

SEBASTIAN BONG

Gesellschaftsrechtliche  
Wirkungen einer  
Familienverfassung

*Studien zum Privatrecht*

110

---

**Mohr Siebeck**

# Studien zum Privatrecht

Band 110





Sebastian Bong

# Gesellschaftsrechtliche Wirkungen einer Familienverfassung

Zur rechtlichen Relevanz einer tatsächlichen  
Willenseinigung mit Rechtsgeschäftsbezug in  
Familiengesellschaften

Mohr Siebeck

*Sebastian Bong*, geboren 1988; Studium der Rechtswissenschaften an der Bucerius Law School, Hamburg, und der New York University School of Law; Referendariat am Hanseatischen Oberlandesgericht; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg; Notarassessor, Hamburgische Notarkammer; seit 2022 Notar in Hamburg.

ISBN 978-3-16-161359-3 / eISBN 978-3-16-161360-9  
DOI 10.1628/978-3-16-161360-9

ISSN 1867-4275 / eISSN 2568-728X (Studien zum Privatrecht)

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

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

*Meinen Eltern*



# Vorwort

Diese Arbeit wurde im September 2021 von der Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft als Dissertation angenommen. Ich habe sie während meiner Zeit als wissenschaftlicher Assistent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg verfasst, das Manuskript im Juli 2019 fertiggestellt und es im Juli 2021 zur Drucklegung aktualisiert. Die mündliche Prüfung fand am 27. Oktober 2021 statt.

Mein Dank gilt zunächst meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Holger Fleischer. Er hat mich bei der Auswahl des Themas unterstützt, beim Verfassen der Arbeit wohlwollend begleitet und als Mitglied seiner Forschungsgruppe über diese Arbeit hinaus gefördert. Dankbar bin ich auch Frau Prof. Dr. Susanne Kalss, die ihr Zweitgutachten überaus zügig erstellt hat. Dem Arbeitskreis Wirtschaft und Recht im Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft danke ich für seine Förderung durch ein großzügiges Promotionsstipendium, dem Max-Planck-Institut und insbesondere seiner Institutsbibliothek für hervorragende Forschungsbedingungen.

Wolfgang Görlich, Dominik Bong und Lukas Colberg haben Teile meiner Arbeit vor ihrer Fertigstellung durchgesehen. Ich danke Ihnen für ihre Korrekturen und ihre hilfreichen Anmerkungen. Annika Diemke bin ich dankbar für ihre sorgfältige Unterstützung bei der Aktualisierung meines Manuskripts und der Vorbereitung der Druckfassung.

Mein besonderer Dank gilt meinen Eltern. Sie haben alle Schritte meiner Ausbildung und diese Promotion begleitet und bedingungslos gefördert. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Hamburg, im Oktober 2022

Sebastian Bong



# Inhaltsübersicht

Einleitung . . . . .	1
A. Einführung in den Untersuchungsgegenstand . . . . .	1
B. Diskussionsstand . . . . .	5
C. Ziel der Arbeit, Ablauf und Grenzen der Untersuchung . . . . .	8
Kapitel 1: Das Familienunternehmen . . . . .	11
A. Begriff und Realtyp . . . . .	11
B. Unternehmens- und Vertragstyp . . . . .	29
C. Der Regelungsrahmen . . . . .	61
D. Ergebnisse . . . . .	75
Kapitel 2: Die Familienverfassung . . . . .	77
A. Bezugsrahmen: Beratungskonzept Family Business Governance . . . . .	78
B. Rechtstatsachen: Erscheinungsvielfalt und -formen . . . . .	112
C. Funktion: komplementäre Ebene relationaler Governance . . . . .	155
D. Ergebnisse . . . . .	193
Kapitel 3: Rechtliche Untersuchung . . . . .	195
A. Rechtsnatur . . . . .	195
B. Gesellschaftsrechtliche Wirkungen . . . . .	286
C. Modifizierende Gestaltungen . . . . .	418
Zusammenfassung wesentlicher Ergebnisse . . . . .	435
Literatur . . . . .	447
Sachregister . . . . .	479



# Inhaltsverzeichnis

Einleitung . . . . .	1
A. Einführung in den Untersuchungsgegenstand . . . . .	1
B. Diskussionsstand . . . . .	5
C. Ziel der Arbeit, Ablauf und Grenzen der Untersuchung . . . . .	8
Kapitel 1: Das Familienunternehmen . . . . .	11
A. Begriff und Realtyp . . . . .	11
I. Bedeutende Definitionsansätze . . . . .	12
1. Frühe Vorläufer . . . . .	12
2. Bestimmender Einfluss der Unternehmerfamilie . . . . .	13
3. Generationsübergreifender Ansatz . . . . .	14
4. Selbstverständnis und Unternehmenskultur . . . . .	14
5. Quantifikation . . . . .	15
6. Gesetzliche Begriffsbestimmung . . . . .	16
II. Kennzeichnende Merkmale . . . . .	18
1. Dominante familiäre Inhaberschaft . . . . .	19
a) Familiäre Verbindung . . . . .	19
b) Bestimmender Einfluss . . . . .	21
c) Aktive Beteiligung . . . . .	22
2. Generationsübergreifende Fortführungsabsicht . . . . .	23
a) Gemeinsame Zukunftsperspektive . . . . .	23
b) Generationenbedingte Entwicklungsdynamik . . . . .	24
c) Treuhänderische Gesellschafterstellung . . . . .	25
III. Rechtsformneutralität . . . . .	26
1. Praxisdominanz von Personengesellschaft und GmbH . . . . .	26
2. Entwicklungstendenzen . . . . .	28
B. Unternehmens- und Vertragstyp . . . . .	29
I. Typusprägende Kautelarpraxis . . . . .	30
1. Anteilsbindung . . . . .	33
a) Verfügungen zu Lebzeiten . . . . .	34

aa) (Ent-)Vinkulierungsklauseln . . . . .	35
bb) Andienungspflichten und Vorkaufsrechte . . . . .	37
b) Verfügungen von Todes wegen . . . . .	38
2. Vermögensbindung . . . . .	40
a) Thesaurierungsbestimmungen . . . . .	41
b) Abfindungsklauseln . . . . .	42
c) Kündigungsbeschränkungen und Fortsetzungsklauseln . . . . .	45
d) Güterstandsklauseln . . . . .	46
3. Einflussssicherung . . . . .	48
4. Konsenssicherung . . . . .	50
5. Stammesbindung . . . . .	52
II. Steuerrechtliche Kodifikation . . . . .	55
1. Vertragstyp als Leitbild der Kodifikation . . . . .	55
2. Standardisierung durch Kodifikation . . . . .	56
III. Richterliches Sonderrecht . . . . .	59
C. Der Regelungsrahmen . . . . .	61
I. Gesetz . . . . .	61
II. Gesellschaftsvertrag . . . . .	62
1. Personengesellschaften . . . . .	63
2. GmbH . . . . .	64
III. Gesellschafterbeschlüsse . . . . .	67
1. Verhältnis zum Gesellschaftsvertrag . . . . .	68
2. Form und Verfahren . . . . .	69
IV. Nebenabreden . . . . .	70
V. Gelebte Vertragspraxis . . . . .	72
VI. Governance Kodex für Familienunternehmen . . . . .	74
D. Ergebnisse . . . . .	75
Kapitel 2: Die Familienverfassung . . . . .	77
A. Bezugsrahmen: Beratungskonzept Family Business Governance . . . . .	78
I. Historische Vorläufer . . . . .	78
1. Hausgesetze des Hochadels . . . . .	79
2. Familienfideikommiss . . . . .	82
3. Regelwerke und Leitsätze des kaufmännischen Geldadels . . . . .	84
4. Moderne verselbstständigte Privatvermögen . . . . .	85
II. Theoretische Entwicklungsimpulse . . . . .	86
1. Managementforschung und -beratung zu Familienunternehmen in den USA . . . . .	86

a) Systemtheorie . . . . .	86
b) Strategische Planung . . . . .	88
c) Family Constitution . . . . .	89
2. Corporate Governance Diskussion . . . . .	91
a) Strukturelle Sichtweise – familiäre Institutionen . . . . .	92
b) Kodizes als Katalysatoren der Familienverfassung . . . . .	94
III. Modernes Beratungskonzept . . . . .	95
1. Diskussions- und Einigungsprozess . . . . .	96
a) Ziele . . . . .	97
b) Ablauf . . . . .	98
aa) Bestandsaufnahme . . . . .	98
bb) Grundsatzbekenntnis . . . . .	99
cc) Einzelthemen . . . . .	100
c) Generationale Konfliktmuster . . . . .	101
2. Abschlusserklärung Familienverfassung . . . . .	105
a) Dokumentation und Institutionalisierung . . . . .	105
b) Einigungsinstrument statt Regelungsdokument . . . . .	107
3. Erneuernder Überarbeitungsprozess . . . . .	109
IV. Zwischenbefund . . . . .	111
B. Rechtstatsachen: Erscheinungsvielfalt und -formen . . . . .	112
I. Variationsbreite . . . . .	113
1. Verbreitung . . . . .	113
2. Anlässe und Motive . . . . .	115
a) Familieninduzierte Anlässe . . . . .	115
b) Relationale Motive . . . . .	117
3. Beteiligte . . . . .	118
4. Form und Sprache . . . . .	121
5. Inhalte . . . . .	123
a) Emergente Strategien . . . . .	124
b) (Un-)Verbindlichkeit . . . . .	125
c) Änderungsbestimmungen . . . . .	129
d) Sanktionen . . . . .	130
6. Bezüge zu anderen Vereinbarungen . . . . .	132
a) Erstellungszeitpunkte . . . . .	133
b) Querschnittsthemen . . . . .	134
c) Verweisungen . . . . .	136
II. Erscheinungsformen . . . . .	138
1. Einigungssammlung . . . . .	139
a) Konfliktinduzierte Einigungen . . . . .	140
b) Zusammenfassende Tatsachenberichte . . . . .	140
2. Familienvereinbarung . . . . .	141

a) Inklusives, familienfokussiertes Einigungsverfahren . . . . .	142
b) Minimierte vertragliche Berührungspunkte . . . . .	142
c) Gestärkte Selbstverpflichtung . . . . .	145
3. Governanceprotokoll . . . . .	145
a) Selektives, inhaberfokussiertes Einigungsverfahren . . . . .	146
b) Vertragliche Verknüpfung . . . . .	147
c) Vereinbarte Umsetzungsgrundlage . . . . .	150
4. Grundlagenvertrag . . . . .	151
a) Rechtlich geprägtes Einigungsverfahren . . . . .	151
b) Vertragliche Integration . . . . .	152
c) Rechtliche Bindung . . . . .	155
C. Funktion: komplementäre Ebene relationaler Governance . . . . .	155
I. Diskussionsstand . . . . .	156
1. Zeitliche Betrachtung . . . . .	156
2. Inhaltliche Betrachtung . . . . .	156
3. Funktionale Betrachtung . . . . .	157
4. Würdigung . . . . .	159
II. Funktion: die Familienverfassung als Mittel relationaler Governance . . . . .	160
1. Rechtsökonomische und soziologische Grundlagen . . . . .	160
a) Nach vorne offene Verträge . . . . .	160
aa) Relationale Verträge . . . . .	161
bb) Unvollständige Langzeitverträge . . . . .	162
cc) Begrenzte Rationalität . . . . .	163
b) Verhaltenssteuerung im Vorfeld des Rechts . . . . .	165
aa) Soziales Kapital . . . . .	165
bb) Komplementäres Verhältnis sozialer und rechtlicher Normen . . . . .	168
2. Interaktionsbezogene Wirkungen einer Familienverfassung . . . . .	170
a) Soziales Kapital fördern . . . . .	170
b) Kongruente Wahrnehmungen schaffen . . . . .	172
c) Gemeinschaft organisieren . . . . .	172
3. Vertragsbezogene Wirkungen einer Familienverfassung . . . . .	173
a) Willen bilden und Verständnis fördern . . . . .	173
b) Akzeptanz stärken und Einhaltung sichern . . . . .	177
c) Vertragsbestimmungen kontextualisieren und -lücken ergänzen . . . . .	178
4. Akzentverschiebung nach Erscheinungsform und Entwicklungsstadium . . . . .	184
a) Erscheinungsformen . . . . .	184

b) Funktionsverschiebung und -gewährleistung im Generationenverlauf . . . . .	185
III. Regelungsort: die Familienverfassung als komplementäre Ebene . . . . .	186
1. Alternativkonzepte . . . . .	186
2. Vorteile schriftlicher Dokumentation . . . . .	188
3. Vorteile einer außerstatutarischen Erklärung . . . . .	189
4. Vorteile einer kontextualisierenden Ebene . . . . .	192
D. Ergebnisse . . . . .	193
 Kapitel 3: Rechtliche Untersuchung . . . . .	 195
A. Rechtsnatur . . . . .	195
I. Diskussionsstand . . . . .	196
1. Beschreibende Stellungnahmen . . . . .	196
2. Zuordnende Stellungnahmen . . . . .	198
3. Beobachtungen: Rechtsnatur, mittelbare und unmittelbare Wirkungen . . . . .	201
II. Entscheidungsmaßstäbe . . . . .	202
1. Rechtsbindungswille als Abgrenzungsmerkmal . . . . .	202
a) Parteiwille und Auslegung nach §§ 133, 157 BGB . . . . .	203
b) Kriterien zur Konkretisierung . . . . .	204
c) Anpassung an abweichende Ausgangslage . . . . .	206
aa) Mehrpersonenverhältnis . . . . .	206
bb) Bestehende Sonderverbindung . . . . .	207
cc) Abstufung statt Entscheidung . . . . .	210
2. Typisierende Betrachtung . . . . .	212
3. Einheitliche Betrachtung . . . . .	214
a) Keine inhaltliche Unterteilung . . . . .	214
aa) Keine trennscharfe Kategorisierung . . . . .	215
bb) Einheitlicher Wille der Beteiligten . . . . .	217
b) Keine personale Unterteilung . . . . .	219
III. Willensermittlung nach Auslegungsregeln . . . . .	220
1. Erklärungswortlaut . . . . .	220
a) Ausschlussklausel . . . . .	221
b) Sprache und einzelne Inhalte . . . . .	223
c) Bezeichnung und Schriftform . . . . .	225
d) Gewichtung . . . . .	226
2. Entstehungsumfeld . . . . .	227
a) Bestehende Sonderverbindung . . . . .	227

b) Erarbeitungsverfahren . . . . .	228
c) Kreis der Beteiligten . . . . .	230
d) Verweisungen . . . . .	231
3. Interessenlage . . . . .	232
a) Übliche Beweggründe . . . . .	232
b) Erkennbare oder hypothetische Parteiinteressen . . . . .	233
c) Objektive Interessenbewertung . . . . .	236
4. Zwischenbefund . . . . .	239
IV. Untersuchung einzelner Handlungsformen . . . . .	240
1. Eigenständige Schuldverhältnisse . . . . .	240
a) „Vollständige“ Schuldverhältnisse . . . . .	241
aa) Innengesellschaft . . . . .	241
bb) Vorvertrag . . . . .	243
cc) Stimmbindungsvereinbarung . . . . .	244
b) Rücksichtnahme-Schuldverhältnisse . . . . .	247
aa) Rechtsgeschäfte mit Rücksichtnahmepflichten . . . . .	247
(1) Vertrag ohne (durchsetzbare) Leistungspflicht . . . . .	248
(2) Rahmenvertrag . . . . .	249
bb) Gesetzliches Schuldverhältnis mit Rücksicht-	
nahmepflichten . . . . .	250
c) Residuale schuldrechtliche Bindung . . . . .	253
2. Rechtsgeschäft im Gesellschaftsverhältnis . . . . .	254
a) Grundvoraussetzungen . . . . .	254
b) Regelungsort und fehlendes Beschlussverfahren . . . . .	255
c) Komplementäres Verhältnis . . . . .	256
d) Keine finalen, unmittelbaren Rechtswirkungen . . . . .	256
3. Praxisformen außerrechtlicher Vereinbarungen . . . . .	257
a) Absichtserklärung und Letter of Intent . . . . .	258
b) Gentlemen's Agreement . . . . .	259
4. Zwischenbefund . . . . .	262
V. Tatsächliche Willenseinigung mit Rechtsgeschäftsbezug . . . . .	263
1. Begriffsbedeutung . . . . .	263
a) Rechtliche Relevanz als Tatsache . . . . .	264
b) Einigung auf tatsächlicher Ebene . . . . .	265
c) Mittel tatsächlicher Relevanz . . . . .	267
d) Relevanz rechtsgeschäftlicher Bezogenheit . . . . .	268
e) Zwischenbefund . . . . .	270
2. Abgleich mit dem Parteiwillen . . . . .	271
3. Abgrenzungen zum Tatsachenvertrag . . . . .	273
4. Parallelbefunde zum soft law . . . . .	274
VI. Anwendung auf einzelne Erscheinungsformen . . . . .	277
1. Reichweite des Regelfalls . . . . .	278

a) Familienvereinbarung und Governanceprotokoll . . . . .	278
b) Einigungssammlung . . . . .	280
2. Governanceprotokoll mit Umsetzungspflicht . . . . .	280
3. Grundlagenvertrag als Innengesellschaft . . . . .	282
VII. Ergebnisse . . . . .	284
B. Gesellschaftsrechtliche Wirkungen . . . . .	286
I. Diskussionsstand . . . . .	287
1. Berücksichtigung impliziter Vereinbarungen in relationalen Verträgen . . . . .	287
2. Korporative Wirkungen von Nebenabreden . . . . .	291
3. Meinungsspektrum zu mittelbaren Wirkungen der Familienverfassung . . . . .	295
4. Beobachtungen: Ergänzungs- und Systematisierungsbedarf . . . . .	298
II. Erläuternde Auslegung . . . . .	300
1. Beispiele und Wirkungsweise . . . . .	300
2. Personengesellschaften . . . . .	302
a) Rechtsprechung: Vertragsauslegung nach §§ 133, 157 BGB . . . . .	302
aa) Grundsätze: Parteiwille, Empfängerhorizont, Beweislast . . . . .	302
bb) Ausnahmen objektiver Auslegung . . . . .	305
b) Auslegungsrelevanz einer Familienverfassung . . . . .	308
aa) Voraussetzungen . . . . .	308
bb) Zeitliche Abfolge . . . . .	310
(1) Anschließende rechtsgeschäftliche Willensbetätigung . . . . .	310
(2) Keine anschließende rechtsgeschäftliche Willensbetätigung . . . . .	311
(3) Grenze der Auslegungsrelevanz einer nachvertrag- lichen Willenseinigung . . . . .	315
(4) Zwischenergebnis . . . . .	316
cc) Neugesellschafter . . . . .	316
dd) Organmitglieder . . . . .	320
(1) GmbH & Co. KG: Gesellschafter-Organ . . . . .	320
(2) Organ als Adressat . . . . .	322
ee) Prozessuale Umsetzung: Beweislastverteilung . . . . .	324
3. GmbH . . . . .	325
a) Rechtsprechung: objektive Auslegung der Satzung aus sich heraus . . . . .	325
aa) Reichsgericht . . . . .	326
bb) Bundesgerichtshof . . . . .	328
(1) Leitsätze objektiver Satzungsauslegung . . . . .	329
(2) Auflockerungen . . . . .	330
(3) Irrelevanz der Realstruktur . . . . .	331
cc) Auslegungsrelevanz einer Familienverfassung . . . . .	332
(1) Irrelevanz im Regelfall . . . . .	332

	(2) Relevanz qua Verweisung? . . . . .	334
	b) Schrifttum . . . . .	338
	aa) Realstruktur und rechtsgeschäftliche Auslegung . . . . .	339
	bb) Auslegungsregeln in Familienunternehmen . . . . .	341
	cc) Auslegungsrelevanz einer Familienverfassung . . . . .	342
	c) Stellungnahme: Gleichlauf zum Personengesellschaftsrecht . . . . .	342
	aa) Rechtsgeschäftliche Auslegung . . . . .	343
	bb) Übertragbarkeit personengesellschaftlicher Voraussetzungen . . . . .	346
	(1) Zeitliche Abfolge . . . . .	346
	(2) Neugesellschafter . . . . .	347
	(3) Fremd- statt Selbstorganschaft . . . . .	349
	(4) Grenze der Formwirksamkeit . . . . .	352
	4. Ergebnis . . . . .	354
	5. Erweiterung: Auslegung gesellschaftsrechtlicher Rechtsgeschäfte . . . . .	355
III.	Ergänzende Auslegung . . . . .	356
	1. Beispiele und Wirkungsweise . . . . .	356
	2. Auslegungsmaßstäbe . . . . .	357
	3. Relevanz einer Familienverfassung . . . . .	361
	a) Ergiebigkeit für den hypothetischen Parteiwillen . . . . .	361
	b) Voraussetzungen der Berücksichtigung . . . . .	362
IV.	Tatsächliche Übung und konkludente Vertragsänderung . . . . .	363
	1. Beispiele und Wirkungsweise . . . . .	363
	2. Vertragsändernde tatsächliche Übung im Personen- gesellschaftsrecht . . . . .	364
	3. Relevanz einer Familienverfassung . . . . .	367
	a) Ergänzende Tatsachengrundlage der richterlichen Vermutung . . . . .	367
	b) Keine Vermutung allein aus der Familienverfassung . . . . .	369
V.	Mitgliedschaftliche Treuepflicht . . . . .	370
	1. Generalklausel im Gesellschaftsverhältnis . . . . .	371
	2. Beispiele und Wirkungsweise . . . . .	373
	3. Konkretisierung der Treuepflicht . . . . .	374
	a) Abwägungserhebliche Belange: mitgliedschaftliche und private Interessen . . . . .	374
	b) Wertungserhebliche Umstände: Realstruktur und Vertrauensverhältnis . . . . .	376
	c) Treupflichtrelevanz schuldrechtlicher Nebenabreden in der GmbH . . . . .	378
	aa) Rechtssatzförmige Ablehnung korporativer Wirkungen . . . . .	379
	bb) Grundsätzliche Anerkennung schuldrechtlicher Wirkungen . . . . .	380

cc) Ausnahmsweise korporative Wirkung als Anfechtungsgrund . . . . .	382
d) Schlussfolgerungen und Stellungnahme . . . . .	386
4. Relevanz einer Familienverfassung . . . . .	388
a) Gewichtung abwägungserheblicher Belange durch die Familienverfassung . . . . .	388
b) Die Familienverfassung als wertungserheblicher Umstand . . . . .	390
c) Bedeutung einer Familienverfassung für die Entwicklung von Fallnormen . . . . .	392
d) Voraussetzungen der Treupflichtrelevanz . . . . .	395
5. Ergebnis . . . . .	397
VI. Generalklauseln mit wertungsoffenem Tatbestand . . . . .	398
1. Abwägungserhebliche Umstände . . . . .	398
a) Ausschluss aus wichtigem Grund . . . . .	398
b) Grobes Missverhältnis zwischen Abfindungsbetrag und Anteilswert . . . . .	401
2. Abwägungsrelevanz einer Familienverfassung . . . . .	402
a) Ausschluss aus wichtigem Grund . . . . .	403
b) Grobes Missverhältnis zwischen Abfindungsbetrag und Anteilswert . . . . .	405
c) Voraussetzungen der Abwägungsrelevanz . . . . .	406
3. Indiz sorgfältiger Willensbildung . . . . .	406
a) Abfindungsklauseln . . . . .	406
b) Mehrheitsklauseln . . . . .	408
c) Voraussetzungen der vertragsstützenden Wirkung . . . . .	409
VII. Gesellschaftszweck . . . . .	410
1. Bestimmung und Wirkungen des Gesellschaftszwecks . . . . .	411
2. Relevanz einer Familienverfassung . . . . .	412
VIII. Ergebnisse . . . . .	414
C. Modifizierende Gestaltungen . . . . .	418
I. Ausschließbarkeit gesellschaftsrechtlicher Wirkungen . . . . .	418
1. Ausschlussklausel und Abwahl-Rechtsgeschäft . . . . .	419
2. Materiell-rechtliche Grenzen der Ausschließbarkeit . . . . .	420
a) Treupflichtrelevanz . . . . .	420
aa) Beschränkte Abdingbarkeit der mitgliedschaftlichen Treupflicht . . . . .	420
bb) Keine Ausschließbarkeit der Treupflichtrelevanz . . . . .	422
b) Auslegungsrelevanz . . . . .	424
aa) Diskussionsstand zur Gestaltbarkeit des Auslegungsmaterials . . . . .	424

bb) Unbeachtlichkeit des Ausschlusses der Auslegungs- relevanz im Einzelfall . . . . .	426
c) Ausschließbarkeit der Relevanz für wertungsoffene Generalklauseln . . . . .	427
II. Bestärkung gesellschaftsrechtlicher Wirkungen . . . . .	428
1. Verweisungen im Gesellschaftsvertrag . . . . .	428
2. Gesellschafterbeschluss . . . . .	430
a) Personengesellschaften . . . . .	430
b) GmbH . . . . .	431
III. Ergebnisse . . . . .	434
 Zusammenfassung wesentlicher Ergebnisse . . . . .	 435
 Literatur . . . . .	 447
Sachregister . . . . .	479

# Abkürzungen

Das Verzeichnis nennt nur solche Abkürzungen, die nicht allgemein bekannt sind und sich nicht aus *Kirchner/Böttcher*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 9. Aufl., Berlin/Boston 2018, ergeben.

Alb. L. Rev.	Albany Law Review
AMR	The Academy of Management Review
ASR	American Sociological Review
B.U.L. Rev.	Boston University Law Review
BFuP	Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis
Buff. L. Rev.	Buffalo Law Review
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
ETP	Entrepreneurship Theory & Practice
Fam. Bus. Rev.	Family Business Review
Fordham L. Rev.	Fordham Law Review
Ga. L. Rev.	Georgia Law Review
Geo. L.J.	Georgetown Law Journal
GesRZ	Der Gesellschafter (Österreich)
Hamline L. Rev.	Hamline Law Review
Harv. Bus. Rev.	Harvard Business Review
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
J. Fin. Econ.	Journal of Financial Economics
J.L. & Econ.	Journal of Law & Economics
JBE	Journal of Business Economics (ehemals ZfB)
JBR	Journal of Business Research
JBV	Journal of Business Venturing
JEL	Journal of Economic Literature
JFBM	Journal of Family Business Management
JITE	Journal of Institutional and Theoretical Economics
JMS	Journal of Management Studies
JMG	Journal of Management & Governance
Minn. L. Rev.	Minnesota Law Review
Nw. U. L. Rev.	Northwestern University Law Review
OGH	Österreichischer Oberster Gerichtshof
Ohio St. L.J.	Ohio State Law Journal
Ohio St. L.J. Furthermore	Ohio State Law Journal Furthermore
QJE	Quarterly Journal of Economics
S. Cal. L. Rev.	Southern California Law Review
Small Bus Econ	Small Business Economics

SMJ	Strategic Management Journal
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
U. Chi. L. Rev.	The University of Chicago Law Review
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
UCLA L. Rev.	University of California, Los Angeles Law Review
Wm. & Mary L. Rev.	William & Mary Law Review
ZfB	Zeitschrift für Betriebswirtschaft (heute: JBE)

# Einleitung

## A. Einführung in den Untersuchungsgegenstand

Zahlreiche Unternehmerfamilien haben erkannt: Heutzutage lebt ein Familienunternehmen stets auch von Voraussetzungen, die es vertraglich nicht garantieren kann.<sup>1</sup> Ohne ein Zusammengehörigkeitsgefühl seiner Gesellschafter, ohne wechselseitiges Vertrauen, gemeinsame Grundsätze und den Willen, einen Vertrag auch dann einzuhalten, wenn die Erfüllung nicht dem eigenen Vorteil dient, wird die generationsübergreifende Inhaberschaft eines Unternehmens zum familiären Hasardspiel. Um die sozio-emotionalen Voraussetzungen für den Erhalt einer Familiengesellschaft zu fördern und zu pflegen, schlägt die Beratungspraxis Unternehmerfamilien vor, gemeinsam eine Familienverfassung zu erarbeiten und zu vereinbaren. Sie soll das Vertragswerk der Familiengesellschaft ergänzen. Unter dem Schlagwort der *family business governance* hat sich ein Beratungskonzept entwickelt, das darauf zielt, den vertraglichen Ordnungsrahmen des Unternehmens durch Strukturen für eine professionelle Führung der Eigentümerfamilie zu ergänzen, beide Systeme aufeinander abzustimmen sowie den Zusammenhalt der Unternehmerfamilie und ihre Identifikation mit dem Unternehmen zu stärken.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Eindringlich zum zugrunde liegenden gesellschaftlichen Paradigmenwechsel *May/Ebel*, in: *Governance im FamU*, S. 93, 101 f.: „Das bürgerliche-patriarchalische Zeitalter ist untergegangen und mit ihm die patriarchalische Autorität. Tradition und Autorität haben ihre Bindekraft verloren.“ Siehe auch *Fleischer*, NZG 2017, 1201, 1206 f. Vergleiche bereits die Schlusssätze bei *Hengstmann*, *FamU*, 1935, S. 43: „Zusammenfassend ist aber zu sagen, daß auch eine noch so gut und eingehend ausgebaute Satzung bzw. ein Gesellschaftsvertrag den Zusammenhalt der Familie nicht zu gewährleisten vermag, wenn der Familiensinn und das Interesse am geschlossenen Familienunternehmen zu bestehen aufgehört hat.“

<sup>2</sup> Vgl. mit unterschiedlicher Akzentuierung v. *Schlippe/Groth/Plate*, in: *Große deutsche FU*, S. 522, 531 f.; *Koerberle-Schmid/Witt/Fahrion*, in: *FamBusGov*, 2018, S. 23, 26; *Koerberle-Schmid/Schween/May*, BB 2011, 2499; *Bettermann/Heneric*, in: *Hdb Corporate Gov*, S. 849, 856, 867; *Lange*, in: *Verträge*, S. 33, 37; *Breyer*, FuS 2015, 151; *Uffmann*, ZIP 2015, 2441, 2442 f., 2445; siehe auch die Begriffsbestimmungen „Corporate Governance“ und „Family Governance“ im *Governance Kodex für Familienunternehmen (GKFU)*, 2015, S. 31, 37; umfassend *Koerberle-Schmid/Witt/Fahrion* (Hrsg.), *Family Business Governance*, 3. Aufl. 2018.

Der zentrale Baustein des Beratungskonzepts ist ein mehrtägiges, moderiertes Diskussionsverfahren, in dem die Mitglieder einer Unternehmerfamilie zunächst Grundsatzfragen ihrer Zusammenarbeit erörtern: ihr Selbstverständnis, gemeinsame Werte, Ziele und Prinzipien für ihr Miteinander als Inhaberfamilie und ihr Unternehmen. Darauf aufbauend erarbeiten sie verschiedene Einzelthemen, etwa zum Vertragswerk ihrer Familiengesellschaft, zur strategischen Ausrichtung ihres Unternehmens oder zur Organisation der Familie als soziale Gruppe. Eine Familienverfassung ist die schriftlich vereinbarte Abschlusserklärung dieses Einigungs- und Willensbildungsprozesses einer Unternehmerfamilie über Motive, Leitlinien und Regelungen ihres Zusammenwirkens als Familien- und Verbandsmitglieder.

Die praktische Bedeutung einer solchen Erklärung für Familienunternehmen steigt stetig. Teilweise wird sie auch als Familiencharta, Familienkodex, Familienprotokoll, Familienvertrag, Familienleitbild sowie Familien-, Eigner- oder Inhaberstrategie bezeichnet.<sup>3</sup> Ähnliche Instrumente haben sich in den Vereinigten Staaten, Spanien, Italien, Frankreich, Belgien sowie im asiatischen Raum entwickelt.<sup>4</sup> Hierzulande stellen aktuelle Studien übereinstimmend bei mehr als einem Drittel der befragten Familienunternehmen eine Familienverfassung fest.<sup>5</sup> Der Anteil ist in den letzten Jahren stetig gestiegen,<sup>6</sup> angetrieben nicht zuletzt durch eine Fülle betriebswirtschaftlicher Beratungsangebote<sup>7</sup> und deren wachsende an-

<sup>3</sup> Siehe bspw. die Aufzählung gängiger Bezeichnungen bei *Holler*, in: MünchHdb GesR, Bd. 7, § 75 Rn. 168; *Meyer*, Unternehmerfamilie, S. 21.

<sup>4</sup> Internationale Entwicklungslinien bei *Fleischer*, ZIP 2016, 1509, 1510 ff.; *ders.*, NZG 2017, 1201, 1209; zum asiatischen Raum vgl. *Groom*, The Rise of the Family Business Constitution, Financial Times, 13.12.2017; *Dieleman*, Future-Proofing A Family Business: The Art of Drafting Family Constitutions, www.forbes.com, 15.2.2018 (zuletzt: 29.12.2021).

<sup>5</sup> Siehe *Rüsen/Hülsbeck*, Die Unternehmerfamilie und ihre Familienstrategie, 2019, S. 6, 25: 45 % der 214 befragten Familienunternehmen; *Ulrich/Speidel*, ZCG 2017, 197, 199 f.: 57 % der 65 Rückläufer von 986 kontaktierten Unternehmen; *Koners/Koerberle-Schmid*, FuS 2016, 177, 182: 35 % der befragten 99 Unternehmerfamilien; siehe noch Kapitel 2 – B.I.1.

<sup>6</sup> Vgl. *Holler*, in: MünchHdb GesR, Bd. 7, § 75 Rn. 165; *ders.*, ZIP 2018, 553, 554; *ders.*, DStR 2019, 880, 886; siehe zudem die Studie einer prominenten Beratungsgesellschaft für Familienunternehmen, die für das Jahr 2011 noch zu dem Ergebnis kam, dass sich bereits jedes vierte Familienunternehmen eine Familienverfassung gegeben habe und die Hälfte der verbleibenden Unternehmen beabsichtige, binnen drei Jahren ein solches Dokument zu erstellen *Schween/Koerberle-Schmid/Bartels/Hack*, Die Familienverfassung, S. 9, veröffentlicht durch die INTES Akademie für Familienunternehmen.

<sup>7</sup> *Kormann*, Zusammenhalt, S. 267: „In den letzten Jahren hat sich die Familiencharta zu einem bevorzugten ‚Produkt‘ der Berater von Familiengeschaftern entwickelt.“

waltliche Konkurrenz<sup>8</sup>. Positive Rückmeldungen aus der Praxis<sup>9</sup> und die breite Akzeptanz dieses Instruments in verschiedenen Rechtsordnungen<sup>10</sup> bewahren die Familienverfassung jedoch davor, vorschnell als „beratergetriebenes Modethema“<sup>11</sup> abgetan zu werden.

Mögliche und übliche Inhalte einer Familienverfassung sind über Ländergrenzen hinweg<sup>12</sup> durch Beispielsverfassungen<sup>13</sup>, Leitfäden<sup>14</sup>, Aufbauschemata oder Themenlisten<sup>15</sup> und die Regelungsbereiche des Governance Kodex für Familien-

---

<sup>8</sup> Vgl. *Fleischer*, ZIP 2016, 1509: „kautelarjuristische Vorhut“, mit Verweis in Fn. 6 auf *KPMG*, Familienverfassung. Entwicklung eines gemeinsamen Konzepts für Unternehmen und Familie, 2014; *Taylor Wessing*, The Family Constitution Guide, 2014; siehe etwa noch die Aufzählung bei *CMS Hasche Sigle* unter <https://cms.law/de/deu/global-reach/europe/deutschland/expertise/private-clients/familienunternehmer> (zuletzt: 29.12.2021).

<sup>9</sup> *Kormann*, Zusammenhalt, S. 268: „Familien, die mit Hilfe von Beratern ein solches Projekt in Angriff genommen und entsprechende Dokumente entwickelt haben, sind durchgängig von dem gemeinsam erarbeiteten Ergebnis überzeugt“; auch *Kirchdörfer/Lorz*, FuS 2011, 97, 98 stellen ein praktisches Bedürfnis fest.

<sup>10</sup> Siehe *Fleischer*, ZIP 2016, 1509, 1513.

<sup>11</sup> So *Uffmann*, ZIP 2015, 2441, 2446, die sich diese Vorbehalte aber nicht zu eigen macht.

<sup>12</sup> Zur Familienverfassung in den USA *Montemerlo/Ward*, Family Constitution, S. 47 ff.; *Aronoff/Astrachan/Ward*, Policies, 1998, S. 87 ff.; zu typischen Inhalten in Spanien *Arteaga/Requejo*, Fam. Bus. Rev. 30 (2017), 320, 322.

<sup>13</sup> Als erste *Montemerlo/Ward*, Family Constitution, 2005, S. 67 ff.; vorbereitend *Carlock/Ward*, Strategic Planning, 2001, S. 233 ff.; hierzulande *Schulze/Werz*, ErbStB 2007, 310, 353; v. *Andreae*, Familienunternehmen und Publikumsgesellschaft, S. 149 ff.; *Baus*, Familienstrategie, S. 117 ff.; die frühere Originalverfassung der Familie *Hoyer* ist abgedruckt bei v. *Schlippe/Groth/Plate*, in: Große deutsche FU, S. 522, 554 ff.; zuletzt *T. Hueck*, Familienverfassung, S. 359 ff.; mit Auszügen *Achenbach*, Generationenübergang, S. 220 ff.; *Meyer*, Unternehmerfamilie, S. 24 f.; *Mutter*, Vermögensmanagement, S. 40 ff.; v. *Schlippe/Groth/Plate*, in: Große deutsche FU, S. 522, 533 ff.

<sup>14</sup> Ausführlich mit thematisch gegliederten Fragestellungen und möglichen Antworten *Koerberle-Schmid/Witt/Fahrion*, in: FamBusGov, 2018, S. 445, 459 ff.; *Rüsen/v. Schlippe/Richter/T. Hueck*, Die Familienverfassung. Ein Praxisleitfaden, S. 8 f.; siehe auch *Meyer*, Unternehmerfamilie, S. 23.

<sup>15</sup> Siehe insbesondere *Montemerlo/Ward*, Family Constitution, S. 47 ff.; *Aronoff/Astrachan/Ward*, Policies, 1998, S. 87 ff.; *Baus*, Familienstrategie, S. 111, übernommen durch *Kormann*, Zusammenhalt, S. 267; ferner *May/Ebel*, in: Governance im FamU, S. 93, 103 ff.; *Hennerkes/Kirchdörfer*, Die Familie und ihr Unternehmen, S. 96; v. *Andreae*, Familienunternehmen und Publikumsgesellschaft, S. 20; *Kirchdörfer/Lorz*, FuS 2011, 97, 103; *Koerberle-Schmid/Witt/Fahrion*, in: FamBusGov, 2018, S. 445, 451; *Gläßer*, FS Binz, 2014, S. 232 f.; *Mutter*, Vermögensmanagement, S. 38 f.; *Fritsch*, in: Erhalt des Familienvermögens, § 14 Rn. 56; *Uffmann*, ZIP 2015, 2441, 2447; *Kalss/Probst*, Familienunternehmen, Rn. 3/30 ff.; *Rohner*, in: MAH PersGesR, § 3 Rn. 92; *Kirchdörfer/Breyer*, FuS Sonderheft 2014, 13, 18; *T. Hueck*, Familienverfassung, S. 10; *Reich/Bode*, DStR 2018, 305, 306; weitere Nachweise noch in Kapitel 2 – Fn. 207.

unternehmen (GKFU)<sup>16</sup> aufbereitet. Zahlreiche Themen überschneiden sich mit üblichen Regelungsgegenständen des Gesellschaftsvertrags eines Familienunternehmens. Dazu gehören die zukünftige Zusammensetzung des Gesellschafterkreises einschließlich der Bedingungen für die Übertragung von Anteilen, die Gewinnverwendung, Ausscheiden und Abfindung von Gesellschaftern, Qualifikationsanforderungen und das Auswahlverfahren für geschäftsleitende Familienmitglieder sowie die Besetzung und Befugnisse eines Überwachungsorgans.<sup>17</sup> Nichtsdestotrotz grenzen sich Familienverfassungen zumeist vom Vertragswerk der Familiengesellschaft ab, insbesondere indem sie in erster Linie eine moralische Bindungswirkung betonen, von der Unternehmerfamilie selbst verfasst sind und bisweilen auch Familienmitglieder ohne Gesellschaftsanteil beteiligen.<sup>18</sup> Von diesem Erkenntnisstand abgesehen gelten Familienverfassungen noch als *terra incognita*,<sup>19</sup> weil eine breite, tatsächliche Anschauungsgrundlage für eine rechtswissenschaftliche Untersuchung fehlt: Unternehmerfamilien behalten ihre Originaltexte aus nachvollziehbaren Gründen in der Regel für sich; Publizitätspflichten gibt es nicht.<sup>20</sup> Dieser Befund spiegelt sich im Erkenntnisstand der jungen rechtswissenschaftlichen Diskussion um die juristische Einordnung dieses Instruments der Wirtschaftspraxis.

---

<sup>16</sup> Er empfiehlt im letzten Abschnitt in Ziff. 10.1 GKFU, die Themen der vorherigen Abschnitte individuell zu regeln; zu seiner Genese noch Kapitel 1 – C.VI.

<sup>17</sup> Vgl. v. *Schlippe/Groth/Rüsen*, Unternehmerfamilie, S. 245 ff., 250 ff., 257 f., 272 ff.; *May*, Inhaberstrategie, S. 89 f., 93 ff.; *May/Ebel*, in: *Governance im FamU*, S. 93, 103 f., 107; *Koebler-Schmid/Witt/Fahrion*, in: *FamBusGov*, 2018, S. 445, 450 f., 453 f., 459, 462 f., 469, 477 f.; *Baus*, Familienstrategie, S. 63 f., 70, 100 f., 103 f.; aus gesellschaftsrechtlicher Sicht *Holler*, in: *MünchHdb GesR*, Bd. 7, § 75 Rn. 173; *Reich/Bode*, DStR 2018, 305, 306; *Wicke*, ZGR 2012, 450, 465 ff., 472 ff., 478 f.

<sup>18</sup> Siehe vor allem *Baus*, Familienstrategie, S. 79, 108 f.; *May*, Inhaberstrategie, S. 127, 135; *Kormann*, Zusammenhalt, S. 237 f., 271; *Kalss/Probst*, Familienunternehmen, Rn. 3/23; v. *Schlippe/Groth/Rüsen*, Unternehmerfamilie, S. 232; eingehend noch Kapitel 2 – A.III.2. und Kapitel 2 – B.I.

<sup>19</sup> Siehe *Uffmann*, JZ 2018, 509 und die zugehörige Überschrift bei <https://zrsweb.zrs.rub.de/lehrstuhl/uffmann/2018/05/28/familienverfassungen-eine-terra-incognita-rezension-von-frau-professor-uffmann-zur-monographie-von-tobias-hueck-zum-thema-familienverfassung-in-der-jz-erschienen/> (zuletzt: 29.12.2021); vgl. auch *Lange*, ZHR 181 (2017), 1014, 1015.

<sup>20</sup> *Uffmann*, ZIP 2015, 2441, 2446; *dies.*, JZ 2018, 509.

## B. Diskussionsstand

Die „juristische Enträtselung“ der Familienverfassung steht erst am Anfang.<sup>21</sup> Zuletzt hat die Diskussion aber enorm an Dynamik und Tiefenschärfe gewonnen.<sup>22</sup> Sie konzentriert sich im Wesentlichen auf zwei Fragen:

Die erste Frage betrifft die Rechtsnatur einer Familienverfassung. Sie ringt einerseits mit der Verwurzelung einer solchen Erklärung im familialen Kreis gewachsener, rein moralischer und bisweilen diffuser Bindungen, andererseits mit ihrem ausgreifenden Bezug durch konkrete Bestimmungen zum rechtlich organisierten Bereich des Unternehmens. Dieser Ambivalenz verdankt die Familienverfassung ihre Beschreibung als „chamäleonartiges Regelungsinstrument“, für das die Privatrechtsdogmatik kaum ausdifferenzierte Begriffe und Definitionen zur Verfügung stellt.<sup>23</sup> Nachdem frühe Stellungnahmen beschreibender Natur der Familienverfassung auf die eine oder andere Weise jede rechtliche Bindungswirkung absprachen,<sup>24</sup> versuchen erste rechtswissenschaftliche Beiträge ab dem Jahr 2013, die Erklärung typisierend einer rechtlichen Handlungsform zuzuordnen.<sup>25</sup> Das Meinungsspektrum beginnt einerseits bei einer Qualifikation als unverbindliche Absichtserklärung<sup>26</sup> oder Gentlemen's Agreement<sup>27</sup>. In diesem Bereich liegt auch das Ergebnis der ersten rechtswissenschaftlichen Monographie zur Familienverfassung, die verdienstvoll Rechtstatsachen zusammenträgt und breit ange-

<sup>21</sup> Siehe *Fleischer*, ZIP 2016, 1509; *Holler*, ZIP 2018, 553, 554; *ders.*, in: MünchHdb GesR, Bd. 7, § 75 Rn. 164; *Reich/Bode*, DStR 2018, 305.

<sup>22</sup> So der treffende Befund bei *Fleischer*, NZG 2017, 1201, 1208.

<sup>23</sup> So *Gläßer*, in: FS Binz, 2014, S. 228, 234; aufgreifend *Fleischer*, ZIP 2016, 1509.

<sup>24</sup> Siehe nur *Iliou*, Nutzung, S. 164: „niemals rechtsverbindlichen Charakter“; *Fabis*, Gesellschafterkonflikte, S. 80: „nicht auf die Entfaltung einer rechtlich bindenden Wirkung gerichtet“; *Schulz/Werz*, ErbStB 2007, 353: „rechtlich unverbindliche Regelungen“; *Lange*, in: FS Hennerkes, 2009, S. 135, 148: „juristisch nicht durchsetzbar“; *Kormann*, Zusammenhalt, S. 220: „juristisch nicht bindenden Form“; *Koeberle-Schmid/Witt/Fahrion*, in: FamBusGov, 2018, S. 23, 40: „weder juristisch einklagbar“; zudem zahlreiche weitere Nachweise in Kapitel 3 – Fn. 8 ff.

<sup>25</sup> Insbesondere *Kalss/Probst*, Familienunternehmen, Rn. 3/21 ff.; *dies.*, Stiftungsletter 1/2013, 14, 15 f.; *Kirchdörfer/Breyer*, FuS Sonderheft 2014, 13; *Born*, in: Hdb FamU, Teil V Rn. 50 ff.; *Uffmann*, ZIP 2015, 2441; *Holler*, in: MünchHdb GesR, Bd. 7, § 75 Rn. 195 ff. (und zuvor schon in der 5. Aufl. 2016: § 75 Rn. 108 ff.); *Fleischer*, ZIP 2016, 1509, 1515 f.; zusammenstellend kürzlich auch *Foerster*, BB 2019, 1411, 1416; zahlreiche weitere Nachweise in Kapitel 3 – Fn. 14 ff.

<sup>26</sup> *Rohner*, in: MAH PersGesR, § 3 Rn. 63; *Hennerkes/Kirchdörfer*, Die Familie und ihr Unternehmen, S. 65; *Herfurth*, in: Krüger (Hrsg.), S. 121, 123; *Fritsch*, in: Erhalt des Familienvermögens, § 14 Rn. 58; *Rüsen*, FuS 2017, 120, 121: „nicht justiziable Absichtserklärung, die juristisch betrachtet bestenfalls als einseitige Willensbekundungen gelten können“.

<sup>27</sup> *Fleischer*, NZG 2017, 1201, 1209: Moralobligation, die über Ländergrenzen hinweg als *gentlemen's agreement* bezeichnet wird; zurückhaltender noch *ders.*, ZIP 2016, 1509, 1516.

legt rechtliche Konturen erarbeitet. Sie versteht eine Familienverfassung als rechtlich nicht durchsetzbare Vereinbarung *sui generis*.<sup>28</sup> Das Meinungsspektrum endet andererseits bei einer Zuordnung als Innengesellschaft bürgerlichen Rechts<sup>29</sup>, Stimmbindungsvereinbarung<sup>30</sup>, Rahmenvertrag<sup>31</sup> oder übergeordnete rechtsverbindliche Ordnung<sup>32</sup>, die das Vertragswerk der Unternehmerfamilie determiniere, aber zum Teil ohne unmittelbare Durchsetzbarkeit sei.

Noch schwieriger als die Frage nach der dogmatischen Einordnung einer Familienverfassung ist die zweite nach ihrem Verhältnis zum Vertragswerk einer Familiengesellschaft.<sup>33</sup> Allen jüngeren Diskussionsbeiträgen ist gemeinsam, dass sie Rechtswirkungen einer Familienverfassung im Gesellschaftsverhältnis unabhängig von deren Rechtsnatur anerkennen.<sup>34</sup> Als Mittel dazu nennen sie zumeist die erläuternde oder ergänzende Auslegung des Gesellschaftsvertrags, die Treuepflicht der Gesellschafter, eine ständige innergesellschaftliche Übung oder gesellschaftsvertragliche Generalklauseln.<sup>35</sup> Eine eingehende Auseinanderset-

<sup>28</sup> So das Fazit von *T. Hueck*, Familienverfassung, S. 196; mit Zustimmung dafür *Uffmann*, JZ 2018, 509, 510; *Neumueller*, Family Compliance, S. 92.

<sup>29</sup> *Holler*, in: MünchHdb GesR, Bd. 7, § 75 Rn. 197 ff.; *ders.*, ZIP 2018, 553, 561: „jedenfalls regelmäßig eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts begründen“; *Claussen/Waldens*, in: Governance im FamU, S. 127, 129 f.; *Reich/Bode*, DStR 2018, 305, 307.

<sup>30</sup> *Reich/Bode*, DStR 2018, 305, 308.

<sup>31</sup> So der Schwerpunkt bei *Uffmann*, ZIP 2015, 2441, 2449 ff.

<sup>32</sup> *Kalss/Probst*, Stiftungsletter 1/2013, 14, 16; *dies.*, Familienunternehmen, Rn. 3/26 mit der Einschränkung in Rn. 3/23 und Rn. 3/46: „Zum Teil sind die Regelungen ohne unmittelbare Durchsetzbarkeit (Familienverfassung im engeren Sinn)“; weitergehend die Einschränkung bei *Kalss*, in: FS Binz, 2014, S. 343, 351: „Die Familienverfassung hat daher rechtsverbindlichen Charakter, allein sie ist nicht unmittelbar durchsetzbar und einklagbar.“; ferner *Born*, in: Hdb FamU, Teil V Rn. 51: „übergeordnete und verbindliche Ordnung“.

<sup>33</sup> So die Einschätzung von *Fleischer*, ZIP 2016, 1509, 1516; vgl. auch *T. Hueck*, Familienverfassung, S. 338: „Weiterer Forschungsbedarf besteht auch hinsichtlich der Verzahnung der Familienverfassung mit dem sonstigen rechtlichen Ordnungsrahmen von Familienunternehmen und Familiengesellschaften.“; gleichsinnig *Holler*, ZIP 2018, 553, 554.

<sup>34</sup> Siehe insbesondere *Kalss/Probst*, Familienunternehmen, Rn. 3/26, 4/121, 4/122; *Kirchdörfer/Breyer*, FuS Sonderheft 2014, 13, 21; *Born*, in: Hdb FamU, Teil V Rn. 51; *Uffmann*, ZIP 2015, 2441, 2449; *Holler*, in: MünchHdb GesR, Bd. 7, § 75 Rn. 206 ff., 243, 364 f., 369; *Fleischer*, ZIP 2016, 1509, 1517 ff.; *Pritting*, in: Sicherung des Familieneinflusses, S. 35, 42 ff.; *Claussen/Waldens*, in: Governance im FamU, S. 127, 130 f.; *T. Hueck*, Familienverfassung, S. 197 ff.; *Fleischer*, NZG 2017, 1201, 1209 f.; *Holler*, ZIP 2018, 553, 561 f.; *Reich/Bode*, DStR 2018, 305, 307 ff.; *Hamburger Kreis Familienunternehmen*, DB 2018 Heft 22, M26, M27; *Foerster*, BB 2019, 1411, 1417; knapper zur Anerkennung mittelbarer Wirkungen noch *Hennerkes/Kirchdörfer*, Die Familie und ihr Unternehmen, S. 65; *Rohner*, in: MAH PersGesR, § 3 Rn. 63; v. *Oertzen/Reich*, DStR 2017, 1118, 1123; *Lächler/Blum*, in: Hdb Familienunternehmen und Unternehmerfamilien, S. 875, 878 f.

<sup>35</sup> Vgl. mit unterschiedlicher Akzentuierung im Einzelnen *Kirchdörfer/Lorz*, FuS 2011, 97, 105; *Kalss/Probst*, Familienunternehmen, Rn. 3/26, 4/112 ff., 4/122; *Kalss*, in: FS Binz, 2014,

zung mit den gesellschaftsrechtlichen Wirkungen einer Familienverfassung für einzelne Rechtsformen steht jedoch noch aus.<sup>36</sup> Auch fehlt es noch an Überlegungen dazu, ob und wie sich der Einfluss einer Familienverfassung ausschließen oder bestärken lässt. Die Ansätze, ihren Wirkungen ein dogmatisches Gerüst zu geben, zeugen von weiterem Forschungsbedarf: Sie reichen vom Rahmenvertrag<sup>37</sup> über die Beitragspflicht<sup>38</sup> des einzelnen Gesellschafters, bis hin zu der Figur der Geschäftsgrundlage<sup>39</sup> und zum verfassungsrechtlichen Begriff der Ermächtigungsnorm<sup>40</sup>. Ein einflussreicher Vorschlag regt dazu an, ausgehend vom Bild des *nexus of contracts* einen neuen Anwendungsfall der Lehre von den Vertragsverbindungen auszuformen: einen rechtsgeschäftlichen Verbund korrespondierender Vereinbarungen formeller und informeller Natur mit Bezug auf das Familienunternehmen.<sup>41</sup>

Den analytischen Rahmen für beide Schwerpunkte der rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung mit der Familienverfassung bereiten grundsätzlichere Fragen des Wirtschaftsrechts: Die Suche nach der Rechtsnatur einer Familienverfassung bildet einen weiteren Anwendungsfall der rechtlichen Würdigung neuartiger Erklärungen der Wirtschaftspraxis.<sup>42</sup> Das Verhältnis einer Familien-

---

S. 343, 351; *Gläßer*, in: FS Binz, 2014, S. 228, 235; *Kirchdörfer/Breyer*, FuS Sonderheft 2014, 13, 21; *Born*, in: Hdb FamU, Teil V Rn. 51; *Holler*, in: MünchHdb GesR, Bd. 7, § 75 Rn. 206 ff.; *ders.*, ZIP 2018, 553, 561 f.; *Fleischer*, ZIP 2016, 1509, 1517 f.; knapp *ders.*, NZG 2017, 1201, 1209; *Prütting*, in: Sicherung des Familieneinflusses, S. 35, 43 ff., 45 ff.; *ders./Schirmmacher*, ZGR 2017, 829, 837, 843, 847 f., 849 f.; *T. Hueck*, Familienverfassung, S. 250 f., 251 ff., 256 f., 258 ff., 267 ff.; *Lächler/Blum*, in: Hdb Familienunternehmen und Unternehmerfamilien, S. 875, 878 f.; *Claussen/Waldens*, in: Governance im FamU, S. 127, 130; Hamburger Kreis Familienunternehmen, DB 2018 Heft 22, M26, M27; *Reich/Bode*, DStR 2018, 305, 307 ff.; *Foerster*, BB 2019, 1411, 1417 f.; fragend *Uffmann*, ZIP 2015, 2441, 2450. Die betriebswirtschaftliche Literatur beginnt, den juristischen Forschungsstand zu rezipieren, vgl. v. *Schlippe/Groth/Rüsen*, Unternehmerfamilie, S. 287: „Grundsätzlich sollte allerdings ohnehin davon ausgegangen werden, dass in einem strittigen Fall ein Richter eine vorhandene Familienverfassung zur Kommentierung und Auslegung existierender Vertragswerke heranziehen wird.“; gleichsinnig *Felden/Hack/Hoon*, Management von Familienunternehmen, S. 387.

<sup>36</sup> Siehe *T. Hueck*, Familienverfassung, S. 338: „Vorstellbar wäre, dass zukünftige Untersuchungen die rechtliche Relevanz nur für einzelne Rechtsformen behandeln und damit eine noch eingehendere Auseinandersetzung erfolgt.“

<sup>37</sup> *Uffmann*, ZIP 2015, 2441, 2449 f.

<sup>38</sup> *Born*, in: Hdb FamU, Teil V Rn. 51.

<sup>39</sup> *Kalss/Probst*, Familienunternehmen, Rn. 3/26.

<sup>40</sup> *Kalss/Probst*, Familienunternehmen, Rn. 3/26.

<sup>41</sup> *Fleischer*, ZIP 2016, 1509, 1515 f.

<sup>42</sup> Vgl. etwa zum Letter of Intent *Lutter*, Letter of Intent, S. 3; zur Patronatserklärung *Wolf*, Patronatserklärung, 2005; vgl. auch *T. Hueck*, Familienverfassung, S. 3: „originär rechtswissenschaftliche Aufgabe, [...] in der Wirtschaftspraxis entwickelte, regelbasierte Instrumente in ihrer juristischen Dimension zu erfassen“.

verfassung zum Vertragswerk der Familiengesellschaft eröffnet ein neues Kapitel in der gesellschaftsrechtlichen Auseinandersetzung um die Verbandsordnung im weiteren Sinne.<sup>43</sup>

### C. Ziel der Arbeit, Ablauf und Grenzen der Untersuchung

Diese Untersuchung hat zum Ziel, für Personengesellschaften und GmbH gesellschaftsrechtliche Wirkungen einer Familienverfassung auf das Organisationsstatut und die mitgliedschaftliche Rechtsposition der Gesellschafter zu erarbeiten. Auf dem Weg dahin stehen fünf Etappenziele aus, die der Betrachtung gesellschaftsrechtlicher Wirkungen einer Familienverfassung den Boden bereiten:

Das erste verlangt, die Besonderheiten zu erkennen, die eine Familiengesellschaft als Real- und Vertragstyp des Unternehmensrechts ausmachen und die sich ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform als Personengesellschaft oder GmbH gleichen.<sup>44</sup> Das zweite erfordert, die konzeptionellen Grundlagen zu begreifen, aus denen sich das Beratungskonzept der *family business governance* und konkurrierende Beratungsansätze zur Vereinbarung einer Familienverfassung entwickelt haben.<sup>45</sup> Das dritte besteht darin, die Familienverfassung in der Wirklichkeit zu erfassen, ihre inhaltliche Variationsbreite abzubilden und ihre praktischen Erscheinungsformen herauszuarbeiten.<sup>46</sup> Daran knüpfen sich als viertes erste Schlussfolgerungen über das tatsächlich-funktionale Verhältnis einer Familienverfassung zum Vertragswerk der Familiengesellschaft an.<sup>47</sup> Auf der Grundlage dieses theoretischen, tatsächlichen und funktionalen Befunds lässt sich fünftens der Wille der Beteiligten einer Familienverfassung ermitteln und einer rechtlichen Handlungsform zuordnen.<sup>48</sup>

Die Untersuchung der Rechtsnatur kommt zu dem Ergebnis, dass eine Familienverfassung im Regelfall eine tatsächliche Willenseinigung mit Rechtsgeschäftsbezug begründet. Diese Rechtsnatur leitet die Untersuchung gesellschaftsrechtlicher Wirkungen<sup>49</sup> einer Familienverfassung an. Sie trägt zur Auseinandersetzung um die Verbandsordnung im weiteren Sinne Erkenntnisse darüber bei, inwieweit ein außerstatutarischer Umstand gesellschaftsrechtlich

---

<sup>43</sup> Grundlegend Noack, Gesellschaftervereinbarungen, 1994, unter der gleichlautenden Zwischenüberschrift auf S. 107 und mit einem Zwischenfazit auf S. 111.

<sup>44</sup> Siehe Kapitel 1.

<sup>45</sup> Siehe Kapitel 2 – A.

<sup>46</sup> Siehe Kapitel 2 – B.

<sup>47</sup> Siehe Kapitel 2 – C.

<sup>48</sup> Siehe Kapitel 3 – A.

<sup>49</sup> Siehe Kapitel 3 – B.

relevant sein kann, ohne das Primat der Satzung als einheitliche Rechts- und Informationsgrundlage schuldrechtlich infrage zu stellen. Darauf folgen abschließend Überlegungen dazu, ob und wieweit sich diese Wirkungen ausschließen oder bestärken lassen.<sup>50</sup>

Diese Arbeit beschäftigt sich weder mit Familiengesellschaften, die nicht als Personengesellschaft oder GmbH organisiert sind, noch mit den Wirkungen einer Familienverfassung in solchen Rechtsformen. Sie klammert auch weitgehend aus, welchen Einfluss eine Familienverfassung auf die Rechtsstellung eines Gesellschaftsorgans hat.<sup>51</sup> Schließlich überlässt sie die Wirkungen einer Familienverfassung für familien- und erbrechtliche Rechtsgeschäfte einer gesonderten Betrachtung.

---

<sup>50</sup> Siehe Kapitel 3 – C.

<sup>51</sup> Siehe aber am Rande Kapitel 3 – B.II.2.b)dd)(2) und Kapitel 3 – B.II.3.c)bb)(3).



## Kapitel 1

# Das Familienunternehmen

Der Begriff Familienunternehmen versammelt ein breites Spektrum wirtschaftlicher Einheiten, deren innere Verfasstheit von verschiedenen Rechtsformen vorstrukturiert wird. Diese Vielfalt bereichert und erschwert die wissenschaftliche Auseinandersetzung; sie führt dazu, dass die Konturen des Untersuchungsgegenstands ausfransen und die Diskussion über die Definition dieser Unternehmensform bis heute keinen Konsens findet.<sup>1</sup> Im Kern aber bestehen konstitutive Gemeinsamkeiten dieses Unternehmenstyps, die sich rechtlich in seiner privatautonom gestalteten Unternehmensverfassung niederschlagen. Die Kautelarpraxis hat den Gesellschaftsvertrag eines Familienunternehmens zu einem eigenständigen Vertragstyp geformt, dessen kennzeichnende Merkmale sich in Personengesellschaften und GmbH ohne Rücksicht auf die Rechtsform gleichen und Anhaltspunkte bieten, diese Unternehmensform als Realtyp von anderen abzugrenzen.

## A. Begriff und Realtyp

Die vielfältigen Erscheinungsformen eines Familienunternehmens umspannen nahezu sämtliche Entwicklungsstadien sowie Größenklassen eines Unternehmens und verteilen sich über alle gesellschaftsrechtlichen Rechtsformen. Sie erfassen ebenso den Brauereibetrieb<sup>2</sup> in Form einer GmbH und das als GmbH & Co. KG betriebene Industrieunternehmen<sup>3</sup> aus dem 15. Jahrhundert wie die neu

---

<sup>1</sup> Einen Überblick der Debatte aus jüngerer Zeit bieten *Krämer*, Sonderrecht der Familiengesellschaften, 2019, S. 52 ff.; *Sharma/Melin/Nordqvist*, in: Sage Handbook, S. 1, 5 ff.; *Pounder*, JFBM 5 (2015), 116, 117 f.; vgl. auch *Habbershon/Williams*, Fam. Bus. Rev. 12 (1999), 1, 5: „Over the past 10 years, the field of family business studies has not been precise in its definition of a family firm. During that time, authors of 44 different research papers have offered definitions of ‚family business‘ [...]“; eine Sammlung verschiedener Definitionsversuche bietet auch *Brösztl*, in: FS Sigle, 2000, S. 3 f.; *E. Werner*, Die Familiengesellschaft, S. 9 ff.

<sup>2</sup> Etwa Privat-Brauerei Zötler GmbH, Rettenberg in Bayern, gegründet 1447, siehe *Langenscheidt/May*, Lexikon Familienunternehmen, S. 1095 f.

<sup>3</sup> Etwa Achenbach Buschhütten GmbH & Co. KG, Buschhütten-Kreuztal, gegründet 1452, siehe *Langenscheidt/May*, Lexikon Familienunternehmen, S. 44 f.

gegründete Geschwistergesellschaft aus jüngerer Zeit<sup>4</sup>, das traditionsreiche Verlagshaus als oHG<sup>5</sup> oder weltweit bekannte, börsennotierte Konzerne in Form der AG & Co. KGaA<sup>6</sup>. Es verwundert daher nicht, dass Familienunternehmen auch beim Blick über den juristischen Tellerrand begrifflich kaum zu fassen sind; die Vielfalt erdenklicher Erscheinungsformen widerstrebt einer unterscheidungskräftigen Definition.<sup>7</sup> Familienunternehmen, so ließe sich in Anlehnung an ein geflügeltes Wort zur *close corporation* sagen,<sup>8</sup> sind wie eine Wendeltreppe: schwer zu beschreiben – aber leicht zu erkennen, wenn man sie sieht.<sup>9</sup>

## I. Bedeutende Definitionsansätze

### I. Frühe Vorläufer

Frühe Versuche, den Begriff des Familienunternehmens zu definieren, finden sich bereits einige Zeit vor dem Auftakt der modernen betriebswirtschaftlichen und rechtlichen Diskussion. Sie identifizieren Eigenschaften, die das Begriffsverständnis noch heute prägen. Schon 1941 charakterisierte der Bonner Notar und Ordinarius *Alexander Knur* „die Familiengesellschaft“ in seiner gleichnami-

<sup>4</sup> Beispielsweise der Glückskeks-Hersteller Sweet & Lucky GmbH, Gondelsheim, gegründet 2003, siehe *Langenscheidt/May*, Lexikon Familienunternehmen, S. 968.

<sup>5</sup> Verlag C.H. Beck oHG, gegründet 1763, siehe <http://rsw.beck.de/verlag> (zuletzt: 2.2.2022).

<sup>6</sup> Etwa die Henkel AG & Co. KGaA oder die Drägerwerk AG & Co. KGaA, m. w. N. *Lieder/Hoffmann*, AG 2016, 704, 707 f.

<sup>7</sup> Vgl. zu diesem Befund aus juristischer Sicht nur *Kalss/Probst*, Familienunternehmen, Rn. 2/1; *Lange*, in: FS Hennerkes, 2009, S. 135, 137; *Holler*, in: MünchHdb GesR, Bd. 7, § 75 Rn. 13; *Ulmer*, ZIP 2010, 549, 550; jünger *Prütting*, in: Sicherung des Familieneinflusses, S. 35, 37 f.; *T. Hueck*, Familienverfassung, S. 22 f.; aus betriebswirtschaftlicher Sicht *Neubauer/Lank*, The Family Business, S. 3: „no consensus on the definition“; jünger *Felden/Hack*, Management von Familienunternehmen, S. 10: „keine einheitliche Definition, die sich durchgesetzt hat“; *Sharma/Melin/Nordqvist*, in: Sage Handbook, S. 1, 6; aus soziologischer Sicht *Simon*, Theorie des Familienunternehmens, 2012, S. 15; v. *Schlippe/Groth/Rüsen*, Unternehmerfamilie, 2017, S. 27; zusammenfassend *Uffmann*, ZIP 2015, 2441, 2443: „Angesichts der rechtstatsächlich zu verzeichnenden Vielfalt von Familienunternehmen überrascht es auch nicht, dass bis heute weder in der soziologisch-psychologischen noch in der wirtschaftswissenschaftlichen Forschung zu Familienunternehmen eine allgemein anerkannte Definition gefunden werden konnte.“

<sup>8</sup> *Kessler*, Fordham L. Rev. 36 (1967), 235, 255: „[A] close corporation is like a spiral staircase, hard to describe but recognizable when you see one.“

<sup>9</sup> Zur Adaption für die geschlossene Kapitalgesellschaft *Fleischer*, NZG 2014, 1082; vgl. zu Familienunternehmen den Eröffnungsabsatz im ersten Band der Family Business Review *Lansberg/Perrow/Rogolsky*, Fam. Bus. Rev. 1 (1988), 1, 1: „People seem to understand what is meant by the term *family business*, yet when they try to articulate a precise definition they quickly discover that it is a very complicated phenomenon.“

gen Habilitationsschrift als „diejenige Gesellschaft im Rechtssinn, deren Mitglieder alle oder überwiegend in familienrechtlichen Beziehungen zueinander stehen, und zwar in solchem Grade, daß das dem familienrechtlichen Bande eigene Zusammengehörigkeitsgefühl und der Familiensinn der Gesellschafter das Gefüge der Gesellschaft bestimmen.“<sup>10</sup> Dazu bedürfe es keiner zahlenmäßigen Überlegenheit der Familienmitglieder, solange diese eine führende Rolle im Unternehmen spielten, etwa durch eine stärkere Kapitalbeteiligung. Entscheidend sei, „ob in der Gesellschaft der aus dem Familiensinn ihrer Mitglieder geborene Zusammenhalt – das spezifisch ‚Familienmäßige‘ des Unternehmens – zum Ausdruck“ komme. Weitergehend verlangte eine andere zeitgenössische Stimme, der Gesellschaftsvertrag müsse dafür Vorsorge treffen, dass die Zusammensetzung des Kreises der Gesellschafter dauernd erhalten bleibe.<sup>11</sup>

## 2. Bestimmender Einfluss der Unternehmerfamilie

In der modernen Diskussion orientieren sich erste Definitionsansätze an den beiden prägenden Elementen des Familienunternehmens: dem Zusammenwirken der sozialen Systeme Familie und Unternehmen. Familienunternehmen sind danach solche, deren Geschäftspolitik dem bedeutenden Einfluss einer oder mehrerer Familien unterliegt.<sup>12</sup> Dieser Einfluss werde durch die Gesellschafterstellung ausgeübt, teilweise auch durch eine aktive Tätigkeit in der Unternehmensführung. Heutzutage bildet der bestimmende unternehmerische Einfluss einer oder mehrerer Inhaberfamilien den kleinsten gemeinsamen Nenner für die Abgrenzung des Unternehmenstyps.<sup>13</sup> Wonach er sich bemisst, wird hingegen unterschiedlich beurteilt.<sup>14</sup>

<sup>10</sup> *Knur*, Die Familiengesellschaft. Eine vergleichende Untersuchung der Unternehmensform, 1941, S. 12.

<sup>11</sup> So *Mügel*, Soziale Praxis. Zeitschrift für Aktienwesen, Gesellschaftsrecht u. Sozialpolitik 48 (1939), 987, 987: „Eine Handelsgesellschaft ist eine Familiengesellschaft, wenn: 1. ihre Gesellschafter ausschließlich oder überwiegend Mitglieder einer Familie sind, 2. durch den Gesellschaftsvertrag dafür Vorsorge getroffen ist, daß diese Art der Zusammensetzung des Kreises der Gesellschafter dauernd erhalten bleibt.“; ablehnend *Knur*, Familiengesellschaft, 1941, S. 12.

<sup>12</sup> *P. Davis*, *Organizational Dynamics* 12 (1983), 47; siehe auch *Tagiuri/Davis*, *Fam. Bus. Rev.* 9 (1996), 199, 201 (als Abdruck eines Working Paper von 1982).

<sup>13</sup> Siehe etwa *Koerberle-Schmid/Schween/May*, *BB* 2011, 2499; *Lange*, *BB* 2005, 2585 f.; *ders.*, in: *Governance in Familienunternehmen*, S. 15, 16; *Uffmann*, *ZIP* 2015, 2441, 2444; *Ulmer*, *ZIP* 2010, 549, 552; *Wimmer*, in: *Theorie des Familienunternehmens*, S. 3, 5, 8; *Wimmer/Gebauer*, in: *Theorie des Familienunternehmens*, S. 47, 53; *Wimmer/Groth/Simon*, *Erfolgsmuster*, S. 3; *Winkler*, in: *Sudhoff, FamU*, § 5 Rn. 1; vorsichtiger *Holler*, in: *MünchHdb GesR*, Bd. 7, § 75 Rn. 13.

<sup>14</sup> Dazu noch Kapitel 1 – A.II.1.b).

### 3. Generationsübergreifender Ansatz

Aus diesem Begriffskern hat sich die „international wohl gebräuchlichste Definition“<sup>15</sup> von Familienunternehmen aus betriebswirtschaftlicher Sicht entwickelt:

„The family business is a business governed and/or managed with the intention to shape and pursue the vision of the business held by a dominant coalition controlled by members of the same family or a small number of families in a manner that is potentially sustainable across generations of the family or families.“<sup>16</sup>

Diese Definition ergänzt die beherrschende Stellung der Inhaberkategorie um die Absicht, eine Zukunftsperspektive für das Unternehmen zu gestalten und zu verfolgen, die eine nachhaltige Fortsetzung der Gesellschaft über Generationen hinweg ermöglicht. Ein solches transgenerationale Moment<sup>17</sup> hat als Definitionsmerkmal viel Zustimmung gefunden.<sup>18</sup>

### 4. Selbstverständnis und Unternehmenskultur

Andere Begriffsbestimmungen mit soziologischem Schwerpunkt knüpfen ebenfalls an der führenden Rolle der Unternehmerfamilie an, ergänzen sie aber um ein subjektives Element. Die Klassifikation als Familienunternehmen hänge auch davon ab, wie sehr die Familienmitglieder darauf zielten, das Unternehmen durch ihre familiäre Bindung zu prägen.<sup>19</sup> Nach diesem sog. *essence approach*

<sup>15</sup> So die Einschätzung bei *Kormann*, Zusammenhalt, S. 6.

<sup>16</sup> *Chua/Chrisman/Sharma*, ETP 23 (1999), 19, 25; Vorarbeiten bei *Donnelley*, Harv. Bus. Rev. 42 (1964), Heft 4, S. 93, 94 sowie *Churchill/Hatten*, American Journal of Small Business 11 (1987), Heft 3, S. 51, 52f. und *Ward*, Keeping the Family Business Healthy, 1986, S. 252: „We define a family business as one that will be passed on for the family’s next generation to manage and control.“; vgl. auch *Daily/Thompson*, Fam. Bus. Rev. 7 (1994), 237, 238.

<sup>17</sup> Prägnant *Uffmann*, ZIP 2015, 2441, 2444.

<sup>18</sup> Etwa *Koerberle-Schmid/Schween/May*, BB 2011, 2499: „dominante Inhaberschaft einer oder mehrerer Familie(n) mit generationsübergreifendem Ansatz“; *Koerberle-Schmid/Witt/Fahrion*, in: FamBusGov, 2018, S. 23: „dynastische Intention“; *Kormann*, Zusammenhalt, S. 17; *Lange*, BB 2005, 2585, 2586; *Sabel*, in: Hdb Familienunternehmen und Unternehmerfamilien, S. 55, 56: „generationsübergreifende Dynamik“; *Uffmann*, ZIP 2015, 2441, 2444; *Ulmer*, ZIP 2010, 549, 552: „generationsübergreifender Charakter“; *Wimmer/Groth/Simon*, Erfolgsmuster, S. 40; *Holler*, in: MünchHdb GesR, Bd. 7, § 75 Rn. 15, 31 f., 34 ff.; *Woywode/Keese/Tänzler*, ZGR 2012, 418, 422; aus Binnensicht *Jürgen Heraeus* in einem Interview mit *Koerberle-Schmid*, in: FamBusGov, 2012, S. 19; erneut *Heraeus*, in: FS Binz, 2014, S. 291: „kardinaler Faktor“; jüngst *Holler*, DStR 2019, 931, 932 f.; ablehnend hingegen *Means*, Wm. & Mary L. Rev. 54 (2013), 1185, 1204 f.; *Foerster*, BB 2019, 1411, 1415.

<sup>19</sup> Als Ausgangspunkt dieses subjektiven Ansatzes gilt der Beitrag von *Litz*, Fam. Bus. Rev. 8 (1995), 71, 75 ff.: „A business firm may be considered a family business to the extent that its ownership and management are concentrated within a family unit, and to the extent its members strive to achieve, maintain, and/or increase intraorganizational family-based relatedness.“;

sei nur eines von zwei Unternehmen mit der gleichen Inhaberstruktur ein Familienunternehmen, wenn dem anderen das Selbstverständnis und das charakteristische Verhalten fehlten, die den Wesenskern dieser Unternehmensart ausmachten.<sup>20</sup> Die Unterscheidung erinnert an das bereits von *Knur* beschworene „spezifisch Familienmäßige des Unternehmens“, ein Zusammengehörigkeitsgefühl, das im Unternehmen zum Ausdruck kommen müsse.<sup>21</sup> Auch jüngere juristische Beiträge greifen dieses soziologisch geprägte, subjektive Merkmal auf.<sup>22</sup> Teilweise wird eine ausgeprägte Identifikation der Inhaberfamilie mit ihrem Unternehmen und dessen Kultur sogar zum konstitutiven Merkmal der Unternehmensart erhoben: Familiengesellschaft, so *Brun-Hagen Hennerkes*, ist man „nicht etwa per Definition [...], sondern man will Familiengesellschaft sein.“<sup>23</sup> Ein derart subjektives Verständnis ist zwar kaum fehlbar, erschwert aber die Abgrenzbarkeit des Unternehmenstyps.<sup>24</sup>

### 5. Quantifikation

Viel Aufmerksamkeit wurde schließlich einem betriebswirtschaftlichen Definitionsansatz zuteil, der Unternehmen auf einer graduellen Skala anhand ihrer familialen Prägung abzuschichten sucht – mit dem Ziel, die als künstlich empfundene Zweiteilung in Familien- und Nicht-Familienunternehmen zugunsten eines fließenden Übergangs zu überwinden.<sup>25</sup> Die „F-PEC Scale“<sup>26</sup> identifiziert drei sog. Dimensionen potentiellen familialen Einflusses auf das Unternehmen und versucht, die Prägung des Unternehmens durch die Familie in jeder einzelnen dieser

---

Ansätze auch bei *Chua/Chrisman/Sharma*, ETP 23 (1999), 19, 24 f.: „a theoretical definition must capture the essence differentiating family businesses“.

<sup>20</sup> Zusammenfassend *Chrisman/Chua/Sharma*, ETP 29 (2005), 555, 557; *Chua/Chrisman/Sharma*, ETP 23 (1999), 19, 20, 24; ferner *Chrisman/Chua/Litz*, JBV 18 (2003), 467, 470 f.

<sup>21</sup> Siehe dazu soeben Fn. 10 f. und den zugehörigen Text; in die gleiche Richtung zuvor *Hengstmann*, Familiengesellschaft, S. 17; später auch *Fries*, Familiengesellschaft und Treuepflicht, S. 10 ff., 14.

<sup>22</sup> Siehe etwa *Kalss/Probst*, Familienunternehmen, Rn. 2/30, S. 47 Rn. 3/21; *Kormann*, Zusammenhalt, S. 7; *Lange*, BB 2005, 2585, 2586; *Wicke*, ZGR 2012, 450, 457 f.; *Woywode/Keese/Tänzler*, ZGR 2012, 418, 422 f.; vgl. auch *Bettermann/Heneric*, in: Hdb Corporate Gov, S. 849, 864.

<sup>23</sup> *Hennerkes*, in: Unternehmenshdb Familiengesellschaften, § 1, Rn. 1.1.; ähnlich *ders.*, Familienunternehmen sichern, 1998, S. 25; ferner *Chua/Chrisman/Sharma*, ETP 23 (1999), 19, 24: „a company is a family business because it behaves as one“; *Carlock/Ward*, Strategic Planning, 2001, S. 51: „family commitment is what makes a family business – a family business“.

<sup>24</sup> Kritisch deshalb auch *Iliou*, Corporate Governance, 2010, S. 3.

<sup>25</sup> So rückblickend *Klein*, Familienunternehmen, S. 1.

<sup>26</sup> Entwickelt von *Astrachan/Klein/Smyrniotis*, Fam. Bus. Rev. 15 (2002), 45; Vorarbeiten bei *Klein*, Familienunternehmen, 1. Aufl. 2000, S. 12 ff. und *Shanker/Astrachan*, Fam. Bus. Rev. 9 (1996), 107, 108 ff.

drei Dimensionen sowie in der Summe numerisch auszudrücken. Danach ist der Familieneinfluss umso größer – und das Unternehmen damit umso eher ein Familienunternehmen –, je höher die ermittelten Werte für die Dimensionen Macht (**Power**), Erfahrung (**Experience**) und Kultur (**Culture**) sind.<sup>27</sup> Die *power dimension* soll die Mitwirkung der Familie als Gesellschafter und Geschäftsleiter quantifizieren; die *experience dimension* errechnet sich aus der Anzahl mitwirkender Familienmitglieder und der Zahl überstandener Generationenwechsel; die *culture dimension* beziffert schließlich die Übereinstimmung zwischen Familien- und Unternehmenswerten sowie das Maß familiärer Bindung.<sup>28</sup>

Diese Definition greift den bestimmenden Einfluss, den generationsübergreifenden Ansatz und die wesenseigene Unternehmenskultur auf. Ihr Drang zur Quantifikation erklärt sich aus dem Bestreben, Vergleiche zwischen Unternehmen zu ermöglichen im Hinblick auf ihre familiäre Prägung und deren Auswirkung auf den Unternehmenserfolg.<sup>29</sup> Nichtsdestotrotz bleibt die numerische Umsetzung der angesprochenen Definitionselemente schwer vorstellbar. Das gilt auch für einen jüngeren Ansatz, der versucht, das Maß familiärer Prägung des Unternehmens messbar zu machen, indem er abfragt, welche Prämissen die Familie für Entscheidungen im Unternehmen vorgibt.<sup>30</sup> Nachvollziehbar ist hingegen die Einsicht, dass die Klassifikation als Familienunternehmen gradueller Natur ist. Ein Grenzwert dürfte dazu jedoch zumindest für rechtliche Zwecke ungeeignet sein.

## 6. Gesetzliche Begriffsbestimmung

Sucht man nach einer gesetzlichen Bestimmung des Familienunternehmens, findet sich nur § 1 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 DrittelbG,<sup>31</sup> eine bereichsspezifische Definition für einen historisch bedingten Ausnahmetatbestand im Mitbestimmungsrecht. Einen allgemeingültigen Begriff erwog schon vorzeiten der Ausschuss für GmbH-Recht der Akademie für Deutsches Recht. Er diskutierte, neben der GmbH eine neue Rechtsform für Familiengesellschaften zu schaffen oder zumindest Sondernormen in das GmbHG aufzunehmen. Schon im Ausgangspunkt haderte er aber damit, „den ‚Begriff‘ oder auch nur die ‚typischen Tatbestands-

<sup>27</sup> Vgl. auch aus Binnensicht Klein, Familienunternehmen, S. 14: „F-PEC steht demnach für: Family influence durch Power, Experience und Culture.“

<sup>28</sup> Astrachan/Klein/Smyrniotis, Fam. Bus. Rev. 15 (2002), 45, 48 ff.

<sup>29</sup> Astrachan/Klein/Smyrniotis, Fam. Bus. Rev. 15 (2002), 45, 47.

<sup>30</sup> Zu dieser „Family Influence Familiness Scale (FIFS)“ siehe Frank/Kessler/Rusch/Süss-Reyes/Weismeyer-Sammer, ETP 41 (2016), 709.

<sup>31</sup> Zur Begriffsbestimmung in § 41 der 10. Durchführungsverordnung über Ausgleichsabgaben nach dem Lastenausgleichsgesetz siehe Krämer, Sonderrecht der Familiengesellschaften, S. 44 ff.

merkmale<sup>6</sup> des Familienunternehmens in einer für die praktische Rechtsanwendung geeigneten Weise gesetzlich festzulegen<sup>6</sup>.<sup>32</sup>

Heute bestimmt § 1 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 DrittelbG: „Als Familiengesellschaften gelten solche Aktiengesellschaften, deren Aktionär eine einzelne natürliche Person ist oder deren Aktionäre untereinander im Sinne von § 15 Abs. 1 Nr. 2 bis 8, Abs. 2 der Abgabenordnung verwandt oder verschwägert sind<sup>6</sup>“.<sup>33</sup> Die Regelung geht zurück auf das Betriebsverfassungsgesetz von 1952<sup>34</sup>; ihr Inhalt erklärt sich nur historisch.<sup>35</sup> Während seit dem 10. August 1994 nur Unternehmen mit mehr als 500 Arbeitnehmern der Drittelbeteiligung unterliegen,<sup>36</sup> griff diese Form der Mitbestimmung zuvor nach § 76 Abs. 1 BetrVG 1952 für Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien unabhängig von der Arbeitnehmerzahl.<sup>37</sup> Nur Familiengesellschaften wurden schon damals durch § 76 Abs. 6 S. 1, 3 BetrVG 1952 verschont, wenn sie weniger als 500 Arbeitnehmer beschäftigten. Diese Privilegierung schreibt § 1 Abs. 1 Nr. 1 S. 2, Nr. 2 DrittelbG fort, indem er nur nicht-Familiengesellschaften weiterhin unabhängig von der Arbeitnehmerzahl der Mitbestimmung unterwirft, wenn sie vor dem Stichtag eingetragen wurden.<sup>38</sup>

Ihrem Ausnahmecharakter entsprechend wurde die Begriffsbestimmung zugunsten der Rechtssicherheit eng gefasst. Erfasst sind nur Unternehmen, deren sämtliche<sup>39</sup> Aktien zumindest mittelbar<sup>40</sup> in der Hand natürlicher Personen liegen, die untereinander verwandt oder verschwägert sind im Sinne von § 15

<sup>32</sup> *Klausing*, Die Neuordnung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Erster Arbeitsbericht zur „Reform“ der GmbH, 1938, S. 42.

<sup>33</sup> Nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 DrittelbG erfasst die Regelung auch Kommanditgesellschaften auf Aktien.

<sup>34</sup> Siehe § 76 Abs. 6 S. 2, 3 Betriebsverfassungsgesetz vom 11. Oktober 1952, BGBl. I, 1952, S. 681 (BetrVG 1952).

<sup>35</sup> Dazu *Habersack*, in: *Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, § 1 DrittelbG Rn. 13.

<sup>36</sup> Siehe § 1 Abs. 1 DrittelbG, auch zu den dort aufgezählten Rechtsformen.

<sup>37</sup> Die Änderung erfolgte durch das Gesetz für kleine Aktiengesellschaften und zur Deregulierung des Aktienrechts, BGBl. I, 1994, S. 1961, das am 10. August 1994 in Kraft trat.

<sup>38</sup> Bedenken zu diesem mitbestimmungsrechtlichen Bestandsschutz für Altgesellschaften noch bei *Habersack*, in: *Ulmer/Habersack/Henssler*, Mitbestimmungsrecht, 3. Aufl. 2012, § 1 DrittelbG Rn. 14 m. w. N.; für Verfassungskonformität OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.7.2011 – 26 W 7/10, NZG 2011, 1152, 1153 f., juris-Rn. 59 ff.

<sup>39</sup> So heute die einhellige Auffassung, siehe nur *Oetker*, in: *Erfurter Kommentar*, § 1 DrittelbG, Rn. 10 f.; *Annuß*, in: *MünchKomm AktG*, § 1 DrittelbG Rn. 7.

<sup>40</sup> Siehe BAG, Beschl. v. 6.4.1955 – 1 ABR 25/54, BAGE 1, 328 Ls.: „Eine Familiengesellschaft liegt auch dann vor, wenn der Aktienbesitz daran durch eine andere Familien-Aktiengesellschaft vermittelt wird, vorausgesetzt, daß der Familienbesitz ausschließlich bleibt.“ und passim zum gleichen Ergebnis für Holdinggesellschaften anderer Rechtsform (juris-Rn. 16).

Abs. 1 Nr. 2 bis 8, Abs. 2 AO.<sup>41</sup> Die Motive für dieses Begriffsverständnis lassen sich nicht mehr aufhellen: Der Begriff „Familiengesellschaften“ und deren Privilegierung finden sich erstmals ohne weitere Erläuterung in einem Kompromissentwurf des Ausschusses für Arbeit,<sup>42</sup> der weitestgehend dem BetrVG 1952 entspricht; frühere Entwürfe erwähnen ihn nicht.<sup>43</sup> Schon die vorsichtige Formulierung als Fiktion im Gegensatz zu einer Legaldefinition lässt allerdings auf die Zurückhaltung des Gesetzgebers schließen, keinen allgemeingültigen Begriff zu prägen.<sup>44</sup> Dementsprechend ist die Norm auf ihren mitbestimmungsspezifischen Zweck zu begrenzen;<sup>45</sup> sie eignet sich aus mehreren Gründen nicht als universelle Definition eines Familienunternehmens: Zu eng ist ihre Beschränkung auf die Rechtsformen AG und KGaA, zu pauschal das Erfordernis der Alleinherrschaft familiär verbundener Aktionäre. Zu weit geht die Klassifikation jeder Ein-Mann-AG als Familiengesellschaft und zu groß zieht § 15 Abs. 1 Nr. 2–8 und Abs. 2 AO den Kreis der Familie im Vergleich zum üblichen Selbstverständnis in Familienunternehmen.

## II. Kennzeichnende Merkmale

Entzieht sich eine unternehmensrechtliche Erscheinung einer (gesetzlichen) Definition, so versuchen Wissenschaft und Praxis sie durch einen Katalog identitätsstiftender Merkmale als Realtyp zu umschreiben.<sup>46</sup> Ein solcher ist elastischer als ein Begriff, eignet sich daher für eine vorsichtige, tastende Rechtsentwick-

<sup>41</sup> Es genügt, wenn jeder Aktionär jeweils mit einem anderen verwandt oder verschwägert ist, siehe auch dazu *Oetker*, in: Erfurter Kommentar, § 1 DrittelbG, Rn. 11 f.

<sup>42</sup> Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Arbeit, BT-Drucks. 01/3585.

<sup>43</sup> Vgl. Entwurf eines Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Betrieb, BT-Drucks. 01/970 (CDU/CSU); Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der Wirtschaft, BT-Drucks. 01/1229 (SPD); Entwurf eines Gesetzes über die Neuordnung der Beziehungen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern in den Betrieben (Betriebsverfassungsgesetz), BT-Drucks. 01/1546.

<sup>44</sup> Vgl. auch *Holler*, in: MünchHdb GesR, Bd. 7, § 75 Rn. 5: „Die Familiengesellschaft ist gesetzlich nicht geregelt, auch wenn sie im Gesetz Erwähnung findet.“

<sup>45</sup> Siehe *Habersack*, in: Familiengesellschaften, S. 19, 20; gleichsinnig *Priester*, in: Familiengesellschaften, S. 53, 55; *Lieder*, in: Recht der FamG, S. 27, 28; ebenso *Iliou*, Corporate Governance, 2010, S. 3; noch zu § 76 Abs. 6 S. 2 BetrVG *Fitting/Auffarth/Kaiser*, BetrVG, 14. Aufl. 1984, § 76 BetrVG 52 Rn. 15: „gegenüber dem allgemeinen Sprachgebrauch [...] wesentlich eingeschränkt.“; vgl. auch *Bettermann/Heneric*, in: Hdb CorpGov, S. 849, 863; aufgeschlossener hingegen *Krämer*, Sonderrecht der Familiengesellschaften, S. 43 f., 81.

<sup>46</sup> Vgl. etwa die Aufzählung unternehmensrechtlicher Realtypen des Personengesellschaftsrechts bei *Ulmer*, ZIP 2010, 549, 552 f.; zur geschlossenen Kapitalgesellschaft die Nachweise in Fn. 48.

lung.<sup>47</sup> Dieses Vorgehen hat sich bei der geschlossenen Kapitalgesellschaft bewährt<sup>48</sup> und soll hier auf Familienunternehmen übertragen werden.<sup>49</sup> Die typischen Merkmale dieser Unternehmensart folgen aus zwei Grundcharakteristika, die sich als gemeinsamer Nenner der referierten soziologischen und betriebswirtschaftlichen Definitionsansätze herauskristallisieren: Familienunternehmen zeichnen sich aus durch eine dominante Stellung familiär verbundener Gesellschafter und deren gemeinsame Absicht, das Unternehmen über Generationen hinweg fortzuführen.<sup>50</sup>

### 1. Dominante familiäre Inhaberschaft

Die dominante familiäre Inhaberschaft unterscheidet Familienunternehmen von Publikumsgesellschaften durch die familiäre Verbindung derjenigen Gesellschafter, die einen bestimmenden Einfluss auf die grundlegenden unternehmerischen Entscheidungen ausüben können.<sup>51</sup> Im Einzelnen lässt sie sich in folgende Merkmale auffächern:

#### a) Familiäre Verbindung

Die familiäre Verbindung der Gesellschafter liegt zwar als namensgebende Besonderheit des Unternehmenstyps auf der Hand. Dennoch gilt sie als blinder

<sup>47</sup> Vgl. *Leenen*, Typus und Rechtsfindung, 1971, S. 34 ff., 65 f.; *Langenfeld*, Vertragsgestaltung, Rn. 39, 91 ff.; siehe auch *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 44, 298 f.

<sup>48</sup> Ausführlich *Wedemann*, Gesellschafterkonflikte, S. 11 ff.; auf breiter vergleichender Grundlage *Fleischer*, ZHR 179 (2015), 404, 408 ff.; zusammenfassend *ders.*, NZG 2014, 1081 f.

<sup>49</sup> Schon *Wiedemann*, GesR, Bd. I, S. 118 f. begriff „[d]ie geschlossene (Familien)Gesellschaft“ als Realtyp. Dieses Vorgehen wählen auch mit unterschiedlicher Akzentuierung *Habersack*, in: Familiengesellschaften, S. 19, 20 ff.; *Holler*, in: MünchHdb GesR, Bd. 7, § 75 Rn. 14; *T. Hueck*, Familienverfassung, S. 23; *Kalss/Probst*, Familienunternehmen, Rn. 2/25 ff.; *Sigle*, in: FS Rowedder, 1994, S. 459, 460 f.; *Ulmer*, ZIP 2010, 549, 551 ff.; *Wicke*, ZGR 2012, 450, 457 f.; *Woywode/Keese/Tänzler*, ZGR 2012, 418, 421 f.; den Ansatz von *Ulmer* vertiefend *Krämer*, Sonderrecht der Familiengesellschaften, S. 60 f., 66 ff., 72 ff.; vgl. auch *May*, Inhaberstrategie, S. 12 f.; *Neubauer/Lank*, The Family Business, S. 5 ff.

<sup>50</sup> Ähnlich der Governance Kodex für Familienunternehmen (GKFU), 2021, S. 11: „Familienunternehmen stehen unter der bestimmenden Inhaberschaft einer oder mehrerer Familien, deren Intention es ist, diese für mindestens eine weitere Generation aufrechtzuerhalten.“ Siehe auch den Mitbegründer des Kodex, *May*, Inhaberstrategie, S. 12 ff.; *ders.*, in: ZfB-Special Issue 2/2009, 113, 115. Gleichsinnig *Krämer*, Sonderrecht der Familiengesellschaften, S. 79: „Leitbild, Kontrolle durch die Familie und Perpetuierung dieser Kontrolle für die Zukunft“.

<sup>51</sup> Zum Begriff vgl. *Koerberle-Schmid/Schween/May*, BB 2011, 2499: „dominante Inhaberschaft“; *May*, Inhaberstrategie, S. 12 f.: „dominante Inhaberschaft“, „familiäre Inhaberschaft“; ferner die Nachweise in Fn. 13.

Fleck der bisherigen Definitionsbemühungen.<sup>52</sup> Eine zivilrechtliche Definition der Familie fehlt,<sup>53</sup> die Bestimmungen der §§ 1589, 1590 BGB zu Verwandtschaft und Schwägerschaft stecken nur einen äußeren Rahmen ab.<sup>54</sup> Davon abgesehen wird auch in juristischen und betriebswirtschaftlichen Beiträgen zu Familienunternehmen der Kreis der Familie allenfalls beiläufig umrissen<sup>55</sup> und die tiefere Auseinandersetzung bereitwillig der Soziologie überlassen. Dort geht man seit jeher von einer engen Definition aus, die der Kernfamilie aus Eltern und Kindern entspricht, und unterscheidet sie von der erweiterten Familie, in der ein größerer Verwandtenkreis zusammenlebt.<sup>56</sup> Dieses durch Ehe und Abstammung geformte Verständnis erfährt in jüngerer Zeit eine zunehmend emotionale und funktionale Prägung hin zu einer Identitäts- und Verantwortungsgemeinschaft.<sup>57</sup>

In Familienunternehmen reicht die familiäre Verbindung der Gesellschafter von der engen Beziehung innerhalb einer Kernfamilie bis zu den losen Bezügen eines nach mehreren Generationen weit verzweigten Verwandtenkreises. Die Gesellschaftergruppe dieser Unternehmensart kennzeichnet in Abweichung zur

---

<sup>52</sup> *Sharma/Melin/Nordqvist*, in: Sage Handbook, S. 1, 7: „Despite several articles that have focused on clarifying the definition of a family firm [...], hardly any efforts have been directed to either define or measure the ‚family‘ variable.“; vgl. auch *Groth/Vater*, in: Family Business Handbuch, S. 47 f.; mit empirischen Daten aus 25 Jahren zur Dominanz der betriebswirtschaftlichen Perspektive auf das Familienunternehmen *James/Jennings/Breitkreuz*, Fam. Bus. Rev. 25 (2012), 87, 90 f.

<sup>53</sup> Schon *Knur*, Familiengesellschaft, 1941, S. 10; jünger *Hilbig-Lugani*, Staat – Familie – Individuum, 2014, S. 10: „Der Begriff Familie erscheint selten im BGB und wird dort nicht definiert.“; anders ist das in Österreich, § 40 ABGB, siehe *Kalss/Probst*, Familienunternehmen, Rn. 2/32.

<sup>54</sup> So treffend *Krämer*, Sonderrecht der Familiengesellschaften, S. 87, 89 f.

<sup>55</sup> Etwa *Groth/Vater*, in: Family Business Handbuch, S. 47 ff.; *Nordqvist/Melin*, Entrepreneurship & Regional Development 22 (2010), 211, 221 ff.; *Sharma/Melin/Nordqvist*, in: Sage Handbook, S. 1, 7 f.; eine jüngere Ausnahme bildet *Krämer*, Sonderrecht der Familiengesellschaften, S. 83 ff.

<sup>56</sup> Siehe *Hill/Kopp*, Familiensoziologie, S. 10 ff.; mit Nachweisen zum damals ähnlichen Befund der Soziologie *Knur*, Familiengesellschaft, 1941, S. 10: „Selbst die moderne Gesellschaftslehre ermöglicht keine befriedigende Abgrenzung.“

<sup>57</sup> Prägnant das Gegenüber bei *Bourdieu*, Theory, Culture & Society 13 (1996), 19 ff.: „the family is a set of related individuals linked either by alliance (marriage) or filiation, or, less commonly, by adoption“ (S. 19) und „kinship and family as *bodies* can only be perpetuated through a continuous creation of family feeling, a cognitive principle of vision and division that is at the same time an affective principle of *cohesion*, i.e. the adhesion that is vital to the existence of a family group“ (S. 22); ferner *Groth/Vater*, in: Family Business Handbuch, S. 47, 49; allgemeiner *Hill/Kopp*, Familiensoziologie, S. 230, 255 ff., 263 f.; zu Parallelen im englischen Verfassungsrecht im Gegensatz zum deutschen und französischen *Hilbig-Lugani*, Staat – Familie – Individuum, 2014, S. 10 ff., 18 f.

geschlossenen Kapitalgesellschaft<sup>58</sup> eher ihre persönliche Sonderverbindung als ihre überschaubare Personenzahl. Die Kriterien dieser Sonderverbindung enger als §§ 1589 f. BGB zu bestimmen, liegt allein in den Händen der jeweiligen Unternehmerfamilie.<sup>59</sup> Dabei ist auch hier ein langsamer Wertewandel erkennbar.<sup>60</sup> So lässt sich nur festhalten, dass der Kreis der Familiengeschafter heutzutage vielerorts weiter sein kann, als „die Bindungen des Blutes reichen“, und neben leiblichen Abkömmlingen auch Ehegatten, Verschwägerter oder Adoptivkinder umfassen mag.<sup>61</sup> Es besteht sogar Einigkeit, dass er im Ursprung auf mehrere nicht verwandte Kernfamilien zurückgehen kann, sofern weitere typische Merkmale vorliegen.<sup>62</sup>

### b) Bestimmender Einfluss

Für die Klassifikation als Familienunternehmen müssen nicht sämtliche Gesellschafter familiär verbunden sein. Der Charakter eines Familienunternehmens geht durch die Beteiligung familienfremder Dritter nicht verloren, sofern der Unternehmerfamilie eine dominante Stellung verbleibt.<sup>63</sup> Sie muss einen bestimmenden Einfluss auf grundlegende unternehmerische Entscheidungen aus-

<sup>58</sup> Zur typischerweise überschaubaren Gesellschafterzahl geschlossener Kapitalgesellschaften *Fleischer*, ZHR 179 (2015), 404, 409.

<sup>59</sup> Vgl. auch *Means*, Wm. & Mary L. Rev. 54 (2013), 1185, 1206: „what matters is not so much a formal definition of family but whether the business participants understand themselves to be members of a family“; siehe auch *Krämer*, Sonderrecht der Familiengesellschaften, S. 89 f., der im Ergebnis auch auf das „subjektive Element, Selbstdefinition der Familienzugehörigkeit mittels des Gesellschaftsvertrags“ abstellt.

<sup>60</sup> Dazu *Kögel/Seemann*, FuS Sonderheft 2014, 26, 27; *May*, Inhaberstrategie, S. 65: „Die Familie unserer Tage ist bunter geworden. Und sie entzieht sich allgemeingültigen Definitionsversuchen.“

<sup>61</sup> Anschaulich schon *Knur*, Familiengesellschaft, 1941, S. 11; weit fassend auch *von Rechenberg*, in: Hdb Familienunternehmen und Unternehmerfamilien, S. 33, 49: „alle Mitglieder der Familie, die aufgrund des Wechsels des Familienunternehmens in die nachfolgenden Generationen zumindest ein Interesse am Wohlergehen des Unternehmens haben“.

<sup>62</sup> Siehe *Bettermann/Heneric*, in: Hdb Corporate Gov, S. 849, 863; ferner *Lange*, in: Governance in Familienunternehmen, S. 15, 16: „Einfluss mindestens einer Familie“; *Uffmann*, ZIP 2015, 2441, 2444: „eine oder mehrere Familien“; *Ulmer*, ZIP 2010, 549, 557: „einer oder mehrerer Gründerfamilien“; ebenso *T. Hueck*, Familienverfassung, S. 24; *Foerster*, BB 2019, 1411, 1415; vgl. schon *Wiedemann*, GesR, Bd. I, S. 118 f.; *Klausling*, Die Neuordnung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Erster Arbeitsbericht zur „Reform“ der GmbH, 1938, S. 42: Sonderbestimmungen für Familienunternehmen müssten „vernünftigerweise auch für solche Gesellschaften gelten, deren Gesellschafter – vielleicht sogar seit Generationen – zwei Familien angehören, die miteinander weder verwandt noch verschwägert sind.“

<sup>63</sup> So bspw. *Woywode/Keese/Tänzler*, ZGR 2012, 418, 421; im Ergebnis auch *Krämer*, Sonderrecht der Familiengesellschaften, S. 90 f., 96 f., 101 f., 116.

üben können,<sup>64</sup> sei es durch eine stabile Stimmrechtsmehrheit, durch vertragliche Sonderrechte oder (faktisch) durch die persönliche Mitwirkung in Leitungsorganen.<sup>65</sup>

Um die Bedeutung dieses Merkmals rechtlich zu fassen, liegt es nahe, den konzernrechtlichen Begriff „beherrschender Einfluß“ nach § 17 Abs. 1 AktG heranzuziehen. Aufgrund seiner Funktion, Konzernsachverhalte zu filtern, die ein Schutzbedürfnis der Minderheitsgesellschafter auslösen, ist er jedoch zu eng gefasst. So kann zweifelsohne auch die paritätische Beteiligung zweier Geschwister ohne verkörperte Koordinationsmechanismen vom ersten Tag an ein Familienunternehmen sein.<sup>66</sup> Gleiches gilt, wenn die prägende Inhaberfamilie nur eine Anteilsminderheit stellt,<sup>67</sup> weil ihr Einfluss auch auf einer persönlichen Ebene wirken kann, ohne dass es gesellschaftsrechtlich gefestigter Machtpositionen bedarf.

### c) Aktive Beteiligung

Im Gegensatz zu Anlegern einer Publikumsgesellschaft nutzen Familiengesellschafter ihren Einfluss aktiv, um die Unternehmenspolitik und die Unternehmenskultur zu prägen. Unerheblich ist dabei, ob die aktive Beteiligung der Inhaber unmittelbar durch die Leitung des Unternehmens im Tagesgeschäft wirksam

<sup>64</sup> *Koerberle-Schmid/Schween/May*, BB 2011, 2499; *Lange*, BB 2005, 2585 f.; *ders.*, in: *Governance in Familienunternehmen*, S. 15, 16; *Uffmann*, ZIP 2015, 2441, 2444; *Wimmer*, in: *Theorie des Familienunternehmens*, S. 3, 5, 8; *Wimmer/Groth/Simon*, Erfolgsmuster, S. 3; vorsichtiger *Holler*, in: *MünchHdb GesR*, Bd. 7, § 75 Rn. 13.

<sup>65</sup> Vgl. zu verschiedenen Einflussmöglichkeiten mit einem weiten Verständnis von *Rechenberg*, in: *Hdb Familienunternehmen und Unternehmerfamilien*, S. 33, 34 ff.; früh *Hengstmann*, *Familiengesellschaft*, S. 12 f., 15; enger *E. Werner*, *Die Familiengesellschaft*, S. 17 ff.; differenziert zur Erfassung des Familieneinflusses über eine Stimmrechtsmehrheit oder einen personellen Einfluss auf die Geschäftsleitung *Krämer*, *Sonderrecht der Familiengesellschaften*, S. 81 ff., 100 f., 101 ff., 116.

<sup>66</sup> Im Ergebnis ebenso *Holler*, in: *MünchHdb GesR*, Bd. 7, § 75 Rn. 13; *Krämer*, *Sonderrecht der Familiengesellschaften*, S. 99 f.; anders nach der Rspr. des BGH bei Anwendung von § 17 Abs. 1 AktG, da sich der Einfluss bei paritätischer Mehrmutterchaft ohne gesicherte Koordinationsgrundlage neutralisiert (siehe BGH, Urt. v. 4.3.1974 – II ZR 89/72, juris-Rn. 15 = BGHZ 62, 193, 199: „ausreichend sichere Grundlage“; ebenso BGH, Urt. v. 8.5.1979 – KVR 1/78, juris-Rn. 31 = BGHZ 74, 359, 368) und Familienzugehörigkeit an sich eine solche noch nicht begründet, sondern erst bei in der Vergangenheit gemeinsam betriebener Unternehmenspolitik (BGH, Urt. v. 16.2.1981 – II ZR 168/79, juris-Rn. 15 = BGHZ 80, 69, 72 f.; OLG Düsseldorf, Urt. v. 25.3.2009 – I-26 W 5/08, juris-Rn. 23 = AG 2009, 873, 874 f.); zusammenfassend *Bayer*, in: *MünchKomm AktG*, § 17 Rn. 78, 81.

<sup>67</sup> *Enger E. Werner*, *Die Familiengesellschaft*, S. 17 f.; *Foerster*, BB 2019, 1411, 1415; wie hier wohl *Holler*, in: *MünchHdb GesR*, Bd. 7, § 75 Rn. 13, der mit diesem Beispiel ein engeres, aktienrechtliches Verständnis des beherrschenden Einflusses als konstitutives Element ablehnt.

wird, oder sich aus größerer Distanz durch die Gesellschafterversammlung oder ein Überwachungs- oder Beratungsorgan Geltung verschafft.<sup>68</sup>

## 2. Generationsübergreifende Fortführungsabsicht

Als zweite Grundcharakteristik hebt die generationsübergreifende Fortführungsabsicht der Gesellschafter Familienunternehmen aus dem Kreis geschlossener Gesellschaften hervor. Sie bietet zudem einen greifbaren Anknüpfungspunkt, auf den sich mehrere Besonderheiten dieser Unternehmensart zurückführen lassen.

### a) Gemeinsame Zukunftsperspektive

Der gemeinsame Wille, das Unternehmen über Generationen hinweg fortzuführen, unterscheidet Familienunternehmen zum einen vom Einzelunternehmen des Gründers: Dieses nimmt bereits dann Züge einer Familiengesellschaft an, wenn die Nachfolge durch Abkömmlinge des Gründers antizipiert wird.<sup>69</sup> Sieht sich die Folgegeneration mit der Erwartung konfrontiert oder hegt sie den Willen, das Unternehmen fortzuführen, beginnen Familie und Unternehmen, sich zu überschneiden. Auch in späteren Generationen prägt der generationsübergreifende Ansatz das strategische Denken, denn er determiniert die zukünftige Zusammensetzung des Gesellschafterkreises, schränkt die Möglichkeiten zur Finanzierung durch Eigenkapital ein und begründet das Bedürfnis, die Verbundenheit der Familie zu erhalten. Zum anderen markiert die gemeinsame Zukunftsperspektive den Grenzpunkt zwischen einem Familienunternehmen und einer Mitunternehmergemeinschaft zweier Geschäftspartner ohne verwandtschaftliche Verbindung, die erst durch ein auf Dauer angelegtes, einheitliches Selbstverständnis zum Familienunternehmen werden kann.<sup>70</sup> Zu kurz greift es daher, den Unter-

---

<sup>68</sup> Vgl. *Kalss/Probst*, Familienunternehmen, Rn. 2/35; *Lange*, BB 2005, 2585 f.; *ders.*, in: FS Hennerkes, 2009, S. 135, 137; *Simon*, Theorie des Familienunternehmens, 2012, S. 16; *Wimmer*, in: Theorie des Familienunternehmens, S. 3, 5; *Wimmer/Groth/Simon*, Erfolgsmuster, S. 3; *Winkler*, in: Sudhoff, FamU, § 5 Rn. 1; im Ergebnis auch *Krämer*, Sonderrecht der Familiengesellschaften, S. 115, wonach die Geschäftsführung durch Familienmitglieder kein unverzichtbares Kriterium einer Familiengesellschaft sei.

<sup>69</sup> Erstmals *Churchill/Hatten*, American Journal of Small Business 11 (1987), Heft 3, S. 51, 52: The „factor which most sharply differentiates family from owner-managed businesses, is either the occurrence or the anticipation that a younger family member has or will assume control of the business from an elder.“; im Ansatz schon *Donnelley*, Harv. Bus. Rev. 42 (1964), Heft 4, S. 93, 94; zu Unrecht auf die abgeschlossene Nachfolge reduziert von *Woywode/Keese/Tänzler*, ZGR 2012, 418, 422; wie hier vgl. auch *Kalss/Probst*, Familienunternehmen, Rn. 2/16; *Wimmer*, in: Theorie des Familienunternehmens, S. 3, 5; *Brösztl*, in: FS Sigle, 2000, S. 3, 5; *T. Hueck*, Familienverfassung, S. 26; *Holler*, DSr 2019, 931, 932 f.; anders *Mittelsten Scheid*, in: FS Binz, 2014, S. 474, 483 f.

<sup>70</sup> Vgl. *Bettermann/Heneric*, in: Hdb Corporate Gov, S. 849, 863: „auf Dauer angelegte[s]

nehmenstyp negativ aus der Abgrenzung zu Publikumsgesellschaften und Einzelunternehmen als jedes Unternehmen zu bestimmen, das mehr als einen und weniger als unidentifizierbar viele Eigentümer hat.<sup>71</sup> Schließlich ist das Bekenntnis zur gemeinsamen unternehmerischen Tätigkeit für nachfolgende Generationen eng verbunden mit der charakteristischen Unternehmenskultur dieses Gesellschaftstyps. Die von *Hennerkes* betonte subjektive Komponente des Begriffs Familiengesellschaft<sup>72</sup> – seine Abhängigkeit vom Willen und Selbstverständnis der Gesellschafter – äußert sich nach außen erkennbar in dem Bestreben, die Fortführung des Unternehmens in Familienhand zu sichern.<sup>73</sup>

### b) Generationenbedingte Entwicklungsdynamik

Mit der generationsübergreifenden Ausrichtung geht das Bedürfnis einher, die Unternehmensstruktur regelmäßig an Veränderungen im Gesellschafterkreis anzupassen. Bedingt durch das stete Wachstum der Familie lassen sich vergrößernd typische Entwicklungsstufen unterscheiden, die Familienunternehmen durchlaufen, wenn sie nicht (ausnahmsweise) nur einem Nachfolger überlassen werden.<sup>74</sup> Auf die Gründergeneration folgt die Geschwistergesellschaft, die bald zu einer Cousin- oder Vetternegesellschaft mit mehreren Familienstämmen anwächst und schließlich das nach oben offene Stadium einer Familiendynastie erreicht.<sup>75</sup> Die

---

gemeinsame[s] Selbstverständnis“; vgl. schon *Wiedemann*, GesR, Bd. I, S. 119: „Wenn aus [...] einer Mitunternehmergemeinschaft im Laufe der Zeit ein Familienunternehmen geworden ist, [...]“.

<sup>71</sup> So aber *Pöllath*, in: FS Binz, 2014, S. 518.

<sup>72</sup> Dazu schon Fn. 23 und zugehöriger Text.

<sup>73</sup> Dieser Zusammenhang findet sich auch bei *Kormann*, Zusammenhalt, S. 7; *Lange*, BB 2005, 2585, 2586; *Wicke*, ZGR 2012, 450, 457 f.; *Krämer*, Sonderrecht der Familiengesellschaften, S. 116 ff.; *Holler*, DStR 2019, 931, 932 f.

<sup>74</sup> Diese generationale Sicht auf Familienunternehmen wurde maßgeblich ausgearbeitet von *Aronoff/Ward*, Family Business Governance, 1996, S. 46 ff. und *Gersick/Davis/Hampton/Lansberg*, Generation to Generation. Life Cycles of Family Business, 1997, insbesondere S. 29 ff.; Vorläufer bei *Davis/Stern*, Human Resources 34 (1980), 207, 215: „Indeed, the nature of the family agenda and its influence on the business changes from one generation to the next.“; siehe auch *Hollander/Elman*, Fam. Bus. Rev. 1 (1988), 145, 151 mit Bezug auf eine unveröffentlichte Doktorarbeit an der Harvard University von *Hershon*, The Problems of Management Succession in Family Businesses, 1975: „One approach has been to relate the firm’s developmental stages to the family’s generational progression. The pioneering study by Hershon (1975) is the key representative of this point of view.“

<sup>75</sup> Vgl. für die deutsche Benennung der Entwicklungsstufen mit leichten Abweichungen etwa *Baus*, Familienstrategie, S. 75 ff.; *May*, Inhaberstrategie, S. 31 ff.; *May/Koerberle-Schmid*, BFuP 2011, 656 (Teil 1) und BFuP 2012, 52 (Teil 2); *Bettermann/Heneric*, in: Hdb Corporate Gov, S. 849, 857; *Klein*, Familienunternehmen, S. 168 ff.; *Kormann*, Zusammenhalt, S. 3 f.; *Wicke*, ZGR 2012, 450, 460; *Wiedemann/v. Thunen*, FuS Sonderheft 2014, 37, 41; zuletzt *Kor-*

Entwicklungsstufen dieses Generationenmodells entsprechen nicht in jedem Fall der Anzahl durchlebter Generationenwechsel, obgleich eine gewisse Korrelation bestehen mag. Ebenso wenig können sie eine klare Abgrenzung leisten, wenn mehrere Generationen parallel im Unternehmen mitwirken oder daran beteiligt sind.<sup>76</sup> Indem sie in erster Linie am Verwandtschaftsgrad anknüpfen, schaffen sie jedoch ein intuitives Bewusstsein für jene unterschiedlichen Konfliktmuster<sup>77</sup>, die sich aus dem Wachstum einer Unternehmerfamilie ergeben und spezifische Anforderungen stellen an die Unternehmensstrategie und den rechtlichen Organisationsrahmen.

### c) Treuhänderische Gesellschafterstellung

Schließlich lenkt das transgenerationale Moment die Aufmerksamkeit auf eine bedeutende rechtstatsächliche Gegebenheit des Mitgliederwechsels in Familienunternehmen: Er vollzieht sich in der Regel unentgeltlich im Wege der (vorweggenommenen) Erbfolge innerhalb eines beschränkten Personenkreises.<sup>78</sup> Die Kehrseite ist oftmals die Erwartung des Verfügenden an den Empfänger, die Mitgliedschaft seinerseits für die nächste Generation innerhalb der Familie zu bewahren. Sie manifestiert sich in weitreichenden Verfügungs-, Austritts- und Abfindungsbeschränkungen mit der Folge, dass einem Familiengeschafter häufig nur ein verminderter Nutzungswert der Anteile zufließt, nicht aber ihr Vermögenswert. Diese und weitere Inhalte des Gesellschaftsvertrags kann der einzelne Erbe häufig nicht beeinflussen.<sup>79</sup> Seine Rechtsposition lässt sich treffend beschreiben als „quasi treuhänderische, auf die Lebenszeit der Gesellschafter bezogene und der Generationenbindung unterliegende Beteiligung“.<sup>80</sup>

---

mann, Governance, 2017, S. 542 ff.; schon früh *Brösztl*, in: FS Sigle, 2000, S. 3, 5 ff.; *Koebler-Schmid/Nützel*, Family Business Governance, 2005, S. 10 f.; zur englischsprachigen Begrifflichkeit *Gersick/Davis/Hampton/Lansberg*, Life Cycles, 1997, S. 31: Controlling Owner, Sibling Partnership, Cousin Consortium; ähnlich *Aronoff/Ward*, Family Business Governance, 1996, S. 46.

<sup>76</sup> *Ward*, Perpetuating the Family Business, 2004, S. 42: „While the stages of a family business are distinct, the lines between the stages are not clear and sharp.“

<sup>77</sup> Zu diesen Konfliktmustern noch Kapitel 2 – A.III.1.

<sup>78</sup> Vgl. schon *Churchill/Hatten*, American Journal of Small Business 11 (1987), Heft 3, S. 51, 52.

<sup>79</sup> *Kormann*, Zusammenhalt, S. 223: „Zumeist erbt man Anteile an einem Familienunternehmen bereits mit einem von den Erblassern festgesetzten Vertragswerk. Dieses steht gar nicht mehr zur Disposition des einzelnen Gesellschafters.“

<sup>80</sup> *Ulmer*, ZIP 2010, 549, 552; zuvor bereits *Wimmer/Groth/Simon*, Erfolgsmuster, S. 43: „Der Familiengeschafter pflegt seinen Anteilsbesitz quasi treuhänderisch, um diesen auch ideell hoch besetzten Wert an die nächste Generation weitergeben zu können.“; vgl. auch *Sabel*, in: Hdb Familienunternehmen und Unternehmerfamilien, S. 55; ferner *Krämer*, Sonderrecht

### III. Rechtsformneutralität

Die Rechtsform eines Unternehmens spielt für seine Zuordnung zum Realtyp Familienunternehmen keine Rolle.<sup>81</sup> In der Praxis sind Familiengesellschaften in nahezu jeder Rechtsform anzutreffen.<sup>82</sup> Die Familien-Gesellschaft als solche, also eine spezifische Rechtsform für Familienunternehmen, gibt es bislang im Reigen der Gesellschaftsformen nicht<sup>83</sup> und ihre Neuschöpfung wird nach wie vor mit guten Gründen abgelehnt.<sup>84</sup> Das breite gesetzliche Angebot gestaltbarer Grundtypen, ergänzt um praxiserprobte Typenkombinationen,<sup>85</sup> bietet seit Jahrzehnten den individuellen Bedürfnissen der Unternehmerfamilien ausreichend Spielraum.<sup>86</sup>

#### 1. Praxisdominanz von Personengesellschaft und GmbH

Rechtstatsächlich wählen Unternehmerfamilien am häufigsten die GmbH oder die GmbH & Co. KG als Ausgangspunkt für ihre individuelle Gestaltung.<sup>87</sup> Da-

der Familiengesellschaften, S. 208 ff., 221, wonach der Vergleich zur Treuhand als plakative Beschreibung geeignet ist, im Rechtssinne aber kein Treuhandvertrag vorliegt.

<sup>81</sup> Ebenso *Habersack*, in: Familiengesellschaften, S. 19, 21; *Lange*, in: FS Hennerkes, 2009, S. 135, 137 f.; *ders.*, in: Governance in Familienunternehmen, S. 15, 16; *von Rechenberg*, in: Hdb Familienunternehmen und Unternehmerfamilien, S. 33, 36; *Woywode/Keese/Tänzler*, ZGR 2012, 418, 421; *Foerster*, BB 2019, 1411, 1414.

<sup>82</sup> So mit Beispielen *Fleischer*, NZG 2017, 1201, 1204: „enorme Rechtsformvielfalt“; weitere Beispiele bereits unter Kapitel 1 – A.; mit großer Praxiserfahrung *Hennerkes/Kirchdörfer*, in: Unternehmenshdb Familiengesellschaften, Rn. 3.1.

<sup>83</sup> *Fleischer*, NZG 2017, 1201, 1202; siehe schon *Knur*, Familiengesellschaft, 1941, S. 188: „Eine Familiengesellschaft im Rechtssinn gibt es nicht.“

<sup>84</sup> Vgl. bereits *Klausing*, Die Neuordnung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Erster Arbeitsbericht zur „Reform“ der GmbH, 1938, S. 41 f.; *Knur*, Familiengesellschaft, 1941, S. 188; zuletzt *Lieder*, in: Recht der FamG, S. 27, 57 ff.

<sup>85</sup> Rückblickend zur GmbH & Co. KG als kautelarjuristischer Erfolgsgeschichte *Fleischer/Wansleben*, GmbHR 2017, 169; zur Anerkennung der GmbH & Co. KGaA durch BGH, Beschl. v. 24.2.1997 – II ZB 11/96, BGHZ 134, 392 siehe *Fett/Stütz*, NZG 2017, 1121.

<sup>86</sup> Ähnlich das Fazit von *Lieder*, in: Recht der FamG, S. 27, 57 f.; so schon die Begründung des Ersten Arbeitsberichts zur Reform der GmbH gegen eine eigene Rechtsform für Familiengesellschaften bei *Klausing*, Die Neuordnung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Erster Arbeitsbericht zur „Reform“ der GmbH, 1938, S. 41 f.; bereits *Knur*, Familiengesellschaft, 1941, S. 188 ff. und *Mügel*, Soziale Praxis. Zeitschrift für Aktienwesen, Gesellschaftsrecht u. Sozialpolitik 48 (1939), 987 (Teil 1) und 1050 (Teil 2) bejahten die grundsätzliche Eignung von AG, GmbH, oHG und KG für Familienunternehmen nach umfassender Untersuchung.

<sup>87</sup> Vgl. nur *Hennerkes/Kirchdörfer*, Die Familie und ihr Unternehmen, S. 90; *Binz/Sorg*, GmbHR 2011, 281, 283; *Holler*, in: MünchHdb GesR, Bd. 7, § 75 Rn. 72; *ders.*, DStR 2019, 880, 883; *Kautenburger-Behr/Kubak*, in: Hdb FamU, Teil I Rn. 125; *Fleischer*, NZG 2017, 1201, 1204; *Lächler/Blum*, in: Hdb Familienunternehmen und Unternehmerfamilien, S. 875, 881; *Wiedemann*, GesR, Bd. I, § 2 II 2, S. 118.

her stehen diese Rechtsformen im Fokus der Arbeit. Ihre Vorzüge gegenüber anderen Gesellschaftsformen sowie die Faktoren für die Wahl zwischen Personen- und Kapitalgesellschaft sind in Praxis und Wissenschaft eingehend aufbereitet.<sup>88</sup> Aus wissenschaftlicher Sicht nähern sich beide Rechtsformen zunehmend an:<sup>89</sup> Von der Vertragspraxis getrieben, unterliegen sie einem beständigen, konvergierenden Strukturwandel, der die Vorzüge personalistischer und kapitalistischer Idealstrukturen zusammenführt.<sup>90</sup>

Neben diesen Hauptdarstellern gelangt die Gesellschaft bürgerlichen Rechts oft zu unerwarteter Praxisrelevanz.<sup>91</sup> Ist das operative Geschäft in Form einer Kapitalgesellschaft organisiert, treffen ihre Gesellschafter gemeinsam oder in Gruppen zumeist zusätzliche Vereinbarungen außerhalb der Satzung, in erster Linie um der Registerpublizität zu entgehen. Solche Nebenabreden können ausdrücklich oder stillschweigend eine (Innen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts begründen.<sup>92</sup> Diese kann für die vorgelagerte Willensbildung der Gesellschafter eine derart große Bedeutung gewinnen, dass sie die Kapitalgesellschaft auf die Rolle einer registeröffentlichen Hülle verweist.<sup>93</sup>

---

<sup>88</sup> *Lieder*, in: Recht der FamG, S. 27, 30 ff., 50 ff.; aus der Praxis *Wälzholz*, in: Sudhoff, FamU, § 2 Rn. 5 ff.; *Hennerkes/Kirchdörfer*, Die Familie und ihr Unternehmen, S. 87, 91 ff.; *Binz/Sorg*, GmbHR 2011, 281, 282 f.; *Sabel*, in: Hdb Familienunternehmen und Unternehmerfamilien, S. 55, 72 ff.; siehe auch *Nietsch*, FuS 2016, 213, 215 f., 217 f.; *Layer*, FuS 2017, 142, 145.

<sup>89</sup> Vgl. schon *Feine*, in: Hdb des gesamten HandelsR, Dritter Bd., III. Abt., 1929, S. 45; heute *Fleischer*, in: MünchKomm GmbHG, Einl. Rn. 22.

<sup>90</sup> Vgl. *Plum*, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, 1960, Bd. 2, S. 137, 149; *Nitschke*, Die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, 1970, S. 31 ff., 108 ff.; *Rogier*, Die Auslegung, 1981, S. 77: „funktionelle Austauschbarkeit“; *K. Schmidt*, GesR, 4. Aufl. 2002, § 3 I 2, S. 47; *ders.*, JZ 2008, 425; *Schäfer*, in: Staub, HGB, § 105 Rn. 13 erkennt sogar eine „Pilotfunktion“ des oHG-Rechts, auch für das Innenrecht personalistisch strukturierter Kapitalgesellschaften.

<sup>91</sup> *Knur*, Familiengesellschaft, 1941, S. 22 f.: „Die eigentliche wirtschaftliche Bedeutung der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft als Unternehmungsform für die Familiengesellschaft liegt in ihrer Verwendbarkeit als Hilfgesellschaft bei der Aktiengesellschaft [...] und in ihrer Verwendbarkeit zu Konsortien einzelner Familiengruppen innerhalb einer weit verzweigten Familiengesellschaft.“; gleichsinnig aus heutiger Sicht *Holler*, in: MünchHdb GesR, Bd. 7, § 75 Rn. 72 f.; *Kautenburger-Behr/Kubak*, in: Hdb FamU, Teil I Rn. 336.

<sup>92</sup> Zu Nebenabreden siehe noch Kapitel 1 – C.IV.

<sup>93</sup> Ähnlich *Heinze*, in: MünchKomm GmbHG, § 2 Rn. 42: „sie bleiben mitunter ein bloßer Torso“.

## 2. Entwicklungstendenzen

In jüngerer Zeit erwecken ungewöhnlichere Rechtsformen auch für Familienunternehmen die Aufmerksamkeit von Wissenschaft und Praxis,<sup>94</sup> insbesondere die SE und die KGaA.<sup>95</sup> Gleichwohl ist die Bedeutung beider in absoluten Zahlen noch gering: Zwar haben sich in jüngerer Zeit einige namhafte Familienunternehmen für die SE entschieden,<sup>96</sup> insgesamt gibt es aber erst etwas mehr als 600 Unternehmen dieser Rechtsform mit Sitz in Deutschland.<sup>97</sup> Noch weniger sind es bei der KGaA: Eine jüngere Untersuchung zählt 307 eingetragene KGaA im Juni 2016, darunter 13 börsennotierte Gesellschaften.<sup>98</sup> Diese Rechtsform erfreute sich schon zum Ende der Weimarer Republik einiger Beliebtheit,<sup>99</sup> galt danach aber lange Zeit als „Stiefkind unter den Unternehmensformen, [das] in manchem Falle den Vorzug verdiente“<sup>100</sup> und findet heute wieder mehr Zuspruch:<sup>101</sup> Die Rechtsform verbinde auf nahezu einzigartige Weise den Zugang zum Kapitalmarkt mit der Möglichkeit zur Sicherung der Familienherrschaft und einer flexiblen Gestaltung der Rechtsverhältnisse, heißt es zusammenfassend über ihre Vorzüge.<sup>102</sup> Nichtsdestotrotz dürfte die breite Masse der Familienunternehmen vorerst zögern, sich diesem Trend mit Tradition anzuschließen

<sup>94</sup> Siehe *Holler*, in: MünchHdb GesR, Bd. 7, § 75 Rn. 72.

<sup>95</sup> Siehe *Reichert*, ZIP 2014, 1957; *Mayer-Uellner/Otte*, NZG 2015, 737.

<sup>96</sup> *Reichert*, ZIP 2014, 1957 nennt unter anderen Freudenberg und Röchling; weitere Nennungen bei *Wiedemann/Frohnmayer*, FuS 2014, 10, 11 (etwa Deichmann, Conrad Electronic, Wacker Neuson, Wilo).

<sup>97</sup> So zum 27.8.2019 die Zählung der FORIS AG, abrufbar unter <https://www.foris.com/news/detail/die-se-ist-in-deutschland-eine-erfolgsgeschichte/> (zuletzt: 2.2.2022); *Lieder/Hoffmann*, AG 2016, 704, 707 gingen im Jahr 2016 von rund 400 SE aus; *Schubert/von der Höh*, AG 2014, 439, 440 zählen Ende 2013 272 SE in deutschen Handelsregistern; *Wiedemann/Frohnmayer*, FuS 2014, 10, 11 kommen ebenfalls für das Jahr 2013 hingegen nur auf ca. 130.

<sup>98</sup> So zum 11.7.2016 *Lieder/Hoffmann*, AG 2016, 704, 707, 712: im Vergleich zu GmbH und AG „nur kleine Enklaven“.

<sup>99</sup> Eine Aufarbeitung der Verbreitung der KGaA von 1880 bis 2016 bieten *Lieder/Hoffmann*, AG 2016, 704 ff.

<sup>100</sup> *Knur*, Familiengesellschaft, 1941, S. 19, 195; ausführlich dann über „Die Eignung der Kommanditgesellschaft auf Aktien für Familienunternehmen“ *ders.*, in: FS Flume, 1978, Bd. II, S. 173.

<sup>101</sup> Siehe *Lieder/Hoffmann*, AG 2016, 704, 707, 712; ferner *Lieder*, in: Recht der FamG, S. 27, 46; *Fett/Stütz*, NZG 2017, 1121, 1123 f.

<sup>102</sup> *Nietsch*, FuS 2016, 213, 218; vgl. auch *Habersack*, in: Familiengesellschaften, S. 19, 25; *Lieder*, in: Recht der FamG, S. 27, 48 f.; *Hennerkes/Kirchdörfer*, Die Familie und ihr Unternehmen, S. 102; zynisch noch *Hennerkes*, in: Unternehmenshandbuch Familiengesellschaften, 1998, S. 1, Rn. 1.18: „Ich bezeichne diese Rechtsform [KGaA] gegenüber meinen Studenten – zugegeben stark überspitzt – stets als die ideale Rechtsform für machthungrige, aber kapitalschwache Greise.“