

# Recht der Familienunternehmen

6. Auflage 2021  
ISBN 978-3-406-73919-4  
C.H.BECK

Beschränkung des **Höchstalters** für die Unternehmensführung empfehlenswert sein, um den Übergangsprozess zu erleichtern und Diskussionen um den richtigen Zeitpunkt bereits im Vorwege zu begegnen.<sup>217</sup> Ein paradigmatisches Konfliktfeld stellt in diesem Zusammenhang der nicht ausscheiden wollende Senior dar, der bei fehlender Nachfolgeregelung zu lange an einem veralteten Geschäftsmodell festhält.<sup>218</sup>

Allgemein kann die Steuerung und Ausgestaltung von Geschäftsführungsbefugnissen durch die Einräumung von **Sonderrechten**, durch Zustimmungsvorbehaltskataloge, durch den Ausschluss einzelner Gesellschafter von der Geschäftsführung oder die Anordnung von Gesamtgeschäftsführungsbefugnissen erreicht werden.<sup>219</sup> Bei einer Familiengesellschaft, in der nicht alle Familienmitglieder an der Geschäftsführung beteiligt sind, stellt sich auch die Frage der Ausgestaltung von **Informations- und Kontrollrechten**.<sup>220</sup> Die gesetzliche Ausgangslage ist dabei abhängig von der gewählten Rechtsform. In der OHG (§ 118 HGB)<sup>221</sup> und GmbH (§ 51a GmbHG) besitzen die nicht-geschäftsführungsbefugten Gesellschafter recht weitgehende Einsichts- und Informationsrechte, anders der Kommanditist, der über ein nur eingeschränktes Recht verfügt (§ 166 HGB).<sup>222</sup> Das Kontrollrecht des Aktionärs beschränkt sich grundsätzlich nur auf das Auskunftsrecht in der Hauptversammlung (§ 131 AktG). Vgl. hierzu eingehend → § 7.

## 2. Statuierung von Eignungsvoraussetzungen

Es kann sinnvoll sein, statutarische Eignungsvoraussetzungen zu etablieren, um etwa Begründungshilfe zu liefern, das Verfahren der Geschäftsführungsbesetzung zu formalisieren, damit die Entscheidung nachvollziehbarer zu machen, und so möglichen Streitereien bereits im Vorfeld der Entscheidung zu begegnen, aber auch der latenten Gefahr der Bevorzugung von Familienangehörigen rein aus ihrer Stellung heraus entgegenzuwirken.<sup>223</sup> Insgesamt geht es darum, den Vorrang des Unternehmensinteresses vor dem des Familieninteresses sicherzustellen. Kriterien können ausbildungsspezifisch sein, etwa ein abgeschlossenes Hochschulstudium, ein Mindest- oder Höchstalter, Kenntnisse spezifischer Märkte oder etwa kaufmännische Erfahrung.<sup>224</sup> Gleichwohl ist nicht außer Acht zu lassen, dass die Führungsqualität einer Person nicht von der bloßen Erfüllung objektiver Kriterien abhängt.<sup>225</sup>

Derartige Vorgaben sind nicht nur bei der GmbH sowie Personengesellschaften, sondern auch bei der AG grundsätzlich zulässig. Im Aktienrecht kann die Satzung persönliche Eignungsvoraussetzungen vorsehen, solange das Auswahlermessen des Aufsichtsrats erhalten bleibt und die Voraussetzungen sachbezogen und durch das Gesellschaftsinteresse legitimiert sind.<sup>226</sup> Die Gegenauffassung, welche derartige Voraussetzungen lediglich als

<sup>217</sup> Scherer/Blanc/Kormann/Groth/Wimmer/Scherer Familienunternehmen Kap. 4 Rn. 78; *Maier* FS Sigle, 2000, S. 51, 54.

<sup>218</sup> Dies beschreibend *Sigle* FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 1147, 1149 ff.

<sup>219</sup> Sudhoff/*Wälzholz* Familienunternehmen § 11 Rn. 122.

<sup>220</sup> Der Frage nach den Kontrollrechten kommt insbesondere dann gesteigerte Bedeutung zu, wenn sich die Seniorgeneration aus der aktiven Geschäftsführung zurückzieht, vgl. auch Beck PersGes-HB/*Stengel* § 17 Rn. 29; vgl. zur Relevanz auch *Kalss* in Vogt/Fleischer/Kalss (Hrsg.) Recht der Familiengesellschaften S. 1, 21.

<sup>221</sup> Für den GbR-Gesellschafter § 716 BGB.

<sup>222</sup> Verschiedene abweichende Regelungsansätze im Überblick bei Freiherr v. Rechenberg/Thies/Wiechers/*Schindler* HB Familienunternehmen S. 135 ff.

<sup>223</sup> Prägnant *Kalss* in Vogt/Fleischer/Kalss (Hrsg.) Recht der Familiengesellschaften S. 1, 15: „Familienmitglied wird man mit der Geburt. Mitglied des Unternehmens [...] nach der fachlichen Qualifikation.“

<sup>224</sup> Ein ähnlicher Katalog bei Scherer/Blanc/Kormann/Groth/Wimmer/Scherer Familienunternehmen Kap. 4 Rn. 75.

<sup>225</sup> Scherer/Blanc/Kormann/Groth/Wimmer/Scherer Familienunternehmen Kap. 4 Rn. 72.

<sup>226</sup> H. M., Nachweise bei Hüffer/Koch/*Koch* AktG § 76 Rn. 60, BeckOGK AktG/*Fleischer* § 76 Rn. 136 ff.

Auswahlrichtlinie anerkennen will, über die sich der Aufsichtsrat nach pflichtgemäßem Ermessen hinwegsetzen dürfe, überzeugt nicht.<sup>227</sup> Zur Sicherung des Familieneinflusses können in der Satzung auch Angaben zur **Familienzugehörigkeit** gemacht werden. Indes sind nach h. M. nur abgeschwächte Formulierungen möglich, wonach vorrangig Familienmitglieder zu berücksichtigen seien, eine strikte Beschränkung auf Familienmitglieder ist bei der Aktiengesellschaft hingegen nicht zulässig.<sup>228</sup> Als Auswahlrichtlinie muss auch in **mitbestimmten Familienaktiengesellschaften** das Abstellen auf die Familienzugehörigkeit angesehen werden, wenn dieses Kriterium bei sonst gleichwertigen Bewerbern den Ausschlag geben soll.<sup>229</sup>

- 50 Im GmbH-Recht gilt, dass im Gesellschaftsvertrag abseits der in § 6 Abs. 2 GmbHG festgelegten gesetzlichen Eignungsvoraussetzungen weitere Kriterien grundsätzlich in beliebigem Umfang festgelegt werden können.<sup>230</sup> In Konsequenz der Verbandsautonomie und der direkten Bestellung der Geschäftsführer durch die Gesellschafterversammlung kann hier weitergehendes als im Aktienrecht etwa vorgesehen werden, dass zum Geschäftsführer nur Familienmitglieder bestellt werden können oder diese einem bestimmten Familienstamm angehören müssen.<sup>231</sup>
- 51 Erfolgt die Bestellung unter Außerachtlassung der statutarischen Vorgaben, ist diese gleichwohl wirksam.<sup>232</sup> Der Beschluss ist aber **anfechtbar**.<sup>233</sup> Bei nachträglichem Wegfall einer Eignungsvoraussetzung, etwa die Familienzugehörigkeit auf Grund Ehescheidung, besteht im Einzelfall ein wichtiger Grund zur Abberufung.<sup>234</sup> Ob sich deshalb im Rahmen einer Abberufungsentscheidung eine Stimmpflicht ergibt, dürfte zu bezweifeln sein.<sup>235</sup>

### 3. Teilhabe der nicht geschäftsführungsbefugten Familiengesellschafter an unternehmerischen Entscheidungen, insbes. Zustimmungskataloge

- 52 Ist ein Teil der Familienmitglieder zwar kapitalistisch am Familienunternehmen beteiligt, aber nicht an der Führung der Geschäfte selbst, stellt sich die Frage, ob und in welchem Rahmen die Nur-Gesellschafter trotzdem an unternehmerischen Entscheidungen beteiligt

<sup>227</sup> Vgl. zu dieser Ansicht *Mertens/Cahn* in *Kölner Komm AktG* § 76 Rn. 116; zu den gewichtigen Gegenargumenten vgl. *BeckOGK AktG/Fleischer* § 76 Rn. 137 ff.

<sup>228</sup> Ebenso *BeckOGK AktG/Fleischer* § 76 Rn. 139; *Großkomm AktG/Kort* § 76 Rn. 273 („Inthronisationsrecht“); in einer großen Familiengesellschaft mit nur noch über mehrere Grade verwandte Gesellschafter erscheint diese Auffassung aber als zu eng, da hier nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Aufsichtsrat de facto keine Auswahlmöglichkeit mehr hat, ähnlich im allgemeinen Kontext *MüKoAktG/Spindler* § 84 Rn. 30.

<sup>229</sup> So i. E. auch *Habersack/Henssler/Habersack* Mitbestimmungsrecht *MitbestG* § 31 Rn. 15; das differenzierte Meinungsbild darstellend *Reichert* ZIP 2014, 1957, 1958.

<sup>230</sup> *MwN Habersack/Casper/Löbbe/Paefgen GmbHG* § 35 Rn. 12.

<sup>231</sup> So auch *Münch. Hdb. GesR III/Diekmann* § 42 Rn. 13; *MüKoGmbHG/Goette* § 6 Rn. 40; einschränkend indes für mitbestimmte Gesellschaften mit paritätischer Zusammensetzung des Aufsichtsrats, *Habersack/Casper/Löbbe/Paefgen GmbHG* § 35 Rn. 13.

<sup>232</sup> Für die GmbH vgl. *mWN Münch. Hdb. GesR III/Diekmann* § 42 Rn. 13; für die AG vgl. *Großkomm AktG/Kort* § 76 Rn. 277.

<sup>233</sup> *Habersack/Casper/Löbbe/Paefgen GmbHG* § 35 Rn. 15; eine Anfechtung scheitert in diesem Fall nicht daran, dass der Geschäftsführer mit satzungsändernder Mehrheit berufen worden war, weil darin nicht die notwendige Änderung der Satzung, sondern allenfalls ein satzungsdurchbrechender Beschluss gesehen werden kann, *MüKoGmbHG/Goette* § 6 Rn. 47.

<sup>234</sup> *Scholz/U. H. Schneider/S. H. Schneider GmbHG* § 6 Rn. 73; lehnt die Gesellschaftermehrheit eine Abberufung ab, kann die Minderheit diese mit der positiven Beschlussfeststellungsklage durchsetzen, *Habersack/Casper/Löbbe/Paefgen GmbHG* § 35 Rn. 15; ferner *Großkomm AktG/Kort* § 76 Rn. 277; *MüKoAktG/Spindler* § 84 Rn. 38.

<sup>235</sup> Ähnlich *Münch. Hdb. GesR III/Diekmann* § 42 Rn. 18; dies mag anders zu beurteilen sein, wenn die Scheidung in einem schwerwiegendem persönlichem Fehlverhalten des Geschäftsführungsmitglieds wurzelte.

werden sollen.<sup>236</sup> Selbiges gilt, wenn ein Seniorgesellschaftler aus dem Tagesgeschäft aussteigt und die Führung der nächsten Generation überlässt.<sup>237</sup> Hinsichtlich der **Machtverteilung** in Familienunternehmen ist zu berücksichtigen, dass die reine Stimmberechtigung vielfach nicht die wahren Herrschaftsverhältnisse reflektiert und sich diese zumeist in der Hand weniger Personen oder eines Familienpatriarchen konzentrieren.<sup>238</sup> Aufgabe ist es, die Interessen der Geschäftsführung an einem von Vertrauen getragenen Leitungsermessens einerseits und das Bedürfnis der übrigen Familienmitglieder an – wenn auch beschränkter – Teilhabe an unternehmerischen Entscheidungen andererseits in Ausgleich zu bringen.<sup>239</sup> Durch gesellschaftsvertragliche Gestaltungen sind mögliche Interessengegensätze zwischen den geschäftsführenden und den übrigen Gesellschaftern zu adressieren und bereits möglichst weitreichend im Vorfeld zu begrenzen.<sup>240</sup> Wenn eine Mehrheits-Minderheitsituation besteht, stellen etwaige Schranken in der Geschäftsführungsbefugnis zugleich einen Schutz der Minderheitsgesellschafter gegen den möglichen Machtmissbrauch der geschäftsleitenden Mehrheitsgesellschafter dar.<sup>241</sup>

Halten zwei Familiengesellschafter 50 % des Kapitals, ist das Risiko unmittelbarer Auswirkungen eines Streits auf Gesellschafterebene auf die Unternehmensführung hoch.<sup>242</sup> Die Gesellschafter sind auf die gegenseitige Mitwirkung angewiesen, was zur Folge hat, dass wichtige Beschlüsse nicht mehr gefasst werden, wenn diese durch einen der Gesellschafter blockiert werden. Zur Verhinderung von **Patt-Situationen** kommen spezifisch definierte Letztentscheidungsrechte oder eine Verlagerung von Entscheidungen auf einen Beirat bzw. Aufsichtsrat in Betracht.<sup>243</sup> Parallele Fragestellungen treten im Rahmen von Sperrminoritäten auf. In diesem Zusammenhang gilt es aber zu berücksichtigen, dass eine solche Konstellation Folge der Grundsatzentscheidung ist, bestimmte Rechtsgeschäfte und Entscheidungen nicht der Mehrheit zu überlassen.<sup>244</sup>

Die Geschäftsführungsbefugnis in GmbH und GmbH & Co. KG ist durch den Gesellschaftsvertrag, durch satzungsergänzende Nebenvereinbarungen, eine Geschäftsordnung, aber auch durch ausdrückliche Schranken im Geschäftsführeranstellungsvertrag gestaltbar. Für besondere Geschäfte mit einer erheblichen Tragweite oder einem hohen Risiko kann die Geschäftsleitungskompetenz durch die Festlegung **zustimmungspflichtiger Geschäfte** oder Einräumung von **Vetorechten** beschränkt werden.<sup>245</sup> Ein solcher Katalog kann entweder in die Satzung oder eine Geschäftsordnung aufgenommen werden, wobei letztere Möglichkeit den Vorteil mit sich bringt, dass der Katalog durch einfachen Gesellschafter-

<sup>236</sup> Das Konfliktpotential solcher Konstellationen schildernd *Hennerkes/Kirchdörfer* Unternehmenshandbuch Familiengesellschaften § 3 Rn 24; aus betriebswirtschaftlicher Sicht *Sieger* DB 2004, 2707, 2708.

<sup>237</sup> Zu den Kernherausforderungen der gesellschaftsrechtlichen Nachfolgeplanung vgl. *Bochmann* NotBZ 2019, 361.

<sup>238</sup> Es lässt sich von einer beherrschenden Stellung kraft familiärer Autorität sprechen, hierzu *Prütting/Schirmacher* ZGR 2017, 829, 834; *Berger/Rinn* FS Binz, 2014, S. 62, 65; ähnlich *Jung* Der Unternehmergesellschaftler als personaler Kern der rechtsfähigen Gesellschaft S. 71 f.

<sup>239</sup> Vgl. *Freiherr v. Rechenberg/Thies/Wiechers/Schindler* HB Familienunternehmen S. 137 f.

<sup>240</sup> Vgl. *Lange* BB 2005, 2585, 2589.

<sup>241</sup> *Freiherr v. Rechenberg/Thies/Wiechers/Schindler* HB Familienunternehmen S. 133.

<sup>242</sup> Vgl. *Lieder/Hoffmann* GmbHR 2017, 1233; *Lieder/Ringlage* GmbHR 2017, 1065; *Heusel/M. Goette* GmbHR 2017, 385; *Otte* ZKM 2018, 126.

<sup>243</sup> Dies empfehlend *Gummert/Rohner* MAH Personengesellschaftsrecht § 3 Rn. 74; freilich lösen auch solche Mechanismen nicht eine wechselseitige Blockadehaltung, die auf tiefgreifenden familiären Zerwürfnissen beruht, so dass kurz- bis mittelfristig nur ein Exit einer der beteiligten Parteien als Alternative verbleibt, zu möglichen Regelungsansätzen vgl. *Holler/Frese* BB 2014, 1479, 1480 ff.

<sup>244</sup> Insoweit bedarf es einer Abwägung zwischen Minderheitenschutz und dem Interesse der Mehrheit an operativer Handlungsfähigkeit, s. auch *Freiherr v. Rechenberg/Thies/Wiechers/Schindler* HB Familienunternehmen S. 139 f.; *Riedel/Fritsch* Praxishandbuch Unternehmensnachfolge § 22 Rn. 26 ff.

<sup>245</sup> *Beck PersGes-HB/Stengel* § 17 Rn. 29 f.

beschluss geändert werden kann und nicht für jedermann öffentlich einsehbar ist.<sup>246</sup> Welche Geschäftsführungsmaßnahmen an eine (gegebenenfalls qualifizierte) Mehrheit in der Gesellschafterversammlung gebunden werden sollten, ist eine Frage des Einzelfalles und kann nicht allgemein beantwortet werden.<sup>247</sup> Der Katalog ist idealerweise so zu gestalten, dass einerseits den geschäftsführungsberechtigten Gesellschaftern ein ausreichendes unternehmerisches Leitungsermessen verbleibt, andererseits die nicht an der Geschäftsführung beteiligten Familienmitglieder das Gefühl haben, als Miteigentümer zumindest an den wesentlichen liquiditätswirksamen und strategischen Maßnahmen beteiligt zu sein.<sup>248</sup> Alternativ kann die Zustimmungskompetenz auch auf einen (neutralen) **Beirat** ausgelagert werden.<sup>249</sup> Dies bietet sich insbesondere für Rechtsgeschäfte zwischen dem Unternehmen und Familienangehörigen von Gesellschaftern bzw. Geschäftsführern sowie Beratungsverträge an.<sup>250</sup> Gleichzeitig sollte ein Augenmerk darauf gelegt werden, dass nicht geschäftsführungsbefugte Familienmitglieder abseits der dafür vorgesehenen Kanäle keinen informellen Einfluss auf das Tagesgeschäft nehmen können, sondern dieses der Unternehmensleitung nach pflichtgemäßem Ermessen in eigener Verantwortung überlassen.<sup>251</sup>

#### 4. Geschäftsführungssonderrechte

- 55 Sonderrechte spielen im Rahmen der Sicherung des Einflusses der Familie respektive bestimmter Familiengesellschafter eine zentrale Rolle.<sup>252</sup> Ausgangspunkt der Betrachtung ist, dass allgemeine Mitgliedschaftsrechte allen Mitgliedern gleichermaßen bzw. nach gesetzlich vorgegebener Differenzierung zustehen, wohingegen Sonderrechte Mitgliedschaftsrechte darstellen, die einem Mitglied oder auch einem Familienstamm durch den Gesellschaftsvertrag eingeräumt werden und eine unentziehbare Vorzugsstellung konstituieren.<sup>253</sup> Sonderrechte verleihen dem Berechtigten damit mitgliedschaftliche Befugnisse, die anderen Familiengesellschaftern nicht oder nicht in gleicher Weise zustehen.<sup>254</sup> Allgemein möglich ist die Einräumung von Vermögens- und Verwaltungsrechten, so etwa die Einräumung eines verstärkten Stimmrechts oder eines Veto-Rechts gegen Mehrheitsbeschlüsse.<sup>255</sup> Sonderrechte können auch darauf gerichtet sein, besondere Weisungen gegenüber der Geschäftsführung zu erteilen, zum Geschäftsführer ernannt zu werden<sup>256</sup> oder den Geschäftsführer zu bestimmen (**Entsenderechte**).<sup>257</sup> Ein solches Recht kann (Minderheits-)Gesellschaftern ermöglichen, mit einer Person ihres Vertrauens in der Geschäftsführung vertreten zu sein.<sup>258</sup> Die

<sup>246</sup> Freiherr v. Rechenberg/Thies/Wiechers/Schücking/Freudenberg HB Familienunternehmen S. 114 f.; vgl. für die GmbH speziell MüKoGmbHG/Stephan/Tieves § 37 Rn. 123 ff.

<sup>247</sup> Gummert/Rohner MAH Personengesellschaftsrecht § 3 Rn. 73.

<sup>248</sup> Freiherr v. Rechenberg/Thies/Wiechers/Schindler HB Familienunternehmen S. 134.

<sup>249</sup> Ausführlich Erker DStR 2014, 105.

<sup>250</sup> Hennerkes/Kirchdörfer Unternehmenshandbuch Familiengesellschaften § 3 Rn. 25.

<sup>251</sup> Freiherr v. Rechenberg/Thies/Wiechers/Schücking/Freudenberg HB Familienunternehmen S. 115.

<sup>252</sup> Instrukтив Wälzholz in Röthel/Karsten Schmidt (Hrsg.) Strategie und Führung in Familienunternehmen 27, 37 ff.

<sup>253</sup> Vgl. insbesondere Münch. Hdb. GesR VII/Holler § 75 Rn. 189 ff.

<sup>254</sup> S. Beuthien ZGR 2014, 24, 43.

<sup>255</sup> Für die GmbH vgl. MüKoGmbHG/Reichert/Weller § 14 Rn. 99.

<sup>256</sup> Kritisch Hennerkes/Kirchdörfer/Hennerkes/Binge Unternehmenshandbuch Familiengesellschaften § 2 Rn. 22; umgekehrt aber auch alle Mitgesellschafter außer dem Unternehmensgründer im Gesellschaftsvertrag von der Geschäftsführung und Vertretung auszuschließen, Sudhoff/Wälzholz Familienunternehmen § 11 Rn. 141.

<sup>257</sup> MüKoGmbHG/Reichert/Weller § 14 Rn. 99; Sudhoff/Wälzholz Familienunternehmen § 11 Rn. 145.

<sup>258</sup> Dieses Recht kann auch an eine bestimmte Mindestbeteiligung geknüpft werden, s. Otte ZKM 2018, 126, 127; ein Entsendungsrecht kann auch einem Familienstamm eingeräumt werden, wobei dann im Zweifel innerhalb dieser Gruppe die einfache Mehrheit entscheidet, Mohr GmbH-Stb 2003, 329, 330.

kraft Sonderrecht ernannten Geschäftsführer können grundsätzlich nicht ohne wichtigen Grund abberufen werden (§ 38 Abs. 2 GmbHG).<sup>259</sup> Abgesehen vom Sonderrecht auf Geschäftsführung kann auch ohne Begründung eines solchen Sonderrechts geregelt werden, dass die Abberufung nur aus bestimmten Gründen erfolgen darf. Eine solche Satzungsbestimmung kann indes grundsätzlich nach §§ 53 ff. GmbHG geändert werden, ohne dass es der Zustimmung des betroffenen Gesellschafters bedarf.<sup>260</sup> In der **Aktiengesellschaft** sieht § 101 Abs. 2 S. 1 AktG die Möglichkeit vor, in der Satzung bestimmten Aktionären das Recht einzuräumen, bis zu einem Drittel der Mitglieder in den Aufsichtsrat zu entsenden.<sup>261</sup> Nicht möglich ist es dagegen, ein Sonderrecht auf die Bestellung als Vorstandsmitglied einzuräumen; statutarische Vorgaben zum Anforderungsprofil von Vorstandsmitgliedern sind hingegen in Grenzen zulässig.<sup>262</sup>

Die Begründung von Sonderrechten setzt in der GmbH die Aufnahme in die Satzung voraus; bei nachträglicher Einführung bedarf es neben einem satzungsändernden Beschluss gem. §§ 53, 54 GmbHG der Zustimmung sämtlicher nicht begünstigter Gesellschafter.<sup>263</sup> Die Zuweisung eines Sonderrechts kann sich auch durch **Auslegung** der Satzung ergeben. Die Aufnahme der Bestellung als Geschäftsführer in den Gesellschaftsvertrag reicht dafür im Allgemeinen nicht aus.<sup>264</sup> Es sollte zudem geregelt werden, ob die Sonderrechte untrennbar mit der Person des Gesellschafters verbunden sind und somit im Falle des Ausscheidens untergehen oder ob mit der Übertragung des Geschäftsanteils auch das Sonderrecht übergehen soll.<sup>265</sup>

Geschäftsführungssonderrechte spielen bei **Personengesellschaften** dann eine untergeordnete Rolle, wenn Gesellschafter bereits der gesetzlichen Ausgangslage nach geschäftsführungsbefugt sind.<sup>266</sup> Die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse des Komplementärs beispielsweise können gem. §§ 117, 127 HGB nur aufgrund eines Antrags der übrigen Gesellschafter durch gerichtliche Entscheidung aus wichtigem Grunde entzogen werden.<sup>267</sup> Etwas anderes gilt dann, wenn die Geschäftsführung nur einzelnen Gesellschaftern obliegt. Im Gesellschaftsvertrag kann einem Familiengeschafter oder einem Famili-

<sup>259</sup> Der Ausschluss des Widerrufs aus wichtigem Grunde ist indes nicht möglich, da es sich bei § 38 Abs. 2 GmbHG um ein unentziehbares allgemeines Mitgliedschaftsrecht handelt, MüKoGmbHG/Reichert/Weller § 14 Rn. 100; unklar deshalb Münch. Hdb. GesR III/Freitag § 6 Rn. 36; zu prozessualen Fragen vgl. *Tschöpe/Wortmann* NZG 2009, 161, 167.

<sup>260</sup> MwN Baumbach/Hueck/Beurskens GmbHG § 38 Rn. 3; *Wälzholz* in Röthel/Karsten Schmidt (Hrsg.) Strategie und Führung in Familienunternehmen 27, 38.

<sup>261</sup> Gem. S. 2 kann auch den Inhabern bestimmter Aktien ein solches Recht eingeräumt werden, indes nur dann, wenn die Aktien auf Namen lauten und die Übertragung an die Zustimmung der Gesellschafter gebunden ist, zum Ganzen vgl. Hölters/Simons AktG § 101 Rn. 24 ff.

<sup>262</sup> MwN Hüffer/Koch/Koch AktG § 76 Rn. 60; s. auch Hennerkes/Kirchdörfer/Hennerkes/Binge Unternehmenshandbuch Familiengesellschaften § 2 Rn 23; allgemein zur Bestellungskompetenz des Aufsichtsrats vgl. BeckOGK AktG/Fleischer § 84 Rn. 9.

<sup>263</sup> Ansonsten kann der satzungsändernde Beschluss aufgrund einer Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes anfechtbar sein, Einzelheiten bei Münch. Hdb. GesRVII/Holler § 75 Rn. 201 f.

<sup>264</sup> Die Beschränkung der Abberufung auf wichtige Gründe kann hingegen ein Indiz sein, vgl. MHLS/Terlau GmbHG § 38 Rn. 33; Baumbach/Hueck/Beurskens GmbHG § 6 Rn. 35.

<sup>265</sup> Freiherr v. Rechenberg/Thies/Wiechers/Schücking/Freudenberg HB Familienunternehmen S. 116; regelmäßig ist eine Bindung an die Person gewollt, s. mit Formulierungsbeispiel *Mohr* GmbH-Stb 2003, 329; vgl. ferner zum Übergang von Sonderrechten eines Gesellschafter-Geschäftsführers bei Umstrukturierung eines Familienunternehmens LG Karlsruhe 8 U 99/98, NZG 1999, 1231.

<sup>266</sup> Insbesondere Unternehmer der Gründergeneration lassen sich dennoch häufig Vorzugsrechte auf die Geschäftsführung und Vertretung einräumen, vgl. Sudhoff/Wälzholz Familienunternehmen § 11 Rn. 139.

<sup>267</sup> In Familiengesellschaften kann zusätzlich noch ein restriktiverer Katalog von Entziehungsgründen vorgesehen werden oder die Entziehung von der Zustimmung eines Beirats abhängig gemacht werden, s. Freiherr v. Rechenberg/Thies/Wiechers/Schücking/Freudenberg HB Familienunternehmen S. 115.

enstamm ein Recht auf Benennung von Geschäftsführern eingeräumt werden. Dieses Recht ist meist mit der vertraglichen Festlegung persönlicher Qualifikationsmerkmale verbunden.<sup>268</sup> Es kann so ausgestaltet sein, dass durch einseitige Erklärung andere Mitgesellschafter mit Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnissen ausgestattet werden, sog. **Optionsrecht**.<sup>269</sup>

- 58 Sonderrechte zur Geschäftsführung können nicht allein durch gesellschaftsvertragsändernden Beschluss entzogen werden, es bedarf vielmehr der Zustimmung des betroffenen Gesellschafters analog § 35 BGB.<sup>270</sup> Dies spielt bei Personengesellschaften bei Geltung des Einstimmigkeitsprinzips nach § 119 Abs. 1 HGB eine untergeordnete Rolle, da hier schon deshalb jede Gesellschaftsvertragsänderung der Zustimmung aller Gesellschafter bedarf.<sup>271</sup>

### 5. Abberufung und Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis

- 59 Krisen in Bezug auf die Geschäftsführung mit der Folge der Abberufung des Familiengeschäftsführers bzw. der Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis stellen nicht selten eine existenzbedrohende Situation für die Familienunternehmung mit häufig weitreichenden Folgen auch für die Familie selbst und die persönlichen Beziehungen der Familienmitglieder untereinander dar.
- 60 Gegen den Willen eines Gesellschafters ist der Entzug der Geschäftsführungsbefugnis in der **OHG** nur aus wichtigem Grund nach Maßgabe des § 117 HGB möglich.<sup>272</sup> § 117 HGB ist dispositives Recht, der Entzug der Geschäftsführungsbefugnis kann erschwert, aber auch erleichtert werden.<sup>273</sup> Die Entziehung setzt grundsätzlich die Mitwirkung aller übrigen Gesellschafter voraus. Es kann eine Mitwirkungspflicht des klageunwilligen Gesellschafters bestehen, wenn der Entzug der Geschäftsführungsbefugnis im Interesse der Gesellschaft auf Grund der gesellschaftsrechtlichen **Treuepflicht** erforderlich und geboten sowie den Gesellschaftern unter Berücksichtigung ihrer individuellen Belange zumutbar ist.<sup>274</sup> Die Zumutbarkeit soll im Einzelfall zu verneinen sein, wenn verwandtschaftliche Bindungen zum auszuschließenden Geschäftsführer bestehen.<sup>275</sup> Dies erscheint jedoch – von extremen Ausnahmen abgesehen – zu weitgehend; familiäre Beziehungen können jedenfalls dann nicht zur Unzumutbarkeit führen, wenn ein grob pflichtwidriges Verhalten des Geschäftsführers vorliegt.<sup>276</sup>

<sup>268</sup> Schäfer in Großkomm HGB § 114 Rn. 81.

<sup>269</sup> Freiherr v. Rechenberg/Thies/Wiechers/Schücking/Freudenberg HB Familienunternehmen S. 116; Sudhoff/Wälzholz Familienunternehmen § 11 Rn. 141; bedarf es eines vorherigen Gesellschafterbeschlusses spricht man von Präsentationsrecht bzw. Vorschlagsrecht, s. Baumbach/Hopt/Roth § 114 Rn. 21: „Sind die Voraussetzungen vertraglich bestimmt (z. B. Alter, bestimmte Ausbildung) und gegeben, sind die Mitgesellschafter zur Zustimmung verpflichtet.“; bei Abgrenzungsschwierigkeiten ist im Zweifel von einem Präsentations-/Vorschlagsrecht auszugehen, s. Schäfer in Großkomm HGB § 114 Rn. 81; für ein Benennungsrecht in der GmbH vgl. *Mohr GmbH-Stb* 2003, 329, 330 mit dem Hinweis, dass bei der Einräumung darauf geachtet werden solle, dass dem Berechtigten auch die Möglichkeit eingeräumt werde, den Anstellungsvertrag mit dem von ihm bestellten Geschäftsführer namens der GmbH abzuschließen.

<sup>270</sup> BGH II ZR 359/18, NZG 2020, 1384.

<sup>271</sup> Münch. Hdb. GesR VII/Holler § 75 Rn. 205.

<sup>272</sup> Einzelheiten bei Schäfer in Großkomm HGB § 117 Rn. 45, 71; zum Entzug mitgliederschaftlicher Mitarbeiterrechte von Familiengesellschaftern unterhalb der Geschäftsführungsebene vgl. *Wackerbarth NZG* 2008, 281.

<sup>273</sup> Die Grenzen sind im Detail str., insbesondere ob die Entziehungsmöglichkeit auch komplett ausgeschlossen werden kann, vgl. mwN MüKoHGB/Jickeli § 117 Rn. 79 ff.; ferner Oetker/Lieder HGB § 117 Rn. 32.

<sup>274</sup> Ausführlich Schäfer in Großkomm HGB § 117 Rn. 53; Oetker/Lieder HGB § 117 Rn. 21; Baumbach/Hopt/Roth HGB § 117 Rn. 6; MüKoHGB/Jickeli § 117 Rn. 62.

<sup>275</sup> MwN MüKoHGB/Jickeli § 117 Rn. 62.

<sup>276</sup> Schäfer in Großkomm HGB § 117 Rn. 53.

Die Geschäftsführer einer nicht mitbestimmten **GmbH** können grundsätzlich jederzeit abberufen werden (§ 38 Abs. 1 GmbHG).<sup>277</sup> Ist der Geschäftsführer zugleich Gesellschafter, kann er zwar, wenn es um eine einfache Abberufung i. S. d. § 38 Abs. 1 GmbHG geht, jederzeit mitstimmen, nicht aber dann, wenn es um seine Abberufung aus wichtigem Grund geht.<sup>278</sup> Gerade in Familienunternehmen ist fraglich, ob die Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers entgegen § 38 Abs. 1 GmbHG aufgrund bestehender Treuebindungen eines sachlichen Grundes bedarf.<sup>279</sup> Richtigerweise muss gelten, dass die Abberufung des Eigengeschäftsführers auch in Familienunternehmen keines irgendwie gearteten sachlichen Grundes eigens aufgrund der familiären Bindungen bedarf. Beachtlich ist demgegenüber, ob der Gesellschaft durch die Abberufung ohne hinreichenden Grund Schaden zugefügt wird.<sup>280</sup>

Im **Aktienrecht** ist die vorzeitige Abberufung eines Vorstandsmitglieds nur aus wichtigem Grund zulässig. Zuständig ist ausschließlich der Aufsichtsrat (§ 84 Abs. 3 AktG). S. 2 listet nicht abschließend drei besonders relevante Fälle des wichtigen Grundes auf. So kommt als wichtiger Grund auch der Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung in Betracht; das Vertrauen darf aber nicht aus offenbar unsachlichen Gründen entzogen werden (§ 84 Abs. 3 S. 2 a. E. AktG).<sup>281</sup> Das Erfordernis eines wichtigen Grundes ist für die Abberufung zwingend, sodass weder die Satzung noch die Hauptversammlung dem Aufsichtsrat die Befugnis zur jederzeitigen Abberufung einräumen können.<sup>282</sup>

## VII. Der Fremdgeschäftsführer in Familienunternehmen

### 1. Ausgangslage

Im Ausgangspunkt werden Familiengesellschaften zunächst typischerweise von Angehörigen der Eigentümerfamilie geleitet. Mit fortschreitenden Generationswechseln stellt sich revolvierend die Frage, ob das Unternehmen künftig von familienzugehörigen oder von familienfremden Managern geleitet werden soll.<sup>283</sup> Der oftmals gehegte Wunsch, die Führung des Unternehmens möglichst lange in Familienhand zu halten, kann nicht nur zu Nachfolgeproblemen führen, sondern auch in Spannungen mit qualifizierten familienfremden Geschäftsführern resultieren.<sup>284</sup> Ist nach dem Ausscheiden des letzten Familiengeschäftsführers kein Familienmitglied mehr vorhanden, das geeignet und gleichzeitig

<sup>277</sup> Zu beachten ist, dass § 121 Abs. 2 S. 2 AktG auf die Einberufungsbefugnis des Geschäftsführers einer personalistisch geprägten Familien-GmbH nicht entsprechend anwendbar ist, so dass eine vorläufig wirksam abberufene, im Handelsregister aber noch als Geschäftsführer eingetragene Person keine Gesellschafterversammlung einberufen kann, BGH II ZR 304/15, BGHZ 212, 342, NJW 2017, 1471; kritisch hierzu *Bayer/Illhardt* NZG 2017, 801; zu Problemfeldern in der Patchwork-Familie vgl. *Westermann* NZG 2015, 649.

<sup>278</sup> Streitig ist indes, ob das Stimmverbot nur dann Anwendung findet, wenn ein wichtiger Grund tatsächlich vorliegt oder auch schon dann, wenn die Mitgesellschafter einen solchen Grund schlüssig und substantiiert behaupten, s. etwa *Meyer* NJW 2013, 753, 754; eine substantiierte Behauptung als ausreichend ansehend Münch. Hdb. GesR III/*Diekmann* § 42 Rn. 62; für das tatsächliche Vorliegen eines wichtigen Grundes *Baumbach/Hueck/Beurskens GmbHG* § 38 Rn. 38.

<sup>279</sup> Vgl. hierzu die Sachverhaltskonstellation, die etwa BGH II ZR 61/93, DStR 1994, 214 zugrunde lag.

<sup>280</sup> Zutreffend *MüKoGmbHG/Stephan/Tieves* § 38 Rn. 17; im Ergebnis ähnlich unter Heranziehung von § 705 BGB analog sowie den Grundsätzen der Business Judgement Rule *Habersack/Casper/Löbbe/Paefgen*, GmbHG § 38 Rn. 5; a. A. mit Rekurs auf das Willkürverbot *Baumbach/Hueck/Beurskens GmbHG* § 38 Rn. 42.

<sup>281</sup> Einzelheiten bei *MüKoAktG/Spindler* § 84 Rn. 140 ff.

<sup>282</sup> Umgekehrt kann die Satzung das Vorliegen eines wichtigen Grundes weiter präzisieren, nicht aber dergestalt, dass die Abberufung nur bei Vorliegen eines besonders wichtigen Grundes möglich ist, mwN *Großkomm AktG/Kort* § 84 Rn. 137.

<sup>283</sup> *Cötz* FS Sigle, 2000, S. 67.

<sup>284</sup> *Freudenberg* FS Binz, 2014, S. 215, 217.



gewillt ist, die Geschäftsführung zu übernehmen, muss die Führung in fremde Hände gelegt werden. Die erstmalige Besetzung der Unternehmensleitung durch einen Fremdmanager stellt einen für die Beteiligten oftmals mit starken Emotionen behafteten Schritt dar, welcher mitunter als Notlösung wahrgenommen wird.<sup>285</sup> Rechtstatsächlich verfügen indes eine beachtliche Zahl von Familienunternehmen über Erfahrung mit externen Geschäftsführern.<sup>286</sup> Als Gestaltungsoptionen kommen sowohl die Mischgeschäftsführung, bei der sowohl Familienmitglieder als auch externe Manager als Geschäftsführer bestellt werden, als auch eine reine Fremdgeschäftsführung in Betracht, bei der ausschließlich Manager eingesetzt werden, die nicht der Eigentümerfamilie entstammen. Die Entscheidung, ein Fremdmanagement zu etablieren, kann entscheidend von der Position des Familienunternehmens im Unternehmenslebenszyklus abhängen.<sup>287</sup>

- 64 Der Manager in einem Nicht-Familienunternehmen, insbesondere in börsennotierten Gesellschaften im Streubesitz, hat oftmals eine große Machtbefugnis in exponierter Stellung inne. Dagegen sehen sich Geschäftsführer in einem Familienunternehmen anderen Gegebenheiten ausgesetzt, da die Macht im Unternehmen nicht bei ihnen liegt, sondern letztendlich bei den Familieneigentümern.<sup>288</sup> Zieht sich die Familie aus der operativen Führung zurück, ist sie in aller Regel gewillt, ihren Einfluss mittels strategischer Führung auszuüben. In diesem Zusammenhang ist es für die Familie wichtig zu definieren, in welchem Umfang Einfluss auf das Fremdmanagement bestehen soll.<sup>289</sup>
- 65 In erster Linie besteht häufig der Wunsch, sicherzustellen, dass die Werte des Fremdmanagers mit den Familienwerten und der Unternehmenskultur übereinstimmen. Bereits die Anstellung, aber auch der unternehmerische Erfolg eines familienfremden Managers insgesamt hängen entscheidend davon ab, ob dieser die in Familie und Unternehmen vorherrschenden Werte teilt und dies der Familie überzeugend vermitteln kann.<sup>290</sup> Die strategische Ausrichtung des Unternehmens ist dabei oftmals mehr auf einen langfristigen Unternehmenserhalt als auf eine kurzfristige Ausschüttungspolitik ausgerichtet. Maßnahmen, die aus rein kaufmännischer, der kurzfristigen Gewinnmaximierung dienenden Sicht richtig wären, können den strategischen Zielen der Eigentümerfamilie diametral entgegenstehen.<sup>291</sup> Eine erfolgreiche Zusammenarbeit setzt voraus, die Erwartungen, welche die Eigentümerfamilie in ihrer Funktion als Prinzipal hegt, klar zu formulieren und Kompetenzen deutlich zu umreißen.<sup>292</sup> Erhebliches Streitpotential kann daraus resultieren, dass Fremdmanager versuchen, dem Patriarchen zu beweisen, dass sie die besseren Unternehmer seien.<sup>293</sup>
- 66 Die **Auswahl** und die Integration eines Fremdmanagers sind keine leichten Aufgaben in der Unternehmenspraxis.<sup>294</sup> Streit zwischen Familienmitgliedern gefährdet den Bestand des

<sup>285</sup> Freiherr v. Rechenberg/Thies/Wiechers/Schücking/Freudenberg HB Familienunternehmen S. 99; Karsten Schmidt in Tröger/Wilhelmi (Hrsg.) Rechtsfragen der Familiengesellschaften S. 37, 50 f.; Koeberle-Schmid/Fahrion/Witt/Kenyon-Rowvinez Family Business Governance S. 91, 96 f.

<sup>286</sup> Vgl. die Zahlen bei Cravotta/Riemay FuS 2018, 92, 94.

<sup>287</sup> Unterschiedliche Größen, Lebenszyklen und Branchenbedingungen können unterschiedliche Führungsstile erfordern, vgl. Koeberle-Schmid/Fahrion/Witt/Kenyon-Rowvinez Family Business Governance S. 91, 100 f.; ferner Hueck Die Familienverfassung S. 28 ff.

<sup>288</sup> Koeberle-Schmid/Fahrion/Witt/Kenyon-Rowvinez Family Business Governance S. 91, 96.

<sup>289</sup> Scherer/Blanc/Kormann/Groth/Wimmer/Scherer Familienunternehmen Kap. 3 Rn. 89.

<sup>290</sup> Vgl. Freiherr v. Rechenberg/Thies/Wiechers/Schücking/Freudenberg HB Familienunternehmen S. 101 f.

<sup>291</sup> Etwa ein massiver Personalabbau, hierauf hinweisend Riedel/Riedel Praxishandbuch Unternehmensnachfolge § 24 Rn. 3; vgl. zu weiteren Unterschieden und Führungsstilen Mülder FS Binz, 2014, S. 490 ff.

<sup>292</sup> Vgl. Berger/Rinn FS Binz, 2014, S. 62, 64 („Führungsstrategie“); die Beratungspraxis zeigt, dass viele Führungsprobleme in Familienunternehmen auf uneindeutige Zieldefinitionen zwischen Management und Eigner zurückzuführen sind, Kirchdörfer/Kögel FS Hennerkes 2000, S. 221, 235; hierbei handelt es sich letztlich um eine Frage der Corporate Governance, Krause BB 2012, 714.

<sup>293</sup> S. Thorborg FS Binz, 2014, S. 747, 748.

<sup>294</sup> Dieses Problem adressierend Wieselhuber FS Binz, 2014, S. 823, 830.