



BUCERIUS LAW SCHOOL

---

PRESS

Schriften des Notarrechtlichen  
Zentrums Familienunternehmen

Herausgegeben von den Direktoren des  
Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen  
der Bucerius Law School

Prof. Dr. Anne Röthel  
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt

Band 5

# Strategie und Führung in Familienunternehmen

Verlag:  
Bucerius Law School Press, Jungiusstraße 6, 20355 Hamburg

Herausgeber:  
Prof. Dr. Anne Röthel, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt

1. Auflage 2017

Herstellung und Auslieferung:  
tredition GmbH, Hamburg

ISBN: 978-3-86381-094-8  
Printed in Germany

Alle Rechte vorbehalten.

Das Werk, einschließlich seiner Teile, ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages und des Autors unzulässig. Dies gilt insbesondere für die elektronische oder sonstige Vervielfältigung, Übersetzung, Verbreitung und öffentliche Zugänglichmachung.

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

DIE BUCERIUS  
LAW SCHOOL IST EINE  
GRÜNDUNG DER



## Geleitwort

Das Notarrechtliche Zentrum Familienunternehmen der Bucerius Law School ist nach der fünften großen wissenschaftlichen Herbsttagung, über die dieser Band berichtet, in dem erstrebten Maße personell und sachlich ausgestattet. Es hat seinen Platz in der akademischen Gemeinschaft eingenommen. Seine Träger und Förderer, die Hamburgische Notarkammer, die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e.V., die Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung sowie die Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft –, haben ihre Kooperation für einen weiteren Förderungszeitraum festgeschrieben. Die Stiftungs-Juniorprofessur „Recht der Familienunternehmen“ konnte mit Prof. *Dr. Jens Prütting* besetzt werden, der mit großer Leidenschaft die Arbeit des Instituts zusammen mit den weiteren Direktoren Prof. *Dr. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt*, Prof. *Dr. Anne Röthel* und *Dr. Christian Bochmann* vorantreibt.

Das rechtswissenschaftliche Forschungsthema Familienunternehmen ist seit der Aufnahme der Tätigkeit des Instituts auf nochmals verstärktes Interesse gestoßen. Dies zeigt sich in einer erheblichen Zunahme der Dissertationen, sonstigen Publikationen und Veranstaltungen zum Recht der Familienunternehmen. Die Institutslandschaft, die sich diesem Thema widmet, wird allerdings weiter von den Wirtschaftswissenschaften dominiert. Der spezifisch rechtswissenschaftliche Ansatz des Zentrums an der Bucerius Law School bleibt einzigartig.

Die nächste Jahrestagung des Zentrums wird am 27. Oktober 2017, wie immer in Hamburg, stattfinden. Das Thema lautet „Finanzierung in Familienunternehmen“. Hierzu laden wir bereits heute herzlich ein.

Neben den inzwischen im Kalender des Zentrums fest verankerten Werkstattgesprächen im Frühjahr, die sich direkt an die Praxis wenden, ist nunmehr ein drittes Format in Vorbereitung, das Impulse für die Rechtspolitik zum besonderen Gegenstand haben soll. Hierüber werden wir zu gegebener Zeit näher berichten.

Den Referenten und Autoren, deren Beiträge in diesem Band zusammengefasst sind und die sich auf die Tagung 2017 vorbereiten, sei an dieser Stelle herzlich gedankt.

Hamburg, im März 2017

Dr. Axel Pfeifer

Vizepräsident der  
Hamburgischen Notarkammer

Prof. Dr. Rainer Kanzleiter, Notar a. D

Vorsitzender der Deutschen  
Notarrechtlichen Vereinigung e.V.

## Vorwort

Das Notarrechtliche Zentrum Familienunternehmen besteht seit dem Sommer 2012 an der Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft – in Hamburg. Es versteht sich als ein Ort der Diskussion und der Begegnung und hat sich zum Ziel gesetzt, die rechtlichen Rahmenbedingungen, unter denen Familienunternehmen wirken, systematisch sichtbar zu machen und weiterzuentwickeln. Zum Selbstverständnis des Zentrums gehört es, diese Fragen grundlagenorientiert und mit Blick auf die Bedeutsamkeit auch der Nachbarwissenschaften für das Recht der Familienunternehmen zu erschließen.

Strategie und Führung sind für Bestand und Beständigkeit von Familienunternehmen von entscheidender Bedeutung. Die Festlegung von Strategien sowie die personelle und institutionelle Ausgestaltung der Unternehmensführung berühren die Grundlagen von Familiengesellschaften und verlangen nach vielfältigen Abstimmungen sowohl auf unternehmerischer als auch auf familiärer Ebene. Die in diesem Tagungsband dokumentierte 5. Jahrestagung des Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen ergründete die rechtlichen Rahmenbedingungen, unter denen dies gelingen kann.

Für das von Herrn Prof. *Dr. Jens Prütting* moderierte Unternehmergegespräch konnten zwei herausragende Unternehmerpersönlichkeiten gewonnen werden: Frau *Susanne Bahlsen* (Bahlsen-Gruppe, Hannover) als Mitglied einer Inhaberfamilie und Herr Prof. *Dr. Timm Homann* (Ernsting's family-Gruppe, Coesfeld) als familienfremder CEO gewährten aus ganz unterschiedlichen Blickwinkeln ebenso authentische wie lebendige Eindrücke in Strategie und Führung zweier namhafter deutscher Familienunternehmen. Dies war der ideale Ausgangspunkt für die Überlegungen von Herrn Prof. *Dr. Michael Hoffmann-Becking* zu den rechtlichen und praktischen Möglichkeiten der Etablierung von CEO-Modellen in Familienunternehmens-GmbH (& Co. KG). Herr Prof. *Dr. Frank Hannes* legte in seinem Referat zu Steuerstrategien in Familienunternehmen neben der steuerlichen Optimierung im Spannungsfeld von Versorgungs- und Thesaurierungsinteressen einen besonderen Schwerpunkt auf Nachfolgestrategien unter Berücksichtigung des jüngst reformierten Erbschaft- und Schenkungsteuerrechts. Schließlich spannte Herr *Dr. Eckhard Wälzholz* einen weiten Bogen von den gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsmitteln im Hinblick auf Führung und Kontrolle in Familienunternehmen über besondere Stimmrechtsgestaltungen sowie Geschäftsführungs- und Vertretungssonderrechten bis hin zu Beirats- und Aufsichtsratsstrukturen.

Wir danken an dieser Stelle erneut allen Referenten sowie Diskussionsteilnehmern für ihre aufschlussreichen Beiträge.

Und noch ein weiterer Grund gibt uns Anlass zum Dank. Im Oktober 2016 haben sich die Initiatoren und Förderer des Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen – die Hamburgische Notarkammer, die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e.V. sowie die Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung – einvernehmlich für die Weiterförderung des Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen ausgesprochen. Ohne die finanzielle, aber auch ideelle Förderung wäre es nicht möglich gewesen, die Bucerius Law School zu einem derart lebendigen und sichtbaren Ort für den Austausch über rechtliche Fragen von Familienunternehmen zu entwickeln. Mit unserem Dank verbindet sich die Vorfreude auf noch viele Jahre fruchtbarer und inspirierender Zusammenarbeit.

Hamburg, im März 2017

Prof. Dr. Anne Röthel

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt

## Inhalt

Geleitwort.....	V
Vorwort .....	VII
MICHAEL HOFFMANN-BECKING	
Der CEO im Familienunternehmen .....	1
FRANK HANNES	
Steuerstrategien in Familienunternehmen.....	13
ECKHARD WÄLZHOLZ	
Gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmittel zur Führung in Familienunternehmen .....	27

# Der CEO im Familienunternehmen

MICHAEL HOFFMANN-BECKING\*

## I. Ausgangslage

Da im deutschen Recht der Begriff „CEO“ unbekannt ist und es auch keine feststehende Definition für den Begriff „Familienunternehmen“ gibt, will ich zur Klärung der Prämissen und zugleich zur Eingrenzung des Themas kurz skizzieren, von welchen Konstellationen ich nachfolgend ausgehe.

### 1. Typische Konstellation

Als „CEO“ betrachte ich den Vorsitzenden der Geschäftsführung in GmbH oder GmbH & Co. KG. Ich klammere also den Vorstandsvorsitzenden der Familien-AG aus, weil es zum einen nur wenige Familien-AGs gibt und weil zum anderen die AG mit ihrer aus gutem Grund starren Organstruktur wenig Gestaltungsfreiheit bietet. Ich gehe weiter davon aus, dass alle Gesellschafter Nachkommen des Gründers des Unternehmens sind, und schließlich unterstelle ich, dass der Vorsitzende der Geschäftsführung „familienfremd“ ist, d.h. er ist weder Gesellschafter noch Ehegatte eines Gesellschafters.

### 2. Sonderkonstellationen

Besonders zu betrachten ist die Konstellation, in der der Vorsitzende der Geschäftsführung selbst Minderheitsgesellschafter oder Ehegatte eines Gesellschafters ist. Eine besondere Konstellation ergibt sich auch im Falle einer gemischten Geschäftsführung mit einem „familienfremden“ Vorsitzenden und einem Familienmitglied als einfachem Geschäftsführer. Auf beide Sonderkonstellationen gehe ich kurz unter IV.2. ein. Nur am Rande behandle ich die Sonderkonstellation der GmbH mit mitbestimmtem Aufsichtsrat.

## II. Bestellung und Anstellung

### 1. Dauer von Bestellung und Anstellung

In der Praxis finden sich dazu vornehmlich drei Modelle:

\* Prof. Dr. Michael Hoffmann-Becking ist Partner der Anwaltssozietät Hengeler Mueller und Honorarprofessor an der Universität Bonn.



a) Unbefristete Bestellung und Anstellung mit Kündigungsfrist für den Anstellungsvertrag

Dies ist die vor allem bei kleineren Gesellschaften überwiegend anzutreffende Gestaltung. Die Dauer der Bestellung richtet sich dann nach der Dauer der Anstellung, denn bei beendetem Anstellungsvertrag kann die Bestellung durch die Gesellschaft widerrufen werden, und umgekehrt kann der Geschäftsführer sein Amt niederlegen, wenn der Anstellungsvertrag beendet worden ist.

b) Unbefristete Bestellung und feste Laufzeit für den Anstellungsvertrag

Vor allem bei mittelgroßen Gesellschaften wird es zunehmend üblich, für den Anstellungsvertrag eine feste Laufzeit von zum Beispiel drei oder fünf Jahren zu vereinbaren. In diesem Fall endet der Vertrag (und in der Folge auch die Bestellung) mit Ablauf der festgelegten Laufzeit, es sei denn, beide Seiten einigen sich über eine Verlängerung.

c) Befristung und Anstellung für längstens fünf Jahre

Jedenfalls bei großen Familienunternehmen mit Fremdmanagement lehnt sich die Praxis gern an das in § 84 Abs. 1 AktG festgelegte Modell an: Bestellung und Anstellung werden für dieselbe Dauer von höchstens fünf Jahren festgelegt. Der Anstellungsvertrag enthält häufig eine Verlängerungsklausel, wonach er sich für die Dauer einer Wiederbestellung verlängert, und zur Bestellung wird zuweilen in Anlehnung an § 84 Abs. 1 Satz 2 AktG bestimmt, dass die Wiederbestellung frühestens ein Jahr vor Ablauf der bisherigen Amtszeit erfolgen kann.

## 2. Abberufung, Kündigung und Koppelungsklausel

Ein GmbH-Geschäftsführer kann, wenn nichts anderes bestimmt ist, auch ohne wichtigen Grund jederzeit abberufen werden. Das gilt auch für den Gesellschafter-Geschäftsführer im Familienunternehmen<sup>1</sup>. Zum Schutz des CEO kann es angebracht sein, in Anlehnung an das AG-Modell des § 84 Abs. 3 AktG eine Abberufung nur aus wichtigem Grund zuzulassen. Dazu genügt nach herrschender Meinung keine entsprechende Klausel im Anstellungsvertrag, sondern es muss in der Satzung geregelt werden, dass die Abberufung nur aus wichtigem Grund möglich ist. Begründet wird dies mit dem Vorrang des Organisationsrechts vor den schuldrechtlich gestalteten Anstellungsbedingungen<sup>2</sup>.

Die Beendigung der Bestellung zum Geschäftsführer führt nach dem Prinzip der Trennung der beiden Rechtsverhältnisse nicht ohne Weiteres zum Ende des Anstellungsvertrags und ist

<sup>1</sup> *Paefgen*, in: Ulmer/Habersack/Löbke (Hrsg.), GmbHG Großkommentar, Bd. 2, 2. Aufl., 2014, § 38 Rn. 11; *Stephan/Tieves*, in: Fleischer/Goette (Hrsg.), Münch. Komm. GmbHG, Bd. 2, 2. Aufl., 2015, § 38 Rn. 17.

<sup>2</sup> *Paefgen*, in: Ulmer/Habersack/Löbke (Hrsg.) (Fn. 1), § 38 Rn. 22 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl., 2016, § 38 Rn. 21.

für sich genommen auch kein wichtiger Grund für die außerordentliche Kündigung des Anstellungsvertrags<sup>3</sup>. Das gilt im Grundsatz ganz gleich, ob die Abberufung auch ohne wichtigen Grund oder nur aus wichtigem Grund möglich ist. Wenn die Abberufung nach dem AG-Modell des § 84 Abs. 3 AktG auf den Widerruf aus wichtigem Grund beschränkt ist, können sich die unterschiedlichen Anforderungen an den wichtigen Grund zur Abberufung und den wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung des Anstellungsvertrags nach § 626 BGB auswirken<sup>4</sup>: Schon ein nachhaltiger Dissens über die Geschäftspolitik kann der Gesellschaft den wichtigen Grund liefern, den CEO aus seinem Amt abzugeben<sup>5</sup>, aber einen wichtigen Grund zur vorzeitigen Kündigung des Anstellungsvertrags hat die Gesellschaft damit noch nicht, sondern dafür muss in der Regel eine gravierende oder wiederholte Pflichtverletzung hinzukommen<sup>6</sup>. Der fortdauernde Anstellungsvertrag schützt den Geschäftsführer. Er erhält weiterhin seine vollen Bezüge und muss sich nach § 615 BGB nur anrechnen lassen, was er durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder, wie es im Gesetz heißt, „zu erwerben böswillig unterlässt“.

Anders liegen die Dinge, wenn die Gesellschaft zu ihrem Schutz vor einer über die ganze Restlaufzeit des Vertrags fortdauernden Pflicht zur Zahlung der Geschäftsführerbezüge im Anstellungsvertrag eine Koppelungsklausel vereinbart hat, wonach mit dem Ende der Bestellung auch der Anstellungsvertrag endet oder jedenfalls die Gesellschaft zur vorzeitigen Kündigung berechtigt wird<sup>7</sup>. Eine solche Koppelung des Bestandes des Anstellungsvertrags an den Bestand der Bestellung wird in der Rechtsprechung des BGH für zulässig erachtet, vorausgesetzt, sie ist klar und eindeutig verabredet. Der BGH verlangt nur, dass der Anstellungsvertrag noch für die Dauer der gesetzlichen Kündigungsfrist des § 622 Abs. 2 BGB fort-dauert<sup>8</sup>.

Zur Vereinbarung einer Koppelungsklausel wird der Geschäftsführer allerdings vernünftigerweise nur bereit sein, wenn das durch die Koppelung ausgelöste Ende des Anstellungsvertrags mit einer Abfindungsregelung verbunden wird<sup>9</sup>. Üblich ist eine Abfindung in Höhe von ein bis zwei Jahresbezügen, vorausgesetzt, dass der Vertrag noch eine Restlaufzeit von mehr als einem Jahr beziehungsweise zwei Jahren hatte. Bei Aktiengesellschaften gehört eine derart modifizierte Koppelungsklausel mittlerweile zum „Stand der Technik“, und auch bei einer

<sup>3</sup> *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 2), § 35 Rn. 209.

<sup>4</sup> *Paefgen*, in: *Ulmer/Habersack/Löbbe* (Hrsg.) (Fn. 1), § 38 Rn. 87; *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 2), § 35 Rn. 222; vgl. auch *Koch*, in: *Hüffer/Koch*, AktG, 12. Aufl., 2016, § 84 Rn. 50.

<sup>5</sup> So zu § 84 Abs. 3 AktG die ganz h.M., siehe *Seyfarth*, *Vorstandsrecht*, 2016, § 19 Rn. 28; *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz* (Hrsg.), *Kommentar zum AktG*, Bd. 1, 3. Aufl., 2015, § 84 Rn. 107; *Lutter/Krieger/Verse*, *Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats*, 6. Aufl., 2014, Rn. 365; *Spindler*, in: *Goette/Habersack* (Hrsg.), *Münch. Komm. AktG*, Bd. 2, 4. Aufl., 2014, § 84 Rn. 132; a. A. *Goette*, in: *FS 50 Jahre BGH*, 2000, S. 123, 129 und *Koch*, in: *Hüffer/Koch* (Fn. 4), § 84 Rn. 36.

<sup>6</sup> *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck* (Fn. 2), § 35 Rn. 220; *Paefgen*, in: *Ulmer/Habersack/Löbbe* (Hrsg.) (Fn. 1), § 38 Rn. 99.

<sup>7</sup> Dazu ausführlich *Paefgen*, in: *Ulmer/Habersack/Löbbe* (Hrsg.) (Fn. 1), § 38 Rn. 253 ff.; *Jaeger*, in: *Münch. Komm. GmbHG* (Fn. 1), § 35 Rn. 392 ff.

<sup>8</sup> BGH v. 29.5.1989 – II ZR 20/88, ZIP 1989, 1190 und BGH v. 21.6.1999 – II ZR 27/98, ZIP 1999, 1669; OLG Saarbrücken v. 8.5.2013 – I U 154/12, NZG 2013, 784.

<sup>9</sup> Vgl. zur AG *Hoffmann-Becking*, ZIP 2007, 2101, 2103; *Seyfarth* (Fn. 5), § 20 Rn. 6 f.; *Bauer/Arnold*, BB 2008 1692; *Lutter*, BB 2009, 1874.

GmbH mit einem Fremd-CEO kann eine Regelung nach dem AG-Modell mit Koppelungsklausel und Abfindungsfolge den Interessen beider Seiten angemessen Rechnung tragen.

### 3. Vertragspartner bei GmbH & Co. KG/AG & Co. KG

Bei der Kapitalgesellschaft & Co. KG kann der Anstellungsvertrag des Geschäftsführers/Vorstandsmitglieds mit der Komplementärgesellschaft abgeschlossen werden, die ihn bestellt hat. Häufig wird er jedoch stattdessen mit der Kommanditgesellschaft abgeschlossen<sup>10</sup>. Das liegt jedenfalls insofern nahe, als die Bezüge ohnehin von der Kommanditgesellschaft getragen werden müssen und bei einem Abschluss des Anstellungsvertrags mit der KG der Umweg über die Erstattung der Bezüge durch die KG an die Komplementärin erspart wird.

Wenn die Komplementär-GmbH oder Komplementär-AG einen mitbestimmten Aufsichtsrat besitzt, der über die Bestellung des Geschäftsführers/Vorstandsmitglieds entscheidet, kann es reizvoll sein, den Anstellungsvertrag mit der KG abzuschließen und auf diese Weise die Regelung der Anstellungskonditionen nicht dem mitbestimmten Aufsichtsrat zu überlassen, sondern den Gesellschaftern der KG oder einem von den Gesellschaftern eingesetzten Beirat. Allerdings ist umstritten und in der Rechtsprechung nicht geklärt, ob der Aufsichtsrat der Komplementärgesellschaft bei dieser Gestaltung völlig außen vor bleibt. Manche Autoren treten dafür ein, dass nur der mitbestimmte Aufsichtsrat den Anstellungsvertrag abschließen könne, und zwar als Anstellungsvertrag mit der Komplementärgesellschaft<sup>11</sup>. Weniger weit gehen andere Autoren, welche die Drittanstellung bei der KG zwar für zulässig erachten, aber einen Zustimmungsvorbehalt für den Aufsichtsrat der Komplementärgesellschaft annehmen<sup>12</sup>. Wohl herrschend ist jedoch nach wie vor die Auffassung, wonach eine Mitwirkung des Aufsichtsrats der Komplementärgesellschaft nicht erforderlich ist<sup>13</sup>. Denkbar ist auch eine vermittelnde Lösung nach dem folgenden Modell: Da die Höhe und Gestaltung der Bezüge Einfluss haben kann auf die Meinungsbildung des Aufsichtsrats zur Bestellung oder Wiederbestellung des Geschäftsführers, kann der Aufsichtsrat verlangen, über den Inhalt des Anstellungsvertrags informiert zu werden.

### 4. Haftungsbeschränkung

Geschäftsführer einer GmbH haften nach § 43 GmbHG schon für leichte und sogar leichteste Fahrlässigkeit. Anders als beim Vorstand einer AG ist es möglich, den Haftungsmaßstab für die Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG auf grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz zu beschränken

<sup>10</sup> Zur Zulässigkeit der Drittanstellung siehe *Seyfarth* (Fn. 5), § 7 Rn. 35; *E. Vetter*, in: FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 1297, 1302 ff.; *Joß*, NZG 2011, 1130; *Seibt*, in: K. Schmidt/Lutter (Hrsg.), Kommentar zum AktG, Bd. 1, 3. Aufl., 2015, § 84 Rn. 26; a. A. nur *Theobald*, in: FS Raiser, 2005, S. 422, 437.

<sup>11</sup> *Fonk*, NZG 2010, 368, 370; *Kort*, in: Hopt/Wiedemann (Hrsg.), Großkommentar zum AktG, Bd. 4/1, 4. Aufl., 2006, § 84 Rn. 326 f.; *Mertens/Cahn*, in: Zöllner/Noack (Hrsg.), Kölner Kommentar zum AktG, Bd. 2/1, 3. Aufl., 2010, § 84 Rn. 56.

<sup>12</sup> *Wiesner*, in: Hoffmann-Becking (Hrsg.), Münch. Hdb. Gesellschaftsrecht, Bd. 4 (AG), 4. Aufl., 2015, § 21 Rn. 5; *Lutter/Krieger/Verse* (Fn. 5), § 7 Rn. 439; *Seyfarth* (Fn. 5), § 7 Rn. 37.

<sup>13</sup> *E. Vetter*, in: FS Hoffmann-Becking, 2013, S. 1297, 1310; *Joß*, NZG 2011, 1130, 1131; *Reuter*, AG 2011, 274, 280.