



Matthias Döring

Beiratserrichtung im Familienunternehmen aus notarieller Sicht

Nicht selten stellen sich die Gesellschafter eines Familienunternehmens die Frage, ob die Errichtung eines – freiwilligen – Beirats ein sinnvolles Instrument zur Sicherung des Unternehmens über Generationen hinweg sein kann. Ist der Beirat mit kompetenten Mitgliedern besetzt und funktioniert die Zusammenarbeit mit den Gesellschaftern und den Geschäftsführern, so gereicht dies zum Vorteil des gesamten Unternehmens.

Handelt es sich beim Familienunternehmen um eine – nicht mitbestimmungspflichtige – GmbH, kommt der Notar ins Spiel: Soll der Beirat mehr als ein rein beratendes Gremium sein, ist dessen Verortung im Gesellschaftsvertrag zumindest hinsichtlich der Kernpunkte der Beiratsregelungen zwingend erforderlich. Eine entsprechende gesellschaftsvertragliche Regelung bedarf bei der GmbH der notariellen Beurkundung, sei es bereits im Gründungsstadium oder bei einer späteren Änderung des Gesellschaftsvertrags (§§ 2, 53 GmbHG). Dabei sollte der Notar in der Lage sein, den Gesellschaftern zielführende vertragliche Regelungen vorzuschlagen. Dieser Beitrag unternimmt den Versuch, dem Notar Hinweise für eine bedarfsgerechte Vertragsgestaltung zu geben.

A. Ausgangslage

Zunächst sollte man sich den Unterschied zwischen einem freiwillig bestellten Beirat und einem obligatorischen Aufsichtsrat vergegenwärtigen: Die Pflicht zur Implementierung eines Aufsichtsrats gibt es bei Aktiengesellschaften (AG) oder Kommanditgesellschaften auf Aktien (KGaA) sowie bei mitbestimmungspflichtigen GmbHs (ab 500 Mitarbeiter); der Aufsichtsrat unterliegt detaillierten gesetzlichen Regelungen, insbesondere §§ 95 ff. AktG, § 52 GmbHG, § 1 Abs. 1 Nr. 3 DrittelbG, § 6 Abs. 2 MitbestG.

Ein freiwilliger Beirat kann grundsätzlich bei Personengesellschaften oder nicht mitbestimmungspflichtigen GmbHs eingeführt werden; er unterliegt, anders als ein aktienrechtlicher Aufsichtsrat, keinerlei Reglementierungen, kann somit in Aufgaben, Kompetenzen und Zusammensetzung individuell an die Anforderungen des Familienunternehmens angepasst werden. Im Folgenden soll daher nur vom Beirat im Sinne eines freiwillig eingerichteten Beratungs- und Aufsichtsgremiums die Rede sein, unabhängig davon, welche Terminologie für ihn verwendet wird.¹ Insbesondere soll nicht darauf eingegangen werden, inwieweit ein Beirat mit Überwachungsfunktion gegenüber der

Geschäftsführung als „fakultativer Aufsichtsrat“ zu bezeichnen ist.²

Damit diese gestalterische Freiheit bei der GmbH zum Tragen kommen kann, ist die Anwendung der aktienrechtlichen Vorschriften auf den Beirat in der Satzung explizit auszuschließen; § 52 GmbHG ist insoweit dispositiv.³

FORMULIERUNGSVORSCHLAG

Ausschluss der aktienrechtlichen Vorschriften:

Soweit das Gesetz oder dieser Gesellschaftsvertrag nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmen, finden die aktienrechtlichen Vorschriften über den Aufsichtsrat sowie die Vorschrift des § 52 GmbHG auf den Beirat keine, auch keine entsprechende Anwendung.

B. Gesellschaftsvertragliche Verortung des Beirats

Während die gesellschaftsvertragliche Regelung eines Beirats bei einem lediglich beratenden Gremium entbehrlich ist, ist sie bei einem sog. Kontroll- oder Entscheidungsgremium zwingend (hierzu sogleich unter C.). Denkbar ist, die gesellschaftsvertragliche Verortung zunächst mit einer Öffnungsklausel im Gesellschaftsvertrag aufzunehmen, wobei die Kernpunkte eines solchen fakultativen Beirats auch im Gesellschaftsvertrag aufzunehmen sind.⁴

Hinsichtlich der Anzahl der Beiratsmitglieder gibt es keine festen Vorgaben. Erfahrungsgemäß⁵ beträgt deren Zahl in gut der Hälfte der Fälle drei bis vier Mitglieder, in ca. 30 % der Fälle fünf bis acht Mitglieder. In der Regel steigt die Zahl mit wachsender Umsatzgröße des betroffenen Unternehmens. So kam eine empirische Untersuchung im Jahr 2009 zu dem Ergebnis, dass Beiratsgremien in Familienunternehmen mit unter 25 Mio. € Jahresumsatz durchschnittlich knapp vier Mitglieder haben, während Familienunternehmen mit mehr als 500 Mio. € im Durchschnitt ca. acht Beiratsmitglieder bestellt haben.⁶

² Vgl. hierzu nur *Altmeyen*, GmbHG, 11. Aufl. 2023, Rn 3 ff., 80 ff. m. w. N.

³ *MüKo/Spindler*, GmbHG, 4. Aufl. 2023, § 52 Rn 38.

⁴ *MüKo/Spindler*, GmbHG, 4. Aufl. 2023, § 52 Rn 36 m. w. N.

⁵ Vgl. die empirischen Untersuchungen bei *Bartels/May/Rau*, Der Beirat im Familienunternehmen, 2013, S. 16.

⁶ Vgl. *Achenbach/Eiben/May/Rieder*, Beiräte in Familienunternehmen, 2009, S. 9.

¹ Vgl. hierzu nur *Sanders*, Der Beirat als Instrument der Family Business Governance in der Entwicklung des Familienunternehmens, NZG 2017, 961 m. w. N.; *Onstein*, Der Beirat einer mittelständischen GmbH als Instrument guter Unternehmensführung, 2010, S 61 m. w. N.

Wegen der besonderen Vertrauensstellung, die Beiratsmitgliedern im Familienunternehmen zukommt, aber auch wegen der Befähigung, Interessenkonflikte im Gesellschafterkreis oder zwischen Gesellschaftern und Geschäftsführung ausgleichen zu können, sollten die Beiratsmitglieder von einer breiten Mehrheit der wesentlichen Gesellschaftergruppen ins Amt gewählt werden. Dies gilt umso mehr für die Personen des Beiratsvorsitzenden sowie seines Stellvertreters, denen eine besondere Rolle im Zusammenspiel zwischen Gesellschafterversammlung, Geschäftsführung und Beirat zukommt.

FORMULIERUNGSVORSCHLAG

Gesellschaftsvertragliche Verortung des Beirats:

Die Gesellschafterversammlung kann beschließen, dass die Gesellschaft einen Beirat hat, der aus bis zu ... Mitgliedern besteht. Die Mitglieder des Beirats werden von der Gesellschafterversammlung mit einer Mehrheit von 75 % der abgegebenen Stimmen gewählt. Mit gleicher Mehrheit wählt die Gesellschafterversammlung aus den Mitgliedern des Beirats den Vorsitzenden und einen Stellvertreter, und zwar für die Amtszeit des gewählten Beiratsmitglieds. Der Beiratsvorsitzende ist zur Abgabe und Entgegennahme von Erklärungen im Namen des Beirats ermächtigt.

C. Aufgaben, Arten und Kompetenzen eines Beirats

I. Beratungsgremium

In aller Regel wird die Beratung durch einen Beirat sowohl im strategischen wie im operativen Bereich gesucht.

Geht es bei der strategischen Beratung unter anderem um die Entwicklung einer „Unternehmensvision“ sowie um die Werte- und Zieldiskussion auf Ebene der Gesellschafter (z. B. über eine „Familienverfassung“), wird bei der operativen Beratung in erster Linie eine Kompetenzergänzung sowohl für die Gesellschafter als auch für die Geschäftsführung erwartet, nicht zuletzt, um so das Risiko von Fehlentscheidungen zu vermindern. Nicht zu unterschätzen ist auch der Beitrag, den ein Beirat bei der Moderation oder Lösung von Interessenkonflikten unter Gesellschaftern oder zwischen Gesellschaftern einerseits und der Geschäftsführung andererseits leisten kann.

Diese Punkte alleine, soweit sie nicht über bloße Beratungsleistungen hinausgehen, verlangen noch nicht nach der Einbeziehung des Notars. Anders sieht es aus, sobald dem Beiratsgremium darüber hinaus auch Kontroll- oder gar Entscheidungskompetenzen eingeräumt werden sollen.

II. Kontroll- oder Entscheidungsgremium

Regelmäßig gehört es zu den Aufgaben eines Beirats, eine qualifizierte Kontrolle der Geschäftsführung sicherzustellen, insbesondere in Fällen, bei denen die Unternehmerfamilie nicht selbst die Geschäftsführung ausübt. Ziel ist es, die Qualität der Geschäftsführungsentscheidungen sowohl in strategischer als auch operativer Hinsicht sicherzustellen und zur Verantwortung, Rechenschaft und Selbstdisziplin des Managements beizutragen.

Hierzu können regelmäßige Berichte der Geschäftsführung an den Beirat beitragen, es ist aber auch denkbar, bestimmte Geschäftsführungsentscheidungen (insbesondere aufgeführt in einem Katalog zustimmungspflichtiger Maßnahmen) von der vorherigen Freigabe durch den Beirat abhängig zu machen.

Gesteigert werden kann die Kontrolle der Geschäftsführung durch den Beirat, indem diesem sogar die Personalkompetenz

gegenüber der Geschäftsführung zugewiesen werden kann, also die Berechtigung zur Bestellung, Abberufung und Entlastung der Geschäftsführer einschließlich der Befugnis zum Abschluss der Anstellungsverträge und zur Festlegung der Vergütung.

FORMULIERUNGSVORSCHLAG

Aufgaben und Kompetenzen des Beirats:⁷

1. Der Beirat hat die Geschäftsführung bei der Erfüllung ihrer Aufgaben zu unterstützen, zu beraten und zu überwachen, die Gesellschafter zu beraten und bei Meinungsverschiedenheiten unter den Gesellschaftern oder zwischen Gesellschaftern und Geschäftsführung auf einen Ausgleich hinzuwirken. Bei der Erfüllung seiner Aufgaben hat sich der Beirat ohne Ansehung der Person der Gesellschafter und/oder der Geschäftsführung allein davon leiten zu lassen, was nach seinem pflichtgemäßen Ermessen im Interesse der Gesellschaft geboten ist.

2. Der Beirat entscheidet insbesondere allein über:

- *Die Bestellung, Abberufung und Entlastung der Geschäftsführer sowie den Abschluss und die Kündigung von deren Anstellungsverträgen und sonstigen Verträgen. Dabei ist es seine Aufgabe, dafür zu sorgen, dass stets die fachlich und persönlich am besten geeigneten Bewerber zu Geschäftsführern bestellt werden.*
- *Den Erlass einer Geschäftsordnung für die Geschäftsführung mit einem Katalog der zustimmungsbedürftigen Geschäfte sowie die Entscheidung über die Erteilung der Zustimmung zu den Handlungen und Geschäften, die nach diesem Gesellschaftsvertrag oder nach der von dem Beirat erlassenen Geschäftsordnung für die Geschäftsführer der Gesellschaft seiner vorherigen Zustimmung bedürfen.*

3. Die Geschäftsführer sind verpflichtet, dem Beirat über alle Angelegenheiten der Gesellschaft sowie über geschäftliche Vorgänge laufend bzw. anlassbezogen zu berichten und Auskunft zu erteilen sowie auf sein Verlangen zu den Sitzungen des Beirats zu erscheinen. Insbesondere hat die Geschäftsführung dem Beirat unaufgefordert regelmäßig über die Entwicklung der Umsätze, der Ertragslage, der Liquidität und über besondere Entwicklungen der Gesellschaft zu berichten.

Denkbar ist im vorstehenden Praxisbeispiel aber auch eine Ergänzung dergestalt, dass die Gesellschafterversammlung im Falle der Verweigerung des Beirats beschließen kann, dass die Geschäftsführungsmaßnahme auch ohne Zustimmung des Beirats vorgenommen werden kann. Weiterhin ist zu erwägen, einzelne Kompetenzen des Beirats zunächst fakultativ im Gesellschaftsvertrag vorzusehen, z. B. durch Formulierungen wie „Die Gesellschafter können beschließen, dass der Beirat entscheidet über...“.

III. Grenzen der Kompetenzen eines Beirats

Die Aufgaben und Kompetenzen eines Beirats finden dort ihre Grenzen, wo die Kernbereiche der Gesellschafterversammlung sowie der Geschäftsführung tangiert sind.⁸ Hierzu gehören hinsichtlich der Gesellschafterversammlung beispielsweise die Kompetenz zur Änderung des Gesellschaftsvertrages, zur Kapitalerhöhung oder Kapitalherabsetzung, zur Umwandlung oder Auflösung der Gesellschaft oder zum Ausschluss eines Gesellschafters aus wichtigem Grund. Im Hinblick auf die originären Kompetenzen der Geschäftsführung ist dem Beirat beispielsweise die Führung der Geschäfte selbst oder die rechtsgeschäftli-

⁷ Basierend auf Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht/Lorz/Pfisterer/Gerber, 1. Aufl. 2010, Formular N III 2.

⁸ Vgl. hierzu ausführlich Onstein, Der Beirat einer mittelständischen GmbH als Instrument guter Unternehmensführung, 2010, S. 90 ff. m. w. N.

che Vertretung der Gesellschaft nach außen genauso verwehrt wie die Aufstellung des Jahresabschlusses.

D. Weitere wichtige Regelungen im Gesellschaftsvertrag

I. Amtsdauer, Vergütung, Haftung und Entlastung

Da der Beirat zur Kontinuität im Familienunternehmen beitragen soll, empfiehlt es sich, eine nicht zu kurze Amtsdauer vorzusehen. Andererseits sollte der Beirat auch kontinuierlich und flexibel an wechselnde Unternehmensbedürfnisse angepasst werden können. Von daher dürfte eine anfängliche Amtszeit von drei bis höchstens fünf Jahren praxistgerecht sein.

Angesichts der mannigfaltigen Arten, die Vergütung des Beirats zu regeln, empfiehlt es sich, in der Satzung mit einer allgemein gehaltenen Klausel zu arbeiten, die der Konkretisierung durch entsprechenden Gesellschafterbeschluss bedarf. So kann gegebenenfalls auch flexibel auf sich ändernde Rahmenbedingungen reagiert werden.

Im Interesse der Beiratsmitglieder sollte auch eine Haftungsausschlussklausel für einfache Fahrlässigkeit vorgesehen werden.

Schließlich sollte im Gesellschaftsvertrag auch die jährliche Entlastung der Beiratsmitglieder entsprechend den Regelungen für die Geschäftsführung nicht fehlen.

FORMULIERUNGSVORSCHLAG

Amtsdauer, Vergütung, Haftung und Entlastung des Beirats:⁹

(1) Soweit die Gesellschafterversammlung bei der Wahl nicht mit einer Mehrheit von 75 % der abgegebenen Stimmen eine kürzere Amtszeit bestimmt, endet die Amtszeit der Beiratsmitglieder mit dem Ablauf der ordentlichen Gesellschafterversammlung, die über die Entlastung des Beirats für das ... Geschäftsjahr nach dem Beginn der Amtszeit beschließt; das Geschäftsjahr, in dem die Amtszeit beginnt, wird hierbei nicht mitgerechnet. Die Amtszeit beginnt mit der Annahme der Wahl durch das betreffende Beiratsmitglied.

(2) Ist bis zum Ablauf der Amtsdauer eines Beiratsmitgliedes dessen Nachfolger noch nicht gewählt, so verlängert sich die Amtsdauer des bisherigen Beiratsmitgliedes bis zur Neuwahl. Eine Wiederbestellung ist unbegrenzt zulässig. Im Interesse der Gesellschaft wird jedoch angestrebt, dass ein Beiratsmitglied nach zwei, höchstens drei Amtsperioden durch eine geeignete Persönlichkeit ersetzt wird.

(3) Die Abberufung von Beiratsmitgliedern ist jederzeit möglich. Sie erfolgt durch Beschluss der Gesellschafterversammlung mit der zur Wahl erforderlichen Mehrheit von 75 % der abgegebenen Stimmen. Jedes Beiratsmitglied ist berechtigt, sein Amt nach schriftlicher Anzeige an den Beiratsvorsitzenden jederzeit mit einer Frist von drei Monaten zum Ende eines Kalendermonats ohne Angabe von Gründen niederzulegen. Der Beiratsvorsitzende hat die Gesellschafter und die anderen Mitglieder des Beirats hiervon unverzüglich in Kenntnis zu setzen. Abberufene oder aus sonstigen Gründen vorzeitig ausscheidende Beiratsmitglieder sind unverzüglich durch Neuwahlen zu ersetzen. Die Ersetzung erfolgt jeweils für den Rest der Amtsdauer des ausgeschiedenen Beiratsmitgliedes. Entsprechendes gilt, wenn der Vorsitzende oder sein Stellvertreter vorzeitig aus dem Amt ausscheiden.

(4) Die Mitglieder des Beirats erhalten für jedes volle Geschäftsjahr ihrer Zugehörigkeit zum Beirat eine Vergütung, deren Höhe durch Beschluss der Gesellschafterversammlung festgelegt wird und die insbesondere den notwendigen Zeitaufwand der Mitglieder für die Beiratstätigkeit berücksichtigen soll. Die Vergütung soll

grundsätzlich für alle Beiratsmitglieder gleich hoch sein, mit Ausnahme der Vergütung für den Beiratsvorsitzenden und seinen Stellvertreter, die einen Zuschlag für den mit ihren Funktionen verbundenen erhöhten Aufwand und Einsatz erhalten sollen. Beiratsmitglieder, die dem Beirat nicht während eines vollen Geschäftsjahres angehört haben, erhalten die Vergütung entsprechend der Dauer ihrer Beiratszugehörigkeit. Die Mitglieder des Beirats erhalten ferner Ersatz aller Auslagen sowie die gegebenenfalls auf ihre Vergütungen und auf ihre Auslagen zu entrichtende Umsatzsteuer.

(5) Bei ihrer Tätigkeit haben die Beiratsmitglieder nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten.

(6) Für die Mitglieder des Beirats wird auf Kosten der Gesellschaft eine Vermögensschadenshaftpflichtversicherung (D&O-Versicherung) abgeschlossen. Die Gesellschafterversammlung beschließt über die Höhe der Deckungssummen.

(7) Über die Entlastung der Mitglieder des Beirats wird alljährlich auf der ordentlichen Gesellschafterversammlung Beschluss gefasst.

II. Innere Ordnung des Beirats

Üblicherweise enthält der Gesellschaftsvertrag auch mehr oder weniger detaillierte Regelungen zur inneren Ordnung des Beirats, insbesondere zur Sitzungshäufigkeit, zur Tagesordnung sowie zu den Protokollen und Stimmrechten.

FORMULIERUNGSVORSCHLAG

Innere Ordnung des Beirats:¹⁰

(1) Der Beirat tritt zusammen, so oft es die Erfüllung seiner Aufgaben erfordert. Er soll in der Regel viermal im Kalenderjahr, er muss einmal im Kalenderhalbjahr einberufen werden. Weiter ist der Beirat einzuberufen, wenn eines seiner Mitglieder oder einer der Geschäftsführer der Gesellschaft oder ein oder mehrere Gesellschafter, die zusammen über mindestens 10 % der Stimmrechte verfügen, dies schriftlich unter Angabe des Zwecks und der Gründe verlangen.

(2) Die Sitzungen des Beirats werden, vorbehaltlich weiterer gesetzlicher Einberufungsrechte, vom Vorsitzenden des Beirats unter Angabe der Tagesordnung einberufen und von ihm geleitet. Zwischen der Absendung der Einladung und dem Sitzungstag soll eine Frist von zwei Wochen liegen; der Tag der Absendung und der Sitzungstag werden hierbei nicht mitgerechnet. In dringenden Fällen kann der Einberufende die Frist in angemessenem Umfang abkürzen. Die Einladung kann schriftlich, per Telefax, per E-Mail oder auf anderem elektronischem Wege erfolgen.

(3) Beschlüsse des Beirats werden in der Regel in Sitzung gefasst. Auf Anordnung des Vorsitzenden kann der Beirat – vorbehaltlich abweichender zwingender gesetzlicher Vorschriften – auch im Wege der schriftlichen, fernschriftlichen, telegrafischen, elektronischen (per E-Mail oder per Bild- und Tonübertragung) oder telefonischen Abstimmung Beschlüsse fassen, wenn kein Mitglied diesem Verfahren binnen einer vom Vorsitzenden zu bestimmenden angemessenen Frist widerspricht. Abwesende Beiratsmitglieder können an Beschlussfassungen dadurch teilnehmen, dass sie ihre schriftliche Stimmabgabe durch ein anderes Beiratsmitglied überreichen lassen.

(4) Der Beirat ist beschlussfähig, wenn mindestens die Hälfte der ihm im Zeitpunkt der Beschlussfassung angehörenden Mitglieder, mindestens jedoch ... Mitglieder, an der Beschlussfassung teilnehmen; bei Beschlüssen im Umlaufverfahren gemäß Abs. 3 gilt diese Bestimmung entsprechend. Ein Mitglied nimmt auch dann an der Beschlussfassung teil, wenn es sich bei der Abstimmung der Stimme enthält. Der Beschlussfähigkeit steht nicht entgegen, dass dem Beirat weniger Mitglieder als die durch diesen Gesellschaftsvertrag festgelegte Zahl angehören.

⁹ Basierend auf Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht/Lorz/Pfisterer/ Gerber, 1. Aufl. 2010, Formular N III 2.

¹⁰ Basierend auf Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht/Lorz/Pfisterer/ Gerber, 1. Aufl. 2010, Formular N III 2.

(5) Die Beschlüsse des Beirats bedürfen, soweit das Gesetz nicht zwingend etwas anderes bestimmt, der einfachen Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Dabei gilt die Stimmenthaltung nicht als Stimmabgabe. Bei Stimmgleichheit gibt die Stimme des Vorsitzenden des Beirats den Ausschlag. Dem stellvertretenden Vorsitzenden steht das Recht zum Stichentscheid nicht zu. Bei Beschlüssen im Umlaufverfahren nach vorstehendem Abs. 3 gelten diese Bestimmungen entsprechend.

(6) Über jede Sitzung des Beirats ist zu Beweiszwecken ein Protokoll anzufertigen, das von dem Vorsitzenden der Sitzung zu unterzeichnen ist. Das Protokoll über Beschlüsse, die im Umlaufverfahren gefasst werden, hat der Vorsitzende des Beirats zu unterzeichnen. Jedem Beiratsmitglied ist ein Sitzungsprotokoll bzw. ein Beschlussprotokoll in Abschrift zuzusenden. Die Wirksamkeit der Beschlussfassung ist von der Einhaltung dieser Bestimmungen jedoch nicht abhängig.

Um den Gesellschaftsvertrag nicht mit Regelungen zu überfrachten, kann alternativ erwogen werden, die innere Organisation des Beirats in einer von der Gesellschafterversammlung zu erlassenden Beiratsordnung zu regeln und im Gesellschaftsvertrag lediglich eine entsprechende Kompetenzregelung einzufügen.

FORMULIERUNGSVORSCHLAG

Öffnungsklausel zur Regelung der inneren Ordnung des Beirats:

Die Gesellschafter können durch Gesellschafterbeschluss, insbesondere durch Verabschiedung einer Beiratsordnung, die innere Organisation des Beirats näher bestimmen.

E. Schluss

Da ein gut aufgestellter und zusammengesetzter Beirat einem Familienunternehmen bei der Sicherung des Unternehmens über die Generationen hinweg wertvolle Unterstützung leisten kann, sollte der Notar den Beteiligten bei der Verwirklichung dieses Zieles mit einem maßgeschneiderten Regelungswerk zur Seite stehen. Die vorstehenden Ausführungen mögen dabei hilfreiche Denkanstöße gegeben haben.



Dr. Matthias Döring,
LL.M., ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Internationales Wirtschaftsrecht in Freiburg.
E-Mail: Doering@gkd-partner.de