

Dominik Lang

Die Familien- Publikumsgesellschaft

Dynastisierung von Familienunternehmen
am Beispiel der GmbH & Co. KG



Nomos

Bayreuther Studien zu Familienunternehmen

herausgegeben von

Prof. Dr. Rolf Uwe Fülbier

Prof. Dr. Knut Werner Lange

Prof. Dr. Kay Windthorst

Band 10

Dominik Lang

Die Familien- Publikumsgesellschaft

Dynastisierung von Familienunternehmen
am Beispiel der GmbH & Co. KG



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Bayreuth, Univ., Diss., 2022

ISBN 978-3-7560-0386-0 (Print)

ISBN 978-3-7489-3481-3 (ePDF)

1. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2022 von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth als Dissertation angenommen. Literatur, Rechtsprechung und Rechtsentwicklung befinden sich auf dem Stand von November 2021.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Marco Staake, der diese Arbeit hervorragend betreut und mit seinen Anregungen in vielfältiger Weise gefördert hat. Herrn Prof. Dr. Knut Werner Lange danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Dem Nomos-Verlag und den Herausgebern möchte ich herzlich für die Aufnahme in diese Schriftenreihe danken.

Herzlichst möchte ich mich schließlich bei meinen Eltern Elke und Richard Lang bedanken, die mich während meiner juristischen Ausbildung in jeder Hinsicht unterstützt haben. Ohne deren ständigen Rückhalt wäre weder mein Studium noch die Anfertigung dieser Arbeit möglich gewesen. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

München, Juli 2022

Dominik Lang

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungen	21
Einleitung	22
§ 1 Familienunternehmen und Publikumsgesellschaften	27
I. Begriffsbestimmung Familienunternehmen	27
1. Familienunternehmen als Typusbegriff	28
a. Anwendung der Typenlehre auf Familienunternehmen	28
b. Bestimmung des Typenleitbildes	30
2. Typenmerkmale eines Familienunternehmens	32
a. Gesellschafterkreis	32
b. Organisationsstruktur und familiärer Einfluss	35
aa. Einfluss der Familie auf Eignerebene	36
bb. Einfluss der Familie auf Ebene der Unternehmensleitung	38
c. Gesellschaftszweck, Fungibilität der Anteile und strategische Ausrichtung	40
d. Finanzierung	43
e. Subjektive Komponente	45
II. Begriffsbestimmung Publikumsgesellschaft	46
1. Publikumsgesellschaft als Typusbegriff	47
2. Typenmerkmale einer Publikumsgesellschaft	49
a. Gesellschafterkreis	49
b. Organisationsstruktur	52
c. Gesellschaftszweck, Fungibilität der Anteile und strategische Ausrichtung	56
III. Gegenüberstellung	58
1. Gesellschafterkreis	58
2. Organisationsstruktur	58
a. Agenturkonflikte in Publikumsgesellschaften	59
b. Agenturkonflikte in Familienunternehmen	61
c. Stewardship-Theorie in Familienunternehmen	63

3. Gesellschaftszweck, Fungibilität der Anteile und strategische Ausrichtung	64
4. Finanzierung	65
§ 2 Die Familien-Publikumsgesellschaft	66
I. Begriff der Familien-Publikumsgesellschaft	66
II. Lebenszyklusentwicklung von Familienunternehmen	68
1. Gründerunternehmen	68
2. Nachfolgefrage	70
a. Personalnachfolge	71
b. Kapitalnachfolge	72
aa. Thronfolge-Modelle	72
bb. Egalitäre Vermögensübertragung	74
(1) Strukturierung des wachsenden Gesellschafterkreises	75
(2) Konfliktpotenzial	76
(3) Unterscheidung zwischen aktiven und passiven Familiengesellschaftern	77
cc. Mischformen	79
3. Geschwisterunternehmen	81
4. Vetternkonsortium	82
a. Unternehmensleitung	82
b. Inhaber	83
c. Persönliche Beziehungen	86
5. Familiendynastie	87
a. Unternehmensleitung	87
b. Inhaber	88
c. Persönliche Beziehungen	91
d. Unternehmensdiversifikation	94
III. Strukturmerkmale einer Familien-Publikumsgesellschaft	96
1. Gesellschafterkreis	97
2. Organisationsstruktur	100
a. Körperschaftliche Organisation	100
aa. Unternehmensleitung	101
bb. Gesellschafterversammlung	102
cc. Weitere Organe mit besonderen Kompetenzen	103
dd. Stellung der Familiengesellschafter in einer körperschaftlich organisierten Familien-Publikumsgesellschaft	105

b. Agenturkonflikte in einer Familien-Publikumsgesellschaft	105
aa. Agenturkonflikte im Verhältnis zu Fremdmanagern	106
bb. Agenturkonflikte zwischen aktiven und passiven Familiengesellschaftern	110
c. Stewardship-Theorie	112
3. Gesellschaftszweck, Fungibilität der Anteile und strategische Ausrichtung	113
4. Finanzierung	116
IV. Fazit: Strukturmerkmale einer Familien-Publikumsgesellschaft im Überblick	118
§ 3 Rechtsformen von Familien-Publikumsgesellschaften	122
I. Rechtsformen von Publikumsgesellschaften	123
II. Rechtsformen großer Familienunternehmen	125
1. GmbH & Co. KG	125
2. SE & Co. KG	130
3. AG und SE	132
4. GmbH	134
5. Kapitalgesellschaft & Co. KGaA	135
III. Fazit	138
§ 4 Die Familien-Publikums GmbH & Co. KG	141
I. Anwendbarkeit des Sonderrechts der Publikumspersonengesellschaften	143
1. Keine eo ipso Modifikation des Personengesellschaftsrechts	145
a. Argumentation	145
b. Kritik	145
2. Fehlendes öffentliches Werben um die Gesellschafter	146
a. Argumentation	146
b. Kritik	146
3. Kein vergleichbares Schutzbedürfnis	148
a. Argumentation	148
b. Kritik	148
4. Fazit	150

II. Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co. KG	151
1. Auslegung	152
a. Allgemeine Grundsätze	152
b. Behandlung von Publikumspersonengesellschaften	155
c. Behandlung einer Familien-Publikums GmbH & Co. KG	156
aa. Rechtsprechung	156
bb. Würdigung	157
(1) Schematisierter Mitgliederwechsel	157
(2) Schutzbedürftigkeit der eintretenden Familienmitglieder	159
cc. Berücksichtigungsfähige Umstände	161
(1) Familiäre Vertragsverständnisse	161
(2) Einverständlich abweichende Übung	163
(3) Nebenabreden	165
(a) Zwischen sämtlichen Gesellschaftern	166
(b) Zwischen einem Teil der Gesellschafter	167
(4) Grundtendenz des Gesellschaftsvertrags	168
dd. Gesellschaftsvertrag der Komplementär-GmbH	170
2. Inhaltskontrolle	171
a. Allgemeine Grundsätze	171
b. Inhaltskontrolle bei Publikumspersonengesellschaften, § 242 BGB	172
c. Behandlung des Gesellschaftsvertrags einer Familien-Publikums GmbH & Co. KG	174
aa. Begründung der Inhaltskontrolle	175
(1) Diskussion der Inhaltskontrolle von Adhäsionsverträgen	175
(2) Begründungsansatz	176
(a) Fehlender Vertragskompromiss	177
(b) Scheitern der allgemeinen Kontrollmechanismen	178
(c) Schutzbedürftigkeit der Familiengeschafter	179
bb. Methodisches Vorgehen und Rechtsfolgen	182
(1) Methodisches Vorgehen	182
(a) Maßstab	183
(b) Interessenabwägung	184
(2) Rechtsfolgen	185

3. Richterliche Vertragsergänzung	186
a. Tatsächliche Lücken	187
b. Lücken infolge Inhaltskontrolle	189
c. Lücken infolge sonstiger Rechtsmängel	191
aa. Anwendungsbereich und Teilnichtigkeit	191
bb. Lückenschließung	192
4. Fazit	195
III. Organisationsverfassung	198
1. Innere Organisation der GmbH & Co. KG nach dem Gesetz	198
2. Erscheinungsformen der GmbH & Co. KG	202
a. Personen- und beteiligungsgleiche GmbH & Co. KG	203
b. Einheitsgesellschaft	204
aa. Vertretung der GmbH & Co. KG in der Gesellschafterversammlung der Komplementärin	205
bb. Problem des zersplitterten Anteilsbesitzes	209
cc. Mitbestimmung	211
c. Nicht personen- und beteiligungsgleiche GmbH & Co. KG	212
d. Komplementär-GmbH als Leitungsorgan	216
e. Fazit	221
3. Gesellschafterversammlung und Beschlussfassung in der GmbH & Co. KG	223
a. Gesellschafterversammlung als Beschlussorgan	223
aa. Grundlagen	223
(1) Gesellschafterversammlung mit formalem Charakter	225
(2) Gesellschafterversammlung mit repräsentativem Charakter	225
bb. Behandlung einer Familien-Publikums GmbH & Co. KG	226
(1) Gesellschafterversammlung als echtes Beschlussorgan	226
(2) Rechtliche Umsetzung	228
cc. Fazit	229
b. Mehrheitsprinzip	230
aa. Erfordernis der allgemeinen Einführung des Mehrheitsprinzips	230

bb.	Auslegung von Mehrheitsklauseln	231
	(1) Alte Rechtslage: Bestimmtheitsgrundsatz	232
	(2) Neue Rechtslage: Allgemeine Auslegungsgrundsätze	235
	(3) Behandlung einer Familien-Publikums GmbH & Co. KG	236
	(a) Befürwortung der Aufgabe des Bestimmtheitsgrundsatzes	236
	(aa) Mehrheitsprinzip als notwendiges Strukturmerkmal	236
	(bb) Erhöhtes Maß an Rechtsklarheit	238
	(b) Anwendung der allgemeinen Auslegungsgrundsätze	240
	(c) Gestaltungsfragen	242
cc.	Mehrheitsberechnung	244
dd.	Berechnung der Mehrheit anhand der anwesenden oder abgegebenen Stimmen	245
ee.	Fazit	246
c.	Inhaltliche Schranken für Mehrheitsentscheidungen	248
	aa. Erfordernis eines Minderheitenschutzesystems	248
	bb. Flexibilität vs. Vorhersehbarkeit	251
	cc. Allgemeine Grundsätze	253
	(1) Kernbereichslehre	255
	(2) Kontrolle am Maßstab der Treuepflicht	256
	(3) Diskussion um die Aufgabe der Kernbereichslehre	258
	(4) Einordnung in den Gesamtzusammenhang	260
dd.	Minderheitenschutz in einer Familien-Publikums GmbH & Co. KG	262
	(1) Begründung der Unterscheidung zwischen Kernbereichsschutz und allgemeiner Inhaltskontrolle am Treuepflichtenmaßstab	262
	(a) Klar umrissene Eingriffstatbestände	262
	(b) Absolut unentziehbare Rechte als äußerste Grenze zwingenden Gesellschaftsrechts	263
	(c) Rechtsfolgenbetrachtung im Bereich der relativ unentziehbaren Rechte	264
	(d) Fazit	267
	(2) Absolut unentziehbare Rechte	268

(3) Relativ unentziehbare Rechte	269
(a) Eingriffsvoraussetzungen	269
(aa) (Antizipierte) Zustimmung	269
(bb) Wichtiger Grund	272
(b) Schutzzumfang	275
(aa) Allgemein anerkannter Bestand an relativ unentziehbaren Rechten	276
(bb) Besonderheiten bei einer Familien-Publikums GmbH & Co. KG	277
i. Gewinnverwendungsbeschluss	277
ii. Änderungen im Bestand und der Zusammensetzung des Gesellschafterkreises	280
iii. „Kapitalerhöhung“ aus dem bestehenden Gesellschafterkreis	284
iv. Änderung des Gesellschaftszwecks, § 33 Abs. 1 Satz 2 BGB analog	285
(c) Gestaltungsfragen	287
(4) Allgemeine Inhaltskontrolle	288
(a) Erfordernis einer allgemeinen Inhaltskontrolle	290
(b) Inhaltskontrolle anhand der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht	291
(aa) Treuepflichten in der GmbH & Co. KG	292
(bb) Treuepflichtenbindung und Begrenzung der Mehrheitsmacht	294
(cc) Ausmaß der Treuepflichtenbindung	297
i. Allgemeine Kriterien	297
ii. Familienunternehmen	300
iii. Publikumsgesellschaften	304
iv. Familien-Publikums GmbH & Co. KG	306
(c) Weitere bewegliche Schranken der Mehrheitsherrschaft	310
ee. Fazit	312

d. Beschlussverfahren	315
aa. Einberufung	316
(1) Häufigkeit	316
(2) Zuständigkeit	317
(3) Ladung	320
(a) Inhalt, Form und Frist	320
(b) Zugangserfordernis	322
bb. Beschlussfassung	325
(1) Ort	325
(2) Beschlussfähigkeit	325
(3) Verfahren und Form	327
(4) Stimmverbote	329
(5) Stimmpflicht	331
(a) Allgemeine Grundsätze	331
(aa) Tatbestand	331
(bb) Rechtsfolgen	334
(b) Behandlung von Familien- und Publikumsgesellschaften	336
(aa) Tatbestand	336
(bb) Rechtsfolgen	338
(c) Behandlung einer Familien-Publikums GmbH & Co. KG	339
cc. Fazit	341
e. Beschlussmängelrecht	343
aa. Herrschende Ansicht	343
bb. Änderungen im Zuge der Modernisierung des Personengesellschaftsrechts	346
cc. Befürwortung der Einführung des neuen Beschlussmängelrechts für eine Familien- Publikums GmbH & Co. KG	348
dd. Gesellschaftsvertragliche Lösung	350
4. Unternehmensleitung	352
a. Nicht personen- und beteiligungsgleich ausgestaltete GmbH & Co. KG als Gegenstand der nachfolgenden Betrachtung	352
b. Fragestellung	353
c. Innere Organisation der Komplementär-GmbH nach dem Gesetz	356

d. Kategorisierung anhand der familiären Einflussnahmemöglichkeiten auf die Unternehmensleitung	358
aa. Inhabergeführtes Familienunternehmen	359
bb. Familiengeführtes Familienunternehmen	360
(1) Besetzung und Ausgestaltung des Verhältnisses von Gesellschafter- und Geschäftsführerebene der Komplementär-GmbH	361
(a) Personidentische Besetzung	361
(aa) Rechtliche Umsetzung	362
(bb) Problem der Hinauskündigung	364
(cc) Übertragung der Rechtsprechung zu „Managermodellen“ auf die Beteiligung an einer auf die Rolle eines reinen Leitungsorgans beschränkten Komplementär-GmbH	366
(b) Personenverschiedene Besetzung	368
(c) Fazit	369
(2) Personalkompetenz	370
(3) Beirat als Sparringspartner	374
(4) Beirat als Aufsichtsorgan	375
(a) Erfordernis	375
(b) Rechtliche Verankerung	376
cc. Familienkontrolliertes Familienunternehmen	378
(1) Wahrnehmung der Kontrollaufgabe	379
(a) GmbH-Gesellschafter	380
(aa) Status quo und Optimierungspotenzial	380
(bb) Nachteile	381
i. Beteiligung Dritter	381
ii. Entsendungsrechte und Amtszeit	383
iii. Fazit	384
(b) Beirat als Aufsichtsorgan	385
(aa) Rechtliche Verankerung	385
(bb) Rolle der GmbH-Gesellschafter	385
(2) Personalkompetenz	387
dd. Fremdgesteuertes „Familienunternehmen“	387

e.	Obligatorischer Aufsichtsrat	388
aa.	Mitbestimmung in der GmbH & Co. KG	388
bb.	Mitbestimmungspflicht nach § 4 Abs. 1 MitbestG	389
cc.	Konzernmitbestimmung nach § 5 Abs. 1 MitbestG	391
dd.	Fazit	393
f.	Fazit	394
5.	Bündelung der Verwaltungsrechte der Kommanditisten	397
a.	Problem des zersplitterten Anteilsbesitzes	397
b.	Gestaltungsmöglichkeiten	399
aa.	Beirat	400
(1)	Beirat als eigenständiger Entscheidungssträger	401
(2)	Konkurrierende oder verdrängende Kompetenz	402
(3)	Gruppenorgan oder Gesellschaftsorgan	404
(4)	Grenzen	406
bb.	Obligatorische Vertretung	408
(1)	Grundlegende Ordnung der einzelnen Rechtsverhältnisse	409
(a)	Verhältnis zwischen Vertreter und Vertretenen	409
(b)	Verhältnis zwischen den Vertretenen	410
(2)	Ausgestaltungsmöglichkeiten	412
(a)	Bindung des Vertreters an gemeinschaftliche Weisungen	413
(b)	Problem der Weisungsbindung	414
(c)	Vertreter als Entscheider	416
(3)	Schranken und Grenzen	419
cc.	Stimmbindungsvertrag, Poolvertrag	420
(1)	Funktionsweise	420
(2)	Möglicher Anwendungsbereich in einer Familien-Publikums GmbH & Co. KG	422
c.	Schlussfolgerungen für die Bündelung der Verwaltungsrechte in einer Familien-Publikums GmbH & Co. KG	423
aa.	Bildung eigener Entscheidungssträger	424
bb.	Vorzüge der Einrichtung von Beiräten	424

cc.	Rolle der Stammesorganisation	426
	(1) Vergabe von Ämtern	426
	(2) Weitergehende Bündelung von Verwaltungsrechten in Familienstämmen	427
	(3) Fazit	430
6.	Beiratsverfassung und Kompetenzordnung der GmbH & Co. KG	432
a.	Unterscheidung zwischen Gesellschafterrat und Aufsichtsrat	432
b.	Aufsichtsrat	434
aa.	Ausstattung mit aufsichtsratsähnlichen Befugnissen	434
bb.	Auswahl und Zusammensetzung	436
cc.	Geschäftsführungsbezogene Zustimmungsvorbehalte	438
	(1) Zustimmungsvorbehalt nach § 164 Satz 1 Hs. 2 HGB	438
	(2) Katalog zustimmungsbedürftiger Geschäfte	440
dd.	Informations- und Kontrollrechte	443
	(1) Aufsichtsratsähnliches Berichtssystem	443
	(2) Bündelung der Informations- und Kontrollrechte der Kommanditisten	445
	(a) Gesetzliche Regelung, § 166 HGB	445
	(b) Dispositivität	448
	(c) Abweichende Vereinbarungen bei einer Familien-Publikums GmbH & Co. KG	449
	(aa) § 166 Abs. 1 HGB	449
	(bb) Auskunftsanspruch	450
	(cc) § 166 Abs. 3 HGB	451
ee.	Informationspflichten	453
c.	Gesellschafterrat	454
aa.	Bündelung weiterer Mitwirkungsrechte der Kommanditisten	455
	(1) Grundlagengeschäfte und Vertragsänderungen	455
	(2) Sonstige kollektive Gesellschaftsangelegenheiten	456
	(a) Aufstellung des Jahresabschlusses	457
	(b) Feststellung des Jahresabschlusses und Gewinnverwendungsentscheidungen	458

(c) Entlastungsentscheidungen	461
bb. Einrichtung eines Gesellschafterrats	463
d. Sonstige Gestaltungsmöglichkeiten	464
e. Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung	465
f. Fazit	467
IV. Sicherung der Liquiditätsbasis	470
1. Gewinnausschüttung und Entnahmeregelungen	470
a. Berechnung von Gewinn und Verlust; Gewinn- und Verlustverteilung	471
aa. Gesetzliche Regelung	471
bb. Änderungen im Zuge der Modernisierung des Personengesellschaftsrechts	473
cc. Gesellschaftsvertragliche Modifikation	474
b. Entnahmen und Gewinnauszahlungen	476
aa. Gesetzliche Regelung	476
bb. Geplante Änderungen im Zuge der Modernisierung des Personengesellschaftsrechts	477
cc. Gesellschaftsvertragliche Modifikation	478
c. Fazit	479
2. Ausscheidens- und Abfindungsbeschränkungen	480
a. Typisches Spannungsverhältnis	480
b. Beschränkung der Ausscheidensgründe	481
aa. Einzelne Ausscheidensgründe	482
(1) Gesetzliche Ausscheidensgründe	482
(2) Außerordentliches Austrittsrecht aus wichtigem Grund?	485
bb. Einschränkung des ordentlichen Kündigungsrechts	487
(1) Abdingbarkeit des ordentlichen Kündigungsrechts nach MoPeG?	488
(2) Befristete Verträge	492
(a) Zeitliche Obergrenze	492
(aa) Allgemeine Grundsätze	492
(bb) Behandlung einer Familien-Publikums GmbH & Co. KG	494
(b) Verlängerungsklausel	496
(3) Unbefristete Verträge	497
cc. Fazit	498

c.	Abfindungsbeschränkungen	499
aa.	Grundlagen des Abfindungsrechts	500
(1)	Abfindungsanspruch und Berechnung der Anspruchshöhe	500
(2)	Schranken vertraglicher Abfindungsvereinbarungen	504
(a)	Anfängliche Nichtigkeit	505
(b)	Nachträgliches Missverhältnis	507
bb.	Behandlung einer Familien-Publikums GmbH & Co. KG	508
(1)	Größerer Gestaltungsspielraum	509
(a)	Figur des Gesellschafters „minderen Rechts“	509
(b)	Familienbindung	511
(2)	Gestaltungsfragen	514
(a)	Buchwertabfindung	514
(b)	Ausübungskontrolle	516
(c)	Inhaltskontrolle	517
cc.	Fazit	518
d.	Beteiligung an der Komplementär-GmbH	519
V.	Familiäre Vinkulierung der Mitgliedschaft	521
1.	Interessenlage	521
2.	Veräußerbarkeit der Gesellschaftsanteile	522
a.	GmbH & Co. KG	522
aa.	Gesetzliche Regelung	522
bb.	Gesellschaftsvertragliche Modifikation	523
b.	Komplementär-GmbH	524
aa.	Gesetzliche Regelung	524
bb.	Gesellschaftsvertragliche Modifikation	525
3.	Zustimmung zur Anteilsübertragung	526
a.	Entscheidung über die Zustimmungserteilung	526
b.	Vinkulierungszweck und Interessenabwägung	527
4.	Instrumente zur Verhinderung des sog. „lästigen Gesellschafters“	529
a.	Vorkaufsrecht	529
b.	Andienung	530
c.	Auktionsverfahren und Shoot-out-Mechanismen	531
5.	Nachfolgeregelungen	533
6.	Fazit	534

Inhaltsverzeichnis

§ 5 Gesamtfazit	536
I. Die Familien-Publikumsgesellschaft als Realtypus, der sowohl Typenmerkmale eines Familienunternehmens als auch einer Publikumsgesellschaft in sich vereinigt	536
II. Die Familien-Publikumsgesellschaft als kapitalistisch verfasste und nicht personen- und beteiligungsidentisch ausgestaltete GmbH & Co. KG	538
III. Die Familien-Publikumsgesellschaft als Beispiel typusgerechter Rechtsanwendung	541
Literaturverzeichnis	549

Abkürzungen

Hinsichtlich der verwendeten Abkürzungen wird, soweit sie sich nicht von selbst verstehen, auf *Kirchner, Hildebert: Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache*, 10. Aufl., Berlin/Boston 2021 verwiesen. Soweit verwendete Literatur abgekürzt zitiert wird, ist die Zitierweise im Literaturverzeichnis angegeben.

Einleitung

Mehr als 90 % der Unternehmen in Deutschland sind Familienunternehmen. Es wird davon ausgegangen, dass diese bis zu 50 % der Umsätze in Deutschland erwirtschaften und etwas mehr als 50 % der sozialversicherungsrechtlichen Arbeitsplätze generieren.¹ Auf den ersten Blick haben sie mit Nicht-Familienunternehmen wie Publikumsgesellschaften nur wenige Gemeinsamkeiten. Familienunternehmen stehen unter der dominanten Inhaberschaft einer Familie, die einen dynastischen Willen hat, d. h. ihren prägenden Einfluss für mindestens eine weitere Generation aufrechterhalten möchte.² Überwiegend handelt es sich um kleine Unternehmen mit weniger als zehn Beschäftigten.³ Demgegenüber sind Publikumsgesellschaften auf Kapitalsammlung angelegt und setzen sich aus einer großen Vielzahl nur mit ihrem Kapital beteiligten und anonymen Anteilseignern zusammen.⁴ Die Strukturen und Bedürfnisse beider Gesellschaften unterscheiden sich im Ausgangspunkt somit deutlich. Als Folge einer dominanten Inhaberschaft der Familie stellt sich in Familienunternehmen das Problem der Eigentümerkontrolle entweder gar nicht oder nur in stark abgeschwächter Form. Aus diesem Grund ist die Gefahr opportunistischen Verhaltens der Unternehmensleitung auf Kosten der Gesellschafter deutlich reduziert und Konflikte verlagern sich vielfach auf die Ebene der Gesellschafter. Die rechtlichen Fragestellungen und Lösungen sind somit jeweils verschiedene.⁵

1 *Cordes*, in: FS Hennerkes, 2009, S. 151; *Lieder*, in: MünchHdB GesR IX, 6. Aufl. 2021, § 3 Rn. 5; *May*, Erfolgsmodell Familienunternehmen, 2012, S. 14; mit umfangreichen Zahlenmaterial *Stiftung Familienunternehmen*, Volkswirtschaftliche Bedeutung der Familienunternehmen, 5. Aufl. 2019; zur wirtschaftlichen Bedeutung von Familienunternehmen siehe auch *Lieder/T. Hoffmann*, in: MünchHdB GesR IX, 6. Aufl. 2021, § 1 Rn. 13 ff.

2 Mit diesem Definitionsansatz *May/Koeberle-Schmid*, BFuP 2011, 656.

3 *Stiftung Familienunternehmen*, Volkswirtschaftliche Bedeutung der Familienunternehmen, 5. Aufl. 2019, S. 8.

4 v. *Andreae*, Familienunternehmen und Publikumsgesellschaft, 2007, S. 3; *Horbach*, in: MünchHdB GesR II, 5. Aufl. 2019, § 61 Rn. 1 f.; *Notz*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl. 2020, Anh. 2 zu § 177a Rn. 2; *Walter*, JuS 2020, 14; *H. Wiedemann*, Gesellschaftsrecht Bd. I, 1980, S. 121.

5 v. *Andreae*, Familienunternehmen und Publikumsgesellschaft, 2007, S. 9; *T. Hueck*, Familienverfassung, 2017, S. 33 f.; *Kirchdörfer/Kögel*, in: FS Hennerkes, 2000, S. 221,

Es wäre jedoch zu kurz gegriffen, es bei dieser allgemeinen Feststellung zu belassen. Denn die Erscheinungsformen von Familienunternehmen sind vielfältig.⁶ Für den Begriff des „Familienunternehmens“ existiert keine feststehende Definition. Es gibt weder eine gesetzliche Legaldefinition noch konnte sich bisher ein einheitliches Begriffsverständnis durchsetzen.⁷ In der wissenschaftlichen Forschung und in der Lebenswirklichkeit werden daher ganz verschiedenartige Unternehmen und Gesellschaften als „Familienunternehmen“ bzw. „Familiengesellschaft“⁸ eingeordnet.⁹ Ein Familienunternehmen kann demnach sowohl ein kleiner Handwerksbetrieb als auch ein international tätiger Großkonzern sein.¹⁰ Eine Familiengesellschaft kann mehrere Hundert oder nur einen Gesellschafter haben.¹¹ Familienunternehmen lassen sich damit – anders als die Begriffe Mittelstand bzw. kleine und mittlere Unternehmen¹² – nicht alleine mittels quantitativer Kriterien wie Größe, Umsatz, Bilanzsumme oder Anzahl der Beschäftigten von Nicht-Familienunternehmen wie Publikumsgesellschaft

230, 232 f.; K. W. Lange, BB 2005, 2585, 2587; ders., in: FS Hennerkes, 2009, S. 135, 136.

6 Eingehend *May/Koerberle-Schmid*, BFuP 2011, 656 f.

7 v. *Andreae*, Familienunternehmen und Publikumsgesellschaft, 2007, S. 5; *Brösztl*, in: FS W. Sigle, 2000, S. 3; *Holler*, in: MünchHdB GesR VII, 6. Aufl. 2020, § 75 Rn. 13; K. W. Lange, BB 2005, 2585; *Schmeing*, Konfliktmanagement in Familienunternehmen, 2018, S. 190; *Watermann*, Management-Holding, 1999, S. 12.

8 Auch wenn die Begriffe „Familienunternehmen“ und „Familiengesellschaft“ vielfach gleichgestellt werden, sind sie nicht völlig deckungsgleich. Der Begriff des Familienunternehmens ist weiter gefasst und erstreckt sich nicht nur auf von einer Gesellschaft betriebene Familienunternehmen, sondern umfasst auch einzelkaufmännisch geführte Familienunternehmen, *Habersack*, ZIP 2020, 2093, 2095.

9 *Holler*, in: MünchHdB GesR VII, 6. Aufl. 2020, § 75 Rn. 13; K. W. Lange, BB 2005, 2585; W. Sigle, in: FS Rowedder, 1994, S. 459 f.

10 *Kirchdörfer/Kögel*, in: FS Hennerkes, 2000, S. 221, 231 f.; K. W. Lange, BB 2005, 2585 f.; *May/Koerberle-Schmid*, BFuP 2011, 656 f.; v. *Rechenberg/Thies/Wiechers*, Handbuch Familienunternehmen und Unternehmerfamilien, 2. Aufl. 2020, S. 33; *Röhl*, Zukunft der Familienunternehmen, 2008, S. 6; *Schmeing*, Konfliktmanagement in Familienunternehmen, 2018, S. 190 f.; *Wicke*, ZGR 2012, 450, 457.

11 Als Beispiele nennen *May/Koerberle-Schmid*, BFuP 2011, 656 f. die Familienunternehmen Haniel mit über 600 Gesellschaftern und Fressnapf mit nur einem Gesellschafter.

12 Zur Abgrenzung von Mittelstand und Familienunternehmen *Eberspächer*, in: FS W. Sigle, 2000, S. 25 f.; *Stiftung Familienunternehmen*, Volkswirtschaftliche Bedeutung der Familienunternehmen, 5. Aufl. 2019, S. 51.

ten abgrenzen.¹³ Auch auf die Rechtsform kann es nicht entscheidend ankommen.¹⁴ Dies hat zur Folge, dass die Einordnung als Familienunternehmen nicht zwangsläufig verloren geht, wenn die dominante Inhaberschaft der Familie durch einen in der Generationennachfolge immer größer werdenden Kreis von Familiengesellschaftern zunehmend infrage gestellt wird. Auch wenn sich der Großteil der Familiengesellschafter nur noch auf die Rolle eines Anlagegesellschafters mit eingeschränkten Mitwirkungsrechten beschränkt und die Gesellschaft eine kapitalistische Struktur annimmt, kann noch ein Familienunternehmen vorliegen. Als Folge eines Auseinanderfallens von Eigentum und Führung können sich dann strukturbedingte Defizite ergeben, wie man sie typischerweise mit Publikumsgesellschaften verbindet.¹⁵

An dieser Stelle setzt die vorliegende Arbeit an und nähert sich Familienunternehmen, die sich in ihren prägenden Strukturmerkmalen dem Erscheinungsbild einer Publikumsgesellschaft angenähert haben, aus rechtlicher Sicht. In einem ersten Schritt muss dabei die Grundüberlegung, dass sich Herausforderungen, wie sie eigentlich für Publikumsgesellschaften typisch sind, auch in Familienunternehmen ergeben können, genauer belegt werden. Zu diesem Zweck ist ein grundlegendes Begriffsverständnis von Familienunternehmen und Publikumsgesellschaften zu entwickeln, auf dessen Grundlage die wesentlichen Unterschiede und Gemeinsamkeiten herausgearbeitet werden können (§ 1). Hierauf aufbauend kann nachvollzogen werden, wie die Unterschiede im Laufe der Lebenszyklusentwicklung eines Familienunternehmens immer geringer und die Gemeinsamkeiten immer größer werden und sich die Strukturen eines Familienunternehmens somit in Richtung einer für Publikumsgesellschaften typischen Eigenart entwickeln können (§ 2). Grundlage dieser Überlegungen bildet zum Teil eine rechtstatsächliche Betrachtung, anhand derer die prägenden Strukturmerkmale eines Familienunternehmens, dass am Ende dieser Ent-

13 *Habersack*, in: Tröger/Wilhelmi, Rechtsfragen der Familiengesellschaften, 2006, S. 19, 20 f.; *Hennerkes*, Familienunternehmen sichern und optimieren, 1998, S. 27; *Kalss*, in: Vogt/Fleischer/Kalss, Recht der Familiengesellschaften, 2017, S. 1, 4; *Papesch*, Corporate Governance in Familienunternehmen, 2010, S. 20; *Schmeing*, Konfliktmanagement in Familienunternehmen, 2018, S. 190.

14 *Bechtle*, Führungsnachfolge in der Familienunternehmung, 1983, S. 17 f.; *v. Holtzbrinck*, in: FS W. Sigle, 2000, S. 33; *K. W. Lange*, BB 2005, 2585; *Papesch*, Corporate Governance in Familienunternehmen, 2010, S. 20.

15 *Kirchdörfer/Kögel*, in: FS Hennerkes, 2000, S. 221, 234; *K. W. Lange*, BB 2005, 2585, 2587; *May*, Erfolgsmodell Familienunternehmen, 2012, S. 233; *May/Koerberle-Schmid*, BFuP 2012, 52, 64; *Welge/Witt*, ZfB-Special Issue 2/2013, 185, 189 f.

wicklung stehen kann, bestimmt werden. Damit wird zugleich der weitere Untersuchungsgegenstand definiert. Die rechtstatsächliche Betrachtung basiert im Rahmen der vorliegenden Untersuchung auf der Literatur zu dieser Thematik. Eine eigene empirische Untersuchung kann nicht geleistet werden. Die hierbei definierte Erscheinungsform eines Familienunternehmens bildet den Ausgangspunkt der weiteren Untersuchung und wird zur näheren Umgrenzung des Untersuchungsgegenstandes als „Familien-Publikumsgesellschaft“ bezeichnet. Hierauf aufbauend können die rechtlichen Besonderheiten, die sich bei einer solchen Familien-Publikumsgesellschaft als Folge der Verknüpfung von Elementen eines Familienunternehmens mit denen einer Publikumsgesellschaft ergeben, herausgearbeitet und Lösungsmöglichkeiten erarbeitet werden (§ 4).

Vorgenommen wird diese Untersuchung am Beispiel der GmbH & Co. KG (§ 3). Blickt man auf bekannte Familienunternehmen mit vielen Gesellschaftern, ist auf der einen Seite zwar erkennbar, dass eine Reihe von diesen – wie Haniel, Hella, Henkel, Merck oder Wella – im Zeitablauf in Kapitalgesellschaften umgewandelt wurden. Weiterhin als Personengesellschaft organisiert sind aber Firmen wie Boehringer Ingelheim, Freudenberg, Miele oder Röchling. Dies zeigt, dass sich auch in der Rechtsform der GmbH & Co. KG organisierte Personenverbindungen mit zum Teil mehr als 100 Mitgliedern bewähren können.¹⁶ Auf der anderen Seite ist die GmbH & Co. KG auch bei Publikumsgesellschaften eine weitverbreitete Organisationsform.¹⁷ Die Schnittmenge erscheint daher bei dieser Rechtsform besonders groß und die sich hierbei ergebenden rechtlichen Fragestellungen für eine nähere Untersuchung besonders interessant. Dies gilt insbesondere mit Blick auf die für Publikumspersonengesellschaften entwickelten und auch für Familienpersonengesellschaften in jüngerer Zeit verstärkt diskutierten besonderen Rechtsgrundsätze. Im Fall von Publikumspersonengesellschaften hat die Rechtsprechung die vom gesetzlichen Leitbild abweichende Realstruktur zum Anlass genommen, eigenständige Regeln für deren rechtliche Behandlung zu entwickeln. Insoweit

¹⁶ Zu diesen Beispielen *Ulmer*, ZIP 2010, 549 f.

¹⁷ Siehe nur *Grunewald*, in: MüKo-HGB, 4. Aufl. 2019, § 161 Rn. 115; *Horbach*, in: MünchHdB GesR II, 5. Aufl. 2019, § 61 Rn. 1; *Kellermann*, in: FS Stimpel, 1985, S. 295; *Neumann*, ZIP 2017, 1141, 1142; *Notz*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl. 2020, Anh. 2 zu § 177a Rn. 1; *Roth*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 40. Aufl. 2021, Anh. § 177a Rn. 52; *Rüppell*, BB 2014, 1091; *Schalast/Schanz*, BB 2009, 1313, 1314; *Schiefer*, DStR 1997, 119, 120; *C. Schmidt/v. Holst*, in: C. Schmidt/Zagel, OHG, KG und PublikumsG, 2. Aufl. 2010, Rn. 1836; *Walter*, JuS 2020, 14, 16.

wird vielfach sogar von einem „Sonderrecht“ der Publikumpersonengesellschaften gesprochen.¹⁸ In ähnlicher Weise werden mittlerweile auch vermehrt die besonderen Merkmale von Familienpersonengesellschaften zum Anlass genommen, die Notwendigkeit eines ungeschriebenen Sonderrechts zu diskutieren.¹⁹ Es stellt sich somit insbesondere die Frage, inwieweit auf eine GmbH & Co. KG, die typische Merkmale sowohl eines Familienunternehmens als auch einer Publikumpersonengesellschaft in sich vereinigt, nach dem Gesamterscheinungsbild jedoch weiterhin dem Typus des Familienunternehmens zuzuordnen ist, die für Familienpersonengesellschaften diskutierten Grundsätze Anwendung finden sollten, auf die für Publikumpersonengesellschaften entwickelten Rechtsgrundsätze zurückzugreifen ist oder nicht vielmehr eine eigenständige Behandlung geboten ist.

18 So etwa *Binz/Sorg*, GmbH & Co. KG, 12. Aufl. 2018, § 13 Rn. 15; *Eberl*, in: NK-HGB, 3. Aufl. 2020, § 161 Rn. 5; *Grunewald*, in: MüKo-HGB, 4. Aufl. 2019, § 161 Rn. 111; *Jaletzke*, in: MünchHdB GesR II, 5. Aufl. 2019, § 65 Rn. 1; *Kraft*, in: FS R. Fischer, 1979, S. 321; *Neumann*, ZIP 2017, 1141, 1142; *Notz*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl. 2020, Anh. 2 zu § 177a Rn. 20; *Roth*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 40. Aufl. 2021, Anh. § 177a Rn. 53; *Schiefer*, DStR 1997, 119; *Servatius*, in: Henssler/Strohn, GesR, 5. Aufl. 2021, Anh. HGB Rn. 2; *Stimpel*, in: FS R. Fischer, 1979, S. 771; *Walter*, JuS 2020, 14, 15; *Windbichler*, Gesellschaftsrecht, 24. Aufl. 2017, § 19 Rn. 2.

19 *Barbasch*, Große Familienkommanditgesellschaft, 1989; *Holler*, in: MünchHdB GesR VII, 6. Aufl. 2020, § 75 Rn. 79 ff.; *ders.*, BB 2012, 719; *ders.*, DStR 2019, 880; *ders.*, DStR 2019, 931; *Krämer*, Sonderrecht der Familiengesellschaften, 2019; *C. Schäfer*, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. 2020, § 738 Rn. 60; *Ulmer*, ZIP 2010, 549; *ders.*, ZIP 2010, 805; *P. Wolf*, MittBayNot 2013, 9; kritisch *Lieder*, in: Vogt/Fleischer/Kalss, Recht der Familiengesellschaften, 2017, S. 27, 57 ff.

§ 1 Familienunternehmen und Publikumsgesellschaften

I. Begriffsbestimmung Familienunternehmen

Die wissenschaftliche Literatur hat unterschiedlichste Begriffsverständnisse für Familienunternehmen herausgearbeitet.²⁰ Alle diese Ansätze orientieren sich im Kern an der Familie und ihrem Verhältnis zum Unternehmen und greifen die typische Verbindung von Familie, Eigentum und Unternehmensleitung auf.²¹ Gemeinhin wird demnach die gesellschaftsrechtliche Beteiligung familiär verbundener Personen, die das Unternehmen entweder selbst leiten oder die Unternehmensleitung überwachen und beherrschen, als typisches Kennzeichen von Familienunternehmen angesehen.²² Bei der Gewichtung der einzelnen Merkmale werden jedoch unterschiedliche Schwerpunkte gesetzt. So wird etwa die Frage, wie der beherrschende Einfluss der Familie auf das Familienunternehmen beschaffen sein muss bzw. ob auf dieses Merkmal nicht sogar verzichtet werden kann,²³ unterschiedlich beantwortet.²⁴ Während zum Teil gefordert wird,

20 Siehe nur *Felden/Hack/Hoon*, Management von Familienunternehmen, 2. Aufl. 2019, S. 16 ff.; *Kirchdörfer*, FuS 2011, 32; *Kirchdörfer/Kögel*, in: FS Hennerkes, 2000, S. 221, 231 ff.; *Lieder*, in: Vogt/Fleischer/Kalss, Recht der Familiengesellschaften, 2017, S. 27, 28 f.; *Möschel*, ZRP 2011, 116; *Schmeing*, Konfliktmanagement in Familienunternehmen, 2018, S. 191; *Uffmann*, ZIP 2015, 2441, 2443 f.; *Winkler*, in: Sudhoff, Familienunternehmen, 2. Aufl. 2005, § 5 Rn. 1.

21 *K. W. Lange*, BB 2005, 2585, 2586; *ders.*, in: FS Hennerkes, 2009, S. 135, 137; grundlegend zu diesem sog. Drei-Kreise-Modell *Tagiuri/Davis*, Family Business Review, 1992, 43, 49.

22 *Hennerkes*, in: Hennerkes/Kirchdörfer, Unternehmenshandbuch Familiengesellschaften, 2. Aufl. 1998, Rn. 1.1; *K. W. Lange*, BB 2005, 2585, 2586; *ders.*, GmbHR 2006, 897; *ders.*, in: FS Hennerkes, 2009, S. 135, 137; *Winkler*, in: Sudhoff, Familienunternehmen, 2. Aufl. 2005, § 5 Rn. 1.

23 So *Holler*, in: MünchHdB GesR VII, 6. Aufl. 2020, § 75 Rn. 13; *Priester*, in: Tröger/Wilhelmi, Rechtsfragen der Familiengesellschaften, 2006, S. 53, 55. *Redlfsen*, Ausstieg aus großen Familienunternehmen, 2004, S. 7 versteht die Ausübung von Führung und Kontrolle durch die Gesellschafterfamilie nicht als ein eigenständiges Definitionsmerkmal, sondern als einen Faktor, der den definitiven Kreis zusätzlich zur Beteiligung der Gesellschafterfamilie bestimmt.

24 *K. W. Lange*, BB 2005, 2585 f.; zum Merkmal des beherrschenden Einflusses der Familie siehe auch *Iliou*, Corporate Governance in mittelständischen Familienunternehmen, 2004, S. 99; *Lieder*, in: Vogt/Fleischer/Kalss, Recht der Familiengesell-

dass die Familie auch in der Unternehmensleitung vertreten sein muss,²⁵ lassen es andere ausreichen, wenn die Familie lediglich die Kapital- oder Stimmenmehrheit in der Gesellschaft hält.²⁶

1. Familienunternehmen als Typusbegriff

a. Anwendung der Typenlehre auf Familienunternehmen

Damit steht fest, dass eine eindeutige Abgrenzung von Familienunternehmen und Nicht-Familienunternehmen nicht möglich ist. Die Grenzen können nicht im Wege einer Schwarz-Weiß-Betrachtung gezogen werden, sondern sind fließend zu verstehen.²⁷ An dieser Stelle kann es bei der Entwicklung eines grundlegenden Begriffsverständnisses von Familienunternehmen somit nicht darum gehen, eine verbindliche Definition zu finden. Vielmehr sind die besonderen Merkmale, die Familienunternehmen typischerweise kennzeichnen und diesen ihren besonderen Charakter verleihen, herauszuarbeiten.²⁸

Der Begriff des Familienunternehmens ist demnach gerade kein über eine Summe verallgemeinerbarer Merkmale bestimmbarer Allgemeinbe-

schaften, 2017, S. 27, 28; W. Sigle, in: FS Rowedder, 1994, S. 459, 460; Ulmer, ZIP 2010, 549, 552.

25 Hennerkes/May, DB 1988, 483 Fn. 1; H. P. Westermann, NZG 2015, 649.

26 Maier, in: FS W. Sigle, 2000, S. 51; A. Sigle, in: FS W. Sigle, 2000, 301, 303; Wimmer/Domayer/Oswald/Vater, Familienunternehmen, 3. Aufl. 2018, S. 7 f.; Winkler, in: Sudhoff, Familienunternehmen, 2. Aufl. 2005, § 5 Rn. 1; so auch Stiftung Familienunternehmen, Volkswirtschaftliche Bedeutung der Familienunternehmen, 5. Aufl. 2019, S. 51.

27 Siehe etwa Bochmann/Scheller/J. Prütting, in: MünchHdB GesR IX, 6. Aufl. 2021, Einf. vor § 1 Rn. 7; Holler, in: MünchHdB GesR VII, 6. Aufl. 2020, § 75 Rn. 14; Kalls, in: Vogt/Fleischer/Kalls, Recht der Familiengesellschaften, 2017, S. 1, 4; Kirchdörfer, FuS 2011, 32; K. W. Lange, BB 2005, 2585; ders., GmbHR 2006, 897; Prütting, in: FS K. Schmidt, 2019, Bd. II, S. 169; Schmeing, Konfliktmanagement in Familienunternehmen, 2018, S. 191.

28 So auch Holler, in: MünchHdB GesR VII, 6. Aufl. 2020, § 75 Rn. 14; T. Hueck, Familienverfassung, 2017, S. 23; Kalls, in: Vogt/Fleischer/Kalls, Recht der Familiengesellschaften, 2017, S. 1, 4; Schmeing, Konfliktmanagement in Familienunternehmen, 2018, S. 191; W. Sigle, in: FS Rowedder, 1994, S. 459 f.; Uffmann, ZIP 2015, 2441, 2443 f.

griff,²⁹ sondern ein Typusbegriff.³⁰ Auch für diesen wird zwar eine Reihe von Merkmalen festgelegt. Diese können im Einzelfall aber jeweils mit unterschiedlicher Intensität erfüllt sein oder aber auch nicht erfüllt sein.³¹ Entscheidend kommt es damit auf das Erscheinungsbild im Gesamten an. Ein Typusbegriff vermeidet dabei bewusst jede Vereinzelung der Merkmale, sondern wird als „elastisches Merkmalgefüge“³² beschrieben, welches den Schwerpunkt von einzelnen Bestimmungsmerkmalen hin zum Gesamtbild verlagert.³³ Anders als bei einem Begriff, dessen Grenzen durch zwingende Merkmale bestimmt werden, sind bei einem Typus die individuellen Gegebenheiten in Bezug auf jedes Merkmal nach dem Grad der Ausprägung in einer Reihe anzuordnen.³⁴ Einem Typus ist ein Gebilde damit im Einzelfall mehr oder weniger zuzuordnen, sodass er weniger auf Unterscheidung, sondern mehr auf Beschreibung des zu bestimmenden Inhaltes angelegt ist.³⁵

Der Begriff des Familienunternehmens ist im Folgenden daher nicht zu definieren. Vielmehr sind einzelne Typenmerkmale herauszuarbeiten, die

-
- 29 Zum Allgemeinbegriff A. Koller, Typuslehre im Gesellschaftsrecht, 1967, S. 17; Larenz, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 437 ff.; Ott, Typologie im Gesellschaftsrecht, 1972, S. 37 f.
- 30 So Hengstmann, Familiengesellschaft, 1935, S. 11; Holler, in: MünchHdB GesR VII, 6. Aufl. 2020, § 75 Rn. 14; T. Hueck, Familienverfassung, 2017, S. 23; Kirchdörfer/Kögel, in: FS Hennerkes, 2000, S. 221, 231 f.; Krämer, Sonderrecht der Familiengesellschaften, 2019, S. 72; Lieder, in: Vogt/Fleischer/Kalss, Recht der Familiengesellschaften, 2017, S. 27, 29; May, Sicherung des Familieneinflusses, 1992, S. 1; Uffmann, ZIP 2015, 2441, 2443 f.; Ulmer, ZIP 2010, 549, 552; H. A. Vogel, Familienkapitalgesellschaften, 1974, S. 5; H. P. Westermann, NZG 2015, 649; H. Wiedemann, Gesellschaftsrecht Bd. I, 1980, S. 108, 118.
- 31 Kalss, in: Vogt/Fleischer/Kalss, Recht der Familiengesellschaften, 2017, S. 1, 4; Krämer, Sonderrecht der Familiengesellschaften, 2019, S. 68; A. Koller, Typuslehre im Gesellschaftsrecht, 1967, S. 18 f.; Ott, Typologie im Gesellschaftsrecht, 1972, S. 30 ff.
- 32 Zu dieser Formulierung Leenen, Typus und Rechtsfindung, 1971, S. 34; Zippelius, in: FS Engisch, 1969, S. 224, 228.
- 33 Kalss, in: Vogt/Fleischer/Kalss, Recht der Familiengesellschaften, 2017, S. 1, 4; A. Koller, Typuslehre im Gesellschaftsrecht, 1967, S. 19; Larenz, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 466 ff.; Ott, Typologie im Gesellschaftsrecht, 1972, S. 38 f.
- 34 Zum Begriff A. Koller, Typuslehre im Gesellschaftsrecht, 1967, S. 21; Larenz, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 468; Ott, Typologie im Gesellschaftsrecht, 1972, S. 37; zum Typus Leenen, Typus und Rechtsfindung, 1971, S. 34 ff.; Ott, Typologie im Gesellschaftsrecht, 1972, S. 31.
- 35 A. Koller, Typuslehre im Gesellschaftsrecht, 1967, S. 25; Larenz, Methodenlehre, 6. Aufl. 1991, S. 468; Leenen, Typus und Rechtsfindung, 1971, S. 34 ff.; Ott, Typologie im Gesellschaftsrecht, 1972, S. 31, 37.

eine grundlegende Vorstellung von dem Typusbegriff Familienunternehmen vermitteln und damit einen Maßstab vorgeben, woran Gesellschaften im Einzelfall gemessen werden können.

b. Bestimmung des Typenleitbildes

Hierfür sind nach überzeugender Auffassung zwei Schritte erforderlich. Bevor die einzelnen Typenmerkmale herausgearbeitet werden können, ist zunächst das diesen zugrunde liegende Leitbild zu bestimmen. Es muss klargestellt werden, welches Vorstellungsbild von Familienunternehmen dem Merkmalgefüge zugrunde gelegt wird.³⁶ Anderenfalls wäre die Bestimmung der einzelnen Typenmerkmale nichts anderes als eine lose Aneinanderreihung einzelner Kriterien. Erst indem über ein Typenleitbild zusätzlich auch die typische Interessenlage eingefangen wird, werden die einzelnen Merkmale zu dem typischen Gesamtgefüge verknüpft.³⁷ Hierdurch kann der Rechtsanwender den Sinngehalt der einzelnen Merkmale erfassen und diese zu einem Gesamtbild zusammensetzen.³⁸

Für die Bestimmung des Typenleitbildes ist an die beiden sprachlichen Bestandteile des Begriffs Familienunternehmen anzuknüpfen. Schon mit der Verbindung der Begriffe „Familie“ und „Unternehmen“ wird zum Ausdruck gebracht, dass es hierbei um die Beschreibung des Verhältnisses der Familie zu ihrem Unternehmen geht.³⁹ Die in der Gesellschaft han-

36 Eingehend *Krämer*, Sonderrecht der Familiengesellschaften, 2019, S. 72 ff. *Leenen*, Typus und Rechtsfindung, 1971, S. 84 ff. stellt mit Blick auf eine Typenbildung durch den Gesetzgeber fest, dass insoweit lediglich das Leitbild, welches dem Gesetzgeber von der zu regelnden Materie vorschwebt, in das Gesetz eingeht. Auch *A. Koller*, Typuslehre im Gesellschaftsrecht, 1967, S. 54, 56 f. spricht sich diesbezüglich dafür aus, klar zwischen einer Regelung des Gesetzes als solcher und den dieser Regelung zugrunde liegenden Leitbildern zu unterscheiden.

37 Vgl. *A. Koller*, Typuslehre im Gesellschaftsrecht, 1967, S. 53 ff.

38 *Krämer*, Sonderrecht der Familiengesellschaften, 2019, S. 74. Auch insoweit kann wiederum ein Vergleich zur Typenbildung durch den Gesetzgeber gezogen werden. Nach *H. Wiedemann*, in: FS Larenz, 1973, S. 199, 215 kann hierbei die Unbestimmtheit von Tatbestandsmerkmalen einer Norm durch ein klares, der Norm zu Grunde liegendes Leitbild wettgemacht werden. Auch *Larenz*, NJW 1963, 737, 740 stellt insoweit fest, dass sich die vom Gesetzgeber gefundenen Wertungen in erster Linie auf den vom Gesetzgeber vorgestellten Lebensstypus beziehen, weshalb bei der Rechtsfindung immer wieder auf diesen zurückzugehen ist.

39 *K. W. Lange*, BB 2005, 2585; *ders.*, in: FS Hennerkes, 2009, S. 135, 137; ähnlich *LeMar*, Generations- und Führungswechsel im Familienunternehmen, 2. Aufl. 2014, S. 39; *Papesch*, Corporate Governance in Familienunternehmen,

delnden Personen sind nicht nur durch wirtschaftliche Interessen miteinander verbunden, sondern stehen auch in einer familiären Beziehung. Dies erzeugt Wechselwirkungen zwischen den Ebenen von Unternehmen und Familie, wodurch insbesondere familiäre Konflikte auf den Bereich des Unternehmens überspringen können.⁴⁰ Durch das Familienunternehmen entwickelt sich die Familie letztlich von einer Sozial- hin zu einer Wirtschaftsgemeinschaft.⁴¹ Aus dieser Verbindung folgt auch die klassische Zielsetzung von Familienunternehmen. Das Unternehmen bildet vielfach die wirtschaftliche Grundlage für die Familie und soll auch langfristig für künftige Generationen erhalten bleiben.⁴² Aufgrund dieser zukunftsorientierten Ausrichtung als Mittel der Vermögenssicherung und -erhaltung wird das Familienunternehmen zu einer Art „Familienerbstück“, dessen

2010, S. 17; zum Nebeneinander von Familie und Unternehmen siehe auch *Hengstmann*, Familiengesellschaft, 1935, S. 10; *Holler*, in: MünchHdB GesR VII, 6. Aufl. 2020, § 75 Rn. 1; *Prütting*, in: Lange/Windthorst, Sicherung des Familieneinflusses in Familienunternehmen, 2017, S. 35 f.; *Terberger*, Konfliktmanagement in Familienunternehmen, 1998, S. 3.

- 40 Zur Verflechtung und den Wechselwirkungen von Familie und Unternehmen *Baus*, in: FS Hennerkes, 2009, S. 3, 5; *Bird*, in: K. W. Lange/Windthorst, Sicherung des Familieneinflusses in Familienunternehmen, 2017, S. 149, 151 f.; *Brösztl*, in: FS W. Sigle, 2000, S. 3, 4; *Felden/Hack/Hoon*, Management von Familienunternehmen, 2. Aufl. 2019, S. 17; *Hennerkes*, Familie und Unternehmen, 2004, S. 32 f.; *K. W. Lange*, in: FS Hennerkes, 2009, S. 135, 137; *Leibinger-Kammüller*, in: FS Binz, 2014, S. 412, 413; *v. Schlippe*, in: FS Hennerkes, 2009, S. 39, 41 f.; *Schmeing*, Konfliktmanagement in Familienunternehmen, 2018, S. 193; speziell zum Konfliktpotenzial *Haid*, in: FS Binz, 2014, S. 274, 275; *Maier*, in: FS W. Sigle, 2000, S. 51 f.; *F. B. Simon*, in: F. B. Simon, Die Familie des Familienunternehmens, 3. Aufl. 2011, S. 7, 11; *Terberger*, Konfliktmanagement in Familienunternehmen, 1998, S. 16; *Winkler*, in: Sudhoff, Familienunternehmen, 2. Aufl. 2005, § 5 Rn. 1; zu typischen Spannungsfeldern zwischen Familien- und Unternehmensebene siehe auch *Staake*, in: Röthel/K. Schmidt, Grundfragen der Organisation von Familienunternehmen, 2021, S. 125, 128 f.
- 41 *Krämer*, Sonderrecht der Familiengesellschaften, 2019, S. 76; siehe dazu auch *Baus*, in: FS Hennerkes, 2009, S. 3, 5; *Bügler*, Familiengesellschaft im Steuerrecht, 1979, S. 4; *Hengstmann*, Familiengesellschaft, 1935, S. 5; *Ingelfinger*, in: FS Binz, 2014, S. 318, 320; *Ulmer*, ZIP 2010, 549, 552; *H. A. Vogel*, Familienkapitalgesellschaften, 1974, S. 21; insbesondere unter Berücksichtigung historischer Aspekte *Ebke*, Testierfreiheit und Pflichtteilsrecht, 2004, S. 83 f.
- 42 Dazu *Achleitner/Schraml/Klößner*, Finanzierung von Familienunternehmen, 2008, S. 17; *Adenauer*, in: FS Binz, 2014, S. 9, 10; *Holler*, in: MünchHdB GesR VII, 6. Aufl. 2020, § 75 Rn. 49; *Iliou*, Corporate Governance in mittelständischen Familienunternehmen, 2004, S. 105; *K. W. Lange*, BB 2005, 2585, 2586; *ders.*, in: FS Hennerkes, 2009, S. 135, 138; *Schmeing*, Konfliktmanagement in Familienunternehmen, 2018, S. 194; *P. Wolf*, MittBayNot 2013, 9, 12.

Mitgliedschaft in die nächste Generation übergehen soll.⁴³ Zusammenfassend ist das Typenleitbild eines Familienunternehmens damit durch die besondere Verbundenheit von Familie und Unternehmen sowie die typische zukunftsorientierte Ausrichtung mit dem Ziel der Vermögenssicherung und -erhaltung geprägt. Die Entwicklung der einzelnen Typenmerkmale hat sich daher an der kennzeichnenden Verbindung von Familie, Eigentum und Unternehmen zu orientieren.

2. Typenmerkmale eines Familienunternehmens

Hinsichtlich der Typenmerkmale eines Familienunternehmens lassen sich die Bereiche Gesellschafterkreis, Organisationsstruktur und familiäre Einflussnahme, Gesellschaftszweck, Fungibilität der Anteile, Unternehmensstrategie sowie Finanzierung des Unternehmens unterscheiden. Darüber hinaus ist in subjektiver Hinsicht oftmals auch eine besondere Einstellung der Familiengesellschafter zu ihrem Unternehmen prägend.

a. Gesellschafterkreis

Aus dem Leitbild lässt sich zunächst eine für Familienunternehmen typische Zusammensetzung des Gesellschafterkreises ableiten. Die Verknüpfung der Sphären von Familie und Unternehmen entsteht erst dann, wenn

43 *Hennerkes*, Familienunternehmen sichern und optimieren, 1998, S. 25 f.; *ders.*, in: *Hennerkes/Kirchdörfer*, Unternehmenshandbuch Familiengesellschaften, 2. Aufl. 1998, Rn. 1.36; *Holler*, in: *MünchHdB GesR VII*, 6. Aufl. 2020, § 75 Rn. 49; *Krämer*, Sonderrecht der Familiengesellschaften, 2019, S. 77 f.; *W. Sigle*, in: *FS Rowedder*, 1994, S. 459, 463. Exemplarisch heißt es etwa für die Unternehmerfamilie Faber-Castell: „Sie betrachtet das Erbe als treuhänderisches Eigentum, das eine Generation der folgenden weitergibt und jeweils sorgfältig verwaltet.“, *Fleischer*, *BB* 2019, 2819, 2825. In diesem Zusammenhang ist umstritten, ob die Familienbindung der Gesellschaft rechtlich als Treuhandverhältnis einzuordnen ist. Zum Teil wird eine „quasi treuhänderische“ Stellung des Familiengeschafters bejaht, *Habersack*, *ZIP* 2020, 2093, 2097; *Helmig*, in: *FS Binz*, 2014, S. 284, 290; *Redlefsen*, in: *FS Binz*, 2014, S. 542, 545; *Ulmer*, *ZIP* 2010, 549, 552. *Krämer*, Sonderrecht der Familiengesellschaften, 2019, S. 216 lehnt dies hingegen mit dem Argument ab, dass die Familienbindung auch die wirtschaftliche Versorgung der Familie in ihrer aktuellen Zusammensetzung ermöglichen soll.

familiär verbundene Personen an der Gesellschaft beteiligt sind.⁴⁴ Für die Annahme einer solchen familiären Verbundenheit wird es typischerweise als ausreichend erachtet, wenn zwischen den Gesellschaftern eine ununterbrochene Kette verwandtschaftlicher Beziehungen besteht. Unerheblich ist hierbei, ob diese Rechtsbeziehung durch Personen vermittelt wird, die aktuell noch Gesellschafter sind oder bereits aus der Gesellschaft ausgeschieden oder verstorben sind.⁴⁵ Stimmen, die bestimmte Anforderungen an die Qualität dieser verwandtschaftlichen Beziehung stellen, können nicht überzeugen. Es ist kein einleuchtender Grund ersichtlich, der eine Beschränkung des Familienbegriffs, etwa auf Abkömmlinge einer Gründerfamilie,⁴⁶ rechtfertigt.⁴⁷ Nach dieser Ansicht wäre ein Unternehmen, welches sich aus mehreren nur verwandtschaftlich verbundenen Familien(-stämmen) zusammensetzt, von vornherein kein Familienunternehmen.⁴⁸ Derartige absolute Kriterien werden jedoch der Einordnung als Typusbegriff nicht gerecht. Zwar ist richtig, dass infolge zunehmender Unterteilung des Gesellschafterkreises in einzelne Familienstämme die familiäre Verbundenheit der Gesellschafter schwinden und damit die fami-

-
- 44 Siehe *Hengstmann*, Familiengesellschaft, 1935, S. 11; *Hennerkes*, in: *Hennerkes/Kirchdörfer*, Unternehmenshandbuch Familiengesellschaften, 2. Aufl. 1998, Rn. 1.1; *Holler*, in: *MünchHdB GesR VII*, 6. Aufl. 2020, § 75 Rn. 13; *Kalss*, in: *K. W. Lange/Windthorst*, Sicherung des Familieneinflusses in Familienunternehmen, 2017, S. 117, 121; *K. W. Lange*, BB 2005, 2585, 2586; *ders.*, GmbHR 2006, 897; *ders.*, in: *FS Hennerkes*, 2009, S. 135, 137; *v. Rechenberg/Thies/Wiechers*, Handbuch Familienunternehmen und Unternehmerfamilien, 2. Aufl. 2020, S. 33; *Winkler*, in: *Sudhoff*, Familienunternehmen, 2. Aufl. 2005, § 5 Rn. 1.
- 45 Zum Merkmal der familiären Verbundenheit *Holler*, in: *MünchHdB GesR VII*, 6. Aufl. 2020, § 75 Rn. 13; *Hommelhoff*, in: *Tröger/Wilhelmi*, Rechtsfragen der Familiengesellschaften, 2006, S. 65, 66; *T. Hueck*, Familienverfassung, 2017, S. 24; *Kormann*, in: *Scherer/Blanc/Kormann/Groth/Wimmer*, Familienunternehmen, 2. Aufl. 2012, Kap. 1 Rn. 7; *Krämer*, Sonderrecht der Familiengesellschaften, 2019, S. 87.
- 46 So etwa *Deumling*, DB 1964, 1689, 1691; *Hengstmann*, Familiengesellschaft, 1935, S. 11 f.
- 47 *Bügler*, Familiengesellschaft im Steuerrecht, 1979, S. 13 f.; *Krämer*, Sonderrecht der Familiengesellschaften, 2019, S. 84; *D. Sommer*, Bestands- und Nachfolgesicherung von Familiengesellschaften, 1967, S. 4 f.; *Uhlenbruck*, DB 1967, 1927.
- 48 Die Einordnung als Familienunternehmen im Fall eines sich aus verschiedenen Familien(-stämmen) zusammengesetzten Gesellschafterkreises bejahend *Fasselt*, Nachfolge in Familienunternehmen, 1992, Teil I Rn. 3; *Hennerkes*, Familienunternehmen sichern und optimieren, 1998, S. 24; *Koerberle-Schmidt/Schween/May*, BB 2011, 2499; *Krämer*, Sonderrecht der Familiengesellschaften, 2019, S. 87, 153 ff.; *Mayer-Ueller/Otte*, NZG 2015, 737; *Wittek*, Gesellschaftsrechtliche Behandlung der Familien-GmbH, 1969, S. 27.

liäre Prägung abnehmen kann.⁴⁹ Einer solchen Entwicklung kann jedoch in der Gesamtschau der einzelnen Typenmerkmale hinreichend Rechnung getragen werden.⁵⁰ Entscheidend ist dabei alleine, ob sich zwischen den Personen ein Gepräge feststellen lässt, in welchem der geborene Zusammenhalt als typisch familienmäßig zum Ausdruck kommt.⁵¹

Folge dieser familiären Beziehungen der Gesellschafter ist, dass Familienunternehmen oftmals als personenbezogene Gesellschaften bezeichnet werden.⁵² Dem kann insoweit zugestimmt werden, als hierdurch die engen wirtschaftlichen und persönlichen Beziehungen der Gesellschafter untereinander sowie zum Unternehmen zum Ausdruck gebracht werden sollen.⁵³ Wird dies allerdings mit einer großemäßigen Begrenzung des Gesellschafterkreises verknüpft,⁵⁴ ist dem nicht zuzustimmen. Für die Einordnung als Familienunternehmen kann es nicht auf quantitative Kriterien ankommen.⁵⁵

49 Siehe dazu *Felden/Hack/Hoon*, Management von Familienunternehmen, 2. Aufl. 2019, S. 30; *v. Rechenberg/Thies/Wiechers*, Handbuch Familienunternehmen und Unternehmerfamilien, 2. Aufl. 2020, S. 221.

50 Vgl. *Krämer*, Sonderrecht der Familiengesellschaften, 2019, S. 161.

51 *Bügler*, Familiengesellschaft im Steuerrecht, 1979, S. 15; *Knur*, Familiengesellschaft, 1941, S. 11 f.; *Nagel*, Familiengesellschaft, 1968, S. 1 f.; *D. Sommer*, Bestands- und Nachfolgesicherung von Familiengesellschaften, 1967, S. 5; *H. A. Vogel*, Familienkapitalgesellschaften, 1974, S. 21. *Krämer*, Sonderrecht der Familiengesellschaften, 2019, S. 88 ff. spricht sich aufgrund der Unbestimmtheit dieses subjektiven Ansatzes demgegenüber dafür aus, im Einzelfall zu prüfen, ob sich die Zugehörigkeit zu der Familie aus der gesellschaftsrechtlichen Einkleidung und damit aus dem Gesellschaftsvertrag selbst ergibt.

52 Siehe etwa *Bügler*, Familiengesellschaft im Steuerrecht, 1979, S. 15 f.; *D. Sommer*, Bestands- und Nachfolgesicherung von Familiengesellschaften, 1967, S. 8 f.; *H. A. Vogel*, Familienkapitalgesellschaften, 1974, S. 22.

53 *D. Sommer*, Bestands- und Nachfolgesicherung von Familiengesellschaften, 1967, S. 8 f.

54 So etwa *Felden/Hack/Hoon*, Management von Familienunternehmen, 2. Aufl. 2019, S. 17; *H. A. Vogel*, Familienkapitalgesellschaften, 1974, S. 22.

55 *Habersack*, in: Tröger/Wilhelmi, Rechtsfragen der Familiengesellschaften, 2006, S. 19, 20 f.; *Hennerkes*, Familienunternehmen sichern und optimieren, 1998, S. 27; *Kalss*, in: Vogt/Fleischer/Kalss, Recht der Familiengesellschaften, 2017, S. 1, 4; *Papesch*, Corporate Governance in Familienunternehmen, 2010, S. 20; *Schmeing*, Konfliktmanagement in Familienunternehmen, 2018, S. 190; *A. Sigle*, in: FS W. Sigle, 2000, S. 301, 305.

b. Organisationsstruktur und familiärer Einfluss

Die für Familienunternehmen kennzeichnende enge Verbindung der Bereiche Familie und Unternehmen wird aber nicht alleine durch die bloße Beteiligung von Familienmitgliedern als Gesellschafter erreicht. Erst wenn die Familie auch hinreichend Einfluss auf die Geschicke des Unternehmens nehmen kann, entsteht eine echte Verknüpfung von Unternehmen und Familie, was die typischen Wechselwirkungen zwischen beiden Ebenen entstehen lässt. Die Identifikation der Familie mit dem Unternehmen und damit auch die Wechselwirkungen zwischen den beiden Ebenen sind umso stärker ausgeprägt, je größer der unternehmerische Einfluss der Familie ist.⁵⁶ Erst eine hinreichend starke Position der Familie in der Gesellschaft ermöglicht es dieser, die für Familienunternehmen typische Zielsetzung der Vermögenssicherung und -erhaltung für zukünftige Generationen umzusetzen. Hierzu muss die Familie die Möglichkeit haben, im Zweifel auf ein an den Grundsätzen der Kontinuität und Nachhaltigkeit orientiertes Handeln der Unternehmensführung hinzuwirken und auf dieser Zielsetzung widersprechende Beschlussvorlagen Einfluss nehmen zu können.⁵⁷ Das Vorliegen eines hinreichenden unternehmerischen Einflusses der Familie ist daher als Typenmerkmal von Familienunternehmen überwiegend anerkannt.⁵⁸ Es ist grundsätzlich erforderlich, dass die Familie in der Lage ist, die maßgeblichen Entscheidungen im Unternehmen zu bestimmen und hierdurch „das Unternehmen nach innen und außen“

56 Siehe dazu *LeMar*, Generations- und Führungswechsel im Familienunternehmen, 2. Aufl. 2014, S. 44 f.; *Winkler*, in: Sudhoff, Familienunternehmen, 2. Aufl. 2005, § 5 Rn. 1.

57 *Krämer*, Sonderrecht der Familiengesellschaften, 2019, S. 94; in diese Richtung auch *Hennerkes*, Familienunternehmen sichern und optimieren, 1998, S. 25, 32; *Hommelhoff*, in: Tröger/Wilhelmi, Rechtsfragen der Familiengesellschaften, 2006, S. 65, 67; *T. Hueck*, Familienverfassung, 2017, S. 25; *A. Schindler*, Familienstiftungen, 1975, S. 33 f.

58 Siehe etwa *Hengstmann*, Familiengesellschaft, 1935, S. 12; *Hennerkes*, in: *Hennerkes/Kirchdörfer*, Unternehmenshandbuch Familiengesellschaften, 2. Aufl. 1998, Rn. 1.1; *Kirchdörfer/Kögel*, in: FS *Hennerkes*, 2000, S. 221, 228; *K. W. Lange*, BB 2005, 2585, 2586; *ders.*, GmbHR 2006, 897; *ders.*, in: FS *Hennerkes*, 2009, S. 135, 137; *Nagel*, Familiengesellschaft, 1968, S. 1 f.; *v. Rechenberg/Thies/Wiechers*, Handbuch Familienunternehmen und Unternehmerfamilien, 2. Aufl. 2020, S. 34; *Schürmann/Körffgen*, Familienunternehmen auf dem Weg zur Börse, 3. Aufl. 1997, S. 7; *Winkler*, in: Sudhoff, Familienunternehmen, 2. Aufl. 2005, § 5 Rn. 1.

zu prägen.⁵⁹ Umstritten ist allerdings, welche Art und welches Ausmaß an Einflussnahme der Familie hierbei im Einzelfall zu fordern ist.

aa. Einfluss der Familie auf Eignerebene

Relevante Einflussnahmemöglichkeiten der Familie können sich zunächst aufgrund einer dominierenden Stellung auf Gesellschafterebene ergeben. Einige Autoren gehen sogar davon aus, dass von einem Familienunternehmen nur dann gesprochen werden kann, wenn sämtliche Gesellschafter Familienmitglieder sind.⁶⁰ Andere hingegen fordern zumindest eine einfache,⁶¹ relative⁶² oder satzungsändernde Mehrheit⁶³ der Familie oder differenzieren zwischen Vermögens- und Verwaltungsrechten und verlangen dabei nur für letztere eine Mehrheitsbeteiligung der Familie.⁶⁴ Zum Teil wird auch eine bloße Minderheitsbeteiligung der Familie als ausreichend erachtet.⁶⁵

Überzeugen kann letztlich keine dieser Ansichten. Familienunternehmen sind in der Praxis in den unterschiedlichsten gesellschaftsrechtlichen

59 K. W. Lange, BB 2005, 2585, 2586.

60 So Mittelbach, Angehörige als Arbeitnehmer und Gesellschafter, 1977, S. 124 f.; im Hinblick auf die steuerliche Sichtweise Bender, Steuerlicher Fremdvergleich, 2008, S. 11.

61 Hengstmann, Familiengesellschaft, 1935, S. 15; Hennerkes, Familienunternehmen sichern und optimieren, 1998, S. 23; Hommelhoff, in: Tröger/Wilhelmi, Rechtsfragen der Familiengesellschaften, 2006, S. 65, 67; Quack, in: Tröger/Wilhelmi, Rechtsfragen der Familiengesellschaften, 2006, S. 11; A. Sigle, in: FS W. Sigle, 2000, S. 301, 303; D. Sommer, Bestands- und Nachfolgesicherung von Familiengesellschaften, 1967, S. 6 ff.; H. A. Vogel, Familienkapitalgesellschaften, 1974, S. 21 f.; Voigt, Familienunternehmen, 1990, S. 13; Wittek, Gesellschaftsrechtliche Behandlung der Familien-GmbH, 1969, S. 12.

62 Hinderer, in: FS Hennerkes, 2009, S. 369, 370; bei an der Börse notierten Aktiengesellschaften das Vorliegen einer Sperrminorität für ausreichend erachtend Goebel, in: FS Binz, 2014, S. 241.

63 Fiegler, BB 1953, 594, 595.

64 Krämer, Sonderrecht der Familiengesellschaften, 2019, S. 92 ff.; Winkler, in: Sudhoff, Familienunternehmen, 2. Aufl. 2005, § 5 Rn. 1; eine mehrheitliche Beteiligung an der Gesellschaft oder eine mehrheitliche Gewinnberechtigung für ausreichend erachtend A. Schindler, Familienstiftungen, 1975, S. 34.

65 Holler, in: MünchHdB GesR VII, 6. Aufl. 2020, § 75 Rn. 13; Priester, in: Tröger/Wilhelmi, Rechtsfragen der Familiengesellschaften, 2006, S. 53, 55. Gräß, Rechtsformwahl in Familienunternehmen, 1989, S. 26 hält eine Minderheitsbeteiligung der Familie für ausreichend, wenn diese in Verbindung mit einem sich „familienkonform“ verhaltenden Dritten eine Mehrheitsposition innehat.

Ausgestaltungen anzutreffen.⁶⁶ Eine Einflussnahme der Familie auf die Geschicke der Gesellschaft ist in unterschiedlichsten Formen möglich. Das Halten einer Mehrheit der Stimmrechte ist lediglich eine von mehreren Möglichkeiten, wie die Familie ihren Willen durchsetzen kann. So kann im Einzelfall auch über die Ausgabe stimmrechtloser Vorzugsaktien oder die Einrichtung eines mit hinreichenden Kompetenzen ausgestatteten Beirats, über dessen Besetzung die Familie zumindest (mit-)entscheidet, sichergestellt sein, dass der Familie hinreichende Einflussnahmemöglichkeiten verbleiben.⁶⁷ Dies muss nicht zwingend über eine Mehrheit der Stimmrechte erfolgen. Die Einordnung als Typusbegriff ermöglicht es gerade, dass die einzelnen Typenmerkmale im Einzelfall mehr oder weniger erfüllt sein können, es im Ergebnis jedoch entscheidend auf das Erscheinungsbild im Ganzen ankommt. Dem würde es widersprechen, wenn eine bestimmte Art der Einflussnahme oder bestimmte Mehrheitserfordernisse zwingende Kriterien für die Einordnung als Familienunternehmen wären.

Im Ergebnis muss daher im Einzelfall geprüft werden, ob die Familie ausreichende Möglichkeiten hat, um das Unternehmen zu prägen. Das Halten der Mehrheit der Stimmrechte ist hierfür zwar ein starkes Indiz, nicht aber notwendiges Kriterium.⁶⁸ Aufgrund der typologischen Begriffsbestimmung ist es sogar in Fällen, in welchen sich der Einfluss der Familie in der Gesellschafterversammlung auf ein Minimum reduziert, nicht von vornherein ausgeschlossen, dass noch ein Familienunternehmen vorliegt. Da allerdings die Zusammensetzung des Gesellschafterkreises auf das

66 Dazu *Holler*, in: MünchHdB GesR VII, 6. Aufl. 2020, § 75 Rn. 14; *Kirchdörfer/Kögel*, in: FS Hennerkes, 2000, S. 221, 231 ff.; *K. W. Lange*, BB 2005, 2585, 2586; *Wimmer/Domayer/Oswald/Vater*, Familienunternehmen, 3. Aufl. 2018, S. 7.

67 Dazu *Iliou*, Corporate Governance in mittelständischen Familienunternehmen, 2004, S. 99; *Kormann*, in: Scherer/Blanc/Kormann/Groth/Wimmer, Familienunternehmen, 2. Aufl. 2012, Kap. 1 Rn. 8, 120 ff., 134; v. *Rechenberg/Thies/Wiechers*, Handbuch Familienunternehmen und Unternehmerfamilien, 2. Aufl. 2020, S. 34; insbesondere zur Möglichkeit der Ausgabe stimmrechtsloser Vorzugsaktien *T. Hueck*, Familienverfassung, 2017, S. 25; *May*, Erfolgsmodell Familienunternehmen, 2012, S. 27; insbesondere zur Etablierung von Beiräten *Kormann*, Beiräte in der Verantwortung, 2008, S. 430 ff.; allgemein zu den Möglichkeiten der Verankerung der Unternehmerfunktion siehe auch *Bechtle*, Führungsnachfolge in der Familienunternehmung, 1983, S. 69 ff.

68 *Holler*, in: MünchHdB GesR VII, 6. Aufl. 2020, § 75 Rn. 13; *T. Hueck*, Familienverfassung, 2017, S. 25; v. *Rechenberg/Thies/Wiechers*, Handbuch Familienunternehmen und Unternehmerfamilien, 2. Aufl. 2020, S. 34 f.; auch auf den Einzelfall abstellend *Kormann*, in: Scherer/Blanc/Kormann/Groth/Wimmer, Familienunternehmen, 2. Aufl. 2012, Kap. 1 Rn. 8; *K. W. Lange*, BB 2005, 2585, 2586; *ders.*, GmbH 2006, 897; *ders.*, in: FS Hennerkes, 2009, S. 135, 137.

Wesen der Gesellschaft maßgeblichen Einfluss hat, dürfte dies jedoch eher die Ausnahme sein.⁶⁹

bb. Einfluss der Familie auf Ebene der Unternehmensleitung

Neben einer dominierenden Stellung in der Gesellschafterversammlung kann die Familie aber auch durch eine unmittelbare Beteiligung an der operativen Unternehmensleitung maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft nehmen.⁷⁰ Gesellschafterbeschlüsse bedürfen regelmäßig noch einer Umsetzung durch die geschäftsführenden Organe, sodass die Gesellschafterstellung nur mittelbaren Einfluss auf die unternehmerischen Entscheidungen vermittelt.⁷¹ Die stärkste Verknüpfung von Familie und Unternehmen ist demnach erreicht, wenn Familienmitglieder zusätzlich zu einer Mehrheitsbeteiligung auch aktiv auf der Ebene der Unternehmensleitung beteiligt sind. In diesem Fall tritt die für Familienunternehmen typische Verbindung von Eigentum und Führung ein, welche eine für Familienunternehmen zum Teil als kennzeichnend herausgestellte Schnelligkeit und Flexibilität in der Entscheidungsfindung bedingen kann.⁷²

Aus der Einordnung als Typenbegriff folgt aber wiederum, dass eine unmittelbare Beteiligung der Familie an der Unternehmensleitung nicht notwendiges Kriterium für die Qualifikation als Familienunternehmen ist. Ausreichend ist es demnach auch, wenn die Familie die Unternehmensleitung aufgrund einer starken Stellung in der Gesellschafterversammlung

69 *Krämer*, Sonderrecht der Familiengesellschaften, 2019, S. 101.

70 Dazu *Ferber*, in: FS Binz, 2014, S. 193, 194; *Kormann*, in: Scherer/Blanc/Kormann/Groth/Wimmer, Familienunternehmen, 2. Aufl. 2012, Kap. 1 Rn. 123; v. *Rechenberg/Thies/Wiechers*, Handbuch Familienunternehmen und Unternehmerfamilien, 2. Aufl. 2020, S. 35; *Winkler*, in: Sudhoff, Familienunternehmen, 2. Aufl. 2005, § 5 Rn. 1; *Woywode/Keese/Tänzler*, ZGR 2012, 418, 421.

71 Hierauf hinweisend *Krämer*, Sonderrecht der Familiengesellschaften, 2019, S. 103.

72 Zur typischen Verbindung von Eigentum und Führung v. *Andraea*, Familienunternehmen und Publikumsgesellschaft, 2007, S. 8; *Ferber*, in: FS Binz, 2014, S. 193, 194; *Kirchdörfer/Kögel*, in: FS Hennerkes, 2000, S. 221, 230, 232 f.; *K. W. Lange*, BB 2005, 2585, 2586; *ders.*, in: FS Hennerkes, 2009, S. 135, 138 f.; zur kennzeichnenden Schnelligkeit und Flexibilität in der Entscheidungsfindung *Hinderer*, in: FS Hennerkes, 2009, S. 369, 371; *T. Hueck*, Familienverfassung, 2017, S. 26; *A. Sigle*, in: FS W. Sigle, 2000, S. 301, 304; *Weiss*, in: FS Binz, 2014, S. 796.

oder über ein Aufsichtsorgan überwacht und dadurch dominiert.⁷³ Die Zusammensetzung des Gesellschafterkreises prägt Familienunternehmen typischerweise stärker als die geschäftsführenden Organe. Denn die Familiengeschafter verstehen sich typischerweise nicht nur als bloße Kapitalanleger. Dieses Selbstverständnis sowie die familiäre Verbundenheit der Gesellschafter führen dazu, dass in Familienunternehmen das Problem der Eigentümerkontrolle regelmäßig entschärft und die Gesellschafterebene der Unternehmensleitung faktisch übergeordnet ist.⁷⁴ Hinzu kommt, dass Familienunternehmen oftmals Rechtsformen wie die KG, GmbH & Co. KG oder der GmbH wählen, bei welcher die Gesellschafterversammlung – anders als die Hauptversammlung einer AG – auch die Möglichkeit besitzt, unmittelbar Einfluss auf unternehmerische Entscheidungen zu nehmen.⁷⁵ Die Beteiligung von Familienmitgliedern an der Unternehmensleitung stellt somit, verglichen mit den Einflussmöglichkeiten der Familie in der Gesellschafterversammlung, lediglich ein nachgelagertes Merkmal dar.⁷⁶

73 *Hennerkes/Binz/May*, DB 1987, 469; *Hommelhoff*, in: Tröger/Wilhelmi, Rechtsfragen der Familiengesellschaften, 2006, S. 65, 67; *T. Hueck*, Familienverfassung, 2017, S. 25; *Iliou*, Corporate Governance in mittelständischen Familienunternehmen, 2004, S. 99; *K. W. Lange*, BB 2005, 2585, 2586; *ders.*, GmbHR 2006, 897; *ders.*, in: FS Hennerkes, 2009, S. 135, 137; *v. Rechenberg/Thies/Wiechers*, Handbuch Familienunternehmen und Unternehmerfamilien, 2. Aufl. 2020, S. 34 f.; *Winkler*, in: Sudhoff, Familienunternehmen, 2. Aufl. 2005, § 5 Rn. 1; *Woywode/Keese/Tänzler*, ZGR 2012, 418, 421; anders *Bügler*, Familiengesellschaft im Steuerrecht, 1979, S. 17; *H. A. Vogel*, Familienkapitalgesellschaften, 1974, S. 22; *Wittek*, Gesellschaftsrechtliche Behandlung der Familien-GmbH, 1969, S. 21.

74 *v. Andreae*, Familienunternehmen und Publikumsgesellschaft, 2007, S. 17; *Kirchdörfer/Kögel*, in: FS Hennerkes, 2000, S. 221, 233; *K. W. Lange*, BB 2005, 2585, 2586; siehe dazu auch *Goebel*, in: FS Binz, 2014, S. 241; *Hennerkes*, Familienunternehmen sichern und optimieren, 1998, S. 25; *Krämer*, Sonderrecht der Familiengesellschaften, 2019, S. 101; *W. Sigle*, in: FS Rowedder, 1994, S. 459, 461; *Winkler*, in: Sudhoff, Familienunternehmen, 2. Aufl. 2005, § 5 Rn. 1.

75 *T. Hueck*, Familienverfassung, 2017, S. 32; *Lange*, in: FS Hennerkes, 2009, S. 135, 138 f.; *Schmeing*, Konfliktmanagement in Familienunternehmen, 2018, S. 241 f.

76 *Krämer*, Sonderrecht der Familiengesellschaften, 2019, S. 102, 116; ähnlich *Felden/Hack/Hoon*, Management von Familienunternehmen, 2. Aufl. 2019, S. 17; *K. W. Lange*, BB 2005, 2585, 2586.

c. Gesellschaftszweck, Fungibilität der Anteile und strategische Ausrichtung

Typisch für Familienunternehmen ist weiterhin die Ausrichtung, das Familienvermögen generationenübergreifend zu erhalten und zu sichern und damit auch den nachfolgenden Generationen eine gute Lebensbasis zu verschaffen.⁷⁷ Neben das Ziel, zum jetzigen Zeitpunkt ein ertragsfähiges Unternehmen zu betreiben, tritt nicht selten der gleichberechtigte Gesellschaftszweck, das Unternehmen als Lebensgrundlage für die spätere Generationen zu erhalten.⁷⁸ Auch wenn sich diese Zielsetzung gut nachvollziehen lässt, ist deren gesellschaftsrechtliche Einordnung alles anderes als einfach.⁷⁹

Dem Gesellschaftszweck werden zwei Funktionen zugewiesen. Er dient zum einen der sozialen Identifikation mit der Gesellschaft und gibt zum anderen einen allgemeinen Verhaltensmaßstab für ihre Mitglieder und Geschäftsführer vor. Der Gesellschaftszweck charakterisiert damit den Verband, steckt die Grenzen zulässigen Handelns ab und konkretisiert die Förderungs- und Treuepflicht.⁸⁰ Hierbei handelt es sich um ein allgemeines gesellschaftsrechtliches Prinzip, das rechtsformunabhängig gilt.⁸¹ Aufgrund dieser grundlegenden Bedeutung des Gesellschaftszwecks könnte man davon ausgehen, dass dieser typischerweise ausdrücklich bestimmt wird. Dies ist aber keineswegs die Regel. Nur teilweise findet der Zweck ausdrücklich Eingang in den Gesellschaftsvertrag, etwa bei der Formulie-

77 Siehe etwa *Hennerkes*, Familienunternehmen sichern und optimieren, 1998, S. 25 f.; *ders.*, in: *Hennerkes/Kirchdörfer*, Unternehmenshandbuch Familiengesellschaften, 2. Aufl. 1998, Rn.1.36; *Holler*, in: MünchHdB GesR VII, 6. Aufl. 2020, § 75 Rn. 15, 49; *ders.*, DStR 2019, 931, 935 f.; *Koerberle-Schmid*, Family Business Governance, 2008, S. 174; *Krämer*, Sonderrecht der Familiengesellschaften, 2019, S. 76; *K. W. Lange*, BB 2005, 2585, 2586; *ders.*, in: FS *Hennerkes*, 2009, S. 135, 138; *C. Schäfer*, in: MüKo-BGB, 8. Aufl. 2020, Vor. § 705 Rn. 73; *W. Sigle*, in: FS *Rowedder*, 1994, S. 459, 463; *ders.*, in: FS *K. Schmidt*, 2009, S. 1507, 1515; *Skusa/Thürauf*, NJW 2015, 3478; *Ulmer*, ZIP 2010, 549, 552; *P. Wolf*, MittBayNot 2013, 9, 12.

78 BGHZ 51, 204 = NJW 1969, 793, 794; *Holler*, in: MünchHdB GesR VII, 6. Aufl. 2020, § 75 Rn. 49; *May*, Erfolgsmodell Familienunternehmen, 2012, S. 29; *W. Sigle*, in: FS *Hüffer*, 2010, S. 973, 980.

79 Eingehend zur gesellschaftsrechtlichen Einordnung des Gesellschaftszwecks von Familienunternehmen *Holler*, DStR 2019, 931, 935 ff.

80 *H. Wiedemann*, Gesellschaftsrecht Bd. II, 2004, S. 122 f.; zustimmend *Holler*, DStR 2019, 931, 936.

81 *Holler*, DStR 2019, 931, 936.

zung der Präambel oder der Bestimmung des Unternehmensgegenstands.⁸² Andernfalls muss im Wege der Auslegung ermittelt werden, ob sich eine entsprechende Zweckbestimmung feststellen lässt. Hierbei ist der gesamte Inhalt des Gesellschaftsvertrags, insbesondere der Unternehmensgegenstand, sowie die Anlage des Unternehmens zu berücksichtigen.⁸³ Für die beschriebene spezifische Zweckbestimmung sprechen dabei regelmäßig zwei Umstände.

Zum einen lässt sich die generationenübergreifende Ausrichtung regelmäßig Bestimmungen entnehmen, welche die familiäre Bindung der Mitgliedschaft und damit die aktuelle Position der Familie in der Gesellschaft sichern sollen.⁸⁴ In den Gesellschaftsverträgen von Familienunternehmen finden sich typischerweise Regelungen, die die Anteilsnachfolge auf Mitglieder der Familie beschränken und damit ein Eindringen Familienfremder in die Gesellschaft verhindern sollen.⁸⁵ Klassisch sind Bestimmungen,

82 *Holler*, in: MünchHdB GesR VII, 6. Aufl. 2020, § 75 Rn. 60; *ders.*, DStR 2019, 931, 938; *Krämer*, Sonderrecht der Familiengesellschaften, 2019, S. 80. Der Unternehmensgegenstand muss dabei von dem Gesellschaftszweck unterschieden werden. Während der Unternehmensgegenstand das sachliche Tätigkeitsfeld der Gesellschaft beschreibt, handelt es sich bei dem Gesellschaftszweck um das eigentlich finale Element der Gesellschaft, *Harbarth*, in: MüKo-GmbHG, 3. Aufl. 2018, § 53 Rn. 186; *Holler*, DStR 2019, 931, 937; dazu auch *Geißler*, GmbHR 2021, 1023, 1028.

83 *Cramer*, in: Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 1 Rn. 6; *Fleischer*, in: MüKo-GmbHG, 3. Aufl. 2018, § 1 Rn. 14; *Holler*, in: MünchHdB GesR VII, 6. Aufl. 2020, § 75 Rn. 61; *ders.*, DStR 2019, 931, 938; *J. Schmidt*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 1 Rn. 6.

84 *Holler*, DStR 2019, 931, 938.

85 Siehe etwa *Binz/Mayer*, NZG 2012, 201; *Hengstmann*, Familiengesellschaft, 1935, S. 36; *Hennerkes/Kirchdörfer*, in: Hennerkes/Kirchdörfer, Unternehmenshandbuch Familiengesellschaften, 2. Aufl. 1998, Rn. 3.51; *Lieder*, in: Vogt/Fleischer/Kalss, Recht der Familiengesellschaften, 2017, S. 27, 37 f.; *v. Rechenberg/Thies/Wiechers*, Handbuch Familienunternehmen und Unternehmerfamilien, 2. Aufl. 2020, S. 102; *Scheller*, in: MünchHdB GesR IX, 6. Aufl. 2021, § 17 Rn. 10; *K. Schmidt*, in: Tröger/Wilhelmi, Rechtsfragen der Familiengesellschaften, 2006, S. 37, 44; *Wicke*, ZGR 2012, 450, 460.

welche die Übertragung⁸⁶ und Belastung⁸⁷ der Gesellschaftsanteile von der Zustimmung der Mitgesellschafter abhängig machen oder Vorkaufs- bzw. Vorerwerbsrechte⁸⁸ zugunsten von Familienmitgliedern vorsehen. Wird den Gesellschaftern zudem der Austritt aus der Gesellschaft erschwert, wird hierdurch eine auf die Lebenszeit der Gesellschafter bezogene und der Generationenbindung unterliegende Mitgliedschaft erzeugt.⁸⁹ Zum Zweiten kommt die spezifische Zweckbestimmung typischerweise auch darin zum Ausdruck, dass unternehmerische Entscheidungen vorwiegend am Maßstab der Langfristigkeit und Kontinuität getroffen werden. Denn nur im Fall einer langfristig gedachten Geschäftspolitik kann im Rahmen der beschriebenen Bindung für die nachfolgenden Generationen auch tatsächlich eine gute Lebensbasis geschaffen und erhalten werden.⁹⁰ Kurzfristige und an der Maximierung des Anteilswerts oder der Optimierung des Cash-Flows orientierte Managemententscheidungen sind Familienunternehmen daher typischerweise fremd. Im Vordergrund steht regelmäßig ein stabiles und langfristiges Wachstum.⁹¹ Aufgrund der engen Verknüp-

86 Dazu *Holler*, in: MünchHdB GesR VII, 6. Aufl. 2020, § 75 Rn. 15; *ders.*, DStR 2019, 880, 884; *K. W. Lange/Sabel*, NZG 2015, 1249; *Loritz*, NZG 2007, 361; *Otto*, GmbHR 1996, 16; *Prütting*, in: *K. W. Lange/Windthorst*, Sicherung des Familieneinflusses in Familienunternehmen, 2017, S. 35, 36; *Schmeing*, Konfliktmanagement in Familienunternehmen, 2018, S. 195; *K. Schmidt*, GmbHR 2011, 1289; *Ulmer*, ZIP 2010, 549, 553; *H. A. Vogel*, Familienkapitalgesellschaften, 1974, S. 21.

87 Dazu *Binz/Mayer*, NZG 2012, 201, 211; *v. Rechenberg/Thies/Wiechers*, Handbuch Familienunternehmen und Unternehmerfamilien, 2. Aufl. 2020, S. 102.

88 Dazu *Binz/Mayer*, NZG 2012, 201, 209 f.; *K. W. Lange/Sabel*, NZG 2015, 1249 f.; *Maier*, in: FS W. Sigle, 2000, S. 51, 56 f.; *Otto*, GmbHR 1996, 16, 18; *Wicke*, ZGR 2012, 450, 472.

89 *Ulmer*, ZIP 2010, 549, 552; dazu auch *Eschenlohr*, in: FS W. Sigle, 2000, S. 131, 133; *K. W. Lange*, BB 2005, 2585, 2586 f.; *Lucius*, in: FS Binz, 2014, S. 418, 422; *Schmeing*, Konfliktmanagement in Familienunternehmen, 2018, S. 228; *Wälzholz*, in: *Sudhoff*, Familienunternehmen, 2. Aufl. 2005, § 12 Rn. 1, 23; *P. Wolf*, MittBayNot 2013, 9, 12.

90 Zu dieser langfristigen Ausrichtung von Familienunternehmen *Brink*, in: *K. W. Lange/Windthorst*, Sicherung des Familieneinflusses in Familienunternehmen, 2017, S. 9, 15; *T. Hueck*, Familienverfassung, 2017, S. 26; *Koerberle-Schmid*, Family Business Governance, 2008, S. 174; *Kormann*, in: *Scherer/Blanc/Kormann/Groth/Wimmer*, Familienunternehmen, 2. Aufl. 2012, Kap. 1 Rn. 51; *ders.*, Governance des Familienunternehmens, 2017, S. 128; *K. W. Lange*, BB 2005, 2585, 2586; *ders.*, GmbHR 2006, 897, 898; *ders.*, in: FS Hennerkes, 2009, S. 135, 138; *v. Oertzen/Reich*, DStR 2017, 1118.

91 *Felden/Hack/Hoon*, Management von Familienunternehmen, 2. Aufl. 2019, S. 18; *Goebel*, in: FS Binz, 2014, S. 241, 243; *Kirchdörfer/Kögel*, in: FS Hennerkes, 2000,

fung von finanziellem Wohlstand der Familie mit einem nachhaltigen Unternehmenserfolg bildet die langfristige Sicherung des Überlebens des Unternehmens häufig die oberste Entscheidungsprämisse.⁹² Gerade hierin wird oftmals ein Vorteil von Familienunternehmen gesehen.⁹³

d. Finanzierung

Dieses auf Kontinuität und einem nachhaltigen Wachstum ausgerichtete Zielsystem hat auch Auswirkungen im Bereich der Unternehmensfinanzierung. Soll die dominante Stellung der Familie auf langfristige Sicht gesichert werden, muss auch im Rahmen der Finanzierung sichergestellt sein, dass Außenstehenden kein ungewollter Einfluss eingeräumt wird. Auch insoweit streben Familienunternehmen daher regelmäßig nach größtmöglicher Unabhängigkeit.⁹⁴ Die Aufnahme Dritter zu Finanzierungszwecken soll daher in der Regel vermieden werden, sodass als Einlagenschuldner meist nur Familienmitglieder in Betracht kommen.⁹⁵ Kapitaleinzahlungen aus dem Familienkreis, etwa in Form einer Kapitalerhöhung, sind jedoch vielfach natürliche Grenzen gesetzt, als entweder die hierfür erforderlichen finanziellen Mittel nicht vorhanden sind oder aber die Mitgesellschafter keine Veränderung der Beteiligungsverhältnisse hinnehmen wollen.⁹⁶ Fa-

S. 221, 229 f.; K. W. Lange, GmbHR 2006, 897, 898; ders., in: FS Hennerkes, 2009, S. 135, 138; Schielke, in: FS Hennerkes, 2009, S. 221, 223.

92 Hinderer, in: FS Hennerkes, 2009, S. 369, 371.

93 Zu diesem Vorteil Berger/Rinn, in: FS Binz, 2014, S. 62, 65; Felden/Hack/Hoon, Management von Familienunternehmen, 2. Aufl. 2019, S. 18; Goebel, in: FS Binz, 2014, S. 241, 244; May, Erfolgsmodell Familienunternehmen, 2012, S. 47; Schielke, in: FS Hennerkes, 2009, S. 221, 223; Weiss, in: FS Binz, 2014, S. 796 f.

94 May, Erfolgsmodell Familienunternehmen, 2012, S. 103; Schielke, in: FS Hennerkes, 2009, S. 221, 224; Schmeing, Konfliktmanagement in Familienunternehmen, 2018, S. 197; Schraml, Finanzierung von Familienunternehmen, 2010, S. 60.

95 v. Andreae, Familienunternehmen und Publikumsgesellschaft, 2007, S. 118; Brösztl, in: FS W. Sigle, 2000, S. 3, 15; T. Hueck, Familienverfassung, 2017, S. 27; Iliou, Corporate Governance in mittelständischen Familienunternehmen, 2004, S. 112 f.; Krämer, Sonderrecht der Familiengesellschaften, 2019, S. 30; Schmeing, Konfliktmanagement in Familienunternehmen, 2018, S. 197; Schielke, in: FS Hennerkes, 2009, S. 221, 225; Schraml, Finanzierung von Familienunternehmen, 2010, S. 61; Ulmer, ZIP 2010, 549, 551.

96 Zu den Problemen im Zusammenhang mit Kapitaleinzahlungen aus dem Familienkreis Brösztl, in: FS W. Sigle, 2000, S. 3, 15; Bügler, Familiengesellschaft im Steuerrecht, 1979, S. 17; Claussen, in: Tröger/Wilhelmi, Rechtsfragen der Familiengesellschaften, 2006, S. 79; Hennerkes/May, BB 1988, 2393, 2394; Krämer,

milienunternehmen müssen ihren Kapitalbedarf daher regelmäßig aus eigenen Mitteln decken.⁹⁷ Um aus diesem Grund den Abfluss eigener Mittel aus der Gesellschaft möglichst gering zu halten, enthält der Gesellschaftsvertrag typischerweise besondere Vorgaben zur Thesaurierung von Gewinnen sowie Beschränkungen der Gewinnausschüttungen, der Entnahme- und Austrittsrechte und der damit verbundenen Abfindungsansprüche.⁹⁸ In der Folge ist in dem Unternehmen häufig der Großteil des familiären Vermögens gebunden, was eine starke wirtschaftliche Abhängigkeit der Familie von dem Familienunternehmen erzeugt.⁹⁹ Prägend für Familienunternehmen ist daher das Spannungsverhältnis zwischen Erhaltung der Unabhängigkeit und bestmöglichem Zugang zu Kapital.¹⁰⁰ Aus diesem Grund verfolgen Familienunternehmen regelmäßig zurückhaltende Wachstumsstrategien, was sich wiederum in einer auf Stabilität und Nachhaltigkeit bedachten Unternehmensstrategie niederschlägt.¹⁰¹

Sonderrecht der Familiengesellschaften, 2019, S. 30; *May*, Erfolgsmodell Familienunternehmen, 2012, S. 105; *W. Sigle*, in: FS Rowedder, 1994, S. 459, 468; *Weiss*, in: FS Binz, 2014, S. 796, 797.

97 *Brösztl*, in: FS W. Sigle, 2000, S. 3, 15; *Claussen*, in: Tröger/Wilhelmi, Rechtsfragen der Familiengesellschaften, 2006, S. 79, 81; *Habersack*, ZIP 2020, 2093, 2098; *Hommelhoff*, in: Tröger/Wilhelmi, Rechtsfragen der Familiengesellschaften, 2006, S. 65, 71; *Kormann*, in: Scherer/Blanc/Kormann/Groth/Wimmer, Familienunternehmen, 2. Aufl. 2012, Kap. 1 Rn. 324; *K. W. Lange*, BB 2005, 2585, 2587; *Maier*, in: FS W. Sigle, 2000, S. 51, 55; *Redlefsen*, Ausstieg aus großen Familienunternehmen, 2004, S. 51.

98 Dazu *Brösztl*, in: FS W. Sigle, 2000, S. 3, 15; *Holler*, in: MünchHdB GesR VII, 6. Aufl. 2020, § 75 Rn. 15; *Hommelhoff*, in: Tröger/Wilhelmi, Rechtsfragen der Familiengesellschaften, 2006, S. 65, 71; *Kormann*, Governance des Familienunternehmens, 2017, S. 136; *Maier*, in: FS W. Sigle, 2000, S. 51, 55; *May*, Erfolgsmodell Familienunternehmen, 2012, S. 106 f.; *v. Rechenberg/Thies/Wiechers*, Handbuch Familienunternehmen und Unternehmerfamilien, 2. Aufl. 2020, S. 332 f., 414; *Staahe*, in: MünchHdB GesR IX, 6. Aufl. 2021, § 51 Rn. 109, 166; *Ulmer*, ZIP 2010, 549, 551; *Weiss*, in: FS Binz, 2014, S. 796, 797.

99 *Hinderer*, in: FS Hennerkes, 2009, S. 369, 372; *Kormann*, in: Scherer/Blanc/Kormann/Groth/Wimmer, Familienunternehmen, 2. Aufl. 2012, Kap. 1 Rn. 52; *Schmeing*, Konfliktmanagement in Familienunternehmen, 2018, S. 195; *A. Sigle*, in: FS W. Sigle, 2000, S. 301, 306; *W. Sigle*, in: FS Rowedder, 1994, S. 459, 463.

100 *Schielke*, in: FS Hennerkes, 2009, S. 221, 225; siehe auch *K. W. Lange*, BB 2005, 2585, 2587; *May*, Erfolgsmodell Familienunternehmen, 2012, S. 104; *Schraml*, Finanzierung von Familienunternehmen, 2010, S. 69.

101 *v. Andreae*, Familienunternehmen und Publikumsgesellschaft, 2007, S. 122; *Felden/Hack/Hoon*, Management von Familienunternehmen, 2. Aufl. 2019, S. 18; *T. Hueck*, Familienverfassung, 2017, S. 27; *May*, Erfolgsmodell Familienunternehmen, 2012, S. 103, 105; *Mühlebach*, Familyness als Wettbewerbsvorteil, 2004, S. 83; *Schraml*, Finanzierung von Familienunternehmen, 2010, S. 70.

e. Subjektive Komponente

Neben den vorgenannten, im Wesentlichen durch objektive Kriterien bestimmten Typenmerkmalen kommt bei der Einordnung als Familienunternehmen zuletzt auch der subjektiven Einstellung der Gesellschafter zu ihrem Unternehmen Bedeutung zu.¹⁰² Es wurde bereits erarbeitet, dass kennzeichnend für Familienunternehmen unter anderem die Wechselwirkungen zwischen Familie und Unternehmen sowie eine auf einen generationenübergreifenden Erhalt des Familienunternehmens gerichtete Zwecksetzung und Führung sind. Die subjektive Einstellung, ob man Familienunternehmen sein möchte oder nicht, kann bei der erforderlichen Gesamtschau somit nicht außen vor gelassen werden. Es ist danach zu fragen, ob die Gesellschafter in eigener Wertung die familiäre Verbundenheit und die von der Familie aufgestellten Prinzipien als tragendes Element ihrer unternehmerischen Tätigkeit betrachten und die Unternehmung an die nächste Generation übergeben möchten.¹⁰³ Sieht die Familie die Unternehmung nicht nur als Wirtschafts-, sondern auch als Wertegemeinschaft an, deren Prinzipien und Leitgedanken für die Mitglieder ein hohes Maß an Verbindlichkeit besitzen, ist das ein starkes Indiz für die Einordnung als Familienunternehmen.¹⁰⁴ Ausschlaggebend ist insoweit der Wille der Familienmitglieder, aufgrund ihrer Rolle in der Gesellschaft über die künftige Entwicklung und damit auch über die Aufrechterhaltung der familiären Bindung zu entscheiden.¹⁰⁵

102 Siehe dazu *Hengstmann*, Familiengesellschaft, 1935, S. 17; *Hennerkes*, Familienunternehmen sichern und optimieren, 1998, S. 25; *ders.*, in: *Hennerkes/Kirchdörfer*, Unternehmenshandbuch Familiengesellschaften, 2. Aufl. 1998, Rn. 1.1; *Priester*, in: *Tröger/Wilhelmi*, Rechtsfragen der Familiengesellschaften, 2006, S. 53, 55; *Scherer*, BB 2010, 323; *W. Sigle*, in: *FS Rowedder*, 1994, S. 459, 463; *D. Sommer*, Bestands- und Nachfolgesicherung von Familiengesellschaften, 1967, S. 9; *Wittek*, Gesellschaftsrechtliche Behandlung der Familien-GmbH, 1969, S. 14.

103 *Hennerkes*, Familienunternehmen sichern und optimieren, 1998, S. 25 f.; *ders.*, in: *Hennerkes/Kirchdörfer*, Unternehmenshandbuch Familiengesellschaften, 2. Aufl. 1998, Rn. 1.1; *Holler*, DStR 2019, 931, 939; *Ulmer*, ZIP 2010, 549, 552 f.; *Woywode/Keese/Tänzler*, ZGR 2012, 418, 422.

104 *Hennerkes*, Familienunternehmen sichern und optimieren, 1998, S. 25; zur Bedeutung der Werteorientierung siehe auch *Felden/Hack/Hoon*, Management von Familienunternehmen, 2. Aufl. 2019, S. 44; *Kormann*, Governance des Familienunternehmens, 2017, S. 130.

105 *Krämer*, Sonderrecht der Familiengesellschaften, 2019, S. 117; darauf abstellend, ob es sich um eine „bewusste“ Familiengesellschaft handelt *Priester*, in: *Tröger/Wilhelmi*, Rechtsfragen der Familiengesellschaften, 2006, S. 53, 55.

II. Begriffsbestimmung Publikumsgesellschaft

Auch für den Begriff der Publikumsgesellschaft fällt es schwer, eine allgemeingültige Definition zu finden. Gemeinhin werden hierunter Gesellschaften ohne geschlossenen Gesellschafterkreis gefasst, die darauf ausgerichtet sind, eine große Vielzahl nur mit ihrem Kapital beteiligten Investoren aufzunehmen.¹⁰⁶ Klare Kriterien zur Abgrenzung von Publikums- und Nicht-Publikumsgesellschaften lassen sich aber auch insoweit nicht finden.¹⁰⁷ Dies liegt zunächst daran, dass Gesellschaften unterschiedlicher Rechtsformen als Publikumsgesellschaften bezeichnet werden. Sowohl als Kapitalsammelbecken dienende Aktiengesellschaften¹⁰⁸ als auch im Rahmen der Vertragsfreiheit kapitalistisch verfasste Personengesellschaften¹⁰⁹ werden hierunter gefasst.¹¹⁰ Darüber hinaus bestehen Unklarheiten, ab welcher Anzahl von Gesellschaftern eine Gesellschaft als Publikumsge-

106 Siehe etwa BGH NJW 1973, 1604, 1605; BGHZ 63, 338 = NJW 1975, 1022, 1024; BGHZ 64, 238 = NJW 1975, 1318, 1319; BGHZ 66, 82 = NJW 1976, 958, 959; NJW 1976, 894 f.; BGHZ 69, 160 = NJW 1977, 2160, 2161; BGHZ 69, 207 = NJW 1977, 2311 f.; NJW 1978, 755; BGHZ 104, 50 = NJW 1988, 1903, 1904; BGHZ 102, 172 = NJW 1988, 969, 971; OLG Stuttgart NJOZ 2010, 1049, 1050; v. *Andreae*, Familienunternehmen und Publikumsgesellschaft, 2007, S. 3; *Häublein/Beyer*, in: BeckOK HGB, Stand: 15.7.2021, § 161 Rn. 72; *Neumann*, ZIP 2017, 1141, 1142; *Roth*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 40. Aufl. 2021, Anh. § 177a Rn. 52; *Schiefer*, DStR 1997, 119; C. *Schmidt/v. Holst*, in: C. Schmidt/Zagel, OHG, KG und PublikumsG, 2. Aufl. 2010, Rn. 1822; *Walter*, JuS 2020, 14, 15.

107 So auch *Horbach*, in: MünchHdB GesR II, 5. Aufl. 2019, § 61 Rn. 2.

108 Dazu v. *Andreae*, Familienunternehmen und Publikumsgesellschaft, 2007, S. 4; *Iliou*, Corporate Governance in mittelständischen Familienunternehmen, 2004, S. 16; *H. Wiedemann*, Gesellschaftsrecht Bd. I, 1980, S. 121 f.; demgegenüber Aktiengesellschaften offenbar nicht unter den Begriff der Publikumsgesellschaft fassend *Roth*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 40. Aufl. 2021, Anh. § 177a Rn. 52.

109 Zu den möglichen Bedeutungen der Bezeichnung „kapitalistische Personengesellschaft“ *Nitschke*, Körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, 1970, S. 10 ff.; siehe dazu auch *Henze/Notz*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl. 2020, Anh. 1 zu § 177a Rn. 25; *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, 8. Aufl. 2021, § 3 Rn. 30 ff.; *Mögele*, Atypische Ausgestaltung der OHG und KG, S. 67 f. Sofern in dieser Arbeit von einer kapitalistisch ausgestalteten Personengesellschaft gesprochen wird, ist hiermit eine nach dem Vorbild der Kapitalgesellschaften ausgestaltete Personengesellschaft gemeint.

110 Zu Publikumspersonengesellschaften *Grunewald*, in: MüKo-HGB, 4. Aufl. 2019, § 161 Rn. 111; *Häublein/Beyer*, in: BeckOK HGB, Stand: 15.7.2021, § 161 Rn. 72; *Roth*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 40. Aufl. 2021, Anh. § 177a Rn. 52; C. *Schmidt/v. Holst*, in: C. Schmidt/Zagel, OHG, KG und PublikumsG, 2. Aufl. 2010, Rn. 1822; *Servatius*, in: Henssler/Strohn, GesR, 5. Aufl. 2021, Anh. HGB Rn. 1; *Siegmann*, in: MünchHdB GesR VII, 6. Aufl. 2020, § 78 Rn. 2; *Walter*, JuS 2020,

sellschaft gelten soll¹¹¹ oder wie es sich auswirkt, wenn die Zahl der Gesellschafter von vornherein bestimmt ist.¹¹² Insbesondere im Bereich der Publikumspersonengesellschaften lassen sich diese Unklarheiten darauf zurückzuführen, dass diese infolge gesellschaftsvertraglicher Modifikation dem gesetzlich vorgesehenen Idealtypus einer Personengesellschaft nicht mehr entsprechen.¹¹³ Durch eine quantitativ gehäufte Verwendung jeweils ähnlicher atypischer Ausgestaltungen hat sich dabei ein Realtypus der Publikumspersonengesellschaft entwickelt, welcher mit der Schaffung von § 124 KAGB und § 139 KAGB mittlerweile sogar zum Teil Gegenstand gesetzlicher Rechtsfortbildung war.¹¹⁴

1. Publikumsgesellschaft als Typusbegriff

Aufgrund dieser unterschiedlichen Erscheinungsformen ist nach überzeugender Auffassung auch der Begriff der Publikumsgesellschaft im Wege einer typologischen Begriffsbildung zu ermitteln.¹¹⁵ Auch insoweit geht es

14; mit einem Überblick zu den einzelnen Rechtsformen *Schiefer*, DStR 1997, 119 ff.

111 Exemplarisch BGHZ 64, 238 = NJW 1975, 1318 (50 Gesellschafter ausreichend); NJW 1976, 894 (mehr als 1000 Gesellschafter ausreichend); NJW-RR 1990, 474, 475 (20 Gesellschafter nicht ausreichend); NZG 2011, 672 (200 Gesellschafter ausreichend); OLG Stuttgart NJOZ 2010, 1049 (45 Gesellschafter nicht ausreichend); OLG Stuttgart BB 1983, 12 (100 Gesellschafter ausreichend); *Grunewald*, in: MüKo-HGB, 4. Aufl. 2019, § 161 Rn. 114 (50 Gesellschafter); *Häublein/Beyer*, in: BeckOK HGB, Stand: 15.7.2021, § 161 Rn. 74 (keine feststehende Anzahl); *H. Oetker*, in: H. Oetker, HGB, 7. Aufl. 2021, § 161 Rn. 122 Fn. 363 (mindestens 50 Gesellschafter); *Walter*, JuS 2020, 14, 15 (keine feststehende Anzahl); *H. P. Westermann*, in: FS K. Schmidt, 2019, Bd. II, S. 627 (50 Gesellschafter).

112 Für die Annahme einer Publikumsgesellschaft auch bei einer feststehenden Anzahl von Gesellschaftern *Grunewald*, in: MüKo-HGB, 4. Aufl. 2019, § 161 Rn. 111; dagegen *Häublein/Beyer*, in: BeckOK HGB, Stand: 15.7.2021, § 161 Rn. 73, 75.

113 Dazu *Häublein/Beyer*, in: BeckOK HGB, Stand: 15.7.2021, § 161 Rn. 71; *Kraft*, in: FS R. Fischer, 1979, S. 321, 323.

114 Siehe dazu *Häublein/Beyer*, in: BeckOK HGB, Stand: 15.7.2021, § 161 Rn. 89; *Krämer*, Sonderrecht der Familiengesellschaften, 2019, S. 72 Fn. 201; *Paefegen*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl. 2020, Anh. 3 zu § 177a, § 124 KAGB Rn. 1; *S. Schmidt*, in: BeckHdB PersG, 5. Aufl. 2020, § 18 Rn. 1.

115 Siehe etwa BGHZ 104, 50 = NJW 1988, 1903, 1904 (vgl. die Formulierungen „wesentliche Merkmale“ und „typischerweise“); so auch *Engler*, Haftung des kapitalanlegenden Kommanditisten einer Publikums-KG, 1997, S. 49; *Horbach*, in: MünchHdB GesR II, 5. Aufl. 2019, § 61 Rn. 2; *Kellermann*, in: FS Stimpel,

folglich nicht darum, eine allgemeingültige Definition zu suchen, sondern es müssen Kriterien bestimmt werden, anhand derer im Einzelfall geprüft werden kann, ob nach dem Gesamterscheinungsbild von dem Vorliegen einer Publikumsgesellschaft auszugehen ist.¹¹⁶ In einem ersten Schritt ist hierzu wiederum das dem Begriff der Publikumsgesellschaft zugrunde liegende Typenleitbild zu beschreiben, aus welchem in einem zweiten Schritt die einzelnen Strukturmerkmale abzuleiten sind.

Wird in der Rechtsprechung oder der Literatur von einer Publikumsgesellschaft gesprochen, liegt dem typischerweise das Vorstellungsbild einer auf Kapitalsammlung angelegten Gesellschaft zugrunde, die sich aus einer großen Vielzahl nur mit ihrem Kapital beteiligten Anteilseignern zusammensetzt.¹¹⁷ Den Anlegern, die oftmals am freien Kapitalmarkt geworben werden, wird aufgrund vorformulierter Vertragsgrundlagen eine Anlage angeboten.¹¹⁸ Die Gesellschaft dient dabei meist nicht der Verwirklichung eines gemeinsamen Geschäftsbetriebes, sondern wird von den Gesellschaftern als Mittel der Kapitalanlage und von den Gründern als Mittel der Kapitalbeschaffung angesehen.¹¹⁹ Typische Erscheinungen sind daher Fi-

1985, S. 295, 296; *Krämer*, Sonderrecht der Familiengesellschaften, 2019, S. 72; *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, 8. Aufl. 2021, § 3 Rn. 25 ff.; *Walter*, JuS 2020, 14, 15; *H. Wiedemann*, Gesellschaftsrecht Bd. I, 1980, S. 121 ff.

116 So auch *Horbach*, in: MünchHdB GesR II, 5. Aufl. 2019, § 61 Rn. 2; *Notz*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl. 2020, Anh. 2 zu § 177a Rn. 2; *Siegmann*, in: MünchHdB GesR VII, 6. Aufl. 2020, § 78 Rn. 4; *Walter*, JuS 2020, 14, 15.

117 Siehe etwa BGH NJW 1973, 1604, 1605; BGHZ 63, 338 = NJW 1975, 1022, 1024; BGHZ 64, 238 = NJW 1975, 1318, 1319; NJW 1976, 894 f.; BGHZ 66, 82 = NJW 1976, 958, 959; BGHZ 69, 160 = NJW 1977, 2160, 2161; BGHZ 69, 207 = NJW 1977, 2311 f.; NJW 1978, 755; BGHZ 102, 172 = NJW 1988, 969, 971; BGHZ 104, 50 = NJW 1988, 1903, 1904; OLG Stuttgart NJOZ 2010, 1049, 1050; *v. Andreae*, Familienunternehmen und Publikumsgesellschaft, 2007, S. 3; *Horbach*, in: MünchHdB GesR II, 5. Aufl. 2019, § 61 Rn. 1 f.; *Walter*, JuS 2020, 14 f.; *H. Wiedemann*, Gesellschaftsrecht Bd. I, 1980, S. 121.

118 Dazu BGHZ 64, 238 = NJW 1975, 1318, 1319; BGHZ 84, 11 = NJW 1982, 2303; NJW 1982, 2495; BGHZ 102, 172 = NJW 1988, 969, 971; BGHZ 104, 50 = NJW 1988, 1903, 1904; NJW-RR 2007, 832; *Horbach*, in: MünchHdB GesR II, 5. Aufl. 2019, § 61 Rn. 1 f.; *H. Oetker*, in: H. Oetker, HGB, 7. Aufl. 2021, § 161 Rn. 122; *Roth*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 40. Aufl. 2021, Anh. § 177a Rn. 52; *S. Schmidt*, in: BeckHdB PersG, 5. Aufl. 2020, § 18 Rn. 1; *C. Schmidt/v. Holst*, in: Schmidt/Zagel, OHG, KG und PublikumsG, 2. Aufl. 2010, Rn. 1822.

119 *Horbach*, in: MünchHdB GesR II, 5. Aufl. 2019, § 61 Rn. 2; *Notz*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl. 2020, Anh. 2 § 177a Rn. 5; *H. Oetker*, in: H. Oetker, HGB, 7. Aufl. 2021, § 161 Rn. 125; *C. Schmidt/v. Holst*, in:

nanzprodukte mit einem größeren Investitionsvolumen.¹²⁰ Publikumsgesellschaften werden daher häufig auch als Massen- bzw. Massenanlagegesellschaften bezeichnet.¹²¹

2. Typenmerkmale einer Publikumsgesellschaft

In Anlehnung an die Bestimmung der einzelnen Typenmerkmale von Familienunternehmen lassen sich auch bei der Bestimmung der prägenden Merkmale einer Publikumsgesellschaft die Bereiche Gesellschafterkreis, Organisationsstruktur, Gesellschaftszweck, Fungibilität der Anteile sowie Unternehmensstrategie unterscheiden.

a. Gesellschafterkreis

Bei Publikumsgesellschaften existiert typischerweise kein geschlossener Gesellschafterkreis. Vielmehr sind sie darauf ausgerichtet, eine Vielzahl von Investoren aufzunehmen.¹²² Dabei kommt es nach überzeugender

C. Schmidt/Zagel, OHG, KG und PublikumsG, 2. Aufl. 2010, Rn. 1822; *Walter*, JuS 2020, 14, 15.

120 *Siegmann*, in: MünchHdB GesR VII, 6. Aufl. 2020, § 78 Rn. 1; *Walter*, JuS 2020, 14, 15; siehe auch *Notz*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl. 2020, Anh. 2 § 177a Rn. 5; *C. Schmidt/v. Holst*, in: C. Schmidt/Zagel, OHG, KG und PublikumsG, 2. Aufl. 2010, Rn. 1828.

121 Siehe etwa BGH NJW 1973, 1604; NJW 1975, 1700, 1701; BGHZ 66, 82 = NJW 1976, 958, 959; BGHZ 69, 160 = NJW 1977, 2160, 2161 f.; BGHZ 84, 11 = NJW 1982, 2303; BGHZ 125, 74 = NJW 1994, 1156, 1157; NZG 2018, 539 Rn. 70; *Bälz*, ZGR 1980, 1, 34; *Kraft*, in: FS R. Fischer, 1979, S. 321; *Notz*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl. 2020, Anh. 2 § 177a Rn. 1; *Roth*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 40. Aufl. 2021, Anh. § 177a Rn. 52. *K.-R. Wagner*, in: Assmann/Schütze/Buck-Heeb, HdB KapAnlR, 5. Aufl. 2020, § 17 Rn. 50 ff. geht hingegen davon aus, dass es sich bei der Massen-KG und der Publikums-KG um jeweils unterschiedliche Erscheinungen handelt. Für das Vorliegen einer Massen-KG soll es ausreichend sein, wenn die Gesellschaft auf die Beteiligung einer Vielzahl von Anlegern ausgerichtet ist, wohingegen bei der Publikums-KG die Beteiligungen öffentlich bzw. der Öffentlichkeit angeboten werden. Im Gegensatz zur Publikums-KG soll die Massen-KG daher noch stärkere personenbezogene Komponenten zeigen, *K.-R. Wagner*, Massenkommantitgesellschaft, 1985, S. 9 f.

122 BGH NJW 1973, 1604, 1605; BGHZ 63, 338 = NJW 1975, 1022, 1024; BGHZ 64, 238 = NJW 1975, 1318, 1319; NJW 1976, 894 f.; BGHZ 66, 82 = NJW 1976,

Auffassung aber nicht auf eine konkrete Anzahl von Gesellschaftern an. Lässt sich im Einzelfall die Ausrichtung zur Beteiligung einer Vielzahl von Gesellschaftern feststellen, ist es für die Einordnung als Publikumsgesellschaft grundsätzlich unerheblich, wie viele Personen der Gesellschaft im Ergebnis tatsächlich beitreten.¹²³ In der Literatur wird zwar oftmals darauf verwiesen, dass die Rechtsprechung im Bereich des Personengesellschaftsrechts regelmäßig erst ab einer Zahl von ca. 50 Gesellschaftern vom Vorliegen einer Publikumsgesellschaft ausgeht.¹²⁴ Bei genauerer Betrachtung dieser Entscheidungen fällt jedoch auf, dass die Gerichte hierbei die im Einzelfall gegebene Gesellschafterzahl lediglich zur Subsumtion unter einzelne Typenmerkmale herangezogen haben. Anführen lassen sich hierfür zwei Entscheidungen, in welchen der BGH auf Grundlage der Gesellschafterzahl beurteilte, ob die Gesellschaft nach ihrem Gesamterscheinungsbild auf die Beteiligung einer großen Anzahl von Kommanditisten zum Zwecke der Kapitalsammlung ausgerichtet war.¹²⁵ Fixe Zahlengrenzen lassen sich hieraus somit nicht ableiten. Ebenso wenig kann es einer Einordnung als Publikumsgesellschaft zwingend entgegenstehen, wenn die (große) Anzahl der einzuwerbenden Gesellschafter von vornherein

958, 959; BGHZ 69, 160 = NJW 1977, 2160, 2161; BGHZ 69, 207 = NJW 1977, 2311 f.; NJW 1978, 755; BGHZ 104, 50 = NJW 1988, 1903, 1904; BGHZ 102, 172 = NJW 1988, 969, 971; *Horbach*, in: MünchHdB GesR II, 5. Aufl. 2019, § 61 Rn. 1; *Notz*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl. 2020, Anh. 2 § 177a Rn. 1; *Priester*, DStR 2008, 1386, 1388; *Roth*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 40. Aufl. 2021, Anh. § 177a Rn. 52; *S. Schmidt*, in: BeckHdB PersG, 5. Aufl. 2020, § 18 Rn. 1; *Walter*, JuS 2020, 14, 15; *H. Wiedemann*, Gesellschaftsrecht Bd. I, 1980, S. 121.

123 *Häublein/Beyer*, in: BeckOK HGB, Stand: 15.7.2021, § 161 Rn. 74; *Horbach*, in: MünchHdB GesR II, 5. Aufl. 2019, § 61 Rn. 2; *Servatius*, in: Henssler/Strohn, GesR, 5. Aufl. 2021, Anh. HGB Rn. 3. *Hartmann*, Große Publikumsgesellschaft, 1968, S. 12 f. unterscheidet hingegen zwischen echten Publikumsgesellschaften mit einem Streubesitzanteil von mindestens 50 % und unechten Publikumsgesellschaften mit einem Streubesitzanteil von mindestens 25 % und gleichzeitig mindestens 10.000 Aktionären.

124 So etwa *Grunewald*, in: MüKo-HGB, 4. Aufl. 2019, § 161 Rn. 114; *Notz*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl. 2020, Anh. 2 § 177a Rn. 2; *H. Oetker*, in: H. Oetker, HGB, 7. Aufl. 2021, § 161 Rn. 122 Fn. 363; *Walter* JuS 2020, 14, 15. Diese berufen sich jeweils auf BGHZ 64, 238 = NJW 1975, 1318 sowie NJW-RR 1990, 474 und OLG Stuttgart NJOZ 2010, 1049.

125 BGHZ 64, 238 = NJW 1975, 1318, 1319; BGH NJW-RR 1990, 474, 475; ähnlich OLG Stuttgart NJOZ 2010, 1049, 1050, welches die Ablehnung der Einordnung als Publikumsgesellschaft nicht auf die konkrete Anzahl der Gesellschafter, sondern auf die im konkreten Einzelfall bestehenden persönlichen Beziehungen der Gesellschafter stützt.

feststeht.¹²⁶ Beides würde der Einordnung als Typusbegriff nicht gerecht. Eine kleine Gesellschafterzahl sowie eine von vornherein feststehende Anzahl von Gesellschaftern sind zwar Indizien, die gegen eine Einordnung als Publikumsgesellschaft sprechen. Im Einzelfall kann dies jedoch noch durch das verstärkte Vorliegen der weiteren Typenmerkmale ausgeglichen werden.¹²⁷

Aufgrund der Ausrichtung, eine Vielzahl von Gesellschaftern aufzunehmen, setzt sich der Gesellschafterkreis von Publikumsgesellschaften typischerweise aus einer heterogenen Gruppe anonymer Kapitalanleger zusammen.¹²⁸ Gemeinsam ist typischerweise nur die Zielsetzung, durch diese autonom gewählte Form der Kapitalanlage Vorteile zu erhalten. Eine über das Kapitalanlageinteresse hinausgehende persönliche oder wirtschaftliche Verbindung der Gesellschafter untereinander oder im Verhältnis zur Gesellschaft lässt sich üblicherweise nicht feststellen.¹²⁹ Die Stückelung der Gesellschaftsbeteiligungen ermöglicht Risikostreuung und damit eine Verringerung der wirtschaftlichen Abhängigkeit des Einzelnen von der jeweiligen Beteiligung.¹³⁰ Auch insoweit handelt es sich aber wiederum nur um eines von mehreren Typenmerkmalen. Selbst wenn (einzelne) Gesellschafter in besonderen persönlichen oder wirtschaftlichen Beziehungen zu den Initiatoren stehen, steht dies der Einordnung als Publikumsgesellschaft nicht zwangsläufig entgegen.¹³¹

126 In diese Richtung *Grunewald*, in: MüKo-HGB, 4. Aufl. 2019, § 161 Rn. 111; anders *Häublein/Beyer*, in: BeckOK HGB, Stand: 15.7.2021, § 161 Rn. 73, 75.

127 So auch *Horbach*, in: MünchHdB GesR II, 5. Aufl. 2019, § 61 Rn. 2.

128 *Horbach*, in: MünchHdB GesR II, 5. Aufl. 2019, § 61 Rn. 2; *Iliou*, Corporate Governance in mittelständischen Familienunternehmen, 2004, S. 100; *Notz*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl. 2020, Anh. 2 § 177a Rn. 2; *H. Wiedemann*, Gesellschaftsrecht Bd. I, 1980, S. 123.

129 Dazu BGHZ 64, 238 = NJW 1975, 1318, 1319; BGHZ 69, 160 = NJW 1977, 2160, 2161; BGHZ 69, 207 = NJW 1977, 2311 f.; BGHZ 104, 50 = NJW 1988, 1903, 1904; OLG Stuttgart NJOZ 2010, 1049, 1050; *Horbach*, in: MünchHdB GesR II, 5. Aufl. 2019, § 61 Rn. 2; *Notz*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl. 2020, Anh. 2 § 177a Rn. 3; *H. Wiedemann*, Gesellschaftsrecht Bd. I, 1980, S. 123 f.; die Freiwilligkeit besonderes hervorhebend *Barbasch*, Große Familienkommanditgesellschaft, 1989, S. 60 f.

130 *H. Wiedemann*, Gesellschaftsrecht Bd. I, 1980, S. 123 f.

131 *Horbach*, in: MünchHdB GesR II, 5. Aufl. 2019, § 61 Rn. 2; ähnlich *Grunewald*, in: MüKo-HGB, 4. Aufl. 2019, § 161 Rn. 111 f.; kritisch *Notz*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl. 2020, Anh. 2 § 177a Rn. 2.

b. Organisationsstruktur

Diese für Publikumsgesellschaften typische Zersplitterung des Gesellschafterkreises hat Auswirkungen auf die Organisationsstruktur. Um die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft auch bei einem großen Gesellschafterkreis zu erhalten, sind Publikumsgesellschaften typischerweise körperschaftlich organisiert. Insbesondere ist eine dreigliedrige Verfassungsstruktur bestehend aus Verwaltungs-, Geschäftsführungs- und Aufsichtsorgan charakteristisch.¹³² Dies lässt sich grundsätzlich auf zwei Wegen umsetzen. Entweder entscheiden sich die Initiatoren dafür, die Publikumsgesellschaft unmittelbar in Form einer Kapitalgesellschaft, insbesondere einer Aktiengesellschaft, zu organisieren. Dann entspricht diese Struktur bereits dem gesetzgeberischen Leitbild, vgl. §§ 118 ff. AktG, §§ 95 ff. AktG sowie §§ 76 ff. AktG. Oder aber die Publikumsgesellschaft wird in Form einer Personengesellschaft betrieben, die auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage atypisch ausgestaltet und körperschaftlich organisiert wird. In diesem Fall wird sowohl wirtschaftlich wie auch organisationsrechtlich eine Art „Kapitalgesellschaft im Kleid einer Personengesellschaft“ geschaffen.¹³³ Auf die Vor- und Nachteile dieser beiden Gestaltungen soll an dieser Stelle noch nicht näher eingegangen werden. Denn wie noch zu zeigen sein wird, spielen bei der Rechtsformwahl neben der Organisationsstruktur noch eine Vielzahl weiterer Gesichtspunkte wie Haftungsbegrenzungen, Zugang zum Kapitalmarkt, Anpassungsfähigkeit der gesellschaftsrechtlichen Grundlagen sowie steuerrechtliche Erwägungen eine gewichtige Rol-

132 Zur körperschaftlichen Organisationsstruktur von Publikumsgesellschaften v. *Andreae*, Familienunternehmen und Publikumsgesellschaft, 2007, S. 13; *Casper*, in: Staub, GroßkommHGB, 5. Aufl. 2015, § 161 Rn. 125; *Horbach*, in: MünchHdB GesR II, 5. Aufl. 2019, § 61 Rn. 1 f.; *Hüffer*, ZGR 1980, 320 f.; *Mock*, in: Röhrich/Graf von Westphalen/Haas, HGB, 5. Aufl. 2019, § 161 Rn. 18; *Notz*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl. 2020, Anh. 2 § 177a Rn. 4; *Roth*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 40. Aufl. 2021, Anh. § 177a Rn. 52.

133 *Krieger*, in: FS Stimpel, 1985, S. 307, 324; *Liescher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, 8. Aufl. 2021, § 3 Rn. 25, 32; *Roth*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 40. Aufl. 2021, Anh. § 177a Rn. 52; *Siegmann*, in: MünchHdB GesR VII, 6. Aufl. 2020, § 78 Rn. 1; siehe auch *Grunewald*, in: MüKo-HGB, 4. Aufl. 2019, § 161 Rn. 115; *Horbach*, in: MünchHdB GesR II, 5. Aufl. 2019, § 61 Rn. 2; eingehend zu den Merkmalen einer körperschaftlich strukturierten Personengesellschaft *Nitschke*, Körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, 1970, S. 108 ff.

le.¹³⁴ Im Folgenden soll der Fokus zunächst darauf liegen, die typischen Merkmale einer Publikumsgesellschaft rechtsformunabhängig in allgemeiner Form zu erfassen. Nach *Nitschke*¹³⁵ ist eine körperschaftliche Organisationsverfassung und damit auch eine Publikumsgesellschaft insbesondere durch folgende drei Merkmale gekennzeichnet:

(1) Zunächst sind die Anlagegesellschafter in einem körperschaftlichen Organisationsgefüge üblicherweise nicht mit der Unternehmensleitung betraut, sondern übertragen diese auf geschäftsführende Organe. Das Recht zum geschäftsführenden Handeln ist somit aus der Zuständigkeit der Gesellschaftergesamtheit ausgegliedert und Verwaltungsorganen zugewiesen.¹³⁶ Diese werden regelmäßig von den Initiatoren oder sonstigen Dritten besetzt.¹³⁷ (2) Die Anlagegesellschafter sind hingegen in einer Gesellschafterversammlung als Beschlussorgan zusammengefasst, welches in einem formalisierten Verfahren grundsätzlich, aber nicht notwendigerweise ausnahmslos mit Mehrheit beschließt.¹³⁸ (3) Alleine dies trägt den Anforderungen des stark zersplitterten Gesellschafterkreises aber oftmals noch nicht hinreichend Rechnung. Neben dem Recht zum geschäftsführenden Handeln müssen regelmäßig noch weitere Kompetenzen aus der Gesellschaftergesamtheit herausgelöst und auf bestimmte institutionalisierte Organe übertragen und die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung damit auf Grundlageneentscheidungen reduziert werden.¹³⁹ Hier

134 Genauer zur Rechtsformwahl unten unter § 3 I.; anschaulich zu den Umständen, die für die Rechtsformwahl von Bedeutung sein können *Lieder*, in: MünchHdB GesR IX, 6. Aufl. 2021, § 3 Rn. 9.

135 *Nitschke*, Körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, 1970; dazu auch *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, 8. Aufl. 2021, § 3 Rn. 30.

136 *Nitschke*, Körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, 1970, S. 110; siehe auch *v. Andreae*, Familienunternehmen und Publikumsgesellschaft, 2007, S. 14; *Horbach*, in: MünchHdB GesR II, 5. Aufl. 2019, § 61 Rn. 2; *C. Schmidt/v. Holst*, in: C. Schmidt/Zagel, OHG, KG und PublikumsG, 2. Aufl. 2010, Rn. 1913.

137 *Casper*, in: Staub, GroßkommHGB, 5. Aufl. 2015, § 161 Rn. 204; *Fleischer*, NZG 2020, 601, 607 f.; *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, 8. Aufl. 2021, § 3 Rn. 25; *C. Schmidt/v. Holst*, in: C. Schmidt/Zagel, OHG, KG und PublikumsG, 2. Aufl. 2010, Rn. 1913.

138 *Nitschke*, Körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, 1970, S. 109 f.; siehe auch *v. Andreae*, Familienunternehmen und Publikumsgesellschaft, 2007, S. 29 f.; *Casper*, in: Staub, GroßkommHGB, 5. Aufl. 2015, § 161 Rn. 197; *Häublein/Beyer*, in: BeckOK HGB, Stand: 15.7.2021, § 161 Rn. 79; *Schiefer*, DStR 1997, 119, 122; *C. Schmidt/v. Holst*, in: C. Schmidt/Zagel, OHG, KG und PublikumsG, 2. Aufl. 2010, Rn. 1919 ff.; *U. H. Schneider*, ZGR 1978, 1, 20 f.

139 *Nitschke*, Körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, 1970, S. 104 ff.; siehe auch *Baums/v. Randow*, AG 1995, 145, 147 f.; *Borges*, in: Heymann,

durch entstehen überschaubare Entscheidungsträger mit abgrenzbaren Zuständigkeitsbereichen.¹⁴⁰ Deren Bezeichnungen und Aufgaben unterscheiden sich im jeweiligen Einzelfall. Zu nennen sind Anlegerausschüsse, Anlegerbeiräte, Verwaltungsräte oder Delegiertenversammlungen, die beratende Funktionen übernehmen, die Gesellschafterversammlung (teilweise) ersetzen und/oder Mitwirkungs- und Kontrollrechte bündeln.¹⁴¹ Typisch und im Fall der Aktiengesellschaft auch verpflichtend¹⁴² ist insbesondere die Einrichtung von Aufsichtsorganen, die die Überwachung der Unternehmensleitung zur Aufgabe haben.¹⁴³ Denn die Mitwirkungs- und Kontrollmöglichkeiten der einzelnen Gesellschafter sind in Publikumsgesellschaften meist nur sehr gering. Zum einen wird die Gesellschaft regelmäßig schon nach der tatsächlichen Ausgestaltung von den Initiatoren beherrscht.¹⁴⁴ Die Mitwirkungsrechte der Anleger werden oftmals fast bis auf

HGB, 3. Aufl. 2020, § 161 Rn. 238 f., 253; *Hoppe/Mühling*, in: Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, HdB GmbH & Co. KG, 22. Aufl. 2020, Rn. 2.323; *Hüfffer*, ZGR 1980, 320, 321 ff.; *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2021, Anh. § 45 Rn. 63; *Weipert/Oepen*, ZGR 2012, 585, 587 f. Auch wenn es sich nach *Nitschke* bei der weitergehenden Ausgliederung von Kompetenzen und deren Zuweisung an institutionalisierte Organe um ein körperschaftliches Strukturelement handelt, ist dies nach seiner Ansicht jedoch kein zwingendes Merkmal, um im Ergebnis von einer körperschaftlich strukturierten Gesellschaft sprechen zu können. Denn den Körperschaften ist nach dem Gesetz nur das Vorhandensein eines Verwaltungsorgans und einer Gesellschafterversammlung gemein, *Nitschke*, Körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, 1970, S. 106.

140 Dazu *Barbasch*, Große Familienkommanditgesellschaft, 1989, S. 128 f.; *Nitschke*, Körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, 1970, S. 104 ff.

141 Siehe etwa *Barbasch*, Große Familienkommanditgesellschaft, 1989, S. 143; *Hoppe/Mühling*, in: Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, HdB GmbH & Co. KG, 22. Aufl. 2020, Rn. 2.314 sowie 2.323; *Horbach*, in: MünchHdB GesR II, 5. Aufl. 2019, § 61 Rn. 14; *Hüfffer*, ZGR 1980, 320; *K. W. Lange*, Jura 2016, 225, 231; *Mutter*, in: MünchHdB GesR II, 5. Aufl. 2019, § 8 Rn. 9; *Nitschke*, Körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, 1970, S. 104 f.; *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2021, Anh. § 45 Rn. 63.

142 *Lieder/Becker*, in: MünchHdB GesR IX, 6. Aufl. 2021, § 5 Rn. 7; *Spindler*, in: BeckOGK AktG, Stand: 1.9.2021, § 95 Rn. 4.

143 Siehe etwa *v. Andreae*, Familienunternehmen und Publikumsgesellschaft, 2007, S. 24; *Borges*, in: Heymann, HGB, 3. Aufl. 2020, § 161 Rn. 239; *Casper*, in: Staub, GroßkommHGB, 5. Aufl. 2015, § 161 Rn. 210; *Grünwald*, in: MüKo-HGB, 4. Aufl. 2019, § 161 Rn. 162; *Jansch*, Aktionäre in Publikumsgesellschaften, 1999, S. 37 f.; *Mock*, in: Röhrich/Graf von Westphalen/Haas, HGB, 5. Aufl. 2019, § 164 Rn. 56; *Nitschke*, Körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, 1970, S. 106 f.; *Siegmann*, in: MünchHdB GesR VII, 6. Aufl. 2020, § 78 Rn. 4.

144 Dazu *Borges*, in: Heymann, HGB, 3. Aufl. 2020, § 164 Rn. 399; *Horbach*, in: MünchHdB GesR II, 5. Aufl. 2019, § 61 Rn. 2; *Liebscher*, in: Reichert,

null reduziert.¹⁴⁵ Zum anderen lässt sich häufig auch ein psychologisches Phänomen beobachten, dass mit dem Begriff der „rationalen Apathie“ beschrieben wird.¹⁴⁶ Je kleiner die Beteiligung, desto geringer sind auch die Einwirkungsmöglichkeiten auf unternehmerische Entscheidungen.¹⁴⁷ Die Informations- und Abstimmungskosten erscheinen dem einzelnen Gesellschafter daher oftmals prohibitiv hoch, sodass für ihn auf Basis einer Kosten-Nutzen-Analyse Passivität ökonomisch rational ist. Dies hindert ihn daran, auch von den ihm noch verbleibenden Rechten in ausreichender Art und Weise Gebrauch zu machen.¹⁴⁸ Eine effektive Überwachung kann damit regelmäßig nur über ein Aufsichtsorgan erfolgen.¹⁴⁹

Diese Organisationsstruktur bedingt die für Publikumsgesellschaften typische Trennung von Eigentum und Unternehmensführung.¹⁵⁰ Die Anteilseigner übertragen mit ihrer Beteiligung die Verfügungsmacht über das von ihnen investierte Kapital zusammen mit dem Recht der Unternehmensführung auf das Management, welchem ein hohes Maß an Entscheidungsunabhängigkeit zukommt. Das Entscheidungsverhalten der Unternehmensleitung können die einzelnen Gesellschafter regelmäßig nicht mehr wirksam beeinflussen.¹⁵¹ Hinzu kommt, dass die Anlagegesellschafter auf diese im Vergleich zu den Initiatoren der Publikumsgesellschaft

GmbH & Co. KG, 8. Aufl. 2021, § 3 Rn. 26; *Roth*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 40. Aufl. 2021, Anh. § 177a Rn. 52; *C. Schmidt/v. Holst*, in: C. Schmidt/Zagel, OHG, KG und PublikumsG, 2. Aufl. 2010, Rn. 1913.

145 *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, 8. Aufl. 2021, § 3 Rn. 26.

146 Dazu *Baums/v. Randow*, AG 1995, 145, 147; *Iliou*, Corporate Governance in mittelständischen Familienunternehmen, 2004, S. 104; *Kirchdörfer/Kögel*, in: FS Hennerkes, 2000, S. 221, 229; *Spindler*, ZGR 2000, 420, 440; *Weller*, ZGR 2012, 386, 392.

147 *Baums/v. Randow*, AG 1995, 145, 147; siehe auch *v. Andreae*, Familienunternehmen und Publikumsgesellschaft, 2007, S. 14; *Windbichler*, Gesellschaftsrecht, 24. Aufl. 2017, § 19 Rn. 10.

148 *Kirchdörfer/Kögel*, in: FS Hennerkes, 2000, S. 221, 229; siehe auch *Baums*, ZIP 1995, 11; *Weller*, ZGR 2012, 386, 392.

149 Siehe etwa *Casper*, in: Staub, GroßkommHGB, 5. Aufl. 2015, § 161 Rn. 210; *Grunewald*, in: MüKo-HGB, 4. Aufl. 2019, § 161 Rn. 162; *K. W. Lange*, Jura 2016, 225, 231; *H. Oetker*, in: H. Oetker, HGB, 7. Aufl. 2021, § 166 Rn. 49; *Voormann*, Beirat im Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 1990, S. 58.

150 Dazu *v. Andreae*, Familienunternehmen und Publikumsgesellschaft, 2007, S. 4; *Grunewald*, in: MüKo-HGB, 4. Aufl. 2019, § 161 Rn. 111; *K. W. Lange*, in: FS Hennerkes, 2009, S. 135, 136; *Papesch*, Corporate Governance in Familienunternehmen, 2010, S. 1 f.; *H. Wiedemann*, Gesellschaftsrecht Bd. I, 1980, S. 124 f.

151 *v. Andreae*, Familienunternehmen und Publikumsgesellschaft, 2007, S. 3; *K. W. Lange*, BB 2005, 2585; *ders.*, in: FS Hennerkes, 2009, S. 135, 136.

stark unterlegene Stellung in der Regel auch keinerlei Einwirkungsmöglichkeiten haben. Indem der Gesellschaftsvertrag typischerweise vorformuliert ist, können diese die Ausgestaltung der eigenen Rechtsstellung sowie der sonstigen innergesellschaftlichen Verhältnisse nicht beeinflussen.¹⁵²

c. Gesellschaftszweck, Fungibilität der Anteile und strategische Ausrichtung

Der Charakter der Massenanlagegesellschaft spiegelt sich auch in der Zwecksetzung wieder.¹⁵³ Die Publikumsgesellschaft ist eine auf Kapital-sammlung angelegte Gesellschaft, die sich aus einer Vielzahl nur mit ihrem Kapital beteiligten Anteilseignern zusammensetzt.¹⁵⁴ Für die Gesellschafter ist sie Mittel der Kapitalanlage und für die Gründer Mittel der Kapitalbeschaffung.¹⁵⁵ Vordergründiger Gesellschaftszweck ist daher regelmäßig der Betrieb eines ertragsfähigen Unternehmens bzw. die Verfolgung einer ertragsfähigen Investitionsstrategie.

Spiegelbildlich zu Familienunternehmen kommt dies typischerweise anhand der folgenden zwei Umstände zum Ausdruck. Zum einen zeichnen sich Publikumsgesellschaften durch eine hohe Fungibilität ihrer Anteile aus. Beteiligungen an einer (börsennotierten) Aktiengesellschaft sind über den Markt frei käuflich und verkäuflich.¹⁵⁶ Der einzelne Anlagegesellschafter besitzt dabei kein Eigentum am Sachvermögen des Unternehmens, sondern nur Eigentum am Wertpapier. Die Rechte und Pflichten des Anteilseigners sind nicht an seine Person geknüpft, sodass durch eine An-

152 *Barbasch*, Große Familienkommanditgesellschaft, 1989, S. 61; *Häublein/Beyer*, in: BeckOK HGB, Stand: 15.7.2021, § 161 Rn. 82; *Horbach*, in: MünchHdB GesR II, 5. Aufl. 2019, § 61 Rn. 2; *Roth*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 40. Aufl. 2021, Anh. § 177a Rn. 52; *C. Schmidt/v. Holst*, in: C. Schmidt/Zagel, OHG, KG und PublikumsG, 2. Aufl. 2010, Rn. 1822; *Stimpel*, in: FS R. Fischer, 1979, S. 771, 772.

153 Genauer zur gesellschaftsrechtlichen Einordnung des Gesellschaftszwecks oben unter § 1 I. 2. c.

154 *v. Andreae*, Familienunternehmen und Publikumsgesellschaft, 2007, S. 3; *Horbach*, in: MünchHdB GesR II, 5. Aufl. 2019, § 61 Rn. 1 f.; *C. Schmidt/v. Holst*, in: C. Schmidt/Zagel, OHG, KG und PublikumsG, 2. Aufl. 2010, Rn. 1822; *Walter*, JuS 2020, 14 f.

155 *Walter*, JuS 2020, 14, 15.

156 *v. Andreae*, Familienunternehmen und Publikumsgesellschaft, 2007, S. 3; *Iliou*, Corporate Governance in mittelständischen Familienunternehmen, 2004, S. 112; *Kirchdörfer/Kögel*, in: FS Hennerkes, 2000, S. 221, 231.

teilsübertragung der Kreis der Anteilseigner verändert werden kann, ohne dass dadurch die Kontinuität des Unternehmens beeinträchtigt würde.¹⁵⁷ Infolge einer von der gesetzgeberischen Grundvorstellung abweichenden Ausgestaltung gilt dies auch für Publikumspersonengesellschaften. Grundsätzlich lässt das Recht der Personengesellschaften Veränderungen des Gesellschafterbestandes nur in engen Grenzen zu, insbesondere können Anteile nur mit einstimmigem Beschluss sämtlicher Gesellschafter übertragen werden.¹⁵⁸ Durch gesellschaftsvertragliche Ausgestaltung wird Publikumspersonengesellschaften jedoch auch insoweit eine körperschaftliche Struktur gegeben, als deren Bestand von dem jeweiligen Mitgliederbestand unabhängig und eine freie Übertragbarkeit der Anteile gänzlich oder jedenfalls per Mehrheitsbeschluss ermöglicht wird.¹⁵⁹ Zum Zweiten wirkt sich diese wenig auf Kontinuität und den Aufbau persönlicher Beziehungen ausgelegte Struktur auch auf die strategische Ausrichtung aus. Das unternehmerische Handeln der einzelnen Personen orientiert sich typischerweise an unternehmensbezogenen Zielen wie Gewinnerzielung, Erhöhung der Kapitalrendite, Ausbau des Marktanteils, ständige Kurspflege oder Unternehmenswachstum.¹⁶⁰ Dies umfasst insbesondere auch das Interesse der Anlagegesellschafter an der Maximierung der Dividenden sowie des in ihrem Gesellschaftsanteil verkörperten Eigentümervermögens.¹⁶¹

157 v. *Andreae*, Familienunternehmen und Publikumsgesellschaft, 2007, S. 3; *Casier*, Geschäftspolitik der Großunternehmen, 1962, S. 55 f.

158 *Grunewald*, in: MüKo-HGB, 4. Aufl. 2019, § 161 Rn. 157; *Kindler*, in: I. Koller/Kindler/Roth/Drüen, HGB, 9. Aufl. 2019, § 105 Rn. 61; *Roth*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 40. Aufl. 2021, § 105 Rn. 70.

159 *Häublein/Beyer*, in: BeckOK HGB, Stand: 15.7.2021, § 161 Rn. 72; *H. Wiedemann*, Gesellschaftsrecht Bd. I, 1980, S. 121 f.; weitergehend für eine Übertragung durch Mehrheitsbeschluss auch ohne ausdrückliche Regelung im Gesellschaftsvertrag *Grunewald*, in: MüKo-HGB, 4. Aufl. 2019, § 161 Rn. 157; sogar für eine freie Übertragbarkeit ohne explizite Regelung im Gesellschaftsvertrag *Habermaier*, in: J. Staudinger, BGB, 2003, § 719 Rn. 8 f.; *Weisner/Lindemann*, ZIP 2008, 766, 767; zu diesem typisch körperschaftlichen Merkmal siehe auch *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, 8. Aufl. 2021, § 3 Rn. 31; *Nitschke*, Körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, 1970, S. 108 f.

160 v. *Andreae*, Familienunternehmen und Publikumsgesellschaft, 2007, S. 36, 40; v. *Holtzbrinck*, in: FS W. Sigle, 2000, S. 33, 35; *Tagiuri/Davis*, Family Business Review, 1992, 43 ff.

161 v. *Andreae*, Familienunternehmen und Publikumsgesellschaft, 2007, S. 40, 122; v. *Holtzbrinck*, in: FS W. Sigle, 2000, S. 33, 35; *Weiss*, in: FS Binz, 2014, S. 796.

III. Gegenüberstellung

Die allgemeine Feststellung, dass sich Familienunternehmen und Publikumsgesellschaften in ihren prägenden Strukturmerkmalen im Ausgangspunkt deutlich voneinander unterscheiden, hat sich damit bestätigt. Gemeinsamkeiten lassen sich nur wenige finden. Vielmehr sind beide Typen vielfach durch jeweils entgegengerichtete Typenmerkmale gekennzeichnet. Vergleichend lässt für die einzelnen Bereiche Folgendes festhalten.

1. Gesellschafterkreis

An Familienunternehmen sind typischerweise überwiegend familiär verbundene Personen beteiligt, sodass der Gesellschafterkreis vielfach durch einen geborenen familienmäßigen Zusammenhalt¹⁶² geprägt wird. Aufgrund der engen wirtschaftlichen und persönlichen Verflechtungen werden Familienunternehmen häufig auch als personenbezogene Gesellschaften bezeichnet. Publikumsgesellschaften sind demgegenüber darauf ausgerichtet, eine unbestimmte Vielzahl anonymer Kapitalanleger aufzunehmen. Besondere persönliche und wirtschaftliche Beziehungen der Gesellschafter untereinander sowie im Verhältnis zur Gesellschaft fehlen meist völlig. In der Beteiligung sehen die Anlagegesellschafter typischerweise nur eine Kapitalanlage, wohingegen die Publikumsgesellschaft für die Gründer Mittel der Kapitalbeschaffung ist.¹⁶³

2. Organisationsstruktur

Eine typische Organisationsstruktur eines Familienunternehmens lässt sich aufgrund der Vielzahl an Erscheinungsformen nicht definieren. Erforderlich ist lediglich, dass der Familie hinreichende Einflussmöglichkeiten auf die Geschicke des Unternehmens verbleiben, sodass sie in der Lage ist, dieses maßgeblich zu prägen.¹⁶⁴ Auf die Art und Weise der Einflussnahme kommt es nicht entscheidend an. Anders ist die Situation demgegenüber

162 Dazu *Knur*, Familiengesellschaft, 1941, S. 11 f.

163 Zur Zusammensetzung des Gesellschafterkreises in Familienunternehmen oben unter § 1 I. 2. a.; zur Zusammensetzung des Gesellschafterkreises in Publikumsgesellschaften oben unter § 1 II. 2. a.

164 Siehe dazu insbesondere *K. W. Lange*, BB 2005, 2585, 2586.

bei Publikumsgesellschaften. Für diese ist eine körperschaftliche Organisationsstruktur mit einer strikten Trennung von Eigentum und Führung kennzeichnend. Die Einflussnahmemöglichkeiten der Gesellschafter auf unternehmerische Entscheidungen sind dabei auf ein Minimum reduziert. Hierdurch ergeben sich strukturbedingte Defizite, die von der Prinzipal-Agenten-Theorie beschrieben werden.¹⁶⁵

a. Agenturkonflikte in Publikumsgesellschaften

Anlagegesellschafter sind der Unternehmensleitung in Publikumsgesellschaften deutlich unterlegen. Während sie das unternehmerische Risiko tragen, liegen die Leitungsbefugnisse in der Hand der Unternehmensleitung.¹⁶⁶ Nimmt man dabei an, dass alle Wirtschaftssubjekte Entscheidungen am Maßstab persönlicher Nutzenmaximierung treffen, ergibt sich in dieser Situation ein Konflikt zwischen den Interessen der Gesellschafter (Prinzipale) und den Interessen der Manager (Agenten).¹⁶⁷ Die Gesellschafter streben nach einer Maximierung der Rendite auf das investierte Kapital, wohingegen die Unternehmensleitung im Einzelfall hiervon abweichende Eigeninteressen verfolgt.¹⁶⁸ Die Trennung von Ei-

165 Zur Organisationsstruktur von Familienunternehmen oben unter § 1 I. 2. b.; zur Organisationsstruktur von Publikumsgesellschaften oben unter § 1 II. 2. b.; zur Prinzipal-Agenten-Theorie *Kirchdörfer/Kögel*, in: FS Hennerkes, 2000, S. 221, 223 f.; *K. W. Lange*, BB 2005, 2585; *ders.*, in: FS Hennerkes, 2009, S. 135, 136; *Metten*, Corporate Governance, 2010, S. 43 ff.; *Papesch*, Corporate Governance in Familienunternehmen, 2010, S. 28 ff.; *Schmeing*, Konfliktmanagement in Familienunternehmen, 2018, S. 239f.; *Welge/Eulerich*, Corporate-Governance-Management, 2. Aufl. 2014, S. 194.

166 *v. Andrae*, Familienunternehmen und Publikumsgesellschaft, 2007, S. 10; *Berle/Means*, The Modern Corporation & Private Property, 1933, S. 8 f.; *Brink*, in: *K. W. Lange/Windthorst*, Sicherung des Familieneinflusses in Familienunternehmen, 2017, S. 9, 13 f.; *Fama/Jensen*, Journal of Law & Economics, 1983, 327, 331; *Kirchdörfer/Kögel*, in: FS Hennerkes, 2000, S. 221, 226; *K. W. Lange*, in: FS Hennerkes, 2009, S. 135, 136.

167 Dazu *v. Andrae*, Familienunternehmen und Publikumsgesellschaft, 2007, S. 10; *Berle/Means*, The Modern Corporation & Private Property, 1933, S. 122; *Fama/Jensen*, Journal of Law & Economics, 1983, 301, 304 f.; *Jensen/Meckling*, Journal of Financial Economics, 1976, 305, 308; *K. W. Lange*, in: FS Hennerkes, 2009, S. 135, 136; *Papesch*, Corporate Governance in Familienunternehmen, 2010, S. 28.

168 *v. Andrae*, Familienunternehmen und Publikumsgesellschaft, 2007, S. 10; *May*, Erfolgsmodell Familienunternehmen, 2012, S. 33.

gentum und Führung sowie eine asymmetrische Informationsverteilung als Folge rationaler Apathie gibt der Unternehmensleitung dabei einen Handlungsspielraum, diese eigenen Zielen auch zu verfolgen (Prinzipal-Agenten-Konflikt).¹⁶⁹ Auch wenn Agenturkonflikte zunächst vorwiegend anhand (börsennotierter) Kapitalgesellschaften untersucht wurden,¹⁷⁰ beanspruchen diese Überlegungen auch im Fall von Publikumspersonengesellschaften Geltung. Bei diesen handelt es sich infolge gesellschaftsvertraglicher Ausgestaltung um Kapitalgesellschaften „im Kleid einer Personengesellschaft“.¹⁷¹ Infolgedessen ergeben sich bei diesen die strukturbedingten Konflikte der Kapitalgesellschaften in vergleichbarer Art und Weise.¹⁷² Dem muss daher mit einem angemessenen Organisationsrahmen begegnet werden, was insbesondere Kontrollmechanismen zum Abbau von Informationsasymmetrien sowie Anreizmechanismen zur Herstellung eines Interessengleichlaufs beinhaltet.¹⁷³

-
- 169 Dazu *Chrisman/Chua/Kellermanns/Chang*, *Journal of Business Research*, 2007, 1030, 1031; *Jensen/Meckling*, *Journal of Financial Economics*, 1976, 305, 308; *K. W. Lange*, in: FS Hennerkes, 2009, S. 135, 136; *May*, *Erfolgsmodell Familienunternehmen*, 2012, S. 33; *Schmeing*, *Konfliktmanagement in Familienunternehmen*, 2018, S. 239 f.; *v. Werder*, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder, *Handbuch Corporate Governance*, 2. Aufl. 2009, S. 3, 7 f.; zum Phänomen der rationalen Apathie siehe bereits oben unter § 1 II. 2. b.
- 170 Insbesondere *Berle/Means*, *The Modern Corporation & Private Property*, 1933; dazu auch *Kirchdörfer/Kögel*, in: FS Hennerkes, 2000, S. 221, 222; *K. W. Lange*, in: FS Hennerkes, 2009, S. 135, 136.
- 171 Zu dieser Bezeichnung *Krieger*, in: FS Stimpel, 1985, S. 307, 324; *Liebscher*, in: Reichert, GmbH & Co. KG, 8. Aufl. 2021, § 3 Rn. 25; *Roth*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 40. Aufl. 2021, Anh. § 177a Rn. 52; *Siegmann*, in: MünchHdB GesR VII, 6. Aufl. 2020, § 78 Rn. 1.
- 172 Nach *Grunewald*, in: MüKo-HGB, 4. Aufl. 2019, § 161 Rn. 111 stellt sich auch bei der Publikums-KG das Problem des Schutzes der Gesellschafter vor einem verselbstständigten Management. *v. Andraea*, *Familienunternehmen und Publikumsgesellschaft*, 2007, S. 4 Fn. 25 sieht als Publikumsgesellschaft im Sinne seiner Arbeit auch die GmbH & Co. KG an und wendet die Grundsätze der Prinzipal-Agenten-Beziehung damit auch auf Publikumspersonengesellschaften an. Auch *H. Wiedemann*, *Gesellschaftsrecht Bd. I*, 1980, S. 124 bezieht den aus der „Trennung von ownership and control“ resultierenden Konflikt sowohl auf die AG als auch auf sonstige Publikumsgesellschaften.
- 173 Siehe *Brink*, in: K. W. Lange/Windthorst, *Sicherung des Familieneinflusses in Familienunternehmen*, 2017, S. 9, 14; *T. Hueck*, *Familienverfassung*, 2017, S. 30; *Jensen/Meckling*, *Journal of Financial Economics*, 1976, 305, 308; *Kirchdörfer/Kögel*, in: FS Hennerkes, 2000, S. 221, 224; *Metten*, *Corporate Governance*, 2010, S. 11; *Schmeing*, *Konfliktmanagement in Familienunternehmen*, 2018, S. 239.

b. Agenturkonflikte in Familienunternehmen

Anders ist die Situation hingegen bei Familienunternehmen. Der Einfluss der Familiengeschafter auf die Geschicke des Unternehmens ist hier typischerweise stärker ausgeprägt. Vielfach sind Familiengeschafter in die Unternehmensleitung eingebunden, wodurch eine typische Verknüpfung von Eigentum und Führung eintritt. Mangels Interessengegensätzen stellen sich Prinzipal-Agenten-Probleme dann entweder gar nicht oder nur in abgeschwächter Form.¹⁷⁴ Dies gilt selbst dann, wenn die Unternehmensleitung familienfremden Dritten übertragen wurde.¹⁷⁵ Denn die Familiengeschafter nehmen regelmäßig schon alleine durch ihre Beteiligung als Geschafter eine dominierende Stellung in der Gesellschaft ein.¹⁷⁶ Zum einen haben Familiengeschafter anders als Anlagegeschafter Einfluss auf die Ausgestaltung ihrer Rechtsstellung. Im Gesellschaftsvertrag werden daher typischerweise gesonderte Informations- und Mitwirkungsrechte der Familie verankert, sodass sich die Einflussnahmemöglichkeiten der Familiengeschafter nicht nur auf ein Minimum reduzieren.¹⁷⁷ Zum anderen verstehen sich die Familiengeschafter nicht nur als bloße Kapitalanleger. Aufgrund der persönlichen und emotionalen Verbundenheit mit dem

-
- 174 Zum abgeschwächten Prinzipal-Agenten-Problem in Familienunternehmen v. *Andreae*, Familienunternehmen und Publikumsgesellschaft, 2007, S. 11; *Brink*, in: K. W. Lange/Windthorst, Sicherung des Familieneinflusses in Familienunternehmen, 2017, S. 9, 14; *T. Hueck*, Familienverfassung, 2017, S. 33 f.; *Kormann*, Governance des Familienunternehmens, 2017, S. 64; *K. W. Lange*, BB 2005, 2585, 2587; *ders.*, in: FS Hennerkes, 2009, S. 135, 139; *Lieder/Becker*, in: MünchHdB GesR IX, 6. Aufl. 2021, § 5 Rn. 2; *Redlefsen*, Ausstieg aus großen Familienunternehmen, 2004, S. 18; *Schmeing*, Konfliktmanagement in Familienunternehmen, 2018, S. 240 ff.; anders demgegenüber wohl *Kormann*, in: Scherer/Blanc/Kormann/Groth/Wimmer, Familienunternehmen, 2. Aufl. 2012, Kap. 1 Rn. 55.
- 175 So v. *Andreae*, Familienunternehmen und Publikumsgesellschaft, 2007, S. 11; *T. Hueck*, Familienverfassung, 2017, S. 33; *Kirchdörfer/Kögel*, in: FS Hennerkes, 2000, S. 221, 229; *Kormann*, Governance des Familienunternehmens, 2017, S. 64; *K. W. Lange*, BB 2005, 2585, 2587; *ders.*, in: FS Hennerkes, 2009, S. 135, 139.
- 176 *T. Hueck*, Familienverfassung, 2017, S. 33; *Kirchdörfer/Kögel*, in: FS Hennerkes, 2000, S. 221, 229; *K. W. Lange*, BB 2005, 2585, 2586; *ders.*, in: FS Hennerkes, 2009, S. 135, 138 f.
- 177 Dazu v. *Andreae*, Familienunternehmen und Publikumsgesellschaft, 2007, S. 11; *T. Hueck*, Familienverfassung, 2017, S. 33; *Kirchdörfer/Kögel*, in: FS Hennerkes, 2000, S. 221, 229; *K. W. Lange*, BB 2005, 2585, 2587; *ders.*, in: FS Hennerkes, 2009, S. 135, 139; *Papesch*, Corporate Governance in Familienunternehmen, 2010, S. 29.