.).⁹⁹ Der Registrierungsantrag enthält eine Erklärung aller Vorstandsmitglieder (bzw. Direktoren), dass die Einlagen zur Deckung der Aktien in dem im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Teil geleistet wurden.¹⁰⁰

Eine Frist zur Einlagenleistung kann im Gesellschaftsvertrag vereinbart werden.¹⁰¹ Alternativ kann der Gesellschaftsvertrag die Hauptversammlung zur Be-

⁹¹ Vgl. Art. 300² § 2 KSH.

⁹² So *Oplustil* (Fn. 4), S. 120.

⁹³ So *Oplustil* (Fn. 4), S. 120.

⁹⁴ Arbeit oder Dienstleistungen werden unmittelbar als Beispiel für eine „unechte“ Sacheinlage im Gesetzestext genannt (Art. 300² § 2 KSH).

⁹⁵ Vgl. Art. 300⁵ § 1 Pkt. 4 KSH.

⁹⁶ Vgl. Art. 300⁵ § 1 Pkt. 5 KSH.

⁹⁷ Vgl. Art. 300⁴ Pkt. 3 KSH.

⁹⁸ Vgl. Art. 300³ § 1 KSH.

⁹⁹ Vgl. Art. 300³ § 1, Art. 14 § 1 KSH.

¹⁰⁰ Vgl. Art. 300¹² § 3 KSH. Im Fall der Online-Gründung werden diese Erklärungen ebenfalls als Teil der elektronischen Prozedur abgegeben.

¹⁰¹ Vgl. Art. 300⁵ § 2 KSH.

stimmung der Leistungsfrist ermächtigen.¹⁰² Falls der Gesellschaftsvertrag zu diesem Thema schweigt, ist der Vorstand für die Fristsetzung verantwortlich.¹⁰³ Die maximale Frist für die Einlageleistung beträgt drei Jahre.¹⁰⁴

Für den Fall der Nichterfüllung oder Schlechterfüllung der Pflicht zur Einlageleistung wurde die PSA mit einem Sanktionsmechanismus ausgestattet, der auf einem gerichtlichen Urteil über die Nichtigkeit der jeweiligen Aktien beruht.¹⁰⁵ Das Verfahren wird durch einen Aktionär oder die Gesellschaft initiiert und betrifft alle Einlagekategorien und somit auch die Nicht- oder Schlechterfüllung der Pflicht zur Leistung „unechter“ Sacheinlagen. Das Gericht bestimmt im Urteil die Höhe der dem Aktionär für die als nichtig erklärten Aktien zustehenden Rückzahlung, wobei das Verhältnis zwischen dem Wert der geleisteten Einlage und dem Wert der nicht geleisteten Einlage zu berücksichtigen ist.¹⁰⁶

Aktionäre sind auch einem Differenzhaftungsmechanismus ausgesetzt, falls der faire Wert der Sacheinlagen¹⁰⁷ am Tag der Aktienübernahme wesentlich unter dem Wert der Einlage liegt.¹⁰⁸ Solidarisch mit dem Aktionär haften die Vorstandsmitglieder, es sei denn, ihr Handeln oder Unterlassen war unverschuldet.

Die Einlageleistung der Aktionäre wurde mit der Veräußerungsfreiheit bezüglich ihrer Aktien verknüpft. Wurden die Einlagen auf betroffene Aktien nicht vollständig erbracht, bedarf ihre Veräußerung einer Zustimmung der Gesellschaft.¹⁰⁹ Die Gesellschaft kann ihre Zustimmung verweigern, ohne einen anderen Erwerber zu benennen.¹¹⁰ Der Erwerber einer solchen Aktie haftet gegenüber der Gesellschaft gesamtschuldnerisch mit dem Veräußerer für die Leistung der Einlage.¹¹¹ Die Gesellschaft unterrichtet den Erwerber unverzüglich über die Höhe der fehlenden Einlageleistung.¹¹²

4. Vermögensverfassung und Gläubigerschutz

Dreh- und Angelpunkt der Rechtsformneuschöpfung ist das Konzept der Vermögensverfassung der PSA, das sich von dem traditionellen Stammkapitalmodell löst und somit auch andere Gläubigerschutzmechanismen mit sich bringt. Die resultierenden Ausschüttungsregeln, die sowohl die Höhe der Gesamtverschuldung der Gesellschaft als auch ihre unmittelbare Zahlungsfähigkeit (Solvenz) be-

¹⁰² Vgl. Art. 300⁵ § 2 KSH.

¹⁰³ Vgl. Art. 300⁵ § 2 KSH.

¹⁰⁴ Vgl. Art. 300⁹ § 1 KSH.

¹⁰⁵ Vgl. Art. 300⁵¹ § 1 KSH.

¹⁰⁶ Vgl. Art. 300¹⁰ § 2 KSH.

¹⁰⁷ Betroffen sind nur „echte“ Sacheinlagen, deren Wert auf das Aktienkapital zugerechnet wird.

¹⁰⁸ Vgl. Art. 300⁵¹ § 1 KSH.

¹⁰⁹ Vgl. Art. 300⁴⁰ § 1 KSH.

¹¹⁰ Vgl. Art. 300⁴⁰ § 2 KSH.

¹¹¹ Vgl. Art. 300⁴⁰ § 3 KSH.

¹¹² Vgl. Art. 300⁴⁰ § 2 KSH.

rücksichtigen, sollen einerseits mehr Flexibilität gewähren, andererseits aber auch Gläubiger effektiver schützen.¹¹³

Die PSA hat kein Stammkapital mit der Funktion einer „Bilanzsperre“, dessen Erhaltungsmechanismen einen entsprechenden Wert der Aktiva bilanziell binden würden. In der Bilanz der PSA wird im Eigenkapital der Posten „Aktienkapital“ (polnisch: *kapitał akcyjny*) ausgewiesen.¹¹⁴ Auf das Aktienkapital werden Geldeinlagen sowie „echte“ Sacheinlagen aufgerechnet, „unechten“ Sacheinlagen ist diese Fähigkeit versagt.¹¹⁵ Zum Registrierungsmoment der PSA entspricht die Höhe des Aktienkapitals dem Wert der geleisteten Einlagen. Nicht berücksichtigt wird damit der Wert der Einlagen, zu deren Leistung sich die Aktionäre der PSA verpflichtet haben, die aber zum Zeitpunkt des Registrierungsantrags noch nicht tatsächlich geleistet wurden. Der minimale Wert der vor Registrierung auf das Aktienkapital zu leistenden Einlagen ist dabei von symbolischer Natur¹¹⁶ und beträgt 1 PLN.¹¹⁷ Die Höhe des Aktienkapitals wird nicht im Gesellschaftsvertrag ausgewiesen.¹¹⁸ Folglich bedarf die Änderung des Aktienkapitals keiner Modifikation des Gesellschaftsvertrages durch die Hauptversammlung.¹¹⁹ Nach der Eintragung der Gesellschaft in das Gerichtsregister ergibt sich die Änderung der Höhe des Aktienkapitals vor allem aus: (i) der Leistung vereinbarter Einlagen, (ii) der Emission neuer Aktien und den verbundenen Einlageleistungen, (iii) Ausschüttungen *causa societatis*, (iv) Thesaurierungspflichten aus dem Gewinn der Gesellschaft.

Ausschüttungen aus dem Aktienkapital in Form von Dividendenzahlungen unterliegen einem Bilanztest. Der an die Aktionäre auszuschüttende Betrag darf die Summe des Gewinns des letzten Geschäftsjahres, der Gewinnrücklagen aus den Vorjahren, der Rücklagen, die zur Ausschüttung verwendet werden können, und des Betrags aus dem Aktienkapital, der zur Ausschüttung bestimmt wurde, nicht übersteigen.¹²⁰ Von diesem Betrag werden nicht ausgeglichene Verluste, eigene Aktien sowie die Beträge abgezogen, die gemäß Gesetz oder Gesellschaftsvertrag aus dem Gewinn des letzten Geschäftsjahres in die Rücklagen hätten eingestellt werden müssen.¹²¹ Die Ausschüttung aus dem Aktienkapital, die seine Herabsetzung herbeiführt, erfordert einen Beschluss der Hauptversammlung, der mit absoluter Mehrheit gefasst wird, sowie die Eintragung der Herabsetzung des Aktienkapitals in das Gerichtsregister.¹²²

¹¹³ Entwurfsbegründung (Fn. 5), S. 81.

¹¹⁴ Vgl. Art. 300³ § 1 KSH.

¹¹⁵ Vgl. Art. 300³ § 1, Art. 14 § 1 KSH.

¹¹⁶ Von einem „technisch-rechnerischen“ Charakter spricht *Oplustil* (Fn. 4), S. 120.

¹¹⁷ Vgl. Art. 300³ § 1 KSH.

¹¹⁸ Vgl. Art. 300³ § 2 KSH.

¹¹⁹ Vgl. Art. 300³ § 2 KSH.

¹²⁰ Vgl. Art. 300¹⁵ § 2 KSH.

¹²¹ Vgl. Art. 300¹⁵ § 2 KSH.

¹²² Vgl. Art. 300¹⁵ § 6 KSH.

Das Regelwerk der PSA bedient sich zum Schutz der Gläubigerinteressen des Instruments eines Solvenztests. Demnach darf eine Ausschüttung an die Aktionäre nicht dazu führen, dass die Gesellschaft unter normalen Umständen nicht in der Lage ist, ihren finanziellen Verpflichtungen bei Fälligkeit nachzukommen.¹²³ Der zeitliche Betrachtungshorizont zur Beurteilung der Zahlungsfähigkeit durch den Vorstand beträgt sechs auf die Ausschüttung folgende Monate.¹²⁴

Als weiteres Gläubigerschutzinstrument dient eine Thesaurierungspflicht. Zur Deckung von Verlusten müssen dem Aktienkapital mindestens 8 % des Gewinns des Geschäftsjahres gutgeschrieben werden.¹²⁵ Diese Pflicht besteht, bis das Aktienkapital den Wert von 5 % der gesamten Verbindlichkeiten der Gesellschaft, die sich aus dem festgestellten Jahresabschluss des letzten Geschäftsjahres ergeben, erreicht.¹²⁶ Es besteht somit eine Verknüpfung zwischen der „Sparpflicht“ und dem Ausmaß der Geschäftstätigkeit der PSA, die sich in dem Wert der Verbindlichkeiten widerspiegelt.¹²⁷ Von dem „beweglichen Charakter“ dieses Gläubigerschutzinstrumentes wird eine bessere Effektivität im Vergleich zu dem statischen Stammkapitalkonzept erwartet.¹²⁸

Der durch die Thesaurierungspflicht gebildete Teil des Aktienkapitals ist für eine potentielle Verlustdeckung bestimmt und unterliegt gesonderten Bindungsregeln. Ausschüttungen aus dem Aktienkapital, die verursachen, dass sein Wert unter die „Thesaurierungsschwelle“ (d. h. 5 % der gesamten Verbindlichkeiten der Gesellschaft aus dem festgestellten Jahresabschluss des letzten Geschäftsjahres) fällt, erfordern die Durchführung einer auf das Stammkapital der S.A. anwendbaren Prozedur.¹²⁹ Dass bedeutet insbesondere, dass solch eine Ausschüttung nur unter Vorbehalt der Sicherstellung oder Befriedigung der Gläubiger erfolgen darf.

Aktionäre sind verpflichtet, gesetzeswidrige Ausschüttungen der Gesellschaft zu erstatten.¹³⁰ Die Mitglieder der Gesellschaftsorgane haften für die Rückzahlung solcher Ausschüttungen gesamtschuldnerisch mit dem Zahlungsempfänger (dem Aktionär), es sei denn, sie trifft kein Verschulden.¹³¹

5. Aktien

Die Aktien der PSA sind nennwertlos. Es handelt sich dabei um *real no par value shares* und nicht um *notional no par value shares* im Sinne des Art. 47 der Richt-

¹²³ Vgl. Art. 300¹⁵ § 5 KSH.

¹²⁴ Vgl. Art. 300¹⁵ § 5 KSH.

¹²⁵ Vgl. Art. 300¹⁹ KSH.

¹²⁶ Vgl. Art. 300¹⁹ KSH.

¹²⁷ Anders als bei den Regeln zur gesetzlichen Rücklage der Unternehmersgesellschaft wurde kein Schwellenwert für die Thesaurierungspflicht eingeführt.

¹²⁸ *Oplustil* (Fn. 4), S. 121.

¹²⁹ Vgl. Art. 300¹⁵ § 4, der auf die Anwendung von Art. 456 § 1-2 KSH verweist.

¹³⁰ Vgl. Art. 300²² § 1 KSH.

¹³¹ Vgl. Art. 300²² § 2 KSH.

linie 2017/1132¹³², denen ein rechnerischer Wert als Bruchteil des Stammkapitals zugeordnet werden kann.¹³³ Sie sind somit als Träger der Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre in der Gesellschaft zu verstehen, nicht aber als „Bruchteil“ des Aktienkapitals.¹³⁴ Das für das Stammkapitalmodell charakteristische Verbot der Unterprioritäts-Ausgabe findet *ex definitione* bei der PSA keine Anwendung, was sich besonders bei Sanierungsbedürfnissen der Gesellschaft als vorteilhaft erweisen kann.¹³⁵

Wurde keine abweichende Regelung im Gesellschaftsvertrag getroffen, ist die Anzahl der Aktien ausschlaggebend für den Umfang der Aktionärsrechte. Dies gilt insbesondere für die Beteiligung an der Gewinnausschüttung¹³⁶ und das Stimmrecht.¹³⁷

Aktienprivilegien können im Gesellschaftsvertrag vereinbart werden.¹³⁸ Anders als im Fall der beiden anderen Kapitalgesellschaftsformen ist die Gestaltungsfreiheit der PSA-Aktionäre im Bereich der Aktienprivilegien nicht durch gesetzliche Schwellenwerte eingeschränkt. Auf die Begrenzung des Spielraums für die inhaltliche Ausgestaltung dieser Privilegien durch die „Natur“ der PSA, die Klausel der guten Sitten und durch zwingende Vorschriften, insbesondere zum Schutz von Minderheitsaktionären, muss jedoch hingewiesen werden.¹³⁹ Der Gesellschaftsvertrag kann auch einem bestimmten Aktionär einzelne Sonderrechte einräumen, insbesondere das Recht, Organmitglieder zu bestellen oder abzuberufen.¹⁴⁰

Eine besondere Kategorie der Aktienprivilegierung sind die Gründeraktien.¹⁴¹ Um möglichen Auslegungszweifeln vorzubeugen, sollte die gesetzliche Regelung zu den Gründeraktien deren Zulässigkeit explizit feststellen.¹⁴² Diese Art der Privilegierung ist in erster Linie für Gründer und Urheber innovativer Lösungen gedacht, die sich für den Fall des Einstiegs eines finanziellen Investors als „Absicherung“ eine bestimmte Beteiligung an der allgemeinen Stimmenzahl sichern wollen.¹⁴³ Der Anwendungsbereich der Gründeraktien ist jedoch nicht auf die Phase der Unternehmensgründung beschränkt – sie können auch durch nachträgliche Aktienemissionen entstehen. Die Privilegierung der Gründeraktien be-

¹³² Richtlinie (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.7.2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts.

¹³³ So auch *Mazgaj/Mucha*, European Company Law 2020, 46.

¹³⁴ Vgl. Art. 300² § 3 KSH.

¹³⁵ Es ist somit nicht nötig, den Nennwert der Aktien durch eine Kapitalherabsetzung im ersten Schritt des Sanierungsverfahrens zu senken, siehe Entwurfsbegründung (Fn. 5), S. 22.

¹³⁶ Vgl. Art. 300¹⁵ § 3 KSH.

¹³⁷ Vgl. Art. 300²³ § 1 KSH.

¹³⁸ Vgl. Art. 300²⁵ § 1-2 KSH.

¹³⁹ Entwurfsbegründung (Fn. 5), S. 41.

¹⁴⁰ Vgl. Art. 300²⁸ § 1 KSH.

¹⁴¹ Vgl. Art. 300²⁶ § 1-2 KSH.

¹⁴² Entwurfsbegründung (Fn. 5), S. 41.

¹⁴³ Entwurfsbegründung (Fn. 5), S. 41.

steht darin, dass bei folgenden Aktienemissionen das Mindestverhältnis der auf die Gründeraktien anfallenden Stimmenzahl zur Gesamtstimmenzahl unberührt bleibt. Wenn beispielsweise 100 Gründeraktien (von insgesamt 1.000 ausgegebenen Aktien) einen Anteil von 10 % an der Gesamtzahl der Stimmen ausmachen, dann führt die Ausgabe von 100 neuen Aktien dazu, dass sich die Anzahl der Stimmen pro Gründeraktie auf 1,1 Stimmen erhöht, sodass der prozentuale Anteil dieser Aktien an der Gesamtzahl der Stimmen bei 10 % bleibt.

Die Aktien der PSA sind zwingend unverbrieft¹⁴⁴ und in einem elektronischen Aktionärsregister (polnisch: *rejestr akcjonariuszy*) registriert.¹⁴⁵ Dieses Register enthält neben Informationen, welche die Gesellschaft als Emittenten identifizieren, unter anderem (i) Angaben zu Serie, Nummer und Art der Aktien sowie mit den Aktien verbundene Sonderrechte (Privilegierungen), (ii) Informationen zur Identifizierung der Aktionäre, sowie (iii) Informationen über Veräußerungsbeschränkungen der Aktien.¹⁴⁶ Der Gesellschaftsvertrag kann zusätzliche Bestimmungen über die im Aktionärsregister offengelegten Informationen enthalten.¹⁴⁷

Der Gesellschaft sowie jedem Aktionär steht ein Einsichtsrecht in das Aktionärsregister zu. Das Aktionärsregister wird durch Investmentfirmen¹⁴⁸ oder Notare geführt¹⁴⁹ und ist nicht mit dem Gerichtsregister zu verwechseln. Eine separate Lizenz oder Zulassung ist nicht erforderlich. Die Wahl des Registerführenden erfolgt durch einen Beschluss der Hauptversammlung, bei Neugründung der Gesellschaft.¹⁵⁰ Zu den Aufgaben des Aktionärsregisterführenden gehört die Sicherstellung, dass die Zahl der im Register eingetragenen Aktien mit der Zahl der ausgegebenen Aktien übereinstimmt, sowie die Eintragung von Änderungen der Registerdaten.¹⁵¹ Einträge erfolgen grundsätzlich auf Antrag der Gesellschaft oder einer Person, die ein rechtliches Interesse an der Eintragung hat.¹⁵² Der Eintrag wird unverzüglich vorgenommen, spätestens jedoch innerhalb einer Woche nach Antragseingang. Die antragstellende Person ist verpflichtet, geeignete Unterlagen zur Rechtfertigung der Eintragung vorzulegen. Der Registerführende prüft Inhalt und Form dieser Unterlagen, ist jedoch nicht verpflichtet, ihre Rechtmäßigkeit und Wahrhaftigkeit zu beurteilen, es sei denn, es kommen diesbezüglich begründete Zweifel auf.¹⁵³

¹⁴⁴ Vgl. Art. 300²⁹ § 1 KSH.

¹⁴⁵ Vgl. Art. 300²⁹ § 2 KSH.

¹⁴⁶ Vgl. Art. 300³³ § 1 KSH.

¹⁴⁷ Vgl. Art. 300³³ § 2 KSH.

¹⁴⁸ Der Begriff der Investmentfirma bezeichnet Finanzinstitutionen, die gemäß Gesetz über den Handel mit Finanzinstrumenten vom 29.11.2005 berechtigt sind, Wertpapierdepotkonten zu führen.

¹⁴⁹ Vgl. Art. 300³¹ § 1 KSH.

¹⁵⁰ Vgl. Art. 300³¹ § 5 KSH.

¹⁵¹ Vgl. Art. 300³¹ § 2 KSH.

¹⁵² Vgl. Art. 300³⁴ § 1 KSH.

¹⁵³ Vgl. Art. 300³⁴ § 5 KSH.

Das Regelwerk der PSA ist bezüglich der „Registeraktien“ oder „E-Aktien“ weitgehend kohärent mit den anwendbaren Vorschriften zu den Aktien der S.A. und der S.K.A.: Ab dem 1.3.2021 haben alle verbrieften Aktien beider Gesellschaftstypen *ex lege* ihre Rechtskraft verloren und wurden mittels einer bereits 2019 in die Wege geleiteten Übergangsprozedur durch einen elektronischen Registereintrag in dem Aktionärsregister ersetzt.¹⁵⁴ Alle ab diesem Zeitpunkt neu emittierten Aktien sind – wie in der PSA – zwingend unverbrieft.

Die Übertragung der Aktien erfolgt mit dem Zeitpunkt der Eintragung des Erwerbers in das Aktionärsregister.¹⁵⁵ Der Eintrag in das Aktionärsregister ist somit eine Rechtsbedingung (*condicio iuris*), die eine Wirksamkeitsvoraussetzung für das Verfügungsgeschäft schafft.¹⁵⁶ Der Eintrag hat demzufolge eine rechtsgestaltende Wirkung¹⁵⁷.

Die Emission neuer Aktien erfordert grundsätzlich die Änderung des Gesellschaftsvertrages, dessen obligatorischer Bestandteil die Angabe der Anzahl der Aktien ist.¹⁵⁸ Das Aktionärsrecht auf die verhältnismäßige Übernahme der neuen Aktien (Bezugsrecht) kann teilweise oder ganz durch einen Beschluss der Aktionäre (4/5-Mehrheit) ausgeschlossen werden.¹⁵⁹ Eine Änderung des Gesellschaftsvertrages ist nicht notwendig, wenn die Emission der Aktien durch einen Beschluss der Aktionäre erfolgt, der auf der Grundlage der bestehenden Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages über die Höchstzahl der Aktien und die Frist für ihre Ausgabe gefasst wird.¹⁶⁰ In dieser Situation kann jedoch das Bezugsrecht nicht ausgeschlossen werden.¹⁶¹ Für einen Zeitraum von fünf Jahren (durch Gesellschaftsvertragsänderung erneuerbar) kann der Vorstand oder der Direktorenrat zur Aktienemission ermächtigt werden.¹⁶² Als Grenze der Ermächtigung gilt ein Viertel der Anzahl der existierenden Aktien.¹⁶³ Grundsätzlich darf der Vorstand (Direktorenrat) nur Aktien gegen Geldeinlagen herausgeben – der Herausgabe von Aktien gegen Sacheinlagen muss eine entsprechende Bestimmung des Gesellschaftsvertrages zugrunde liegen.¹⁶⁴ Unabdingbar ist, dass der Vorstand (Direktorenrat) keine privilegierten Aktien ausgeben oder den Aktionären individuelle Rechte

¹⁵⁴ Hierzu umfangreich *Weber-Elżanowska/Dybiński*, BKR 2021, 292; *dies.*, ECFR 2022, 203.

¹⁵⁵ Vgl. Art. 300³⁷ § 1 KSH.

¹⁵⁶ Im polnischen Vertragsrecht gilt der Grundsatz der „doppelten Wirkung“: Verpflichtungsgeschäft und Verfügungsgeschäft bilden eine Einheit, es sei denn, aus dem Vertrag oder Gesetz gehen separate Rechtsfolgen hervor.

¹⁵⁷ *Sójka*, in: *Winner/Cierpial-Magnor*, Neue Regelungen für Start-ups und Investoren in MOE, 2021, S. 145.

¹⁵⁸ Vgl. Art. 300¹⁰³ KSH.

¹⁵⁹ Vgl. Art. 300¹⁰⁶ § 1-2 KSH.

¹⁶⁰ Vgl. Art. 300¹⁰³ KSH.

¹⁶¹ Vgl. Art. 300¹⁰³ KSH.

¹⁶² Vgl. Art. 300¹¹⁰ KSH ff.

¹⁶³ Vgl. Art. 300¹¹⁰ § 3 KSH.

¹⁶⁴ Vgl. Art. 300¹¹⁰ § 4 KSH.

einräumen darf.¹⁶⁵ Die PSA ermöglicht auch die Kapitalbeschaffung durch eine bedingte Aktienaussgabe: Die Hauptversammlung kann die Ausgabe von Aktien unter der Voraussetzung beschließen, dass die Personen, denen Rechte zur Zeichnung der Aktien eingeräumt wurden, diese zu den in dem Beschluss festgelegten Bedingungen ausüben.¹⁶⁶ Beispielsweise kann es sich dabei um Berechtigte aus Wandelschuldverschreibungen handeln.¹⁶⁷ Die Ausübung des Rechtes erfolgt durch eine schriftliche Erklärung.¹⁶⁸

6. Vorstand, Aufsichtsrat und Direktorenrat

Eines der Ergebnisse der angestrebten Elastizität der PSA ist, dass den Aktionären zwei Organverfassungssysteme zur Wahl gestellt wurden.¹⁶⁹ Zum einen können sie sich für das dualistische System (englisch: *two-tier system*) eines Vorstandes mit fakultativem Aufsichtsrat entscheiden, das an das Regelungsvorbild der sp. z. o. o. anknüpft. Zum anderen kann das monistische System (englisch: *one-tier system*) in der Form eines Direktorenrates gewählt werden, das bislang noch keinen Platz im polnischen Gesellschaftsrecht hatte. In Bezug auf die Organverfassung der PSA erfolgt die Abgrenzung zu den beiden „alten“ Kapitalgesellschaften somit sowohl durch die Wahlmöglichkeit als auch durch die Einführung des Direktorenrates als eine der Optionen.

Im dualistischen Modell ist der Vorstand für die Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft zuständig.¹⁷⁰ Der Vorstand besteht aus einem oder mehreren Mitgliedern.¹⁷¹ Wurde keine anderweitige Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag getroffen, werden die Mitglieder des Vorstandes durch Aktionärsbeschluss bestellt und abberufen oder zeitweise suspendiert.¹⁷² Falls ein Aufsichtsrat berufen wurde, ist dieser – vorbehaltlich anderer Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag – für die Bestellung, Abberufung und Suspendierung der Vorstandsmitglieder zuständig.¹⁷³ Die Vorstandsmitglieder können auch jederzeit ohne Angabe eines Grundes abberufen werden.¹⁷⁴ Die Bestellung eines Aufsichtsrates ist fakultativ und erfolgt nur dann, wenn der Gesellschaftsvertrag dies vorsieht.¹⁷⁵ Da jeder Aktionär von einem individuellen Kontrollrecht¹⁷⁶ Gebrauch machen kann, wird der Aufsichtsrat voraussichtlich bei größeren Aktionärskreisen Anwendung

¹⁶⁵ Vgl. Art. 300¹¹⁰ § 4 KSH.

¹⁶⁶ Vgl. Art. 300¹¹⁴ § 1 KSH.

¹⁶⁷ Vgl. Art. 300¹¹⁵ § 2 Pkt. 1 KSH.

¹⁶⁸ Vgl. Art. 300¹¹⁷ § 1 KSH.

¹⁶⁹ Vgl. Art. 300¹⁵² KSH.

¹⁷⁰ Vgl. Art. 300⁶² § 1 KSH.

¹⁷¹ Vgl. Art. 300⁶² § 2 KSH.

¹⁷² Vgl. Art. 300⁶² § 3 KSH.

¹⁷³ Vgl. Art. 300⁶² § 4 KSH.

¹⁷⁴ Vgl. Art. 300⁶² § 4 KSH. Der Gesellschaftsvertrag kann die Abberufung anderweitig regeln, insbesondere auf „wichtige Gründe“ beschränken.

¹⁷⁵ Vgl. Art. 300⁵² § 2 KSH.

¹⁷⁶ Vgl. Art. 300²⁴ KSH.

finden.¹⁷⁷ Der Aufsichtsrat setzt sich aus mindestens drei Mitgliedern zusammen, die, sofern keine abweichende Bestimmung im Gesellschaftsvertrag enthalten ist, durch einen Beschluss der Aktionäre berufen werden.¹⁷⁸ Grundkompetenz ist die ständige Aufsicht über die Angelegenheiten der Gesellschaft.¹⁷⁹ Das Erteilen von bindenden Anweisungen an den Vorstand ist ausgeschlossen.¹⁸⁰ Der Gesellschaftsvertrag kann die Befugnisse des Aufsichtsrates erweitern und insbesondere vorsehen, dass der Vorstand vor der Vornahme bestimmter Geschäfte verpflichtet ist, die Zustimmung des Aufsichtsrates einzuholen. Die Festlegung dieser zustimmungspflichtigen Geschäfte kann in einem Beschluss des Aufsichtsrates erfolgen, sofern die Satzung nichts anderes vorsieht.¹⁸¹ Die Arbeitsweise des Aufsichtsrates folgt dem eingeschränkten Kollegialitätsprinzip, d. h. die Aufsichtskompetenzen stehen dem Organ und nicht seinen Mitgliedern zu. Ohne Ermächtigungsbeschluss des Aufsichtsrates *in gremio* können keine Maßnahmen individuell ergriffen werden.¹⁸²

Die Regelung des Direktorenrates (polnisch: *rada dyrektorów*) der PSA knüpft unverkennbar an das *board of directors* an. Unter der Haube eines Organs werden im Direktorenrat sowohl Vertretungs-, Geschäftsführungs- als auch Aufsichtskompetenzen vereint.¹⁸³ Den Direktorenrat bilden ein oder mehrere Direktoren, die vorbehaltlich anderweitiger Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages durch Aktionärsbeschluss bestellt, abberufen oder zeitweise suspendiert werden.¹⁸⁴ Die Abberufung eines Direktors kann grundsätzlich ohne besonderen Grund durch einen Beschluss der Aktionäre jederzeit erfolgen.¹⁸⁵ Der Gesellschaftsvertrag kann eine Einschränkung dieses Rechtes der Aktionäre enthalten.¹⁸⁶ Der Direktorenrat zeichnet sich durch seine Flexibilität und Anpassungsfähigkeit aus. Da die Ausdifferenzierung von geschäftsführenden Direktoren (polnisch: *dyrektorzy wykonawczy*) und nichtgeschäftsführenden Direktoren (polnisch: *dyrektorzy niewykonawczy*) nicht zwingend ist, kann die Funktionsweise eines Direktorenrates *de facto* der eines Vorstandes gleichen. Die Unterscheidung zwischen den beiden Direktorenkategorien kann im Gesellschaftsvertrag, in einer internen Regelung des Direktorenrates oder in einem Beschluss des Direktorenrates erfolgen.¹⁸⁷ Dies stellt einen flexiblen strukturellen Mechanismus zur Kompetenz- und Aufgabenteilung der Direktoren dar. Den nichtgeschäftsführenden Direktoren obliegt in

¹⁷⁷ So *Oplustil* (Fn. 4), S. 127.

¹⁷⁸ Vgl. Art. 300⁶⁸ § 1 KSH.

¹⁷⁹ Vgl. Art. 300⁶⁹ § 1 KSH.

¹⁸⁰ Vgl. Art. 300⁶⁹ § 2 KSH.

¹⁸¹ Vgl. Art. 300⁶⁹ § 4 KSH.

¹⁸² So *Oplustil* (Fn. 4), S. 127.

¹⁸³ Vgl. Art. 300⁷³ § 1 KSH.

¹⁸⁴ Vgl. Art. 300⁷³ § 2 KSH.

¹⁸⁵ Vgl. Art. 300⁷⁴ § 1 KSH.

¹⁸⁶ Vgl. Art. 300⁷⁴ § 2 KSH. Insbesondere kann das Recht zur Abberufung auf „wichtige Gründe“ eingeschränkt werden.

¹⁸⁷ Vgl. Art. 300⁷⁶ § 1 KSH.

dieser Konfiguration eine Kontroll- und Aufsichtsaufgabe, die den Aufgaben des Aufsichtsrates im dualistischen System nahesteht. Innerhalb des Direktorenrates können ein Exekutivausschuss (polnisch: *komitet wykonawczy*)¹⁸⁸ und ein Aufsichtsausschuss¹⁸⁹ (polnisch: *komitet nadzorczy*) einberufen werden. Solch eine Struktur des Direktorenrates nähert sich funktional dem dualistischen System an. Es muss dabei als wichtiger Unterschied erwähnt werden, dass die Vertretungsmacht jedem Direktor zusteht, d. h. auch den nichtgeschäftsführenden Direktoren.¹⁹⁰ Besteht der Direktorenrat aus mehreren Direktoren, bedarf die Abgabe einer Willenserklärung des Zusammenwirkens zweier Direktoren oder eines Direktors mit einem Prokuristen.¹⁹¹ Dieser Vertretungsmechanismus ist im Gesellschaftsvertrag abdingbar.¹⁹² Bestimmte strategische, in einem enumerativen Katalog im KSH erwähnte Entscheidungen bedürfen eines kollegialen Beschlusses des Direktorenrates.¹⁹³ Dieser Katalog kann kraft des Gesellschaftsvertrages erweitert werden.

Alle Organmitglieder haften gegenüber der Gesellschaft für den Schaden, der durch Nichterfüllung oder Schlechterfüllung ihrer Pflichten entstanden ist, einschließlich der Verletzung der Sorgfaltspflicht, die sich aus dem beruflichen Charakter ihrer Tätigkeit oder der Verletzung ihrer Treupflicht gegenüber der Gesellschaft ergibt, es sei denn, es trifft sie kein Verschulden.¹⁹⁴ Die Ausbuchstabierung dieses Haftungsgrundsatzes räumt die Rechtsunsicherheit aus, die sich aus der in Bezug auf die anderen Kapitalgesellschaften in Rechtsprechung und Lehre streitigen Frage ergab, ob die Verletzung der Sorgfaltspflicht die Haftung der Organmitglieder auch dann begründet, wenn „zusätzlich“ keine Gesetzesvorschrift oder Bestimmung des Gesellschaftsvertrages (bzw. der Satzung bei der S. A.) vorliegt. Im Regelwerk der PSA definiert die Sorgfaltspflicht somit sowohl den Verschuldensmaßstab als auch die gesetzliche Verhaltenspflicht, deren Verletzung durch das Organmitglied rechtswidrig ist.¹⁹⁵

Die Rechtsform der PSA führt erstmals eine gesetzlich verankerte *business judgment rule* in die polnische Rechtsordnung ein. Folglich verstößt ein Organmitglied nicht gegen die Sorgfaltspflicht, wenn es sich der Gesellschaft gegenüber loyal verhält und auf der Grundlage von Informationen, Analysen und Meinungen handelt, die unter den gegebenen Umständen bei der Ausübung seiner Sorgfaltspflicht hätten berücksichtigt werden sollen.¹⁹⁶ Die Funktion der Normie-

¹⁸⁸ Vgl. Art. 300⁷⁶ § 2 KSH. Mitglieder dieses Ausschusses sind die geschäftsführenden Direktoren.

¹⁸⁹ Vgl. Art. 300⁷⁶ § 4 KSH. Mitglieder dieses Ausschusses sind die nichtgeschäftsführenden Direktoren.

¹⁹⁰ Vgl. Art. 300⁷⁷ § 2 KSH.

¹⁹¹ Vgl. Art. 300⁷⁸ § 1 KSH.

¹⁹² Vgl. Art. 300⁷⁸ § 1 KSH.

¹⁹³ Vgl. Art. 300⁷⁵ KSH.

¹⁹⁴ Vgl. Art. 300¹²⁵ § 1 KSH.

¹⁹⁵ Vgl. Art. 300⁵⁴, 300¹²⁵ § 1 KSH.

¹⁹⁶ Vgl. Art. 300¹²⁵ § 2 KSH.

nung als *safe haven* ist jedoch eingeschränkt, weil die Organmitglieder im Zweifelsfall die Existenz der „beschützenden“ Voraussetzungen nachweisen müssen.¹⁹⁷

Ein haftungsbezogenes Merkmal der PSA, dass von der sp. z o. o. übernommen wurde, ist die gesamtschuldnerische Haftung der Vorstandsmitglieder (im dualistischen Modell) oder aller Direktoren (im monistischen Modell) für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft im Fall einer gescheiterten Vollstreckung.¹⁹⁸ Die betroffenen Organmitglieder können sich von dieser Haftung befreien, wenn einer der im Gesetz vorhergesehenen Entlastungsgründe nachgewiesen werden kann.¹⁹⁹ Die rechtzeitige Stellung des Antrags auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens stellt den wohl wichtigsten unter diesen Gründen dar.

7. Aktionäre

Entsprechend dem Modell einer geschlossenen Kapitalgesellschaft unterliegen die Vorstandsmitglieder (im dualistischen Modell) und die Direktoren (im monistischen Modell) einer PSA Einschränkungen, die aus dem Gesellschaftsvertrag oder aus Beschlüssen der Aktionäre folgen.²⁰⁰ Diese Grundregel kann teilweise im Gesellschaftsvertrag modifiziert werden, indem man auf die Unterordnung unter die Beschlüsse der Aktionäre verzichtet.²⁰¹

Die Aktionäre der PSA verfügen gemäß dem Charakter einer geschlossenen Kapitalgesellschaft über ein individuelles Kontrollrecht.²⁰² Der Gesetzgeber weist dabei auf die Regeln, die für das Kontrollrecht der Gesellschafter einer sp. z o. o. gelten.²⁰³ Im Unterschied dazu ist das Kontrollrecht der Aktionäre der PSA jedoch nicht durch den Gesellschaftsvertrag abdingbar.²⁰⁴

Wie bereits in Pkt. IV.5. erwähnt, richten sich die Rechte der Aktionäre, insbesondere das Stimm- und Dividendenrecht, nach der Anzahl der Aktien. Eines der Hauptziele der Rechtsformneuschöpfung war die möglichst weitgehende Gestaltungsfreiheit der Innenverhältnisse der PSA. In Bezug auf die Aktionärsrechte bedeutete das die Schaffung einer plastischen Regelung, die durch entsprechende Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages einen individuellen Zuschnitt der Rechtengewichtung zwischen den Aktionären ermöglicht. Die wichtigsten Instrumente dabei sind Aktienprivilegien, darunter Gründeraktien und stimmrechtslose Vorzugsaktien, persönliche Sonderrechte der Aktionäre oder *voting caps*.

Das KSH enthält einen offenen Katalog der Angelegenheiten, die einen Aktionärsbeschluss erfordern. Dazu zählen die Beschlüsse über grundlegende Angelegenheiten wie z. B. die Feststellung des Finanzberichts für das vergangene Ge-

¹⁹⁷ *Oplustil* (Fn. 4), S. 130.

¹⁹⁸ Vgl. Art. 300¹³² § 1 KSH.

¹⁹⁹ Vgl. Art. 300¹³² § 2 KSH.

²⁰⁰ Vgl. Art. 300⁵³ KSH.

²⁰¹ Vgl. Art. 300⁵³ KSH.

²⁰² Vgl. Art. 300²⁴ KSH.

²⁰³ Vgl. Art. 300²⁴, Art. 212 KSH.

²⁰⁴ Vgl. Art. 300¹⁵ KSH.

schäftsjahr, die Änderung des Gesellschaftsvertrages oder die Abwicklung der Gesellschaft. Die Zustimmungsvorbehalte der Aktionäre können kraft des Gesellschaftsvertrages erweitert werden.

Ein weiteres Zeichen für die angestrebte Elastizität der PSA und auch ein Merkmal ihres „privaten“ Charakters ist die Zulässigkeit der Beschlussfassung der Aktionäre „außerhalb“ der Hauptversammlung.²⁰⁵ Dies kann sowohl schriftlich als auch durch elektronische Mittel erfolgen.²⁰⁶ Der Weg der elektronischen Abstimmung steht den Aktionären allerdings nur dann zu Verfügung, wenn die entsprechenden Mechanismen zur Durchführung der Abstimmung im Gesellschaftsvertrag vereinbart wurden oder die Aktionäre ihre Zustimmung erteilt haben.²⁰⁷ Auch die Abstimmung im schriftlichen Modus bedarf einer Zustimmung der Aktionäre.²⁰⁸ Beschlüsse müssen nur dann während einer formellen Abhaltung der Hauptversammlung gefasst werden, wenn das KSH direkt von einem Beschluss der Hauptversammlung und nicht von einem Beschluss der Aktionäre spricht.

Der geschlossene Charakter der PSA, der ein direktes Engagement der Aktionäre in die Tätigkeit der Gesellschaft mit sich bringen kann, sowie die Ausrichtung dieser Gesellschaftsform auf Start-ups bergen Potential für Konflikte zwischen Aktionären.²⁰⁹ Zwei Mechanismen kommen diesen Risiken entgegen. Aktionäre, die mehr als die Hälfte der allgemeinen Stimmenzahl vertreten, können einen gerichtlichen Ausschluss eines Aktionärs beantragen.²¹⁰ Der Ausschluss erfolgt, wenn das Gericht einen „wichtigen Grund“ zum Ausschluss seitens des betroffenen Aktionärs feststellt.²¹¹ Der Gesellschaftsvertrag kann bestimmen, dass die Ausschlussforderung durch einen oder mehrere Aktionäre, die eine größere Mehrheit der allgemeinen Stimmen vertreten, eingereicht werden muss.²¹² Die Aktien des ausgeschlossenen Aktionärs müssen von anderen Aktionären oder Dritten übernommen werden.²¹³ Der Übernahmepreis wird vom Gericht auf der Grundlage des tatsächlichen Wertes zum Zeitpunkt der Zustellung der Klageschrift festgesetzt.²¹⁴ Das Gericht setzt auch eine Frist für die Zahlung dieses Preises.²¹⁵ Wird der Betrag innerhalb dieser Frist nicht gezahlt oder bei Gericht hinterlegt, ist die Ausschlussanordnung unwirksam.²¹⁶

²⁰⁵ Vgl. Art. 300⁸⁰ § 1 KSH.

²⁰⁶ Vgl. Art. 300⁸⁰ § 1 KSH.

²⁰⁷ Vgl. Art. 300⁸⁰ § 2 KSH.

²⁰⁸ Vgl. Art. 300⁸⁰ § 2 KSH.

²⁰⁹ In diesem Sinne über das Konfliktpotential zwischen Inventoren und Investoren *Oplustil* (Fn. 4), S. 121.

²¹⁰ Vgl. Art. 300⁴⁹ § 1 KSH.

²¹¹ Vgl. Art. 300⁴⁹ § 1 KSH.

²¹² Vgl. Art. 300⁴⁹ § 2 KSH.

²¹³ Vgl. Art. 300⁴⁹ § 2, Art. 266 § 3 KSH.

²¹⁴ Vgl. Art. 300⁴⁹ § 2, Art. 266 § 3 KSH.

²¹⁵ Vgl. Art. 300⁴⁹ § 2, Art. 267 § 1 KSH.

²¹⁶ Vgl. Art. 300⁴⁹ § 2, Art. 267 § 1 KSH.

Der beschriebene Ausschlussmechanismus findet auch (mit geringen Modifikationen) in der sp. z o. o. Anwendung. Ein Novum in der polnischen Rechtsordnung ist das Austrittsrecht (polnisch: *prawo ustąpienia*) des PSA-Aktionärs. Intention des Gesetzgebers war es, eine faire Lösung für Situationen zu schaffen, in denen ein Minderheitsaktionär offensichtlich durch die Handlungen der Mehrheitsaktionäre geschädigt wird und gleichzeitig auf einen Verkauf seiner Aktien durch den geschlossenen Charakter der PSA keine Hoffnung besteht. Demzufolge kann auf Antrag eines jeden Aktionärs ein Gericht über sein Ausscheiden aus der Gesellschaft entscheiden, vorausgesetzt, es liegt ein „wichtiger Grund“ vor.²¹⁷ Dieser Grund muss sich auf die Beziehungen zwischen den Aktionären oder zwischen der Gesellschaft und dem ausscheidenden Aktionär beziehen und für Letzteren „grob schädlicher“ sein.²¹⁸ Rein prozedural nimmt der Antrag des Aktionärs die Form einer Klage gegen die Gesellschaft und die verbleibenden Aktionäre an.²¹⁹ Die Aktien des ausscheidenden Aktionärs werden zu einem Preis zurückgekauft, der dem vom Gericht zum Zeitpunkt der Zustellung der Klageschrift festgestellten Marktwert entspricht.²²⁰ Das Gericht setzt auch einen Termin fest, bis zu dem der Preis (zuzüglich Zinsen ab dem Tag der Zustellung der Klageschrift) an den austretenden Aktionär zu zahlen ist.²²¹ Der Rückkauf der Aktien des ausscheidenden Aktionärs erfolgt durch die Gesellschaft auf Rechnung der verbleibenden Aktionäre im Verhältnis zu der von ihnen gehaltenen Aktienanzahl.²²² Für die Zahlung des Preises haften die Gesellschaft und die „verklagten“ Aktionäre gesamtschuldnerisch.²²³

8. Abwicklung

Die Löschung einer PSA aus dem Gerichtsregister erfolgt in der Regel nach ihrer Liquidation,²²⁴ die auf der Einziehung der Forderungen der Gesellschaft, der Erfüllung Ihrer Schulden und der Distribution des Restvermögens an die Aktionäre beruht. Trotz Beibehaltung des Grundskeletts des Abwicklungsverfahrens der S.A. wurden einige Regeln für die PSA vereinfacht.²²⁵ Das herausstechende Differenzierungsmerkmal der PSA gegenüber den beiden anderen polnischen Kapitalgesellschaften *in puncto* Abwicklung besteht jedoch in der Möglichkeit²²⁶,

²¹⁷ Vgl. Art. 300⁵⁰ § 1 KSH.

²¹⁸ Vgl. Art. 300⁵⁰ § 1 KSH.

²¹⁹ Vgl. Art. 300⁵⁰ § 2 KSH.

²²⁰ Vgl. Art. 300⁵⁰ § 3 KSH.

²²¹ Vgl. Art. 300⁵⁰ § 3 KSH.

²²² Vgl. Art. 300⁵⁰ § 4 KSH.

²²³ Vgl. Art. 300⁵⁰ § 4 KSH.

²²⁴ Vgl. Art. 300¹¹⁹ § 3 KSH.

²²⁵ Vor allem: Notwendigkeit nur einer Mitteilung über die Eröffnung der Liquidation, eine dreimonatige Frist für die Anmeldung von Forderungen durch die Gläubiger und keine gesetzliche Nachfrist, die die Möglichkeit der Distribution von Vermögenswerten an die Aktionäre bedingt.

²²⁶ Wird diese Möglichkeit nicht genutzt, richtet sich die „Standard-Abwicklung“ der PSA nach den Grundkonzepten, die auch für die sp. z o. o. und die S.A. gelten.

von einem vereinfachten Abwicklungsmechanismus Gebrauch zu machen.²²⁷ Demnach kann das gesamte Vermögen der Gesellschaft – ohne Liquidation – von einem bestimmten Aktionär mit der Verpflichtung zur Befriedigung der Gläubiger und der übrigen Aktionäre übernommen werden.²²⁸ Die Einführung der vereinfachten Abwicklung trägt laut Entwurfsbegründung Erfahrungen im In- und Ausland Rechnung, die zeigen, dass ein erheblicher Teil von Neugründungen scheitert.²²⁹ Besonders betroffen seien Start-ups, deren innovative Ausrichtung von Natur aus ein großes Risikopotential birgt.²³⁰ Mit Hinblick auf diese Feststellungen solle die vereinfachte Abwicklung eine effektivere Lösung bieten als ein langwieriger Liquidationsprozess.²³¹ Der Erwerb der Gesamtheit der Vermögenswerte durch einen Aktionär könne besonders dann ein attraktives Szenario bieten, wenn diese Vermögenswerte ein funktionierendes Unternehmen bilden und somit die Möglichkeit besteht, die ausgeübte Tätigkeit der Gesellschaft fortzusetzen und somit die Integrität der Vermögenswerte zu erhalten.²³²

Voraussetzung für die Durchführung der vereinfachten Abwicklung ist ein Beschluss der Hauptversammlung (Dreiviertelmehrheit bei Anwesenheit von Aktionären, die mindestens die Hälfte der Gesamtzahl der Aktien vertreten) und eine Genehmigung des Registergerichts (auf Antrag der Gesellschaft).²³³ Die vereinfachte Abwicklung wird somit vor allem in Konfliktsituationen zwischen Mehrheits- und Minderheitsaktionären (weniger als 25 %) Anwendung finden, wenn die Minderheit es verweigert, ihre Aktien zu verkaufen.²³⁴

Das Registergericht bewilligt die vereinfachte Abwicklung, wenn nachgewiesen werden kann, dass dies nicht zu einer Verletzung der Interessen der Gläubiger der Aktionäre führen wird.²³⁵ Dem Genehmigungsantrag sind eine Gläubigerliste sowie Unterlagen über das zu übernehmende Vermögen der Gesellschaft und die finanzielle Lage des übernehmenden Gesellschafters anzufügen.²³⁶ Unmittelbar nach Eingang des Antrags verkündet das Registergericht die Beschlussfassung über die vereinfachte Abwicklung und fordert die Gläubiger auf, innerhalb einer Frist von mindestens 30 Tagen Einwände zu erheben.²³⁷ Wurden Einwände gemeldet, entscheidet das Registergericht nach öffentlicher Verhandlung über die Genehmigung der vereinfachten Abwicklung.²³⁸ Nach Rechtskraft des Genehmigungsbeschlusses des Registergerichts stellt der Vorstand einen Antrag

²²⁷ Vgl. Art. 300¹²² KSH.

²²⁸ Vgl. Art. 300¹²² § 1 KSH.

²²⁹ Entwurfsbegründung (Fn. 5), S. 81.

²³⁰ Entwurfsbegründung (Fn. 5), S. 81.

²³¹ Entwurfsbegründung (Fn. 5), S. 81.

²³² Entwurfsbegründung (Fn. 5), S. 81.

²³³ Vgl. Art. 300¹²² § 1 KSH.

²³⁴ *Mazgaj/Mucha*, European Company Law 2020, 51.

²³⁵ Vgl. Art. 300¹²² § 3 KSH.

²³⁶ Vgl. Art. 300¹²² § 3 KSH.

²³⁷ Vgl. Art. 300¹²² § 4 KSH.

²³⁸ Vgl. Art. 300¹²² § 7 KSH.

auf Löschung der Gesellschaft aus dem Register.²³⁹ Mit dem Zeitpunkt der Löschung der Gesellschaft aus dem Register tritt der vermögensübernehmende Gesellschafter in alle Rechte und Pflichten der gelöschten Gesellschaft ein.²⁴⁰

V. Rechtspolitische Würdigung

Die rechtspolitische Würdigung einer Rechtsformneuschöpfung umfasst sowohl die *Ex-post*-Bewertung ihres Gelingens, unter besonderer Berücksichtigung der empirischen Erfolgskontrolle²⁴¹, als auch die Ableitung von Schlussfolgerungen aus dem Entstehungsprozess. Aufgrund der Tatsache, dass die PSA erst seit dem 1.7.2021 Unternehmern als Rechtsform zur Auswahl steht, kann derzeit noch keine aussagekräftige quantitative Erfolgsbilanz gezogen werden, die sich an den Registrierungsquoten der neuen Rechtsform orientieren würde. Dementsprechend konzentriert sich die folgende Würdigung auf die rechtspolitischen Aspekte der insgesamt elfjährigen Genese der PSA. Ihr Ziel ist es, die hervorstechenden Treiber, aber auch die erkennbaren „Bremsklötze“ des Schöpfungsprozesses darzustellen und zu charakterisieren.

Der spezifische, in zwei Etappen differenzierbare Ablauf des PSA-Entstehungsprozesses ist ein reizvolles Laborbeispiel für die Untersuchung der treibenden Kräfte einer Rechtsformneuschöpfung und exemplifiziert unverkennbar den Nexus zwischen Politik und Recht. Die folgende Analyse dieser Abhängigkeiten richtet sich strukturell nach den Hauptakteuren (Lobbyisten, Politikern, Rechtswissenschaftlern), deren individuelles Handeln und Zusammenwirken die Entstehungsdynamik der PSA geprägt haben. Einen besonders interessanten Betrachtungswinkel liefert die vergleichende Untersuchung der Involvierung dieser Akteure in der ersten, fehlgeschlagenen Etappe der PSA-Entstehungsgeschichte (Modernisierung der sp. z o. o.) und in der zweiten, erfolgreichen Etappe. Die Tatsache, dass ein vergleichbares Paket konzeptueller Grundideen zuerst im Gesetzgebungsprozess gescheitert ist, um kurz danach „in neuem Kleid“ doch erfolgreich als neue Rechtsform verabschiedet zu werden, liefert fruchtbaren Boden für erkenntnisfördernde Schlüsse.

1. Lobbyisten

Begonnen wird mit den Lobbyisten. Der von 2010 bis 2015 unter dem Schirm des Justizministeriums unternommene Reformversuch der sp. z o. o. hat es nicht geschafft, eine konkrete Interessengruppe anzusprechen. Der Gesetzesentwurf 2010 und das Eckpunktepapier 2012 identifizierten keine besondere unternehmerische Zielgruppe der Reform. Dies ist verständlich – beide Dokumente stam-

²³⁹ Vgl. Art. 300¹²² § 9 KSH.

²⁴⁰ Vgl. Art. 300¹²² § 9 KSH.

²⁴¹ *Fleischer*, ZGR 2007, 504.

men aus der Feder der Kodifikationskommission für das Zivilrecht. Der inhaltliche Beitrag dieser akademischen Expertengruppe zum Gesetzgebungsprozess konzentrierte sich naturgemäß auf die rechtsdogmatischen Konzepte des Entwurfes. Auch das Justizministerium hat kompetenz- und -aufgabenbedingt darauf verzichtet, die Reformideen um wirtschaftspolitische Zweckbegründungen zu bereichern. Dies wird bewirkt haben, dass in der ersten Etappe der PSA-Entstehungsgeschichte keine Lobbyisten aktiv in Erscheinung getreten sind. Das hat wiederum verursacht, dass kein hinreichender politischer Anreiz zur Durchführung der Reform geschaffen wurde. Es dominierte die Auffassung, die Reform sei eine Art Gedankenexperiment praxisferner Rechtswissenschaftler.

Im Gegenzug dazu kann in der zweiten Etappe der PSA-Entstehungsgeschichte die *Start-up-Community* deutlich als Lobbyisten-Umfeld identifiziert werden, das sich die Rechtsformneuschöpfung zu Herzen genommen hat. Sowohl das Eckpunktepapier 2016 als auch die Entwurfsbegründung beziehen sich direkt auf die ermittelten Bedürfnisse der Start-ups und der technologieorientierten Unternehmen. Man beruft sich unmittelbar auf empirische Daten und Berichte dieser konkreten Interessengruppe. Die Entwurfsbegründung erklärt, dass die Auffassung über die Notwendigkeit einer Rechtsformneuschöpfung durch eine Analyse des rechtlichen Umfelds der Start-up-Branche gerechtfertigt sei.²⁴² Aufgeführt werden dazu Untersuchungsberichte der unmittelbar betroffenen Interessengruppe, d. h. Erkenntnisse der „Fundacja Start-up Poland“ (Stiftung Start-up Poland)²⁴³ sowie ein Bericht über das „Start-up-Ökosystem in Polen“ von Deloitte.²⁴⁴ Ähnlich wie das Eckpunktepapier 2016 verweist die Entwurfsbegründung knapp auf die Tauglichkeit der PSA auch für nicht-innovative Geschäftszwecke.²⁴⁵ Es scheint fast, als hätte das Ministerium die *Start-up-Community* mit der Beantwortung der Ausgangsfrage, d. h. ob eine Rechtsformneuschöpfung notwendig oder gewünscht ist, unterbeauftragt: Schlussfolgerungen aus den zitierten Berichten werden als Begründungen des Handlungsbedarfs des Gesetzgebers 1:1 übernommen. Es lässt sich somit vermuten, dass die Präsenz der *Start-up-Community* als Lobbyisten eine einschneidende Änderung der Dynamik in der Entstehungsgeschichte der PSA herbeiführte.

2. Die Politiker

Die Erkenntnisse über die Rolle der Lobbyisten im Entstehungsprozess der PSA enthüllen den Bedarf einer genaueren Betrachtung der Politiker als Mitakteure dieses Prozesses. Auch hier ist eine vergleichende Analyse der beiden Entste-

²⁴² Entwurfsbegründung (Fn. 5), S. 2.

²⁴³ Veröffentlicht in Jahresberichten unter dem Titel „Polish Start-ups“, Zugang: <<https://startuppoland.org/en/reports/page/2/>> (13.5.2024)

²⁴⁴ Raport: Diagnoza ekosystemu startupów w Polsce (Bericht: Diagnose des Start-up-Ökosystems in Polen), Zugang: <<https://www2.deloitte.com/pl/pl/pages/zarzadzania-procesami-i-strategiczne/articles/innowacje/startup-ankieta2016-2.html>> (13.5.2024).

²⁴⁵ Entwurfsbegründung (Fn. 5), S. 5.

lungsetappen der PSA aufschlussreich. Den beiden grundlegenden Etappen der Entstehungsgeschichte der PSA lässt sich nämlich ein unterschiedliches Engagement der Politiker zuordnen.

Die erste Etappe war von politischer Passivität geprägt. Obgleich die grundsätzliche politische Zustimmung zur Aufnahme der Arbeiten durch die Kodifikationskommission für das Zivilrecht vorhanden war, hat sich die Reform nie zu einer politischen Priorität der Regierung entwickelt. Dies kann zum einen dadurch begründet werden, dass die Reform im Justizministerium „zu Hause“ war. Gemäß der Funktion dieses Ministeriums, stehen wirtschaftspolitische Ziele nicht im Vordergrund seiner legislativen Aktivitäten. Das wird auch bewirkt haben, dass solch eine „trockene“, rechtsdogmatische Reform nicht die Aufmerksamkeit potentieller Lobbyisten geweckt hat. Es fehlte somit eine Wechselwirkung zwischen Lobbyisten und Politikern, die der Reform den nötigen politischen Antrieb verliehen hätte. Dies wiederum führte dazu, dass die Politiker wenig Interesse an einer dogmatisch-akademischen Debatte fanden. Das Wahlkampfsjahr 2015, das durch andere politische Schwerpunkte geprägt war, entpuppte sich folglich als Todesstoß für eine Fortführung des Reformgedankens auf demselben Gesetzgebungspfad.

Die institutionelle Verlagerung der konzeptuellen Grundzüge der Reform in das Ministerium für Entwicklung scheint für das Zustandekommen der Rechtsformneuschöpfung von fundamentaler Bedeutung gewesen zu sein. Sowohl das Eckpunktepapier 2016 als auch die Entwurfsbegründung lassen keine Zweifel aufkommen, dass die Schöpfung der PSA durch die politischen Entscheidungsträger im Ministerium für Entwicklung als Instrument zur Verwirklichung wirtschaftspolitischer Ziele eingeordnet wurde. Man folgte dabei klar dem Verständnis des Gesellschaftsrechts als „Wirtschaftsermöglichung“ (*enabling function*).²⁴⁶ Das Narrativ der Entwurfsbegründung charakterisiert die PSA somit als Triebfeder für eine innovative, auf neue Technologien fokussierte polnische Wirtschaft. Die Schöpfung der PSA manifestierte sich daher als notwendiger Eingriff des Gesetzgebers, der die Entfaltung des innovativen Unternehmertums in Polen von den Zwängen der „alten“ Rechtsformen befreien sollte. Trotz einer weitgehenden konzeptuellen Übereinstimmung der Grundstruktur der PSA mit den Ideen des gescheiterten Reformversuches der sp. z o. o. zeichnet sich die zweite Etappe des PSA-Entstehungsprozesses somit durch eine völlig unterschiedlich begründende „Erzählung“ aus. Die hinter dieser narrativen Wende stehende politische Entschlossenheit kann einerseits sachlich-inhaltlich begründet werden. Innovationsförderung lässt sich mit Sicherheit als eine der Kernaufgaben des Ministeriums für Entwicklung identifizieren. Auch die Förderung des Wirtschaftswachstums als allgemeines wirtschaftspolitisches Ziel stand auf der politischen Agenda des Ministeriums für Entwicklung viel weiter oben, als das im Justizministerium der Fall war.

²⁴⁶ *Fleischer*, ZHR 168 (2004), 673, 707.

Anzumerken ist, dass die Konkurrenz der Rechtsformen als „klassisches“ wirtschaftspolitisches Argument für eine Rechtsformneuschöpfung ebenfalls durch das Ministerium aufgegriffen wurde.²⁴⁷ Zum einen wurden die europäischen Tendenzen im Bereich der Modernisierung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung als auch in Bezug auf Rechtsformneuschöpfungen als rechtsvergleichende Vorbilder und Inspirationen aufgeführt. Zum anderen erklärte man vor dem Hintergrund des *Polbud*-Urteils des EuGH²⁴⁸, dass es die Niederlassungsfreiheit im Binnenmarkt polnischen Unternehmern ermöglicht, von einer beliebigen Rechtsform eines anderen EU-Mitgliedstaates Gebrauch zu machen, um in Polen eine Geschäftstätigkeit zu verfolgen. Es wurde somit unterstrichen, dass auch ein Festhalten am Stammkapitalmodell den polnischen Geschäftsverkehr nicht vor der Präsenz fremder Gesellschaftstypen, deren Struktur solch ein Gläubigerschutzsystem nicht vorsieht, schützen würde.²⁴⁹ Da in Polen ein „exogener Schock“²⁵⁰ durch den Einmarsch ausländischer Gesellschaftsformen bislang ausgeblieben ist, wurde die PSA-Schöpfung als präventive Maßnahme identifiziert. Dabei wurde erläutert, es sei viel vorteilhafter, ein eigenes Modell einer modernen Gesellschaft mit flexibler Vermögensstruktur einzuführen, das den Besonderheiten der polnischen Rechtsvorschriften Rechnung trägt, als sich darauf zu verlassen, dass die Sprachbarriere und die Angst vor einem erhöhten Rechtsrisiko polnische Unternehmer davon abhalten werden, Gesellschaften ausländischen Rechts ohne Stammkapital zu gründen oder sich grenzüberschreitend in solche Gesellschaften umzuwandeln.²⁵¹

Entscheidend für das *revamping* der kurz zuvor fehlgeschlagenen Reformkonzepte zu einem aktiv politisch geförderten Start-up-Wundermittel waren wahrscheinlich nur teilweise die analysierten gemeinwohlorientierten Argumente. Politische Argumente im Sinne der *Public-Choice*-Theorie sollten hier ebenfalls herangezogen werden.²⁵² Entlang dieser theoretischen Perspektive muss davon ausgegangen werden, dass Politiker zunächst ihren individuellen Nutzen und erst danach das Gemeinwohl verfolgen. Eine Positionierung der zweiten Etappe der PSA-Neuschöpfung auf der Zeitleiste des politischen Zyklus erweist sich dabei als aufschlussreich: Der 2015 vollzogene Regierungswechsel schuf politischen Hunger auf schnellen, vorzeigbaren Erfolg. Nicht ohne Grund berichtet die erste Zeile der Entwurfsbegründung von der Zugehörigkeit des Entwurfes zu dem Reformpaket des Ministeriums für Entwicklung unter dem Titel: „100 Veränderungen für Unternehmen – ein Paket von Erleichterungen für Unternehmer“.²⁵³

²⁴⁷ Explizit wurde dieses Argument im Eckpunktepapier 2012 angesprochen.

²⁴⁸ Dazu *Mucha/Oplustil*, ECFR 2018, 270, 307.

²⁴⁹ Entwurfsbegründung (Fn. 5), S. 7.

²⁵⁰ Dieser Begriff zur Beschreibung des Zuwachses ausländischer Kapitalgesellschaften mit Verwaltungssitz im Inland wurde verwendet durch *Fleischer*, in: Engel/Schön, Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 65.

²⁵¹ Entwurfsbegründung (Fn. 5), S. 7.

²⁵² Zu dieser Theorie umfassend *Mueller*, Public Choice III, 2003.

²⁵³ Entwurfsbegründung (Fn. 5), S. 1.

Unter diesem Gesichtspunkt lässt sich die PSA-Neuschöpfung als politisches Flaggschiff für einen innovativen Regierungskurs identifizieren. Eine Rechtsformneuschöpfung birgt wenig Konfliktpotential, d. h. niedrige politische Kosten, da sie Interessen existierender Gesellschaften nicht direkt beeinträchtigen wird. Die Paarung des Innovationsgedankens mit der vergleichsweise „einfachen“ Maßnahme einer Rechtsformneuschöpfung barg somit als Vorzeigeprojekt leicht zugängliches politisches Erfolgspotential.

3. Die Rechtswissenschaftler

Rechtswissenschaftler spielten in der Entstehungsgeschichte der PSA eine zentrale Rolle. Ihr Einfluss auf das Gesetzgebungsverfahren erfolgte einerseits direkt durch die offizielle Expertenrolle bei der Erarbeitung des Gesetzesentwurfes. Andererseits waren auch Auswirkungen des parallelen rechtswissenschaftlichen Diskurses „außerhalb“ der designierten Expertengruppe von Bedeutung. Hierbei muss vor allem die scharfe Kritik an der letztendlich fehlgeschlagenen Modernisierung der sp. z o. o. hervorgehoben werden. Die Erkenntnis über den Einfluss der Professoren auf die Entstehung der PSA steht im Einklang mit dem etablierten rechtswissenschaftlichen Diskurs über das „Professorenrecht“²⁵⁴ und liefert ein frisches empirisches Beispiel für die wissenschaftliche Erkundung der Professoren als „Gesellschaftsrechts-Honoratioren“. Diesbezüglich gab *Fleischer* 2018 in begrifflicher Anlehnung an den Terminus der „Rechtshonoratioren“²⁵⁵ den Anstoß zu einem wissenschaftlichen Diskurs über gesellschaftsrechtliche Schlüsselfiguren.²⁵⁶ Die Würdigung der Rolle der Professoren für die Neuschöpfung der PSA darf dabei nicht aus einem breiteren historischen Kontext des Einflusses der polnischen Professoren auf das Gesellschaftsrecht ausgeklammert werden. Relevant ist dabei besonders die Entstehungsgeschichte des KSH. Die Neukodifikation des Gesellschaftsrechts im KSH stellte einen politischen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Meilenstein für den polnischen Transformationsprozess dar. Die Erarbeitung dieses bedeutsamen gesellschaftsrechtlichen Gerüsts für die neue polnische Marktwirtschaft wurde Anfang 1997 einer Expertengruppe anvertraut, die sich ausschließlich aus Professoren zusammensetzte.²⁵⁷

²⁵⁴ *Van Caenegem*, Judges, Legislators and Professors – Chapters in European Legal History, 1992, S. 67 ff.; dies aufgreifend *Basedow/Fleischer/Zimmermann*, Legislators, Judges, and Professors, 2016.

²⁵⁵ Verwendet durch *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Aufl. 1972 (Studienausgabe), S. 456 ff. und 504 f. und *Rheinstein*, *RabelsZ* 34 (1970), 1 unter der Überschrift „Die Rechtshonoratioren und ihr Einfluss auf Charakter und Funktion der Rechtsordnungen“.

²⁵⁶ Für einen ersten Diskussionsimpuls *Fleischer*, *NZG* 2018, 241, 247 f., gefolgt von *Fleischer* *NZG* 2019, 921. Der Betrachtungswinkel wurde zum Thema des Zehnten deutsch-österreichisch-schweizerischen Symposiums und des zugehörigen Tagungsbandes *Vogt/Fleischer/Kalss*, Protagonisten im Gesellschaftsrecht, 2020.

²⁵⁷ Die Expertengruppe funktionierte innerhalb der Kodifikationskommission für das Zivilrecht und setzte sich aus Professor *Stanislaw Soltysiński*, Professor *Andrzej Szajkowski* und Professor *Janusz Szwaja* (später ersetzt durch Professor Andrzej Szumański) zusammen.

Der resultierende Entwurf wurde unmittelbar als Regierungsentwurf dem Parlament vorgestellt und verabschiedet. Die fehlende Einbeziehung der Rechtspraktiker (Anwälte, Notare, Richter) lässt sich dadurch erklären, dass die kurze Post-Transformationsgeschichte Polens noch kein *law merchant*²⁵⁸ ausgebildet hatte und somit das Vertrauen in die Professoren als Wissensquelle für das Gesellschaftsrecht gerechtfertigt war.

Die aus der Kreationsgeschichte des KSH entspringende Wahrnehmung der Professoren als Gesellschaftsrechtsschöpfer wurde durch den Modernisierungsversuch der sp. z o. o. bestätigt. Auch hier wurde eine Professorengruppe der Kodifikationskommission für das Zivilrecht mit der Ausarbeitung eines Gesetzesentwurfes beauftragt. Nach dem Scheitern dieses Reformversuches und trotz der Auflösung der Kodifikationskommission im Jahr 2015 wurde auch die Anfertigung eines Gesetzesentwurfes zur Schöpfung einer neuen Rechtsform einem Professorenremium anvertraut. Die erste, fundamentale Einflussebene der Rechtswissenschaftler auf die Entstehung der PSA offenbart sich somit direkt in der Regelsetzung selbst, d. h. dem kreativen Schöpfungsprozess des neuen Gesetzestextes.

Die Tatsache, dass das KSH als „Professorenprodukt“ gilt, wird dazu beigetragen haben, dass das rechtswissenschaftliche Umfeld sich im gesamten Prozess, der letztendlich zur Schöpfung der PSA führte, als besonders verantwortlich für die Integrität, aber auch die Aktualität der Kodifizierung verstand. Die Auffassung erklärt das oftmals leidenschaftliche Engagement, sowohl auf der Seite der Befürworter als auch seitens der Gegner der PSA. Dies resultierte in Ausstrahlungswirkungen der regen wissenschaftlichen Debatte auf den breiteren öffentlich-politischen Diskurs. Die zweite Einflussebene der Rechtswissenschaftler auf die Entstehung der PSA erschließt sich demzufolge aus der treibenden (Befürworter) bzw. hemmenden (Gegner) Wirkung der geäußerten Meinungen. Zu beachten ist selbstverständlich die Wechselwirkung mit den anderen bereits besprochenen Einflussdynamiken, die den Politikern und den Lobbyisten zuzuordnen sind. Für Modernisierungsbestrebungen hinsichtlich der sp. z o. o. (als konzeptueller Vorläufer der PSA) scheint die harsche Professorenkritik einen signifikanten Bremsblock dargestellt zu haben.²⁵⁹ Das endgültige Scheitern der Reform wird dem Zusammenspiel dieser Kritik mit parallelen Hindernissen in Form von fehlenden wirtschaftlich motivierten Lobbyisten (siehe Pkt. V.1.) sowie der geringen politischen Priorität (siehe Pkt. V.2.) zuzusprechen sein. Für die zweite Entstehungsetappe der PSA, die eine vergleichbare Kritikintensität der Professoren hervorrief, gestalteten sich die Erfolgskomponenten Politik und Lobby wiederum vorteilhaft. Dies wird dazu geführt haben, dass die PSA-Neuschöpfung letztendlich durchgesetzt werden konnte.

Die beiden Einflussebenen der Professoren auf den Entstehungsprozess der PSA verdeutlichen das reale Ausmaß der Wechselwirkung zwischen Rechtsset-

²⁵⁸ Hierzu *Fleischer/Cools*, ZGR 2019, 463, 481.

²⁵⁹ So auch *Dybiński* (Fn. 24), S. 792.

zung und Wissenschaft – man könnte pointieren: *professors matter*. Dies scheint kompatibel mit der Entwicklungstendenz der Forschungsstile im Gesellschaftsrecht von der Rechtsanwendungs- zur Rechtssetzungswissenschaft.²⁶⁰ Umso wichtiger scheint die Ausbuchstabierung eines Neutralitätspostulates im Hinblick auf aktiv an der Gesetzgebung teilnehmende Professoren. In den Rechtswissenschaften wird das Thema der ethisch-beruflichen Verantwortung von Akademikern vorrangig im Zusammenhang mit der Urheberschaft wissenschaftlicher Leistungen, den geltenden Regeln für die Nutzung der Arbeit anderer Wissenschaftler oder Fragen der korrekten Literaturhinweise behandelt. Einem Verständnis der ethischen Verantwortung von Rechtswissenschaftlern wird vergleichsweise weniger Aufmerksamkeit geschenkt.²⁶¹ Vor dem Hintergrund des am Beispiel der PSA-Neuschöpfung identifizierten Einflusses der Professoren auf das Gesetzgebungsverfahren muss die Erheblichkeit einer gewissenhaften und von jeglichen Interessenkonflikten befreiten Aufgabenausführung betont werden. Die Professoren sollten somit durch ihr Handeln die „ideellen“ Zwecke des Gesetzgebungsprozesses personifizieren. Diese Anforderung ist besonders in jenen Rechtsordnungen schwer zu verwirklichen, in denen die rechtswissenschaftliche Arbeit mit einem Engagement in der Praxis einhergeht (z. B. in Polen). Wenn demnach Professoren gleichzeitig auch als Anwälte oder Unternehmer tätig sind, ist Vorsicht in Bezug auf Interessenkonflikte geboten.

²⁶⁰ *Fleischer*, ZGR 2007, 500–510.

²⁶¹ Hierzu *Weber*, in: Melon, Sustainability in Public Procurement, Corporate Law and Higher Education, 2023, S. 235.

§ 20 Frankreich: Société à mission, 2019

Holger Fleischer/Yannick Chatard

I. Einführung	663
II. Platz im französischen Unternehmensrecht	664
III. Entstehungsprozess und Entwicklungslinien	666
1. Vorarbeiten in der Wissenschaft: Die <i>Société à objet social étendu</i>	666
2. Aufstieg der <i>Entreprise à mission</i> im Vorfeld der Loi PACTE	667
3. ... und ihr Fall	669
4. Rückkehr als <i>Société à mission</i> in der Nationalversammlung	669
IV. Grundstruktur der <i>Société à mission</i>	670
1. Zwingender Satzungsinhalt	671
a) <i>Raison d'être</i>	671
b) Soziale oder umweltbezogene Zielsetzung	672
c) Interner Kontrollmechanismus	673
2. Kontrolle durch einen unabhängigen Dritten	674
3. Eingangskontrolle und Publizität	675
4. (Rechts-)Folgen einer <i>Société à mission</i>	675
V. Rechtspolitische Würdigung	676

I. Einführung

Über 99 Prozent – so viele der anwesenden Aktionäre stimmten in der Generalversammlung vom 26. Juni 2020 dafür, dass Danone zur *société à mission* wird.¹ Damit nutzte der Lebensmittelriese als erstes Unternehmen des bedeutendsten französischen Aktienindex (CAC 40) dieses durch die sog. Loi PACTE vom 22. Mai 2019² neugeschaffene Zertifikat für nachhaltige Unternehmen. Der damalige CEO von Danone, *Emmanuel Faber*, sparte im Vorfeld nicht mit pathetischen Worten:

„We are on the threshold of a time when what we mean by ‘in the ordinary course of business’ will change forever. This is an extraordinary moment. Putting the DNA of Danone at the heart of our articles of association by becoming an *Entreprise à Mission* may be a natural step for

¹ *Danone*, Rapport du Comité de Mission, April 2021, S. 4. Der Beitrag befindet sich auf dem Stand von September 2021.

² Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, JO n° 0119 du 23 mai 2019 (im Weiteren: „Loi PACTE“).

us. But it could not be timelier and more meaningful, as employees, consumers, customers, partners, governments and shareholders now see the critical importance of a balanced multi-stakeholder approach to value creation and sharing.“³

Acht Monate später musste *Emmanuel Faber* gehen, nicht zuletzt, so liest man, wegen der schwächeren Aktienkursentwicklung gegenüber den Konkurrenten Unilever und Nestlé.⁴ Geblieben ist die *société à mission*: Auch heute noch bildet Danone das Flaggschiff der insgesamt 628 Gesellschaften, die sich für diesen gesetzlichen Status entschieden haben.⁵

Der vorliegende Beitrag beleuchtet, was es mit der *société à mission* auf sich hat. Dazu gibt er zunächst einen orientierenden Überblick über deren Platz in der französischen Unternehmensrechtslandschaft (II.), bevor er sich der Entstehungsgeschichte (III.) und den wesentlichen Regelungselementen der *société à mission* (IV.) zuwendet und sie unter verschiedenen Gesichtspunkten rechtspolitisch würdigt (V.).

II. Platz im französischen Unternehmensrecht

Das französische Unternehmensrecht unterscheidet zwischen Gesellschaften (*sociétés*) auf der einen und Vereinen (*associations*) auf der anderen Seite. Während Gesellschaften gemäß Art. 1832 Code civil stets auf die Erzielung von Gewinnen oder die Teilhabe an Ersparnissen gerichtet sein müssen, definiert der Gesetzgeber Vereine als Vereinbarung, durch die sich mindestens zwei Personen zu einem anderen Zweck als der Gewinnerzielung zusammenschließen.⁶ Für Handelsgesellschaften, welche über die Gewinnerzielung hinaus einen sozialen Nutzen (*utilité sociale*) stiften wollen, hat der französische Gesetzgeber im Jahr 2014 die sog. *économie sociale et solidaire* (ESS) verrechtlicht.⁷ Mit diesem Status

³ *Danone*, Update on 2020 Annual General Meeting: Danone to pioneer French „Entreprise à Mission“ model to progress stakeholder value creation, Pressemitteilung vom 20. Mai 2020. Zu einer Binnensicht auch *Emmanuelle Bely*, in: Castelnau/Abadie/Bely, *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2022, n° 3, 8.

⁴ Vgl. etwa <<https://www.forbes.com/sites/frankvangansbeke/2021/03/20/sustainability-and-the-downfall-of-danone-ceo-faber-12/?sh=5589603c5b16>> (4.9.2021). Eingehender *Serafeim*, *Purpose + Profit*, 2022, S. 160 f., der es auch für möglich erachtet, dass die Abberufung von *Faber* richtig gewesen sei, weil er zwar nach außen eine tugendhafte Mission beschworen, diese aber nicht hartnäckig genug verfolgt habe: „Maybe the purposes Danone was driving toward were absolutely the right ones, but the execution was subpar, and so replacing Faber was right – not because of his goals, but because he wasn’t doing the right things to achieve them.“

⁵ Zum Zahlenmaterial unten V.

⁶ Art.1 Satz 1 der Loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d’association lautet im Original: „L’association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d’une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices.“ Eingehender zur Unterscheidung *Germain/Magnier*, *Les sociétés commerciales*, 23. Aufl. 2022, Rn. 27.

⁷ Zu den Voraussetzungen Art. 1 Abs. 2, 2° der Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l’économie sociale et solidaire, JO n° 0176 du 1 août 2014; näher zur ESS *Cozian/Viandier/*

sind mehrere (finanzielle) Vorteile verbunden, etwa bei öffentlichen Vergabeverfahren und der Finanzierung durch die *Banque publique d'investissement*.⁸ Daran hat der Gesetzgeber allerdings auch strenge Voraussetzungen geknüpft, welche der ESS einen ausgreifenden Erfolg verwehrt haben.⁹ Insbesondere macht er detaillierte Vorgaben zur Gewinnverwendung, die eine Ausschüttung der Gewinne empfindlich einschränken.¹⁰

Mit der *société à mission* hat der französische Gesetzgeber keine weitere Rechtsform aus der Taufe gehoben. Stattdessen hat er einen zusätzlichen rechtsformübergreifenden Status geschaffen, der jeder Handelsgesellschaft offensteht.¹¹ Ein Rechtsformwechsel ist grundsätzlich ebenso wenig notwendig, um *société à mission* zu werden, wie eine Umwandlung, sollten deren Voraussetzungen später wieder entfallen.¹²

„[Ce] statut se cumulera avec les statuts existants: société anonyme à mission; société par actions simplifiée (SAS) à mission; société à responsabilité limitée (SARL) à mission; entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (URL) à mission. Il ne s'agit pas de créer un statut d'entreprise supplémentaire.“¹³

Deboissy, Droit des sociétés, 35. Aufl. 2022, Rn. 51–53; *Grandvullemin*, JCP E 2015, 1542; *Hiez*, Rev. soc. 2015, 147; knapper rechtsvergleichender Abriss bei *Weitemeyer*, ZGR 2022, 627, 632.

⁸ Darüber hinaus eröffnet das Label „ESS“ die Möglichkeit, ein weitreichenderes Zertifikat zu erwerben, das zusätzlichen Anforderungen unterliegt, das *agrément entreprise solidaire d'utilité sociale*.

⁹ *Germain/Magnier* (Fn. 6), Rn. 1522; skeptisch auch schon *Hiez*, Rev. soc. 2015, 147 Rn. 17: „La question est de savoir si l'ouverture faite aux sociétés commerciales suscitera un grand intérêt. [...] il est permis d'en douter. Les conditions exigées pour la qualification d'entreprise de l'ESS sont en effet très lourdes [...] et les avantages retirés malheureusement à la hauteur (réduite) de l'investissement public en faveur de l'ESS.“

¹⁰ Art. 1 Abs. 2, 2° lit. a) und c) der Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, JO n° 0176 du 1 août 2014; *Couret*, BJS fév. 2020, 6, 7: „statut [...] très contraignant, défavorable à l'appropriation individuelle des excédents financiers.“; *Germain/Magnier* (Fn. 6), Rn. 1522; rechtsvergleichend jüngst *Weitemeyer*, ZGR 2022, 627, 632.

¹¹ Prägnant *Cozian/Viandier/Deboissy* (Fn. 7), Rn. 89: „Au final, il ne s'agit pas d'une nouvelle forme sociale, mais d'un simple label.“; ferner *Castelnau*, in: *Castelnau/Abadie/Bely*, Cahiers de droit de l'entreprise, 2022, n° 3, 8, 9; *Couret*, BJS fév. 2020, 6, 6; *Lopez*, RLDA avr. 2020, 37, 37; *Masset*, Rev. soc. 2019, 581, 584; rechtsvergleichend *Bochmann/Leclerc*, GmbHR 2021, 1141, 1143 Rn. 9; *Fleischer*, ZIP 2022, 345, 352; *Fleischer/Chatard*, NZG 2021, 1525, 1527. Aus dem Gesetzgebungsverfahren etwa Amendement n° 1675 v. 3 sept. 2018, S. 2; *Guerini*, in: Rapport Lescure et al., N° 1237, Assemblée Nationale, Enregistré à la Présidence de l'assemblée nationale le 15 septembre 2018, Tome II, S. 127. Für eine Ausweitung auf die *société civile* und das *groupement d'intérêt économique* jüngst *Rapport Rocher*, Repenser la place des entreprises dans la société, vom 19.10.2021, S. 32 f.; zur Abgrenzung von gänzlich neuer Rechtsform, Rechtsformvariante, gesetzlichem Status und privater Zertifizierung *Fleischer*, ZIP 2023, 1505, 1510 ff.

¹² Zu den Vor- und Nachteilen einer solchen Zertifikatslösung gegenüber einer selbstständigen Rechtsform *Fleischer/Chatard*, NZG 2021, 1525, 1531.

¹³ *Guerini* (Fn. 11), S. 127.

III. Entstehungsprozess und Entwicklungslinien

1. Vorarbeiten in der Wissenschaft: Die *Société à Objet Social Étendu*

Die Spuren der *société à mission* reichen zurück in die Hallen der *grande école* Mines ParisTech, einer Pariser Kaderschmiede insbesondere für Ingenieure.¹⁴ Dort erarbeitete eine vom Collège des Bernardins unterstützte Forschungsgruppe einen neuen Status für gemeinwohlorientierte Gesellschaften: die *société à objet social étendu*. Ihre Erkenntnisse stellte die Forschungsgruppe in einem von *Blanche Segrestin, Kevin Levillain, Stéphane Vernac* und *Armand Hatchuel* im Jahr 2015 herausgegebenen Tagungsband der breiten Öffentlichkeit vor.¹⁵

Der Vorschlag einer „Gesellschaft mit erweitertem Unternehmensgegenstand“ zielte im Wesentlichen darauf ab, die Mission des Unternehmens statutarisch zu verankern. Dazu wollte die Forschungsgruppe den Unternehmensgegenstand in Dienst nehmen: Der neue Status sollte nur Gesellschaften offenstehen, deren Unternehmensgegenstand auch Gemeinwohlziele umfasst. Damit verbunden war die Erwartung, dass Gesellschaften dann auch andere Ziele als die bloße Gewinnerzielung verfolgen könnten.¹⁶ Um die Einhaltung der so formulierten Mission zu

¹⁴ So etwa die Selbstzuschreibung von *Levillain/Segrestin*, 6:1 *Valuation Studies* 87, 88 (2019): „Our research has attempted to contribute to that discussion. The development of a model for a ‘purpose-driven enterprise’ – ‘entreprise à mission’ – constitutes the prime outcome of this research program.“ Vgl. ferner *Cohen*, *La société à mission*, 2019, S. 61: „En créant la société à mission, la loi PACTE reprend [...] les propositions des chercheurs de Mines ParisTech et des Bernardins.“

¹⁵ *Segrestin/Levillain/Vernac/Hatchuel*, *La Société à Objet Social Étendu*, 2015; zuvor schon *Segrestin/Levillain/Hatchuel/Vernac*, 17:3 *Finance Contrôle Stratégie* 30 (2014). Darüber hinaus haben Mitglieder dieser Forschungsgruppe mehrere weitere Arbeiten in diesem Dunstkreis veröffentlicht, etwa *Segrestin/Hatchuel*, *Refonder l’entreprise*, 2012.

¹⁶ Im Einzelnen finden sich in dem Sammelband an mehreren Stellen unterschiedliche Verständnisse des *objet social étendu*, die zwar in ihrer grundsätzlichen Stoßrichtung übereinstimmen, sich aber nicht decken, vgl. *Segrestin*, in: *Segrestin/Levillain/Vernac/Hatchuel* (Fn. 15), S. 27 („Par objet social étendu, nous entendons la recherche d’un impact positif de l’activité de l’entreprise sur les salariés, les fournisseurs, les clients ou une communauté, voire sur l’environnement. Les associés [...] pourraient ainsi engager une activité «en vue de partager les bénéfices ou les pertes qui pourraient en résulter», comme le prévoit l’article 1832 du code civil, mais aussi en vue d’atteindre un objectif social ou environnemental particulier.“); etwas anders aber *Segrestin*, ebenda, S. 42 („une Société devient une SOSE si elle stipule dans ses statuts un ou des objectifs d’ordre humain, social ou environnementaux.“); *Segrestin/Hatchuel*, in: *Segrestin/Levillain/Vernac/Hatchuel* (Fn. 15), S. 15, 18 („[...] permettrait aux associés d’inscrire dans les statuts des objectifs non limités au profit, tels que l’engagement dans la recherche scientifique, la revitalisation d’une région, le renoncement à des techniques polluantes, etc.“); *Vernac*, in: *Segrestin/Levillain/Vernac/Hatchuel* (Fn. 15), S. 61, 68 f. („Un objet social étendu désigne soit une activité spécifique – un objet caritatif ou d’intérêt général, un métier, la délimitation d’un champ d’intervention – et/ou une finalité autre que la recherche d’un bénéfice, telle que une innovation spécifique, la poursuite d’un objectif social, environnemental, et plus largement la recherche d’un impact positif au-delà des seuls associés.“).

gewährleisten, sah der Vorschlag außerdem vor, dass die Gesellschaften einen besonderen Bericht erstellen und einen eigenen Ausschuss bilden, den *conseil de l'objet social étendu*.¹⁷

Mit der *société à objet social étendu* hoffte die Forschungsgruppe die Kluft zwischen Unternehmen und Gesellschaft zu verkleinern, die sich ihrer Ansicht nach infolge des Shareholder-Value-Denkens aufgetan hat.¹⁸ Der Fokus auf die Aktionärsinteressen habe nämlich oftmals zu übermäßig kurzfristigen Unternehmensstrategien geführt und die Innovationskraft von Unternehmen geschwächt.¹⁹

2. Aufstieg der *Entreprise à mission* im Vorfeld der Loi PACTE ...

Die in mehreren Veröffentlichungen und auf verschiedenen Tagungen vorgestellte Idee einer „Gesellschaft mit erweitertem Unternehmensgegenstand“ stieß rasch auf beträchtliches Interesse, auch in der Unternehmenswelt.²⁰ Schon im Jahr 2015 erwarb mit Nutriset, einem französischen Hersteller von Lebensmitteln zur Linderung von Hungersnöten, ein erstes Unternehmen öffentlichkeitswirksam den Status als *société à objet social étendu*.²¹

In der dadurch weiter befeuerten Debatte fand vor allem der Begriff der „Mission“ Anklang. Ihn griffen zahlreiche Zeitungsartikel auf; in den sozialen Netzwerken verbreitete sich der #entrepriseAmision.²² Aus der *société à objet social étendu* wurde die *entreprise à mission*. Nicht nur entsprach der Begriff der Mission stärker dem englischen Purpose-Begriff²³, er war auch griffiger und einprägsamer als der technisch daherkommende „erweiterte Unternehmensgegenstand“. Ihren Ritterschlag erhielt die *entreprise à mission* schließlich durch die 2017 erschienene und seitdem mehrfach preisgekrönte wirtschaftswissenschaftliche Promotion von Kevin Levillain. Seine Arbeit mit dem Titel „Les entreprises à mission. Un modèle de gouvernance pour l'innovation“ verankerte den neuen Begriff endgültig im öffentlichen Diskurs.²⁴

¹⁷ Segrestin (Fn. 16), S. 27, 43.

¹⁸ Segrestin/Hatchuel (Fn. 16), S. 15–17; Segrestin (Fn. 16), S. 27, 31 ff.

¹⁹ Umfassend zum Kurzfristdenken *Bueren*, Short-termism im Aktien- und Kapitalmarktrecht, 2022.

²⁰ Vgl. Segrestin/Hatchuel (Fn. 16), S. 19.

²¹ Dazu die Pressemitteilung von Nutriset, Pourquoi Nutriset est devenue la première entreprise à Objet social étendu vom 25. April 2018, abrufbar unter <<https://www.nutriset.fr/articles/fr/pourquoi-nutriset-est-devenue-la-premiere-entreprise-a-objet-social-etendu>> (4.9.2021). Zu den Beweggründen *Lescanne*, in: Segrestin/Levillain/Vernac/Hatchuel (Fn. 15), S. 97; ferner *Levillain*, Les entreprises à mission, 2017, S. 121 ff.

²² *Cohen* (Fn. 14), S. 39 f.

²³ Zum Purpose-Begriff eingehend aus dem deutschen Schrifttum *Fleischer*, ZIP 2021, 5; *Habersack*, in: FS Windbichler, 2020, S. 707; *Kuntz*, ZHR 186 (2022), 652; *Paefgen*, DZWIR 2022, 555.

²⁴ *Cohen* (Fn. 14), S. 40: „Un travail de thèse rapidement publié [...] va venir stabiliser le mot et consolider l'ensemble des connaissances disponibles à sa parution, celui de Kevin

Vorgedacht von (Wirtschafts-)Wissenschaftlern und Unternehmenspionieren, stieß die *entreprise à mission* alsbald auch auf einen zunehmenden politischen Reformwillen.²⁵ Im Oktober 2017 kündigte der frisch gewählte Staatspräsident *Emmanuel Macron* in einer Fernsehansprache einen Paradigmenwechsel im Gesellschaftsrecht an:

„L’entreprise, ça ne peut pas être simplement le rassemblement des actionnaires; notre Code civil la définit comme ça. L’entreprise est un lieu où des femmes et des hommes sont engagés. Certains apportent du capital, d’autres du travail. Je veux qu’on réforme la philosophie qui est la nôtre de ce qu’est l’entreprise.“²⁶

Und der damalige Minister für den ökologischen Wandel, *Nicolas Hulot*, ließ kurz darauf verlautbaren, er wolle den Unternehmensgegenstand fortentwickeln. Dieser könne sich nicht mehr auf den bloßen Gewinn beschränken, ohne Rücksicht auf die Frauen und Männer, die in den Unternehmen arbeiten, und ohne Rücksicht auf Umweltschäden.²⁷

Getragen von diesem politischen Rückenwind fand die *entreprise à mission* Eingang in die gesetzgeberischen Vorarbeiten zur späteren Loi PACTE. Insbesondere schlugen zwei von der Regierung in Auftrag gegebene Berichte ihre Einführung vor, namentlich der aufmerksamkeiterregende Rapport Notat/Senard und der weniger bekannte Bericht von *Stanislas Guérini* und *Agnès Touraine*.²⁸ In der Unternehmenspraxis stieß die *entreprise à mission* ebenfalls auf Zustimmung. Nach einer damaligen Umfrage befürworteten 68 Prozent der 623 befragten französischen Unternehmensleiter die Schaffung einer neuen Organisationsform, die Gewinn- und Gemeinwohlorientierung miteinander verbindet.²⁹ Kurz gesagt: Die *entreprise à mission* „a connu un réel succès“.³⁰

Levillain, chercheur à Mines ParisTech: *Les entreprises à mission. Un modèle de gouvernance pour l’innovation* aux éditions Vuibert.“

²⁵ Vgl. dazu *Cohen* (Fn. 14), S. 40 ff.

²⁶ *Fleischer*, ZGR 2018, 703, 729 m.w.N.

²⁷ Zitiert nach *Cohen* (Fn. 14), S. 41, dort auch zu weiteren Stellungnahmen einflussreicher Politiker.

²⁸ *Guérini/Touraine*, in: Plan d’action pour la croissance et la transformation des entreprises – Restitution des travaux conduits par les parlementaires et les chefs d’entreprise, 2017, S. 9: „Proposition 1 – Créer des <entreprises à mission>, à objet social élargi.“; Rapport Notat/Senard, L’entreprise, objet d’intérêt collectif, 2018, S. 8: „Recommandation n° 12: reconnaître dans la loi l’entreprise à mission, accessible à toutes les formes juridique de société [...]“; *ferner Club des Juristes, Le rôle sociétal de l’entreprise*, 2018, S. 109 ff.

²⁹ *Prophil/HEC/Viavoice, Les entreprises à mission: les entreprises de demain?*, 2018, S. 13, abrufbar unter: <<https://www.slideshare.net/HECParis/les-entreprises-mission-les-entreprises-de-demain-première-enquête-nationale-sur-les-entreprises-mission-françaises>> (4.9.2021). Insgesamt wurden 623 Unternehmensleiter befragt. Zur Studie *Gamberini, Entreprise à mission: sept dirigeants sur dix souhaitent la création d’un cadre juridique dédié*, La Tribune vom 16.2.2018.

³⁰ *Masset*, Rev. soc. 2019, 581, 582; rechtsvergleichend sprechen *Bochmann/Leclerc, GmbHHR* 2021, 1141, 1142 Rn. 5 von einer „Flut an Unterstützung“.

3. ... und ihr Fall

Vor allem der insgesamt wohlwollend aufgenommene Rapport Notat/Senard beeinflusste den Entwurf der Loi PACTE maßgeblich.³¹ Zahlreiche der dort unterbreiteten Vorschläge fanden Eingang in den Gesetzesentwurf³² – nicht jedoch die *entreprise à mission*. Der Gesetzgeber begründete seine ablehnende Haltung in nur neun Zeilen der insgesamt 722 Seiten langen Folgenabschätzung:³³ Erstens könnten Unternehmen schon nach geltendem Recht soziale oder umweltbezogene Ziele verfolgen; zweitens gebe es in Frankreich bereits zahlreiche Gesellschaftsformen; drittens bestehe angesichts der Konkurrenz mit dem ESS-Regelungsrahmen die Gefahr einer redundanten oder unübersichtlichen Rechtslandschaft; viertens sei es vorzuzugswürdig, nur den rechtlichen Rahmen dafür zu schaffen, dass sich Unternehmen der Sache selbst annehmen und eigene wirkungsvolle Regelungen oder Zertifikate entwickeln. Kundigen Beobachtern zufolge wurde die *entreprise à mission* damit zur „persona non grata“ des Gesetzesentwurfs.³⁴

4. Rückkehr als *Société à mission* in der Nationalversammlung

Letztlich fand die Idee eines eigenen Status für nachhaltige Unternehmen dennoch Eingang in die Loi PACTE, und zwar als „société à mission“. Sie wurde in der ersten Lesung der Nationalversammlung durch einen Änderungsantrag von *Adrien Taquet* und weiteren Mitgliedern der damaligen Regierungspartei La République en Marche (heute: Renaissance) in den Gesetzesentwurf eingeführt.³⁵ *Taquet* und seine Mitstreiter hatten das Amendement in enger Abstimmung mit

³¹ Avis du Conseil d'État sur un projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, Séance du jeudi 14 juin 2018, nos 394.599 et 395.021, S. 37 Rn. 94; *Gény-Stephan*, Séance du 5 oct. 2018 = JO AN du 6 oct. 2018, S. 9647; *Conac*, Rev. soc. 2018, 558, 562; *Daigre*, BJS 2018, 541; *Le Nabasque*, BJS 2019, 33, 39; ferner *Bochmann/Leclerc*, GmbHR 2021, 1141, 1142 Rn. 4.

³² Beispielhaft *Fleischer/Chatard*, in: FS Kronke, 2020, S. 1723, 1725 ff., 1731 f.

³³ Projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, AN n° 1088, Enregistré à la Présidence de l'assemblée nationale le 19 juin 2018, Étude d'impact, S. 543 f.; allgemein zur *entreprise à mission* noch S. 539 ff.; rechtsvergleichend dazu bereits *Fleischer*, in: FS Seibert, 2019, S. 219, 230 f.

³⁴ *Masset*, Rev. soc. 2019, 581; dies aufgreifend *Bochmann/Leclerc*, GmbHR 2021, 1141, 1142 Rn. 5.

³⁵ Amendement AN n° 1675 du 3 sept. 2018, das ergänzt wurde um mehrere ergänzende „Sous-Amendements“. Siehe auch *Cohen* (Fn. 14), S. 48 („L'histoire retiendra que c'est au travail de l'Assemblée nationale que l'on doit la création de la société à mission.“). Kritisch zur Einführung der *société à mission* durch einen bloßen Änderungsantrag *Fasquelle*, in Rapport Lescure et al., N° 1237, Assemblée Nationale, Enregistré à la Présidence de l'assemblée nationale le 15 septembre 2018, Tome II, S. 129: „D'emblée, je trouve étrange de procéder par amendement pour toucher à un sujet aussi important sur lequel vous êtes censés travailler depuis des mois.“

den Urhebern dieser Idee erarbeitet: „Nous avons rédigé les statuts de la société à mission quasiment avec les auteurs du concept en France [...]“.³⁶

Zur Begründung ihres Amendements stützten sie sich zum einen auf die bereits vorgestellte Umfrage, wonach 68 Prozent der Unternehmensführer sich für die Schaffung eines Rechtsrahmens ausgesprochen hatten, der es gewinnorientierten Gesellschaften ermöglicht, soziale und umweltbezogene Ziele zu verfolgen.³⁷ In der Unternehmenspraxis bestehe ein Bedürfnis nach einem Mittelweg zwischen ESS und dem „capitalism classique“. Außerdem sei die *société à mission* auch keine neue Gesellschaftsform, sondern bloß ein freiwilliger und leicht zugänglicher Status. Schließlich verschaffe die *société à mission* Unternehmensleitern einen größeren Handlungsspielraum gegenüber kurzfristig orientierten Gesellschaftern, indem sie vor wechselnden Mehrheiten schütze und gleichzeitig eine ausreichende Kontrolle des Geschäftsleiterhandelns gewährleiste.³⁸

Nachdem die Nationalversammlung diesem Änderungsantrag zugestimmt hatte, wurde die *société à mission* in der Folge nicht mehr ernsthaft in Frage gestellt.³⁹ Eine umfassende Debatte im weiteren Gesetzgebungsverfahren unterblieb ebenso wie eine eingehendere Begründung. Die in der Loi PACTE teils bewusst offengelassenen Regelungsfragen schloss der Gesetzgeber schließlich durch eine Ausführungsverordnung (*décret*) vom 2. Januar 2020⁴⁰ sowie eine Ministerialanordnung (*arrêté*) vom 27. Mai 2021⁴¹.

IV. Grundstruktur der Société à mission

Heute ist die *société à mission* in den Art. L. 210-10 bis Art. L. 210-12 C. com. geregelt. Ergänzt werden diese Vorschriften durch Art. R. 210-21 und 123-222, 1° lit. b) C. com. sowie Art. A. 210-1 f. C. com. Darüber hinaus existieren weitere Sonderregelungen, unter anderem für Versicherungen.⁴²

³⁶ Dubost, in: Rapport Lescure et al., N° 1237, Assemblée Nationale, Enregistré à la Présidence de l'assemblée nationale le 15 septembre 2018, Tome II, S. 130; ferner Potier, ebenda, S. 125.

³⁷ Zu damit in Bezug genommenen Studien siehe Fn. 29 und dazugehörigen Text.

³⁸ Zu allen vorgenannten Begründungen Amendement n° 1675 du 3 sept. 2018, S. 2.

³⁹ Zu vereinzelter Kritik Fn. 35; ferner Bochmann/Leclerc, GmbHR 2021, 1141, 1142 Rn. 6; Masset, Rev. soc. 2019, 581, 583; zur Haltung des Senats Cohen (Fn. 14), S. 65.

⁴⁰ Décret n° 2020-1 du 2 janvier 2020 relatif aux sociétés à mission, J. O. n° 0002 du 3 janv. 2020, Texte 19; dazu Couret, BJS fév. 2020, 6; Masset, Rev. soc. 2020, 207.

⁴¹ Arrêté du 27 mai 2021 relatif aux modalités selon lesquelles l'organisme tiers indépendant chargé vérifier l'exécution par les sociétés, mutuelles et unions à mission de leurs objectifs sociaux et environnementaux accomplit sa mission, J. O. n° 0123 du 29 mai 2021, Texte 7. In Bezug genommen durch Art. R. 210-21 Abs. 3 C. com. und Art. R. 950-1 C. com., eingeführt durch Décret n° 2021-669 du 27 mai 2021 portant diverses mesures relatives aux sociétés, mutuelles et unions à mission, aux institutions de prévoyance et aux fonds de pérennité, J. O. n° 0123 du 29 mai 2021, Texte 4.

⁴² Überdies existieren Sonderregelungen für *mutuelles à mission* und *unions à mission* in den Art. L. 110-1-1 bis L. 110-1-3 Code de la mutualité. Diese werden ergänzt und konkre-

1. Zwingender Satzungsinhalt

Für die Bezeichnung als *société à mission* müssen die Statuten einer Handelsgesellschaft drei Einzelpunkte vorsehen: eine Raison d'être, ein oder mehrere soziale oder umweltbezogene Ziele sowie einen internen Kontrollmechanismus in Gestalt eines besonderen Kontrollausschusses.⁴³ So sieht es Art. L. 210-10, 1° bis 3° C. com. vor.

a) *Raison d'être*

Die Raison d'être war dem französischen Gesellschaftsrecht bis zur Loi PACTE gänzlich unbekannt.⁴⁴ Nunmehr sieht Art. 1835 Satz 3 C. civ. ausdrücklich vor, dass die Statuten eine Raison d'être enthalten können. Was sich hinter diesem schillernden Begriff verbirgt, ist indes (noch?) ein „Mysterium“⁴⁵. Der Gesetzgeber hat sie lediglich grob umrissen als die „Prinzipien [...], die sich die Gesellschaft gibt und für deren Einhaltung sie bei der Ausübung ihrer Tätigkeit Mittel bereitzustellen beabsichtigt“⁴⁶. Auf eine weitergehende Definition hat er verzichtet. Bislang ist daher unklar geblieben, was die Raison d'être genau ausmacht. Kenner des französischen Gesellschaftsrechts beschreiben sie als „fundamental reason for being“⁴⁷ oder „general goal and the driver of the business, its animus. It is also comparable to a State Motto. The concept is also close to the German

siert durch Art. R. 110-1 und Art. A. 110-1 f. Code de la mutualité sowie Art. 5 Décret n° 2020-1 du 2 janvier 2020 relatif aux sociétés à mission, J. O. n° 0002 du 3 janv. 2020, Texte 19.

⁴³ Rechtsvergleichend dazu bereits *Fleischer/Chatard*, NZG 2021, 1525, 1527 ff.; ferner *Bochmann/Leclerc*, GmbHR 2021, 1141 Rn. 10 ff.

⁴⁴ *Projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises*, AN n° 1088, Enregistré à la Présidence de l'assemblée nationale le 19 juin 2018, Étude d'impact, S. 543; *Avis du Conseil d'État sur un projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises*, Séance du jeudi 14 juin 2018, n°s 394.599 et 395.021, S. 39 Rn. 106; *Rapport Lescure et al.*, N° 1237, Assemblée Nationale, Enregistré à la Présidence de l'assemblée nationale le 15 septembre 2018, Tome II, Tome II, S. 77; *Roussille*, Dr. soc. N° 8-9 2018, 8, 11. Rechtsvergleichend zur Raison d'être *Barsan/Hertslet*, IWRZ 2019, 256, 260 ff.; *Conac*, in: FS K. Schmidt, 2019, Bd. 1, S. 213, 217 f.; *Deckert*, in: FS Hopt, 2020, S. 151, 159 ff.; *Fleischer*, ECFR 2021, 161, 171 ff.; *Fleischer*, ZIP 2021, 5, 8 f.; *Fleischer/Chatard*, in: FS Kronke, 2020, S. 1723, 1731 f.; knapp auch *Fleischer*, Der Aufsichtsrat 2019, 137.

⁴⁵ *Heinich*, Rev. soc. 2018, 568, 571: „mystérieuse raison d'être“; ähnlich *Massart*, Gaz. Pal. 2018, 3070, 3073: „caractère sibyllin“; *Pietrancosta*, Codification in Company Law of General CSR Requirements, ECGI Law Working Paper N° 639/2022, April 2022, Rn. 53 („remains legally unclear“) und 54 („legal UFO“); *Tadros*, D. 2018, 1765, 1770; sehr deutlich auch *Fasquelle*, 3^e séance du 4 octobre 2018 = JO AN du 5. oct. 2018, S. 9636: „[...] un concept non pas juridique, mais managérial: très franchement, on ne sait absolument pas que cela veut dire.“; *ders.*, Séances du 5 octobre 2018 = JO AN du 6. oct. 2018, S. 9659: „notion [...] parfaitement inconnue des juristes“.

⁴⁶ Zur Übersetzung *Deckert* (Fn. 44), S. 151, 161.

⁴⁷ *Pietrancosta*, Codification in Company Law of General CSR Requirements, ECGI Law Working Paper N° 639/2022, April 2022, Rn. 52.

Dasein.⁴⁸ In einem vom Wirtschaftsminister in Auftrag gegebenen und kürzlich veröffentlichten Bericht wird die Raison d'être bezeichnet als „la réponse au <pourquoi> fondamental, le grand dessein, la motivation essentielle, l'essence de l'entreprise, son ADN.“⁴⁹

Ungeachtet der begrifflichen Unsicherheiten hat die Raison d'être in der französischen Unternehmenspraxis rasch Fuß gefasst.⁵⁰ Im März 2020 sahen die Gesellschaftsverträge von mehr als der Hälfte aller Gesellschaften des CAC 40 eine Raison d'être vor; zwei Jahre später sind es bereits 80 Prozent.⁵¹ Dabei sind bislang vor allem wohlklingende, aber vage Formulierungen verbreitet.⁵² So verfolgt der internationale Kosmetikkonzern Yves Rocher das Ziel, seine Gemeinschaften wieder mit der Natur zu verbinden: „reconnecter ses communautés à la nature“.⁵³ Danone beabsichtigt, zur Gesundheit möglichst vieler Menschen durch Ernährung beizutragen: „La raison d'être de la Société est d'apporter la santé par l'alimentation au plus grand nombre.“⁵⁴

b) Soziale oder umweltbezogene Zielsetzung

Über die Raison d'être hinaus ist die Gesellschaft verpflichtet, ein oder mehrere soziale und umweltbezogene Ziele zu verfolgen. Welche das sind, entscheiden die Gesellschafter. Nach einer Studie aus dem Jahr 2021 verfolgen dreiviertel der ersten 88 *sociétés à mission* sowohl soziale als auch umweltbezogene Ziele.⁵⁵ Danone will beispielsweise die Gesundheit verbessern, den Planeten schützen und seine Ressourcen erneuern, neue Zukunftsperspektiven schaffen sowie integratives Wachstum fördern.⁵⁶ Dazu beabsichtigt der Lebensmittelkonzern nicht zuletzt die regenerative Landwirtschaft zu unterstützen, den Wasserkreislauf zu schützen und die Kreislaufwirtschaft bei Verpackungen zu fördern.⁵⁷ Yves Rocher strebt unter anderem danach, die Verbindung zwischen seinen Gemeinschaften und der Natur zu stärken, die Biodiversität zu fördern, La Gacilly (die Heimat von Yves Rocher) zu einem Symbol eines nachhaltigen Ökosystems zu

⁴⁸ Conac (Fn. 44), S. 213, 217; zu weiteren Konkretisierungsansätzen *Fleischer/Chatard* (Fn. 44), S. 1723, 1731 f. m. w. N.

⁴⁹ *Rapport Rocher*, Repenser la place des entreprises dans la société, vom 19.10.2021, S. 36.

⁵⁰ *Pietrancosta* (Fn. 47), Rn. 54.

⁵¹ Vgl. zu den Studien *Pietrancosta* (Fn. 47), Rn. 54 m. w. N.

⁵² *Dalmau*, JCPÉ 2020, 1136 Rn. 7: „Les exemples actuels de ces raison d'être démontrent bien souvent qu'il s'agit d'objectifs flous et évanescents [...]“. Für einige Beispiele *Observatoire des Sociétés à Mission*, Premier portrait des sociétés à mission, 2021, S. 8; weitere Beispiele bei *Pietrancosta* (Fn. 47), Rn. 54.

⁵³ *Groupe Rocher*, Dossier de presse: Le Groupe Rocher devient le premier groupe international à adopter le statut d'entreprise à mission, 9.12.2019, S. 5.

⁵⁴ Art. 1 II Satz 1 des Gesellschaftsvertrags, Stand: 22. September 2022.

⁵⁵ *Observatoire des Sociétés à Mission*, Premier portrait des sociétés à mission, 2021, S. 9.

⁵⁶ Art. 1 III des Gesellschaftsvertrags, Stand: 22. September 2022.

⁵⁷ Art. 1 III des Gesellschaftsvertrags, Stand: 22. September 2022.

machen und Wohlfühlerlebnisse dank der wohltuenden Wirkung der Natur anbieten.⁵⁸

c) *Interner Kontrollmechanismus*

Als dritte Voraussetzung muss der Gesellschaftsvertrag schließlich festlegen, wie die Umsetzung der sozialen und umweltbezogenen Ziele überwacht wird. Die konkrete Ausgestaltung dieses internen Kontrollmechanismus liegt weitgehend in den Händen der jeweiligen Gesellschaft. Der Gesetzgeber bestimmt nur gewisse Mindestanforderungen: Nach Art. L. 210-10, 3° Satz 2 C. com. müssen Gesellschaften einen besonderen Kontrollausschuss einrichten, der erstens überwacht, ob die Gesellschaft ihre sozialen und umweltbezogenen Ziele einhält, und zweitens der Hauptversammlung darüber Bericht erstattet.⁵⁹ Mindestens eines der Ausschussmitglieder muss Arbeitnehmer sein. Allerdings kann in Gesellschaften mit weniger als 50 Arbeitnehmern ein einzelner Beauftragter, der *réfèrent de mission*, den Ausschuss ersetzen gemäß Art. L. 210-12 C. com.;⁶⁰ eine Möglichkeit, von der in der Praxis scheinbar kaum Gebrauch gemacht wird.⁶¹ Nähere Vorgaben zur Zusammensetzung des Ausschusses und zur Wahl seiner Mitglieder macht das Gesetz nicht. Um zu überprüfen, ob die Gesellschaft ihre Ziele einhält, darf das *comité de mission* im Übrigen jede Kontrolle durchführen, die es für sinnvoll erachtet, und sich alle notwendigen Dokumente vorlegen lassen.⁶²

Bei Danone gehören dem Kontrollausschuss zurzeit insgesamt neun Personen an: sechs Männer und drei Frauen.⁶³ Drei der Ausschussmitglieder stammen aus Frankreich, zwei aus dem Vereinigten Königreich, die übrigen aus Mexiko, Japan, den Vereinigten Staaten und Spanien. Zu ihnen zählen neben einer Arbeit-

⁵⁸ *Groupe Rocher*, Dossier de presse: Le Groupe Rocher devient le premier groupe international à adopter le statut d'entreprise à mission, 9.12.2019, S. 6: „À cet effet, dans le cadre de son activité, elle se donne pour mission de poursuivre les objectifs sociaux et environnementaux suivants: Promouvoir le lien entre ses communautés et la Nature. Agir en faveur de la biodiversité sur ses territoires. Développer l'innovation frugale et des actions de consommation responsable. Faire de La Gacilly l'emblème d'un écosystème vertueux. Offrir des expériences de bien-être grâce aux bienfaits de la Nature.“

⁵⁹ Der Bericht wird dem *rapport de gestion*, Art. L. 232-1 C. com., beigelegt, Art. L. 210-10, 3° Satz 2 C. com.

⁶⁰ Nach *Teyssié*, JCP G 2021, 828, 833 muss die Ersetzung des *comité de mission* in der Satzung vorgesehen sein. Zur rechtsvergleichenden Inspiration *Dubost*, in: *Rapport Lescure et al.*, N° 1237, Assemblée Nationale, Enregistré à la Présidence de l'assemblée nationale le 15 septembre 2018, Tome II, S. 132: „Un référent de mission, sur le modèle du responsable d'impact des *società benefit* italiennes, serait désigné par l'entreprise et aurait la charge de suivre l'exécution de la mission.“

⁶¹ So *Rapport Rocher*, *Repenser la place des entreprises dans la société*, vom 19.10.2021, S. 48.

⁶² Art. L. 210-10, 3° Satz 3 C. com.

⁶³ *Danone*, *Mission Committee Report*, 2021, S. 6. Nach Art. 22 Abs. 2 der Satzung von Danone besteht der Kontrollausschuss aus mindestens sechs und höchstens zwölf natürlichen oder juristischen Personen.

nehmerin (*Emna Lahmer*) und einem Mitglied des Verwaltungsrats von Danone (*Jean-Michel Severino*) unter anderem der ehemalige Generaldirektor der Welt handelsorganisation (*Pascal Lamy*), der Präsident der Rockefeller-Stiftung (*Rajiv Shah*), der ehemalige Generalsekretär der International Union of Food Workers (*Ron Oswald*), die stellvertretende Generaldirektorin für Sozial- und Humanwissenschaften der UNESCO (*Gabriela Ramos*) sowie die Dekanin der SciencePo PSIA (*Arancha González*).⁶⁴ Die Mitglieder des Kontrollausschusses werden nach Art. 22 Abs. 3 der Satzung von Danone für ein Jahr gewählt. Nach Ablauf ihres Mandats können sie wiedergewählt werden. Die nähere Ausschussorganisation richtet sich ausweislich Art. 22 Abs. 5 Satz 5 der Satzung nach einem internen Regelwerk.

2. Kontrolle durch einen unabhängigen Dritten

Zusätzlich zum internen Kontrollausschuss sieht Art. L. 210-10, 4° C. com. einen externen Kontrollmechanismus vor: Ein unabhängiger Dritter überwacht, ob die Gesellschaft ihre sozialen und umweltbezogenen Ziele einhält. Grundsätzlich wird dieser Dritte vom Verwaltungsorgan der jeweiligen Gesellschaft gewählt. Allerdings kann der Gesellschaftsvertrag gemäß Art. R. 210-21, II. Satz 1 C. com. davon abweichen. Als unabhängiger Dritter können nur bestimmte, akkreditierte Organisationen gewählt werden; die Inhabilitätsregeln für Rechnungsprüfer gelten dabei entsprechend.⁶⁵ Auch die Anzahl der Kontrollen durch denselben unabhängigen Dritten ist begrenzt.⁶⁶ Dadurch soll eine objektive Überwachung gewährleistet werden. Bei Danone ist der unabhängige Dritte beispielsweise PricewaterhouseCoopers (PwC), die bereits seit 1992 als Wirtschaftsprüfer für den französischen Nahrungsmittelkonzern tätig sind.⁶⁷

Nach Art. L. 210-10, 4° C. com. hat der unabhängige Dritte einen Kontrollbericht zu erstellen. Zu diesem Zweck kann er alle Schritte unternehmen, die ihm für die Erfüllung seines Auftrags sinnvoll erscheinen. Insbesondere darf er sämtliche Dokumente einsehen und alle ihm nützlich erscheinenden Untersuchungen innerhalb der Gesellschaft durchführen.⁶⁸ Außerdem befragt er gemäß Art. A. 210-1 C. com. den *comité de mission*, das Verwaltungsorgan der Gesellschaft und die Stakeholder, sofern die gesetzten Ziele diese betreffen. In seinem Bericht stellt der unabhängige Dritte fest, ob die Gesellschaft ihre Ziele einhält oder nicht.⁶⁹ Der fertige Kontrollbericht wird dem Bericht des *comité de mission* beigelegt

⁶⁴ Alle Ausschussmitglieder werden aufgezählt unter <<https://www.danone.de/danone-weltweit/nachhaltige-wertschoepfung/entreprise-a-mission.html>> (4.9.2021).

⁶⁵ Art. R. 210-21, I. C. com.

⁶⁶ Art. R. 210-21, II.

⁶⁷ *Danone*, Rapport du Comité de Mission, 2021, S. 8.

⁶⁸ Art. R. 210-21, III. Satz 1 und 2 C. com.

⁶⁹ Art. R. 210-21, III. Satz 3 C. com. Zum genauen Inhalt des Berichts Art. A. 210-2 C. com.

und auf der Internetseite der Gesellschaft veröffentlicht. Dort muss er mindestens fünf Jahre einsehbar sein.⁷⁰

3. Eingangskontrolle und Publizität

Nach Art. L. 210-10, 5° C. com. teilt die Gesellschaft ihren Status als *société à mission* dem greffier des Handelsgerichts mit. Dieser prüft sodann, ob der Gesellschaftsvertrag eine Raison d'être, soziale und umweltbezogene Ziele sowie ein comité de mission enthält und diese den gesetzlichen Anforderungen genügen, bevor er den neuen Status in das Handels- und Gesellschaftsregister einträgt.⁷¹ Erst danach darf die Gesellschaft öffentlich als *société à mission* auftreten.⁷²

4. (Rechts-)Folgen einer Société à mission

Der Gesetzgeber hat keine rechtlichen Vorteile mit der Eigenschaft als *société à mission* verbunden.⁷³ Insbesondere verschafft sie Gesellschaften keine Steuerbegünstigungen.⁷⁴ Stattdessen beschränken sich ihre Vorzüge in erster Linie auf Reputationsvorteile, etwa bei nachhaltig investierenden Anlegern, Verbrauchern und (potenziellen) Arbeitnehmern.⁷⁵ So gingen in einer aus dem Jahr 2018 stammenden Umfrage 73 Prozent der Unternehmensleiter davon aus, dass eine „société à mission“ die Reputation des Unternehmens als Arbeitgeber verbessere; 83 Prozent nahmen an, dass sich Reputationsvorteile gegenüber Kunden ergäben.⁷⁶

Für Gesellschaften, welche die Voraussetzungen des Art. L. 210-10 C. com. nicht (mehr) einhalten oder ihre sozialen und umweltbezogenen Ziele nicht umsetzen, sieht Art. L. 210-11 C. com. vor, dass die Gesellschaft auf Antrag die Bezeichnung als „société à mission“ von allen Dokumenten und elektronischen Medien löschen muss. Antragsberechtigt ist neben dem *ministère publique* jeder

⁷⁰ Art. R. 210-21, IV. C. com.

⁷¹ *Teyssié*, JCP G 2021, 828, 831: „Cette publication n'a pas de caractère automatique. Le greffier du tribunal de commerce doit, au préalable, vérifier la conformité des statuts aux dispositions de l'article L. 210-10 [C. com.]“.

⁷² Ausdrücklich *Teyssié*, JCP G 2021, 828, 831.

⁷³ Statt aller *Cozian/Viandier/Deboissy* (Fn. 7), Rn. 66.

⁷⁴ *Guerini* (Fn. 11), S. 126: „Au fond, nous avons les mêmes réserves: il ne faut pas en effet qu'un avantage fiscal soit associé à la société à mission. C'est un acte volontaire de la part des entreprises que de vouloir aller plus loin [...]“; *Potier*, in: Rapport Lescure et al., N° 1237, Assemblée Nationale, Enregistré à la Présidence de l'assemblée nationale le 15 septembre 2018, Tome II, S. 125: „Sincèrement, notre groupe politique a hésité avant de faire cette proposition car nous étions conscients de deux risques: [...] que cela devienne de petits paradis fiscaux ou des fondations internalisées dans l'entreprise.“; ferner *Potier*, Séances du 5 octobre 2018 = JO AN du 6. oct. 2018, S. 9658; zuvor schon Rapport Notat/Senard, L'entreprise, objet d'intérêt collectif, 2018, S. 69.

⁷⁵ Vgl. *Couret*, D. 2020, 432, auch zu weiteren nicht unmittelbar wirtschaftlichen Vorzügen wie dem wachsenden Engagement und der größeren Loyalität von Stakeholdern; rechtsvergleichend etwa *Fleischer*, ZIP 2022, 345, 353.

⁷⁶ *Prophil/HEC/Viavoice* (Fn. 29), S. 18.

interessierte Dritte.⁷⁷ Ob darüber hinaus weitere Sanktionen bestehen, ist noch nicht abschließend geklärt:⁷⁸ Erwogen wird neben der Abberufung und Haftung des Geschäftsleiters im Innenverhältnis auch eine Annullierung von Rechtsakten, die den gesetzten Zielen widersprechen.

V. Rechtspolitische Würdigung

Im Zuge der allgemeinen Nachhaltigkeitsdebatte rückt zusehends auch die Förderung nachhaltiger Kapitalgesellschaften in den Blickpunkt. Für sie gibt es im Wesentlichen drei gesetzliche Regelungstechniken: die Schaffung einer neuen, für soziales Unternehmertum maßgeschneiderten Rechtsform,⁷⁹ die Einführung einer Rechtsformvariante oder die Eröffnung eines gesetzlichen Status, der transversal mehreren oder allen Gesellschaftsformen als Regelungsoption zur Verfügung steht.⁸⁰ Hinzu kommt die Möglichkeit einer privaten Zertifizierung.⁸¹ Letztere bildet einen „wichtige[n] Baustein im Mosaik unternehmensrechtlicher Nachhaltigkeitsbestrebungen“⁸². Als Prototyp gilt die „Certified B Corporation“, ein privates Gütesiegel der gemeinnützigen Organisation B Lab mit Hauptsitz in Pennsylvania.⁸³ Seit Mai 2019 gibt es in Frankreich einen gesetzlichen Status für nachhaltige Unternehmen: die *société à mission*.

Diese Neuschöpfung des französischen Gesetzgebers ist in der Rechtswissenschaft auf breites Interesse gestoßen.⁸⁴ Dabei ist sie teils vorsichtig wohlwollend, teils zurückhaltend aufgenommen worden. Für ihre Befürworter ist sie ein wich-

⁷⁷ Dazu etwa *Germain/Magnier* (Fn. 6), Rn. 76.

⁷⁸ Vgl. zu ersten Überlegungen und teils im Ergebnis ablehnend *Abadie*, in: *Castelnaud/Abadie/Bely*, *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2022, n° 3, 8, 12; *Dalmau*, *JCP E* 2020, 1136 Rn. 11 ff.; *Rapport Rocher*, *Repenser la place des entreprises dans la société*, vom 19.10.2021, S. 39 f. Zu Haftungsfragen auch *Barsan/Hertslet*, *IWRZ* 2019, 256, 262.

⁷⁹ Aus deutscher Sicht zur US-amerikanischen Benefit Corporation *Fleischer* (Fn. 33), S. 219; *Fleischer*, *AG* 2023, 1; *Momberger*, *Social Entrepreneurship*, 2015, S. 266 ff.; *Möslein/Mittwoch*, *RabelsZ* 80 (2016), 399; *Weitemeyer*, *ZGR* 2022, 627, 656 f.; zur *società benefit* in Italien *Schüßler/Ventura*, *RIW* 2020, 405 sowie in diesem Band § 18 (*Agstner*), S. 599.

⁸⁰ Näher *Fleischer*, *ZIP* 2023, 1505, 1510 ff.

⁸¹ Umfassend jüngst *Möslein/Burgi*, *Zertifizierung nachhaltiger Kapitalgesellschaften*, 2021; ferner *Möslein*, in: *Sjåfjell/Bruner*, *The Cambridge Handbook of Company Law, Corporate Governance and Sustainability*, 2020, S. 669 unter der Überschrift „Certifying ‘Good’ Companies“; zuvor schon *Möslein/Mittwoch*, *RabelsZ* 80 (2016), 399, 406 ff.

⁸² *Mittwoch*, in: *Möslein/Burgi* (Fn. 81), S. 51.

⁸³ Näher *Fleischer*, *AG* 2023, 1 Rn. 3 ff.; eingehend dazu in diesem Band § 14 (*Fleischer*), S. 467, II.

⁸⁴ *Chaput*, *Rép. Soc.*, Stand: Juni 2021, § 3; *Cohen* (Fn. 14); *Couret*, *BJS* fév. 2020, 6; *Couret*, *D.* 2020, 432; *Dalmau*, *JCP E* 2020, 1136; *Dondero*, in: *Menais*, *Raison d'être, engagement et responsabilité*, 2021, S. 27, 35 ff.; *Lopez*, *RLDA* avr. 2020, 37; *Masset*, *Rev. soc.* 2020, 207; *Masset*, *Rev. soc.* 2019, 581; *Masset*, *Rev. soc.* 2018, 635; *Teyssié*, *JCP G* 2021, 828; siehe auch *Castelnaud/Abadie/Bely*, *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2022, n° 3, 8. Aus der Lehrbuch-

tiger Schritt in Richtung einer nachhaltigen Wirtschaftsordnung.⁸⁵ Skeptischere Stimmen betonen demgegenüber, dass mit ihr nur geringe Vorteile verbunden seien, die nicht genühten, um jene Nachteile auszugleichen, die mit dem Status als *société à mission* einhergingen.⁸⁶ Darüber hinaus drohten Konflikte, sollten Unternehmensleiter nicht mehr die Gewinnmaximierung anstreben, sondern stattdessen soziale und umweltbezogene Ziele verfolgen.⁸⁷ Rechtsvergleichende Beobachter betonen schließlich, dass erst die Zukunft zeigen könne, inwieweit die vom französischen Gesetzgeber mit Einführung der *société à mission* verfolgten Ziele tatsächlich erreicht würden, insbesondere angesichts des drohenden *greenwashing*.⁸⁸

In der Unternehmenspraxis erfreut sich die *société à mission* jedenfalls gewisser Beliebtheit, auch wenn ihre Anzahl insgesamt (noch?) gering bleibt: „Il est incontestable qu'un intérêt très fort se manifeste aujourd'hui pour cette qualité de société à mission.“⁸⁹ Ende des Jahres 2020 existierten laut einer mittlerweile nach oben korrigierten Statistik bereits 124 *sociétés à mission*.⁹⁰ Knapp ein Jahr später zählte eine Studie schon 208 von ihnen,⁹¹ eine andere zwischenzeitlich erschienene Quelle sogar 250 bis 300 Stück.⁹² Mitte November 2022 existierten je nach Quelle 628⁹³ oder 826⁹⁴ *sociétés à mission*. Für die Zukunft wird weiteres

literatur *Cozian/Viandier/Deboissy* (Fn. 7), Rn. 63–66; *Merle/Fauchon*, *Sociétés commerciales*, 25. Aufl. 2021, Rn. 70.

⁸⁵ So *Dalmau*, *JCP E* 2020, 1136 Rn. 1, die aber zugleich vor rechtlichen Unwägbarkeiten warnt. Offenlassend *Masset*, *Rev. soc.* 2019, 581, 587 („Il faudra certainement plusieurs années avant de pouvoir apprécier la portée de ces «nouveaux modèles».“).

⁸⁶ In diesem Sinne *Chaput*, *Rép. Soc.*, Stand: Juni 2021, § 3 Rn. 119 m. w. N.; *Couret*, *BJS* fév. 2020, 6, 9; aufgegriffen von *Merle/Fauchon* (Fn. 84), Rn. 70 a. E.; vgl. auch *Barsan/Hertslet*, *IWRZ* 2019, 256, 262, die ebenfalls auf „viel Kontrolle“ und „noch nicht ganz klar[e]“ juristische Nachteile hinweisen.

⁸⁷ *Barsan/Hertslet*, *IWRZ* 2019, 256, 262; vgl. auch *Masset*, *Rev. soc.* 2018, 635 Rn. 27.

⁸⁸ *Bochmann/Leclerc*, *GmbH* 2021, 1141, 1145 Rn. 22. Für eine Case-Study zu Danone *Serafeim* (Fn. 4), S. 160 f., der feststellt, das vermeintliche Vorzeigeunternehmen sei „[...] right in the middle in terms of actual impact among its industry peers [is when you look at the metrics].“

⁸⁹ *Couret*, *D.* 2020, 432; vgl. auch *Dalmau*, *JCP E* 2020, 1136 Rn. 1 („séduit déjà de nombreuses sociétés“); *Teyssié*, *JCP G* 2021, 828, 829 („Un mouvement est lancé.“); aus deutscher Perspektive *Bochmann/Leclerc*, *GmbH* 2021, 1141, 1145 Rn. 22 („Boom“). Zurückhaltender *Pietrancosta* (Fn. 47), Rn. 58 („still relatively marginal“).

⁹⁰ So jetzt *Observatoire des Sociétés à Mission*, *Portrait des sociétés à mission*, Mai 2021, S. 3.

⁹¹ Zur dieser Zahl am Stichtag 9.9.2021 *Fleischer/Chatard*, *NZG* 2021, 1525, 1529 unter Heranziehung der Zahlen von <<https://societeamission.com/liste-des-societes-a-mission/>> (4.9.2021).

⁹² So *Rapport Rocher*, *Repenser la place des entreprises dans la société*, vom 19.10.2021, S. 52.

⁹³ <<https://societeamission.com/liste-des-societes-a-mission/>> (19.11.2022).

⁹⁴ <<https://www.observatoiredeassociesamission.com/>> (19.11.2022).

Wachstum prognostiziert: „Ce nouveau modèle d’entreprise n’a pas encore révélé toute sa puissance.“⁹⁵

Die Voraussetzungen der *société à mission* haben bislang überwiegend kleinere und mittlere Unternehmen mit weniger als 50 Arbeitnehmern erfüllt. Sie machen 67 Prozent aller *sociétés à mission* aus; Großunternehmen demgegenüber nur vier Prozent.⁹⁶ Zu letzteren gehören neben den international wohlbekannten Unternehmen Danone und Yves Rocher das Versicherungsunternehmen MAIF, die Bank Crédit Mutuel Alliance Fédérale sowie Colisée, ein Anbieter von Pflegedienstleistungen. Geographisch verteilen sich die *sociétés à mission* auf fast alle Regionen Frankreichs mit einem (kaum verwunderlichen) Schwerpunkt in der wirtschaftsstarken Region Île-de-France, wo mittlerweile knapp über die Hälfte aller *sociétés à mission* niedergelassen sind.⁹⁷

Die *société à mission* hat 2022 erst ihren dritten Geburtstag gefeiert. Um die Faktoren für ihren Erfolg oder Misserfolg zu beurteilen, ist es daher noch zu früh. Mit der gebotenen Zurückhaltung und gestützt auf einen jüngst veröffentlichten offiziellen Bericht⁹⁸ lassen sich aber zumindest drei Gründe ausmachen, die ihre Verbreitung bis heute erschwert haben: Erstens schuf die Loi PACTE nur ein Grundgerüst für die *société à mission*. Erst die Ausführungsverordnung (*décret*) vom 2. Januar 2020⁹⁹ sowie eine Ministerialanordnung (*arrêté*) vom 27. Mai 2021¹⁰⁰ schlossen die im ursprünglichen Gesetzgebungsverfahren bewusst offengelassenen Lücken. Zweitens bilden die Unsicherheiten hinsichtlich des Wirkungsbereichs und der Rolle des externen Dritten anscheinend einen Hemmschuh.¹⁰¹ Drittens soll das Medienecho auf die Entlassung von Emmanuel Fabre, der Danone als erstes Unternehmen des CAC 40 zur *société à mission* machte, die Verbreitung dieses neuen Status verlangsamt haben.¹⁰² Die Geschehnisse im Lebensmit-

⁹⁵ *Observatoire des Sociétés à Mission*, Portrait des sociétés à mission, Mai 2021, S. 3; vgl. aus rechtsvergleichender Perspektive Weitemeyer, ZGR 2022, 627, 632 („vielversprechender“).

⁹⁶ *Observatoire des Sociétés à Mission*, Portrait des sociétés à mission, Mai 2021, S. 3; ähnlich Pietrancosta (Fn. 47), Rn. 58; *Rapport Rocher*, Repenser la place des entreprises dans la société, vom 19.10.2021, S. 19, 46.

⁹⁷ Vgl. *Observatoire des Sociétés à Mission*, Portrait des sociétés à mission, Mai 2021, S. 4; *Rapport Rocher*, Repenser la place des entreprises dans la société, vom 19.10.2021, S. 19.

⁹⁸ *Rapport Rocher*, Repenser la place des entreprises dans la société, vom 19.10.2021.

⁹⁹ Décret n° 2020-1 du 2 janvier 2020 relatif aux sociétés à mission, J. O. n° 0002 du 3 janv. 2020, Texte 19; dazu Couret, BJS fév. 2020, 6; Masset, Rev. soc. 2020, 207.

¹⁰⁰ Arrêté du 27 mai 2021 relatif aux modalités selon lesquelles l’organisme tiers indépendant chargé vérifier l’exécution par les sociétés, mutuelles et unions à mission de leurs objectifs sociaux et environnementaux accomplit sa mission, J. O. n° 0123 du 29 mai 2021, Texte 7. In Bezug genommen durch Art. R. 210-21 Abs. 3 C. com. und Art. R. 950-1 C. com., eingeführt durch Décret n° 2021-669 du 27 mai 2021 portant diverses mesures relatives aux sociétés, mutuelles et unions à mission, aux institutions de prévoyance et aux fonds de pérennité, J. O. n° 0123 du 29 mai 2021, Texte 4.

¹⁰¹ *Rapport Rocher*, Repenser la place des entreprises dans la société, vom 19.10.2021, S. 51.

¹⁰² *Rapport Rocher*, Repenser la place des entreprises dans la société, vom 19.10.2021, S. 23: „Plusieurs projets de formalisation de raison d’être ou de réflexion sur l’adoption de la qualité de

telunternehmen hätten die Anfälligkeit der *société à mission* verdeutlicht,¹⁰³ obwohl Danone bis heute *société à mission* geblieben ist.

Blickt man abschließend auf die Entstehungsgeschichte der *société à mission*, so stellt sie sich als Kind der Wissenschaft dar, dessen Wiege in der *grande école* Mines ParisTech steht.¹⁰⁴ Zum Durchbruch verholfen hat der *société à mission* zuvörderst die fortwährende Unterstützung aus der Unternehmenspraxis. Insbesondere deren Wünschen wollte der Gesetzgeber gerecht werden: „Pourquoi faut-il le faire? Parce que certaines entreprises le demandent.“¹⁰⁵ Als besonders wirkungsvoll entpuppte sich dabei eine Umfrage, wonach 68 Prozent der Geschäftsleiter einen neuen Organisationsrahmen befürworteten, der Gewinn- und Gemeinwohlorientierung miteinander verbindet. Auf diesen Befund wurde während des Gesetzgebungsverfahrens wiederholt Bezug genommen:¹⁰⁶ „Des enquêtes d’opinion diligentées auprès de chefs d’entreprise ont convaincu le législateur de l’intérêt de légiférer en la matière.“¹⁰⁷

Die Untersuchung der Entstehungsgeschichte der *société à mission* liefert darüber hinaus ein weiteres Beispiel für den Einfluss der Rechtsvergleichung auf den gesellschaftsrechtlichen Innovationsprozess. Als Anstoß und Inspirationsquelle dienten in erster Linie die Benefit Corporation anglo-amerikanischer Provenienz sowie die italienische *società benefit*.¹⁰⁸ Daneben fanden die Community Interest Company und die Flexible Purpose Corporation Berücksichtigung.¹⁰⁹

société à mission ont même été stoppés net par l’écho médiatique de cette affaire. De nombreuses sociétés ont reporté l’adoption de ces dispositifs.“ Vgl. aber auch *Serafeim* (Fn. 4), S. 161.

¹⁰³ Beispielhaft *Bertrand Valiorgue*, Danone, une illustration des fragilités du statut d’entreprise à mission, abrufbar unter <<https://theconversation.com/danone-une-illustration-des-fragilites-du-statut-dentreprise-a-mission-156544>> (4.9.2021).

¹⁰⁴ So etwa die Selbstzuschreibung von *Levillain/Segrestin*, 6:1 *Valuation Studies* 87, 88 (2019): „Our research has attempted to contribute to that discussion. The development of a model for a ‘purpose-driven enterprise’ – ‘entreprise à mission’ – constitutes the prime outcome of this research program.“ Vgl. ferner *Cohen* (Fn. 14), S. 61: „En créant la société à mission, la loi PACTE reprend [...] les propositions des chercheurs de Mines ParisTech et des Bernardins.“

¹⁰⁵ *Guerini* (Fn. 11), 127, 131.

¹⁰⁶ Beispielsweise Amendement n° 1675 du 3 sept. 2018, S. 2; Rapport Notat/Senard, L’entreprise, objet d’intérêt collectif, 2018, S. 65.

¹⁰⁷ *Couret*, D. 2020, 432.

¹⁰⁸ Projet de Loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises, AN n° 1088, Enregistré à la Présidence de l’Assemblée nationale le 19 juin 2018, S. 540; ferner *Guerini* (Fn. 11), S. 127; *Julien-Laferrrière*, ebenda, S. 127; vgl. ferner Rapport Notat/Senard, L’entreprise, objet d’intérêt collectif, 2018, S. 65 f., 70, 108 ff.; *Poracchia*, BJS 2019, 40, 50 („sorte de *Benefit corporation* à la française“); aus der Lehrbuchliteratur *Cozian/Viandier/Deboissy* (Fn. 7), Rn. 63; aus rechtsvergleichender Perspektive *Bochmann/Leclerc*, GmbHR 2021, 1141, 1146 Rn. 30 m. w. N.; *Fleischer/Chatard* (Fn. 44), S. 1723, 1733; *Fleischer*, ECFR 2021, 161, 186; *Fleischer* (Fn. 33), S. 219, 230 f. (zur *entreprise à mission*).

¹⁰⁹ Vgl. *Levillain*, in: *Segrestin/Levillain/Vernac/Hatchuel* (Fn. 15), S. 49 unter der Überschrift „L’exemple américain: les Flexibles Purpose Corporations“; ausdrücklich auch *Segrestin* (Fn. 16), S. 27, 28–30, 39, 42 („La proposition de SOSE reprend et généralise les mission-driven corporations américaines.“); *Vernac* (Fn. 16), S. 61, 68. Ebenso *Levillain* (Fn. 21), S. 37 ff.

Hierbei spielte der Wettbewerb der Rechtsordnungen eine nicht zu unterschätzende Rolle: „Sur le plan international, nous constatons que ce concept a été introduit dans le droit de différents États [...]. L’amendement CS1690 propose de suivre ce mouvement [...] afin d’essayer de combler notre retard dans ce domaine.“¹¹⁰

Umgekehrt entfaltet die *société à mission* ebenfalls gewisse Ausstrahlungswirkung, wenn auch nicht in demselben Maße. So haben hierzulande mehrere rechtsvergleichend interessierte Beiträge den französischen Erfahrungsschatz alsbald gehoben.¹¹¹ Darüber hinaus schickt sich Danone an, Mitstreiter für die Einführung einer deutschen Spielart der *société à mission* zu gewinnen.¹¹² Und schließlich beabsichtigt die französische Regierung, diesen Status auf Ebene des europäischen Gesetzgebers zu bewerben.¹¹³

¹¹⁰ Julien-Laferrrière, in: Rapport Lescuré et al., N° 1237, Assemblée Nationale, Enregistré à la Présidence de l’assemblée nationale le 15 septembre 2018, Tome II, S. 127 f. (freilich mit Blick auf die *société à objet d’intérêt collectif*).

¹¹¹ Zuletzt auf die *société à mission* Bezug nehmend Herchen, ZGR 2022, 664, 668, 682, 688; Weitemeyer, ZGR 2022, 627, 632, 663; Weller/Benz, ZGR 2022, 563, 579 f. Eingehende Untersuchungen bei Bochmann/Leclerc, GmbHR 2021, 1141; Fleischer/Chatard, NZG 2021, 1525. Für eine privatautonome Nachbildung der *société à mission* unter deutschem GmbH- und Aktienrecht Hennrichs, zitiert nach Rentsch, ZGR 2022, 602, 604.

¹¹² Vgl. Küster, Leiterin des Bereichs Nachhaltigkeit, Öffentlichkeitsarbeit und Recht bei Danone D-A-CH, FOCUS Online vom 2.7.2021: „Den Status einer ‚Entreprise à Mission‘ anzunehmen, war der richtige Schritt. Wir erhalten dafür viel Anerkennung [...] in Frankreich. Aus diesem Grunde schauen wir uns auch gerade an, inwiefern eine solche Rechtsform auch in Deutschland möglich wäre. Dazu sind wir im Austausch mit Politik und anderen interessierten Unternehmen.“

¹¹³ Vgl. Pietrancosta (Fn. 47), Rn. 58 m. w. N.: „True to its guiding ambition, the French government nevertheless intends to promote this legal status on a European scale.“; siehe auch *Rapport Rocher*, Repenser la place des entreprises dans la société, vom 19.10.2021, S. 59, dem die Verbreitung der *société à mission* auf europäischer Ebene zwar nicht ohne Probleme, in der Sache aber wünschenswert erscheint. Dafür auch schon Rapport Notat/Senard, Recommandations Nr. 13, S. 72 ff., 79.

§ 21 Vereinigte Staaten: Decentralized Autonomous Organization LLC (DAO LLC), Wyoming 2021

Holger Fleischer

I.	Einführung	681
II.	Technische Grundlagen, Konzept und Anwendungsfelder für DAOs	682
III.	Gesellschaftsrechtliche Einordnung von DAOs	685
	1. Deutschland	685
	2. Vereinigte Staaten	688
IV.	Erste Gesetze für Blockchain-basierte Gesellschaften in einzelnen Bundesstaaten	690
	1. Vermont als Vorläufer	691
	2. Wyoming als Pionier	691
	3. Tennessee als früher Nachahmer	692
V.	Regelungsstrukturen der Wyoming DAO LLC	692
	1. Wahl des Status einer DAO LLC	692
	2. Gründungsvorgang	693
	3. Gründungs- und Governance-Vereinbarungen	693
	4. Organisationsverfassung	693
	5. Mitgliedschaftliche Rechte und Pflichten	694
	6. Eingriffsmöglichkeiten des Staates	694
VI.	Jüngste Entwicklungen	694
	1. Erste Überarbeitung des Regelungsrahmens	694
	2. Verbreitung in der Praxis	694
VII.	Rechtspolitische Beurteilung	695
	1. Rechtsformvariante der LLC	695
	2. Beurteilung in Praxis und Wissenschaft	695
	3. Wettbewerb der Rechtsordnungen	696
	4. Zukunftsaussichten der DAO	697

I. Einführung*

Wyoming, der bevölkerungsärmste Bundesstaat der Vereinigten Staaten, gilt als einer der Vorreiter im US-amerikanischen Gesellschaftsrecht. Hier erblickte am 3. März 1977 die Limited Liability Company (LLC) das Licht der Welt,¹ die heu-

* Der Beitrag greift in Teilen zurück auf *Fleischer*, ZIP 2021, 2205.

¹ Wyoming Limited Liability Company Act, Ch. 158, 1977 Wyo. Sess. Laws 577.

te mit ihrem hybriden Charakter zwischen Personen- und Kapitalgesellschaft bundesweit die beliebteste Gesellschaftsform für Unternehmensgründer darstellt.² Und hier kann seit dem 1. Juli 2021 durch einen Anhang zum einheimischen LLC Act³ eine sog. Decentralized Autonomous Organization (DAO) als LLC in das Register eingetragen werden.⁴ Schon vier Tage später hat mit der American CryptoFed, einem Großanbieter von mobilen Banklösungen, eine erste DAO von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht.⁵

Im Folgenden wird untersucht, was es mit der DAO im Allgemeinen und der Wyoming DAO LLC im Besonderen auf sich hat.⁶ Um deren Regelungsrahmen zu verstehen, muss der vorliegende Beitrag allerdings etwas weiter ausholen. Zunächst erläutert er technische Grundlagen, Konzept und Anwendungsfelder für DAOs (II.), bevor er sich ihrer gesellschaftsrechtlichen Einordnung beim Fehlen einer konkreten Rechtsformwahl zuwendet (III.) Sodann folgt ein ausgedehnter Rundgang durch das Reformgesetz von Wyoming und seiner jüngsten Überarbeitung (IV.).⁷ Der Beitrag schließt mit einer knappen rechtspolitischen Würdigung (V.).

II. Technische Grundlagen, Konzept und Anwendungsfelder für DAOs

Bei einer DAO handelt es sich um eine neue, dezentrale und digitale Organisationsform, die mittels eines Programmcodes automatisch bestimmte Transaktionen ausführt. Sie ist im juristischen Schrifttum zuletzt verschiedentlich vorgestellt worden,⁸ ohne dass sich allerdings eine einheitliche Definition herausgebildet

² Ausführlich dazu in diesem Band § 1 (*Fleischer/Kolb*), S. 27.

³ Wyoming Decentralized Autonomous Organization Supplement, SF0038, 66th Leg., Gen. Sess. 2021.

⁴ Näher *Kane/Golda*, *The National Law Review*, May 25, 2021 unter der Überschrift „Wyoming Takes the Lead With Decentralized Autonomous Organization“; für erste Einordnungen aus deutscher Sicht *Fleischer*, ZIP 2021, 2205; *Mienert*, RD 2021, 384.

⁵ Vgl. *Hamacher*, *Decrypt*, July 5, 2021: „America’s First Legal DAO Approved in Wyoming“.

⁶ Dazu aus US-amerikanischer Sicht etwa *Kaal*, *Decentralized Corporate Governance via Blockchain Technology*, *Annals of Corporate Governance* 17 (2020); zuletzt *Weinstein/Lofchie/Schwartz*, *A Primer on DAOs*, *Harvard Law School Forum on Corporate Governance*, 17.9.2022.

⁷ Amended Statutory Provisions Regulating DAOs, March 9, 2022, 2022 Senate Enrolled Act No. 16.

⁸ Eingehend etwa *Baur*, *Die gesellschaftsrechtliche Außenhaftung für die Verbindlichkeiten von Decentralized Autonomous Organizations*, 2021, S. 36 ff.; *Langheld/Haagen*, NZG 2021, 724; *Mann*, in: *Bragelmann/Kaulartz*, *Rechtshandbuch Smart Contracts*, 2019, Kap. 17; *Schwemmer*, AcP 221 (2021), 555; *Spindler*, RD 2021, 309; *Zetzsche*, ZGR 2022, 691; knapper *Langenbacher*, AcP 218 (2018), 416, 419 ff.; *Teichmann*, ZfPW 2019, 247, 266 ff.; *Wilhelm*, *Modulares Organisationsrecht*, 2023, S. 573 ff.; monographisch *Mienert*, *Dezentrale autonome Organisationen (DAOs) und Gesellschaftsrecht*, 2022.

hat.⁹ Etwas vereinfacht macht sich eine DAO die Blockchain- oder Distributed-Ledger-Technologie zunutze – ein verteiltes Netzwerk, bei dem jeder in das Netzwerk integrierte Rechner („node“) gleichberechtigt ist („Peer-to-Peer-Network“) und über dieselben Datensätze verfügt. Diese redundante Datenverwaltung erlaubt eine dezentrale und weitgehend fälschungssichere Speicherung und Verarbeitung von Transaktionen mit digitalen Vermögenswerten. Die einzelnen Transaktionen werden durch einen sog. Smart Contract in die Wege geleitet und ausgeführt, bei dem es sich regelmäßig nicht um einen Vertrag im Rechtssinne handelt, sondern um einen sich selbst durchsetzenden Software-Code, der keiner gesonderten Vollstreckung mehr bedarf.¹⁰ Auf diese Weise lassen sich „gesellschaftsähnliche Organisationen“¹¹ schaffen und auf der Blockchain abbilden. Das geschieht häufig auf der Plattform Ethereum,¹² die hierfür dezentrale Applikationen (DApps) anbietet.¹³

Konzipiert worden sind DAOs ursprünglich als eine Art Anlage- oder Investmentfonds¹⁴: Nutzer können über die Distributed-Ledger-Technologie virtuelle Währungen einlegen und erhalten im Gegenzug eine virtuelle Rechtsposition („token“), die ihnen Vorschlags-, Stimm- und Dividendenrechte im Hinblick auf künftige Anlageprojekte verschafft. Über den Einsatz des eingesammelten Kapitals entscheiden die Anleger mittels vordefinierter Abstimmungsregeln im Programmcode. Wird ein Anlagevorschlag angenommen, so führt ihn der Programmcode automatisch aus. Eines Geschäftsführers oder Vorstands bedarf es hierfür nicht.¹⁵ Vielmehr zeichnen sich DAOs gerade durch ihr dezentrales Management aus.¹⁶

Die wohl bekannteste DAO ist im Jahre 2016 unter der Bezeichnung „The DAO“ entstanden. Ihr Initiator, der deutsche Programmierer *Christoph Jentzsch*, hatte den Programmcode im Internet offen zur Verfügung gestellt.¹⁷ Dieser konnte auf der Ethereum-Blockchain abgelegt und sodann aktiviert werden. *Jentzsch* selbst wählte eine so geschaffene DAO aus, gab ihr den Namen „The DAO“ und

⁹ Für Zusammenstellungen verschiedener Definitionen *Baur* (Fn. 8), S. 37 f.; *Hanzl*, ÖJZ 2019, 293, 294 f.

¹⁰ Näher *Möslein*, ZHR 183 (2019), 254, 260 ff.

¹¹ *Möslein*, in: FS Windbichler, 2020, S. 889, 898; gleichsinnig *Spindler*, RD i 2021, 309, 310: „gesellschaftsrechts-ähnliche Gebilde“.

¹² Vgl. *Hanzl*, ÖJZ 2019, 293 f.; *Mienert*, RD i 2021, 384, 385; *Spindler*, RD i 2021, 309, 310.

¹³ Zu den Eigenschaften einer DApp *Wittenberg*, Blockchain für Unternehmen: Anwendungsfälle und Geschäftsmodelle für die Praxis, 2020, S. 75 ff.; monographisch *Antonopoulos/Wood*, Ethereum – Grundlagen und Programmierung: Smart Contracts und DApps entwickeln, 2019.

¹⁴ Vgl. *Langheld/Haagen*, NZG 2021, 724, 725.

¹⁵ Vgl. *Langheld/Haagen*, NZG 2021, 724 f.; *Spindler*, RD i 2021, 309, 311.

¹⁶ Vgl. *Mienert*, RD i 2021, 384, 385; *Schwemmer*, AcP 221 (2021), 555, 562.

¹⁷ Vgl. *Jentzsch*, Decentralized Autonomous Organizations to Automate Governance, White Paper, 2016, <<https://download.slock.it/public/DAO/WhitePaper.pdf>> (1.5.2024).

warb mit Hilfe der von ihm mitgegründeten Slock.it UG um Investorengelder.¹⁸ Nutzer der Ethereum-Blockchain sollten die Kryptowährung Ether an eine digitale Adresse von „The DAO“ überweisen und dafür Anteilsrechte erhalten. Innerhalb weniger Wochen kam so Kapital im Gegenwert von 160 Mio. US-Dollar zusammen: „das größte Crowdfunding Projekt aller Zeiten“¹⁹, über das national und international ausgiebig berichtet wurde. Kurz darauf geriet „The DAO“ abermals in die Schlagzeilen, als sie durch einen Hackerangriff aufgrund einer Schwachstelle in ihrem Programmcode vor aller Augen 50 Mio. US-Dollar verlor.²⁰ Nach intensiven Diskussionen entschieden sich die Anleger mit großer Mehrheit für einen Eingriff in den Programmcode („hard fork“) und konnten so den Verlust des Geldes auf der Ethereum-Blockchain wieder rückgängig machen.²¹ Gleichwohl war das Projekt „The DAO“ danach gescheitert.²² Dem Blockchain-Konzept als solchem vermochte dies aber nichts anzuhaben; inzwischen gibt es Dienstleister wie Aragon.org oder DAOstack.io, die bei der Initiierung einer DAO behilflich sind und die DAO-Idee so einem breiteren Publikum näherbringen wollen.

Ebenso wie „The DAO“ dienen DAOs heute überwiegend als Investitionsvehikel für Kryptowährungen und andere digitale Vermögenswerte.²³ Als solche sind sie Bestandteil der Decentralized Finance (DeFi), ein Sammelbegriff für klassische Finanzdienstleistungen, die über eine dezentrale Plattform abgewickelt werden.²⁴ DAOs sind hierauf aber nicht beschränkt, sondern können auch zu anderen Zwecken eingesetzt werden, etwa für ein Forschungsnetzwerk oder eine Social-Media-Plattform.²⁵ In den Vereinigten Staaten sind sie verschiedentlich auch als Akquisitionsvehikel eingesetzt worden.²⁶ Große Aufmerksamkeit gefunden hat darüber hinaus die sog. ConstitutionDAO, die im November 2021 zu dem einzigen Zweck gegründet wurde, um bei dem Auktionshaus Sotheby’s eine von 13 verbliebenen Originalfassungen der US-amerikanischen Verfassung für 47 Mio.

¹⁸ Vgl. *Diedrich*, Ethereum: Blockchains, Digital Assets, Smart Contracts, Decentralized Autonomous Organizations, 2016, S. 287; für eine ausführliche Sachverhaltsschilderung auch *Securities and Exchange Commission*, Release No. 81207, July 25, 2017, Report of Investigation Pursuant to Section 21(a) of the Securities Exchange Act of 1934: The DAO, S. 2 ff.

¹⁹ *Mann* (Fn. 8), Kap. 17 Rn. 4.

²⁰ Anschaulich *Teichmann*, ZfPW 2019, 247, 267: „Eines Morgens stellte der Initiator der DAO an seinem Bildschirm fest, wie eine Million nach der anderen verschwand. Auch dies ereignete sich auf der Blockchain, die jedermann einsehen kann. Man kann zuschauen, wie das Geld entsteht. Und man kann zuschauen, wie es wieder verschwindet.“

²¹ Eingehend *Diedrich* (Fn. 18), S. 288 ff.; knapper *Mann* (Fn. 8), Kap. 17 Rn. 3 f.

²² Vgl. *Mann* (Fn. 8), Kap. 17 Rn. 4.

²³ Vgl. *Hanzl*, ÖJZ 2019, 293, 294; eingehend *Baur* (Fn. 8), S. 56 ff. mit einer weiteren Aufschlüsselung der von ihm sog. Finanzierungs-DAOs.

²⁴ Vgl. *Mienert*, RD 2021, 384, 385.

²⁵ Zu diesen Beispielen *Langheid/Haagen*, NZG 2021, 724, 725.

²⁶ Vgl. *Weinstein/Lofchie/Schwartz* (Fn. 6) unter Nennung von FriesDAO, BuytheBroncos DAO und BlockbusterDAO.

US-Dollar zu erwerben.²⁷ Außerdem sind nach dem russischen Angriff auf die Ukraine mehrere DAOs zur Unterstützung der Ukraine gegründet worden.²⁸

III. Gesellschaftsrechtliche Einordnung von DAOs

Die Zuordnung von DAOs zu einer bestimmten Gesellschaftsform bereitet im In- und Ausland enorme Schwierigkeiten.²⁹ Dies liegt zum einen an ihrer dezentralen und grenzüberschreitenden Organisation, zum anderen daran, dass die meisten Beteiligten Rechtsfragen bewusst oder unbewusst ausblenden.³⁰ Zur leichteren Orientierung erfolgt zunächst eine Einordnung nach deutschem Recht, bevor die rechtliche Behandlung in den Vereinigten Staaten vorgestellt wird. Internationalprivatrechtliche Aspekte sowohl zur unzulässigen Rechtswahl einer außerstaatlichen *lex cryptographica*³¹ als auch zu Anknüpfungsschwierigkeiten bei einer dezentralen Organisationsform³² werden hier ausgeblendet.

1. Deutschland

Wie jedem anderen personenrechtlichen Zusammenschluss stehen den DAO-Beteiligten hierzulande eine Reihe körperschaftlicher Organisationsformen zur Verfügung, die ihnen den Vorteil einer beschränkten Haftung bieten und zugleich ein eigenes Rechtssubjekt für die Marktteilnahme der DAO in der Realwirtschaft schaffen. Hierzu zählen etwa GmbH und AG, Genossenschaft und Verein.³³ Sie alle vertragen sich freilich kaum mit der dezentralen Organisationsstruktur auf der Blockchain, weil sie zwingend ein zentrales Geschäftsleitungsorgan verlan-

²⁷ Näher dazu *Weinstein/Lofchie/Schwartz* (Fn. 6) unter der Zwischenüberschrift „ConstitutionDAO – Hybrid model featuring a partnership form, together with legally recognized entities to facilitate the DAO’s activities“.

²⁸ Auch dazu *Weinstein/Lofchie/Schwartz* (Fn. 6).

²⁹ Zu gemeinsamen Problemstrukturen *Mienert* (Fn. 8), S. 81: „Auch wenn sich die folgenden Ausführungen primär auf das deutsche Recht beziehen, können angesichts der weltweit gemeinsamen Strukturen des Gesellschaftsrechts viele Aussagen als allgemeingültig in Bezug auf DAOs verstanden werden.“

³⁰ Hierzu schon *Jentzsch* (Fn. 17), S. 1: „This paper does not speculate about the legal status of DAOs worldwide. This paper is not intended to offer legal advice or conclusions. Anyone who uses DAO code will do so at their own risk.“; ferner *Teichmann*, ZfPW 2019, 747, 768: „selbst gewählter rechtsfreier Raum“.

³¹ Ausführlich dazu *Fleischer*, ZIP 2021, 2205, 2208 m. w. N.

³² Eingehend dazu *Fleischer*, ZIP 2021, 2205, 2209, m. w. N.; zur öffentlichrechtlichen Verantwortlichkeit der Beteiligten, etwa wegen Verletzung geldwäscherechtlicher Vorgaben, *Klaas*, BKR 2023, 162; monographisch *Wiepen*, Digitalisierung und Lokalisierung im internationalen Gesellschaftsrecht, 2024.

³³ Ausführlicher *Schwemmer*, AcP 221 (2021), 555, 572 ff.; knapper *Mann* (Fn. 8), Kap. 17 Rn. 13.

gen.³⁴ Unabhängig davon lassen sich bereits bestehende DAOs in aller Regel schon deshalb nicht als Kapitalgesellschaften oder sonstige Körperschaften einordnen, weil ihnen die erforderliche Registereintragung fehlt.³⁵ Sie sind gerade ohne einen vergewissernden Seitenblick auf gesellschaftsrechtliche Regelungsmodelle geschaffen worden³⁶ oder grenzen sich sogar bewusst vom staatlichen Recht ab.³⁷ Manche von ihnen bedienen sich immerhin gewisser Hilfskonstruktionen, um das sog. Oracle-Problem zu bewältigen: die Überbrückung der Verbindung zwischen der Blockchain („online“) und der Außenwelt („offline“). Zu diesem Zweck ist etwa bei „The DAO“ eine schweizerische GmbH unter der Firma „DAO.Link“ gegründet worden, die im Außenverhältnis als Treuhänderin auftreten sollte.³⁸

Ohne kautelarjuristische Vorsorge greift für eine DAO regelmäßig der gesellschaftsrechtliche Rechtsformzwang ein. Obwohl die beteiligten Nutzer unter einem Pseudonym handeln und die anderen Beteiligten häufig nicht kennen, wird man angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung ihrer Beteiligung regelmäßig nicht an ihrem Rechtsbindungswillen zweifeln können.³⁹ Dann aber dürften aufgrund der gemeinsamen Zweckverfolgung der DAO-Nutzer die Eingangsvoraussetzungen des § 705 BGB erfüllt sein. Eine DAO bildet daher regelmäßig eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts bzw. bei handelsgewerblicher Tätigkeit eine OHG.⁴⁰ Auf einen etwa entgegenstehenden Parteiwillen kommt es nicht an;⁴¹ eine Anfechtung nach § 119 Abs. 1 BGB wegen Rechtsfolgenirrtums scheidet aus.⁴² Rechtlich ohne Belang ist auch, dass es der DAO an dem Merkmal der Personen-

³⁴ Vgl. *Langheld/Haagen*, NZG 2021, 724, 725; *Mann* (Fn. 8), Kap. 17 Rn. 13; *Mienert*, RDt 2021, 384, 387.

³⁵ Vgl. *Langenbacher*, AcP 218 (2018), 385, 422; *Langheld/Haagen*, NZG 2021, 724, 725; *Mann* (Fn. 8), Kap. 17 Rn. 13; *Mienert*, RDt 2021, 384, 387.

³⁶ Dazu der Befund bei *Baur* (Fn. 8), S. 142 f.: „Weder im Softwarecode noch in den Dokumentationen der hier untersuchten DAO-Projekte finden sich aber konkrete Hinweise auf die Wahl einer konkreten Rechtsform.“; ferner *Schwemmer*, AcP 221 (2021), 555, 566.

³⁷ Vgl. *Möslein* (Fn. 11), S. 889, 899: „[...] weil DAOs als bewusste Abkehr vom Recht konzipiert sind“.

³⁸ Vgl. *Mann* (Fn. 8), Kap. 17 Rn. 20; *Spindler*, RDt 2021, 309, 311; *Teichmann*, ZfPW 2019, 246, 268 f.

³⁹ Ebenso *Korch*, ZIP 2023, 2017, 2019 ff.; *Langheld/Haagen*, NZG 2021, 324, 325; *Mann* (Fn. 8), Kap. 17 Rn. 9 f.; *Schwemmer*, AcP 221 (2021), 555, 566 f.; *Spindler*, RDt 2021, 309, 311; zweifelnd *Langenbacher*, AcP 218 (2018), 385, 423: „Die bloße Übertragung des virtuellen Geldbetrages dürfte aber im Regelfall doch eher dem Lottereeinsatz als der Gründung einer Gesellschaft gleichen.“; abw. *Linardatos*, Autonome und vernetzte Aktanten im Zivilrecht, 2021, S. 426 ff.

⁴⁰ Vgl. *Langheld/Haagen*, NZG 2021, 724, 725; *Mann* (Fn. 8), Kap. 17 Rn. 14; *Mienert*, RDt 2021, 384, 388; *Spindler*, ZGR 2018, 17, 51; *Teichmann*, ZfPW 2019, 247, 269; eingehend und rechtsvergleichend *Fleischer*, ZIP 2024 (im Erscheinen).

⁴¹ Vgl. *MüKo HGB/Fleischer*, 5. Aufl. 2022, § 105 Rn. 29.

⁴² Vgl. *K. Schmidt*, Zur Stellung der oHG im System der Handelsgesellschaften, 1971, S. 168 f.

bezogenheit fehlt.⁴³ Die personenrechtliche Verbundenheit der Beteiligten (*intuitus personae*) ist im Laufe der Zeit von einem Begriffs- zu einem Charaktermerkmal der Personengesellschaft verblasst.⁴⁴ Rechtsprechung und Rechtslehre erkennen aufgrund der Typenfreiheit im Personengesellschaftsrecht auch BGB-Gesellschaften oder OHGs mit einem größeren Kreis von Mitgliedern an, die untereinander keinen engen Kontakt pflegen.⁴⁵ Das Paradebeispiel ist die moderne Publikumspersonengesellschaft. Als eine solche Publikums-GbR wird man auch die DAO typischerweise einordnen können.⁴⁶

Als BGB- oder OHG-Gesellschafter haften die DAO-Beteiligten nach § 128 HGB (analog) unbeschränkt, unmittelbar, primär und gesamtschuldnerisch für alle Gesellschaftsverbindlichkeiten.⁴⁷ Hierin liegt für sie ein beträchtliches und zumeist wohl auch überraschendes⁴⁸ Risiko.⁴⁹ Dieses Risiko vergrößert sich noch dadurch, dass ein Rückgriff bei den Mitgesellschaftern gemäß § 426 BGB im Falle einer haftungsrechtlichen Inanspruchnahme wegen der Pseudonymisierung aller Beteiligten⁵⁰ wenig erfolgversprechend erscheint.⁵¹ Für das DAO-Konzept insgesamt wäre eine unbeschränkte persönliche Haftung auch deshalb abträglich, weil sie das Entstehen eines Sekundärmarktes für DAO-Token wegen der Haftung von Neugesellschaftern für Altschulden gemäß § 130 HGB (analog) erschwert, wenn nicht gar verhindert.⁵² *De lege lata* könnte man deshalb über eine institutionelle Haftungsbeschränkung für DAOs nachdenken.⁵³ Eine solche Haftungsbeschränkung hat die höchstrichterliche Rechtsprechung namentlich für Gesellschafter einer Bauherren-GbR anerkannt.⁵⁴ Für eine solche teleologische Reduktion des § 128 HGB wird auch nach der MoPeG-Reform im künftigen

⁴³ Abw. *Möslein* (Fn. 11), S. 889, 900.

⁴⁴ Vgl. *Fleischer*, NZG 2021, 949, 950 m. w. N.

⁴⁵ Vgl. *Fleischer* (Fn. 41), vor § 105 HGB Rn. 49 ff.; *A. Hueck*, Recht der OHG, 4. Aufl. 1971, § 4 III, S. 37.

⁴⁶ Wie hier *Baur* (Fn. 8), S. 269; *Korch*, ZIP 2023, 2017, 2022 ff. *Mienert*, RD i 2021, 384, 387; *Spindler*, RD i 2021, 309, 311 f.

⁴⁷ Eingehend, auch rechtsvergleichend, zu diesem vierfachen Haftungsmodus *Fleischer*, in: FS K. Schmidt, 2019, Bd. 1, S. 325; zur öffentlich-rechtlichen Verantwortlichkeit der DAO-Beteiligten, etwa wegen Verletzung geldwäscherechtlicher Vorgaben, *Klaas*, BKR 2023, 162.

⁴⁸ Dies mit Recht hervorhebend *Mienert*, RD i 2021, 384 Rn. 14: „wird dem durchschnittlichen Kapitalgeber wohl oft nicht bekannt sein“.

⁴⁹ Vgl. *Baur* (Fn. 8), S. 219; *Langheld/Haagen*, NZG 2021, 724, 727; *Schwemmer*, AcP 221 (2021), 555, 571.

⁵⁰ Zur Abgrenzung von Pseudonymisierung und Anonymisierung *Spindler*, ZGR 2018, 707, 711 f. 720.

⁵¹ Ebenso *Schwemmer*, AcP 221 (2021), 555, 571.

⁵² Dazu auch *Mienert*, RD i 2021, 383 Rn. 13.

⁵³ Vgl. *Baur* (Fn. 8), S. 291 ff.; *Mienert*, RD i 2021, 383 Rn. 13.

⁵⁴ Vgl. BGHZ 75, 26 (1979); 150, 1 (2002).

Personengesellschaftsrecht Raum bleiben.⁵⁵ Erste Vorschläge für eine mögliche Haftungsprivilegierung bei Blockchain-basierten Gesellschaften liegen inzwischen vor.⁵⁶ Unabhängig davon mehren sich die Stimmen, die *de lege ferenda* für eine Haftungsbegrenzung der DAO-Mitglieder werben.⁵⁷

2. Vereinigte Staaten

In den Vereinigten Staaten wählen DAOs als Rechtskleid gelegentlich eine LLC, vorzugsweise aus Delaware, die aufgrund ihrer großen Geschmeidigkeit eine gewisse Anpassung an die Bedürfnisse der DAO-Beteiligten erlaubt:

„Although Delaware has not recognized DAOs as legal entities, many DAOs have been formed as Delaware LLCs. While this structure impinges on the autonomous and decentralized nature of DAOs to some extent, the Delaware LLC format permits adaptation to DAO principles and procedures to a significant degree. As typically structured, an LLC owns and is the beneficiary of the funds raised in a DAO’s token sale; the LLC operating agreement specifies the many functions that will be operated through smart contracts (such as issuing interests, acting as custodian for assets, registering membership interests, counting members’ votes, and providing notice), and the operating agreements provides for restriction of fiduciary duties, limitation on liability, and other DAO-oriented features.“⁵⁸

Trotz großer Flexibilität können auf diese Weise allerdings nicht sämtliche Zielsetzungen der DAO erreicht werden. Neben der Delaware LLC wählen die Beteiligten als Brücken-Rechtsformen zur Bewältigung des Oracle-Problems häufig Stiftungen aus den Cayman Islands oder Gesellschaftsformen nach dem Recht der British Virgin Islands, von Guernsey, Irland, Liechtenstein, Malta, Singapur oder der Schweiz.⁵⁹

Sofern eine DAO nicht als LLC oder *corporation*⁶⁰ registriert ist, dürfte sie auch in den Vereinigten Staaten dem Recht der Personengesellschaften unterfallen.⁶¹ Nach der dortigen Modellgesetzgebung, dem Revised Uniform Partnership Act

⁵⁵ Vgl. Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, S. 165: „Die Kodifikation bezweckt keine Abkehr von den von der Rechtsprechung und dem Schrifttum bereits entwickelten Ausnahmen etwa für Bauherrengemeinschaften, geschlossenen Immobilienfonds, Gelegenheitsgesellschaften und gemeinnützigen Gesellschaften.“

⁵⁶ Vgl. Korch, ZIP 2023, 2017, 2024; Wilhelm (Fn. 8), S. 596 ff.

⁵⁷ So etwa Langheld/Haagen, NZG 2021, 724, 727; Schwemmer, AcP 221 (2021), 555, 585.

⁵⁸ Weinstein/Lofchie/Schwartz (Fn. 6).

⁵⁹ Vgl. Weinstein/Lofchie/Schwartz (Fn. 6).

⁶⁰ Dazu Weinstein/Lofchie/Schwartz (Fn. 6): „A DAO can form as a corporation and state in its articles of incorporation and bylaws that certain decisions are delegated to the DAO members and that the corporation will abide by those decisions. However, in light of the many inconsistencies between a DAO and the corporate form, this route tends to be avoided and best practices for implementing a DAO in corporate form have not been established.“

⁶¹ So etwa *Sarcuni v. bZx DAO* 2023 WL 2657633 (S.D. Cal. 2023) *17; *Metjahic*, 39 *Carozo L. Rev.* 1533, 1553 ff. (2018); *Oren*, *Col. Bus. L. Rev.* 2018, 617, 651; *Reyes*, 87 *Geo. Wash. L. Rev.* 373, 398 ff. (2019); wohl auch *Nielsen*, *Utah L. Rev.* 2019, 1105, 1115 ff.; rechtsvergleichend *Zetzsche/Buckley/Arner*, *U. Ill. L. Rev.* 2018, 1361, 1400 f.

(RUPA), entsteht eine *general partnership*, wenn mindestens zwei Personen gemeinsam als Inhaber ein Unternehmen zur Gewinnerzielung betreiben.⁶² Besondere Formalitäten sind nicht vorgeschrieben, der Vertragsschluss kann mündlich oder konkludent erfolgen.⁶³ Auch auf das Bewusstsein oder den Willen der Beteiligten, eine Personengesellschaft zu gründen, kommt es nicht an.⁶⁴ Fehlt es daran, liegt eine sog. *inadvertent partnership* vor; wie in Deutschland kommt der Personengesellschaft also eine Auffangfunktion zu.⁶⁵ Vor diesem Hintergrund gelangen die bisherigen Literaturstimmen fast einhellig zu dem Ergebnis, dass gewinnorientierte DAOs „neatly fit the classic default business-entity form of a partnership“⁶⁶. Sollte es sich um ein zeitlich begrenztes Projekt handeln, liegt ein sog. *joint venture* vor,⁶⁷ die US-amerikanische Variante der hiesigen Gelegenheitsgesellschaft,⁶⁸ auf welche die Regeln über *partnerships* entsprechend anwendbar sind.⁶⁹ Auf eine Einordnung der DAO als Personengesellschaft deutet schließlich auch der Untersuchungsbericht der Securities and Exchange Commission (SEC) zur Wertpapiereigenschaft der virtuellen Anteile von „The DAO“ hin, wonach es sich bei dieser um eine „unincorporated organization“⁷⁰ handelt. Vereinzelt geblieben ist demgegenüber die Einordnung der DAO als *business trust*.⁷¹

Ebenso wie in Deutschland haften die Gesellschafter einer *partnership* in den Vereinigten Staaten unbeschränkt und gesamtschuldnerisch für sämtliche vertragliche und außervertragliche Gesellschaftsverbindlichkeiten.⁷² Immerhin ist die Haftung dadurch abgemildert, dass die Vollstreckung in das Privatvermögen ei-

⁶² Vgl. § 102 (11) RUPA: „an association of two or more persons to carry on as co-owners a business for profit“; rechtsvergleichend *Bong/Jaeger*, in: Fleischer, Personengesellschaften im Rechtsvergleich, 2021, § 12 Rn. 3.

⁶³ Vgl. § 102 (12) RUPA: „[...] whether oral, implied in a record, or in any combination thereof“; *Cox/Hazen*, Business Organizations Law, 5. Aufl. 2020, § 1.7[2], S. 11.

⁶⁴ Vgl. § 202 (1) RUPA: „[...] whether or not the partners intend to form a partnership“; *Cox/Hazen* (Fn. 63), § 1.7[2], S. 12.

⁶⁵ Vgl. *Bong/Jaeger* (Fn. 62), § 12 Rn. 3.

⁶⁶ *Reyes*, 87 Geo. Wash. L. Rev. 373, 398 (2019); eingehend und rechtsvergleichend *Fleischer*, ZIP 2024 (im Erscheinen).

⁶⁷ So *Metjahiv*, 39 Cardozo L. Rev. 1533, 1558 ff. (2018).

⁶⁸ Allgemein dazu *Cox/Hazen* (Fn. 63), § 1.8, S. 21 f.; aus der Spruchpraxis *Messer Griesheim Indus., Inc. v. Cryptotech of Kingsport, Inc.*, 131 S.W.3d, 457, 469 (Tenn. Ct. App. 2003): „Although similar to a partnership, a joint venture exists for a more limited time and for a more limited purpose“; ferner *In re Groff*, 898 F.2d 1475, 1476 (10th Cir. 1990): „Although its history is not entirely clear, apparently the joint venture concept was developed to extend principles of partnership law to organizations that did not meet the technical requirements of a partnership.“

⁶⁹ Vgl. *Callison/Sullivan*, Partnership Law and Practice, 2016, § 5:8, S. 113.

⁷⁰ *Securities and Exchange Commission* (Fn. 18), S. 1.

⁷¹ Dazu *Reyes*, 87 Geo. Wash. L. Rev. 373, 414 ff. (2019); allgemein zur Organisationsform des *business trust* in den Vereinigten Staaten *Cox/Hazen* (Fn. 63), § 1.15, S. 42 ff.; rechtsvergleichend in diesem Band § 3 (*Stemberg*), S. 77.

⁷² Vgl. §§ 305 und 306(a) RUPA.

nes Gesellschafters nur subsidiär eröffnet ist⁷³ und dass ein Neugesellschafter nicht für Verbindlichkeiten eintreten muss, die vor seinem Beitritt eingegangen wurden.⁷⁴ Dessen ungeachtet wird der Chor der Literaturstimmen lauter, die *de lege ferenda* eine Haftungsbeschränkung für DAO-Mitglieder als notwendig erachten.⁷⁵

Dass die im Schrifttum heraufbeschworenen Haftungsgefahren nicht gänzlich aus der Luft gegriffen sind, veranschaulicht ein vielbeachteter erster Praxisfall aus dem Jahre 2022.⁷⁶ In dessen Mittelpunkt steht die bZx DAO, die durch einen erfolgreichen Phishing-Angriff Mittel im Wert von 55 Mio. US-Dollar verloren hat. Daraufhin reichten Beteiligte an dieser DAO im Mai 2022 vor einem Gericht in Kalifornien eine Sammelklage gegen bZx, ihre Gründer *Kyle Kistner* und *Tom Bean* sowie gegen weitere DAO-Beteiligte und ihre Plattformbetreiber ein.⁷⁷ Rechtlich stützen sie ihre Klage auf den allgemeinen deliktsrechtlichen *negligence*-Tatbestand und den Grundsatz, dass Gesellschafter einer *general partnership* persönlich für deren Verbindlichkeiten eintreten müssen.⁷⁸

Damit nicht genug: Im September 2022 verhängte die Commodity Futures Trading Commission (CFTC) im Rahmen einer *settlement order* gegen bZx eine zivilrechtliche Sanktion in Höhe von 250.000 US-Dollar wegen eines Verstoßes gegen den Commodity Exchange Act.⁷⁹ Für diese Summe werden in einem Mehrheitsvotum der CFTC zugleich die Gründer von bZx persönlich in Anspruch genommen, während ein Minderheitsvotum dafür eine tragfähige rechtliche Grundlage vermisst.⁸⁰

IV. Erste Gesetze für Blockchain-basierte Gesellschaften in einzelnen Bundesstaaten

Vor diesem Hintergrund und der verbreiteten Rechtsunsicherheit im Hinblick auf den rechtlichen Status einer DAO haben erste US-amerikanische Bundesstaaten kürzlich entsprechende Gesetzesinitiativen ergriffen.⁸¹

⁷³ Vgl. § 307(d) RUPA; rechtsvergleichend *Bong/Jaeger* (Fn. 62), § 12 Rn. 94 ff.

⁷⁴ Vgl. § 306(b) RUPA; rechtsvergleichend *Bong/Jaeger* (Fn. 62), § 12 Rn. 100 ff.

⁷⁵ Vgl. etwa *Nielsen*, Utah L. Rev. 2019, 1105, 1115 f.

⁷⁶ Näher dazu *Farmer/Cahill*, DAOs: A game changer in need of new rules, 30.9.2022.

⁷⁷ Vgl. *Farmer/Cahill* (Fn. 76).

⁷⁸ Vgl. *Weinstein/Lofchie/Schwartz* (Fn. 6): „The plaintiffs have made claims [...], contending that the DAO, as an unincorporated business entity, is a general partnership and that the defendants are all jointly and severally liable for the loss of funds from the plaintiffs' accounts that resulted from one of the operators being fooled by a typical phishing scam.“; dem grundsätzlich zustimmend *Sarcuni v. bZx DAO* 2023 WL 2657633 (S.D. Cal. 2023) *17; eingehend und rechtsvergleichend Fleischer, ZIP 2024 (im Erscheinen).

⁷⁹ Vgl. *Farmer/Cahill* (Fn. 76).

⁸⁰ Vgl. *Farmer/Cahill* (Fn. 76).

⁸¹ Für einen Überblick *Teague*, Starting a DAO in the USA? Steer Clear of DAO Legislation. A Primer on DAO Legislation in Multiple States, 7.6.2022.

1. Vermont als Vorläufer

Ein erster wichtiger Impuls ging vom Gesetzgeber in Vermont aus. Dieser verabschiedete im Juli 2018 ein Reformgesetz, das DAOs zwar nicht ausdrücklich erwähnt, aber jeder Gesellschaft, die Blockchain-Technologie für ihre Geschäftsaktivitäten verwendet, die Möglichkeit eröffnet, sich als „Blockchain-Based LLC“ (BLLC) registrieren zu lassen.⁸² Im Juli 2019 wurde die dOrg LLC, die sich auf Software-Entwicklung spezialisiert, als erste BLLC eingetragen.

2. Wyoming als Pionier

Ein noch stärkeres Augenmerk auf die neuen Technologien richtet der Bundesstaat Wyoming, der gegenwärtig als Blockchain-freundlichste Jurisdiktion in den Vereinigten Staaten gilt.⁸³ Dort sind inzwischen mehr als ein Dutzend Gesetze verabschiedet worden, um Geschäfte anzuziehen, die Blockchains, Kryptowährungen und Token zum Gegenstand haben.⁸⁴ Die Federführung dafür liegt bei einem Parlamentsausschuss, dem Select Committee on Blockchain, Financial Technology and Digital Innovation Technology.⁸⁵ Dieser Ausschuss hat sich auch des immer häufiger geäußerten Wunsches nach einer rechtssicheren Organisationform für DAOs angenommen. Im Fachjargon spricht man von Legally Compliant DAOs (LAOs).⁸⁶ Hierzu gehört vor allem eine Beschränkung der Mitgliederhaftung durch einen sog. *limited liability wrapper*.⁸⁷ Außerdem soll der Status der DAO als selbständiges Rechtssubjekt gefestigt werden. Zur rechtlichen Umsetzung hat der Gesetzgeber seinen LLC Act von 1977 im Jahre 2021 um einen eigenen Anhang („Supplement“) für die Wyoming DAO LLC ergänzt. Gouverneur *Mark Gordon* unterzeichnete am 21. April 2021 die sog. Bill 38, die am 1. Juli 2021 in Kraft getreten ist und damit weltweit das erste Rechtskleid für DAOs bildet. Auf Einzelheiten ist zurückzukommen.⁸⁸

⁸² S. 269, 2018 Gen. Assemb., Reg. Sess. (Vt. 2018); dazu *Matera*, 27 *Fordham J. C. & Fin. L.* 73, 124 (2022): „Arguably, Vermont is using BLLC as a laboratory where to experiment the potential of blockchain technology.“

⁸³ Dazu *Matera*, 27 *Fordham J. C. & Fin. L.* 73, 124 (2022): „Wyoming is the state that has pushed the challenge even further and has emerged as the most blockchain-friendly jurisdiction so far.“; siehe auch *Neitz*, 61 *Jurimetrics J.* 185, 214 f. (2021).

⁸⁴ Vgl. *Neitz*, 61 *Jurimetrics J.* 185, 214 f. (2021).

⁸⁵ Vgl. *Matera*, 27 *Fordham J. C. & Fin. L.* 73, 129 (2022): „In addition to the statutes already enacted, Wyoming’s Blockchain Task Force, a legislature-created commission that has drafted many of the new laws, appears to have forthcoming an ambitious blockchain agenda.“

⁸⁶ Näher *OpenLaw*, *The Era of Legally Compliant DAOs*, 2020; *The LAO*, *A Taxonomy for LAOs*, 2019.

⁸⁷ Vgl. *OpenLaw*, *The Era of Legally Compliant DAOs*, 2020 unter der Zwischenüberschrift „Limited Liability Wrappers for DAOs“; rechtsvergleichend *Mienert*, RDi 2021, 384, 388; *Spindler*, RDi 2021, 309, 315.

⁸⁸ Näher sogleich unter V.

3. Tennessee als früher Nachahmer

Ein knappes Jahr später hat Tennessee als zweiter Bundesstaat eine spezielle DAO-Regelung eingeführt.⁸⁹ Das Gesetz ist im April 2022 einstimmig von beiden Kammern verabschiedet worden.⁹⁰ Es orientiert sich in vielerlei Hinsicht am Modell aus Wyoming, bezeichnet die neue Rechtsformvariante seiner LLC aber verkürzt als Decentralized Organisation (DO).⁹¹

V. Regelungsstrukturen der Wyoming DAO LLC

Das DAO Supplement in Wyoming besteht aus insgesamt 15 Vorschriften.⁹² Der angelsächsischen Regelungstechnik folgend, stellt es einige Definitionen voran, darunter die für eine „open blockchain“ und einen „smart contract“.⁹³ Sodann geht es vor allem um die von der gewöhnlichen LLC abweichenden Gründungsvoraussetzungen und Governance-Strukturen:

1. Wahl des Status einer DAO LLC

Voraussetzung für eine DAO LLC ist zunächst, dass ihre *articles of organization* diesen Status zum Ausdruck bringen.⁹⁴ Außerdem muss ihre registrierte Firma den Rechtsformzusatz zumindest in abgekürzter Form als DAO, LAO oder DAO LLC enthalten.⁹⁵ Schließlich ist ein gut sichtbarer Warnhinweis vorgeschrieben, dass sich die mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten wesentlich von denen in einer gewöhnlichen LLC unterscheiden können.⁹⁶ Dies gilt insbesondere für verringerte Treuepflichten, Übertragungsbeschränkungen und Austritts- oder Auflösungsrechte.⁹⁷

⁸⁹ Vgl. *McDowell*, Tennessee Permits Decentralized Autonomous Organization to Organize as LLCs, 20.4.2022; *Rickmeyer*, Tennessee Becomes Second State to Pass DAO Legislation, 6.4.2022.

⁹⁰ Tenn. Code Ann. 48-250-101, HB 2645.

⁹¹ Näher *Miller/Green*, Beyond a Reasonable DAOubt: Tennessee's Limited Liability Statute for Decentralized Autonomous Organizations (DAOS), National Law Review, 4.8.2022.

⁹² Vgl. Wyo. Stat. Ann. §§ 17-31-101 bis 17-31-115.

⁹³ Vgl. Wyo. Stat. Ann. § 17-31-102.

⁹⁴ Vgl. Wyo. Stat. Ann. § 17-31-104(a).

⁹⁵ Vgl. Wyo. Stat. Ann. § 17-31-104(d).

⁹⁶ Vgl. Wyo. Stat. Ann. § 17-31-104(c).

⁹⁷ Vgl. Wyo. Stat. Ann. § 17-31-104(c): „The rights of members in a decentralized autonomous organization may differ materially from the rights of members in other limited liability companies. The Wyoming Decentralized Autonomous Organization Supplement, underlying smart contracts, articles of organization and operating agreement, if applicable, of a decentralized autonomous organization may define, reduce or eliminate fiduciary duties and may restrict transfer of ownership interests, withdrawal or resignation from the decentralized autonomous organization, return of capital contributions and dissolution of the decentralized autonomous organization.“

2. Gründungsvorgang

Die Gründung selbst erfolgt durch Einreichung der unterschriebenen *articles of organization* im Original und einer Abschrift beim *secretary of state*.⁹⁸ Der Gründer braucht kein Gesellschafter zu sein. Die Wyoming DAO LLC kann aus einer oder mehreren Personen bestehen. Sie kann zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck gegründet werden, also sowohl gewinnorientiert als auch gemeinnützig ausgerichtet sein.⁹⁹ Für die Gründung selbst ist eine Gebühr von 100 US-Dollar fällig.

3. Gründungs- und Governance-Vereinbarungen

Als obligatorisches Gründungsdokument müssen die *articles of organization* neben den schon erwähnten Angaben eine öffentlich zugängliche Kennung für jeden Smart Contract enthalten, der unmittelbar genutzt wird, um die DAO zu leiten oder hierbei behilflich zu sein.¹⁰⁰ Die *articles of organization* und die Smart Contracts regeln die Beziehungen der Gesellschafter untereinander und zur DAO, die mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten und die Geschäftstätigkeit der DAO.¹⁰¹ Ergänzend kann noch ein *operating agreement* hinzutreten.¹⁰² Was das Verhältnis dieser Regelungsquellen zueinander anbelangt, beanspruchen die *articles of organization* Vorrang vor dem *operating agreement* und die *Smart Contracts* gehen den *articles of organization* vor.¹⁰³ Man sieht hier markante Abweichungen von dem Grundschema einer gewöhnlichen LLC, bei der das *operating agreement* das zentrale Governance-Dokument bildet.¹⁰⁴

4. Organisationsverfassung

Die Geschäftsführung der Gesellschaft kann entweder ihren Mitgliedern oder einem Smart Contract übertragen werden, wenn es sich um eine algorithmusgeführte LLC handelt.¹⁰⁵ Ersteres ist der gesetzliche Grundfall.¹⁰⁶ Zudem ist eine algorithmusgeführte DAO nur zulässig, wenn die zugrunde liegenden Smart Contracts aktualisiert, modifiziert oder auf andere Weise auf den neuesten Stand gebracht werden können.¹⁰⁷

⁹⁸ Vgl. Wyo. Stat. Ann. § 17-31-105(a).

⁹⁹ Vgl. Wyo. Stat. Ann. § 17-31-105(c).

¹⁰⁰ Vgl. Wyo. Stat. Ann. § 17-31-106(b).

¹⁰¹ Vgl. Wyo. Stat. Ann. § 17-31-106(c).

¹⁰² Vgl. Wyo. Stat. Ann. § 17-31-108.

¹⁰³ Vgl. Wyo. Stat. Ann. § 17-31-115.

¹⁰⁴ Dazu *Elf Atochem N. Am. v. Jaffari*, 727 A.2d 286, 291 (Del. 1999): „cornerstone“; rechtsvergleichend *Fleischer*, GmbHR 2022, 1179, 1184.

¹⁰⁵ Vgl. Wyo. Stat. Ann. § 17-31-109.

¹⁰⁶ Vgl. Wyo. Stat. Ann. § 17-31-104(e).

¹⁰⁷ Vgl. Wyo. Stat. Ann. § 17-31-105(d).

5. Mitgliedschaftliche Rechte und Pflichten

In der Wyoming DAO LLC bestimmen sich die Vermögensrechte der Mitglieder grundsätzlich nach Kapitalanteilen, genauer: nach den von ihnen erbrachten digitalen Vermögenswerten.¹⁰⁸ Ein individuelles Informationsrecht gibt es nicht.¹⁰⁹ Die mitgliedschaftlichen Verhaltenspflichten sind stark zurückgenommen. Als unabdingbarer Kern verbleibt nur der „implied contractual covenant of good faith and fair dealing“.¹¹⁰

6. Eingriffsmöglichkeiten des Staates

Hinzuweisen ist schließlich noch auf die Eingriffsmöglichkeiten des Staates bei gesetzeswidriger Betätigung. In diesem Fall kann der *secretary of state* die Auflösung der DAO anordnen.¹¹¹

VI. Jüngste Entwicklungen

1. Erste Überarbeitung des Regelungsrahmens

Im März 2022 hat der Gesetzgeber in Wyoming den DAO-Regelungsrahmen in verschiedenen Punkten überarbeitet, wie er es von Anfang an angekündigt hatte.¹¹² Die meisten Anpassungen sind redaktioneller Natur. Hervorhebung verdient aber eine praktisch wichtige Änderung hinsichtlich des erforderlichen Beschlussquorums. Ursprünglich mussten mehr als 50 Prozent aller Mitglieder an einer Abstimmung teilnehmen, damit sie als wirksam angesehen wurde. Diese hohe Schwelle erwies sich bei DAOs mit einem größeren Mitgliederkreis als unpraktikabel.¹¹³ Nunmehr haben es die Beteiligten in der Hand, in den *articles of organization* oder im *operating agreement* ein niedrigeres Beschlussquorum festzuschreiben.¹¹⁴

2. Verbreitung in der Praxis

Verlässliche Zahlen über die Akzeptanz der DAO LLC in der Praxis liegen bisher nicht vor. Dies hängt damit zusammen, dass der Anteil der DAOs an der Grund-

¹⁰⁸ Vgl. Wyo. Stat. Ann. § 17-31-111(a)(i).

¹⁰⁹ Vgl. Wyo. Stat. Ann. § 17-31-112.

¹¹⁰ Vgl. Wyo. Stat. Ann. § 17-31-110.

¹¹¹ Vgl. Wyo. Stat. Ann. § 17-31-114(v).

¹¹² Dazu *DiCamillo*, State Lawmaker Explains Wyoming’s Newly Passed DAO LLC Law, 22.4.2021 unter Hinweis auf Senator *Chris Rothfuss*: „We look for feedback from the user community to understand any shortcomings of the LLC structure so that we can improve our existing DAO legislation and consider further DAO corporate supplements.“

¹¹³ Dazu *Barnett/Ostroff et al.*, Wyoming Amends DAO Legislation Enabling DAOs to Dictate Quorum Threshold on an Individual Basis, Consumer Financial Services Law Monitor, 4.5.2022.

¹¹⁴ Vgl. Wyo. Stat. Ann. § 17-31-102(a)(v).

gesamtheit von LLCs in Wyoming nicht gesondert ausgewiesen wird. Man muss sich daher mit größeren Suchstrategien zufriedengeben, etwa indem man nach bestimmten Schlüsselbegriffen im Firmennamen fragt. Eine solche Registersuche vom Mai 2022 hat knapp 400 Treffer ergeben.¹¹⁵ Von den so ermittelten DAOs soll ein großer Teil nicht in Wyoming ansässig, sondern dort nur registriert sein.¹¹⁶ Dies ist rechtlich zulässig, sofern die DAO über einen lokalen *registered agent* verfügt, der die gesetzlichen Anforderungen erfüllt.¹¹⁷ Demgegenüber verlangt das Tennessee-Statut, dass die DAO selbst innerhalb der Vereinigten Staaten angesiedelt ist.¹¹⁸

VII. Rechtspolitische Beurteilung

1. Rechtsformvariante der LLC

Konzeptionell hat sich der Reformgesetzgeber in Wyoming gegen eine vollständige Rechtsformneuschöpfung und für eine Rechtsformvariante der LLC entschieden. Für eine solche Regelungstechnik spricht, dass sich der Regelungsaufwand in Grenzen hält und der Rechtsverkehr jedenfalls teilweise an bekannte und bewährte Regelungsstrukturen anknüpfen kann.¹¹⁹ Dass die Wahl dabei auf die LLC und nicht auf die *corporation* als Grundform fiel, beruht neben ihrer großen Beliebtheit wohl in erster Linie auf ihrem höchst flexiblen Regelungsrahmen.¹²⁰ Weitere rechtliche Module für die DAO sind damit künftig nicht ausgeschlossen.¹²¹

2. Beurteilung in Praxis und Wissenschaft

In Praxis und Wissenschaft hat die Einführung der Wyoming DAO LLC ein gemischtes Echo hervorgerufen. Kritische Stimmen monieren, dass sie unter verschiedenen Konstruktionsfehlern leide, weil der Gesetzgeber nicht richtig verstanden habe, wie DAOs wirklich funktionieren.¹²² Zu den Mängeln gehören

¹¹⁵ Dazu *Teague* (Fn. 81).

¹¹⁶ Dazu *Rickmeyer* (Fn. 89): „Audi says many businesses, if not most, who have registered DAOs in Wyoming aren't actually located or operating in Wyoming. For many, Wyoming is just a means of registration.“; gleichsinnig *McDowell* (Fn. 89).

¹¹⁷ Vgl. Wyo. Stat. Ann. § 17-28-101 bis 17-28-111.

¹¹⁸ Vgl. Tenn. Code Ann. 48-249, sec. 115.

¹¹⁹ Dazu *Fleischer*, ZIP 2021, 2205, 2213.

¹²⁰ Allgemein zur besonderen Flexibilität und Geschmeidigkeit der LLC *Fleischer*, GmbHR 2022, 1179, 1185.

¹²¹ Vgl. *DiCamillo* (Fn. 112) unter Hinweis auf Senator *Chris Rothfuss* aus Wyoming: „Maybe we need a DAO C Corp next to address other challenges. We're certainly not done yet.“

¹²² So etwa *Teague* (Fn. 81) zu den drei DAO-Spezialgesetzen in Vermont, Wyoming und Tennessee: „These laws impose additional burdens on DAOs without conferring any real benefits in exchange. Additionally, all three statutes suffer design flaws that presumably stem from a fundamental misunderstanding of blockchain technology and how DAOs really function.“

danach etwa das Versäumnis, Konflikte zwischen *operating agreement* und *smart contract* zu lösen, sowie die sachlich unangemessene Regel, dass die DAO LLC aufgelöst ist, wenn innerhalb eines Jahres keine Vorschläge gebilligt und keine Handlungen vorgenommen werden.¹²³ Demgegenüber sprechen andere von einer „landmark legislation“, die zur Demokratisierung einer Organisation beitrage: „All the members of a DAO need to vote for any changes to be implemented instead of implemented changes by a sole party [depending on the company’s structure].“¹²⁴ Außerdem operierten DAOs vollständig transparent und global.¹²⁵ Zumindest sei die Neuregelung ein vernünftiger Anfang.¹²⁶

3. Wettbewerb der Rechtsordnungen

Weiterhin lässt sich an der Wyoming DAO LLC das Phänomen des Wettbewerbs der Einzelstaatengesetzgeber in den Vereinigten Staaten veranschaulichen. Bekanntlich hat Delaware diesen Wettbewerb bei börsennotierten Gesellschaften auf absehbare Zeit für sich entschieden.¹²⁷ Andere Bundesstaaten versuchen daher, Nischen für bestimmte Rechtsformen zu finden, um sich dort komparative Vorteile zu verschaffen.¹²⁸ Eine solche Nische bildet das Marktsegment für Blockchain-basierte Rechtsformen. Wyoming hat insoweit in jüngerer Zeit enorme gesetzgeberische Anstrengungen unternommen, um zum „Delaware of digital assets“¹²⁹ aufzusteigen.¹³⁰ Hierzu gehören neben dem DAO LLC Act eine Reihe kapitalmarktrechtlicher Regelungen sowie die Einrichtung eines speziellen Chancery Court,¹³¹ der für handels- und gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten zuständig ist: „This legislative amendment is perhaps the strongest indication that Wyoming is trying to follow Delaware’s steps towards a leading position in the corporate charter market.“¹³²

Von ähnlichen Erwägungen ließ sich der Gesetzgeber in Tennessee leiten. Anlässlich der dortigen Einführung der DO LLC äußerte Senator *Jason Powell* die Hoffnung, dass Tennessee zum „Delaware of DAOs“¹³³ aufsteigen werde und malte

¹²³ Vgl. *Teague* (Fn. 81).

¹²⁴ *Rickmeyer* (Fn. 89) zur Tennessee DAO-Gesetzgebung.

¹²⁵ *Rickmeyer* (Fn. 89).

¹²⁶ Vgl. *Farmer/Cahill* (Fn. 76).

¹²⁷ Vgl. statt vieler *Broughman/Fried/Ibrahim*, 57 J.L. & Econ. 865 (2014) unter dem Titel „Delaware Law as Lingua Franca: Theory and Evidence“.

¹²⁸ Dazu *Murray*, 75 Md. L. Rev. 541, 570 (2016): „At this point in jurisdictional competition for business entities, most states have recognized that they cannot compete with Delaware for traditional, large corporations. Instead, states have started to find niches where they can develop expertise and competitive advantage.“

¹²⁹ *Whirly/Nielsen*, *The Defiant*, April 23, 2021.

¹³⁰ *Matera*, 27 Fordham J. C. & Fin. L. 73, 124 (2022): „In fact, Wyoming has passed more than a dozen liberal bills to attract blockchain, cryptocurrency, and token-based businesses.“

¹³¹ S. 104, 65th Leg. Reg. Sess. Art. 1, §§ 5-13-101, 5-13-115(a) (Wyo. 2019).

¹³² *Matera*, 27 Fordham J. C. & Fin. L. 73, 129 (2022).

¹³³ Zitiert nach *Rickmeyer* (Fn. 89).

die Zukunft in rosigen Farben aus: „With this new business structure, Tennessee will be a beacon for blockchain investment, new jobs and investment“¹³⁴.

4. Zukunftsaussichten der DAO

Schließlich steht und fällt der weitere Erfolg der Wyoming DAO LLC zwangsläufig mit der allgemeinen Zukunft der DAO als Organisationsform. Insoweit fallen verlässliche Vorhersagen schwer.¹³⁵ Manche halten die DAO für eine vorübergehende Modeerscheinung oder verweisen auf verschiedene rechtliche und praktische Hindernisse, die erst überwunden werden müssten, damit sie ein wettbewerbsfähiges Vehikel für den wirtschaftlichen Mainstream werde.¹³⁶ Demgegenüber sind andere fest von ihrer Zukunft überzeugt und erblicken in ihr die frühe Version einer ganz neuen Form von Governance, die hergebrachte Organisationsformen künftig ersetzen werde.¹³⁷

¹³⁴ Zitiert nach *Rickmeyer* (Fn. 89) mit dem Zusatz: „Just as Delaware became a hub for traditional LLCs or South Dakota for credit card companies.“

¹³⁵ So auch *Weinstein/Lofchie/Schwartz* (Fn. 6): „Thus, it remains unclear whether, how, and to what extent DAOs might displace traditional organizational structures. But they represent an increasingly popular and potentially transformational business idea [...]“

¹³⁶ So etwa *Tse*, (2020) 51 VUWLR 313: „Using a corporate governance and legal realist lens, this article suggests that a number of purported benefits of DAOs are overly simplified. Moreover, there are several practical and legal obstacles that technological advancements and improved engineering must overcome before DAOs become a viable, mainstream organisational structure.“

¹³⁷ So *Masur/Amamoo*, DAOs are the Punk Rock of Corporate Law, 20.6.2022, unter der Zwischenüberschrift „DAOs are Here to Stay“.

§ 22 Österreich: Flexible Kapitalgesellschaft (FlexKapG), 2024

Holger Fleischer/Matthias Pendl

I.	Einführung.....	700
II.	Ein kleiner Steckbrief der FlexKapG.....	701
III.	Rahmenbedingungen des österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts.....	702
	1. Grundlagen.....	702
	2. Reformdebatte nach der Jahrtausendwende.....	703
IV.	Von der Austrian Limited zur FlexKapG: Schlaglichter der Entstehungsgeschichte.....	704
	1. Regierungsprogramm 2020–2024.....	704
	2. Reformgutachten zur „Austrian Limited“.....	705
	3. Beratungen einer Arbeitsgruppe im Bundesministerium für Justiz.....	707
	4. Diskussionen auf dem Wiener Unternehmensrechtstag.....	709
	5. Begutachtungsentwurf des FlexKapGG.....	710
	6. Parlamentarische Debatten und Inkrafttreten.....	712
	7. Eine verworfene Ergänzung: Personengesellschaft mbH.....	713
V.	Die FlexKapG als Hybridform zwischen GmbH und Aktiengesellschaft.....	714
	1. GmbH-rechtliches Grundgerüst.....	715
	2. Anleihen beim Aktienrecht.....	715
	3. Originäres FlexKapG-Recht.....	715
VI.	Einzelregelungen im Überblick.....	716
	1. Neuerungen des FlexKapGG.....	716
	a) Flexiblere Kapitalmaßnahmen.....	716
	b) Unternehmenswert-Anteile.....	716
	c) Lockerung von Formvorschriften.....	718
	d) <i>Varia</i>	719
	2. Ergänzende Regelungen in Nachbargesetzen.....	719
	a) Absenkung des Mindeststammkapitals in der GmbH.....	719
	b) Beseitigung der „Dry Income“-Problematik im Einkommenssteuerrecht.....	720
VII.	Rechtspolitische Würdigung.....	720
	1. Sondergesellschaftsrecht für Startup-Unternehmen.....	721
	2. Neue Gesellschaftsform <i>versus</i> Rechtsformvariante.....	722
	3. Internationaler Wettbewerb der Rechtsformen.....	724
	4. Binnenwettbewerb zwischen FlexKapG und GmbH.....	725
	5. Politische Ökonomie des Gesellschaftsrechts.....	726
	6. Wirkungsorientierte Folgenabschätzung.....	728
VIII.	Die FlexKapG aus deutscher Sicht.....	729
IX.	Schluss.....	730

I. Einführung*

Die Flexible Kapitalgesellschaft (FlexKapG) erblickte erst kürzlich, am 1. Januar 2024, das Licht der Welt.¹ Mit ihr erhielt das österreichische Gesellschaftsrecht eine dritte Kapitalgesellschaft neben der Aktiengesellschaft (AG) und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH). Ausweislich der Gesetzesmaterialien zum Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2023 (GesRÄG 2023) ist die Rechtsform vor allem auf die besonderen Bedürfnisse von Startups und anderen innovativen Unternehmen zugeschnitten.² Ihnen soll der neue Organisationsrahmen eine international wettbewerbsfähige Option bieten.³ Das österreichische Recht beschränkt die Rechtsformwahl allerdings weder in die eine Richtung noch in die andere; vielmehr steht auch die FlexKapG allen interessierten Unternehmern offen.⁴ Die Neuschöpfung könnte daher künftig für eine neue Dynamik am Rechtsformenmarkt sorgen.⁵

Die folgende Darstellung beginnt mit einem kleinen Steckbrief der FlexKapG (II.), gewährt einen kurzen Blick auf die Rahmenbedingungen vor ihrer Einführung (III.) und zeichnet sodann ihre einzelnen Entstehungsstufen von dem Ursprungskonzept einer Austrian Limited bis hin zur parlamentarischen Debatte in National- und Bundesrat nach (IV.). Anschließend widmet sich der Beitrag der systematischen Einordnung der Flex-KapG als Hybridform zwischen GmbH und AG (V.). Es folgt ein Überblick über ihre wichtigsten Einzelregelungen sowie über ergänzende Neuerungen in Nachbargesetzen (VI.). Am Schluss stehen eine rechtspolitische Würdigung, welche die FlexKapG in den größeren Zusammenhang von Rechtsformneuschöpfungen rund um den Globus stellt (VII.), und Überlegungen dazu, welche Anregungen sie für das deutsche Recht bietet (VIII.).

* Teile dieses Beitrags sind auch erschienen in *GmbH* 2024, 174.

¹ Vgl. dazu eine wahre Flut von Einzelbeiträgen in Schwerpunktheften österreichischer Zeitschriften, etwa in *ecolex* 2023, 905–926 (*Reich-Rohrwig, Rastegar, Kinsky/Kunz, Eckert/Sternig, Novak/Aspalter*), *ecolex* 2023, 1014–1025 (*Reich-Rohrwig/Prasser, Strass/Habich, Schopper, Hekele/Dunstberger*), *GesRZ* 2023, 345–372 (*Kalss, Jaritz, Aubrunner/Fürst, Sauer/Hiermann*) sowie in *ÖJZ* 2023, 884–923 (*S. Bydlinski, Rizzi/Ringhofer, Told, Zollner, Foglar-Deinartstein, Hartlieb*).

² So ausdrücklich die Erläuterungen in der Regierungsvorlage zum GesRÄG 2023, ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, S. 1.

³ In diesem Sinne ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, S. 1.

⁴ ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, S. 1: „Die neue Rechtsform der FlexKapG [...] steht selbstverständlich nicht nur Startups, sondern auch allen anderen Unternehmerinnen – insbesondere Gründerinnen in der Frühphase, Social Entrepreneurs und KMUs – zur Verfügung.“

⁵ Vgl. *Kalss*, *NZG* 2023, 1437; *Told*, *ÖJZ* 2023, 881.

II. Ein kleiner Steckbrief der FlexKapG

Geregelt ist die FlexKapG in einem eigenen Bundesgesetz über die Flexible Kapitalgesellschaft (FlexKapGG),⁶ das mit nur 29 Paragraphen auskommt.⁷ An der Spitze steht in hergebrachter Regelungsmanier eine Begriffsbestimmung. Danach ist die FlexKapG eine Kapitalgesellschaft, die zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck durch eine oder mehrere Personen gegründet werden kann (§ 1 Abs. 1 FlexKapGG). Aus dieser gesetzlichen Visitenkarte ergibt sich bereits zweierlei: Zum einen handelt es sich um eine Kapitalgesellschaft; ihr Mindeststammkapital beträgt wie jenes der ebenfalls reformierten GmbH 10.000 Euro (§ 6 Abs. 1 öGmbHG).⁸ Zum anderen ist die FlexKapG – ebenso wie die GmbH⁹ – als Allzweckinstrument konzipiert, weil sich Startup-Unternehmen nicht mit der erforderlichen Trennschärfe definieren und von anderen Unternehmenstypen abgrenzen lassen.¹⁰ Was die Rechtsformbezeichnung anbelangt, stellt der Gesetzgeber wahlweise die Bezeichnungen „Flexible Kapitalgesellschaft“ oder „Flexible Company“ zur Verfügung, die mit „FlexKapG“ oder „FlexCo“ abgekürzt werden können (§ 2 FlexKapGG). Hierdurch will der Reformgesetzgeber die besonders weitreichenden Gestaltungsmöglichkeiten dieser Rechtsform betonen.¹¹ Zugleich soll durch den englischen Ausdruck ihre Attraktivität für internationale Venture-Capital-Investoren hervorgehoben werden.¹² In der österreichischen Literatur hat die englische Kurzbezeichnung bereits jetzt zahlreiche Nutzer gefunden.¹³

Ermöglicht wird das schlanke Gesetzesstatut durch einen Generalverweis auf das österreichische GmbH-Gesetz: „Soweit in diesem Bundesgesetz keine abweichenden Regelungen getroffen werden, sind auf die FlexKapG die für Gesellschaften mit beschränkter Haftung geltenden Bestimmungen anzuwenden“ (§ 1 Abs. 2 FlexKapGG). Durch diese Regelungs- und Verweisungstechnik, die auch

⁶ BGBl. I 179/2023.

⁷ Dies hervorhebend auch *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 2023, 497: „Der Gesetzesvorschlag enthält nur 29 Paragraphen“; ferner *Rastegar*, *ecolex* 2023, 909: „Gleichzeitig umfasst der ME lediglich 29 Bestimmungen, was für den Rechtsanwender auf den ersten Blick die Frage aufwirft, wo der Rest geblieben ist. Immerhin enthält das GmbHG 127, das AktG sogar 273 Paragraphen.“

⁸ Näher dazu unten VI.2.a).

⁹ Dazu *Schmidsberger/Duursma*, in: Gruber/Harrer, *GmbHG*, 2. Aufl. 2018, § 1 Rn. 1 ff.: „Grundsatz der Zweckoffenheit“.

¹⁰ So aus der Binnensicht des BMJ *S. Bydlinski*, in: Kalss/Torggler, *Reform des Gesellschaftsrechts*, 2022, S. 1, 4: „Wir können uns zwar alle den Prototyp eines Start-ups vorstellen: Ein Unternehmen, das einen neuen technologischen Ansatz zu einem skalierungsfähigen Produkt entwickelt und in enger zeitlicher Abfolge Investoren, insbesondere Venture Capital Fonds, gewinnen kann und auf einen erfolgreichen Exit zusteuert. [...] Aber fassbare Kriterien für ein (zukünftiges) Start-up oder eine passende zeitliche Eingrenzung – wie zum Beispiel die zehn Jahre für die gründungsprivilegierte GmbH – sind nicht zu finden.“

¹¹ So ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, S. 1.

¹² In diesem Sinne ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, S. 1.

¹³ Vgl. die in Fn. 1 zitierten Beiträge.

das Prinzip der Haftungsbeschränkung in § 61 Abs. 2 öGmbHG einschließt, soll die Rechtspraxis weiterhin in vielen Bereichen auf den reichen Erfahrungsschatz zurückgreifen können, den Judikatur und Wissenschaft zum GmbH-Recht zusammengetragen haben.¹⁴ Darüber hinaus hat der Reformgesetzgeber auch manche Bestimmungen aus dem österreichischen Aktiengesetz übernommen und entsprechend angepasst. Vor diesem Hintergrund wird die FlexKapG in den Gesetzesmaterialien als „Hybridform zwischen der GmbH und der Aktiengesellschaft“¹⁵ bezeichnet.

Hervorhebung verdient schließlich noch, dass sich das FlexKapGG im Sinne der sprachlichen Gleichbehandlung erstmals in Österreich¹⁶ durchweg des generischen Femininums bedient: „Soweit in diesem Bundesgesetz auf natürliche Personen bezogene Bezeichnungen nur in weiblicher Form angeführt sind, beziehen sie sich auf alle Geschlechter in gleicher Weise“ (§ 27 FlexKapGG). Diese legislative Neuerung hat – ähnlich wie seinerzeit der feminin gefasste Referentenentwurf für das StaRUG¹⁷ – im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens erheblichen Staub aufgewirbelt.¹⁸

III. Rahmenbedingungen des österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts

1. Grundlagen

Das österreichische und das deutsche Kapitalgesellschaftsrecht gehen bereits über Jahrhunderte hinweg mehr oder weniger Hand in Hand. Insbesondere teilen sie sich als wichtige historische Wegmarke die Geltung des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs (ADHGB), welches das Kaisertum Österreich, als Teil des Deutschen Bundes, im Jahr 1863 als Allgemeines Handelsgesetzbuch (AHGB)¹⁹ einführte.²⁰ Im Jahr 1906 fand die GmbH Eingang in das österreichische Recht, wobei das öGmbHG²¹ dem deutschen Archetyp in vielen Dingen folgte, aber so-

¹⁴ So ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, S. 1.

¹⁵ ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, S. 1.

¹⁶ Dazu *Rastegar*, *ecolex* 2023, 909, 910: „Schließlich ist das FlexKapGG i.V.m. § 27 (Sprachliche Gleichbehandlung) das erste in rein weiblicher Form geschriebene und erläuterte Bundesgesetz.“

¹⁷ Vgl. dazu die Nachlese in ZEIT ONLINE, 14. Oktober 2020, abrufbar unter <<https://www.zeit.de/politik/deutschland/2020-10/insolvenzrecht-bundesjustizministerium-generisches-maskulinum-weibliche-endungen>> (1.2.2024).

¹⁸ Siehe unten IV.7.

¹⁹ öRGBl. 1863/1.

²⁰ Zu den Rahmenumständen, die zur Entstehung des ADHGB führten, *Schubert*, *Protocoll* der Commission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetz-Buches, Bd. 1, 1984, S. XI ff.

²¹ öRGBl. 1906/58.

wohl in seiner Struktur als auch in Einzelfragen, wie z. B. der strengeren Vermögenserhaltungspflichten, von seinem Vorbild abweicht.²² Schon kurze Zeit später fanden die Beteiligung einer GmbH an einer Personengesellschaft und sodann auch explizit die GmbH & Co. KG Anerkennung.²³

Im Aktienrecht sorgte die Zeit des Nationalsozialismus für erneute Rechtsangleichung; namentlich wurden das deutsche HGB sowie das druckfrische Aktiengesetz 1937 nach Österreich transplantiert.²⁴ Letzteres war nach dem Krieg in der österreichischen Praxis etabliert und wurde im Jahr 1965 einer eher zurückhaltenden Reform unterzogen.²⁵ Abgeschafft wurde im Zuge dessen aber die KGaA, die in Österreich keine Praxisrelevanz erlangt hatte.²⁶

Als größere Reformschritte zu nennen sind ferner das EU-GesRÄG,²⁷ mit dem das österreichische Handels- und Gesellschaftsrecht im Zuge des EU-Beitritts an unionsrechtliche Vorgaben angepasst wurde; das HaRÄG,²⁸ mit dem das Handelsgesetzbuch zum Unternehmensgesetzbuch mutierte; und schließlich die vom Wettbewerb der Rechtsordnungen getriebenen Initiativen, das Mindeststammkapital der GmbH auf 10.000 Euro herabzusetzen, die erst mit dem GesRÄG 2023 dauerhaft umgesetzt werden konnten.²⁹ Eine genuin österreichische Rechtsformneuschöpfung im Kapitalgesellschaftsrecht war bislang hingegen kein Thema. Vielmehr bezeichnete eine Stimme aus dem aktuellen Schrifttum die FlexKapG als erste österreichische Kapitalgesellschaftsform, die nicht entweder direkt aus Deutschland übernommen oder in starker Anlehnung an ein deutsches Vorbild konzipiert wurde.³⁰

2. Reformdebatte nach der Jahrtausendwende

Demgegenüber waren schon in der *Centros*-Ära auch in Österreich Stimmen laut geworden, die für eine grundlegende Reform des österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts warben.³¹ Eine besonders materialreiche und tiefgründige Studie

²² Akribische Aufarbeitung der Entstehung des österreichischen GmbH-Gesetzes nach dem deutschen Vorbild bei *Kalss/Eckert*, *Zentrale Fragen des GmbH-Rechts*, 2005, S. 54 ff., zu Unterschieden auf S. 65 ff.

²³ Auch dazu *Kalss/Eckert* (Fn. 22), S. 293 ff.; ferner *Fleischer/Wansleben*, *GmbHR* 2017, 633, 634 f.

²⁴ Siehe die Dritte Verordnung zur Einführung handelsrechtlicher Vorschriften im Lande Österreich vom 14. Oktober 1938, RGBI I 1938, 1428; ergänzend Vierte Verordnung zur Einführung handelsrechtlicher Vorschriften im Lande Österreich vom 24. Dezember 1938, RGBI I 1938, 1999.

²⁵ Vgl. ErlRV 301 BlgNR 10. GP, S. 62 f.; *Kastner*, *JBl* 1965, 393.

²⁶ ErlRV 301 BlgNR 10. GP, S. 65.

²⁷ EU-Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz, BGBl. 1996/304.

²⁸ Handelsrechts-Änderungsgesetz, BGBl. I 2005/120.

²⁹ Dazu noch näher unter VI.2.a).

³⁰ *Told*, *ÖJZ* 2023, 881.

³¹ Vgl. etwa *Kalss/Eckert* (Fn. 22), S. 5 (Vorwort), S. 353 ff. (Aufgaben für den österreichischen Gesetzgeber) und S. 376, These 74: „Auch der österreichische Gesetzgeber muss sich

aus der Feder von *Susanne Kalss* und *Martin Schauer*³² wurde auf dem 16. Österreichischen Juristentag 2006 in Graz zur Diskussion gestellt.³³ Sie enthielt bereits zahlreiche Vorschläge zur Deregulierung des GmbH-Rechts, insbesondere die Einführung einer zweiten Art der GmbH ohne Mindestkapital, die als „einfache GmbH“ neben die „traditionelle GmbH“ treten sollte.³⁴ Manche dieser Vorschläge, etwa die Einführung eines bedingten Kapitals³⁵, der Erwerb eigener Aktien³⁶ sowie Formerleichterungen für die Anteilsübertragung³⁷, hat man nun für die FlexKapG aufgegriffen.³⁸ Eine neue, ganz auf die Bedürfnisse von Startup-Unternehmen zugeschnittene Kapitalgesellschaftsform stand damals freilich noch nicht zur Debatte.

IV. Von der Austrian Limited zur FlexKapG: Schlaglichter der Entstehungsgeschichte

1. Regierungsprogramm 2020–2024

Die Initialzündung für eine neue Organisationsform erfolgte nach der vorgezogenen Nationalratswahl vom 29. September 2019. Nach langen Sondierungsge-

die Frage stellen, wie er auf die geänderten Rahmenbedingungen und den damit einhergehenden Verlust des Regelungsmonopols auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts reagieren soll. Die laufenden Reformen in zahlreichen europäischen Rechtsordnungen können als Anregung für die Erarbeitung von – auf die inländische Rechts- und Wirtschaftslage abgestimmten – Verbesserungspotentialen genutzt werden.“

³² *Kalss/Schauer*, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts, 16. ÖJT 2006, Bd. II/1, 2006.

³³ Dazu die Referate von *H. Torggler/Konwitschka*, *G. H. Roth* und *W. Jud* sowie die Diskussionsbeiträge in den Verhandlungen des 16. ÖJT 2006, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts, Bd. II/2, 2008.

³⁴ Vgl. *Kalss/Schauer* (Fn. 32), S. 482 ff. (einfache GmbH) und S. 499 ff. (traditionelle GmbH).

³⁵ Vgl. *Kalss/Schauer* (Fn. 32), S. 509: „Auch im GmbH-Recht soll nach dem Muster des Aktienrechts ein bedingtes Kapital im Zusammenhang mit der Ausgabe von schuldrechtlichen Wandel- bzw. Bezugsrechten geschaffen werden können.“

³⁶ Vgl. *Kalss/Schauer* (Fn. 32), S. 514: „Der Erwerb eigener Anteile sollte im GmbH-Recht zulässig sein.“

³⁷ Vgl. *Kalss/Schauer* (Fn. 32), S. 738: „Der Notariatsakt als zwingendes Erfordernis der Anteilsübertragung bei der GmbH ist abzuschaffen. Stattdessen sollte die einfache Schriftform mit beglaubigten Unterschriften genügen. Sollte gleichwohl eine Belehrung des Erwerbers für wünschenswert erachtet werden, dann wäre sicherzustellen, dass sie durch Notare oder Rechtsanwälte erfolgen kann.“

³⁸ Näher unten VI. 1. a) und c); hellsichtig daher das einleitende Fazit von *Krejci*, Einleitung, 16. ÖJT 2006, Bd. II/2, 2008, S. 9, 10; „Wir haben das umfangreichste Gutachten vor uns, das jemals für einen Österreichischen Juristentag erstellt wurde. Ein Werk von etwa der achtfachen Dimension des für Juristentagsgutachten Üblichen. Den beiden Autoren gebührt für diese in jeder Hinsicht hervorragende Arbeit, welche die rechtspolitische Diskussion wohl weit über den 16. ÖJT hinaus befruchten wird, größter Dank und vollste Anerkennung.“

sprächen einigten sich die Österreichische Volkspartei (ÖVP) unter Vorsitz von *Sebastian Kurz* und die Grünen unter Vorsitz von *Werner Kogler* Anfang 2020 auf eine türkis-grüne Koalition. Das ausverhandelte Regierungsprogramm wurde der Öffentlichkeit am 2. Januar 2020 vorgestellt.³⁹ Es enthielt an zwei weit auseinanderliegenden Stellen Zielvorgaben zur Fortentwicklung des Kapitalgesellschaftsrechts. In dem Abschnitt zu Justiz & Konsumentenschutz findet sich folgender Passus:

„Flexibilisierung des Kapitalgesellschaftsrechts (GmbH, AG): Die bestehenden Regelungen sollen insbesondere in Hinsicht auf Familienunternehmen und Start-ups flexibilisiert werden (unter Berücksichtigung des Anlegerschutzes und der Gläubiger).“⁴⁰

Viele Seiten später⁴¹ liest man in dem Abschnitt zu Wirtschaft und Finanzen unter der Zwischenüberschrift „Standort- und Industriepolitik“:

„Neue Gesellschaftsform schaffen: Aufbauend auf internationalen Beispielen soll eine neue Kapitalgesellschaftsform geschaffen werden, die besonders für innovative Start-ups und Gründerinnen bzw. Gründer in ihrer Frühphase eine international wettbewerbsfähige Option bietet:

- Unbürokratische Gründung (Stammkapital-Ansparmodelle, digitale Behördenwege, Englisch als Amtssprache)
- Flexible Anteilsvergabe an mögliche Investorinnen und Investoren sowie Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (mit minimalen, digitalen Behördenwegen)
- Angepasst an österreichische Standards (z. B. Transparenz aller Gesellschafterinnen und Gesellschafter)
- Einsatz auf europäischer Ebene, dass eine einheitliche, zeitgemäße Gesellschaftsform für innovative Start-ups und KMUs EU-weit umgesetzt wird („EU Limited“).⁴²

2. Reformgutachten zur „Austrian Limited“

Konkrete Umsetzungsschritte ließen allerdings zunächst auf sich warten. Denn im Bundesministerium für Justiz, das seit dem 7. Januar 2020 von Ministerin *Alma Zadić* (Die Grünen) geleitet wird, zeigte man sich von den soeben zitierten Vorgaben für eine neue Kapitalgesellschaftsform überrascht.⁴³ Zudem band die Corona-Pandemie im Frühjahr 2020 auch die bewährten Kräfte des Justizministeriums, zumal im Gesellschaftsrecht an verschiedenen Stellen die rasche Erar-

³⁹ Bundeskanzleramt, Aus Verantwortung für Österreich. Regierungsprogramm 2020–2024.

⁴⁰ Bundeskanzleramt (Fn. 39), S. 25.

⁴¹ Dazu auch *Torggler*, RdW 2021, 1: „Versteckt in der Standort- und Industriepolitik (statt im Zivil- und Wirtschaftsrecht) erwähnt das Regierungsprogramm eine neue Gesellschaftsform [...]“

⁴² Bundeskanzleramt (Fn. 39), S. 62.

⁴³ Vgl. *S. Bydlinski*, in: *Kalss/Torggler* (Fn. 10), S. 1: „Diese Vorgabe war für mich und meine Kolleg:innen in der Zivilrechtssektion des Justizministeriums eine große Überraschung. Erwartet hatten wir das Vorhaben einer ‚Flexibilisierung des Kapitalgesellschaftsrechts für Familienunternehmen und Start-ups‘: Das ist ein uns schon länger bekanntes Anliegen der Wirtschaft, insbesondere der Industriellenvereinigung, und sollte vor allem die nicht börsennotierte Aktiengesellschaft attraktiver gestalten und mehr Satzungsfreiheit bieten.“

beitung von Sonderregelungen erforderlich wurde.⁴⁴ Den Stein ins Rollen brachte daher das von der ÖVP geleitete Ministerium für Digitalisierung und Wirtschaft (damalige Ministerin: *Margarete Schramböck*), indem es Ende Juli 2020 bei zwei Rechtsanwaltskanzleien ein Gutachten für eine neue Kapitalgesellschaftsform in Auftrag gab. Gegenstand des Gutachtenauftrags war ein „Regelungskonzept zur Einführung einer zeitgemäßen, Gründer- und Investorenfreundlichen Gesellschaftsform in Österreich mit dem Arbeitstitel ‚Austrian Limited‘“. Keine sechs Wochen später, am 8. September 2020, legten die CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH und die Herbst Kinsky Rechtsanwälte GmbH dem Ministerium ein umfangreiches Gutachten vor. Ein Jahr danach veröffentlichten die verantwortlichen Autoren, *Johannes Reich-Rohrwig*, *Philipp Kinsky* und *Sixtus-Ferdinand Kraus*, ihr geringfügig überarbeitetes Gutachten unter dem Titel „Austrian Limited“.⁴⁵

Erklärtes Ziel des Gutachtens war es, die bei Investoren geläufigen internationalen Standards mit bewährten Regelungen des österreichischen Gesellschaftsrechts zusammenzuführen.⁴⁶ Zu diesem Zweck listet es zunächst die spezifischen Bedürfnisse von Startups mit Beteiligung von (ausländischen) Kapitalinvestoren auf,⁴⁷ identifiziert sodann allfällige Schwächen des österreichischen GmbH- und Aktienrechts⁴⁸ und betont schließlich die Vorzüge einer neuen, dritten Kapitalgesellschaftsform.⁴⁹ Von ihr erhoffen sich die Verfasser des Gutachtens eine beträchtliche „Signalwirkung“⁵⁰ und eine größere Attraktivität des Wirtschaftsstandorts Österreich für in- und ausländische Finanzinvestoren.⁵¹

Im Einzelnen unterbreitet das Gutachten eine Vielzahl von Reformvorschlägen,⁵² die hier nur auszugsweise und in geraffter Form vorgestellt werden können.⁵³ Für die Gründung einer Austrian Limited soll das Formerfordernis eines Notariatsakts nach § 4 Abs. 3 öGmbHG fallen gelassen werden und ein Gesellschaftsvertrag in einfacher Schriftform genügen. Er kann auf Englisch abgefasst sein und soll vom Firmenbuchgericht nicht weiter geprüft werden. Die Gesell-

⁴⁴ Vgl. *S. Bydlinski*, ÖJZ 2023, 884, 885: „Zu Beginn der Legislaturperiode verlangte die COVID-Pandemie auch im Gesellschaftsrecht schnelles Handeln des Gesetzgebers. So konnte rechtzeitig vor der ‚Hauptversammlungssaison‘ börsennotierter Gesellschaften eine gesetzliche Grundlage für virtuelle Versammlungen beschlossen und eine Verordnung der Justizministerin samt Erlass verlautbart werden.“

⁴⁵ *Reich-Rohrwig/Kinsky/Kraus*, Austrian Limited. Eine Startup-freundliche neue Rechtsform, 2021; dazu auch *S. Bydlinski*, ÖJZ 2023, 884, 885: „In dieser Phase sollte die gewünschte neue Rechtsform noch ‚Austrian Limited‘ heißen.“

⁴⁶ So *Reich-Rohrwig/Kinsky/Kraus* (Fn. 45), S. III.

⁴⁷ *Reich-Rohrwig/Kinsky/Kraus* (Fn. 45), S. 21 ff.

⁴⁸ *Reich-Rohrwig/Kinsky/Kraus* (Fn. 45), S. 23 ff.

⁴⁹ *Reich-Rohrwig/Kinsky/Kraus* (Fn. 45), S. 26 f.

⁵⁰ *Reich-Rohrwig/Kinsky/Kraus* (Fn. 45), S. 3 und 27.

⁵¹ *Reich-Rohrwig/Kinsky/Kraus* (Fn. 45), S. 3 und 27.

⁵² Für eine „Executive Summary“ *Reich-Rohrwig/Kinsky/Kraus* (Fn. 45), S. 3–13.

⁵³ Ausführlicher etwa *Artmann*, SWK 2021, 722, 723 ff.

schafter sollen wie bei der Aktiengesellschaft nicht im Firmenbuch – dem Pendant zum Handelsregister – eingetragen werden, sondern in einem von der Austrian Limited zu führenden Anteilsbuch. Deren Mindestnennkapital soll 5.000 Euro betragen und auch durch Dienstleistungen aufgebracht werden können. Der Mindestnennbetrag pro Anteil soll 1 Euro betragen. Für Kapitalmaßnahmen schlägt das Gutachten vor, nach dem Vorbild des Aktienrechts das genehmigte, das bedingte und das genehmigte bedingte Kapital zuzulassen. Außerdem soll die Zulässigkeit mezzaniner Finanzierungsformen gesetzlich festgeschrieben werden, ohne diese freilich abschließend aufzuzählen. Ferner empfiehlt es die Möglichkeit von Erwerb und Verkauf eigener Anteile sowie einer Einziehung von Gesellschaftsanteilen. Für Gesellschaftsanteile sollen unterschiedliche Anteilsklassen erlaubt sein, auch stimmrechtslose Anteile, namentlich für Mitarbeiterbeteiligungen. Für die Anteilsübertragung soll abweichend von der Notariatsaktpflicht nach § 76 Abs. 2 öGmbHG Schriftform genügen, wozu auch die Verwendung elektronischer Signaturprogramme zu zählen wäre. In der Praxis übliche vertragliche Übertragungsbeschränkungen, etwa Mitverkaufsrechte und -pflichten, sollen ausdrücklich für zulässig erklärt werden. Für eine einfachere Beschlussfassung soll insbesondere die Möglichkeit von Umlaufbeschlüssen im Gesellschaftsvertrag verankert werden können.

Eine frühe Fundamentalkritik des Gutachtens stammt aus der Feder des Wiener Gesellschaftsrechtsprofessors *Friedrich Rüffler*. Unter der Überschrift „Austrian (un)Limited“ weist er viele der Vorschläge als zu weitreichend zurück und kritisiert das Lobbying der Startup-Szene.⁵⁴ Eine weitere, abgewogene Stellungnahme hat die Linzer Gesellschaftsrechtsprofessorin *Eveline Artmann* vorgelegt.⁵⁵ In der Startup-Szene wurde der Vorschlag rasch angenommen. Der Austrian Startup Monitor 2020 verzeichnete bei rund 16 % der Befragten den Wunsch nach einer neuen, unbürokratischen Form der Kapitalgesellschaft mit Gründungsmöglichkeit in englischer Sprache, flexibler Anteilsvergabe und minimalen, digitalen Behördenwegen.⁵⁶ Ein Jahr später lag die Zustimmung zu dieser Forderung bereits bei 41 %.⁵⁷

3. Beratungen einer Arbeitsgruppe im Bundesministerium für Justiz

Im Herbst 2020 richtete das Bundesministerium für Justiz unter der damaligen Leiterin der für das Gesellschaftsrecht zuständigen Abteilung, *Sonja Bydlinki*,

⁵⁴ *Rüffler*, GES 2020, 349 f.; ausführlicher sein unveröffentlichtes (Gegen-)Gutachten im Auftrag der Österreichischen Notariatskammer: *Rüffler*, Gutachten zu den Regelungsvorschlägen einer neuen Gesellschaftsform unter dem Arbeitstitel „Austrian Limited“, 7.10.2020; für einen Hinweis darauf *Rüffler*, in: *Kalss/Torggler* (Fn. 10), S. 113, 115 mit Fn. 4.

⁵⁵ *Artmann*, SWK 2021, 722: „Vieles in dem Gutachten erscheint begrüßens- und umsetzungswert, von manchen Ideen sollte aber Abstand genommen werden.“

⁵⁶ Austrian Startup Monitor 2020, S. 98, alle Ausgaben verfügbar unter <<https://austrianstartupmonitor.at/#publikationen>> (1.2.2024).

⁵⁷ Austrian Startup Monitor 2021 (Fn. 56), S. 96.

eine Arbeitsgruppe zur weiteren Beratung über die Gutachtenvorschläge ein.⁵⁸ Ihr gehörten unter ihrem Vorsitz mehrere Professorinnen und Professoren⁵⁹ sowie Vertreter von Kammern und Interessenverbänden (auch aus der Startup-Szene⁶⁰) an.⁶¹ Gegenstand der „heißen Diskussionen“⁶² war nicht nur die Gestaltung der neuen Rechtsform, sondern auch eine Reform des GmbH- und Aktienrechts.⁶³ Öffentlich zugängliche Protokolle über die Sitzungen der Arbeitsgruppe gibt es nicht, doch gestattet ein Zeitschriftenaufsatz von *Sonja Bydlinski* immerhin einen groben Blick hinter die Kulissen, wenn auch ohne Namensnennungen.⁶⁴

In der Arbeitsgruppe fanden viele Einzelvorschläge des Gutachtens große Zustimmung, vor allem solche, die Vorbilder im Aktiengesetz oder im deutschen GmbH-Gesetz haben.⁶⁵ Von den Vertretern der Wissenschaft nahezu einhellig abgelehnt wurde dagegen das Konzept einer neuen Rechtsform.⁶⁶ Vielmehr sollten allfällige Reformvorschläge unmittelbar im GmbH-Gesetz umgesetzt werden. Repräsentativ ist ein Editorial von *Ulrich Torggler*, der die Titelfrage „Brauchen wir eine Austrian Ltd?“ mit einem lakonischen „Nein, danke“ beantwortet.⁶⁷ Zwei zeitgemäße Kapitalgesellschaftsformen – eine modernisierte GmbH und eine modernisierte AG – würden vollkommen ausreichen.⁶⁸ Diese Einschätzung vermochte sich aber nicht durchzusetzen: „Die Vertreter der Start-ups bestanden mit Unterstützung des Wirtschaftsministeriums und unter Berufung auf das Regierungsprogramm auf einer neuen Rechtsform.“⁶⁹

Einen weiteren Zankapfel bildeten die Formfragen im Lebenszyklus der neuen Kapitalgesellschaftsform. Rasch *ad acta* gelegt wurde der Gutachtenvorschlag eines nur schriftlich verfassten Gesellschaftsvertrags in deutscher oder englischer Sprache. Nur wenige Stimmen konnten sich dafür erwärmen, bei der anfänglichen Satzungserrichtung und späteren Satzungsänderungen auf den Notariatsakt

⁵⁸ Dazu *S. Bydlinski*, in: Kalss/Torggler (Fn. 10), S. 1, 4.

⁵⁹ *S. Bydlinski* nennt in ÖJZ 2023, 883, 886 mit Fn. 12: *Eveline Artmann, Susanne Kalss, Martin Auer, Georg Eckert, Martin Karollus, Friedrich Rüffler, Martin Schauer, Alexander Schopper, Ulrich Torggler* und *Martin Winner*.

⁶⁰ Dazu *S. Bydlinski*, in: Kalss/Torggler (Fn. 10), S. 1, 4; *Umfahrer*, NZ 2023, 273.

⁶¹ Vgl. *Reich-Rohrwig/Kinsky/Kraus* (Fn. 45), S. III.

⁶² *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 2023, 497.

⁶³ Vgl. *Reich-Rohrwig/Kinsky/Kraus* (Fn. 45), S. III.

⁶⁴ Vgl. *S. Bydlinski*, ÖJZ 2023, 883, 886 f.; knapper zuvor schon *S. Bydlinski*, in: Kalss/Torggler (Fn. 10), S. 1, 4 f.

⁶⁵ Vgl. *S. Bydlinski*, ÖJZ 2023, 883, 886; *S. Bydlinski*, in: Kalss/Torggler (Fn. 10), S. 1, 4.

⁶⁶ Auch dazu *S. Bydlinski*, ÖJZ 2023, 883, 886; *S. Bydlinski*, in: Kalss/Torggler (Fn. 10), S. 1, 4.

⁶⁷ *Torggler*, RdW 2021, 1; dies bekräftigend *Torggler*, RdW 2021, 459.

⁶⁸ So *Torggler*, RdW 2021, 1; vgl. zuletzt auch *Kalss*, GesRZ 2023, 345: „Die Flexibilität für Kapitalgesellschaften ist voll und ganz zu begrüßen, das Ergebnis einer eigenen Rechtsform und der Weg mit der rechtspolitischen Konzentration auf wenige einzelne Punkte in einer höchst emotionalen Diskussion hingegen überhaupt nicht.“

⁶⁹ *S. Bydlinski*, ÖJZ 2023, 883, 886.

und die Prüfung durch das Firmenbuchgericht⁷⁰ zu verzichten.⁷¹ Gemischter war das Meinungsbild zur notwendigen Form für die Anteilsübertragung und die Anteilsübernahme bei einer Kapitalerhöhung.⁷² Im Bundesministerium für Justiz neigte man eher zu einem Festhalten am Notariatsakt.⁷³

4. Diskussionen auf dem Wiener Unternehmensrechtstag

Ein hochkarätiges Forum für eine öffentliche Debatte im kleineren Kreis bot sodann der 9. Wiener Unternehmensrechtstag, der sich im Juni 2021 der Reform des Gesellschaftsrechts widmete.⁷⁴ Im Anschluss an einen Bericht von *Sonja Bydlinski* zum Stand des Gesetzgebungsvorhabens⁷⁵ und ein Einführungsreferat von *Chris Thomale* zur Austrian Limited im Spiegel der Rechtsvergleichung⁷⁶ verliehen dort viele Diskutanten abermals ihrer Überzeugung Ausdruck, dass kein Bedarf für eine neue Kapitalgesellschaftsform bestehe.⁷⁷ Pointiert bemerkte ein Teilnehmer, dass Österreich im internationalen Vergleich bereits sehr viele Rechtsformen habe. Man müsse diesen „Wildwuchs“ an Rechtsformen eindämmen;⁷⁸ die GmbH sei flexibel genug, um fast alle unternehmerischen Tätigkeiten ausüben zu können.⁷⁹ In die gleiche Kerbe schlug ein anderer Teilnehmer: Was sinn-

⁷⁰ Näher zu Begründung und Ausmaß der materiellen Prüfpflicht des Firmenbuchgerichts *Rüffler*, NZ 2021, 526, 528 f.; *Jennwein*, FBG – Firmenbuchgesetz, 2020, § 15 Rn. 1 ff.

⁷¹ Dazu *S. Bydlinski*, ÖJZ 2023, 883, 886.

⁷² Vgl. *S. Bydlinski*, ÖJZ 2023, 883, 886; *S. Bydlinski*, in: *Kalss/Torggler* (Fn. 10), 1, 5.

⁷³ *S. Bydlinski*, in: *Kalss/Torggler* (Fn. 10), S. 5 f.: „Jedenfalls auf Sektionsebene sehen wir bei der ‚flexiblen‘ Kapitalgesellschaft einen eher größeren Beratungsbedarf angesichts der neuen Gestaltungsmöglichkeiten – wie zum Beispiel der stimmrechtslosen Anteile für Mitarbeiter. Und ohne Notariatsakt müsste letztlich das Firmenbuchgericht die unter Umständen ohne Rechtskenntnis abgeschlossenen Abtretungsverträge im Nachhinein auch inhaltlich prüfen, wenn wir weiterhin auf richtige Firmenbucheintragungen Wert legen und wenn wir – wie geplant [Anmerkung: mit BGBl. I 179/2023 nicht umgesetzt] – daran einen Gutgläubenserwerb anknüpfen wollen.“

⁷⁴ Dazu der Tagungsband von *Kalss/Torggler*, Reform des Gesellschaftsrechts, 2022, mit allen Referaten und Diskussionsberichten; für eine knappe Nachlese *Torggler*, RdW 2021, 459; ferner der Tagungsbericht von *Barth/Natlacen*, GesRZ 2021, 201.

⁷⁵ *S. Bydlinski*, in: *Kalss/Torggler* (Fn. 10), S. 1 ff.

⁷⁶ *Thomale*, in: *Kalss/Torggler* (Fn. 10), S. 9 ff.

⁷⁷ Dazu der Diskussionsbericht von *Drobnik*, in: *Kalss/Torggler* (Fn. 10), S. 43: „*Ulrich Torggler* eröffnete die Diskussion zu den Referaten von *Sonja Bydlinski* und *Chris Thomale* und merkte an, dass unter den Professorinnen und Professoren weitgehender Konsens darüber herrscht, dass eigentlich kein Bedarf nach einer neuen Kapitalgesellschaftsform besteht – eine gute GmbH und eine gute AG seien alles, was man brauche.“; S. 46: „*Friedrich Harrer* schloss sich zunächst der schon zuvor geäußerten Auffassung an, dass eine neue Kapitalgesellschaftsform nicht erforderlich sei.“

⁷⁸ Allgemein zur Frage nach der optimalen Anzahl an Gesellschaftsformen *Fleischer*, JZ 2024, 53, 61 m. w. N.

⁷⁹ *Erich Kandler* nach dem Diskussionsbericht von *Drobnik*, in: *Kalss/Torggler* (Fn. 10), S. 43, 44.

voll sei, sollte man in der GmbH oder AG umsetzen, was nicht sinnvoll sei, sollte man bleiben lassen.⁸⁰ Dazu passte es, dass sich weitere Referate nicht mit einer neuen Kapitalgesellschaftsform befassten, sondern mit konkreten Verbesserungsvorschlägen für das GmbH- und Aktienrecht: einer Reform für das Aktienrecht,⁸¹ einer GmbH-Novelle⁸² und einer Reform der Kapitalaufbringung und -erhaltung.⁸³ Was schließlich die Notariatsaktspflicht für die Abtretung kapitalmarktunfähiger Geschäftsanteile anbelangt, überwogen die kritischen Stimmen: Sie habe in einem modernen Kapitalgesellschaftsrecht keinen Platz,⁸⁴ ihre Kosten überwögen den Nutzen⁸⁵ und sie könne problemlos durch ein Schriftformerfordernis ersetzt werden.⁸⁶

5. Begutachtungsentwurf des FlexKapGG

In der Folgezeit dümpelte die rechtspolitische Diskussion ohne nennenswerten Fortschritt dahin.⁸⁷ Für gewisses Aufsehen sorgte lediglich eine kritische Bestandsaufnahme durch eine Gruppe jüngerer, teils im Ausland lehrender Gesellschaftsrechtler,⁸⁸ die einen „Reformstau im Recht der privaten AG und der GmbH“⁸⁹ diagnostizierten. Ihre – jedenfalls für österreichische Verhältnisse – weitreichenden Reformvorschläge zu notariellen Formpflichten, zum Firmenbuchrecht und zum Kapitalschutzsystem haben scharfe Erwidierungen zweier arrivierter Kollegen hervorgerufen.⁹⁰ Danach trat – jedenfalls für Außenstehende – eine knapp zweijährige Phase des rechtspolitischen Stillstands ein. Viele hatten das Projekt einer neuen Kapitalgesellschaftsform daher schon abgeschrieben, als das Bundes-

⁸⁰ So Rüdfler, in: Kalss/Torggler (Fn. 10), S. 113.

⁸¹ Kalss/Nicolussi, in: Kalss/Torggler (Fn. 10), S. 59 ff.

⁸² Rüdfler, in: Kalss/Torggler (Fn. 10), S. 113 ff.

⁸³ Winner, in: Kalss/Torggler (Fn. 10), S. 129 ff.

⁸⁴ Thomale, in: Kalss/Torggler (Fn. 10), S. 10 und S. 31 ff. unter der Zwischenüberschrift „Teuer bezahlte Verhinderungsgesetzgebung“.

⁸⁵ W. Doralt und Winner nach dem Diskussionsbericht von Drobnik, in: Kalss/Torggler (Fn. 10), S. 43, 47.

⁸⁶ Reich-Rohrwig nach dem Diskussionsbericht von Drobnik, in: Kalss/Torggler (Fn. 10), S. 43, 47.

⁸⁷ Dazu etwa Riss/Winner/Wolfbauer, ZFR 2021, 477: „Es ist etwas ruhiger geworden um das Projekt der ‚Austrian Limited‘ oder ‚Flexiblen Kapitalgesellschaft‘, also einer neuen Start-up-freundlichen Gesellschaftsform.“

⁸⁸ Doralt/Rastegar/Gelter/Conac/Rastegar/Schuster, GesRZ 2021, 120.

⁸⁹ Doralt/Rastegar/Gelter/Conac/Rastegar/Schuster, GesRZ 2021, 120, 121.

⁹⁰ Vgl. zu Formpflichten bei der GmbH Auer, NZ 2021, 522; zu Firmenbuch und Gläubigerschutz Rüdfler, NZ 2021, 526, 527: „Die Erfahrung des Verfassers ist eine andere und möglicherweise fehlt es den zitierten erfahrenen Beratern doch an einschlägiger Erfahrung oder Wissen. Aber wie auch immer: Weil ja weder Fakten noch Quellen vorgebracht werden, lässt sich auf solcher Basis nicht sinnvoll diskutieren.“, 528: „Man stützt sich also auf mehr als fragwürdige Daten, um massive Änderungen des österreichischen Unternehmensrechts einzufordern, während man valablen Daten, die den Firmengerichten schnelle Arbeit attestieren und ein hervorragendes Zeugnis ausstellen, wenig Beachtung schenkt.“

ministerium für Justiz Ende Mai 2023 einen ausformulierten Gesetzesentwurf samt Begründung vorlegte.⁹¹ Er folgte dem im Regierungsprogramm bereits vorgezeichneten und vom Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaft⁹² mit Nachdruck geforderten Konzept einer neuen Kapitalgesellschaftsform, die den Namen „Flexible Kapitalgesellschaft“ tragen sollte. Inhaltlich hat er viele Anregungen aus dem „Austrian-Limited“-Gutachten übernommen.⁹³ Neu hinzugekommen sind besondere Bestimmungen zur Ausgabe sog. Unternehmenswert-Anteile zu Zwecken der Mitarbeiterbeteiligung. Entgegen dem Entwurf der Arbeitsgruppe ist darin für Anteilsübertragungen bei der FlexKapG keine Notariatsaktsform vorgesehen.⁹⁴ Stattdessen soll es ausreichen, dass ein Notar oder ein Rechtsanwalt eine Privaturkunde aufsetzt. Für die Übertragung von Unternehmenswert-Anteilen soll bloße Schriftform genügen. Im Übrigen ordnet der Gesetzesentwurf die subsidiäre Geltung des GmbH-Gesetzes an.

Innerhalb der Begutachtungsfrist für den Ministerialentwurf bis zum 7. Juli 2023 gingen insgesamt 62 Stellungnahmen ein.⁹⁵ Sie sind nach Einschätzung von *Sonja Bydlinski* „weder sehr positiv noch insgesamt negativ ausgefallen“⁹⁶. Viele Stellungnahmen sprachen sich dafür aus, die als nützlich und fortschrittlich empfundenen Bestimmungen des FlexKapGG auf andere Rechtsformen zu übertragen. Angemahnt wurde insbesondere eine grundlegende Reform des GmbH-Gesetzes. Besonders heftig prallten die unterschiedlichen Standpunkte in Fragen der Formpflicht aufeinander. *Friedrich Rüffler* erblickt in der Aufgabe der Notariatsaktspflicht für die Anteilsübertragung einen „besonderen Tiefpunkt der österreichischen Rechtspolitik“, attestiert ihr einen „bemerkenswerten Mangel an rechtspolitischem Selbstbewusstsein“ und hält es für „geradezu absurd zu glauben“, dass eine Investition in Höhe der bei Startups üblichen sechs- oder siebenstelligen Beträge daran scheitere, dass man dem ausländischen Investor sage, es müsse ein Notariatsakt errichtet werden, zumal das mittlerweile in elektronischer

⁹¹ Ministerialentwurf GesRÄG 2023, 276/ME 27. GP.

⁹² Dazu aus der Binnensicht des Ministeriums für Digitalisierung und Wirtschaft *Adler/Klaffner*, *ecolex* 2022, 101. Im Rahmen der Regierungsumbildung vom Juli 2022 ist das Digitalisierungsressort im Bundesministerium für Finanzen und das Wirtschaftsressort im Bundesministerium für Arbeit und Wirtschaft aufgegangen.

⁹³ Für Kurzübersichten *Barth/Hirschler*, *GesRZ* 2023, 137; *Rieder*, *RdW* 2023, 344.

⁹⁴ Dies aus Notariatssicht beklagend *Umfahrer*, *NZ* 2023, 273: „Der in Begutachtung versandte Entwurf entspricht freilich nicht mehr jenem, der in der Arbeitsgruppe erarbeitet wurde, weil er den oben erwähnten Mitarbeiter-Schutz aufweicht und die bewährten Formvorschriften zur Wahrung der Rechtssicherheit, insb die Notariatsaktsform für Anteilsübertragungen und Kapitalerhöhungen, beseitigt. Der Entwurf gibt damit die im Kapitalgesellschaftsrecht den Rechtsberufenen zugewiesenen und bewährten Funktionen ohne Not auf.“ *Umfahrer* ist Präsident der Österreichischen Notariatskammer.

⁹⁵ Einsiehbar unter <<https://www.parlament.gv.at/gegenstand/XXVII/ME/276?selectedStage=101>> (1.2.2024).

⁹⁶ *S. Bydlinski*, *ÖJZ* 2023, 883, 888 mit Fn. 23.

Form möglich sei.⁹⁷ Nicht minder scharf replizierte *Martin Karollus*: Die Ausführungen von *Rüffler* seien deplatziert; seine weit überzogenen Formulierungen sollten offenbar den Mangel an inhaltlicher Substanz überdecken, mit welcher der Kampf für eine Beibehaltung der Notariatsaktpflicht geführt werde.⁹⁸ Das alles so bleiben solle, wie es bisher war, sei noch kein ausreichendes Argument gegen eine Änderung.⁹⁹

6. Parlamentarische Debatten und Inkrafttreten

Am 24. November 2023 erreichte die Regierungsvorlage für das GesRÄG 2023 mit einem nur geringfügig modifizierten Text des FlexKapGG die erste Kammer des österreichischen Parlaments, den Nationalrat.¹⁰⁰ Sie wurde zunächst im Justizausschuss erörtert und von diesem noch am 30. November mit Stimmenmehrheit befürwortet.¹⁰¹

Am 15. Dezember folgte die Debatte über den Regierungsentwurf des FlexKapGG im Nationalrat.¹⁰² Dabei verliefen die Fronten entlang der Parteilinien. Für die Opposition kritisierten Sprecher der SPÖ und FPÖ den Wegfall der Notariatsaktpflicht, weil sie eine steigende Gefahr der Geldwäsche befürchteten: Zukünftig könnten auch ausländische Anwälte aus der EU und dem EWR, etwa aus Malta, Zypern oder Liechtenstein, Anwaltsurkunden aufsetzen (*Selma Yildirim*, SPÖ) und „zypriotische, maltesische oder rumänische“ Anwälte könnten Eintragungen im Firmenbuch vornehmen (*Harald Stefan*, FPÖ). Auf Widerspruch stieß außerdem die weibliche Sprachform des FlexKapGG. Demgegenüber lobten Abgeordnete der Regierungskoalition den Entwurf als wichtig und zukunftsweisend für den Wirtschaftsstandort Österreich. Justizministerin *Zadić* von den Grünen erläuterte außerdem, das Gesetz sei bewusst in rein weiblicher Form geschrieben, um Ungleichbehandlungen aufzuzeigen und Gründerinnen in der Wirtschaft sichtbarer zu machen. Nuancierend gaben Sprecher des Koalitionspartners ÖVP zu Protokoll, ihrer Partei gehe es nicht um die Form, sondern um den Inhalt, um dessentwillen man die Art der Formulierung in Kauf nehme. Für das FlexKapGG stimmten 83 Abgeordnete bei 65 Gegenstimmen.

Fünf Tage später stand das FlexKapGG auf der Tagesordnung des Bundesrats. Wie schon im Nationalrat zeigte sich die Opposition skeptisch gegenüber der Schaffung einer neuen Rechtsform und der Verwendung des generischen Femininums. Mit Unterstützung von ÖVP und Grünen beschloss der Bundesrat, gegen das FlexKapGG keinen Einspruch zu erheben.

⁹⁷ *Rüffler*, Stellungnahme vom 30.6.2023, 9/SN-276/ME; weniger polemisch, gleichwohl kritisch *Zib*, Stellungnahme vom 4.7.2023, 20/SN-276/ME.

⁹⁸ *Karollus*, Stellungnahme vom 6.7.2023, S. 4 f., 30/SN-276/ME.

⁹⁹ *Karollus* (Fn. 98), S. 5.

¹⁰⁰ Regierungsvorlage, RV 2320 BlgNR 27. GP.

¹⁰¹ Bericht des Justizausschusses, JAB 2342 BlgNR 27. GP.

¹⁰² Dazu und zu folgendem Parlamentskorrespondenz Nr. 1412 vom 15.12.2023.

Gemäß § 28 Abs. 1 FlexKapGG ist das Gesetz mit dem 1. Januar 2024 in Kraft getreten. Im Jahre 2027 soll die Bundesministerin für Justiz gemäß § 28 Abs. 2 FlexKapGG die praktischen Erfahrungen mit der neuen Form für Anteilsübertragungen prüfen und dem Nationalrat darüber berichten. Eine interne Evaluati-on des Gesetzes seitens des Bundesministeriums für Justiz soll im Jahr 2029 er-folgen.¹⁰³

7. Eine verworfene Ergänzung: Personengesellschaft mbH

Auf der Verlustliste des verabschiedeten Reformpakets steht der Vorschlag einer Personengesellschaft mit beschränkter Haftung. Damit hatte es folgende Bewandnis: Im Laufe des Reformprozesses hatte sich das Bundesministerium für Justiz im Vorfeld auch nach rechtsvergleichenden Alternativen für eine neue Kapitalgesellschaftsform erkundigt¹⁰⁴ und war in verschiedenen Gesprächen¹⁰⁵ auf die Limited Liability Company (LLC) in den Vereinigten Staaten aufmerksam geworden – eine hybride Organisationsform, die Elemente sowohl der *partnership* als auch der *corporation* aufweist.¹⁰⁶ Hierdurch inspiriert reifte die Idee heran, dass eine Personengesellschaft mit beschränkter Haftung auch für österreichische Start-ups in ihrer unternehmerischen Frühphase attraktiv sein könne – nicht zuletzt um die komplizierte Typenkombination der GmbH & Co. KG zu vermeiden.¹⁰⁷ Innerhalb der Arbeitsgruppe beim Bundesministerium für Justiz erarbeitete man daher einen ausformulierten und mit Erläuterungen versehenen Entwurf einer „Personengesellschaft mit beschränkter Haftung“ (PmbH) oder „Austrian Limited Liability Partnership“ (ALLP).¹⁰⁸ Er blieb bisher unveröffentlicht; seine Kernelemente werden aber in einem Festschriftenbeitrag ausführlicher erläutert.¹⁰⁹ In der Diskussion mit Vertretern von Kammern und Interessenverbänden fand dieses Modell vor allem bei den Sozialunternehmen einigen Zuspruch.¹¹⁰ Demgegen-

¹⁰³ Wirkungsorientierte Folgenabschätzung, WFA 2320 BlgNR 27. GP, S. 3.

¹⁰⁴ Vgl. *S. Bydlinski*, ÖJZ 2023, 883, 887.

¹⁰⁵ *S. Bydlinski*, ÖJZ 2023, 883, 887: „Mit der in London an der LSE lehrenden Prof. Dr. *Eva Micheler* und dem in New York an der Fordham University lehrenden Prof. Dr. *Martin Gelter*.“

¹⁰⁶ Vgl. statt vieler *Bauman/Stevenson/Rhee*, Business Organizations Law and Policy, 9. Aufl. 2020, S. 307; ausführlich und rechtsvergleichend *Fleischer*, GmbHR 2022, 1179.

¹⁰⁷ Dazu *S. Bydlinski*, ÖJZ 2023, 883, 887; *S. Bydlinski*, in: Kalss/Torggler (Fn. 10), S. 1, 6; zuvor auch schon *Walch*, RdW, digitalOnly 2020/29; ferner der Hinweis von *Schopper*, NZ 2021, 157: „Parallel befasst sich die Arbeitsgruppe mit der möglichen Einführung einer ‚Personengesellschaft mit beschränkter Haftung (PmbH)‘. Wiederum wäre die neue Rechtsform primär vom Leitgedanken der Gründungserleichterung getragen. Hinzu käme hier aber das mE ganz wesentliche Motiv, eine rechtssichere Alternative zur GmbH & Co. KG zu schaffen.“; kritisch dazu *Harrer*, NZ 2021, 531.

¹⁰⁸ Vgl. *S. Bydlinski*, ÖJZ 2023, 883, 887; *S. Bydlinski*, in: Kalss/Torggler (Fn. 10), S. 1, 6.

¹⁰⁹ Vgl. *Artmann*, in: FS Schauer, 2022, S. 1, 9 ff.

¹¹⁰ Dazu *S. Bydlinski*, ÖJZ 2023, 883, 887; allgemein zum Recht der Sozialunternehmen *Fleischer/Pendl*, NZG 2023, 815 m. w. N.

über zeigten die Vertreter der Startup-Branche wenig Interesse: Eine österreichische Personengesellschaft mit Transparenzbesteuerung sei für Wagniskapitalgeber kein attraktives Angebot.¹¹¹ Infolgedessen wurde der Gesetzesvorschlag, der ohnehin nur ein hilfreiches Zusatzangebot für die Frühphase von Startups vor dem Einstieg internationaler Wagniskapitalgeber sein sollte, nicht weiterverfolgt, sondern verschwand in der „Schublade“ des Ministeriums.¹¹² Das gleiche Schicksal ereilte den von *Ulrich Torggler* erarbeiteten Gesetzesvorschlag einer Kommanditgesellschaft mit beschränkter Haftung (KG mbH),¹¹³ der als „kostensparende Bereicherung des Rechtsformangebots“¹¹⁴ die GmbH & Co. KG überflüssig machen sollte.

V. Die FlexKapG als Hybridform zwischen GmbH und Aktiengesellschaft

Aus rechtssystematischer Sicht erscheint die Einordnung der FlexKapG nicht ganz zweifelsfrei. Für ein Verständnis als bloße Rechtsformvariante der GmbH ließe sich die subsidiäre Geltung des GmbH-Gesetzes ins Feld führen. Nach dem Selbstverständnis der Gesetzesverfasser handelt es sich gleichwohl um eine „Hybridform zwischen der GmbH und der Aktiengesellschaft“¹¹⁵. Begründet wird dies damit, dass das FlexKapGG in einzelnen Bereichen auch auf Bestimmungen aus dem Aktiengesetz zurückgreift, die dem GmbH-Gesetz bisher fremd sind.¹¹⁶ Folgerichtig behandelt § 25 FlexKapGG den Wechsel zwischen FlexKapG und GmbH als eine formwechselnde Umwandlung, die in beiden Richtungen eines Gesellschafterbeschlusses mit $\frac{3}{4}$ -Mehrheit bedarf.¹¹⁷ Gesonderte Maßnahmen zum Schutz der Gläubiger oder ein Barabfindungsanspruch für mit der Umwandlung nicht einverständene Gesellschafter sieht der Reformgesetzgeber dagegen wegen der großen Ähnlichkeit beider Rechtsformen als entbehrlich an.¹¹⁸

¹¹¹ Vgl. *S. Bydlinski*, ÖJZ 2023, 883, 887; *S. Bydlinski*, in: Kalss/Torggler (Fn. 10), S. 1, 6; siehe auch die Stellungnahme der Speedinvest GmbH vom 7.7.2023, 50/SN-276/ME, S. 2: „Die Wahl einer Kapitalgesellschaft ist schon alleine deshalb das Richtige, weil sich eine Vielzahl von Investoren aufgrund der steuerlichen Transparenz nicht an Personengesellschaften beteiligen würden.“

¹¹² Vgl. die Zwischenüberschrift von *S. Bydlinski*, ÖJZ 2023, 883, 889: „Eine ‚Schublade‘ voller Vorschläge, vor allem für die GmbH und die AG“.

¹¹³ *Torggler*, in: Kalss/Torggler (Fn. 10), S. 49, 50 ff.; ausführlicher *Schütt/Torggler*, RdW 2021, 164.

¹¹⁴ *Torggler*, in: Kalss/Torggler (Fn. 10), S. 49, 57.

¹¹⁵ ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, S. 1.

¹¹⁶ So ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, S. 1.

¹¹⁷ Näher zu den Umwandlungsvorschriften des FlexKapGG *Sauer/Hiermann*, GesRZ 2023, 367.

¹¹⁸ Vgl. ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, S. 15; vgl. dazu aber auch OGH, Stellungnahme vom 6.7.2023, 29/SN-276/ME, S. 9 f., wo die Problematik eines einzelnen widersprechenden Un-

1. GmbH-rechtliches Grundgerüst

Wie eingangs erwähnt, sind auf die FlexKapG gemäß § 1 Abs. 2 FlexKapGG die für Gesellschaften mit beschränkter Haftung geltenden Bestimmungen anzuwenden, soweit dieses Gesetz keine abweichenden Regelungen trifft. Dies entspricht der ursprünglichen Leitlinie des „Austrian Limited“-Gutachtens, die hergebrachten österreichischen Standards im Kern zu wahren und nur in ausgewählten Sachbereichen Auflockerungen des als zu starr empfundenen GmbH-Rechts vorzusehen.¹¹⁹ Ähnlich erläutern es die Gesetzesmaterialien: Die österreichische GmbH genieße sowohl national als auch international eine hohe Reputation, sodass es nahe liege, als Ausgangspunkt für die neue Kapitalgesellschaft das Recht der GmbH zu wählen.¹²⁰ Dies trifft sich schließlich mit den Präferenzen der Startup-Gründer und -Promotoren, die bisher typischerweise die GmbH als Rechtskleid gewählt haben.¹²¹ Nicht vertieft werden können hier die spannenden, aber auch heiklen sachlichen und methodischen Einzelfragen, die mit der Subsidiaritätsklausel in § 1 Abs. 2 FlexKapGG einhergehen.¹²²

2. Anleihen beim Aktienrecht

Neben dem Rückgriff auf das GmbH-Recht importiert und adaptiert das FlexKapGG Gestaltungselemente aus dem Aktienrecht. Hierbei geht es vornehmlich um eine Flexibilisierung von Kapitalmaßnahmen durch die Rechtsinstitute des Erwerbs eigener Anteile (vgl. §§ 65 ff. öAktG), der bedingten Kapitalerhöhung (vgl. §§ 159 ff. öAktG), des genehmigten Kapitals (vgl. §§ 169 ff. öAktG) sowie der Ausgabe sonstiger Finanzierungsinstrumente mit späteren Bezugs- oder Wandlungsrechten (vgl. § 174 öAktG).

3. Originäres FlexKapG-Recht

Eine Handvoll Rechtsnormen kann schließlich als originäres Recht der FlexKapG bezeichnet werden. Ein Beitrag aus dem Reformschrifttum¹²³ fasst darunter die Subsidiaritätsklausel des § 1 Abs. 2 FlexKapGG, die erleichterte schriftliche Abstimmung (§ 7 FlexKapGG), die neue Anteils-kategorie (§§ 9–11 FlexKapGG), die neue Form für Anteilsübertragungen (§ 12 FlexKapGG) und die Regelung zur sprachlichen Gleichbehandlung (§ 27 FlexKapGG).

ternehmenswert-Beteiligten erörtert und eine Lösung über § 253 öAktG (Barabfindung widersprechender Gesellschafter) ins Spiel gebracht wird.

¹¹⁹ Vgl. *Reich-Rohrwig/Kinsky/Kraus* (Fn. 45), S. 3.

¹²⁰ So ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, S. 1.

¹²¹ Dazu auch *Speedinvest* (Fn. 111), S. 2: „Weiters ist es sinnvoll, auf der GmbH aufzubauen, die grundsätzlich durch Gesellschaftsvertragsfreiheit geprägt ist und daher systemkonform die für Start-ups nötige Flexibilität bieten kann.“

¹²² Erste Überlegungen hierzu bei *Rastegar, ecolex* 2023, 909 ff.

¹²³ *Rastegar, ecolex* 2023, 909, 910.

VI. Einzelregelungen im Überblick

1. Neuerungen des FlexKapGG

Aus dem Regelungsregime für die FlexKapG stechen drei Neuerungen besonders heraus, von denen nacheinander zu handeln ist: die flexibleren Kapitalmaßnahmen, die Unternehmenswert-Anteile sowie die Lockerung von Formvorschriften.¹²⁴

a) Flexiblere Kapitalmaßnahmen

Angeführt wird das Quartett kapitalbezogener Neuerungen durch ein „fein auszisiertes Regelungsgefüge“¹²⁵ zum Erwerb eigener Anteile in den §§ 15–18 FlexKapGG.¹²⁶ Demgegenüber sind der Erwerb und die Inpfandnahme eigener Geschäftsanteile gemäß § 81 Satz 1 öGmbHG verboten und wirkungslos. Als zweite Neuerung führen §§ 19, 20 FlexKapGG die bedingte Kapitalerhöhung ein, die das österreichische GmbH-Recht bisher nicht kennt. Drittens sieht § 21 FlexKapGG fortan das dem GmbH-Recht ebenfalls fremde Institut des genehmigten Kapitals vor.¹²⁷ Viertens regelt § 22 FlexKapGG die Ausgabe von Finanzierungsinstrumenten, bei denen den Gläubigern ein Umtausch- oder Bezugsrecht auf Anteile eingeräumt wird oder bei denen die Gläubigerrechte mit Gewinnanteilen von Gesellschaftern in Verbindung gebracht werden.¹²⁸ Gemeint damit sind Wandel- und Gewinnschuldverschreibungen, Optionsanleihen und Genussrechte sowie weitere Finanzierungsinstrumente, mit denen eine Umwandlung in bzw. ein Bezugsrecht auf Anteile verbunden ist.¹²⁹

b) Unternehmenswert-Anteile

Eine bemerkenswerte Neuerung ohne Regelungsvorbild bilden die sog. Unternehmenswert-Anteile (§§ 9–11 FlexKapG).¹³⁰ Sie bilden eine „Beteiligungsform sui generis“¹³¹ und sind in erster Linie als Instrument für Beteiligungsprogramme von Mitarbeitern gedacht, aber hierauf keineswegs beschränkt.¹³² Freilich handelt es sich hier um die Umsetzung einer wesentlichen Forderung der Startup-Interessenvertretungen, zumal sich nach dem Austrian Startup Monitor 2022 ganze 46% der Befragten eine bessere Möglichkeit zur Beteiligung von Mitarbeitern am Unternehmenserfolg wünschten.¹³³

¹²⁴ Ähnlich, freilich in abweichender Reihung *Kalss*, NZG 2023, 1437.

¹²⁵ *Foglar-Deinhardstein*, *ecolex* 2023, 911.

¹²⁶ Näher dazu *Kalss*, *GesRZ* 2023, 345.

¹²⁷ Näher *Jaritz*, *GesRZ* 2023, 251, 353 ff.; *Kinsky/Kurz*, *ecolex* 2023, 912, 914.

¹²⁸ Ausführlich dazu *Hartlieb*, *ecolex* 2023, 918.

¹²⁹ *ErlRV* 2320 *BlgNR* 27. GP, S. 14.

¹³⁰ Für eine ausführliche (und kritische) Würdigung *Eckert/Sternig*, *ecolex* 2023, 917.

¹³¹ *ErlRV* 2320 *BlgNR* 27. GP, S. 7.

¹³² So *ErlRV* 2320 *BlgNR* 27. GP, S. 4.

¹³³ *Austrian Startup Monitor* 2022 (Fn. 56), S. 88.

Gemäß § 9 Abs. 1 Satz 1 FlexKapGG kann der Gesellschaftsvertrag die Ausgabe von Unternehmenswert-Anteilen bis zu einer Höhe von 25% des Stammkapitals vorsehen. In der Sache sind Unternehmenswert-Anteile den stimmrechtslosen Vorzugsaktien nachempfunden („Vorzugsanteile ohne Vorzug“¹³⁴): Unternehmenswert-Beteiligte haben Anspruch auf ihren Anteil am Bilanzgewinn und am Liquidationserlös (§ 9 Abs. 3 FlexKapGG). Sie besitzen jedoch nur beschränkte Informations- und Einsichtsrechte,¹³⁵ verfügen zwar über ein Teilnahmerecht an der Generalversammlung, haben aber grundsätzlich kein Stimm- und kein Anfechtungsrecht (§ 9 Abs. 4 FlexKapGG). Lediglich Beschlüsse, die eine Änderung ihrer Rechte oder eine Umwandlung ihrer Anteile in Geschäftsanteile bewirken, können nur mit Zustimmung aller davon betroffenen Unternehmenswert-Beteiligten gefasst werden (§ 9 Abs. 5 FlexKapGG). Die Einlage haben sie sofort vollumgänglich zu leisten, allerdings sind sie von Ausfallhaftung und Nachschusspflicht ausgenommen (§ 9 Abs. 2 FlexKapGG).

Die gesetzlich determinierte, stark eingeschränkte Rechtsstellung von Unternehmenswert-Beteiligten äußert sich auch in Hinblick auf die Transparenz ihrer Beteiligung und der Anteilsübertragung. So werden Unternehmenswert-Beteiligte, anders als „normale“ Gesellschafter einer FlexKapG, nicht ins Firmenbuch eingetragen. Vielmehr hat die Gesellschaft ein Anteilsbuch zu führen, welches dem Aktienbuch einer AG nachempfunden ist (§ 9 Abs. 7 FlexKapGG). Damit soll einerseits der Aufwand reduziert werden, der bei laufenden Zuteilungen an Mitarbeiter anfällt.¹³⁶ Andererseits erschien dem Gesetzgeber eine stärkere Beteiligungspublizität verzichtbar, weil Unternehmenswert-Beteiligte von der Willensbildung weitgehend ausgeschlossen sind.¹³⁷ Hinzu kommt die jährliche Abgabe einer Namens- und einer Anteilsliste zum Firmenbuch (§ 9 Abs. 8 FlexKapGG).¹³⁸ Außerdem lässt § 9 Abs. 6 FlexKapGG für die Übertragung von Unternehmenswert-Anteilen die bloße Schriftform genügen, die auch bei Verwendung von qualifizierten elektronischen Signaturen erfüllt ist.¹³⁹

Schließlich enthält § 10 FlexKapGG ein zwingendes Mitverkaufsrecht für Unternehmenswert-Beteiligte, wenn die Gründungsgesellschafterinnen ihre Geschäftsanteile mehrheitlich veräußern.¹⁴⁰ Das Tag-along-Recht soll als Schutzinstrument dienen und den Mitverkauf „zum gleichen Preis und zu gleichen Konditionen“ ermöglichen. Die Bestimmung gedenkt sogar sukzessiven Verkäufen, wo die Mitveräußerung der Unternehmenswert-Anteile zu gewichteten Durchschnittspreisen erfolgt (§ 10 Abs. 2 Satz 3 FlexKapGG). Das Mitverkaufsrecht

¹³⁴ *Told*, ÖJZ 2023, 881: „Die Rechtsstellung von Unternehmenswert-Beteiligten erinnert am ehesten an Vorzugsaktionäre ohne Vorzug.“

¹³⁵ Hierzu sowie zu künftig gleichwohl möglichen Impulsen seitens der Rechtsprechung *Aubrunner/Fürst*, GesRZ 2023, 359, 364.

¹³⁶ Vgl. *S. Bydlinski*, ÖJZ 2023, 884.

¹³⁷ ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, S. 7.

¹³⁸ Näher dazu *Aubrunner/Fürst*, GesRZ 359, 361.

¹³⁹ ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, S. 7.

¹⁴⁰ Ausführlicher dazu *Zollner*, ÖJZ 2023, 904.

muss vor Ausgabe der Unternehmenswert-Anteile im Gesellschaftsvertrag verankert werden, sodass bereits im Zuge dessen die Gründungsgesellschafterinnen zu definieren sind. Sie müssen bei Einräumung der Unternehmenswert-Anteile über die Mehrheit des Stammkapitals verfügen (§ 10 Abs. 2 Satz 1 FlexKapGG), spätere Verwässerungen sind irrelevant.¹⁴¹ Es scheint dem Gesetzgeber daher weniger um einen Kontrollwechsel¹⁴² in Bezug auf die Mehrheitsverhältnisse bzw. das Stimmenverhältnis als um den Wechsel der ideenspendenden Initiatoren oder der bereits aktiven Business Angels zu gehen. Ferner sind die Gründungsgesellschafterinnen im Falle mehrerer Ausgaberunden jeweils neu zu definieren, sodass es für verschiedene Unternehmenswert-Anteile verschiedene Auslöser des Mitverkaufsrechts geben kann.¹⁴³

c) Lockerung von Formvorschriften

Eines der umstrittensten Kapitel des FlexKapGG betrifft schließlich Formvorschriften, die von Startups als bürokratische Hindernisse betrachtet wurden und bei so manchen internationalen Geldgebern offenbar auf Unverständnis gestoßen waren. Im Gründungsstadium bleibt insofern alles beim Alten und somit bei einem Gleichlauf mit dem GmbH-Recht: Gemäß § 1 Abs. 2 FlexKapGG i. V. m. § 4 Abs. 3 Satz 1 GmbHG gilt auch für die FlexKapG, dass der Gesellschaftsvertrag der Form eines Notariatsakts bedarf. Eine Erleichterung ist dagegen für Anteilsübertragungen vorgesehen, vor allem, um ausländischen Investoren entgegenzukommen.¹⁴⁴ Anders als § 76 Abs. 2 öGmbHG, der sowohl für das Verpflichtungswie für das Verfügungsgeschäft einen Notariatsakt verlangt, lässt § 12 Abs. 1 Satz 1 FlexKapGG hierfür die Errichtung einer Urkunde durch einen Notar oder einen Rechtsanwalt genügen. Die Urkundsperson hat dabei nach § 12 Abs. 1 Satz 2 FlexKapGG die Zulässigkeit der Anteilsübertragung zu überprüfen und beide Parteien über die Rechtsfolgen ihrer Erklärungen und mögliche weitere Voraussetzungen für die Wirksamkeit der Übertragung zu belehren. Entsprechendes gilt gemäß § 12 Abs. 2 FlexKapGG für die Übernahmeerklärung bei einer Kapitalerhöhung oder beim genehmigten Kapital sowie bei der Ausübung des Bezugsrechts. Die Gesetzesmaterialien sprechen insoweit von einer „Formpflicht sui generis“¹⁴⁵. Die noch weitergehende Forderung, den Notariatsakt durch die bloße Schriftform zu ersetzen,¹⁴⁶ fand dagegen kein Gehör.

¹⁴¹ ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, S. 9.

¹⁴² Vgl. die Assoziation bei *Zollner*, ÖJZ 2023, 904, 907.

¹⁴³ *Eckert/Sternig*, *ecolex* 2023, 917, 919; *Zollner*, ÖJZ 2023, 904, 908 f.

¹⁴⁴ So ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, S. 10.

¹⁴⁵ ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, S. 10.

¹⁴⁶ So schon vorzeiten *P. Bydlinski/F. Bydlinski*, Gesetzliche Formgebote für Rechtsgeschäfte auf dem Prüfstand, 2001, S. 50 ff., 86; zuletzt *Doralt/Rastegar/Gelter/Conac/Rastegar/Schuster*, *GesRZ* 2021, 120, 122 f.; *Thomale*, in: *Kalss/Torggler* (Fn. 10), S. 9, 31 ff.; *Torggler*, *RdW* 2021, 1.

d) *Varia*

Weitere Liberalisierungen gegenüber dem österreichischen GmbH-Recht bilden die Erleichterung von Umlaufbeschlüssen (§ 7 FlexKapGG), die Zulassung einer uneinheitlichen Stimmabgabe (§ 8 FlexKapGG), die Etablierung von Stückanteilen (§ 13 FlexKapGG), die Teilbarkeit des Geschäftsanteils (§ 14 FlexKapGG) sowie die Einziehbarkeit von Geschäftsanteilen auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage (§§ 23, 24 FlexKapGG). Dagegen wird die Aufsichtsratspflicht ausgedehnt: Sie besteht nicht nur – wie bei der GmbH – in den Fällen des § 29 Abs. 1 öGmbHG,¹⁴⁷ sondern schon dann, wenn die FlexKapG zumindest eine mittelgroße Kapitalgesellschaft i. S. d. Rechnungslegungsvorschriften ist (§ 6 FlexKapGG).¹⁴⁸

2. *Ergänzende Regelungen in Nachbargesetzen*

a) *Absenkung des Mindeststammkapitals in der GmbH*

Das GesRÄG 2023 verhilft auch einem weiteren Ziel des Regierungsprogramms¹⁴⁹ und einer maßgeblichen Änderung im öGmbHG zum Durchbruch, nämlich der Absenkung des Mindeststammkapitals von 35.000 Euro auf 10.000 Euro (§ 6 Abs. 1 öGmbHG). Sie kommt über den Generalverweis in § 1 Abs. 2 FlexKapGG auch der neuen Rechtsform zugute.¹⁵⁰ Der unmittelbare Kapitalbedarf für die Gesellschaftsgründung liegt somit lediglich bei 5.000 Euro (vgl. §§ 9a Abs. 2, 10 Abs. 1 öGmbHG). Verbunden sind damit auch sinkende Notariatsgebühren und eine geringere Mindestkörperschaftssteuer.¹⁵¹

Die Verringerung des Mindeststammkapitals auf 10.000 Euro stand, wie eingangs erwähnt, bereits früher auf der rechtspolitischen Agenda. Sie war zunächst mit dem GesRÄG 2013¹⁵² unter dem Stichwort „GmbH ,light“ erfolgt, ehe dieser Schritt mit dem Abgabenänderungsgesetz 2014¹⁵³ „aus steuerlichen Gründen“¹⁵⁴ wieder rückgängig gemacht worden war. Denn mit der Herabsetzung des Mindest-

¹⁴⁷ Insbesondere bei mehr als 300 Arbeitnehmern (vgl. § 29 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 4 öGmbHG).

¹⁴⁸ Kritisch dazu – aus Anwaltssicht – *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 2023, 497, 498: „Dies bedeutet eine massive Schlechterstellung der FlexCo im Vergleich zur GmbH. Hier leuchtet das Bestreben des Entwurfs, dem Notariatsstand die GmbH als ‚vorbehaltenes Honorar-Reservoir‘ zu erhalten und die FlexCo für mittelgroße Unternehmen unattraktiv zu machen, deutlich hervor.“

¹⁴⁹ Bundeskanzleramt (Fn. 39), S. 66.

¹⁵⁰ ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, S. 2.

¹⁵¹ WFA 2320 BlgNR 27. GP, S. 12: „Das Absenken des GmbH-Mindeststammkapitals wirkt sich auf die Einnahmen des Bundes aus der Körperschaftsteuer aus, weil die Mindest-KöSt als ein bestimmter Prozentsatz des gesetzlichen Mindeststammkapitals definiert ist (§ 24 Abs. 4 Z 1 KStG 1988).“ und S. 13: „Da die Höhe der [für die Mitwirkung eines Notars bei der Gründung] anfallenden Kosten grundsätzlich von der Höhe des Stammkapitals der GmbH abhängt, kommt es durch die Absenkung des Mindeststammkapitals automatisch auch zu einer Reduktion der Notariatsgebühren [...].“

¹⁵² BGBl. I 109/2013.

¹⁵³ BGBl. I 13/2014.

¹⁵⁴ So die lakonische Begründung bei ErlRV 24 BlgNR 25. GP, S. 27.

stammkapitals und der Möglichkeit einer steuerbegünstigten Kapitalherabsetzung waren – zumindest unterschätzte – Ausfälle bei den Erträgen aus Mindestkörperschaftsteuer und Kapitalertragssteuer einhergegangen.¹⁵⁵ Als Ersatz etablierte man die sog. Gründungsprivilegierung nach § 10b öGmbHG, die nach spätestens zehn Jahren endete.¹⁵⁶ Sie wurde nunmehr obsolet und ersatzlos gestrichen. Ein erneutes Zurückrudern erscheint äußerst unwahrscheinlich, werden doch die finanziellen Auswirkungen der reduzierten Steuereinnahmen in den Gesetzesmaterialien detailliert aufgeschlüsselt.¹⁵⁷

b) Beseitigung der „Dry Income“-Problematik im Einkommenssteuerrecht

Begleitet wird das GesRÄG 2023 ferner von dem steuerrechtlichen Start-Up-Förderungsgesetz.¹⁵⁸ Es adressiert namentlich die „Dry Income“-Problematik, derer sich auch der deutsche Gesetzgeber im Rahmen des Zukunftsfinanzierungsgesetzes annimmt.¹⁵⁹ Sie folgt daraus, dass vor allem Startups oftmals unter Liquiditätsmangel leiden und qualifizierte Arbeitnehmer deshalb mit Beteiligungen entlohnen. Die – grundsätzlich eingreifende – sofortige Besteuerung des mit der Anteilsübertragung zugeflossenen Bezugs löst jedoch bei den Empfängern zusätzlichen Liquiditätsbedarf aus, weil sie mangels unmittelbarer Geldleistung nur „trockenes Einkommen“ lukrieren. Der neue § 67a öEStG soll dieses Problem einer „Start-Up-Mitarbeiterbeteiligung“ dadurch ausgleichen, dass – unter bestimmten Voraussetzungen – ein Besteuerungsaufschub bis zur tatsächlichen Veräußerung der Anteile gewährt wird, womit auch Bewertungsschwierigkeiten vermieden werden können. Voraussetzung ist, dass die jeweiligen Anteile, insbesondere auch die neu eingeführten Unternehmenswertanteile, vinkuliert sind.¹⁶⁰

VII. Rechtspolitische Würdigung

Eine erste Einschätzung der neuen Rechtsform kann nicht in die Einzelheiten hinabsteigen, sondern muss sich auf einen Blick aus der Vogelperspektive beschränken.

¹⁵⁵ Näher dazu *Herda*, wbl 2014, 361, 365 ff., die das gesetzgeberische Hin und Her sowie das dadurch bewirkte gleichzeitige Bestehen dreier GmbH-Regime als „Sündenfall des Gesetzgebers“ bezeichnete; ferner *Stanek*, GES 2015, 236, 237 f.; rückblickend anlässlich der nunmehrigen Reformbestrebungen *Kleinszig/Olechowski*, GES 2023, 61, 64 f.

¹⁵⁶ Dazu etwa *Zollner*, in: Gruber/Harrer (Fn. 9), § 10b Rn. 1 ff.

¹⁵⁷ WFA 2320 BlgNR 27. GP, S. 11 f.; vgl. auch *Told*, ÖJZ 2023, 881: „Diesmal ist sich der Gesetzgeber der steuerrechtlichen Konsequenzen einer Absenkung des Mindeststammkapitals umfassend bewusst“.

¹⁵⁸ BGBl. I 200/2023.

¹⁵⁹ Vgl. § 19a EStG und dazu BT-Drucks. 20/8292, S. 130 f.

¹⁶⁰ Näher dazu ErlRV 2321 BlgNR 27. GP, S. 1 ff.; aus dem Schrifttum *Novak/Aspalter*, ecollex 2023, 923; *Salnikow*, taxlex 2023, 288.

1. Sondergesellschaftsrecht für Startup-Unternehmen

Bemerkenswert ist zunächst, dass der österreichische Gesetzgeber ein neues Regelungsregime einführt, das ganz auf die Bedürfnisse von Startup-Unternehmen zugeschnitten wurde. Hierfür mag man anführen, dass Startups mit ihren innovativen Produkten den Strukturwandel in der Wirtschaft vorantreiben und für volkswirtschaftliches Wachstum sorgen.¹⁶¹ Weiter unterscheiden sich Startups jedenfalls graduell von anderen Unternehmensgründungen und sind aus ökonomischer Sicht auch einer Arbeitsdefinition zugänglich: Danach sind Startups jünger als zehn Jahre, mit ihrer Technologie oder ihrem Geschäftsmodell (hoch)innovativ und streben signifikantes Mitarbeiter- oder Umsatzwachstum an.¹⁶² Schließlich stellen sich im Rahmen der Wagniskapitalfinanzierung eine Reihe spezifischer Probleme, insbesondere eine scharf ausgeprägte Informationsasymmetrie zwischen Gründern und Investoren, die durch ausgeklügelte Arrangements überwunden werden müssen.¹⁶³

Gleichwohl bleibt fraglich, ob eine gesellschaftsrechtliche Insellösung tatsächlich empfehlenswert ist. Sie kämpft von vornherein mit der Schwierigkeit, dass sich Startups rechtlich nicht trennscharf definieren und selbst als normativer Realtypus kaum fassen lassen. Auch das österreichische Recht enthält deshalb keine Einschränkung der Rechtsformwahl; vielmehr steht die FlexKapG allen interessierten Unternehmern offen.¹⁶⁴ Allgemein kann man beobachten, dass branchen- oder segmentspezifische Sonderformen trotz mancher Ausnahmen¹⁶⁵ im Schwinden begriffen sind: Hierzulande hat man die bergrechtliche Gewerkschaft ebenso abgeschafft wie die Partenreederei,¹⁶⁶ und auch der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit ist wohl ein Auslaufmodell.¹⁶⁷ Rechtsvergleichend muss man erfolgreiche Regelungsvorbilder für eine „Venture Corporation“¹⁶⁸ mit der Lupe suchen. In den Vereinigten Staaten, dem weltweit bedeutendsten Markt für Venture Capital, haben Startups mit der *corporation* und teilweise auch mit der LLC ihr Auskommen gefunden.¹⁶⁹ Demgegenüber ist die griechische Privatgesellschaft

¹⁶¹ Dazu und zur Identifikation und Entwicklung österreichischer Startups Austrian Startup Monitor (Fn. 56); siehe auch *Adler/Klaffner*, *ecolx* 2022, 101, 102 m. w. N.

¹⁶² So die Eingrenzung bei Austrian Startup Monitor (Fn. 56).

¹⁶³ Eingehend aus rechtlicher Sicht *Pereira*, *Review of Banking & Financial Law* 42 (2022), 367 unter der Überschrift „Designing Startup Corporate Law“.

¹⁶⁴ Vgl. schon oben unter I. und in Fn. 10.

¹⁶⁵ Zu nennen sind aus deutscher Sicht vor allem die Partnerschaftsgesellschaft für Freiberufler, international zunehmend auch eigene Organisationsformen für Sozialunternehmen.

¹⁶⁶ Dazu *Fleischer*, in: FS Grunewald, 2021, S. 209, 221 unter der Zwischenüberschrift: „Fortdauerndes Bedürfnis für branchenspezifische neben allgemeinen Gesellschaftsformen?“

¹⁶⁷ Zum VVaG als „Mauerblümchen aller deutschen Handelsgesellschaften“ *Kornblum*, *GmbH* 2020, 677, 687 mit konkreten Zahlen.

¹⁶⁸ So der Aufsatztitel von *Gad Weiss*, 2023, verfügbar unter <<https://ssrn.com/abstract=4338030>> (1.2.2024).

¹⁶⁹ Eingehend zur Rechtsformwahl von Silicon Valley Startups *Polsky*, 70 *Hastings L. J.* 409 (2019), 409, 411: „Most advisors across the United States consistently recommend flow-

(„IKE“) von 2012, die von den Reformbefürwortern in Österreich gelegentlich als Inspirationsquelle genannt wird,¹⁷⁰ nicht speziell auf Startups zugeschnitten, sondern hat vor allem die klassischen kleinen und mittleren Unternehmen als Zielgruppe im Blick.¹⁷¹ Lediglich in Italien und Polen fanden primär Startup-getriebene Reformen statt. Zum einen folgte auf den „Restart, Italia!“-Bericht¹⁷² einer vom italienischen Wirtschaftsministerium eingesetzten Task-Force ein Regelungspaket, das innerhalb der S.r.l. bestimmte Privilegien eröffnete, die jedoch nur eigens definierten „innovativen Startups“ zugänglich waren.¹⁷³ Nicht zuletzt wegen der schwierigen Konturierung dieses Begriffs erweiterte der italienische Gesetzgeber jedoch sukzessive den Anwendungsbereich, bis die Neuerungen im Jahr 2017 für alle KMUs geöffnet und faktisch für alle S.r.l. verfügbar wurden.¹⁷⁴ Aktuell geht somit nur noch die polnische Einfache Aktiengesellschaft („PSA“) von 2021 auf tatkräftige Unterstützung der dortigen Startup-Szene zurück und wurde bezeichnenderweise vom Ministerium für Entwicklung gefördert, das *de facto* die Funktion des Wirtschaftsministeriums wahrnimmt.¹⁷⁵ Statt einer speziellen Starthilfe für Startups spricht daher vieles für allgemein zugängliche Verbesserungen im GmbH- und Aktienrecht.¹⁷⁶

2. Neue Gesellschaftsform versus Rechtsformvariante

Für die Einführung einer neuen gesellschaftsrechtlichen Gussform stehen grundsätzlich zwei verschiedene Regelungstechniken zur Verfügung: eine bloße Rechts-

through entities, such as limited liability companies and S corporations to their clients. In contrast a discrete group of highly sophisticated lawyers, those who advise start-ups in Silicon Valley and other hotbeds of start-up activity, stubbornly prefer C corporations.“; zur Rechtsformwahl bei Google/Alphabet im Laufe der Zeit *Bueren/Crowder*, in Fleischer/Mock, Große Gesellschaftsverträge in Geschichte und Gegenwart, 2021, S. 911, 934 ff.; *de lege ferenda* aber für eine eigene Rechtsformvariante der *corporation* für Startups *Weiss* (Fn. 168), allerdings ohne konkret ausformulierte Vorschläge.

¹⁷⁰ Vgl. *Reich-Rohrwig/Kinsky/Kraus* (Fn. 45), S. 56 f.

¹⁷¹ Vgl. etwa *Perakis*, in: FS Baums, 2017, Bd. II, S. 903; ferner *Papadimopoulos*, RIW 2014, 344; *Grigoriadis*, ECL 2013, 213; umfassend zur IKE in diesem Band § 16 (*Vervessos*), S. 539.

¹⁷² *Restart, Italia!*, Rapporto della Task Force sulle startup istituita dal Ministro dello Sviluppo Economico, 2012.

¹⁷³ Näher *Giudici/Agstner*, EBOR 2019, 597, 614 ff.

¹⁷⁴ *Giudici/Agstner*, EBOR 2019, 597, 617: „In 2017, those amendments were extended to all SMEs, also if non-innovative in the sense specified, and thus *de facto* to all SRLs.“

¹⁷⁵ Dazu in diesem Band § 19 (*Weber*), S. 625; ferner *Feind/Paluch*, WiRO 2018, 327; siehe auch *Mazgaj/Mucha*, ECL 2020, 45.

¹⁷⁶ So auch die Quintessenz des Editorials von *Riss/Winner/Wolfbauer* unter der Überschrift „Starthilfe für Start-ups oder bessere Finanzierung für alle?“; dies bekräftigend *Winner*, in: *Kalss/Torggler* (Fn. 10), S. 129, 130: „Richtige Regeln sollten für alle gelten.“; vgl. auch *Kalss*, GesRZ 2023, 337 mit der Überschrift „Österreichs Wirtschaft ist mehr als eine Ansammlung von Start-ups“.

formvariante oder eine gänzlich neue Gesellschaftsform.¹⁷⁷ In jüngerer Zeit fiel die Wahl der Reformgesetzgeber überwiegend auf die erste Option: Hierzulande ist etwa die Unternehmersgesellschaft eine Variante der GmbH und die Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung eine solche der Partnerschaftsgesellschaft; international bildet die Benefit Corporation eine besondere Ausprägung der *corporation* und die Limited Liability Partnership eine solche der *general partnership*. Der Charme dieser Lösung liegt sowohl in ihrer Regelungsökonomie 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.¹⁷⁸ Rechtsvergleichende Vorbilder für die zweite Option bilden die gerade schon erwähnte griechische IKE und die polnische PSA, außerdem die französische *société par actions simplifiée* (SAS). Der Vorteil dieser Lösung besteht darin, dass man alte Zöpfe nicht erst abschneiden muss, sondern gleich ein neues Blatt beschreiben kann.¹⁷⁹

Der österreichische Reformgesetzgeber hat es mit seiner Grundkonzeption des FlexKapGG unternommen, das Beste beider Regelungsoptionen zu kombinieren. Einerseits hat er durch den Generalverweis auf das GmbH-Gesetz in § 1 Abs. 2 FlexKapGG die Regelgeberressourcen geringgehalten und die weitere Nutzung des bisherigen Präjudizienstocks ermöglicht. Er folgt insoweit dem Vorbild der französischen SAS, die mit 20 Vorschriften auskommt, weil das Gesetz mit Regelungsaufträgen an die Gesellschafter arbeitet und subsidiär auf die Vorschriften zur *société anonyme* verweist. Um ein Vielfaches umfangreicher fallen dagegen die Neuregelungen für die griechische IKE (77 Paragraphen) und die polnische PSA (134 Paragraphen) aus. Andererseits legt der österreichische Reformgesetzgeber Wert darauf, dass es sich bei der FlexKapG um eine eigene Gesellschaftsform handelt. Die dafür gegebenen Begründungen wirken allerdings teilweise vorgeschoben und sind rechtspolitisch nicht über jeden Zweifel erhaben.¹⁸⁰ Soweit das „Austrian Limited“-Gutachten auf das griechische Vorbild verweist,¹⁸¹ wird übersehen, dass die hergebrachte griechische GmbH wegen zahlreicher Mängel als diskreditiert galt und eine zunächst erwogene Reform des GmbH-Rechts als zu mühsam angesehen wurde.¹⁸² Ähnlich lag es in Polen, wo verschiedene Anläufe zu einer durchgreifenden Reform des GmbH-Rechts ebenfalls gescheitert waren.¹⁸³ Dagegen genießt die GmbH in Österreich einen guten

¹⁷⁷ Vgl. *Fleischer*, NZG 2022, 827, 830 f.; zu der weiteren Regelungstechnik eines gesetzlichen Status und zu privaten Zertifizierungen *Fleischer*, ZIP 2023, 1005, 1011.

¹⁷⁸ Vgl. *Fleischer*, NZG 2014, 1081, 1089 m. w. N.

¹⁷⁹ So anschaulich aus österreichischer Sicht *Riss/Winner/Wolfbauer*, ZFR 2021, 477.

¹⁸⁰ Vgl. auch die kleine Gruppe an Rechtsnormen, die als „originäres FlexKapG-Recht“ bezeichnet werden können, oben V. 3.; ferner die Charakterisierung bei *Sauer/Hiermann*, GesRZ 2023, 367: „im Grunde eine GmbH mit besonderen Gestaltungsmöglichkeiten“.

¹⁸¹ Vgl. *Reich-Rohrwig/Kinsky/Kraus* (Fn. 45), S. 26 f.

¹⁸² Vgl. *Perakis* (Fn. 171), S. 903; eingehend in diesem Band § 16 (*Vervessos*), S. 539.

¹⁸³ Näher dazu in diesem Band § 19 (*Weber*), S. 625.

Ruf¹⁸⁴ und hätte durch eine wissenschaftlich gründlich vorbereitete Reform¹⁸⁵ ohne Weiteres flexibilisiert werden können, wie es das Regierungsprogramm auch vorsah.¹⁸⁶ Als zweite Begründung wird die Signalwirkung einer neuen Rechtsform ins Feld geführt, die sich Österreich zu Nutze machen könne.¹⁸⁷ Wie das Beispiel der deutschen Unternehmungsgesellschaft zeigt, wäre das freilich auch durch eine entsprechende Firmenbildung im Rahmen einer Rechtsformvariante möglich gewesen. Der zuweilen erhobene Vorwurf, es sei der Politik in diesem Punkt „mehr um Marketing als um Substanz“¹⁸⁸ gegangen, erscheint daher für einen außenstehenden Beobachter nicht ganz fernliegend. Rechtlich ist die gesetzgeberische Selbsteinordnung der FlexKapG als eigenständiger Rechtsform hinzunehmen. Auf europäischer Ebene führt sie zu einer unverzüglichen Unterrichtungspflicht Österreichs gegenüber der Kommission gemäß Art. 162a GesRRL.¹⁸⁹ Wie die französische SAS, die griechische IKE und die polnische PSA ist auch die österreichische FlexKapG in Anhang II der GesRRL aufzunehmen.¹⁹⁰

3. Internationaler Wettbewerb der Rechtsformen

Ebenso wie Deutschland ist auch Österreich zu Beginn des Jahrtausends zeitweise in den Strudel des „UK Limited“-Booms geraten.¹⁹¹ Allerdings war dieser äußere Konkurrenzdruck offenbar nicht stark genug, um, abgesehen von halbherzigen Vorstößen zur Absenkung des Mindeststammkapitals,¹⁹² eine Reform des einheimischen GmbH-Rechts zu erzwingen. Erst jetzt, ein Vierteljahrhundert nach der *Centros*-Entscheidung des EuGH, folgt der österreichische Reformgesetzgeber dem internationalen Trend zur Liberalisierung und Flexibilisierung des Rechts der geschlossenen Kapitalgesellschaft.¹⁹³ Die von ihm erdachte Flexible Kapitalgesellschaft bleibt freilich *in puncto* Gestaltungsfreiheit weit hinter ihrer Namenspatronin, der niederländischen Flex-BV,¹⁹⁴ zurück. Zudem ist Österreich auch fortan umgeben von deutschsprachigen Nachbarrechtsordnungen mit einem deutlich liberaleren GmbH-Recht: Deutschland, die Schweiz und Liechtenstein.

¹⁸⁴ So ausdrücklich ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, S. 1.

¹⁸⁵ *Kalss/Schauer* (Fn. 32).

¹⁸⁶ Vgl. oben unter III. 1.

¹⁸⁷ Vgl. *Reich-Rohrwig/Kinsky/Kraus* (Fn. 45), S. 27.

¹⁸⁸ *Rüffler* (Fn. 54), S. 113.

¹⁸⁹ Dazu *Reich-Rohrwig/Kinsky/Kraus* (Fn. 45), S. 29.

¹⁹⁰ Vgl. *Thomale*, in: *Kalss/Torggler* (Fn. 10), S. 9, 29 f.; abw. *Rüffler*, *GES* 2020, 349, 350; eingehend zur Dogmatik der europarechtlichen Rechtsformenanhänge *Thomale*, *JB* 2021, 621.

¹⁹¹ Empirisches Material bei *Ringe*, *ECFR* 2013, 230, 247 ff. (Deutschland), 253 ff. (Österreich).

¹⁹² Dazu oben VI. 2. a).

¹⁹³ Ausführlich zu diesem Trend *Fleischer*, *NZG* 2014, 1081, 1084 ff. m. w. N.

¹⁹⁴ Zur Bezugnahme auf sie *Reich-Rohrwig/Kinsky/Kraus* (Fn. 45), S. 22; allgemein *Hagedorn/Tervoort*, *Niederländisches Wirtschaftsrecht*, 2017, Kap. AI, Rn. 1 ff.; rechtsvergleichend *Hirschfeld*, *RIW* 2013, 134.

Für einen internationalen Wettbewerb der Rechtsordnungen¹⁹⁵ ist das österreichische Kapitalgesellschaftsrecht daher auch nach Einführung der FlexKapG nur mäßig gerüstet.

4. Binnenwettbewerb zwischen FlexKapG und GmbH

Weitaus spannender zu beobachten sein dürfte künftig, inwieweit und wie schnell der Neuankömmling FlexKapG dem Platzhirsch GmbH Marktanteile abjagen wird. Unmittelbar nach Vorstellung der Pläne für eine neue Kapitalgesellschaftsform machte bereits das Wort vom „Tod der GmbH“¹⁹⁶ die Runde. Ob dieses Untergangsszenario realistisch oder übertrieben ist, bleibt abzuwarten. Zu gewärtigen ist jedenfalls ein deutlicher Attraktivitätsverlust der GmbH. Denn die FlexKapG bietet eine Reihe von Zusatzoptionen und weist, vom früheren Eingreifen der Aufsichtsratspflicht abgesehen,¹⁹⁷ keine nennenswerten rechtlichen Nachteile auf – ein Kampf mit Spießen ungleicher Länge. Dies gilt nicht nur für Neugründungen, sondern wegen der einfachen Umwandlungsmöglichkeit nach § 25 FlexKapGG auch für schon bestehende Gesellschaften.¹⁹⁸

Auf einem anderen Blatt steht, ob die drohende Kannibalisierung der GmbH im Binnenwettbewerb der österreichischen Gesellschaftsformen Anlass zum Gegensteuern gibt. Einerseits wird man eine historisch gewachsene und bewährte Organisationsform nicht ohne Grund dem Niedergang preisgeben.¹⁹⁹ Andererseits ist Artenschutz im Gesellschaftsrecht – anders als in der Natur – kein Selbstzweck.²⁰⁰ Vielmehr müssen sich auch hergebrachte Gesellschaftsformen im Wettbewerb mit anderen Organisationsformen behaupten.²⁰¹ Eine naheliegende Möglichkeit zur (Re-)Vitalisierung der GmbH bestünde darin, FlexKapG und GmbH in absehbarer Zeit sinnvoll zusammenzuführen,²⁰² wie dies die österreichische Gesellschaftsrechtswissenschaft in der Reformdiskussion von Anfang an gefordert hat.²⁰³

¹⁹⁵ Zum Ziel des Reformgesetzgebers, mit der FlexKapG „eine international wettbewerbsfähige Option“ bieten zu wollen, ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, S. 1.

¹⁹⁶ S. *Bydlinski* nach dem Diskussionsbericht von *Drobnik*, in: *Kalss/Torggler* (Fn. 10), S. 43; gleichsinnig *Kommenda*, *Die Presse*, 16.1.2021: „Friedrich Rüffler: Die etablierte GmbH würde zerstört“.

¹⁹⁷ Dazu oben VI. 1. d).

¹⁹⁸ Vgl. *Kalss*, *GesRZ* 2023, 337: „Zu erwarten ist daher, dass viele FlexCos neu gegründet werden und zudem viele bestehende Gesellschaften den Weg des – gem §§ 25 und 26 FlexKapGG offenstehenden – Rechtsformwechsels wählen.“

¹⁹⁹ Für eine frühe Warnung in diese Richtung *Rüffler*, *GES* 2020, 349, 350.

²⁰⁰ Vgl. *Fliescher* (Fn. 166), S. 209, 222; aus österreichischer Sicht auch *Adler/Klaffner*, *ecolecx*, 2022, 101, 103; *Torggler*, *RdW* 2021, 459.

²⁰¹ Vgl. *Fliescher*, *ZIP* 2023, 1505, 1514; aus österreichischer Sicht auch *Doralt/Rastegar/Gelter/Conac/Rastegar/Schuster*, *GesRZ* 2021, 120, 131: „Dass dadurch, falls sie denn unattraktiver als eine neue Form wäre, die Rechtsform der GmbH an Bedeutung verlieren könnte, ist aus staatlicher Sicht neutral.“

²⁰² So *Kalss*, *NZG* 2023, 1437.

²⁰³ Vgl. etwa *Rüffler*, *GES* 2020, 349: „Am klügsten wäre es, die vernünftigen Vorschläge in die GmbH zu integrieren und die Firma ‚Austrian Limited‘ als Alternative zuzulassen.“; *Riss/*

5. Politische Ökonomie des Gesellschaftsrechts

Schließlich bildet die Genese der FlexKapG ein Lehrstück über den Einfluss konkurrierender Lobbygruppen auf den Gesetzgebungsprozess. Die Frontenstellung spiegelt sich schon in der Beteiligung zweier verschiedener Ministerien mit unterschiedlichen parteipolitischen Farben wider.²⁰⁴ Dass das Wirtschaftsministerium auf einen möglichst unternehmensfreundlichen Kurs drängt, ist freilich keine österreichische Besonderheit. Auch anderwärts, etwa in Italien und Polen²⁰⁵, dem Vereinigten Königreich, Liechtenstein, Singapur oder Japan²⁰⁶, haben Wirtschafts- oder Finanzministerium eine Schlüsselrolle bei der Einführung neuer Organisationsformen gespielt.²⁰⁷ Überraschend ist für Außenstehende allenfalls der augenscheinlich beträchtliche Einfluss der vergleichsweise kleinen Startup-Szene in Österreich.²⁰⁸ Ob der Reformgesetzgeber mit dem FlexKapGG vom Pfad der Tugend abgekommen ist,²⁰⁹ erscheint allerdings nicht ausgemacht. Vielleicht haben sich im politischen Kräftespiel auch nur die Gewichte der einzelnen Interessengruppen verschoben.

Dass bei gesellschaftsrechtlichen Neuerungen häufig auch Standesinteressen eine Rolle spielen,²¹⁰ veranschaulicht beim FlexKapGG der erbitterte Kampf um

Winner/Wolfbauer, ZFR 2021, 477: „Wir brauchen eine GmbH-Reform, die auch den Anliegen von Start-ups Rechnung trägt. Wenn man daneben eine eigene Rechtsform wünscht, um den entsprechenden Vorgaben im Regierungsprogramm Rechnung zu tragen, dann kann man das durchaus tun, sollte aber Neuregelungen im Zweifel im GmbH-Recht verankern.“

²⁰⁴ Dazu auch der Hinweis von *Rüffler*, in: *Kalss/Torggler* (Fn. 10), S. 113 mit Fn. 3: „Bekanntlich kam ja die Initiative zur Schaffung der Austrian Limited von einem fachlich nicht zuständigen Ministerium.“

²⁰⁵ Vgl. oben VI.1.

²⁰⁶ Vgl. *Baum/Goto*, ZJapanR 41 (2016), 89, 96: „Die Initiative zur Schaffung der LLL ging entsprechend auch nicht vom Justizministerium aus [...], sondern vom Ministerium für Wirtschaft, Handel und Industrie, das damit auf Forderungen aus der japanischen Wirtschaft reagierte [...].“

²⁰⁷ Dazu bereits *Fleischer*, NZG 2022, 827, 829.

²⁰⁸ Vgl. *Rüffler*, GES 2020, 349: „Die Start-up-Szene lobbyiert heftig für dieses Vorhaben, wobei es sich freilich nicht um die Gründerinnen und Gründer selbst handelt, sondern um die Vertreter bestimmter Vereinigungen, die sich der Förderung von Start-ups verschrieben haben.“

²⁰⁹ So die Deutung von *Auer/Harrer/Rüffler*, NZ 2021, 521: „Die traditionelle Distanz zu Wunschvorstellungen von Interessenwahrern oder Gruppierungen scheint durchbrochen. Seit geraumer Zeit steht ein Umbau der gesellschaftsrechtlichen Landschaft im Mittelpunkt. Den – angeblichen – Handlungsbedarf der Legislative hat nicht etwa eine kühne Judikaturlinie oder eine wissenschaftliche Kontroverse ausgelöst, sondern eine private Wunschliste. Es ist dies ein rechtskulturelles Novum.“

²¹⁰ So die vornehme Umschreibung bei *Geroldinger/Miedler*, RdW 2023, 647: „Offensichtlich wird die Debatte nicht frei von standespolitischen Interessen geführt.“; zuvor bereits *Kalss/Schauer* (Fn. 32), S. 729: „Die Formpflicht für Rechtsgeschäfte ist in neuerer Zeit verstärkt zum Gegenstand rechtspolitischer Diskussion geworden. Blendet man standespolitische Interessen aus, von denen die entsprechende Diskussion nicht ganz frei zu sein scheint [...].“

den Notariatsakt bei der Anteilsübertragung,²¹¹ der bei aller berechtigten Parteinahme²¹² zuweilen die Grenzen der gesellschaftsrechtlichen *comitas* überschreitet.²¹³ Besonders schrille Töne schlug die Österreichische Notariatskammer an, die in einem Positionspapier von einem „Qualitätsverlust“ durch Zulassung der Anwaltsurkunde spricht²¹⁴ und sich sogar zu der Bemerkung verstieg: „Die Neuerung ist eine gefährliche Drohung für Gründer:innen, Investor:innen und vor allem für die Justiz.“²¹⁵ Dahinter steht vor allem die Sorge vor einem Dambruch auch im GmbH-Recht.²¹⁶ Aber auch die Gegner notarieller Formpflichten scheuten in der Auseinandersetzung vor markigen Worten nicht zurück und bescheinigten dem Notariatsstand ein „außerordentlich erfolgreiche[s] Lobbying“²¹⁷. Wohltuend nüchtern fiel dagegen die Stellungnahme des Obersten Gerichtshofs im Begutachtungsverfahren zu § 12 FlexKapGG aus: „Die vorgeschlagene Reduktion dieses Formerfordernisses ist primär eine vom Obersten Gerichtshof nicht zu beurteilende rechts- und standespolitische Frage.“²¹⁸

Ausdruck eines politökonomischen Kalküls ist vermutlich auch die Ausgestaltung der Flexiblen Kapitalgesellschaft als eigenständige Gesellschaftsform. Die Logik dahinter lautet, dass sich Neuerungen leichter durchsetzen lassen, wenn man die hergebrachten Regelungsbestände möglichst wenig antastet. Ein internationales Beispiel dafür bildet die Ausgestaltung der britischen LLP als gänzlich neue Rechtsform mit dem Ziel, das geltende Recht der *company* und *partnership* nicht zu beeinträchtigen: „The principle on which we must insist all through the Bill is that we are changing as little other law as possible.“²¹⁹ Ähnlich gilt in Frankreich die Verselbständigung der SAS als eigenständige Rechtsform als kluger Schachzug, der lange Debatten über eine Reform des Aktienrechts verhinder-

²¹¹ Für eine Zusammenstellung der verschiedenen Positionen *Geroldinger/Miedler*, RdW 2023, 647.

²¹² Dies zugestehend auch *Torggler*, RdW 2021, 1: „Nun ist es zwar das gute Recht von Interessenvertretern, für ihre Schützlinge zu kämpfen.“

²¹³ Ähnlich *Geroldinger/Miedler*, RdW 2023, 647: „Der Ton mancher Stellungnahmen ist auffallend scharf.“

²¹⁴ Ähnlich Rat der Notariate der Europäischen Union (CNUE), Stellungnahme vom 7.7.2023, 47/SN-276/ME, S. 3 ff., wonach die Anwaltsurkunde zum Verlust jeglicher Rechtssicherheit führe, dem Missbrauch Tür und Tor öffne und den grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr mit Österreich deutlich erschwere.

²¹⁵ Österreichische Notariatskammer, Positionspapier „Start-Up-Förderungsgesetz/Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz (FlexKapGG)“, 2023, S. 3.

²¹⁶ Dazu auch *Schopper*, NZ 2023, 1: „[...] zumal eine Abweichung vom Erfordernis eines Notariatsakts bei der künftigen FlexKapG Folgefragen für Formvorschriften bei der ‚klassischen‘ GmbH aufwerfen könnte.“

²¹⁷ So *Doralt*, Stellungnahme vom 7.7.2023, S. 3, 57/SN-276/ME; zuvor schon *Doralt/Rastegar/Gelter/Conac/Rastegar/Schuster*, GesRZ 2021, 120, 123: „Im Ergebnis bleibt die Formpflicht durch den Notariatsakt in Österreich bei der Gründung und bei der Anteilsübertragung ein großer Erfolg der standespolitischen Interessenvertretung.“

²¹⁸ OGH, Stellungnahme vom 6.7.2023, 29/SN-276/ME, S. 7.

²¹⁹ *Lord MacIntosh of Haringey*, Hansard, H.L. Ser. 5, Vol. 608, col. 1353.

te und es ermöglichte, frische Impulse bei der Ausarbeitung des neuen Rechtskleids zu setzen, ohne die aktienrechtlichen Traditionslinien anzutasten oder gar abzuschneiden.²²⁰ In unserem Zusammenhang mutmaßt eine intime Sachkennerin der österreichischen Verhältnisse, dass den Reformbefürwortern die Zurückdrängung der Notariatsaktsform mit einer neuen Rechtsform leichter realisierbar schien.²²¹ Gleichsinnig betont eine Stimme aus der Rechtsanwaltschaft, dass im Neuanfang der eigenständigen Rechtsform das Lobbying von Partikularinteressen besser überwindbar sei.²²² International spricht man insofern vom „regulator dualism“²²³.

6. Wirkungsorientierte Folgenabschätzung

Das weitere rechtspolitische Geschehen wird davon abhängen, ob sich die FlexKapG als Erfolgsstory oder als Flop in die Geschichte des österreichischen Gesellschaftsrechts einschreibt. Die Suche nach geeigneten Maßstäben für den Erfolg einer Rechtsformneuschöpfung fällt allerdings nicht ganz leicht.²²⁴ Eine gewisse Hilfestellung hierfür bietet die wirkungsorientierte Folgenabschätzung (WFA), die in Österreich bei allen Gesetzen seit 2013 verpflichtend durchzuführen ist.²²⁵ Für das FlexKapGG hält die WFA fest: „Unternehmer:innen können ihre Kapitalgesellschaften durch Gründung einer FlexKapG spezifischer an ihre individuellen Bedürfnisse anpassen. Dies hat nicht näher quantifizierbare positive Auswirkungen auf den Wirtschaftsstandort Österreich, insbesondere im Start-up-Bereich.“ Als Indikator gilt ferner ein „Zielzustand“ von 7.500 gegründeten Flexiblen Kapitalgesellschaften bis Ende des Jahres 2028.²²⁶ Zu ergänzen ist allerdings, dass man sich bei einer Erfolgsmessung nicht auf eine isolierte Würdigung der neuen Rechtsform beschränken darf, sondern auch ihre Auswirkungen auf schon bestehende Gesellschaftsformen berücksichtigen muss.²²⁷

²²⁰ Näher dazu *Trinks*, ZEuP 2023, 83, 102 f.

²²¹ Vgl. *S. Bydlinski*, ÖJZ 2023, 883, 886 mit Fn. 13: „Damit lag die Vermutung nahe, dass die Zurückdrängung der Notariatsaktsform ein zentrales Ziel war, das mit einer neuen, für jede GmbH aber durch Satzungsänderung leicht zugänglichen Rechtsform eher erreichbar schien.“

²²² So *Rastegar*, *ecolex* 2023, 909, 910.

²²³ Vgl. den Aufsatz von *Gilson/Hansmann/Pargendler*, *Regulatory Dualism as a Development Strategy: Corporate Reform in Brazil, the United States, and the European Union*, 63 *Stan. L. Rev.* 475 (2011); den Begriff aufgreifend *Doralt/Rastegar/Gelter/Conac/Rastegar/Schuster*, *GesRZ* 2021, 120, 132 mit Fn. 127; *Rastegar*, *ecolex* 2023, 909, 910: „Regulatorischer Dualismus“.

²²⁴ Näher dazu *Fleischer*, *NZG* 2022, 827, 833 f.

²²⁵ Instrukтив dazu die Ausführungen der Sektion III „Öffentlicher Dienst und Verwaltungsinnovation“, einsehbar über <<https://oeffentlicherdienst.gv.at/wirkungsorientierte-verwaltung/wirkungsorientierte-folgenabschaetzung/>> (1.2.2024).

²²⁶ WFA 2320 BlgNR 27. GP, S. 4: „[Es] ist davon auszugehen, dass mittelfristig ca. 10% der Gründer:innen, die bisher eine GmbH gegründet hätten, sich stattdessen für die Gründung einer FlexKapG entscheiden. Ausgehend von bisher jährlich rund 15000 GmbH-Gründungen wären das nach fünf Jahren 7500 flexible Kapitalgesellschaften.“

²²⁷ Vgl. *Fleischer*, *NZG* 2022, 827, 834 m. w. N.; siehe auch schon oben VII.4.

VIII. Die FlexKapG aus deutscher Sicht

Impulse für die Reformdiskussion in Deutschland bietet das FlexKapGG nur, aber immerhin in Einzelpunkten. Dies hängt damit zusammen, dass das hiesige GmbH-Recht schon immer deutlich flexibler war als das österreichische. Viele Neuerungen des FlexKapGG sind dem deutschen GmbH-Recht bereits geläufig. So lässt beispielsweise § 33 GmbHG seit jeher den Erwerb eigener Geschäftsanteile mit gewissen Kautelen zu, und das genehmigte Kapital ist in § 55a GmbHG im Zuge des MoMiG von 2008 eingeführt worden. Dagegen kennt es im Gegensatz zum Aktienrecht (§§ 192, 193 AktG) bisher kein bedingtes Kapital,²²⁸ sodass die Praxis dieses Finanzierungsinstrument schuldrechtlich nachbilden muss.²²⁹ Ein Vorschlag aus dem Jahre 2005, der dies zur Erleichterung der Mezzanine-Finanzierung ändern wollte,²³⁰ hat (leider) keine rechtspolitische Resonanz gefunden.²³¹ Erwägenswert ist ferner die Einführung einer gesetzlichen Vorschrift für sonstige Finanzierungsformen nach dem Muster des § 22 FlexKapGG. Hierzu greift man bei Genussrechten und sonstigen Finanzierungsinstrumenten zur Lückenfüllung bisher auf eine Analogie zu § 221 AktG zurück.²³²

Angeregt wird die juristische Fantasie auch durch das Institut der Unternehmenswert-Anteile, das eine österreichische Literaturstimme als „wohl weltweit einzigartig“²³³ preist. In der Tat handelt es sich um eine gesellschaftsrechtliche Innovation,²³⁴ doch zeigt ein genauerer zweiter Blick auf die umfangreichen Vorschriften, dass der gesetzliche Regelungsaufwand beträchtlich ist und der Teufel oft im Detail steckt. Erste Einzelanalysen stellen den §§ 9–11 FlexKapGG jedenfalls kein günstiges Zeugnis aus;²³⁵ (über-)pointiert ist sogar die Rede von einer „Art Frankenstein aus Versatzstücken aus der Vertragspraxis, dem Übernahme- und dem Gesellschaftsrecht“²³⁶.

Was schließlich die Liberalisierung der Formpflichten bei der Anteilsübertragung angeht, steht die deutsche Debatte der österreichischen in ihrer verhärteten Frontenstellung kaum nach. Auf der einen Seite hat kein Geringerer als

²²⁸ Zum historischen Hintergrund vgl. *Jaritz*, GesRZ 2023, 351, 354 m. w. N.: „einerseits darauf zurückzuführen, dass das bedingte Kapital im AktG erstmals in der Stammfassung 1937/1938 [...] eingeführt wurde.“

²²⁹ Dazu *Seibt*, in: Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 14 Rn. 151; eingehend *Hofert/Arends*, GmbHR 2005, 1381, 1383.

²³⁰ *Vossius/Wachter*, (Entwurf eines) Gesetz(es) zur Reform des Rechts der Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 2005, § 7 Abs. 2.

²³¹ Dies bedauernd auch *Seibt*, in: Scholz, GmbHG (Fn. 229), § 14 Rn. 152.

²³² *Habersack*, in: MüKoAktG, 5. Aufl. 2021, § 221 Rn. 8 m. w. N.

²³³ *Rastegar*, *ecolex* 2023, 909, 910.

²³⁴ Allgemein zu Gesellschaftsrechts-Innovationen, aber auch zur Gegenüberstellung von guten und schlechten Innovationen, *Fleischer*, in: FS Henssler, 2023, S. 859 ff.

²³⁵ Vgl. *Eckert/Sternig*, *ecolex*, 2023, 917; *Zollner*, ÖJZ 2023, 904; zurückhaltender *Aubrunner/Fürst*, GesRZ 2023, 359.

²³⁶ *Eckert/Sternig*, *ecolex* 2023, 917, 922.

Marcus Lutter schon 1969 erklärt, das Beurkundungserfordernis des § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG bei der Veräußerung von Geschäftsanteilen habe „höchstens die Tradition für sich“²³⁷, und Stephan Harbarth hat 2016 bekräftigt, es sei nicht recht einzusehen, warum die Beteiligungen an Personengesellschaften grundsätzlich handelbar und formfrei übertragbar sind, Anteile an der Kapitalgesellschaft GmbH aber insoweit Restriktionen unterliegen.²³⁸ Auf der anderen Seite heben Vertreter des Notariats, aber auch manche Wissenschaftler die Vorzüge des Formerfordernisses und der notariellen Beratung hervor.²³⁹

IX. Schluss

Seit Jahresbeginn kennt Österreich mit der Flexiblen Kapitalgesellschaft eine dritte Kapitalgesellschaftsform. Sie ist rechtssystematisch als Hybridform zwischen GmbH und AG angesiedelt, verfügt mit den sog. Unternehmenswert-Anteilen aber auch über ein innovatives Gestaltungselement, namentlich für Startup-Unternehmen. Gleichwohl steht nicht zu erwarten, dass sie international für Furore sorgen wird. Sie dürfte aber eine willkommene Dynamik in das österreichische Kapitalgesellschaftsrecht hineinbringen. Außerdem eröffnet sie als Fallstudie wertvolle Einsichten über das rechtspolitische Ringen und das politökonomische Kalkül in gesellschaftsrechtlichen Reformprozessen. Für das deutsche Recht hält sie nur, aber immerhin in manchen Einzelpunkten Anregungen bereit.

²³⁷ Lutter, Probleme der GmbH-Reform, 1969, S. 86.

²³⁸ Harbarth, ZGR 2016, 84, 109.

²³⁹ Vgl. etwa Altmeyden, in: FS Westermann, 2008, S. 771, 772 ff.; Herrler, in: Staudinger, 2023, BeurkG Rn. 89 f.; Walz/Fembacher, NZG 2003, 1134; Wicke, ZIP 2006, 977, 979 ff.; gegenteilig aus dem Notariat jedoch Heidenhain, ZIP 2001, 721 mit dem Fazit (auf S. 725): „Das Erfordernis der notariellen Beurkundung beim Verkauf und der Abtretung von Geschäftsanteilen ist nicht mehr zu rechtfertigen.“

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

Holger Fleischer

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

I. Einführung*

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

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

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

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

II. US-amerikanisches Gesellschaftsrecht als Innovationstreiber

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Neuer Zeitabschnitt für Rechtsforminnovationen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁵ § 18-110(b) DLLCA.

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

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

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

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

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

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

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

²³ Del. Code Ann. tit. 12, § 3801.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Gründe für die Innovationskraft des US-amerikanischen Gesellschaftsrechts

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. Regelungsstrategien für das Rechtsformen- tableau im internationalen Vergleich

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁵ *Marxer*, LJZ 2006, 56, 60.

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

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

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

⁵⁹ Näher *Merki* (Fn. 7), S. 137.

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

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

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

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

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

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

2. Belgien: Ockhams Rasiermesser

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Japan: Modul- oder Baukastensystem

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. Nutzen und Kosten einer neuen Gesellschaftsform

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

1. Nutzen

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

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

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

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

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

¹⁰⁹ So *Wilhelm* (Fn. 108), S. 749.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Kosten

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

V. Nachfrage nach und Angebot von neuen Gesellschaftsformen

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

1. Nachfrageseitige Impulse

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

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

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

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

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

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

2. Angebotsseitige Impulse

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. Gibt es eine optimale Zahl an Gesellschaftsformen?

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

1. Zwei entgegengesetzte Extremlösungen

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

a) Warum gibt es nicht nur eine einzige Gesellschaftsform?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁴⁹ BVerfGE 50, 290, 354.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. Eine Bandbreite optimaler Lösungen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VII. Schluss

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

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

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

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

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

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

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

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

Autorenverzeichnis

Prof. Dr. (Ph.D.) Peter Agstner

Freie Universität Bozen, Fakultät für Wirtschaftswissenschaften

Prof. Dr. Harald Baum

Wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg, Professor an der Universität Hamburg, Research Associate am European Corporate Governance Institute in Brüssel

Dr. Yannick Chatard, M.A.

Rechtsreferendar am Hanseatischen Oberlandesgericht in Hamburg

Prof. Dr. Dr. h. c. Dr. h. c. Holger Fleischer, LL.M. (Michigan)

Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg, Affiliate Professor an der Bucerius Law School

Claas-Lennart Götz

Wissenschaftlicher Assistent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg

Prof. Gen Goto

Professor, The University of Tōkyō, Graduate Schools for Law and Politics

PD Mag. Dr. Elke Heinrich-Pendl

Vertretung der Professur für Bürgerliches Recht, Deutsches, Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht an der Universität Leipzig

Dr. Raphael Hilser, LL.M. (LSE)

Rechtsreferendar am Landgericht Stuttgart

Philipp Alexander Hülse, Maître en Droit (Paris 2), MJur (Oxford)

Wissenschaftlicher Assistent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg

Christian Kolb, LL.M. (University of Chicago)

Wissenschaftlicher Assistent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg

Prof. Dr. Stefan Korch, LL.M. (Harvard)

Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Gesellschafts-, Kapitalmarkt- und Insolvenzrecht an der Universität Münster

Prof. Dr. Jan Lieder, LL.M. (Harvard)

Direktor Wirtschaftsrecht des Instituts für Wirtschaftsrecht, Arbeits- und Sozialrecht an der Universität Freiburg sowie Richter am Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht im zweiten Hauptamt

Carolin Lunemann

Ehem. Wissenschaftliche Assistentin am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg

Dr. Matthias Pendl

Wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg

Anton Rittmeister

Wissenschaftlicher Assistent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg

Christian Stemberg

Wissenschaftlicher Assistent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg

Prof. Dr. Chris Thomale, LL.M. (Yale)

Inhaber des Lehrstuhls für Internationales Unternehmens- und Wirtschaftsrecht an der Universität Wien

Julia Tittel

Rechtsanwältin bei Hengeler Mueller in Frankfurt am Main

Dr. Jennifer Trinks, Maître en Droit (Paris 2), LL.M. (Yale)

Wissenschaftliche Referentin am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg

Assoc. Prof. Dr. Nikolaos Vervessos

Associate Professor an der Juristischen Fakultät der Universität Athen

Ass.-Prof. MMag. Dr. Mathias Walch, LL.M. (Yale)

Assistenzprofessor am Institut für Zivilrecht der Universität Innsbruck

Dr. Anne-Marie Weber, LL.M. (Berkeley)

Assistenzprofessorin an der Fakultät für Recht und Verwaltung der Universität
Warschau

