

# Z Erb

4 |

1. April 2022  
24. Jahrgang

## Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis

### Erbrechtspraxis

- Nachfolgegestaltung unter Beteiligung von Minderjährigen (Teil 2): Rechtliche Grundlagen und Übertragung von Immobilien 125  
*Dr. Ansgar Beckervordersandfort, RA u. Notar, FA für Erbrecht sowie FA für Handels- u. Gesellschaftsrecht, und Kim Vanessa Steinbrink, LL.M., Münster*
- 2021: Ein erbrechtlicher Jahresrückblick in zehn Entscheidungen, Teil 2: Neue Einsichten, spannende Fortentwicklungen und wertvolle Erinnerungen für die anwaltliche und notarielle Praxis 131  
*Prof. Dr. Jan Eickelberg, LL. M. (Uni Cambr.), MBA (Uni Lüneb), MHED (Uni HH), Berlin, und Ulf Schönenberg-Wessel, Rechtsanwalt und Notar, Fachanwalt für Erbrecht, Kiel*
- Anordnung von (Super-)Vermächtnissen zur Steueroptimierung trotz Bindungswirkung nach §§ 2271, 2289 BGB? 139  
*RA und Notar Dr. Thomas P. Streppel, Hagen*

### Rechtsprechung

- OLG Celle, Beschl. v. 7.2.2022 – 6 W 188/21: Zum Beginn der Ausschlagungsfrist bei abgerissenen Familienverhältnissen *m. Anm. Hindahl* 146
- LG Braunschweig, Beschl. v. 21.10.2021 – 8 T 500/21 (298): Zur Aussetzung eines in der streitigen Gerichtsbarkeit anhängigen Verfahrens bis zur Entscheidung über die Erteilung eines Erbscheins 156
- LG Hamburg, Urt. v. 20.9.2021 – 304 O 407/20: Schadensersatzanspruch gegen Nachlasspfleger wegen verspäteter Insolvenzantragstellung nach Entnahme seiner Vergütung *m. Anm. Weiß* 158
- KG Berlin, Beschl. v. 11.1.2022 – 1 W 252/21: Bindung des Testamentsvollstreckers an Beschränkungen, die dem Vorerben gegenüber dem Nacherben auferlegt sind 144  
und weitere Rechtsprechung

#### Schriftleitung

Dr. Pierre Plottek, Rechtsanwalt und Notar

#### Herausgeber

Deutsche Vereinigung für Erbrecht und Vermögensnachfolge e.V.

#### Mitherausgeber

Raymond Halaczinsky, RA, Ministerialrat a. D. · Dr. Marc Jülicher, RA und FASr · Prof. Dr. Olaf Meyer · Dr. Christopher Riedel, LL. M., RA, FASr und StB · Ulf Schönenberg-Wessel, RA, FAERBR und Notar · Dr. Thomas Wachter, Notar

#### Beirat

Dr. Herbert Bartsch, RA und FAERBR · Prof. Dr. Wolfgang Burandt LL. M., M. A., MBA, RA, FAERBR und FAFamR · Dr. Martin Feick, RA · Prof. Dr. Rainer Frank · Prof. Dr. Dr. Thomas Gergen · Ulrich Gerken, RA, FAERBR und FASr · Dr. Heinz-Willi Kamps, RA und FASr · Karl-Ludwig Kerscher, RA · Prof. Dr. Ludwig Kroiß, Traunstein, PräsiLG · Walter Krug, Vors. RiLG a. D. · Dr. Dietmar Kurze, RA und FAERBR · Prof. Dr. Ralph Landsittel, RA, FASr und FAERBR · Nina Lenz-Brendel, RAin und FAinERBR · Thomas Littig, RA und FAERBR · Prof. Dr. Rainer Lorz, RA · Michael Ott-Eulberg, RA und FAERBR · Mark Pawlytta, RA · Stephan Reißmann, RA und FAERBR · Julia Roglmeier, LL.M, RAin und FAinERB · Dr. Hubertus Rohlfing, Notar a. D., RA und FAERBR · Gerhard Ruby, RA und FAERBR · Michael Rudolf, RA und FAERBR · Dr. K. Jan Schiffer, RA · Dr. Andreas Schindler LL. M., RA · Dr. Sebastian Spiegelberger, Notar a. D. · Roland Wendt, RiBGH a. D. · Dr. Alexander Wirich, RA und FAERBR · Prof. Dr. Dr. h. c. Walter Zimmermann

zerb  
verlag

Fachverlag für die  
Erbrechtspraxis

DVEV

Deutsche Vereinigung für Erbrecht  
und Vermögensnachfolge e.V.

# Nachfolgegestaltung unter Beteiligung von Minderjährigen (Teil 2): Beteiligung Minderjähriger an Familienpoolgesellschaften

Von Dr. Ansgar Beckervordersandfort, RA u. Notar, FA für Erbrecht sowie FA für Handels- u. Gesellschaftsrecht, und Kim Vanessa Steinbrink, LL.M., beide Beckervordersandfort & Partner, Münster

In Teil 1 des Beitrags wurden die rechtlichen Grundlagen der Beteiligung von Minderjährigen bei der Nachfolgegestaltung dargestellt, bevor dann im Detail auf die Besonderheiten der unentgeltlichen Übertragung von Immobilien auf Minderjährige eingegangen wurde. Nachfolgend werden nun die Besonderheiten der Beteiligung von Minderjährigen an Familienpoolgesellschaften behandelt.

## IV. Beteiligung von Minderjährigen an Familienpoolgesellschaften

### 1. Welche Gesellschaftsform eignet sich für die Beteiligung von Minderjährigen?

Die GbR ist aufgrund der unbeschränkten persönlichen Haftung für die Beteiligung von Minderjährigen nicht geeignet. Die KG ist hingegen die optimale „Einstiegsrechtsform“ für vermögensverwaltende Familienpools, da die Senioren als Komplementäre weiterhin eine größtmögliche Entscheidungsbefugnis behalten können. Die minderjährigen Familienmitglieder können als Kommanditisten problemlos an der Gesellschaft beteiligt werden, da sie als Kommanditisten nur mit der Einlage haften. Wenn kein Familienmitglied die persönliche Haftung übernehmen möchte, könnte auch eine Komplementär-GmbH die persönliche Haftung übernehmen. Solange mindestens ein (volljähriger) Kommanditist zusätzlich zur Geschäftsführung befugt ist, würde sich steuerlich nichts ändern, d.h. die Gesellschaft hätte z.B. weiterhin Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung und keine gewerblichen Einkünfte. Auch die Rechtsform der GmbH ist aufgrund ihrer Haftungsbeschränkung für die Beteiligung von Minderjährigen gut geeignet.

### 2. Beteiligung von Minderjährigen bei der Gesellschaftsgründung

Die Beteiligung von Minderjährigen bereits bei der Gründung des Familienpools bietet sich nicht an. Es wäre dann zwingend ein Ergänzungspfleger erforderlich, da die Gesellschaftsgründung für den Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist.<sup>1</sup> Auch die schenkweise Erbringung der geschuldeten Einlage durch einen Dritten ändert hieran nichts, da der Minderjährige im Außenverhältnis zur Einlageleistung verpflichtet bleibt.<sup>2</sup> Sollen mehrere Minderjährige Gesellschafter werden, muss zudem für jeden Minderjährigen ein separater Ergänzungspfleger bestellt werden, da bei der Gesellschaftsgründung wechselseitige Rechtbeziehungen begründet werden, sodass

theoretisch widerstreitende Interessen zwischen den Minderjährigen bestehen können.<sup>3</sup>

### 3. Übertragung von Anteilen am Familienpool

Nach der Gründung des Familienpools können weitere Gesellschafter durch Abtretung von Gesellschaftsanteilen in den Familienpool aufgenommen werden. Ob ein Ergänzungspfleger und eine familiengerichtliche Genehmigung erforderlich sind, hängt von der Rechtsform des Familienpools ab.

#### a) Übertragung von Anteilen an Personengesellschaften

Bei der Übertragung von Anteilen an einem als Personengesellschaft ausgestalteten Familienpool auf Minderjährige kommt es entscheidend auf die Ausgestaltung der Gesellschafterhaftung an.

#### aa) Ist ein Ergänzungspfleger erforderlich?

Die Übertragung eines Gesellschaftsanteils eines unbeschränkt persönlich haftenden Gesellschafters ist für den Minderjährigen nie lediglich rechtlich vorteilhaft, da er gem. §§ 128, 130, 161 Abs. 2 HGB sowohl für die Alt- als auch die Neuverbindlichkeiten unbeschränkt persönlich haftet.<sup>4</sup> Bei der Übertragung von Anteilen einer GbR oder einer OHG ist daher immer die Beteiligung eines Ergänzungspflegers erforderlich.

Der Erwerb eines voll eingezahlten Kommanditanteils wird hingegen von der wohl herrschenden Meinung richtigerweise als lediglich rechtlich vorteilhaft angesehen.<sup>5</sup> Die persönliche Haftung des Minderjährigen und das Verlustrisiko sind durch die zuvor vollständig erbrachte Hafteinlage auf diese beschränkt.<sup>6</sup> Auch die Gefahr der wiederauflebenden Haftung nach § 172 Abs. 4 HGB stellt keinen rechtlichen Nachteil dar, da die Haftung nur dann wieder auflebt, wenn die Einlage an den Minderjährigen selbst zurückgezahlt wird.<sup>7</sup> Die drohende persönliche Inanspruchnahme des Minderjährigen nach §§ 172 Abs. 1, 176 Abs. 1 u. 2 HGB kommt darüber hinaus nicht in

3) Vgl. nur OLG München v. 17.6.2010 – 31 Wx 70/10, ZEV 2010, 646 m.w.N.

4) Pauli, ZErb 2016, 131, 132.

5) Grüneberg/Ellenberger, BGB, 81. Aufl. 2022, § 107 Rn 4; Grunsky, ZEV 2008, 610, 611; Maier-Reiner/Marx, NJW 2005, 3025, 3026; OLG Bremen v. 16.6.2008 – 2 W 38/08, ZEV 2008, 608, 609; OLG Jena v. 22.3.2013 – 2WF 26/13, ZEV 2013, 521, 522; Pauli, ZErb 2006, 131, 132 f.

6) OLG Bremen v. 16.6.2008 – 2 W 38/08, ZEV 2008, 608, 609; Pauli, ZErb 2016, 131, 132.

7) OLG Bremen v. 16.6.2008 – 2 W 38/08, ZEV 2008, 608, 609; Pauli, ZErb 2016, 131, 132.

1) Ivo, ZEV 2005, 193, 194; OLG Zweibrücken v. 14.1.1999 – 3 W 253/98, NJW-RR 1999, 1174, 1175; Pauli, ZErb 2016, 131, 132; Baumbach/Hopt/Roth, HGB, 40. Aufl. 2021, § 105 Rn 26.

2) Wachter/Ivo, Praxis des Handels- und Gesellschaftsrechts, 4. Aufl. 2018, § 19 Rn 7, 19; Pauli, ZErb 2016, 131, 132.

Betracht, wenn die Abtretung des Gesellschaftsanteils aufschiebend bedingt auf die Eintragung des Minderjährigen im Wege der Sonderrechtsnachfolge in das Handelsregister erfolgt.<sup>8</sup> Für etwaige in der Praxis häufig vorkommende Vereinbarungen im Schenkungsvertrag, wie z.B. der Vorbehalt eines Nießbrauchsrechts, die Vereinbarung von Rückforderungsrechten oder die Anrechnungsbestimmung auf den Pflichtteil nach § 2315 BGB, kann die Rechtsprechung zur Grundstücksschenkung entsprechend herangezogen werden, sodass auch diese Vereinbarungen bei richtiger Formulierung nichts an der rechtlichen Vorteilhaftigkeit ändern.

Auch die unentgeltliche Übertragung eines voll eingezahlten Teil-Festkapitalanteils des Komplementärs auf einen Minderjährigen, der Kommanditist wird, ist lediglich rechtlich vorteilhaft, wenn die Abtretung des Teil-Festkapitalanteils aufschiebend bedingt auf die Eintragung des Minderjährigen als Kommanditist im Handelsregister erfolgt.

Ist nach der heute herrschenden Meinung kein Ergänzungspfleger erforderlich, vertreten die Eltern den Minderjährigen bei der Anteilsübertragung. Für den Fall, dass das Handelsregister dann doch die Bestellung eines Ergänzungspflegers für erforderlich halten sollte, würde bei dem zuständigen Familiengericht die Erteilung eines Negativattests bzw. die Bestellung eines Ergänzungspflegers beantragt. Hierfür sollte die notarielle Urkunde so aufgebaut sein, dass die Eltern dann als Vertreter ohne Vertretungsmacht für den Minderjährigen aufgetreten sind und der Ergänzungspfleger die Erklärung der Eltern dann nachgenehmigt. Rein vorsorglich wird oft auch in den Fällen, in denen das Handelsregister die Eintragung des Minderjährigen ohne Beteiligung eines Ergänzungspflegers bereits im Handelsregister vollzogen hat, noch vorsorglich die Erteilung eines Negativattests beim Familiengericht beantragt. Die Familiengerichte weigern sich dann jedoch zunehmend tätig zu werden, da nach erfolgter Eintragung des Minderjährigen im Handelsregister kein Rechtsschutzbedürfnis mehr bestehe.

#### bb) Familiengerichtliche Genehmigung erforderlich?

Eine familiengerichtliche Genehmigung ist nur dann erforderlich, wenn einer der Genehmigungstatbestände vorliegt. Bei der Übertragung von Gesellschaftsanteilen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge kommt meist nur der Genehmigungstatbestand aus § 1822 Nr. 3 BGB bzw. zukünftig ab 1.1.2023 § 1852 Nr. 1 BGB n.F. in Betracht.

Gem. § 1822 Nr. 3 BGB ist die familiengerichtliche Genehmigung für einen Vertrag erforderlich, der auf den entgeltlichen Erwerb oder die Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts gerichtet ist, sowie zu einem Gesellschaftsvertrag, der zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts eingegangen wird. Das bloße Verwalten bereits vorhandenen Vermögens, also die Fruchtziehung, die nicht auf dem persönlichen Einsatz eines Beteiligten beruht, stellt keine erwerbsgeschäftliche Betätigung sondern eine private Vermögensverwaltung dar.<sup>9</sup> Das OLG Dresden hat in

seiner Entscheidung vom 25.4.2018<sup>10</sup> für die Praxis bedeutsame Indizien für das Vorliegen einer privaten Vermögensverwaltung und der damit verbundenen Genehmigungsfreiheit entwickelt. Insbesondere der Unternehmensgegenstand (ausschließlich Vermögensverwaltung, Verbot der Gewerblichkeit), die Firmierung, die personelle Zusammensetzung ausschließlich mit Familienmitgliedern und die Kommanditeinlage von geringer Höhe sollen demnach für eine Genehmigungsfreiheit sprechen.

Unabhängig davon, ob die Gesellschaft ein Erwerbsgeschäft betreibt, fehlt es bei der unentgeltlichen Übertragung von Gesellschaftsbeteiligungen auf Minderjährige im Wege der vorweggenommenen Erbfolge am Merkmal des „entgeltlichen Erwerbs“ bzw. der „Eingehung eines Gesellschaftsvertrags“, denn bei der Anteilsabtretung geht der neue Gesellschafter keinen neuen Gesellschaftsvertrag mit den anderen Gesellschaftern ein.<sup>11</sup>

Gem. § 1852 BGB n.F. besteht zukünftig eine Genehmigungspflicht zu einer Verfügung und zur Eingehung der Verpflichtung zu einer solchen Verfügung, durch die der Minderjährige ein Erwerbsgeschäft oder einen Anteil an einer Personen- oder Kapitalgesellschaft, die ein Erwerbsgeschäft betreibt, erwirbt oder veräußert. Anders als bei § 1822 Nr. 3 BGB sind zukünftig also auch unentgeltliche Anteilsenserwerbe genehmigungspflichtig, wenn die Gesellschaft ein Erwerbsgeschäft betreibt und nicht nur eigenes Vermögen verwaltet.<sup>12</sup>

#### Praxistipp

Um eine Genehmigungspflicht zu vermeiden kann überlegt werden, ob z.B. beschränkt geschäftsfähige Minderjährige bei einer lediglich rechtlich vorteilhaften schenkweisen Übertragung von voll eingezahlten Kommanditanteilen selbst an der Urkunde mitwirken, da dann keine Genehmigungspflicht besteht. Vorsorglich sollten zusätzlich die gesetzlichen Vertreter als Vertreter ohne Vertretungsmacht auftreten, sodass notfalls, sollte das Gericht nicht von einer lediglich vorteilhaften Gestaltung ausgehen, die Erklärungen der Eltern durch einen Ergänzungspfleger nachgenehmigt werden können.

#### b) Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen bzw. Aktien

Auch bei der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge auf Minderjährig ist zu klären, ob die Bestellung eines Ergänzungspflegers und eine familiengerichtliche Genehmigung erforderlich sind.

#### aa) Ergänzungspfleger erforderlich?

Die schenkweise Übertragung von GmbH-Anteilen ist im Hinblick auf die potenzielle Ausfallhaftung bzw. Haftung bei Kapitalrückzahlung des Minderjährigen gem. §§ 16, 24, 31 Abs. 3 GmbHG nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, sodass ein Ergänzungspfleger zu bestellen ist, wenn der Schenker gleichzeitig

8) OLG Bremen v. 16.6.2008 – 2 W 38/08, ZEV 2008, 608, 609; OLG Jena v. 22.3.2013 – 2WF 26/13, ZEV 2013, 521, 523; OLG Köln v. 26.3.2018 – 4 Wx 2/18, ZEV 2018, 667, 668; *Pauli*, ZErB 2006, 131, 132.

9) OLG Bremen v. 16.6.2008 – 2 W 38/08, ZEV 2008, 608 = NZG 2008, 750; OLG Zweibrücken v. 14.1.1999 – 3 W 253–98, NJW-RR 1999, 1174; LG Münster v. 18.7.1996 – 5 T 383/96, FamRZ 1997, 842; *Hobaus/Eickmann*, BB 2004, 1707, 1709.

10) OLG Dresden v. 25.4.2018 – 17 W 160/18, ZEV 2018, 669, 670.

11) *Damrau*, ZEV 2020, 775, 780; *Wachter*, EWiR 2020, 555.

12) *Nellen*, ZErB 2021, 382, 387.

gesetzlicher Vertreter ist.<sup>13</sup> Dies gilt auch dann, wenn der Schenker mit einem der gesetzlichen Vertreter in gerader Linie verwandt ist. Für die gleichzeitige Schenkung an mehrere Minderjährige genügt ein Ergänzungspfleger, da die Rechtsgeschäfte allein zwischen den jeweiligen Minderjährigen und dem Übergeber stattfinden.<sup>14</sup> Die Schenkung von voll eingezahlten Aktien ist hingegen stets lediglich rechtlich vorteilhaft, da eine entsprechende Ausfallhaftung nicht in Betracht kommt.<sup>15</sup>

#### bb) Familiengerichtliche Genehmigung erforderlich?

Der Erwerb von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft fällt heute nicht unter § 1822 Nr. 3 BGB, da es sich bei dem Erwerb von Geschäftsanteilen oder Aktien nicht um den Abschluss eines Gesellschaftsvertrags handelt.<sup>16</sup> Der entgeltliche Erwerb (nahezu) sämtlicher Geschäftsanteile oder Aktien wird jedoch unter Umständen als wirtschaftlicher Übergang des Erwerbsgeschäfts angesehen, sodass mitunter die Genehmigung nach § 1822 Nr. 3 Alt. 1 BGB erforderlich ist.<sup>17</sup> Auch bei einem unentgeltlichen Anteilserwerb kommt unter Umständen eine Genehmigungspflicht gem. § 1822 Nr. 10 BGB in Betracht, wenn eine konkrete Möglichkeit der Inanspruchnahme des Minderjährigen für Verbindlichkeiten des Vorgängers oder der Mitgesellschafter nach §§ 16 Abs. 3, 24, 31 Abs. 3 GmbHG besteht und er eine Regressmöglichkeit haben soll.<sup>18</sup> Dies ist z.B. der Fall, wenn die Stammeinlage noch nicht voll eingezahlt ist.<sup>19</sup> Ab dem 1.1.2023 ist die Regelung des heutigen § 1822 Nr. 10 BGB leicht modifiziert in § 1854 Nr. 4 BGB n.F. enthalten. Die Neuregelung soll dabei nach der Gesetzesbegründung nicht mehr die Haftung für eine Verbindlichkeit umfassen, die sich lediglich als Nebenfolge eines anderen Rechtsgeschäfts ergibt.<sup>20</sup> Danach dürfte die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen ab dem 1.1.2023 über die neue Regelung des § 1854 Nr. 4 BGB n.F. nicht mehr genehmigungspflichtig sein.

Gem. § 1852 BGB n.F. besteht jedoch auch bei der Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen eine Genehmigungspflicht, wenn die GmbH ein Erwerbsgeschäft betreibt und nicht nur eigenes Vermögen verwaltet. Die Übertragung von voll eingezahlten Geschäftsanteilen einer als Familienpool ausgestalteten GmbH wird dann zukünftig ab dem 1.1.2023 bei der Genehmigungspflicht genauso behandelt wie die Übertragung von voll eingezahlten Kommanditanteilen eines als KG ausgestalteten Familienpools. Der Erwerb von Aktien gilt nicht als handels- oder gesellschaftsrechtliches Geschäft, sondern wird als Erwerb von Wertpapieren angesehen und ist nie genehmigungspflichtig.

13) *Bürger*, RNotZ 2006, 156, 162; *Wachter/Ivo*, Praxis des Handels- und Gesellschaftsrechts, 4. Aufl. 2018, § 19 Rn 61; *Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/Kügel*, 5. Aufl. 2018, § 40 Rn 208; *Maier-Reimer/Marx*, NJW 2005, 3025, 3025 f.; *Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/Ridder*, 5. Aufl. 2018, § 32 Rn 76.

14) *Bürger*, RNotZ 2006, 156, 163; *Maier-Reimer/Marx*, NJW 2005, 3025, 3026 f.

15) *Maier-Reimer/Marx*, NJW 2005, 3025, 3025.

16) BGH v. 20.2.1989 – II ZR 148/88, NJW 1989, 1926, 1928; *Pauli*, ZErb 2016, 131, 136; *Noack/Servatius/Haas/Servatius*, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 15 Rn 3.

17) BGH v. 28.1.2003 – X ZR 199/99, DNotZ 2004, 152, 153; *Noack/Servatius/Haas/Servatius*, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 15 Rn 4.

18) BGH v. 20.2.1989 – II ZR 148/88, NJW 1926, 1927; *Noack/Servatius/Haas/Servatius*, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 15 Rn 5.

19) *Kölmel*, RNotZ 2010, 1, 23.

20) BT-Drucks 19/24445, 289.

## V. Der Minderjährige als Gesellschafter des Familienpools

Wenn Minderjährige Gesellschafter eines Familienpools sind, stellen sich auch im Hinblick auf deren Gesellschafterstellung und die laufenden Geschäfte der Gesellschaft die Fragen nach einer etwaig erforderlichen Vertretung und einem Genehmigungserfordernis.

### 1. Beteiligung des Minderjährigen bei Gesellschafterversammlungen

Grundsätzlich nehmen die Eltern für den Minderjährigen an den Gesellschafterversammlungen teil. Wenn die Eltern oder Großeltern selbst Gesellschafter des Familienpools sind, muss der Minderjährige aber u.U. auch in der Gesellschafterversammlung durch einen Ergänzungspfleger vertreten werden.

#### a) Beschlussfassung / Stimmabgabe

Der Rechtsgedanke des § 181 BGB ist auch auf Gesellschafterbeschlüsse und die entsprechende Stimmrechtsabgabe anwendbar.<sup>21</sup> Dies gilt insbesondere für Grundlagenbeschlüsse (z.B. Änderungen des Gesellschaftsvertrags, Umstrukturierungen, Auflösung der Gesellschaft), welche die Grundlagen des Gesellschaftsverhältnisses und das Verhältnis der Gesellschafter untereinander betreffen, sodass sich die betroffenen Gesellschafter als Geschäftspartner gegenüberstehen. Bei gewöhnlichen Gesellschafterbeschlüssen (Beschlüsse, welche die Geschäftsführung oder die laufenden gemeinsamen Gesellschaftsangelegenheiten betreffen) steht hingegen die verbandsinterne Willensbildung im Vordergrund, sodass es allein auf die Verfolgung des gemeinsamen Gesellschaftszwecks ankommt, weshalb § 181 BGB hier keine Anwendung findet.<sup>22</sup> Im Einzelnen gilt Folgendes:

#### aa) Beschlüsse über Gesellschaftsgrundlagen

Für Beschlüsse, welche die Grundlagen des Gesellschaftsverhältnisses berühren, findet der § 181 BGB Anwendung, da solche stets das Verhältnis der Gesellschafter untereinander sowie die Struktur der Gesellschaft betreffen, sodass potenziell ein Ergänzungspfleger zu bestellen ist.<sup>23</sup> Im Einzelnen gilt Folgendes:

#### (1) Änderungen des Gesellschaftsvertrags

Änderungen des Gesellschaftsvertrags bzw. der Satzung unterliegen grds. dem Selbstkontrahierungsverbot,<sup>24</sup> sodass der Minderjährige durch einen Ergänzungspfleger vertreten werden muss.<sup>25</sup> In Abwägung des Minderjährigenschutzes einerseits und der Handlungsfähigkeit der Gesellschaft andererseits ist die Anwendbarkeit des § 181 BGB jedoch nur auf solche bedeutsamen Änderungen des Gesellschaftsvertrags beschränkt, welche eine Benachteiligung des Minderjährigen erwirken können und ein erhöhtes Schutzbedürfnis entfalten (z.B. Änderung von Stimmrechten, Kapitalerhöhungen etc.). Mögliche vorteil-

21) BGH v. 18.9.1975 – II ZB 6/74, NJW 1976, 49, 50 f.

22) BGH v. 18.9.1975 – II ZB 6/74, NJW 1976, 40, 50; *Pauli*, ZErb 2016, 131, 133; *Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/Pawlytta*, 5. Aufl. 2018, § 42 Rn 139, 140.

23) *Baetzgen*, RNotZ 2005, 193, 223; *Bürger*, RNotZ 2006, 156, 171; *Fröhler*, BWNNotZ 2005, 129, 131.

24) So auch BGH v. 24.5.1976 – II ZR 164/74, NJW 1976, 1538, 1539.

25) *Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht/Pawlytta*, 5. Aufl. 2018, § 42 Rn 141, 143; *Noack/Servatius/Haas/Noack*, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 47 Rn 62, § 53 Rn 81.

hafte (z.B. Begründung von Exklusivrechten ausschließlich zugunsten des Minderjährigen<sup>26)</sup> oder neutrale (z.B. Änderung der Firma, Sitzverlegung) Änderungen des Gesellschaftsvertrags werden von § 181 BGB nicht berührt.<sup>27</sup>

Die Genehmigungsbedürftigkeit einer Satzungsänderung bei Kapitalgesellschaften nach § 1822 Nr. 3 BGB wird allgemein verneint.<sup>28</sup> Die Genehmigungsbedürftigkeit einer Gesellschaftsvertragsänderung bei Personengesellschaften ist hingegen umstritten. Teilweise wird diese sogar verneint, wenn durch die Änderung des Gesellschaftsvertrags in Rechte und Pflichten des minderjährigen Gesellschafters eingegriffen wird.<sup>29</sup> Insbesondere im Hinblick auf die Schutzbedürftigkeit und die Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Änderungen und Neufassung eines Gesellschaftsvertrags existieren jedoch starke Gegenmeinungen, welche bei Änderungen von Gesellschaftsverträgen von Personengesellschaften mit minderjährigen Gesellschaftern stets von einer Genehmigungspflicht nach § 1822 Nr. 3 BGB ausgehen.<sup>30</sup> Vorsorglich sollte im Fall von „wesentlichen bedeutsamen Änderungen“ des Gesellschaftsvertrags einer Gesellschaft, die nicht nur eigenes Vermögen verwaltet, unabhängig von der Rechtsform, von einer Genehmigungspflicht ausgegangen werden und zumindest ein Negativattest bei dem zuständigen Familiengericht beantragt werden. Durch die ab 1.1.2023 geltende Neufassung der Genehmigungspflicht in § 1852 Nr. 2 BGB n.F. hat der Gesetzgeber keine Änderung der Rechtslage beabsichtigt. In der Gesetzesbegründung heißt es, die Regelung enthält – inhaltlich unverändert – § 1822 Nr. 3 Alt. 2 BGB.<sup>31</sup> Die Genehmigungsbedürftigkeit kann sich zudem auch aus § 1822 Nr. 10 BGB<sup>32</sup> ergeben, wenn z.B. durch die Änderung des Gesellschaftsvertrags die Gesellschafterstellung des Minderjährigen vom Kommanditisten in die eines Komplementärs gewechselt wird.<sup>33</sup>

## (2) Beschlüsse über Kapital- bzw. Beitragserhöhungen

Auch wenn im Zuge der Satzungsänderung einer GmbH eine Kapitalerhöhung stattfindet, muss der Minderjährige regelmäßig durch einen Ergänzungspfleger vertreten werden, wenn die Eltern ebenfalls Gesellschafter sind.<sup>34</sup> Auch eine familiengerichtliche Genehmigungsbedürftigkeit könnte sich nach § 1822 Nr. 10 BGB ergeben, da eine Haftung nach § 24 S. 1 GmbHG in Betracht kommt, wenn der Minderjährige für die Nichterbringung der erhöhten Einlage eines Mitgesellschafters haften muss. Dies ist jedoch zu verneinen, da die konkrete Gefahr der Ausfallhaftung nicht durch den Erhebungsbeschluss, sondern erst durch die anschließende Übernahme der neuen Geschäftsanteile droht.<sup>35</sup> Ab dem 1.1.2023 dürften die Fälle nicht mehr unter die Neuregelung in § 1854 Nr. 4

BGB n.F. fallen, da die Neuregelung nicht mehr die Haftung für eine Verbindlichkeit umfassen soll, die sich lediglich als Nebenfolge eines anderen Rechtsgeschäfts ergibt. Soll der Minderjährige selbst die neuen Geschäftsanteile übernehmen, ist er bei der Übernahmemeerkklärung durch einen Ergänzungspfleger zu vertreten.<sup>36</sup> Gleiches gilt, wenn der Minderjährige Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft ist und in der Gesellschafterversammlung über eine Beitragserhöhung abgestimmt werden soll. Auch hier muss für ihn ein Ergänzungspfleger handeln, eine familiengerichtliche Genehmigung ist hingegen nicht erforderlich.<sup>37</sup>

## (3) Umwandlungsbeschlüsse

Auch für Umwandlungsbeschlüsse wird die Anwendbarkeit des § 181 BGB bejaht, unabhängig davon, ob etwaige Beschlüsse auch Satzungsänderungen enthalten.<sup>38</sup> Die Umwandlungsmaßnahmen können zudem je nach Ausgestaltung die Genehmigungstatbestände des § 1822 Nr. 3 und Nr. 10 BGB auslösen.<sup>39</sup> Auch eine Genehmigungspflicht nach § 1854 Nummer 4 BGB n.F. ist grundsätzlich je nach Ausgestaltung der Urkunde denkbar.

## (4) Auflösungsbeschlüsse

Auf Auflösungsbeschlüsse findet der § 181 BGB ebenfalls Anwendung.<sup>40</sup> Die Eltern sind also von der Vertretung ausgeschlossen, sodass die Stimmrechtsabgabe durch einen Ergänzungspfleger zu erfolgen hat.

## bb) Beschlüsse über Geschäftsführungsangelegenheiten und sonstige laufende Gesellschaftsangelegenheiten

Für Beschlüsse, welche die Geschäftsführung betreffen, ist der § 181 BGB grds. nicht anwendbar.<sup>41</sup> Im Vordergrund steht hierbei die Interessengleichrichtung zur Förderung des Gesellschaftszwecks, sodass ein Interessenkonflikt generell ausgeschlossen werden kann und der Schutzzweck des § 181 BGB nicht greift.

Gleiches gilt ebenso für Beschlüsse, welche die laufenden gemeinsamen Gesellschaftsangelegenheiten betreffen.<sup>42</sup>

## (1) Geschäftsführerbestellungen und sonstige Geschäftsführungsmaßnahmen

Nicht anzuwenden ist der § 181 BGB auf Beschlüsse, in denen ein Dritter zum Geschäftsführer einer GmbH bestellt, als solcher abberufen werden soll oder für Beschlüsse über Geschäftsführungsmaßnahmen.<sup>43</sup> Hierzu gehören Beschlüsse, mit denen der Geschäftsführung Weisung erteilt wird oder die Änderung der Vertretungsbefugnis. § 181 BGB findet jedoch Anwendung, wenn der gesetzliche Vertreter,<sup>44</sup> der Ehegatte oder ein Verwandter in gerader Linie (z.B. Großeltern)<sup>45</sup> zum Geschäfts-

26) Jedoch nur solange das Sonderrecht nur dem Minderjährigen und keinem weiteren Gesellschafter zugewandt wird.

27) *Nitze*, Der minderjährige Gesellschafter im Familienunternehmen, S. 92.

28) *Bürger*, RNotZ, 2006, 156, 177; Noack/Servatius/Haas/Noack, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 53 Rn 81.

29) So aber auch BGH v. 26.1.1961 – II ZR 240/59, NJW 1961, 724, 725; BGH v. 20.9.1962 – II ZR 209/61, NJW 1962, 2344, 2346.

30) *Van de Loo/Strnad*, ZEV 2018, 617, 622.

31) BT-Drucks 19/24445, 288.

32) Ab dem 1.1.2023 ist die Regelung leicht modifiziert in § 1854 Nr. 4 BGB n.F. enthalten. Die Neuregelung soll dabei nicht mehr die Haftung für eine Verbindlichkeit umfassen, die sich lediglich als Nebenfolge eines anderen Rechtsgeschäfts ergibt.

33) *Kölmel*, RNotZ 2010, 1, 23.

34) Vgl. hierzu *Beckervordersandfort*, Gestaltungen zum Erhalt des Familienvermögens, § 11 Rn 102.

35) *Nitze*, Der minderjährige Gesellschafter im Familienunternehmen, S. 118 f.

36) Noack/Servatius/Haas/Servatius, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 55 Rn 36.

37) *Nitze*, Der minderjährige Gesellschafter im Familienunternehmen, S. 134 f.

38) Noack/Servatius/Haas/Noack, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 47 Rn 60.

39) Lutter/J. Vetter, UmwG, 6. Aufl. 2019, § 50 Rn 30, § 59 Rn 10.

40) Noack/Servatius/Haas/Noack, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 47 Rn 60.

41) BGH v. 24.9.1990 – II ZR 167/89, NJW 1991, 691, 692; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 47 Rn 60.

42) *Bürger*, RNotZ 2006, 156, 171; *Reimann*, DNotZ 1999, 179, 197.

43) *Bürger*, RNotZ 2006, 156, 172.

44) *Bürger*, RNotZ 2006, 156, 172; Noack/Servatius/Haas/Noack, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 47 Rn 60.

45) *Baetzgen*, RNotZ 2005, 193, 223; OLG Düsseldorf v. 11.10.2005 – I-3Wx 137/05, RNotZ 2006, 68, 69.

fürher bestellt werden soll. Gleiches gilt demnach ebenfalls für seine Abberufung.<sup>46</sup>

Für die Genehmigungsbedürftigkeit kommt § 1822 Nr. 11 BGB bzw. § 1852 Nr. 3 BGB n.F. analog in Betracht. Da der Geschäftsführer jedoch nur die Gesellschaft und nicht den minderjährigen Gesellschafter vertritt, scheidet eine Genehmigungsbedürftigkeit im Ergebnis aus.<sup>47</sup> Die Erteilung einer Prokura ist hingegen genehmigungsbedürftig, wenn der Minderjährige selbst Inhaber des Handelsgeschäfts ist, z.B. Inhaber eines Einzelkaufmännischen Unternehmens.<sup>48</sup>

## (2) Entlastung der Geschäftsführung

Die Entlastung der Geschäftsführer erfolgt ebenfalls durch einen Beschluss der Gesellschafter (vgl. § 46 Nr. 5 GmbHG). Durch die Entlastung wird die Geschäftsführung für sämtliche, der Gesellschaft bis dahin bekannte Sachverhalte von ihrer Haftung befreit, sodass die Gesellschaft insoweit keine Ansprüche und Rechte mehr geltend machen kann. Der § 181 BGB ist demnach nicht anzuwenden, wenn einem Dritten als Geschäftsführer Entlastung erteilt werden soll.<sup>49</sup> Bei der Stimmabgabe sind jedoch die Eltern gem. §§ 47 Abs. 4 GmbHG, 34 BGB, 136 Abs. 1 AktG von einem Stimmrechtsausschluss betroffen, sodass sie die Entlastung nicht vornehmen können, wenn sie selbst der Geschäftsführung angehören und über ihre Entlastung abgestimmt werden soll. Das Stimmrechtsverbot erstreckt sich aber nicht auf den anderen, von der Entlastung nicht betroffenen Elternteil, wenn im Rahmen einer Einzelentlastung für jeden Geschäftsführer gesondert abgestimmt wird. Ein Interessenskonflikt scheidet insoweit aus, da durch die Beschlussfassung gerade kein Vorteil zulasten des anderen erzielt werden kann und der § 181 BGB entsprechend teleologisch zu reduzieren ist.<sup>50</sup> Eine familiengerichtliche Genehmigung ist mangels Genehmigungsstatbestandes nicht erforderlich.

## (3) Ergebnisverwendung und Feststellung des Jahresabschlusses

Beschlüsse über die Gewinnverwendung kann der gesetzliche Vertreter für den Minderjährigen fassen, ohne mit § 181 BGB in Konflikt zu geraten.<sup>51</sup> Auch für die Feststellung des Jahresabschlusses findet § 181 BGB keine Anwendung. Eine familiengerichtliche Genehmigung ist in beiden Fällen nicht erforderlich.

## b) Ladung

Für die wirksame Stimmabgabe in einer Gesellschafterversammlung ist diese zunächst ordnungsgemäß einzuberufen, d. h. die Gesellschafter sind entsprechend zu laden. Die Ladung ist Mittel des Schutzes des mitgliedschaftlichen Rechts der Gesellschafter auf Teilnahme an Information und Willensbildung innerhalb der Gesellschafterversammlung.<sup>52</sup> Wird ein minderjähriger Gesellschafter durch seine Eltern vertreten, geht

die Ladung an den Minderjährigen, vertreten durch beide Eltern als dessen gesetzliche Vertreter. Die Eltern sind damit Postadressat.<sup>53</sup> Sie erhalten somit auch das entsprechende Teilnahmerecht anstelle des Minderjährigen. Soll in der Gesellschafterversammlung hingegen ein Beschluss gefasst werden, bei dem die gesetzlichen Vertreter von der Beschlussfassung bzw. Stimmabgabe gem. § 181 BGB ausgeschlossen sind, ist an dessen Stelle der Ergänzungspfleger zu laden, damit diesem die Ladung wirksam zugehen kann.<sup>54</sup>

In der Praxis bedeutet dies, dass grds. schon bei der Ladung die Entscheidung zu fällen wäre, ob die Eltern von der späteren Beschlussfassung bzw. Stimmabgabe ausgeschlossen sind und daher an ihrer Stelle ein noch zu bestellender Ergänzungspfleger zu laden ist.

## c) Folgen einer fehlerhaften Beschlussfassung

Hat der gesetzliche Vertreter anstatt eines eigentlich zu bestellenden Ergänzungspflegers für den Minderjährigen die Stimmen bei der Beschlussfassung abgegeben, hat er insoweit als vollmachtloser Vertreter des Ergänzungspflegers gehandelt, sodass die abgegebene Stimme schwebend unwirksam ist. Der Ergänzungspfleger kann folglich die Stimmabgabe nachträglich gem. § 177 Abs. 1 BGB genehmigen. Hierfür muss er zudem den Vertreter nachträglich von den Beschränkungen des § 181 BGB befreien.<sup>55</sup> Eine Vollmachtserteilung zugunsten der Eltern durch den Ergänzungspfleger unter vorheriger Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB ist hingegen nicht möglich, da der Ergänzungspfleger nicht die Befugnis zur Befreiung vom Verbot des Insichgeschäfts besitzt.<sup>56</sup>

Für die Auswirkung auf den Beschluss ist zudem entscheidend, ob die unwirksame Stimme des minderjährigen Gesellschafters ausschlaggebend für das Beschlussergebnis ist und der Beschluss entsprechend auch ohne das Mitzählen dieser unwirksamen Stimme so zustande gekommen wäre. Ein solch fehlerhafter Beschluss wäre in der GmbH analog § 243 Abs. 1 AktG anfechtbar, wenn das Beschlussergebnis förmlich festgestellt wurde.<sup>57</sup>

In einer Personengesellschaft wäre der Beschluss hingegen wohl nach §§ 134, 138 BGB nichtig und diese Nichtigkeit mit der Feststellungsklage gem. § 256 Abs. 1 ZPO festzustellen.<sup>58</sup> Bei Beschlüssen, welche einstimmig zu fassen sind, wirkt sich die fehlerhafte Stimme hingegen sofort aus.

Problematisch ist zudem ein Ladungsmangel. Die Einberufung der Gesellschafterversammlung ist nichtig, wenn diese nicht allen Gesellschaftern gegenüber wirksam erfolgt ist.<sup>59</sup> Können die gesetzlichen Vertreter den Minderjährigen in der Gesellschafterversammlung nicht wirksam vertreten, sind sie auch nicht befugt, die entsprechende Einladung entgegenzunehmen. Die Versammlung ist dann nicht wirksam einberufen, eine wirksame Beschlussfassung ist nicht möglich, sodass dennoch

46) *Bürger*, RNotZ 2006, 156, 172.

47) *Wachter/Ivo*, Praxis des Handels- und Gesellschaftsrechts, 4. Aufl. 2018, § 19 Rn 71; so auch OLG Düsseldorf v. 11.10.2005 – I-3Wx 137/05, RNotZ 2006, 68, 69.

48) *Grüneberg/Götz*, BGB, 81. Aufl. 2022, § 1822 Rn 22.

49) *Wachter/Ivo*, Praxis des Handels- und Gesellschaftsrechts, 4. Aufl. 2018, § 19 Rn 67.

50) *Nitze*, Der minderjährige Gesellschafter im Familienunternehmen, S. 148.

51) *Wachter/Ivo*, Praxis des Handels- und Gesellschaftsrechts, 4. Aufl. 2018, § 19 Rn 67.

52) *Noack/Servatius/Haas/Noack*, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 51 Rn 21.

53) *Flume*, NZG 2014, 17, 18; *Noack/Servatius/Haas/Noack*, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 51 Rn 7.

54) *Bürger*, RNotZ 2006, 156, 174.

55) *Grüneberg/Ellenberger*, BGB, 81. Aufl. 2022, § 181 Rn 15.

56) *Bürger*, RNotZ 2006, 156, 175, *Fröhler*, BWNotZ 2005, 129, 130.

57) *Noack/Servatius/Haas/Noack*, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 47 Rn 18 Anh., § 47 Rn 116.

58) *Baumbach/Hopt/Roth*, HGB, 40. Aufl. 2021, § 119 Rn 31 f.

59) *Noack/Servatius/Haas/Noack*, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 51 Rn 3, 28.

gefasste Beschlüsse nichtig sind.<sup>60</sup> Auf die Höhe der Beteiligung und die damit zusammenhängende Gewichtung der Stimmen kann es hierbei nicht ankommen. Auch die Nichtigkeit des Beschlusses kann jedoch durch nachträgliche Genehmigung des Ergänzungspflegers gem. § 242 Abs. 2 S. 4 AktG geheilt werden.<sup>61</sup> Eine Heilung nach § 51 Abs. 3 GmbHG kommt hingegen nicht in Betracht, da hierfür sämtliche Gesellschafter bei der Beschlussfassung anwesend sein müssten, um zumindest stillschweigend ihr Einverständnis zur Beschlussfassung abzugeben.<sup>62</sup> Hier wäre also die Anwesenheit des Ergänzungspflegers erforderlich.

Die Überlegung, insbesondere für die Ladung, die Stimmabgabe und die regelmäßige Beschlussfassung, einen Dauerergänzungspfleger zu bestellen, ist daher naheliegend, um insbesondere dem Zeitaufwand der vorherigen Pflegerbestellung entgegenzuwirken. Die Bestellung eines Dauerergänzungspflegers wird jedoch meist abgelehnt, da von § 1909 BGB ein gegenwärtiges Bedürfnis eines Ergänzungspflegers vorausgesetzt wird.<sup>63</sup>

## 2. Zustimmung zu bestimmten Gesellschafterbeschlüssen

Die Zustimmung des Minderjährigen kann gem. § 53 Abs. 3 GmbHG und § 707 BGB für bestimmte Beschlüsse über Gesellschaftsgrundlagen notwendig sein. Es handelt sich hierbei stets um Beschlüsse, welche die Rechtsstellung des Gesellschafters beeinträchtigen (z.B. Kapitalherabsetzung oder Nachschusspflicht in der GmbH sowie Beitragserhöhung oder Einlagenergänzung in der Personengesellschaft). Eine teleologische Reduktion des § 181 BGB kommt folglich nicht in Betracht, sodass die gesetzlichen Vertreter stets gem. §§ 1629 Abs. 2 S. 1, 1795 Abs. 2, 181 BGB von der Zustimmungserteilung ausgeschlossen sind, wenn sie selbst Mitgesellschafter sind. Die Eltern können jedoch wirksam für den minderjährigen Gesellschafter die erforderliche Zustimmung versagen, da es sich dann um ein rechtlich neutrales Rechtsgeschäft handelt, weil die mit der Zustimmung verbundenen Nachteile nicht eintreten.<sup>64</sup>

## 3. Vertretung der Gesellschaft

Die Vertretung der Gesellschaft nach außen erfolgt stets ausschließlich im Namen der Gesellschaft und nicht für den Minderjährigen.<sup>65</sup> Die Anwendung des § 181 BGB scheidet somit aus, da kein Interessenkonflikt durch das Handeln einer Person auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts gegeben ist.

Der Minderjährige selbst kann jedoch z.B. nicht als Geschäftsführer einer GmbH bestellt werden (vgl. § 6 Abs. 2 S. 1 GmbHG). Auch von der organschaftlichen Vertretung der KG ist der Minderjährige als Kommanditist gem. § 170 HGB ausgeschlossen.

Nimmt die Gesellschaft Handlungen vor, die grds. unter den Katalog der genehmigungspflichtigen Rechtsgeschäfte der §§ 1821, 1822 BGB fallen, ist trotz der Beteiligung des Minderjährigen keine Genehmigung des Familiengerichts erforderlich, da das ansonsten genehmigungsbedürftige Rechtsgeschäft von der Gesellschaft und nicht vom Minderjährigen vorgenommen wird.<sup>66</sup>

## 4. Besonderheit: Veräußerung von Grundbesitz durch grundbesitzverwaltende Gesellschaften

Ist der Minderjährige Gesellschafter einer grundbesitzverwaltenden Gesellschaft, stellt sich zusätzlich bei jeder Veräußerung von Grundbesitz der Gesellschaft die Frage nach der Erforderlichkeit einer familiengerichtlichen Genehmigung nach § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB bzw. § 1850 Nr. 1 BGB n.F. Verfügung ist danach jede unmittelbare Einwirkung auf ein Grundstück durch Übertragung, Belastung, Inhaltsänderung oder Aufgabe.<sup>67</sup> Unter die Genehmigungsbedürftigkeit fällt jedoch nur das Rechtsgeschäft, welches sich auf das Vermögen des Minderjährigen bezieht. Der Verfügungsgegenstand muss sich daher im Vermögen des Minderjährigen befinden. Ausreichend ist hierbei auch eine Bruchteils- oder Gesamthandsgemeinschaft.<sup>68</sup>

### a) Veräußerung durch Kapitalgesellschaft oder Personenhandelsgesellschaft

Hiervon nicht betroffen sind daher zwingend Rechtsgeschäfte einer juristischen Person, auch wenn an dieser Minderjährige als Gesellschafter beteiligt sind oder diese sogar durch die Minderjährigen vertreten wird. Anerkannt ist, dass auch bei Rechtsgeschäften einer Personenhandelsgesellschaft (OHG und KG) nicht unmittelbar das Vermögen des Minderjährigen betroffen ist.<sup>69</sup> Das Familiengericht soll nicht in die kaufmännische Führung des Unternehmens mit einbezogen werden müssen.<sup>70</sup>

### b) Veräußerung durch GbR

Umstritten ist die Genehmigungsbedürftigkeit des § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB jedoch bei Grundbesitzverfügungen einer GbR, an der Minderjährige beteiligt sind. Die oben aufgeführte Rechtsprechung zu Personenhandelsgesellschaften ist wohl anzuwenden, wenn die GbR ein Erwerbsgeschäft betreibt und daher bereits der Beitritt des Minderjährigen in die Gesellschaft genehmigungsbedürftig war.<sup>71</sup> Bei rein vermögensverwaltenden GbRs wird hingegen die Ansicht vertreten, dass die Veräußerung von Gesellschaftsgrundbesitz selbst dann der familiengerichtlichen Genehmigung bedarf, wenn der frühere Beitritt des Minderjährigen bereits durch das Familiengericht genehmigt wurde.<sup>72</sup> Es wird empfohlen, bei Grundstücksverfügungen einer GbR, an der Minderjährige beteiligt sind, immer eine familiengerichtliche Genehmigung einzuholen.<sup>73</sup> Dieser Ansicht ist spätestens seit der vom BGH anerkannten Rechtsfähigkeit der Außen-GbR<sup>74</sup> wohl nicht mehr zu folgen. Demnach ist

60) *Bürger*, RNotZ 2006, 156, 174; *Baumbach/Hopt/Roth*, HGB, 40. Aufl. 2021, § 119 Rn 29.

61) *Noack/Servatius/Haas/Noack*, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 51 Rn 30.

62) *Noack/Servatius/Haas/Noack*, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 51 Rn 31.

63) *Bürger*, RNotZ 2006, 156, 175 f.

64) Hierzu ausführlich *Nitze*, Der minderjährige Gesellschafter im Familienunternehmen, S. 185 ff.

65) *Pauli*, ZErB 2016, 131, 133 f.

66) *Bürger*, RNotZ 2006, 156, 170; *Kölmel*, RNotZ 2010, 1, 16; *Baumbach/Hopt/Roth*, HGB, 40. Aufl. 2021, § 126 Rn 1.

67) *Grüneberg/Götz*, BGB, 81. Aufl. 2022, § 1821 Rn 10.

68) *Grüneberg/Götz*, BGB, 81. Aufl. 2022, § 1821 Rn 7.

69) *Grüneberg/Götz*, BGB, 81. Aufl. 2022, § 1821 Rn 4, 7.

70) So auch: BGH v. 29.6.1970 – II ZR 158/69, NJW 1971, 375 376.

71) *Klüsener*, Rpfleger 1981, 461, 464; OLG Schleswig v. 1.8.2001 – 2 W 133/01, DNotZ 2002, 551, 552; *Schreiber*, NotBZ 2002, 109, 110.

72) OLG Koblenz v. 22.8.2002 – 9 UF 397/02, NJW 2003, 1401, 1402; OLG Nürnberg v. 4.10.2012 – 15 W 1623/12, NJW 2013, 82, 82 f.

73) *Schönerl/Stüber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn 3684.

74) Vgl. hierzu BGH v. 29.1.2001 – II ZR 331/00, NJW 2001, 1056, 1057 f.

auch die Verfügung über Grundbesitz einer Außen-GbR der Verfügung einer juristischen Person gleichzusetzen, sodass die Genehmigungsbedürftigkeit zumindest dann auszuschließen

ist, wenn bereits der Beitritt des minderjährigen Gesellschafters genehmigungsbedürftig war.<sup>75</sup>

#### Auf einen Blick

- Für die Beteiligung von Minderjährigen sind solche Gesellschaftsformen geeignet, bei denen der Minderjährige nur mit seiner Einlage und nicht unbeschränkt persönlich haftet. Die GbR oder OHG ist daher als Gesellschaftsform nicht geeignet.
- Der unentgeltliche Erwerb eines voll eingezahlten Kommanditanteils wird von der herrschenden Meinung richtigerweise als lediglich rechtlich vorteilhaft angesehen, sodass Eltern ihre Kinder bei der unentgeltlichen Übertragung von Anteilen auch dann vertreten können, wenn sie selbst oder Großeltern an der Gesellschaft beteiligt sind.
- Der unentgeltliche Erwerb eines GmbH-Geschäftsanteils wird hingegen im Hinblick auf die potenzielle Ausfallhaftung bzw. Haftung bei Kapitalrückzahlung gem. §§ 16, 24, 31 Abs. 3 GmbHG nicht als lediglich rechtlich vorteilhaft angesehen, sodass Eltern ihre Kinder bei der unentgeltlichen Übertragung eines GmbH-Geschäftsanteils nicht vertreten können, wenn sie selbst oder Großeltern an der Gesellschaft beteiligt sind.
- Soweit die Gesellschaft nur eigenes Vermögen verwaltet, ist eine familiengerichtliche Genehmigung zur unentgeltlichen Anteilsübertragung nicht erforderlich.
- Bei Grundlagenbeschlüssen können Eltern ihre Kinder nicht vertreten, wenn sie selbst oder Großeltern an der Gesellschaft beteiligt sind.
- Ob eine familiengerichtliche Genehmigung von Grundlagenbeschlüssen erforderlich ist, ist im Detail hoch umstritten.
- Bei Beschlüssen über Geschäftsführungsmaßnahmen können Eltern ihre Kinder grundsätzlich immer vertreten, also auch wenn sie selbst oder Großeltern an der Gesellschaft beteiligt sind. Etwas anderes gilt nur dann, wenn Eltern z. B. selbst zu Geschäftsführern bestellt werden sollen. Eine familiengerichtliche Genehmigung ist grundsätzlich nicht erforderlich.
- Auch bei der Veräußerung von Grundbesitz der Gesellschaft ist weder die Beteiligung eines Ergänzungspflegers noch eine familiengerichtliche Genehmigung erforderlich.

75) So auch *Dümig*, FamRZ 2003, 1, 2 f.; *Wertenbruch*, NJW 2015, 2150, 2151 f.