



Minderjährigkeit und Betreuung bei Familiengesellschaften

Rechtsprobleme und Lösungsvorschläge für Praxis und Gesetzgeber



Impressum

Herausgeber:



Stiftung Familienunternehmen

Prinzregentenstraße 50

80538 München

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

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

E-Mail: info@familienunternehmen.de

www.familienunternehmen.de

Erstellt von:



**UNIVERSITÄT
BAYREUTH**

Stiftungsprofessur für das Recht der Familienunternehmen

Universität Bayreuth

Prof. Dr. Marco Staake

© Stiftung Familienunternehmen, München 2020

Titelbild: Monkey Business Images | shutterstock

Abdruck und Auszug mit Quellenangabe

ISBN: 978-3-942467-91-9

Zitat (Vollbeleg):

Stiftung Familienunternehmen (Hrsg.): Minderjährigkeit und Betreuung bei Familiengesellschaften – Rechtsprobleme und Lösungsvorschläge für Praxis und Gesetzgeber, erstellt von Prof. Dr. Marco Staake, München 2020, www.familienunternehmen.de

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|------------|
| Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse | VII |
| A. Vorbemerkungen | 1 |
| I. Gegenstand und Zielstellung der Untersuchung | 1 |
| II. Rechtspolitische Bedeutung..... | 2 |
| 1. Minderjährige Gesellschafter..... | 2 |
| 2. Geschäftsunfähige Gesellschafter | 3 |
| III. Aktuelle Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts | 4 |
| IV. Gang der Darstellung | 5 |
| B. Minderjährige Gesellschafter | 7 |
| I. Rechtsgeschäftlicher Erwerb der Gesellschafterstellung | 7 |
| 1. Erfasste Fälle | 7 |
| 2. Zentrale Fragen..... | 8 |
| 3. Wer handelt für den Minderjährigen?..... | 9 |
| a) Grundlagen | 9 |
| b) Lediglich rechtliche Vorteilhaftigkeit? | 11 |
| c) Rechtsformspezifische Aspekte | 13 |
| aa) Erwerb von Mitgliedschaften in OHG und GbR sowie als Komplementär..... | 13 |
| bb) Erwerb von Kommanditanteilen an einer KG | 14 |
| cc) Erwerb von GmbH-Anteilen | 19 |
| dd) Erwerb von Aktien | 21 |
| d) Empfehlungen für Praxis und Gesetzgeber | 22 |
| 4. Muss das Familiengericht genehmigen?..... | 23 |
| a) Überblick über die Genehmigungstatbestände | 23 |
| b) Begriff des Erwerbsgeschäfts..... | 23 |
| c) Abgrenzung zur reinen Vermögensverwaltung..... | 25 |
| d) Entgeltlicher und unentgeltlicher Erwerb..... | 26 |
| e) Rechtsformspezifische Aspekte | 26 |

| | |
|--|----|
| aa) Erwerb von Mitgliedschaften in OHG und GbR sowie als Komplementär..... | 26 |
| bb) Erwerb von Kommanditeilen einer KG..... | 27 |
| cc) Erwerb von GmbH-Anteilen..... | 28 |
| dd) Erwerb von Aktien..... | 31 |
| f) Die Neuerungen des Regierungsentwurfs: § 1852 BGB-E..... | 31 |
| II. Erwerb von Todes wegen..... | 33 |
| 1. Annahme der Erbschaft..... | 33 |
| 2. Ausschlagung der Erbschaft..... | 35 |
| a) Grundlagen..... | 35 |
| b) Familiengerichtliche Genehmigung..... | 36 |
| c) Rechtsformspezifische Aspekte..... | 36 |
| aa) Kapitalgesellschaften..... | 37 |
| bb) Personengesellschaften..... | 37 |
| d) Einschränkende Gestaltungen..... | 39 |
| III. Minderjährige als Gesellschafter..... | 40 |
| 1. Ausübung von individuellen Gesellschafterrechten..... | 40 |
| a) Vorbemerkungen..... | 40 |
| b) Ausübung des Stimmrechts..... | 40 |
| aa) Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters..... | 40 |
| bb) Erfordernis eines Ergänzungspflegers..... | 41 |
| cc) Familiengerichtliche Genehmigung..... | 42 |
| c) Sonstige Mitgliedschaftsrechte..... | 43 |
| 2. Handlungen gegenüber dem Gesellschafter..... | 43 |
| a) Ladung zu Gesellschafterversammlungen..... | 44 |
| b) Erklärungen und Handlungen gegenüber dem Gesellschafter..... | 45 |
| 3. Wahrnehmung organschaftlicher Befugnisse..... | 45 |
| IV. Sonderkonstellation: Beschränkung der Vermögenssorge..... | 46 |
| 1. Überblick..... | 46 |

| | | |
|-----------|---|-----------|
| 2. | Zuwendungen unter Ausschluss der Vermögenssorge nach § 1638 BGB | 47 |
| a) | Allgemeine Voraussetzungen | 47 |
| b) | Rechtsfolgen | 49 |
| aa) | Ausschluss der Vermögenssorge | 49 |
| bb) | Bestellung eines Zuwendungspflegers | 50 |
| cc) | Reichweite des Ausschlusses der Vermögenssorge | 51 |
| c) | Besondere Aspekte der Zuwendung von Beteiligungen | 54 |
| d) | Regierungsentwurf und Aufruf an den Gesetzgeber | 55 |
| C. | Geschäftsunfähige Gesellschafter | 57 |
| I. | Folgen der Geschäftsunfähigkeit von Gesellschaftern | 57 |
| II. | Betreuung als gesetzliche Lösung | 58 |
| 1. | Grundlagen | 58 |
| 2. | Ausübung von individuellen Gesellschafterrechten | 60 |
| 3. | Handlungen gegenüber dem Gesellschafter | 60 |
| 4. | Wahrnehmung organschaftlicher Befugnisse | 61 |
| a) | Problemstellung | 61 |
| b) | Gesellschaftsrechtliche Aspekte | 62 |
| c) | Betreuungsrechtliche Aspekte | 64 |
| 5. | Sicherstellung der Handlungsfähigkeit der Gesellschaft | 66 |
| a) | Ergänzende Auslegung des Gesellschaftsvertrages | 66 |
| b) | Gesetzliche Notvertretungsbefugnis | 67 |
| c) | Gerichtliche Bestellung eines Notvertreters analog § 29 BGB | 67 |
| 6. | Kontrolle des Betreuers und Schutz vor Missbrauch | 68 |
| 7. | Empfehlungen für Praxis und Gesetzgeber | 69 |
| 8. | Änderungen des Regierungsentwurfs | 69 |
| III. | Vorsorgevollmachten | 71 |
| 1. | Ausgangspunkt | 71 |
| 2. | Bedeutung von Vorsorgevollmachten | 72 |
| 3. | Besonderheiten in Personengesellschaften | 73 |

| | |
|---|-----------|
| a) Ausübung von Gesellschafterrechten und Abspaltungsverbot | 73 |
| b) Prinzip der Selbstorganschaft | 75 |
| 4. Besonderheiten bei Kapitalgesellschaften | 77 |
| 5. Missbrauchsgefahren und präventive Gestaltungen | 78 |
| 6. Empfehlungen für Praxis und Gesetzgeber | 80 |
| D. Verfahrensrechtliche Aspekte | 81 |
| I. Einheitlichkeit der Rechtsprechung | 81 |
| 1. Problemstellung | 81 |
| 2. Einführung einer Nichtzulassungsbeschwerde? | 82 |
| 3. Vorschlag: Wiedereinführung der Divergenzvorlage..... | 83 |
| II. Negativatteste..... | 85 |
| 1. Problemstellung | 85 |
| 2. Vorschlag: Genehmigungsfiktion | 86 |
| III. Aspekte der Ergänzungspflegschaft | 87 |
| 1. Anforderungen an die Person des Ergänzungspflegers | 87 |
| 2. Vorschlag: optionale Dauerergänzungspflegschaft | 89 |
| Danksagung..... | 91 |
| Literaturverzeichnis | 93 |

Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

1. Die Beteiligung von minderjährigen und geschäftsunfähigen Gesellschaftern stellt Familienunternehmen und deren Rechtsberater vor besondere **rechtliche Herausforderungen**. Die Rechtslage ist hier oft unklar, da die Vorschriften des allgemeinen Zivilrechts, namentlich des Minderjährigen-, Vormundschafts- und Betreuungsrechts, die besonderen Aspekte des Gesellschaftsrechts zumeist nicht berücksichtigen. Diese Unklarheiten führen zu einem verworrenen juristischen Meinungsbild und – für die Praxis bedeutsamer – zu einer Uneinheitlichkeit der gerichtlichen Spruchpraxis, kurzum: zu einer **erheblichen Rechtsunsicherheit**. Ziel dieser Untersuchung ist es, die Rechtsprobleme systematisch aufzuzeigen und den Meinungsstand in Rechtsprechung und im juristischen Schrifttum nachzuzeichnen, diesen aber auch kritisch zu hinterfragen und, wo es geboten ist, neue dogmatische Ansätze zu präsentieren. Zudem werden **Lösungsansätze** aufgezeigt, mittels derer die **Praxis** bestehende Unsicherheiten vermeiden kann. Schließlich wird auch der **Gesetzgeber** aufgerufen, den aufgezeigten Problemen Rechnung zu tragen. Zu diesem Zweck werden konkrete **Gesetzgebungsvorschläge** unterbreitet, die im Zuge der angestrebten Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts berücksichtigt werden sollten.
2. Der **rechtsgeschäftliche Beteiligungserwerb durch Minderjährige** kann auf verschiedenen Wegen erzielt werden: durch Mitwirkung an der Gründung der Gesellschaft oder einer Kapitalmaßnahme, durch die Übertragung bestehender Mitgliedschaften oder durch Eintritt in eine bestehende Personengesellschaft. Hierbei stellt sich jeweils die Frage, ob der Minderjährige allein handeln kann oder es der **Mitwirkung** (Zustimmung oder Vertretung) **der Eltern** als gesetzliche Vertreter bedarf. Problematisch ist dies insbesondere bei der Schenkung vollingezahlter Kommandit- oder GmbH-Anteile, da umstritten ist, ob der Erwerb in diesen Fällen lediglich rechtlich vorteilhaft im Sinne von § 107 BGB ist. Im Zweifel sollte die Praxis auf die Mitwirkung der Eltern zumindest vorsorglich achten. Sind diese rechtlich (insbesondere weil es sich um ein Insichgeschäft handelt) oder tatsächlich verhindert, ist ein **Ergänzungspfleger** zu bestellen. Von der Frage, wer für den Minderjährigen handeln kann, strikt zu unterscheiden ist die Frage, ob der Beteiligungserwerb eine **familiengerichtliche Genehmigung** erfordert. Dies richtet sich derzeit nach § 1822 Nr. 3 BGB, der aber nicht auf alle Fälle passt und wiederum Zweifelsfragen aufwirft. Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts vom 25. September 2020 verschiebt das Genehmigungserfordernis in **§ 1852 BGB-E**. Durch die Neuregelung würden zwar einige Zweifelsfragen geklärt, andere aber neu aufgeworfen werden. Hier gilt es nachzubessern.
3. Kommandit- und GmbH-Anteile sind kraft Gesetzes **vererblich**. Mitgliedschaften in OHG und GbR sowie die Komplementärstellung in der KG sind nur vererblich, wenn dies im Gesellschaftsvertrag durch einfache oder qualifizierte **Nachfolgeklauseln** festgelegt ist. Bei den Personengesellschaften soll nach herrschender Meinung bei Vorhandensein mehrerer Erben nicht die Erbengemeinschaft, sondern im Wege einer Sonderrechtsnachfolge jeder Erbe Gesellschafter werden. Die damit verbundenen Fragen sind weitgehend geklärt, sodass **kein dringender gesetzgeberischer Handlungsbedarf** besteht.

4. Die individuellen Gesellschafterrechte, die einem Minderjährigen zustehen, sind im Zweifel von den Eltern als gesetzlicher Vertreter auszuüben. Dies gilt insbesondere für das Stimmrecht, da dessen Ausübung nach vorzugswürdiger Ansicht nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist. Sind die Eltern selbst an der Gesellschaft beteiligt, scheidet eine **Stimmrechtsvertretung** nicht generell an § 181 BGB. Lediglich in den Fällen, in denen die Eltern selbst vom **Stimmrecht ausgeschlossen** sind, ist ein Ergänzungspfleger zu bestellen. Wünschenswert wäre es, wenn der **Gesetzgeber** klare Vorgaben zur **Ladung minderjähriger Gesellschafter** treffen und die einschlägigen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften um entsprechende Regelungen ergänzen würde. Stehen einem minderjährigen Gesellschafter **organschaftliche Vertretungsbefugnisse** zu, können diese ebenfalls nur unter Mitwirkung der Eltern ausgeübt werden. Für GmbH und AG bestehen insoweit aber ohnehin gesetzliche **Inhabilitätsregeln**, sodass die Problematik nur bei Personengesellschaften relevant werden kann.
5. Für die Nachfolgeplanung in Familienunternehmen interessante Gestaltungsoptionen bietet § 1638 BGB, der bei Zuwendung von Todes wegen und lebzeitigen Schenkungen den **Ausschluss der elterliche Vermögenssorge** hinsichtlich des zugewendeten Gegenstandes ermöglicht. Wird die Vermögenssorge beider Elternteile ausgeschlossen, ist die Bestellung eines **Zuwendungspflegers** nötig, wobei der Zuwendende bestimmen kann, wer diese Aufgabe übernehmen soll. Auch eine Selbstbenennung ist möglich. Der Vorteil der Zuwendungspflegschaft gegenüber der „gewöhnlichen“ Ergänzungspflegschaft besteht darin, dass sie **dauerhaft** ist und erst mit Volljährigkeit des Kindes endet. Allerdings ist bei Beteiligungen, die eine **unbeschränkte persönliche Haftung** des Minderjährigen begründen, ein Ausschluss der Vermögenssorge der Eltern **nicht sachgerecht**. Der Gesetzgeber sollte klarstellen, dass in diesen Fällen § 1638 BGB nicht anwendbar ist.
6. Eine stetig steigende Lebenserwartung und Fortschritte in der Medizin tragen dazu bei, dass Unternehmer häufig länger als in früheren Zeiten im Geschäftsleben aktiv sein können. Damit erhöht sich aber auch das Risiko von Erkrankungen, die sich auf die Geschäftsfähigkeit auswirken. **Geschäftsunfähige Gesellschafter** können ihre Rechte und Befugnisse nicht mehr ausüben, ihre Pflichten nicht mehr erfüllen. Dies kann unter Umständen auch zur **Handlungsunfähigkeit der Gesellschaft** führen. Dem gilt es vorzubeugen.
7. Anders als Minderjährige haben geschäftsunfähige Volljährige nicht generell einen gesetzlichen Vertreter. Dies ist nur der Fall, wenn für sie ein **Betreuer** bestellt wurde und die Angelegenheit zu dem diesen übertragenen Aufgabenkreis gehört. Ob die Wahrnehmung von individuellen Gesellschafterrechten zum Aufgabenkreis des Betreuers gehört, sollte sich klar aus dem Bestellungsbeschluss ergeben. Zur **Wahrnehmung organschaftlicher Befugnisse** ist der Betreuer hingegen – entgegen einer im Schrifttum vertretenen Ansicht – **nicht berechtigt oder verpflichtet**. Die Übertragung solcher Befugnisse läge weder im Interesse der Gesellschaft noch im Interesse des Betreuers. Im Zuge der geplanten **Reform des Personengesellschaftsrechts** sollte der **Gesetzgeber** klarstellen, dass Betreuer nicht als organschaftliche Geschäftsführer und Vertreter der Gesellschaft fungieren. Für das GmbH- und Aktienrecht folgt dies ohnehin schon aus den geltenden Inhabilitätsregeln.
8. Die Bestellung eines Betreuers ist für alle Beteiligten oft nur die zweitbeste Lösung. In der Praxis wird zunehmend mit **Vorsorgevollmachten** gearbeitet. Geboten ist dabei eine **inhaltliche Abstimmung**

mung von Vollmacht und Gesellschaftsvertrag, wobei den Interessen im konkreten Fall durch unterschiedliche Ausgestaltungen Rechnung getragen werden kann. Dabei sollten auch **Missbrauchsrisiken** bedacht werden. Dies kann beispielsweise durch die Erteilung einer Kontrollvollmacht geschehen. Der Regierungsentwurf enthält mit § 1820 BGB-E eine Grundnorm zur Vorsorgevollmacht. Die **spezifischen Probleme** der Vorsorgevollmacht eines Unternehmers oder Gesellschafters und das Verhältnis zum Gesellschaftsrecht werden bislang aber nicht thematisiert. Dies sollte dringend **nachgeholt** werden.

9. Zur Sicherstellung einer einheitlichen Rechtsprechung sollte der Gesetzgeber die 2009 nicht in das FamFG übernommene **Divergenzvorlage** wieder einführen. Empfohlen wird zudem die Einführung einer gesetzlichen **Genehmigungsfiktion bei Negativattesten**, wonach eine erforderliche gerichtliche Genehmigung als erteilt gilt, wenn ein entsprechender Antrag unter Verweis auf das (vermeintliche) Nichtvorliegen der Genehmigungsbedürftigkeit abgelehnt wurde. Eingeführt werden sollte schließlich die **optionale Dauerergänzungspflegschaft**. Auf diese Weise ließen sich auch außerhalb der Fälle des § 1938 BGB wiederholte Bestellungen eines Ergänzungspflegers vermeiden.

A. Vorbemerkungen

I. Gegenstand und Zielstellung der Untersuchung

Das Gesellschaftsrecht geht vom „Normalfall“ des volljährigen und vollgeschäftsfähigen Gesellschafters¹ aus. Dieser kann seine mitgliedschaftlichen Rechte selbstständig wahrnehmen und seine mitgliederschaftlichen Pflichten auch selbst erfüllen. Probleme und Verwerfungen ergeben sich jedoch, wenn diese **Handlungsfähigkeit** von vornherein nicht besteht, nachträglich entfällt oder zumindest in Frage gestellt wird. Angesprochen sind damit die Konstellationen, in denen Gesellschafter nicht die volle Geschäftsfähigkeit besitzen, weil sie

- entweder noch **minderjährig** sind, also das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben (vgl. § 2 BGB), oder
- sich dauerhaft in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befinden und deshalb gemäß § 104 Nr. 2 BGB **geschäftsunfähig** sind.

Beide Konstellationen sind insbesondere in Familienunternehmen sowohl **praktisch relevant** als auch **rechtlich schwierig**. Sie gehören daher zum Kerngeschäft der unternehmensrechtlichen Beratung. Die Herausforderung besteht dabei in vielen Fällen darin, dass die **Rechtslage unklar** ist. Zwar handelt es sich bei der Geschäftsfähigkeit, also der Fähigkeit, rechtlich relevante Handlungen selbst vornehmen, Willenserklärungen abgeben und empfangen zu können, um ein zentrales Thema der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre, doch sind die hierzu in den §§ 104 ff. BGB verankerten Regelungen sehr allgemein gehalten. Auch in HGB, GmbHG und AktG, die Regelungen zu den wichtigsten Gesellschaftsformen enthalten, wird die Problematik nicht behandelt. Hinzu kommen familien- und betreuungsrechtliche Anforderungen, die das BGB an Geschäfte für Minderjährige und Geschäftsunfähige stellt, wobei die gesellschaftsrechtlichen Aspekte bislang nur rudimentär und sehr unvollständig geregelt sind.

Die Auslotung der gesellschaftsrechtlichen Dimension der Problematik ist daher insbesondere der **Rechtsprechung** überantwortet, die – wie zu zeigen sein wird – in vielen Problemfeldern sehr **uneinheitlich** ist. Auch im juristischen Schrifttum finden sich verschiedene, teils konträre Positionen zu einzelnen Fragestellungen. Dies führt zu einem erheblichen Maß an **Rechtsunsicherheit** für die betroffenen Gesellschafter, Unternehmen und deren Rechtsberater.

1 Gemeint sind – natürlich – auch Gesellschafterinnen. Ebenso können Minderjährige, Geschäftsführer, Pfleger, Erben und alle anderen Personen, von denen in dieser Untersuchung die Rede ist, stets auch weiblichen Geschlechts oder divers sein. Sprachlich und inhaltlich ganz korrekt wäre es zwar, diese verschiedenen Geschlechterbezeichnungen durchweg zu verwenden. Darunter würden die Lesbarkeit und Verständlichkeit signifikant leiden. Daher wird hier, ganz traditionell, das generische Maskulinum verwendet.

Zielstellung der Untersuchung ist es, die verschiedenen Probleme systematisch aufzuarbeiten, den Meinungsstand und hier insbesondere bestehende Divergenzen in der Rechtsprechung darzustellen. Es geht mit anderen Worten vornehmlich darum, das Ausmaß der Rechtsunsicherheit aufzuzeigen. An gegebener Stelle wird natürlich auch Stellung bezogen werden. Vor allem soll dies dort geschehen, wo sich noch kein eindeutiges Meinungsspektrum herausgebildet hat oder entscheidende Aspekte bisher nicht einbezogen wurden. Zudem sollen Vorschläge unterbreitet werden, wie durch gesetzgeberische Eingriffe bestehende Unsicherheiten vermieden oder zumindest abgemildert werden können. Die Untersuchung ist daher bewusst auch an den **Gesetzgeber** und die am Gesetzgebungsprozess beteiligten Personen adressiert.

II. Rechtspolitische Bedeutung

Die Thematik ist von **erheblicher** rechtspolitischer Bedeutung. Dies gilt zwar nicht nur, aber wegen ihrer oftmals stark personalistischen Ausprägung doch in besonderem Maße für **Familienunternehmen**.

1. Minderjährige Gesellschafter

Für die Beteiligung von Minderjährigen an (Familien-)Gesellschaften kann es unterschiedliche Gründe und **Motive** geben, wobei zwischen unternehmensbezogenen und familiären Motiven unterschieden werden kann.²

Unternehmensbezogen sind jene Motive, die auf den Erhalt und die Fortentwicklung des Unternehmens gerichtet sind, wobei neben der Sicherung des Charakters als Familienunternehmen auch die Aspekte der Wirtschaftlichkeit und Nachhaltigkeit eine bedeutende Rolle spielen. Zentral ist dabei die Überlegung, dass durch die frühzeitige Beteiligung minderjähriger Familienmitglieder zukünftige Liquiditätsabflüsse aus dem Unternehmen verhindert oder zumindest minimiert werden sollen.³ Zusätzlich soll der Gefahr begegnet werden, dass die bei einem späteren Erwerb von Todes wegen anfallende Erbschaftsteuer den Begünstigten zu einer Veräußerung von Anteilen zwingt, um eigene Liquiditätsabflüsse oder gar Liquiditätsengpässe zu beseitigen.⁴ Es geht dabei in erster Linie um die Vermeidung oder zumindest Minimierung von **Erbschafts- und Schenkungssteuern**. Durch frühzeitige Zuwendung können die gemäß § 16 ErbStG bestehenden Freibeträge mehrfach ausgenutzt werden, denn wegen § 14 Abs. 1 S. 1 ErbStG stehen die Freibeträge alle zehn Jahre neu zur Verfügung. Bei der Schenkung an eigene Kinder beträgt der Freibetrag 400.000 EUR (§ 16 Abs. 1 Nr. 2 Var. 1 ErbStG), bei Enkelkindern 200.000 EUR oder, wenn das eigene Kind bereits verstorben ist, ebenfalls 400.000 EUR (§ 16 Abs. 1 Nr. 2 Var. 2 und Nr. 3 ErbStG). Selbst wenn der Freibetrag durch die lebzeitige Schenkung überschritten wird, führt dies

2 So auch *Nitze*, Der minderjährige Gesellschafter in Familienunternehmen, S. 24 ff.

3 Dazu vertiefend *Hennerkes*, Familienunternehmen sichern und optimieren, S. 380 ff.

4 *Nitze*, Der minderjährige Gesellschafter in Familienunternehmen, S. 24 f.; *Reimann*, Kautelarjuristische Maßnahmen zur Absicherung und Kontrolle der Unternehmensnachfolge, Festschrift Otte, 2005, S. 285, 288 f.

zu einer Minimierung der Steuerlast, da der Steuersatz gemäß § 19 Abs. 1 ErbStG progressiv ist. Neben den erbschafts- und schenkungssteuerlichen Aspekten sind in der Praxis auch das **Pflichtteilsrecht** sowie das **eheliche Güterrecht** Triebfedern für lebzeitige Schenkungen an Minderjährige.⁵ Darüber hinaus kann eine frühzeitige Einbindung in die Gesellschaft dazu dienen, Interesse und Pflichtbewusstsein am Unternehmen zu wecken und die Position des potentiellen Nachfolgers mit Blick auf die anstehende Neustrukturierung des Unternehmens und seiner Leitung zu stärken.⁶

Familiäre Motive für die Beteiligung von Minderjährigen sind neben der finanziellen Absicherung⁷ die Weitergabe der familienunternehmerischen Tradition sowie die Vermeidung von Konflikten zwischen Kindern in Nachfolgesituationen.

Wie viele Minderjährige an Gesellschaften allgemein und an Familienunternehmen im Besonderen beteiligt sind, lässt sich nicht verlässlich sagen, da umfassende empirische Erhebungen fehlen.

2. Geschäftsunfähige Gesellschafter

Der **demografische Wandel** zwingt auch dazu, sich intensiver mit dem anderen Ende des Altersspektrums zu beschäftigen. Eine stetig steigende Lebenserwartung und Fortschritte in der Medizin haben dazu beigetragen, dass auch Unternehmer häufig länger als in früheren Zeiten im Geschäftsleben aktiv sein können.

Dies ist einerseits ein Vorteil, da das Unternehmen von der langjährigen Erfahrung und der bewährten Führungsstärke der – im wahrsten Sinne des Wortes – „Altgesellschafter“ profitieren kann. Andererseits wächst mit zunehmendem Alter nicht nur die Gefahr eines plötzlichen Ablebens, sondern auch das Risiko von Erkrankungen, die sich auf die Geschäftsfähigkeit auswirken. Es besteht dann die Gefahr, dass der betroffene Gesellschafter seine Angelegenheiten nicht mehr selbst wahrnehmen kann und stattdessen unternehmens- und familienfremde Dritte Einfluss auf die Geschicke des Unternehmens nehmen können.

Empirische Erhebungen zur Frage, wie viele Gesellschafter geschäftsunfähig im Sinne des § 104 Nr. 2 BGB sind oder in Zukunft voraussichtlich sein werden, gibt es bislang nicht. Auch die Anzahl der gerichtlich bestellten Betreuer, die für Gesellschafter deren Rechte ausüben, ist nicht ermittelbar. Gleichwohl rechtfertigen die anekdotische Evidenz sowie die vorstehenden Erwägungen die Annahme, dass es sich

5 *Nitze*, Der minderjährige Gesellschafter in Familienunternehmen, S. 26; siehe auch *Honzen*, Pflichtteil und Unternehmensnachfolge, S. 18 f.; *Crezelius*, Unternehmenserbrecht, Rn. 88.

6 Dazu *Nitze*, Der minderjährige Gesellschafter in Familienunternehmen, S. 28 f.; *Nagel*, Familiengesellschaft und Elterliche Gewalt, S. 5 f.

7 *Bürger*, RNotZ 2006, 156 (157); *Gebele*, BB 2012, 728.

auch bei der Geschäftsunfähigkeit von Gesellschaftern um ein drängendes Problem in der Praxis der Familienunternehmen handelt.

III. Aktuelle Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts

Die Thematik ist nicht nur rechtspolitisch bedeutsam, sondern auch rechtspolitisch aktuell. Grund hierfür sind die gegenwärtigen legislativen Bestrebungen, das Vormundschafts- und Betreuungsrecht neu zu regeln.

Im Juni 2020 wurde vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) ein Referentenentwurf eines Gesetzes zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts veröffentlicht. Bis September 2020 gingen hierzu mehr als 80 Stellungnahmen von Verbänden und Einzelpersonen ein. Am 25. September 2020 wurde vom Bundeskabinett der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts beschlossen.

Durch das Gesetz sollen **Vormundschafts- und Betreuungsrecht insgesamt neu strukturiert** werden. Dabei sollen die Vorschriften des geltenden Vormundschaftsrechts zur Vermögenssorge, zu Fürsorge und Aufsicht des Gerichts sowie zum Aufwendersatz und zur Vergütung ins Betreuungsrecht eingeordnet und, soweit erforderlich, an das Betreuungsrecht angepasst werden. Dies ist nachdrücklich **zu begrüßen**, da das Vormundschaftsrecht seit langem in der Praxis nicht mehr die Bedeutung hat, die es nach der gegenwärtigen Rechtslage systematisch und dogmatisch zu haben scheint.

Ein Großteil der Neuregelungen betrifft betreuungs- und vormundschaftsrechtliche Fragestellungen sowie Angelegenheiten der Gesundheitssorge zwischen Ehegatten, die für die vorliegende Untersuchung nicht von Interesse sind. Relevant sind hingegen die geplanten Neuregelungen der familien- und betreuungsgerichtlichen Zustimmungserfordernisse sowie die Regelungen über Ergänzungs- und Zuwendungspfleger. Für die **Genehmigungsbedürftigkeit von „handels- und gesellschaftsrechtlichen Geschäften“** enthält der Regierungsentwurf (wie zuvor der Referentenentwurf) mit **§ 1852 BGB-E** eine eigenständige Regelung, die inhaltlich von dem bisher einschlägigen § 1822 Abs. 1 Nr. 3 BGB, aber auch von der hierzu ergangenen Judikatur abweicht.

Im Folgenden werden, soweit der Regierungsentwurf relevante Neuerungen vorsieht, nach der Darstellung der gegenwärtigen Rechtslage die geplanten Neuregelungen analysiert. Vorweggenommen werden kann bereits an dieser Stelle, dass der Regierungsentwurf und seine Begründung zwar manche Fragen klären, die derzeit strittig diskutiert werden, zugleich aber auch **neue Fragen** aufwerfen.

IV. Gang der Darstellung

Im **ersten Hauptteil** der Untersuchung werden Rechtsfragen erörtert, die im Zusammenhang mit **minderjährigen Gesellschaftern** auftreten.

Dabei wird zunächst der **Erwerb von Beteiligungen an Gesellschaften** behandelt. Es geht insbesondere um die Frage, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit ein Minderjähriger Gesellschafter werden kann. Zu unterscheiden sind dabei der rechtsgeschäftliche Beteiligungserwerb und das Einrücken in eine Gesellschafterstellung durch Erbfall. Da insbesondere beim rechtsgeschäftlichen Erwerb zahlreiche Rechtsfragen umstritten sind, bildet dieser den Schwerpunkt der Ausführungen. Dabei werden zunächst die dogmatischen Grundlagen erörtert, namentlich die gesetzlichen Regeln über Willenserklärungen von Minderjährigen (§§ 106 ff. BGB), die Vertretungsbefugnisse der Eltern (§§ 164, 1626 ff. BGB) und deren Einschränkungen (§§ 181, 1795 BGB), die Notwendigkeit der Ergänzungspflegschaft (§ 1909 BGB) und schließlich das Erfordernis familiengerichtlicher Genehmigungen (§ 1822 BGB). In einem zweiten Schritt werden diese spezifisch mit Blick auf die verschiedenen Gesellschaftsformen, an denen ein Minderjähriger beteiligt werden kann, untersucht. Behandelt wird in diesem Zusammenhang auch eine Sonderkonstellation, die gerade für Familienunternehmen interessant sein kann: die Zuwendung eines Gesellschaftsanteils unter Beschränkung der elterlichen Vermögenssorge (§ 1638 BGB), die gegebenenfalls die Bestellung eines sogenannten Zuwendungspflegers erforderlich machen kann. Wie bereits ausgeführt werden dabei, soweit einschlägig, auch die im Regierungsentwurf vorgeschlagenen Neuregelungen berücksichtigt. Beim Erwerb von Todes wegen geht es vornehmlich um Aspekte der Annahme und Ausschlagung der Erbschaft sowie um die gesellschaftsrechtlichen Folgen der Nachfolge.

Sodann widmet sich die Untersuchung der Rechtslage nach dem Erwerb der Gesellschafterstellung, also um **Minderjährige als Gesellschafter**. Hier geht es um die Ausübung von individuellen Gesellschafterrechten, um Ladungen, Zustellungen und sonstige Erklärungen sowie um Fragen der organschaftlichen Geschäftsführung und Vertretung. Auch insoweit spielen jeweils Aspekte der Rechtsgeschäftslehre eine maßgebliche Rolle.

Der **zweite Hauptabschnitt** behandelt die Problematik der **Geschäftsunfähigkeit** volljähriger Gesellschafter. Dabei wird insbesondere die **Betreuung** als gesetzliches Rechtsinstitut in den Blick genommen und untersucht, inwieweit die gesellschaftsrechtlichen Rechte und Pflichten auf den Betreuer übergeleitet werden. Das Hauptaugenmerk wird dabei auf der – bislang nicht hinreichend durchdrungenen – Frage liegen, ob der Betreuer auch organschaftliche Befugnisse wahrnehmen kann und muss. Anschließend wird die **Vorsorgevollmacht** als Gestaltungsmittel zur Vermeidung der Betreuung dargestellt.

Im **dritten Hauptabschnitt** werden verfahrensrechtliche Aspekte behandelt. Hier werden Vorschläge unterbreitet, wie durch gesetzliche Änderungen Rechtsunsicherheit vermieden oder zumindest vermindert werden kann. Die Vorschläge betreffen namentlich die Modifizierung des Instanzenzuges des FamFG

(Wiedereinführung der Divergenzvorlage zum BGH), die Bindungswirkung von Negativattesten sowie Aspekte der Ergänzungspflegschaft.

Nicht Gegenstand dieser Untersuchung ist der **Erwerb und Betrieb eines Handels- oder sonstigen Erwerbsgeschäfts** durch Minderjährige oder Geschäftsunfähige ohne gesellschaftsrechtliche Bezüge. Ausgeblendet werden auch **Gestaltungen**, auf die die Praxis ausweicht, um die Probleme der unmittelbaren Beteiligung an Gesellschaften zu vermeiden, insbesondere durch die Vereinbarung von **Treuhandverhältnissen** oder **stiller Gesellschaften**. Hier stellen sich zwar zum Teil ähnliche Probleme, wie sie die vorliegende Untersuchung behandelt, doch soll deren Aufarbeitung anderen Untersuchungen vorbehalten bleiben.

B. Minderjährige Gesellschafter

I. Rechtsgeschäftlicher Erwerb der Gesellschafterstellung

Ein Minderjähriger kann auf verschiedenen Wegen Gesellschafter einer Personen- oder Kapitalgesellschaft werden: durch rechtsgeschäftlichen Erwerb der Beteiligung (in der Praxis häufig durch Schenkung) oder als Erbe eines verstorbenen Gesellschafters.

1. Erfasste Fälle

Im Rahmen dieser Untersuchung wird ein weit gefasster Begriff des rechtsgeschäftlichen Beteiligungserwerbs zugrunde gelegt. Erfasst sind sowohl der originäre als auch der derivative Erwerb, sowohl von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft als auch der Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft. Eine Gesellschafterstellung kann rechtsgeschäftlich erworben werden durch

- die **Mitwirkung an der Gründung** von Gesellschaften,
- den **Erwerb neugeschaffener Gesellschaftsanteile oder Mitgliedschaften** an bereits bestehenden Gesellschaften und
- den **Erwerb bereits bestehender Gesellschaftsanteile oder Mitgliedschaften** durch rechtsgeschäftliche Übertragung.

Der **Erwerb neugeschaffener Anteile** erfolgt bei den **Kapitalgesellschaften** durch eine Kapitalerhöhung und die Übernahme der so neugeschaffenen GmbH-Geschäftsanteile oder Aktien. Bei den **Personengesellschaften** ist die Mitgliedschaft nicht mit dem Innehaben bestimmter Anteile verknüpft. Hier führt der Eintritt vielmehr zu einer Abwachsung der Anteile der Altgesellschafter.⁸

Die **rechtsgeschäftliche Übertragung** von Beteiligungen erfolgt bei der GmbH durch die Abtretung der Geschäftsanteile (§§ 413, 398 BGB, § 15 Abs. 3 GmbHG). Bei der AG können Aktien, die in Urkunden verbrieft sind, was praktisch die Regel ist, nach sachenrechtlichen Grundsätzen übertragen, insbesondere also übereignet werden. Bei Namensaktien sind zusätzlich die wertpapierrechtlichen Vorgaben des § 68 AktG zu beachten. Sind die Aktien girosammelverwahrt, erfolgt die Übertragung faktisch durch Umbuchungen.⁹ Unverbrieft Mitgliedschaftsrechte können nur durch Abtretung übertragen werden (§§ 413, 398 BGB). In **Personengesellschaften** kann ein Beteiligungserwerb auf verschiedenen Wegen durchgeführt werden: einerseits durch Abtretung der Mitgliedschaft, andererseits durch eine Kombination von Austritt des „übertragenden“ Gesellschafters und Eintritt des neuen Gesellschafters. Bei der Übertragung von Beteiligung in diesem Sinne werden typischerweise mehrere Rechtsgeschäfte abgeschlossen: (1.)

⁸ Beck Hdb. Personenges./Sauter, § 2 Rn. 204.

⁹ Zum Ganzen *Staake*, JA 2004, 247.

das kausale Verpflichtungsgeschäft zwischen Veräußerer und Erwerber, das zumeist als Kaufvertrag oder Schenkung zu qualifizieren ist, und (2.) das Verfügungsgeschäft, mittels dessen Anteile abgetreten oder Aktien übereignet werden. Bei der Kombination von Aus- und Eintritt tritt die gesellschaftsvertragliche Umsetzung an die Stelle des Verfügungsgeschäfts.

2. Zentrale Fragen

Im Folgenden werden **nur** die Aspekte behandelt, die aus der **Minderjährigkeit des Erwerbers resultieren**. Ob also beispielsweise die Gesellschaft oder die anderen Gesellschafter kraft Gesetzes oder gesellschaftsvertraglicher Regelung (vgl. etwa § 15 Abs. 5 GmbHG) einstimmig oder mehrheitlich dem Übertragungsakt zustimmen müssen, welche Formerfordernisse zu beachten sind (vgl. insbesondere § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG) und ob der Gesellschafterwechsel in eine Liste oder ein Register (vgl. § 16 Abs. 1 GmbHG, § 67 AktG) einzutragen ist, ist für diese Untersuchung nicht von Interesse.

Im Wesentlichen sind beim Beteiligungserwerb durch Minderjährige **zwei Fragestellungen** relevant: Wer handelt für den Minderjährigen? Und muss das Familiengericht den Erwerb genehmigen?

Die **erste Frage** führt in die allgemeine Rechtsgeschäftslehre, insbesondere in die §§ 106 ff. BGB. Insofern ist zu klären, ob ein Minderjähriger die im Zusammenhang mit dem rechtsgeschäftlichen Beteiligungserwerb erforderlichen Willenserklärungen **selbst** abgeben und empfangen kann – und, falls dies zu verneinen ist, durch wen der Minderjährige insoweit vertreten werden kann und muss. Als **Vertreter** kommen dabei in erster Linie die sorgeberechtigten Eltern in Betracht. Sind diese an der Vertretung gehindert, muss die Aufgabe durch einen Dritten wahrgenommen werden. Das Gesetz hält für diese Fälle das Rechtsinstitut der Ergänzungspflegschaft (§ 1909 BGB) bereit.

Die **zweite Frage** führt in das Familienrecht, konkret über § 1643 BGB bislang in das Vormundschaftsrecht (§ 1822 BGB), nach dem Regierungsentwurf zukünftig in das Betreuungsrecht (§ 1852 BGB-E).

Beide Fragen sind **strikt voneinander zu trennen**, auch wenn dies in der Praxis nicht immer sauber gehandhabt wird. Fehler auf beiden Ebenen können zur **Unwirksamkeit** des Beteiligungserwerbs führen. Dies ist insbesondere in den Fällen problematisch, in denen der zur Unwirksamkeit führende Mangel nicht sofort oder zumindest zeitnah bemerkt wird, der Erwerb also vollzogen und als wirksam behandelt wird. Oftmals entsteht dann nämlich eine **fehlerhafte Gesellschaft**, deren Behandlung nicht durch das Gesetz vorgegeben ist. Zwar besteht weitgehende Einigkeit, dass die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft nicht zu einer Belastung oder sonstigen Nachteilen für Minderjährige führen dürfen,¹⁰ doch besteht über die Konsequenzen dieses Diktums keine Einigkeit.¹¹ Eine vertiefte Auseinandersetzung mit

10 Baumbach/Hopt/Roth, § 105 HGB Rn. 84; MHdB-GesR I/Miras, § 100 Rn. 84 f.

11 Vgl. z.B. MüKo-HGB/Schmidt, § 105 HGB Rn. 238 f.

den insoweit bestehenden Fragestellungen würde die Grenzen dieser Untersuchung, aber auch die mit ihr verfolgte Zielstellung überschreiten. Insoweit muss auf den ohnehin reichhaltigen Meinungsstand im juristischen Schrifttum verwiesen werden.¹²

3. Wer handelt für den Minderjährigen?

a) Grundlagen

Hinsichtlich der rechtlichen Handlungsfähigkeit von Minderjährigen unterscheiden die §§ 104 ff. BGB nach dem Alter. **Geschäftsunfähig** ist gemäß § 104 Nr. 1 BGB, „wer nicht das siebente Lebensjahr vollendet hat“. Willenserklärungen von Kindern im Alter von einschließlich sechs Jahren sind daher immer nichtig (§ 105 Abs. 1 BGB). Insoweit ist stets eine Vertretung erforderlich. Dies gilt zwanglos auch für den Beteiligungserwerb.

Minderjährige im Alter zwischen sieben und 18 Jahren sind **beschränkt geschäftsfähig** (§ 106 BGB i. V. m. § 2 BGB). Deren rechtliche Handlungsfähigkeit richtet sich nach Maßgabe der §§ 107 bis 113 BGB. Eine zentrale Rolle spielt dabei § 107 BGB, wonach der Minderjährige zu einer Willenserklärung, durch die er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters bedarf. Ergänzend bestimmt § 108 BGB, dass die Wirksamkeit eines von einem Minderjährigen ohne die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters geschlossenen Vertrages von der Genehmigung des Vertreters abhängt. § 110 BGB erweitert die Handlungsmöglichkeiten Minderjähriger auf Geschäfte, bei denen die vertragsmäßige Leistung mit Mitteln bewirkt wurde, die ihm zu diesem Zweck oder zu freier Verfügung von dem Vertreter oder mit dessen Zustimmung von einem Dritten überlassen worden sind („Taschengeldparagraf“). Die §§ 112 und 113 BGB enthalten Regelungen zur partiellen Geschäftsfähigkeit beim selbstständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts sowie Dienst- oder Arbeitsverhältnissen des Minderjährigen. § 131 BGB regelt, wem empfangsbedürftige Willenserklärungen zugehen müssen, die den Minderjährigen betreffen, wobei die Vorschrift inhaltlich Parallelen zu § 107 BGB aufweist.

Für die vorliegende Problematik ist insbesondere **§ 107 BGB** von Interesse. Nochmals: Ein beschränkt geschäftsfähiger Minderjähriger kann hiernach nur solche Willenserklärungen allein wirksam abgeben, die für ihn lediglich rechtlich vorteilhaft sind. Ansonsten bedarf es für die Wirksamkeit der Erklärung der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters, die vorab als Einwilligung oder nachträglich als Genehmigung erteilt werden muss. Wird der Minderjährige durch Beendigung des 18. Lebensjahres voll geschäftsfähig, kann er noch schwebend unwirksame Rechtsgeschäfte selbst genehmigen (§ 108 Abs. 3 BGB).

Gesetzlicher Vertreter eines Minderjährigen sind die **Eltern**, soweit ihnen das Sorgerecht zusteht. Die Eltern haben gemäß § 1626 BGB die Pflicht und das Recht, für das minderjährige Kind zu sorgen (elterliche Sorge). Die elterliche Sorge umfasst dabei die Sorge für die Person des Kindes (Personensorge)

12 MüKo-HGB/Schmidt, § 105 HGB Rn. 238 f.

und das Vermögen des Kindes (Vermögenssorge). Die Vermögenssorge umfasst gemäß § 1629 Abs. 1 BGB die Vertretung des Kindes, wobei das Gesetz die Gesamtvertretung anordnet, wenn beide Eltern sorgeberechtigt sind. Lediglich die Passivvertretung kann auch durch nur ein Elternteil erfolgen.

Gemäß § 1773 BGB erhält ein Minderjähriger einen **Vormund**, wenn er nicht unter elterlicher Sorge steht (insbesondere weil beide Eltern verstorben sind), wenn die Eltern weder in den die Person noch in den das Vermögen betreffenden Angelegenheiten zur Vertretung des Minderjährigen berechtigt sind (weil ihnen das Sorgerecht entzogen wurde) oder der Familienstand unbekannt ist. Das Familiengericht hat die Vormundschaft von Amts wegen anzuordnen (§ 1774 S. 1 BGB). Gemäß § 1793 Abs. 1 S. 1 BGB hat der Vormund das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Mündels zu sorgen, insbesondere den Mündel zu vertreten. Auch der Vormund ist also gesetzlicher Vertreter.

Kann ein beschränkt geschäftsfähiger Minderjährige nach Maßgabe der §§ 106 ff. BGB nicht ohne **Mitwirkung der gesetzlichen Vertreter** handeln, bieten sich für die Eltern (oder den Vormund) verschiedene **Handlungsoptionen**. Sie können das Rechtsgeschäft verhindern, indem sie ihre Zustimmung verweigern oder schlicht nicht erklären (vgl. § 108 BGB). Ist das Rechtsgeschäft hingegen erwünscht, können Sie durch ihre Einwilligung oder Genehmigung einer vom Minderjährigen selbst vorgenommen Erklärung zur Wirksamkeit verhelfen (**Zustimmungslösung**) oder nach Maßgabe der §§ 164 ff. BGB in Vertretung des Minderjährigen das Geschäft selbst abschließen (**Vertretungslösung**). Der zentrale Unterschied zwischen beiden Gestaltungen besteht darin, dass bei der Vertretung der Minderjährige als Vertretener nicht mitwirken muss. Bei geschäftsunfähigen Kindern (bis sechs Jahre) kommt stets nur die Vertretungslösung in Betracht, da die §§ 107, 108 BGB insoweit nicht anwendbar sind.

Die gesetzlichen Vertreter können im Einzelfall **von der Vertretung ausgeschlossen** sein. Praktisch bedeutsam ist insoweit das Verbot von Insihgeschäften nach **§ 181 BGB**, das sowohl ein Selbstkontrahieren als auch die Mehrfachvertretung ausschließt. Relevant ist dies beim Beteiligungserwerb, wenn die Eltern selbst an dem Rechtsgeschäft beteiligt sind – sei es, weil sie es sind, die die Beteiligung an den Minderjährigen übertragen oder sie diesem einräumen, oder weil sie als Vertreter der Gegenseite auftreten. Sobald ein Elternteil zweier sorgeberechtigter Eltern an der Vertretung des Kindes rechtlich gehindert ist, gilt dieser Vertretungsausschluss auch zulasten des anderen Elternteils. Die gesetzliche Gesamtvertretungsmacht erstarkt also nicht zur Alleinvertretungsmacht.¹³ Dies gilt auch, wenn die Ehe der Eltern geschieden ist und zwischen ihnen kein Einvernehmen besteht.¹⁴ § 1629 Abs. 2 BGB erweitert die Vertretungshindernisse auf die in § 1795 BGB genannten Fälle. Danach können die Eltern das Kind nicht bei einem Rechtsgeschäft zwischen dem Kind einerseits und dem Ehegatten, Lebenspartner oder einem Verwandten in gerader Linie (vgl. § 1589 Abs. 1 S. 1 BGB) des vertretenden Elternteils andererseits vertreten, sofern dieses Rechtsgeschäft nicht lediglich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.

13 BGHZ 187, 119; BGH NJW 1972, 1708.

14 BGHZ 187, 119; BGH NJW 1972, 1708 f.

Die Vertretungshindernisse gelten zumindest **analog** auch für die **Einwilligung und Genehmigung** im Sinne der §§ 107, 108 BGB. Die Zustimmungsbefugnis kann nämlich nicht weiter reichen als die Vertretungsbefugnis. Anderenfalls wären die Einschränkungen der §§ 181, 1795 BGB in vielen Fällen einfach zu umgehen.¹⁵

Kann der Minderjährige das Rechtsgeschäft nicht ohne Mitwirkung der gesetzlichen Vertreter abschließen, liegt aber zugleich ein Vertretungshindernis vor, müssen die Interessen des Minderjährigen auf andere Weise gewahrt werden. Die gesetzliche Lösung hierfür bietet § 1909 Abs. 1 S. 1 BGB: „Wer unter elterlicher Sorge oder unter Vormundschaft steht, erhält für Angelegenheiten, an deren Besorgung die Eltern oder der Vormund verhindert sind, einen Pfleger.“ Diese sogenannte **Ergänzungspflegschaft** soll die Fürsorge für einzelne Angelegenheiten eines Minderjährigen sicherstellen, wenn die eigentlich zuständigen Eltern oder der Vormund an der Vertretung verhindert sind.¹⁶ Die Bestellung eines sogenannten Ergänzungspflegers erfolgt durch das Familiengericht. Sind an dem Rechtsgeschäft mehrere Kinder der von der Vertretung ausgeschlossenen Eltern beteiligt, ist für jedes Kind ein eigener Ergänzungspfleger zu bestellen.¹⁷

b) Lediglich rechtliche Vorteilhaftigkeit?

Bei der rechtsgeschäftlichen Übertragung oder Einräumung von Beteiligungen an Minderjährige stellt sich in der Praxis somit vornehmlich die Frage, ob der Minderjährige auch **ohne Mitwirkung** der Eltern oder eines Ergänzungspflegers die erforderlichen Willenserklärungen abgeben kann. Etwas anders akzentuiert lässt sich auch fragen: Können die Eltern den Beteiligungserwerb verhindern, indem sie eine nach §§ 107, 108 BGB erforderliche Zustimmung verweigern? Oder für die Praxis noch relevanter: Muss ein Ergänzungspfleger bestellt werden, weil die Eltern eine erforderliche Mitwirkungshandlung (Zustimmung oder Vertretung) nicht selbst vornehmen können?

Die Beantwortung dieser Fragen hängt maßgeblich vom Begriff des „lediglich rechtlichen Vorteils“ im Sinne des § 107 BGB ab. Der Beteiligungserwerb könnte durch den beschränkt geschäftsfähigen Minderjährigen mithin dann, aber auch nur dann allein und selbstständig vorgenommen werden, wenn der **Erwerb der Gesellschafterstellung als lediglich rechtlich vorteilhaft** einzuordnen wäre.

Ein Geschäft ist zustimmungsfrei nach § 107 BGB, wenn es für den Minderjährigen nur rechtliche Vorteile begründet und keinerlei rechtliche Nachteile bringt. Umgekehrt bedeutet dies, dass ein Geschäft schon dann zustimmungsbedürftig ist, wenn irgendein rechtlicher Nachteil droht. Von einem rechtlichen Nachteil ist dann auszugehen, wenn entweder sich die Rechte des Minderjährigen vermindern oder sich

15 Vgl. BeckOGK-BGB/Duden, § 107 BGB Rn. 63, 110.1; MüKo-BGB/Schubert, § 181 BGB Rn. 16.

16 Dazu BeckOGK-BGB/Schöpflin, § 1909 BGB Rn. 23.

17 Vgl. MüKo-BGB/Schneider, § 1909 BGB Rn. 44.

seine Pflichten vermehren.¹⁸ Zustimmungsfrei ist ein Geschäft folglich nur, wenn hierdurch für den Minderjährigen keine Verpflichtungen begründet und seine vermögensrechtliche Position auch im Übrigen nicht eingeschränkt wird.¹⁹ Ob sich die begründeten Pflichten oder sonstigen Nachteile dabei aus dem Gesetz oder einer Vereinbarung ergeben, ist – jedenfalls im Ausgangspunkt – gleichgültig.²⁰ Auch spielt es keine Rolle, ob es sich um Haupt- oder Nebenpflichten handelt.²¹

Gleichwohl besteht in Rechtsprechung und juristischem Schrifttum Einigkeit darüber, dass nicht jeder (tatsächliche oder auch nur drohende) rechtliche Nachteil ein Geschäft zustimmungsbedürftig machen kann und dass Einschränkungen erforderlich sind. Keine Einigkeit besteht allerdings darüber, wie die Einschränkung zu erfolgen hat und anhand welcher Kriterien die (Un-)Beachtlichkeit von Nachteilen zu bestimmen ist.

Nach **einer Auffassung** soll es auf den Ursprung des rechtlichen Nachteils ankommen.²² Im Rahmen des § 107 BGB beachtlich seien lediglich die infolge einer Willenserklärung des Minderjährigen eintretenden Pflichten zu berücksichtigen, nicht aber Pflichten, die sich kraft Gesetzes oder Satzung ergeben. Eine **andere Auffassung** will nur solche Nachteile berücksichtigen, die sich unmittelbar aus dem Rechtsgeschäft ergeben.²³ Zu den nicht erfassten, weil nur mittelbaren Nachteilen sollen dabei etwa Sorgfaltspflichten aus § 241 Abs. 2 BGB, die alle an einem Schuldverhältnis Beteiligten treffen, oder öffentliche Lasten zählen. Eine **dritte Auffassung** plädiert für eine typisierende wirtschaftliche Betrachtung,²⁴ wobei insbesondere Umfang und Beherrschbarkeit des mit dem Nachteil verbundenen Risikos zu berücksichtigen seien. Zu konstatieren ist, dass die vorgeschlagenen Kriterien sehr abstrakt sind und es an einem einheitlichen Grundprinzip für ihre Anwendung im Einzelfall fehlt. Eine **vierte Auffassung** will daher auf der Grundlage des Schutzzwecks des § 107 BGB eine wertende Betrachtung vornehmen²⁵ und dabei insbesondere auch die vorgenannten Kriterien der Unmittelbarkeit und des wirtschaftlichen Risikos in die gebotene Abwägung miteinbeziehen.

18 BeckOK-BGB/*Wendtland*, § 107 BGB Rn. 3.

19 Vgl. statt vieler *Staudinger/Klump*, § 107 BGB Rn. 9; *BeckOGK-BGB/Duden*, § 107 Rn. 35.

20 BGH NJW 2005, 415 (418); *BeckOGK-BGB/Duden*, § 107 BGB Rn. 35.

21 *Staudinger/Klump*, § 107 BGB Rn. 8; *BeckOGK-BGB/Duden*, § 107 BGB Rn. 35.; *Palandt/Ellenberger*, § 107 BGB Rn. 2.

22 *Soergel/Hefermehl*, § 107 BGB Rn. 7.

23 OLG Celle MDR 2001, 931 (932); zurückhaltend in diese Richtung auch *Staudinger/Klump*, § 107 BGB Rn. 20.

24 Zuerst wohl *Stürner*, AcP 173 (1973), 402 (448); zust. *Preuß*, NJW 2006, 305 (307).

25 *BeckOGK-BGB/Duden*, § 107 BGB Rn. 50.

Kurzum: Das Meinungsbild ist unübersichtlich, zumal verschiedene Begründungsansätze auch nebeneinander zur Anwendung gebracht werden. Dies führt zur Rechtsunsicherheit – auch in den Fällen des Beteiligungserwerbs. Dies bedeutet nicht, dass sämtliche Konstellationen umstritten sind – im Gegenteil: In vielen Fällen lässt sich das Vorhandensein eines relevanten rechtlichen Nachteils und damit die Zustimmungspflichtigkeit des Geschäfts problemlos beantworten.

Es gibt aber eben auch Fälle, in denen innerhalb der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (und auch im Schrifttum) konträre Positionen vertreten werden, weil die erforderliche Bewertung anders ausfällt. Dies ist besonders misslich, weil es sich hierbei um Fälle handelt, die in **Nachfolgegestaltungen** bei Familienunternehmen nicht selten vorkommen.

c) Rechtsformspezifische Aspekte

Die (unmittelbaren oder mittelbaren) rechtlichen Nachteile, die mit dem Beteiligungserwerb einhergehen, hängen einerseits von der vertraglichen Vereinbarung ab, die die Grundlage für den Beteiligungserwerb bildet, andererseits von der Rechtsform der Gesellschaft, an der der Minderjährige beteiligt werden soll, da mit der Gesellschafterstellung jeweils unterschiedliche Pflichten und Risiken verbunden sind. Es ist daher geboten, die verschiedenen Konstellationen in den Blick zu nehmen und hier insbesondere zwischen den verschiedenen Gesellschaftsformen zu unterscheiden.

aa) Erwerb von Mitgliedschaften in OHG und GbR sowie als Komplementär

Unproblematisch sind die Fälle, in denen den Minderjährigen infolge des Beteiligungserwerbs unmittelbar eine persönliche Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft treffen würde. Eine solche nicht auf den Gesellschaftsanteil oder eine etwaige Einlage begrenzte, sondern umfassende, also das gesamte Vermögen des Minderjährigen betreffende persönliche Haftung ist immer als rechtlicher Nachteil anzusehen, der zur Zustimmungsbedürftigkeit des Erwerbs führt. Dies ist namentlich der Fall, wenn der Minderjährige Gesellschafter einer OHG oder GbR oder Komplementär einer KG werden soll. Hier folgt die persönliche Haftung aus § 128 HGB, der bei der OHG unmittelbar, bei der GbR analog²⁶ und bei der KG über § 161 Abs. 2 HGB anwendbar ist. Nach § 130 HGB erstreckt sich die Haftung dabei auch auf bereits bei Eintritt begründete Verbindlichkeiten. Wegen § 128 S. 2 HGB sind Vereinbarungen, durch die im Innenverhältnis die Haftung eines Gesellschafters begrenzt werden sollen, im Außenverhältnis gegenüber den Gesellschaftsgläubigern irrelevant. Eine entsprechende Vereinbarung kann daher die Nachteiligkeit des Geschäfts nicht beseitigen. Dasselbe gilt für sonstige Freistellungsvereinbarungen, die mit Mitgesellschaftern, dem Altgesellschafter oder Dritten getroffen werden.

Bei Erwerb einer Mitgliedschaft in einer GbR oder OHG oder der Komplementärstellung in einer KG kann der Minderjährige daher **niemals allein** handeln. Es bedarf immer der Mitwirkung des gesetzlichen

26 Weitgehend anerkannt seit BGHZ 146, 341 – „Arge Weißes Ross“ (im Anschluss an BGHZ 142, 315); zur weiteren Entwicklung siehe etwa *Armbrüster*, ZGR 2013, 366 ff.

Vertreters (Eltern oder Vormund) und bei deren Verhinderung einer Ergänzungspflegschaft. Ob der Erwerb dabei entgeltlich oder unentgeltlich erfolgt, spielt keine Rolle.

bb) Erwerb von Kommanditanteilen an einer KG

Anders als die vorgenannten Mitgliedschaften ist die Stellung als Kommanditist in einer KG grundsätzlich nicht mit einer unbeschränkten Haftung verbunden. Der Kommanditist haftet nach §§ 171, 172 HGB Gesellschaftsgläubigern gegenüber nur in Höhe seiner Hafteinlage und das auch nur, wenn und soweit diese noch nicht erbracht wurde.²⁷

Gleichwohl gibt es Fälle, in denen der Beteiligungserwerb unstreitig **nicht lediglich rechtlich vorteilhaft** und folglich zustimmungspflichtig im Sinne der §§ 107, 108 BGB ist. Dies gilt insbesondere, wenn

- der Minderjährige für den Erwerb des Kommanditanteils eine Gegenleistung erbringen muss (**entgeltlicher Erwerb**),
- die **Hafteinlage noch nicht vollständig** erbracht ist oder
- im Innenverhältnis zur KG eine **Pflichteinlage noch ganz oder teilweise zu erbringen** ist.

In diesen Fällen werden jeweils unmittelbar Leistungspflichten des Minderjährigen oder eine Haftungsgefahr gegenüber Gesellschaftsgläubigern begründet. Dies gilt jedenfalls auch, wenn der Gesellschafter an der Gründung der KG mitwirkt, da hier in jedem Fall Pflichten begründet werden.

Eine lediglich rechtliche Vorteilhaftigkeit kommt daher von vornherein nur in Betracht, wenn der Erwerb durch den Minderjährigen unentgeltlich ist und sowohl Haft- als auch Pflichteinlage²⁸ vollständig erbracht wurden.

Ob der **unentgeltliche** (also schenkweise) **Erwerb eines volleingezahlten Kommanditanteils** lediglich rechtlich vorteilhaft ist, ist in Rechtsprechung und Schrifttum sehr **umstritten**. Uneinigkeit besteht dabei insbesondere hinsichtlich der Behandlung **mittelbarer Nachteile**, die mit dem Erwerb einer Kommanditistenstellung einhergehen können. Dass solche Nachteile bestehen können, wird auch von den Befürwortern einer Zustimmungsfreiheit nicht geleugnet. Doch seien diese Nachteile eben zu weit vom Erwerb als solchem entfernt oder wertungsmäßig aus sonstigen Gründen unbeachtlich, als dass sie einen im Rahmen der §§ 107, 108 BGB relevanten rechtlichen Nachteil begründen könnten. Es geht also, wie so oft bei der Rechtsanwendung, um Wertungen: nämlich um die Frage, welche Nachteile außer Betracht bleiben sollten.

27 Zum Ganzen MüKo-HGB/Schmidt, §§ 171, 172 HGB Rn. 8, 21 ff.

28 Beide können identisch sein, müssen es aber nicht, vgl. Grunewald, Gesellschaftsrecht, S. 132.

Die in Betracht kommenden Nachteile, die auch in den Entscheidungen der Oberlandesgerichte diskutiert werden, sind im Wesentlichen die Folgenden:

- die **Eintrittshaftung** gemäß § 176 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 HGB,
- das **Aufleben der Kommanditistenhaftung** nach § 172 Abs. 4 HGB sowie
- die Begründung von gesellschaftsrechtlichen **Treuepflichten**.

Gemäß **§ 176 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 HGB** haftet ein Kommanditist für die zwischen seinem Eintritt in die KG und dessen Eintragung in das Handelsregister begründeten Verbindlichkeiten unbeschränkt. Insoweit kann sich der Kommanditist also nicht auf die Haftungsbeschränkung der §§ 171, 172 BGB berufen. Übernimmt ein Minderjähriger also einen Kommanditanteil und wird dies erst später im Handelsregister eingetragen, ist mit dem Erwerb eine **persönliche Haftung** verbunden. Dies gilt auch dann, wenn zwischen Eintritt und Eintragung nur ein sehr geringer Zeitraum liegt. In dieser persönlichen Haftung liegt ein rechtlicher Nachteil. Daher ist der Erwerb in diesen Fällen **nicht zustimmungsfrei**.²⁹ Bemerkenswert ist, dass dies in einigen älteren obergerichtlichen Entscheidungen zum Teil noch anders gesehen wird.³⁰ Die Haftung kann freilich vermieden werden, indem vereinbart wird, dass der Erwerb der Kommanditistenstellung aufschiebend bedingt wird, wobei die Eintragung im Handelsregister als aufschiebende Bedingung im Sinne des § 158 Abs. 1 BGB festgelegt wird.³¹ In der Praxis wird von dieser Möglichkeit regelmäßig Gebrauch gemacht, sodass dieses Argument für die Zustimmungsbedürftigkeit oftmals entfällt.

Umstritten ist, ob die Gefahr einer Haftung wegen **§ 172 Abs. 4 S. 1 HGB** einen die Zustimmungsbedürftigkeit auslösenden Nachteil begründet. Die Vorschrift ordnet an, dass eine an den Kommanditisten zurückgezahlte Einlage den Gläubigern gegenüber als nicht geleistet gilt.³² Die Rückzahlung der Einlage kann danach zu einem **Wiederaufleben der** zuvor infolge der Einlageleistung noch ausgeschlossenen **Kommanditistenhaftung** nach §§ 171, 172 HGB führen. Dabei ist der Begriff der Rückzahlung weit zu verstehen. Erfasst ist jede Zuwendung an den Kommanditisten, durch die dem Gesellschaftsvermögen Vermögenswerte ohne eine angemessene Gegenleistung entzogen werden.³³ Zum Wiederaufleben der Haftung kommt es auch, wenn ein Kommanditist Gewinnanteile entnimmt, während sein Kapitalanteil durch Verlust unter den Betrag der geleisteten Einlage herabgemindert ist, oder soweit durch die

29 So (zumindest implizit) auch OLG Schleswig NJW-RR 2020, 805; OLG Köln NZG 2018, 1187; OLG Bremen NZG 2008, 750; siehe auch Staudinger/*Klump*, § 107 BGB Rn. 59.

30 Vgl. BayObLG RpfG. 1977, 60; OLG Hamm BB 1983, 79; offengelassen von OLG Zweibrücken NJW-RR 2001, 145.

31 *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, S. 152.

32 Für Einzelheiten zu § 172 Abs. 4 HGB siehe etwa MüKo-HGB/*Schmidt*, §§ 171, 172 HGB Rn. 68 ff.

33 BGHZ 39, 319 (331); OLG Hamm NZG 2010, 1298 (1299); OLG Jena, ZInsO 2018, 1221; Oetker/*Oetker*, § 172 HGB Rn. 18 mit weiteren Nachweisen.

Entnahme der Kapitalanteil unter den bezeichneten Betrag herabgemindert wird (§ 172 Abs. 4 S. 2 HGB). **Überwiegend** wird die Haftungsgefahr als im Rahmen der §§ 107, 108 BGB **nicht beachtlicher Nachteil** angesehen.³⁴ Exemplarisch kann hierfür das OLG Köln angeführt werden:

„Es ist zwar möglich, dass die Einlagepflicht des minderjährigen Kommanditisten gemäß § 172 Abs. 4 HGB wieder auflebt, jedoch ist dies keine unmittelbare Folge des Erwerbs der Kommanditistenstellung. Weitere Voraussetzung ist vielmehr, dass die Einlage zurückgezahlt oder ein Gewinnanteil entnommen wird, während sein Kapitalanteil unter den Betrag der geleisteten Einlage herabgemindert ist. Erst diese Handlungen wären rechtlich nicht lediglich vorteilhaft und könnten deshalb von dem Minderjährigen allein nicht wirksam vorgenommen werden.“³⁵

Ganz ähnlich formuliert das OLG Schleswig:

„Zwar könnte die Einlagepflicht des Ast. gem. § 172 Abs. 4 HGB wieder aufleben mit der Folge einer unmittelbaren Haftung gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft nach §§ 171 Abs. 1 Hs. 1, 172 Abs. 1 HGB. Jedoch folgt dies nicht aus dem Erwerb der Kommanditistenstellung selbst, sondern knüpft an weitere Handlungen wie die Rückzahlung der Einlage oder die Entnahme eines Gewinnanteils an, die vom minderjährigen Ast. allein nicht wirksam vorgenommen werden könnten, weil sie rechtlich nicht lediglich vorteilhaft i. S. d. § 107 BGB sind (...). Zudem träge den Ast. dieses Risiko nur in dem Umfang, in dem die Rückzahlung an ihn selbst erfolgt ist, und beschränkt auf den für ihn eingetragenen Betrag der Kommanditeinlage.“³⁶

Disparat ist hingegen das Meinungsbild hinsichtlich der **Begründung gesellschaftsrechtlicher Treuepflichten**. Die Treuepflicht ist die mitgliedschaftliche Pflicht der Gesellschafter, die Interessen der Gesellschaft und der Mitgesellschafter zu wahren und durch schädigendes Verhalten nicht zu beeinträchtigen.³⁷ Die Treuepflicht hat zwar keine gesetzliche Regelung gefunden, wird aber von der ganz herrschenden Meinung sowohl bei den Personengesellschaften als auch bei den Kapitalgesellschaften anerkannt. Es handelt sich um ein allgemeines Prinzip des Verbandsrechts, dass die Verbandsmitglieder sich gegenseitig und dem Verband gegenüber Rücksichtnahme und Loyalität schulden.³⁸

34 OLG Köln NZG 2018, 1187 (Rn. 9); OLG Bremen NZG 2008, 750 (Rn. 15); *Führ/Nikoleyczik*, BB 2009, 2105 (2107 ff.); *Mayer-Reimer/Marx*, NJW 2005, 3025; **a. A.** insbesondere OLG Frankfurt NJW-RR 2008, 1568; *Ivo*, ZEV 2005, 193, der zusätzlich aber auch auf das Entstehen von Treuepflichten abstellt.

35 OLG Köln NZG 2018, 1187 (Rn. 10).

36 OLG Schleswig NJW-RR 2020, 805 (Rn. 35).

37 Allgemein dazu Beck Hdb. Personenges./Gesell, § 4 Rn. 155 ff.

38 *Drygala/Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht, § 13 Rn. 45.

Für eine Einordnung als relevanter rechtlicher Nachteil haben sich in jüngerer Vergangenheit das OLG Frankfurt a. M. und das OLG Oldenburg ausgesprochen.³⁹ Letzteres führt aus:

„Mit der Beteiligung an einer Personengesellschaft geht der Gesellschafter eine dauerhafte Vertragsbeziehung mit seinen Mitgesellchaftern ein, die sich nicht in einem einmaligen Austausch von Leistungen beschränkt, sondern die Gesellschafter dauerhaft zur Förderung des vereinbarten Gesellschaftszwecks verpflichtet (§ 705 BGB i. V. m. §§ 105 Abs. 3, 161 Abs. 2 HGB). Richtig ist, dass diese Förderung von den Gesellschaftern in erster Linie durch die vereinbarten Beitragsleistungen zu bewirken ist, die der Kommanditist regelmäßig bereits durch Zahlung der übernommenen Haftungseinlage erfüllt. Hierin erschöpft sich die Förderpflicht jedoch nicht, was auch das Gesetz in § 705 BGB mit der Verwendung des Wortes ‚insbesondere‘ zum Ausdruck bringt. Auch nach Leistung der vereinbarten Beiträge ist die Förderung des Gesellschaftszweckes eine Daueraufgabe für die Gesellschafter, der sie insbesondere im Rahmen gesellschaftsinterner Entscheidungsprozesse, namentlich durch Beschlussfassungen innerhalb der Gesellschafterversammlung, nachkommen. Hier können die Gesellschafter nicht völlig frei agieren, sondern sind weiterhin vertraglichen Bindungen – dem vereinbarten Gesellschaftszweck – unterworfen. An Beschlussfassungen, die dem vereinbarten Gesellschaftszweck zuwiderlaufen würden, ist der Gesellschafter gehindert. Diese vertraglichen Bindungen werden heute üblicherweise unter dem Begriff der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht subsumiert. Hieran ist richtig, dass diese Bindungen – vergleichbar den Ausübungsbeschränkungen nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) – in erster Linie die dem Gesellschafter eingeräumte Rechtsmacht in Form von Entscheidungsbefugnissen beschränken, die er nicht willkürlich und entgegen dem vereinbarten Vertragszweck ausüben darf. Diese Begrifflichkeit darf aber nicht den Blick darauf verstellen, dass es sich hier nicht nur um allgemein gültige Rechtspflichten handelt, ‚die jedem Rechtsverhältnis immanent‘ seien (...), sondern um vertragliche Bindungen, denen sich der Gesellschafter in privatautonomer Entscheidung durch seinen Beitritt in eine auf Dauer angelegte Vertragsbeziehung mit anderen gleichgesinnten Partnern unterworfen hat. Die Förderpflicht nach § 705 BGB ist Hauptpflicht eines jeden Gesellschaftsvertrages. Dieser Pflicht unterwirft sich jeder Gesellschafter, der einer vertraglich strukturierten Personengesellschaft beiträgt. Auch derjenige, der einen bereits voll eingezahlten Kommanditanteil unentgeltlich übertragen erhält, hat die Förderpflicht weiterhin zu beachten, mit der Folge, dass die Annahme einer derartigen Anteilsübertragung – sei sie auch unentgeltlich – für den Annehmenden kein lediglich rechtlich vorteilhaftes Geschäft darstellt.“⁴⁰

Ausdrücklich gegen die Berücksichtigung von Treuepflichten bei der Beurteilung der Zustimmungsbefähigung wendet das OLG Köln ein:

39 OLG Frankfurt NZG 2008, 749 (Rn. 7); OLG Oldenburg NZG 2019, 1059 (Rn. 11 f.); ebenso Ivo, ZEV 2005, 193.

40 OLG Oldenburg NZG 2019, 1059 (Rn. 11 f.)

„Richtig ist dagegen, dass auch den minderjährigen Kommanditisten Treuepflichten treffen. Das ist aber eine Verpflichtung, die jedem Rechtsverhältnis immanent ist. Derartige Verpflichtungen schließen ein lediglich rechtlich vorteilhaftes Geschäft deshalb nur dann aus, wenn sich daraus für das Vermögen des Minderjährigen ein mehr als nur unerhebliches Gefährdungspotential ergibt.“⁴¹

Im Übrigen wird der Aspekt der Treuepflichten in den die generelle Zustimmungsbefähigung verneinenden Entscheidungen aber oft nicht thematisiert. Auch das Schrifttum ist insoweit eher unreflektiert. Eine Ausnahme bilden *Führ/Nikoleyczik*, die gegen die Berücksichtigung der Treuepflichten anführen:

„Die Treuepflichten hinsichtlich der Wahrnehmung von Gesellschafterrechten sind Beschränkungen der erworbenen Rechtspositionen und stellen keine Verpflichtungen dar, die in irgendeiner Weise über das geschenkte Gut hinausreichen könnten. Beispielsweise stellen die sich aus der Gemeinschaftsordnung ergebenden Treuepflichten bei der Schenkung von Wohnungseigentum anerkanntermaßen keinen rechtlichen Nachteil dar. Nicht einmal die mit dem Grundstückseigentum zusammenhängenden öffentlichen Lasten werden bei Schenkung von Wohnungseigentum als rechtlich nachteilig angesehen.“⁴²

Zusammenfassend lässt sich konstatieren: Es sprechen gute Gründe für wie auch gegen die Annahme, die schenkweise Überlassung von Kommanditanteilen an Minderjährige sei generell nicht lediglich rechtlich vorteilhaft und damit zustimmungsbedürftig im Sinne der §§ 107,108 BGB.⁴³

Selbst wenn man mit den genannten Oberlandesgerichten und einem Teil des Schrifttums davon ausgeht, dass der unentgeltliche Erwerb eines Kommanditanteils im Grundsatz lediglich rechtlich vorteilhaft ist, müssen stets die konkreten Umstände des Einzelfalles in den Blick genommen werden. Sind im Schenkungsvertrag **Pflichten** des Minderjährigen vereinbart, begründen diese stets einen rechtlichen Nachteil. Praktisch relevant sind insoweit Rückforderungsrechte des Schenkers oder Widerrufsvorbehalte, die den Minderjährigen **zur Rückübertragung des Kommanditanteils verpflichtet**, auch wenn unwahrscheinlich ist, dass der vertraglich vereinbarte Rückforderungs- oder Widerrufsfall eintreten wird. Auch besondere gesellschaftsvertragliche Vereinbarungen können zur rechtlichen Nachteiligkeit führen. Dies ist etwa dann der Fall, wenn im Gesellschaftsvertrag Nachschusspflichten vereinbart sind, die auch den

41 OLG Schleswig NJW-RR 2020, 805 (Rn. 35); OLG Köln NZG 2018, 1187 (Rn. 10) ebenso MüKo-HGB/*Grunewald*, § 161 HGB Rn. 24.

42 *Führ/Nikoleyczik*, BB 2009, 2105 (2107 ff.).

43 Dafür im Ergebnis LG Aachen NJW-RR 1994, 1319; *Brox*, Die unentgeltliche Aufnahme von Kindern in eine Familien-Personengesellschaft, Festschrift Bosch, 1976, S. 79 f.; *Ivo*, ZEV 2005, 193 (194); *Harte*, Der Begriff des lediglich rechtlichen Vorteils i.S.d. § 107 BGB, S. 130 ff.; dagegen OLG Bremen NZG 2008, 750 (751), *Maier-Reimer/Marx*, NJW 2005, 3025 (3025); *Rust*, DStR 2005, 1942 (1946).

minderjährigen Kommanditisten treffen können. Dasselbe gilt bei Vereinbarung von Garantiedividenden, die notfalls von den Gesellschaftern zu erbringen sind.⁴⁴

cc) Erwerb von GmbH-Anteilen

Der **originäre Erwerb** von Geschäftsanteilen einer GmbH ist nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, da insoweit Einlagepflichten begründet werden. Daher kann ein Minderjähriger allein weder am **Abschluss des Gesellschaftsvertrages** mitwirken noch im Rahmen einer **Kapitalerhöhung gegen Einlagen** geschaffene Anteile übernehmen. In diesen Fällen schuldet der Minderjährige die Leistung der Stammeinlage. Der rechtliche Nachteil entfällt auch nicht dadurch, dass sich ein Dritter bereit erklärt, die Leistung zu erbringen oder den Minderjährigen in sonstiger Form freizustellen.

Beim **derivativen Beteiligungserwerb** begründet jedenfalls die **Entgeltlichkeit** dessen Zustimmungspflichtigkeit. Wird der Minderjährige verpflichtet, einen Kaufpreis oder ein sonstiges Entgelt an den Veräußerer zu zahlen, ist dies ein rechtlicher Nachteil im Sinne der §§ 107, 108 BGB. Nach verbreiteter Auffassung soll auch der **unentgeltliche Erwerb** von GmbH-Anteilen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft und folglich zustimmungsbedürftig sein. Begründet wird dies mit der Haftung des Minderjährigen, die trotz § 13 Abs. 3 GmbHG durchaus drohen kann, namentlich

- die **Verlustdeckungshaftung** bei der Vor-GmbH und die **Vorbelastungshaftung** (auch Differenz- oder Unterbilanzhaftung) nach Eintragung,
- die **Ausfallhaftung nach § 24 GmbHG** und
- die **Ausfallhaftung nach § 31 Abs. 3 GmbHG**.

Verlustdeckungs- und Vorbelastungshaftung⁴⁵ können dann drohen, wenn der Minderjährige bereits im Stadium zwischen Abschluss des Gesellschaftsvertrages und Eintragung der GmbH im Handelsregister die Gesellschafterstellung erwirbt. Solche Transaktionen im Stadium der **Vor-GmbH** dürften in der Praxis aber **kaum vorkommen**.

Die **Ausfallhaftung nach § 24 GmbHG** knüpft an die Kaduzierung von Geschäftsanteilen an, betrifft also die Fälle, in denen ein anderer Gesellschafter seine Einlagepflicht trotz Nachfristsetzung nicht vollständig erfüllt und deshalb seines Anteils für verlustig erklärt wird (vgl. § 21 GmbHG). Soweit eine Stammeinlage weder von den Zahlungspflichtigen erlangt noch durch Verkauf des Geschäftsanteils gedeckt werden kann, haben die übrigen Gesellschafter den Fehlbetrag nach dem Verhältnis ihrer Geschäftsanteile aufzubringen (§ 24 S. 1 GmbHG). Diese Haftungsgefahr besteht nicht mehr, wenn im

44 *Führ/Nikoleyczik*, BB 2009, 2105 (2107 ff.).

45 Näher dazu *Drygala/Staake/Szalai*, Kapitalgesellschaftsrecht, § 6 Rn. 15 ff.

Zeitpunkt des Erwerbs durch den Minderjährigen alle Stammeinlagen bereits erbracht wurden.⁴⁶ Im Schrifttum wird aber zutreffend darauf hingewiesen, dass bei späteren Kapitalerhöhungen die Gefahr wieder begründet wird.⁴⁷

Unabhängig von offenen Einlageforderungen der Gesellschaft ist die **Ausfallhaftung nach § 31 Abs. 3 GmbHG**, die an einen Verstoß gegen die Kapitalschutzvorschrift des § 30 GmbHG anknüpft, latent also in jeder GmbH droht. Gemäß § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG darf das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft an die Gesellschafter nicht ausgezahlt werden. Die Vorschrift statuiert ein generelles Auszahlungsverbot für die Fälle, in denen nach der „Auszahlung“ das Gesellschaftsvermögen die Stammkapitalziffer nicht erreicht (sog. Unterbilanz).⁴⁸ Der Begriff „Auszahlung“ ist dabei weit zu verstehen. Erfasst sind daher nicht nur Geldzahlungen, sondern Leistungen aller Art, durch die das Gesellschaftsvermögen verringert wird.⁴⁹ § 31 Abs. 1 GmbHG normiert einen eigenständigen gesellschaftsrechtlichen Rückgewähranspruch, der darauf gerichtet ist, den nach § 30 GmbHG unzulässigen Vermögensabfluss auszugleichen.⁵⁰ § 31 Abs. 3 GmbHG statuiert eine Ausfallhaftung der übrigen Gesellschafter, soweit der Erstattungsbeitrag vom verpflichteten Gesellschafter nicht zu erlangen, dieser Betrag aber zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist. Die Mitgesellschafter haften anteilig nach dem Verhältnis ihrer Geschäftsanteile, allerdings müssen sie auch den Ausfall von Mitgesellschaftern anteilig tragen. Diese Ausfallhaftung droht bei jedem Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsregeln – und zwar unabhängig davon, ob die subsidiär haftenden Mitgesellschafter von dem Verstoß Kenntnis hatten oder ihnen ein sonstiger Vorwurf gemacht werden kann.

Folgt man jenen Oberlandesgerichten und Teilen des Schrifttums, die das Entstehen von **Treuepflichten** bei Personengesellschaften als relevanten rechtlichen Nachteil ansehen, erhält man ein zusätzliches Argument für die Zustimmungsbedürftigkeit, da Treuepflichten auch in der GmbH bestehen.⁵¹ Bemerkenswert ist, dass dies für den Erwerb von GmbH-Anteilen, soweit ersichtlich, noch nicht diskutiert wurde. Das Fehlen veröffentlichter Entscheidungen deutet darauf hin, dass die Problematik in der Praxis weniger drängend ist, wohl weil von der Zustimmungsbedürftigkeit allgemein ausgegangen wird.

Es sprechen jedenfalls gute Gründe dafür, den Erwerb von GmbH-Anteilen als **nicht lediglich rechtlich vorteilhaft** anzusehen. Dies hat zur Folge, dass der minderjährige Erwerber nicht allein handeln kann,

46 Roth/Altmeyen/Altmeyen, § 24 GmbHG Rn. 2 ff.

47 Staudinger/Klumpp, § 107 BGB, Rn. 60.

48 Vgl. BeckOK-GmbHG/Schmolke, § 30 GmbHG Rn. 116 ff., § 31 GmbHG Rn. 13.

49 Ausführlich dazu Drygala/Staake/Szalai, Kapitalgesellschaftsrecht, § 8 Rn. 13 ff.

50 Vgl. Grunewald, Gesellschaftsrecht, S. 396.

51 Baumbach/Hueck/Fastrich, § 13 GmbHG Rn. 20.

sondern seine Eltern (oder sein Vormund) mitwirken müssen oder, wenn diese nach §§ 181, 1795 BGB rechtlich verhindert sind, ein Ergänzungspfleger bestellt werden muss. Selbst wenn man die generelle Zustimmungsbefähigung verneint, müsste man in einem zweiten Schritt den Einzelfall in den Blick nehmen: Werden im Schenkungsvertrag oder durch gesellschaftsvertragliche Regelungen Pflichten des Minderjährigen begründet, lösen diese die Zustimmungsbefähigung aus.

dd) Erwerb von Aktien

Für den entgeltlichen Erwerb von Aktien gilt wiederum: Die Pflicht zur Leistung eines **Entgelts** ist als solche schon ein rechtlicher Nachteil, der die Zustimmungsbefähigung begründet. Bei der Teilnahme an der Gründung der AG folgt die Nachteiligkeit aus der Pflicht zur **Einlageleistung**. Dasselbe gilt, wenn die Beteiligung über eine Kapitalerhöhung gegen Einlagen erfolgt.

Der **unentgeltliche Erwerb** ist dann zustimmungsbefähigt, weil rechtlich nicht lediglich vorteilhaft, wenn die auf die Aktien entfallenden **Einlagen noch nicht vollständig geleistet** wurden. Hierfür haftet nämlich der Aktionär. Dass das Gesetz auch eine Haftung der Vormänner kennt (§ 65 AktG), ändert daran nichts. Die Nachteiligkeit entfällt auch nicht dadurch, dass der Minderjährige bei dem Veräußerer, einem anderen Vormann oder einem Dritten Regress nehmen könnte oder ihm Freistellung zugesichert wurde. Der Erwerb teileingezahlter Aktien ist daher stets zustimmungsbefähigt.

Bei **volleingezahlten Aktien** droht hingegen keine zusätzliche Haftung. Es gibt im Aktienrecht weder Nachschusspflichten noch eine den §§ 24 oder 31 GmbHG vergleichbare Ausfallhaftung der Mitaktionäre. Etwas anderes folgt auch nicht aus § 64 Abs. 4 S. 2 AktG, da die Vorschrift eine besondere Ausfallhaftung nur bei teileingezahlten Aktien vorsieht.⁵² Aus diesem Grund wird für diese Fälle die Zustimmungsbefähigung des Erwerbs ganz überwiegend verneint.⁵³

Allerdings bleiben in der ohnehin spärlich geführten⁵⁴ Diskussion um die lediglich rechtliche Vorteilhaftigkeit des (unentgeltlichen) Aktienerwerbs **Treuepflichten** bislang völlig außer Betracht. Auch Aktionäre unterliegen Treuebindungen – und zwar nicht nur Mehrheitsaktionäre,⁵⁵ sondern auch Minderheitsaktionäre.⁵⁶ Dabei gilt: Je personalistischer der Aktionärskreis ist, desto stärker tritt der Aspekt wechselseitiger Rücksichtnahme in den Vordergrund. Während bei börsennotierten Gesellschaften Klein- und Kleinstaktionäre in aller Regel nur als Anleger auftreten, ist dies bei in der Rechtsform der AG

52 Zutreffend *Mayer-Reimer/Marx*, NJW 2005, 3025.

53 *Erman/Müller*, § 107 BGB Rn. 8; *Maier-Reimer/Marx*, NJW 2005, 3025 (3026).

54 Gerichtsentscheidungen zur Problematik sind nicht bekannt.

55 Grundlegend BGHZ 103, 184 – „Linotype“.

56 BGHZ 129, 136 – „Girmes“.

verfassten Familienunternehmen anders. Wenn man mit Teilen der Rechtsprechung und des Schrifttums die Begründung von Treuepflichten in der KG als das oder ein maßgebliches Kriterium ansieht, das eine generelle Zustimmungsbedürftigkeit rechtfertigt, liegt es nahe, dies auch bei der AG zu tun – jedenfalls für die Fälle, in denen die Beteiligung mehr ist als eine bloße Kapitalanlage über den Kapitalmarkt.

Darüber hinaus ist auch beim Aktienerwerb der **Einzelfall** in den Blick zu nehmen: Sind **im Schenkungsvertrag Pflichten** des Minderjährigen vereinbart, begründen diese stets einen rechtlichen Nachteil. Zu denken ist auch hier an Rückforderungsrechte des Schenkers oder Widerrufsvorbehalte, die den Minderjährigen zur Rückübertragung der Aktien verpflichten. Gesellschaftsvertraglich begründete Pflichten spielen hier, anders als bei der KG, **keine** Rolle, da der Grundsatz der Satzungsstrenge die Begründung gesetzlich nicht vorgesehener Pflichten ausschließt (Ausnahme: § 55 AktG).

d) Empfehlungen für Praxis und Gesetzgeber

Der **Praxis** ist zu empfehlen, **im Zweifel** von der Zustimmungsbedürftigkeit auszugehen und die Eltern oder einen Vormund als gesetzliche Vertreter zu beteiligen oder, sofern diese rechtlich wegen §§ 181, 1795 BGB an der Mitwirkung gehindert sind, einen Ergänzungspfleger bestellen zu lassen.

Wünschenswert wäre eine Klarstellung durch den **Gesetzgeber**. Die Rechtsprechung ist zwar nicht generell, aber doch zu praktisch relevanten Einzelfragen (insbesondere Schenkung vollingezahlter Kommanditanteile) sehr uneinheitlich. Nicht jedes Oberlandesgericht hat bislang Stellung bezogen, sodass in vielen Fällen ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit besteht.

Der Regierungsentwurf spricht, wenig überraschend, die Problematik nicht an. Gleichwohl bietet er Gelegenheit, die Unsicherheit zu beseitigen. Anlass hierfür ist die Änderung der familiengerichtlichen Genehmigungserfordernisse und hier konkret § 1852 BGB-E.

Klargestellt werden sollte, dass in den Fällen, in denen der Beteiligungserwerb vom Familiengericht genehmigt werden muss, auch die Zustimmungsbedürftigkeit im Sinne der §§ 107, 108 BGB zu bejahen ist. Dies könnte beispielsweise durch die **Ergänzung des § 107 BGB um einen S. 2** mit folgendem oder ähnlichem Wortlaut erfolgen:

§ 107 BGB-E

(...) ²Eine Willenserklärung zu einem Rechtsgeschäft, das der gerichtlichen Genehmigung bedarf, ist nicht lediglich rechtlich vorteilhaft.

4. Muss das Familiengericht genehmigen?

a) Überblick über die Genehmigungstatbestände

Strikt von der Frage, ob der Minderjährige den Beteiligungserwerb selbst vornehmen kann, zu trennen, ist die Frage, ob eine Genehmigung durch das Familiengericht erforderlich ist. Die einschlägigen Genehmigungstatbestände finden sich (derzeit noch) in § 1822 BGB. Die Genehmigungserfordernisse gelten unmittelbar für Maßnahmen des Vormunds, über § 1643 BGB aber auch für die Eltern bei der Ausübung ihrer Vermögenssorge und über § 1915 Abs. 1 S. 1 BGB auch für einen gegebenenfalls zu bestellenden Ergänzungspfleger. In der Bestellung eines Ergänzungspflegers liegt daher **nicht zugleich** auch eine familiengerichtliche Genehmigung des Geschäfts.

Für den Beteiligungserwerb einschlägig ist insbesondere § 1822 Nr. 3 BGB, der drei Varianten enthält. Der Genehmigung durch das Familiengericht bedarf es danach

- zu einem Vertrag, der auf den **entgeltlichen Erwerb eines Erwerbsgeschäfts** gerichtet ist (Variante 1),
- zu einem Vertrag, der auf die **Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts** gerichtet ist (Variante 2) und
- zu einem **Gesellschaftsvertrag**, der zum **Betrieb eines Erwerbsgeschäfts** eingegangen wird (Variante 3).

Für die vorliegende Untersuchung relevant sind die Varianten 1 und 3. Ebenfalls eine Rolle spielt – jedenfalls in der Rechtsprechung des BGH – § 1822 Nr. 10 BGB, der ein Genehmigungserfordernis an die **Übernahme einer fremden Verbindlichkeit** knüpft.

b) Begriff des Erwerbsgeschäfts

Zentrales Tatbestandsmerkmal in § 1822 Nr. 3 BGB ist das **Erwerbsgeschäft**. Der Begriff findet sich auch in den §§ 112, 1431, 1440 S. 2, 1442 S. 2, 1456, 1462 S. 2, 1645, 1823, 1825 Abs. 2 und 1841 Abs. 2 BGB. Während dort aber die Tätigkeit im Mittelpunkt steht, geht es in § 1822 Nr. 3 BGB um die Begründung (oder Aufgabe) der Stellung des Inhabers eines Erwerbsgeschäfts oder als Gesellschafter einer ein Erwerbsgeschäft betreibenden Gesellschaft.⁵⁷ Bemerkenswert ist, dass sich der Begriff des Erwerbsgeschäfts in handels-, gesellschafts- und auch steuerrechtlichen Gesetzen nicht findet. Der Begriff des Erwerbsgeschäfts ist auch nicht identisch mit dem des Handelsgeschäfts im Sinne des HGB und des Steuerrechts, sondern geht darüber hinaus.

57 Staudinger/Veit, § 1822 BGB Rn. 35.

Als Erwerbsgeschäft wird allgemein „**jede regelmäßige, auf selbständigen Erwerb gerichtete Tätigkeit**“ verstanden.⁵⁸ Es handelt sich um den „Inbegriff von Rechten und Rechtspositionen, welche der selbstständigen Ausübung einer Erwerbstätigkeit dienen und dadurch eine Sinneinheit bilden“.⁵⁹

Erforderlich ist stets eine **Gewinnerzielungsabsicht**, während die Art der ausgeübten Tätigkeit keine Rolle spielt.⁶⁰ Gleichgültig ist weiterhin die Rechtsform, in der das Erwerbsgeschäft betrieben wird oder werden soll und wem der Gewinn zufließt.⁶¹ Die Tätigkeit muss zudem auf eine **gewisse Dauer** angelegt sein.⁶²

Unter den Begriff des Erwerbsgeschäfts fallen etwa auch **die Ausübung eines künstlerischen oder wissenschaftlichen Berufs**, sowie die Tätigkeit von Angehörigen **freier Berufe**. Auch diese sind auf den Erwerb gerichtet und handeln in Gewinnerzielungsabsicht, auch wenn sie kein Gewerbe im Sinne der Gewerbeordnung, des Handels- und Steuerrechts betreiben. Insoweit ist also eine wirtschaftliche Betrachtungsweise geboten.⁶³

Gleichgültig ist nach herrschender Meinung, in welcher **Rechtsform das Erwerbsgeschäft** betrieben wird oder betrieben werden soll⁶⁴ und wem der Gewinn zufließt. Ebenso soll es keinen Unterschied machen, ob das Erwerbsgeschäft vom Minderjährigen allein oder in Gemeinschaft mit anderen betrieben wird. Unterschiede können sich jedoch hinsichtlich der Rechtsform des Erwerbsgeschäfts ergeben.⁶⁵

Zur Notwendigkeit der **aktiven Teilnahme** des Minderjährigen am Erwerbsgeschäft gilt folgendes: Nicht erforderlich ist, dass der Minderjährige im Geschäft mitarbeitet. Nach dem Schutzzweck der Norm, der in der Minimierung von unternehmerischen Haftungsrisiken für den Minderjährigen besteht, muss es auch unschädlich sein, wenn der Minderjährige von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist.⁶⁶

58 RGZ 133, 7 (11); RGZ 144, 1 (2); BayObLG FamRZ 1996, 119 (121); Staudinger/Veit, § 1822 BGB Rn. 36.

59 MüKo-BGB/Kroll-Ludwigs, § 1822 Rn. 11.

60 RGZ 133, 7 (11); KG Berlin MDR 1976, 755; Staudinger/Veit, § 1822 BGB Rn. 36.

61 OLG München MittBayNot 2019, 132 (134); Staudinger/Veit, § 1822 BGB Rn. 37.

62 OLG Oldenburg FamRZ 2019, 1934 (1936); OLG Nürnberg FamRZ 2015, 1407 (1409); OLG Thüringen FamRZ 2014, 140 (142).

63 KG NJW 1976, 1946; Staudinger/Veit, § 1822 BGB Rn. 39 ff.

64 OLG München MittBayNot 2019, 132 (134); Staudinger/Veit, § 1822 BGB Rn. 37.

65 Vgl. MüKo-BGB/Kroll-Ludwigs, § 1822 BGB Rn. 16; BeckOK-BGB/Bettin, § 1822 BGB Rn. 10.

66 RGZ 87, 100 (102); RGZ 127, 110 (114); Staudinger/Veit, § 1822 BGB Rn. 36 f.; MüKo-BGB/Kroll-Ludwigs, § 1822 BGB Rn. 13.

c) Abgrenzung zur reinen Vermögensverwaltung

Umstritten ist, ob auch rein vermögensverwaltende Gesellschaften unter die Genehmigungstatbestände des § 1822 Nr. 3 Var. 1 bzw. Var. 3 BGB fallen und wie diese gegebenenfalls von Erwerbsgeschäften abzugrenzen sind. Nicht genehmigungsbedürftig ist nach herrschender Meinung der Beteiligungserwerb durch Gründung, Eintritt oder Übertragung, wenn sich der Gesellschaftszweck in einer reinen Vermögensverwaltung erschöpft.⁶⁷ Eine Mindermeinung nimmt mit Hinweis auf den Minderjährigenschutz hingegen auch in solchen Fällen eine Genehmigungspflichtigkeit an.⁶⁸

Die Frage kann auch bei Familiengesellschaften relevant sein. Folgt man der herrschenden Meinung kann folgende **Faustformel** zugrunde gelegt werden: Eine reine Vermögensverwaltung (und daher kein Erwerbsgeschäft) liegt vor, wenn allein der **Zweck** verfolgt wird, das Familienvermögen zu verwalten und zu erhalten.⁶⁹

Die Abgrenzung zwischen reiner Vermögensverwaltung und Erwerbsgeschäft ist schwierig und stark kasuistisch geprägt. Einige **Abgrenzungskriterien** lassen sich jedoch wiederholt in den einschlägigen Entscheidungen der Rechtsprechung finden.

Eine reine Vermögensverwaltung (und damit kein Erwerbsgeschäft) soll beispielsweise vorliegen bei der Verwaltung selbstgenutzter Wohnhäuser⁷⁰ oder der Verwaltung fremdvermieteter Wohnhäuser, wenn sich das Vermögen in kleinem Rahmen hält.⁷¹ Weitere Abgrenzungskriterien sind die geplante **Dauerhaftigkeit** der Gesellschaft⁷², der **Wert** des verwalteten Vermögens⁷³ und die **Dauer der Bindung** an den Gesellschaftsvertrag⁷⁴. Maßgeblich dürften bei alledem nicht einzelne Abgrenzungskriterien sein, sondern eine Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung der genannten Kriterien, was aber zu einem hohen Maß an Rechtsunsicherheit führt.

67 OLG München FamRZ 2009, 623; OLG Bremen FamRZ 2009, 621 (623); MüKo-BGB/Kroll-Ludwigs, § 1822 BGB Rn. 22; Weinbrenner, FPR 2009, 265 (269); Menzel, MittBayNot 2019, 222 (223 f.).

68 Wertbruch, FamRZ 2003, 1714 (1715); Maetschke, Bonner Rechtsjournal 2016, 8 (12); vgl. zum Streitstand auch Staudinger/Veit, § 1822 BGB Rn. 76.

69 Staudinger/Veit, § 1822 BGB Rn. 76; nach a. A. ist eine solche Abgrenzung nicht erforderlich, da die Situation mit dem nicht genehmigungspflichtigen Erwerb eines GmbH-Anteils vergleichbar sei, siehe: Egger, MittBayNot 2019, 133 (137); van de Loo/Strnad, ZEV 2018, 617 (621).

70 OLG München FamRZ 2009, 623.

71 OLG München MittBayNot 2019, 132 (134).

72 Vgl. OLG Oldenburg FamRZ 2019, 1934 (1936); OLG Nürnberg FamRZ 2015, 1407 (1408); LG München I ZEV 2000, 370.

73 OLG Dresden NJW-RR 2019, 29 (30); OLG Zweibrücken NJW-RR 1999, 1174 (1175 f.).

74 LG Mainz Rpfleger 2000, 15 (16).

d) Entgeltlicher und unentgeltlicher Erwerb

Zwischen den Varianten 1 und 3 des § 1822 Nr. 3 BGB besteht ein auffälliger Unterschied: Nach **Variante 1** ist nur der **entgeltliche Erwerb** erfasst, während **Variante 3** für den Abschluss eines Gesellschaftsvertrages hierauf gerade nicht abstellt.

Diese Divergenz ist einerseits **dogmatisch** durchaus **nachvollziehbar**, da beim Abschluss eines Gesellschaftsvertrages zwar Beitrags- und Einlagepflichten begründet werden, es im engeren Sinne aber keine zu erbringende Gegenleistung gibt. Zwar verbindet auch ein Gesellschaftsvertrag die Gesellschafter mit der Gesellschaft in einer Sonderrechtsbeziehung, jedoch kann trotzdem nicht von einem synallagmatischen Vertrag im engeren Sinne gesprochen werden, da das prägende Gegenüberstehen von Leistung und Gegenleistung fehlt.⁷⁵ Die Differenzierung zwischen Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit ergibt damit hier keinen Sinn.⁷⁶ Dasselbe gilt für den Anlass, aus dem der Gesellschaftsvertrag geschlossen wird.⁷⁷

Andererseits könnte dies gerade bei den hier interessierenden Fällen des Beteiligungserwerbs zu wertungswidersprüchlichen Ergebnissen führen – je nachdem, wann und wie eine Beteiligung erworben wird. Diese Wertungswidersprüche gilt es aufzulösen. In der Praxis geschieht dies dadurch, dass nicht strikt zwischen beiden Varianten unterschieden wird, sondern – gerade bei Personengesellschaften – eine **wertungsmäßige Gesamtschau** vorgenommen wird.

Rechtspolitisch überzeugend ist das Abstellen auf die Entgeltlichkeit bei Variante 1 ohnehin **nicht**. Die wirtschaftlichen Gefahren beim Führen oder der Teilhabe an einem Erwerbsgeschäft bestehen nicht nur in der Erbringung einer Gegenleistung, sondern auch und gerade in den aus dem Betrieb des Erwerbsgeschäfts resultierenden Haftungsrisiken.

e) Rechtsformspezifische Aspekte

aa) Erwerb von Mitgliedschaften in OHG und GbR sowie als Komplementär

Nach allgemeiner Meinung ist der Erwerb einer Mitgliedschaft als Gesellschafter einer OHG oder GbR und als Komplementär einer KG durch einen Minderjährigen **genehmigungsbedürftig**.

Einschlägig ist insoweit jedenfalls **§ 1822 Nr. 3 Var. 3 BGB**, wenn der Minderjährige Gründungsgesellschafter ist, aber auch bei einem späteren Eintritt in die Gesellschaft, da auch insoweit eine

75 Vgl. Staudinger/Westermann, § 705 BGB Rn. 43; so jedenfalls im Ergebnis auch der BGH, der die §§ 320 ff. BGB nur punktuell anwendet, vgl. BGH WM 1959, 53 (53 f.); BGH NJW 1983, 1188.

76 Vgl. Staudinger/Veit, § 1822 BGB Rn. 74 mit weiteren Nachweisen.

77 MüKo-BGB/Kroll-Ludwigs, § 1822 Rn. 24.

gesellschaftsvertragliche Abrede erforderlich ist.⁷⁸ Etwas anderes könnte allenfalls in den Fällen gelten, in denen der derivative Erwerb der Gesellschafterstellung nicht durch eine Kombination von Austritt und Eintritt erfolgt, sondern durch Abtretung der Mitgliedschaft. Dies macht zwar konstruktiv, nicht aber wertungsmäßig einen Unterschied, sodass auch hier eine Genehmigungspflicht zu bejahen ist.⁷⁹

Im Übrigen lässt sich in den genannten Fällen die Genehmigungspflicht auch aus **§ 1822 Nr. 3 Var. 1 BGB** ableiten.⁸⁰ Nach herrschender Meinung sind bei einer Personengesellschaft Träger des Erwerbsgeschäfts die beteiligten Gesellschafter. Es handelt sich um eine – oben bereits erwähnte – gemeinschaftliche Ausübung, ohne dass es auf die konkreten Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse ankommt. Problematisch ist dann zwar das Merkmal der Entgeltlichkeit des Erwerbs. Diese kann durch die Übernahme der persönlichen Haftung als erfüllt angesehen werden, auch wenn es sich hier nicht um eine Gegenleistung im engeren Sinne handelt.

bb) Erwerb von Kommanditeilen einer KG

Für den Erwerb eines Kommanditeils gilt im Ausgangspunkt dasselbe wie für die Gesellschafter einer OHG oder GbR sowie Komplementäre. Zwar ist hier die Entgeltlichkeit im Sinne von Variante 1 des § 1822 Nr. 3 BGB nicht generell zu bejahen, sondern abhängig von der Zahlung eines Erwerbspreises oder der Übernahme einer Einlagepflicht. Einschlägig ist aber jedenfalls **Variante 3**.

Gleichwohl ist die Genehmigungsbedürftigkeit in den Fällen des **schenkweisen Erwerbs eines Kommanditeils** umstritten. Sie wird von Teilen der Rechtsprechung und des Schrifttums verneint,⁸¹ insbesondere weil den Minderjährigen keine Haftungsrisiken treffen und das Geschäft lediglich rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 107 BGB sei.⁸² Hiergegen ist zum einen einzuwenden, dass die Frage nach der Genehmigungsbedürftigkeit im Sinne des § 1822 BGB zunächst von der Frage nach der rechtlichen Vorteilhaftigkeit im Sinne des § 107 BGB zu unterscheiden ist. Immerhin kann § 107 BGB mittelbar bei der Auslegung der Tatbestände des § 1822 Nr. 3 BGB Berücksichtigung finden. Zum anderen ist – wie oben gezeigt – durchaus fraglich, ob der schenkweise Erwerb von Kommanditeilen wirklich lediglich rechtlich vorteilhaft ist.

78 OLG Bremen NZG 1999, 588; OLG Frankfurt a.M. NZG 2008, 749; OLG Oldenburg NZG 2019, 1059; OLG Schleswig NZG 2020, 593; OLG Zweibrücken FamRZ 2000, 117 (119); offengelassen von OLG Dresden NZG 2018, 1108.

79 Staudinger/Veit, § 1822 BGB Rn. 80.

80 Dazu Staudinger/Veit, § 1822 BGB Rn. 50 f.

81 OLG Köln FGPrax 2018, 118; OLG Jena ZEV 2013, 521; OLG Bremen NZG 2008, 750; Lüdecke, NJOZ 2018, 681 (686); generell gegen die Genehmigungsbedürftigkeit des schenkweisen Erwerbs einer Beteiligung an einer Personengesellschaft Staudinger/Veit, § 1822 BGB Rn. 52 ff.

82 OLG Bremen NZG 2008, 750.

Die vorzugswürdige **Gegenansicht** bejaht die Genehmigungsbedürftigkeit und verweist zur Begründung darauf, dass der Kreis der genehmigungspflichtigen Geschäfte um der Rechtssicherheit willen formal und nicht nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls zu bestimmen sei.⁸³ Maßgebend sei die Art und nicht der Zweck des Geschäfts. Daher sei auch der schenkweise Erwerb eines Kommanditanteils genehmigungsbedürftig. Das OLG Schleswig führt aus:

„Ob und in welchem Ausmaß sich das abstrakte Risiko etwa im Hinblick auf eine Verlustbeteiligung aufgrund der konkreten Ausgestaltung des Erwerbsvorgangs und der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung im Einzelfall überhaupt realisieren kann, ist deshalb nicht bei den tatbestandlichen Voraussetzungen des § 1822 Nr. 3 BGB zu untersuchen (...). Im Interesse des mit § 1822 BGB verfolgten Minderjährigenschutzes bedarf es vielmehr einer sorgfältigen gerichtlichen Prüfung, die auf der Rechtsfolgenseite im Rahmen der Beurteilung der Genehmigungsfähigkeit vorzunehmen ist (...). Die mit dem Erfordernis einer gerichtlichen Genehmigung verbundene Beschränkung der rechtlichen Handlungs- und Entscheidungsbefugnis von Vormund und Kindeseltern ist geringfügig und zum Schutz des Minderjährigen verfassungsrechtlich geboten (...). Auch in Fällen, in denen das betreffende Rechtsgeschäft aufgrund seiner konkreten Ausgestaltung kein wirtschaftliches oder rechtliches Risiko für den Minderjährigen bedeutet, wird der Vermögensstatus der Beteiligten nicht dadurch beeinträchtigt, dass die gerichtliche Entscheidung über die Genehmigung abgewartet werden muss (...).“⁸⁴

Bisweilen wird aus der Zustimmungsbedürftigkeit nach §§ 107, 108 BGB die Genehmigungsbedürftigkeit nach § 1822 BGB abgeleitet. In diesem Sinne etwa das OLG Oldenburg:

„Die auf die Eintragung im Handelsregister aufschiebend bedingte unentgeltliche Übertragung eines voll eingezahlten Kommanditanteils auf einen Minderjährigen ist nicht lediglich rechtlich vorteilhaft und bedarf, soweit der Zweck der Gesellschaft auf eine Erwerbstätigkeit gerichtet ist, der familiengerichtlichen Genehmigung nach § 1822 Nr. 3 BGB.“⁸⁵

cc) Erwerb von GmbH-Anteilen

Während bei den Personengesellschaften weithin angenommen wird, dass die Gesellschafter das Erwerbsgeschäft gemeinschaftlich betreiben, ist dies bei den Kapitalgesellschaften nicht der Fall. Hier kommt die tradierte – und durchaus kritikwürdige⁸⁶ – Unterscheidung von Gesamthandsgesellschaften

83 OLG Schleswig NZG 2020, 593 (Rn. 22 und 26); allgemein BGHZ 38, 26 (28); BGHZ 52, 316 (319).

84 OLG Schleswig NZG 2020, 593 (Rn. 27).

85 OLG Oldenburg NZG 2019, 1059 (Leitsatz).

86 *Staake*, Die Gesamthand im Gesellschaftsrecht – sinnvolles Rechtsinstitut oder verzichtbares Relikt?, Recht und Wirtschaft, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2007, S. 109 ff.

einerseits und juristischen Personen andererseits noch deutlich zum Vorschein. Daher wird beim Erwerb von GmbH-Anteilen nur in engen Grenzen eine Genehmigungsbedürftigkeit angenommen.

Nach § 1822 Abs. 3 **Var. 3** BGB besteht eine Genehmigungspflicht jedenfalls für den **Abschluss des Gesellschaftsvertrages**, wenn hieran ein Minderjähriger beteiligt ist. Die spätere Übernahme von Geschäftsanteilen soll hingegen nicht von Variante 3 erfasst sein, da – anders als beim Eintritt in eine Personengesellschaft – der Gesellschaftsvertrag hiervon nicht berührt wird.

Die herrschende Meinung wendet den Genehmigungstatbestand des § 1822 Nr. 3 **Var. 1** BGB auch auf den Fall an, dass der Minderjährige **alle Geschäftsanteile** an einer ein Erwerbsgeschäft betreibenden GmbH erwirbt.⁸⁷ Begründet wird dies damit, dass in diesem Fall eine Vermögensvermischung von Mündel- und Gesellschaftsvermögen zu befürchten ist und der Minderjährige das volle unternehmerische Risiko trägt. Der Umstand, dass den Minderjährigen Pflichten treffen, die über die einer bloßen Kapitalbeteiligung hinausgehen, soll es rechtfertigen, diesen mittelbaren Erwerb des Erwerbsgeschäfts – in Form des Vollerwerbs des Rechtsträgers – dem unmittelbaren Erwerb gleichzustellen. Es findet damit eine **wirtschaftliche Betrachtungsweise** statt.

Umstritten ist die Behandlung der Fälle, in denen nicht sämtliche Anteile erworben werden. Nach einer Ansicht soll die Genehmigungsbedürftigkeit zu bejahen sein, wenn den Minderjährigen ein **Unternehmensrisiko** trifft, das über das Risiko einer bloßen Kapitalanlage hinausgeht, er also schon „unternehmerisch tätig“ ist.⁸⁸ Eine andere Ansicht will darauf abstellen, ob es sich um **untergeordnete Anteile** handelt (dann keine Genehmigungspflicht) oder um mehr (dann Genehmigungspflicht),⁸⁹ wobei die genauen Abgrenzungskriterien unklar bleiben.

Der **BGH**⁹⁰ hat – vor der Einführung des FamFG (dazu unten S. 81) – entschieden, dass die Veräußerung nach § 1822 Nr. 3 Var. 2 BGB genehmigungsbedürftig ist, wenn

- die Beteiligung eines Minderjährigen an einer GmbH 50 Prozent übersteigt oder
- nur Minderjährige an der GmbH beteiligt sind und sie alle Anteile und damit das Unternehmen (Erwerbsgeschäft) der GmbH insgesamt veräußern.

87 BGH FamRZ 1957, 121; Staudinger/Veit, § 1822 BGB Rn. 58 f.; Brüggemann, FamRZ 1990, 124 (126); Winkler, ZGR 1990, 131 (134).

88 Erman/Schulte-Bunert, § 1822 BGB Rn. 9; Soergel/Zimmermann, § 1822 BGB Rn. 17; vgl. auch Damrau, Rpfleger 1985, 62; Fortun, NJW 1999, 754 (756).

89 OLG München FamRZ 2003, 392.

90 BGH DNotZ 2004, 152; dem folgend OLG Schleswig FamRZ 2018, 106.

Ob diese Kriterien auch für den Beteiligungserwerb gelten sollen, ist bislang nicht entschieden worden. Es besteht insoweit ein hohes Maß an **Rechtsunsicherheit**. In der Praxis geht man aber wohl zumindest von der 50-Prozent-Schwelle aus.

Die Genehmigungsbedürftigkeit des Erwerbs von GmbH-Anteilen durch Minderjährige kann sich nach Ansicht des BGH auch aus **§ 1822 Nr. 10 BGB** ergeben, insbesondere wenn eine **Vorbelastungs-, Verlustdeckungs- oder Ausfallhaftung** droht.

„Vielmehr kommt es entscheidend darauf an, wer nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts, das der Anteilsübertragung zugrunde liegt, im Innenverhältnis für die Verbindlichkeiten (Einlage, Nebenleistungen, Differenz-, Unterbilanz-, Ausfallhaftung etc.) einzustehen hat, die in dem Zeitpunkt fällig sind, in dem die Anteilsübertragung der GmbH angezeigt wird. Zahlt der Erwerber für den Anteil ein Entgelt, bei dessen Höhe die fälligen Verbindlichkeiten mildernd berücksichtigt sind, so wird er für diese regelmäßig ohne die rechtliche Möglichkeit eines Regresses allein mit der Folge einzustehen haben, daß eine Genehmigung nach § 1822 Nr. 10 GmbHG nicht in Betracht kommt. Dasselbe gilt, wenn eine Ausfallhaftung nach § 24 GmbHG zur Zeit der Anmeldung (§ 16 GmbHG) zwar noch nicht fällig ist, aber als sicher droht und der Erwerber im Hinblick darauf dem Veräußerer den künftigen Regreßanspruch gegen den ausgeschlossenen oder die säumigen Mitgesellschafter (§ 24 Satz 1 und 2 GmbHG) in Anrechnung auf den Kaufpreis abtritt. Genehmigungspflichtig ist die Schuldübernahme hiernach nur in den Fällen, in denen dem Anteilserwerber die rechtliche Möglichkeit verbleiben soll, nach seiner Inanspruchnahme durch die Gesellschaft Regreß zu nehmen, sei es beim Rechtsvorgänger oder bei dem Gesellschafter, für dessen Ausfälle er nach §§ 24, 31 Abs. 3 GmbHG einzustehen hat. Kommen eine Haftung für rückständige Leistungen (§ 16 Abs. 3 GmbHG) und eine Ausfallhaftung (§§ 24, 31 Abs. 3 GmbHG) nicht in Betracht, weil der Rechtsvorgänger alle fälligen Verbindlichkeiten getilgt und die Mitgesellschafter ihre Stammeinlagen geleistet sowie das – entgegen § 30 GmbHG entnommene – Vermögen der Gesellschaft erstattet haben, so fehlt schon die fremde Verbindlichkeit, für die der Erwerber einzustehen hätte, so daß sich die Frage nach dem Regreß, vor dessen Fehleinschätzung das Gesetz den Minderjährigen schützen will, gar nicht erst stellt.“⁹¹

Allein die theoretische Möglichkeit, dass ein Gesellschafter erst nach Übertragung des Anteils Leistungen unter Verstoß gegen § 30 Abs. 1 GmbHG erhält und nach § 31 Abs. 1 GmbHG nicht erstatten kann, sodass die Mitgesellschafter für den Ausfall einzustehen haben (§ 31 Abs. 3 GmbHG), begründet nach Auffassung des BGH kein Genehmigungserfordernis, solange im Zeitpunkt der Anteilsübertragung hierfür keine Anhaltspunkte vorhanden sind.⁹²

91 BGHZ 107, 24 (Rn. 8).

92 BGHZ 107, 24 (Rn. 10).

Festhalten lässt sich: Eine generelle Genehmigungspflicht für den derivativen Erwerb von GmbH-Anteilen besteht nicht. Wann eine wirtschaftliche Betrachtungsweise eine Anwendung des § 1822 Nr. 3 Var. 1 BGB rechtfertigt, ist nicht abschließend geklärt. Vor allem in Gründungsnähe und bei nicht voll eingezahlten Anteilen kann zudem eine Genehmigungspflicht nach § 1822 Nr. 10 BGB eingreifen.

dd) Erwerb von Aktien

Für die Gründung einer AG gilt dasselbe wie für die Gründung aller Gesellschaften. Der Abschluss des Gesellschaftsvertrages unterfällt § 1822 Nr. 3 Var. 3 BGB.

Für den derivativen Aktienerwerb dürfte dasselbe gelten wie bei der GmbH.⁹³ Es ist jedenfalls kein überzeugender Grund ersichtlich, warum insoweit keine oder eine andere wirtschaftliche Betrachtungsweise anzustellen sei. Der Anwendungsbereich des § 1822 Nr. 10 BGB dürfte hier aber kleiner sein, da die Ausfallhaftung dem Aktienrecht grundsätzlich fremd ist (Ausnahme § 64 Abs. 4 S. 3 AktG).

f) Die Neuerungen des Regierungsentwurfs: § 1852 BGB-E

Nach dem Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts sollen die gerichtlichen Genehmigungserfordernisse vom Vormundschafts- in das Betreuungsrecht verlagert werden. Geplant ist auch eine „Aufspaltung“ der Genehmigungstatbestände des § 1822 BGB in verschiedene Vorschriften. Für **„handels- und gesellschaftsrechtliche Geschäfte“** soll zukünftig § 1852 BGB-E maßgebend sein, der das Genehmigungserfordernis des bisherigen § 1822 Nr. 3 und Nr. 11 BGB ablösen soll. Die Änderung ist dabei nicht nur redaktioneller Natur, sondern auch mit inhaltlichen Modifikationen verbunden.

§ 1852 BGB-E ist wie folgt gefasst:

„Der Betreuer bedarf der Genehmigung des Betreuungsgerichts

- 1. zu einer Verfügung und zur Eingehung der Verpflichtung zu einer solchen Verfügung, durch die der Betreute*
 - a) ein Erwerbsgeschäft oder*
 - b) einen Anteil an einer Personen- oder Kapitalgesellschaft, die ein Erwerbsgeschäft betreibt, erwirbt oder veräußert,*
- 2. zu einem Gesellschaftsvertrag, der zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts eingegangen wird, und*
- 3. zur Erteilung einer Prokura.“*

93 Staudinger/Veit, § 1822 BGB Rn. 62.

Über § 1643 Abs. 1 BGB-E soll die Vorschrift auch für die sorgeberechtigten **Eltern**, über § 1799 Abs. 1 BGB-E auch für den **Vormund** anwendbar sein, wobei die Genehmigung in diesen Fällen nicht durch das Betreuungsgericht, sondern – wie auch bisher schon – durch das Familiengericht erfolgen muss.

In der Entwurfsbegründung ist davon die Rede, dass **§ 1852 Nr. 1 BGB-E** dem bisherigen § 1822 Nr. 3 Var. 1 BGB entspreche.⁹⁴ Dies trifft aus mehreren Gründen nicht zu.

Bislang sind zum einen lediglich der Erwerb und die Veräußerung des Erwerbsgeschäfts vom Gesetzeswortlaut erfasst, nicht aber der Erwerb und die Veräußerung einer **Beteiligung an einer Gesellschaft**, die ein Erwerbsgeschäft betreibt. Es handelt sich hierbei auch nicht lediglich um eine Klarstellung, wie es in der Entwurfsbegründung heißt.⁹⁵ Für den Erwerb einer Beteiligung an einer **Kapitalgesellschaft** ist dies, wie soeben gezeigt, keineswegs herrschende Auffassung. Hier geht die überwiegende Ansicht vielmehr davon aus, dass der Beteiligungserwerb grundsätzlich keine Zustimmungspflicht auslöst. Dies wäre zukünftig anders – und zwar unabhängig vom Umfang des Beteiligungserwerbs. Inhaltlich ist diese Änderung mit Blick auf ein **Mehr an Rechtssicherheit** gleichwohl **begrüßenswert**.

Zum anderen soll zukünftig das **Merkmal der Entgeltlichkeit des Erwerbs entfallen**. Auch dies ist **zu begrüßen**, da die haftungsrechtlichen Gefahren sowohl eines Erwerbsgeschäfts als auch des Beteiligungserwerbs nicht auf die zu erbringende Gegenleistung beschränkt sind. Dies konstatiert nunmehr auch die Entwurfsbegründung.⁹⁶

Irreführend und inhaltlich zweifelhaft ist indes folgende Aussage in der Entwurfsbegründung:

„Der Erwerb von Aktien gilt nicht als handels- oder gesellschaftsrechtliches Geschäft, sondern wird als Erwerb von Wertpapieren angesehen.“⁹⁷

Dies findet zum einen im **Wortlaut** des § 1852 Nr. 1 BGB-E **keine Entsprechung**. Zum anderen ist die abweichende Behandlung des Aktienerwerbs jedenfalls nicht in den Fällen gerechtfertigt, in denen es um eine **unternehmerische Beteiligung** geht, die Aktien also nicht lediglich als Kapitalanlage dienen sollen. Dies dürfte insbesondere bei in der Rechtsform der AG verfassten Familienunternehmen häufig der Fall sein. Der wertpapierrechtliche Ansatz der Entwurfsbegründung geht auch dann fehl, wenn es

94 BR-Drucks. 564/20, S. 387.

95 BR-Drucks. 564/20, S. 387.

96 BR-Drucks. 564/20, S. 387.

97 BR-Drucks. 564/20, S. 387.

an einer Verbriefung der Mitgliedschaften fehlt. Dies mag nicht die Regel sein, kann aber in der Praxis durchaus vorkommen.

Die Entwurfsbegründung geht offensichtlich davon aus, dass der Aktienerwerb zukünftig nach Maßgabe des **§ 1849 BGB-E** genehmigungsbedürftig sein soll. Die Vorschrift übernimmt mit inhaltlichen Änderungen die Regelungen der §§ 1812, 1813 BGB.⁹⁸ Sie gilt aber nur für das Handeln von Betreuern und (über § 1799 Abs. 1 BGB-E) Vormündern, nicht aber für die Eltern, da § 1643 BGB-E nicht auf diese Vorschrift verweist. Wie bisher sollen Verfügungen der Eltern über Forderungen und Wertpapiere ihrer Kinder (§ 1849 BGB-E, bisher § 1812 BGB) genehmigungsfrei bleiben.⁹⁹

Aus den genannten Gründen sollte entweder eine Klarstellung im Wortlaut des § 1822 Nr. 1 BGB-E vorgenommen oder – vorzuzugswürdig – von einer generellen Ausnahme des Aktienerwerbs abgesehen werden.

§ 1852 Nr. 2 BGB-E entspricht sprachlich und inhaltlich der bisherigen Variante 3 des § 1822 Nr. 3 BGB. § 1852 Nr. 3 BGB-E betrifft als Nachfolgenorm zu § 1822 Nr. 11 BGB die Prokuraerteilung.

II. Erwerb von Todes wegen

1. Annahme der Erbschaft

Ist ein beschränkt Geschäftsfähiger Erbe, stellt sich die Frage, durch wen die Annahme der Erbschaft erfolgen kann. Zu unterscheiden ist dabei zwischen einer eigenen Willenserklärung und einer solchen in Stellvertretung des beschränkt Geschäftsfähigen.

Bei der Annahme einer Erbschaft handelt es sich um eine **einseitige nicht empfangsbedürftige Willenserklärung**, auf die im Grundsatz die allgemeinen Regeln über Willenserklärungen (§§ 104 ff. BGB) anwendbar sind.¹⁰⁰ Nach §§ 107, 108 Abs. 1 BGB kann ein Minderjähriger eine eigene Willenserklärung nur rechtswirksam abgeben, wenn sie für ihn rechtlich lediglich vorteilhaft ist. Wird die Erbschaft angenommen, geht dies mit dem Verlust des Ausschlagungsrechts einher. Der Minderjährige verliert mithin ein Gestaltungsrecht, die Annahmeerklärung ist rechtlich nicht lediglich vorteilhaft.¹⁰¹ Damit eine eigene Annahme wirksam ist, muss nach §§ 107, 183 BGB eine **Einwilligung** des gesetzlichen Vertreters vorliegen.¹⁰² Die Möglichkeit der nachträglichen **Genehmigung** durch den gesetzlichen Vertreter (§ 108

98 BR-Drucks. 564/20, S. 379.

99 BR-Drucks. 564/20, S. 239.

100 BeckOGK-BGB/Heinemann, § 1943 BGB Rn. 8.

101 MAH ErbR/Pawlytta, § 42 Rn. 24; BeckOGK-BGB/Heinemann, § 1943 BGB Rn. 18.

102 MüKo-BGB/Leipold, § 1943 BGB Rn. 7; BeckOGK-BGB/Heinemann, § 1943 BGB Rn. 18.

BGB) ist wegen § 111 BGB **ausgeschlossen**. Erfolgt dennoch eine „Genehmigung“ wird dies regelmäßig in eine Annahme in Vertretung des beschränkt Geschäftsfähigen umzudeuten sein.¹⁰³

Wurde keine Einwilligung erteilt, kann der **gesetzliche Vertreter** – im Regelfall also die Eltern (§§ 1626 Abs. 1, 1629 Abs. 1 BGB) – die Erbschaft im Namen des Minderjährigen annehmen. Die **Annahmeerklärung** kann, muss aber nicht ausdrücklich erfolgen. Ausreichend ist auch eine konkludente Annahme (sog. Annahme *pro herede gestio*), wenn aus den Umständen des Einzelfalls und unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung eindeutig ersichtlich ist, dass der Erbe die Erbschaft behalten will. Aus Gründen der Rechtssicherheit sind hieran aber strenge Anforderungen zu stellen.¹⁰⁴

Erklären die Eltern die Annahme der Erbschaft für das Kind, unterliegt dies **keiner Genehmigungspflicht** durch das Familiengericht. § 1643 Abs. 2 BGB statuiert ein Genehmigungserfordernis lediglich für die Ausschlagung, nicht aber für die Annahme der Erbschaft. Die Annahme ist auch dann genehmigungsfrei, wenn die Eltern eigene Ansprüche gegen das erbende Kind (etwa aus § 2174 BGB) haben.¹⁰⁵ Sind die Eltern dennoch rechtlich oder tatsächlich verhindert, muss nach § 1909 Abs. 1 S. 1 BGB ein Ergänzungspfleger bestellt werden, der die Erbschaft für das Kind annehmen kann.¹⁰⁶

Liegt weder eine Willenserklärung des Kindes mit Einwilligung des gesetzlichen Vertreters noch eine Willenserklärung der Eltern in Vertretung vor, greift die **Fiktion des § 1943 BGB**, nach der die Erbschaft als angenommen gilt, wenn sie nicht innerhalb einer Frist von sechs Wochen (§ 1944 Abs. 1 BGB) – in Sonderfällen des § 1944 Abs. 3 BGB mit einer Frist von sechs Monaten – ausgeschlagen wurde.

Aufgrund der Fiktion des § 1923 Abs. 2 BGB gilt ein **Nasciturus** – ein Mensch, der zur Zeit des Erbfalls noch nicht gelebt hat aber bereits gezeugt war – als vor dem Erbfall geboren. Infolgedessen tritt der Nasciturus mit Vollendung der Geburt rückwirkend in die Nachlassrechte und -pflichten ein, wenn er lebend zur Welt kommt.¹⁰⁷

103 BeckOGK-BGB/Heinemann, § 1943 BGB Rn. 18.

104 MüKo-BGB/Leipold, § 1943 BGB Rn. 4 f.; Burandt/Rojahn/Najdecki, § 1943 BGB Rn. 4 ff.

105 MAH ErbR/Pawlytta, § 42 Rn. 26; MüKo-BGB/Leipold, § 1943 BGB Rn. 7.

106 Staudinger/Otte, § 1943 BGB Rn. 11c; BeckOGK-BGB/Heinemann, § 1943 BGB Rn. 20; a. A. jurisPK-BGB/Hönniger, § 1943 BGB Rn. 5.

107 BeckOGK-BGB/Tegelkamp, § 1923 BGB Rn. 34, 36.

2. Ausschlagung der Erbschaft

a) Grundlagen

Ebenso wie bei der Annahme handelt es sich bei der Ausschlagung um eine **einseitige Willenserklärung**. Im Unterschied zur Annahmeerklärung ist die Ausschlagungserklärung jedoch **amtsempfangsbedürftig** (vgl. § 130 Abs. 3 BGB).¹⁰⁸

Wie bei der Annahme kann auch der Minderjährige selbst die Ausschlagung erklären, wenn hierzu die (schriftliche, vgl. § 111 S. 2 BGB) **Einwilligung** seines gesetzlichen Vertreters vorliegt (§§ 107, 183 Abs. 1 BGB). Liegt eine wirksame Willenserklärung des beschränkt Geschäftsfähigen nicht vor, kann der gesetzliche **Vertreter** die Erbschaft ausschlagen.

Die Bestellung eines **Ergänzungspflegers** ist **grundsätzlich nicht erforderlich**.¹⁰⁹ Eine rechtliche Verhinderung der Eltern oder des Vormunds im Sinne des § 1909 Abs. 1 S. 1 BGB lässt sich nicht aus §§ 181, 1795 BGB ableiten, da die Vorschriften tatbestandlich bei der Ausschlagung nicht einschlägig sind. Ein gesetzlicher Vertreter kann die Erbschaft nach ganz herrschender Meinung auch dann wirksam ausschlagen, wenn er selbst oder andere Kinder dadurch Erbe werden.¹¹⁰ In diesen Fällen ist der Minderjährige ausschließlich nach den Grundsätzen über den Missbrauch der Vertretungsmacht sowie über die gerichtlichen Genehmigungserfordernisse nach §§ 1643 Abs. 2 und 1822 Nr. 2 BGB geschützt.¹¹¹ Die Bestellung eines Ergänzungspflegers kann daher allenfalls deswegen erforderlich sein, weil der gesetzliche Vertreter aus tatsächlichen Gründen an der Ausschlagung (oder der Zustimmung zu dieser) verhindert ist.

Umstritten ist, ob die Eltern zustimmungs- und vertretungsberechtigt sind, wenn der Erblasser testamentarisch das **Recht zur Vermögensverwaltung entzogen** hat (§ 1638 BGB, dazu unten S. 52).

Soll die Erbschaft ausgeschlagen werden, hat dies nach § 1944 Abs. 1 BGB innerhalb einer **Frist** von sechs Wochen zu erfolgen. Die Frist beginnt zu dem Zeitpunkt, an dem der Erbe von Anfall und Grund der Berufung Kenntnis erlangt (§ 1944 Abs. 2 S. 1 BGB). Streit besteht hierbei hinsichtlich der Frage, **wessen Kenntnis** für den Fristbeginn maßgeblich ist. Nach herrschender Ansicht ist auf die Kenntnis des gesetzlichen Vertreters abzustellen.¹¹² Dabei soll die Kenntnis beider Elternteile erforderlich sein,

108 BeckOGK-BGB/Heinemann, § 1943 BGB Rn. 25.

109 MAH ErbR/Pawlytta, § 42 Rn. 27.

110 BayObLGZ 1983, 213 (220); MüKoBGB/Schubert, § 181 BGB Rn. 55; BeckOGK-BGB/Fröhler, § 181 BGB Rn. 303; Coing, NJW 1985, 9; Buchholz NJW 1993, 1161; Fröhler, BWNotZ 2006, 97 (101).

111 BeckOGK-BGB/Fröhler, § 181 Rn. 303; Fröhler, BWNotZ 2006, 97 (101).

112 MüKo-BGB/Leipold, § 1944 BGB Rn. 15.

sofern ihnen das gemeinsame Sorgerecht zusteht.¹¹³ Beim **Nasciturus** beginnt die Ausschlagungsfrist mit der Vollendung der Geburt. Die Eltern des noch ungeborenen Kindes sollen die Erbschaft aber schon vor der Geburt annehmen oder ausschlagen können.¹¹⁴

b) Familiengerichtliche Genehmigung

Schlagen die Eltern das Erbe in Stellvertretung des beschränkt Geschäftsfähigen aus, ist dies nach § 1643 Abs. 2 S. 1 BGB (beim Ergänzungspfleger oder Vormund nach § 1822 Nr. 2 BGB) durch das Familiengericht zu **genehmigen**. § 1643 Abs. 2 S. 2 BGB normiert davon eine wichtige **Ausnahme**: Wird der Minderjährige nur infolge der Ausschlagung eines sorgeberechtigten Elternteils Erbe, entfällt die Genehmigungspflicht. Ist der ausschlagende Elternteil jedoch neben dem Kind berufen, greift die **Rückausnahme** des § 1643 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 BGB. Die Ausschlagung bleibt genehmigungspflichtig.

Die **Genehmigungspflicht** nach § 1643 Abs. 2 BGB besteht auch für die Einwilligung der gesetzlichen Vertreter in die eigene Erklärung des Minderjährigen (§§ 107, 183 BGB), also nicht nur bei der Vertretungslösung, sondern auch bei der Zustimmungslösung.

In den folgenden Fällen wird aus **teleologischen** Gründen ebenfalls eine Genehmigungspflicht angenommen:

- Der durch letztwillige Verfügung eingesetzte Elternteil schlägt die Erbschaft für sich und den Minderjährigen aus, ist dann aber selbst gesetzlicher Erbe.¹¹⁵
- Der ausschlagende Elternteil nutzt die Ausnahme des § 1643 Abs. 2 S. 2 BGB dafür, die Vermögensverteilung nach seinem Belieben zu lenken (Beispiel: erst Ausschlagung für sich, dann für drei von vier Kindern, um das vierte Kind selektiv zu begünstigen).¹¹⁶

c) Rechtsformspezifische Aspekte

Die Nachfolge in Beteiligungen infolge eines Erbfalls gestaltet sich bei Kapital- und Personengesellschaften unterschiedlich.

113 OLG Frankfurt RNotZ 2012, 579 (581 f.); MAH ErbR/Pawlytta, § 42 Rn. 31; Riedel, Nachfolgeplanung und Minderjährigenrecht, Jubiläumsschrift 10 Jahre DVEV: 1995-2010, S. 110.

114 OLG Stuttgart NJW 1993, 2250; OLG Oldenburg FamRZ 1994, 847.

115 MAH ErbR/Pawlytta, § 42 Rn. 32.

116 KG ZEV 2012, 332.

aa) Kapitalgesellschaften

Bei Kapitalgesellschaften sind die Beteiligungen kraft Gesetzes **vererblich**. Dies kann auch nicht durch den Gesellschaftsvertrag eingeschränkt werden (vgl. § 15 Abs. 5 GmbHG, der eine Einschränkung nur für die rechtsgeschäftliche Übertragung zulässt). Möglich ist es aber im GmbH-Recht, dass der Tod eines Gesellschafters im Gesellschaftsvertrag als Grund für eine Einziehung nach § 34 GmbHG bestimmt wird.¹¹⁷

An die Stelle des verstorbenen Gesellschafters rückt im Wege der **Gesamtrechtsnachfolge** (§ 1922 BGB) dessen Erbe. Umstritten ist, ob dieser im Verhältnis zur Gesellschaft erst dann als Gesellschafter gilt (und somit seine Gesellschafterrechte ausüben kann), wenn er in der **Gesellschafterliste** (§ 16 Abs. 1 GmbHG) oder im **Aktienregister** (bei Namensaktien nach § 67 Abs. 2 S. 1 AktG) eingetragen ist.¹¹⁸

Gibt es mehrere Erben, wird die **Erbengemeinschaft** Gesellschafterin. Eine Sonderrechtsnachfolge findet hier – anders als nach herrschender Meinung im Personengesellschaftsrecht – nicht statt.¹¹⁹

bb) Personengesellschaften

In der GbR führt der Tod eines Gesellschafters gemäß § 727 Abs. 1 BGB nach der gesetzlichen Konzeption grundsätzlich zur Auflösung der Gesellschaft. Die Regelung ist aber dispositiv. Im Gesellschaftsvertrag kann daher eine **Fortsetzungsklausel** vereinbart werden. Zudem können die verbliebenen Gesellschafter auch noch nach dem Todesfall die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen (sog. Fortsetzungsbeschluss). Bei der OHG führt der Tod eines Gesellschafters nicht zur Auflösung, sondern nach § 131 Abs. 3 Nr. 1 HGB grundsätzlich zum Ausscheiden des Gesellschafters. Dasselbe gilt über § 161 Abs. 2 HGB für den Tod eines Komplementärs einer KG.

Die Gesellschafterstellung geht in diesen Fällen von Gesetzes wegen nicht auf die Erben über. Diesen stehen lediglich Abfindungsansprüche zu (§ 738 Abs. 1 S. 2 BGB). Der Anteil des Verstorbenen wächst den Mitgliedschaften der anderen Gesellschafter an (§ 738 Abs. 1 S. 1 BGB).¹²⁰

Die Gesellschafterstellung kann aber **im Gesellschaftsvertrag vererblich gestellt** werden. Dies erfolgt durch einfache oder qualifizierte Nachfolgeklauseln.

117 MüKo-GmbHG/Strohn, § 34 GmbHG Rn. 55.

118 Vgl. etwa Habersack/Casper/Löbbe/Löbbe, § 16 GmbHG Rn. 28 ff.; Roth/Altmeppen/Altmeppen, § 16 GmbHG Rn. 22 ff.; MüKo-AktG/Bayer, § 67 AktG Rn. 78 ff.

119 Habersack/Casper/Löbbe/Löbbe, § 15 GmbHG Rn. 14.

120 Allgemein dazu Oetker/Kamanabrou, § 131 HGB Rn. 40 ff.

Bei der **einfachen Nachfolgeklausel** sollen alle Erben an die Stelle des Verstorbenen rücken.¹²¹ Dies ist unproblematisch, wenn es nur einen Erben gibt. Umstritten ist die Rechtslage, wenn mehrere Erben vorhanden sind. Nach den §§ 2032 ff. BGB haben diese eine gemeinschaftliche Berechtigung am Nachlass – und nicht etwa eine anteilige Berechtigung an den einzelnen Nachlassgegenständen.¹²² Konsequenterweise müsste die Mitgliedschaft daher auf die Erbengemeinschaft übergehen. Dies wird von Teilen des Schrifttums auch so gesehen.¹²³ Nach herrschender Meinung soll hingegen die (grundsätzlich auf Abwicklung gerichtete) Erbengemeinschaft nicht Gesellschafter einer verbenden (also nicht in Liquidation befindlichen) Personengesellschaft sein können. Vielmehr soll – entgegen den §§ 1922, 2032 BGB – eine **Sonderrechtsnachfolge der einzelnen Miterben entsprechend ihrer Erbquote** stattfinden.¹²⁴ Es handele sich insoweit um eine vorweggenommene Teilauseinandersetzung des Nachlasses.

Bei der **qualifizierten Nachfolgeklausel** sollen hingegen nicht alle Erben, sondern nur einzelne von ihnen Nachfolger werden. Der Nachteil der nicht begünstigten Erben ist dann im Rahmen der Auseinandersetzung des Nachlasses auszugleichen.¹²⁵

Von den Nachfolgeklauseln sind die sogenannten **Eintrittsklauseln** zu unterscheiden. Es handelt sich hierbei um gesellschaftsvertragliche Bestimmungen, die darauf abzielen, vertraglich bestimmten oder durch Dritte zu bestimmenden Personen (nicht notwendig Erben) ein Recht auf Eintritt in die Gesellschaft zu verschaffen.¹²⁶ Ist ein Minderjähriger Begünstigter einer solchen Klausel, gelten für die Ausübung des Eintrittsrechts die oben zum rechtsgeschäftlichen Beteiligungserwerb aufgezeigten Grundsätze. Es handelt sich dann nämlich nicht um einen Erwerb von Todes wegen.

Bei der OHG eröffnet **§ 139 HGB** jedem Erben die Möglichkeit, die Stellung als persönlich haftender Gesellschafter in eine Kommanditistenstellung umzuwandeln. Die Umwandlung erfolgt durch eine Änderung des Gesellschaftsvertrages, deren Gegenstand die Inhaltsänderung der fortbestehenden Mitgliedschaft ist.¹²⁷ Ist der Erbe minderjährig, kann er weder bei der Ausübung des Wahlrechts noch bei der Vertragsänderung allein handeln. Beide Geschäfte sind nicht lediglich rechtlich vorteilhaft. Der **gesetzliche Vertreter** muss daher zustimmen oder vertretungsweise für den Minderjährigen handeln.

121 BeckOGK-BGB/von Proff zu Irnich, § 705 BGB Rn. 63.

122 Vgl. MüKo-BGB/Gergen, § 2032 BGB Rn. 15 ff.

123 Grunewald, Gesellschaftsrecht, S. 79 f.; kritisch auch BeckOGK-BGB/Rißmann/Szalai, § 2032 BGB Rn. 21 f.

124 RGZ 16, 40, 56; BGHZ 22, 186 (192 f.); BGHZ 55, 267 (269); BGHZ 58, 316 (317); BGHZ 68, 225 (237); so auch MüKo-BGB/Gergen, § 2032 BGB Rn. 71; Burandt/Rojahn/Flechtner, § 2032 BGB Rn. 36.

125 BeckOGK-BGB/von Proff zu Irnich, § 705 BGB Rn. 76 ff.

126 BeckOGK-HGB/Müller/Godron, § 139 HGB Rn. 211.

127 BayObLG NZG 2003, 476 (477); Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 45 I 3 b.

Ist der gesetzliche Vertreter selbst Gesellschafter, ist ein **Ergänzungspfleger** zu bestellen.¹²⁸ Der **Genehmigung** durch das Familiengericht bedarf es hierfür **nicht**.¹²⁹

In der KG ist die **Kommanditistenstellung** nach § 177 HGB kraft Gesetzes vererblich, ohne dass es einer Nachfolgeklausel bedarf.¹³⁰ Mehrere Erben rücken nach herrschender Meinung auch hier nicht als Erbengemeinschaft, sondern im Wege der Sonderrechtsnachfolge in die Gesellschafterstellung ein.¹³¹ Die Sonderzuordnung des Kommanditanteils erfolgt auch dann, wenn aufgrund einer qualifizierten Nachfolgeklausel bei einer Mehrheit von Erben nur einer oder einzelne zur Nachfolge in den Kommanditanteil berechtigt sind.¹³²

d) Einschränkung Gestaltungen

Der Erblasser hat verschiedene Möglichkeiten, die Handlungsmacht des minderjährigen Erben einzuschränken. In Betracht kommt dabei zum einen die Anordnung einer **Testamentsvollstreckung**. Wird ein Elternteil als Testamentsvollstrecker eingesetzt, kann sich für verschiedene Maßnahmen die Notwendigkeit ergeben, einen Ergänzungspfleger zu bestellen.¹³³ Diese müssen hier nicht im Einzelnen erörtert werden, da es hierbei nicht um spezifische gesellschaftsrechtliche Aspekte geht.

Zum anderen kann durch den **Einsatz eines Vorerben** und die Bestimmung des Minderjährigen als Nacherben (vgl. §§ 2100 ff. BGB) der sofortige Zugriff des Minderjährigen auf den Erbteil verhindert werden.¹³⁴ Eine vertiefte Behandlung dieser Thematik ist an dieser Stelle nicht geboten.

Beleuchtet werden soll aber eine dritte Möglichkeit: die Beschränkung der elterlichen Vermögenssorge, die § 1638 BGB sowohl für Zuwendungen zu Lebzeiten wie auch von Todes wegen ermöglicht (ausführlich dazu S. 47). Zuvor soll ein Blick auf die Probleme geworfen werden, die sich ergeben, wenn ein Minderjähriger Gesellschafter geworden ist.

128 BGHZ 55, 267 (270).

129 BGH BGHZ 55, 267 (269); Baumbach/Hopt/Roth, § 139 HGB Rn. 38 f.; Oetker/Kamanabrou, § 139 HGB, Rn. 69.

130 Grunewald, Gesellschaftsrecht, S. 155.

131 BGHZ 108, 187 (192); KG NJW-RR 2000, 170; Oetker/Oetker HGB § 177 Rn. 6; Baumbach/Hopt/Roth, § 177 HGB Rn. 3.

132 BGHZ 68, 225 (237 f.); Henssler/Strohn/Gummert, § 177 HGB Rn. 3.

133 Vgl. dazu MAH ErbR/Pawlytta, § 42 Rn. 115 ff.

134 Zur Vor- und Nacherbschaft allgemein etwa MAH ErbR/Pawlytta, § 17 Rn. 2 ff., § 42 Rn. 74 ff.

III. Minderjährige als Gesellschafter

Die bei Minderjährigkeit eines Gesellschafters auftretenden Rechtsfragen betreffen unterschiedliche Aspekte. Sie lassen sich in folgende **Problemkreise** unterteilen:

- die Ausübung der individuellen Gesellschafterrechte,
- Maßnahmen, die gegenüber dem Gesellschafter vorgenommen werden und
- die Wahrnehmung organschaftlicher Befugnisse.

1. Ausübung von individuellen Gesellschafterrechten

a) Vorbemerkungen

Zu den individuellen Gesellschafterrechten zählen nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis sämtliche aus der Mitgliedschaft fließende Verwaltungs- und Vermögensrechte mit Ausnahme der Befugnisse zur organschaftlichen Geschäftsführung und Vertretung. Praktisch geht es zumeist um die Ausübung des dem Minderjährigen zustehenden **Stimmrechts**, weshalb hierauf im Folgenden das Hauptaugenmerk liegt.

Auch hier begegnen uns die bereits vom Beteiligungserwerb bekannten **zwei zentralen Fragestellungen**: Wer handelt für den Minderjährigen? Und muss das Familiengericht genehmigen? Hinsichtlich des maßgeblichen Normbestandes und der dogmatischen Grundlagen kann daher auf die obigen Ausführungen verwiesen werden (siehe insbesondere S. 9 und S. 23).

b) Ausübung des Stimmrechts

aa) *Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters*

Die Ausübung des mitgliedschaftlichen Stimmrechts ist eine Willenserklärung, auf die die §§ 104 ff. BGB Anwendung finden. **Geschäftsunfähige** Minderjährige (§ 104 BGB) können daher nie das Stimmrecht selbst ausüben. Erforderlich ist hier stets die gesetzliche Vertretung durch die Eltern oder den Vormund. Im Schrifttum umstritten ist, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen **beschränkt geschäftsfähige** Minderjährige ihr Stimmrecht selbst ausüben können.

Nach *Nitze*¹³⁵ ist die Stimmabgabe **nicht generell rechtlich nachteilig** im Sinne des § 107 BGB.¹³⁶ Ein rechtlicher Nachteil könne sich aber aus dem konkreten Beschlussinhalt ergeben. Zu fragen sei daher stets, welche Konsequenzen der Gesellschafterbeschluss und die beschlossene Maßnahme für den

135 *Nitze*, Der minderjährige Gesellschafter im Familienunternehmen, S. 42 ff.

136 *Nitze*, Der minderjährige Gesellschafter im Familienunternehmen, S. 47 f.

Minderjährigen habe. Ein rechtlicher Nachteil drohe dabei insbesondere dann, wenn der Minderjährige bei der Beschlussfassung gegen die ihm obliegende Treuepflicht verstoße.¹³⁷

Die vorzugswürdige Gegenauffassung sieht die Stimmrechtsausübung **generell als zustimmungsbedürftiges Rechtsgeschäft** an. Nach *J. Flume* ergibt sich die rechtliche Nachteiligkeit schon aus dem Umstand, dass mit der Ausübung das Stimmrecht verbraucht werde.¹³⁸ *Klumpp* stellt darauf ab, dass der Minderjährige letztlich an den gefassten Beschluss gebunden ist.¹³⁹ Jedenfalls vermeidet diese Auffassung Abgrenzungsschwierigkeiten und die Notwendigkeit von ex-post-Betrachtungen. Es sprechen daher gute Gründe dafür, stets die **Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters** bei der Stimmabgabe zu fordern.

Nur in den Fällen des **§ 112 BGB** kann der Minderjährige das Stimmrecht ausnahmsweise selbst ausüben. Erforderlich hierfür ist, dass der gesetzliche Vertreter mit Genehmigung des Familiengerichts den Minderjährigen zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts ermächtigt hat. Dann ist der Minderjährige für die Geschäfte nach § 112 Abs. 1 S. 1 BGB unbeschränkt geschäftsfähig, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt. Der Begriff des Erwerbsgeschäfts ist dabei identisch mit demjenigen in § 1822 Nr. 3 BGB¹⁴⁰ und § 1852 Nr. 1 BGB-E. Nach herrschender Meinung soll daher auch die Gesellschafterstellung in einer Personenhandelsgesellschaft ein Erwerbsgeschäft im Sinne des § 112 BGB darstellen.¹⁴¹ In der Praxis spielt § 112 BGB für die Beteiligung Minderjähriger an Gesellschaften aber, soweit ersichtlich, bislang keine Rolle. Gleichwohl sollte der **Gesetzgeber** die in § 1852 Nr. 1 BGB-E, in dem die Beteiligung an Kapital- und Personengesellschaften nunmehr ausdrücklich aufgeführt wird, auch in § 112 BGB nachvollziehen.

bb) Erfordernis eines Ergänzungspflegers

Zur Frage, in welchen Fällen der gesetzliche Vertreter von der Wahrnehmung des Stimmrechts für den Minderjährigen rechtlich ausgeschlossen und folglich ein Ergänzungspfleger (§ 1909 Abs. 1 S. 1 BGB) zu bestellen ist, gibt es ein **reichhaltiges Meinungsbild**, das hier nicht im Einzelnen nachgezeichnet werden muss. Insoweit kann insbesondere auf die Kommentierungen zu § 181 BGB verwiesen werden.¹⁴² An dieser Stelle sollen lediglich einige Grundzüge umrissen werden. Die **Gefahr einer Interessenkollision**, die die Bestellung eines Ergänzungspflegers erforderlich macht, kann insbesondere dann bestehen,

137 *Nitze*, Der minderjährige Gesellschafter im Familienunternehmen, S. 48 ff.

138 *Flume*, NZG 2014, 17 (17).

139 *Staudinger/Klumpp*, § 107 BGB Rn. 62.

140 Dagegen *BeckOGK-BGB/Ahrens/Heicke*, § 112 BGB Rn. 30, die den Begriff in § 112 BGB als weiter gefasst ansieht.

141 *MüKo-BGB/Spickhoff*, § 112 BGB Rn. 6; *Christmann*, ZEV 2000, 45 (47).

142 Siehe etwa *MüKo-BGB/Schubert*, § 181 BGB Rn. 35 ff.; *BeckOGK-BGB/Fröhler*, § 181 BGB Rn. 261 ff.

wenn der gesetzliche Vertreter selbst ebenfalls an der Gesellschaft beteiligt ist, aber auch, wenn das Stimmrecht für mehrere Kinder wahrgenommen werden soll.

Der gesetzliche Vertreter ist **jedenfalls** dann von der Vertretung des minderjährigen Gesellschafters oder der Zustimmung zu dessen eigener Willenserklärung ausgeschlossen, wenn er selbst einem **Stimmverbot unterliegt** oder unterliegen würde. Gesetzliche Stimmverbote sind für die Kapitalgesellschaften in den §§ 34, 47 Abs. 4 GmbHG und § 136 Abs. 1 AktG normiert, die gegenüber § 181 BGB *leges speciales* sind.¹⁴³ Für die Personengesellschaften ist zwar das grundsätzliche Bestehen von Stimmverboten anerkannt, doch besteht über deren konkrete Voraussetzungen keine Einigkeit.¹⁴⁴

Im Übrigen sind die §§ 181, 1795 BGB maßgeblich. Allerdings ist nach herrschender Meinung die Beschlussfassung über **Maßnahmen der Geschäftsführung** grundsätzlich nicht vom Verbot des In-sichgeschäfts erfasst. Insoweit sei der Tatbestand des § 181 BGB teleologisch zu reduzieren, da von einem grundsätzlichen Interessengleichlauf der Gesellschafter ausgegangen werden könne und das Gesellschaftsrecht auch die Stimmrechtsvertretung durch Mitgesellschafter grundsätzlich ohne Weiteres zulasse.¹⁴⁵ Etwas anderes soll bei **Grundlagenbeschlüssen** gelten, da bei diesen die gemeinsame Zielrichtung gerade zu vermuten sei.¹⁴⁶

Im Einzelnen ist hier aber vieles umstritten. Der **Praxis** ist deshalb **anzuraten**, in Zweifelsfällen auf die gerichtliche Bestellung eines Ergänzungspflegers hinzuwirken.

cc) *Familiengerichtliche Genehmigung*

Die Stimmrechtsausübung bedarf grundsätzlich nicht der Genehmigung durch das Familiengericht. Umstritten ist, ob dies bei Beschlüssen, die auf die Änderung des Gesellschaftsvertrages gerichtet sind, anders ist.

Einschlägig könnte insoweit nämlich das Genehmigungserfordernis des **§ 1822 Nr. 3 Var. 3 BGB** sein. Zu klären ist also, ob und gegebenenfalls unter welchen einschränkenden Voraussetzungen die Änderung eines Gesellschaftsvertrags dem Abschluss eines Gesellschaftsvertrags gleichzustellen ist. Das Meinungsspektrum reicht hier von genereller Genehmigungsbedürftigkeit bis hin zur ausnahmslosen Genehmigungsfreiheit.

143 MüKo-BGB/Schubert, § 181 BGB Rn. 35.

144 Dazu MüKo-HGB/Enzinger, § 119 HGB Rn. 30 ff.; Beck Hdb. Personenges./Stengel, § 3 Rn. 346 ff.; MHdb-GesR II/Weipert, § 57 Rn. 9 ff.; MAH PersGesR/Plückelmann, § 8 Rn. 64 ff.; Grunewald, Gesellschaftsrecht, S. 39, 108.

145 BGHZ 52, 316 (318); BGHZ 51, 209 (217); zustimmend BeckOGK-BGB/Fröhler, § 181 BGB Rn. 53 ff.; MüKo-BGB/Schubert, § 181 BGB Rn. 36.

146 BeckOK-BGB/Schäfer, § 181 BGB Rn. 13; MüKo-BGB/Schubert, § 181 BGB Rn. 36.

Weitgehende Einigkeit besteht jedenfalls hinsichtlich der **Änderung des Gesellschaftszwecks**. Diese ist nach § 1822 Nr. 3 Var. 3 BGB zu genehmigen.¹⁴⁷ Anderenfalls könnte etwa zunächst eine rein vermögensverwaltende Gesellschaft genehmigungsfrei gegründet werden und dann ebenfalls genehmigungsfrei durch vertragliche Änderung des Gesellschaftszwecks in eine Erwerbsgesellschaft abgeändert werden. Aber auch bei der Änderung der erwerbswirtschaftlichen Ausrichtung und Zielsetzung der Gesellschaft (**Änderung des Unternehmensgegenstandes**) ist eine Genehmigung durch das Familiengericht geboten.

Umstritten ist, wie Änderungen des Gesellschaftsvertrags zu behandeln sind, die den Gesellschaftszweck unberührt lassen. Der **BGH**¹⁴⁸ ist in älteren Entscheidungen von der grundsätzlichen **Genehmigungsfreiheit** ausgegangen. Für diese Ansicht lässt sich anführen, dass der Gesetzgeber in § 1822 Nr. 3 Var. 3 BGB eben nur den Fall des Eingehens eines Gesellschaftsvertrags für genehmigungsbedürftig erklärt hat.

Die **Gegenauffassung** geht von einer **generellen Genehmigungspflicht** bei Änderungen des Gesellschaftsvertrages aus,¹⁴⁹ wobei insbesondere die Rechtssicherheit einerseits und die Schutzbedürftigkeit des Minderjährigen andererseits angeführt werden. Eine vermittelnde Ansicht will darauf abstellen, ob es sich um eine wesentliche Änderung handelt, wobei unklar bleibt, welche Änderungen als wesentlich anzusehen sind.¹⁵⁰

c) Sonstige Mitgliedschaftsrechte

Hinsichtlich sonstiger Mitgliedschaftsrechte wird die Notwendigkeit der Ausübung durch den gesetzlichen Vertreter (oder zumindest mit dessen Mitwirkung) typischerweise nicht thematisiert. Auch insoweit kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass auch beschränkt geschäftsfähige Minderjährige die Rechte **nicht allein** ausüben können. Für die klageweise Geltendmachung von Beschlussmängeln folgt dies auch aus § 51 Abs. 1 ZPO, da ein Minderjähriger nicht prozessfähig ist, sondern insoweit der gesetzlichen Vertretung bedarf.¹⁵¹

2. Handlungen gegenüber dem Gesellschafter

In der Praxis stellt sich häufig die Frage, an wen Ladungen, Zustellungen und sonstige Erklärungen zu erfolgen haben, die einen minderjährigen Gesellschafter betreffen. Diskutiert wird dies insbesondere für das GmbH-Recht. Die hierzu vorgebrachten Argumente lassen sich aber auch für andere

147 OLG Dresden, NZG 2018, 1108 (1109); OLG München MittBayNot 2019, 132 (135); *van de Loo/Strnad*, ZEV 2018, 617, 622.

148 BGHZ 38, 26 (für den Eintritt eines anderen Gesellschafters); BGH, NJW 1961, 724 (für das Ausscheiden eines anderen Gesellschafters aus der Personengesellschaft).

149 *Beitzke*, JR 1963, 182; *Stöber*, Rpfleger 1968, 2; *Knopp*, BB 1962, 939; *Brüggemann*, FamRZ 1990, 124 (127).

150 OLG Dresden NZG 2018, 1108 (1109) obiter dictum; OLG München NZG 2009, 104 (105).

151 Musielak/Voit/Weth, § 51 ZPO Rn. 4.

Gesellschaftsformen fruchtbar machen.¹⁵² Bemerkenswert ist, dass das Gesetz keine spezifischen gesellschaftsrechtlichen Regelungen zu diesen Fragen enthält.

a) Ladung zu Gesellschafterversammlungen

Folgt man der Auffassung, dass der Minderjährige sein Stimmrecht nicht allein, also ohne Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters oder eines Ergänzungspflegers oder vertreten durch diese ausüben kann, ist zugleich vorgezeichnet, dass auch die Ladung zu einer Gesellschafterversammlung **nicht ausschließlich** an den Minderjährigen adressiert sein kann.

Nach überwiegender Ansicht muss die **Ladung des gesetzlichen Vertreters** als solchem erfolgen.¹⁵³ Die Gegenauffassung nimmt an, dass zwar **minderjährige Gesellschafter** selbst geladen werden, die Ladung allerdings **an die Anschrift des gesetzlichen Vertreters** und mit Aufforderung zum Erscheinen an den Vertreter erfolgen muss.¹⁵⁴

Die Unterschiede zwischen beiden Auffassungen sind auf den ersten Blick marginal. Gleichwohl könnte der Streit für die Praxis gravierende Auswirkungen haben. Eine **Falschadressierung** könnte nämlich – bei strenger Betrachtung – einen Ladungsmangel darstellen, der bei Kapitalgesellschaften nach § 241 Nr. 1 AktG (unmittelbar bei der AG, analog bei der GmbH) zur **Nichtigkeit** sämtlicher in der Haupt- oder Gesellschafterversammlung gefassten Beschlüsse führen kann.¹⁵⁵ Ladungsmängel können auch bei Personengesellschaften grundsätzlich zur Nichtigkeit gefasster Beschlüsse führen, doch können unerwünschte Ergebnisse hier bis zu einem gewissen Grad durch eine entsprechende gesellschaftsvertragliche Gestaltung vermieden werden (zum Beispiel durch konkrete Vorgaben zur Ladung Minderjähriger, aber auch durch die Anordnung der Anfechtbarkeit statt Nichtigkeit).

Der **Praxis** ist zu raten, bei der Ladung von minderjährigen Gesellschaftern **Vorsicht** walten zu lassen. Auf der sicheren Seite dürfte man sein, wenn die Ladung sowohl an den Minderjährigen als auch an den gesetzlichen Vertreter adressiert wird.

Vorzugswürdig wäre es, wenn der **Gesetzgeber klare Vorgaben** zur Ladung minderjähriger Gesellschafter treffen und die einschlägigen gesellschaftsrechtlichen Vorschriften um entsprechende Regelungen ergänzen würde. Dabei sollte sichergestellt werden, dass die gesetzlichen Vertreter Kenntnis von der

152 Vgl. etwa BeckOK HGB/*Klimke*, § 119 HGB Rn. 66.

153 BayObLG NJW-RR 1993, 612 (613); Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, § 51 GmbHG Rn. 7; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 51 GmbHG Rn. 7; BeckOK-GmbHG/Schindler, § 51 GmbHG Rn. 16; Roth/Altmeppen/Altmeppen, § 51 GmbHG Rn. 5.

154 MüKo-GmbHG/Liebscher, § 51 GmbHG Rn. 17.

155 Vgl. *Flume*, NZG 2014, 17 (19).

Ladung erhalten. Ob dies im Sinne der herrschenden Meinung oder der Gegenauffassung geschieht, ist nicht entscheidend. Wichtig ist vor allem, dass für die Praxis Klarheit geschaffen wird.

b) Erklärungen und Handlungen gegenüber dem Gesellschafter

Für **Willenserklärungen** die gegenüber einem minderjährigen Gesellschafter abzugeben sind, gilt im Ausgangspunkt § 131 BGB. Sie sind gegenüber dem gesetzlichen Vertreter abzugeben. Dies gilt beispielsweise für die Einziehungserklärung bei der Einziehung von GmbH-Anteilen,¹⁵⁶ die Bekanntgabe des Beschlusses über die Ausschließung des Gesellschafters,¹⁵⁷ aber auch für die Kündigung einer Personengesellschaft durch einen Mitgesellschafter.

Auch **Prozesshandlungen** sind an den gesetzlichen Vertreter zu richten. Dies folgt wiederum aus § 51 Abs. 1 ZPO. Relevant ist dies etwa in den Fällen, in denen eine Ausschließungsklage¹⁵⁸ gegen den Minderjährigen erhoben werden soll oder der Minderjährige als Mitgesellschafter einer Personengesellschaft Klagegegner einer Beschlussmängelklage¹⁵⁹ ist.

3. Wahrnehmung organschaftlicher Befugnisse

Von der Ausübung individueller Gesellschafterrechte ist die Wahrnehmung organschaftlicher Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse zu unterscheiden. Insoweit ist zwischen Kapital- und Personengesellschaften zu unterscheiden.

Für die GmbH und die AG bestimmen § 6 Abs. 2 S. 1 GmbHG und § 78 Abs. 3 S. 1 AktG, dass nur unbeschränkt geschäftsfähige Personen Geschäftsführer oder Mitglied des Vorstands sein können. Die Minderjährigkeit ist daher ein **Inhabilitätsgrund**, sodass eine Wahrnehmung organschaftlicher Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse durch Minderjährige von vornherein ausscheidet.

Bei den **Personengesellschaften** gibt es entsprechende Regelungen nicht, weshalb nach allgemeiner Ansicht diese Befugnisse Minderjährigen im Ausgangspunkt zustehen können. Allerdings erfordert die **Vertretung der Gesellschaft** die Abgabe einer wirksamen Willenserklärung. Einschlägig sind also auch hierfür die §§ 104 ff. BGB. Geschäftsunfähige Minderjährige können daher niemals als Vertreter der Gesellschaft auftreten, da ihre Willenserklärungen stets nach § 105 Abs. 1 BGB nichtig sind. Für beschränkt Geschäftsfähige sind wiederum die §§ 106 ff. BGB maßgeblich. Nicht zuletzt wegen der drohenden persönlichen Haftung auch des handelnden Gesellschafters aus § 128 HGB ist die

156 Allgemein dazu MHL/Sosnitza, § 34 GmbHG Rn. 116 ff.

157 Dazu BGH NJW 2011, 2648 (2649); Oetker/Kamanabrou, § 140 HGB Rn. 43.

158 Dazu BeckOK-HGB/Lehmann-Richter, § 132 HGB Rn. 6.

159 Nach herrschender Meinung ist die Klage gegen die Mitgesellschafter zu richten, vgl. etwa Oetker/Lieder, § 119 HGB Rn. 73 m. w. N.

Vertretung der Gesellschaft aber kein lediglich rechtlich vorteilhaftes Geschäft, sodass die Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters (typischerweise in Form der Vertretung des Minderjährigen und damit auch der Gesellschaft) erforderlich ist.¹⁶⁰ Der Sache nach erfolgt also eine Überleitung der organschaftlichen Vertretungsbefugnis auf den gesetzlichen Vertreter des minderjährigen Gesellschafters. Dies ist mit dem in den Personengesellschaften geltenden Grundsatz der Selbstorganschaft vereinbar.¹⁶¹ Für die **nicht-rechtsgeschäftlichen Geschäftsführungsmaßnahmen** soll es darauf ankommen, ob der Minderjährige tatsächlich in der Lage ist, diese vorzunehmen.¹⁶² Dies ist nicht unproblematisch, da den Minderjährigen insoweit auch Pflichten (z. B. Sorgfaltspflichten) treffen können. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit dieser Problematik fehlt bislang.

IV. Sonderkonstellation: Beschränkung der Vermögenssorge

1. Überblick

Die Eltern haben gemäß § 1626 Abs. 1 BGB die Pflicht und das Recht, für das minderjährige Kind zu sorgen, wobei die elterliche Sorge neben der Personensorge auch die Sorge für das Vermögen des Kindes umfasst. Die Vermögenssorge beinhaltet sowohl die tatsächliche Sorge für das Kindesvermögen als auch die Vertretung des Kindes nach Maßgabe des § 1629 BGB. Die gesetzliche Vertretung umfasst alle Bereiche, in denen im Rahmen der Vermögenssorge rechtsgeschäftliche oder prozessuale Handlungen erforderlich sind.¹⁶³

Zu dem der **Vermögenssorge** unterliegenden Kindesvermögen gehören sowohl Anlagewerte (z. B. Wertpapiere, Grundstückseigentum) als auch Einkünfte aus vermögensverwaltenden oder unternehmerischen Tätigkeiten (z. B. aus der Beteiligung an einer Gesellschaft).¹⁶⁴ Die Vermögenssorge erstreckt sich dabei auch auf die Wahrnehmung von **Gesellschafterrechten und organschaftlichen Befugnissen**, soweit diese dem Minderjährigen zustehen.

Das Gesetz lässt in verschiedenen Fällen **Beschränkungen der elterlichen Vermögenssorge** zu, sodass sich diese auf bestimmte zum Kindesvermögen gehörende Gegenstände nicht bezieht.

Ein hier bereits behandelte Fall (siehe oben S. 41) ist **§ 112 BGB**. Hiernach kann der gesetzliche Vertreter mit Genehmigung des Familiengerichts den Minderjährigen zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts ermächtigen, sodass der Minderjährige für die Geschäfte unbeschränkt geschäftsfähig

160 Im Ergebnis BeckOK-HGB/Klimke, § 125 HGB Rn. 5.

161 MüKo-HGB/Schmidt, § 125 HGB Rn. 8.

162 MüKo-HGB/Rawert, § 114 HGB Rn. 35; MüKo-BGB/Schäfer, § 709 BGB Rn. 27.

163 MüKo-BGB/Huber, § 1626 BGB Rn. 59.

164 Allgemein dazu BeckOGK-BGB/Amend-Traut, § 1626 BGB Rn. 150; MüKo-BGB/Huber, § 1626 BGB Rn. 57.

wird, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt. Hieraus folgt zugleich, dass für diese Geschäfte die Mitwirkung der Eltern nicht mehr erforderlich ist.¹⁶⁵

Der wohl bekannteste Fall ist die **Testamentsvollstreckung**. Gemäß § 2197 Abs. 1 BGB kann der Erblasser durch letztwillige Verfügung, also Testament oder Erbvertrag (vgl. § 2299 Abs. 1 BGB) einen oder mehrere Testamentsvollstrecker ernennen. Der Testamentsvollstrecker hat die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen (§ 2203 BGB) und dabei insbesondere den Nachlass zu verwalten (§ 2205 BGB). Die Testamentsvollstreckung kann zeitlich befristet angeordnet werden. Ist ein Minderjähriger Erbe, wird in der Praxis häufig die Testamentsvollstreckung bis zum **Erreichen der Volljährigkeit oder eines anderen Alters** befristet.¹⁶⁶ Die elterliche Vermögenssorge wird zwar durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung **nicht** gänzlich **ausgeschlossen**.¹⁶⁷ Beispielsweise ist der Testamentsvollstrecker nach § 2218 BGB den Eltern gegenüber Rechenschaft schuldig. Die Vermögenssorge erfährt aber bedeutende Einschränkungen. So können die Eltern etwa nicht im Namen des Kindes über Nachlassgegenstände verfügen. Gehören Beteiligungen an Gesellschaften zum Nachlass, obliegt die Wahrnehmung der Gesellschafterbefugnisse ebenfalls nicht den Eltern.

Im Folgenden soll ein dritter Fall näher betrachtet werden: die **unentgeltliche Zuwendung** an den Minderjährigen, bei der der Zuwendende bestimmt hat, dass die Eltern das zugewendete Vermögen nicht verwalten sollen. **§ 1638 Abs. 1 BGB** lässt diese punktuelle Beschränkung der Vermögenssorge ausdrücklich zu. Die Vorschrift kann auch für die Zuwendung von Beteiligungen an Minderjährige fruchtbar gemacht werden – und zwar auch für die Fälle, in denen die Eltern selbst die Zuwendung vornehmen.

2. Zuwendungen unter Ausschluss der Vermögenssorge nach § 1638 BGB

a) Allgemeine Voraussetzungen

§ 1638 Abs. 1 BGB setzt voraus, dass das Kind von Todes wegen oder durch unentgeltliche Zuwendung unter Lebenden **Vermögen** erhalten hat. Dabei muss es sich um gegenwärtig vorhandene Vermögenswerte handeln. Erwerbschancen, die sich erst zukünftig realisieren könnten, oder gegenwärtig nicht realisierbare Verwertungsrechte sind grundsätzlich nicht vom Anwendungsbereich der Vorschrift erfasst.¹⁶⁸

165 BeckOGK-BGB/Ahrens/Heicke, § 112 BGB Rn. 81 f.

166 BeckOGK-BGB/Grotheer, § 2197 BGB Rn. 20; Tschernoster, RNotZ 2017, 125 (131).

167 BayObLG FamRZ 1989, 1342 (1343 f.); OLG Brandenburg BeckRS 2019, 4980; LG Dortmund NJW 1959, 2264; MüKo-BGB/Huber, § 1638 BGB Rn. 9; Goratsch, NZFam 2019, 559.

168 BeckOGK-BGB/Kerscher, § 1638 BGB Rn. 5.

Zum **Erwerb von Todes wegen** zählen neben der testamentarischen, der erbvertraglichen und der gesetzlichen Erbfolge¹⁶⁹ auch der Erwerb durch ein Vermächtnis und aufgrund einer Pflichtteilsberechtigung.¹⁷⁰ Eine **unentgeltliche Zuwendung unter Lebenden** liegt vor, wenn das Kind dafür keine Gegenleistung erbringen muss und (vor der Zuwendung) auch keinen Anspruch auf die Zuwendung hat. Erfasst ist also namentlich die schenkweise Zuwendung von Vermögenswerten. Ist das Kind Begünstigter eines Vertrags zugunsten Dritter, ist insoweit das Valutaverhältnis maßgebend. Es schadet hier daher nicht, dass es gegen den Versprechenden nach Maßgabe der §§ 328 ff. BGB einen eigenen Anspruch hat.¹⁷¹

Der Ausschluss der Vermögenssorge setzt eine entsprechende Willenserklärung des Zuwendenden voraus. Bei Erwerb von Todes wegen sind dabei die erbrechtlichen Formvorschriften zu beachten. Die **Ausschlussserklärung** muss daher entweder in einem Testament (§ 1937 BGB) oder in einem Erbvertrag (§ 2299 BGB) enthalten sein, nicht notwendigerweise aber in derselben Erklärung wie die Zuwendung.¹⁷² Bei lebzeitigen Zuwendungen ist keine besondere Form zu beachten, sodass der Ausschluss auch konkludent erklärt werden kann.¹⁷³ Die Ausschlussserklärung muss aber **bei der Zuwendung** erfolgen. Frühere oder spätere Erklärungen sollen nicht genügen.¹⁷⁴ Ob ein Ausschluss der Vermögenssorge gewollt ist, ist gegebenenfalls durch **Auslegung** zu ermitteln. Es genügt, dass der Wille des Zuwendenden, die Eltern oder einen Elternteil von der Verwaltung auszuschließen, zum Ausdruck kommt.¹⁷⁵

Die Anordnung einer **Testamentsvollstreckung** beinhaltet nicht generell auch den Willen, die Vermögenssorge auszuschließen.¹⁷⁶ Ist der Ausschluss gewollt, sollte dies in der letztwilligen Verfügung klar zum Ausdruck gebracht werden. Eine **Kombination** von Testamentsvollstreckung und Ausschluss der Vermögenssorge kann insbesondere mit Blick auf die dem Minderjährigen gegen den Testamentsvollstrecker zustehenden Kontrollbefugnisse **sinnvoll** sein.¹⁷⁷

169 MüKo-BGB/Huber, § 1638 BGB Rn. 3; BeckOGK-BGB/Kerscher, § 1638 BGB Rn. 6; BeckOK-BGB/Veit, § 1638 BGB Rn. 2; Frenz, DNotZ 1995, 908 (914); Ott, NJW 2014, 3473.

170 Staudinger/Heilmann, § 1638 BGB Rn. 7.

171 MüKo-BGB/Huber, § 1638 BGB Rn. 4; BeckOGK-BGB/Kerscher, § 1638 BGB Rn. 8.1; Wedemann, FamRZ 2009, 1197 (1198); Damrau, ZEV 1998, 352.

172 Staudinger/Heilmann, § 1638 BGB Rn. 12; BeckOGK-BGB/Kerscher, § 1638 BGB Rn. 11; Ott, NJW 2014, 3473 (3475).

173 MüKo-BGB/Huber, § 1638 BGB Rn. 7; Staudinger/Heilmann, § 1638 BGB Rn. 14; BeckOGK-BGB/Kerscher, § 1638 BGB Rn. 14.

174 MüKo-BGB/Huber, § 1638 BGB Rn. 7; Staudinger/Heilmann, § 1638 BGB Rn. 14; BeckOGK-BGB/Kerscher, § 1638 BGB Rn. 13; teilweise abweichend Wedemann, FamRZ 2009, 1197 (1200).

175 azu MüKo-BGB/Huber, § 1638 BGB Rn. 8; BeckOGK-BGB/Kerscher, § 1638 BGB Rn. 12.1.

176 BayObLG FamRZ 1989, 1342 (1343 f.); OLG Brandenburg BeckRS 2019, 4980; LG Dortmund NJW 1959, 2264; MüKo-BGB/Huber, § 1638 BGB Rn. 9; Goratsch, NZFam 2019, 559.

177 MüKo-BGB/Huber, § 1638 BGB Rn. 9.

Der Ausschluss der Vermögenssorge steht im freien Belieben des Zuwendenden. § 1638 BGB verlangt weder das Vorliegen eines sachlichen Grundes noch eine Begründung. Der Ausschluss kann aufschiebend oder auflösend **bedingt**¹⁷⁸ sowie zeitlich **befristet** werden.¹⁷⁹ Beim Erwerb von Todes wegen kann er auch auf Nachlassgegenstände beschränkt werden.¹⁸⁰ Unzulässig sind aber Bestimmungen, durch die der Zuwendende gerichtliche Genehmigungserfordernisse statuiert, die über die gesetzlichen Genehmigungstatbestände hinausgehen.¹⁸¹

Eine Kontrolle durch das **Familiengericht** findet **nicht** statt. Das Familiengericht kann daher eine nach Maßgabe des § 1638 BGB getroffene Bestimmung des Zuwendenden nicht aufheben oder beschränken.¹⁸²

Auch hinsichtlich der **Person des Zuwendenden** enthält § 1638 Abs. 1 BGB keine einschränkenden Vorgaben. Die Zuwendung kann daher sowohl von einem **Familienmitglied** als auch einem **außenstehenden Dritten** kommen.¹⁸³ Auch die **Eltern selbst** können Zuwendender im Sinne der Vorschrift sein und die Vermögenssorge ausschließen.¹⁸⁴ Häufig dürfte dabei die Vermögenssorge lediglich des **anderen** Elternteils ausgeschlossen werden, was § 1638 Abs. 3 BGB ausdrücklich zulässt. Gleichermäßen zulässig ist es aber auch, die **eigene** Vermögenssorge auszuschließen. Das kann namentlich bei der Zuwendung von Beteiligungen durchaus sinnvoll sein. Hierauf wird sogleich noch einmal zurückzukommen sein.

b) Rechtsfolgen

aa) Ausschluss der Vermögenssorge

Zuwendungen, die die geschilderten Voraussetzungen erfüllen, führen nach § 1638 Abs. 1 BGB zum **Ausschluss** der elterlichen Vermögenssorge **hinsichtlich des zugewendeten Vermögens**.¹⁸⁵ Der Ausschluss bezieht sich auf die tatsächlichen und rechtlichen Fürsorgemaßnahmen, insbesondere also auch auf die **Vertretungsbefugnisse** der Eltern. Nehmen die Eltern dennoch Verwaltungsmaßnahmen vor, handeln sie im Innenverhältnis zum Kind als Geschäftsführer ohne Auftrag im Sinne der §§ 677 ff. BGB,

178 Vgl. etwa KG FamRZ 1962, 432.

179 Staudinger/Heilmann, § 1638 BGB Rn. 27.

180 BeckOGK-BGB/Kerscher, § 1638 BGB Rn. 10.

181 Ott, NJW 2014, 3473 (3475).

182 Staudinger/Heilmann, § 1638 BGB Rn. 31.

183 Staudinger/Heilmann, § 1638 BGB Rn. 3; BeckOK-BGB/Veit, § 1638 BGB Rn. 3.

184 MüKo-BGB/Huber, § 1638 BGB Rn. 9; Staudinger/Heilmann, § 1638 BGB Rn. 3.

185 BeckOK-BGB/Veit, § 1638 BGB Rn. 7; Frenz, DNotZ 1995, 908 (911).

im Außenverhältnis als Vertreter ohne Vertretungsmacht, sodass sich die Rechtsfolgen insoweit nach den §§ 177 ff. BGB richten.¹⁸⁶

Von der Vermögenssorge ausgeschlossen werden können entweder **beide** Elternteile (§ 1638 Abs. 1 BGB) oder **nur ein Elternteil** (§ 1638 Abs. 3 BGB). Der Ausschluss der Vermögenssorge nur eines Elternteils kann auch durch den anderen Elternteil selbst erfolgen.¹⁸⁷ Wird die Vermögenssorge nur eines Elternteils ausgeschlossen, nimmt der **andere Elternteil** die Vermögenssorge hinsichtlich des zugewendeten Vermögens **allein** wahr.

bb) Bestellung eines Zuwendungspflegers

Wird die Vermögenssorge beider Elternteile ausgeschlossen, entsteht ein **verwaltungsfreies Vermögen**.¹⁸⁸ Dasselbe gilt, wenn die Vermögenssorge des allein sorgeberechtigten oder einzig verbliebenen Elternteils ausgeschlossen wird. In diesen Fällen bedarf es der Bestellung eines sogenannten Zuwendungspflegers.

Die Zuwendungspflegschaft ist derzeit in **§ 1909 Abs. 1 S. 2 BGB** geregelt, der auf die Fälle des § 1638 BGB zugeschnitten ist. Die Bestellung des Zuwendungspflegers erfolgt durch das **Familiengericht**. Die Eltern sind nach § 1909 Abs. 2 BGB verpflichtet, das Erfordernis der Pflegschaft **unverzüglich** dem Familiengericht **anzuzeigen**.

Der Zuwendende, der die Vermögenssorge der Eltern ausgeschlossen hat, kann grundsätzlich eine beliebige Person als Pfleger benennen.¹⁸⁹ Benannt werden können dabei auch die Eltern oder ein Elternteil. Hierdurch kann der Zuwendende erreichen, dass die Eltern beziehungsweise der Elternteil als Pfleger über § 1915 Abs. 1 BGB in allen Fällen den Beschränkungen eines Vormunds unterliegt, sodass insbesondere über § 1643 BGB hinausgehende familiengerichtliche Genehmigungserfordernisse begründet werden.¹⁹⁰ Der Zuwendende kann sich auch selbst benennen.¹⁹¹ Das gilt auch für einen nichtsorgeberechtigten Elternteil,¹⁹² der auf diese Weise durch die Zuwendung den an sich sorgeberechtigten Elternteil insoweit

186 BGHZ 106, 96; BeckOGK-BGB/Kerscher, § 1638 BGB Rn. 15.

187 Staudinger/Heilmann, § 1638 BGB Rn. 3.

188 MüKoBGB/Huber, § 1638 BGB Rn. 11; Ott, NJW 2014, 3473 (3475).

189 BeckOGK-BGB/Schöpflin, § 1917 BGB Rn. 8.

190 MüKo-BGB/Schneider, § 1917 BGB Rn. 4; Staudinger/Bienwald, § 1917 BGB Rn. 3; BeckOGK-BGB/Schöpflin, § 1917 BGB Rn. 9.

191 Staudinger/Bienwald, § 1917 BGB Rn. 3; BeckOGK-BGB/Schöpflin, § 1917 BGB Rn. 13.

192 jurisPK-BGB/Locher, § 1917 BGB Rn. 7.

von der Vermögenssorge ausschließen und diese auf sich selbst „überleiten“ kann. Umstritten ist, ob der Zuwendende die Benennung einem Dritten überlassen kann.¹⁹³

Das **Familiengericht muss** grundsätzlich die vom Zuwendenden benannte Person bestellen. Etwas anderes gilt in den Fällen des **§ 1778 BGB**, der über § 1917 Abs. 1 Hs. 2 BGB Anwendung findet.¹⁹⁴ Der Testamentsvollstrecker darf trotz Benennung nicht zugleich zum Zuwendungspfleger bestellt werden, wenn es konkrete Anhaltspunkte dafür gibt, dass infolgedessen die Interessen des Kindes nicht im erforderlichen Maße wahrgenommen werden.¹⁹⁵ Zum Teil wird es zudem als rechtsmissbräuchlich angesehen, wenn sich die sorgeberechtigten Eltern zum einen selbst von der Vermögenssorge ausschließen, sich zum anderen aber zugleich als Zuwendungspfleger benennen.¹⁹⁶

Die Eltern können trotz des Ausschlusses der Verwaltungsbefugnis im Namen des Kindes gegen die Auswahl des Zuwendungspflegers **Beschwerde** einlegen. Im eigenen Namen beschwerdebefugt sind sie nur in den Fällen, in denen sie die Wirksamkeit des Ausschlusses der Vermögenssorge und damit das Erfordernis der Pflegerbestellung angreifen.¹⁹⁷

Die Zuwendungspflegschaft ist eine **Dauerpflegschaft**.¹⁹⁸ Sie endet spätestens mit Eintritt der Volljährigkeit des Kindes, da dann auch die Vermögenssorge der Eltern entfällt.¹⁹⁹

cc) Reichweite des Ausschlusses der Vermögenssorge

Der Ausschluss der elterlichen Vermögenssorge besteht nicht erst ab Pflegerbestellung, sondern ab Erbfall beziehungsweise lebzeitiger Zuwendung.²⁰⁰

193 Dafür BeckOGK-BGB/Schöpflin, § 1917 BGB Rn. 14 f.; dagegen MüKo-BGB/Schneider, § 1917 BGB Rn. 6; Staudinger/Bienwald, § 1917 BGB Rn. 4; Soergel/Zimmermann, § 1917 BGB Rn. 1; jurisPK-BGB/Locher, § 1917 Rn. 4.

194 Näher dazu BeckOGK-BGB/Schöpflin, § 1917 BGB Rn. 17.

195 BGH NJW-RR 2008, 963; OLG Hamm NJW-RR 2017, 909; BeckOGK-BGB/Kerscher, § 1638 BGB Rn 17; a. A. OLG Schleswig NJW-RR 2007, 1597 (1598).

196 Staudinger/Bienwald, § 1917 BGB Rn. 3; BeckOGK-BGB/Schöpflin, § 1917 BGB Rn. 13.

197 MüKo-BGB/Huber, § 1638 BGB Rn. 16; BeckOGK-BGB/Kerscher, § 1638 BGB Rn. 18.

198 Vgl. MüKo-BGB/Schneider, § 1909 BGB Rn. 49.

199 Vgl. OLG Hamm FamRZ 2010, 1997; MüKo-BGB/Huber, § 1638 BGB Rn. 12; MüKo-BGB/Schneider, § 1909 BGB Rn. 52.

200 OLG Frankfurt FamRZ 1997, 1115 (1116); BayObLG Rpfleger 1977, 253; MüKo-BGB/Huber, § 1638 BGB Rn. 12.

Umstritten ist, ob die Eltern, deren Vermögenssorge durch die Zuwendung ausgeschlossen werden soll, die Zuwendung verhindern können.

Diskutiert wird dies bislang ausschließlich für den Erwerb von Todes wegen. Die zentrale Frage lautet insoweit: Können die Eltern die mit dem Ausschluss der Vermögenssorge verknüpfte Erbschaft des Kindes **ausschlagen**? Die vormals herrschender Meinung²⁰¹ hat dies mit der Begründung bejaht, dass die Entscheidung über die Annahme oder Ausschlagung der Zuwendung durch das Kind den Eltern als Inhabern der elterlichen Sorge (und nicht etwa einem zu bestellenden Pfleger) zustehe. Es sprechen durchaus gute Gründe für diese Ansicht, denn bei der Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft handelt es sich um eine Entscheidung über das „Ob“ des Vermögenserwerbs und nicht um eine Frage der Verwaltung des Vermögens (des „Wie“).²⁰²

Der **BGH** hat im Jahr 2016 allerdings den gegenteiligen Standpunkt eingenommen und entschieden, dass der Ausschluss der Vermögenssorge auch die Befugnis zur Ausschlagung einer Erbschaft umfasse.²⁰³ Das Ausschlagungsrecht sei wie die Erbschaft vermögensrechtlicher Natur und unterfalle folglich der Sorgerechtsbeschränkung nach § 1638 Abs. 1 BGB. Dass sich der Antritt der Erbschaft über die wirtschaftliche Bedeutung hinaus auf die persönlichen Verhältnisse des Kindes auswirken könne oder die Ausschlagung einen „starken persönlichen Bezug“ habe,²⁰⁴ führe nicht dazu, dass das Ausschlagungsrecht der Personensorge zuzuordnen sei.²⁰⁵ Entscheidend dürften aber die folgenden Ausführungen sein:

„Davon abgesehen hat der Ausschluss von der Vermögensverwaltung durch letztwillige Verfügung aber in jedem Fall zur Folge, dass die elterliche Sorge bezüglich des von Todes wegen erworbenen Vermögens in vollem Umfang ausgeschlossen ist (...). Da der Ausschluss bereits mit dem Anfall der Erbschaft wirksam wird, fehlt den Eltern in Bezug auf die Erbschaft von Anfang an die elterliche Sorge und mit dieser auch die gesetzliche Vertretungsmacht, um mit Wirkung für das Kind rechtsgeschäftlich handeln zu können (...). Die gegenläufige Argumentation (...) setzt das zu Begründende, nämlich die Verschiedenartigkeit von Ausschlagung und sonstiger Verwaltung im Hinblick auf die Vermögenssorge, voraus und läuft letztlich darauf hinaus, dass

201 OLG Karlsruhe FamRZ 1965, 573; OLG Düsseldorf, FamRZ 2007, 2091 (2093); Staudinger/Heilmann, § 1638 BGB Rn. 16; Horn, ZEV 2013, 297 (301); Ott, NJW 2014, 3473 (3474); ferner auch BeckOGK-BGB/Kerscher, § 1638 BGB Rn. 20 und 20.1; BeckOK-BGB/Veit, § 1638 BGB Rn. 5 und 5.1.

202 So auch Muscheler, ZEV 2017, 33 (36).

203 BGH NJW 2016, 3032; zuvor bereits Frenz, DNotZ 1995, 908 (913 ff.); Reimann, Festschrift Hahne, § 1638 BGB – eine wenig beachtete Norm zwischen Familienrecht und Erbrecht, 2012, S. 458; Krug, FPR 2011, 268 (270); noch offen gelassen in BGHZ 106, 96 (100). Dem BGH jetzt folgend Tomfort, NFamZ 2016, 954; Löhnig, JA 2016, 867 (868); ablehnend Muscheler, ZEV 2017, 33 (36 f.).

204 Dies betonend OLG Karlsruhe FamRZ 1965, 573 (574).

205 BGH NJW 2016, 3032 (3034).

*die offenbar als zu weitreichend empfundene Regelung in § 1638 Abs. 1 BGB nicht in vollem Umfang angewendet werden soll. Die Vorschrift hat indessen den Ausschluss der gesamten Vermögenssorge bezüglich des Erwerbs von Todes wegen zur Folge und schließt damit den Ausschluss der elterlichen Vertretungsmacht für die Ausschlagung als auf die Erbschaft bezogene Willenserklärung mit ein.*²⁰⁶

Für **lebzeitige Zuwendungen** wird die Frage, ob die Eltern den Vermögenserwerb verhindern können, bislang nicht thematisiert. Dies mag auch daran liegen, dass der schenkweise Erwerb in den meisten Fällen lediglich rechtlich vorteilhaft ist und beschränkt geschäftsfähige Minderjährige nach § 107 BGB insoweit selbst handeln können, ohne dass es der Zustimmung der Eltern bedarf. Allerdings gibt es auch Fälle, in denen der unentgeltliche Erwerb nicht lediglich rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 107 BGB ist. Hiervon war im Zusammenhang mit dem rechtsgeschäftlichen Beteiligungserwerb bereits ausführlich die Rede (siehe oben S. 14). Und schließlich bedarf es stets der Mitwirkung der Eltern, bis das Kind das siebente Lebensjahr vollendet hat.

Es stellt sich daher die Frage, ob die Rechtsprechung des BGH zur Erbschaftsausschlagung auf lebzeitige Zuwendung übertragen werden kann, was zur Folge hätte, dass die Eltern weder **vertretungs- noch einwilligungsberechtigt** wären, sondern bereits hierfür der zu bestellende Zuwendungspfleger zuständig wäre.

Die – formalistische – Argumentation des BGH zur Erbausschlagung spricht eher **gegen** eine Übertragbarkeit auf den schenkweisen Erwerb. Hier geht es nämlich nicht darum, einen eingetretenen Rechtserwerb rückgängig zu machen. Vielmehr soll (und muss) dieser erst noch vollzogen werden. Eine erforderliche Mitwirkungshandlung der Eltern ist daher **Wirksamkeitsvoraussetzung** für den Erwerb zu Lebzeiten, während die Ausschlagung der Erbschaft den Rechtserwerb rückwirkend beseitigen soll. Folgt man dem, können die Eltern die Zuwendung in den genannten Fällen verhindern. Damit gelangt man zu einer **unterschiedlichen Behandlung** des Erwerbs von Todes wegen und des lebzeitigen Erwerbs. Hierin liegt kein nicht tolerabler dogmatischer Bruch, da beide Erwerbsformen auch in anderem Kontext anders behandelt werden. So gelten etwa familiengerichtliche Genehmigungserfordernisse nur für Rechtsgeschäfte unter Lebenden, nicht aber für die erbrechtliche Gesamtrechtsnachfolge.

Für **schenkweise Zuwendungen** dürfte daher nach allen Ansichten gelten, dass bestehende Zustimmungserfordernisse nicht vom Zuwendungspfleger auszuüben sind, sondern bei den Eltern verbleiben. Sofern der Minderjährige nicht allein handeln kann, entscheiden die Eltern über das „Ob“ des Vermögenserwerbs hier mit. Sie können allerdings aus anderen Gründen (insbesondere §§ 181, 1795 BGB) von der Ausübung dieser Befugnisse ausgeschlossen sein. Dann ist ein Ergänzungspfleger nach § 1909 Abs. 1 S. 1 BGB (und nicht S. 2) zu bestellen.

206 BGH NJW 2016, 3032 (3034).

c) Besondere Aspekte der Zuwendung von Beteiligungen

Beteiligungen an Gesellschaften sind Vermögenswerte, die Minderjährigen zugewendet werden können. Der **Anwendungsbereich des § 1638 BGB** ist daher grundsätzlich **eröffnet**. Es stellen sich hier aber spezifische Rechtsfragen, die – soweit ersichtlich – bislang weder von der Rechtsprechung noch im Schrifttum erörtert wurden.

Problematisch sind insbesondere die Fälle, in denen den Minderjährigen infolge des Beteiligungserwerbs eine **persönliche Haftung** treffen würde. Nach dem Wortlaut des § 1638 Abs. 1 BGB könnte der Erblasser durch letztwillige Verfügung den Minderjährigen zum Erben einsetzen und zugleich die Vermögenssorge der Eltern ausschließen. Nach Auffassung des BGH könnten die Eltern in diesen Fällen die Erbschaft nicht für den Minderjährigen ausschlagen. Diese Entscheidung obläge allein dem vom Erblasser benannten Zuwendungspfleger. Eine familiengerichtliche Überprüfung findet dabei nur sehr eingeschränkt statt, nämlich lediglich im Hinblick auf die Ausschlussgründe des § 1778 BGB. Auch in der Folgezeit wären die Beteiligung und die aus ihr fließenden mitgliedschaftlichen und organschaftlichen Befugnisse dem Einfluss der Eltern entzogen. Gegen eine Anwendung des § 1638 BGB spricht dabei, dass die Haftung des Minderjährigen nicht auf den zugewendeten Vermögensgegenstand begrenzt wäre. Eine ähnliche Problematik stellt sich, wenn auch in **abgeschwächter** Form, wenn der Minderjährige infolge des Beteiligungserwerbs eine **Einlage** schuldet (zum Beispiel weil zugewendete GmbH- oder Kommanditanteile noch nicht volleingezahlt sind). Immerhin ist die Haftung in diesen Fällen nicht unbeschränkt.

Jedenfalls hinnehmbar dürften aber sonstige Haftungsgefahren (etwa eine drohende Ausfallhaftung) und die Begründung gesellschaftsrechtlicher Treuepflichten sein. Die **Vererbung oder Schenkung volleingezahlter GmbH- und Kommanditanteile sowie Aktien** sollte daher **unproblematisch** von § 1638 Abs. 1 BGB erfasst sein.

Für die anderen Fälle wären eine umfassende **wissenschaftliche Diskussion** und schließlich auch eine **gesetzgeberische Entscheidung** wünschenswert. Ziel sollte es dabei sein, **Klarheit** zu schaffen, in welchen Konstellationen bei der Zuwendung einer Beteiligung die Vermögenssorge der Eltern ausgeschlossen werden kann.

Eine Zuwendung nach § 1638 BGB kann **für die Praxis** – insbesondere bei Familiengesellschaften – ein **sehr sinnvolles Instrument** sein. Einerseits kann hierdurch ein unerwünschter Einfluss der Eltern oder eines Elternteils auf die Geschicke der Gesellschafter verhindert werden. Der Zuwendende kann eine seiner Ansicht nach geeignete Person (auch sich selbst) bestimmen, die für den Minderjährigen bis zu dessen Volljährigkeit in der Gesellschaft agiert.

Auch für **Schenkungen durch die Eltern** selbst unter Ausschluss ihrer Vermögenssorge können gute Gründe sprechen. Dies gilt namentlich in den Fällen, in denen öfter Interessenkonflikte bestehen

können, weshalb die Eltern nach §§ 181, 1795 BGB von der Wahrnehmung der Rechte des Minderjährigen ausgeschlossen wären, weil etwa regelmäßig über deren Entlastung zu beschließen ist oder die Gesellschafter wiederholt Rechtsgeschäfte mit den Eltern abschließen, über die die Gesellschafter zu beschließen haben. Nach herrschender Meinung kann für diese Konstellationen **kein Dauerergänzungspfleger** bestellt werden,²⁰⁷ obwohl es hierfür sehr wohl ein praktisches Bedürfnis geben kann. Die **Zuwendungspflegschaft** ist von vornherein **dauerhaft**. Der Zuwendungspfleger muss also nicht für jede Maßnahme (insbesondere die Ausübung des Stimmrechts) neu bestellt werden. Diese Vorzüge bestehen selbstverständlich auch in den Fällen, in denen ein anderes Familienmitglied die Zuwendung vornimmt.

d) Regierungsentwurf und Aufruf an den Gesetzgeber

Im Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts werden die bisher in den §§ 1909 Abs. 1 S. 2, 1917 BGB enthaltenen Vorschriften über den Zuwendungspfleger in einer eigenen Norm (**§ 1811 BGB-E**) zusammengeführt. Der Begriff Zuwendungspfleger soll dabei erstmals legaldefiniert werden.

§ 1811 Abs. 1 BGB-E entspricht inhaltlich § 1909 Abs. 1 S. 2 BGB. Die **Voraussetzungen** der Zuwendungspflegschaft **bleiben gleich**. Anders als in § 1909 Abs. 1 S. 2 BGB soll nicht mehr ausdrücklich normiert werden, dass der Pfleger zur Verwaltung des zugewendeten Vermögens bestellt wird. Dass dies aber nach wie vor die ihm übertragene Angelegenheit ist, ergibt sich nach der Entwurfsbegründung aus dem Sachzusammenhang. Eine Rechtsänderung sei damit nicht verbunden. Neu eingefügt wird der Vermögenserwerb durch unentgeltliche Zuwendung auf den Todesfall, um klarzustellen, dass dieser ebenfalls einen Anwendungsfall für die Zuwendungspflegschaft darstellen kann. Die Pflicht der Eltern, das Erfordernis der Pflegerbestellung unverzüglich dem Familiengericht anzuzeigen (bislang § 1909 Abs. 2 BGB), findet sich in § 1809 Abs. 2 BGB-E.

Die Änderungen haben somit, soweit sie hier von Interesse sind, kaum inhaltliche Auswirkungen. Gleichwohl ist der Regelungsvorschlag **zu begrüßen**, weil Zusammengehörendes nun auch zusammen geregelt werden soll. Zudem erfährt die Zuwendungspflegschaft durch die Legaldefinition und die stärkere Abgrenzung vom Ergänzungspfleger eine zwar formale, aber doch erfreuliche Aufwertung.

Gerade mit Blick auf die **Zuwendung von Beteiligungen** ist, wie bereits erwähnt, eine gesetzliche Regelung wünschenswert. Nach hier entwickelter Ansicht sind insoweit Einschränkungen geboten. Jedenfalls bei Beteiligungen, die eine unbeschränkte persönliche Haftung des Minderjährigen begründen, ist ein Ausschluss der Vermögenssorge der Eltern **nicht sachgerecht**. Dies könnte § 1638 Abs. 1 BGB durch die Einführung eines zweiten Satzes beispielsweise wie folgt gefasst werden:

207 BGH NJW 1976, 49 (51); OLG Hamm NJW 1974, 920; vgl. dazu auch BeckOGK-BGB/Schöpflin, § 1909 BGB Rn. 35, 64.

§ 1638 BGB-E

- (1) (...) ²Die Vermögenssorge kann nicht ausgeschlossen werden, wenn Gegenstand der Zuwendung eine Beteiligung an einer Gesellschaft ist, für deren Verbindlichkeiten das Kind unbeschränkt persönlich haften würde.

C. Geschäftsunfähige Gesellschafter

I. Folgen der Geschäftsunfähigkeit von Gesellschaftern

Der Eintritt der Geschäftsunfähigkeit hat für die persönliche Lebenssituation der Betroffenen in aller Regel dramatische Folgen. Geschäftsunfähig ist nach § 104 Nr. 2 BGB, wer sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet, sofern nicht der Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender ist. Die allgemeinen zivilrechtlichen Folgen sind nicht minder gravierend. Geschäftsunfähige können grundsätzlich keine rechtlich relevanten Handlungen mehr vornehmen. Ihre **Willenserklärungen sind nichtig** (§ 105 Abs. 1 BGB). Lediglich für Geschäfte des täglichen Lebens, die mit geringwertigen Mitteln bewirkt werden können, statuiert § 105a BGB eine Ausnahme.

Unmittelbar hieraus lassen sich auch die gesellschaftsrechtlichen Folgen ableiten. Geschäftsunfähige können ihre Gesellschafterrechte nicht mehr selbst wahrnehmen, insbesondere also nicht das ihnen formal weiterhin zustehende Stimmrecht bei Beschlussfassungen im Gesellschafterkreis wahrnehmen.

In GmbH und AG können sie nicht mehr als Geschäftsführer oder Vorstandsmitglied fungieren. Nach § 6 Abs. 2 S. 1 GmbHG und § 78 Abs. 3 S. 1 AktG führt die Geschäftsunfähigkeit zur **Inhabilität**. In den Personengesellschaften ist dies zwar im Ausgangspunkt anders. Hier erlöschen die organschaftlichen Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse nicht *ipso iure*. Die Geschäftsunfähigkeit ist lediglich ein wichtiger Grund für die Entziehung der organschaftlichen Befugnisse (siehe für die Geschäftsführung § 712 BGB und § 117 HGB, für Vertretung § 715 BGB und § 127 HGB), sofern der Gesellschaftsvertrag nicht etwas anderes bestimmt. Allerdings ist ein Betroffener wegen § 105 Abs. 1 BGB nicht in der Lage, die für die Vertretung der Gesellschaft erforderliche Willenserklärung abzugeben. Und auch die anderen Aufgaben, die es im Rahmen der Geschäftsführung zu erledigen gilt, dürften angesichts des physischen und/oder psychischen Zustands des Betroffenen regelmäßig nicht mehr zu bewältigen sein.

Dies führt zu der **Frage, wer die Gesellschafterrechte des Betroffenen wahrnimmt** und ob gegebenenfalls auch organschaftliche Befugnisse auf eine andere Person übergeleitet werden.

Während das Gesetz davon ausgeht, dass jeder Minderjährige einen gesetzlichen Vertreter hat – seien es die Eltern, ein Elternteil oder ein vom Gericht zu bestellender Vormund –, ist dies bei volljährigen Geschäftsunfähigen nicht der Fall. Zudem ist die Geschäftsunfähigkeit anders als die Minderjährigkeit nicht immer ohne Weiteres feststellbar. Kurzum: Man sieht es den Betroffenen nicht an, ob sie lediglich in ihrer Fähigkeit, einen freien Willen zu bilden, eingeschränkt sind oder diese vollständig fehlt. Zudem lässt sich dieser freie Wille ohnehin schlecht beobachten, also weder bejahen noch verneinen. Erforderlich sind hierfür oft medizinische Gutachten.

Die rechtlichen Fragestellungen, welche die Geschäftsunfähigkeit von Gesellschaftern hervorrufen, werden somit begleitet durch ein erhebliches **Maß an tatsächlicher Ungewissheit** über den gesundheitlichen Zustand von Betroffenen. In Familienunternehmen kommt häufig eine emotionale Komponente hinzu, denn es geht hier nicht nur um Mitgesellschafter, sondern um Familienangehörige.

Im Folgenden wird zunächst die **Betreuung** als gesetzlich vorgesehenes Instrument zur Sicherung der Interessen des Betroffenen behandelt. Aufzuzeigen ist dabei, dass durch die Bestellung eines Betreuers die gesellschaftsrechtlichen Schwierigkeiten nur teilweise gelöst, zugleich aber an anderer Stelle verschärft werden. Daher wird in einem weiteren Schritt der Blick auf die **Vorsorgevollmachten** gerichtet, die eine praktisch handhabbare Alternative bilden und „passgenauere“ Lösungen liefern können.

II. Betreuung als gesetzliche Lösung

1. Grundlagen

Die in §§ 1896 ff. BGB geregelte rechtliche Betreuung dient dazu, Volljährigen die Teilnahme am Privatrechtsverkehr auch in Fällen eingeschränkter Handlungs- und Einsichtsfähigkeit zu ermöglichen. Regelfall ist hierbei eine Einschränkung psychischer Art. In diesen Fällen agiert der vom Betreuungsgericht bestellte Betreuer **innerhalb seines Aufgabenkreises** als gesetzlicher Vertreter (§ 1902 BGB). Im Gegensatz zur Vertretung des Minderjährigen durch die Eltern ist die Vertretungsmacht damit grundsätzlich nur partiell. Die genaue Reichweite des Aufgabenkreises ist im jeweiligen Einzelfall nach Maßgabe des Erforderlichkeitsgrundsatzes (vgl. § 1896 Abs. 2 S. 1 BGB) zu bestimmen.²⁰⁸

Es besteht **kein automatischer Gleichlauf zwischen Betreuungsbedürftigkeit und Geschäftsunfähigkeit**. Die früher vorgesehene Entmündigung wurde 1990 durch das Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige beseitigt. Hierdurch sollen die Eingriffe in die Privatautonomie der Betroffenen auf das nötigste beschränkt werden und nur im Einzelfall bei konkretem Bedarf vorgenommen werden.²⁰⁹ Auch Geschäftsfähige können daher einen Betreuer haben.

Dies kann jedoch dazu führen, dass eine **wirksame Willenserklärung sowohl des – nicht geschäftsunfähigen – Betreuten als auch des Betreuers** zu demselben Gegenstand vorliegt. In diesen Fällen gilt nach dem **Prioritätsprinzip** die Erklärung, welche zuerst mit Bindungswirkung abgegeben wurde. Bei gleichzeitigen, sich widersprechenden Erklärungen sind beide wegen Perplexität nichtig.²¹⁰ Ein Vorrang des Willens des Betreuten für das konkrete Rechtsgeschäft ist im geltenden Betreuungsrecht gerade nicht vorgesehen. Die Vertretungsmacht des Betreuers besteht im Einzelfall gerade ohne Rücksicht auf

208 MüKo-BGB/Schneider, § 1896 BGB Rn. 39.

209 Vgl. Staudinger/Bienwald, § 1903 BGB Rn. 1; BeckOGK-BGB/Schmidt-Recla, § 1896 BGB Rn. 38 f.

210 BeckOGK-BGB/Schmidt-Recla, § 1902 BGB Rn. 34; MüKo-BGB/Schneider, § 1902 BGB Rn. 22.

den Willen des Betreuten. Jedoch kann bei nachhaltigem Widerspruch wegen § 1896 Abs. 1a BGB die Aufhebung der Betreuung erforderlich sein.²¹¹

Bei fortbestehender Geschäftsfähigkeit kann in Fällen erheblicher Gefährdung insbesondere für das Vermögen des Betreuten (zum Beispiel durch Suchtverhalten) ein **Einwilligungsvorbehalt gemäß § 1903 BGB** angeordnet werden. Jedoch sind hierbei ausschließlich die Vermögensinteressen des Betreuten selbst ausschlaggebend. Auf Drittinteressen, etwa diejenigen von Familienangehörigen, des Familienunternehmens oder von Mitgesellschaftern, kommt es nicht an.²¹² Durch die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts wird für den Bereich des Einwilligungsvorbehalts ein **ähnlicher Zustand** erreicht wie beim **beschränkt geschäftsfähigen** Minderjährigen.²¹³

Ein Einwilligungsvorbehalt kann aber nicht nur bei fortbestehender Geschäftsfähigkeit angeordnet werden, sondern **auch** in den Fällen, in denen der Betreute **geschäftsunfähig** ist. Hier zeigen sich gewisse Friktionen zwischen der Dogmatik der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre und dem Betreuungsrecht.²¹⁴ Ist der Betreute geschäftsunfähig, läuft der Einwilligungsvorbehalt leer. Der Betreute kann dann nämlich keine Willenserklärung abgeben, der durch Zustimmung des Betreuers zur Wirksamkeit verholpen werden könnte. Bei Geschäftsunfähigkeit des Betreuten muss stets und allein der Betreuer handeln. Gleichwohl ist die gesetzliche Regelung sinnvoll. Ob der Betreute geschäftsunfähig oder nur unterstützungsbedürftig ist, lässt sich in der Praxis vielfach nicht sicher sagen. Durch den Einwilligungsvorbehalt wird wenigstens dahingehend für Klarheit gesorgt, dass der Betreuer jedenfalls mitwirken muss. Es empfiehlt sich daher für die betreuungsgerichtliche **Praxis**, stets einen Einwilligungsvorbehalt anzuordnen – und zwar auch dann, wenn die Annahme der Geschäftsunfähigkeit sehr nahe liegt. Soweit bekannt, wird dies von den Betreuungsgerichten auch so gehandhabt.

Ein Großteil der Spezialregelungen im Betreuungsrecht bezieht sich auf die Besonderheiten hinsichtlich ärztlicher Eingriffe und freiheitsentziehender Maßnahmen. Für die rein vermögensmäßigen Handlungen **verweist** das geltende Recht in § 1908i BGB **auf das Vormundschaftsrecht**. Insbesondere im Hinblick auf gerichtliche Genehmigungsvorbehalte ist damit ein weitgehender Gleichlauf mit dem Kindschaftsrecht hergestellt.

211 MüKo-BGB/Schneider, § 1902 BGB Rn. 19.

212 MüKo-BGB/Schneider, § 1903 BGB Rn. 15.

213 Staudinger/Bienwald, § 1903 BGB Rn. 4; Erman/Roth, § 1903 BGB Rn. 15.

214 BeckOGK-BGB/Schmidt-Recla, § 1903 BGB Rn. 14 ff.

2. Ausübung von individuellen Gesellschafterrechten

Zur Erinnerung: Zu den individuellen Gesellschafterrechten zählen nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis sämtliche aus der Mitgliedschaft fließende Verwaltungs- und Vermögensrechte mit Ausnahme der Befugnisse zur organschaftlichen Geschäftsführung und Vertretung.

Geschäftsunfähige können diese Rechte nicht (mehr) selbst ausüben. Dies obliegt vielmehr dem **Betreuer**, sofern dies von seinem Aufgabenkreis umfasst ist (§ 1902 BGB, dazu auch gleich unter S. 64). Der Betreuer ist als gesetzlicher Vertreter des Betreuten insbesondere berechtigt, an Gesellschafterversammlungen teilzunehmen, das Stimmrecht auszuüben, Beschlussmängelklagen zu erheben, Auskünfte zu verlangen und Vermögensrechte (etwa Gewinnauszahlungsansprüche) für den Betreuten geltend zu machen.

Geschäftsfähige, für die ein Betreuer bestellt ist, können demgegenüber ihre Rechte selbst wahrnehmen. Besteht ein **Einwilligungsvorbehalt**, was praktisch die Regel ist, muss der Betreuer aber zustimmen. Bei der Betreuung eines Geschäftsfähigen **ohne Einwilligungsvorbehalt** kann es zu widersprüchlichen Handlungen von Betreutem und Betreuer kommen, etwa bei der Ausübung des Stimmrechts. Dann gilt das Prioritätsprinzip.

3. Handlungen gegenüber dem Gesellschafter

Willenserklärungen, die gegenüber einem **geschäftsunfähigen** Gesellschafter abzugeben sind, werden erst wirksam, wenn sie dem gesetzlichen Vertreter zugehen (§ 131 Abs. 1 BGB), also dem bestellten Betreuer. An diesen sind auch die Ladungen zu Gesellschafterversammlungen zu richten, wobei sich dieselben Adressierungsprobleme stellen wie bei Minderjährigen (dazu oben S. 44). Auch Prozesshandlungen sind an den Betreuer zu richten.

Ist ein **Betreuer nicht bestellt**, können die entsprechenden Handlungen eigentlich nicht wirksam vorgenommen werden. Gleichwohl sollen Ladungen, Erklärungen und andere Maßnahmen in diesen Fällen – mangels anderer Option – an den Geschäftsunfähigen adressiert werden können.²¹⁵ Dasselbe gilt für die Fälle, in denen die Gesellschaft oder die Mitgesellschafter **von der Geschäftsunfähigkeit oder der Bestellung eines Betreuers keine Kenntnis** haben.²¹⁶

Problematischer sind die Fälle, in denen für einen **geschäftsfähigen** Gesellschafter ein Betreuer bestellt wurde. Jedenfalls bei Anordnung eines Einwilligungsvorbehaltes gilt dasselbe wie bei geschäftsunfähigen Betreuten,²¹⁷ da nur so die Mitwirkung des Betreuers sichergestellt ist.

215 Vgl. Roth/Altmeppen/Altmeppen, § 51 GmbHG Rn. 5; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, § 51 GmbHG Rn. 7.

216 Beckmann, DNotZ 1971, 132.

217 Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, § 51 GmbHG Rn. 7.

4. Wahrnehmung organschaftlicher Befugnisse

a) Problemstellung

Problematisch gestaltet sich das Verhältnis zwischen Betreuung und organschaftlicher Stellung des Betreuten im Personengesellschaftsrecht. Es geht hier insbesondere um die Frage, ob die organschaftlichen Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse auf den Betreuer übergehen, wie dies – wie oben gesehen (siehe S. 45) – bei Minderjährigen und deren gesetzlichen Vertretern der Fall ist.

Das Problem begegnet uns **nicht bei GmbH und AG**. Für den Fall der Geschäftsunfähigkeit des organschaftlichen Vertreters, also eines Geschäftsführers beziehungsweise Vorstandsmitglieds, sehen die § 6 Abs. 2 S. 1 GmbHG und § 76 Abs. 3 S. 1 AktG den Wegfall der Organstellung ex lege vor.²¹⁸ Die **Geschäftsunfähigkeit** führt zur **Inhabilität**. Dasselbe gilt, wenn für einen GmbH-Geschäftsführer oder ein Vorstandsmitglied ein Betreuer bestellt und zugleich ein **Einwilligungsvorbehalt** für sämtliche oder einen Teil der Vermögensangelegenheiten des Betreuten angeordnet wurde (§ 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 GmbHG, § 76 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 AktG). Organschaftliche Befugnisse, die durch den Betreuer wahrzunehmen wären, gibt es dann nicht mehr.

Im **Personengesellschaftsrecht** gibt es entsprechende Inhabilitätsregelungen nicht. Weder die Vorschriften über die Geschäftsführungsbefugnisse der Gesellschafter (§§ 709 ff. BGB, §§ 114 ff. 161 Abs. 2, 164 HGB) noch jene über die organschaftlichen Vertretungsbefugnisse (§§ 714 ff., 125 ff., 161 Abs. 2, 170 HGB) knüpfen an den Verlust der Geschäftsfähigkeit den Verlust der entsprechenden Befugnisse. Nach § 712 BGB und § 117 HGB stellt die „Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung“ lediglich einen **wichtigen Grund** dar, aufgrund dessen dem Betroffenen die Geschäftsführungsbefugnis **entzogen** werden kann. Dasselbe gilt gemäß § 715 BGB und § 127 HGB für die Entziehung der Vertretungsbefugnis. Es verwundert daher nicht, dass im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum allgemein davon ausgegangen wird, dass auch Geschäftsunfähige zur Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft befugt sein können.²¹⁹ Ob ein Geschäftsunfähiger **tatsächliche Maßnahmen der Geschäftsführung** vornehmen kann, lässt sich nur im Einzelfall beantworten. Häufig dürfte das zu verneinen sein. Sicher ist aber, dass ein rechtsgeschäftliches Handeln durch einen Geschäftsunfähigen nicht möglich ist. Die verbliebenen **Vertretungsbefugnisse** kann der Betroffene daher schon wegen § 105 BGB gar **nicht ausüben**, da auch für die Gesellschaft abgegebene Willenserklärungen stets nichtig sind.

Noch nicht entschieden ist damit die Frage, ob die organschaftlichen Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse **auf den Betreuer übergehen** oder zumindest von diesem anstelle des unter Betreuung stehenden Gesellschafters wahrzunehmen sind. Im Schrifttum wird die Problematik bislang nur unzureichend behandelt. Die gesellschaftsrechtsrechtlichen Kommentierungen sagen zur Betreuungssituationen

218 BeckOK-GmbHG/Wisskirchen/Kuhn, § 6 GmbHG Rn. 13.

219 Siehe etwa BeckOK-HGB/Klimke, § 125 HGB Rn. 5; MüKo-HGB/Schmidt, § 125 HGB Rn. 18.

zumeist nichts, sondern verweisen ganz allgemein darauf, dass der gesetzliche Vertreter – wozu gemäß § 1902 BGB auch der Betreuer zählt – die Befugnisse auszuüben hat.

Es sprechen allerdings gute Gründe **gegen** die Annahme, dass der Betreuer Geschäftsführungsmaßnahmen für die Gesellschaft vornehmen und diese ohne Weiteres auch vertreten kann.

b) Gesellschaftsrechtliche Aspekte

Ziel des Betreuungsrechts und dessen primäre Legitimationsgrundlage ist gemäß § 1901 Abs. 2 BGB das **Wohl des Betreuten**.²²⁰ Drittinteressen sind damit grundsätzlich kein Entscheidungskriterium für den Betreuer. In einer Personengesellschaft steht dagegen die Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks (vgl. § 705 BGB, §§ 105 Abs. 1, 161 Abs. 1 HGB) im Mittelpunkt. Dieser bildet in der Regel einen **Kompromiss der verschiedenen Individualinteressen** der Gesellschafter.²²¹

Außerdem gilt bei den Personengesellschaften der **Grundsatz der Selbstorganschaft** (dazu näher unten S. 75). Nach der gesetzlichen Konzeption sind dabei die persönlich haftenden Gesellschafter geschäftsführungs- und vertretungsbefugt, wobei der Gesellschaftsvertrag insoweit Einschränkungen enthalten kann, etwa indem einzelne Gesellschafter von Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen werden. Beschränkt haftende Gesellschafter, namentlich die Kommanditisten einer KG, sind nach § 164 HGB (wenn auch dispositiv) von der Geschäftsführung und nach § 170 HGB (nach herrschender Meinung zwingend)²²² von der organschaftlichen Vertretung ausgeschlossen. Dritten können **organschaftliche Befugnisse** weder gesellschaftsvertraglich noch in sonstiger Weise rechtsgeschäftlich eingeräumt werden. Die Bündelung organschaftlicher Befugnisse bei den persönlich haftenden Gesellschaftern dient primär dem Schutz der Gesellschafter, reflexartig aber auch dem Schutz des Rechtsverkehrs. Aufgrund der unbeschränkten persönlichen Haftung kann im Regelfall angenommen werden, dass der Vertreter mit erhöhter Vorsicht und Verantwortung handelt.²²³

Der Grundsatz der Selbstorganschaft erfährt – zumindest faktisch – allerdings Durchbrechungen. Dies gilt namentlich in den Fällen der **Minderjährigkeit**. Die organschaftlichen Befugnisse eines Minderjährigen werden durch dessen gesetzlichen Vertreter, im Regelfall also durch die Eltern wahrgenommen (siehe oben S. 45). Dies ist für die anderen Gesellschafter auch hinnehmbar, da sie sich auf die Beteiligung des Minderjährigen eingelassen haben – sei es, weil sie mit dessen Aufnahme in die Gesellschaft

220 MüKo-BGB/Schneider, § 1901 BGB Rn. 10.

221 BeckOGK-BGB/Geibel, § 705 BGB Rn. 125.

222 BGHZ 41, 367 (369); zustimmend Baumbach/Hopt/Roth, § 170 HGB Rn. 1; kritisch MüKo-HGB/Grunewald, § 170 HGB Rn. 10.

223 Vgl. MüKo-HGB/Enzinger, § 109 HGB Rn. 19.

einverstanden waren oder den Beteiligungserwerb (z. B. durch entsprechende Nachfolgeklauseln) gesellschaftsvertraglich ermöglicht haben.

Dasselbe gilt in der **Kapitalgesellschaft & Co. KG**, bei der der organschaftliche Vertreter der Komplementärgesellschaft zugleich als organschaftlicher Vertreter der KG handelt und auch deren Geschäfte führt. Sind die Kommanditisten zugleich auch Gesellschafter der Komplementärin, haben sie zudem Einfluss auf die Auswahl, Abberufung und Kontrolle der Geschäftsführer, jedenfalls wenn es sich – wie praktisch üblich – um eine GmbH handelt.

Im Gegensatz dazu wird die Person des Betreuers durch das Betreuungsgericht bestimmt. Einfluss hierauf haben die übrigen Gesellschafter nicht.²²⁴ Die übrigen Gesellschafter können **nicht** einmal fakultative **Beteiligte** im Bestellungsverfahren sein (vgl. § 274 FamFG).

Es ließe sich nun einwenden, dass durch vertragliche Gestaltungen auch eine organschaftliche Befugnis des Betreuers von vornherein verhindert oder die organschaftlichen Befugnisse des Betreuten und damit mittelbar auch des Betreuers entzogen werden könnten (vgl. nochmals §§ 712, 715 BGB, §§ 117, 127 HGB) oder dass der Grundsatz der Selbstorganschaft eine weitere Durchbrechung verträge. Letztlich ist es aber ohnehin **nicht** der Grundsatz der Selbstorganschaft, der aus gesellschaftsrechtlicher Perspektive gegen organschaftliche Befugnisse des Betreuers spricht. Dieser reicht als gesellschaftsrechtliches Dogma ohnehin nur soweit, wie das Gesetz es zulässt oder fordert.

Es ist vielmehr die durch das Gesetz vorgezeichnete **Pflichten- und Interessenlage**, die – neben den genannten betreuungsrechtlichen Aspekten – gegen den Übergang organschaftlicher Befugnisse auf den Betreuer spricht. Mit der Befugnis zur Geschäftsführung in der Personengesellschaft geht nämlich auch die Pflicht zur Geschäftsführung einher.

Die Eltern oder den Vormund eines Minderjährigen kann man umfassend in die Verantwortung für die einen Minderjährigen treffenden Pflichten und Interessen nehmen. In aller Regel besteht insoweit auch ein besonderes **Näheverhältnis**, das die umfassende Einbeziehung der gesetzlichen Vertreter in den Pflichtenkreis des Minderjährigen rechtfertigt. Dasselbe gilt für die Geschäftsführer einer Komplementärgesellschaft. So hat der Geschäftsführer einer GmbH die Pflicht, die Geschäfte der Gesellschaft umfassend zu führen, wozu in der GmbH & Co. KG eben auch – plangemäß und notwendig – die Geschäftsführung in der KG und deren Vertretung gehören. Pointiert formuliert: Dafür sind die Eltern (oder der Vormund) beziehungsweise der Geschäftsführer gerade da.

224 Vgl. BeckOGK-BGB/Schmidt-Recla, § 1897 BGB Rn. 77 f.; BeckOK-BGB/Müller-Engels, § 1897 BGB Rn. 28.

Das **Verhältnis zwischen Betreutem und Betreuer** ist nach der gesetzlichen Konzeption **weniger eng**. Der Betreuer soll punktuell dort helfen, wo der Betreute nicht allein handeln kann, also Hilfe benötigt. Insoweit treffen den Betreuer zwar auch gesetzliche Pflichten, doch bleiben diese deutlich hinter den „gewöhnlichen“ Pflichten eines Betreuers zurück. Die Übertragung auch organschaftlicher Befugnisse und Pflichten wäre nur gerechtfertigt, wenn das Betreuungsgericht bei der Bestellung des Betreuers auch die spezifische Situation der Gesellschaft und die allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Pflichten im Zusammenhang mit Geschäftsführung und Vertretung in den Blick nehmen würde. Hierfür fehlt es aber an hinreichenden gesetzlichen Vorgaben. Das Betreuungsgericht hat eben nur die Interessen des zu Betreuenden, nicht aber einer Gesellschaft, an der er beteiligt ist, in den Blick zu nehmen.

Hinzu kommt ein Weiteres: In aller Regel liegt es auch nicht im Interesse des Betreuers, durch die Übernahme der Betreuung die mit der organschaftlichen Geschäftsführung und Vertretung verbundenen Pflichten und die damit einhergehenden Haftungsgefahren zu übernehmen.

c) Betreuungsrechtliche Aspekte

Noch gewichtiger sind die betreuungsrechtlichen Aspekte, die gegen den Übergang organschaftlicher Befugnisse und Pflichten auf den Betreuer sprechen.

Insoweit stellt sich die zentrale Frage, ob das organschaftliche Handeln zum **Aufgabenkreis des Betreuers** gehört. Diese Fragestellung wird im Schrifttum bislang nur vereinzelt ausführlicher behandelt.²²⁵ Ausgangspunkt ist insoweit § 1902 BGB. Im Gegensatz zur gesetzlichen Vertretungsmacht der Eltern für den Minderjährigen, ist die Vertretungsmacht des Betreuers von vornherein gegenständlich auf seinen Aufgabenkreis beschränkt. Entscheidend ist der im Tenor des Bestellungsbeschlusses bezeichnete Aufgabenkreis.²²⁶

§ 1896 Abs. 2 S. 1 BGB legt fest, dass der Betreuer nur für solche **Aufgabenkreise** bestellt werden darf, **in denen die Betreuung erforderlich** ist. Die Wahrnehmung von organschaftlicher Vertretungsbefugnis ließe sich am ehesten noch als Ausprägung der **Vermögenssorge** verstehen. Über den genauen Umfang der vom Betreuer wahrzunehmenden Aufgaben im Rahmen der Vermögenssorge im weiteren Sinne besteht jedoch keine Einigkeit.²²⁷ Die Kommentierungen zum Betreuungsrecht sind insoweit eher vage und verweisen oft nur auf die Inhabilitätsregeln des Kapitalgesellschaftsrechts, ohne die Thematik für die Personengesellschaften auszuloten:

225 Zum Beispiel *Uphoff*, Die Vorsorgevollmacht des Personengesellschafters, S. 296; *Wedemann*, ZIP 2013, 1508 (1511).

226 Dazu BeckOGK-BGB/*Schmidt-Recla*, § 1902 BGB Rn. 15.

227 Vertiefend dazu *Christl*, FamRZ 2019, 422 (423).

- Im **Münchener Kommentar zum BGB**²²⁸ vertritt *Schneider* die Auffassung, dass zur Vermögenssorge auch die Wahrnehmung von Gesellschafterrechten zähle. Sie fügt aber auch hinzu, dass dies nicht bei gesellschaftsrechtlichen Funktionen gelte, die persönliches Handeln erfordern. Ob damit insbesondere auch die organschaftliche Vertretung von Personengesellschaften im Außenverhältnis gemeint ist, wird nicht zweifelsfrei klar. Zudem verweist *Schneider* explizit auf die Regelung der § 6 Abs. 2 GmbHG und § 76 Abs. 3 AktG. Hieraus könnte gefolgert werden, dass mit dem Erfordernis des persönlichen Handelns auch noch weitergehende Fallgestaltungen gemeint sind – oder dass im Gegenteil mit dem persönlichen Handeln nur die explizit geregelten Fallgestaltungen im Kapitalgesellschaftsrecht gemeint sind.
- Im **Beck-Online Großkommentar zum BGB**²²⁹ versteht *Schmidt-Recla* die Verwaltung von Gesellschaftsanteilen und die Geschäftsführung einer Gesellschaft als Teil der Vermögenssorge. Beide Fälle betreffen aber das Innenverhältnis und sind daher für die Vertretung noch wenig aussagekräftig. Insofern verweist *Schmidt-Recla* ebenfalls lediglich auf die Inhabilitätsregeln des Kapitalgesellschaftsrechts und zieht hieraus den zutreffenden Schluss, dass aufgrund des Wegfalls der organschaftlichen Stellung keine Erstreckung der Vermögenssorge auf diesen Bereich möglich ist. Damit bleibt jedoch weiterhin unklar, wie sich die Situation bei Personengesellschaften darstellt.
- Einen anderen Fokus setzt *Bienwald* im **Staudinger**.²³⁰ Seiner Ansicht nach gehört die Wahrnehmung von Rechten und Pflichten aus einem Gesellschaftsvertrag nicht per se zur Vermögenssorge, sondern bedarf einer gesonderten Festlegung als Aufgabenkreis. Nicht thematisiert wird dabei aber, ob damit nur die Rechte und Pflichten im Innenverhältnis oder auch im Außenverhältnis gemeint sind.

Richtigerweise ist die Zuordnung zum Aufgabenkreis der Vermögenssorge für die aufgeworfene Fragestellung nicht maßgeblich. **Entscheidend** ist vielmehr, ob es sich bei der Ausübung organschaftlicher Rechte überhaupt um eine **Angelegenheit des Betreuten** handelt oder stattdessen um eine **Angelegenheit der Gesellschaft**.

Nach § 1896 Abs. 1 S. 1 BGB wird die Betreuung **notwendig**, wenn ein Volljähriger **seine Angelegenheiten nicht mehr besorgen kann**. Zum Aufgabenkreis des Betreuers können daher nach § 1901 Abs. 1 BGB auch nur eigene Angelegenheiten des Volljährigen zählen. Zu den **eigenen** Angelegenheiten des Betreuten gehören dabei nur diejenigen, die nach seiner sozialen Stellung und seiner bisherigen Lebensgestaltung in seinem eigenen Interesse wahrzunehmen sind.²³¹

228 MüKo-BGB/*Schneider*, § 1896 BGB Rn. 125.

229 BeckOGK-BGB/*Schmidt-Recla*, § 1896 BGB Rn. 214.

230 *Staudinger/Bienwald*, § 1896 BGB Rn. 196.

231 BayObLG NJW-RR 1997, 834.

Daher handelt es sich **nicht** um eigene Angelegenheiten, wenn der Betreute selbst sie nur aufgrund eines Vertrages oder **als gesetzlicher Vertreter** zu besorgen hat.²³² Nicht durch den Betreuer wahrzunehmen sind deshalb unter anderem die Aufgaben des Betreuten als Elternteil oder Vormund, Pfleger oder Betreuer.²³³ Auch bei der **organschaftlichen Vertretung von Personengesellschaften** handelt es sich nach herrschender Meinung um einen (Sonder-)Fall der **gesetzlichen Vertretungsbefugnis**.²³⁴

Anders als die Wahrnehmung individueller Verwaltungsrechte (zum Beispiel des Stimmrechts) oder Vermögensrechte (zum Beispiel der Geltendmachung von Entnahme- oder Gewinnansprüchen) ist die organschaftliche Vertretung – ebenso wie bei Ausübung anderer gesetzlicher Vertretungsbefugnisse – keine Angelegenheit des Betreuten, sondern eine **Angelegenheit der Gesellschaft**.

Folglich umfasst der mögliche Aufgabenkreis und damit die Vertretungsmacht des Betreuers gemäß § 1902 BGB von vornherein **nicht die Vertretung der Gesellschaft** im Außenverhältnis. Für die **Geschäftsführung** im Innenverhältnis sollte dann **nichts anderes** gelten. Auch diese ist eine Angelegenheit der Gesellschaft und nicht des Betreuten.

5. Sicherstellung der Handlungsfähigkeit der Gesellschaft

Es sprechen somit die besseren Gründe gegen die Überleitung von organschaftlichen Rechten und Pflichten auf den Betreuer. **Problematisch** sind dann aber die Fälle, in denen der einzige an sich geschäftsführungs- und vertretungsbefugte Gesellschafter geschäftsunfähig wird. Dann droht die Handlungsunfähigkeit der Gesellschaft. Es gibt allerdings verschiedene Wege, um dies zu vermeiden und die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft sicherzustellen.

a) Ergänzende Auslegung des Gesellschaftsvertrages

Nach Ansicht des BGH führt bei der **GbR** die Handlungsunfähigkeit des einzig vertretungsberechtigten Gesellschafters im Wege der ergänzenden Auslegung des Gesellschaftsvertrages zur Gesamtvertretungsbefugnis der übrigen Gesellschafter.²³⁵ Entsprechendes dürfte dann bei der **OHG** gelten.²³⁶

Problematisch ist die Rechtslage bei der **KG**, wenn der einzige Komplementär geschäftsunfähig wird. Eine ergänzende Vertragsauslegung dahingehend, dass die Kommanditisten gemeinschaftlich

232 BeckOK-BGB/Müller-Engels, § 1896 BGB Rn. 16.

233 Erman/Roth, § 1896 BGB Rn. 21.

234 BeckOGK-HGB/Kilian, § 125 HGB Rn. 11; MüKo-HGB/Schmidt, § 125 HGB Rn. 3; BeckOK HGB/Klimke, § 125 HGB Rn. 3; MAH PersGesR/Karrer, § 14 Rn. 269.

235 BGH NZG 2014, 1302 (1303).

236 Vgl. MüKo-HGB/Schmidt, § 125 HGB Rn. 16.

vertretungsberechtigt sein sollen, scheidet nach herrschender Meinung wegen § 170 HGB aus.²³⁷ Auch eine Auflösung der KG wegen Wegfalls des letzten Komplementärs²³⁸ kommt nicht in Betracht. Der geschäftsunfähige Gesellschafter fällt nicht weg, sondern ist noch immer Gesellschafter. Sein Vermögen steht weiterhin als Haftungsmasse zur Verfügung. Er ist nur nicht mehr in der Lage die Gesellschaft nach außen zu vertreten.

b) Gesetzliche Notvertretungsbefugnis

Nach einer im Schrifttum vertretenen Auffassung soll in Notsituationen, also bei drohenden Schäden für die Gesellschaft, jeder Gesellschafter unabhängig von der gesellschaftsvertraglichen Regelung zur Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet sein können. Überzeugend begründen lässt sich dies mit der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht.

Ausnahmsweise kann dabei auch der Abschluss von Verträgen mit Dritten und folglich die Vertretung der Gesellschaft erforderlich sein. Mit der **Pflicht zur Notgeschäftsführung** sollte dann auch eine **korrespondierende organschaftliche Vertretungsbefugnis** der Gesellschafter einhergehen – und zwar unabhängig davon, ob es sich um persönlich haftende Gesellschafter oder **Kommanditisten** handelt. Es erscheint nicht gerechtfertigt, einen Gesellschafter als zum Handeln veranlasst zu sehen, ihn aber nicht mit der entsprechenden Handlungsbefugnis auszustatten. Daher sei für die KG in diesen Ausnahmekonstellationen – trotz § 170 HGB – ein organschaftliches Notvertretungsrecht auch der Kommanditisten anzuerkennen.²³⁹ Der BGH hat dem in einer älteren Entscheidung allerdings eine Absage erteilt.²⁴⁰

c) Gerichtliche Bestellung eines Notvertreters analog § 29 BGB

Eine weitere Option könnte die gerichtliche Bestellung eines Notvertreters sein. Dogmatischer Anknüpfungspunkt hierfür ist § 29 BGB, der in dringenden Fällen die Notbestellung eines Vorstands durch das Gericht vorsieht. Für die **Kapitalgesellschaften** ist die analoge Anwendbarkeit der Vorschrift anerkannt,²⁴¹ für die **Personengesellschaften** wird sie hingegen von der überwiegenden Ansicht abgelehnt.²⁴² Dagegen angeführt wird insbesondere der Grundsatz der Selbstorganschaft.

237 BGHZ 17, 181; Baumbach/Hopt/Roth, § 170 HGB Rn. 1.

238 Allgemein dazu MüKo-HGB/Schmidt, § 131 HGB Rn. 46.

239 MüKo-HGB/Grunewald, § 170 HGB Rn. 7; BeckOGK-HGB/Staake, § 170 HGB Rn. 59.

240 BGHZ 17, 181.

241 Drygala/Staake/Szalai, Kapitalgesellschaftsrecht, § 11 Rn. 21.

242 Staub/Thiessen, § 170 HGB Rn. 45; Baumbach/Hopt/Roth, § 125 HGB Rn. 15; BeckOK-HGB/Klimke, § 125 HGB Rn. 44.

Dies überzeugt nicht. Dem Grundsatz der Selbstorganschaft wird bei einer gerichtlichen Notbestellung ohnehin Rechnung getragen, wenn der Bestellte aus dem Kreis der anderen Gesellschafter bestellt wird. Ist dies ausnahmsweise nicht möglich, sollte die zeitweilige Bestellung eines gesellschafterfremden Dritten zulässig sein, da der Grundsatz der Selbstorganschaft weniger gewichtig ist als das Interesse an einer handlungsfähigen Gesellschaft.

Bei einer gerichtlichen Bestellung analog § 29 BGB kann – anders als bei der Betreuerbestellung – insbesondere den **Interessen der Gesellschaft** Rechnung getragen werden. Das Verfahren ist summarisch und auf schnelle Entscheidung angelegt.²⁴³

6. Kontrolle des Betreuers und Schutz vor Missbrauch

Der Betreuer hat in seiner Stellung als gesetzlicher Vertreter weitreichende Befugnisse und kann innerhalb seines Aufgabenkreises im Namen des Betreuten sämtliche Rechtsgeschäfte vornehmen. Aufgrund der insoweit unbeschränkten Rechtsmacht im Außenverhältnis, besteht grundsätzlich die Gefahr, dass der Betreuer nicht im Interesse des Betreuten handelt.

Allerdings unterliegt der Betreuer einer fortlaufenden **Kontrolle durch das Betreuungsgericht**. Dies stellt einen wesentlichen Unterschied zur Testamentsvollstreckung dar, die in den letzten Jahren im Zusammenhang mit einer Unternehmensnachfolge negative Presse erhalten hat.²⁴⁴ Unter anderem muss der Betreuer jährlich **Rechnung legen** (§§ 1908i Abs. 1 S. 1, 1840 ff. BGB), um dem Betreuungsgericht einen Überblick über seine Tätigkeiten zu verschaffen. So kann die pflichtwidrige Amtsführung durch den Betreuer frühzeitig erkannt und unterbunden werden.

Darüber hinaus hat das Betreuungsgericht gemäß § 1908b Abs. 1 S. 1 BGB den Betreuer von Amts wegen zu **entlassen**, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Ein **wichtiger Grund** liegt unter anderem dann vor, wenn der Betreuer das Wohl des Betreuten durch sein Verhalten gefährdet.²⁴⁵ Darunter fallen auch die mangelnde Kooperation mit dem Betreuungsgericht, die Weigerung zur Rechnungslegung²⁴⁶ und eigennütziges Handeln zum Schaden des Betreuten.²⁴⁷ Soweit es zum Missbrauch der Vertretungsmacht durch den Betreuer kommt, kann dies daher effektiv durch Entlassung des Betreuers unterbunden werden. Im Kontext eines **Familienunternehmens** können beispielsweise die übrigen Gesellschafter eine

243 BeckOGK-BGB/*Segna*, § 29 BGB Rn. 23.

244 Siehe etwa zum Fall *Fresenius* <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/kampf-ums-erbe-streit-um-fresenius-stiftung-eskaliert/3399280.html>.

245 BeckOGK-BGB/*Schmidt-Recla*, § 1908b BGB Rn. 17.

246 BeckOGK-BGB/*Schmidt-Recla*, § 1908b BGB Rn. 19.

247 MüKo-BGB/*Schneider*, 8. Aufl. 2020, § 1908b BGB Rn. 6.

Überprüfung durch das Betreuungsgericht anregen, wenn **konkrete Hinweise auf missbräuchliches und eigennütziges Verhalten des Betreuers** bestehen.

Aufgrund der umfassenden gerichtlichen Kontrollmöglichkeiten besteht im Rahmen der Betreuung insgesamt ein **eher geringes Risiko** des Missbrauchs. Dies ist bei der Vorsorgevollmacht, die im Übrigen eine sinnvolle Alternative zur Betreuung darstellt, anders (siehe unten S. 78).

7. Empfehlungen für Praxis und Gesetzgeber

Der **Praxis** ist dringend anzuraten, die Problematik der Geschäftsunfähigkeit bereits bei der Gestaltung der Gesellschaftsverträge in den Blick zu nehmen. Zweifelsfragen mit Blick auf die organschaftlichen Befugnisse des betroffenen Gesellschafters und eines etwaigen Betreuers lassen sich beispielsweise durch gesellschaftsvertragliche Bestimmungen **vermeiden**, wonach die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis erlischt, wenn der Gesellschafter geschäftsunfähig oder für ihn ein Betreuer bestellt wird.²⁴⁸ Darüber hinaus kann durch Vorsorge- und andere Vollmachten eine Handlungsunfähigkeit der Gesellschaft vermieden werden (dazu unten S. 71).

Der **Gesetzgeber ist aufgerufen**, sich mit der Problematik der Wahrnehmung organschaftlicher Befugnisse durch Betreuer auseinanderzusetzen. Wünschenswert wäre insbesondere eine **klarstellende Regelung, dass der Betreuer nicht zur organschaftlichen Geschäftsführung und Vertretung befugt ist**. Erwogen werden sollte zudem, auch in das Personengesellschaftsrecht **Inhabilitätsregeln für die Fälle der Geschäftsunfähigkeit und Betreuung mit Einwilligungsvorbehalt** aufzunehmen. Als Vorbild könnten dabei die § 6 Abs. 2 S. 1 und S. 2 Nr. 1 GmbHG und § 76 Abs. 3 S. 1 und S. 2 Nr. 1 AktG dienen. Die §§ 712, 715 BGB und §§ 117, 127 HGB führen in den Fällen der Geschäftsunfähigkeit zu unnötigen Friktionen.

8. Änderungen des Regierungsentwurfs

Das Betreuungsrecht ist in seiner jetzigen Form eine relativ junge Regelungsmaterie. Im Wesentlichen stammen die Regelungen aus dem Jahr 1992. Jedoch wurden in mehreren vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) in Auftrag gegebenen Untersuchungen **Defizite** festgestellt, welche sich aus der jetzigen Fassung der gesetzlichen Regelungen und ihrer praktischen Umsetzung ergeben.²⁴⁹ Insbesondere geht es darum, die Vorgaben aus Artikel 12 der UN-Behindertenrechtskonvention²⁵⁰ über die größtmögliche Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderung im deutschen Recht

248 Siehe auch *Heckschen*, NZG 2012, 10 (14); *Baumann/Selzener*, RNotZ 2015, 605 (614 f.).

249 *Matta/Engels/Brose/Köller u. a.*, Qualität in der rechtlichen Betreuung-Abschlussbericht, Bundesanzeiger Verlag 2018; *Nolting/Zich/Tisch/Braeseke*, Umsetzung des Erforderlichkeitsgrundsatzes in der betreuungsrechtlichen Praxis im Hinblick auf vorgelagerte „andere Hilfen“-Abschlussbericht, Band I und II, Bundesanzeiger Verlag 2018.

250 Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (BGBl. 2008 II S. 1419, 1420).

umzusetzen. Das Gesetzgebungsvorhaben verfolgt das Ziel, die „Selbstbestimmung und Autonomie unterstützungsbedürftiger Menschen im Vorfeld und innerhalb einer rechtlichen Betreuung im Sinne von Artikel 12 UN-Behindertenrechtskonvention zu stärken, die Qualität der rechtlichen Betreuung in der Anwendungspraxis zu verbessern und durch eine bessere Umsetzung des Erforderlichkeitsgrundsatzes, insbesondere an der Schnittstelle zum Sozialrecht, sicherzustellen, dass ein rechtlicher Betreuer nur dann bestellt wird, wenn dies zum Schutz des Betroffenen erforderlich ist“.²⁵¹

Zunächst verändert sich der **Standort des Betreuungsrechts** im Gesetz. Während sich die Normen zum Betreuungsrecht gegenwärtig in §§ 1896 bis 1908i BGB finden, sollen sie in Zukunft in §§ 1814 bis 1881 BGB verortet werden. Auf den ersten Blick fällt bereits auf, dass der Umfang der Normierung um ein Vielfaches höher ist als nach bisheriger Rechtslage. Jedoch ist dies dem Umstand geschuldet, dass über die Verweisungsnorm des § 1908i BGB bisher ein Großteil der Regelungen zum Vormundschaftsrecht auch auf die Betreuung Anwendung fanden.

Diese **Systematik** wird nun **umgekehrt**. In Zukunft findet sich innerhalb des Vormundschaftsrechts beispielsweise in § 1799 BGB eine Verweisung auf die Genehmigungstatbestände des Betreuungsrechts. Hiermit vollzieht das Gesetz die Realität nach, in der die Betreuung eine ungleich höhere Relevanz aufweist als die Vormundschaft. Aus der äußeren Gestaltung ergeben sich jedoch damit noch keine materiellen Änderungen.

Die **neue Grundnorm** des Betreuungsrechts ist nach dem Entwurf § 1814 BGB-RegE. Im Gegensatz zu § 1896 BGB wird als Voraussetzung für die Anordnung einer Betreuung mehr der objektive Betreuungsbedarf und nicht mehr das Vorliegen einer Krankheitsbefunds hervorgehoben. Damit sollen Stigmatisierungen verhindert werden.²⁵² Eine für den Untersuchungsgegenstand relevante Änderung geht damit nicht einher.

Eine wesentliche materielle Änderung ergibt sich aus § 1815 I 2 BGB-RegE. Danach müssen die **Aufgabenkreise des Betreuers** in jedem Fall im Bestellungsbeschluss einzeln aufgezählt und benannt werden. Die Bestellung eines Betreuers für alle Angelegenheiten wie unter dem geltenden Recht, ist damit nicht mehr möglich.²⁵³ Im Hinblick auf den vorliegenden Untersuchungsgegenstand kann dies in der Praxis vermehrt die Frage aufwerfen, welchem Aufgabenkreis die Wahrnehmung von Gesellschafterrechten im Einzelnen zuzuordnen sind.

251 BR-Drucks. 564/20 S. 2.

252 BR-Drucks. 564/20 S. 166 f.

253 BR-Drucks. 564/20 S. 167.

Für die Untersuchung **nicht** von Relevanz sind die Änderungen bei der Führung der Betreuung im Bereich der Personenangelegenheiten.

Im Hinblick auf die Vermögensangelegenheiten ergeben sich zwar Änderungen in der Form, aber keine hier relevanten Änderungen in der Sache. Die im geltenden Vormundschaftsrecht verankerten **Genehmigungstatbestände** der §§ 1821, 1822 BGB, werden in die **§§ 1850 bis 1854 BGB-RegE** verlagert. § 1850 BGB-RegE entspricht dem § 1821 BGB des geltenden Rechts.

§ 1822 BGB wird nach **Themenkomplexen** geordnet (Erbrecht, Gesellschaftsrecht und sonstige Rechtsgeschäfte) auf die §§ 1851 bis 1854 BGB-E verteilt. Der in Bezug auf den Abschluss oder die Änderung eines Gesellschaftsvertrags hier besonders relevante § 1822 Nr. 3 BGB wird zu § 1852 Nr. 2 BGB-E (dazu bereits oben S. 31).

Die weiteren Änderungen hinsichtlich der **Führung der Betreuung** betreffen hauptsächlich die Überwachung der Betreuertätigkeit durch das Betreuungsgericht sowie die Koordination der verschiedenen Akteure untereinander. Insgesamt soll die Qualität der Betreuung in der Praxis verbessert werden.²⁵⁴ Unmittelbare Änderungen in Bezug auf den Untersuchungsgegenstand ergeben sich hieraus nicht.

III. Vorsorgevollmachten

1. Ausgangspunkt

Die Geschäftsunfähigkeit eines Gesellschafters kann insbesondere Personengesellschaften vor **gravierende Probleme** stellen, die durch das gesetzliche Institut der Betreuung nicht gelöst und teilweise sogar verschärft werden.

Nach hier vertretener Auffassung kann der Betreuer zudem organschaftlich für die Gesellschaft handeln. Selbst wenn man dies anders sehen will, besteht wegen des zeitaufwendigen Bestellungsverfahrens die Gefahr von **Rechtsunsicherheit** und schlimmstenfalls der Handlungsunfähigkeit der Gesellschaft.²⁵⁵ Zudem besteht die Gefahr, dass gesellschafts- und familienfremde Dritte Zugriff auf die Interna der Gesellschaft erhalten, was unabhängig von den konkreten Befugnissen nicht im Interesse von Gesellschaft und Familie ist. Diese Schwierigkeiten verdeutlichen, dass die Anordnung der Betreuung und die Mitwirkung des Betreuers in den Angelegenheiten der Gesellschaft für alle Beteiligten **keine ideale Lösung** darstellt.

254 Vgl. BR-Drucks. 564/20 S. 176 ff.

255 Heckschen, NZG 2012, 10 (13).

Damit stellt sich die Frage, ob es möglich ist, mit rechtsgestaltenden Instrumenten bereits **von vornherein die Handlungsfähigkeit** des geschäftsunfähigen Gesellschafters und der Gesellschaft **sicherzustellen**, ohne dass es einer gerichtlichen Intervention gleich welcher Art bedarf.

2. Bedeutung von Vorsorgevollmachten

Um die Anordnung einer Betreuung zu vermeiden, ist die Erteilung einer **Vorsorgevollmacht** das geeignetste Mittel.²⁵⁶ Schon nach der jetzigen Rechtslage **lässt** eine solche Vollmacht die **Notwendigkeit zur Bestellung eines Betreuers entfallen** gemäß § 1896 Abs. 2 S. 2 BGB. Dadurch wird vor allem dem Grundsatz der Privatautonomie Rechnung getragen. Der Einzelne kann selbst am besten entscheiden, wer im Falle der Handlungsunfähigkeit in seinem Namen auftreten kann.²⁵⁷ Zudem werden staatliche Ressourcen geschont, da das Betreuungsgericht nicht mit der Bestellung und Überwachung eines Betreuers befasst werden muss.²⁵⁸

Unerheblich ist, ob die Vollmacht speziell für den Fall der Geschäftsunfähigkeit erteilt wurde oder bereits vorher wirksam war. Es kommt nur darauf an, dass der sachliche Fürsorgebedarf durch den Bevollmächtigten erfüllt werden kann.²⁵⁹ Die Vorsorgevollmacht kann für **einzelne Aufgaben**, für **bestimmte Aufgabenbereiche** oder als **Generalvollmacht** erteilt werden.²⁶⁰ Mit Erteilung einer ausreichenden Vorsorgevollmacht kann der Einzelne verhindern, dass für ihn ein Betreuer bestellt wird und sich somit für den Ernstfall absichern.

Auch im **unternehmerischen und gesellschaftsrechtlichen Bereich** bietet sich nach der Interessenlage die Vorsorgevollmacht an, um den oben beschriebenen Problemen im Rahmen der Betreuung abzuhelpfen. Insbesondere kann eine vertrauenswürdige Person oder einer der Mitgesellschafter zum Vorsorgebevollmächtigten für die Gesellschafterangelegenheiten bestellt werden. Hierdurch kann verhindert werden, dass außenstehende Personen mit internen Angelegenheiten der Gesellschaft befasst werden.

Die Vorteile und auch Schwierigkeiten von Vorsorgevollmachten im unternehmerischen Bereich wurden bis vor einigen Jahren nur am Rande behandelt.²⁶¹ Inzwischen ist jedoch festzustellen, dass in der

256 Beispielhaft mit Einbeziehung von Gesellschaftsangelegenheiten: BeckOF-Erbrecht/Roglmeier, Form. 4.1.3.

257 BeckOGK-BGB/Schmidt-Recla, § 1896 BGB Rn. 224.

258 MüKo-BGB/Schneider, § 1896 BGB Rn. 50.

259 MüKo-BGB/Schneider, § 1896 BGB Rn. 51.

260 BeckOGK-BGB/Schmidt-Recla, § 1896 BGB Rn. 227.

261 Vgl. etwa Heckschen, NZG 2012, 10 (13).

Wissenschaft und der Praxisliteratur immer mehr Autoren sich mit der Materie auseinandersetzen.²⁶² Die Vorsorgevollmacht wird dabei bisweilen sogar als Teil des Pflichtprogramms für eine verantwortungsvolle Unternehmensführung und Nachfolgeplanung im weiteren Sinne angesehen.²⁶³ Gleichwohl besteht in Hinblick auf die zulässige Reichweite von Vorsorgevollmachten und ihre Einsatzmöglichkeiten, wenn es um Angelegenheiten geht, die der Vollmachtgeber als Gesellschafter und/oder Organ einer Personen- oder Kapitalgesellschaft wahrzunehmen hat, noch **große Unklarheit** und folglich auch eine **erhebliche Rechtsunsicherheit**. Rechtsprechung, die sich mit dem spezifischen Problemkreis der unternehmerischen Vorsorgevollmacht auseinandersetzt, ist – soweit ersichtlich – bislang nicht veröffentlicht worden.

Im Folgenden sollen einige Aspekte erörtert werden. Eine vertiefende Darstellung und Analyse muss jedoch anderen Untersuchungen vorbehalten bleiben.

3. Besonderheiten in Personengesellschaften

Im Personengesellschaftsrecht wird vor allem über die Vereinbarkeit von Vorsorgevollmachten mit dem Abspaltungsverbot und dem Prinzip der Selbstorganschaft diskutiert.²⁶⁴ Sowohl das Abspaltungsverbot als auch das Prinzip der Selbstorganschaft sind nach herrschender Meinung **nicht dispositiv**, weshalb ein Verstoß hiergegen nicht durch die Zustimmung aller Gesellschafter überwunden werden kann.²⁶⁵ Eine hiergegen verstoßende Vollmacht ist damit nichtig.²⁶⁶

a) Ausübung von Gesellschafterrechten und Abspaltungsverbot

Problematisch mit Blick auf die Übertragung individueller Gesellschaftsrechte ist das Abspaltungsverbot gemeinhin aus **§ 717 S. 1 BGB**, der über § 105 Abs. 3 HGB auch für OHG und KG gilt. Danach sind „Ansprüche, die den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnis gegeneinander zustehen, nicht übertragbar“. Nach allgemeiner Ansicht ist die Vorschrift weit auszulegen. Erfasst werden nicht nur Ansprüche (vgl. § 194 Abs. 1 BGB) aus der Mitgliedschaft, sondern auch **sämtliche mitgliedschaftliche Rechte** des Gesellschafters.²⁶⁷ Damit soll sichergestellt werden, dass die Mitgliedschaft in der Gesellschaft als funktionale Einheit erhalten bleibt.²⁶⁸

262 Siehe etwa Rechenberg/Thies/Wiechers/Schauer, Handbuch Familienunternehmen und Unternehmerfamilien, 2016, S. 642 ff.; Uphoff, Die Vorsorgevollmacht des Personengesellschafters; Jocher, notar 2014, 3 ff.; Baumann/Selzener, RNotZ 2015, 605 ff.

263 Riedel/Gockel, Praxishandbuch Unternehmensnachfolge, § 16 Rn. 4.

264 Eingehend dazu Uphoff, Die Vorsorgevollmacht des Personengesellschafters, insbes. S. 180 ff.; vgl. ferner Jocher, notar 2014, 3 (6); Baumann/Selzener, RNotZ 2015, 605 (608 f.); Schäfer, ZHR 175 (2011), 557 (567).

265 Uphoff, Die Vorsorgevollmacht des Personengesellschafters, S. 263.

266 MüKo-BGB/Schäfer, § 717 BGB Rn. 7; Jocher, notar 2014, 3 (7).

267 BeckOGK-BGB/Lübke, § 717 BGB Rn. 8.

268 MüKo-HGB/Enzinger, § 109 HGB Rn. 12; MüKo-BGB/Schäfer, § 717 BGB Rn. 7.

Umstritten ist, **zu wessen Schutz** die Erhaltung der Einheit letztendlich dient. Teilweise wird vertreten, dass das Abspaltungsverbot die Willensbildung innerhalb der Gesellschaft ermöglichen soll, welche durch die Streuung der Verwaltungsrechte verkompliziert würde.²⁶⁹ An anderer Stelle wird der Individualschutz betont und der Zusammenhang zwischen Mitverwaltungsrechten und Risikotragung.²⁷⁰ Auch wird vertreten, dass das Abspaltungsverbot letztendlich dem Schutz sowohl des einzelnen Gesellschafters als auch der Gesamtheit der Gesellschafter und des Verbands diene.²⁷¹

Jedoch besteht Einigkeit dahingehend, dass eine **Vollmacht** zur Ausübung mitgliedschaftlicher Rechte grundsätzlich **nicht** gegen das Abspaltungsverbot **verstößt**. Mit der Erteilung ist keine Übertragung der materiellen Rechtsposition verbunden, sondern es wird dem Bevollmächtigten lediglich ermöglicht die Rechte des Gesellschafters in dessen Namen auszuüben. Dies stellt keine dauerhafte Trennung von Mitgliedschaft und Verwaltungsrecht dar und ist unabhängig vom Begründungsansatz mit dem Abspaltungsverbot vereinbar.²⁷²

Die Erteilung einer **Vollmacht** zur Ausübung mitgliedschaftlicher Rechte muss entweder **im Gesellschaftsvertrag vorgesehen** sein oder es müssen **sämtliche Gesellschafter zustimmen**.²⁷³

Zudem ergeben sich nach der Rechtsprechung des BGH **Grenzen für die Ausgestaltung der Vollmacht**. Insbesondere darf die Vollmacht **nicht unwiderruflich** erteilt werden, da hiermit materiell dasselbe Ergebnis erreicht wird wie mit einer Abtretung des Mitgliedschaftsrechts. Die Vollmacht zielt auf eine Verdrängung des Gesellschafters aus seiner Rechtsposition.²⁷⁴ Eine solche funktionsäquivalente Gestaltung verstößt ebenfalls gegen das Abspaltungsverbot.²⁷⁵ Im Regelfall wird zwar die Vorsorgevollmacht nicht unwiderruflich erteilt werden, da hierzu auch kein praktisches Bedürfnis besteht.²⁷⁶ Bedenken bestehen allerdings deshalb, weil mit Eintritt der Geschäftsunfähigkeit der Vollmachtgeber **nicht mehr in der Lage ist** die Vollmacht auch tatsächlich zu widerrufen. Soweit kein Kontrollbetreuer bestellt wird, kann auch niemand im Namen des Vollmachtgebers den Widerruf erklären. Problematisch ist dies vor allem im Hinblick auf die übrigen Gesellschafter, da ihnen nach dem allgemeinen Zivilrecht selbst kein

269 Oetker/Lieder, § 109 HGB Rn. 18; BeckOK-HGB/Klimke, § 109 HGB Rn. 10.

270 BeckOK-BGB/Schöne, § 717 BGB Rn. 1.

271 MüKo-HGB/Enzinger, § 109 HGB Rn. 12.

272 BeckOK-HGB/Klimke, § 109 HGB Rn. 12.

273 Oetker/Lieder, § 109 HGB Rn. 19; EBS/Born, § 109 HGB Rn. 9; Staudinger/Habermeier, § 717 BGB Rn. 5; Baumann/Selzener, RNotZ 2015, 605 (610).

274 BGH NJW 1952, 178; BGH NJW 1970, 468.

275 BeckOGK-BGB/Lübke, § 717 BGB Rn. 3.

276 Uphoff, Die Vorsorgevollmacht des Personengeschafters, S. 193.

Widerrufsrecht zusteht.²⁷⁷ Im Hinblick auf den geschäftsunfähigen Gesellschafter selbst bestehen keine durchgreifenden Bedenken, da die faktische Unwiderrufbarkeit gerade die typische Situation bei einer Vorsorgevollmacht darstellt.²⁷⁸

b) Prinzip der Selbstorganschaft

Das Prinzip der Selbstorganschaft gehört zu den **ungeschriebenen Grundsätzen** des Personengesellschaftsrechts und wird – trotz Kritik in jüngerer Zeit²⁷⁹ – von der herrschenden Meinung als zwingend angesehen.²⁸⁰ Daher sollen mögliche Entwicklungen bei einer zukünftigen Reform des Personengesellschaftsrechts im Rahmen der hiesigen Untersuchung außer Betracht bleiben.

Die **organschaftliche Geschäftsführung und Vertretung** können anders als bei den Kapitalgesellschaften – jedenfalls im Ausgangspunkt – **nur von den persönlich haftenden Gesellschaftern** wahrgenommen werden. Dritte können grundsätzlich nicht zu organschaftlichen Vertretern bestellt werden.²⁸¹ Ausnahmen hiervon bestehen nach § 146 Abs. 1 HGB im Falle der Liquidation²⁸² und nach der Rechtsprechung auch in liquidationsähnlichen Sonderlagen wie der Ausschlussklage gegen den einzigen vertretungsberechtigten Gesellschafter.²⁸³ In solchen Sondersituationen ist der im Personengesellschaftsrecht vorausgesetzte grundsätzliche Interessengleichlauf der Gesellschafter nicht mehr gegeben.²⁸⁴

Der Grundsatz der Selbstorganschaft dient nach überwiegender Auffassung vor allem dem **Schutz der Gesellschafter**. Diese sollen darauf vertrauen können, dass der vertretungsberechtigte Gesellschafter im Hinblick auf seine eigene persönliche Haftung mit Umsicht agiert.²⁸⁵ Gleichzeitig wird eine Selbstentmachtung der Gesellschafter verhindert.²⁸⁶

277 Schäfer, ZHR 175 (2011), 557 (578).

278 Uphoff, Die Vorsorgevollmacht des Personengesellschafters, S. 203.

279 Siehe etwa Fleischer, NZG 2020, 601 (605 f.).

280 Vgl. MüKo-HGB/Schmidt, § 125 HGB Rn. 5.

281 MüKo-HGB/Schmidt, § 125 HGB Rn. 5; EBS/Hillmann, § 125 HGB Rn. 3; Röhrich/Graf von Westphalen/Haas/Haas, § 109 HGB Rn. 5.

282 Oetker/Boesche, § 125 HGB Rn. 8; MüKo-HGB/Schmidt, § 146 HGB Rn. 2, der dabei von einer „modifizierten Selbstorganschaft“ spricht.

283 Vgl. BGHZ 33, 105.

284 BeckOK-HGB/Klimke, § 109 HGB Rn. 21.

285 BeckOK-HGB/Klimke, § 109 HGB Rn. 16; Oetker/Lieder, § 109 HGB Rn. 23.

286 Hüffer, ZHR 151 (1987), 396 (408).

Reflexartig wird hierdurch auch der **Rechtsverkehr** vor unüberlegtem Handeln der vertretungsberechtigten Gesellschafter geschützt.²⁸⁷

Grundsätzlich steht nach der ständigen Rechtsprechung des BGH und der überwiegenden Literatur das Prinzip der Selbstorganschaft jedoch der Erteilung auch weitgehender Vollmachten zur Geschäftsführung der Gesellschaft nicht entgegen.²⁸⁸

Auch insoweit gilt aber, dass es zur wirksamen Erteilung einer **Gestattung im Gesellschaftsvertrag** oder der **Zustimmung der übrigen Gesellschafter** bedarf.²⁸⁹ Damit unterscheidet sich die Vorsorgevollmacht in einem entscheidenden Punkt von der Betreuung, bei der eine Übernahme der organschaftlichen Befugnisse nach hier vertretener Auffassung unzulässig in den Grundsatz der Selbstorganschaft eingreifen würde (vgl. dazu bereits S. 62). Vor der Zustimmung besteht für die Gesellschafter die Möglichkeit, sich von der Vertrauenswürdigkeit des Bevollmächtigten zu überzeugen und die Erteilung der unternehmensbezogenen Vorsorgevollmacht notfalls zu verhindern. Im Gegensatz zur Betreuung wird ihnen somit kein außenstehender Dritter aufoktroiert, auf dessen Auswahl sie keinerlei Einfluss hatten.

Jedoch bestehen auch bei Zustimmung der restlichen Gesellschafter **Grenzen** für die Verleihung von Kompetenzen an Nicht-Gesellschafter. Um eine „Selbstentmachtung“ der Gesellschafter zu verhindern, dürfen diese nicht endgültig von der Leitungsbefugnis der Gesellschaft ausgeschlossen werden. Ihnen muss zumindest die Möglichkeit zum Widerruf einer etwaigen Vollmacht zustehen.²⁹⁰ Daher steht auch der Grundsatz der Selbstorganschaft der Erteilung einer unwiderruflichen unternehmensbezogenen Vollmacht entgegen.²⁹¹

Hier ergibt sich wiederum eine Problemlage im Hinblick auf die widerrufliche Vorsorgevollmacht, wenn der **Fürsorgefall eingetreten** ist. Insbesondere wenn es sich bei dem Geschäftsunfähigen um den einzig vertretungsberechtigten Gesellschafter handelt, kann faktisch nur noch der Bevollmächtigte für die Gesellschaft handeln. Die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis des Geschäftsunfähigen ist dann nur eine leere Hülle.²⁹²

287 Vgl. Oetker/*Lieder*, § 109 HGB Rn. 23.

288 BGH NJW 2006, 2980 Rn. 18; BGH NJW 2011, 2040 Rn. 21; MüKo-HGB/*K.Schmidt*, § 125 HGB Rn. 8; Baumbach/*Hopt/Roth*, § 125 HGB Rn. 5.

289 *Jocher*, notar 2014, 3 (7).

290 BeckOGK-BGB/*Geibel*, § 709 BGB Rn. 19.

291 Baumbach/*Hopt/Roth*, § 125 HGB Rn. 7.

292 *Uphoff*, Die Vorsorgevollmacht des Personengesellschafters, S. 275.

Daher wird auch im Hinblick auf den Grundsatz der Selbstorganschaft teilweise gefordert, dass die Mitgesellschafter ihre Zustimmung bei Vorliegen eines wichtigen Grundes **widerrufen** können.²⁹³ Ein voraussetzungsloses Widerrufsrecht, wie es dem Vollmachtgeber selbst zusteht, sei hingegen nicht mit dem Zweck der Vorsorgevollmacht vereinbar, auch im Falle der Handlungsunfähigkeit die grundsätzliche Handlungsfähigkeit der Gesellschaft sicherzustellen.²⁹⁴

Zum Teil wird auch auf die Möglichkeit der **Bestellung eines Kontrollbetreuers** verwiesen, der im Einzelfall die Vorsorgevollmacht widerrufen könne.²⁹⁵

4. Besonderheiten bei Kapitalgesellschaften

Bei den Kapitalgesellschaften ist die Rechtslage verhältnismäßig einfach. Insoweit ist – zum wiederholten Male – zwischen der Ausübung organschaftlicher Befugnisse und der Wahrnehmung von individuellen Gesellschafterrechten zu unterscheiden.

Hinsichtlich der **organschaftlichen Befugnisse** kann auf die bereits bekannten **Inhabilitätsregeln** verwiesen werden. Soweit der geschäftsunfähige Geschäftsführer einer GmbH oder Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft ist, erlischt seine Organstellung kraft Gesetzes mit Eintritt der Geschäftsunfähigkeit (§ 6 Abs. 2 S. 1 GmbHG; § 76 Abs. 3 S. 1 AktG). Daher kann auch der Bevollmächtigte von vornherein keine organschaftlichen Befugnisse ausüben.

Relevant ist die Vorsorgevollmacht hingegen für die **Ausübung der individuellen Gesellschafterrechte** durch den Bevollmächtigten. § 47 Abs. 3 GmbHG geht davon aus, dass sich ein Gesellschafter bei der Stimmabgabe in der Gesellschafterversammlung grundsätzlich durch einen Bevollmächtigten vertreten lassen kann. Im Aktienrecht ist die Vertretung bei der Stimmabgabe in der Hauptversammlung ausdrücklich vorgesehen (§ 134 Abs. 3 S. 1 AktG). In beiden Fällen bedarf die Vollmacht der Textform. Dies dürfte bei der Vorsorgevollmacht regelmäßig der Fall sein. Empfehlenswert ist ohnehin, diese notariell beurkunden zu lassen.²⁹⁶

Probleme können auftreten, wenn ein Mitgesellschafter bevollmächtigt wird oder sonst über Rechtsgeschäfte mit dem Bevollmächtigten abgestimmt wird. Hier kann der Bevollmächtigte wegen **§ 181 BGB** (Verbot des Insihgeschäfts) von der Vertretung ausgeschlossen sein.²⁹⁷ Aus diesem Grund wird

293 *Wedemann*, ZIP 2013, 1508 (1515); *Uphoff*, Die Vorsorgevollmacht des Personengesellschafters, S. 290.

294 *Wedemann*, ZIP 2013, 1508 (1515); *Uphoff*, Die Vorsorgevollmacht des Personengesellschafters, S. 290.

295 Vgl. OLG Köln FamRZ 2005, 1777; *Jocher*, notar 2014, 3 (11).

296 Siehe auch *Baumann/Selzener*, RNotZ 2015, 605 (611).

297 *MüKo-GmbHG/Drescher*, § 47 GmbHG Rn. 222 ff.

vorgeschlagen, die Vollmacht immer zusammen mit einer Befreiung von der Beschränkung des § 181 BGB zu erteilen.²⁹⁸ Allerdings begründet dies eine erhöhte Missbrauchsgefahr.

Problematisch ist zudem auch hier die Erteilung einer unwiderruflichen Vollmacht. Nach herrschender Meinung soll das auch im GmbH-Recht geltende Abspaltungsverbot deren Einsatz entgegenstehen.²⁹⁹ Es ist daher anzuraten, die Vorsorgevollmacht nur **widerruflich** zu erteilen. Dass die Vorsorgevollmacht im Vorsorgefall **faktisch** nicht mehr widerrufen werden kann, wird hingegen nicht als rechtliches Problem gesehen. Insoweit kann auf obige Ausführungen zu den Personengesellschaften verwiesen werden.

5. Missbrauchsgefahren und präventive Gestaltungen

Aus der Praxis werden vermehrt Fälle berichtet, in denen erteilte Vollmachten zum Nachteil des Vollmachtgebers, aber auch der Gesellschaft und der Mitgesellschaft missbraucht wurden. Die Missbrauchsgefahren sind dabei vielfältig.

Mitunter **lassen sich** – Berichten aus der Praxis zufolge – Bevollmächtigte (vereinzelt auch Betreuer und Testamentsvollstrecker) **erforderliche Mitwirkungshandlungen „versilbern“**, indem sie ihre Zustimmung zu einer für Gesellschaft und Unternehmen wichtigen Maßnahme an Geldzahlungen knüpfen. In anderen Fällen sollen die Bevollmächtigten eine Machtposition erlangt haben, die es ihnen erlaube, die Geschicke des Familienunternehmens an der Familie vorbei zu lenken. In Extremfällen sei es auch dazu gekommen, dass sich ein Bevollmächtigter durch Insichgeschäfte wertvolle **Vermögensgegenstände** bis hin zu unternehmerischen Beteiligungen unmittelbar oder mittelbar habe **zueignen** können. Derartige Handlungen sind gewiss **pflichtwidrig** und in einigen Fällen auch **strafbar**. Aber nicht jeder Pflichtverstoß wird sanktioniert und nicht jede Strafbarkeit kann bewiesen werden, zumal die Geschädigten oft in **Beweisnot** sein dürften.

Die Missbrauchsgefahr ist bei der Vorsorgevollmacht deutlich größer als bei der Betreuung, da hier **keine Überwachung durch das Betreuungsgericht** erfolgt.³⁰⁰ Dies gilt insbesondere, wenn die Vollmacht unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB erteilt wird. Es fehlt in diesen Fällen an einer Kontrollinstanz, sodass der Bevollmächtigte sich oder andere zum Schaden des Vollmachtgebers, der Gesellschaft oder der Mitgesellschafter bereichern kann. Wie aber kann eine **Kontrolle des Bevollmächtigten** erreicht werden?

298 Jocher, notar 2014, 3 (6).

299 Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 47 GmbHG Rn. 24; MHLS/Römermann, § 47 GmbHG Rn. 435; Henssler/Strohn/Hillmann, § 47 GmbHG Rn. 41.

300 Vgl. BeckOGK-BGB/Schmidt-Recla, § 1896 BGB Rn. 261.

Im Schrifttum wird die Ansicht vertreten, dass die übrigen Gesellschafter bei Vorliegen eines **wichtigen Grundes** analog §§ 117, 127, 140 HGB ihre (notwendige) **Zustimmung widerrufen** können und so die Vorsorgevollmacht in Bezug auf die Gesellschaft zu Fall bringen können.³⁰¹ Die Gegenansicht wendet ein, dass hierdurch die Rechtssicherheit und die Brauchbarkeit der Vorsorgevollmacht im Rechtsverkehr beeinträchtigt werde.³⁰² Abgesehen davon träge die Mitgesellschafter in diesem Fall die Beweislast für das Vorliegen eines wichtigen Grundes.

Eine gesetzlich vorgesehene Gestaltungsmöglichkeit ist die **Kontrollbetreuung**. Gemäß § 1896 Abs. 3 BGB kann als Aufgabenkreis für den Betreuer nämlich auch die Geltendmachung von Rechten des Betreuten gegenüber seinem Bevollmächtigten festgelegt werden. Der Kontrollbetreuer kann die Vorsorgevollmacht bei nachhaltigen Pflichtverletzungen namens des Vollmachtgebers widerrufen.³⁰³ Die Kontrollbetreuung ist jedoch aufgrund des in § 1896 Abs. 2 S. 2 BGB verankerten Subsidiaritätsgrundsatzes nur unter erschwerten Voraussetzungen zulässig. Sinn und Zweck der Vorsorgevollmacht ist es schließlich, staatliche Eingriffe möglichst auszuschließen und die Anordnung einer Betreuung zu verhindern.³⁰⁴ Daher soll die abstrakte Gefahr eines Missbrauchs infolge der Geschäftsunfähigkeit für sich genommen nicht ausreichen, um die Bestellung eines Kontrollbetreuers zu rechtfertigen.³⁰⁵ Es müssen vielmehr konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Bevollmächtigte nicht mehr entsprechend der Vereinbarung und dem Interesse des Vollmachtgebers handelt.³⁰⁶

Eine sinnvolle Möglichkeit, dem Missbrauch der Vollmacht wirksam vorzubeugen, Streit zu vermeiden und die Bestellung eines Betreuers zu verhindern, ist die **Benennung eines Kontrollbevollmächtigten**.³⁰⁷ Die Kontrollvollmacht kann dabei so ausgestaltet werden, dass der zweite Bevollmächtigte die Vorsorgevollmacht **widerrufen** kann.³⁰⁸ Da in diesen Fällen die Bestellung eines Betreuers möglich ist, bietet es sich an, vorsorglich auch eine Betreuungsverfügung in die Vorsorgevollmacht zu integrieren, um so auf die Person des Betreuers Einfluss zu haben.³⁰⁹

301 *Schäfer*, ZHR 175 (2011), 557 (579 f.); *Uphoff*, Die Vorsorgevollmacht des Personengesellschafters, S. 168.

302 *Baumann/Selzener*, RNotZ 2015, 605 (621 f.); *Jocher*, notar 2014, 3 (11).

303 *Heckschen*, NZG 2012, 10 (17); *Baumann/Selzener*, RNotZ 2015, 605 (622); *Riedel/Gockel*, Praxishandbuch Unternehmensnachfolge, § 16 Rn. 57.

304 Vgl. BGH NJW 2014, 785 (Rn. 14 f.).

305 MüKo-BGB/*Schneider*, § 1896 BGB Rn. 261; *Riedel/Gockel*, Praxishandbuch Unternehmensnachfolge, § 16 Rn. 58.

306 BGH NJW 2011, 2137 (Rn. 10).

307 *Heckschen*, NZG 2012, 10 (17); *Baumann/Selzener*, RNotZ 2015, 605 (622); *Riedel/Gockel*, Praxishandbuch Unternehmensnachfolge, § 16 Rn. 57.

308 Für ein Formulierungsbeispiel siehe BeckOF-Erbrecht/*Roglmeier*, 4.1.2 § 6.

309 Vgl. BeckOF-Erbrecht/*Roglmeier*, 4.1.3 Fn. 12.

Um die Bestellung eines Betreuers so weit wie möglich auszuschließen, können **zwei identische Vorsorgevollmachten** mit **Auskunfts- und Rechenschaftspflichten** gegenüber dem jeweils anderen Bevollmächtigten erteilt werden.³¹⁰ So wird zum einen durch die Beseitigung des Kontrolldefizits dem Missbrauch vorgebeugt. Zum anderen steht auch bei Widerruf einer Vollmacht das Subsidiaritätsprinzip der Bestellung eines Betreuers mit umfassendem Aufgabenkreis weiterhin entgegen.

6. Empfehlungen für Praxis und Gesetzgeber

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass grundsätzlich die Möglichkeit besteht, für den Fall der Geschäftsunfähigkeit eines Gesellschafters mittels einer Vorsorgevollmacht den Stillstand der Gesellschaft und die Bestellung eines Betreuers zu verhindern. Jedoch gibt es noch erhebliche **Unsicherheiten**, vor allem im Bereich der Personengesellschaft.

Generell sollten Vorsorgevollmachten bei der **Gestaltung des Gesellschaftsvertrages** in den Blick genommen werden. Hier kann deren grundsätzliche Zulässigkeit verankert werden. Andererseits können aber auch Einschränkungen vorgenommen werden, etwa im Hinblick auf die **Person des Bevollmächtigten**. In Familienunternehmen dürfte es dabei ratsam sein, den Kreis der Bevollmächtigten auf Personen zu beschränken, die entweder schon selbst Gesellschafter sind oder zum Kreis der potenziellen Nachfolger gehören. Zudem sollte die **Problematik des Missbrauchs** der Vorsorgevollmacht in den Blick genommen werden und beispielsweise ein zweiter Bevollmächtigter als **Kontrollinstanz** etabliert werden.

In Anbetracht der praktischen Bedeutung der Vorsorgevollmacht – insbesondere im Hinblick auf eine Generation alternder Unternehmer und die bestehenden rechtlichen Unsicherheiten –, sind Vorgaben zur Zulässigkeit und den rechtlichen Grenzen der unternehmerischen Vorsorgevollmacht durch den Gesetzgeber **wünschenswert**. Der **Referentenentwurf** enthält in **§ 1820 BGB-E** zwar eine Regelung zur Vorsorgevollmacht. In den Absätzen 3 bis 5 finden sich insbesondere Bestimmungen zum Schutz vor dem Missbrauch der Vorsorgevollmacht.

Jedoch stehen die Reichweite und Ausgestaltung der Vorsorgevollmacht nicht im Fokus des Gesetzgebungsvorhabens. Vielmehr soll es sich bei § 1820 BGB-E um eine **Grundnorm** handeln, von der aus das Rechtsinstitut der Vorsorgevollmacht weiterentwickelt werden könne, wenn sich ein praktischer Bedarf zeige.³¹¹ Die **spezifischen Probleme** der Vorsorgevollmacht eines Unternehmers oder Gesellschafters und das Verhältnis zum Gesellschaftsrecht werden im Regierungsentwurf nicht thematisiert. Dies sollte dringend **nachgeholt** werden.

310 BeckOGK-BGB/Schmidt-Recla, § 1896 BGB Rn. 272.3.

311 BR-Drucks. 564/20 S. 189.

D. Verfahrensrechtliche Aspekte

I. Einheitlichkeit der Rechtsprechung

1. Problemstellung

Durch das Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-Reformgesetz) ist mit Wirkung zum 1. September 2009 das FamFG an die Stelle des FGG getreten. Eine zentrale Veränderung des neuen Gesetzes gegenüber der zuvor geltenden Rechtslage betrifft den Instanzenzug und die statthaften Rechtsbehelfe.

Seit Inkrafttreten des FamFG fungieren die **Oberlandesgerichte** grundsätzlich als **Beschwerdeinstanz** (§ 119 Abs. 1 Nr. 1 GVG). Lediglich in Freiheitsentziehungs- und Betreuungssachen ist gemäß § 72 Abs. 1 S. 2 GVG das Landgericht das zuständige Beschwerdegericht.

Gegen die Entscheidungen des Beschwerdegerichts kann nach Maßgabe des § 70 FamFG die **Rechtsbeschwerde zum BGH** (§ 133 GVG) eingelegt werden. Nach § 70 Abs. 2 FamFG ist die Rechtsbeschwerde zuzulassen, wenn die Rechtssache entweder **grundsätzliche Bedeutung** hat oder die **Fortbildung des Rechts** oder die **Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung** eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordert. Lediglich in den in § 70 Abs. 3 FamFG genannten Fällen ist die Rechtsbeschwerde stets, also auch ohne Zulassung, statthaft. Diese Fälle sind für die vorliegende Untersuchung nicht relevant.

Hier geht es insbesondere um **familienrechtliche Angelegenheiten**, namentlich um die familiengerichtlichen Genehmigungserfordernisse (§ 1822 Nr. 3 BGB) sowie um Fragen der Ergänzungs- und Zuwendungspflegschaft (§ 1909 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB). In diesen Angelegenheiten sind Entscheidungen des BGH nur zu erlangen, wenn das Beschwerdegericht die Rechtsbeschwerde **zulässt**. Die **gegenteiligen Entscheidungen** verschiedener Oberlandesgerichte insbesondere zur Problematik des schenkweisen Erwerbs von Kommanditanteilen durch Minderjährige (siehe dazu oben S. 14) verdeutlichen, dass die Oberlandesgerichte von der Zulassung der Rechtsbeschwerde trotz § 70 Abs. 2 FamFG **nur unzureichend** Gebrauch machen. Eine **Nichtzulassungsbeschwerde** ist im FamFG **nicht vorgesehen**.³¹²

Selbst wenn die **Rechtsbeschwerde zugelassen** wird, folgt darauf nicht zwangsläufig, dass eine höchstgerichtliche Entscheidung zustande kommt, da der BGH erst tätig werden kann, wenn die Rechtsbeschwerde auch tatsächlich eingelegt wird. Der Weg in die dritte Instanz kann für die Beteiligten mit Nachteilen verbunden sein, vor allem einem größeren **Zeitaufwand** und höheren **Kosten**. Es besteht daher auch bei der Zulassung der Rechtsbeschwerde durch das OLG die Gefahr, dass es nicht zu den erwünschten Klarstellungen durch den BGH kommt.

312 Vgl. z.B. Musielak/Borth/Borth/Grandel, § 70 FamFG Rn. 12.

Die Folge ist ein **Flickenteppich unterschiedlicher Rechtsansichten**, die von den Oberlandesgerichten vertreten werden. Dies führt einerseits zu **Zufälligkeiten**, da die Entscheidungen etwa für oder gegen die Genehmigungsbedürftigkeit des Beteiligungserwerbs oder die Notwendigkeit der Pflegerbestellung regional verschieden ausfallen, obwohl die rechtlichen Vorgaben des BGB bundesweit einheitlich gelten. Andererseits geht damit eine unnötige **Rechtsunsicherheit** einher, insbesondere wenn ein OLG als Beschwerdegericht zuständig ist, das sich in der jeweiligen Streitfrage noch nicht positioniert hat.

Die Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte kann verfahrensrechtlich nur durch **gesetzgeberische Maßnahmen** beseitigt oder zumindest abgemildert werden. Ziel muss es dabei sein, eine höchstrichterliche Klärung von Rechtsfragen durch den BGH zu erreichen. Die Regelung des § 70 Abs. 2 FamFG reicht aus den genannten Gründen hierfür nicht aus. Im Folgenden werden zwei Lösungsansätze vorgestellt: die Einführung einer Nichtzulassungsbeschwerde und die Wiedereinführung der Divergenzvorlage.

2. Einführung einer Nichtzulassungsbeschwerde?

In der **aktuellen Diskussion** um eine Reform des FamFG-Instanzenzuges wird – neben der Abschaffung der zulassungsfreien Rechtsbeschwerde – insbesondere die Einführung einer allgemeinen Nichtzulassungsbeschwerde gefordert.³¹³

In Rahmen einer vom BMJV in Auftrag gegebenen **Evaluation der FGG-Reform**³¹⁴ wurden Rechtspfleger, Richter sowie Notare und Anwälte um Stellungnahme zu der Frage gebeten, ob sie bei der zulassungsbhängigen Rechtsbeschwerde nach § 70 Abs. 2 FamFG eine Nichtzulassungsbeschwerde für erforderlich halten. Die Einschätzungen der verschiedenen Berufsgruppen hierzu unterscheiden sich deutlich. Während die befragten Anwälte und Notare überwiegend eine Nichtzulassungsbeschwerde für erforderlich hielten, war unter den Rechtspflegern sowie den zweitinstanzlichen Richtern jeweils nur eine Minderheit dieser Ansicht. Alle vier hierzu befragten Zivilsenate des BGH hielten eine Nichtzulassungsbeschwerde für nicht erforderlich, wobei insbesondere die hieraus resultierende Mehrbelastung als Grund angeführt wurde.

Die **Befürworter**³¹⁵ einer Nichtzulassungsbeschwerde weisen darauf hin, dass es sich um ein im Zivilrecht übliches Rechtsmittel handele. Die Nichteinführung der Nichtzulassungsbeschwerde im Zuge der Reformen des Familienrechts sei weder systematisch noch in sonstiger Weise nachvollziehbar. Die Nichtzulassungsbeschwerde sei insbesondere in familiengerichtlichen Verfahren geboten, um eine einheitliche

313 Siehe auch 22. Deutscher Familiengerichtstag (Arbeitskreis 24), 2017.

314 *Ekert/Heiderhoff*, Die Evaluierung der FGG-Reform, 2018, S. 153 ff.

315 Vgl. Initiativstellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Familienrecht, FamRZ 2015, 1677 (1678); *Uecker*, AnwBl 2013, 810; 22. Deutscher Familiengerichtstag (Arbeitskreis 24), 2017.

Rechtsprechung, aber auch den notwendigen Gleichlauf familienrechtlicher und sonstiger zivilrechtlicher Verfahren zu gewährleisten.³¹⁶

Die **Gegenansicht** weist darauf hin, dass sich die Einführung der Nichtzulassungsbeschwerde nur in wenigen Fällen lohnen würde, insbesondere weil Familiensachen oftmals eine starke persönliche Komponente aufweisen. Die ursprüngliche Entscheidung des Gesetzgebers gegen die Einführung einer Nichtzulassungsbeschwerde sei zudem in erster Linie getroffen worden, um den chronisch überlasteten XII. Zivilsenat von Nichtzulassungsbeschwerden freizuhalten. Zudem gebe die Zulassungspraxis der Oberlandesgerichte für deren Einführung keinen Anlass.

Die gegen die Einführung der Nichtzulassungsbeschwerde vorgebrachten Argumente **überzeugen nicht**. Die Zulassungspraxis der Oberlandesgerichte ist sehr wohl kritikwürdig. Auch sollte die Anzahl der relevanten Fälle nicht maßgebend sein. Schließlich trägt auch der Hinweis auf die Arbeitsbelastung des BGH nicht. Sollten die personellen oder sachlichen Ressourcen der Gerichte nicht ausreichen, die zu erwartenden Verfahren zu schultern, muss hier nachgebessert werden.³¹⁷ Ein Ansatzpunkt für die Schaffung von Kapazitäten könnte beispielsweise auch darin bestehen, die zulassungsfreie Rechtsbeschwerde in den Fällen des § 70 Abs. 3 FamFG zu streichen. Hier sind typischerweise keine grundsätzlichen Rechtsfragen zu entscheiden und auch im Interesse des Grundrechtsschutzes ist eine garantierte dritte Instanz nicht zwingend erforderlich.³¹⁸

Gleichwohl erscheint die Einführung einer Nichtzulassungsbeschwerde nur als **zweitbeste Lösung**. Die Gründe hierfür wurden bereits benannt. Insbesondere fehlt eine Gewährleistung dafür, dass die Beteiligten den durch eine Nichtzulassungsbeschwerde zum BGH eröffneten Weg auch gehen. Die Einheitlichkeit der Rechtsprechung sollte aber nicht den Betroffenen überantwortet sein.

3. Vorschlag: Wiedereinführung der Divergenzvorlage

Mit der Einführung des FamFG wurde die vormals in **§ 28 Abs. 2 FGG** geregelte Divergenzvorlage **abgeschafft**. Bis dahin waren Oberlandesgerichte verpflichtet, Rechtsfragen dem BGH zur Entscheidung vorzulegen, wenn sie bei der Auslegung einer gesetzlichen Vorschrift von der Rechtsauffassung eines anderen Oberlandesgerichts oder des BGH abweichen wollten. Begründet wurde die Abschaffung der Divergenzvorlage damit, dass sie nur zurückhaltend von den Oberlandesgerichten genutzt worden sei. Die Rechtsbeschwerde zum BGH hielt der Gesetzgeber für besser geeignet als das „schwerfällige und arbeitsintensive Verfahren der Divergenzvorlage“.³¹⁹

316 Heiderhoff, NZFam 2018, 533 (538 f.).

317 Ähnlich Kanzleiter, ZEV 2015, 249 (253).

318 Löhnig, NZFam 2019, 893 (894).

319 BT-Drucks. 16/6308, S. 167.

In ihrer **Evaluation der FGG-Reform** kommen *Ekert/Heiderhoff* zu dem Ergebnis, dass die Meinungen zur Abschaffung der Divergenzvorlage im Ergebnis sehr unterschiedlich seien, sich aber klar in Relation zur Zufriedenheit mit der Zulassungspraxis der Oberlandesgerichte setzen ließen.³²⁰ In der Befragung sprach sich der **IV. Zivilsenat des BGH** klar für die Wiedereinführung der Divergenzvorlage neben der zulassungsabhängigen Rechtsbeschwerde aus.³²¹ Exemplarisch verwies der Senat dabei auf die – hier nicht weiter interessierende – Frage der Anwendbarkeit von § 1371 BGB in Erbfällen mit ausländischem Erbstatut und Güterrechtsstatut. Die Argumentation ist aber auf andere Verfahren und Streitstände übertragbar:

„Diese Streitfrage hätte, wenn es die Divergenzvorlagepflicht auch im FamFG noch gäbe, bereits mehrere Jahre vorher entschieden werden können, was jahrelange erhebliche Rechtsunsicherheit bei gemischtnationalen Erbfällen vermieden hätte. Die Oberlandesgerichte hatten in jenen Verfahren zwar die Rechtsbeschwerde gemäß § 70 Abs. 2 FamFG jeweils zugelassen, sie wurde von den Parteien aber immer wieder nicht eingelegt. [...] Die Wiedereinführung des Rechtsinstituts der Divergenzvorlage wäre daher gesetzgeberisch zu begrüßen.“³²²

Gegen die Wiedereinführung der Divergenzvorlage wird argumentiert, dass diese in den Instanzenzug des FamFG kaum integrierbar sei.³²³ Würde man sie im neuen System an die Stelle der zulassungsabhängigen Rechtsbeschwerde setzen, würde man wohl die Rechtsbeschwerde abschaffen müssen. Man käme dann überhaupt nur noch zum BGH, wenn eine Divergenzvorlage erfolgt.³²⁴

Richtig hieran ist, dass die Wiedereinführung der Divergenzvorlage einen Bruch mit dem 2009 statuierten Instanzenzug bedeuten würde. Allerdings sind Vorlagen zu einem höherrangigen Gericht dem geltenden Recht **nicht fremd**. Eine Divergenzvorlage gibt es in § 121 Abs. 2 GVG, der eine Vorlagepflicht der Oberlandesgerichte in Strafsachen normiert. Auch das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV hat zumindest Ähnlichkeiten mit der Divergenzvorlage. Dass die Divergenzvorlage der einzige Weg zum BGH wäre, kann dadurch verhindert werden, dass an der zulassungsabhängigen Rechtsbeschwerde **festgehalten** wird. Ob von der Zulassung der Rechtsbeschwerde dann noch Gebrauch gemacht wird, bleibt abzuwarten, sollte aber nicht vorschnell geleugnet werden.

320 *Ekert/Heiderhoff*, Die Evaluierung der FGG-Reform, 2018, S. 171.

321 Vgl. *Ekert/Heiderhoff*, Die Evaluierung der FGG-Reform, 2018, S. 170 (Textbox 13).

322 Vgl. *Ekert/Heiderhoff*, Die Evaluierung der FGG-Reform, 2018, S. 170 (Textbox 13).

323 *Heiderhoff*, NZFam 2018, 533 (539).

324 *Heiderhoff*, NZFam 2018, 533 (539).

Für die Wiedereinführung der Divergenzvorlage spricht jedenfalls, dass **schneller** und für die Beteiligten **kostengünstiger** eine **Rechtsvereinheitlichung** herbeigeführt werden kann. Nicht zu leugnen ist zwar die Gefahr, dass die Oberlandesgerichte – wie bereits unter Geltung des FGG – zu selten ihrer Vorlagepflicht nachkommen. Jedoch wäre die Wiedereinführung der Divergenzvorlage ein wichtiger gesetzgeberischer Impuls, durch den die Oberlandesgerichte zu einer aktiveren Vorlagepraxis angehalten werden könnten.

Die Divergenzvorlage könnte zukünftig als neuer Abs. 8 des § 74 FamFG **wie folgt geregelt** werden:

§ 74 FamFG – Entscheidung über die Rechtsbeschwerde

(8) Will das Beschwerdegericht von der Rechtsauffassung eines anderen Beschwerdegerichts abweichen, so hat es die Sache dem Bundesgerichtshof unter Begründung seiner Rechtsauffassung vorzulegen.

II. Negativatteste

1. Problemstellung

Der rechtsgeschäftliche Beteiligungserwerb durch Minderjährige ist in vielen Fällen genehmigungspflichtig (siehe oben S. 26). Nach § 1822 Nr. 3 BGB ist die Genehmigung durch das Familiengericht dabei Wirksamkeitsvoraussetzung. Die Reichweite der Vorschrift ist – wie gezeigt – umstritten, wobei verschiedene Oberlandesgerichte zu unterschiedlichen Ergebnissen insbesondere beim schenkweisen Erwerb von Kommanditanteilen kommen. Auch beim Erwerb von GmbH-Anteilen und Aktien ist vieles noch ungeklärt. Die im Regierungsentwurf vorgeschlagene Neuregelung des § 1852 BGB-E würde zwar einige Fragen klären, dafür aber andere aufwerfen (siehe oben S. 31).

Der Praxis ist zu empfehlen, im Zweifel die familiengerichtliche Genehmigung einzuholen. Bisweilen wird die Erteilung der Genehmigung durch das Familiengericht mit der Begründung **abgelehnt**, dass es sich **nicht** um ein **genehmigungsbedürftiges** und folglich auch nicht um ein genehmigungsfähiges Rechtsgeschäft handelt.³²⁵

Ein solches **Negativattest** entfaltet allerdings keine **rechtliche Bindungswirkung**. Damit ist insbesondere nicht verbindlich entschieden, dass das Geschäft wirklich genehmigungsfrei ist. Es fehlt insoweit an jeglicher Rechtskraft. Auch **steht** das Negativattest der Erteilung der **Genehmigung nicht gleich**.

325 Kritisch insoweit BeckOGK-BGB/Kilian, § 1828 BGB Rn. 5; MüKo-BGB/Kroll-Ludwigs, § 1828 BGB Rn. 24.

Dies hat der BGH³²⁶ in einer grundlegenden Entscheidung im Jahr 1965 ausdrücklich entschieden. Zur Begründung führt das Gericht an:

„Wo die Genehmigung ausschließlich dem Schutz öffentlicher Interessen dient, kann in der Verneinung der Genehmigungsbedürftigkeit durch die zuständige Behörde zugleich die Verneinung des schutzbedürftigen Interesses selbst gesehen werden (...); wo die Genehmigung private Interessen schützen soll, ist das nicht möglich, da eine Prüfung der Privatinteressen zur Ausstellung des Negativattestes weder erforderlich ist noch normalerweise stattfindet. Infolgedessen ist mit dem Berufungsgericht ein Negativattest des Vormundschaftsgerichts nicht einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung gleichzustellen.“³²⁷

Lehnt das Familiengericht den Genehmigungsantrag wegen der (vermeintlich) fehlenden Genehmigungsbedürftigkeit ab, kann in einem späteren Rechtsstreit ein anderes Gericht zu dem gegenteiligen Ergebnis gelangen und unter Hinweis auf die bestehende Genehmigungsbedürftigkeit das betreffende Geschäft als **unwirksam** behandeln.

Für **gesellschaftsrechtliche** Angelegenheiten kann das **unzumutbare** Folgen für die Betroffenen haben, zu rechtspolitisch nicht hinnehmbaren **Schwebelagen** und **Unsicherheiten** führen.

So wäre etwa der genehmigungsbedürftige, tatsächlich aber nicht genehmigte Beteiligungserwerb durch einen Minderjährigen unwirksam. Gleichwohl würde die vermeintliche Gesellschafterstellung – zumeist über viele Jahre hinweg – gelebt und der Minderjährige als Gesellschafter behandelt werden. Die Folge ist das Entstehen einer **fehlerhaften Gesellschaft**, für die nur punktuell gesetzliche Regelungen bestehen und deren Behandlung im Einzelnen sehr umstritten ist.³²⁸ Kurzum: Der unwirksame, aber faktisch vollzogene Beteiligungserwerb führt zu erheblichen Rechtsunsicherheiten und kann schwierige Abwicklungsfragen aufwerfen.

2. Vorschlag: Genehmigungsfiktion

In der erwähnten Entscheidung hat der BGH immerhin darauf hingewiesen, dass das Interesse des Minderjährigen, das durch die Genehmigungserfordernisse geschützt werden soll, mit dem Interesse Dritter und des Rechtsverkehrs kollidieren kann.³²⁹ In den gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten sind dies die **Interessen der Gesellschaft und ihrer Gesellschafter**. Ob diesen Interessen Rechnung zu tragen

326 BGHZ 44, 325.

327 BGHZ 44, 325 (Rn. 28).

328 Vgl. BeckOK-HGB/Klimke, § 105 HGB Rn. 211 ff.; Henssler/Strohn/Servatius, § 705 BGB Rn. 32 ff.

329 Vgl. dazu auch Bergerfurth, NJW 1956, 289; Müller, JR 1962, 441.

ist, ist eine rechtspolitische Frage. Der BGH ist bei der Interessenabwägung zu dem Ergebnis gekommen, dass dem Schutz des Minderjährigen der Vorrang zukomme.³³⁰

Der **Gesetzgeber** kann und sollte aus den genannten Gründen jedenfalls in gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten zu einer **anderen Bewertung** kommen.

Den schutzwürdigen Interessen aller Beteiligten, also sowohl der Gesellschaft und Gesellschafter, aber auch im hinreichenden Maße des Minderjährigen selbst, sollte durch die Statuierung einer **gesetzlichen Genehmigungsfiktion** Rechnung getragen werden.³³¹

Empfohlen wird daher eine Ergänzung des Regierungsentwurfs um eine **Genehmigungsfiktion**. Dies könnte – als kleine Lösung – durch die Ergänzung des **§ 1852 BGB-E** um einen Satz 2 oder Absatz 2 erfolgen. Die Genehmigungsfiktion könnte darüber hinaus für alle Genehmigungserfordernisse normiert werden, da auch in anderen Fällen ein anerkennenswertes Interesse an einer abschließenden Klärung der Genehmigungserfordernisse und damit der Wirksamkeit der betroffenen Geschäfte besteht. Im System des Regierungsentwurfs ließe sich eine solche Regelung etwa in einem Satz 2 oder Absatz 2 des § 1855 BGB-E verorten. Der Normtext könnte dabei beispielsweise wie folgt lauten:

§ 1852-E oder § 1855 BGB-E

(2) Lehnt das Gericht eine beantragte Genehmigung mit der Begründung ab, es handele sich nicht um ein genehmigungsbedürftiges Geschäft, gilt bei gleichwohl bestehender Genehmigungsbefähigung die Genehmigung als erteilt.

III. Aspekte der Ergänzungspflegschaft

1. Anforderungen an die Person des Ergänzungspflegers

Wer unter elterlicher Sorge oder unter Vormundschaft steht, erhält für Angelegenheiten, an deren Besorgung die Eltern oder der Vormund verhindert sind, einen Pfleger (§ 1909 Abs. 1 S. 1 BGB). Von der Notwendigkeit der Ergänzungspflegschaft beim Beteiligungserwerb oder der Ausübung von Gesellschafterrechten durch Minderjährige war in dieser Untersuchung bereits ausführlich die Rede (siehe oben S. 11 und S. 41).

330 BGHZ 44, 325 (Rn. 28).

331 In diese Richtung auch BeckOGK-BGB/*Kilian*, § 1828 BGB Rn. 5-7, der eine durch den Gesetzgeber einzuführende Bindungswirkung des zu erteilenden Negativattestes gegenüber öffentlichen Registern begrüßen würde.

In der Praxis kann die Auswahl der Person des Ergänzungspflegers problematisch sein. Die rechtlich verhinderten gesetzlichen Vertreter haben insoweit **kein Benennungsrecht**.³³² Dies ergibt sich aus § 1916 BGB, wonach die Vorschriften über die Berufung eines Vormundes (§§ 1776 bis 1778 BGB) keine Anwendung finden. § 1916 BGB ist eine Ausnahmeregelung zu § 1915 Abs. 1 S. 1 BGB, der die Vorschriften des Vormundschaftsrechts grundsätzlich für anwendbar erklärt. **Umstritten** ist, ob § 1916 BGB auch die Anwendbarkeit des § 1782 BGB ausschließt, wonach die Eltern **bestimmte Personen** von der Bestellung als Vormund (hier also als Ergänzungspfleger) **ausschließen** können. Dies wird zum Teil mit der Begründung verneint, dass der Ausschluss keine Berufung darstelle und es dem Gericht im Übrigen freistehe, einen geeigneten Pfleger auszuwählen.³³³

Das Gericht hat den Ergänzungspfleger daher grundsätzlich nach den für die Vormundschaft geltenden Regeln **auszuwählen** (§§ 1915 Abs. 1 S. 1 i. V. m. 1779 BGB). Der Ergänzungspfleger muss daher nach seinen persönlichen Verhältnissen und seiner Vermögenslage sowie nach den sonstigen Umständen zur Führung der Pflegschaft **geeignet** sein.³³⁴ Entscheidende Gesichtspunkte sind dabei das **Wohl des Minderjährigen** und die **Eignung für das Amt** (§ 1779 Abs. 2 S. 1 BGB).

Über § 1779 Abs. 2 S. 2 BGB wären grundsätzlich auch **verwandtschaftliche Bindungen** zu berücksichtigen, wenngleich ein subjektives Recht naher Angehöriger auf Bestellung von der Rechtsprechung verneint wird.³³⁵ Nach Ansicht des **BVerfG** müssen Großeltern, die mit dem Kind familiär verbunden sind, aber bei Auswahl als Vormund vor Dritten „in Betracht gezogen“ werden.³³⁶ Fraglich ist allerdings, ob dies auch auf die Bestellung als Ergänzungspfleger übertragen werden kann. Hiergegen spricht, dass die Ergänzungspflegschaft in den Fällen der rechtlichen Verhinderung der Eltern gerade deswegen anzuordnen ist, um **Interessenkonflikte** zu vermeiden. Diese können auch bestehen, wenn anstelle der Eltern die Großeltern oder andere Familienangehörige für das Kind handeln. Um dies zu vermeiden, wird im Schrifttum vertreten, dass Verwandte regelmäßig von der Ergänzungspflegschaft ausgeschlossen seien.³³⁷

Die **Entscheidungspraxis der Familiengerichte** ist Aussagen aus der anwaltlichen Praxis zufolge in gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten sehr **uneinheitlich**. Während manche Gerichte zumeist ohne Weiteres den Vorschlägen der Eltern folgen, stellen andere Gerichte hohe Anforderungen an die **Unabhängigkeit und Qualifikation** des Ergänzungspflegers. Bisweilen werde, so die Berichte aus der

332 BayObLGZ 1958, 364 (374); MüKo-BGB/Schneider, § 1916 BGB Rn. 2.

333 MüKo-BGB/Schneider, § 1916 BGB Rn. 2; a. A. Staudinger/Bienwald, § 1916 BGB Rn. 7.

334 OLG Frankfurt a.M. JAmt 2013, 226; MüKo-BGB/Schneider, § 1915 BGB Rn. 12.

335 RGZ 64, 288; KG Berlin OLGE 14, 262; LG Mannheim MDR 1961, 608; LG Mannheim MDR 1963, 596; kritischer hingegen MüKo-BGB/Spickhoff, § 1779 BGB Rn. 14.

336 BVerfG NJW 2014, 2853 Rn. 23 f.; BVerfG FamRZ 2014, 1841.

337 Soergel/Zimmermann, § 1915 BGB Rn. 6.

Praxis, verlangt, dass für den Minderjährigen nur ein gesellschafts- und mehr noch auch familienfremder Dritter handeln könne, der zudem über hinreichende unternehmerische und unternehmensrechtliche Kenntnisse verfügen müsse. Veröffentlichte Entscheidungen hierzu finden sich kaum, da die Praxis den Forderungen der Gerichte in aller Regel nachgibt, um die in Rede stehenden Geschäfte schnell zum Abschluss zu bringen.

Gleichwohl sollten diese in der Praxis bestehenden Unterschiede und Unsicherheiten vermieden werden. Der Gesetzgeber ist daher **aufgerufen**, die Anforderungen an die Person des Ergänzungspflegers jedenfalls für gesellschaftsrechtliche Angelegenheiten zu präzisieren.

2. Vorschlag: optionale Dauerergänzungspflegschaft

Nach der herrschenden Meinung kann der Ergänzungspfleger **nicht dauerhaft** bestellt werden.³³⁸ Die Pflegschaft endet mit dem Abschluss oder dem endgültigen Entfallen des Geschäfts, für das sie bestellt wurde.³³⁹ In einer älteren Entscheidung führt der BGH aus, dass es für eine Dauerergänzungspflegschaft auch bei gesellschaftsrechtlichen Beteiligungen keinen Bedarf gebe.³⁴⁰ Dies ist unzutreffend.

So kann insbesondere nach Erwerb einer Beteiligung das Vorhandensein eines Ergänzungspflegers **wiederholt** erforderlich werden. Dies gilt namentlich in (Familien-)Gesellschaften, an denen die Eltern (oder der Vormund) selbst beteiligt sind oder sogar als Geschäftsführer oder Vorstandsmitglied fungieren. Dann ist der gesetzliche Vertreter wegen bestehender Stimmverbote auch bei bestimmten Abstimmungen (z. B. über die Entlastung) von der Ausübung des Stimmrechts für den Minderjährigen ausgeschlossen (siehe oben S. 40).

Die einmalige Bestellung eines Dauerergänzungspflegers wäre in diesen Fällen eine einfachere und kostengünstige Alternative. Der Gesetzgeber wird daher aufgerufen, eine optionale **Dauerergänzungspflegschaft** zuzulassen. Voraussetzung hierfür sollte wegen des damit verbundenen Eingriffs in die Vermögenssorge ein Antrag der Eltern oder des Vormunds sein.

Zur Einführung der optionalen Dauerergänzungspflegschaft sollte der im Regierungsentwurf vorgeschlagene **§ 1809 BGB-E** um einen **Absatz 3** ergänzt werden. Der Normtext könnte dabei wie folgt lauten:

338 BGH NJW 1976, 49 (51); OLG Hamm NJW 1974, 920; MüKo-BGB/Schneider, § 1909 BGB Rn. 42; BeckOGK-BGB/Schöpflin, § 1909 BGB Rn. 64.

339 BeckOGK-BGB/Schöpflin, § 1909 BGB Rn. 64.

340 BGH NJW 1976, 49 (51).

§ 1809 BGB-E

- (3) Auf Antrag der Eltern oder des Vormunds kann das Gericht insbesondere für die Beteiligung des Kindes an einer Kapital- oder Personengesellschaft einen Dauerergänzungspfleger bestellen.*

Danksagung

„It is not happy people who are thankful,
it is thankful people who are happy.“

Francis Bacon

Die vorliegende Untersuchung erforderte Recherchen, Korrekturen, Kritik und Verbesserungsvorschläge. Sie ist daher – im besten Sinne des Wortes – das Ergebnis einer Teamarbeit, für die ich mich nicht genug bedanken kann. Gleichwohl möchte ich es versuchen.

Ein besonderer Dank gebührt *Julius Rübartsch* und *Christoph Weber* für ihren überobligatorischen Einsatz bei der Recherche und Fußnotenarbeit wie auch dafür, dass sie sich kritisch und fundiert mit den von mir entwickelten Thesen auseinandergesetzt haben.

Ich danke auch *Anne Schoppe*, *Katharina Mayr* und *Sarah Rädels*, die zu verschiedenen Aspekten recherchiert und – nicht minder wichtig – die Arbeit mehrfach Korrektur gelesen haben.

Alle inhaltlichen, sprachlichen oder formalen Fehler, die diese Untersuchung aufweist, habe selbstverständlich allein ich zu verantworten.

Prof. Dr. Marco Staake

Literaturverzeichnis

Kommentare, Hand- und Formularbücher

- Baumbach/Hopt, HGB, 39. Aufl. 2020 (zitiert als Baumbach/Hopt/*Bearbeiter*)
- Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019 (zitiert als Baumbach/Hueck/*Bearbeiter*)
- Beck-Online Großkommentar zum BGB, Stand 10/2020 (zitiert als BeckOGK-BGB/*Bearbeiter*)
- Beck-Online Großkommentar zum HGB, Stand 10/2020 (zitiert als BeckOGK-HGB/*Bearbeiter*)
- Beck'sche Online-Formulare Erbrecht, Stand 10/2020 (zitiert als BeckOF-Erbrecht/*Bearbeiter*)
- Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften, 5. Aufl. 2020 (zitiert als Beck Hdb. Personenges./
Bearbeiter)
- Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Bearbeitungen berücksichtigt bis Stand 10/2020 (zitiert
als BeckOK-BGB/*Bearbeiter*)
- Beck'scher Online-Kommentar zum GmbHG, Bearbeitungen berücksichtigt bis Stand 10/2020 (zitiert
als BeckOK-GmbHG/*Bearbeiter*)
- Beck'scher Online-Kommentar zum HGB, Bearbeitungen berücksichtigt bis Stand 10/2020 (zitiert
als BeckOK-HGB/*Bearbeiter*)
- Burandt/Rojahn, Erbrecht, 3. Aufl. 2019 (zitiert als Burandt/Rojahn/*Bearbeiter*)
- Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, Band 1: §§ 1-342e HGB, 4. Aufl. 2020 (zitiert als EBJS/
Bearbeiter)
- Erman, BGB, 16. Aufl. 2020 (zitiert als Erman/*Bearbeiter*)
- Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, Band 1: Einl., §§ 1-28 GmbHG, 3. Aufl. 2019 (zitiert als
Habersack/Casper/Löbbe/*Bearbeiter*)
- Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019 (zitiert als Henssler/Strohn/*Bearbeiter*)
- Juris Praxiskommentar BGB, Band 4 (Familienrecht): §§ 1297-1921 BGB, 9. Aufl. 2020 (zitiert als
jurisPK-BGB/*Bearbeiter*)
- Juris Praxiskommentar BGB, Band 5 (Erbrecht): §§ 1922-2385 BGB, 9. Aufl. 2020 (zitiert als
jurisPK-BGB/*Bearbeiter*)
- Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020 (zitiert als Lutter/Hommelhoff/*Bearbeiter*)
- Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, Band 1: §§ 1-34 GmbHG, 3. Aufl. 2017 (zitiert
als MHLS/*Bearbeiter*)
- Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, Band 2: §§ 35-88 GmbHG, EGGmbHG, 3. Aufl. 2017
- Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, 5. Aufl. 2018 (zitiert als MAH ErbR/*Bearbeiter*)

Münchener Anwaltshandbuch Personengesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2019 (zitiert als MAH PersGesR/
Bearbeiter)

Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1: BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft,
Partnerschaftsgesellschaft, Partenreederei, EWIV, 5. Aufl. 2019 (zitiert als MHdB-GesR I/
Bearbeiter)

Münchener Kommentar zum AktG, Band 1: §§ 1-75 AktG, 5. Aufl. 2019 (zitiert als MüKo-AktG/
Bearbeiter)

Münchener Kommentar zum BGB, Band 1: §§ 1-240 BGB, 8. Aufl. 2018 (zitiert als MüKo-BGB/
Bearbeiter)

Münchener Kommentar zum BGB, Band 7: §§ 705-853 BGB, PartGG, ProdHaftG, 8. Aufl. 2020
(zitiert als MüKo-BGB/*Bearbeiter*)

Münchener Kommentar zum BGB, Band 10: §§ 1589-1921 BGB, SGB VIII, 8. Aufl. 2020
(zitiert als MüKo-BGB/*Bearbeiter*)

Münchener Kommentar zum BGB, Band 11: §§ 1922-2385 BGB, §§ 27-35 BeurkG, 8. Aufl. 2020
(zitiert als MüKo-BGB/*Bearbeiter*)

Münchener Kommentar zum HGB, Band 2: §§ 105-160 HGB, 4. Aufl. 2016 (zitiert als MüKo-HGB/
Bearbeiter)

Münchener Kommentar zum HGB, Band 3: §§ 161-237 HGB, 4. Aufl. 2019 (zitiert als MüKo-HGB/
Bearbeiter)

Münchener Kommentar zum GmbH-Gesetz, Band 1: §§ 1-34 GmbHG, 3. Aufl. 2018 (zitiert als
MüKo-GmbHG/*Bearbeiter*)

Münchener Kommentar zum GmbH-Gesetz, Band 2: §§ 35-52 GmbHG, 3. Aufl. 2019 (zitiert als
MüKo-GmbHG/*Bearbeiter*)

Musielak/Borth, FamFG, 6. Aufl. 2018 (zitiert als Musielak/Borth/*Bearbeiter*)

Musielak/Voit, ZPO, 17. Aufl. 2020 (zitiert als Musielak/Voit/*Bearbeiter*)

Oetker, HGB, 6. Aufl. 2019 (zitiert als Oetker/*Bearbeiter*)

Palandt, BGB, 79. Aufl. 2020 (zitiert als Palandt/*Bearbeiter*)

Riedel, Praxishandbuch Unternehmensnachfolge, 2. Aufl. 2017 (zitiert als Riedel/*Bearbeiter*)

Röhricht/Graf von Westphalen/Haas, HGB, 5. Aufl. 2019 (zitiert als Röhricht/Graf von Westphalen/
Haas/*Bearbeiter*)

Roth/Altmeyden, GmbHG, 9. Aufl. 2019 (zitiert als Roth/Altmeyden/*Bearbeiter*)

Soergel, BGB, Band 2 (Allgemeiner Teil 2): §§ 104-240 BGB, 13. Aufl. 1999 (zitiert als Soergel/
Bearbeiter)

Soergel, BGB, Band 20 (Familienrecht 4): §§ 1741-1921 BGB, 13. Aufl. 2000 (zitiert als *Soergel/Bearbeiter*)

Staub, HGB, Band 4: §§ 161-237 HGB, 5. Aufl. 2015 (zitiert als *Staub/Bearbeiter*)

Staudinger, BGB, Allgemeiner Teil 3: §§ 90-124 BGB, §§ 130-133 BGB, 2017 (zitiert als *Staudinger/Bearbeiter*)

Staudinger, BGB, Gesellschaftsrecht: §§ 705-740 BGB, 2003 (zitiert als *Staudinger/Bearbeiter*)

Staudinger, BGB, Vermögenssorge, Kinderschutz, Sorgerechtswechsel: §§ 1638-1683 BGB, 2016 (zitiert als *Staudinger/Bearbeiter*)

Staudinger, BGB, Vormundschaftsrecht: §§ 1773-1895 BGB, 2014 (zitiert als *Staudinger/Bearbeiter*)

Staudinger, BGB, Rechtl. Betreuung, Pflegschaft: §§ 1896-1921 BGB, 2017 (zitiert als *Staudinger/Bearbeiter*)

Staudinger, BGB, Erbfolge: Einl., §§ 1922-1966, 2017 (zitiert als *Staudinger/Bearbeiter*)

Aufsätze und Beiträge

Armbrüster, Christian, Die Entwicklung der Rechtsfähigkeit der GbR seit „ARGE Weißes Ross“, ZGR 2013, S. 366

Bach, Stefan; Mertz, Thomas, Vor der Erbschaftssteuerreform: Nutzung der Firmenprivilegien hat Minderjährige zu Multimillionären gemacht, DIW Wochenbericht Nr. 36 2016, S. 812

Baumann, Wolfgang; Selzener, Wilhelm, Vorsorge für den geschäftsunfähigen Personengesellschafter, DNotZ 2015, S. 605

Beckmann, Franz, Unmöglichkeit der Ladung eines GmbH-Gesellschafters zur Gesellschafterversammlung, DNotZ 1971, S. 132

Beitzke, Günther, Anmerkung zu BGH – II ZR 209/61, JR 1963, S. 180

Bergerfurth, Bruno, Zur Bedeutung des Negativattestes, NJW 1956, S. 289

Brox, Hans, Die unentgeltliche Aufnahme von Kindern in eine Familien-Personengesellschaft, Festschrift für Friedrich Wilhelm Bosch, 1976, S. 75

Brüggemann, Uwe, Der sperrige Katalog, FamRZ 1990, S. 124

Buchholz, Stephan, Insichgeschäft und Erbschaftsausschlagung – Überlegungen zu einem Problem des § 1643 II BGB, NJW 1993, S. 1161

Bürger, Andreas, Die Beteiligung Minderjähriger an Gesellschaften mit beschränkter Haftung, RNotZ 2006, S. 156

Christl, Gerhard, Überforderung ehrenamtlicher Betreuer?, FamRZ 2019, S. 422

- Christmann, Verena, Die Geltendmachung der Haftungsbeschränkung zugunsten Minderjähriger – Weitere Anwendungsfälle des § 1929a BGB, ZEV 2000, S. 45
- Coing, Helmut, Die gesetzliche Vertretungsmacht der Eltern bei der Ausschlagung einer Erbschaft, NJW 1985, S. 6
- Damrau, Jürgen, Zum Ausschluss von Verwaltungsrechten geschiedener Ehegatten an Lebensversicherungsleistungen zugunsten gemeinsamer Kinder (zugleich Anm. zu OLG Frankfurt a. M. – 20 W 51/95), ZEV 1998, S. 352
- Damrau, Jürgen, Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung bei Veräußerung sämtlicher Geschäftsanteile an einer GmbH (zugleich Anm. zu OLG Hamm – 15 W 33/83), Rpfleger 1985, S. 62
- Deutscher Anwaltverein – Ausschuss Familienrecht, Nichtzulassungsbeschwerde in Familiensachen – Initiativstellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Familienrecht, FamRZ 2015, S. 1677
- Egger, Sebastian, Zur Genehmigungsbedürftigkeit der Übertragung von Kommanditanteilen an einer Grundstücksverwaltungs-KG (zugleich Anm. zu OLG München – 2 WF 1509/17), MittBayNot 2019, S. 132
- Fleischer, Holger, Idiosynkrasien im deutschen Personengesellschaftsrecht: Allmähliche Erosion oder erfolgreiche Exportartikel?, NZG 2020, S. 601
- Flume, Johannes W., Der minderjährige Gesellschafter – Ein Beitrag zur Zusammenführung von Beschlussdogmatik und Minderjährigenrecht, NZG 2014, S. 17
- Fortun, Steffen, Erfordernis vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung bei Unternehmensakquisitionen, NJW 1999, S. 754
- Frenz, Norbert, Familienrechtliche Anordnungen, DNotZ 1995, S. 908
- Fröhler, Oliver, § 181 BGB in der notariellen Praxis, BWNotZ 2006, S. 97
- Führ, Thorsten; Nikoleyzyk, Tobias, Die Vertretung Minderjähriger bei der Schenkung von Gesellschaftsanteilen, BB 2009, 2105
- Gebele, Alexander, Die Vertretung Minderjähriger bei der Schenkung von Gesellschaftsanteilen, BB 2012, S. 728
- Goratsch, Patricia, Wille des Erblassers zur Bestellung eines Pflegers (zugleich Anm. zu OLG Brandenburg – 9 WF 265/18), NZFam 2019, S. 559
- Heckschen, Heribert, Demographie und Vertragsgestaltung – Auswirkungen der Altersentwicklung auf die Gestaltungspraxis bei Übertragungs- und Gesellschaftsverträgen, NZG 2012, S. 10
- Heiderhoff, Bettina, Aktuelle Fragen zum Scheidungs- und Scheidungsverbundverfahren, NZFam 2018, S. 533
- Hüffer, Uwe, 100 Bände BGHZ – Personengesellschaftsrecht, ZHR 151 (1987), S. 396

- Ivo, Malte, Die Übertragung von Kommanditanteilen an minderjährige Kinder, ZEV 2005, S. 193
- Jocher, Martin, Die Vorsorgevollmacht des Unternehmers, notar 2014, S. 3
- Kanzleiter, Rainer, Die Oberlandesgerichte als „Endstation“ für die Entscheidung erbrechtlicher Streitigkeiten im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit, ZEV 2015, S. 249
- Kay, Rosemarie u. a., Unternehmensnachfolgen in Deutschland 2018 bis 2022, Daten und Fakten Nr. 18 2018
- Knopp, Werner, Über die Genehmigungsbedürftigkeit von Änderungen eines Gesellschaftsvertrags bei Beteiligung von Minderjährigen oder Mündeln, BB 1962, S. 939
- Krug, Walter, Das Geschiedenentestament, FPR 2011, S. 268
- Löhnig, Martin, 10 Jahre FamFG – Nach der Reform ist vor der Reform: Einige Thesen zur Reformbedürftigkeit des Gesetzes, NZFam 2019, S. 893
- Löhnig, Martin, Ausschlagung einer Erbschaft durch die Mutter als gesetzlicher Vertreter des Kindes (zugleich Anm. zu BGH – XII ZB 300/15), JA 2016, S. 867
- Loo, Oswald van de; Strnad, Korina, Familiengerichtliche Genehmigung bei Übertragung von Kommanditbeteiligungen an einer vermögensverwaltenden Gesellschaft auf Minderjährige, ZEV 2018, S. 617
- Lüdecke, Elfi, Vermögensverwaltung unter Beteiligung Minderjähriger, NJOZ 2018, S. 681
- Maetschke, Matthias, Zur familiengerichtlichen Genehmigung der schenkweisen Übertragung eines Kommanditanteils von den Eltern an das minderjährige Kind nach § 1822 Nr. 3 Var. 3 BGB, Bonner Rechtsjournal 2016, S. 8
- Mayer-Reimer, Georg; Marx, Anja, Die Vertretung Minderjähriger beim Erwerb von Gesellschaftsbeteiligungen, NJW 2005, S. 3025
- Menzel, Ralf, Die Kommanditanteilsübertragung an Minderjährige (zugleich Anm. zu OLG Dresden – 17 W 160/18 und OLG Köln – 4 Wx 2/18), MittBayNot 2019, S. 222
- Müller, Willi, Zur Bedeutung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung im Zivilprozeß, JR 1962, S. 441
- Muscheler, Karlheinz, Zur fehlenden Befugnis der von der Verwaltung über ein von dem Kind ererbtes Vermögen ausgeschlossenen Eltern, über die Annahme oder Ausschlagung im Namen des Kindes zu befinden (zugleich Anm. zu BGH – XII ZB 300/15), ZEV 2017, S. 36
- Ott, Steffen, Beschränkungen des elterlichen Verwaltungsrechts durch den Erblasser, NJW 2014, S. 3473
- Reimann, Wolfgang, § 1638 BGB – eine wenig beachtete Norm zwischen Familienrecht und Erbrecht, Familienrecht in Praxis und Theorie – Festschrift für Meo-Micaela Hahne, 2012, S. 455

- Reimann, Wolfgang, Kautelarjuristische Maßnahmen zur Absicherung und Kontrolle der Unternehmensnachfolge, Festschrift für Gerhard Otte, 2005, S. 285
- Riedel, Christopher, Nachfolgeplanung und Minderjährigenrecht, Jubiläumsschrift 10 Jahre DVEV: 1995-2005, 2005, S. 109
- Rust, Walter, Die Beteiligung von Minderjährigen im Gesellschaftsrecht – Vertretung, familien-/vormundschaftsgerichtliche Genehmigung und Haftung des Minderjährigen (Teil I), DStR 2005, S. 1942
- Schäfer, Carsten, Vorsorgevollmachten im Personengesellschaftsrecht, ZHR 175 (2011), S. 557
- Staaake, Marco, Die Gesamthand im Gesellschaftsrecht – sinnvolles Rechtsinstitut oder verzichtbares Relikt?, Recht und Wirtschaft, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2007, S. 109
- Staaake, Marco, Das Recht der Aktien, JA 2004, S. 247
- Stöber, Kurt, Der minderjährige Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschafter – Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung, Registeranmeldung und -eintragung, Rpfleger 1968, S. 2
- Stürner, Rolf, Der lediglich rechtliche Vorteil, AcP 173 (1973), S. 402
- Tomfort, Sven, Recht zur Ausschlagung als Teil der Einschränkung der elterlichen Vermögenssorge gem. § 1638 BGB (zugleich Anm. zu BGH – XII ZB 300/15), NZFam 2016, S. 954
- Tschernoster, Katharina, Der Minderjährige als Erbe und Vermächtnisnehmer – unter Berücksichtigung der Besonderheiten bei Testamentsvollstreckung, RNotZ 2017, S. 125
- Uecker, Gerd, Wenn der Himmel über dem OLG zu blau ist... – Anwälte fordern Einführung einer Nichtzulassungsbeschwerde in Familiensachen, AnwBl 2013, S. 810
- Wedemann, Frauke, Vorsorgevollmachten bei Personengesellschaften und GmbHs, ZIP 2013, S. 1508
- Wedemann, Frauke, Beschränkung der Vermögenssorge bei Lebensversicherungen, FamRZ 2009, S. 1197
- Weinbrenner, Christoph, Ergänzungspflegschaft und vormundschafts-/familiengerichtliche Genehmigung bei der Schenkung von KG-Anteilen an Minderjährige, FÜR 2009, S. 265
- Wertenbruch, Johannes, Familiengerichtliche Genehmigungserfordernisse bei der GbR mit minderjährigen Gesellschaftern, FamRZ 2003, S. 1714
- Winkler, Karl, Erwerb von GmbH-Anteilen durch Minderjährige und vormundschaftsgerichtliche Genehmigung (zugleich Anm. zu BGH – II ZR 148/88), ZGR 1990, S. 131

Lehrbücher und Monografien

- Crezelius, Georg, Unternehmenserbrecht, 2. Aufl. 2009
- Drygala, Tim; Staaake, Marco; Szalai, Stephan, Kapitalgesellschaftsrecht, 2012

- Ekert, Stefan; Heiderhoff, Bettina, Die Evaluierung der FGG-Reform – Abschlussbericht zum Forschungsvorhaben, Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (Hrsg.), 2018
- Grunewald, Barbara, Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 2017
- Harte, Solveig, Der Begriff des lediglich rechtlichen Vorteils i. S. d. § 107 BGB, 2008
- Hennerkes, Brun-Hagen, Familienunternehmen sichern und optimieren, 1998
- Honzen, Johannes, Pflichtteil und Unternehmensnachfolge: Plädoyer für eine Begrenzung des Pflichtteilsrechts zur Erleichterung von Unternehmensnachfolgelösungen, 2012
- Matta, Vanita u. a., Qualität in der rechtlichen Betreuung – Abschlussbericht, Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (Hrsg.), Bundesanzeiger Verlag 2018
- Nagel, Manfred, Familiengesellschaft und elterliche Gewalt, 1968
- Nitze, Melanie, Der minderjährige Gesellschafter in Familienunternehmen, 2017
- Nolting, Hans-Dietrich; Zich, Karsten; Tisch, Thorsten; Braeseke, Grit, Umsetzung des Erforderlichkeitsgrundsatzes in der betreuungsrechtlichen Praxis im Hinblick auf vorverlagerte „andere Hilfen“ – Abschlussbericht, Band I und II, Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (Hrsg.), Bundesanzeiger Verlag 2018
- Rechenberg, Wolf-Georg Freiherr von; Thies, Angelika; Wiechers, Heiko, Handbuch Familienunternehmen und Unternehmerfamilien, 1. Aufl. 2016
- Schmidt, Karsten, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002
- Uphoff, Lisanne, Die Vorsorgevollmacht des Personengesellschafters, 2016

Stiftung Familienunternehmen

Prinzregentenstraße 50

D-80538 München

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

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

E-Mail info@familienunternehmen.de

www.familienunternehmen.de

Preis: 19,90 €

ISBN: 978-3-942467-91-9