

SCHÄFFER

POESCHEL

Wolf-Georg Freiherr von Rechenberg/Angelika Thies/
Heiko Wiechers (Hrsg.)

Handbuch Familienunternehmen und Unternehmerfamilien

Gestaltungspraxis in Zivil-, Gesellschafts- und Steuerrecht

2016

Schäffer-Poeschel Verlag Stuttgart





Gedruckt auf chlorfrei gebleichtem, säurefreiem und alterungsbeständigem Papier

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Print: ISBN 978-3-7910-3417-1 Bestell-Nr. 20257-0001

ePDF: ISBN 978-3-7992-6957-5 Bestell-Nr. 20257-0150

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

© 2016 Schäffer-Poeschel Verlag für Wirtschaft · Steuern · Recht GmbH

www.schaeffer-poeschel.de

service@schaeffer-poeschel.de

Umschlagentwurf: Goldener Westen, Berlin

Umschlaggestaltung: Kienle gestaltet, Stuttgart

Satz: Johanna Boy, Brennborg

Druck und Bindung: BELTZ Bad Langensalza GmbH, Bad Langensalza

Printed in Germany

Juni 2016

Schäffer-Poeschel Verlag Stuttgart

Ein Tochterunternehmen der Haufe Gruppe

Teil I

**Einleitung — Abgrenzung
der Familienunternehmen
von anderen Unternehmen**

Dr. Wolf-Georg Freiherr von Rechenberg



1 Allgemeines

Dieses Werk beschäftigt sich mit rechtlichen, aber auch familien- und unternehmensstrategischen Fragen zu Familienunternehmen und Unternehmerfamilien in ihrem wirtschaftlichen und rechtlichen Umfeld. Es ist deswegen sinnvoll, am Beginn einmal zu untersuchen, was eigentlich unter den Begriffen Familienunternehmen und Unternehmerfamilien zu verstehen ist.

Danach soll in einem weiteren Abschnitt der Frage nachgegangen werden, ob sich Familienunternehmen von Nicht-Familienunternehmen in irgendeiner Weise unterscheiden. Dasselbe gilt für die Frage, welche Besonderheiten Unternehmerfamilien von sonstigen Familien unterscheiden.

Außerdem soll aufgezeigt werden, in welcher Phase und in welchen Situationen spezieller Beratungsbedarf bei Familienunternehmen und Unternehmerfamilien entsteht, der bei Nicht-Familienunternehmen nicht oder nicht in dieser Weise vorkommt.

Letztlich wird der Frage nachgegangen, ob die Begriffe Familienunternehmen und Unternehmerfamilie in der Wirklichkeit über die bloße Begrifflichkeit hinaus auch noch andere Gemeinsamkeiten vermitteln.

2 Definition des Familienunternehmens

Der Begriff Familienunternehmen ist kein Begriff mit rechtlicher Bedeutung. Sucht man den Begriff bei Wikipedia, findet man folgende Definition: »Als Familienunternehmen oder auch Familienbetrieb wird ein Unternehmen bezeichnet, wenn es maßgeblich von einer Familie oder einem in der Anzahl beschränkten Eigentümerkreis mit verwandtschaftlichen Beziehungen beeinflusst wird.« Diese Definition gibt aber keinerlei Auskunft über die Besonderheiten von Familienunternehmen und ist sowohl für die rechtliche Einordnung als auch für die Einschätzung der wirtschaftlichen Bedeutung nicht aussagekräftig. Es steht dabei aber fest, dass damit die Spannweite des Begriffs außerordentlich weit reicht. Sie umfasst sowohl den Betrieb des selbstständigen Handwerksmeisters und reicht bis zu dem börsennotierten international tätigen Großunternehmen, dessen einflussbestimmende Anteile sich in der Hand einer Familie oder mehrerer miteinander verbundener Familien befinden. Maßgeblich ist

aber der Gesichtspunkt der Familie. Eine Familie besteht aus einer unterschiedlich großen Anzahl von natürlichen Personen, die einander verwandtschaftlich verbunden sind. Bei Unternehmen der ersten Generation (gründergeführte und beherrschte Unternehmen) handelt es sich typischerweise um die Familie des Gründers oder der Gründungsgesellschafter. Bereits bei Unternehmen der zweiten Generation wird der Begriff der Familie weiter zu fassen sein. Bei Unternehmen, die auch in späteren Generationen noch dem Einfluss einer Familie unterliegen und daher als Familienunternehmen gekennzeichnet werden, kommt es bei der Definition der »Familie« letztlich darauf an, dass sich die Anteilseigner verwandtschaftlich auf den oder die Unternehmensgründer zurückführen lassen. Das bedeutet auch, dass die Größe der Familie keine Aussagekraft im Hinblick auf die Frage hat, ob das Unternehmen als Familienunternehmen einzustufen ist. Unternehmen, deren Anteilseigner selbst keine natürlichen Personen sind, scheiden daher durch diese Definition als Familienunternehmen aus.

Bei der Frage, ob eine Familie Einfluss ausüben kann, gibt es verschiedene Möglichkeiten. Dabei kommt es nicht allein auf die Mehrheitsverhältnisse in der Gesellschafterversammlung an, auch wenn die Mehrheit der Stimmrechte ein klares Indiz für den Einfluss der Familie auf die Geschicke des Unternehmens ist. Ein maßgeblicher Einfluss kann sich vielmehr auch aus anderen Gesichtspunkten ergeben. So kann auch eine Minderheitsbeteiligung bei einer Publikumsgesellschaft aufgrund der nie vollständigen Präsenz in der Hauptversammlung rein faktisch zu einer Beherrschung führen. Der Einfluss kann aber auch durch eine Kombination der Stimmrechte mit anderen Faktoren gesichert werden. Bei börsennotierten Gesellschaften sichert auch eine relative Mehrheit in Kombination mit dem Einfluss auf die Besetzung des Aufsichtsrats und somit mittelbar auch der Geschäftsleitung Einfluss auf das Unternehmen. Dies gilt etwa für den Einfluss der Familien *Quandt/Klatten* auf die *BMW AG* oder den Einfluss der Familien *Porsche/Piëch* auf *Volkswagen*.

Aber immerhin eignet sich die vorstehende Definition zur negativen Abgrenzung. Demzufolge handelt es sich nicht um Familienunternehmen bei Unternehmen, bei denen es eine größere Zahl von anonymen, nicht über Familienbande verbundene Anteilseigner gibt. Auch Unternehmen, die börsennotiert sind, ohne dass einzelne Aktionäre oder einzelne Aktionärsgruppen maßgeblichen Einfluss hätten, scheiden unter dieser Definition unter dem Begriff Familienunternehmen aus. Schließlich sind Unternehmen, die institutionellen Investoren gehören, nicht von dieser Definition erfasst. Dasselbe gilt für Unternehmen, die zum öffentlichen Sektor gehören, sich also mehrheitlich unmittelbar oder mittelbar im Besitz der öffentlichen Hand befinden. Unternehmen, die von gemeinnützigen oder nicht gemeinnützigen Stiftungen gehalten werden, sind in der Regel keine Familienunternehmen. Dies gilt jedoch nur eingeschränkt für diejenigen Unternehmen, deren Anteilseigner etwa eine Familienstiftung ist, in der der Wille der Familie, die die Stiftung ins Leben gerufen hat, immerhin mittelbar in dem Beteiligungsunternehmen perpetuiert wird.

Abhängige Unternehmen innerhalb eines Konzerns können schon wegen des fehlenden Bezuges zu natürlichen Personen selbst nicht Familienunternehmen sein, wohl aber kann die Konzernspitze selbst unter die Definition des Familienunternehmens fal-

len. So kann man z. B. die *Volkswagen AG*, die *Henkel AG & Co KGaA* oder *METRO AG* ohne weiteres als Familienunternehmen bezeichnen.

Neben der bloßen Berücksichtigung der Anteilseignerstruktur kann man bei der Definition der Familienunternehmen eine zusätzliche Kategorie, nämlich die Kategorie der »familiengeführten« Unternehmen berücksichtigen. Dies führt aber zu einer meines Erachtens unzutreffenden Einengung des Begriffs des Familienunternehmens. Dieser Gruppe sind diejenigen Unternehmen zuzuordnen, bei denen nicht nur die maßgebliche Mehrheit der Geschäftsanteile in der Hand einer Familie im weiteren Sinne liegt oder eine Familie sonst maßgeblich Einfluss ausübt, sondern Unternehmen, bei denen Mitglieder dieser Familie auch das Unternehmen selbst im Management führen.

Der Begriff des Familienunternehmens hat demzufolge eine weite und eine engere Komponente. Es gibt Familienunternehmen, bei denen lediglich die Anteilseignerstruktur zur Einordnung in die Kategorie führt, und andere Familienunternehmen, bei denen die Anteilseignerstruktur diesem Begriff entspricht und darüber hinaus jedoch auch Familienmitglieder im Management des Unternehmens bestimmend tätig sind. Gerade dann, wenn der durch die Beteiligungsverhältnisse vermittelte Einfluss allein nicht zu einer Einordnung in die Gruppe der Familienunternehmen führt, kann der Einfluss im Management in Kombination mit den Beteiligungsverhältnissen das Unternehmen zum Familienunternehmen machen.

Demzufolge definiert die Stiftung Familienunternehmen für ihre Zwecke das Familienunternehmen wie folgt¹:

»Ein Unternehmen beliebiger Größe ist ein Familienunternehmen, wenn:

1. *sich die Mehrheit der Entscheidungsrechte im Besitz der natürlichen Person(en), die das Unternehmen gegründet hat/haben, der natürlichen Person(en), die das Gesellschaftskapital des Unternehmens erworben hat/haben oder im Besitz ihrer Ehepartner, Eltern, ihres Kindes oder der direkten Erben ihres Kindes befindet, und*
2. *die Mehrheit der Entscheidungsrechte direkt oder indirekt besteht, und/oder*
3. *mindestens ein Vertreter der Familie oder der Angehörigen offiziell an der Leitung bzw. Kontrolle des Unternehmens beteiligt ist.*«

Wenn es auch bei Familienunternehmen nicht zwangsläufig so sein muss, dass Familienmitglieder im Management sind, ist es auf der anderen Seite durchaus geradezu typisch für Familienunternehmen in der Gründerphase, dass die Familie oder die Familien der Anteilseigner das Management stellen. Allerdings gibt es in der Praxis gerade in der Gründerphase auch Unternehmen, in denen die Familie der Anteilseigner zwar über die Beteiligungsverhältnisse maßgeblichen Einfluss hat, jedoch am Management nicht beteiligt ist. Das ist etwa bei Start-ups der Fall. Hier steht nicht das unternehmerische Engagement der Familie im Vordergrund. Die Familie agiert lediglich wie ein Finanzinvestor. Solange es daher bei dem Einfluss über die Beteiligungsverhältnisse bleibt, können diese Unternehmen nicht als Familienunternehmen bezeichnet werden.

¹ <http://www.familienunternehmen.de/de/definition-familienunternehmen>, Abrufdatum 01.02.2016.

Schwierigkeiten bereitet die obige Definition in der Praxis gerade dann, wenn das zunächst eigentümergeführte Familienunternehmen nicht oder nicht mehr ausschließlich auf Familienmitglieder zurückgreifen kann oder will, wenn es um die Besetzung der Stellen in der Unternehmensleitung geht. Auch wenn dies typischerweise nicht in der ersten oder zweiten Generation praktisch relevant wird, zeigt sich durch die Überlegung doch, dass das Abstellen auf einen Einfluss in der Unternehmensleitung durch eine entsprechende Position, die von Mitgliedern der Familie ausgeübt wird, den Begriff des Familienunternehmens zu Unrecht zu stark einengt. Wenn das Unternehmen außer der Geschäftsführung keine weiteren Organe als die Anteilseignerversammlung hat, bestimmt doch die Familie die Leitsätze für die Unternehmensführung. Dies gilt jedenfalls für alle Rechtsformen mit Ausnahme der AG und der KGaA, bei denen ein Aufsichtsrat zu den zwingenden gesetzlichen Organen gehört. Der Einfluss der Anteilseigner zeigt sich letztlich dadurch, dass diese frei sind, das Management zu bestimmen, unabhängig davon, ob es zur Familie gehört oder ob es sich um fremde Manager handelt. Die rechtliche Besonderheit liegt also darin, dass die Anteilseigner zwar nicht selbst durch einen ihrer Vertreter im Management aktiv sein müssen, sondern es ihnen jederzeit freisteht, das Management auszuwechseln. Ein weiter gehender Einfluss als die freie Entscheidung, das Management abzulösen, das den Vorstellungen der Familie nicht oder nicht mehr entspricht, ist schwerlich vorstellbar. Soweit die Familie also diese Möglichkeit hat, kann es auf eine eigene Repräsentanz innerhalb des Managements bei der Definition des Familienunternehmens nicht ankommen.

Für die Begriffsbestimmung des Familienunternehmens ist der rechtliche Rahmen, also die Rechtsform des Unternehmens, im Ergebnis völlig unbedeutend. Wie bereits gezeigt, kann Familienunternehmen im Sinne der vorgenannten Definition das Einzelkaufmännische Unternehmen sein, aber auch die börsennotierte, von einer Familie beeinflusste AG. Die Rechtsform ist bei der Begriffsbestimmung des Familienunternehmens also nicht hilfreich. Dies wird auch dadurch belegt, dass fast für alle Rechtsformen, die am Markt erscheinen, Familienunternehmen in etwa mit gleichen Anteilen vertreten sind. So ist der Anteil bei Personengesellschaften mit 83 % nur unwesentlich höher als der Anteil bei Kapitalgesellschaften mit 76 %.² Auf der anderen Seite bilden die rechtlichen Regelungen, die aufgrund der Rechtsform des Unternehmens beachtet werden müssen, einen wichtigen Rahmen, um diejenigen Gesichtspunkte, die typischerweise bei Familienunternehmen einer Regelung bedürfen, auch zu regeln. Rechtsformen, die diese rechtlichen Möglichkeiten nicht oder nur eingeschränkt bieten, sollten daher als Gestaltungsmodell für Familienunternehmen nicht gewählt werden.

Bei Familienunternehmen besteht typischerweise ein Interesse, das Unternehmen langfristig in der Hand der Familie zu behalten. Dieses Fortführungsinteresse ist ein weiteres Merkmal der Familienunternehmen und bestimmt auch (anders als bei Publikumsgesellschaften) das Verhalten der Gesellschafter. Dabei spielt bei Familienunternehmen gerade bei der Entwicklung in die zweite Generation und danach in weitere Generationen eine Rolle, dass oftmals gerade Regelungen gewünscht werden, die innerhalb des Unternehmens das Familienunternehmen sichern. Regelungen also, die einen

² <http://www.familienunternehmen.de/de/daten-fakten-zahlen>, Abrufdatum 21.09.2015.

Eintritt von fremden Gesellschaftern, seien es natürliche Personen, seien es Finanzinvestoren oder andere rechtliche Einheiten, verhindern oder zumindest erschweren. In gleicher Weise kann es im Familienunternehmen eine Rolle spielen, dass die Gesellschafter der ersten und auch der zweiten Generation ein Interesse daran haben, dass der Gesellschafterkreis in den folgenden Generationen nicht zu unüberschaubar und vor allem inhomogen wird. Zu denken ist an Regelungen, die die Nachfolge in den Gesellschafterkreis des Familienunternehmens etwa dahingehend beschränken, dass aus jedem Familienstamm nur einer oder eine überschaubare Zahl von Nachfolgern in den Gesellschafterkreis einrücken kann oder dass zumindest die Stimmabgabe in Gesellschafterversammlungen einheitlich und konzentriert durch einen Gesellschafter für jeden Familienstamm erfolgt.

Die Größe des Familienunternehmens ist für die Definition völlig unerheblich. Neben dem Einzelunternehmen, das typischerweise ein Familienunternehmen ist, können auch große mittelständische Unternehmen oder sogar weltweit tätige Konzerne unter die Definition der Familienunternehmen gefasst werden. Nach der Statistik über die bundesweit größten Unternehmen gehören zu den 20 größten Unternehmen, u. a. mit der *Volkswagen AG*, der *Metro AG*, der *BMW-Group*, der *Schwarz-Gruppe (Lidl)* und *Aldi*, immerhin mindestens 54 Familienunternehmen.³

Für die Konzeption dieses Buches wird die Definition des Familienunternehmens jedoch nicht etwa auf die Anteilseignerstruktur, die sich auf die erste Generation bezieht, beschränkt und es setzt auch nicht eine Beteiligung der Familie des Mehrheitsanteilseigners im Management voraus. Wie zu zeigen sein wird, gibt es in Deutschland eine erhebliche Anzahl auch großer Familienunternehmen, die über mehrere Generationen erfolgreich am Markt agiert haben. Gerade der Wechsel von einem unmittelbar von dem Gründer und seiner Familie gehaltenen Unternehmen zu einem Unternehmen mit wegen der Generationenfolge immer größer werdender Familie und demzufolge einer größeren und komplexeren Eigentümerstruktur bringt typische rechtliche und tatsächliche Probleme, auf die im Folgenden eingegangen werden soll. Dasselbe gilt für die Frage, die auch bei Familienunternehmen der zweiten Generation, aber jedenfalls in weiteren Generationen immer eine Rolle spielt, die Frage nämlich, ob es zwingend ist, dass Mitglieder der Familie auch in der Unternehmensleitung tätig sind.

³ <http://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/familienunternehmen-das-sind-deutschlands-groesste-familienunternehmen-a-978308.html>; <http://de.statista.com/statistik/daten/studie/12917/umfrage/rangliste-der-500-groessten-unternehmen-deutschlands/>

3 Volkswirtschaftliche Bedeutung

Betrachtet man die Zahlen der verschiedensten volkswirtschaftlichen Faktoren, so zeigt sich deutlich, dass Familienunternehmen die deutsche Wirtschaft tragen. Nach den von der *Stiftung Familienunternehmen* auf der Grundlage einer 2014 erstellten Studie veröffentlichten Zahlen⁴ sind 2,4 Mio., d. h. 91 % aller deutschen Unternehmen (ohne den öffentlichen Sektor) familienkontrollierte Unternehmen: Sie erzielen 48 % aller Umsätze auf dem deutschen Markt. 56 % aller sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisse in Deutschland bestehen bei diesen Unternehmen. Nach der vorgenannten Untersuchung entspricht der Anteil der Familienunternehmen am Bruttoinlandsprodukt in etwa ihrem Anteil am Gesamtumsatz der deutschen Wirtschaft.

Erstaunlicherweise ist der Teil der eigentümergeführten Familienunternehmen mit 88 % aller Unternehmen außerhalb des öffentlichen Sektors nur unwesentlich kleiner. Der Anteil dieser Unternehmen aller Umsätze am deutschen Markt beträgt erstaunliche 44 % und immerhin 53 % aller Beschäftigten in Deutschland arbeiten hier.

Die weitaus größte Anzahl der Familienunternehmen sind mit 95 % kleine Unternehmen mit einem Umsatz von weniger als 1 Mio. € im Jahr. Aber auch 41 % der Unternehmen mit einem Umsatz von mehr als 50 Mio. € sind familienkontrollierte Unternehmen. Dies spiegelt sich auch bei der Anzahl der Mitarbeiter wider. 93 % der Unternehmen mit weniger als zehn Mitarbeitern und 84 % der Unternehmen mit bis zu 50 Mitarbeitern sind Familienunternehmen. Immerhin sind aber auch 23 % der Unternehmen mit 500 oder mehr Mitarbeitern Familienunternehmen. Selbst unter den größten Unternehmen in Deutschland findet sich eine sehr hohe Anzahl von Familienunternehmen.

Familienunternehmen sind entsprechend ihrem Anteil an der Anzahl der gesamten Unternehmen in Deutschland auch in allen Branchen entsprechend ihrem Anteil an der Gesamtzahl der Unternehmen in der Volkswirtschaft vertreten. Lediglich in den Bereichen Bergbau, Energie- und Wasserversorgung sowie Entsorgung ist ihr Anteil deutlich kleiner. Dies erklärt sich aber einfach daraus, dass die letztgenannten Branchen typischerweise von der öffentlichen Hand bedient werden und dass der Markt der Bergbauunternehmen historisch bedingt Publikumsgesellschaften vorbehalten war.

Nach dem Ergebnis der Untersuchungen haben Familienunternehmen eine signifikant höhere Eigenkapitalquote als der Durchschnitt der deutschen Wirtschaft.⁵ Dies wird zum einen damit erklärt, dass wegen der engeren persönlichen Bindung der Gesellschafter an das Unternehmen diese eher bereit sind, zu Gunsten der Kapitalausstattung des Unternehmens auf die Ausschüttung der Gewinne zu verzichten bzw. eher bereit sind, aus ihrem Privatvermögen Mittel zur Finanzierung des Unternehmens zur Verfügung zu stellen. Dies führt auch wegen der damit verbundenen größeren Unabhängigkeit von fremden Kapitalgebern zumeist zu einer höheren Unabhängigkeit. Auf

⁴ *Stiftung Familienunternehmen* (Hrsg.), 2011; Zahlen unter <http://www.familienunternehmen.de/de/daten-fakten-zahlen>, Abrufdatum 21.09.2015.

⁵ *Stiftung Familienunternehmen*, 2011, 3.3.4 mit weiteren Nachweisen.

der anderen Seite schränkt es den Spielraum für Investitionen und Wachstum auch manchmal ein. Die Einstellung der Gesellschafter von Familiengesellschaften, sich mit dem Familienunternehmen und seinem Schicksal zu identifizieren, führt zudem in der Krise des Unternehmens oftmals zu Situationen, in denen die Familiengesellschafter aus dem Privatvermögen dem Unternehmen Mittel zuführen, weil aufgrund der wirtschaftlichen Situation kein Fremdkapitalgeber mehr bereit ist, das Unternehmen zu stützen. Wenn sich Fremdkapitalgeber finden, verlangen diese in der Regel eine Besicherung der Kredite im Vermögen der Anteilseigner. Diese enge Verbindung zwischen den wirtschaftlichen Interessen des Unternehmens und der engen subjektiven Bindung der Familie an das Unternehmen beinhaltet das Risiko, dass zu Gunsten des Familienunternehmens auch das private Vermögen aufs Spiel gesetzt wird. Insbesondere bei mittelgroßen Familiengesellschaften geht dann die Insolvenz der Gesellschaft mit wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Eigentümerfamilie einher. In derartigen Situationen ist es Aufgabe professioneller Berater, die Familie vor der Übernahme zusätzlicher Risiken für das private Vermögen zu schützen.

Noch nicht wissenschaftlich abgesichert ist die Frage, ob Familienunternehmen innovativer sind als Nicht-Familienunternehmen. Nach der Mannheimer Studie ⁶ lässt sich kein signifikanter Unterschied beim Innovationsverhalten feststellen. Die These, dass familiengeführte Unternehmen innovativer sind als nicht familienbestimmte Unternehmen, lässt sich jedenfalls nicht wissenschaftlich belegen. Gerade erfolgreiche Gründerunternehmer zeichnen sich durch eine hohe Innovationskraft aus, die oftmals den Erfolg ihrer Unternehmensgründung ausmacht. Im Laufe der Zeit ist jedoch nicht immer sichergestellt, dass die Innovationsideen des Gründerunternehmers auch fortgeführt werden können. Zumindest für kleinere und mittlere Familienunternehmen sind es auch die begrenzten finanziellen Ressourcen und die Zurückhaltung gegenüber Fremdkapitalgebern, die die Innovationskraft einschränken.

Die angeführten Fakten belegen eindrucksvoll, dass die deutsche Volkswirtschaft ganz wesentlich von Familienunternehmen geprägt ist. Dies ist auch dadurch erklärbar, dass die deutsche Wirtschaft von jeher nicht durch Konzerne, große Konglomerate oder vom öffentlichen Sektor gehaltene Unternehmen wie in anderen Ländern bestimmt wird.

⁶ Stiftung Familienunternehmen, 2011, 3.3.5 mit weiteren Nachweisen.

4 Familienunternehmen der ersten Generation

Unter Familienunternehmen der ersten Generation werden hier solche Unternehmen verstanden, die von Mitgliedern der Familie gegründet oder von einem Dritten erworben wurden. Man kann sie auch als Gründerunternehmen oder gründergeführte Unternehmen bezeichnen. In dieser ersten Phase des Unternehmens liegt der Schwerpunkt im Aufbau des Geschäfts und allen Facetten der Etablierung des Unternehmens am Markt.

Aus juristischer Sicht besteht hier grundsätzlich kein Unterschied zu den übrigen beteiligten Unternehmen am Markt. Oftmals ist bis zu diesem Zeitpunkt auch noch überhaupt nicht klar, ob das Unternehmen fortbesteht und sich so überhaupt die Frage nach der Fortführung in der nächsten Generation stellt. Allerdings spielt bei Familienunternehmen der ersten Generation die Frage der Rechtsform anders als bei anderen Unternehmen durchaus eine bedeutende Rolle. Dabei geht es nicht um die rechtlichen Besonderheiten und überhaupt um die Möglichkeit der Beteiligung der Familie, sondern es geht darum, gerade am Beginn der unternehmerischen Tätigkeit eine rechtliche Struktur zu finden, die beispielsweise Haftungsrisiken begrenzt oder ausschließt. Die Frage der Beteiligung von Familienmitgliedern am Vermögen oder im Management stellt sich in der Anfangsphase typischerweise nicht. Einzelunternehmen erfüllen regelmäßig die Voraussetzungen der Definition von Familienunternehmen. Sie werden vom Einzelunternehmer geführt und dieser hält auch das gesamte Vermögen. Damit verbunden ist auch die persönliche Haftung mit dem gesamten persönlichen Vermögen. Berücksichtigt man, dass weniger als die Hälfte der neu gegründeten Unternehmen die ersten drei Jahre nach ihrer Gründung überleben, erstaunt es umso mehr, dass dennoch viele Unternehmen nicht in einer haftungsbeschränkenden Rechtsform gegründet werden. Dies gilt umso mehr, als mit der Unternehmergesellschaft seit einigen Jahren eine haftungsbeschränkende Rechtsform zur Verfügung steht. Daneben lässt sich die Haftungsbeschränkung auch bei nur einem Unternehmer ohne Einbeziehung der Familie oder von Mitunternehmern durch die Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder einer GmbH & Co. KG, bei der der Gründerunternehmer einziger Kommanditist und Alleingesellschafter der GmbH ist, erreichen. Die Frage der Rechtsform spielt allerdings nicht nur für die Haftung, sondern auch noch für die Frage der Finanzierung eine Rolle. Es besteht die Möglichkeit, etwa eine Unternehmergesellschaft de facto ohne Stammkapital und persönliche Haftung zu gründen, wohingegen die Gründung einer GmbH eine Einlage von mindestens 12.500 € und auch die Gründung einer KG zwar keine gesetzlich zwingende Kapitalanlage verlangt, jedoch spätestens bei der Gründung einer GmbH & Co. KG die Mindestanforderungen für die GmbH zu erfüllen sind.

Bei der Auswahl dieser Alternativen kann unter anderem der Unterschied in der steuerlichen Behandlung eine Rolle spielen. Bei der Personengesellschaft besteht die Möglichkeit, jedenfalls bis zur vereinbarten Haftungseinlage die Anlaufverluste steu-

erlich geltend zu machen, d. h. mit anderen Einkünften zu verrechnen oder jedenfalls bei der Ermittlung der persönlichen Steuer als Verluste vorzutragen, bei der GmbH bestehen diese Möglichkeiten nicht. Diese kann die Anlaufverluste lediglich vortragen und mit zukünftigen Gewinnen verrechnen. Eine weitere Frage aus der Liste der Gesichtspunkte, die in dieser Phase zu beachten sind, ist etwa die Frage, wie die Rechtsform genutzt werden soll, um die Vergütung des Unternehmers und etwa die Ausgaben für die Altersversorgung des Geschäftsführers als Betriebsausgabe steuerlich geltend zu machen. Auf weitere Einzelheiten braucht hier nicht eingegangen zu werden.

Festzuhalten ist jedenfalls, dass dann, wenn der Gründerunternehmer seine geschäftlichen Aktivitäten nicht als Einzelunternehmer beginnt, bereits besondere Anforderungen an die rechtliche Gestaltung des Unternehmens erforderlich sind.

Im Übrigen gelten für dieses Familienunternehmen die ganz allgemeinen rechtlichen Rahmenbedingungen und Vorschriften wie für jedes andere Unternehmen. Aus seinem Status als familiengeführtes Unternehmen ergeben sich keine Besonderheiten.

Wenn das Unternehmen gut floriert und expandieren soll, besteht häufig zusätzlicher Finanzierungsbedarf. Anders als bei Konzernunternehmen steht in der Familie keine andere Finanzierungsquelle zur Verfügung. Es stellt sich in diesem Zusammenhang oftmals die Frage, ob für die Finanzierung trotz der haftungsbeschränkenden Rechtsform nicht nur die Familiengesellschaft selbst, sondern auch ihre Gesellschafter haften. Derartige zusätzliche Haftungsübernahmen werden von den Geschäftsbanken in aller Regel bei Investitionskrediten verlangt. Es sollte gerade in der Anfangsphase jedoch darauf geachtet werden, dass die Finanzierung nur so erfolgt, dass bei einem krisenhaften Szenario in der Gesellschaft nicht auch die Familie als solche in wirtschaftliche Schwierigkeiten gerät. Hier können öffentliche Förderprogramme für Existenzgründung oder die Expansion kleiner oder mittlerer Unternehmen (KMU) eine gute Unterstützung darstellen. Diese verlangen zwar in der Regel auch einen Eigenanteil, relativieren aber die Größenordnung der persönlichen Haftung.

Hat sich das Familienunternehmen gut etabliert, stellen sich die für Familienunternehmen typischen Fragestellungen dann, wenn es um die Frage geht, ob das Unternehmen bei altersbedingtem Ausscheiden des Gründerunternehmers »in der Familie« fortgeführt werden soll. Der Unternehmer muss sich die Frage stellen, ob auch andere Mitglieder der Familie der nächsten Generation in das Unternehmen bei der Leitung des Unternehmens und/oder bei der rechtlichen Beteiligung eintreten sollen. Alternativ sind zu einer familienorientierten Nachfolgeregelung auch Möglichkeiten außerhalb der Familie, wie ein vollständiger Verkauf des Unternehmens, die Übertragung an Mitarbeiter oder gar eine Liquidation in Betracht zu ziehen. Letztlich entscheidet sich in dieser Phase, ob das Unternehmen auf Dauer als von der Familie des Gründerunternehmers geprägtes Unternehmen fortbestehen soll oder ob dies wegen der persönlichen Verhältnisse in der Familie nicht in Betracht kommt. Dabei ist die Frage der Nachfolge im Vermögen im Grundsatz wesentlich leichter zu beantworten als die Frage nach der Nachfolge in der Unternehmensleitung. Auch wenn das Familienunternehmen in der ersten Generation typischerweise sehr stark vom Gründer bestimmt wird, kann dennoch die Übertragung der vermögensmäßigen Beteiligung in die nächste Generation leichter erreicht werden als eine Kontinuität in der Unternehmensleitung durch die

Einbeziehung von Mitgliedern der nächsten Generation. Hier muss der Gründerunternehmer entscheiden, ob aufgrund der persönlichen Verhältnisse im Unternehmen und der Familie das Unternehmen als Familienunternehmen in die nächste Generation geführt werden soll und kann. Dabei stellt sich die Frage, ob in der Familie Personen der nächsten Generation zur Verfügung stehen, die in die Unternehmensleitung eintreten und so dort für Kontinuität der Präsenz der Familie sorgen können. Aber auch die Nachfolge im Vermögen bedarf der guten Planung. Dies gilt nicht nur wegen der etwa anstehenden Erbschaftsteuerbelastung, die eine Nachfolgeregelung torpedieren kann. Vielmehr sind auch nicht immer alle Mitglieder der nächsten Generation bereit, unternehmerische Verantwortung als Miteigentümer des Familienunternehmens zu übernehmen.

Hat sich der Unternehmer entschieden, das Unternehmen als Familienunternehmen fortzuführen, ist dies rechtlich umzusetzen. In dieser Phase geht es darum, rechtliche Strukturen zu schaffen, die mithilfe von klaren Regelungen über die Aufgaben und Kompetenzen der Mitglieder der Familie im Management den Eintritt von Familienmitgliedern der nächsten Generation in die Unternehmensleitung strukturieren. Aber auch die Frage des Eintritts von Mitgliedern der nächsten Generation in die Vermögenspositionen darf nicht dem Zufall überlassen werden. Zwar erfolgt ohne individuell gestaltete Nachfolgeregelung auch aufgrund der gesetzlichen Vorschriften des Erbrechts eine Nachfolge in das Unternehmensvermögen. Dabei werden aber die persönlichen Verhältnisse der Familie, vor allem aber die persönlichen Vorstellungen des Gründerunternehmers über die zukünftige Gestaltung des Unternehmens nicht berücksichtigt werden. In Kombination mit der Einbindung der nächsten Generation in das Management bietet sich hier die Notwendigkeit und auch Chance einer integrierten Nachfolgeplanung, die nicht nur das Vermögen, sondern auch das Management umfasst. Dabei ist nicht nur an diejenigen Mitglieder der Familie zu denken, die als Nachfolger im Management und/oder im Vermögen in Betracht kommen, sondern es ist auch dafür Sorge zu tragen, dass die in der Vermögensnachfolge nicht berücksichtigten gesetzlichen Erben durch ihre Pflichtteilsansprüche die Liquidität der eingesetzten Unternehmenserben nicht über Gebühr belasten. In diesem Zusammenhang ist über eine umfassende gesellschaftsrechtliche und erbrechtliche Regelung der Nachfolge nachzudenken. Gemeinschaftliche Testamente oder Erbverträge sind so zu gestalten, dass sie nicht nur das Privatvermögen, sondern auch das Unternehmensvermögen sinnvoll zum Gegenstand haben. Auch die Position derjenigen Mitglieder der Familie, die am Unternehmen kein Interesse haben, muss angemessen berücksichtigt werden. Will der Unternehmer daher seine Interessen für die zukünftige Entwicklung des Unternehmens in Kontinuität gewahrt wissen, muss er eine erbrechtliche Regelung treffen, die diesem Umstand Rechnung trägt. Gefragt ist also ein umfassendes Unternehmertestament. Diese erbrechtliche Regelung ist zudem mit der gesellschaftsrechtlichen Regelung (wenn das Unternehmen als Gesellschaft und nicht als Einzelunternehmen geführt wird) zu verzahnen. Selbst wenn diese Nachfolgeregelungen erst mit dem Tod des Unternehmensgründers wirksam werden, ist dringend anzuraten, dass diese noch zu Lebzeiten mit den Beteiligten abgestimmt und kommuniziert werden. Dies gilt insbesondere dann, wenn die

nächste Generation bei der Nachfolge im Vermögen und/oder im Management eine aktive Rolle spielen soll.

Um eine sinnvolle und kontinuierliche Fortführung des Familienunternehmens zu sichern, ist es oft empfehlenswert, nicht nur Regelungen über das Schicksal des Unternehmens nach einem Erbfall zu treffen, sondern auch die frühzeitige Einbeziehung der nächsten Generation in die Eigentümerstellung und erst recht in die Unternehmensleitung zu regeln. Eine solche Regelung geht über die bloße rechtliche Gestaltung einer vorweggenommenen Erbfolge hinaus. Gerade bei der Einbindung der nächsten Generation in die Unternehmensleitung ist vielmehr eine frühzeitige Planung und Abstimmung mit den dafür vorgesehenen Mitgliedern der Familie erforderlich.

In dieser Situation stellt sich die Frage, wer aus der Familie überhaupt als Nachfolge im Vermögen und oder dem Management in Betracht kommt. Dabei ist es denkbar, dass mehrere Mitglieder der nächsten Generation im Management tätig werden können oder auch nur einer in das Unternehmensmanagement eintritt. Schließlich sind auch Situationen nicht selten, in denen aus der Familie heraus für die Nachfolge im Management kein Nachfolger der nächsten Generation in Sicht ist. In dieser Konstellation geht es darum, das Unternehmen im Management so aufzustellen, dass es nicht von Managementkapazitäten innerhalb der Familie abhängig ist. Auf der anderen Seite soll das Vermögen in der Familie erhalten werden, um später einmal Mitgliedern der übernächsten Generation eine Chance zu geben, ihre berufliche Zukunft im Unternehmen der Familie zu sehen.

Spätestens beim Übergang der Unternehmen in die nächste Generation bzw. in der Phase, in der sich der Unternehmer entscheidet, ob das Familienunternehmen in weiteren Generationen geführt wird, spielt auch die Frage eine Rolle, ob anstatt einer Nachfolgeregelung innerhalb der Familie eine Nachfolgeregelung außerhalb der Familie in Betracht kommt. Dies gilt sowohl für die Nachfolge im Vermögen durch einen Verkauf des Unternehmens an fremde Dritte, strategische Investoren, Finanzinvestoren oder Mitarbeiter des Unternehmens als auch für die Nachfolge im Management durch die Einstellung fremder Dritter für die Unternehmensleitung.

In dieser Lebensphase des Gründerunternehmers (und auch des Familienunternehmens) findet die Weichenstellung statt, ob das Gründerunternehmen als Familienunternehmen in die nächste Generation wechseln oder im Management und/oder im Vermögen an fremde Dritte übergeben wird. Beide Gesichtspunkte hängen unmittelbar miteinander zusammen. Allerdings ist in aller Regel eine Einbeziehung von Mitgliedern der Familie nicht gewünscht, wenn die Nachfolge im Vermögen nicht innerhalb der Familie, sondern durch die Übertragung an Dritte erfolgt. Leichter ist der umgekehrte Fall, denn eine teilweise oder vollständige Übertragung des Vermögens in der Familie setzt nicht zwingend die Beteiligung der Mitglieder der Familie im Management voraus.

Für welchen Weg der Gründerunternehmer sich auch immer entscheidet, spätestens in dieser Phase entsteht umfassender Bedarf nach einer integrierten rechtlichen und wirtschaftlichen Beratung. Etwa gewünschte erbrechtliche Regelungen in einem Unternehmertestament oder Regelungen über die vorweggenommene Erbfolge durch Übertragung von (Teilen) des Unternehmens in die nächste Generation bedürfen der

sorgfältigen juristischen Formulierung. Vor allem aber müssen sie mit den gesellschaftsrechtlichen Regelungen genau abgestimmt werden, um zu vermeiden, dass eine exzellente Regelung zur Nachfolge auf der erbrechtlichen Ebene dadurch konterkariert wird, dass die gesellschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen des Unternehmens derartige Regelungen nicht zulassen oder diese aus gesellschaftsrechtlichen Gründen mit nicht tragbaren finanziellen Lasten einhergehen. Mit einer frühzeitigen durchdachten Nachfolgeregelung, die nicht nur die aktuelle Situation des Unternehmens abbildet, sondern die Regelungen antizipiert, die für das Unternehmen in der zweiten und den Folgegenerationen gelten sollen, hat es der Gründerunternehmer in der Hand, das von ihm auf den Weg gebrachte Unternehmen auf Dauer als Familienunternehmen zu positionieren.

5 Familienunternehmen der nachfolgenden Generationen

Hat sich die Gründergeneration aus dem Unternehmen zurückgezogen oder aber zumindest Mitglieder der nächsten Generation der Familie in das Unternehmen im Management und/oder im Vermögen aufgenommen, hat das Unternehmen den eigentlichen Schritt zum Familienunternehmen erreicht, weil seine Zukunft von der Familie getragen werden soll.

In dieser Phase stellen sich zunächst alle rechtlichen und wirtschaftlichen Fragen des laufenden Geschäfts und der Marktentwicklung wie bei allen anderen nicht familiegebundenen Unternehmungen auch.

Spätestens dann, wenn Angehörige der ersten Nachfolgeneration, also typischerweise die Kinder des Gründers, am Vermögen des Unternehmens beteiligt sind, besteht aber Regelungsbedarf, der anders als beim Gründerunternehmer nicht mehr durch die alleinige Entscheidung des Gründers selbst, sondern durch mehrere Mitglieder der Familie zu bewältigen ist. Hierbei ist vor allem an eine Gestaltung der rechtlichen Grundlage des Unternehmens, typischerweise des Gesellschaftsvertrags zu denken. Dieser muss dem Umstand Rechnung tragen, dass nicht mehr nur ein allein bestimmender Gründerunternehmer am Vermögen der Gesellschaft beteiligt ist, sondern dass mehrere Mitglieder der Familie einen Gesellschafterkreis bilden, die nicht zwingend gleich gerichtete Interessen haben müssen. Dies gilt insbesondere dann, wenn einige Mitglieder der nächsten Generation im Unternehmen, eventuell sogar in der Geschäftsführung, tätig sind und sich das Interesse der anderen Mitglieder der Familie lediglich auf die Position als Anteilseigner konzentriert. Wenn die Verfassung des Unternehmens diese Situation nicht bereits antizipiert hat, etwa weil ein weitsichtiger Unternehmensgründer auch die Spielregeln für die nächste Generation im Gesellschaftsvertrag verankert hat, ist es erforderlich, dass eine interessengerechte Regelung gefunden wird, die

durch die Vermeidung von internen Konflikten dazu beiträgt, dass das Unternehmen zukunftsfähig ist.

Spätestens in dieser Situation sind die Gesellschafter gut beraten, die Verfassung des Unternehmens, den Gesellschaftsvertrag, der veränderten Sachlage anzupassen. Dabei ist es in der Praxis hilfreich, wenn diese Anpassung, die in aller Regel nur mit einer großen Mehrheit oder gar nur einstimmig möglich ist, in einer Periode erfolgt, in der die Gesellschafter trotz aller möglichen Interessengegensätze an einem Strang ziehen. Um das Familienunternehmen zukunftsfähig zu machen, ist es erforderlich im Gesellschaftsvertrag umfassende Regelungen einzuführen, die dem Umstand Rechnung tragen, dass einige Gesellschafter aktiv im Unternehmen tätig sind und andere nicht. Es ist auch daran zu denken, die Interessen des Unternehmens an einer Finanzierung aus sich selbst heraus im Einklang mit dem Interesse aller oder einiger Gesellschafter an einer angemessenen Gewinnausschüttung zu koordinieren. Dies gilt insbesondere dann, wenn im Unternehmen tätige Gesellschafter ihr Einkommen bereits durch die dort (zu Lasten aller Gesellschafter) bezogene Vergütung sichern.

Der Gesellschaftsvertrag sollte also Regelungen enthalten, die dem angemessenen Kompromiss zwischen einer Vollausschüttung des erwirtschafteten Ergebnisses und der finanziellen Zukunftsvorsorge für Investitionen und Expansion Rechnung trägt. Es kann sich empfehlen, die nicht im Unternehmen tätigen Gesellschafter dadurch in das laufende Geschäft des Unternehmens einzubinden, dass grundlegende Entscheidungen, die gemeinsam definiert werden, der Zustimmung der Gesellschafterversammlung bedürfen. Dies gilt erst recht für die in der Praxis oftmals sehr heikle Frage der Vergütung der tätigen Gesellschafter. Wenn die außenstehenden Gesellschafter auf diese Art und Weise durch klare Mitwirkungsregelungen angemessen in den Fortgang des Unternehmens eingebunden werden, lassen sich spätere Auseinandersetzungen frühzeitig vermeiden. Dies gilt in gleicher Weise für klare Regelungen über die Information der außenstehenden Gesellschafter. Je umfassender diese über das laufende Geschäft der Gesellschaft informiert werden, desto einfacher ist es ihren Konsens für zukunftsweisende Maßnahmen zu erhalten. Der damit verbundene Mehraufwand ist in einem gut geführten Unternehmen gering, da die EDV-gestützten Datensysteme der Gesellschaft ein Reporting an die Gesellschafter ohne Weiteres auswerfen und es ohnehin zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung gehört, die Kennzahlen des Unternehmens laufend zur Verfügung zu haben.

Auch ist es als Vorsorge für den worst case, den offenen Konflikt zwischen den Gesellschaftern, sinnvoll, ein Trennungsszenario im Gesellschaftsvertrag zu verankern, das den Interessen der Unternehmung am Fortbestand auch bei einem Austritt einzelner Gesellschafter und dem wirtschaftlichen Interesse kündigungswilliger Gesellschafter in ausgewogener Art und Weise Rechnung trägt. Dazu gehört auch bei Kapitalgesellschaften eine Regelung, die überhaupt eine Kündigung ermöglicht. Nach der gesetzlichen Regelung des GmbH-Gesetzes ist eine Kündigung der Beteiligung an einer GmbH normalerweise nicht vorgesehen. Hier muss durch klare Regelungen im Gesellschaftsvertrag ein Austrittsszenario ermöglicht werden. Der Austritt eines Familiengesellschafters kann bei Personengesellschaften zwar durch einfache Kündigung geschehen. Da das Ausscheiden eines Gesellschafters jedoch stets mit einer wirtschaft-

lichen Kompensation für die Aufgabe der Gesellschafterposition einhergeht, ist nicht nur eine Kündigungsregelung, sondern auch eine Regelung erforderlich, die die Abfindung für das Ausscheiden regelt. Das ist unter anderem deshalb sinnvoll, weil die Abfindungsforderungen ausscheidungswilliger Gesellschafter die finanziellen Möglichkeiten des Unternehmens und der verbleibenden Gesellschafter, typischerweise derjenigen, die im Unternehmen tätig sind, übersteigen können. Erforderlich sind deshalb nicht nur Regelungen über einen klaren und fairen Bewertungsmodus, sondern auch Überlegungen, ob eine ordnungsgemäß ermittelte Abfindung in voller Höhe sofort zu zahlen ist oder ob es eine Stundungsmöglichkeit (bei angemessener Verzinsung und ggf. Sicherstellung der Forderung) geben soll.

Um den Charakter des Unternehmens als Familienunternehmen zu sichern, sind auch Regelungen erforderlich, die verhindern, dass familienfremde Dritte in das Unternehmen als Gesellschafter eintreten, indem sie die Beteiligung eines Familiengesellschafters erwerben. Dies kann durch Kauf, aber auch durch Erbfall geschehen. Zu denken ist hier zunächst an bloße Zustimmungserfordernisse für die Anteilsübertragung durch die Gesellschaft selbst oder aufgrund eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung. Um die Anteile am Unternehmen gar nicht »auf den Markt« kommen zu lassen, ist es auch empfehlenswert, dem Umstand, dass andere Gesellschafter an dem Unternehmen festhalten wollen, Rechnung zu tragen und ihnen einen ersten Zugriff auf die Anteile von Gesellschaftern zu geben, die die Gesellschaft verlassen wollen. Diese gesellschaftsrechtlichen Regelungen können beispielsweise eine Andienungspflicht, ein Ankaufsrecht und/oder Vorkaufsrecht der übrigen Gesellschafter für den Fall vorsehen, dass ein Gesellschafter die Gesellschaft verlassen will.

Ebenfalls dem Charakter des Familienunternehmens immanent sind Regelungen, die eine Zersplitterung des Anteilseignerkreises einschränken. Dies kann zu erwägen sein, um die Anteilseignerschaft an einen engeren Familienbegriff zu knüpfen. Zur Familie im weiteren Sinne gehören nach der Gründergeneration nämlich alle weiteren Abkömmlinge (auch aus verschiedenen Ehen und aus außerehelichen Beziehungen), aber auch deren Ehegatten, unabhängig davon, ob die Ehe noch fortbesteht. Da die gesellschaftsrechtliche Beteiligung zum Vermögen eines Gesellschafter gehört, das im Erbfall grundsätzlich auf alle Erben übergeht, ist es nicht ausgeschlossen, dass fremde Dritte (etwa die Ehegatten und Lebensgefährten von verstorbenen Gesellschaftern) in die Gesellschafterposition einrücken. Dies kann entweder aufgrund der gesetzlichen Erbfolge oder aufgrund etwaiger letztwilliger Verfügungen geschehen. Spätestens im Kreis der Gesellschafter der ersten Nachfolgeneration empfiehlt es sich daher, sich darüber Gedanken zu machen, ob eine Zersplitterung oder eine Überfremdung des Gesellschafterkreises akzeptiert wird. Haben die derzeitigen Gesellschafter ein Interesse daran, dass das Unternehmen als Familienunternehmen im Kreis der engeren Familie fortgeführt wird, besteht Regelungsbedarf. Da es ausgeschlossen ist, auf erbrechtlichem Wege die Gesellschafter zu letztwilligen Verfügungen eines bestimmten Inhaltes zu verpflichten (§ 2302 BGB), muss und kann diese Problemkonstellation nur gesellschaftsrechtlich gelöst werden. Zu denken ist daher also an Klauseln im Gesellschaftsvertrag, wonach die Übertragung von Anteilen an Unternehmen jeweils nur auf einen von mehreren Erben als Nachfolger in Betracht kommt, an den dann auch noch

besondere Anforderungen geknüpft werden können (beispielsweise nur Abkömmlinge). In der Praxis verbreitet sind auch Regelungen, nach denen nur eine bestimmte Personengruppe als Nachfolger in Betracht kommt (beispielsweise nur Abkömmlinge). Lässt man den Übergang der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung auf eine Mehrzahl von Erben oder Vermächtnisnehmern zu, kann eine Regelung getroffen werden, nach der diese Gesellschaftergruppe ihre Gesellschafterrechte nur gemeinsam oder nur von einem ihrer Gruppe in der Gesellschafterversammlung wahrnehmen lassen kann. Bei all diesen Regelungen kann es sich — weil man zukünftige Entwicklungen nicht vorhersehen kann — anbieten, die Anforderungen an einen potenziellen Nachfolger in die Beteiligung im Gesellschaftsvertrag nicht zu regeln, sondern es den verbleibenden Gesellschaftern zu überlassen, ob sie die Gesellschaft mit dem Erben fortsetzen oder ob dieser aus dem Unternehmen ausscheidet und eine Abfindung erhält. Die vorgenannten Regelungen lassen sich auch beliebig kombinieren, so dass die individuelle Situation des Unternehmens und der Familiengeschafter optimal Berücksichtigung finden kann.

Entsprechendes gilt für die Nachfolge im Management. Die Zahl der potenziellen für die Nachfolge im Management in Betracht kommenden Familienmitglieder wird beim Weg des Familienunternehmens von der zweiten in die dritte Generation bereits deutlich größer. Es empfiehlt sich daher spätestens zu diesem Zeitpunkt Regelungen in das Statut des Familienunternehmens aufzunehmen, die sich mit der Frage beschäftigen, ob, wie und bei welcher Qualifikation Familienmitglieder in das Management des Unternehmens aufgenommen werden können oder müssen. Dies ist deswegen von Bedeutung, weil die Bestellung der Organe von Gesellschaften im gesetzlichen Normalfall Aufgabe der Gesellschafterversammlung ist. Die Neubestellung von Mitgliedern der Geschäftsführung ist von digitalem Interesse für das Unternehmen. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Geschäftsführer durch unvorhersehbare Ereignisse wie etwa Krankheit oder Tod aus ihrer Position ausscheiden müssen. Beinhaltet der Gesellschaftsvertrag keine klare, leicht und schnell handhabbare Regelung zur Neubestellung von Mitgliedern der Geschäftsführung, kann die Gesellschaft handlungsunfähig werden, wenn der Gesellschafterkreis zerstritten und nicht zu einer schnellen Lösung bereit ist. Gerade bei einem größeren Gesellschafterkreis ist die Zahl der Varianten, die sich hier anbieten, sehr weit. Sie reichen von dem Anspruch jedes Familienzweiges, ein Mitglied der Geschäftsführung zu stellen, bis hin zur Notwendigkeit des Konsenses aller Familienstämme oder im Falle der Nichteinigung zur Übergabe des Managements in die Hände von Dritten, d. h. familienfremden Managern. Derartige Regelungen zur Herstellung eines Konsenses über die Mitglieder der Geschäftsleitung können sich sowohl im Gesellschaftsvertrag wiederfinden als auch in sonstigen Regelungen, die sich die Familie zum Umgang mit dem Familienunternehmen gibt, wie etwa Familien-Codices, Gesellschaftervereinbarungen oder Familienpoolvereinbarungen. In diesen Regelungen außerhalb des Gesellschaftsvertrages können dann nicht nur Fragen der Entscheidungskompetenzen über die Aufnahme von Mitgliedern in das Management, sondern auch andere Regelungen behandelt werden, wie etwa die Frage nach Leitlinien, wie es Gesellschafter mit der Verteilung etwaiger Gewinne halten wollen, Grundsatzentscheidungen über die Frage, ob die Jahresabschlüsse freiwillig geprüft werden sol-

len, Anforderungen an das Reportingsystem für die Gesellschafter und Regelungen zu der Frage, wann und wo Gesellschafterversammlungen abzuhalten sind.

Spätestens wenn das Familienunternehmen auf dem Weg von der zweiten in die dritte Generation ist, kann es sich wegen der höheren Zahl der beteiligten Gesellschafter empfehlen, die Kontrolle der Geschäftsführung und die Bestimmung der Strategie des Unternehmens nicht allein dem Management und einer im Zweifel nur einmal im Jahr tagenden Gesellschafterversammlung zu überlassen. Bei einer großen Zahl der Gesellschafter, die auch noch auf mehrere Familienstämme verteilt sind, kann es daher nahe liegen, die Gesellschafterversammlung, die wegen ihrer Größe und den langen Zwischenräumen zwischen ihren Tagungen immer weiter vom aktiven Geschäft der Gesellschaft entfernt ist, durch ein Gremium zu ergänzen, das die Interessen der Gesellschafter wahrnimmt und in engerem Kontakt zur Geschäftsleitung steht. Hier kann man etwa, so wie das bei vielen sehr großen Familienunternehmen üblich ist, an die Einführung eines Gesellschafterausschusses denken, in dem alle Familienstämme mit nur einem oder wenigen Vertretern repräsentiert sind. Die Einrichtung eines solchen Gremiums kann die Flexibilität für das Agieren des Unternehmens am Markt, vor allem bei wichtigen Grundlagenentscheidungen, erleichtern.

Bei einem größer werdenden Gesellschafterkreis, insbesondere von Gesellschaftern, die nicht aktiv im Unternehmen tätig sind, stellt sich zudem die Frage, ob neben der Gesellschafterversammlung als zusätzliches Organ ein Beratungs- oder Aufsichtsgremium eingeführt werden soll, welches die Interessen der Gesellschafter im Hinblick auf eine effektive Kontrolle und strategische Unternehmensentwicklung koordiniert. Auch deshalb, weil der zeitliche Aufwand für alle Gesellschafter, wenn sie ihre Gesellschafterstellung aktiv wahrnehmen wollen, regelmäßig höher ist. Hinzu kommt, dass es im Interesse der Gesellschafter ist, die Geschäftsführung durch fachlich kompetente Sparringpartner kontrollieren und beraten zu lassen.

Es kann daher ratsam sein, dass spätestens in Familienunternehmen in der dritten Generation ein freiwilliges, professionelles Aufsichts- oder Beratungsgremium eingeführt wird. Dessen Besetzung kann — ähnlich wie bei einem Gesellschafterausschuss — genutzt werden, um die Interessen einer größeren Zahl von Familienmitgliedern zu koordinieren, indem jeder der Familienstämme die Möglichkeit hat, ein Mitglied in dieses Gremium zu entsenden. Dabei kann es offen bleiben, ob dieses Mitglied ein Gesellschafter oder ein fremder Dritter ist. Aber allein die Frage, ob das Aufsichtsgremium nun mit Gesellschaftern oder auch mit fremden Dritten besetzt werden kann, ist eine Frage, die in dieser Phase beantwortet werden muss.

Daneben ergibt sich in Abhängigkeit der Rechtsform des Unternehmens ein gesetzliches Erfordernis der Einsetzung eines Aufsichtsrats nach den Regelungen über die unternehmerische Mitbestimmung. Zwar setzt die unternehmerische Mitbestimmung erst bei Kapitalgesellschaften mit einer Arbeitnehmerzahl von 500 ein. Diese Schwelle wird aber gerade bei expandierenden Familienunternehmen schnell erreicht sein. Deshalb ist es für die Familie besonders wichtig, wegen der konkurrierenden Kompetenz der Gesellschafterversammlung und des Aufsichtsrats sich über die kompetente Besetzung der Arbeitgeberseite eines solchen Aufsichtsrats zu verständigen und dabei gleichzeitig die interessengerechte Vertretung aller Gesellschafterstämme sicherzu-

stellen. Dies gilt umso mehr, wenn es sich bei weiterem Wachstum um einen paritätisch mitbestimmten Aufsichtsrat handelt, bei dem Anteilseignervertreter und Arbeitnehmervertreter in gleicher Zahl benannt werden, die Geschäftsführung zu bestellen und zu überwachen. In dieser Konstellation kommt der Stimme des von den Anteilseignern zu benennenden Aufsichtsratsvorsitzenden wegen seines Zweitstimmrechts bei Stimmengleichheit, vor allem aber auch wegen des tatsächlichen Geschicks in der Führung des Aufsichtsrats, eine große Bedeutung zu. Von daher ist es erforderlich, dass die Familiengeschafter sich frühzeitig über die Besetzung des Gremiums auf der Anteilseignerseite verständigen.

Bei weiterem Wachstum des Familienunternehmens können sich dann wie bei jedem wachsenden Unternehmen zusätzliche Fragen für dessen Zukunft ergeben. Gerade bei der Finanzierung von Wachstum kann das Interesse des Familienunternehmens, sich aus sich selbst heraus oder zumindest aus dem Kreis der Gesellschafter zu finanzieren, um nicht von fremden Kapitalgebern abhängig zu sein, an Grenzen stoßen. Es ist dann eine Herausforderung bei der Finanzierung über alternative Finanzierungsformen, aber selbst bei der Finanzierung über den Kapitalmarkt oder über einen Börsengang, in geeigneter Weise sicherzustellen, dass der Finanzierungsbedarf gedeckt wird, ohne dass das Unternehmen seinen Charakter als Familienunternehmen aufgeben muss. Der Umstand, dass unter den 100 größten Unternehmen auch verschiedene börsennotierte Familienunternehmen zu finden sind, zeigt dass dies bei kompetenter Planung und Strukturierung gelingen kann.

6 Unternehmerfamilie

Neben der Darstellung des rechtlichen Rahmens und der Besonderheiten bei Familienunternehmen geht das vorliegende Werk darüber hinaus im Rahmen einer Gesamtbeurteilung auf die Situation der Unternehmerfamilie ein. Völlig unabhängig von der Betrachtung der rechtlichen Situation und der Entwicklung des Familienunternehmens werden hier die wirtschaftliche und rechtliche Situation der Unternehmerfamilie verbunden mit Überlegungen und Hinweisen für die Unternehmerfamilie dargestellt. Dabei verstehen wir unter Unternehmerfamilie nicht nur die Familienangehörigen des Gründerunternehmers oder der nächsten Generation, unabhängig davon, ob sie am Management der Gesellschaft beteiligt sind oder sich ihre Beteiligung nur auf das Vermögen bezieht, sondern auch in einem weiteren Sinne alle Mitglieder der Familie, die aufgrund des Wechsels des Familienunternehmens in die nachfolgenden Generationen zumindest ein Interesse am Wohlergehen des Unternehmens haben. Festzuhalten ist, dass in der frühen Phase der Entwicklung des Familienunternehmens, d. h. in den ersten beiden Generationen, die Verknüpfung des Schicksals der Familie mit demjenigen des Unternehmens wesentlich enger wird. Das Unternehmen ist hier typischerweise die wirtschaftliche Grundlage für das Leben der Unternehmerfamilie. Hingegen nimmt die

Verknüpfung des Interesses der Familienmitglieder, die noch Gesellschafter des Familienunternehmens sind, mit zunehmender Größe des Gesellschafterkreises ab. Gerade deshalb ist es aber erforderlich, dass Konsens zwischen den Gesellschaftern besteht und ob und in welcher Weise das Unternehmen als Familienunternehmen in dem Sinne fortgeführt wird, dass jedenfalls fremde Dritte nicht Gesellschafter sein können oder dass das Management des Unternehmens nur aus der Familie heraus gestellt wird.

Üblicherweise hat sich bei erfolgreichen Familienunternehmen im Laufe der Zeit in der Familie auch neben der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung weiteres Vermögen angesammelt. Dies ist deswegen sinnvoll, weil die Familie auf diese Art und Weise vom wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens mehr und mehr unabhängig wird. Auf der anderen Seite besteht jedoch eine soziale Verknüpfung zwischen dem Familienunternehmen und seinen Gesellschaftern. Diese Verknüpfung bestimmt in weiten Teilen auch den Umgang der Familie mit ihren übrigen Vermögen. Die tatsächliche Verknüpfung kann ganz unterschiedliche Intensität haben. In der Wirklichkeit oft anzutreffen sind beispielsweise Gestaltungen der Immobilien, die von dem Unternehmen genutzt werden und sich im Privatvermögen der Gesellschafterfamilie befinden. Der Umstand, dass in der Krise des Familienunternehmens oftmals das Vermögen der Familie entweder direkt durch die Zuführung von Kapital oder indirekt durch die Bestellung von Sicherheiten für die Kredite des Unternehmens eingesetzt wird, ist eine weitere Verknüpfung.

Im zweiten Teil des Buches werden daher Hinweise für den Umgang der Familie mit ihrem Gesamtvermögen, das nicht nur aus Anteilen an Familienunternehmen besteht, gegeben. Die Verwaltung des Gesamtvermögens, aber auch dessen Strukturierung und Weiterentwicklung bis hin zur Sicherung des Vermögens im Erbfall, wird dabei ganzheitlich abgehandelt. In diesem Zusammenhang gibt es für Unternehmerfamilien besondere Herausforderungen sowohl im Hinblick auf das Vermögen der Familie als auch außerhalb des Familienunternehmens etwa in Form von Immobilien oder Kunst. Diese werden ebenso dargestellt wie die Sicherung des Vermögens durch Stiftungslösungen und ähnliche Gestaltung. Innerhalb der Unternehmerfamilie gibt es ein Bestreben, das Vermögen der Familie ebenso wie das Familienunternehmen über Generationen hinweg zu vermehren oder zumindest zu erhalten. Dafür gibt es aber neben den allgemeinen wirtschaftlichen Risiken auch rechtliche Fallstricke für die Familie. Wenn diese Risiken etwa dadurch wachsen, dass Kinder heiraten oder Partnerschaften begründen, besteht ein Interesse daran, dass durch familienrechtliche Vorkehrungen (z. B. im Fall von Scheidung oder Tod von Familienmitgliedern) die Verfassung und das Vermögen der Unternehmerfamilie bei berechtigten Ansprüchen, die wirtschaftlich erhebliche Ausmaße annehmen können, in fairer Weise geschützt werden. Es ist notwendig, durch familienrechtliche Verträge und erbrechtliche Verfügungen oder Verträge einen fairen Ausgleich zu erzielen, um das gesamte Familienunternehmen zu sichern. Hier kann die notwendige Klarheit z. B. durch umfassende Regelungen zur Testamentsvollstreckung erreicht werden.

Schließlich kann der Aufwand für die Verwaltung, die Strukturierung und das Monitoring nicht nur des im Unternehmen gebundenen Vermögens, sondern des gesamten

Vermögens der Unternehmerfamilie ein Maß erreichen, das es sinnvoll und praktikabel erscheinen lässt, das Vermögen professionell von dritter Seite etwa über ein Family Office zu verwalten.

Teil II

Das Familienunternehmen



1 Gesellschaftsrechtliche Fragen

1.1 Die Unternehmerfamilie als rechtlicher Gestaltungsrahmen

Dr. Simon Sabel/Dr. Oliver Thurn/Birgit Schneider

Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht ist die Unternehmerfamilie der Bestand der Gesellschafter der »Familiengesellschaft«, die Gesellschafter sind familiär verbundene Gesellschafter. Die familiäre Verbundenheit der Gesellschafter markiert dabei die Trennlinie zu »Nicht-Familiengesellschaften«. Diese familiäre Verbundenheit schlägt sich in verschiedenen gesellschaftsrechtlichen Zusammenhängen des Familienunternehmens nieder.

1.1.1 Erwerb und Verlust der Gesellschafterstellung

Bei Familienunternehmen, die seit mehreren Generationen bestehen, ist der Erwerb der Gesellschafterstellung und damit auch die unternehmerische Betätigung der Familienmitglieder oftmals »Schicksal«:¹ Die Zugehörigkeit zu einer Familie führt häufig zwangsläufig zu dem Erwerb einer Gesellschafterstellung, sei es durch lebzeitige Übertragung, sei es durch Erbschaft. Die Erhaltung des Unternehmens und seine Weitergabe innerhalb der Familie werden als familiäre Verpflichtung gegenüber den vorhergehenden und den kommenden Generationen verstanden.² Für die Familienmitglieder scheidet eine Ablehnung der Gesellschafterstellung daher häufig nicht nur wegen der regelmäßig damit verbundenen wirtschaftlichen Einbußen, sondern auch aus emotionalen Gründen aus. So wie es einem Familienmitglied regelmäßig nicht ohne weiteres freisteht, sich für oder gegen den Erwerb der Gesellschafterstellung zu entscheiden, kann die einmal erworbene Gesellschafterstellung häufig nicht ohne weiteres frei veräußert werden.³ Die Übertragbarkeit der Gesellschafterstellung ist bei Familienunternehmen regelmäßig kraft Rechtsform des Unternehmensträgers oder durch Vinkulierungsklauseln im Gesellschaftsvertrag an die Zustimmung der übrigen Gesellschafter oder einer

¹ Baus, 2013, 73.

² Lange, BB 2005, 2585 (2586).

³ Vgl. Scherer/Blanc/Kormann/Groth/Wimmer, 2012, Kap. 1 Rn. 52 f.; zur Anteilssteuerung bei Familienunternehmen zusammenfassend etwa Wicke, ZGR 2012, 450 (471 ff.); zum »look-in-effect« bei Familienunternehmen Wiedemann/Kögel, 2008, § 2 Rz. 9.

bestimmten Gruppe von Gesellschaftern gebunden. Ergänzend können Andienungspflichten und Vorkaufsrechte eingesetzt werden, um das Unternehmen an die Familie zu binden.⁴ Bisweilen wird die Entscheidungs- und Handlungsfreiheit der einzelnen Gesellschafter auch durch Mitveräußerungs- oder Mitnahmrechte anderer Gesellschafter eingeschränkt. Neben Call- und Put-Optionen können diese sog. Tag-along oder Drag-along-Rechte der gezielten Anteilssteuerung dienen.⁵ Zum Schutz der Kapitalbasis des Unternehmens wird oftmals eine Abfindung unter dem realen Unternehmenswert vereinbart.⁶

1.1.2 Generationsübergreifende Dynamik

Unternehmen — als lebende Organismen — unterliegen verschiedenen Entwicklungsstufen. Typische Entwicklungsstufen von Familienunternehmen sind:

- Gründung (zumeist durch **einen** Gründer),
- Wachstum,
- Übertragung in die zweite Generation (zumeist auf **mehrere** Kinder),
- Übertragung in die dritte Generation (zumeist auf mehrere Stämme) etc.

Die damit einhergehende generationsübergreifende Dynamik und Entwicklung der Inhaberstruktur ist eine Besonderheit von Familienunternehmen, die Nicht-Familienunternehmen fremd ist.

Bei einem Familienunternehmen steigt mit jeder Generation sowohl die Zahl der Familienmitglieder als auch die Zahl der familienzugehörigen Gesellschafter. Die »Re-Inszenierung der Gründergeneration«⁷ durch Übertragung des Unternehmens auf einen einzigen Nachfahren, beispielsweise den erstgeborenen Sohn oder die erstgeborene Tochter, widerspricht häufig nicht nur dem familiär bedingten Wunsch nach Gleichbehandlung der eigenen Nachkommen. Gerade bei größeren Familienunternehmen kann sie auch aus betriebswirtschaftlicher Sicht problematisch sein.⁸

Diese generationsübergreifende Dynamik bedingt meist eine sukzessive Anpassung der gesellschaftsrechtlichen Ausgestaltung des Familienunternehmens. Familienmitglieder können oder wollen nicht stets eine aktive unternehmerische Rolle übernehmen. Eine reine Fremdgeschäftsführung durch familienexterne Personen ist bei Familienunternehmen, die seit mehreren Generationen bestehen, keine Seltenheit. Bisweilen sollen bestimmte Familienmitglieder als Gesellschafter von den Erträgen des Unternehmens profitieren, ohne über ein Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung an den unternehmerischen Entscheidungen teilzuhaben. Insbesondere bei einem großen Gesellschafterkreis kann es zur Verbesserung und Absicherung der Entscheidungs- und

⁴ Otto, GmbH 1996, 16; Weitnauer, NZG 2001, 1065 (1071).

⁵ Lange/Sabel, NZG 2015, 1249 (1251 ff.).

⁶ Wicke, ZGR 2012, 450 (477 f.).

⁷ Z.T. auch als »Re-Inszenierung der Kleinfamilie« bezeichnet, vgl. Scherer/Blanc/Kormann/Groth/Wimmer, 2012, Kap. 1 Rn. 78, 116; Plate/Groth/Ackermann/von Schlippe, 2011, 25 ff.

⁸ Vgl. Scherer/Blanc/Kormann/Groth/Wimmer, 2012, Kap. 1 Rn. 78 ff.

Handlungsfähigkeit sinnvoll sein, Kompetenzen auf einen Gesellschafterausschuss oder einen Beirat, in dem gegebenenfalls auch familienexterne Personen vertreten sind, zu verlagern. Bei zunehmender Zersplitterung der Beteiligungsverhältnisse kann eine Stammesorganisation, bei der sich die Mitglieder eines jeden Familienstamms zur Ausübung ihrer Stimmrechte auf ein einheitliches Vorgehen festlegen (müssen), helfen, Entscheidungen im Gesellschafterkreis zu vereinfachen. Die Bedeutung von Pool- und Konsortialverträgen sowie von Gesellschaftervereinbarungen als Steuerungsinstrumente steigt.

Die generationsübergreifende Dynamik betrifft allerdings nicht nur die Unternehmensebene, sondern ebenso die Ebene der Unternehmerfamilie. Die von Generation zu Generation steigende Anzahl von Familienmitgliedern und die zunehmende Entfernung der Verwandtschaftsgrade führen bei ungehinderter Entwicklung zu einer immer weiter fortschreitenden Entfremdung der Familienmitglieder.⁹ Vor allem die Herausbildung von Stammeslinien hat sich immer wieder als erhebliches Risiko für die Verbundenheit und den Zusammenhalt des Gesamtverbandes der Familie erwiesen, da das Denken in Stämmen die Unterschiede zwischen den einzelnen Stämmen betont, anstatt das Bewusstsein für die Gemeinsamkeiten aller Familienmitglieder zu schärfen.¹⁰ Insbesondere bei Familienunternehmen mit vielen Gesellschaftern gilt es daher, eine Familienstrategie festzulegen (und diese ggf. im Rahmen einer Familienverfassung schriftlich zu fixieren), die der besonderen Verbindung der Familie mit der unternehmerischen Aktivität Rechnung trägt.¹¹ Im Rahmen der Family Governance¹² spielen dabei insbesondere Integrationsmechanismen (beispielsweise gemeinsame Aktivitäten aller Familienmitglieder wie die Zusammenkunft auf einem regelmäßig veranstalteten Familientag oder ein familienweit organisiertes, institutionalisiertes Programm zur Heranführung der nächsten Generation an das Familienunternehmen) eine wichtige Rolle, um der Entstehung einer familialen Stammesstruktur entgegenzuwirken.¹³ Daneben sind auch die Rückwirkungen der Entwicklungen auf Unternehmensebene auf den »Regelungskreis Familie« zu bedenken. So können Stammesregelungen auf Unternehmensebene die natürliche Tendenz zur Herausbildung einer an Stammeslinien orientierten Familienstruktur begünstigen. Gleichzeitig sind die Herausbildung und der Erhalt einer großfamiliären Struktur häufig überhaupt nur möglich, weil die generationsübergreifende Entwicklung des Familienunternehmens die Familienmitglieder miteinander verbindet.¹⁴

Die generationsübergreifende Entwicklung von Familienunternehmen stellt spezifische Anforderungen an die Personal Governance der einzelnen Gesellschafter. So sind insbesondere die Eheverträge und die letztwilligen Verfügungen (Testament oder Erb-

⁹ Baus, 2013, 17 f.

¹⁰ Plate/Groth/Ackermann/von Schlippe, 2011, 28; Scherer/Blanc/Kormann/Groth/Wimmer, 2012, Kap. 2 Rn. 42.

¹¹ Zu den Schnittstellen zwischen Familienverfassung und Gesellschaftsvertrag Kirchdörfer/Lorz, FuS 2011, 97 ff..

¹² Zu den Elementen der Family Governance vgl. Koeberle-Schmid/Schween/May, BB 2011, 2499 (2506).

¹³ Scherer/Blanc/Kormann/Groth/Wimmer, 2012, Kap. 2 Rn. 40 f.; weitere Beispiele innerfamiliärer Integrationsmechanismen bei Kirchdörfer/Lorz, FuS 2011, 97 (100 f.).

¹⁴ Scherer/Blanc/Kormann/Groth/Wimmer, 2012, Kap. 2 Rn. 45.

vertrag) der Gesellschafter mit allen relevanten Gesellschaftsverträgen abzustimmen. Ergänzend sollte durch trans- oder postmortale Vollmachten sichergestellt werden, dass eine unfall- oder krankheitsbedingte Handlungsunfähigkeit oder der Tod eines Gesellschafters die Funktionsfähigkeit des Unternehmens nicht vorübergehend beeinträchtigt.¹⁵ Daneben können die Gesellschafter Vorsorgevollmachten und Patientenverfügungen einsetzen, um ihre vermögens- und personenbezogenen Angelegenheiten im Krankheitsfall zu regeln.

1.1.3 Schnittfeld Gesellschaft und Familie

Anders als der Gesellschafter eines Nicht-Familienunternehmens steht der Gesellschafter eines Familienunternehmens im Schnittfeld zwischen dem geschäftlichen Engagement als Gesellschafter und der familiären Verbundenheit als Familienmitglied.¹⁶

Dies kann im Idealfall zu erheblichen Vorteilen führen, falls es gelingt das Potenzial der familiären Verbundenheit für die geschäftliche Betätigung als Gesellschafter fruchtbar zu machen. Zu denken ist daran, dass ein auf Grund familiärer Verbundenheit kohärentes Werteverständnis im Gesellschafterkreis den Abstimmungsbedarf über grundsätzliche Fragen der Unternehmensführung und -strategie verringern und die Identifizierung des Gesellschafters mit dem Unternehmen verstärken kann.¹⁷ Ebenso können auf Grund familiärer Verbundenheit gewachsene und erprobte Kommunikations- und Entscheidungsstrukturen zwischen den Gesellschaftern in grundsätzlichen aber auch in operativen Angelegenheiten des Unternehmens zu zügigen Entscheidungen führen, die sowohl das Unternehmens- als auch das Familienwohl ausgewogen berücksichtigen.¹⁸

In der Realität führt das Schnittfeld zwischen dem geschäftlichen Engagement als Gesellschafter und der familiären Verbundenheit als Familienmitglied allerdings nicht nur zu Vorteilen. Vielmehr besteht die große Gefahr, dass familiäre Themen die geschäftlichen Aspekte negativ überlagern und so familiäre Konflikte im Unternehmen zum Nachteil des Unternehmens ausgetragen werden.¹⁹ Umgekehrt können auch geschäftliche Probleme des Unternehmens oder Auseinandersetzungen auf Gesellschafterebene in die Familie hereingetragen werden und so zu Konflikten in der Familie führen.²⁰ In diesen Konfliktkonstellationen kann sich das Schnittfeld zwischen dem geschäftlichen Engagement als Gesellschafter und der familiären Verbundenheit als Familienmitglied

15 Zu Vorsorgemaßnahmen für einen plötzlichen Ausfall *Wicke*, ZGR 2012, 450 (486 f.).

16 Zu den Wechselwirkungen zwischen Familien- und Unternehmenssphäre *Sudhoff*, (Familienunternehmen) 2005, § 5.

17 *Koerberle-Schmid/Schween/May*, BB 2011, 2499 (2502); *Krause*, BB 2012, 714 (715).

18 *Hinderer*, in: FS Hennerkes 2009, 371.

19 Vgl. *Lange*, BB 2005, 2585 (2588 f.).

20 Zur Gefahr eines sich hierdurch entwickelnden selbst verstärkenden Systems (>>Ping-Pong-Effekt<<) *Sudhoff*, (Familienunternehmen) 2005, § 5 Rz. 7.

gerade als Nachteil erweisen.²¹ Wichtige unternehmerische Entscheidungen können verhindert, die Leitung und Lenkung des Familienunternehmens blockiert werden. Das Konfliktpotenzial, das sich aus diesem Schnittfeld ergibt, sollte durch Maßnahmen zur Stabilisierung der Unternehmens- und der Familiensphäre vorbeugend befriedet werden.²² Maßnahmen zur Stabilisierung der Unternehmenssphäre sind dabei v. a. die Wahl einer geeigneten gesellschaftsrechtlichen Struktur, die vorbeugende Entschärfung streitträchtiger Aspekte durch klare Regelungen in Gesellschaftsverträgen und in Gesellschaftervereinbarungen (v. a. zur Kompetenzverteilung, Ausschüttung, Vergütung und Nachfolge) sowie die Festlegung von Verfahren zur Streitlösung (v. a. eines Eskalationsmechanismus mit verbindlichem Letztentscheidungsrecht einer allseits akzeptierten Instanz). Maßnahme zur Stabilisierung der Familiensphäre ist v. a. die Etablierung einer Familienstrategie, die idealerweise im Rahmen einer Familienverfassung schriftlich fixiert werden sollte.

Die Verknüpfung von Unternehmerfamilie und Familienunternehmen führt zu einer weiteren Besonderheit: Bei Familienunternehmen bestehen üblicherweise erhöhte Vertraulichkeitsanforderungen.²³ Regelungen in Gesellschaftsverträgen können Rückschlüsse auf familiäre Verhältnisse zulassen. Ebenso kann eine Gesamtschau von Jahresabschlüssen und Gesellschaftsverträgen Anhaltspunkte für die Höhe des Einkommens der beteiligten Familienmitglieder liefern. Einerseits helfen hier besondere Regelungen zur Vertraulichkeit in der Dokumentation des Familienunternehmens (insbesondere Gesellschaftsvertrag und Nebenvereinbarungen). Andererseits sind Rechtsformen und Gestaltungen zu wählen, die möglichst geringe gesetzliche Publizitätspflichten nach sich ziehen (so hat die Kommanditgesellschaft beispielsweise gegenüber der Gesellschaft mit beschränkter Haftung den Vorteil, dass der Gesellschaftsvertrag nicht im Handelsregister hinterlegt und damit nicht für Dritte einsehbar ist). Der Einsatz natürlicher Personen als persönlich haftende Gesellschafter kann Publizitätspflichten weiter reduzieren.²⁴

Schlussendlich ergibt sich aus dem Schnittfeld zwischen geschäftlichem Engagement als Gesellschafter und familiärer Verbundenheit als Familienmitglied das Bedürfnis nach Flexibilität in der Gestaltung des Familienunternehmens. Denn die Besonderheiten der Familie strahlen auf das Familienunternehmen aus und müssen bei der Gestaltung des Familienunternehmens berücksichtigt werden. Damit eignen sich insbesondere Rechtsformen für Familienunternehmen, die eine besondere Gestaltungsfreiheit im Binnenrecht erlauben.

21 Vgl. *Wiedemann/Kögel*, 2008, § 2 Rz. 13; *Hennerkes*, 2004, 58 ff.: »Der größte Wertvernichter im Familienunternehmen ist der Streit.«

22 Vgl. *Koerberle-Schmid/Schween/May*, BB 2011, 2499 ff; *Kirchdörfer/Lorz*, FuS 2011, 97 (98).

23 Zur Bedeutung der Unternehmenspublizität für Familienunternehmen *Sudhoff*, (Familienunternehmen) 2005, § 18 Rz. 1 ff.

24 *Sudhoff*, (Familienunternehmen) 2005, § 18 Rz. 12.

1.1.4 Einfluss familiärer Faktoren auf die Unternehmensorganisation und -struktur

Die Unternehmensorganisation und -struktur wird bei Familienunternehmen ebenso wie bei Nicht-Familienunternehmen grundsätzlich durch unternehmensbezogene Umstände bestimmt. Beispielsweise kann sich ein Familienunternehmen durch Expansion zu einer Unternehmensgruppe entwickeln: Unterschiedliche Standorte, ggf. im Ausland, oder verschiedene Geschäftsbereiche entstehen und werden als eigenständige Tochtergesellschaften organisiert; übernommene Gesellschaften als eigenständige Einheiten fortgeführt. Größere Unternehmensgruppen verfügen häufig über eine Konzern- und/oder Holdingstruktur, bei der bestimmte Gesellschaften der Unternehmensgruppe als Tochtergesellschaften geführt werden. Die konkrete Ausgestaltung der Unternehmensstruktur hängt dabei wesentlich von unternehmensstrategischen und -politischen sowie (insbesondere steuer-)rechtlichen Erwägungen ab.

Bei Familienunternehmen kann die Unternehmensorganisation zusätzlich durch die Verhältnisse innerhalb der Unternehmerfamilie beeinflusst werden: Auslandsniederlassungen oder Geschäftsbereiche werden zu eigenständigen (Tochter-)Gesellschaften verselbstständigt und unterschiedlichen Familienmitgliedern unterstellt, um zusätzliche Führungspositionen und abgegrenzte Verantwortungsbereiche innerhalb des Familienunternehmens zu schaffen und so ggf. Streitigkeiten auf Ebene der Geschäftsführung zu vermeiden. Durch die Einführung einer Holdingstruktur und den Rückzug der Familienmitglieder auf eine Tätigkeit in der Dachgesellschaft kann der Einfluss der Unternehmerfamilie auf das operative Geschäft beschränkt und dieses vor Konflikten innerhalb der Familie abgeschirmt werden. Daneben können mehrstufige Unternehmensorganisationen bei Familienunternehmen beispielsweise auch zur Umsetzung der Unternehmensnachfolge (Vorbereitung der Realteilung) oder zur Steueroptimierung im Zusammenhang mit dem Verkauf des Familienunternehmens eingesetzt werden.

Bei besonders erfolgreichen Unternehmerfamilien lässt sich zudem ein weiteres Phänomen beobachten: Neben dem Kern-Familienunternehmen werden auf Ebene der Familie bzw. der einzelnen Familienmitglieder Beteiligungen an weiteren Unternehmen erworben oder neue Unternehmen gegründet. Es entstehen sog. **Family Business Groups**.²⁵ Erfolgreiche Unternehmerfamilien verfügen häufig über eine beträchtliche Anzahl von Unternehmensbeteiligungen.²⁶ Oftmals sind mehrere Familienmitglieder parallel in verschiedenen Formen unternehmerisch aktiv, wobei die Zahl der unternehmerisch aktiven Familienmitglieder insbesondere in den ersten drei Generationen erheblich steigt.²⁷ Im Gegensatz zu Unternehmensgruppen sind Family Business Groups allerdings nicht zwingend rechtlich organisiert und verfügen häufig über keine Konzern- oder Holdingstruktur.²⁸ Gleichzeitig kann es aber dennoch Sinn machen, Family Offices zu etablieren.

²⁵ Zellweger/Kammerlander, 2014, 1 ff.

²⁶ Zellweger/Kammerlander, 2014, 17 f.

²⁷ Zellweger/Kammerlander, 2014, 15.

²⁸ Zellweger/Kammerlander, 2014, 8.

Diese Aspekte verdeutlichen, dass Entwicklungen und Strukturen innerhalb der Unternehmerfamilie auf die Unternehmensorganisation und -struktur zurückwirken: Konzerne, Holdings und Tochtergesellschaften sind zu gründen, Unternehmen umzustrukturieren, Family Offices zu etablieren.

1.1.5 Maßgebliche Gestaltungsfragen

Ausgehend von der Unternehmerfamilie als rechtlicher Gestaltungsrahmen ergeben sich die maßgeblichen Gestaltungsfragen:

- Welche Rechtsform? (vgl. 1.2.1–1.2.3)
- Welche Organisation (Gruppe/Konzernierung/Holding)? (vgl. 1.2.4)
- Welcher Gesellschaftsvertrag? Welche »Nebenvereinbarungen«? (vgl. 1.3.1–1.3.2)
- Welche Personal Governance? (vgl.1.3.3)

1.2 Rechtsformwahl und Organisation

Dr. Simon Sabel/Dr. Oliver Thurn/Birgit Schneider

Die Wahl der Rechtsform für ein Unternehmen ist eine grundlegende Frage bei der Gründung des Unternehmens. Die Rechtsformwahl ist von strategischer Bedeutung.²⁹ Darüber hinaus lohnt es sich jedoch auch bei bestehenden Unternehmen regelmäßig zu prüfen, ob die ursprünglich gewählte Rechtsform noch den aktuellen Anforderungen entspricht oder ob eine andere Rechtsform vorteilhaft wäre.³⁰ Jedenfalls ist die gewählte Rechtsform zu überdenken bei Veränderungen, sei es im Unternehmen selbst, auf Seiten der Anteilseigner oder bei Änderungen der steuerlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen.³¹ Anreiz dafür, die Wahl der Rechtsform auf den Prüfstand zu stellen, sind Veränderungen im Unternehmen oder der Unternehmensstruktur. Wird beispielsweise die Produktion von einem Unternehmen in Tochtergesellschaften im In- und/oder Ausland verlagert und übt die ursprünglich produzierende Gesellschaft nunmehr reine Holdingfunktionen aus, bietet es sich an, die Rechtsform im Hinblick auf die Unternehmenssteuerung und -leitung als auch in steuerlicher Hinsicht zu prüfen. Veränderungen auf Seiten der Anteilseigner, die für die Rechtsform von Bedeutung sind, sind insbesondere Situationen der Unternehmensnachfolge, der Aufteilung in mehrere Familienstämme oder der Rückzug bzw. der Eintritt von Familienmitgliedern aus der bzw. in die Unternehmensleitung. Zuletzt machen es häufig auch externe Faktoren erforderlich, die Rechtsform zu überdenken. Dazu gehören vor allem Veränderungen der steuerlichen Rahmenbedingungen oder auch die von Seiten der europäischen Gesetzgebung und Rechtsprechung geförderte Mobilität europäischer Gesellschaftsfor-

²⁹ Fleischer, in: MüKo GmbHG, 2015, Einleitung Rz. 299.

³⁰ Prinz/Winkeljohann, 2014, § 1 Rz. 5; Breithaupt/Ottersbach, 2010, Teil 1 A Rz. 1.

³¹ Fleischer, in: MüKo GmbHG, 2015, Einleitung Rz. 299.

men, die die Nutzung ausländischer Rechtsformen im Inland bzw. inländischer Rechtsformen im Ausland leichter möglich macht.

1.2.1 Mögliche Rechtsformen

Für Unternehmen in Deutschland gibt es eine Vielzahl möglicher Rechtsformen für die Ausübung der Tätigkeit. Zur Wahl stehen 16 verschiedene Rechtsformen, einschließlich der Stiftung.³² Hinzu treten diverse Mischformen — klassisch die GmbH & Co. KG — sowie ausländische Rechtsformen.

Die ausländische Rechtsform, die in Deutschland am häufigsten anzutreffen ist und noch vor einigen Jahren in aller Munde war, ist die Private Company Limited by Shares des Englischen Companies' Act, kurz Ltd.³³ **Ausländische Rechtsformen** wie die **Limited** haben in Deutschland zunächst an Bedeutung gewonnen, nachdem der EuGH in den Jahren 2002 und 2003 entschieden hat, dass in einem Mitgliedsstaat der Europäischen Gemeinschaft gegründete Gesellschaften in den anderen Mitgliedsstaaten anerkannt werden müssen.³⁴ Die Diskussionen um die Limited sind zwischenzeitlich jedoch ebenso abgeflaut, wie die Anzahl der in Deutschland registrierten und für die Nutzung in Deutschland neu gegründeten Gesellschaften in Form der Limited, nicht zuletzt seit der Umsetzung des »Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)«. ³⁵ Durch das MoMiG, das zum 01.11.2008 in Kraft trat, ist es zudem leichter geworden, die deutsche GmbH flexibel im Inland und europäischen Ausland zu nutzen (vgl. 1.4.4.2 und 1.4.4.3).³⁶

Statistisch gesehen dominieren die Rechtsformen der GmbH und der KG, letztere zumeist in Form der Kapitalgesellschaft & Co. KG, deren Anzahl in Deutschland zudem in den letzten Jahren jeweils zugenommen hat.³⁷ Andere Rechtsformen sind von ihrer absoluten Anzahl zwar weniger bedeutsam, interessant ist jedoch die jeweilige Entwicklung. Während die Zahl der AG in Deutschland seit Jahren leicht rückläufig ist, erfreuen sich vergleichsweise »exotisch« anmutende Rechtsformen wie die KGaA sowie die SE deutlich steigender Beliebtheit.³⁸ Bei Familiengesellschaften sind sowohl Personengesellschaften als auch Kapitalgesellschaften in Form der GmbH die vorherrschenden Rechtsformen. Rund 90 % der Personengesellschaften (ohne GmbH & Co. KG) und rund 80 % der GmbH befinden sich in Familienhand, fast alle davon auch inhabergeführt.³⁹

Nicht alle existierenden und oben genannten Rechtsformen kommen für jede unternehmerische Tätigkeit in Betracht. So scheidet die Partnerschaftsgesellschaft für typi-

³² Hamann/Sigle, 2012, § 4 Rz. 1.

³³ Kornblum, GmbHHR 2015, 687 (695).

³⁴ Hamann/Sigle, 2012, § 4 Rz. 32; EuGH vom 05.11.2002, NJW 2002, 3614 — *Überseering*; EuGH vom 30.09.2003, NJW 2003, 3331 — *Inspire Art*.

³⁵ Hamann/Sigle, 2012, § 4 Rz. 32; Niemeier, ZIP 2007, 1794 (1794); Kornblum, GmbHHR 2014, 694 (702).

³⁶ Fleischer, in: MüKo GmbHG, 2015, Einleitung Rz. 311.

³⁷ Kornblum, GmbHHR 2015, 687 ff..

³⁸ Kornblum, GmbHHR 2015, 687 (695 f.).

³⁹ Stiftung Familienunternehmen, 2011, 23 f.

sche Familienunternehmen regelmäßig aus, da diese Rechtsform nach § 1 Abs. 1 PartGG nur für Angehörige freier Berufe zur Ausübung ihrer Berufe offensteht. Ärzte, Apotheken und andere Freiberufler sind durch ihr Standesrecht auf bestimmte Rechtsformen beschränkt, da sie kein Gewerbe betreiben. Umgekehrt kann die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) kein Handelsgewerbe ausüben. Investmentgesellschaften, Banken oder Versicherungen stehen nur ausgewählte Rechtsformen, zumeist die AG, offen. Insofern ist die freie Wahl der Rechtsform durch standesrechtliche oder aufsichtsrechtliche Beschränkungen oder Begrenzung auf bestimmte Gesellschaftszwecke eingeschränkt.⁴⁰

Nachfolgend wird daher zunächst ein kurzer Überblick über diejenigen Rechtsformen gegeben, die für Familienunternehmen in Deutschland typischerweise in Betracht kommen. Ausländische Rechtsformen bleiben unberücksichtigt.

1.2.1.1 Einzelunternehmen

Als Einzelunternehmen ist zunächst jedes Unternehmen zu verstehen, das von einer einzelnen Person kontrolliert und geführt wird. Auch wenn der Begriff des Einzelunternehmens im Gesetz verschiedentlich verwendet wird, so gibt es doch keine gesetzliche Definition.⁴¹ Insbesondere im HGB finden sich der Begriff des Einzelunternehmens sowie insbesondere auch der Begriff des »einzelkaufmännischen Unternehmens«. Aus §§ 5, 19 Abs. 1 Nr. 1 HGB ergibt sich, dass einzelkaufmännische Unternehmen im Handelsregister unter den Bezeichnungen »eingetragener Kaufmann«, »eingetragene Kauffrau« oder Abkürzungen hiervon, z. B. »e. K.«, »e. Kfm.« oder »e. Kfr.«, eingetragen werden können. Legt man den Begriff des »Einzelunternehmens« weit aus, so würden darunter auch Gesellschaften fallen, die von einer einzelnen Person kontrolliert und geführt werden, z. B. eine Ein-Mann-GmbH, deren alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer dieselbe Person ist. Der Systematik nach werden solche Einzelunternehmen nachfolgend unter der jeweiligen Gesellschaftsform erläutert. An dieser Stelle soll ausschließlich das einzelkaufmännische Unternehmen behandelt werden.

Einzelkaufmännische Unternehmen zeichnen sich dadurch aus, dass ein Handelsgewerbe betrieben wird, dessen Gewerbebetrieb nach Art und Umfang in kaufmännischer Weise eingerichtet ist.⁴² Für die Handelsgeschäfte des Einzelkaufmanns gelten die Vorschriften des HGB. Charakteristisch für den Einzelkaufmann ist die Identität von Eingetragenen und Inhaber des Gewerbebetriebs.⁴³ Die Aufnahme weiterer Personen als Mitunternehmer ist nicht möglich, sie führt automatisch zu einem Wechsel der Rechtsform.⁴⁴ Der kaufmännische Einzelunternehmer ist nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, im Handelsverkehr seine Firma zu führen, und zwar in der Form, wie

⁴⁰ Gummert, 2005, § 1 Rz. 6 ff.

⁴¹ Breithaupt/Ottersbach, 2010, Teil 1 A § 1 Rz. 18.

⁴² Oetker, in: Staub Großkommentar HGB, 2009, § 1 Rz. 105.

⁴³ Oetker, in: Staub Großkommentar HGB, 2009, § 5 Rz. 11; Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 2014, § 5 Rz. 3.

⁴⁴ Breithaupt/Ottersbach, 2010, Teil 1 A § 1 Rz. 30, 32.

sie in das Handelsregister eingetragen ist.⁴⁵ Durch das Führen der Firma macht der Einzelkaufmann klar, dass das unter seiner Firma abgeschlossene Rechtsgeschäft zu seinem Handelsgewerbe gehört und damit Handelsgeschäft i. S. d. § 343 HGB ist.⁴⁶

Den klassischen Einzelunternehmer in Form des Einzelkaufmannes findet man im Bereich kleingewerblicher Unternehmen oder zu Beginn der Unternehmenstätigkeit.⁴⁷ Doch es ist durchaus möglich, auch größere Unternehmen oder Unternehmensgruppen durch ein einzelkaufmännisches Unternehmen zu führen. Ein bekanntes Beispiel ist der von Anton Schlecker bis zur Insolvenz 2012 geführte Schlecker-Konzern, an dessen Konzernspitze das einzelkaufmännische Unternehmen Anton Schlecker e.K. stand. Charakteristisch für derartige Unternehmensgruppen ist der Zuschnitt auf eine Person.

1.2.1.2 Personengesellschaften

Die für Familienunternehmen in erster Linie relevanten Personengesellschaften sind die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), die offene Handelsgesellschaft (OHG) sowie die Kommanditgesellschaft (KG). Sowohl bei OHG als auch bei KG treten Mischformen auf, wie die GmbH & Co. OHG oder die GmbH & Co. KG. Personengesellschaften sind nach dem gesetzlichen Leitbild personalistisch strukturiert und von einer überschaubaren Anzahl von Gesellschaftern geprägt.⁴⁸

Die **GbR** entsteht, wenn sich mehrere Beteiligte zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks verpflichten (§ 705 BGB). Sie ist damit die Grundform eines gesellschaftsrechtlichen Zusammenschlusses in Form einer Personengesellschaft.⁴⁹ Die Gründung einer GbR setzt voraus, dass mindestens zwei Gesellschafter vorhanden sind, eine Einmann-GbR ist nicht möglich.⁵⁰ Die GbR grenzt sich von anderen Personengesellschaften wie der OHG und KG dadurch ab, dass sie nicht auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist. Betreibt eine Personengesellschaft ein Handelsgewerbe, d. h. eine planmäßige, auf Dauer angelegte selbstständige wirtschaftliche Tätigkeit am Markt, die einen kaufmännisch eingerichteten Gewerbebetrieb erfordert, so ist sie damit automatisch nicht mehr GbR, sondern Personenhandelsgesellschaft (in der Regel OHG).⁵¹ Die GbR nimmt mit dem gesamthänderisch gebundenen gemeinschaftlichen Vermögen der Gesellschafter (§ 718 BGB) am Rechtsverkehr teil, begründet eigene Rechte und Pflichten und ist (mit einigen Einschränkungen) rechtsfähig.⁵² Neben der nach außen tätigen GbR kommt die Rechtsform der GbR häufig auch als reine **Innengesellschaft** vor. Während bei der Außen-GbR jeder Gesellschafter grundsätzlich gegenüber Dritten haftet, fehlt es bei der reinen Innengesellschaft an einer gemeinsamen Vertretung nach außen

⁴⁵ Burgard, in: Staub Großkommentar HGB, 2009, § 17 Rz. 51.

⁴⁶ Burgard, in: Staub Großkommentar HGB, 2009, § 17 Rz. 7.

⁴⁷ Breithaupt/Ottersbach, 2010, Teil 1 A § 1 Rz. 34.

⁴⁸ Gummert, 2005, § 1 Rz. 20.

⁴⁹ Sprau, in: Palandt, BGB, 74. Aufl. 2015, § 705 Rz. 1; Roth, in: Baumbach/Hopt, HGB, 2014, Einleitung vor § 105 Rz. 14; Breithaupt/Ottersbach, 2010, Teil 1 A § 1 Rz. 35.

⁵⁰ Sprau, in: Palandt, BGB, 74. Aufl. 2015, § 705 Rn. 1; Gummert, 2005, § 1 Rz. 43.

⁵¹ Sprau, in: Palandt, BGB, 74. Aufl. 2015, § 705 Rz. 6.

⁵² Sprau, in: Palandt, BGB, 74. Aufl. 2015, § 705 Rz. 23 ff., Gummert, 2005, § 1 Rz. 50.

und an einem gesamthänderischen Vermögen, das nach außen rechtsfähig ist.⁵³ Eine Form der Innengesellschaft sind die **Unterbeteiligung** und die **stille Gesellschaft**. Hier beteiligt sich ein (stiller) Gesellschafter an dem Handelsgewerbe eines anderen oder dem Anteil, den ein Gesellschafter an einer Kapital- oder Personengesellschaft hält, mit einer Vermögenseinlage (§§ 230 ff. HGB).⁵⁴

Anders als die GbR, die kein Handelsgewerbe betreiben kann, ist die **OHG** die Grundform der Zusammenarbeit von Kaufleuten.⁵⁵ Die Rechtsverhältnisse der OHG richten sich in erster Linie nach den §§ 105 ff. HGB. Soweit dort keine Regelung getroffen ist, finden ergänzend die Vorschriften zur GbR (§§ 705 ff. BGB) Anwendung (§ 105 Abs. 3 HGB). Charakteristisch für die OHG ist die unbeschränkte Haftung aller Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern (§ 105 Abs. 1 HGB). Darin unterscheidet sie sich von der KG. Liegen die Voraussetzungen einer OHG vor (Betrieb eines Handelsgewerbes durch mindestens zwei Gesellschafter), ist die Gesellschaft automatisch OHG, unabhängig von dem Willen der Gesellschafter oder der Eintragung als OHG im Handelsregister.⁵⁶ Wie die GbR, besteht die OHG aus mindestens zwei Gesellschaftern, eine Ein-Personen-OHG ist nicht möglich.⁵⁷ Gesellschafter der OHG können nicht nur natürliche Personen, sondern auch rechtsfähige Personengesellschaften und juristische Personen sein.⁵⁸ Im Hinblick auf die dann möglicherweise beschränkte Haftungsmasse einzelner Gesellschafter muss unter dem Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes eine solche Konstellation im Rechtsverkehr deutlich gemacht werden. Die Gesellschaft muss daher beispielsweise als GmbH & Co. OHG firmieren.⁵⁹ Umgekehrt kann die OHG auch Gesellschafter anderer Personen- oder Kapitalgesellschaften sein.⁶⁰

Die **KG** unterscheidet sich von der OHG dadurch, dass nicht alle Gesellschafter persönlich haften. In der KG muss es mindestens einen persönlich haftenden Gesellschafter (Komplementär) geben, daneben mindestens einen beschränkt haftenden Gesellschafter (Kommanditist) (§ 161 Abs. 1 HGB).⁶¹ Gesellschafter einer KG, sowohl Komplementär als auch Kommanditist, kann jede natürliche oder juristische Person sowie rechtsfähige Personengesellschaft sein.⁶² Die beschränkte Haftung der Kommanditisten zeichnet sich dadurch aus, dass nur in Höhe der im Handelsregister eingetragenen Haftsumme des Kommanditisten gehaftet wird, wenn und soweit diese Haftsumme nicht voll einbezahlt ist. Ist die Haftsumme einbezahlt, kommt es nicht zur persönlichen Haftung (§§ 171 ff. HGB). Die KG ist wie die OHG stets auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet. Während bei GbR und OHG grundsätzlich sämtliche Gesellschafter die Geschäfte führen und die Gesellschaft vertreten, ist der Kommanditist einer KG von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen (§§ 164, 170

53 *Sprau*, in: Palandt, BGB, 74. Aufl. 2015, § 705 Rz. 33, *Gummert*, 2005, § 1 Rz. 23 f.

54 *Sprau*, in: Palandt, BGB, 74. Aufl. 2015, § 705 Rz. 50 f.; *Gummert*, 2005, § 1 Rz. 25.

55 *Roth*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 2014, Einleitung vor § 105 Rz. 15; § 105 Rz. 1.

56 *Roth*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 2014, § 105 Rz. 7; *Schmidt*, in: MüKo HGB, 2011, § 105 Rz. 10.

57 *Roth*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 2014, § 105 Rz. 18; *Schmidt*, in: MüKo HGB, 2011, § 105 Rz. 7, 24.

58 *Roth*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 2014, § 105 Rz. 28 f. (nach h. M. auch Außen-GbR).

59 *Roth*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 2014, § 105 Rz. 28; *Schmidt*, in: MüKo HGB, 2011, § 105 Rz. 84.

60 *Roth*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 2014, § 105 Rz. 28.

61 *Gummert*, 2005, § 1 Rz. 69; *Grunewald*, in: MüKo HGB, 2012, § 161 Rz. 2, 3.

62 *Weipert*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, 2014, § 161 Rz. 2.

HGB). Kommanditisten können zwar zur Geschäftsführung,⁶³ jedoch nur sehr eingeschränkt zur Vertretung ermächtigt werden, z. B. im Wege der Vollmacht oder Prokura. Dies darf aber nicht dazu führen, dass der einzige persönlich haftende Gesellschafter allein nicht handlungsfähig ist (Prinzip der Selbstorganschaft).⁶⁴

OHG oder KG kommen häufig auch als sog. Mischformen vor, in welcher ein persönlich haftender Gesellschafter eine Kapitalgesellschaft ist. Häufig anzutreffen ist die **GmbH & Co. KG**. Möglich sind selbstverständlich auch andere Gesellschaften oder Stiftungen als persönlich haftender Gesellschafter, wie z. B. die **SE & Co. KG** oder die **Stiftung & Co. KG**. Diese Mischformen sind grundsätzlich genauso wie eine KG zu behandeln. Die Besonderheit ergibt sich ausschließlich daraus, dass persönlich haftender Gesellschafter keine natürliche Person, sondern eine Kapitalgesellschaft oder Stiftung ist, bei denen die Haftung wiederum grundsätzlich auf ihr Gesellschafts- oder Stiftungsvermögen beschränkt ist.

1.2.1.3 Kapitalgesellschaften

Klassische Kapitalgesellschaften des deutschen Rechts sind die GmbH und die AG. Als für Familiengesellschaften relevante Rechtsform tritt die KGaA hinzu, die trotz ihrer Zwitterstellung zwischen KG und AG als Kapitalgesellschaft zu behandeln ist.⁶⁵

Anders als Personengesellschaften kann die **GmbH** durch eine oder mehrere Personen zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck errichtet werden (§ 1 GmbHG). Für die GmbH charakteristisch ist die fehlende persönliche Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden (§ 13 Abs. 2 GmbHG). Das gesetzliche Mindestkapital, das die Gesellschafter aufzubringen haben, beträgt 25.000 € (§ 5 Abs. 1 GmbHG). Das im Wesentlichen im GmbHG geregelte Recht der GmbH hat zuletzt durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) im Jahr 2008 größere Änderungen erfahren. So ist es seit dem MoMiG möglich, eine GmbH mit einem Stammkapital zu gründen, das den Betrag des Mindeststammkapitals von 25.000 € unterschreitet, sog. Unternehmergesellschaft (UG) (§ 5a GmbHG). Im Zuge der Flexibilisierung des GmbH-Rechts sollte dadurch erreicht werden, dass auch kleinere Existenzgründer die Rechtsform der GmbH wählen können.⁶⁶ Allerdings muss in der Firma die Bezeichnung »Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)« oder »UG (haftungsbeschränkt)« geführt werden. Im Interesse des Gläubigerschutzes unterliegt die UG besonderen Regelungen, unter anderem ist eine gesetzliche Rücklage zu bilden (§ 5a Abs. 3 GmbHG).

Die GmbH entsteht erst mit ihrer Eintragung in das Handelsregister (§ 11 GmbHG). Neben den im Handelsregister selbst veröffentlichten Angaben, wie Geschäftsführer, Stammkapital und Geschäftsadresse, sind zur Einsicht im Handelsregister auch vorzulegen der Gesellschaftsvertrag sowie eine Liste der Gesellschafter. Im Verhältnis zur

⁶³ Grunewald, in: MüKo HGB, 2012, § 164 Rz. 22 ff.

⁶⁴ Roth, in: Baumbach/Hopt, HGB, 2014, § 170 Rz. 1 ff.

⁶⁵ Koch, in: Hüffer, AktG, 2014, § 278 Rz. 3 f.

⁶⁶ Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), BT-Drs. 16/6140.

Gesellschaft gelten nur diejenigen als Gesellschafter, die als solche in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen sind (§ 16 Abs. 1, § 40 GmbHG). Demnach können Gesellschafterbeschlüsse nur durch die in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste genannten Personen wirksam gefasst werden. Anders als die Personengesellschaften wird die GmbH nicht durch einen oder mehrere Gesellschafter geführt, sondern durch einen oder mehrere Geschäftsführer (§ 6 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 GmbHG), die die GmbH auch nach außen vertreten (§ 35 GmbHG). Geschäftsführer kann nur eine natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person sein (§ 6 Abs. 2 GmbHG). Die Aufgaben und Rechte der Gesellschafter hinsichtlich der Geschäftsführung beschränken sich auf die Bestellung und die Abberufung der Geschäftsführer, deren Entlastung sowie Maßnahmen zur Prüfung und Überwachung der Geschäftsführung (§ 46 Nr. 5, 6 GmbHG) einschließlich der Möglichkeit, Weisungen zu erteilen. Darüber hinaus steht den Gesellschaftern ein Auskunfts- und Einsichtsrecht über die Angelegenheiten der Gesellschaft zu (§ 51a GmbHG).

Auch die AG kann einen oder mehrere Gesellschafter haben (§ 2 AktG). Sowohl natürliche als auch juristische Personen können Aktionäre sein.⁶⁷ Nach außen haftet für Verbindlichkeiten der Gesellschaft ausschließlich das Gesellschaftsvermögen (§ 1 Abs. 1 Satz 2 AktG). Das gesetzliche Mindestkapital beträgt 50.000 € (§ 7 AktG). An die Gesellschafter werden Aktien ausgegeben, entweder als Nennbetragsaktien oder Stückaktien (§ 8 AktG), die Aktien können dabei auf den Inhaber oder auf den Namen lauten (§ 19 AktG). Aktien können in verschiedene Gattungen geteilt und jeder Gattung unterschiedliche Rechte zugestanden werden (§ 11 AktG). Mehrstimmrechte sind jedoch unzulässig (§ 12 AktG), so dass in erster Linie unterschiedliche Vermögensrechte gewährt werden können, z. B. das Recht auf Dividende oder zum Bezug neuer Aktien.⁶⁸ Die Geschäfte der AG werden durch den Vorstand geleitet (§ 76 AktG), der die Gesellschaft auch nach außen vertritt (§ 78 AktG). Der Vorstand wird durch den Aufsichtsrat bestellt. Vorstandsmitglieder können für eine Amtszeit von bis zu fünf Jahren bestellt werden, wobei eine — auch mehrfache — Wiederbestellung oder Verlängerung der Amtszeit für jeweils maximal fünf weitere Jahre möglich ist (§ 84 AktG). Der Aufsichtsrat hat die Geschäftsführung durch den Vorstand zu überwachen (§ 111 AktG), der Vorstand hat dem Aufsichtsrat zu berichten (§ 90 AktG). Die Mitglieder des Aufsichtsrats werden von der Hauptversammlung der Aktionäre gewählt, soweit sie nicht in den Aufsichtsrat zu entsenden oder als Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer nach den Mitbestimmungsgesetzen zu wählen sind (§ 101 AktG). Die Aktionäre üben ihre Rechte in der Hauptversammlung aus (§ 118 ff. AktG).

Die **KGaA** ist eine Mischform zwischen AG und KG. Wie die KG, und anders als die AG, hat die KGaA zwei Arten von Gesellschaftern, mindestens einen persönlich haftenden Gesellschafter (Komplementär) sowie mindestens einen beschränkt haftenden Gesellschafter (Kommanditaktionär). Im Unterschied zur KG jedoch hängt die beschränkte Haftung des Kommanditaktionärs nicht von der Leistung seiner Einlage

⁶⁷ Koch, in: Hüffer, AktG, 2014, § 2 Rz. 5 ff.

⁶⁸ Koch, in: Hüffer, AktG, 2014, § 11 Rz. 4.

ab.⁶⁹ Dennoch kann ein und dieselbe natürliche oder juristische Person sowohl persönlich haftender Gesellschafter als auch Kommanditaktionär sein.⁷⁰ Mit dem Wegfall der Vorgabe einer Gründerzahl in § 280 AktG durch Art. 1 Nr. 34 UMAG vom 22.09.2005,⁷¹ kann die KGaA nunmehr von einer einzelnen Person durch einseitiges Rechtsgeschäft gegründet werden.⁷² Vergleichbar mit der KG gilt auch bei der KGaA, dass die Firma auf die Haftungsbeschränkung hinweisen muss, wenn keine natürliche Person persönlich haftet (§ 279 Abs. 2 AktG). Möglich sind demnach Konstellationen wie die GmbH & Co. KGaA, AG & Co. KGaA oder SE & Co. KGaA. Anders als die AG, hat die KGaA keinen Vorstand. Geschäftsführung und Vertretung erfolgen durch die persönlich haftenden Gesellschafter (§ 278 Abs. 2 AktG i. V. m. §§ 161 Abs. 2, 114 bis 118 HGB). Die Kommanditaktionäre sind von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen (§ 278 Abs. 2 AktG i. V. m. §§ 164, 170 HGB). Wie die AG, muss die KGaA einen Aufsichtsrat haben (§ 278 Abs. 3 i. V. m. §§ 95 ff. AktG). Dieser ist im Wesentlichen mit denselben Rechten ausgestattet, wie der Aufsichtsrat der AG. Allerdings hat der Aufsichtsrat der KGaA keine Personalkompetenz zur Besetzung der Geschäftsleitung, da die Stellung der Komplementäre als persönlich haftende Gesellschafter unmittelbar aus dem Gesellschaftsvertrag folgt.⁷³ Der im Vergleich zur AG geringere Einfluss des Aufsichtsrats auf die Geschäftsleitung wird insbesondere bei Gesellschaften, die der unternehmerischen Mitbestimmung unterliegen, als rechtsformspezifischer Vorteil der KGaA für Familienunternehmen gesehen. Zudem muss bei einer paritätisch mitbestimmten KGaA kein Arbeitsdirektor bestellt werden (§ 33 Abs. 2 MitbestG). Komplementäre können nicht Mitglieder des Aufsichtsrats sein (§ 287 Abs. 3 AktG). In der Hauptversammlung üben die Kommanditaktionäre die Rechte aus, die in der AG den Aktionären zustehen (§ 278 Abs. 3 i. V. m. § 118 ff. AktG). Persönlich haftende Gesellschafter haben in der Hauptversammlung kein Stimmrecht, es sei denn, sie sind zugleich Kommanditaktionär (§ 285 Abs. 1 AktG).

1.2.1.4 Europäische Gesellschaftsformen

Dr. Marcel Hagemann

Für Familienunternehmen kommt aus dem Kreis der europäischen Gesellschaftsformen aktuell lediglich die Europäische AG (*Societas Europaea*, SE) in Frage. Die anderen europäischen Gesellschaftsformen sind entweder strukturell für Familiengesellschaften nur in Ausnahmekonstellationen passend (Europäische Genossenschaft, *Societas Cooperativa Europaea*, SCE) oder befinden sich noch im Gesetzgebungsverfahren (*Societas Unius Personae*, SUP).

Die Europäische AG ist konzeptionell mit der deutschen AG vergleichbar. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass die europäischen Rechtsgrundlagen (SE-VO und SE-RL) die SE nicht umfassend regeln und dem nationalen Recht Gestaltungsspielräume belas-

⁶⁹ Koch, in: Hüffer, AktG, 2014, § 278 Rz. 4.

⁷⁰ Koch, in: Hüffer, AktG, 2014, § 278 Rz. 5.

⁷¹ BGBl I 2005, 2802.

⁷² Koch, in: Hüffer, AktG, 2014, § 280 Rz. 2.

⁷³ Arnold, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 2014, § 287 AktG Rz. 3.

sen. Für diese nicht europarechtlich vorgegebenen Bereiche gilt entweder unmittelbar nationales Aktienrecht oder der deutsche Gesetzgeber hat Gestaltungsspielräume den nationalen Regelungen zur AG entsprechend genutzt.⁷⁴ Dementsprechend gelten die Ausführungen zur Haftung, zu den Aktienarten und -gattungen und zur Registerpublizität bei der AG für die SE entsprechend. Anders als bei der deutschen AG beträgt das Grundkapital der SE allerdings 120.000 €, vgl. Art. 4 Abs. 2 SE-VO. Die SE ist damit die Rechtsform mit den höchsten Grundkapitalanforderungen.

Zu den wesentlichen Unterschieden zwischen der SE und der AG zählt zum einen das Recht der Aktionäre, bei der Leitungsstruktur zwischen dem monistischen und dem dualistischen Leitungssystem wählen zu können. Während das dualistische Leitungssystem, also die Leitung durch den Vorstand und dessen Überwachung durch den Aufsichtsrat, der deutschen AG sehr ähnlich ist, bietet die SE als einzige der gängigen Rechtsformen das so genannte Board-System (monistisches System) an.⁷⁵ In dieser Konstellation ist der Verwaltungsrat (das Board) das zentrale Leitungs- und Überwachungsgremium der SE. Nach der gesetzlichen Konzeption trifft der Verwaltungsrat sämtliche strategischen Entscheidungen der Gesellschaft. Das Tagesgeschäft wird im monistischen System von den geschäftsführenden Direktoren verrichtet, die allerdings die Weisungen des Verwaltungsrats befolgen müssen.

Darüber hinaus unterscheidet sich die SE von den übrigen deutschen Gesellschaftsformen durch das Mitbestimmungsregime.⁷⁶ Anders als beispielsweise bei der GmbH oder der AG wird die unternehmerische Mitbestimmung bei der SE zwischen der Unternehmensleitung und den Arbeitnehmern ausgehandelt, so dass sich — gemeinsam mit den Arbeitnehmern — Lösungen entwickeln lassen, die den Besonderheiten des jeweiligen Familienunternehmens Rechnung tragen. Diese einmal verhandelte Lösung bleibt — abgesehen von strukturellen Änderungen, die geeignet sind, die Beteiligungsrechte der Arbeitnehmer zu mindern, vgl. § 18 Abs. 3 SEBG — dauerhaft und unabhängig von der Anzahl der Arbeitnehmer bestehen (sog. »Einfrieren« der Mitbestimmung).

Ferner ist die SE die einzige Rechtsform, die für die grenzüberschreitende Sitzverlegung einen kompletten Regelungskanon vorsieht. Zwar sollte die grenzüberschreitende (Satzungs-)Sitzverlegung auch für andere Rechtsformen nach den EuGH-Entscheidungen *Cartesio*⁷⁷ und *Vale*⁷⁸ grundsätzlich möglich sein. Da es insoweit allerdings an kodifizierten Normen fehlt, ist die grenzüberschreitende Sitzverlegung mit erheblichen Unsicherheiten behaftet. Zu guter Letzt unterscheidet sich die SE von den nationalen Gesellschaftsformen dadurch, dass diese in ihrem Außenauftritt bereits die europäische Identität zum Ausdruck bringt. Auch wenn es sich hierbei nur um einen weichen Faktor handelt, wird die europäische Corporate Identity in der Praxis — gerade bei Unternehmen die international tätig sind — besonders hervorgehoben.

Die SE kann — wie auch die AG und die GmbH — als Komplementärin einer KG oder einer KGaA fungieren. Gerade die letztgenannte Kombination von SE und KGaA ist in

⁷⁴ Zur Normenhierarchie siehe *Jannott/Frodermann*, 2014, Kap. 4 Rz. 6 ff.

⁷⁵ *Jannott/Frodermann*, 2014, Kap. 5 Rz. 131 ff.

⁷⁶ Zur Mitbestimmung bei der SE vgl. *Jannott/Frodermann*, 2014, Kap. 13 Rz. 16 ff.

⁷⁷ EuGH vom 16.12.2008, NJW 2009, 569 – *Cartesio*.

⁷⁸ EuGH vom 12.07.2012, NJW 2012, 2715 — *Vale*.

jüngster Zeit bei Familienunternehmen vermehrt zu beobachten (z. B. *Bertelsmann SE & Co. KGaA*, *Sto SE & Co. KGaA*).

Nach dem gesetzlichen Leitbild führt der Weg in die SE grundsätzlich über andere Gesellschaftsformen. Es gibt also einen so genannten Numerus clausus der Gründungsformen, wobei jede der Gründungsalternativen das Bestehen von Unternehmen und einen supranationalen Bezug erfordert (vgl. Art. 2 SE-VO). Diese Beschränkungen der Gründungsmöglichkeiten spielen in der Praxis indes keine Rolle. Soweit die Voraussetzungen für die Gründung im konkreten Fall nicht vorliegen sollten, ist es mittlerweile anerkannt, über eine Vorratsgesellschaft in die SE wechseln zu können.⁷⁹

1.2.1.5 Stiftung

Die Stiftung ist vielfach bekannt im Zusammenhang mit gemeinnützigem Wirken. Gleichwohl kann die Rechtsform der Stiftung auch für unternehmerische Tätigkeiten genutzt werden. Grundsätzlich charakterisiert sich die Stiftung dadurch, dass sie eine mit Rechtsfähigkeit ausgestattete nicht verbandsmäßig organisierte Einrichtung ist. Die Stiftung verfolgt einen vom Stifter bestimmten Zweck, den sie mit Hilfe eines dazu gewidmeten Vermögens dauerhaft fördern soll.⁸⁰ In diesem Rahmen ist es möglich, dass das der Stiftung übertragene Vermögen ganz oder teilweise in Unternehmensbeteiligungen besteht (sog. **Beteiligungsträgerstiftung**).⁸¹ Die Stiftung als Gesellschafter des jeweiligen Unternehmens erhält dementsprechend die Gewinne, die die Stiftung entsprechend ihres Stiftungszwecks verwendet. Ist es Zweck der Stiftung, Mitgliedern einer (oder mehrerer) Familie(n) zu ermöglichen, das Stiftungsvermögen zu nutzen und/oder die Stiftungserträge einzuziehen, liegt eine sog. **Familienstiftung** vor.⁸² Die Stiftung kann aber auch das Unternehmen selbst betreiben und so unmittelbar die Gewinne erwirtschaften, die sie anschließend entsprechend dem Stiftungszweck verwendet (sog. **Unternehmensträgerstiftung**).⁸³

Die Stiftung unterscheidet sich von anderen Rechtsformen grundlegend dadurch, dass sie keine Gesellschafter oder Mitglieder hat. Die Stiftung kennt lediglich Destinatäre, das sind diejenigen Personen, welchen Mittel von der Stiftung zugewendet werden sollen.

Regelungen zur Stiftung finden sich in § 80 ff. BGB sowie in den Stiftungsgesetzen der Länder. Die Stiftung wird errichtet durch das Stiftungsgeschäft. Dieses beinhaltet die Erklärung des oder der Stifter, welches Vermögen die Stiftung übertragen erhalten soll, zu welchem Zweck es gewidmet wird und eine Stiftungssatzung (§ 81 BGB). Neben Name, Sitz, Zweck und Vermögen der Stiftung wird in der Stiftungssatzung auch der Vorstand der Stiftung geregelt. Die Satzung muss dabei die Zahl der Mitglieder sowie

⁷⁹ Jannott/Frodermann, 2014, Kap. 3 Rz. 304 ff.

⁸⁰ Ellenberger, in: Palandt, BGB, 74. Aufl. 2015, Vorbemerkung vor § 80 Rz. 5; BayObLG vom 25.10.1972, NJW 1973, 249.

⁸¹ Gummert, 2005, § 1 Rz. 147.

⁸² Reuter, in: MüKo BGB, 2012, § 81 Rz. 95; zum Einsatz ausländischer Familienstiftungen in der Nachfolgeplanung Lange/Sabel, ZStV 2014, 201 ff.

⁸³ Gummert, 2005, § 1 Rz. 147.

das Verfahren ihrer Bestellung und Abberufung regeln.⁸⁴ Darüber hinaus kann die Satzung weitere Regelungen enthalten, z. B. über die Destinatäre, die Einrichtung eines Kontrollorgans oder die Möglichkeit, spätere Satzungsänderungen durchzuführen.⁸⁵ Zusätzlich zum Stiftungsgeschäft bedarf es der Anerkennung durch die zuständige Behörde des Landes, in dem die Stiftung ihren Sitz haben soll (§ 80 Abs. 1 BGB). Mit der Anerkennung durch die Stiftungsbehörden ist die Stiftung errichtet, ein späterer Widerruf oder eine Auflösung der Stiftung ist grundsätzlich nicht mehr möglich. Nur unter engen Voraussetzungen, z. B. bei endgültiger Erfüllung des Stiftungszwecks oder Gefährdung des Gemeinwohls kann die Stiftung durch die Stiftungsbehörde aufgehoben werden (§ 87 Abs. 1 BGB). Eine Stiftung kann zudem aufgelöst werden, wenn das Insolvenzverfahren über ihr Vermögen eröffnet wird (§ 86 i. V. m. § 42 BGB) oder Umstände vorliegen, die in der Satzung der Stiftung ausdrücklich als Auflösungsgründe genannt werden.⁸⁶ Sobald die Stiftung von der Stiftungsbehörde anerkannt ist, muss der Stifter entsprechend dem Stiftungsgeschäft das zugesagte Vermögen endgültig auf die Stiftung übertragen (§ 82 BGB; zur Stiftung im Einzelnen vgl. 3).

1.2.2 Kriterien für die Rechtsformwahl

Bei der Wahl der richtigen Rechtsform für ein Unternehmen spielen eine Vielzahl von unterschiedlichen Kriterien eine Rolle. Nicht alle Kriterien werden bei jedem Unternehmen gleichermaßen bedeutsam sein. Einzelne Kriterien mögen im Einzelfall im Vordergrund stehen, im Ergebnis wird es jedoch immer eine Abwägung mehrerer Kriterien in der Gesamtschau geben müssen.⁸⁷

Hinweis

Die Wahl der Rechtsform setzt zunächst eine sorgfältige Analyse der Situation von Unternehmen und Familie sowie der strategischen Ausrichtung des Unternehmens einerseits, und der Ziele der Familie (Familienstrategie) andererseits voraus. Auf dieser Basis sollten dann die einzelnen Kriterien untersucht und abgewogen werden.

Allgemeine Kriterien, die insbesondere bei der Neugründung eine Rolle spielen, sind die Frage nach dem Mindestkapital, der Haftungsverfassung und der steuerlichen Belastung. Das **Mindestkapital** bewegt sich je nach Rechtsform zwischen 1€ bis 50.000€ (zu den einzelnen Rechtsformen vgl. 1.2.1). Ausschlusskriterium wird die Kapitalausstattung daher allenfalls bei Kleinunternehmen sein, mittelständische Unternehmen rechnen von Haus aus mit einer höheren Kapitalausstattung.

⁸⁴ Ellenberger, in: Palandt, BGB, 74. Aufl. 2015, § 81 Rz. 9.

⁸⁵ Ellenberger, in: Palandt, BGB, 74. Aufl. 2015, § 81 Rz. 10.

⁸⁶ Ellenberger, in: Palandt, BGB, 74. Aufl. 2015, § 87 Rz. 3.

⁸⁷ Fleischer, in: MüKo GmbHG, 2015, Einleitung Rz. 300; Prinz/Winkeljohann, 2014, § 1 Rz. 8.

Die **Haftungsverfassung** spielt demgegenüber eine deutlich größere Rolle, zumal sie auch die Frage nach der Haftung mit dem persönlichen Vermögen der Gründer, Gesellschafter oder Geschäftsführer betrifft. Die Unterschiede zwischen den Rechtsformen sind groß. Die Spanne reicht von der vollumfänglichen persönlichen Haftung, über eine beschränkte persönliche Haftung, bis zum Ausschluss der persönlichen Haftung bzw. Haftung nur des Gesellschaftsvermögens. Die persönliche Haftung zumindest eines Gesellschafters bei sämtlichen Personengesellschaften lässt diese Rechtsformen zunächst unattraktiv erscheinen. Dennoch lohnt hier ein zweiter Blick. So lässt sich die unmittelbare persönliche Haftung einer natürlichen Person beispielsweise bei KG und KGaA dadurch vermeiden, dass eine Kapitalgesellschaft die Stellung des persönlich haftenden Gesellschafters (Komplementärs) übernimmt. Über die GmbH & Co. KG, die SE & Co. KGaA oder vergleichbare Kombinationen wird im Ergebnis doch eine Abschirmung des Privatvermögens des oder der Unternehmer ermöglicht. Dieses Ziel kann auch dadurch erreicht werden, dass innerhalb eines Unternehmensverbands haftungsträchtige, produzierende Unternehmen in Form einer haftungsbeschränkten Kapitalgesellschaft geführt werden, während an der Spitze der Unternehmensgruppe eine Personengesellschaft eine Holdingfunktion übernimmt. In allen Konstellationen sollte dennoch nicht außer Acht gelassen werden, dass selbst bei grundsätzlich beschränkter Haftung in Ausnahmefällen auch eine persönliche Haftung der Gesellschafter drohen kann, insbesondere in Missbrauchsfällen.⁸⁸ Zu Recht wird auch darauf hingewiesen, dass ein Haftungsprivileg in der gewählten Rechtsform faktisch an Wert verlieren kann, wenn die Gesellschafter im Rahmen einer Fremdfinanzierung der Gesellschaft persönliche Sicherheiten stellen müssen.⁸⁹

Auch die **Besteuerung** von Unternehmen und Gesellschaftern spielt bei der Rechtswahl eine Rolle (zur Besteuerung vgl. 6.). Zu berücksichtigen sind sowohl die laufende Besteuerung mit Gewerbe-, Einkommens- und Körperschaftssteuer als auch die Besteuerung von besonderen Vorfällen. Hierunter fällt insbesondere die Besteuerung bei der Veräußerung von Anteilen bei Umwandlungsvorgängen sowie im Zusammenhang mit der Unternehmensnachfolge.⁹⁰ Welche Rechtsform für ein bestimmtes Unternehmen steuerlich vorteilhaft ist oder nicht, hängt von vielen Einzelfaktoren ab, wie z. B. der Größe, der Ertragsstärke, der Gestaltung von Vertragsbeziehungen zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern sowie der sonstigen Einkünfte der Gesellschafter, und ist an dieser Stelle nicht pauschal zu beantworten.⁹¹ Die Rechtsform der Kapitalgesellschaft ist bei geringer Ertragssteuerbelastung vor allem für große und ertragsstarke Familienunternehmen günstig. Aufgrund der seit der Unternehmenssteuerreform 2008 reduzierten Gewerbesteuerbelastung und der verbesserten Anrechnungsmöglichkeit der Gewerbesteuer, der Thesaurierungsbegünstigung sowie der Möglichkeit der Verlustverrechnung mit anderen Einkünften des Gesellschafters sind jedoch Personengesellschaften weiterhin für Familienunternehmen eine interessante Rechtsform.⁹² Auch

⁸⁸ Sudhoff, (Personengesellschaften) 2005, § 1 Rz. 30.

⁸⁹ Sudhoff, (Personengesellschaften) 2005, § 1 Rz. 31; Gummert, 2005, § 1 Rz. 183.

⁹⁰ Gummert, 2005, § 1 Rz. 190; Sudhoff, (Personengesellschaften) 2005, § 2 Rz. 20 ff.

⁹¹ Gummert, 2005, § 1 Rz. 236 ff.

⁹² ZEW, 2008, IX f.

im Erbfall unterscheidet sich die Belastung der Erben mit Erbschaftsteuer abhängig von der Rechtsform, aber selbstverständlich spielen auch sachliche und persönliche Steuererleichterungen bei der konkreten Berechnung der Erbschaftsteuerbelastung eine nicht unerhebliche Rolle.⁹³

Neben diesen allgemeinen Kriterien werden nachfolgend diejenigen Kriterien näher beleuchtet, welche speziell für Familienunternehmen von besonderer Bedeutung sind.

1.2.2.1 Entscheidungsfindung der Gesellschafter

Sobald mehrere Gesellschafter an einem Unternehmen beteiligt sind, stellt sich die Frage, mit welchen **Mehrheiten** Entscheidungen getroffen werden können und in welcher Form. Zunächst gilt der Grundsatz, dass Entscheidungen der Gesellschafterversammlung bei Personengesellschaften einstimmig erfolgen müssen. Bei Kapitalgesellschaften dagegen genügt in der Regel für laufende Geschäfte die einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen (§ 47 Abs. 1 GmbHG, § 133 Abs. 1 AktG), für grundlegende Themen, wie z. B. die Änderung des Gesellschaftsvertrags, Kapitalerhöhungen oder -herabsetzungen, schreibt das Gesetz eine qualifizierte Mehrheit von 3/4 der abgegebenen Stimmen vor (§ 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG, § 179 Abs. 2 Satz 1 AktG).

Weitaus wichtiger als die gesetzlichen Mehrheiten ist jedoch die Frage, ob und inwieweit im Gesellschaftsvertrag von gesetzlichen Vorgaben abgewichen und die Entscheidungsfindung an die Interessen der Gesellschafter angepasst werden kann (zum Kriterium der Flexibilität vgl. 1.2.2.9). So kann der Grundsatz der einstimmigen Beschlussfassung bei Personengesellschaften im Gesellschaftsvertrag zu Gunsten einer einfachen oder qualifizierten Mehrheit abbedungen werden.⁹⁴ Bei Kapitalgesellschaften können die gesetzlich vorgegebenen Mehrheiten zwar im Gesellschaftsvertrag nicht herabgesetzt werden, es können jedoch höhere Mehrheiten bis hin zur Einstimmigkeit vorgesehen werden. Sollen **Mehrheitsklauseln** nicht nur gewöhnliche Beschlussgegenstände umfassen, sondern auch grundlegende Geschäfte, so muss sich dies unzweideutig aus dem Gesellschaftsvertrag ergeben. Darüber hinaus sind Mehrheitsbeschlüsse im Einzelfall unwirksam, wenn sie in grundlegende Rechte eines einzelnen Gesellschafters eingreifen und der betroffene Gesellschafter nicht zugestimmt hat.⁹⁵

Hinweis

Die Frage, welche Mehrheiten man für die Entscheidungsfindung der Gesellschafter zugrunde legen möchte, hängt entscheidend von der Situation in der konkreten Gesellschaft, der Zusammensetzung der Gesellschafter und der weiteren Perspektive ab.

⁹³ ZEW, 2008, Xf.

⁹⁴ Für GbR: § 709 Abs. 2 HGB; *Sprau*, in: Palandt, BGB, 74. Aufl. 2015, Vorbemerkung vor § 709 Rz. 11a; für OHG und KG: § 119 Abs. 2 HGB; *Roth*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 2014, § 119 Rz. 34.

⁹⁵ *Sprau*, in: Palandt, BGB, 74. Aufl. 2015, Vorbemerkung vor § 709 Rz. 11a, 17; *Roth*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 2014, § 119 Rz. 35 ff.; BGH vom 21.10.2014, DB 2014, 2640.

Regelungen zur Einstimmigkeit können für bestimmte grundlegende Geschäfte sinnvoll sein, wenn die Gesellschaft einen überschaubaren Gesellschafterkreis hat und die Familie nahe am Unternehmen steht. Andererseits können einzelne Gesellschafter das Erfordernis der Einstimmigkeit zur Blockade nutzen, was das Unternehmen im schlimmsten Fall handlungsunfähig machen kann. Mehrheitsklauseln bieten in jedem Fall mehr Flexibilität. Sie können jedoch dann zu einem Zerwürfnis zwischen den Gesellschaftern führen, wenn eine immer gleiche Mehrheit sämtliche Entscheidungen gegen den Willen der Minderheit durchsetzt. Denkbar sind in solchen Fällen fein austarierte Regelungen, die beispielsweise für bestimmte Entscheidungen **Zustimmungserfordernisse** jedes Familienstammes vorsehen. In diesem Zusammenhang können auch **Stimmpoolvereinbarungen** hilfreich sein.

Im Zusammenhang mit der Entscheidungsfindung der Gesellschafter ist weiterhin von Bedeutung, in welcher **Form** die Entscheidungen getroffen werden müssen. Grundsätzlich erfolgt die Meinungsbildung in der Gesellschafterversammlung durch Beschluss. Eine Beschlussfassung auf anderem Weg, z. B. schriftlich im Umlaufverfahren, mündlich per Telefon, über E-Mail oder auch per Videokonferenz, kann für Gesellschafter, die sich nicht regelmäßig am Sitz der Gesellschaft aufhalten, wichtig sein. Derartige Möglichkeiten alternativer Beschlussfassung müssen jedoch bei allen Gesellschaftsformen im Gesellschaftsvertrag vorgesehen sein. In diesem Zusammenhang kann es auch entscheidend sein, ob sich einzelne Gesellschafter bei der Beschlussfassung vertreten lassen können. Das Stimmrecht ist grundsätzlich ein mit der Mitgliedschaft verbundenes Recht, das nicht von der Mitgliedschaft abgespalten werden kann. Dennoch ist eine Vertretung bei der Stimmabgabe zulässig, wenn der Gesellschaftsvertrag entsprechende Möglichkeiten vorsieht. Sorgfältig zu überlegen ist dabei, ob man jeglichen Vertreter zulassen möchte. Im Hinblick auf die Behandlung vertraulicher Themen in der Gesellschafterversammlung wird üblicherweise eine Vertretung nur durch andere Gesellschafter und durch von Berufs wegen zur Verschwiegenheit verpflichtete Berater (Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer) zugelassen. Daneben kann überlegt werden, ob man Gesellschaftern zugesteht, zusätzlich in der Gesellschafterversammlung einen Berater hinzuzuziehen. Ist dies im Gesellschaftsvertrag nicht ausdrücklich gestattet, müssen die Gesellschafter in der jeweiligen Versammlung der Hinzuziehung dritter Personen zustimmen.

1.2.2.2 Leitung und Überwachung des Unternehmens

Grundlegend für das Kriterium der Unternehmensleitung ist zunächst die Beantwortung der Frage, ob Mitglieder der Familie bzw. die Gesellschafter die Unternehmensleitung ausschließlich selbst übernehmen möchten, ob sie das Unternehmen zusammen mit Managern außerhalb des Gesellschafterkreises leiten wollen oder ob sich Familienmitglieder ausschließlich auf die Rolle der Gesellschafter beschränken und das Management vollständig durch externe Dritte erfolgt. In einem zweiten Schritt ist zu überlegen, welche Rechtsform auch bei zukünftigen Entwicklungen geeignet ist. Ist zu erwarten, dass nachfolgende Generationen zwar als Gesellschafter aktiv sein wollen, nicht jedoch unmittelbar in die Unternehmensleitung gehen möchten, verändert sich

die Struktur des Unternehmens. Gleiches gilt, wenn zukünftige Generationen erst später in die Unternehmensleitung nachrücken, zusammen mit externen Managern oder als Ersatz für diese. Da solche zukünftigen Entwicklungen nicht im Einzelnen vorhergesagt werden können, bietet sich gerade eine anstehende Veränderung in diesem Bereich an, die einmal gewählte Rechtsform zu überdenken und ggf. einen Rechtsformwechsel einzuleiten, um die neuen Strukturen besser abzubilden.

Bei Personengesellschaften gilt der Grundsatz der **Selbstorganschaft**. Die Gesellschafter führen die Geschäfte (§ 709 BGB, § 114 Abs. 1 HGB). Es ist jedoch möglich, einzelne Gesellschafter per Regelung im Gesellschaftsvertrag von der Geschäftsführung auszuschließen (§ 710 BGB, § 114 Abs. 2 HGB). Darüber hinaus ist es auch möglich, einen Dritten, der nicht Gesellschafter ist, schuldrechtlich mit Geschäftsführungsaufgaben zu betrauen. Einem solchen »Geschäftsführer« kann auch Vollmacht zur Vertretung der Gesellschaft erteilt werden. Die Übertragung der Geschäftsführung, die üblicherweise mittels eines Dienstvertrages erfolgt, kann dabei so weit gehen, dass ein umfassender Betriebsführungsvertrag abgeschlossen wird. Entscheidend ist jedoch, dass die Gesellschafter weisungsbefugt bleiben und die Kontroll- und Planungsbefugnisse nicht aus der Hand geben können.⁹⁶

Demgegenüber steht das Prinzip der **Fremdorganschaft** bei Kapitalgesellschaften. Zum Geschäftsführer einer GmbH bzw. zum Vorstandsmitglied einer AG kann jede natürliche, unbeschränkt geschäftsfähige Person bestellt werden, die die gesetzlichen Eignungsvoraussetzungen (§ 6 Abs. 2 GmbHG, § 76 Abs. 3 AktG) erfüllt. Die Geschäftsführerstellung ist unabhängig von der Gesellschafterstellung (§ 6 Abs. 3 GmbHG). Es bleibt den Gesellschaftern unbenommen, zusätzliche Eignungsvoraussetzungen aufzustellen, wie z. B. besondere sachliche Qualifikationen, und diese auch gesellschaftsvertraglich festzuschreiben.⁹⁷ Wollen sich GmbH-Gesellschafter einen gewissen unmittelbaren Einfluss auf die Geschäftsführung vorbehalten, kann der Gesellschaftsvertrag auch ein satzungsmäßiges Recht einzelner Gesellschafter auf die Ausübung der Geschäftsführerstellung vorsehen. Etwas weniger streng, aber ebenso möglich, ist eine Regelung im Gesellschaftsvertrag, wonach einzelne Gesellschafter oder Gesellschaftergruppen (z. B. Familienstämme) das Recht auf Benennung eines von mehreren Geschäftsführern haben.

Hinweis

Neben der Frage, ob und in welchem Umfang Familienmitglieder als Gesellschafter auch in der Geschäftsführung aktiv werden können oder müssen, ist auch im Blick zu haben, welche Rechte die Gesellschafter gegenüber der Geschäftsführung haben.

In Personengesellschaften und auch bei einer GmbH gibt es umfassende **Informationsrechte** der Gesellschafter. Damit korrespondiert die Pflicht der Geschäftsführung, die

⁹⁶ Roth, in: Baumbach/Hopt, HGB, 2014, § 115 Rz. 24 f.

⁹⁷ Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 2013, § 6 Rz. 8.

Gesellschafter über die Geschäftsführung, insbesondere wesentliche Geschäftsvorfälle, zu unterrichten.⁹⁸ Das Informations- und Kontrollrecht steht in Personengesellschaften auch den Gesellschaftern zu, die von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind (§ 716 BGB, § 118 HGB). Allerdings verfügen Kommanditisten grundsätzlich nur über sehr eingeschränkte Informationsrechte (§ 166 Abs. 2 HGB), soweit nicht im Gesellschaftsvertrag etwas anderes geregelt ist. Daneben haben die Gesellschafter von Personengesellschaften und GmbH umfassende **Weisungsrechte** gegenüber der Geschäftsführung.⁹⁹ Anders stellt sich die Situation bei der AG dar. Hier haben die Aktionäre zwar gewisse **Auskunftsrechte** (§ 131 AktG), es ist jedoch Aufgabe des Aufsichtsrats, die Geschäftsführung zu überwachen (§ 111 Abs. 1 u. 2 AktG). Zudem ist der Aufsichtsrat auf die Überwachung beschränkt, er kann keine Weisungen an den Vorstand erteilen.¹⁰⁰ Auch den Aktionären steht kein Weisungsrecht zu. Nur bei Bestehen eines Beherrschungsvertrags ist das herrschende Unternehmen berechtigt, dem Vorstand Weisungen zu erteilen (§ 308 AktG).¹⁰¹

In diesem Zusammenhang ist es auch von Bedeutung, ob und in welchem Rahmen die Geschäftsführung an **Zustimmungsvorbehalte** gebunden werden kann. So können Gesellschaftsverträge vorsehen, dass die Geschäftsführung für die Durchführung bestimmter Maßnahmen einen vorherigen Beschluss der Gesellschafterversammlung (oder eines Aufsichtsrats, Beirats oder vergleichbaren Gremiums) einholen muss. Etwas flexibler als Satzungsregelungen sind Zustimmungsvorbehalte, die in einer Geschäftsordnung für die Geschäftsführung festgehalten sind. Die Geschäftsordnung kann durch einfachen Beschluss der Gesellschafterversammlung geändert werden. Ansonsten ist bei jeder Änderung eine Satzungsänderung bei der GmbH erforderlich, mit den entsprechenden Formularen, wie notarielle Beurkundung und Erfordernis einer 3/4-Mehrheit

1.2.2.3 Übertragbarkeit der Anteile

Das Kriterium der Übertragbarkeit besteht im Wesentlichen aus zwei Komponenten: Zum einen stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen Gesellschaftsanteile überhaupt übertragbar sind. Zum anderen geht es darum, inwieweit die Übertragbarkeit von Anteilen eingeschränkt werden kann. Letzteres ist für Familienunternehmen von besonderer Bedeutung (vgl. 1.3.1.1). Befindet sich ein Unternehmen ausschließlich in Familienhand, besteht vielfach der Wunsch, die familiäre Bindung zu erhalten und den Einstieg eines familienfremden Dritten zu verhindern oder nur unter engen Voraussetzungen zuzulassen.¹⁰² Weiterhin sind Familienunternehmen häufig auf Beständigkeit bedacht. Eine Fortführung durch die nächste Generation soll sichergestellt sein.¹⁰³

⁹⁸ *Sprau*, in: Palandt, BGB, 74. Aufl. 2015, § 713 Rz. 4 ff.

⁹⁹ *Sprau*, in: Palandt, BGB, 74. Aufl. 2015, § 713 Rz. 3; *Roth*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 2014, § 115 Rz. 24 f.; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 2013, § 37 Rz. 20.

¹⁰⁰ *Koch*, in: Hüffer, AktG, 2014, § 76 Rz. 25, 27.

¹⁰¹ *Koch*, in: Hüffer, AktG, 2014, § 76 Rz. 27.

¹⁰² *Gummert*, 2005, § 1 Rz. 167.

¹⁰³ *Gummert*, 2005, § 1 Rn. 166.

In diesem Zusammenhang spielt es eine Rolle, ob die Nachfolge in einen Gesellschaftsanteil von Todes wegen möglich ist bzw. inwieweit der Erblasser hier Vorsorge treffen kann.

Bei Personengesellschaften ist die Übertragbarkeit der Beteiligung grundsätzlich eingeschränkt. Von Gesetzes wegen bedarf die Übertragung der Zustimmung der anderen Gesellschafter.¹⁰⁴ Zwar ist die Zustimmung grundsätzlich einstimmig durch alle Gesellschafter zu erteilen, der Gesellschaftsvertrag kann jedoch auch andere Mehrheiten vorsehen, bis hin zur zustimmungsfreien Übertragung.¹⁰⁵ So wird die Möglichkeit der Übertragung auf andere Gesellschafter oder an Familienangehörige bzw. Abkömmlinge häufig zustimmungsfrei ermöglicht. Für Gesellschaften, die in einer speziellen Branche tätig sind und in welcher die Mitarbeit der Gesellschafter erforderlich oder gewünscht ist, kann die Übertragung auch an die Erfüllung sonstiger Kriterien geknüpft werden. So kann z. B. vorgesehen werden, dass der neue Gesellschafter bestimmte Qualifikationen aufweisen muss. Da dies die Handlungsfähigkeit des Gesellschafterkreises jedoch stark einschränkt, sollte von derartigen Beschränkungen nur sparsam Gebrauch gemacht werden.

Für Kapitalgesellschaften gilt das Prinzip der freien Übertragbarkeit der Anteile. Spiegelbildlich zu den Personengesellschaften können Beschränkungen im Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden, bei der AG allerdings nur für Namensaktien (§ 68 Abs. 2 AktG). Zudem sind die Anteile an Kapitalgesellschaften zwingend vererblich. Insoweit wird bei Kapitalgesellschaften ebenfalls häufig von **Zustimmungsvorbehalten** oder der Möglichkeit der Einziehung Gebrauch gemacht, wenn ein Anteil an Dritte, insbesondere familienfremde Personen, übertragen wird.

1.2.2.4 Vertraulichkeit versus Publizität

Das Kriterium der Vertraulichkeit spielt in Familienunternehmen eine besondere Rolle. Für die Mitglieder der Familie ist es häufig bedeutsam, dass Familieninterna und häufig auch detaillierte wirtschaftliche Verhältnisse nicht öffentlich werden. So kann es durchaus wichtig sein, ob und in welcher Form Beteiligungsverhältnisse, Absprachen zwischen den Gesellschaftern und wirtschaftliche Daten Publik gemacht werden müssen und in öffentlichen Registern von jedermann eingesehen werden können.

Der Einzelkaufmann sowie die Gesellschafter einer OHG sind aus dem **Handelsregister** unmittelbar ersichtlich. Gleiches gilt auch für den Komplementär einer KG und deren Kommanditisten, einschließlich der Angabe der jeweiligen Haftsumme. Gesellschafter einer GmbH sind zwar nicht im Handelsregister unmittelbar genannt, als Gesellschafter mit den entsprechenden Rechten gilt jedoch nur, wer in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist (§§ 16, 40 GmbHG). Über die Gesellschafterliste, deren Bedeutung im Zuge des MoMiG seit 01.11.2008 aufgewertet wurde, sind die Gesellschafter nebst Adresse und Höhe der Beteiligung über das

104 Für GbR: *Sprau*, in: Palandt, BGB, 74. Aufl. 2015, § 719 Rz. 6 f.; für OHG/KG: *Roth*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 2014, § 105 Rz. 69 f.

105 *Roth*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 2014, § 105 Rz. 70.

Handelsregister ermittelbar. Durch Zwischenschaltung von Holdinggesellschaften oder Beteiligungsgesellschaften werden Beteiligungen weniger offensichtlich. Eine vollständige Vertraulichkeit wird sich allerdings nicht herstellen lassen, sofern nicht eine in- oder ausländische Rechtsform verwendet wird, deren Gesellschafter nicht in öffentlichen Registern genannt werden müssen. Bei der AG dagegen sind die Aktionäre nicht aus öffentlich zugänglichen Registern ersichtlich. Hat die AG Namensaktien ausgegeben, sind diese unter Angabe des Namens, Geburtsdatums und der Adresse des Inhabers sowie der Stückzahl oder der Aktiennummer in das Aktienregister der Gesellschaft einzutragen (§ 67 Abs. 1 Satz 1 AktG). Das Aktienregister selbst ist jedoch nicht öffentlich, sondern nur zur Verwendung durch die Gesellschaft bestimmt. Aktionäre haben lediglich Anspruch auf Auskunft über die zu ihrer Person im Aktienregister eingetragenen Daten (§ 67 Abs. 6 Satz 1 AktG). Das früher bestehende allgemeine Einsichtsrecht jedes Aktionärs ist im Hinblick auf Anforderungen des Datenschutzes 2011 abgeschafft worden.¹⁰⁶ Nicht börsennotierte AG können jedoch weitergehende Auskunfts- und Einsichtsrechte in ihrer Satzung festlegen.¹⁰⁷ Auch bei der Stiftung sind die Destinatäre, die Zuwendungen von der Stiftung erhalten, nicht zwingend publik. Sie können zwar im Stiftungsgeschäft bzw. der Satzung ausdrücklich benannt sein. Die Stiftungssatzung ist jedoch grundsätzlich nicht öffentlich einsehbar, soweit sie nicht nach dem jeweiligen Landesgesetz im Amtsblatt bekanntgemacht oder im Rahmen einer Handelsregisteranmeldung zum Register eingereicht werden muss.¹⁰⁸

Etwas anders stellt sich das Bild bei der **Publizität** von gesellschafterinternen Vereinbarungen dar. Gesellschaftsverträge bei Personengesellschaften müssen nicht zum Handelsregister eingereicht werden. Satzungen von GmbH und AG sind dagegen Bestandteil der Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG, § 37 Abs. 4 Nr. 1 AktG). Entsprechend muss jede Satzungsänderung nicht nur notariell beurkundet, sondern auch die neue Satzung zum Handelsregister eingereicht werden. Auch die wirtschaftlichen Verhältnisse müssen Kapitalgesellschaften offenlegen. Sie sind verpflichtet, den Jahresabschluss beim Betreiber des Bundesanzeigers elektronisch einzureichen und im Bundesanzeiger bekanntmachen zu lassen (§ 325 HGB). Bei einem Verstoß gegen die Offenlegungspflicht kann ein Bußgeld gegen die Geschäftsführer bzw. den Vorstand verhängt werden (§ 334 Abs. 1 Nr. 5 HGB). Denkbar sind auch Schadensersatzansprüche seitens der Gläubiger. Diese Publizitätspflichten gelten entsprechend auch für Personenhandelsgesellschaften, bei welchen nicht mindestens eine natürliche Person oder eine OHG, KG oder andere Personengesellschaft mit einer natürlichen Person als persönlich haftendem Gesellschafter der persönlich haftende Gesellschafter ist (§ 264a HGB). Diese Offenlegungspflichten lassen sich auch nicht durch Wahl einer ausländischen Rechtsform umgehen, soweit diese einen Verwaltungssitz in Deutschland hat.¹⁰⁹ Ab einer bestimmten Unternehmensgröße (bezogen auf Bilanzsumme, Umsatzerlöse und/oder Arbeitnehmer) sind allerdings auch Einzel-

¹⁰⁶ Koch, in: Hüffer, AktG, 2014, § 67 Rz. 28.

¹⁰⁷ Koch, in: Hüffer, AktG, 2014, § 67 Rz. 30.

¹⁰⁸ Schlüter/Stolte, 2013, Kap. 6 Rz 36 f.; von Campenhausen/Richter, 2014, § 38 Rz. 5.

¹⁰⁹ Merkt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 2014, § 325 Rz. 1 m. w. N.

unternehmer sowie Personenhandelsgesellschaften mit mindestens einer natürlichen Person als persönlich haftender Gesellschafter nach dem PubLG verpflichtet, den Jahresabschluss offenzulegen (vgl. §§ 1, 3, 9 PubLG).

1.2.2.5 Kapital- und Liquiditätssicherung

Im Hinblick auf die Kapital- und Liquiditätssicherung einer Gesellschaft stellt sich zunächst die Frage, welche Beiträge die Gesellschafter zu leisten verpflichtet sind und ob es eine Pflicht zur Leistung von Nachschüssen gibt, wenn die finanzielle Situation der Gesellschaft dies erfordert. Während bei Personengesellschaften die Frage der Beiträge ausschließlich durch die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag bestimmt wird,¹¹⁰ gibt es bei den Kapitalgesellschaften ein gesetzliches System der Kapitalaufbringung und -erhaltung. Dieses beinhaltet zwar ebenfalls keine gesetzliche **Nachschusspflicht**, bindet die Gesellschafter in ihren Kapitalmaßnahmen jedoch stärker, als dies bei Personengesellschaften der Fall ist (z. B. durch das Verbot der Einlagenrückgewähr in § 30 GmbHG, § 57 AktG).

Auch hinsichtlich der **Beitragsleistung** sind Personengesellschaften flexibler. Die Art und Weise der Leistung sowie der Wert, der ihr beigemessen wird, bestimmen sich ausschließlich nach dem Willen der Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag. Leistet ein Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft dagegen als Einlage keinen Barbetrag, sondern einen Sachwert, so ist dieser jedenfalls dann durch ein externes Werthaltigkeitsgutachten zu bepreisen, wenn die Sacheinlage Gegenleistung für die dem Gesellschafter gewährten Anteile ist.

1.2.2.6 Finanzierung

Grundsätzlich können die Gesellschafter in allen Gesellschaftsformen die Gesellschaft durch Eigen- und Fremdkapital (in Form von Darlehen) finanzieren. Forderungen der Gesellschafter, z. B. auf Rückzahlung des **Gesellschafterdarlehens**, sind im Fall der Insolvenz der Gesellschaft — unabhängig von deren Rechtsform — nachrangig (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO). Insofern unterliegt die Finanzierung durch einen Gesellschafter anderen Regelungen, als eine Fremdfinanzierung durch Dritte.

Kaum ein Unternehmen wird sich ausschließlich über die aktuellen Gesellschafter finanzieren. Die Finanzierung kann zum einen über die Aufnahme neuer Gesellschafter und Erhöhung des Eigenkapitals erreicht werden. Für die AG gibt es insbesondere die Möglichkeit des Börsengangs. Zum anderen besteht die Möglichkeit der Finanzierung durch externe Kreditgeber. Hier wird sich vielfach die Frage stellen, ob die Gesellschaft selbst in der Lage ist, ausreichende Sicherheiten zu stellen, oder ob die Gesellschafter persönlich zusätzliche Haftungen übernehmen müssen.

Studien zeigen, dass Familienunternehmen stärker eigenkapitalorientiert sind und die Eigenkapitalquote mit teilweise über 50 % sehr hoch ist.¹¹¹ Bei der Fremdfinanzie-

¹¹⁰ Roth, in: Baumbach/Hopt, HGB, 2014, § 109 Rz. 6.

¹¹¹ Cravotta, 2010, 18.

rung greifen Familienunternehmen eher zu traditionellen Finanzierungsmitteln wie Bankkrediten oder Leasing. Vielfach stellen Familienunternehmen nicht die kurzfristige, durch Ausschüttungen erzielte Eigenkapitalrendite in den Vordergrund, sondern bevorzugen eine Reinvestition zur Verfolgung langfristiger strategischer Ziele. Dies wird zumeist dahingehend interpretiert, dass die finanzielle Unabhängigkeit von externen Kapitalgebern für Familienunternehmen wichtig ist.¹¹² Diese Besonderheiten führen jedoch nicht dazu, dass Familienunternehmen in ihrer Finanzierung schlechter oder besser gestellt sind als nicht familiengeführte Unternehmen gleicher Rechtsform und Größe.¹¹³

1.2.2.7 Versorgung der Familie und Altersversorgung

Hinsichtlich der Versorgung des Gesellschafters, seiner Altersvorsorge und der Versorgung seiner Familie stellt sich zunächst — rechtsformunabhängig — die Frage, inwieweit die Gesellschaft ausreichend und laufend Erträge produziert, die für die Versorgung, ggf. neben weiteren Quellen, ausreichend sind. Bei Kapitalgesellschaften ist grundsätzlich vorgesehen, dass einmal jährlich über die **Ausschüttung** des Gewinns aus dem Vorjahr beschlossen wird. Vorabausschüttungen können in gewissem Umfang zulässig sein. Eine zuverlässigere, weil regelmäßige Einnahmequelle sind dagegen **Vergütungen**, die ein Gesellschafter für eine Tätigkeit erhält, die er für die Gesellschaft ausübt, z. B. aus einem Geschäftsführer- oder Vorstandsdiensvertrag. Im Rahmen solcher Tätigkeitsvergütungen findet sich regelmäßig auch ein Element der Altersvorsorge, z. B. über eine Direktversicherung oder Einzahlungen in ein Pensionswerk. Schwierig mag insofern der Wechsel von einer aktiven Leitungsposition in die reine Gesellschafterstellung oder eine reduzierte Beraterfunktion sein. In allen Rechtsformen gibt es jedoch Möglichkeiten, wie die Beraterfunktion ausgeübt werden kann. Die Frage der Honorierung ist dabei insbesondere unter steuerlichen Gesichtspunkten (verdeckte Gewinnausschüttung) zu betrachten.

Soll ein völliger Rückzug aus der Unternehmensleitung erfolgen, ist dies nicht selten verbunden mit dem Verkauf der Beteiligung, um die Versorgung aus dem Verkaufserlös sicherzustellen. Insoweit gelten zunächst die Grundsätze zur Übertragbarkeit von Gesellschaftsanteilen (vgl. 1.2.2.3).

1.2.2.8 Sicherung des Bestands des Unternehmens

Familienunternehmen, insbesondere wenn sie inhabergeführt sind, sind gekennzeichnet durch eine enge Verbindung von Gesellschaftern bzw. Familie und Unternehmen. Nicht selten macht das Unternehmen einen überwiegenden Teil des Familienvermögens aus. Die Versorgung der Familie hängt vom wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens ab. Dies motiviert Familienunternehmer in besonderem Maße, das Unternehmen mittel- bis langfristig zu erhalten. Familienunternehmen sind daher stärker auf die

¹¹² ZEW, 2008, VI f.

¹¹³ ZEW, 2008, VII.