



Stiftung  
Familienunternehmen

# Gesetzesfolgen für Familienunternehmen abschätzen

Ein Familienunternehmen-Test für Deutschland und die EU



# Impressum

**Herausgeber:**



Stiftung Familienunternehmen

Prinzregentenstraße 50

80538 München

Telefon: +49 (0) 89 / 12 76 400 02

Telefax: +49 (0) 89 / 12 76 400 09

E-Mail: [info@familienunternehmen.de](mailto:info@familienunternehmen.de)

[www.familienunternehmen.de](http://www.familienunternehmen.de)

**Erstellt von:**

Prof. Dr. Mathias Habersack

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Unternehmensrecht

Ludwig-Maximilians-Universität München

© Stiftung Familienunternehmen, München 2020

Titelbild: stockphoto-graf | Adobe Stock

Abdruck und Auszug mit Quellenangabe

ISBN: 978-3-942467-79-7

**Zitat (Vollbeleg):**

Stiftung Familienunternehmen (Hrsg.): Gesetzesfolgen für Familienunternehmen abschätzen – Ein Familienunternehmen-Test für Deutschland und die EU, erstellt von Prof. Dr. Mathias Habersack, München 2020, [www.familienunternehmen.de](http://www.familienunternehmen.de)

# Inhaltsverzeichnis

<b>Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse</b> .....	<b>V</b>
<b>A. Grundlagen</b> .....	<b>1</b>
I. Einführung .....	1
II. Notwendigkeit eines Familienunternehmen-Tests .....	1
III. Familienunternehmen-Test im Kontext bestehender Instrumente zur Gesetzesfolgenabschätzung – zugleich zur Insuffizienz des KMU-Tests .....	2
1. Nationale Ebene .....	2
2. Europäische Ebene .....	4
IV. Adressaten eines Familienunternehmen-Tests .....	5
<b>B. Familiengesellschaft als Anknüpfungstatbestand</b> .....	<b>7</b>
I. Familienunternehmen und Familiengesellschaft .....	7
II. Unmaßgeblichkeit des § 1 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 DrittelbG.....	7
III. Begriff und Charakteristika der Familiengesellschaft .....	8
1. Begriff .....	9
2. Charakteristika .....	11
a) Sicherung des Familieneinflusses und quasi-treuhänderischer Charakter der Beteiligung .....	11
b) Dominante Stellung der Selbstfinanzierung.....	13
c) Fazit.....	15
<b>C. Zentrale Regelungsbereiche eines Familienunternehmen-Tests</b> .....	<b>17</b>
I. Überblick .....	17
II. Ausgewählte gesetzliche Regelungen und Entscheidungen mit Relevanz für Familiengesellschaften .....	18
1. Corporate Governance der börsennotierten Gesellschaft .....	18
a) Karenzzeit bei börsennotierten Gesellschaften (§ 100 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 AktG) .....	18
b) Geschlechterquote (§ 96 Abs. 2 AktG) .....	19
2. Gesellschafternachfolge .....	20
a) Nachfolge in den Personengesellschaftsanteil .....	20
b) Nachfolge in den GmbH-Anteil .....	21

3. Fremdverwaltung des Anteils .....	21
4. Publizität .....	22
a) Rechnungslegung .....	22
b) Transparenzregister .....	23
5. Finanzierung .....	24
6. Mobilität der Gesellschaft und der Gesellschafter .....	25
<b>D. Familienunternehmen-Test im Detail .....</b>	<b>27</b>
I. Konzeptioneller Ausgangspunkt .....	27
II. Leitfragen .....	27
1. Corporate Governance-Aspekte.....	27
2. Generationenfolge .....	27
3. Fremdverwaltung des Anteils .....	28
4. Publizitätspflichten .....	28
5. Finanzierung .....	28
6. Mobilität der Gesellschaft und der Gesellschafter .....	29
III. Einbettung in vorhandene Instrumente zur Gesetzesfolgenabschätzung .....	29
1. Nationale Ebene .....	29
2. Europäische Ebene .....	29
<b>E. Fazit .....</b>	<b>31</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis.....</b>	<b>33</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>35</b>

## Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

1. Die Praxis der Gesetzesfolgenabschätzung nimmt bislang weder auf nationaler noch auf europäischer Ebene Rücksicht auf die Besonderheiten von Familienunternehmen. Dies kann schon deshalb nicht verwundern, weil den am Gesetzgebungsprozess beteiligten Akteuren die Besonderheiten der Familienunternehmen und die spezifische Relevanz vieler Vorschriften für derlei Unternehmen kaum bewusst sein dürften.
2. Ein Familienunternehmen-Test soll dazu beitragen, diese „Awareness“-Lücke des Gesetzgebers zu schließen. Ein solcher Test soll den Werkzeugkasten des deutschen und europäischen Gesetzgebers um ein auf die spezifischen Gegebenheiten der Familiengesellschaften zugeschnittenes Hilfsinstrument erweitern und so das Bewusstsein des Gesetzgebers für die Folgen seines Handelns speziell für Familiengesellschaften schärfen; hierdurch wiederum sollen die betroffenen Familiengesellschaften und mit ihnen die Volkswirtschaft vor unbeabsichtigten negativen Effekten bewahrt werden.
3. Der Familienunternehmen-Test könnte und sollte auf nationaler Ebene den KMU-Test ergänzen und auf europäischer Ebene Eingang in die „toolbox“ finden.
4. Der Familienunternehmen-Test ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass Familiengesellschaften über Charakteristika verfügen, die sie von anderen Gesellschaften deutlich abheben.
  - a. Ein Charakteristikum besteht in dem Bestreben der Familiengesellschafter, ihren maßgeblichen (unmittelbaren oder mittelbaren) Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft dauerhaft – und damit generationenübergreifend – zu sichern, und damit die Einbuße unternehmerischen Einflusses zu Lasten familienfremder Dritter zu verhindern; dieses Bestreben verleiht der Familiengesellschaft eine funktionale Vergleichbarkeit mit einer Familienstiftung und der vom Familiengesellschafter gehaltenen Beteiligung quasi-treuhänderischen Charakter.
  - b. Mit dem Bestreben der Familiengesellschafter, den Familieneinfluss zu sichern und gegenüber der Einflussnahme durch familienfremde Dritte zu verteidigen, geht mehr oder weniger zwangsläufig ein weitgehender Verzicht auf die Zufuhr von Eigenkapital durch außenstehende Dritte und damit die Notwendigkeit der Selbstfinanzierung einher.

Der Familienunternehmen-Test ist konzeptionell an diesen Strukturmerkmalen einer Familiengesellschaft auszurichten.

5. Vor dem Hintergrund, dass das deutsche Recht über keine spezifische Rechtsform für die Familiengesellschaft verfügt und es für den Tatbestand der Familiengesellschaft weder auf die Größe des Unternehmens noch auf die Rechtsform des Unternehmensträgers ankommt, erlangen nahezu sämtliche Vorschriften des Gesellschaftsrechts – und mit diesen weite Teile des Zivilrechts – sowie die steuerlichen Rahmenbedingungen dadurch eine besondere Relevanz für Familiengesellschaften, dass die Familiengesellschafter darauf angewiesen sind, eine für ihre spezifischen Zwecke geeignete Rechtsform zu finden.

6. Konkret hat der Familienunternehmen-Test zu fragen, ob für Familiengesellschaften angesichts des generationenübergreifenden Charakters des Unternehmens, der Besonderheiten der Unternehmensfinanzierung und des quasi-treuhänderischen Charakters der Beteiligung eine spezifische Betroffenheit im Hinblick auf die gesetzlichen Rahmenbedingungen betreffend (i) die Corporate Governance der Gesellschaft, (ii) die Generationenfolge, (iii) eine etwaige Fremdverwaltung des Anteils, (iv) die Publizität von Unternehmenskennzahlen und sonstigen Informationen, (v) die Finanzierung des Unternehmens oder (vi) die Mobilität der Gesellschaft und ihrer Gesellschafter besteht.

# A. Grundlagen

## I. Einführung

Die Praxis der Gesetzesfolgenabschätzung<sup>1</sup> nimmt bislang keine Rücksicht auf die Besonderheiten von Familienunternehmen. Dies kann schon deshalb nicht verwundern, weil den am Gesetzgebungsprozess beteiligten Akteuren die Besonderheiten der Familienunternehmen und die spezifische Relevanz vieler Vorschriften für derlei Unternehmen kaum bewusst sein dürften. Vor diesem Hintergrund soll ein spezieller Familienunternehmen-Test die derzeitige Praxis der Gesetzesfolgenabschätzung anreichern und es ermöglichen, im Rahmen eines Gesetzgebungsverfahrens die Auswirkungen des gesetzgeberischen Vorhabens zum einen auf die zivil- und steuerrechtlichen Gegebenheiten von Familiengesellschaften und zum anderen auf die Familienmitglieder selbst zu bewerten. Darüber hinaus soll es der Test ermöglichen, Widersprüche mit anderen gesetzlichen Regelungen (die daraus entstehen, dass die Gesellschafter einer Familie angehören) und praktische Probleme bei der Umsetzung des Gesetzes in Familienunternehmen aufzudecken. Es geht mit anderen Worten um die Erfassung der spezifischen Auswirkungen gesetzlicher Regelungen auf Familiengesellschaften, hingegen nicht um die Erfassung des allgemeinen Erfüllungsaufwands, wie er mit der Befolgung neuer Gesetze einhergeht und Gegenstand des § 1 Abs. 3 NKRG ist.<sup>2</sup>

Der im November 2009 von der durch die Europäische Kommission eingesetzten Expertengruppe vorgelegte Abschlussbericht „Overview of Family-Business-Relevant Issues: Research, Networks, Policy Measures and Existing Studies“ spricht zu Recht von der

„limited awareness of policy makers of the specificities of family businesses and the contribution they make to society“.<sup>3</sup>

Der Familienunternehmen-Test soll dazu beitragen, diese „Awareness“-Lücke des Gesetzgebers auf nationaler und europäischer Ebene zu schließen.

## II. Notwendigkeit eines Familienunternehmen-Tests

Das Erfordernis eines speziellen Familienunternehmen-Tests ergibt sich nicht zuletzt mit Blick auf die im weiteren Verlauf der Untersuchung<sup>4</sup> näher darzustellenden Besonderheiten des Familienunternehmens im

---

1 Zu ihr sogleich unter II.

2 Dazu noch unter III.1.

3 European Commission, Final Report, S. 12.

4 Unter B.



Allgemeinen und der Familiengesellschaft im Besonderen,<sup>5</sup> nämlich dem dominanten Einfluss von Familienmitgliedern auf die Geschäftsführung, dem generationenübergreifenden Charakter der Unternehmung nebst damit verbundenen Einschränkungen der Unternehmensfinanzierung und dem typischerweise stark ausgeprägten Interesse an nachhaltigem Wirtschaften. Das spezifisch öffentliche Interesse an der Berücksichtigung dieser Besonderheiten im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens wiederum folgt nicht nur aus dem allgemeinen Bestreben des Gesetzgebers an vernünftiger und passgenauer Regulierung, sondern auch und vor allem aus der immensen volkswirtschaftlichen Bedeutung der Familienunternehmen.<sup>6</sup> Ein spezieller Familienunternehmen-Test kann deshalb den Werkzeugkasten des Gesetzgebers um ein auf die spezifischen Gegebenheiten der Familiengesellschaften zugeschnittenes Hilfsinstrument erweitern und so das Bewusstsein des Gesetzgebers für die Folgen seines Handelns speziell für Familiengesellschaften schärfen und zugleich die betroffenen Familiengesellschaften und mit ihnen die Volkswirtschaft vor unbeabsichtigten negativen Effekten bewahren. Anders gewendet: Es geht darum, die schon einleitend erwähnte „Awareness-Lücke“ zu schließen, und um die Transparenz von Gesetzesfolgen, nicht dagegen um eine Privilegierung bestimmter Unternehmen.

### **III. Familienunternehmen-Test im Kontext bestehender Instrumente zur Gesetzesfolgenabschätzung – zugleich zur Insuffizienz des KMU-Tests**

#### **1. Nationale Ebene**

Gesetzesfolgenabschätzung ist längst ein etablierter Bestandteil moderner Gesetzgebung. Was zunächst die nationale Ebene angeht, so hat der beim Bundeskanzleramt eingerichtete Nationale Normenkontrollrat nach § 1 Abs. 2 NKRK die Aufgabe, die Bundesregierung bei der Umsetzung ihrer Maßnahmen auf den Gebieten des Bürokratieabbaus und der besseren Rechtsetzung zu unterstützen. Nach § 1 Abs. 3 NKRK hat der Nationale Normenkontrollrat insbesondere die Darstellung des Erfüllungsaufwandes neuer Regelungen für Bürgerinnen und Bürger, Wirtschaft und öffentliche Verwaltung auf ihre Nachvollziehbarkeit und Methodengerechtigkeit sowie die Darstellung der sonstigen Kosten der Wirtschaft, insbesondere für die mittelständischen Unternehmen, zu prüfen.<sup>7</sup> Der Erfüllungsaufwand umfasst nach § 2 Abs. 1 NKRK den gesamten messbaren Zeitaufwand und die Kosten, die durch die Befolgung einer bundesrechtlichen Vorschrift bei Bürgerinnen und Bürgern, Wirtschaft sowie der öffentlichen Verwaltung entstehen. Vor dem Hintergrund der Vorgaben des NKRK bestimmt § 43 Abs. 1 Nr. 5 GGO, dass in der Begründung eines Gesetzentwurfs die Gesetzesfolgen darzustellen sind, und zwar nach Maßgabe des § 44 GGO. Nach dessen Abs. 1 sind unter Gesetzesfolgen

---

5 Zur Terminologie s. noch unter B.I.

6 Dazu *ZEW/ifm*, Die volkswirtschaftliche Bedeutung der Familienunternehmen, 5. Aufl. 2019; *Woywode/Keese/Tänzler ZGR* 2012, 418, 420 f. m. w. N.

7 Nicht dagegen die angestrebten Ziele und Zwecke von Regelungen, s. § 1 Abs. 4 NKRK.

„die wesentlichen Auswirkungen des Gesetzes zu verstehen. Sie umfassen die beabsichtigten Wirkungen und die unbeabsichtigten Nebenwirkungen.“

Nach § 44 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 GGO sind unter anderem

„die sonstigen Kosten für die Wirtschaft, insbesondere für die mittelständischen Unternehmen und die Auswirkungen des Gesetzes auf die Einzelpreise und das Preisniveau“

darzustellen.

Als ein im hiesigen Kontext relevantes Beispiel sei der von Bundesregierung, Nationalem Normenkontrollrat und Statistischem Bundesamt entwickelte „Leitfaden zur Berücksichtigung der Belange mittelständischer Unternehmen in der Gesetzesfolgenabschätzung (KMU-Test)“ hervorgehoben. Mit ihm soll – vor dem Hintergrund, dass zahlreiche nationale und internationale Studien belegen, „dass kleine und mittlere Unternehmen (KMU) durch die Umsetzung rechtlicher Regelungen oftmals besonders belastet sind“ –

„ein systematisches Verfahren zur Berücksichtigung der Belange kleiner und mittlerer Unternehmen bei der Vorbereitung des Bundesrechts“

eingeführt werden. Der Leitfaden hat freilich Unternehmen mit vier Beschäftigten (einschließlich des Inhabers) und 600.000 Euro Jahresumsatz vor Augen und ist schon deshalb nicht geeignet, die Besonderheiten der Familiengesellschaften zu reflektieren. Wie nämlich im weiteren Verlauf der Untersuchung näher darzulegen sein wird,<sup>8</sup> umfasst der Begriff der Familiengesellschaft auch große Unternehmen.

Aber auch soweit sich der Kreis der Familiengesellschaften mit dem Kreis der KMU überschneidet, mithin ein kleines oder mittleres Familienunternehmen vorliegt, reflektiert der Begriff des KMU nicht die spezifischen Gegebenheiten einer Familiengesellschaft; auch für kleine und mittlere Familiengesellschaften greift deshalb der KMU-Test zu kurz. Der KMU-Test zielt denn auch vor allem auf Erfassung von besonderem Erfüllungsaufwand durch KMU, wie er sich aus dem Fehlen elektronischer Vorkehrungen zur Umsetzung gesetzlicher Vorgaben, aus fehlender Routine oder aus mit der Gesetzesbefolgung verbundenem Investitionsbedarf beziehungsweise externen Kosten – etwa Kosten der Steuerberatung – ergeben kann. Demgegenüber zieht der hier zu entwickelnde Familienunternehmen-Test seine Berechtigung aus größenunabhängigen Besonderheiten von Familienunternehmen, nämlich der familiären Verbundenheit der Gesellschafter und den damit verbundenen gesellschaftsrechtlichen und ökonomischen Gegebenheiten.

---

8 Unter B.

## 2. Europäische Ebene

Auch auf europäischer Ebene existiert ein komplexes System der Gesetzesfolgenabschätzung („Impact Assessment“).<sup>9</sup> Dieses umfasst neben „guidelines“<sup>10</sup> insbesondere eine „toolbox“, die wiederum einen „SME-Test“ beinhaltet.<sup>11</sup> Dieser SME-Test geht in dieselbe Richtung wie der erwähnte KMU-Test und ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Europäische Kommission eine spezielle SME-Politik verfolgt,<sup>12</sup> wie sie sich beispielsweise in der EU-Bilanzrichtlinie<sup>13</sup> mit ihrem System der größenspezifischen Rechnungslegung und den damit einhergehenden zahlreichen Erleichterungen für Kleinunternehmen sowie für kleine und mittlere Unternehmen manifestiert.<sup>14</sup> Der SME-Test rekurriert denn auch auf die SME-Politik der Kommission:

*“SMEs are the backbone of the EU economy, creating more than 85 % of new jobs in Europe. Due to their size and limited resources, SMEs can be affected by the costs of regulation proportionately more than their bigger competitors. ... SMEs’ interests should be taken into account at the very early stages of policymaking in order to make legislation more SME friendly. In addition, it is Commission policy to exempt micro-enterprises from EU legislation wherever possible or introduce special regimes so as to minimise the regulatory burden on them.”<sup>15</sup>*

Auch für den SME-Test gilt allerdings, dass er die spezifischen Gegebenheiten von Familiengesellschaften nicht zu erfassen vermag und deshalb der Ergänzung durch einen Familienunternehmen-Test bedarf. Dieser Familienunternehmen-Test wäre gleichfalls in die erwähnte „toolbox“ einzustellen und – wie auf nationaler Ebene auch – neben dem SME-Test auf laufende Gesetzgebungsvorhaben zur Anwendung zu bringen.

---

9 Sog. „Impact Assessments“, s. [https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/impact-assessments\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/impact-assessments_en).

10 [https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how/better-regulation-guidelines-and-toolbox\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how/better-regulation-guidelines-and-toolbox_en).

11 [https://ec.europa.eu/info/better-regulation-toolbox\\_en](https://ec.europa.eu/info/better-regulation-toolbox_en).

12 S. namentlich Empfehlung der Kommission vom 6.5.2003 betreffend die Definition der Kleinunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen (2003/361/EG), ABl. Nr. L 124/36 vom 20.5.2003.

13 Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.6.2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates, ABl. Nr. L 182/19 vom 29.6.2013.

14 S. für das deutsche Recht die Umschreibung der Größenklassen in §§ 267, 267a HGB; näher dazu *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019, § 9 Rn. 22 ff.

15 <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/better-regulation-toolbox-22.pdf>.

#### **IV. Adressaten eines Familienunternehmen-Tests**

Den vorstehend<sup>16</sup> getroffenen Feststellungen zur Praxis der Gesetzesfolgenabschätzung entspricht es, dass sich der hier zu entwickelnde Familienunternehmen-Test sowohl an den nationalen als auch an den europäischen Gesetzgeber richtet. Der Familienunternehmen-Test könnte und sollte auf nationaler Ebene den KMU-Test ergänzen und auf europäischer Ebene Eingang in die „toolbox“ finden.

---

16 Unter III.



## **B. Familiengesellschaft als Anknüpfungstatbestand**

### **I. Familienunternehmen und Familiengesellschaft**

Obgleich manche Besonderheiten eines Familienunternehmens – man denke an den generationenübergreifenden Charakter und ein ausgeprägtes Nachhaltigkeitsdenken – auch im Zusammenhang mit einzelkaufmännisch geführten Unternehmen anzutreffen sein mögen, sollen sich die nachfolgenden Überlegungen auf Familiengesellschaften konzentrieren, mithin auf Gesellschaften, die unter dem dominanten Einfluss von familiär verbundenen Gesellschaftern stehen.<sup>17</sup> Denn zwar wird das einzelkaufmännische Unternehmen durch eine natürliche Person betrieben, die typischerweise Mitglied einer Familie ist. Indes rühren die Besonderheiten des von einer Gesellschaft betriebenen Familienunternehmens – und damit einer Familiengesellschaft – doch gerade daher, dass die Eigenschaft eines Familienmitglieds als Gesellschafter vorgegeben ist und die Familie typischerweise Vorkehrungen zur generationenübergreifenden Sicherung ihres Einflusses auf die Gesellschaft und deren Geschäftsführung trifft.<sup>18</sup>

Der generationenübergreifende Charakter des Familienunternehmens und ein ausgeprägtes Nachhaltigkeitsdenken sind bei Familiengesellschaften somit Folge gesellschaftsvertraglicher und außerhalb des Gesellschaftsvertrags getroffener schuldrechtlicher Abreden und damit gleichsam institutionalisiert. Zwar mögen sich auch bei Einzelunternehmen im Zusammenhang mit der Generationenfolge insbesondere steuer- und erbrechtliche Fragen stellen; neben der naturgemäß für Einzelunternehmen gegenstandslosen gesellschaftsrechtlichen Regulierung sind es aber auch speziell an Gesellschaften als Unternehmensträger anknüpfende Vorschriften etwa des Bilanz- und Kapitalmarktrechts, die die besonders ausgeprägte spezifische Betroffenheit von Familiengesellschaften ausmachen und die es nahelegen, die nachfolgenden Überlegungen auf derlei Gesellschaften zu konzentrieren. Der Bezeichnung des zu entwickelnden Tests als „Familienunternehmen-Test“ muss dies selbstredend nicht entgegenstehen.

### **II. Unmaßgeblichkeit des § 1 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 DrittelbG**

Ein Familienunternehmen-Test muss, soll er ein taugliches Instrument der Gesetzesfolgenabschätzung bilden, auf einer möglichst präzisen Definition seines Anknüpfungstatbestands und damit des Tatbestands der Familiengesellschaft basieren. Nach Aufhebung des § 157 Abs. 4 Nr. 2 AktG durch Art. 2 Nr. 24 Bilanzrichtlinien-Gesetz vom 19. Dezember 1985<sup>19</sup> taucht der Begriff der Familiengesellschaft im Gesetz, soweit ersichtlich, nur noch in § 1 Abs. 1 Nr. 1 S. 2, 3 DrittelbG auf. Die Vorschrift ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass vor dem 10. August 1994 eingetragene Aktiengesellschaften auch dann

---

17 Näher sogleich unter III.

18 Näher unter III.

19 BGBl. I S. 2355 (2391).

der Mitbestimmung nach dem DrittelbG unterliegen, wenn sie weniger als 500 Arbeitnehmer haben.<sup>20</sup> Ausgenommen hiervon sind nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 DrittelbG allein „Familiengesellschaften“. Als solche gelten nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 DrittelbG

*„Aktiengesellschaften, deren Aktionär eine einzelne natürliche Person ist oder deren Aktionäre untereinander im Sinne von § 15 Abs. 1 Nr. 2 bis 8, Abs. 2 der Abgabenordnung verwandt oder verschwägert sind“.*

Diese Definition ist indes ganz auf mitbestimmungsrechtliche Zwecke zugeschnitten und eignet sich nicht als allgemeine Begriffsdefinition.<sup>21</sup> Dies ergibt sich schon daraus, dass der Begriff der Familiengesellschaft, wiewohl uns solche Gesellschaften in der Rechtsform der AG nicht eben selten begegnen,<sup>22</sup> für die Zwecke der Gesetzesfolgenabschätzung rechtsformneutral konzipiert werden und deshalb insbesondere auch als GmbH oder Personenhandelsgesellschaft verfasste Gesellschaften erfassen muss.<sup>23</sup> Dem entspricht es im Übrigen, dass das deutsche Gesellschaftsrecht keine spezielle Rechtsform der Familiengesellschaft kennt; die familiäre Verbundenheit der Gesellschafter ist vielmehr, was die Wahl der Rechtsform anbelangt, gänzlich indifferent und begrenzt deshalb nicht die Auswahlfreiheit der Beteiligten. Vor diesem Hintergrund kann der Begriff der Familiengesellschaft nur rechtsformneutral und unter Berücksichtigung der mit der familiären Verbundenheit der Gesellschaft einhergehenden Charakteristika entwickelt werden.

### III. Begriff und Charakteristika der Familiengesellschaft

Die Charakteristika der Familiengesellschaft,<sup>24</sup> die es im Folgenden herauszuarbeiten gilt, müssen zwar nicht notwendigerweise in den im Rahmen der Gesetzesfolgenabschätzung heranzuziehenden Begriff der Familiengesellschaft einfließen. Doch lassen sie nicht nur erkennen, wodurch sich die Familiengesellschaft von einer Nicht-Familiengesellschaft unterscheidet und weshalb sie auch im Rahmen der

---

20 Nach herrschender Meinung muss die Gesellschaft allerdings über mindestens fünf Arbeitnehmer verfügen, s. BGH ZIP 2012, 669 Rn. 14 ff.; näher Habersack/Henssler/Habersack, § 1 DrittelbG Rn. 17 ff.

21 S. bereits Habersack, in: Tröger/Wilhelmi, Rechtsfragen, S. 19, 20; ferner Foerster BB 2019, 1411, 1414.

22 Näher MünchKommAktG/Habersack, Einl. Rn. 9.

23 Allg. in diesem Sinne Fleischer NZG 2017, 1201, 1202; Foerster BB 2019, 1411, 1414; Kalss/Probst, Familienunternehmen, Rn. 2/23; Hueck, Familienverfassung, S. 15.

24 S. dazu namentlich die Beiträge von Brink und Prütting, in: Lange/Windthorst, Sicherung des Familieneinflusses und die Beiträge von Kalss und Lieder, in: Vogt/Fleischer/Kalss, Recht der Familiengesellschaften; ferner Kalss/Probst, Familienunternehmen, Rn. 2/1 ff.; Fleischer NZG 2017, 1201, 1202 ff.; Fleischer BB 2019, 2819 ff.; Foerster BB 2019, 1411, 1414 f.; Habersack, in: Tröger/Wilhelmi, Rechtsfragen, S. 19 ff.; Lange BB 2005, 2585 ff.; Woywode/Keese/Tänzler ZGR 2012, 418, 420 ff.; allgemein zur Corporate Governance von KMU Weller ZGR 2012, 386 ff.; Wicke ZGR 2012, 450 ff.; zum Aspekt der Konfliktvermeidung und zur Konfliktlösung Wedemann, Gesellschafterkonflikte, S. 85 ff., 451 ff.

Gesetzesfolgenabschätzung besondere Berücksichtigung verdient, sondern ermöglichen überhaupt erst die Entwicklung passgenauer Testkriterien.

## 1. Begriff

Über den Begriff des Familienunternehmens herrscht zwar im Grundsatz, nicht aber in allen Details Einvernehmen. In Übereinstimmung mit einem entsprechenden Vorschlag auf europäischer Ebene<sup>25</sup> definiert die Stiftung Familienunternehmen<sup>26</sup> das „Familienunternehmen“ wie folgt:

*„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.*

*Börsennotierte Unternehmen entsprechen der Definition eines Familienunternehmens, wenn die Person(en), die das Unternehmen gegründet oder das Gesellschaftskapital erworben hat/haben oder deren Familie(n) oder Nachfahren, aufgrund ihres Anteils am Gesellschaftskapital mindestens 25 Prozent der Entscheidungsrechte hält/halten.*

*Diese Definition umfasst auch Familienunternehmen, die die erste Generationsübertragung noch nicht vollzogen haben. Sie umfasst weiterhin Einzelunternehmer und Selbstständige (sofern eine rechtliche Einheit besteht, die übertragen werden kann).“*

Daran trifft zunächst zu, dass es auf Größe des Unternehmens und Rechtsform des Unternehmensträgers nicht ankommt, vielmehr neben kleine oder mittlere Unternehmen betreibenden Gesellschaften personalistischen Zuschnitts (typischerweise in der Rechtsform der OHG, KG oder GmbH) auch große Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien erfasst werden, und zwar auch dann,

---

25 European Commission, Final Report, S. 9 f.

26 <https://www.familienunternehmen.de/de/definition-familienunternehmen>.



wenn sie börsennotiert sind.<sup>27</sup> Notwendige Voraussetzung ist sodann, dass die Familienmitglieder über hinreichenden Einfluss auf die Geschäftsführung verfügen. Dabei umfasst der Begriff der Familie neben den Gründern deren Ehepartner, Eltern sowie unmittelbare und mittelbare Abkömmlinge; mehrere Stämme bilden demnach dennoch eine Familie.

Der Einfluss der Familie manifestiert sich typischerweise in den auf die Familienmitglieder entfallenden Stimmrechten und setzt bei geschlossenen Gesellschaften die mehrheitliche Beteiligung der Familienmitglieder voraus, während bei offenen, den organisierten Kapitalmarkt<sup>28</sup> in Anspruch nehmenden Gesellschaften mit Blick darauf, dass auf der Hauptversammlung typischerweise nur 40 bis 60 Prozent der Stimmrechte vertreten sind, auf eine Beteiligung in Höhe von 20 bis 30 Prozent abzustellen ist.<sup>29</sup>

Als zutreffend erscheint es auch, neben unmittelbaren auch mittelbare Mitentscheidungsrechte der Familie und damit den Fall, dass die Anteilsrechte von den Familienmitgliedern in eine Zwischenholding eingebracht werden, zu erfassen. Hingegen dürfte es eine Frage theoretischer Natur sein, ob die offizielle Beteiligung mindestens eines Vertreters der Familie oder der Angehörigen an Leitung oder Kontrolle des Unternehmens zum Tatbestand des Familienunternehmens gehört oder nicht eher ein typischerweise mit der maßgeblichen Beteiligung der Familie einhergehendes tatsächliches Phänomen ist. Jedenfalls griffe es zu kurz, wollte man, wie dies in Teilen des Schrifttums verlangt wird,<sup>30</sup> auf die Teilhabe der Familie an der Geschäftsführung abstellen; von einer Familiengesellschaft ist vielmehr unzweifelhaft auch dann auszugehen, wenn die Familie die Geschäftsführung in die Hände Dritter legt und sich auf deren Kontrolle, etwa vermittels der Repräsentanz in einem Aufsichts- oder Beirat,<sup>31</sup> zurückzieht.<sup>32</sup>

Auch leuchtet es ein, auch Unternehmen, die die erste Generationsübertragung noch nicht vollzogen haben, und – was häufig dasselbe ist – Gesellschaften, die nur von einer natürlichen Person gehalten werden, als Familienunternehmen anzusehen, mögen auch in diesen Fällen die sogleich anzusprechenden Charakteristika eines Familienunternehmens jedenfalls nicht durchweg vollständig ausgeprägt sein.

---

27 S. bereits *Habersack*, in: Tröger/Wilhelmi, Rechtsfragen, S. 20 ff., ferner *Foerster* BB 2019, 1411, 1414 f.; *Kalss/Probst*, Familienunternehmen, Rn. 7/1 ff., 7/123 ff.; *Lange* BB 2005, 2585 f.; *Woywode/Keese/Tänzler* ZGR 2012, 418, 421 f.; speziell zur Kapitalmarkt-Compliance der börsennotierten Familiengesellschaft *Oppitz*, in: Vogt/Fleischer/Kalss, Familiengesellschaften, S. 133 ff.

28 Gemeint ist die Inanspruchnahme des organisierten Kapitalmarktes für die Platzierung von Aktien; unerheblich sollte sein, ob der regulierte Markt oder der Freiverkehr in Anspruch genommen wird.

29 S. in diesem Zusammenhang auch § 29 Abs. 2 WpÜG, der „Kontrolle“ als das Halten von mindestens 30 Prozent der Stimmrechte an der Zielgesellschaft definiert.

30 *Kalss/Probst*, Familienunternehmen, Rn. 2/4; *Lange* BB 2005, 2585, 2586.

31 Zum Beirat der Familiengesellschaft s. *Woywode/Keese/Tänzler* ZGR 2012, 418, 431 ff.

32 Gegen Erfordernis einer aktiven Beteiligung der Familie an der Geschäftsführung auch *Foerster* BB 2019, 1411, 1415; *Lange* BB 2005, 2585, 2587.

Jedenfalls kann es für den Begriff des Familienunternehmens nicht darauf ankommen, dass die Absicht besteht, das Unternehmen auf die nächste Generation zu überführen.<sup>33</sup> Entscheidend ist vielmehr, dass die Gesellschaft unter dem maßgeblichen Einfluss einer Familie steht; schon dies rechtfertigt für den Regelfall – und von diesem ist für die Begriffsbildung auszugehen – die Annahme, dass die Beteiligungsrechte typischerweise auf die nachfolgende Generation übergehen.

Schließlich kommt es für das Vorliegen einer Familiengesellschaft nicht darauf an, dass in dem Unternehmen eine von der Familie geprägte Unternehmenskultur vorherrscht.<sup>34</sup> Zwar dürfte bei von einer Familie dominierten Gesellschaften tatsächlich eine spezifische Unternehmenskultur anzutreffen sein, die bisweilen sogar in einer „Familienverfassung“ niedergelegt ist.<sup>35</sup> Auch abgesehen davon, dass sich die Existenz einer spezifischen Unternehmenskultur kaum als rechtssicher handhabbares Tatbestandsmerkmal eines Familienunternehmen-Tests eignet, ist sie doch – wie allgemein die an Nachhaltigkeit und Vorsicht ausgerichtete Geschäftsführung – eine Folgewirkung der sogleich im Einzelnen zu entfaltenden Charakteristika der Familiengesellschaft.<sup>36</sup>

## 2. Charakteristika

Für die Zwecke eines Familienunternehmen-Tests kommt es weniger auf den vorstehend skizzierten Tatbestand der Familiengesellschaft und seine einzelnen Merkmale an. Entscheidend sind vielmehr die hinter diesem Tatbestand stehenden Erwägungen und damit die typischerweise verbundenen Gegebenheiten und Folgen rechtlicher und wirtschaftlicher Art.

### a) Sicherung des Familieneinflusses und quasi-treuhänderischer Charakter der Beteiligung

Zentrale Bedeutung kommt insoweit dem Bestreben der Familiengesellschafter zu, ihren maßgeblichen (unmittelbaren oder mittelbaren) Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft dauerhaft – und damit generationenübergreifend – zu sichern, und damit die Einbuße unternehmerischen Einflusses

---

33 So aber *Kalss/Probst*, Familienunternehmen, Rn. 2/27; missverständlich noch *MünchKommAktG/Habersack*, Einl. Rn. 9; dagegen zu Recht *Foerster BB 2019*, 1411, 1415.

34 So aber *Woywode/Keese/Tänzler ZGR 2012*, 418, 421 f.

35 Näher dazu *Brink*, in: *Lange/Windthorst*, Sicherung des Familieneinflusses, S. 9 ff.; *Fleischer NZG 2017*, 1201 ff.; *Foerster BB 2019*, 1411 ff.; *Kalss/Probst*, Familienunternehmen, Rn. 3/21 ff.; *Prütting*, in: *Lange/Windthorst*, Sicherung des Familieneinflusses, S. 35 ff.; *Uffmann ZIP 2015*, 2441 ff.; *Hueck*, Familienverfassung, passim, insbesondere S. 59 ff., 129 ff.; allg. zu den Besonderheiten des Vertrags zwischen Mitgliedern der (Unternehmer-) Familie *Röthel*, in: *Röthel*, Verträge, S. 9, 16 ff., 37 ff.

36 S. noch unter B.III.2.c).

zu Lasten familienfremder Dritter zu verhindern.<sup>37</sup> Ein in der Praxis besonders verbreitetes Instrument zur Einflussssicherung bildet der „Schutzgemeinschaftsvertrag“. Typischerweise enthält er zum einen weitreichende Stimmbindungsabreden, die die einheitliche Stimmrechtsausübung der Mitglieder der Familie oder eines Familienstammes sicherstellen sollen, und zum anderen wechselseitige Erwerbs- und Vorkaufsrechte sowie entsprechende Andienungsrechte, die die Beteiligungsrechte dauerhaft in der Schutzgemeinschaft und damit in der Familie oder dem Familienstamm erhalten sollen.<sup>38</sup> Nicht zuletzt zwei in die Amtliche Sammlung (BGHZ) aufgenommene Grundsatzentscheidungen des II. Zivilsenats des BGH haben der Fachwelt den typischen Inhalt solcher Verträge zugänglich gemacht.<sup>39</sup>

Die funktionale Vergleichbarkeit der Familiengesellschaft mit der Familienstiftung zeigt sich namentlich in dem – durchaus typischen – Fall, dass ein veräußerungswilliger Gesellschafter den Anteil zunächst den übrigen Mitgliedern (sei es den Mitgliedern der eigentlichen Familiengesellschaft oder den Mitgliedern der Schutzgemeinschaft) anzudienen hat und diese dann berechtigt sind, den Anteil zu einem unter dem Verkehrswert liegenden Preis zu erwerben,<sup>40</sup> und manifestiert sich zudem ganz allgemein in Beschränkungen des Abfindungsanspruchs eines ausscheidenswilligen Gesellschafters;<sup>41</sup> die Beteiligung nimmt den Charakter eines Treugutes oder eines „Lehens“ statt eines fungiblen Wirtschaftsguts an, was wiederum vor dem Hintergrund zu sehen ist, dass die Beteiligung im Allgemeinen aufgrund der Zugehörigkeit zur Familie und kraft Erbrechts – mithin aufgrund familienbedingter Erbenstellung, nicht dagegen aufgrund einer bewussten Investitionsentscheidung und unter Einsatz von Kapital – erworben wird.<sup>42</sup> Der Zulässigkeit entsprechender Abreden steht dies freilich nicht entgegen.<sup>43</sup> Der BGH hat denn auch in seiner „Freudenberg“-Entscheidung im Zusammenhang mit Anerkennung mehrheitlich beschlossener

---

37 *Artmann*, in: Vogt/Fleischer/Kalss, Familiengesellschaften, S. 195 ff.; *Bühler*, in: Vogt/Fleischer/Kalss, S. 221 ff.; MünchKommAktG/*Habersack*, Einl. Rn. 9; *Habersack*, in: Tröger/Wilhelmi, Rechtsfragen, S. 21 f.; *Kalss/Probst*, Familienunternehmen, Rn. 4/13 ff.; *Lange*, in: Lange/Windthorst, Sicherung des Familieneinflusses, S. 95 ff.; *Lange* NZG 2015, 1249 ff.; *Prütting*, in: Lange/Windthorst, Sicherung des Familieneinflusses, S. 35 ff.; *K. Schmidt*, in: Tröger/Wilhelmi, Familiengesellschaften, S. 37 ff.; *Ulmer* ZIP 2010, 549, 550 f.; *Westermann*, Festschrift Bezenberger, S. 449 ff.; zu den ökonomischen Implikationen des generationenübergreifenden „Altruismus“ s. *Woywode/Keese/Tänzler* ZGR 2012, 418, 424 ff. m. w. N.

38 Näher *Habersack* ZHR 164 (2000), 1 ff.; *Hoffmann-Becking* ZGR 1994, 442 ff.; *Westermann*, Festschrift Bezenberger, S. 449 ff.; *Zöllner*, Festschrift Ulmer, 2003, S. 725 ff.

39 BGHZ 126, 226 – Schutzgemeinschaftsvertrag I; BGHZ 179, 13 – Schutzgemeinschaftsvertrag II; dazu MünchKommBGB/*Schäfer*, Vor § 705 Rn. 68 ff.

40 Dazu sowie zu den Schranken BGHZ 126, 226, 230 ff. – Schutzgemeinschaftsvertrag I.

41 Eingehend *Ulmer* ZIP 2010, 805 ff.; speziell zu Fragen des Pflichtteils *Schauer*, in: Vogt/Fleischer/Kalss, Familiengesellschaften, S. 241 ff.

42 Eingehend *Reuter*, Privatrechtliche Schranken, S. 87 ff.

43 Näher *Ulmer* ZIP 2010, 549, 556 ff.; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 81 f., 116 f.; s. ferner BGHZ 126, 226, 230 ff. – Schutzgemeinschaftsvertrag I, wo zwar die Zulässigkeit von Bewertungsabschlüssen beschränkt, die grundsätzliche Zulässigkeit indes nicht in Frage gestellt wird; a. A. *Reuter*, Privatrechtliche Schranken, S. 87 ff.

Vertragsänderungen das generationenübergreifende Interesse am Erhalt des Familienunternehmens anerkannt und diesem das Individualinteresse des einzelnen Gesellschafters untergeordnet.<sup>44</sup>

b) Dominante Stellung der Selbstfinanzierung

Mit dem Bestreben der Familiengeschafter, den Familieneinfluss zu sichern und gegenüber der Einflussnahme durch familienfremde Dritte zu verteidigen, geht nicht nur die Praxis der Schutzgemeinschaftsverträge einher, sondern darüber hinaus mehr oder weniger zwangsläufig ein weitgehender Verzicht auf die Zufuhr von Eigenkapital durch außenstehende Dritte.<sup>45</sup> Dies gilt unabhängig von der Rechtsform der Familiengesellschaft:

Aktiengesellschaften können zwar nach Maßgabe der §§ 139 ff. AktG Vorzugsaktien ohne Stimmrecht ausgeben und hierdurch ihr Eigenkapital mehren, ohne den Einfluss der Altaktionäre preiszugeben. Es ist denn auch alles andere als Zufall, dass namentlich die Porsche Automobilholding SE, die Volkswagen AG, die BMW AG und die Henkel AG & Co. KGaA Vorzugsaktien ausgegeben haben. Neuemissionen von Vorzugsaktien begegnen in der Praxis indes nur noch selten, nachdem die Investoren den Wert des in der Aktie verkörperten Stimmrechts zu schätzen gelernt haben und sich nur noch ungern auf die Überlassung einflusslosen Risikokapitals einlassen. Die vormalige Fresenius SE hat deshalb im Jahr 2011 im Zusammenhang mit der Umstellung der Vorzugs- auf Stammaktien die Rechtsform der SE & Co. KGaA angenommen, um auf diesem Weg den aufgrund des Stiftungsgeschäfts notwendigen Einfluss der Else Kröner-Fresenius-Stiftung (die infolge von Kapitalmaßnahmen nur noch mit 25,1 Prozent am Kapital beteiligt ist) zu sichern.

Auch Gesellschaften anderer Rechtsform haben im Übrigen die Möglichkeit, stimmrechtslose Anteile auszugeben.<sup>46</sup> Sieht man von Stiftungskonstellationen ab – man denke nur an das Beispiel der Robert Bosch GmbH, an deren Stammkapital die Robert Bosch Stiftung zu 92 Prozent beteiligt ist, ohne über Stimmrechte zu verfügen –, dürfte es aber doch eher die Ausnahme sein, dass sich Investoren auf eine mehr oder weniger einflusslose Beteiligung an einer GmbH oder Personengesellschaft einlassen.

Die mangelnde Akzeptanz stimmrechtsloser Anteile auf der einen Seite und die fehlende Bereitschaft, Stimmrechte verkörpernde Anteile an außenstehende Dritte auszugeben, auf der anderen Seite verweist die Familiengeschafter darauf, den Eigenkapitalbedarf der Gesellschaft dadurch zu decken, dass sie neue, im Wege der Kapitalerhöhung geschaffene Anteile selbst zeichnen oder durch konsequente

---

44 BGHZ 85, 350, 357 ff.; dazu *Ulmer* ZIP 2010, 549, 554; sodann BGH NJW-RR 1989, 1259, 1260 – Röchling; s. ferner OLG Karlsruhe NZG 2007, 423.

45 *Ulmer* ZIP 2010, 549, 550 f.

46 S. für die GmbH *Schäfer*, GmbH-Geschäftsanteil, passim; für die Personengesellschaften *Habersack/Schäfer/Schäfer*, OHG, § 119 Rn. 40 ff., 66 f.

Thesaurierung die Rücklagen der Gesellschaft stärken;<sup>47</sup> zugleich müssen die Familiengesellschafter Vorkehrungen gegen einen übermäßigen Abfluss von Kapital beim Ausscheiden von Gesellschaftern treffen, mithin Abfindungsbeschränkungen einführen. Damit erlangen vor allem die entsprechenden gesellschaftsrechtlichen Vorgaben gesteigerte Relevanz für Familiengesellschaften;<sup>48</sup> was speziell die Thesaurierung anbelangt, so sind überdies die ertragsteuerlichen Rahmenbedingungen bedeutsam.<sup>49</sup>

Im Übrigen ist selbst die Aufnahme von Fremdkapital nur in eingeschränktem Umfang möglich.<sup>50</sup> So wird sich die Familiengesellschaft nur dann auf die darlehensweise Finanzierung einlassen, wenn der Darlehensgeber auf Mitspracherechte, wie sie im Rahmen sogenannter Covenants üblich sind,<sup>51</sup> verzichtet. Die – seit geraumer Zeit sehr populäre – Emission von Wandelanleihen schließlich kommt für Familienunternehmen schon deshalb nicht in Betracht, weil sie dem Wandelgläubiger das Recht verschaffen würden, sein Forderungsrecht in einen Gesellschaftsanteil umzuwandeln und sich hierdurch zum Gesellschafter zu machen.

Nach allem haben die Familiengesellschafter für ihr Bestreben, ihren Einfluss auf die Familiengesellschaft generationenübergreifend zu sichern, einen hohen Preis zu zahlen: Die Finanzierung der Gesellschaft obliegt zuvörderst ihnen und erfolgt vor allem durch Zufuhr neuen Eigenkapitals sowie gegebenenfalls im Wege der Thesaurierung von Gewinnen;<sup>52</sup> der Vermeidung eines übermäßigen Kapitalabflusses in Fällen des Ausscheidens eines Gesellschafters dienen Erwerbsrechte der Mitgesellschafter und Beschränkungen des Abfindungsanspruchs, die den schon erwähnten quasi-treuhänderischen Charakter der – im Allgemeinen aufgrund familienbedingter Erbenstellung und ohne Investitionsaufwand erworbenen – Beteiligung begründen und als Beitrag der Gesellschafter zur Selbstfinanzierung der Gesellschaft verstanden werden müssen.

---

47 Zur praktischen Notwendigkeit der Thesaurierung wesentlicher Teile des Jahresüberschusses als Beitrag zur Selbstfinanzierung s. ferner *Sigle*, Festschrift Rowedder, S. 459, 468 f.; eingehend *Claussen*, in: Tröger/Wilhelmi, Familiengesellschaften, S. 79 ff.; *Hommelhoff*, in: Tröger/Wilhelmi, Familiengesellschaften, S. 65, 71 ff.; ökonomische Bewertung der Ausschüttungspraxis von Familiengesellschaften bei *Woywode/Keese/Tänzler* ZGR 2012, 418, 426 ff.

48 Dazu bereits unter B.II.3.a).

49 S. dazu noch unter C.II.5.

50 European Commission, Final Report, S. 14: „Reinvestment of profits plays an important role in the capitalisation of family firms. The debt-equity ratio of family companies is often lower than non-family firms.“

51 Dazu BGH ZIP 2009, 1273 Rn. 16; *Habersack* ZGR 2000, 389, 395 ff.; eingehend *Servatius*, Gläubigerschutz, passim.

52 S. dazu noch unter C.II.5.

c) Fazit

Den Familiengesellschaften werden zu Recht ein ausgeprägtes Nachhaltigkeitsdenken, die Ausrichtung der Geschäftsführung am Vorsichtsprinzip, eine weitgehende Identifizierung der Gesellschafter mit den unternehmerischen Zielen, eine starke Verankerung der Gesellschaft an ihrem Sitzort und die Existenz einer durch die Familie geprägten Unternehmenskultur nachgesagt.<sup>53</sup> Indes handelt es sich bei diesen Phänomenen letztlich um mehr oder weniger zwangsläufige Folgewirkungen des generationenübergreifenden Charakters der Unternehmung und der damit verbundenen Fixierung auf die Selbstfinanzierung derselben. Namentlich Veräußerungs- und Abfindungsbeschränkungen zu Lasten ausscheidenswilliger Gesellschafter bilden wiederum die Kehrseite dessen, dass der Anteil aufgrund familienbedingter Erbenstellung und ohne Investitionsaufwand erworben worden ist, und sind damit Ausdruck des quasi-treuhänderischen Charakters der Beteiligung. Das „Drei-Kreis-Modell“ von *Tagiuri/Davis*<sup>54</sup> bringt die die Familiengesellschaft prägenden engen Verknüpfungen zwischen Familie, Gesellschafterstellung und Gesellschaft pointiert zum Ausdruck. Ein Familienunternehmen-Test zieht seine Legitimation selbstredend auch aus den genannten Folgewirkungen. Konzeptionell auszurichten ist er indes in erster Linie an den diesen Folgewirkungen vorgelagerten Strukturmerkmalen, mithin am generationenübergreifenden Charakter des Unternehmens, den Besonderheiten der Unternehmensfinanzierung und dem quasi-treuhänderischen Charakter der Beteiligung.

---

53 Austrian Institute for SME-Research, Overview of Family Business Relevant Issues, S. 2 ff.; *Habersack*, in: *Tröger/Wilhelmi*, Rechtsfragen, S. 21 f.; *Woywode/Keese/Tänzler* ZGR 2012, 418, 421 f.; zu „Familienverfassungen“ s. bereits unter III.1 mit Nachweisen in Fn. 35.

54 *Tagiuri/Davis*, *Family Business Review* 1992, 43, 49; dazu *Uffmann* ZIP 2015, 2441, 2444; *Foerster* BB 2019, 1411, 1414 m. w. N.



## C. Zentrale Regelungsbereiche eines Familienunternehmen-Tests

### I. Überblick

Nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass das deutsche Recht über keine spezifische Rechtsform für die Familiengesellschaft verfügt und es für den Tatbestand der Familiengesellschaft weder auf die Größe des Unternehmens noch auf die Rechtsform des Unternehmensträgers ankommt,<sup>55</sup> erlangen nahezu sämtliche Vorschriften des Gesellschaftsrechts – und mit diesen weite Teile des Zivilrechts – sowie die steuerlichen Rahmenbedingungen schon deshalb eine besondere Relevanz für Familiengesellschaften, weil die Familiengesellschafter darauf angewiesen sind, eine für ihre spezifischen Zwecke geeignete Rechtsform zu finden. Der Gesetzgeber – und Entsprechendes gilt für die höchstrichterliche Rechtsprechung<sup>56</sup> – nimmt denn auch im Allgemeinen jedenfalls nicht explizit Bezug auf Belange und Besonderheiten der Familiengesellschaften, sondern setzt darauf, dass diese Gesellschaften innerhalb der allgemeinen Regeln einen für sie passenden Rahmen finden. Diese Annahme des Gesetzgebers trifft freilich nicht durchweg zu. Im Folgenden sollen zunächst einige Beispiele für aus Sicht von Familiengesellschaften geglückte und weniger geglückte gesetzliche Bestimmungen angeführt werden. Damit ist dann eine Grundlage geschaffen, um abschließend<sup>57</sup> unter Rückgriff auf die Charakteristika der Familiengesellschaft die für einen Familienunternehmen-Test relevanten Kriterien und damit eine Art Leitfaden für den Gesetzgeber zu entwickeln.

---

55 S. unter B.III.1.

56 Eine Ausnahme bildet beispielsweise das „Freudenberg“-Urteil des BGH (BGHZ 85, 350), in dem der II. Zivilsenat im Zusammenhang mit der Anerkennung von auch Vertragsänderungen im Allgemeinen und die Umwandlung der Gesellschaft im Besonderen betreffenden Mehrheitsklauseln auf den Umstand rekurriert hat, dass die Gesellschafter „besonders dem Umstand Rechnung tragen wollen, daß bei weit über 100 (inzwischen 145) zum Teil in Übersee lebenden Gesellschaftern – auch wenn sie alle derselben Familie angehören – nicht darauf vertraut werden kann, daß Meinungsverschiedenheiten darüber, ob und wie der Gesellschaftsvertrag zu ändern ist, überwunden werden und es schließlich im Einvernehmen aller zu einem vertretbaren Vertragskompromiß kommt“ (BGHZ 85, 350, 358); im weiteren Verlauf hat der Senat den „Charakter der Familiengesellschaft“ als mehrheitsfest angesehen (BGHZ 85, 350, 360); näher dazu *Ulmer ZIP* 2010, 549, 553 ff. Die Problematik eines auf große Familien-Personengesellschaften zugeschnittenen Sonderrechts hat sich jedenfalls im Hinblick auf die Anerkennung von Mehrheitsklauseln weitgehend erledigt, s. BGHZ 203, 77 und dazu *MünchKommBGB/Schäfer*, § 709 Rn. 81 ff. (90 ff.).

57 Unter D.



## II. Ausgewählte gesetzliche Regelungen und Entscheidungen mit Relevanz für Familiengesellschaften

### 1. Corporate Governance der börsennotierten Gesellschaft

#### a) Karenzzeit bei börsennotierten Gesellschaften (§ 100 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 AktG)

Zu den die Belange von Familiengesellschaften in der Rechtsform der börsennotierten AG<sup>58</sup> oder KGaA berücksichtigenden Vorschriften gehört § 100 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 AktG. Danach kann nicht Mitglied des Aufsichtsrats sein, wer in den letzten zwei Jahren Vorstandsmitglied derselben börsennotierten Gesellschaft war, es sei denn, seine Wahl erfolgt auf Vorschlag von Aktionären, die mehr als 25 Prozent der Stimmrechte an der Gesellschaft halten. Die Vorschrift will dem im Kern nicht unbegründeten Bedenken Rechnung tragen,

„dass das ehemalige Vorstandsmitglied den neuen Vorstand behindern und die Bereinigung strategischer Fehler oder die Beseitigung von Unregelmäßigkeiten aus der eigenen Vorstandszeit unterbinden könnte.“<sup>59</sup>

Lässt man die im vorliegenden Zusammenhang nicht interessierende Frage außer Betracht, ob die Vorschrift, soweit sie sich auf sämtliche Aufsichtsratsmitglieder und nicht nur auf den Vorsitzenden des Aufsichtsrats sowie gegebenenfalls die Mitglieder eines Prüfungsausschusses bezieht, den Zielkonflikt zwischen der Forderung nach unabhängigen Aufsichtsratsmitgliedern auf der einen und dem Streben nach Professionalisierung des Aufsichtsrats und Verbesserung der Beratungs- und Überwachungsqualität auf der anderen Seite angemessen löst,<sup>60</sup> so verdient Hervorhebung, dass es dem Gesetzgeber völlig zu Recht als unangemessen erschien, die Bestellung eines ehemaligen Vorstandsmitglieds zum Mitglied des Aufsichtsrats zu untersagen, wenn

„wesentliche Eigentümer (z. B. Familienaktionäre, Stiftung) der Auffassung“ sind, „dass sie auf die Kenntnisse und Fähigkeiten eines verdienten Vorstands nicht verzichten wollen.“<sup>61</sup>

Zwar lässt sich aus diesen gesetzgeberischen Erwägungen nicht herleiten, dass die Möglichkeit, das Bestellungshindernis durch Vorschlag von Aktionären, auf deren Aktienbesitz mehr als 25 Prozent der Stimmrechte entfallen, zu überwinden, auf Familiengesellschaften und vergleichbare Gesellschaften

---

58 Der AG steht die SE gleich.

59 Begründung Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drs. 16/13433, S. 11; s. ferner OLG Stuttgart ZIP 2017, 671, 675.

60 Näher zu dieser Debatte und m. w. N. MünchKommAktG/Habersack, § 100 Rn. 40.

61 Begründung Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drs. 16/13433, S. 11.

beschränkt wäre.<sup>62</sup> Doch hat sich der Gesetzgeber insoweit ersichtlich von den Verhältnissen der Familiengesellschaft leiten lassen. Tatsächlich wäre es denn auch bei einer Familiengesellschaft ganz und gar unangemessen, einen entsprechenden Aktionärsvorschlag (dem sodann ein Wahlbeschluss der Hauptversammlung, die Ausübung eines Entsendungsrechts oder die gerichtliche Bestellung zu folgen hat, soll das ehemalige Vorstandsmitglied Mitglied des Aufsichtsrats werden), zu ignorieren. Dies gilt nicht nur in dem Fall, dass ein Familiengesellschafter selbst Mitglied des Vorstands war und sich nun in den Aufsichtsrat zurückziehen möchte, sondern auch in Fällen, in denen es sich bei dem Kandidaten um einen außenstehenden Dritten handelt, der die Geschäfte zur Zufriedenheit der Familiengesellschafter geführt hat und den die Familiengesellschafter nun als professionellen Überwacher der neuen Geschäftsleitung auserkoren haben.

b) Geschlechterquote (§ 96 Abs. 2 AktG)

Für Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, die börsennotiert sind und zugleich der paritätischen Mitbestimmung nach dem Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (MitbestG), dem Montan-Mitbestimmungsgesetz (Montan-MitbestG) oder dem Montan-Mitbestimmungsergänzungsgesetz (MitbestErgG) unterliegen, gilt seit Anfang 2016 die Geschlechterquotenregel des § 96 Abs. 2 AktG. Danach hat sich der Aufsichtsrat solcher Gesellschaften zu mindestens 30 Prozent aus Frauen und zu mindestens 30 Prozent aus Männern zusammensetzen.<sup>63</sup> Nach § 96 Abs. 2 S. 6 AktG sind eine Wahl der Mitglieder des Aufsichtsrats und eine Entsendung in den Aufsichtsrat unter Verstoß gegen das Mindestanteilsgebot nichtig;<sup>64</sup> der für das unterrepräsentierte Geschlecht vorgesehene Platz bleibt damit unbesetzt.<sup>65</sup>

In Deutschland unterliegen rund 100 Gesellschaften den vorstehend genannten Vorschriften über die Geschlechterquote. Darunter sind auch Familiengesellschaften. Bei ihnen stehen beide Geschlechter seit jeher in unternehmerischer Verantwortung. Es sind vor allem die Mitglieder der Eigentümerfamilien, die dort, unabhängig vom Geschlecht, in Führungs- und Aufsichtsgremien aktiv sind. Nicht zuletzt deshalb kann bei solchen Gesellschaften eine gesetzliche Geschlechterquote (deren Verfassungskonformität

---

62 MünchKommAktG/Habersack, § 100 Rn. 45 m. w. N.

63 Nach § 96 Abs. 3 AktG gilt Entsprechendes für börsennotierte Gesellschaften, die aus einer grenzüberschreitenden Verschmelzung hervorgegangen sind und die nach dem Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (MgVG) der paritätischen Mitbestimmung unterliegen. Für börsennotierte Gesellschaften in der Rechtsform der SE, deren Aufsichts- oder Verwaltungsorgan sich aus derselben Zahl von Anteilseigner- und Arbeitnehmervertretern zusammensetzt, sehen §§ 17 Abs. 2, 24 Abs. 3 SE-Ausführungsgesetz eine entsprechende Geschlechterquote vor.

64 Für Gesellschaften, die dem MgVG unterliegen, ergibt sich die im Text genannte Rechtsfolge aus § 96 Abs. 3 S. 2 AktG in Verbindung mit § 96 Abs. 2 S. 6 AktG; auf Gesellschaften in der Rechtsform der SE findet § 96 Abs. 2 S. 6 AktG aufgrund der Verweisungsnorm des Art. 9 Abs. 1 lit. c ii SE-Verordnung Anwendung.

65 Sog. „leerer Stuhl“.

im Übrigen durchaus zweifelhaft ist<sup>66</sup>) zu erheblichen internen Verwerfungen führen, greift sie doch tief in die Autonomie der Gesellschafter ein. Dies gilt etwa dann, wenn einer oder mehrere Sitze im Aufsichtsrat aus dem Gesellschafterkreis zu besetzen sind, es aber keinen passenden Kandidaten des unterrepräsentierten Geschlechts in der Familie gibt. Zudem können sich, wenn der Vorstand von Familienfremden geführt wird und der Aufsichtsrat paritätisch mitbestimmt ist, überraschende Mehrheiten gegen die Eigentümer bilden. Genauso problematisch ist es, wenn aufgrund der Geschlechterquote die Benennungsrechte in einem von mehreren Familienstämmen geführten Unternehmen strittig werden, weil der zur Benennung anstehende Familienstamm über keinen qualifizierten Angehörigen des unterrepräsentierten Geschlechts verfügt. Schnell droht der Verlust einer zumeist sehr sorgfältig austarierten Parität der Familienstämme im Gremium. Schließlich werden Gesellschafter dabei beeinträchtigt, sich auf eigenen Wunsch im Aufsichtsrat durch eine Person des jeweils anderen Geschlechts vertreten zu lassen.

## 2. Gesellschafternachfolge

### a) Nachfolge in den Personengesellschaftsanteil

Zu den herausragenden Grundsatzentscheidungen des II. Zivilsenats des BGH zum Recht der Personengesellschaften gehört das Urteil vom 10. Februar 1977.<sup>67</sup> Mit ihm hat der Senat die in §§ 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 1, 139 HGB und in § 727 BGB nur ansatzweise geregelte und für Familiengesellschaften hochbedeutsame, ja auf sie zugeschnittene Frage nach der Vererbung von Anteilen des persönlich haftenden Gesellschafters einer Personengesellschaft<sup>68</sup> in einer praxis- und interessengerechten Weise beantwortet.<sup>69</sup> Auf Einzelheiten kommt es im vorliegenden Zusammenhang nicht an. Immerhin sei darauf hingewiesen, dass im Falle des Todes eines Gesellschafters den Belangen der Gesellschaft (mag sie Familiengesellschaft sein oder nicht) weder mit der Auflösung der Gesellschaft noch mit dem ersatzlosen Ausscheiden des Verstorbenen aus der fortbestehenden Gesellschaft gedient ist; während die Auflösung

---

66 Näher *Habersack/Kersten* BB 2014, 2819 ff.

67 BGHZ 68, 225, 235 ff; näher dazu *MünchKommBGB/Schäfer*, § 727 Rn. 28 ff. m. w. N.; s. ferner *öOHG NZG* 2019, 904 Rn. 63 ff.: Sittenwidrigkeit einer nach dem Geschlecht des potentiellen Nachfolgers diskriminierenden gesellschaftsvertraglichen Nachfolgeklausel.

68 Das Urteil des BGH ist im Übrigen auch für den Kommanditanteil bedeutsam. Denn zwar sieht § 177 HGB beim Fehlen einer gesellschaftsvertraglichen Regelung die Nachfolge der Erben vor, sodass weder die Auflösung noch die Entstehung einer Abfindungspflicht droht; dem Nachrücken einer Mehrzahl von Erben lässt sich hingegen nur durch eine qualifizierte Nachfolgeklausel im Sinne von BGHZ 68, 225, 235 ff. begegnen.

69 Gut gemeint ist die in §§ 13a ff. ErbStG geregelte erbschaftsteuerliche Privilegierung des Betriebsvermögens sowie von Anteilen an Kapitalgesellschaften. Problematisch ist allerdings, dass § 13a Abs. 3, 6 ErbStG die Verschonung nach § 13a Abs. 1 ErbStG von der Aufrechterhaltung von Lohnsummen sowie der Nichtveräußerung der Beteiligung abhängig macht und damit die Verhältnisse der betroffenen Gesellschaft auf Jahre zementiert. Das damit verfolgte Anliegen ist verständlich. Bedenkt man freilich, dass die erbschaftsteuerliche Problematik im Zusammenhang mit Betriebsvermögen und Anteilsbesitz vor allem in der Höhe der Steuersätze liegt, mit denen auch Angehörige der Steuerklasse I belastet werden, erscheint es effizienter und unter dem Strich auch aus Sicht von Familiengesellschaften vorzugswürdig, auf erbschaftsteuerliche Privilegierungs- und Ausnahmetatbestände durchweg zu verzichten und im Gegenzug zu der damit verbundenen Verbreiterung der Bemessungsgrundlage die Steuersätze auf ein auch für betriebliche Vermögen erträgliches Maß zu senken.

die Liquidation der Gesellschaft nach sich zieht, belastet das ersatzlose Ausscheiden des verstorbenen Gesellschafters die Gesellschaft mit der Abfindungsverpflichtung gegenüber den Erben. Nicht nur aus Sicht der Gesellschaft<sup>70</sup> interessengerecht ist vielmehr die Lösung des BGH, deren Kern darin besteht, (i) die gesellschaftsvertragliche Nachfolgeklausel dahin auszulegen, dass der Anteil vererblich gestellt wird und auf den in der Klausel benannten Nachfolger unter der Voraussetzung übergeht, dass dieser Nachfolger auch Erbe wird, und (ii) im Falle einer qualifizierten Nachfolgeklausel einen unmittelbaren Erwerb des Anteils im Ganzen durch den in der Klausel benannten Nachfolger (wiederum dessen Erbenstellung vorausgesetzt) anzunehmen und so für eine reibungslose, die Gesellschaft von Abfindungslasten verschonende Generationenfolge zu ermöglichen.

#### b) Nachfolge in den GmbH-Anteil

Die Rechtslage bei Tod des GmbH-Gesellschafters weicht zwar im Ausgangspunkt von derjenigen im Personengesellschaftsrecht ab, bestimmt doch § 15 Abs. 1 GmbHG, dass die Geschäftsanteile veräußerlich und vererblich sind. Die Interessenlage ist indes identisch mit derjenigen bei der Personengesellschaft: Auch die GmbH-Gesellschafter wollen typischerweise sowohl eine Abfindung der Erben des verstorbenen Gesellschafters durch die Gesellschaft als auch das unkontrollierte Eindringen eines oder mehrerer Erben in die Gesellschaft vermeiden. Diesem Interesse lässt sich zwar nicht durch eine qualifizierte Nachfolgeklausel, wohl aber durch satzungsmäßige Abtretungsklauseln, die die Erben verpflichten, den Anteil auf eine als Nachfolger vorgesehene Person zu übertragen, Rechnung tragen; dem Hintergrund der Abtretungsverpflichtung in dem Tod des Gesellschafters trägt die herrschende Meinung durch Anerkennung von eine Abfindung beziehungsweise ein Entgelt ausschließenden Klauseln Rechnung.<sup>71</sup>

### 3. Fremdverwaltung des Anteils

Schwierige Fragen stellen sich im Zusammenhang mit der Fremdverwaltung des Anteils. Während die durch Bestellung eines Testamentsvollstreckers oder Nachlassverwalters aufgeworfenen materiellrechtlichen Fragen weitgehend geklärt sein dürften,<sup>72</sup> stellen sich in der Praxis immer wieder Fragen im Zusammenhang mit der Bestellung eines Vormundes für einen minderjährigen Gesellschafter sowie bei Bestellung eines Betreuers; man denke beispielsweise an die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Wahrnehmung von Gesellschafterrechten der Mitwirkung eines Gegenbetreuers beziehungsweise

---

70 Es sei nicht verschwiegen, dass die vom BGH entwickelte Lösung den Nachfolger zum Wertausgleich gegenüber seinen Miterben verpflichtet, soweit der Anteilswert den Anteil am Wert des Nachlasses übersteigt, s. BGHZ 68, 225, 238 f.

71 Näher zum Ganzen Habersack/Casper/Löbbe/Löbbe, GmbHG, § 15 Rn. 13 ff., 18 ff. S. in diesem Zusammenhang auch OLG Karlsruhe NZG 2007, 423: Wirksamkeit einer gesellschaftsvertraglichen Regelung, wonach der angeheiratete Gesellschafter bei Scheidung seinen vom ehemaligen Ehegatten ohne Gegenleistung zugewandten Gesellschaftsanteil nach dessen Wahl unentgeltlich diesem oder den zu dessen Stamm gehörigen Kindern zu übertragen hat.

72 S. für den Personengesellschaftsanteil Habersack/Schäfer/Schäfer, OHG, § 139 Rn. 37, 57 ff.; für den GmbH-Anteil Habersack/Casper/Löbbe/Löbbe, GmbHG, § 15 Rn. 31 ff.

Gegenvormunds oder der Genehmigung des Familiengerichts bedarf.<sup>73</sup> Gleichfalls mit rechtlicher Unsicherheit verbunden ist die Erteilung einer die Betreuung abwendenden Vorsorgevollmacht im Sinne des § 1896 Abs. 2 S. 2 BGB; hier stellt sich nicht nur die Frage der Vereinbarkeit einer umfassenden Vorsorgevollmacht mit gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen, sondern auch die Frage nach der Reichweite der Befugnisse des Bevollmächtigten und den Sanktionen bei Fehlverhalten.<sup>74</sup> Derlei rechtliche Unsicherheit erlangt umso größeres Gewicht, als der Instanzenzug vorbehaltlich der Rechtsbeschwerde gemäß § 77 FamFG<sup>75</sup> bei den Oberlandesgerichten endet<sup>76</sup> und deshalb eine bundesweit einheitliche Auslegung nicht gewährleistet ist. Ohne die angedeuteten Fragen hier im Einzelnen darstellen und würdigen zu müssen, unterstreichen die genannten Institute doch die hohe Relevanz auch vermeintlich abgelegener Rechtsgebiete für Gesellschaften im Allgemeinen und Familiengesellschaften im Besonderen. Diese Relevanz sollte der Gesetzgeber bedenken, sollte er künftig insbesondere das Betreuungsrecht neu regeln wollen.

#### 4. Publizität

##### a) Rechnungslegung

Schon einleitend<sup>77</sup> war darauf hinzuweisen, dass das europäische Bilanzrecht zahlreiche Erleichterungen für Kleinunternehmen sowie für kleine und mittlere Unternehmen kennt, diese indes nicht den Besonderheiten der Familiengesellschaften Rechnung tragen, sondern sich als Ausprägungen der allgemeinen KMU-Politik verstehen. Mit der in Art. 14 lit. f der Richtlinie über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts<sup>78</sup> in Verbindung mit Art. 30 ff. der Bilanzrichtlinie<sup>79</sup> geregelten Pflicht zur Offenlegung des Einzel- und Konzernabschlusses (bestehend aus Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung und Anhang) sowie des Einzel- und Konzernlageberichts unterwirft das Europäische Recht – und mit ihm das deutsche Recht in §§ 325 ff. HGB – freilich große Kapitalgesellschaften und große atypische Personengesellschaften<sup>80</sup> sowie mit gewissen Einschränkungen auch mittlere Kapitalgesellschaften und mittlere atypische Personengesellschaften Publizitätspflichten. Diese Pflichten gehen deutlich über die entsprechenden Pflichten etwa des US-Rechts hinaus<sup>81</sup> und lösen letztlich das Spannungsverhältnis zwischen Wettbewerb und Informationsinteresse auf der einen Seite und dem Interesse der publizitätspflichtigen Unternehmen am

---

73 Näher zu dem unter Betreuung stehenden Gesellschafter *Schäfer* ZHR 175 (2011), 557, 560 ff.

74 Näher zur Vorsorgevollmacht *Schäfer* ZHR 175 (2011), 557, 560 ff.

75 Zuständig hierfür ist der BGH, s. § 133 GVG.

76 S. §§ 72 Abs. 1, 119 Abs. 1 GVG.

77 Unter A.III.2.

78 Richtlinie (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts, ABl. Nr. L 169/46 vom 30.6.2017.

79 S. Fn. 13.

80 Im Sinne von § 264a HGB.

81 Zu Recht betont von *Schön*, Festschrift K. Schmidt, 2019, S. 391, 397 ff.

Schutz ihrer Geschäftsgeheimnisse recht rigoros – nämlich zu Lasten des Geheimnisschutzes – auf.<sup>82</sup> Dies gilt zumal vor dem Hintergrund, dass nach der Rechtsprechung des EuGH<sup>83</sup> der nach damals geltendem deutschen Recht erforderliche Antrag auf Erzwingung der Offenlegung auch von Konkurrenten des publizitätspflichtigen Unternehmens gestellt werden konnte und damit ein berechtigtes Interesse Privater an der Nutzung der veröffentlichten Informationen anerkannt wurde.

Es liegt auf der Hand, dass Familiengesellschaften durch dieses weitreichende Publizitätsregime in besonderer Weise betroffen sind, erlauben die offenzulegenden Unterlagen doch beispielsweise Rückschlüsse auf Beteiligungsverhältnisse und Gewinnanteile der typischerweise mit den publizitätspflichtigen Unternehmen in Verbindung gebrachten Familiengesellschafter.

#### b) Transparenzregister

Neben der Pflicht, Jahresabschluss und Lagebericht offenzulegen, trifft die Gesellschaften eine Vielzahl sonstiger handels-, gesellschafts-, kapitalmarkt- und steuerrechtlicher Offenlegungspflichten. Es ist hier nicht der Ort, diese Pflichten im Einzelnen darzustellen und auf ihre spezifische Relevanz für Familiengesellschaften hin zu untersuchen.<sup>84</sup> Explizit hingewiesen sei aber doch auf die jüngst beschlossene Umsetzung der Fünften EU-Geldwäscherichtlinie vom 30.5.2018.<sup>85</sup> Mit dem Umsetzungsgesetz vom 12.12.2019<sup>86</sup> ist der deutsche Gesetzgeber der Verpflichtung aus Art. 30 Abs. 5 lit. c) GwRL nachgekommen, jedenfalls<sup>87</sup> die Angaben „zum Namen, Monat und Jahr der Geburt, dem Wohnsitzland und der Staatsangehörigkeit des wirtschaftlichen Eigentümers sowie zu Art und Umfang des wirtschaftlichen Interesses“ für „alle Mitglieder der Öffentlichkeit“ zugänglich zu machen.<sup>88</sup> Damit ist das bislang geltende Erfordernis eines berechtigten Interesses an der Einsichtnahme entfallen, sodass private Dritte

---

82 Zur Problematik s. die Beiträge von *Wartenburger, Cordewener, Eßbauer* und *Schön* in: Schön, Rechnungslegung und Wettbewerbsschutz, S. 49 ff., 105 ff., 287 ff., 563 ff.

83 EuGH, Urteil vom 23.9.2004 – C-435/02, C-103/03, Slg. 2004, I-8663 – Axel Springer; zuvor EuGH, Urteil vom 4.12.1997 – C-97/96, Slg. 1997, I-6843 – Daihatsu.

84 Verdienstvolle Bestandsaufnahme bei *Schenke/Teichmann*, Publizitätspflichten von Familienunternehmen, 2018, S. 19 ff.; s. ferner *Windthorst*, in: *Aspekte der Unternehmenstransparenz*, 2019, S. 61 ff.; speziell zu „shame sanctions“ *Nettesheim*, Öffentlichkeit als Unternehmenssanktion, 2019, S. 13 ff.

85 Richtlinie (EU) 2018/843 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.5.2018 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2015/849 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung und zur Änderung der Richtlinien 2009/138/EG und 2013/36/EU, ABl. Nr. L 153/43 vom 19.6.2018.

86 Gesetz zur Umsetzung der Änderungsrichtlinie zur Vierten EU-Geldwäscherichtlinie vom 12.12.2019, BGBl. I S. 2602.

87 Art. 30 Abs. 5 GwRL gestattet es den Mitgliedstaaten, den Zugang zu weiteren Informationen vorzusehen, die die Identifizierung des wirtschaftlichen Eigentümers ermöglichen und im Einklang mit den Datenschutzbestimmungen mindestens das Geburtsdatum oder die Kontaktdaten umfassen.

88 Näher *Assmann/Hütten AG* 2017, 449, 453 ff.

nunmehr ungehindert die meldepflichtigen Daten einsehen können, ohne dass der Meldepflichtige von der Einsichtnahme Kenntnis erlangen würde.<sup>89</sup> Im Zusammenspiel mit der gleichfalls offenzulegenden Rechnungslegung<sup>90</sup> und vorbehaltlich eines Sperrantrags gemäß § 23 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 GwG ermöglicht es das Transparenzregister somit künftig jedem privaten Dritten, die Einkommens- und Vermögenssituation der meldepflichtigen Gesellschafter zu ermitteln.<sup>91</sup>

Auch wenn man die Vereinbarkeit der Neuregelung mit Unions- und Verfassungsrecht unterstellt,<sup>92</sup> bleiben berechnete Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen weitgehend unberücksichtigt. Es liegt auf der Hand, dass die Gesellschafter von Familiengesellschaften durch die Neuregelung besonders betroffen sind, zumal vor dem Hintergrund, dass der Tatbestand der „Kontrollausübung in sonstiger Weise“ im Sinne der §§ 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 3, 19 Abs. 3 Nr. 1 lit. b) GwG denkbar weit ausgelegt wird und bei Familiengesellschaften durchaus verbreitete schuldrechtliche Vereinbarungen erfasst, etwa solche zwischen Gesellschaftern und nicht über eine förmliche Gesellschafterstellung verfügenden Familienmitgliedern.<sup>93</sup>

## 5. Finanzierung

Zu den Charakteristika der Familiengesellschaft gehört, wie im Einzelnen dargelegt worden ist, die Angewiesenheit der Gesellschaft auf die Selbstfinanzierung der Gesellschaft, sei es durch die Thesaurierung von Gewinnen oder durch die Zufuhr frischen Kapitals durch die Familiengesellschafter. Das deutsche Gesellschaftsrecht ermöglicht es darüber hinaus Gesellschaften jeder Rechtsform, stimmrechtslose Anteile auszugeben und damit von außenstehenden Dritten Eigenkapital entgegenzunehmen, ohne den Einfluss der Familie zu verwässern.<sup>94</sup> Die aktienrechtliche Begrenzung des Volumens des Vorzugskapitals auf die Hälfte des Grundkapitals (§ 139 Abs. 2 AktG) dürfte auch für Familiengesellschaften akzeptabel sein, zumal sich stimmrechtslose Aktien, wie gleichfalls erwähnt, auf dem Markt für Risikokapital ohnehin nicht mehr so reibungslos wie noch in der Vergangenheit platzieren lassen. Gleichwohl ist es zu begrüßen, dass die Aktienrechtsnovelle aus dem Jahr 2016<sup>95</sup> – wenn auch vor allem aus Gründen bankaufsichtsrechtlicher Vorgaben für die Anerkennung von regulatorischem Kernkapital – die bislang

---

89 Näher *Schenke/Teichmann*, Publizitätspflichten von Familienunternehmen, 2018, S. 45.

90 Dazu unter C.II.4.a).

91 *Schenke/Teichmann*, Publizitätspflichten von Familienunternehmen, 2018, S. 100 f.; *Windthorst*, in: *Aspekte der Unternehmenstransparenz*, 2019, S. 68.

92 Die Verfassungs- und Unionsrechtskonformität namentlich des umfassenden Einsichtsrechts mit beachtlichen Erwägungen verneinend *Schenke/Teichmann*, Publizitätspflichten von Familienunternehmen, 2018, S. 73 ff. (100 ff.); *Windthorst*, in: *Aspekte der Unternehmenstransparenz*, 2019, S. 68 ff.

93 *Kinzl/Reuter* BB 2019, Heft 49, S. I, mahnen deshalb eine Konkretisierung des Tatbestands der Kontrollausübung in sonstiger Weise an; näher zu diesem Tatbestand *Assmann/Hütten AG* 2017, 449, 456 f.

94 Näher unter B.III.2.b).

95 Gesetz zur Änderung des Aktiengesetzes (Aktienrechtsnovelle 2016) vom 22.12.2015, BGBl. I S. 2565.

obligatorische Nachzahlung einer Vorab- oder Mehrdividende zur Disposition der Satzung gestellt<sup>96</sup> und dadurch die Eigenkapitalfinanzierung der AG weiter flexibilisiert hat.

Aus Sicht der Familiengesellschaften nachteilig ist freilich, dass die Kosten des Fremdkapitals und damit insbesondere Zinsen grundsätzlich Betriebsausgaben darstellen:<sup>97</sup> Soweit sich Familiengesellschaften – dem Wunsch, den Einfluss der Familie zu sichern – über die Zufuhr neuen Eigenkapitals und über die Thesaurierung von Gewinnen finanzieren, kommt ihnen diese steuerliche Begünstigung des Fremdkapitals nicht zugute, was wiederum Wettbewerbsnachteile gegenüber Nicht-Familiengesellschaften nach sich zieht. Der Versuch des Gesetzgebers, mit der im Rahmen des Unternehmensteuerreformgesetzes 2008 geschaffenen Vorschrift des § 34a EStG nicht entnommene Gewinne ertragsteuerlich zu privilegieren und hierdurch demjenigen Steuerpflichtigen eine Vergünstigung zu gewähren, „der durch den Verzicht auf die private Verwendung seinem Betrieb erwirtschaftetes Kapital weiterhin zur Verfügung stellt und damit die Eigenkapitalbasis seines Unternehmens nachhaltig stärkt“, und überdies Investitionsmöglichkeiten zu verbessern, „ohne dass Fremdkapital in Anspruch genommen werden muss“,<sup>98</sup> darf allerdings als wenig geglückt bezeichnet werden. Die Annahme des Gesetzgebers, die Vergünstigung werde zur nachhaltigen Senkung der Fremdkapitalquote der Unternehmen beitragen, hat sich jedenfalls nicht bewahrheitet; tatsächlich ist die Vergünstigung nämlich nicht, wie zunächst erwartet,<sup>99</sup> von 90.000, sondern nur von deutlich weniger Unternehmen in Anspruch genommen worden.<sup>100</sup>

Die mangelnde Akzeptanz durch die Betroffenen darf freilich nicht missinterpretiert werden: Namentlich aus Sicht der auf Selbstfinanzierung angewiesenen Familiengesellschaften besteht nach wie vor ein erhebliches strukturell bedingtes Interesse an ertragsteuerlicher Begünstigung thesaurierter Gewinne. Der Gesetzgeber sollte den Realbefund zum Anlass nehmen, die Thesaurierungsbegünstigung nachzubessern.<sup>101</sup>

## 6. Mobilität der Gesellschaft und der Gesellschafter

Obleich Familiengesellschaften typischerweise eine starke Verankerung an ihrem angestammten Sitzort aufweisen,<sup>102</sup> sind auch sie daran interessiert und darauf angewiesen, die durch das allgemeine

---

96 S. §§ 139 Abs. 1 S. 3, 140 Abs. 2 AktG und dazu Hüffer/Koch, AktG, § 139 Rn. 12 ff.

97 Näher Habersack/Mülbert/Schlitt/Breuninger/Frey, Unternehmensfinanzierung, § 19 Rn. 8 ff.

98 Begr. RegE, BR-Drs. 220/07, S. 101.

99 Begr. RegE, BR-Drs. 220/07, S. 62.

100 S. Antwort der Bundesregierung, BT-Drs. 19/6308, S. 7 (2012: 6.762 Unternehmen; 2013: 6.431 Unternehmen; 2014: 6.271 Unternehmen).

101 Eingehend Hey, Belastung thesaurierender Personenunternehmen, 2020.

102 S. bereits unter B.III.2.c).



Gesellschaftsrecht und das Umwandlungsgesetz offerierten Möglichkeiten der Umorganisation und Sitzverlegung zu nutzen, und sei es auch nur in Bezug auf Konzerngesellschaften. Denn insbesondere große Familienunternehmen stehen im internationalen Wettbewerb und sind global tätig.

Mobilität beanspruchen darüber hinaus auch die Familiengeschafter. Der Brexit macht auf einen Sachverhalt aufmerksam, der Familiengesellschaften vermutlich nicht selten betrifft, nämlich die nach Ablauf der Übergangsphase drohende Wegzugsbesteuerung nach § 6 AStG. Den Ausgangspunkt bildet die Stundungsregelung des § 6 Abs. 5 AStG, deren Anwendungsbereich auf EU- und EWR-Sachverhalte begrenzt ist und die nach Vollzug des Brexit jedenfalls auf dann folgende Wegzugssachverhalte unanwendbar sein wird; bei bereits vollzogenen Wegzugsfällen droht möglicherweise der Widerruf einer bereits gewährten Stundung.<sup>103</sup> Die Fragen um die Wegzugsbesteuerung im Allgemeinen, die mit ihr verbundenen Folgen im Falle des Brexit sowie die unabhängig davon bestehende Reformbedürftigkeit der Gesamtregelung müssen hier nicht im Einzelnen entfaltet werden,<sup>104</sup> um zu demonstrieren, welche gravierenden Konsequenzen ein vom Gesetzgeber möglicherweise nicht bedachter Wegfall einer den Steuerpflichtigen begünstigenden Regelung auf die Liquiditätssituation des Familiengeschafter und damit im Zweifel auch der Familiengesellschaft selbst haben kann.

---

103 *Kudert/Hagemann/Kahlenberg*, Die Internationalisierung der Unternehmerfamilie, 2017, S. 95 ff.

104 Eingehend *Kudert/Hagemann/Kahlenberg*, Die Internationalisierung der Unternehmerfamilie, 2017, S. 9 ff., 27 ff.

## **D. Familienunternehmen-Test im Detail**

### **I. Konzeptioneller Ausgangspunkt**

Mit dem vorstehend entwickelten Begriff der Familiengesellschaft und den hinter diesem Begriff stehenden rechtlichen und ökonomischen Charakteristika der Familiengesellschaft sind die Grundlagen gelegt, um Kriterien für den Familienunternehmen-Test zu entwickeln, der sodann sowohl auf nationaler als auch auf europäischer Ebene als Instrument der Gesetzesfolgenabschätzung herangezogen werden kann. Die Testkriterien haben deshalb ihren Ausgangspunkt zum einen bei dem generationenübergreifenden Charakter der Unternehmung und der damit verbundenen Fixierung auf die Selbstfinanzierung derselben sowie zum anderen bei den Veräußerungs- und Abfindungsbeschränkungen zu Lasten ausscheidenswilliger Gesellschafter zu nehmen; letztere bilden wiederum die Kehrseite dessen, dass der Anteil typischerweise aufgrund familienbedingter Erbenstellung und ohne Investitionsaufwand erworben worden ist, und sind damit Ausdruck des quasi-treuhänderischen Charakters der Beteiligung.

Ziel des Tests muss es sein, von einem Gesetzgebungsvorhaben ausgehende besondere Belastungen für Familiengesellschaften – und damit die spezifische Betroffenheit von Familiengesellschaften – zu identifizieren und es auf diese Weise dem Gesetzgeber zu ermöglichen, auf hinreichender Informationsgrundlage – das heißt in Kenntnis der möglichen Belastungen für Familiengesellschaften – über die Realisierung des Gesetzgebungsvorhabens zu befinden.

### **II. Leitfragen**

#### **1. Corporate Governance-Aspekte**

Besteht für Familiengesellschaften eine spezifische Betroffenheit im Hinblick auf gesetzliche Vorgaben zur Corporate Governance der Gesellschaft?

Als Beispiel mag insoweit – neben der in § 96 Abs. 2 AktG geregelten Geschlechterquote – die Vorschrift des § 100 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 AktG dienen, die allein deshalb familiengesellschaftentauglich ist, weil sie die Möglichkeit vorsieht, das Erfordernis einer Karenzzeit auf Vorschlag von Aktionären, die über mehr als 25 Prozent der Stimmrechte verfügen, außer Kraft zu setzen.

#### **2. Generationenfolge**

Besteht für Familiengesellschaften eine spezifische Betroffenheit im Hinblick auf die Generationenfolge?

Als Beispiel mag insoweit – neben der erheblichen Rechtsunsicherheit, die im Zusammenhang mit der Betreuung und einer die Betreuung abwendenden Vorsorgevollmacht besteht – die spärliche Regelung der Vererbung des OHG- und KG-Anteils dienen, die allein deshalb familiengesellschaftentauglich ist, weil die höchstrichtliche Rechtsprechung Grundsätze entwickelt hat, die es der Praxis ermöglichen,

unter Vermeidung sowohl der Auflösung der Gesellschaft als auch der Belastung der Gesellschaft mit Abfindungsverpflichtungen das Einrücken ausgewählter Nachfolger (deren Erbenstellung vorausgesetzt) in die Gesellschaft sicherzustellen.

### **3. Fremdverwaltung des Anteils**

Besteht für Familiengesellschaften eine spezifische Betroffenheit im Hinblick auf die gesetzlichen Regelungen zur Fremdverwaltung des Gesellschaftsanteils?

Nicht nur Testamentsvollstreckung und Nachlassverwaltung, sondern auch Vormundschaft, Betreuung und die Betreuung abwendende Vorsorgevollmachten sind fester Bestandteil im Alltag einer Familiengesellschaft. Der Gesetzgeber sollte die hohe Relevanz dieser wie auch anderer vermeintlich abgelegener Rechtsfragen für Familiengesellschaften bedenken, sollte er Reformen – etwa zum Betreuungsrecht – in Angriff nehmen.

### **4. Publizitätspflichten**

Bestehen für Familiengesellschaften besondere Belastungen im Hinblick auf die allfälligen Publizitäts- und Transparenzpflichten und die mit diesen Pflichten verbundene Relativierung des Interesses der publizitätspflichtigen Unternehmen am Schutz ihrer Geschäftsgeheimnisse?

Insoweit sei beispielhaft auf die Umsetzung des Art. 30 Abs. 5 lit. c) GwRL verwiesen. Mit ihr entfällt das bislang geltende Erfordernis eines berechtigten Interesses an der Einsichtnahme in das Transparenzregister. Im Zusammenspiel mit der gleichfalls offenzulegenden Rechnungslegung und vorbehaltlich eines Sperrantrags gemäß § 23 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 GwG ermöglicht es das Transparenzregister somit künftig jedem privaten Dritten, die Einkommens- und Vermögenssituation der meldepflichtigen Familiengeschafter zu ermitteln.

### **5. Finanzierung**

Besteht für Familiengesellschaften eine spezifische Betroffenheit im Hinblick auf die Finanzierung des Unternehmens?

Der generationenübergreifende Charakter der Familiengesellschaft und das damit mehr oder weniger zwangsläufig einhergehende Streben nach Sicherung des Familieneinflusses verlangen nach der – de lege lata rechtsformübergreifend gewährleisteten – Möglichkeit der Aufnahme von einflusslosem Eigenkapital. Im Übrigen gilt es zu berücksichtigen, dass die Familiengesellschaften auf die Selbstfinanzierung durch die Gesellschafter angewiesen sind und in der Folge die steuerliche Abzugsfähigkeit der Kosten der Finanzierung durch Fremdkapital weniger zu Buche schlägt als bei Nicht-Familiengesellschaften; dem ist durch Nachbesserungen im Rahmen des § 34a EStG Rechnung zu tragen.

## **6. Mobilität der Gesellschaft und der Gesellschafter**

Besteht für Familiengesellschaften eine spezifische Betroffenheit im Hinblick auf ihre eigene Mobilität und die Mobilität ihrer Gesellschafter?

Insoweit sei exemplarisch auf die Wegzugsbesteuerung nach § 6 AStG und deren mögliches Aufleben im Zuge des Brexit verwiesen.

## **III. Einbettung in vorhandene Instrumente zur Gesetzesfolgenabschätzung**

### **1. Nationale Ebene**

Auf nationaler Ebene sollte sich der noch zu schaffende „Leitfaden zur Berücksichtigung der Belange von Familienunternehmen in der Gesetzesfolgenabschätzung (Familienunternehmen-Test)“ konzeptionell an dem KMU-Test orientieren. Der Test hat deshalb zu fragen, ob für das konkrete Regelungsvorhaben eine Prüfung der Belange von Familienunternehmen durchgeführt werden muss. Während allerdings der KMU-Test eine solche Prüfung vom finanziellen Erfüllungsaufwand abhängig macht, hat sie beim Familienunternehmen-Test zu erfolgen, wenn Familiengesellschaften durch das konkrete Regelungsvorhaben spezifisch betroffen sind. Eine solche spezifische Betroffenheit der Familiengesellschaften wiederum ist, ausgehend von den Spezifika der Familiengesellschaft (nämlich dem generationenübergreifenden Charakter des Unternehmens, den Besonderheiten der Unternehmensfinanzierung und dem quasi-treuhänderischen Charakter der Beteiligung), in erster Linie im Hinblick auf die gesetzlichen Rahmenbedingungen betreffend (i) die Corporate Governance der Gesellschaft, (ii) die Generationenfolge, (iii) eine etwaige Fremdverwaltung des Anteils, (iv) die Publizität von Unternehmenskennzahlen und sonstigen Informationen, (v) die Finanzierung des Unternehmens oder (vi) die Mobilität der Gesellschaft und ihrer Gesellschafter – und damit auf Grundlage der vorstehend (unter II.) formulierten Leitfragen – zu erfragen.

Soweit danach eine solche spezifische Betroffenheit durch ein konkretes Regelungsvorhaben festzustellen ist, sollte der Familienunternehmen-Test sicherstellen, dass im Rahmen der Ressortabstimmung das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie und das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz auf diese Betroffenheit hinzuweisen sind. Sodann kann gemeinsam nach Maßnahmen zur strukturellen Gleichbehandlung der Familiengesellschaften mit den Nicht-Familiengesellschaften gesucht werden (z. B. Ausnahmen, Übergangsfristen, Befreiungstatbestände).

### **2. Europäische Ebene**

Auf europäischer Ebene sollte der Familienunternehmen-Test Eingang in die „toolbox“ finden. Konzeptionell kann er sich an dem bereits in der „toolbox“ verankerten, die spezifischen Charakteristika von Familiengesellschaft indes nicht reflektierenden SME-Test orientieren. Wie dieser sollte auch der Familiengesellschaft-Test auf vier Stufen gründen:

Was zunächst die Identifizierung von potentiellen Auswirkungen eines Regelungsvorhabens auf Familiengesellschaften und damit die erste Stufe des Tests anbelangt, so ist – wie schon auf nationaler Ebene – von den Spezifika der Familiengesellschaft und den vorstehend (unter II.) formulierten Leitfragen auszugehen.

Ergibt sich danach zumindest die Möglichkeit einer spezifischen Betroffenheit der Familiengesellschaften, sollte auf zweiter Stufe eine Konsultationsphase eingeleitet werden, die neben den üblichen und in der „toolbox“ bereits vorgesehenen Mechanismen der Konsultation<sup>105</sup> und in Übereinstimmung mit dem SME-Test gezielte Konsultationen im Rahmen von Round Table- und Diskussionsveranstaltungen umfassen kann.

Auf dritter Stufe sollten sodann die in Betracht kommenden Regelungsalternativen auf die Dimension der spezifischen Betroffenheit von Familiengesellschaften evaluiert werden. Dabei geht es (insoweit in Abweichung von dem SME-Test) nicht nur um Erfüllungsaufwand finanzieller Art, sondern ganz allgemein um Relevanz für und Auswirkungen auf Familiengesellschaften – und dies jeweils im Vergleich zu Nicht-Familiengesellschaften.

Die vierte Stufe schließlich fragt nach alternativen Optionen und nach Maßnahmen, die die spezifische Betroffenheit von Familiengesellschaften abmildern und damit für Wettbewerbsgleichheit sorgen können. Zu derlei Maßnahmen können (totale oder partielle) Ausnahmen vom Anwendungsbereich einer Regelung gehören,<sup>106</sup> aber auch Übergangsfristen und Befreiungstatbestände.

---

105 Tools #53, #54, #55 der „toolbox“, abrufbar unter [https://ec.europa.eu/info/better-regulation-toolbox\\_en](https://ec.europa.eu/info/better-regulation-toolbox_en).

106 Auf nationaler Ebene etwa § 1 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 DrittelbG; s. dazu unter B.II.

## E. Fazit

Ein Familienunternehmen-Test tut Not – so lässt sich das zentrale Fazit der vorstehenden Überlegungen zusammenfassen. Familiengesellschaften verfügen nicht zuletzt aufgrund des Bestrebens der Familiengesellschafter, den Familieneinfluss generationenübergreifend zu sichern, über Charakteristika, die sie von anderen Gesellschaften deutlich abheben und im Wettbewerb benachteiligen können, die indes bislang weder auf deutscher noch auf europäischer Ebene Eingang in die Gesetzesfolgenabschätzung finden. Ein Familienunternehmen-Test sollte deshalb sowohl auf Ebene der Mitgliedstaaten als auch auf Ebene der EU geschaffen werden, um sicherzustellen, dass sich der Gesetzgeber einer etwaigen spezifischen Betroffenheit von Familienunternehmen (mit denen wiederum Wettbewerbsnachteile dieser Unternehmen und eine Erosion der Familiengesellschafts-Kultur einhergehen können) bewusst ist.

Der Test sollte hierzulande neben den schon existierenden KMU-Test treten und sich konzeptionell an diesem orientieren, indes nicht den finanziellen Erfüllungsaufwand, sondern ausgehend von den unter D.II formulierten Leitfragen die spezifische Betroffenheit von Familiengesellschaften eruieren und dadurch eine strukturelle Gleichbehandlung von Familien- und Nicht-Familiengesellschaften ermöglichen.

Auf europäischer Ebene sollte der Test Eingang in die „toolbox“ finden und sich an dem dort bereits verankerten, die spezifischen Charakteristika von Familiengesellschaften indes nicht reflektierenden SME-Test orientieren. Wie dieser sollte auch der Familienunternehmen-Test aus vier Stufen bestehen, nämlich (i) zunächst die potentiellen Auswirkungen eines Regelungsvorhabens auf Familiengesellschaften identifizieren (und zwar wiederum auf Grundlage der unter D.II formulierten Leitfragen), (ii) bei Existenz einer spezifischen Betroffenheit eine Konsultationsphase einleiten, (iii) Regelungsalternativen evaluieren und (iv) alternative Optionen und Maßnahmen erwägen, mit denen die spezifische Betroffenheit von Familiengesellschaften abgemildert und damit für Wettbewerbsgleichheit gesorgt werden kann.



## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
AStG	Außensteuergesetz
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
DrittelbG	Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat
ErbStG	Erbschaftsteuergesetz
GGO	Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GKFU	Governance Kodex für Familienunternehmen
GwG	Geldwäschegesetz
GwRL	Geldwäscherichtlinie
Hrsg.	Herausgeber
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
lit.	litera
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NKRG	Gesetz zur Einsetzung eines Nationalen Normenkontrollrates
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
öOGH	Österreichischer Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
Rn.	Randnummer
S.	Seite, siehe



SE	Societas Europaea (Europäische Gesellschaft)
Slg.	Sammlung
SME	Small and Mid-sized Enterprises
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

## Literaturverzeichnis

- Artmann, Eveline, Steuerung des Anteilseignerkreises in Familiengesellschaften, in: H.-U. Vogt/H. Fleischer/S. Kalss (Hrsg.), Recht der Familiengesellschaften, 2017, S. 195.
- Assmann, Heinz-Dieter/Hütten, Hilmar, Das elektronische Transparenzregister – Mitteilungs- und Angabepflichten, AG 2017, 449.
- Austrian Institute for SME-Research, Overview of Family Business Relevant Issues, 2008 (abrufbar unter <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/10389/attachments/1/translations>).
- Böhret, Carl/Konzendorf, Götz, Moderner Staat – Moderne Verwaltung, Leitfaden zur Gesetzesfolgenabschätzung, 2000.
- Breuninger, Gottfried/Frey, Johannes, Steuerliche und bilanzielle Aspekte von Anleiheemissionen, in: M. Habersack/P. Mülbart/M. Schlitt (Hrsg.), Unternehmensfinanzierung am Kapitalmarkt, 4. Aufl. 2019, § 19 (zitiert: Habersack/Mülbart/Schlitt/Breuninger/Frey).
- Brink, Alexander, Sicherung des Familieneinflusses durch gemeinsame Familienwerte, in: K. W. Lange/K. Windthorst (Hrsg.), Sicherung des Familieneinflusses in Familienunternehmen, 2017, S. 9.
- Bühler, Christoph B., Steuerung des Anteilseignerkreises in Schweizer Familiengesellschaften, in: H.-U. Vogt/H. Fleischer/S. Kalss (Hrsg.), Recht der Familiengesellschaften, 2017, S. 221.
- Bundesregierung/Nationaler Normenkontrollrat/Statistisches Bundesamt, Leitfaden zur Berücksichtigung der Belange mittelständischer Unternehmen in der Gesetzesfolgenabschätzung (KMU-Test), 30.12.2015 (abrufbar unter [https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/J-L/kmu-test-leitfaden.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/J-L/kmu-test-leitfaden.pdf?__blob=publicationFile&v=3)).
- Claussen, Carsten P., Die Praxis der Finanzierung von Familiengesellschaften, in: T. Tröger/R. Wilhelmi (Hrsg.), Rechtsfragen der Familiengesellschaften, 2006, S. 79.
- Cordewener, Axel, Der europarechtliche Rahmen für die Unternehmenspublizität, in: W. Schön (Hrsg.), Rechnungslegung und Wettbewerbsschutz im deutschen und europäischen Recht, 2009, S. 105.
- Eßbauer, Susanne, Geheimnisschutz im Jahres- und Konzernabschluss nach HGB und IAS/IFRS, in: W. Schön (Hrsg.), Rechnungslegung und Wettbewerbsschutz im deutschen und europäischen Recht, 2009, S. 287.
- European Commission, Final Report of the Expert Group – Overview of Family-Business-Relevant Issues: Research, Networks, Policy Measures and Existing Studies, November 2009 (abrufbar unter [https://www.familienunternehmen.de/media/public/pdf/projekte-veranstaltungen/expertengruppe-familienunternehmen/stiftung-familienunternehmen\\_expertengruppe-familienunternehmen\\_group-report-en.pdf](https://www.familienunternehmen.de/media/public/pdf/projekte-veranstaltungen/expertengruppe-familienunternehmen/stiftung-familienunternehmen_expertengruppe-familienunternehmen_group-report-en.pdf)).

- Fleischer, Holger, Familiengesellschaften und Familienverfassungen: Eine historisch-vergleichende Standortbestimmung, NZG 2017, 1201.
- Fleischer, Holger, Organisation der Inhaberfamilie und Ownership Management in Familienunternehmen – eine rechtliche Bestandsaufnahme, BB 2019, 2819.
- Foerster, Max, Zusammenspiel von Familienverfassung und Verbandsverfassung in der Familiengesellschaft, BB 2019, 1411.
- Habersack, Mathias, Grenzen der Mehrheitsherrschaft in Stimmrechtskonsortien, ZHR 164 (2000), 1.
- Habersack, Mathias, Grundfragen der freiwilligen oder erzwungenen Subordination von Gesellschafterkrediten, ZGR 2000, 384.
- Habersack, Mathias, Die rechtliche Verfassung des Familienunternehmens, in: T. Tröger/R. Wilhelmi (Hrsg.), Rechtsfragen der Familiengesellschaften, 2006, S. 19.
- Habersack, Mathias/Casper, Matthias/Löbbe, Marc, Großkommentar zum GmbHG, 3. Aufl., Band 1, 2019 (zitiert: Habersack/Casper/Löbbe/Bearbeiter).
- Habersack, Mathias/Henssler, Martin, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl. 2019 (zitiert: Habersack/Henssler/Bearbeiter).
- Habersack, Mathias/Kersten, Jens, Chancengleiche Teilhabe an Führungspositionen in der Privatwirtschaft – Gesellschaftsrechtliche Dimensionen und verfassungsrechtliche Anforderungen, BB 2014, 2819.
- Habersack, Mathias/Schäfer, Carsten, Das Recht der OHG, 2. Aufl. 2019 (zitiert: Habersack/Schäfer/Bearbeiter).
- Habersack, Mathias/Verse, Dirk, Europäisches Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2019.
- Hey, Johanna, in: Stiftung Familienunternehmen (Hrsg.), Belastung thesaurierender Personenunternehmen. Reformbedarf bei Sondertarifierung (§ 34a EStG) und Gewerbesteueranrechnung (§ 35 EStG), 2020.
- Hoffmann-Becking, Michael, Der Einfluß schuldrechtlicher Gesellschaftervereinbarungen auf die Rechtsbeziehungen in der Kapitalgesellschaft, ZGR 1994, 442.
- Hommelhoff, Peter, Die Finanzierung des Familienunternehmens, in: T. Tröger/R. Wilhelmi, Rüdiger (Hrsg.), Rechtsfragen der Familiengesellschaften, 2006, S. 65.
- Hueck, Tobias, Die Familienverfassung – Rechtliche Konturen eines Instruments der Governance in Familienunternehmen, 2017.
- Hüffer, Uwe/Koch, Jens, Aktiengesetz, 13. Aufl. 2018 (zitiert: Hüffer/Koch, AktG).
- Kalss, Susanne, Rechtsformalternativen in Familiengesellschaften, in: H.-U. Vogt/H. Fleischer/S. Kalss (Hrsg.), Recht der Familiengesellschaften, 2017, S. 1.
- Kalss, Susanne/Probst, Stephan, Familienunternehmen, 2013.

- Kinzl, Ulrich-Peter/Reuter, Stefan, Umsetzung der Fünften EU-Geldwäscherichtlinie – Einsichtnahme in das Transparenzregister für jedermann, BB 2019, Heft 49, S. I.
- Kudert, Stephan/Hagemann, Tobias/Kahlenberg, Christian, in: Stiftung Familienunternehmen (Hrsg.), Die Internationalisierung der Unternehmerfamilie – Reformvorschläge für die Wegzugsbesteuerung, 2017.
- Lange, Knut Werner, Corporate Governance in Familienunternehmen, BB 2005, 2585.
- Lange, Knut Werner, Sicherung des Familieneinflusses durch Stiftungen, in: K. W Lange/K. Windthorst (Hrsg.), Sicherung des Familieneinflusses in Familienunternehmen, 2017, S. 95.
- Lange, Knut Werner/Sabel, Simon, Steuerung der Gesellschafterstellung in Familienunternehmen, NZG 2015, 1249.
- Lieder, Jan, Rechtsformalternativen für Familiengesellschaften, in: H.-U. Vogt/H. Fleischer/S. Kalss (Hrsg.), Recht der Familiengesellschaften, 2017, S. 27.
- Münchener Kommentar zum AktG, hrsg. von W. Goette/M. Habersack, Bände 1 und 2, 5. Aufl. 2019 (zitiert: MünchKommAktG/Bearbeiter).
- Münchener Kommentar zum BGB, hrsg. von F. J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg, Bd. 6, 7. Aufl. 2017 (zitiert: MünchKommBGB/Bearbeiter).
- Nettesheim, Martin, in: Stiftung Familienunternehmen (Hrsg.), Öffentlichkeit als Unternehmenssanktion – Verfassungsrechtliche Grenzen von „shame sanctions“, 2019 (abrufbar unter [https://www.familienunternehmen.de/media/public/pdf/publikationen-studien/studien/Oeffentlichkeit-als-Unternehmenssanktion\\_Studie\\_Stiftung-Familienunternehmen\\_2019.pdf](https://www.familienunternehmen.de/media/public/pdf/publikationen-studien/studien/Oeffentlichkeit-als-Unternehmenssanktion_Studie_Stiftung-Familienunternehmen_2019.pdf)).
- Oppitz, Martin, Börsennotierte Familiengesellschaft und Kapitalmarkt-Compliance, in: H.-U. Vogt/H. Fleischer/S. Kalss (Hrsg.), Recht der Familiengesellschaften, 2017, S. 133.
- Prütting, Jens, Sicherung des Familieneinflusses durch Familienverträge, in: K. W Lange/K. Windthorst (Hrsg.), Sicherung des Familieneinflusses in Familienunternehmen, 2017, S. 35.
- Reuter, Dieter, Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen, 1973.
- Röthel, Anne, Verträge in der Unternehmerfamilie, in: A. Röthel (Hrsg.) Verträge in der Unternehmerfamilie, 2014, S. 9.
- Schäfer, Carsten, Der stimmrechtslose GmbH-Geschäftsanteil, 1997.
- Schäfer, Carsten, Vorsorgevollmachten im Personengesellschaftsrecht, ZHR 175 (2011), 557.
- Schauer, Martin, Rechtsfragen des Generationenübergangs in der Familiengesellschaft, in: H.-U. Vogt/H. Fleischer/S. Kalss (Hrsg.), Recht der Familiengesellschaften, 2017, S. 195.

- Schenke, Ralf P./Teichmann, Christoph, in: Stiftung Familienunternehmen (Hrsg.), Publizitätspflichten von Familienunternehmen – Bestandsaufnahme und datenschutzrechtliche Bewertung, 2018 (abrufbar unter [https://www.familienunternehmen.de/media/public/pdf/publikationen-studien/studien/Publizitaetspflichten-von-Familienunternehmen\\_Studie\\_Stiftung-Familienunternehmen.pdf](https://www.familienunternehmen.de/media/public/pdf/publikationen-studien/studien/Publizitaetspflichten-von-Familienunternehmen_Studie_Stiftung-Familienunternehmen.pdf)).
- Schmidt, Karsten, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002.
- Schmidt, Karsten, Die Stellung des Gesellschafters in der Familiengesellschaft – Sicherung des Familieneinflusses, in: T. Tröger/R. Wilhelmi (Hrsg.), Rechtsfragen der Familiengesellschaften, 2006, S. 37.
- Schön, Wolfgang, Unternehmenspublizität und Wettbewerb – eine ökonomische und rechtspolitische Perspektive, in: W. Schön (Hrsg.), Rechnungslegung und Wettbewerbsschutz im deutschen und europäischen Recht, 2009, S. 563.
- Schön, Wolfgang, Informationspflichten der Unternehmensleitung zwischen Aktionärsinteresse, Kapitalmarktinformation und sozialer Verantwortung, Festschrift K. Schmidt, 2019, S. 391.
- Servatius, Wolfgang, Gläubigerschutz durch Covenants, 2008.
- Sigle, Walter, Zur Psychologie der Familiengesellschaften, Festschrift Rowedder, 1994, S. 459.
- Stiftung Familienunternehmen (Hrsg.), Die volkswirtschaftliche Bedeutung der Familienunternehmen, erstellt vom ZEW – Leibniz-Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung Mannheim / Institut für Mittelstandsforschung (ifm) der Universität Mannheim, 5. Aufl. 2019 (abrufbar unter [https://www.familienunternehmen.de/media/public/pdf/publikationen-studien/studien/Die-volkswirtschaftliche-Bedeutung-der-Familienunternehmen-2019\\_Stiftung-Familienunternehmen.pdf](https://www.familienunternehmen.de/media/public/pdf/publikationen-studien/studien/Die-volkswirtschaftliche-Bedeutung-der-Familienunternehmen-2019_Stiftung-Familienunternehmen.pdf)).
- Stiftung Familienunternehmen (Hrsg.), Länderindex Familienunternehmen, erstellt vom ZEW – Leibniz-Zentrum für Europäische Wirtschaftsforschung GmbH Mannheim, 7. Aufl. 2018 (abrufbar unter [https://www.familienunternehmen.de/media/public/pdf/publikationen-studien/studien/Studie\\_Laenderindex-Familienunternehmen-07.pdf](https://www.familienunternehmen.de/media/public/pdf/publikationen-studien/studien/Studie_Laenderindex-Familienunternehmen-07.pdf)).
- Tagiuri, Renato/Davis, John, On the Goals of Successful Family Companies, Family Business Review 1992, 43.
- Uffmann, Katharina, Family Business Governance – Rule Making in the Shadow of Law and Love, ZIP 2015, 2441.
- Ulmer, Peter, Die große, generationenübergreifende Familien-KG als besonderer Gesellschaftstyp, ZIP 2010, 549.
- Ulmer, Peter, Die vertragliche Beschränkung des Austrittsrechts und der Abfindungsansprüche ausscheidenswilliger Gesellschafter in der großen, generationenübergreifenden Familien-KG, ZIP 2010, 805.

- Wartenburger, Lucas, Verfassungsrechtliche Vorgaben für den Geheimnisschutz von Unternehmen, in: W. Schön (Hrsg.), Rechnungslegung und Wettbewerbsschutz im deutschen und europäischen Recht, 2009, S. 49.
- Wedemann, Frauke, Gesellschafterkonflikte in geschlossenen Kapitalgesellschaften, 2013.
- Weller, Marc-Philippe, Corporate Governance in geschlossenen Gesellschaften: Status quo und Anforderungen, ZGR 2012, 386.
- Westermann, Harm Peter, Das Konsortium als Verteidigungs- und Kampfinstrument in der GmbH, Festschrift Bezenberger, 2000, S. 449.
- Westermann, Harm Peter, Problemschwerpunkte bei der rechtlichen Beratung von Familiengesellschaften, Festschrift Hennerkes, 2009, S. 21.
- Wicke, Hartmut, Corporate Governance-Fragen in der Kautelarjurisprudenz kleiner und mittelgroßer Unternehmen, ZGR 2012, 450.
- Windthorst, Kay, Transparenz für Familienunternehmen – Transparenz in Familienunternehmen, in: Stiftung Familienunternehmen (Hrsg.), Aspekte der Unternehmenstransparenz, 2019, S. 61 (abrufbar unter [https://www.familienunternehmen.de/media/public/pdf/publikationen-studien/studien/Aspekte-der-Unternehmenstransparenz\\_Jahresheft\\_Stiftung-Familienunternehmen.pdf](https://www.familienunternehmen.de/media/public/pdf/publikationen-studien/studien/Aspekte-der-Unternehmenstransparenz_Jahresheft_Stiftung-Familienunternehmen.pdf)).
- Woywode, Michael/Keese, Detlef/Tänzler, Jan, Corporate Governance in geschlossenen Gesellschaften – insbesondere in Familienunternehmen – unter besonderer Berücksichtigung von Aufsichtsgremien, ZGR 2012, 418.
- Zöllner, Wolfgang, Die Zulässigkeit von Mehrheitsregelungen in Konsortialverträgen, Festschrift Ulmer, 2003, S. 725.



**Stiftung Familienunternehmen**

Prinzregentenstraße 50

D-80538 München

Telefon + 49 (0) 89 / 12 76 400 02

Telefax + 49 (0) 89 / 12 76 400 09

E-Mail [info@familienunternehmen.de](mailto:info@familienunternehmen.de)

[www.familienunternehmen.de](http://www.familienunternehmen.de)

Preis: 19,90 €

ISBN: 978-3-942467-79-7