

Der Erwerb von Gesellschaftsanteilen durch Minderjährige

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines
doctor iuris
der Juristischen Fakultät
der Julius-Maximilians-Universität Würzburg

vorgelegt von

Annette Buck
aus Aalen

2012

Erstgutachter: Prof. Dr. Inge Scherer

Tag der mündlichen Prüfung: 9. November 2012

INHALTSÜBERSICHT

Inhaltsverzeichnis	IV
A. Einleitung	1
I. Aktualität des Themas	1
II. Übersicht über den Gang der Untersuchungen	3
III. Motive für den Eintritt eines Minderjährigen in eine Gesellschaft.....	4
IV. Mögliche Nachteile der Mitgliedschaft Minderjähriger in einer Gesellschaft	7
B. Gründung von Gesellschaften unter Beteiligung Minderjähriger.....	9
I. Gründungsvertrag.....	9
II. Form des Gesellschaftsvertrags	11
III. Vertretung des Minderjährigen.....	15
IV. Folgen einer fehlerhaften Gründung	48
C. Eintritt eines Minderjährigen in eine bereits bestehende Gesellschaft durch Rechtsgeschäft unter Lebenden	51
I. Möglichkeiten des Eintritts	51
II. Aufnahme eines neuen Gesellschafters	51
III. Übertragung einer Beteiligung	77
D. Umwandlung einer Gesellschafterbeteiligung	102
I. Wechsel von Komplementär- in Kommanditbeteiligung.....	102
II. Wechsel von Kommandit- in Komplementärbeteiligung.....	115
III. Umwandlungsvorgänge nach dem Umwandlungsgesetz	120
IV. Umwandlung der Stillen Beteiligung	144
E. Eintritt eines Minderjährigen in eine Gesellschaft durch Erwerb von Todes wegen.....	152
I. Tod eines persönlich haftenden Gesellschafters einer GbR, OHG bzw. KG	152
II. Tod eines Kommanditisten	192
III. Tod eines Stillen Gesellschafters.....	202
IV. Tod eines GmbH-Gesellschafters.....	204
V. Tod eines Aktionärs	210
VI. Sonderfall: Tod eines Einzelkaufmanns.....	213
VII. Erbrechtliche Besonderheiten	219
F. Schlussbetrachtung	231
Literaturverzeichnis	X
Abkürzungsverzeichnis	XXV

INHALTSVERZEICHNIS

A. Einleitung	1
I. Aktualität des Themas	1
II. Übersicht über den Gang der Untersuchungen	3
III. Motive für den Eintritt eines Minderjährigen in eine Gesellschaft.....	4
1. Steuerrechtliche Motive	4
2. Allgemeine (zivilrechtliche) Motive.....	6
IV. Mögliche Nachteile der Mitgliedschaft Minderjähriger in einer Gesellschaft	7
B. Gründung von Gesellschaften unter Beteiligung Minderjähriger.....	9
I. Gründungsvertrag.....	9
1. Personengesellschaften	9
a. Gesellschaft bürgerlichen Rechts.....	9
b. OHG und KG.....	10
2. Kapitalgesellschaften.....	11
a. GmbH.....	11
b. Aktiengesellschaft	11
II. Form des Gesellschaftsvertrags	11
1. Personengesellschaften	11
2. Kapitalgesellschaften.....	15
III. Vertretung des Minderjährigen.....	15
1. Handeln des gesetzlichen Vertreters - Erforderlichkeit und Grenzen	15
a. Gesetzliche Vertretung durch die Eltern.....	15
b. Gesetzliche Vertretung durch einen Vormund.....	18
2. Ausschluss der Vertretungsmacht der gesetzlichen Vertreter	18
a. Grundsatz.....	18
b. Ausnahme bei lediglich rechtlich vorteilhaftem Geschäft	22
aa. Personengesellschaften.....	23
bb. Sonderfall: Innengesellschaften	27
cc. Kapitalgesellschaften	27
3. Ergänzungspflegschaft	29
a. Grundsatz.....	29
b. Bestellung mehrerer Ergänzungspfleger.....	31
c. Folgen der Nichtbestellung eines Ergänzungspflegers	32
d. Vertretung bei Handelsregisteranmeldung	32
4. Familiengerichtliche Genehmigung.....	33
a. Allgemeines.....	33
b. Genehmigungsbedürftigkeit	34
aa. Personengesellschaften.....	35
aaa. Gesellschaft bürgerlichen Rechts.....	35
bbb. Offene Handelsgesellschaft	37

ccc. Kommanditgesellschaft	37
bb. Innengesellschaften	38
aaa. Stille Gesellschaft	38
bbb. Unterbeteiligung	40
cc. Kapitalgesellschaften	40
aaa. GmbH	40
bbb. Aktiengesellschaft	42
c. Genehmigungsfähigkeit	43
d. Genehmigungsverfahren	47
IV. Folgen einer fehlerhaften Gründung	48

C. Eintritt eines Minderjährigen in eine bereits bestehende Gesellschaft durch Rechtsgeschäft unter Lebenden 51

I. Möglichkeiten des Eintritts	51
II. Aufnahme eines neuen Gesellschafters	51
1. Aufnahmevertrag	52
a. Personengesellschaften	52
b. Kapitalgesellschaften	54
aa. GmbH	54
bb. Aktiengesellschaft	55
2. Form des Aufnahmevertrages	56
a. Personengesellschaften	56
b. Kapitalgesellschaften	60
aa. GmbH	60
bb. Aktiengesellschaft	62
3. Vertretung des Minderjährigen	64
a. Handeln des gesetzlichen Vertreters	64
aa. Personengesellschaften	64
bb. Kapitalgesellschaften	66
b. Familiengerichtliche Genehmigung	68
aa. Genehmigungsbedürftigkeit	68
aaa. Personengesellschaften	68
bbb. Kapitalgesellschaften	71
bb. Genehmigungsfähigkeit des Beitritts	74
4. Folgen einer fehlerhaften Aufnahme	75
5. Sonderfall Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln bei GmbH	75
III. Übertragung einer Beteiligung	77
1. Übertragbarkeit eines Gesellschaftsanteils	77
a. Gesetzliches Abtretungsverbot bei Personengesellschaften	77
b. Vinkulierungsmöglichkeit bei Kapitalgesellschaften	78
2. Übertragungsvertrag	79
a. Personengesellschaften	79
b. Stille Gesellschaft	82

c.	Kapitalgesellschaften	82
aa.	GmbH.....	82
bb.	Aktiengesellschaft	84
3.	Form der Anteilsübertragung	85
a.	Personengesellschaften	85
b.	Kapitalgesellschaften	87
aa.	GmbH.....	87
bb.	Aktiengesellschaft	88
4.	Vertretung des Minderjährigen.....	89
a.	Handeln des gesetzlichen Vertreters.....	89
aa.	Personengesellschaften.....	89
bb.	Kapitalgesellschaften	92
b.	Familiengerichtliche Genehmigung	93
aa.	Genehmigungsbedürftigkeit	93
aaa.	Personengesellschaften.....	93
bbb.	Kapitalgesellschaften	97
bb.	Genehmigungsfähigkeit des Anteilserwerbs	100
5.	Folgen einer fehlerhaften Anteilsübertragung	100
D. Umwandlung einer Gesellschafterbeteiligung		102
I.	Wechsel von Komplementär- in Kommanditbeteiligung	102
1.	Umwandlungsgeschäft	102
2.	Form des Umwandlungsgeschäfts.....	105
3.	Vertretung des Minderjährigen.....	107
a.	Handeln des gesetzlichen Vertreters.....	107
b.	Familiengerichtliche Genehmigung	109
4.	Folgen einer fehlerhaften Beteiligungsumwandlung	114
II.	Wechsel von Kommandit- in Komplementärbeteiligung	115
1.	Umwandlungsgeschäft	115
2.	Form des Umwandlungsgeschäfts.....	116
3.	Vertretung des Minderjährigen.....	117
a.	Handeln des gesetzlichen Vertreters.....	117
b.	Familiengerichtliche Genehmigung	117
aa.	Genehmigungsbedürftigkeit	117
bb.	Genehmigungsfähigkeit	118
4.	Folgen einer fehlerhaften Beteiligungsumwandlung	119
III.	Umwandlungsvorgänge nach dem Umwandlungsgesetz	120
1.	Allgemeines	120
a.	Anlass zu Umwandlungsmaßnahmen	120
b.	Einzelne Umwandlungsarten.....	120
c.	Beteiligungsfähige Rechtsträger	122
2.	Umwandlungsgeschäft	123
3.	Form des Umwandlungsgeschäfts.....	126
4.	Vertretung des minderjährigen Anteilseigners	130
a.	Handeln des gesetzlichen Vertreters.....	130

b.	Familiengerichtliche Genehmigung	131
aa.	Genehmigungsbedürftigkeit, §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 BGB.....	132
aaa.	Verschmelzungs- und Spaltungsvorgänge.....	132
bbb.	Formwechsel.....	133
bb.	Genehmigungsbedürftigkeit, §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 10 BGB.....	135
aaa.	Verschmelzungs- und Spaltungsvorgänge.....	135
bbb.	Formwechsel.....	138
cc.	Sonderfall: Ausscheiden gegen Barabfindung	140
dd.	Genehmigung für Zustimmung-/Verzichtserklärungen	141
ee.	Genehmigungsfähigkeit des Umwandlungsvorgangs	142
5.	Fehlerhafte Umwandlungsvorgänge	144
IV.	Umwandlung der Stillen Beteiligung	144
1.	Aufnahme des Stillen durch Einzelkaufmann.....	145
a.	Aufnahmevertrag.....	145
b.	Form des Aufnahmevertrags.....	145
c.	Vertretung des Minderjährigen	146
2.	Eintritt in eine Personenhandelsgesellschaft	147
a.	Aufnahmevertrag.....	147
b.	Form des Aufnahmevertrages.....	147
c.	Vertretung des Minderjährigen	147
aa.	Handeln des gesetzlichen Vertreters	147
bb.	Familiengerichtliche Genehmigung.....	148
3.	Eintritt in eine GmbH bzw. Aktiengesellschaft.....	149
a.	Aufnahmevertrag.....	149
b.	Form des Aufnahmevertrags.....	150
c.	Vertretung des Minderjährigen	150
aa.	Handeln des gesetzlichen Vertreters	150
bb.	Familiengerichtliche Genehmigung.....	150

**E. Eintritt eines Minderjährigen in eine Gesellschaft durch Erwerb
von Todes wegen..... 152**

I.	Tod eines persönlich haftenden Gesellschafters einer GbR, OHG bzw. KG	152
1.	Gesetzliche und erbrechtliche Regelungen	152
a.	Tod eines GbR-Gesellschafters	152
b.	Tod eines OHG-Gesellschafters bzw. Komplementärs einer KG.....	153
2.	Gesellschaftsvertragliche Regelungen	154
a.	Erbrechtliche Fortsetzungsklausel.....	154
b.	Erbrechtliche Nachfolgeklausel	155
aa.	Einfache Nachfolgeklausel.....	156
bb.	Qualifizierte Nachfolgeklausel.....	158
cc.	Sonderfall: Nachfolgeklausel und Vermächtnis.....	160

dd.	Wahlrecht nach § 139 Abs. 1 HGB	163
c.	Erbrechtliche Eintrittsklausel	167
d.	Rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel	169
3.	Registereintragung	170
a.	Handelsregister	170
aa.	GbR.....	170
bb.	OHG bzw. KG	171
b.	Grundbuch	173
aa.	GbR.....	173
bb.	OHG bzw. KG	174
4.	Vertretung des Minderjährigen.....	175
a.	Handeln des gesetzlichen Vertreters.....	175
aa.	Liquidationsgesellschaft	175
bb.	Erbrechtliche Nachfolgeklausel.....	176
aaa.	Allgemein	176
bbb.	Sonderfall: Nachfolgeklausel und Vermächtnis	178
ccc.	Wahlrecht nach § 139 Abs. 1 HGB	179
cc.	Erbrechtliche Eintrittsklausel	181
dd.	Rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel.....	182
b.	Familiengerichtliche Genehmigung	183
aa.	Liquidationsgesellschaft	183
bb.	Erbrechtliche Nachfolgeklausel.....	184
aaa.	Allgemein	184
bbb.	Sonderfall: Nachfolgeklausel und Vermächtnis	186
ccc.	Wahlrecht nach § 139 Abs. 1 HGB	187
cc.	Eintrittsklausel.....	189
dd.	Rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel.....	191
II.	Tod eines Kommanditisten	192
1.	Gesetzliche und erbrechtliche Regelungen	192
2.	Gesellschaftsvertragliche Regelungen	194
3.	Registereintragung	195
4.	Vertretung des Minderjährigen.....	197
a.	Handeln des gesetzlichen Vertreters.....	197
b.	Familiengerichtliche Genehmigung	199
III.	Tod eines Stillen Gesellschafters.....	202
1.	Gesetzliche und erbrechtliche Regelungen	202
2.	Gesellschaftsvertragliche Regelungen	203
3.	Registereintragung	204
4.	Vertretung des Minderjährigen.....	204
IV.	Tod eines GmbH-Gesellschafters.....	204
1.	Gesetzliche und erbrechtliche Regelungen	204
2.	Gesellschaftsvertragliche Regelungen	206
3.	Registereintragung	207
4.	Vertretung des Minderjährigen.....	208
a.	Handeln des gesetzlichen Vertreters.....	208
b.	Familiengerichtliche Genehmigung	209

V. Tod eines Aktionärs	210
1. Gesetzliche und erbrechtliche Regelungen	210
2. Gesellschaftsvertragliche Regelungen	211
3. Registereintragung	211
4. Vertretung des Minderjährigen.....	212
a. Handeln des gesetzlichen Vertreters.....	212
b. Familiengerichtliche Genehmigung	212
VI. Sonderfall: Tod eines Einzelkaufmanns.....	213
1. Gesetzliche und erbrechtliche Regelungen	213
2. Gesellschaftsvertragliche Regelungen	214
3. Registereintragung	215
4. Vertretung des Minderjährigen.....	215
a. Handeln des gesetzlichen Vertreters.....	215
b. Familiengerichtliche Genehmigung	216
VII. Erbrechtliche Besonderheiten.....	219
1. Vor- und Nacherbfolge.....	219
a. Gesetzliche, erbrechtliche und gesellschaftsvertragliche Regelungen	219
b. Registereintragung.....	222
c. Vertretung des Minderjährigen	223
aa. Handeln des gesetzlichen Vertreters	223
bb. Familiengerichtliche Genehmigung.....	224
2. Testamentsvollstreckung	224
a. Gesetzliche, erbrechtliche und gesellschaftsvertragliche Regelungen	224
b. Registereintragung.....	227
c. Vertretung des Minderjährigen	228
aa. Handeln des gesetzlichen Vertreters	228
bb. Familiengerichtliche Genehmigung.....	230
F. Schlussbetrachtung	231

LITERATURVERZEICHNIS

Albers, Gregor, Die GbR im Grundstücksverkehr nach dem ERVGBG, ZfIR 2010, 705 (zitiert: *Albers*, ZfIR 2010, 705)

Anwaltskommentar, Band 1, Allgemeiner Teil mit EGBGB, 2005; Band 4 Familienrecht, 2005 (zitiert: *AnwK-BGB/Bearbeiter*)

Autenrieth, Karlheinz, Über die stille Gesellschaft, die Unterbeteiligung oder das Darlehen mit nahen Angehörigen zum sFamiliensplitting%oDStZ 1992, 86 (zitiert: *Autenrieth*, DStZ 1992, 86)

Bolkart, Johannes, Die Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, MittBayNot 2009, 268 (zitiert: *Bolkart*, MittBayNot 2009, 268)

Bamberger/Roth, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, §§ 1297 - 2385 EGBGB, 2. Aufl. 2008 (zitiert: *Bamberger/Roth/Bearbeiter*)

Baumann, Wolfgang, Die Einmann-Personengesellschaft, BB 1998, 225 (zitiert: *Baumann*, BB 1998, 225)

Baumbach, Adolf/**Hopt**, Klaus J., Kommentar Handelsgesetzbuch, 34. Aufl. 2010 (zitiert: *Baumbach/Hopt*)

Baumbach, Adolf/**Hueck**, Götz, GmbHG, 18. Aufl. 2006 (zitiert: *Baumbach/Hueck*)

Beck'sches Formularbuch Aktienrecht, Hrsg. Lorz, Rainer/Pfisterer, Benedikt/Gerber, Olaf, 2005 (zitiert: *Beck'sches Formularbuch Aktienrecht/Bearbeiter*)

Beck'sches Handbuch der AG Gesellschaftsrecht . Steuerrecht . Börsengang, Hrsg. Müller, Welf/Rödder, Thomas, 2. Aufl. 2009 (zitiert: *Beck'sches Hdb. der AG/Bearbeiter*)

Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften, Hrsg. Müller, Welf/Hoffmann, Wolf-Dieter, 2. Aufl. 2002 (zitiert: *BeckPersGes-HB/Bearbeiter*)

Bengsohn, Jochen/**Ostheimer**, Albert, Die Grenzen elterlicher Stellvertretung Ausschluss und Entziehung der Vertretungsmacht, Rpfleger 1990, 189 (zitiert: *Bengsohn/Ostheimer*, Rpfleger 1990, 189)

Bermel, Arno, Schenkung von Gesellschaftsanteilen - Ein Beitrag zur Klärung des Verhältnisses von Schenkungsrecht und Gesellschaftsrecht mit Schwerpunkt auf dem Recht der Personengesellschaften -, Dissertation Universität Köln, 1993 (zitiert: *Bermel*)

Bestelmeyer, Horst, Zur Zuständigkeit zwischen Familiengericht und Vormundschaftsgericht bei der Ergänzungspflegschaft, FamRZ 2001, 718 (zitiert: *Bestelmeyer*, FamRZ 2001, 718)

ders., Die unsinnige (Nicht-)Zuständigkeit des Familiengerichts für die Anordnung von Ergänzungspflegschaften, FamRZ 2000, 1068 (zitiert: *Bestelmeyer*, FamRZ 2000, 1068)

ders., Die klinisch tote BGH-GbR, Rpfleger 2010, 169 (zitiert: *Bestelmeyer*, Rpfleger 2010, 169)

BGB-RGRK, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, Kommentar, hrsg. von Mitgliedern des Bundesgerichtshofs, Band IV, 4. Teil §§ 1741 - 1921, 12. Aufl. 1999 (zitiert: *RGRK/Bearbeiter*)

Biddermann, Ingrid, Der minderjährige Gesellschafter, 1965 (zitiert: *Biddermann*)

Bilsdorfer, Peter, Gesellschafts- und steuerrechtliche Probleme bei Unterbeteiligung von Familienangehörigen, NJW 1980, 2785 (zitiert: *Bilsdorfer*, NJW 1980, 2785)

Binz, Mark K./**Sorg**, Martin H., Nießbrauchsvorbehalt als Instrument vorweggenommener Erbfolge im Unternehmensbereich, BB 1989, 1521 (zitiert: *Binz/Sorg*, BB 1989, 1521)

Börner, Bodo, Die Erbengemeinschaft als Gesellschafterin einer offenen Handelsgesellschaft, AcP 166 (1966), 426 (zitiert: *Börner*, AcP 166 (1966), 426)

Blaurock, Uwe, Handbuch der stillen Gesellschaft, 6. Aufl. 2003 (zitiert: *Blaurock*)

Böttcher, Roland, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundstücksrecht, ZfIR 2009, 613 (zitiert: *Böttcher*, ZfIR 2009, 613)

ders., Abschied von der „Gesamtbetrachtung“: Sieg des Abstraktionsprinzips!, Rpfleger 2006, 293 (zitiert: *Böttcher*, Rpfleger 2006, 293)

Böttcher, Roland/**Ries**, Peter, Formularpraxis des Registerrechts, 2. Aufl. 2009 (zitiert: *Böttcher/Ries*)

Brox, Hans, Die unentgeltliche Aufnahme von Kindern in eine Familien-Personengesellschaft, Festschrift für Friedrich Wilhelm Bosch zum 65. Geburtstag, 1976 (zitiert: *Brox*)

Brox, Hans/**Walker**, Wolf-Dietrich, Erbrecht, 24. Aufl. 2010 (zitiert: *Brox/Walker*)

Brüggemann, Dieter, Der sperrige Katalog, §§ 1821, 1822 BGB: Anwendungskriterien - Grenzfälle, FamRZ 1990, 124 (zitiert: *Brüggemann*, FamRZ 1990, 124)

Bürger, Andreas, Die Beteiligung Minderjähriger an Gesellschaften mit beschränkter Haftung, RNotZ 2006, 156 (zitiert: *Bürger*, RNotZ 2006, 156)

Carlé, Thomas, Die Fortsetzungs- und die einfache Nachfolgeklausel bei Personen-(handels-)gesellschaften in der Vertragspraxis, ErbStB 2009, 228 (zitiert: *Carlé*, ErbStB 2009, 228)

ders., Die qualifizierte Nachfolgeklausel bei Personen-(handels-)gesellschaften in der Vertragspraxis, ErbStB 2009, 287 (zitiert: *Carlé*, ErbStB 2009, 287)

ders., Die Teilnachfolge-, die Eintritts- und Übernahmeklausel in der Beratungspraxis, ErbStB 2009, 358 (zitiert: *Carlé*, ErbStB 2009, 358)

Coester, Michael, Zur Zuständigkeitsverteilung zwischen Familiengericht und Vormundschaftsgericht bei Anordnung der Ergänzungspflegschaft, FamRZ 2000, 439 (zitiert: *Coester*, FamRZ 2000, 439)

Czeguhn, Ignacio/**Dickmann**, Roman, Der Minderjährige in der BGB-Gesellschaft, FamRZ 2004, 1534 (zitiert: *Czeguhn/Dickmann*, FamRZ 2004, 1534)

Damrau, Jürgen, Der Minderjährige im Erbrecht, 2002 (zitiert: *Damrau*)

ders., Testamentsvollstreckervermerk bei Gesellschaftsanteilen, BWNotZ 1990, 69 (zitiert: *Damrau*, BWNotZ 1990, 69)

ders., Auswirkungen des Testamentsvollstreckeramtes auf elterliche Sorge, Vormundsamt und Betreuung, ZEV 1994, 1 (zitiert: *Damrau*, ZEV 1994, 1)

ders., Kein Erfordernis der gerichtlichen Genehmigung bei Schenkungen von Gesellschaftsbeteiligungen an Minderjährige, ZEV 2000, 209 (zitiert: *Damrau*, ZEV 2000, 209)

ders., Schenken und vererben an Minderjährige, ZEV-Jahrestagung 1999 (zitiert: *Damrau*, ZEV-Jahrestagung 1999)

Damrau, Jürgen/Zimmermann, Walter, Betreuung und Vormundschaft, Kommentar zum materiellen und formellen Recht, 3. Aufl. 2001 (zitiert: *Damrau/Zimmermann*)

Dölle, Hans, Familienrecht, Darstellung des deutschen Familienrechts mit rechtsvergleichenden Hinweisen, Band II, 1965 (zitiert: *Dölle*)

Ebenroth, Carsten Thomas/Boujong, Karlheinz/Joost, Detlev/Strohn, Lutz, Handelsgesetzbuch: HGB, Band 1, §§ 1 - 342 e, 2. Aufl. 2008 (zitiert: *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Bearbeiter*)

Erman, Walter, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Hrsg. Westermann, Harm Peter, Band I und IV, 12. Aufl. 2008 (zitiert: *Erman/Bearbeiter*)

Everts, Arne, Die Testamentsvollstreckung an Personengesellschaftsbeteiligungen in der notariellen Praxis, MittBayNot 2003, 427 (zitiert: *Everts, MittBayNot 2003, 427*)

Fischer, Robert, Die faktische Gesellschaft, NJW 1955, 849 (zitiert: *Fischer, NJW 1955, 849*)

Fleischhauer, Jens/Preuß, Nicola, Handelsregisterrecht, 2. Aufl. 2010 (zitiert: *Fleischhauer/Preuß/Bearbeiter*)

Flume, Werner, Festschrift für Larenz, Die Rechtsnachfolge in die Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft durch Übertragung der Mitgliedschaft, 1973 (zitiert: *Flume*)

Frenz, Norbert, Familiengerichtliche Anordnung, DNotZ 1995, 908 (zitiert: *Frenz, DNotZ 1995, 908*)

Fröhler, Oliver, Die Inanspruchnahme der Geschäftsbeschränkung nach § 181 BGB bei der GmbH & Co. KG, BWNotZ 2005, 129 (zitiert: *Fröhler, BWNotZ 2005, 129*)

ders., Das Vorausvermächtnis zugunsten des Vorerben und der Erbnachweis vor sowie ab Eintritt des Nacherbfalls, BWNotZ 2005, 1 (zitiert: *Fröhler, BWNotZ 2005, 1*)

Führ, Thorsten/Menzel, Ralf, Grundstücksschenkung des gesetzlichen Vertreters an Minderjährige, FamRZ 2005, 1729 (zitiert: *Führ/Menzel, FamRZ 2005, 1729*)

Gaßner, Alfred, Beteiligung Minderjähriger an gewerblichen Unternehmen, RpfIJb 1986, 329 (zitiert: *Gaßner, RpfIJb 1986, 329*)

Gerken, Ulrich, Zur vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bei Abtretung von GmbH-Anteilen, Rpfleger 1989, 270 (zitiert: *Gerken*, Rpfleger 1989, 270)

Gernhuber, Joachim/**Coester-Waltjen**, Dagmar, Lehrbuch des Familienrechts, 5. Aufl. 2006 (zitiert: *Gernhuber/Coester-Waltjen*)

Göbel, Wolfgang, Gestaltung der Gesellschafternachfolge für den Todesfall, DNotZ 1979, 133 (zitiert: *Göbel*, DNotZ 1979, 133)

Grunewald, Barbara, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2005 (zitiert: *Grunewald*)

Gustavus, Eckhart, Die Kapitalanpassung nach der GmbH-Novelle mit minderjährigen Gesellschaftern, GmbHR 1982, 10 (zitiert: *Gustavus*, GmbHR 1982, 10)

Haarländer, Jürgen, Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nach § 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB bei Änderung des Gesellschaftsvertrages von Personengesellschaften, Dissertation, Hamburg, 1971 (zitiert: *Haarländer*)

Hachenburg, GmbHG, Großkommentar, Hrsg. Ulmer, Peter, 2. Band, §§ 13 - 52, 7. Aufl. 1980; 3. Band, §§ 53 - 85 + Register, 8. Aufl. 1997 (zitiert: *Hachenburg/Bearbeiter*)

Haegele, Karl, Der Minderjährige im Handels- und Gesellschaftsrecht, BW-NotZ 1969, 2 (zitiert: *Haegele*, BWNotZ 1969, 2)

Happ, Wilhelm, Aktienrecht Handbuch . Mustertexte . Kommentar, 3. Aufl. 2007 (zitiert: *Happ*)

Heckschen, Heribert, Die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 1989 (zitiert: *Heckschen*)

Heinze, Stefan, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundbuchverkehr, RNotZ 2010, 289 (zitiert: *Heinze*, RNotZ 2010, 289)

ders., § 899a BGB und die Vermutung der Existenz der eingetragenen Gesellschaft, ZfIR 2010, 713 (zitiert: *Heinze*, ZfIR 2010, 713)

Hennerkes, Brun-Hagen/**Kirchdörfer**, Rainer, Unternehmenshandbuch Familiengesellschaften, Sicherung von Unternehmen, Vermögen und Familie, 2. Aufl. 1998 (zitiert: *Hennerkes/Kirchdörfer*)

Henrich, Dieter, Familienrecht, 5. Aufl. 1995 (zitiert: *Henrich*)

Hettler, Stephan/**Götz**, Hellmuth, Zur vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung der schenkweisen Beteiligung eines Minderjährigen an einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, ZEV 1998, 109 (zitiert: *Hettler*, ZEV 1998, 109)

Heymann, Handelsgesetzbuch Kommentar, Hrsg. Horn, Norbert, Band 2 Zweites Buch §§ 105 - 237, 2. Aufl. 1996 (zitiert: *Heymann/Bearbeiter*)

Hilsmann, Susanne, Minderjährigenschutz durch das Vormundschaftsgericht bei der Änderung von Gesellschaftsverträgen, 1993 (zitiert: *Hilsmann*)

Hirte, Heribert, Die Entwicklung des Unternehmens- und Gesellschaftsrechts in Deutschland in den Jahren 1991 . 1995, NJW 1996, 2827 (Teil I) und NJW 1996, 3392 (Teil II) . (zitiert: *Hirte*, NJW 1996, 2827 bzw. 3392)

Hohaus, Benedikt/**Eickmann**, Marco, Die Beteiligung Minderjähriger an vermögensverwaltenden Familienkommanditgesellschaften - Anforderungen für die steuerliche Anerkennung, BB 2004, 1707 (zitiert: *Hohaus/Eickmann*, BB 2004, 1707)

Hueck, Alfred, Das Recht der OHG, 4. Aufl. 1971 (zitiert: *Hueck*)

Hueck, Alfred/**Windbichler**, Christine, Gesellschaftsrecht, Studienbuch, 21. Aufl. 2008 (zitiert: *Hueck/Windbichler*)

Huhn, Diether, Kasuistik und Vorurteil Kritische Anmerkungen über die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung, RpfIStud. 1982, 81 (zitiert: *Huhn*, RpfIStud. 1982, 81)

Hüffer, Uwe, Aktiengesetz, 5. Aufl. 2002 (zitiert: *Hüffer*)

ders., Geschäftsfortführung in Erbengemeinschaft, ZGR 1986, 601 (zitiert: *Hüffer*, ZGR 1986, 601)

Ivo, Malte, Die Übertragung von Kommanditanteilen an minderjährige Kinder, ZEV 2005, 193 (zitiert: *Ivo*, ZEV 2005, 193)

ders., Die Erbschaftsausschlagung für das minderjährige Kind, ZEV 2002, 309 (zitiert: *Ivo*, ZEV 2002, 309)

ders., Die Vererbung von GmbH-Geschäftsanteilen, ZEV 2006, 252 (zitiert: *Ivo*, ZEV 2006, 252)

jurisPK-BGB, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Hrsg. Herberger, Maximilian/Martinek, Michael/Rüßmann, Helmut/Weth, Stephan, 4. Aufl. 2008 (zitiert: *Bearbeiter* in: *jurisPK-BGB*)

Kallmeyer, Harald, (Hrsg) Kommentar zum Umwandlungsgesetz, 2. Aufl. 2001 (zitiert: *Kallmeyer/Bearbeiter*)

Keidel, Theodor/**Krafka**, Alexander/**Willer**, Heinz, Registerrecht, 6. Aufl. 2003 (zitiert: *Keidel/Krafka/Willer*)

Keller, Hilmar, Erbteilsveräußerung beim Tod eines Personengesellschafters, MittBayNot 2007, 96 (zitiert: *Keller*, MittBayNot 2007, 96)

Klamroth, Sabine, Zur Anerkennung von Verträgen zwischen Eltern und minderjährigen Kindern, BB 1975, 525 (zitiert: *Klamroth*, BB 1975, 525)

Klauss, Herbert/**Mittelbach**, Rolf, Die Stille Gesellschaft, 20. Aufl. 1980 (zitiert: *Klauss/Mittelbach*)

Kley, Martin, Sachkapitalerhöhung bei der Aktiengesellschaft - Einbringungsvertrag und Zeichnung der neuen Aktien . Notwendigkeit und Formerfordernisse -, RNotZ 2003, 17 (zitiert: *Kley*, RNotZ 2003, 17)

Klüsener, Bernd, Der Minderjährige im Unternehmensrecht Vertretungshindernisse und vormundschaftsgerichtliche Genehmigung, Rpfleger 1990, 321 (zitiert: *Klüsener*, Rpfleger 1990, 321)

ders., Vormundschaftsgerichtliche Genehmigungen nach § 1822 BGB Übersicht zu den Genehmigungstatbeständen, Rpfleger 1993, 133 (zitiert: *Klüsener*, Rpfleger 1993, 133)

ders., Vormundschaftsgerichtliche Genehmigungen im Liegenschaftsrecht, Rpfleger 1981, 461 (zitiert: *Klüsener*, Rpfleger 1981, 461)

Knopp, Werner, Über die Genehmigungsbedürftigkeit von Änderungen eines Gesellschaftsvertrages bei Beteiligung von Minderjährigen oder Mündeln, BB 1962, 939 (zitiert: *Knopp*, BB 1962, 939)

Kölner Kommentar zum UmwG, Hrsg. Dauner-Lieb, Barbara/Simon, Stefan, 2009 (zitiert: *Dauner-Lieb/Simon/Bearbeiter*)

Koenigs, Folkmar, Die Stille Gesellschaft, 1961 (zitiert: *Königs*)

Köster, Heike, Vor- und Nacherbschaft im Erbscheinsverfahren, Rpfleger 2000, 90 (zitiert: *Köster*, Rpfleger 2000, 90)

Koller, Ingo/**Roth**, Wulf-Henning/**Morck**, Winfried, Handelsgesetzbuch (HGB), Kommentar, 6. Aufl. 2007 (zitiert: *Koller/Roth/Morck*)

Krüger, Wolfgang, Grundstücksschenkungen an Minderjährige, ZNotP 2006, 202 (zitiert: *Krüger*, ZNotP 2006, 202)

Kübler, Friedrich, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 1998 (zitiert: *Kübler*)

Langenfeld, Gerrit/**Gail**, Winfried, Handbuch der Familienunternehmen, 35. Lief. Sept. 2008 (zitiert: *Langenfeld/Gail*)

Lautner, Konrad, Alles wieder beim Alten? . Die gesetzliche Neuregelung zur Teilnahme der Gesellschaft bürgerlichen Rechts am Grundstücksverkehr, DNotZ 2009, 650 (zitiert: *Lautner*, DNotZ 2009, 650)

Leitzen, Mario, sAll-Klauseln%und die Ausgliederung/Abspaltung von Grundstücken und Rechten an Grundstücken, ZNotP 2010, 91 (zitiert: *Leitzen*, ZNotP 2010, 91)

Limmer, Peter, Der Familienpool, ZFE 2004, 40 (zitiert: *Limmer*, ZFE 2004, 40)

Löffler, Joachim, Der Kernbereich der Mitgliedschaft als Schranke für Mehrheitsbeschlüsse bei Personengesellschaften, NJW 1989, 2656 (zitiert: *Löffler*, NJW 1989, 2656)

Lohse, Martin/**Triebel**, Sabine, Vermögensverwaltende Gesellschaften bürgerlichen Rechts mit minderjährigen Gesellschaften und gerichtliche Genehmigungspraxis, ZEV 2000, 337 (zitiert: *Lohse/Triebel*, ZEV 2000, 337)

Lutter, Marcus, Verschmelzung . Spaltung . Formwechsel, Kölner Umwandlungsrechtstage 1995 (zitiert: *Lutter/Bearbeiter*)

ders., UmwG, Kommentar, 2. Aufl. 2000 (zitiert: *Lutter/Bearbeiter*, UmwG)

Lutter, Marcus/**Hommelhoff**, Peter, GmbH-Gesetz, Kommentar, 16. Aufl. 2004 (zitiert: *Lutter/Hommelhoff*)

Maier-Reimer, Georg/**Marx**, Anja, Die Vertretung Minderjähriger beim Erwerb von Gesellschaftsbeteiligungen, NJW 2005, 3025 (zitiert: *Maier-Reimer/Marx*, NJW 2005, 3025)

Mayer, Dieter, Aufwertung der Gesellschafterliste durch das MoMiG . Fluch oder Segen?, ZIP 2009, 1037 (zitiert: *Mayer*, ZIP 2009, 1037)

ders., Testamentsvollstreckung am Kommanditanteil . Voraussetzungen und Rechtsfolgen -, ZIP 1990, 978 (zitiert: *Mayer*, ZIP 1990, 978)

Meikel, GBO, Kommentar, 10. Aufl. 2009 (zitiert: *Meikel/Bearbeiter*)

Menzel, Ralf/Wolf, Ingmar, Der minderjährige Kommanditist . bei Gründung, unentgeltlicher Übertragung und Erwerb von Todes wegen, MittBayNot 2010, 186 (zitiert: *Menzel/Wolf*, MittBayNot 2010, 186)

Michalski, Lutz, GmbH-Gesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2010 (zitiert: *Michalski/Bearbeiter*)

ders., Bestimmtheitsgrundsatz und Mehrheitsprinzip, WiB 1997, 1 (zitiert: *Michalski*, WiB 1997, 1)

ders., Der Gesellschafterwechsel bei Personengesellschaften, NZG 1998, 95 (zitiert: *Michalski*, NZG 1998, 95)

Miras, Antonio, Die Grundbuchfähigkeit der GbR nach dem ERVGBG, DStR 2010, 604 (zitiert: *Miras*, DStR 2010, 604)

Möhring, Oskar, Vermögensverwaltung in Vormundschafts- und Nachlasssachen, 7. Aufl. 1999 (zitiert: *Möhring*)

Müller, Willi, Zur vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bei GmbH-Beteiligung von Minderjährigen, Mündeln und Pflegelingen, JR 1961, 326 (zitiert: *Müller*, JR 1961, 326)

Müller-Engelmann, Peter, Die Beteiligung des Minderjährigen an einem Unternehmen und der Minderjährigenschutz in der vormundschaftsgerichtlichen Praxis, RpflStud. 1992, 49 (zitiert: *Müller-Engelmann*, RpflStud. 1992, 49)

Münchener Anwaltsbuch, Aktienrecht, Hrsg. Schüppen, Matthias/Schaub, Bernhard, 2005 (zitiert: *MAH-AktienR/Bearbeiter*)

Münchener Anwaltsbuch, GmbH-Recht, Hrsg. Römermann, Volker, 2. Aufl. 2009 (zitiert: *MAH-GmbH-Recht/Bearbeiter*)

Münchener Anwaltshandbuch, Personengesellschaftsrecht, Hrsg. Hans Gummert, 2005 (zitiert: *MAH/Bearbeiter*)

Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1, BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Partnerreederei, EWIV, Hrsg. Gummert, Hans/Weipert, Lutz, 3. Aufl. 2009; Band 2, Kommanditgesellschaft, GmbH & Co. KG, Publikums-KG, Stille Gesellschaft, Hrsg. Gummert, Hans/Weipert, Lutz, 3. Aufl. 2009; Band 3, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Hrsg. Priester, Hans-Joachim/Mayer, Dieter, 3. Aufl. 2009; Band 4, Aktiengesellschaft, Hrsg. Hoffmann-Becking, Michael, 3. Aufl. 2007 (zitiert: *MüHdb. GesellschaftsR/Bearbeiter*)

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Hrsg. Rebmann, Kurt/Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland, Band 1, Allgemeiner Teil, §§ 1 - 240, AGB-Gesetz, 5. Aufl. 2006; Band 5, §§ 705 - 853, 4. Aufl. 2004; Band 8, §§ 1589 - 1921, 5. Aufl. 2008; Band 9, Erbrecht, §§ 1922 - 2385 BGB, §§ 27 - 35 BeurkG, 5. Aufl. 2010 (zitiert: *MüKo-BGB/Bearbeiter*)

Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Hrsg. Schmidt, Karsten, Band 2 Zweites Buch, §§ 105 - 160 HGB, 2. Aufl. 2006; Band 3, §§ 161 - 237, 2. Aufl. 2007 (zitiert: *MüKo-HGB/Bearbeiter*)

Muscheler, Karlheinz, Testamentsvollstreckung und Vermächtnis, ZEV 2011, 230 (zitiert: *Muscheler*, ZEV 2011, 230)

Nagel, Manfred, Familiengesellschaft und Elterliche Gewalt, 1968 (zitiert: *Nagel*)

Neuhausen, Matthias, Rechtsgeschäft mit Betreuten, RNotZ 2003, 157 (zitiert: *Neuhausen*, RNotZ 2003, 157)

Oelers, Stephan, Aktuelle Probleme der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung im Gesellschaftsrecht aus notarieller Sicht, MittRhNotK 1992, 69 (zitiert: *Oelers*, MittRhNotK 1992, 69)

Palandt, Otto, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 70. Aufl. 2011 (zitiert: *Palandt/Bearbeiter*)

Paulick, Heinz/**Blaurock**, Uwe, Handbuch der Stillen Gesellschaft, 4. Aufl. 1988 (*Paulick/Blaurock*)

Pluskat, Sorika, Der entgeltliche Erwerb eines GmbH-Anteils eines beschränkt geschäftsfähigen Minderjährigen, FamRZ 2004, 677 (zitiert: *Pluskat*, FamRZ 2004, 677)

Pöllath, Reinhard, Festschrift zum zehnjährigen Bestehen von P + P Pöllath + Partners, Transaktionen Vermögen Pro Bono, 2008 (zitiert: *Pöllath/Bearbeiter*)

Priester, Hans-Joachim, Das neue Umwandlungsrecht aus notarieller Sicht, DNotZ 1995, 427 (zitiert: *Priester*, DNotZ 1995, 427)

Priester, °Grundbuchfähigkeit der GbR - Problem gelöst?, BB 2007, 837 (zitiert: *Priester*, BB 2007, 837)

Prütting, Hanns/**Wegen**, Gerhard/**Weinrich**, Gerd, (Hrsg), BGB Kommentar, 4. Aufl. 2009 (zitiert: *PWW/Bearbeiter*)

Rastätter, Jürgen, Grundstücksschenkungen an Minderjährige, BWNotZ 2006, 1 (zitiert: *Rastätter*, BWNotZ 2006, 1)

Rebhan, Ralf, Grundstückstransaktionen unter Beteiligung von Gesellschaften bürgerlichen Rechts, NotBZ 2009, 445 (zitiert: *Rebhan*, NotBZ 2009, 445)

Reimann, Wolfgang, Der Minderjährige in der Gesellschaft - Kautelarjuristische Überlegungen aus Anlass des Minderjährigenhaftungsbeschränkungsgesetzes, DNotZ 1999, 179 (zitiert: *Reimann*, DNotZ 1999, 179)

ders., Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 3.7.1989 . II ZB 1/89 (DNotZ 1990, 183) zur Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung für einen Kommanditanteil, DNotZ 1990, 190 (zitiert: *Reimann*, DNotZ 1990, 190)

ders., Die Grundstücksverwaltungsgesellschaft bürgerlichen Rechts unter Beteiligung Minderjähriger, Festschrift für Hagen, 1999 (zitiert: *Reimann*, FS Hagen)

ders., Testamentsvollstreckung in der Wirtschaftsrechtspraxis, 3. Aufl. 1998 (zitiert: *Reimann*, Testamentsvollstreckung in der Wirtschaftsrechtspraxis)

Reiß, Martin Thomas, Kann der Immobilienerwerb Minderjähriger sofort im Grundbuch vollzogen werden?, RNotZ 2005, 224 (zitiert: *Reiß*, RNotZ 2005, 224)

Ries, Peter, Abtretung eines Kommanditanteils an mehrere Kinder, RpflStud. 2010, 201 (zitiert: *Ries*, RpflStud. 2010, 201)

Röhrich, Volker/**Graf von Westphalen**, Friedrich, HGB, Kommentar zu Handelsstand, Handelsgesellschaften, Handelsgeschäften und besonderen Handelsverträgen, 3. Aufl. 2008 (zitiert: *Röhrich/Graf von Westphalen/Bearbeiter*)

Rowedder, Heinz/**Schmidt-Leithoff**, Christian, GmbHG, Kommentar, Hrsg. Schmidt-Leithoff, Christian, 4. Aufl. 2002 (zitiert: *Rowedder/Schmidt-Leithoff*)

Ruppel, Alfred, Der Minderjährige in personaler Handelsgesellschaft, Diss. Frankfurt, 1965 (zitiert: *Ruppel*)

Rust, Walter, Die Beteiligung von Minderjährigen im Gesellschaftsrecht . Vertretung, familien-/vormundschaftsgerichtliche Genehmigung und Haftung des Minderjährigen, DStR 2005, 1992 (zitiert: *Rust*, DStR 2005, 1992)

Sagasser, Bernd/**Bula**, Thomas, Umwandlungen, 1995 (zitiert: *Sagasser/Bula*)

Saßenrath, Gerd Philipp, Die Umwandlung von Komplementär- in Kommanditbeteiligungen, Diss. Heidelberg, 1988 (zitiert: *Saßenrath*)

Schäfer, Carsten, Der bedingte Austritt nach § 139 HGB in der GbR, NJW 2005, 3665 (zitiert: *Schäfer*, NJW 2005, 3665)

Schaub, Bernhard, Die Rechtsnachfolge von Todes wegen im Handelsregister bei Einzelunternehmen und Personenhandelsgesellschaften, ZEV 1994, 71 (zitiert: *Schaub*, ZEV 1994, 71)

Scherer, Inge, Neuregelung für Grundstücksgeschäfte mit einer GbR - Rückschritt auf dem Weg zur Rechtsfähigkeit der GbR, NJW 2009, 3063 (zitiert: *Scherer*, NJW 2009, 3063)

Schilling, Wolfgang, Das Umwandlungsgesetz, 1981 (zitiert: *Schilling*)

Schlegelberger, Handelsgesetzbuch, Kommentar von Geßler, Ernst/Hefermehl, Wolfgang/Hildebrandt, Wolfgang/Martens, Klaus-Peter/Schmidt, Karsten/Schröder, Georg, Band III/1. Halbband, §§ 105 - 160, 5. Aufl. 1992; Band III/2. Halbband, §§ 161 - 177a, 5. Aufl. 1973 - 1992 (zitiert: *Schlegelberger/Bearbeiter*)

Schmidt, Karsten, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002 (zitiert: *K. Schmidt*)

ders., Die Gesellschafterhaftung bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts als gesetzliches Schuldverhältnis, NJW 2003, 1897 (zitiert: *K. Schmidt*, NJW 2003, 1897)

ders., Die Erbengemeinschaft nach einem Einzelkaufmann . Verfassung, Haftung, Umwandlung und Minderjährigenschutz, NJW 1985, 2785 (zitiert: *K. Schmidt*, NJW 1985, 2785)

ders., Gesetzliche Vertretung und Minderjährigenschutz im Unternehmensprivatrecht, BB 1986, 1238 (zitiert: *K. Schmidt*, BB 1986, 1238)

Schmitt, Jochen, Der Begriff der lediglich rechtlich vorteilhaften Willenserklärung i. S. des § 107 BGB, NJW 2005, 1090 (zitiert: *Schmitt*, NJW 2005, 1090)

Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz, Begründet von Scholz, Franz, Band 1, §§ 1 - 34, 10. Aufl. 2006; Band 2, §§ 35 - 52, 10. Aufl. 2007; Band 3, §§ 53 - 85 mit Nachtrag MoMiG, 10. Aufl. 2010 (zitiert: *Scholz/Bearbeiter*)

Schöner, Hartmut/**Stöber**, Kurt, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008 (zitiert: *Schöner/Stöber*)

Schröder, Rudolf/**Bergschneider**, Ludwig, Familienvermögensrecht, 2. Aufl. 2007 (zitiert: *Schröder/Bergschneider*)

Semler, Johannes/Stengel, Arndt, Umwandlungsgesetz (UmwG), Kommentar, 2. Aufl. 2007 (zitiert: *Semler/Stengel/Bearbeiter*)

Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Kommentar, begr. von Hans Theodor Soergel, Hrsg. Siebert, Wolfgang, Band 5/1 Schuldrecht IV/1, §§ 705 - 822, 12. Aufl. 2007; Band 19 Familienrecht 3, §§ 1589 . 1717; Band 20 Familienrecht 4, §§ 1741 . 1921; Band 21 Erbrecht 1, §§ 1922 . 2063; Band 22 Erbrecht 2, §§ 2064 . 2273; jeweils 13. Aufl. 2002 (zitiert: *Soergel/Bearbeiter*)

Spiegelberger, Sebastian, Anmerkung zu BayObLG, DNotZ 1998, 500 (zitiert: *Spiegelberger, DNotZ 1998, 500*)

Stahl, Martina, Minderjährigenschutz im Gesellschaftsrecht und vormundschaftsgerichtliche Genehmigung, 1988 (Europäische Hochschulschriften: Reihe 2, Rechtswissenschaft, Bd. 745); zugl. Diss. Bielefeld, 1987 (zitiert: *Stahl*)

Staub, Hermann, Handelsgesetzbuch, Großkommentar, begr. von Hermann Staub, Hrsg. Canaris, Claus-Wilhelm/Habersack, Mathias/Schäfer, Carsten, 5. Aufl. 2007 (zitiert: *Staub/Bearbeiter*); 4. Aufl. 1983 ff., Hrsg. Canaris, Claus-Wilhelm/Schilling, Wolfgang/Ulmer, Peter (zitiert: *Staub/Bearbeiter 4. Aufl.*)

Staudinger, Julius von, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil §§ 90 - 133 BGB, §§ 1 - 54, 63 BeurkG (Allgemeiner Teil 3 und Beurkundungsverfahren), Neubearb. 2004; Buch 1, Allgemeiner Teil §§ 164 - 240 (Allgemeiner Teil 5), Neubearb. 2004; Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse §§ 705 - 740 (Gesellschaftsrecht), Neubearb. 2003; Buch 4, FamR §§ 1626 - 1631, Anhang zu § 1631, RKEG, §§ 1631a - 1633, Neubearb. 2002; Buch 4, FamR §§ 1773 - 1895, Anhang zu §§ 1773 - 1895, KJHG (Vormundschaftsrecht), Neubearb. 2004; Buch 5, Erbrecht §§ 2064 . 2196 (Testament 1), 2003, (zitiert: *Staudinger/Bearbeiter*)

Stöber, Kurt, Der minderjährige Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft . vormundschaftsgerichtliche Genehmigung, Registeranmeldung und -eintragung, Rpfleger 1968, 2 (zitiert: *Stöber, Rpfleger 1968, 2*)

Stürner, Rolf, Der lediglich rechtliche Vorteil, AcP 173 (1973), 402 (zitiert: *Stürner, AcP 173 (1973), 402*)

Stutz, Michael, Der Minderjährige im Grundstücksverkehr, MittRhNotK 1993, 205 (zitiert: *Stutz, MittRhNotK 1993, 205*)

Sudhoff, Heinrich, Familienunternehmen, Handbuch, begr. von Heinrich Sudhoff, 2. Aufl. 2005 (zitiert: *Sudhoff/Bearbeiter, Familienunternehmen*)

ders., Personengesellschaften, Handbuch, begr. von Heinrich Sudhoff, 8. Aufl. 2005 (zitiert: *Sudhoff/Bearbeiter*, Personengesellschaften)

ders., Unternehmensnachfolge, Handbuch, begr. von Heinrich Sudhoff, 5. Aufl. 2005 (zitiert: *Sudhoff/Bearbeiter*, Unternehmensnachfolge)

Thiele, Rüdiger, Kindervermögensschutz im Personalunternehmensrecht nach dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 13.05.1986, Köln, 1992 (zitiert: *Thiele*)

ders., Die Auswirkungen des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichtes vom 13.05.1986 auf die elterliche Vertretungsmacht im Zusammenhang mit Personalunternehmen, FamRZ 1992, 1001 (zitiert: *Thiele*, FamRZ 1992, 1001)

Tiedtke, Klaus, Unentgeltliche Beteiligung eines Kindes als stiller Gesellschafter, DB 1977, 1064 (zitiert: *Tiedtke*, DB 1977, 1064)

Ulmer, Peter, Testamentsvollstreckung am Kommanditanteil . Voraussetzungen und Rechtsfolgen, NJW 1990, 82 (zitiert: *Ulmer*, NJW 1990, 82)

Weigl, Gerald, Stille Gesellschaft und Unterbeteiligung, 1998 (zitiert: *Weigl*)

Weinbrenner, Christoph, Ergänzungspflegschaft und vormundschafts-/familiengerichtliche Genehmigung bei der Schenkung von KG-Gesellschaftsanteilen an Minderjährige, FPR 2009, 265 (zitiert: *Weinbrenner*, FPR 2009, 265)

Werner, Rüdiger, Beteiligung Minderjähriger an gesellschaftsrechtlichen Transaktionen im Recht der GmbH und GmbH & Co. KG, GmbHR 2006, 737 (zitiert: *Werner*, GmbHR 2006, 737)

Wertenbruch, Johannes, Familiengerichtliche Genehmigungserfordernisse bei der GbR mit minderjährigen Gesellschaftern, FamRZ 2003, 1714 (zitiert: *Wertenbruch*, FamRZ 2003, 1714)

Wesche, Otto, Das Nebeneinander von Vormundschafts- und Familiengericht bei genehmigungspflichtigen Rechtsgeschäften, Rpfleger 2000, 145 (zitiert: *Wesche*, Rpfleger 2000, 145)

Westermann, Harm Peter, Handbuch der Personengesellschaften, Band 1 Loseblatt-Ausgabe (39. Lief., 2007) (zitiert: *Westermann*)

Widmann, Siegfried/Mayer, Dieter, Umwandlungsrecht, Kommentar zur Umwandlung von Unternehmen nach neuestem Handels- und Steuerrecht unter Einbeziehung des ausländischen, vor allem des europäischen Rechts, Loseblattsammlung, 2009, (zitiert: *Widmann/Mayer/Bearbeiter*)

Wiedemann, Herbert, Anteilsumwandlung und Mehrfachbeteiligung in der Personengesellschaft, Festschrift für Wolfgang Zöllner, 1998 (zitiert: *Wiedemann*, FS Zöllner, S. 635 ff.)

ders., Die Haftung des Verkäufers von Gesellschaftsanteilen für Mängel des Unternehmens, Festschrift für Hans Carl Nipperdey, Bd. I, 1965, S. 815 ff. (zitiert: *Wiedemann*, FS Nipperdey)

ders., Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, 1965 (zitiert: *Wiedemann*)

ders., Gesellschaftsrecht, Bd. II Recht der Personengesellschaften, 2004 (zitiert: *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht)

Winkler, Karl, Die Genehmigung des Vormundschaftsgericht zu gesellschaftsrechtlichen Akten bei Beteiligung Minderjähriger, ZGR 1973, 177 (zitiert: *Winkler*, ZGR 1973, 177)

Wojcik, Karl-Philipp, Abschied von der Gesamtbetrachtung bei Schenkung an Minderjährige?, DNotZ 2005, 655 (zitiert: *Wojcik*, DNotZ 2005, 655)

Wolf, Manfred, Die Fortführung eines Handelsgeschäfts durch die Erbengemeinschaft, AcP 181 (1981), 480 (zitiert: *Wolf*, AcP 181 (1981), 480)

Zacharias, Erwin/Hebig, Michael/Rinnewitz, Jürgen, Die atypisch stille Gesellschaft, 2. Aufl. 2000 (zitiert: *Zacharias/Hebig/Rinnewitz*)

Zorn, Dagmar, Die Zuständigkeit des Familiengerichts für die Anordnung der Pflugschaft, FamRZ 2000, 719 (zitiert: *Zorn*, FamRZ 2000, 719)

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

A

- a.A.** andere Ansicht
a.a.O. am angegebenen Ort
a.F. alte Fassung

B

- BayObLG** Entscheidungen des BayObLG in Zivilsachen
Z
BB Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BFH Bundesfinanzhof
BFHE Sammlung der Entscheidungen des BFH
BGBI. Bundesgesetzblatt
BGH Bundesgerichtshof
BGHR Sammlung der BGH- Rechtsprechung in Zivil- und Strafsachen
BGHZ Sammlung der Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
BT-Drucks. Bundestagsdrucksache
BeurkG Beurkundungsgesetz
BVerfG Bundesverfassungsgericht (auch: BVG)
BVerfGE Sammlung der Entscheidungen des BVerfG
BWNotZ Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

D

- DB** Der Betrieb (Zeitschrift)
DNotl-Report Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts
DNotZ Deutsche Notar-Zeitschrift
DStR Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)

E

- EuGH** Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EWiR Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht

F

- FamRZ** Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FGPrax Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (Zeitschrift)

FPR Familie . Partnerschaft . Recht (Zeitschrift)

FuR Familie und Recht (Zeitschrift)

G

GBO Grundbuchordnung

GBV Verordnung zur Durchführung der Grundbuchordnung (Grundbuchverfügung - GBV)

GmbHR GmbH- Rundschau (Zeitschrift)

H

h. M. herrschende Meinung

I

i.d.F. in der Fassung

J

JurBüro Das Juristische Büro (Zeitschrift)

M

MDR Monatsschrift für Deutsches Recht

MittBay-Not Mitteilungen des Bayrischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

MittRh-NotK Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer

N

n.F. neue Fassung

NJ Neue Justiz Zeitschrift für Rechtsentwicklung und Rechtsprechung

NJW Neue Juristische Wochenschrift

NJW-RR Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungsreport

NotBZ Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis

n.rkr. nicht rechtskräftig

O

OLG Oberlandesgericht

OLGR OLG- RechtsprechungsReport

OLGZ Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen

P

PKH Prozesskostenhilfe

R

RNotZ	Rheinische Notarzeitschrift
Rn	Randnummer
RPfleger	Der Rechtspfleger (Zeitschrift)
RpflJb	Rechtspfleger-Jahrbuch
RpflStud.	Rechtspfleger Studienhefte

V

VIZ	Zeitschrift für Vermögens- und Immobilienrecht
------------	--

W

WM	Wertpapiermitteilungen (Zeitschrift)
-----------	--------------------------------------

Z

ZAP	Zeitschrift für die Anwaltspraxis
ZEV	Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZNotP	Zeitschrift für die Notarpraxis

A. Einleitung

I. Aktualität des Themas

Das Gesellschaftsrecht hat im letzten Jahrzehnt vielfältige Änderungen und Neuerungen erfahren. So hat der BGH¹ anerkannt, dass die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) nunmehr als solche die Rechtsfähigkeit (sRechtssubjektivität%) erlangen und eigene Rechte und Pflichten begründen könne, wenn nicht spezielle Gesichtspunkte entgegenstehen%. Die GbR mit einem minderjährigen Gesellschafter kann nunmehr auch Mitglied anderer Gesellschaften² sein, wie z. B. einer Genossenschaft, einer Aktiengesellschaft,³ einer GmbH oder einer GbR.⁴ Beim Erwerb eines Anteils an einer grundbesitzenden GbR durch einen Minderjährigen kommt es zu einer Berichtigung des Grundbuchs hinsichtlich der Angaben der Gesellschafter.⁵ Nach der Entscheidung des BGH vom 07.04.2003⁶ haftet bei einer GbR der neu eintretende Gesellschafter analog § 130 HGB auch mit seinem Privatvermögen für Altverbindlichkeiten, weil es bei der GbR kein Haftungskapital gibt und eine Verschiebung in das Privatvermögen ohne Haftungsfolgen nicht möglich sein soll. Deshalb ist bei Eintritt in eine GbR genau zu prüfen, welche Verbindlichkeiten der GbR bestehen und ob sich der eintretende minderjährige Gesellschafter . im Innenverhältnis . durch eine Haftungsfreistellungsvereinbarung mit den sAltgesellschaftern% abgesichert hat. Bei einer GbR kann nunmehr nach BGH⁷ durch besondere Vereinbarung mit dem jeweiligen Gläubiger (sog. Individualabrede) eine Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen herbeigeführt werden; ob sich der Gläubiger darauf einlassen wird, ist eine andere Frage. Darüber hinaus kann der Minderjährige seit In Kraft treten des Minderjährigenhaftungsbeschränkungsgesetzes⁸ zum 01.01.1999 nun gem. § 1629a BGB eine Haftungsbeschränkung auf den Bestand des bei Eintritt

¹ BGHZ 146, 341 = DNotZ 2001, 234 = NJW 2001, 1056 = Rpfleger 2001, 246.

² BGHZ 116, 86 = NJW 1992, 499 = Rpfleger 1992, 64 = WM 1992, 112.

³ BGHZ 118, 83 = NJW 1992, 2222 = WM 1992, 1225.

⁴ BGH, DNotZ 1998, 908 = NJW 1998, 376 = WM 1997, 2220.

⁵ § 894 BGB, § 47 Abs. 2 GBO, § 15 Abs. 1 Buchst. c GBV. Dazu Scherer, NJW 2009, 3063. Zur Rechtslage bis zum 18.8.2009: OLG Zweibrücken, OLGR Zweibrücken 2008, 868 = FGPrax 2009, 15 = Rpfleger 2009, 17; dazu auch Priester, BB 2007, 837.

⁶ BGHZ 154, 370 = DNotZ 2003, 764 = NJW 2003, 1803 = Rpfleger 2003, 442 = WM 2003, 977; dazu K. Schmidt, NJW 2003, 1897.

⁷ NJW-RR 2006, 683 = WM 2006, 177.

⁸ Vom 25.08.1998 (BGBl I, S. 2487); BT-Drucks 13/5624.

der Volljährigkeit verbundenen Vermögens für die bis dahin begründeten Verbindlichkeiten herbeiführen. Ab 01.09.2009 ist durch das FGG-Reformgesetz die Zuständigkeit des Familiengerichts nun im Hinblick auf die Anordnung der Ergänzungspflegschaft, die Pflegerauswahl und Pflegerbestellung eindeutig geregelt (§ 1909 Abs. 2 BGB, § 151 Nr. 5 FamFG).⁹ Der Begriff *Vormundschaftsgericht* wurde mit dem FGG-Reformgesetz beseitigt.

Die Personengesellschaften sind in der Praxis eine gern verwendete Gesellschaftsform. Diese kann für eine Vielzahl von Vorhaben eingesetzt werden. Die Gründung und der damit verbundene Aufwand sind denkbar gering. Selbst die durch das am 01.11.2008 in Kraft getretene Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)¹⁰ zugelassene Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) erfordert einen höheren Gründungsaufwand. Auch gegenüber einer nach § 2 Abs. 1a GmbHG im vereinfachten Verfahren neu gegründete GmbH ist die Gründung einer Personengesellschaft . selbst mit einem minderjährigen Gesellschafter . wegen der Zahl der beizubringenden Dokumente günstiger (bei GbR keine Dokumente, bei OHG und KG nur Handelsregisteranmeldung, dagegen bei der GmbH Musterprotokoll, s. Anlage zu 2 Abs. 1a GmbHG und die Unterlagen nach § 8 Abs. 1 GmbHG).

Vielen Eltern ist daran gelegen, ihre Gesellschaftsbeteiligung möglichst steuerneutral auf ihre Kinder zu übertragen. Dabei ist der Steuerspareffekt umso höher, je früher mit der Übertragung begonnen wird, was zu der Frage führt, ob nicht eine erste Teilübertragung bereits zu einem Zeitpunkt stattfinden kann, zu dem der Erwerber noch minderjährig ist. Ein Anreiz für eine Gesellschaftsbeteiligung Minderjähriger liegt auch in der steuerlichen Begünstigung der Übertragung von Betriebsvermögen des § 13a ErbStG.¹¹

⁹ BGBl. 2008 I, 2586 (Art. 1 und 50).

¹⁰ BGBl. 2008 I, 2026.

¹¹ *Bürger*, RNotZ 2006, 156.

II. Übersicht über den Gang der Untersuchungen

Aufgabe der vorliegenden Arbeit soll sein, die verschiedenen Möglichkeiten des Erwerbs eines Gesellschaftsanteils durch einen Minderjährigen und die damit zusammenhängenden rechtlichen Probleme darzustellen. Die Arbeit ist im Wesentlichen auf die Untersuchung der Personengesellschaften beschränkt, GmbH und Aktiengesellschaft werden vergleichsweise dargestellt. Zu nennen sind hier zum einen die Außengesellschaften, wie die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die Offene Handelsgesellschaft, sowie die Kommanditgesellschaft und zum anderen die Innengesellschaften wie die Stille Gesellschaft und die Unterbeteiligung.

Entsprechend den verschiedenen Möglichkeiten eines Anteilserwerbs, ist die vorliegende Arbeit in vier große Teile gegliedert. Der Minderjährige kann an einer Gesellschaft entweder dadurch beteiligt werden, dass er an ihrer Gründung teilnimmt (Abschn. B . Seite 9 bis 50), oder aber dadurch, dass er in eine schon bestehende Gesellschaft eintritt. Im letztgenannten Fall gibt es unter Lebenden die Möglichkeiten der Aufnahme eines Minderjährigen in die Gesellschaft als weiteren Gesellschafter (Abschn. C II . Seite 51 bis 76) und zum anderen die Möglichkeit der Übertragung (Abschn. C III . Seite 77 bis 100) bzw. Umwandlung einer Beteiligung (Abschn. D . Seite 102 bis 151). Das Eintreten kann zudem durch Erwerb von Todes wegen geschehen (vgl. Abschn. E . Seite 152 bis 230).

Der Weg zum Gesellschafter ist schwierig und alle Beteiligungsarten bringen rechtliche Probleme mit sich. Zu klären ist im Einzelfall die Frage nach der Form des Beteiligungsvertrages. Zu prüfen ist ferner, wer den Minderjährigen beim Eintritt vertritt, vor allem wenn seine gesetzlichen Vertreter auch an der Gesellschaft beteiligt sind, was häufig der Fall ist. Bei sog. „Familiengesellschaften“ können die Eltern nicht zugleich für sich und ihre Kinder handeln, vielmehr ist ihr Sorgerecht gem. § 1629 Abs. 2 S. 1, § 1795 Abs. 2, § 181 BGB eingeschränkt und ein vom Gericht bestellter Ergänzungspfleger muss in der Regel gem. § 1909 Abs. 1 S. 1 BGB das Kind vertreten. Sollen mehrere Kinder an der Gesellschaft beteiligt werden, so ist zu untersuchen, ob für jedes einzelne Kind ein eigener Ergänzungspfleger zu bestellen ist. Einen Schwerpunkt der Arbeit stellt auch die Frage dar, ob eine familiengerichtliche

Genehmigung erforderlich ist und unter welchen Voraussetzungen sie erteilt werden kann. Letztendlich geht die vorliegende Arbeit noch auf die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen eine der geprüften Normen ein.

Die folgenden Untersuchungen beziehen sich ausdrücklich nur auf die Rechtslage bei Minderjährigkeit eines Gesellschafters. Sofern in der Arbeit von ~~sKindern~~die Rede ist, so sind damit immer nur Kinder gemeint, die noch nicht volljährig, sondern noch minderjährig i. S. von § 2 BGB sind.

III. Motive für den Eintritt eines Minderjährigen in eine Gesellschaft

Die Motive, aus denen minderjährige Kinder an Gesellschaften beteiligt werden, sind vielfältiger Natur.

1. Steuerrechtliche Motive

Fast immer sind steuerrechtliche Gründe, wenn nicht allein ursächlich, so doch jedenfalls mitbestimmend für eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung der Kinder.¹² Das ist seit der Entscheidung des Bundesfinanzhofs vom 22. August 1951¹³ als legitim anerkannt. Nach dieser Entscheidung kann die steuerrechtliche Anerkennung von Familienpersonengesellschaften allein nicht mehr mit der Begründung versagt werden, dass die Gesellschaft erkennbar auch aus steuerlichen oder familiären Gründen errichtet wurde.¹⁴ Für eine Anerkennung muss der Vertrag allerdings zivilrechtlich wirksam abgeschlossen worden sein.

Besonders vorteilhaft stellt sich die Beteiligung Minderjähriger an einer Familienpersonengesellschaft seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts¹⁵ vom 30. Juni 1964 aus ertragsteuerlicher Sicht dar. In dieser Entscheidung hatte das Bundesverfassungsgericht die Unvereinbarkeit der Zusammenveranlagung von Eltern mit ihren Kindern gem. § 27 EStG mit dem in Art. 6 Abs. 1 GG enthaltenen Verbot der Schädigung der Familie festgestellt. Im Bereich der Einkommenssteuer sind Eltern

¹² Überblick bei *Lohse/Triebel*, ZEV 2000, 337, 338.

¹³ BFHE 55, 449 = BStBl. III 1951, 181.

¹⁴ *Langenfeld/Gail*, II Rn. 188, 191, 194ff.; *Hohaus/Eickmann*, BB 2004, 1707, 1708.

¹⁵ AZ: 1 BvL 16-25/62- zu § 27 EStG, BStBl. 1964 I 488.

und Kinder somit getrennt zu veranlagern. Durch die Verlagerung von Einkommen von den Eltern auf ihre Kinder infolge der Übertragung von Gesellschaftsbeteiligungen können so die einkommenssteuerlichen Grundfreibeträge (Grundtabelle 2011 8.11 Euro und Splittingtabelle 2011 16.022 Euro) mehrfach entsprechend der Zahl der Beteiligten ausgenutzt werden.¹⁶ Auch kann durch die Verlagerung von Einkommen von Eltern auf Kinder mitunter der Steuersatz der Eltern auf eine niedrigere Stufe zurückgeführt werden. Aufgrund des progressiv verlaufenden Einkommensteuertarifs entsteht ein Progressionsvorteil.¹⁷ Durch die Beteiligung der Kinder lässt sich eine Art „Familiensplitting“¹⁸ erreichen, so dass unter dem Strich für den Familienverband weniger Steuern gezahlt werden müssen.

Durch die frühzeitige Übertragung der Mitgliedschaft an einer Familiengesellschaft im Wege der vorweggenommenen Erbfolge lassen sich zudem auf dem Gebiet der Schenkung- und Erbschaftsteuer signifikante Einsparungen erzielen. Die lebzeitige Zuwendung von Gesellschaftsanteilen löst eine Schenkungsteuer gem. § 1 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG aus, die zwar so hoch ist wie die Erbschaftsteuer gem. § 1 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG, allerdings lässt sich eine Steuerersparnis durch eine geplante und gezielte Ausnutzung der schenkungsteuerlichen Freibeträge erreichen. Gem. § 14 Abs. 1 ErbStG besteht die Möglichkeit, in einem Turnus von 10 Jahren die Schenkungsfreibeträge (Freibetrag nach § 16 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG i. H. von 400.000 Euro je Kind/je Elternteil) so oft wie möglich auszunutzen.¹⁹ Aber auch wenn die Freibeträge überschritten werden, können aufgrund der Tarifprogression gem. § 19 Abs. 1 ErbStG Steuerersparnisse eintreten.²⁰ Als weitere Vergünstigung sind in diesem Zusammenhang noch der Verschonungsabschlag und der Abzugsbetrag nach § 13 a Abs. 1 und 2 ErbStG (für den Ansatz von Betriebsvermögen, von Betrieben der Land- und Forstwirtschaft und Anteile an Kapitalgesellschaften) zu nennen, der sich für den Beschenkten schenkungsteuerlich ebenfalls günstig auswirkt.²¹

¹⁶ Sudhoff/Winkler, Familienunternehmen, § 9 Rn. 34ff.; Lohse/Triebel, ZEV 2000, 337, 338.

¹⁷ Brox, S. 75.

¹⁸ Autenrieth, DStZ 1992, 86; Limmer, ZFE 2004, 40; Reimann, DNotZ 1999, 179.

¹⁹ Sudhoff/Winkler, Familienunternehmen, § 9 Rn. 34.

²⁰ Brox, S. 75; Hennerkes/Kirchdörfer, S. 716.

Zudem ist zu beachten, dass Wertsteigerungen im Gesellschaftsvermögen, die sich zwischen der Übertragung von Gesellschaftsanteilen zu Lebzeiten und dem Tod des Unternehmers vollziehen, bei der vorweggenommenen Erbfolge gem. § 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG erbschaftsteuerlich unberücksichtigt bleiben.²²

2. Allgemeine (zivilrechtliche) Motive

Aber auch Überlegungen außerhalb des Steuerrechts können im Einzelfall eine Beteiligung Minderjähriger motivieren. Aus unternehmerischer Sicht kann die Beteiligung von Minderjährigen ein geeigneter Weg sein, einen Generationenwechsel in der Unternehmensnachfolge vorzubereiten.²³ Für jedes Unternehmen stellt der Tod des bisherigen Inhabers einen bedeutsamen Einschnitt dar. Für den Bestand eines Unternehmens ist es wichtig, dass spätestens nach dem Tode des alten Inhabers ein fachkundiger und mit dem Unternehmen vertrauter Nachfolger die Geschäftsführung übernimmt. Durch eine Kombination erbrechtlicher und gesellschaftsvertraglicher Regelungen kann eine bereits zu Lebzeiten des Unternehmers wirksame Nachfolgeregelung getroffen werden, die dem Unternehmensinhaber einerseits weiterhin Einfluss auf das Unternehmen sichert, andererseits aber eine allmähliche Übertragung von Verantwortlichkeit auf die nächste Generation ermöglicht und die Kontinuität in der Fortführung für den Fall eines plötzlichen Todes gewährleistet. Für eine Beteiligung des Juniors im Wege der vorweggenommenen Erbfolge bieten sich die Rechtsformen der stillen Gesellschaft, der Unterbeteiligung sowie der Kommanditgesellschaft an. Die jungen Gesellschafter erhalten bei diesen Gesellschaftsformen eine Rechtsstellung, bei der ihre Einwirkung auf die Geschicke der Gesellschaft weitgehend ausgeschlossen ist. Allerdings können einem jungen Kommanditisten, falls der Gesellschaftsvertrag eine entsprechende Regelung enthält, Aufgaben in der Geschäftsführung zugewiesen werden, die mit der Zeit auch ausgebaut werden können.²⁴ Zusätzlich kann eine gesellschaftsvertragliche Nachfolgeklausel und eine entsprechende testamentarische Regelung dahin getroffen werden, dass der Junior

²¹ *Reimann*, DNotZ 1999, 179; *Sudhoff/Honert/Neumayer*, Familienunternehmen, § 37 Rn. 53 (zum alten Recht vor 2009).

²² *Stahl*, S. 44.

²³ *Lohse/Triebel*, ZEV 2000, 337, 338; *Hohaus/Eickmann*, BB 2004, 1707; *Oelers*, MittRhNotK 1992, 69.

beim Tode des Seniors dann dessen Gesellschafterstellung erwerben kann.²⁵ Zu beachten ist allerdings, dass derartige unternehmerische Überlegungen allenfalls auf ältere Minderjährige zutreffen können.

Aus Sicht der Eltern kann eine Beteiligung ihrer minderjährigen Kinder an einer Gesellschaft auch aus dem Grunde geboten sein, um das eigene Vermögen in den Händen der Familie zu erhalten²⁶ und den Unterhalt der Kinder für die Zukunft sicherzustellen²⁷. Neben der Existenzsicherung von Familienmitgliedern durch die Übertragung einer Einkunftsquelle und der Überleitung des Vermögens auf die nachfolgende Generation (im Wege der vorweggenommenen Erbfolge bzw. als Ausstattung aus dem Elternvermögen i. S. von § 1624 BGB) kann die Übertragung von Gesellschaftsbeteiligungen auch dazu dienen, aus haftungsrechtlichen Gründen Vermögen auf die Kinder zu verlagern.²⁸ Unter Umständen wird ein Minderjähriger auch mit der Absicht an einem Unternehmen beteiligt, den 10-Jahres-Turnus des § 2325 Abs. 3 BGB zu nutzen, um den Pflichtteil weichender Erben möglichst gering zu halten.²⁹

IV. Mögliche Nachteile der Mitgliedschaft Minderjähriger in einer Gesellschaft

Oftmals spielen steuerrechtliche Überlegungen bei der Aufnahme eines Minderjährigen in eine Personengesellschaft eine Rolle, insbesondere hinsichtlich möglicher Ersparnisse von Erbschaft- und Einkommensteuer. Im Spannungsfeld von Zivilrecht und Steuerrecht ist stets abzuwägen, ob es sinnvoll ist, wenn Minderjährige an einer Gesellschaft, insbesondere Familiengesellschaft beteiligt werden. Der Minderjährige kann sich nämlich künftig anders entwickeln, als ihre Eltern es sich vorstellen, z. B. einen anderen Berufsweg wählen oder angesichts der neuen - besseren - Vermögenssituation einen anderen Lebensstil oder eine veränderte Lebenseinstellung annehmen. Zu bedenken ist auch, dass zivilrechtliche Folgen der Aufnahme eines Minderjährigen in eine Personengesellschaft nur schwer umkehrbar sind. Selbst die Ver-

²⁴ BGH, BB 1976, 526 = NJW 1976, 1451 = WM 1976, 446; Sudhoff/Hübner, Unternehmensnachfolge, § 71 Rn. 1, 6.

²⁵ Stahl, S. 41, 42.

²⁶ Hohaus/Eickmann, BB 2004, 1707.

²⁷ Brox, S. 75.

²⁸ Stahl, S. 42, 43.

einbarung von Rücktrittsgründen ändert an dieser Situation nichts, weil wegen der Vielfalt der Lebensumstände die Widerrufsgründe kautelarjuristisch schwierig zu formulieren sind. Da ein Widerruf wegen groben Undanks nach § 530 BGB ein bestimmtes Maß an Schwere und einen erkennbaren Mangel an Dankbarkeit voraussetzt, greift diese Widerrufsmöglichkeit nur in seltenen Fällen.

Die Gefahren, die mit der im Grundsatz unbeschränkten elterlichen Vertretungsmacht für den Minderjährigen verbunden sind, werden zwar mit der Vorschrift des § 1629a BGB über die Beschränkung der Minderjährigenhaftung gemildert. Der Minderjährige kann grundsätzlich bei Eintritt der Volljährigkeit die Gesellschaft gem. § 723 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 BGB aus wichtigem Grund fristlos kündigen oder nach § 1629a BGB eine Haftungsbeschränkung auf den Bestand des bei Eintritt der Volljährigkeit verbundenen Vermögens für die bis dahin begründeten Verbindlichkeiten herbeiführen. Auch wenn für den Fall der Kündigung die Fortsetzung der GbR unter den übrigen Gesellschaftern vereinbart worden ist, birgt die Kündigungsmöglichkeit für die übrigen Gesellschafter Unsicherheiten, ist doch oft das Ausscheiden aus der Gesellschaft mit einem Abfindungsanspruch des Ausscheidenden verbunden (§ 738 Abs. 1 S. 2 BGB), dessen Realisierung zu Liquiditätsengpässen bei der Gesellschaft führen kann.

Zu gewissen Rechtshandlungen der Gesellschaft bedarf das Handeln des gesetzlichen Vertreters des Minderjährigen der Zustimmung des Familiengerichts, was für die Gesellschafter bzw. den Rechtsverkehr erschwerend wirken kann.

²⁹ Sudhoff/Winkler, Familienunternehmen, § 9 Rn. 35; Reimann, DNotZ 1999, 179.

B. Gründung von Gesellschaften unter Beteiligung Minderjähriger

I. Gründungsvertrag

Der Eintritt eines Minderjährigen kann sich durch Gründung einer neuen Gesellschaft vollziehen. Bei den Grundtypen der Personengesellschaften (GbR, OHG, KG) müssen immer mindestens zwei gründungswillige Personen vorhanden sein.³⁰ Dagegen können die Kapitalgesellschaften GmbH und AG nach heutiger Rechtslage auch durch eine Einzelperson gegründet werden (§ 1 GmbHG, § 2 AktG).³¹ An der Gründung einer KG auf Aktien (KGaA) müssen sich mindestens ein persönlich haftender Gesellschafter und mindestens ein Kommanditaktionär beteiligen (§ 278 Abs. 1 AktG).

1. Personengesellschaften

a. Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts wird durch Abschluss eines Gesellschaftsvertrages i. S. von § 705 BGB gegründet. Ein solcher Gesellschaftsvertrag ist ein Vertrag, durch den sich zwei oder mehr Gesellschafter³² gegenseitig dazu verpflichten, einen gemeinsamen Zweck durch Beitragsleistung oder in sonstiger, vertraglich vereinbarter Weise zu fördern. Ohne den Abschluss eines Gesellschaftsvertrages oder eines vergleichbaren Rechtsgeschäfts kann eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht entstehen. Die Aufnahme der Tätigkeit der Gesellschaft allein genügt nicht für die Entstehung der Gesellschaft,³³ liegt aber regelmäßig zumindest konkludent vor. Die Gesellschaft darf kein Handelsgewerbe i. S. des § 1 Abs. 1 HGB unter gemeinsamer Firma betreiben. Für den Betrieb eines Handelsgewerbes sieht das Gesetz zwingend die Rechtsform der Personenhandelsgesellschaft vor. Dies gilt nicht für kleingewerbliche Betriebe i. S. von § 105 Abs. 2 S. 1 und Abs. 2 HGB, für land- und forstwirtschaftliche und vermögensverwaltende Gesellschaften, die nur bei Eintragung in das Handelsregister Personenhandelsgesellschaften werden. Entsprechen-

³⁰ Sudhoff/*van Randenborgh*, Personengesellschaften, § 1 Rn. 7.

³¹ Sudhoff/*van Randenborgh*, Personengesellschaften, § 1 Rn. 7.

³² Ganz h.M.; MüKo-BGB/*Ulmer*, § 705 Rn. 20; Erman/*Westermann*, § 705 Rn. 17; für Zulassung einer Einmann-Personengesellschaft *Baumann*, BB 1998, 225 ff.

³³ MAH/*Gummert/Johannson*, § 2 Rn. 7.

des gilt für freiberufliche Gesellschaften in Abgrenzung zur Partnerschaft i. S. des Gesetzes über Partnerschaftsgesellschaft Angehöriger Freier Berufe.³⁴ Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts besteht, sofern die Gesellschaft nicht als Partnerschaft nach §§ 1 ff. PartGG in das Partnerschaftsregister eingetragen wird.

Die Entstehung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts setzt keine Eintragung in ein Register oder den Beginn einer Geschäftstätigkeit voraus.

b. OHG und KG

Für die Entstehung einer OHG und KG ist ebenfalls der Abschluss eines Gesellschaftsvertrags unerlässlich. Es handelt sich dabei um einen Vertrag i. S. von § 705 BGB. Es gelten die allgemeinen Regeln des BGB zum Vertragsschluss (§§ 145 ff. BGB).³⁵ Auch in der OHG und KG besteht für alle Gesellschafter die Pflicht, den Gesellschaftszweck zu fördern. Der gemeinsame Zweck muss der Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma sein, wobei im Unterschied zur KG bei der OHG keine Haftungsbeschränkung für die Gesellschafter vereinbart werden kann. Der einer OHG beitretende Gesellschafter bzw. der Komplementär einer KG erbringt bereits schon durch die Übernahme der gesetzlichen Haftung des § 128 i. V. mit § 161 HGB eine Beitragsleistung.³⁶ Der Beitrag des Kommanditisten (Einlage i. S. von §§ 161, 171 HGB) und gegebenenfalls weitere Beiträge des Komplementärs werden im Gesellschaftsvertrag festgesetzt.³⁷

Die Gesellschaft entsteht im Innenverhältnis bereits mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages oder einem späteren im Gesellschaftsvertrag genannten Zeitpunkt. Für die Entstehung der Gesellschaft im Verhältnis zu Dritten bedarf es einer Kundgebung nach außen. Gem. § 123 Abs. 1 HGB entsteht die Gesellschaft im Außenverhältnis grundsätzlich im Zeitpunkt der Eintragung ins Handelsregister. Die Entstehung im Außenverhältnis wird aber gem. § 123 Abs. 2 HGB auf den Zeitpunkt des Geschäftsbeginns vorverlegt, wenn die Gesellschaft ihre Geschäfte schon vor

³⁴ BGBl. 1994 I, 1744.

³⁵ Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch, § 105 Rn. 39; Staub/Ulmer (4. Aufl.), § 105 Rn. 145, 156.

³⁶ Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch, § 105 Rn. 13.

der Eintragung beginnt. Eine Ausnahme besteht allerdings für Kleingewerbe, land- und forstwirtschaftliche Unternehmen und Vermögensverwaltungsgesellschaften, bei denen die Handelsregistereintragung konstitutiv wirkt.³⁸

2. Kapitalgesellschaften

a. GmbH

Gesellschaften mit beschränkter Haftung können nach Maßgabe der Bestimmungen des GmbHG zu jedem gesetzlich zulässigen Zwecke durch eine oder mehrere Personen errichtet werden. Zur Gründung einer GmbH stehen mehrere Wege offen. Schließen die Gründer den Weg der GmbHG ein, haben sie die Wahl zwischen der Gründung im sog. vereinfachten Verfahren (§ 2 Abs. 1 GmbHG) und der Gründung auf normalem Weg. Der andere Weg zu einer GmbH führt über die Umwandlung eines bereits in einer anderen Rechtsform betriebenen Unternehmens oder anderen Rechtsträgers (vgl. § 3 UmwG) in eine GmbH (vgl. Näheres Abschn. D III . Seite 120 ff.).

b. Aktiengesellschaft

Eine Aktiengesellschaft gelangt auf mehrere Arten zur Entstehung. Klassischerweise einmal im Wege der Gründung nach §§ 23 ff. AktG und zwar als Bargründung (bei der die Gründer auf die von ihnen übernommenen Aktien Bareinlagen erbringen) oder als Sachgründung (bei der die Gründer die Aktien gegen Sacheinlagen übernehmen). Erst mit der Handelsregistereintragung wird die Aktiengesellschaft zur juristischen Person. Die Gesellschaftsform AG kann auch durch Umwandlung eines Rechtsträgers nach dem Umwandlungsgesetz erreicht werden. Häufigster Fall ist hierbei der Formwechsel (vgl. Näheres Abschn. D III . Seite 120 ff.).

II. Form des Gesellschaftsvertrags

1. Personengesellschaften

Der auf die Gründung einer Personengesellschaft gerichtete Vertrag bedarf im Unterschied zu anderen Gründungsverträgen von Personenverbänden (vgl. § 2 Abs. 1

³⁷ MüKo-HGB/*Grunewald*, § 161 Rn. 1.

³⁸ MüKo-HGB/*Grunewald*, § 161 Rn. 10.

S. 1 GmbHG, § 23 Abs. 1 S. 1 AktG, § 5 GenG) keiner Form.³⁹ Der Gründungsvertrag kann daher auch konkludent geschlossen werden. Regelmäßig liegt der Gründung einer Gesellschaft aber eine ausdrückliche Vereinbarung zugrunde. Darüber hinaus ist es aus Gründen der Klarheit und der Beweissicherung ratsam, einen schriftlichen Gesellschaftsvertrag abzufassen.⁴⁰ Notarielle Beurkundung (§ 128 BGB) bzw. öffentliche Beglaubigung (§ 129 BGB) der Erklärungen der Gründungsgesellschafter ist nicht erforderlich; ggf. ist wegen des dem Grundbuchamt gegenüber zu erbringenden Nachweises der Vererblichkeit und Übertragbarkeit des Anteils an einer GbR bzw. der Geschäftsführungsbefugnis einer Person bei einer GbR die Einhaltung der grundbuchverfahrensrechtlichen Form des § 29 GBO bei einer grundbesitzenden GbR empfehlenswert. Zu bedenken ist nämlich, dass sich der Gutglaubensschutz des § 899a BGB⁴¹ nunmehr auch auf die eingetragenen Gesellschafter bzw. den eingetragenen Gesellschafterbestand erstreckt.⁴²

Das Formerfordernis kann sich auch aus Vorschriften außerhalb des Rechts der Personengesellschaft ergeben. In allen Fällen, in denen eine besondere Form erforderlich ist, bedarf der ganze Gesellschaftsvertrag dieser Form, nicht nur das formbedürftige Leistungsversprechen.⁴³ Der Gesellschaftsvertrag bedarf somit der notariellen Beurkundung, wenn sich ein Gesellschafter verpflichtet, sein ganzes Vermögen oder ein Bruchteil desselben (§ 311 b Abs. 3 BGB), ein Grundstück (§ 311 b Abs. 1 S. 1 BGB) oder den Geschäftsanteil an einer GmbH (§ 15 Abs. 4 S. 1 GmbH) einzubringen.

Personengesellschaften werden häufig zum Zweck des Erwerbs, der Verwaltung und der Verwertung von Grundstücken errichtet. Inwiefern die Gründung einer solchen Gesellschaft der notariellen Form bedarf, hängt von der jeweiligen Gestaltung ab. § 311b Abs. 1 S. 1 BGB findet Anwendung, wenn auch nur einer der Gesellschafter im Zusammenhang mit seiner Beteiligung an der Gesellschaft eine Veräußerungs-

³⁹ *Westermann*, § 5 Rn. 121; *BeckPersGes-HB/Sauter*, § 2 Rn. 73; *Czeguhn/Dickmann*, *FamRZ* 2004, 1534.

⁴⁰ H. M.; vgl. etwa *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch*, § 105 Rn. 44.

⁴¹ Neu geschaffen durch ERVGBG v. 17.06.2009 (BGBl. 2009 I S. 2713).

⁴² Dazu *Scherer*, *NJW* 2009, 3063; *Heinze*, *RNotZ* 2010, 289; *Albers*, *ZfIR* 2010, 705.

⁴³ *RGZ* 50, 163, 168 f.; 97, 219, 220.

oder Erwerbspflicht in Bezug auf ein Grundstück oder einen Miteigentumsanteil daran übernimmt. Nach h. M.⁴⁴ sind Gesellschaftsverträge beurkundungspflichtig, deren Zweck im Erwerb oder der Veräußerung eines konkreten oder zumindest aus einem bestimmten Kreis konkretisierbaren Grundstücks besteht. Von Bedeutung ist dies beispielsweise, wenn die Gesellschaft gegründet wird, bevor ein konkretes Grundstück zum Erwerb ansteht, oder wenn die Gesellschafter die zu verwaltenden und zu verwertenden Grundstücke nicht in das Gesellschaftsvermögen einbringen, sondern beispielsweise außerhalb der Gesellschaft, sei es in Alleineigentum, sei es in Rechtsgemeinschaft halten.⁴⁵ Demgegenüber unterliegt ein Gesellschaftsvertrag, als dessen Zweck der Erwerb, die Verwaltung und die Verwertung von Grundstücken nur allgemein angegeben ist, nicht dem Formzwang des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB.⁴⁶

Die notarielle Form ist dann erforderlich, wenn der Gesellschaftsvertrag ein Schenkungsversprechen enthält (§ 518 Abs. 1 S. 1 BGB).⁴⁷ Das Schenkungsversprechen kann in der unentgeltlichen Zuwendung einer Beteiligung als Gesellschafter einer GbR, OHG oder KG liegen. Dass der Anteil an einer Personengesellschaft Gegenstand einer Schenkung sein kann, ist spätestens seit der sog. „Benteler“-Entscheidung des BGH⁴⁸ vom 02.07.1990 anerkannt. Die Einräumung der Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters stellt aber im Hinblick auf seine Tätigkeitspflichten und die Übernahme der persönlichen Haftung in der Regel keine - auch nur gemischte - Schenkung dar.⁴⁹ Anders ist dies bei Kommanditeilen, vgl. die „Benteler“-Entscheidung des BGH. Bei der unentgeltlichen Zuwendung einer Kommanditbeteiligung entfallen die Verpflichtungen, die zur Annahme einer Gegenleistung beim persönlich haftenden Gesellschafter veranlasst haben, sofern die Beteiligung des Kommanditisten dem gesetzlichen Vorbild entsprechend ausgestaltet ist.⁵⁰ Der Kommanditist ist im Regelfall nicht zur Geschäftsführung verpflichtet; bei ihm steht die kapi-

⁴⁴ BGH, NJW-RR 1991, 613, 614 = DStR 1991, 622 m. Anm. Ge; dazu K. Schmidt, JuS 1991, 690; BeckPersGes-HB/Sauter § 2 Rn. 79; MüKo-BGB/Ulmer (4. Aufl.), § 705 Rn. 38.

⁴⁵ BeckPersGes-HB/Sauter, § 2 Rn. 79.

⁴⁶ Palandt/Grüneberg, § 311 b Rn. 9; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch, § 105 Rn. 45; BeckPersGes-HB/Sauter, § 2 Rn. 79; Czeguhn/Dickmann, FamRZ 2004, 1534.

⁴⁷ Westermann, § 5 Rn. 125 b.

⁴⁸ BGHZ 112, 40 = DNotZ 1991, 819 = NJW 1990, 2616, K. Schmidt, BB 1990, 1992; BeckPersGes-HB/Sauter, § 2 Rn. 86.

⁴⁹ BGH, WM 1965, 359; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch, § 105 Rn. 51.

⁵⁰ BGHZ 112, 40 = DNotZ 1991, 819 = NJW 1990, 2616.

talmäßige Beteiligung im Vordergrund. Er ist bei erbrachter Einlage nicht persönlich haftbar. Wenn allerdings eine formbedürftige Schenkung vorliegt, wird der Formmangel durch den Vollzug der Schenkung nach § 518 Abs. 2 BGB geheilt. Der Vollzug der Schenkung ist nach der Rechtsprechung⁵¹ bei Außengesellschaften bereits mit Abschluss des Gesellschaftsvertrags anzunehmen, da dadurch die gesamthänderische Beteiligung des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen bewirkt wird.

Bei Innengesellschaften kommt es nicht zu einer derartigen Rechtsverschaffung, so dass eine Heilung nach § 518 Abs. 2 BGB nicht eintritt, selbst wenn die Beteiligung durch Gutschrift in den Handelsbüchern der Gesellschaft realisiert wurde. Eine bloße Einbuchung⁵² genügt nicht.

Einen Sonderfall stellt die stille Beteiligung dar. Auch das Versprechen der Schenkung einer stillen Beteiligung bedarf der Form des § 518 BGB. Dies gilt auch für die schenkweise Begründung einer Beteiligung selbst, weil der stille Gesellschafter nur schuldrechtliche Ansprüche hat und nicht am Gesamthandsvermögen dinglich beteiligt ist; eine Heilung nach § 518 Abs. 2 BGB tritt daher erst mit Erfüllung ein.⁵³

Über die gesetzlichen Formerfordernisse hinaus können die Parteien die Form des Gesellschaftsvertrages durch Rechtsgeschäft bestimmen.⁵⁴ Sie können die Beurkundung (§ 128 BGB) oder öffentliche Beglaubigung (§ 129 BGB) oder den schriftlichen Abschluss des Vertrags (§ 126 BGB) vereinbaren.

Die Verpflichtung zur Anmeldung der OHG und KG zur Eintragung in das *Handelsregister* nach §§ 106, 162 HGB umfasst nicht die Beifügung eines Gesellschaftsvertrags in schriftlicher Form.⁵⁵

⁵¹ BGHZ 112, 40 = DNotZ 1991, 819 = NJW 1990, 2616; Staub/*Ulmer* (4. Aufl.), § 105 Rn. 177; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Wertenbruch*, § 105 Rn. 51.

⁵² K. Schmidt, BB 1986, 1238.

⁵³ BGHZ 7, 174, 179, 180.

⁵⁴ MAH/*Gummert/Johansson*, § 2 Rn. 60.

⁵⁵ MAH/*Gummert/Johansson*, § 3 Rn. 325.

OHG und KG sind im *Grundbuch* mit ihrer Firma und Sitz sowie ihrem Rechtsformzusatz zu bezeichnen (§ 15 Abs. 1 Buchst. b GBV, § 19 Abs. 1 HGB). Beide Gesellschaften sowie die GbR sind grundbuchfähig. Bei OHG und KG ist die Angabe eines Gemeinschaftsverhältnisses bzw. der Gesellschafter im Grundbucheintrag nicht zulässig. Die GbR ist im Grundbuch als solche einzutragen, allerdings sind gemäß § 47 Abs. 2 S. 1 GBO i. V. mit § 15 Abs. 1 Buchst. c GBV auch die Gesellschafter mit einzutragen.⁵⁶ Unzulässig ist seit dem 18.08.2009⁵⁷ die Eintragung einer GbR allein unter ihrem Namen ohne Nennung der Gesellschafter.⁵⁸

2. Kapitalgesellschaften

Kapitalgesellschaften sind gem. § 2 Abs. 1 S. 1 GmbHG und § 23 Abs. 1 S. 1 AktG zu notariellem Protokoll zu gründen. Zusätzliche Formerfordernisse sind nur dann zu beachten, wenn der Gesellschaftsvertrag ein formbedürftiges Leistungsversprechen eines Gesellschafters enthält oder wenn der Gesellschaftsvertrag untrennbar mit einem formbedürftigen Vertrag verbunden ist.⁵⁹

III. Vertretung des Minderjährigen

1. Handeln des gesetzlichen Vertreters - Erforderlichkeit und Grenzen

a. Gesetzliche Vertretung durch die Eltern

Ein Kind, das nicht das siebente Lebensjahr vollendet hat, ist gem. § 104 Nr. 1 BGB geschäftsunfähig. Seine Willenserklärungen sind gem. § 105 Abs. 1 BGB nichtig. Einem solchen Minderjährigen ist es damit unmöglich, die zum Abschluss des Gründungsvertrages notwendige Willenserklärung abzugeben. An seiner Stelle muss der gesetzliche Vertreter handeln.

Zwischen vollendetem siebten und vollendetem achtzehnten Lebensjahr (§§ 2, 104 Nr. 1 BGB) ist der Minderjährige nach § 106 BGB beschränkt geschäftsfähig. Seine

⁵⁶ Scherer, NJW 2009, 3063; Böttcher, ZfIR 2009, 613; Rebhan, NotBZ 2009, 445; Gutachten DNotl-Report 2010, 145.

⁵⁷ Inkrafttreten des ERVGBG (BGBl. 2009 I, 2713) hinsichtlich der neuen Vorschriften § 899a BGB, § 47 Abs. 2, § 82 S. 3 GBO, § 15 Abs. 1 Buchst. c GBV.

⁵⁸ Verfügt heute eine solche GbR, kommt eine Ergänzung des Grundbuchs um die Gesellschafter in Form einer Richtigstellung in Betracht, so OLG München, DNotZ 2010, 691 = FGPrax 2010, 179.

Willenserklärungen sind wirksam, wenn sie entweder lediglich rechtlich vorteilhaft sind oder mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters abgegeben werden (§§ 107, 108 BGB). Anstatt in die Willenserklärung des beschränkt Geschäftsfähigen einzuwilligen, kann der gesetzliche Vertreter auch selbst in dessen Namen handeln. Während beim noch nicht Siebenjährigen die Vertretung unumgänglich ist, besteht bei dem älteren Minderjährigen ein Wahlrecht, ob er selbst als Handelnder auftritt oder für ihn sein gesetzlicher Vertreter.⁶⁰

Gesetzlicher Vertreter des Kindes sind im Regelfall seine Eltern gem. § 1626 Abs. 1, § 1629 Abs. 1 BGB. Die Vertretung ist Ausdruck der elterlichen Sorge. Das Vertretungsrecht der Eltern kann nicht weiter gehen als deren Sorgerecht.⁶¹ Bei der Aktivvertretung gilt gem. § 1629 Abs. 1 S. 2 BGB das Prinzip der Gesamtvertretung.⁶² Dies gilt aber nur, wenn beide Eltern die Sorge innehaben. Das wiederum ist grundsätzlich der Fall, wenn die Eltern miteinander verheiratet sind. Bei der Vertretung nichtehelicher Kinder ist § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB zu beachten, wonach die Eltern des Kindes, die bei der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet waren, nur dann gemeinsam sorgeberechtigt sind, wenn sie erklärt haben, die Sorge gemeinsam übernehmen zu wollen oder später einander heiraten (§ 1626a Abs. 1 Nr. 2 BGB).

Das Gesetz selbst ordnet für bestimmte Fälle Ausnahmen vom Gesamtvertretungsrecht an. Entsprechend dem Grundsatz, dass das Vertretungsrecht nicht weiter gehen kann als das elterliche Sorgerecht, ist bei alleiniger elterlicher Sorge eines Elternteils nur dieser vertretungsbefugt (§ 1629 Abs. 1 S. 3 1. Alt. BGB). Allein sorgeberechtigt ist nach § 1626a Abs. 2 BGB grundsätzlich die Mutter für das nichteheliche Kind, der Vater nach § 1672 BGB nur ausnahmsweise auf Antrag. Sind nicht miteinander verheiratete Eltern nach § 1626a Abs. 1 BGB gemeinsam sorgeberechtigt und leben sie nicht nur vorübergehend getrennt, kann der Mutter oder dem Vater nach § 1671 BGB auf Antrag das Alleinsorgerecht übertragen werden. Bei ehelichen

⁵⁹ Z. B. Einbringung eines Grundstücks in das Gesellschaftsvermögen und damit Beachtung der Form des § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB und der Auflassungsform nach § 925 BGB.

⁶⁰ *Stutz*, MittRhNotK 1993, 205, 206.

⁶¹ *AnwK-BGB/Kaiser*, § 1629 Rn. 5.

Kinder kommt das alleinige Sorgerecht eines Elternteils in Betracht, wenn dem anderen Elternteil die elterliche Sorge ganz oder teilweise entzogen worden ist (§§ 1666, 1666a, § 1680 Abs. 3, § 1696 BGB) oder wenn die Eltern nicht nur vorübergehend getrennt leben und einem Elternteil auf Antrag die alleinige elterliche Sorge übertragen worden ist (§ 1671 BGB). Von Gesetzes wegen wird ein Elternteil allein sorgeberechtigt, wenn der andere Elternteil stirbt oder für tot erklärt wird (§ 1680 Abs. 1, § 1681 Abs. 1 BGB). Einem bis dahin nicht sorgeberechtigten Elternteil kann das alleinige Sorgerecht nach § 1680 Abs. 2 und 3, § 1696 BGB durch das Familiengericht übertragen werden.

Weitergehend eröffnet das Gesetz die Möglichkeit einer Einzelvertretung ausnahmsweise auch dann, wenn beide Elternteile sorgeberechtigt sind. Hat das Familiengericht die Entscheidungskompetenz wegen Uneinigkeit der Eltern in einzelnen Angelegenheiten nach § 1628 BGB einem Elternteil übertragen, ist dieser nach § 1629 Abs. 1 S. 3 2. Alt. BGB auch allein vertretungsbefugt. Eine Alleinentscheidungskompetenz hat ein Elternteil auch dann, wenn das Sorgerecht des anderen Elternteils ruht, weil dieser geschäftsunfähig oder beschränkt geschäftsfähig ist oder weil er die elterliche Sorge auf längere Zeit tatsächlich nicht ausüben kann (§§ 1673 - 1675, 1678, 1751 Abs. 1 S. 1 BGB).

Bei getrennt lebenden Eltern mit gemeinsamem Sorgerecht ist der Elternteil, bei dem sich das Kind mit Einwilligung des anderen Elternteils oder aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung gewöhnlich aufhält, gem. § 1687 Abs. 1 S. 2 BGB zur alleinigen Ausübung der elterlichen Sorge in Angelegenheiten des täglichen Lebens berechtigt. Besucht das Kind den nicht betreuenden Elternteil im Rahmen des Umgangsrechts aus § 1684 Abs. 1 BGB hat der Besuchselternteil gem. § 1687 Abs. 1 S. 4 BGB das Alleinentscheidungsrecht in Angelegenheiten der tatsächlichen Betreuung. Die Befugnis zur tatsächlichen Betreuung umfasst aber nicht das Recht, das Kind zu vertreten. Insoweit besteht nur ein Notvertretungsrecht gem. § 1687 Abs. 1 S. 5 i. V. mit § 1629 Abs. 1 S. 4 BGB.⁶³ Der Abschluss eines Gesellschaftsvertrages fällt nicht un-

⁶² *Bengsohn/Ostheimer*, Rpfleger 1990, 189, 190.

⁶³ *Palandt/Diederichsen*, § 1687 Rn. 13; *PWW/Ziegler*, § 1687 Rn. 11.

ter die Angelegenheiten des täglichen Lebens bzw. der tatsächlichen Betreuung, so dass nur eine Gesamtvertretung in Betracht kommt.

Die Eltern können sich zudem gegenseitig zur Einzelvertretung bevollmächtigen.⁶⁴ Die Bevollmächtigung des anderen Elternteils ist nicht nur unter gemeinsam sorgeberechtigten und damit gesamtvertretungsbefugten Eltern zulässig; ebenso kann der allein sorgeberechtigte und damit allein vertretungsbefugte Elternteil den nicht sorgeberechtigten Elternteil bevollmächtigen, die Willenserklärung zur Gründung einer Gesellschaft im Namen des Kindes abzugeben.⁶⁵ Nach anderer Ansicht liegt darin keine Bevollmächtigung, sondern eine Ermächtigung analog § 125 Abs. 2 S. 2 HGB, die in allen Fällen der Gesamtvertretung zulässig ist.⁶⁶ Diese Ermächtigung erweitert die Gesamtvertretungsmacht des Ermächtigten punktuell zur Einzelvertretungsmacht.

b. Gesetzliche Vertretung durch einen Vormund

Steht der Minderjährige nicht unter elterlicher Sorge, etwa weil beide Elternteile tot oder selbst minderjährig sind oder ihnen beiden das Sorgerecht entzogen ist, oder dürfen die Eltern den Minderjährigen weder in persönlichen noch in Vermögensangelegenheiten vertreten, so wird nach § 1773 Abs. 1 BGB als gesetzlicher Vertreter anstelle der Eltern ein Vormund bestellt. Der Vormund hat dann gem. § 1793 Abs. 1 S. 1 BGB das Recht und die Pflicht, das Kind zu vertreten.

2. Ausschluss der Vertretungsmacht der gesetzlichen Vertreter

a. Grundsatz

Probleme ergeben sich bei der gesetzlichen Vertretung Minderjähriger, wenn die Vertretungsberechtigten selbst oder der Ehegatte oder ein Verwandter des gesetzlichen Vertreters in gerader Linie an der Gründung der Gesellschaft teilnehmen. Die Stellvertretung des Kindes durch die Eltern als gesetzliche Vertreter birgt die Gefahr

⁶⁴ BGHZ 105, 45, 48 ff. = NJW 1988, 2536 = WM 1988, 1569; Palandt/*Diederichsen*, § 1629 Rn. 9; MüKo-BGB/*Huber*, § 1629 Rn. 33; Staudinger/*Peschel-Gutzeit* (2007), § 1629 Rn. 41ff.

⁶⁵ AnwK-BGB/*Kaiser*, § 1629 Rn. 21.

⁶⁶ BGH, NJW-RR 1986, 778 = WM 1986, 315 = ZIP 1986, 501; Staudinger/*Peschel-Gutzeit* (2007), § 1629 Rn. 45; MüKo-BGB/*Huber*, § 1629 Rn. 34.

von Interessenkollisionen und Überforderung der Vertreter. Während der Vertretene bei einer rechtsgeschäftlich erteilten Vertretungsmacht Gefahren vorbeugen kann, indem er den Umfang der Vertretungsmacht beschränkt, entfällt diese Kontrollinstanz bei der gesetzlichen Vertretungsmacht nach § 1629 Abs. 1 S. 1 BGB.⁶⁷

Das BGB reagiert auf die Gefährdungssituation unter anderem mit dem Ausschluss der Vertretungsmacht kraft Gesetzes. § 1629 Abs. 2 S. 1 BGB verweist auf § 1795 BGB und überträgt die für den Vormund bestehenden Ausschlussgründe auf die Eltern.⁶⁸ So schließt § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB die Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters für Rechtsgeschäfte zwischen dem Kind und dem gegenwärtigen Ehegatten⁶⁹ bzw. Lebenspartner⁷⁰ des sorgeberechtigten Elternteils (der nicht zwingend Elternteil des Kindes sein muss) sowie Verwandten in gerader Linie (§§ 1589, 1590 BGB)⁷¹ aus. Auch dürfen die Eltern gem. § 1629 Abs. 2, § 1795 Abs. 2, § 181 BGB grundsätzlich kein Rechtsgeschäft im Namen des Kindes mit sich im eigenen Namen (Selbstkontrahieren gem. § 181 1. Alt. BGB) oder als Vertreter eines Dritten (Mehrvertretung gem. § 181 2. Alt. BGB) vornehmen. § 181 BGB verfolgt im Interesse der Verkehrssicherheit den Zweck, den Vertretenen vor Gefahren zu schützen, die sich aus regelmäßig vorhandenen generell-abstrakten Interessenkollisionen unabhängig davon ergeben, ob der Vertretene im konkreten Einzelfall tatsächlich benachteiligt wird.⁷² Der Abschluss eines Gesellschaftsvertrages zur Gründung einer Gesellschaft fällt unproblematisch unter den Begriff des Rechtsgeschäfts i. S. von § 1795

⁶⁷ AnwK-BGB/Kaiser, § 1629 Rn. 61.

⁶⁸ AnwK-BGB/Kaiser, § 1629 Rn. 62.

⁶⁹ Voraussetzung ist eine gültige Ehe, nach der rechtskräftigen Scheidung greift die Vorschrift nicht mehr, vgl. BGH, DNotZ 1959, 260 = FamRZ 1958, 178; OLG Düsseldorf, FamRZ 1965, 223; Stutz, MittRhNotK 1993, 205, 206. Zwar stehen die früheren Eheleute, falls kein Antrag gem. § 1671 BGB gestellt wird, über das gemeinsame Sorgerecht weiter in Verbindung, jedoch ist die für das Verbot des § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB entscheidende besondere Bindung zwischen den früheren Eheleuten endgültig mit der Scheidung gelöst worden. Familienrechtliche Rücksichten, die zum Interessenkonflikt bei der Vertretung durch den früheren Ehegatten führen können, bestehen nicht mehr (a. A. BGH, LM Nr. 14 zu § 1594 BGB = MDR 1972, 936 = NJW 1972, 1708, der für damalige Rechtslage entschied, dass bis zur Sorgerechtsentscheidung die § 1795 Abs. 1 Nr. 1, § 1629 Abs. 2 BGB anwendbar bleiben). Eine erst nach dem Abschluss des Gründungsvertrages erfolgte Scheidung heilt einen Verstoß gegen § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB nicht.

⁷⁰ Erfasst werden Lebenspartnerschaften nach § 1 LPartG.

⁷¹ Geschäfte mit Verwandten in der Seitenlinie fallen nicht unter die Vorschrift, BayObLGZ 1997, 288 = NJW-RR 1998, 869 = Rpfleger 1998, 111.

⁷² Ganz h. M.; MüKo-BGB/Schramm, § 181 Rn. 3.

BGB.⁷³ Nicht erfasst werden hingegen Rechtsgeschäfte, bei denen das Kind und der betroffene Personenkreis auf derselben Seite des Geschäfts stehen, da es sich dann nicht um gegenläufige, sondern um parallele bzw. gleichgerichtete Willenserklärungen handelt.⁷⁴ Dies ist aber bei der Gründung einer Gesellschaft nicht der Fall, da sich die Gesellschafter als Geschäftsgegner gegenüber stehen, weil sie Rechte und Pflichten unter den Gesellschaftern begründen, also wechselbezügliche Erklärungen abgeben. Auf einen konkreten Interessengegensatz kommt es nicht an.⁷⁵ Ist umgekehrt ein erheblicher Interessengegensatz gegeben, ohne dass ein Tatbestand des § 1795 BGB verwirklicht wäre, kann das Familiengericht den Eltern für eine bestimmte Angelegenheit die Vertretungsmacht entziehen (§ 1629 Abs. 2 S. 3, § 1796 BGB).

Die Ausschlusswirkungen des §§ 1629 Abs. 2 S. 1, 1795 BGB treffen nach ganz h. M.⁷⁶ nicht nur jeweils den Elternteil, der von einem Ausschlussgrund betroffen ist, sondern zugleich auch den anderen Teil, führen also zum Ausschluss der elterlichen Vertretung schlechthin. Dies ergibt sich zwar nicht eindeutig aus dem Wortlaut des § 1629 Abs. 2 S. 1 BGB⁷⁷, wohl aber aus einer teleologischen Auslegung der Vorschrift: Die Gefährdung der Kindesinteressen aufgrund von Interessenkollisionen bei den Eltern besteht in vergleichbarer Weise, wenn der Ehegatte des ausgeschlossenen Elternteiles für das Kind handelt.⁷⁸ Man spricht von der sog. ehelichen Befangenheit.⁷⁹ Auch systematisch lässt sich dieses Ergebnis rechtfertigen: Denn § 1678 Abs. 1 BGB sieht ein Fortbestehen der Ausübung der elterlichen Sorge beim nicht verhinderten Elternteil nur bei einer tatsächlichen Verhinderung oder beim Ruhen der elterlichen Sorge vor, nicht dagegen für den Ausschluss der Vertretungsmacht gem.

⁷³ RGZ 79, 282; *Bengsohn/Ostheimer*, Rpfleger 1990, 189, 193 sprechen speziell vom familienrechtlichen Vertrag.

⁷⁴ BGHZ 50, 8, 10; *MüKo-BGB/Wagenitz*, BGB, § 1795 Rn. 6.

⁷⁵ BGHZ 21, 229 = DNotZ 1956, 559 = NJW 1956, 433; *AnwK-BGB/Fritsche*, § 1795 Rn. 1; *Klüsener*, Rpfleger 1990, 321, 322.

⁷⁶ BGH, LM Nr. 14 zu § 1594 BGB = MDR 1972, 936 = NJW 1972, 1708; *MüKo-BGB/Huber*, § 1629 Rn. 42; *Palandt/Diederichsen*, § 1629 Rn. 23; *Erman/Michalski*, § 1629 Rn. 17; OLG Celle, OLGR Celle 2000, 192; OLG Hamm, OLGZ 1993, 392 = FamRZ 1993, 1122 = Rpfleger 1993, 340; *Klüsener*, Rpfleger 1990, 321, 322; *Ivo*, ZEV 2005, 193, 194.

⁷⁷ A. A. *Bengsohn/Ostheimer*, Rpfleger 1990, 189, 190 die aus dem Wortlaut in § 1629 Abs. 2 S. 1 BGB herleiten, dass der Elternteil, bei dem die Voraussetzungen des § 1795 BGB nicht vorliegen, ebenfalls - und zwar direkt nach § 1629 Abs. 2 BGB - von der Vertretung ausgeschlossen ist.

⁷⁸ BGH, LM Nr. 14 zu § 1594 BGB = MDR 1972, 936 = NJW 1972, 1708.

⁷⁹ BGH, LM Nr. 14 zu § 1594 BGB = MDR 1972, 936 = NJW 1972, 1708; *Erman/Michalski*, § 1629 Rn. 17; *Bengsohn/Ostheimer*, Rpfleger 1990, 189, 190.

§ 1629 Abs. 2 BGB.⁸⁰ Für den Bereich des § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB ergibt sich der Ausschluss des anderen Elternteils bereits aus dieser Vorschrift selbst.⁸¹

Da §§ 1629 Abs. 2 S. 1, 1795 BGB die Vertretungsmacht beider Eltern ausschließt, muss für das Kind nach § 1909 Abs. 1 BGB ein Ergänzungspfleger als Vertreter bestellt werden,⁸² und zwar bei Verhinderung der Eltern als gesetzliche Vertreter hinsichtlich mehrerer Kinder für jedes Kind ein anderer Ergänzungspfleger.⁸³ Dieser Ergänzungspfleger ist aber nur für den Abschluss und die Änderung des Gesellschaftsvertrages erforderlich, nicht aber bei Gesellschafterbeschlüssen, die die Geschäftsführung oder sonstige Gesellschafterangelegenheiten betreffen.⁸⁴

Die Verbote der §§ 1629 Abs. 2 S. 1, 1795 Abs. 1 und 2 i. V. mit § 181 BGB können die Eltern nicht dadurch überwinden, dass sie für sich selbst (§ 181 BGB) oder für das Kind einen Untervertreter bestellen oder dass für den begünstigten Dritten (§ 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB) ein Untervertreter bestellt wird.⁸⁵ Dies würde regelmäßig auf eine Umgehung der §§ 1795, 181 BGB hinauslaufen. Die Gefahr, die kollidierenden Interessen eigennützig zu bewerten und die Interessen des Vertretenen hinten anzustellen, wird durch die Einschaltung eines Unterververtreters keineswegs beseitigt. Wie bereits oben festgestellt, ist es den Eltern zwar erlaubt, sich gegenseitig zur Einzelvertretung zu bevollmächtigen, jedoch reicht es nach § 1629 Abs. 2 S. 1 BGB für den Ausschluss beider Elternteile von der Vertretungsmacht aus, wenn nur ein Elternteil Vertragspartner des Kindes ist.⁸⁶

Auch ist das Vertretungsverbot im Falle der gesetzlichen Vertretung nicht durch eine Gestattung des Rechtsgeschäfts durch das Familiengericht zu überwinden. Zu Recht wird im Schrifttum darauf hingewiesen, dass dem Familiengericht in erster Linie die Aufsicht obliegt und nicht die Rolle eines allgemeinen gesetzlichen Ersatzvertreters

⁸⁰ Soergel/*Strätz*, § 1629 Rn. 25.

⁸¹ AnwK-BGB/*Kaiser*, § 1629 Rn. 65.

⁸² Palandt/*Diederichsen*, § 1629 Rn. 21; MüKo-BGB/*Huber*, § 1629 Rn. 43.

⁸³ MüKo-BGB/*Wagenitz*, § 1795 Rn. 37; *Menzel/Wolf*, MittBayNot 2010, 186.

⁸⁴ BGHZ 65, 93 = DNotZ 1975, 107 = NJW 1976, 49 = WM 1975, 1128.

⁸⁵ Staudinger/*Peschel-Gutzeit* (2007), § 1629 Rn. 202; KG Berlin, KGR Berlin 1998, 157 = FGPrax 1998, 81 = NJW-RR 1999, 168.

⁸⁶ BayObLG, FamRZ 1976, 168 = MittBayNot 1974, 155 = MittRhNotK 1974, 498.

zufällt; auf § 1846 BGB kann die Zuständigkeit des Familiengerichts zur Genehmigung nicht gestützt werden.⁸⁷ Eine Befreiung von den Ausschlussstatbeständen des § 1795 BGB ist daher nicht möglich.⁸⁸

Wie bereits oben festgestellt (vgl. Abschn. B III 2 a - Seite 19), setzt § 1629 Abs. 2 S. 1 i. V. mit § 1795 BGB keine konkrete Gefährdung voraus, sondern greift bei abstrakter Gefährdung der Kindesinteressen ein. Der Ausschluss der Vertretungsmacht kann deswegen nicht mit der Begründung abgelehnt werden, die Kindesinteressen würden im konkreten Fall nicht gefährdet.⁸⁹ Allerdings macht die jüngere Rechtsprechung⁹⁰ und das heutige Schrifttum⁹¹ hiervon unter Berufung auf den Rechtsgedanken des § 107 BGB zu Recht eine Ausnahme.

b. Ausnahme bei lediglich rechtlich vorteilhaftem Geschäft

Soweit die Gründung der Gesellschaft dem Vertretenen lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt, finden sowohl § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB als auch § 1795 Abs. 2, § 181 BGB im Wege einer teleologischen Reduktion keine Anwendung. Zu § 181 BGB hat die Rechtssprechung⁹² und Kommentarliteratur⁹³ sich bereits früher als zu § 1795 BGB von der formalen Auslegung der Vorschrift getrennt und § 181 BGB nach dem Zweck des Gesetzes ausgelegt. Der Schutzzweck der § 1795 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2, § 181 BGB erfordert nur dort eine Vertretungsbeschränkung, wo es nicht um eindeutige Fälle bloßer Kindesbegünstigung geht.⁹⁴ Soweit das Rechtsgeschäft dem Vertretenen also lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt, ist ein Interessenwiderstreit von vornherein ausgeschlossen und Belange Dritter stehen dann ebenfalls nicht entgegen.⁹⁵ Zu der Frage, wann ein lediglich rechtlich vorteilhaftes Geschäft vorliegt,

⁸⁷ Staudinger/Schilken (2009), § 181 Rn. 47; AnwK-BGB/Stoffels, § 181 Rn. 42.

⁸⁸ BGHZ 56, 97 = WM 1971, 587; RGZ 71, 162, 165 ff.; Staudinger/Peschel-Gutzeit (2007), § 1629 Rn. 198 ff.; MüKo-BGB/Huber, § 1629 Rn. 45; Stutz, MittRhNotK 1993, 205, 207.

⁸⁹ MüKo-BGB/Huber, § 1629 Rn. 49.

⁹⁰ BGH, JR 1976, 67 m. Anm. Schubert = JZ 1976, 66 m. Anm. Stürner = NJW 1975, 1885 = WM 1975, 595; BayObLGZ 1974, 326 = FamRZ 1974, 659.

⁹¹ MüKo-BGB/Huber, § 1629 Rn. 49; Soergel/Zimmermann, § 1795 Rn. 1; Staudinger/Engler (2004), § 1795 Rn. 2, 11, 16; Palandt/Diederichsen, § 1795 Rn. 11, 13; Ivo, ZEV 2005, 193, 194.

⁹² BGHZ 59, 236, 240 = NJW 1972, 2262 = Rpfleger 1974, 105.

⁹³ MüKo-BGB/Schramm, § 181 Rn. 15; Soergel/Leptien, § 181 Rn. 27; Palandt/Ellenberger, § 181 Rn. 9; a. A. Pawlowski, BGB-AT, Rn. 794 ff.

⁹⁴ Ivo, ZEV 2005, 193, 194.

⁹⁵ Soergel/Leptien, § 181 Rn. 27.

kann auf die Grundsätze, die zu § 107 BGB entwickelt wurden, zurückgegriffen werden. Bewertungsunsicherheiten in dieser Frage sind kein entscheidendes Argument gegen die hier befürwortete teleologische Reduktion, mutet sie das Gesetz im Rahmen des § 107 BGB dem Rechtsverkehr doch ebenfalls zu.⁹⁶

Die Ausnahme für lediglich rechtlich vorteilhafte Geschäfte gilt unabhängig davon, ob das Kind geschäftsunfähig oder beschränkt geschäftsfähig ist.⁹⁷

aa. Personengesellschaften

Die Beteiligung an einer Personengesellschaft stellt für minderjährige Kinder nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil dar, denn durch den Abschluss des Gesellschaftsvertrages werden sie regelmäßig verpflichtet, Beiträge zu erbringen.⁹⁸ Zu denken ist auch an die gesellschaftliche Treuepflicht⁹⁹ bzw. bei der Kommanditgesellschaft an die Pflicht zur Leistung der vereinbarten Einlage¹⁰⁰. Die minderjährigen Gesellschafter haften im Übrigen grundsätzlich mit ihrem gesamten Vermögen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, daran ändert auch § 1629a BGB nichts.

Die Eltern sind aber selbst dann von der Vertretung der Kinder ausgeschlossen, wenn sie ihnen diese Beteiligung schenkweise zuwenden. Durch die Schenkung übernehmen die Eltern zwar die Leistung der Beiträge, jedoch ist die unentgeltliche Beteiligung an der Gründung einer GbR, OHG oder KG (als Komplementär) für den Minderjährigen allein aufgrund der unbeschränkten persönlichen Haftung mit rechtlichen Nachteilen verbunden. Die Haftung des OHG-Gesellschafters ergibt sich direkt aus § 128 S. 1 HGB; gem. § 161 Abs. 2 HGB findet die Vorschrift auch auf die Haftung des Komplementärs einer KG Anwendung. Der persönlich haftende Gesellschafter einer KGaA schließlich haftet gem. § 278 Abs. 2 AktG wie ein Komplementär und damit nach Maßgabe der §§ 128, 161 Abs. 2 HGB. Der BGH hat in seiner

⁹⁶ AnwK-BGB/Stoffels, § 181 Rn. 22.

⁹⁷ BayObLGZ 1998, 139 = DNotZ 1999, 589 = NJW 1998, 3574 = Rpfleger 1998, 425.

⁹⁸ Czeguhn/Dickmann, FamRZ 2004, 1534; Hohaus/Eickmann, BB 2004, 1707, 1708.

⁹⁹ LG Köln, Rpfleger 1970, 245; BGH, LM Nr. 5 zu § 719 BGB = NJW-RR 1989, 1259 = WM 1989, 1221 sehen darin einen rechtlichen Nachteil; a. A. Soergel/Strätz § 1629 Rn. 32 und Gernhuber/Coester-Waltjen, § 61 III 7; Tiedtke, DB 1977, 1064, 1066 halten die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht für wertneutral.

¹⁰⁰ BGHZ 68, 225 = DNotZ 1977, 550 = NJW 1977, 1339 = WM 1977, 680.

Rechtsprechung zur Rechtsfähigkeit der Außen-GbR¹⁰¹ die Gesellschafterhaftung und die Gesellschaftshaftung derjenigen der OHG angeglichen. Die persönliche Haftung ist somit auch für die GbR nach § 128 S. 1 HGB analog grundsätzlich unbeschränkt. Auch wenn es sich hierbei um eine Sekundärhaftung handelt, von welcher der Minderjährige im Innenverhältnis über den Gesellschaftsvertrag feiggestellt werden kann (sog. haftungsbeschränkende Klausel)¹⁰², bleibt diese unumstößlich ein rechtlicher Nachteil, da die Haftungsbeschränkung nur wirksam ist, wenn sie von dem alleinvertretungsberechtigten Gesellschafter im Einzelfall gegenüber Dritten offen gelegt wird.¹⁰³ Ebenso wenig führt § 1629a BGB zu einem anderen Ergebnis, denn nach Abs. 1 der Norm wird die Haftung des Minderjährigen bloß auf sein zum Zeitpunkt der Volljährigkeit vorhandenes Vermögen beschränkt. In diesem Rahmen muss der Minderjährige jedoch für Verbindlichkeiten der Gesellschaft gem. § 128 S. 1 HGB direkt oder analog einstehen.¹⁰⁴ Zudem ist die unentgeltliche Zuwendung eines Gesellschaftsanteils regelmäßig mit Rechten, Pflichten und schutzrechtlichen Beziehungen verbunden.¹⁰⁵ Die Pflichten sind unmittelbar Gegenstand der Zuwendung des Mitgliedschaftsrechts, so dass der Abschluss eines Gesellschaftsvertrages nie lediglich rechtlich vorteilhaft sein kann.¹⁰⁶

Eine Ausnahme könnte sich insoweit nur bei der schenkweisen Zuwendung einer Kommanditbeteiligung ergeben. Die Schenkung eines Kommanditanteils, der voll einbezahlt ist, ist nach Auffassung des BGH nunmehr möglich. In der *„Benteler“* Entscheidung¹⁰⁷ von 1990 hat sich der BGH von der bisherigen Rechtsprechung abgewandt, wonach Kommanditanteile gar nicht Gegenstand einer Schenkung sein können, weil damit Verpflichtungen aus dem Gesellschaftsverhältnis verbunden sei-

¹⁰¹ BGHZ 146, 341 = DNotZ 2001, 234 = NJW 2001, 1056 = WM 2001, 408.

¹⁰² BGH, DStR 1993, 1918 = MittRhNotK 1994, 224 = WM 1994, 237.

¹⁰³ BayObLGZ 1995, 230 = DNotZ 1995, 941 = FamRZ 1996, 119 = Rpfleger 1996, 67; OLG Zweibrücken, OLGR Zweibrücken 1999, 389 = FamRZ 2000, 117 = NJW-RR 1999, 1174; LG Mainz, MittRhNotK 1999, 387 = Rpfleger 2000, 15; *Bengsohn/Ostheimer*, Rpfleger 1990, 189, 191.

¹⁰⁴ *Czeghun/Dickmann*, FamRZ 2004, 1534.

¹⁰⁵ BGHZ 68, 225, 232 = DNotZ 1977, 550 = NJW 1977, 1339 = WM 1977, 680; OLG Zweibrücken, OLGR Zweibrücken 1999, 389 = FamRZ 2000, 117 = NJW-RR 1999, 1174; LG Aachen, MittRhNotK 1995, 183 = NJW-RR 1994, 1319 = Rpfleger 1994, 104; MüKo-BGB/Huber, § 1629 Rn. 58; Palandt/Ellenberger, § 107 Rn 4; *Hohaus/Eickmann*, BB 2004, 1707, 1708.

¹⁰⁶ BGH, NJW 1977, 1339, 1341; a. A. *Tiedtke*, DB 1977, 1064, 1066; BFHE 150, 539 = BStBl II 1988, 245 = NJW 1988, 1343; *Klüsener*, Rpfleger 1990, 321, 325.

¹⁰⁷ BGHZ 112, 40 = DNotZ 1991, 819 = NJW 1990, 2616 = WM 1990, 1379.

en (vgl. Abschn. B II 1 . Seite 13). In der Literatur gibt es mittlerweile Stimmen, die nun noch weitergehen und meinen, dass eine solche Schenkung an einem Minderjährigen rechtlich vorteilhaft ist, wenn wenigstens die Einlage des Kommanditisten voll erbracht ist.¹⁰⁸ Staudinger/*Peschel-Gutzeit*¹⁰⁹ beruft sich allerdings unrichtigerweise auf das OLG Zweibrücken.¹¹⁰ Eine höchstrichterliche Entscheidung in dieser Frage gibt es noch nicht. Nach derzeit h. M.¹¹¹ (für den derivativen Erwerb) liegt aber auch bei einem voll eingezahlten Kommanditanteil kein lediglich rechtlicher Vorteil vor, da auch in diesem Fall mit dem Erwerb ein Bündel von Rechten und Pflichten für den Minderjährigen begründet werden. Die Zuwendung eines Mitgliedschaftsrechts ist nicht lediglich rechtlich vorteilhaft. Im Interesse eines effektiven Minderjährigenschutzes ist der h. M. zu folgen. Denn mit dem Erwerb auch eines voll eingezahlten Kommanditanteils ist die Gesellschafterstellung in einer Personengesellschaft verbunden, aus der eine Vielzahl potentieller Pflichten folgt. Der Kommanditist ist außerhalb des Erbringens seiner Einlage (§ 171 Abs. 1, § 172 HGB) nicht gänzlich frei von jedem Haftungsrisiko, solange die Gesellschaft (bzw. eine Kommanditistenstellung) nicht in das Handelsregister eingetragen ist (§ 176 HGB) bzw. soweit seine Einlage an ihn zurückgezahlt wird (§ 172 Abs. 4 S. 1 HGB).¹¹² Man denke etwa nur an das Wiederaufleben der beschränkten Haftung gem. § 172 Abs. 4 HGB in der Person des Veräußerers oder des Erwerbers oder an die aus der Gesellschafterstellung folgende gesellschaftsrechtliche Treuepflicht. Ein Teil der Literatur hält die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht dagegen für wertneutral.¹¹³ Nach der Instanzgerichtsrechtsprechung besteht jedoch die Gefahr, dass der Minderjährige aus der Treue-

¹⁰⁸ OLG Bremen, FamRZ 2009, 621 = GmbHR 2008, 1263 m. Anm. *Werner* = RNotZ 2008, 625; Staudinger/*Peschel-Gutzeit* (2007), § 1629 Rn. 246; Palandt/*Ellenberger*, § 107 Rn. 4, 6; *Maier-Reimer/Marx*, NJW 2005, 3025, 3026. Dazu MüKo-HGB/*Grunewald*, § 161 Rn. 23.

¹⁰⁹ § 1629 Rn. 246.

¹¹⁰ OLG Zweibrücken, OLGR Zweibrücken 2001, 60 = FamRZ 2001, 181 = NJW-RR 2001, 145; *Bamberger/Roth/Veit*, § 1629 Rn. 25.1.

¹¹¹ OLG München, DNotZ 2009, 230 = FamRZ 2009, 623 = NJW-RR 2009, 152 = Rpfleger 2009, 84; BGHZ 68, 225, 231 = DNotZ 1977, 550 = NJW 1977, 1339 = WM 1977, 680; LG Köln, Rpfleger 1970, 245; *Röhrich/Graf von Westphalen/von Gerkan/Haas*, § 161 Rn. 9; *Klüsener*, Rpfleger 1990, 321, 326; *Werner*, ZIP 2009, 737.

¹¹² Dazu OLG Hamm, NotBZ 2010, 378.

¹¹³ *Gernhuber/Coester-Waltjen*, § 61 III 7; *Soergel/Strätz*, § 1629 Rn. 32; *Tiedtke*, DB 1977, 1064, 1066; *Bengsohn/Ostheimer*, Rpfleger 1990, 189, 191 Fn. 36; a. A. BGH, NJW 1989, 2687 = WM 1989, 1216; LG Köln, Rpfleger 1970, 245; Staudinger/*Knothe* (2004), § 107 Rn. 24 sehen darin einen rechtlichen Nachteil. Ausführlich dazu MüHdb. GesellschaftsR Bd. 2/*Weipert*, § 13.

pflicht u. U. zur Erhöhung der Einlage verpflichtet ist und bei zu hoher Entnahme den Gläubigern haften kann.¹¹⁴

Wenn dem Minderjährigen ein Geldbetrag geschenkt wird mit der Auflage, sich an der Gesellschaftsgründung zu beteiligen, und erfüllt er diese Auflage nicht, so haftet er über § 527 BGB nur nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung. Erfüllt der Minderjährige dagegen die Auflage und beteiligt sich an einer Gesellschaft, so sind mit der Gesellschaftsbeteiligung Rechte, Pflichten und schutzrechtliche Beziehungen verbunden (vgl. Ausführungen zu den vorhergehenden Absätzen).¹¹⁵

Etwas anderes ergibt sich letztlich auch nicht, wenn es sich bei der Beteiligung des Kindes um die Erfüllung eines wirksamen Schenkungs- oder Ausstattungsversprechens handelt. In einem solchen Falle geht es zwar um die Erfüllung einer Verbindlichkeit. Nach allgemeiner Auffassung ist der Sinn der Klausel Erfüllung einer Verbindlichkeit. S. von § 1795 Abs. 1 Nr. 1 und § 1795 Abs. 2, § 181 BGB jedoch nur darin zu sehen, die reinen Erfüllungsgeschäfte dem Ausschlussstatbestand der genannten Vorschriften zu entziehen, weil sie dem Minderjährigen nur Vorteile bringen. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass es besser ist, das Geld oder die Sache selbst zu haben, als lediglich einen darauf gerichteten schuldrechtlichen Anspruch. Ergibt diese Sicht, dass nicht nur ein rechtlicher Vorteil vorliegt . und das ist in den hier angeführten Schenkungs- oder Ausstattungsversprechen und deren Erfüllung wegen der persönlichen Haftung des Beschenkten der Fall -, dann handelt es sich dabei nicht nur um die Erfüllung einer Verbindlichkeit. S. von § 1795 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2, § 181 BGB. Eine Pflichtteilsanrechnung ist im Gegensatz zur Anordnung einer erbrechtlichen Ausgleichspflicht nach § 2050 BGB, die lediglich rechtlich vorteilhaft ist,¹¹⁶ rechtlich nachteilig und bedarf der Genehmigung des Ergänzungspflegers und des Familiengerichts.¹¹⁷

¹¹⁴ LG Köln, Rpfleger 1970, 245; dazu auch *Haegele*, BWNotZ 1969, 2.

¹¹⁵ BFHE 111, 85 = BB 1974, 168 = WM 1974, 553; *Müller-Engelmann*, RpfStud. 1992, 49; *Bengsohn/Ostheimer*, Rpfleger 1990, 189, 191; *Hohaus/Eickmann*, BB 2004, 1707, 1708.

¹¹⁶ BGH, NJW 1955, 1353.

Bringt jedoch abweichend von diesem Grundgedanken das Erfüllungsgeschäft selbst nicht lediglich rechtliche Vorteile für den Minderjährigen mit sich, so musste nach früherer Meinung des BGH¹¹⁸ eine Gesamtbetrachtung angestellt werden, die das schuldrechtliche und das dingliche Geschäft umfasst. Die Praxis hatte dann daraus die Konsequenz gezogen, dass ein Geschäft mit Minderjährigen im schuldrechtlichen und dinglichen Teil stets einheitlich genehmigt, wirksam und vollzogen wird. Zumindest bei Grundstücksgeschäften hält der BGH (Beschluss vom 25.11.2004¹¹⁹ bzw. 03.02.2005¹²⁰) eine Gesamtbetrachtung von Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft nicht für angezeigt. Ein Perspektivenwechsel in anderen Rechtsbereichen ist derzeit noch nicht erkennbar.

bb. Sonderfall: Innengesellschaften

Die Beteiligung an einer Innengesellschaft wie der Stillen Gesellschaft¹²¹ oder der Unterbeteiligung¹²² ist für den Minderjährigen bei einer Elternschenkung rechtlich vorteilhaft, auch wenn der Minderjährige nicht vom Verlust freigestellt wird¹²³, da der Verlust nur die Einlage schmälert. Ein anderes Ergebnis ist nur dann möglich, wenn der Minderjährige noch zusätzlich Tätigkeits- oder besondere Treuepflichten, wie z. B. Wettbewerbsverbote, übernommen hat.¹²⁴

cc. Kapitalgesellschaften

Bei den Kapitalgesellschaften gilt hinsichtlich der Beteiligung von minderjährigen Kindern an der Gründung das zur Personengesellschaft Ausgeführte entsprechend: Die Eltern sind grundsätzlich von der Vertretung der Kinder ausgeschlossen (vgl. Abschn. B III 2 . Seite 18 ff.). Soweit die Kinder eine solche Beteiligung schenkweise

¹¹⁷ Fröhler, BWNotZ 2005, 129.

¹¹⁸ BGHZ 78, 28, 34 = DNotZ 1981, 111 = Rpfleger 1980, 463 = NJW 1981, 109.

¹¹⁹ BGHZ 161, 170 = DNotl-Report 2005, 21 = FamRZ 2005, 359 = NJW 2005, 415 = NotBZ 2005, 150 m. Anm. Sonnenfeld = Rpfleger 2005, 189 = WM 2005, 144 = ZEV 2005, 66 m. Anm. Everts = ZfIR 2005, 288 m. Anm. Joswig. Dazu auch Krüger, ZNotP 2006, 202; Böttcher, Rpfleger 2006, 293; Schmitt, NJW 2005, 1090; Reiß, RNotZ 2005, 224; Wojcik, DNotZ 2005, 655; Rastätter, BWNotZ 2006, 1. Kritisch Führ/Menzel, FamRZ 2005, 1729; dies., JR 2005, 418.

¹²⁰ BGHZ 162, 137 = DNotZ 2005, 625 m. Anm. Fembacher = Rpfleger 2005, 354 = WM 2005, 942.

¹²¹ Staub/Zutt (4. Aufl.), § 230 Rn. 63; Schlegelberger/K. Schmidt, § 335 Rn. 91.

¹²² Paulick/Blaurock, § 31 V 3; Schlegelberger/K. Schmidt, § 335 Rn. 211.

¹²³ MüKo-HGB/K. Schmidt, § 230 Rn. 105; a. A. LG Aachen, MittRhNotK 1995, 183 = NJW-RR 1994, 1319 = Rpfleger 1994, 104; MüKo-BGB/Ulmer, § 705 Rn. 71; Soergel/Hadding, § 705 Rn. 19. Dazu auch PWW/Bauer, § 1822 Rn. 12.

oder in Erfüllung eines Schenkungs- oder Ausstattungsversprechens erwerben, sind die Eltern - von zwei noch zu erörternden Ausnahmen abgesehen - nicht von der Vertretung ausgeschlossen, da die Haftung immer auf den Geschäftsanteil oder die Aktie beschränkt und somit die Zuwendung immer ein rechtlicher Vorteil ist.

Eine Ausnahme ist für den Fall zu machen, dass sich ein minderjähriges Kind an einer GmbH beteiligt, bei der noch nicht alle Stammeinlagen voll eingezahlt sind. In diesem Fall sind die Vorschriften über die Ausfallhaftung der anderen Gesellschafter gem. § 24 GmbHG zu beachten, das bedeutet, dass der Minderjährige bei Zahlungsunfähigkeit eines Gesellschafters mit seinem gesamten Privatvermögen nach dem rechnerischen Verhältnis der Nennbeträge der Geschäftsanteile (d. h. pro rata und nicht etwa gesamtschuldnerisch) haftet.¹²⁵ Im schlimmsten Fall kann dies dazu führen, dass letztlich ein einziger Gesellschafter allein für sämtliche Ausfälle nach § 24 GmbHG aufkommen muss.

Eine weitere Ausnahme ist bei der GmbH in den Fällen zu beachten, in denen die GmbH-Satzung eine Nachschusspflicht vorsieht, die auf einen bestimmten Betrag begrenzt ist (§ 28 GmbHG). Dabei ist zu bedenken, dass diese Nachschusspflicht der Höhe nach ein Vielfaches des Wertes der Beteiligung ausmachen kann und jeder Gesellschafter insoweit für seinen Betrag mit seinem gesamten Vermögen haftet.¹²⁶ Er kann sich auch nicht durch Preisgabe seines Geschäftsanteils von dieser Verpflichtung befreien, wie dies bei der unbeschränkten Nachschusspflicht möglich ist (§ 27 GmbHG).

Liegt einer dieser beiden Ausnahmefälle vor, so sind die Eltern beim Abschluss eines Gesellschaftsvertrages, an dem sie und ihre minderjährigen Kinder beteiligt sind, selbst dann von der Vertretung der Kinder ausgeschlossen, wenn diese die Beteiligung schenkweise oder in Erfüllung eines Schenkungs- oder Ausstattungsversprechens zuwenden.

¹²⁴ A. A. *Bilsdorfer*, NJW 1980, 2785, 2787.

¹²⁵ *Brüggemann*, FamRZ 1990, 124, 125.

Da es - anders als zur Genehmigungsbedürftigkeit nach §§ 1643, 1821, 1822 BGB - zur Frage des rechtlichen Vorteils keine generalisierende Betrachtung gibt, es vielmehr auf den Einzelfall ankommt, kann bei voll eingezahlter Stammeinlage die Vorteilhaftigkeit angenommen werden,¹²⁷ wenn keine Nach- und Ausfallhaftung besteht. Der Fall unerlaubter Auszahlungen auf das Stammkapital ändert daran nichts, weil das weder ein unmittelbarer noch ein mittelbarer Nachteil ist, sondern ein Nachteil, der vom Verhalten Dritter abhängig ist.

Der Erwerb einer Inhaberaktie ist nur rechtlich vorteilhaft.

3. Ergänzungspflegschaft

a. Grundsatz

Die Eltern können minderjährige Kinder beim Abschluss eines Gesellschaftsvertrages nicht vertreten, soweit sie selbst Gesellschafter sind.¹²⁸ An Stelle beider ist ein Pfleger zu bestellen.¹²⁹ Grundsätzlich gilt: In allen Fällen in denen ein oder beide Elternteile oder der Vormund von der gesetzlichen Vertretung ausgeschlossen sind, ist für den Minderjährigen ein einziger Ergänzungspfleger nach § 1909 Abs. 1 BGB zu bestellen.¹³⁰ Dieser ist für die von ihm zu besorgende Angelegenheit der gesetzliche Vertreter des Minderjährigen.¹³¹ Üblicherweise wird der Pfleger vor Abschluss des Gesellschaftsvertrages bestellt, insbesondere bei eiligen Angelegenheiten kann die Bestellung aber auch danach erfolgen. Dann muss der Pfleger die von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht für ihn abgegebenen Erklärungen genehmigen.

Die Eltern sind gem. § 1909 Abs. 2 BGB zur Anzeige an das zuständige Gericht unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern i. S. von § 121 BGB verpflichtet. Das Gericht wird auf Anregung von Amts wegen tätig (§ 26 FamFG¹³²). Seit Inkrafttreten

¹²⁶ *Bengsohn/Ostheimer*, Rpfleger 1990, 189, 192.

¹²⁷ *Gernhuber/Coester-Waltjen*, § 61 III 7; dazu auch *Klamroth*, BB 1975, 525, 527; *Stürner*, AcP 173 (1973), 402, 436.

¹²⁸ BGH DNotZ 1961, 320 = NJW 1961, 724; BayObLG, FamRZ 1980, 401 = MittBayNot 1979, 239 = Rpfleger 1979, 455; MüKo-BGB/Schwab, § 1909 Rn. 47.

¹²⁹ BayObLGZ 1953, 372; MüKo-BGB/Schwab, § 1909 Rn. 39.

¹³⁰ Palandt/Diederichsen, § 1629 Rn. 21; MüKo-BGB/Huber, § 1629 Rn. 43.

¹³¹ BGHZ 48, 147, 159 = WM 1967, 927.

¹³² Art. 1 des FGG-Reformgesetzes vom 17.12.2008, BGBl. 2008 I, 2586, 2597.

des FamFG zum 01.09.2009 ist das Familiengericht zuständig für die Entgegennahme der Anzeige sowie für die Anordnung der Ergänzungspflegschaft, die Pflegerauswahl und Pflegerbestellung. Bis dahin war allerdings die Zuständigkeit des Gerichts in Rechtsprechung und Literatur umstritten.¹³³ Zum Teil¹³⁴ wurde bereits seit Inkrafttreten des Kindschaftsreformgesetzes¹³⁵ zum 01.07.1998 die neu gefasste Vorschrift des § 1693 BGB als anderweitige Regelung i. S. des § 1915 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB aufgefasst, so dass damit die sachliche Zuständigkeit des Familiengerichts (§ 1697 BGB) für die Anordnung einer Ergänzungspflegschaft gem. § 1909 BGB . soweit die elterliche Sorge betroffen war . generell und vorrangig begründet werden konnte. Ab 01.09.2009 ist nun durch das FGG-Reformgesetz die Zuständigkeit des Familiengerichts im Hinblick auf die Anordnung der Ergänzungspflegschaft, die Pflegerauswahl und Pflegerbestellung eindeutig geregelt (§ 1909 Abs. 2 BGB, § 151 Nr. 5 FamFG).¹³⁶ Der Begriff „Vormundschaftsgericht“ wurde mit dem FGG-Reformgesetz beseitigt.¹³⁷

Wie sich aus § 1796 Abs. 1 BGB ergibt, rechtfertigt das Vorliegen eines Interessengegensatzes nicht die Entziehung der Vertretungsmacht auf Dauer, sondern nur für den einzelnen konkreten Anlass, nämlich für die Gründung der Gesellschaft. Es kommt nur die Anordnung einer Einzelpflegschaft in Betracht, Dauerpflegschaften sind unzulässig.¹³⁸ Eine „Überwachungspflegschaft“ ist ebenfalls unzulässig.¹³⁹ Art und Umfang der Rechtsmacht des Pflegers bestimmen sich nach dem ihm übertragenen Wirkungskreis. Soweit der Wirkungskreis des Pflegers reicht, sind die Eltern bzw. der Vormund von der Sorge ausgeschlossen; der Pfleger verdrängt in diesem Bereich die elterliche Sorge (§ 1630 Abs. 1 BGB).

¹³³ *Bestelmeyer*, FamRZ 2000, 1068; *ders.*, FamRZ 2001, 717, 718; *Coester*, FamRZ 2000, 439.

¹³⁴ So jedenfalls OLG Zweibrücken, OLGR Zweibrücken 1999, 399 = FamRZ 2000, 243 = NJW-RR 2000, 1679 = Rpfleger 1999, 489; OLG Stuttgart, OLGR Stuttgart 1999, 205 = BWNotZ 1999, 49 m. Anm. *Kraiß* = FamRZ 1999, 1601 m. Anm. *Bienwald* und FamRZ 2000, 439 m. Anm. *Coester*, a. A. OLG Karlsruhe, OLGR Karlsruhe 2006, 624 = FamRZ 2006, 1141 = Rpfleger 2006, 468; Thüringer OLG, OLGR Jena 2003, 559 = OLG-NL 2003, 191 = FamRZ 2003, 1311. Dazu *Wesche*, Rpfleger 2000, 145; *Zorn*, FamRZ 2000, 719.

¹³⁵ Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts (Kindschaftsrechtsreformgesetz - KindRG) v. 16.12.1997 (BGBl. 1997 I, 2942).

¹³⁶ BGBl. 2008 I, 2586 (Art. 1 und 50).

¹³⁷ Vgl. z. B. § 1909 Abs. 2, § 1915 Abs. 1 S. 3, § 1921 Abs. 1 und 2, § 1962 BGB.

¹³⁸ BGHZ 65, 93 = NJW 1976, 49 = Rpfleger 1975, 427 = WM 1975, 1128.

b. Bestellung mehrerer Ergänzungspfleger

Sollen mehrere minderjährige Kinder in die Gesellschaft aufgenommen werden, so stellt sich die Frage, ob zum Abschluss des Gesellschaftsvertrages für jedes Kind ein eigener Ergänzungspfleger gem. § 1909 BGB bestellt werden muss. Dies ist dann der Fall, wenn ein Ergänzungspfleger an der Vertretung mehrerer Kinder durch § 181 BGB i. V. mit §§ 1915 Abs. 1, 1795 Abs. 2 BGB gehindert wird. Da die Kinder nicht nur mit den Eltern, sondern auch untereinander die Förderung des gemeinsamen Zwecks der Gesellschaft vereinbaren, muss beim Abschluss eines Gesellschaftsvertrages der Ergänzungspfleger auf mehreren Seiten tätig werden.¹⁴⁰ Eine solche Mehrfachvertretung lässt § 181 2. Alt. BGB nicht zu, so dass für jedes minderjährige Kind ein eigener Ergänzungspfleger bestellt werden muss.¹⁴¹ Von der Beschränkung des § 181 BGB kann der Ergänzungspfleger nicht befreit werden; auch durch eine spätere familiengerichtliche Genehmigung ist eine solche Befreiung nicht möglich.¹⁴²

Einen Sonderfall gibt es bei der stillen Gesellschaft. Ausnahmsweise kann von der Bestellung jeweils eines eigenen Ergänzungspflegers für jedes Kind abgesehen werden, wenn die Eltern mit ihren Kindern eine stille Gesellschaft gründen. Nach herrschender Auffassung¹⁴³ gilt die stille Gesellschaft als Vertrag mit jeweils nur einem Stillen. Sind mehrere Kinder am Unternehmen des gesetzlichen Vertreters still beteiligt, handelt es sich um ein Bündel gleichgerichteter Beteiligungen, so dass ein Ergänzungspfleger alle Beteiligungsverträge im Namen aller Kinder abschließen kann. Betrachtet man dagegen mit der im Vordringen befindlichen Auffassung¹⁴⁴ die stille Beteiligung, unabhängig von der Möglichkeit, die einzelnen stillen Beteiligungen zu poolen, als gemeinschaftlichen Vertrag mit mehreren stillen Gesellschaftern, muss

¹³⁹ BGHZ 65, 93 = NJW 1976, 49 = WM 1975, 1128; BayObLGZ 1982, 86 = FamRZ 1982, 737 = Rpfleger 1982, 180.

¹⁴⁰ BGHZ 21, 229 = DNotZ 1956, 559 = NJW 1956, 1433; BayObLGZ 1958, 373 = NJW 1959, 989; OLG Zweibrücken, OLGZ 1980, 213 = DNotZ 1981, 42; MüKo-BGB/Schwab, § 1909 Rn. 40; Reimann, DNotZ 1999, 179, 183.

¹⁴¹ OLG München, MittBayNot 2010, 400 = NJW-Spezial 2010, 497 = RNotZ 2010, 461 = Rpfleger 2010, 587; MüKo-HGB/K. Schmidt, § 105 Rn. 129; Menzel/Wolf, MittBayNot 2010, 186, 187; Maier-Reimer/Marx, NJW 2005, 3025; ablehnend Ries, RpfStud. 2010, 201;

¹⁴² OLG Hamm, OLGZ 1975, 173; BayObLGZ 1958, 373, 377 = NJW 1959, 989; Staudinger/Schilken (2009), § 181 Rn. 57; MüKo-BGB/Schramm, § 181 Rn. 42.

¹⁴³ RGZ 25, 41, 45.

für jedes Kind ein eigener Ergänzungspfleger bestellt werden. Wurde entsprechend der bisherigen herrschenden Meinung für mehrere minderjährige stille Beteiligte nur ein Ergänzungspfleger bestellt, werden die mehreren Beteiligungen dann aber gepoolt, ist sodann für diesen Vertrag jedem Minderjährigen ein eigener Ergänzungspfleger zu bestellen.¹⁴⁵

c. Folgen der Nichtbestellung eines Ergänzungspflegers

Wird ein nach § 1909 Abs. 1 BGB erforderlicher Ergänzungspfleger nicht bestellt und wird das minderjährige Kind von einem oder beiden Elternteilen vertreten, ist das jeweilige Rechtsgeschäft wegen Verstoßes gegen § 181 BGB schwebend unwirksam, § 1629 Abs. 2 S. 1, § 1795 Abs. 2 BGB. Wird aber der Minderjährige, der das Rechtsgeschäft ohne die erforderliche Einwilligung des Ergänzungspflegers abgeschlossen hat, volljährig, so tritt seine nachträgliche Genehmigung bei Erlangung der Volljährigkeit rückwirkend an die Stelle der fehlenden Einwilligung des Ergänzungspflegers, § 108 Abs. 3 BGB. Sobald der Minderjährige mit Vollendung des 18. Lebensjahres volljährig geworden ist, kann er demnach schwebend unwirksame Vereinbarungen genehmigen, so dass diese bürgerlich-rechtlich von Anfang an als rechtswirksam gelten. Gleiches gilt auch für die Genehmigung durch den Ergänzungspfleger, der erst später durch das Familiengericht bestellt wird.

d. Vertretung bei Handelsregisteranmeldung

Die bei der Gründung einer OHG, KG bzw. einer Kapitalgesellschaft gebotene Anmeldung zum Handelsregister haben grundsätzlich die Eltern aufgrund elterlicher Sorge und nicht der Pfleger für den Minderjährigen zu bewirken.¹⁴⁶ Die Vertretungsbefugnis des gesetzlichen Vertreters entfällt wegen Interessenskollisionen nur bei einem Rechtsgeschäft. Die registerrechtliche Anmeldung ist kein privatrechtliches Rechtsgeschäft, sie ist gegenüber dem Gericht abzugeben, so dass ein Vertretungsausschluss nach §§ 1629 Abs. 2 S. 1, § 1795 BGB nicht in Betracht kommt. Obwohl der Pfleger bei der Registeranmeldung nicht mitwirken muss, wird vom BGH¹⁴⁷ die

¹⁴⁴ *Baumbach/Hopt*, § 230 Rn. 7; *MüHdb. GesellschaftsR Bd. 2/Bezzenger/Keul*, § 75 Rn. 23.

¹⁴⁵ *Reimann*, DNotZ 1999, 179, 183.

¹⁴⁶ *Stöber*, Rpfleger 1986, 2, 13; *Müller-Engelmann*, RpfStud. 1992, 49.

¹⁴⁷ BGH, FamRZ 1965, 505, 506.

Veranlassung der Handelsregistereintragung zum Pflichtenkreis des Pflegers gerechnet, wenn sie notwendig ist, um den Minderjährigen vor Schaden zu bewahren. Selbst den Vormundschaftsrichter (jetzt: Familienrichter) hält der BGH¹⁴⁸ in solchen Fällen für verpflichtet, durch entsprechende Überwachung für die notwendige Registereintragung Sorge zu tragen. Das Familiengericht kann dem Pfleger dann auch die Kompetenz zur Handelsregisteranmeldung verleihen.¹⁴⁹

4. Familiengerichtliche Genehmigung

a. Allgemeines

Die Notwendigkeit einer familiengerichtlichen Genehmigung muss im Zusammenhang mit der Vertretungsmacht der gesetzlichen Vertreter für einen Minderjährigen betrachtet werden, denn sie komplettiert diese in den gesetzlich vorgeschriebenen Fällen. Durch die Einführung des Genehmigungskatalogs der §§ 1643, 1821, 1822 BGB hat der Gesetzgeber zum Schutz des Minderjährigen die im Prinzip unbeschränkte Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters durch die Anordnung einer familiengerichtlichen Genehmigung für die Vornahme solcher Rechtsgeschäfte begrenzt, die nach seiner Auffassung über die Grenzen einer gewöhnlichen Vermögensverwaltung hinausgehen.¹⁵⁰ Erst die Genehmigung des Familiengerichts verschafft dem gesetzlichen Vertreter die erforderliche Rechtsmacht, im Namen des Minderjährigen und mit Wirkung für und gegen ihn handeln zu können.¹⁵¹ Seine Selbständigkeit beschränkt sich lediglich auf die Auswahl und die Vorbereitung des dem Familiengericht zur Genehmigung vorzulegenden Rechtsgeschäfts. Die familiengerichtliche Genehmigung hat damit als staatliches Kontrollinstrument i. S. des Art. 6 Abs. 2 GG zur Wahrung der Vermögensinteressen des Minderjährigen zwei Funktionen, nämlich zum einen eine vertretungsbegrenzende Funktion, zum anderen eine Prüfungs- und Sicherungsfunktion.

¹⁴⁸ BGH, FamRZ 1965, 505, 506.

¹⁴⁹ Müller-Engelmann, RpfIStud. 1992, 49.

¹⁵⁰ BGB Motive IV, 1084, 108, 1136.

¹⁵¹ Dölle, § 128 I.

Das Gesetz zur Beschränkung der Haftung Minderjähriger (MHBG)¹⁵² erweitert nicht den Kreis der nach §§ 1643, 1821, 1822 BGB genehmigungsbedürftiger Rechtsgeschäfte. Das Gesetz hat sich für das Haftungsbeschränkungsmodell (Zurücksetzung der Gläubigerinteressen gegenüber den Interessen des volljährig Gewordenen - Überschuldungsschutz) und gegen das Genehmigungserweiterungsmodell entschieden (vgl. § 1629a BGB); der volljährig Gewordene hat nur ein Austrittsrecht.

Ohne Bedeutung ist es, ob der gesetzliche Vertreter selbst handelt oder z. B. das Rechtsgeschäft eines Minderjährigen genehmigt (§§ 106, 114, 108 Abs. 1 BGB). Auch die Genehmigung eines durch einen Nichtberechtigten abgeschlossenen Rechtsgeschäfts durch den gesetzlichen Vertreter (§ 185 BGB)¹⁵³ unterliegt den Auschlussstatbeständen.

b. Genehmigungsbefähigung

§ 1822 Nr. 3 BGB enthält den wesentlichen Genehmigungstatbestand für die Gründung von Gesellschaften unter Beteiligung Minderjähriger. Die Vorschrift gilt sowohl für den Vormund, als auch für die Eltern des Minderjährigen gem. §§ 1626, 1629 Abs. 1, § 1643 Abs. 1 BGB sowie für den Ergänzungspfleger gem. §§ 1909, 1915 Abs. 1 S. 2 BGB.

Schließen die Eltern den Gesellschaftsvertrag für den Minderjährigen ab, ist nach § 1643 Abs. 1 BGB das Familiengericht zuständig, wird wegen Verhinderung der Eltern dem Minderjährigen ein Ergänzungspfleger bestellt, so ist für die Genehmigung des Gesellschaftsvertrages nach § 1915 Abs. 1 S. 3 BGB seit 01.09.2009 (Inkrafttreten des FGG-Reformgesetzes) ebenfalls das Familiengericht zuständig, ebenso wie in den Fällen, in denen der Vormund des Minderjährigen für diesen handelt (§§ 1773 ff. BGB).

Nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3, 1915 BGB ist die familiengerichtliche Genehmigung erforderlich zu seinem Verträge, der auf den entgeltlichen Erwerb oder die Ver-

¹⁵² BGBl. 1998 I, 24897.

¹⁵³ BayObLGZ 13, 287.

äußerung eines Erwerbsgeschäftes gerichtet ist, sowie zu einem Gesellschaftsvertrag, der zum Betrieb eines Erwerbsgeschäftes eingegangen wird. Unter den Begriff „Gesellschaftsvertrag“ i. S. von § 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB fallen alle Gründungsverträge, ohne Unterschied, ob Personengesellschaften oder Kapitalgesellschaften gegründet werden.

Ob der Minderjährige eine „Gegenleistung“ für seine Beteiligung an der Gesellschaft zu erbringen hat oder ob er ohne diese, also unentgeltlich, beteiligt wird, spielt hier - anders als beim Erwerb einer Beteiligung - keine Rolle. Im Einklang damit steht die Ansicht der Rechtsprechung¹⁵⁴ und des überwiegenden Schrifttums¹⁵⁵. Nach der Auffassung von Brox¹⁵⁶ ist der Abschluss eines Gesellschaftsvertrages nach § 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB dann genehmigungsfrei, wenn durch ihn dem Minderjährigen ein Gesellschaftsanteil unentgeltlich zugewandt wird; dies ist aber eine Mindermeinung.

aa. Personengesellschaften

aaa. Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Unter § 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB fällt der Vertrag über die Gründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, wenn der Zweck der Gesellschaft auf den Betrieb eines Erwerbsgeschäftes gerichtet ist. Maßgebend für ein Erwerbsgeschäft ist, dass es sich um eine berufsmäßig ausgeübte, auf selbstständigen Erwerb gerichtete Tätigkeit handelt, die auf Dauer angelegt ist und dass eine Gewinnerzielungsabsicht besteht.¹⁵⁷ Die Art der Tätigkeit ist bei vorhandener Gewinnerzielungsabsicht unerheblich; es kann sich also um Handel, Fabrikation, Handwerk, Landwirtschaft, wissenschaftliche, künstlerische oder sonstige Tätigkeit handeln.¹⁵⁸ Der Begriff des Erwerbsgeschäftes i. S. des § 1822 Nr. 3 BGB ist damit weiter als der der Handelsge-

¹⁵⁴ OLG Hamm, OLGZ 1974, 158 = DNotZ 1974, 455 = Rpfleger 1974, 152; BayObLG, FamRZ 1990, 208 = Rpfleger 1989, 455.

¹⁵⁵ Staudinger/Engler (2004), § 1822 Rn. 59; MüKo-BGB/Wagenitz, § 1822 Rn. 23; Soergel-Zimmermann, § 1822 Rn. 22; AnwK-BGB/Fritsche, § 1822 Rn. 19; Brüggemann, FamRZ 1990, 124, 129; Klüsener, Rpfleger 1990, 321, 328; ders., Rpfleger 1993, 133, 135.

¹⁵⁶ Brox, S. 75, 80 ff.

¹⁵⁷ RGZ 133, 7, 11; 144, 1, 2; Palandt/Diederichsen, § 1822 Rn. 5.

¹⁵⁸ RGZ 133, 7, 11; 144, 1, 2; KG Berlin, NJW 1976, 1946.

sellschaft i. S. des § 105 HGB.¹⁵⁹ Die Gesellschafter müssen nicht zwangsläufig die Merkmale der OHG erfüllen.

Es stellt sich hier also die Frage, welche BGB-Gesellschaften i. S. des § 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB auf Erwerbsgeschäfte gerichtet sind. Die Rechtsprechung hat die Grenzen der rein privaten Vermögensverwaltung im Rahmen des § 1822 Nr. 3 BGB in den letzten Jahren zunehmend enger gezogen und die Genehmigungsbedürftigkeit auf Gesellschaften ausgedehnt, die die sVerwaltung, Vermietung und Verwertung gewerblich nutzbarer Immobilien von erheblichem Wert zum Zweck haben. Nach dem Beschluss des BayObLG vom 05.03.1997¹⁶⁰ ist die Genehmigungsbedürftigkeit eines Vertrages, durch den eine Familiengesellschaft bürgerlichen Rechts unter Einschluss Minderjähriger gegründet wird, dann zu bejahen, wenn die Gesellschaft für eine lange Dauer errichtet wird, um sgewerblich nutzbare Immobilien von erheblichen Wert zu verwalten, zu vermieten und zu verwerten.¹⁶¹ Das Gericht wandte im entschiedenen Fall - es sollte ein Wohnbaugrundstück mit Garage und Garten eingebracht werden - § 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB an, da die bloße Möglichkeit nicht auszuschließen war, dass die Immobilie irgendwann einmal gewerblich genutzt werden könnte.¹⁶² Hilfsweise stützte das BayObLG die Genehmigungsbedürftigkeit auf § 1822 Nr. 10 BGB, weil das Mietwohngrundstück mit Grundpfandrechten belastet war, deren zugrunde liegende Verbindlichkeiten künftig von der BGB-Gesellschaft zu vertreten waren.

Hiervon abzugrenzen sind freilich die Fälle reiner Vermögensverwaltung, die kein Erwerbsgeschäft darstellen und deshalb das Genehmigungserfordernis nicht auslösen.¹⁶³ Das gilt etwa für die Gründung einer Familien-GbR, die allein dem Zweck der

¹⁵⁹ Oelers, MittRhNotK 1992, 69, 75.

¹⁶⁰ BayObLGZ 1997, 113 = DNotZ 1998, 495 = FamRZ 1997, 842 = Rpfleger 1997, 377; BayObLGZ 1995, 230 = DNotZ 1995, 941 = FamRZ 1996, 119 = Rpfleger 1996, 67.

¹⁶¹ MüKo-BGB/Wagenitz, § 1822 Rn. 21; Spiegelberger, DNotZ 1998, 500; Hettler, ZEV 1998, 109; Hirte, NJW 1996, 3392.

¹⁶² Reimann, DNotZ 1999, 179, 187.

¹⁶³ OLG Zweibrücken, FamRZ 2000, 117 = NJW-RR 1999, 1174; OLG München, DNotZ 2009, 230 = FamRZ 2009, 623 = NJW-RR 2009, 152 = Rpfleger 2009, 84; BayObLGZ 1997, 113 = DNotZ 1998, 495 = FamRZ 1997, 842; BayObLGZ 1995, 230 = DNotZ 1995, 941 = FamRZ 1996, 119 = Rpfleger 1996, 67; LG Münster, FamRZ 1997, 842; MüKo-BGB/Wagenitz, § 1822 Rn. 21.

privaten Verwaltung und Erhaltung des Familienvermögens dient.¹⁶⁴ Für die Abgrenzung wird u.a. darauf abgestellt, ob eine geschäftsmäßige, gleichsam berufliche Tätigkeit erforderlich ist.¹⁶⁵

bbb. Offene Handelsgesellschaft

Unstreitig ist, dass der Vertrag zur Gründung einer offenen Handelsgesellschaft der familiengerichtlichen Genehmigung nach §§ 1626, 1629 Abs. 1, § 1643 Abs. 1, § 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB sowie für den Ergänzungspfleger gem. §§ 1909, 1915 Abs. 1 S. 2 BGB bedarf¹⁶⁶, da der Gesellschaftsvertrag bei einer OHG grundsätzlich zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts eingegangen wird. Dies ergibt sich aus der Definition in § 105 Abs. 1 HGB.

ccc. Kommanditgesellschaft

Ebenso greift bei der Gründung einer Kommanditgesellschaft unter Mitwirkung eines Minderjährigen der Genehmigungstatbestand der §§ 1626, 1629 Abs. 1, § 1643 Abs. 1, § 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB sowie für den Ergänzungspfleger gem. §§ 1909, 1915 Abs. 1 S. 2 BGB ein.¹⁶⁷ Der Gesellschaftsvertrag einer Kommanditgesellschaft wird grundsätzlich zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts eingegangen (vgl. Definition in § 105 Abs. 1, § 161 Abs. 1 HGB).

Lange Zeit war aber umstritten, ob der Abschluss eines Gesellschaftsvertrages zur Errichtung einer Kommanditgesellschaft auch dann der Genehmigung durch das Familiengericht gem. §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB unterliegt, wenn der Minderjährige innerhalb der Gesellschaft lediglich eine Kommanditistenstellung einnimmt. Die gerichtliche Genehmigung ist jedoch auch dann erforderlich, wenn sich der Minderjährige nur als Kommanditist mit einer festgelegten Einlage an der Gesell-

¹⁶⁴ OLG Hamm, FamRZ 2001, 53; LG München, ZEV 2000, 370; LG Mainz, MittRhNotK 1999, 387 = Rpfleger 2000, 15; *Lohse/Triebel*, ZEV 2000, 337.

¹⁶⁵ LG Münster, FamRZ 1997, 842; MüKo-BGB/*Wagenitz*, § 1822 Rn. 21.

¹⁶⁶ Palandt/*Diederichsen*, § 1822 Rn. 9; MüKo-BGB/*Wagenitz*, § 1822 Rn. 21.

¹⁶⁷ MüKo-BGB/*Wagenitz*, § 1822 Rn. 21; *Winkler*, ZGR1973, 177, 179.

schaft beteiligt, da er rechtlich Mitinhaber des Unternehmens ist und das Erwerbsgeschäft selbst mitbetreibt (§ 176 HGB).¹⁶⁸

Bei der GmbH & Co. KG hängt die Frage, ob eine gerichtliche Genehmigung erforderlich ist, davon ab, welche Erscheinungsform verwandt wird. Typischerweise wird sich der Minderjährige an einer Familien-GmbH & Co. als Kommanditist beteiligen. Dann gelten uneingeschränkt die Grundsätze über die Stellung des Minderjährigen als Kommanditist.¹⁶⁹ Die GmbH & Co. KG eignet sich vorzüglich dazu, die vorweggenommene Erbfolge mit Minderjährigen zu regeln, denn sie erlaubt, bei gleichzeitiger Haftungsbeschränkung, den potentiellen Erben am Vermögenszuwachs zu beteiligen.

bb. Innengesellschaften

Stille Gesellschaft und Unterbeteiligung sind Innengesellschaften, die nicht Träger von Rechten und Pflichten sein können; sie besitzen auch kein Gesellschaftsvermögen.

aaa. Stille Gesellschaft

Bei der typischen stillen Gesellschaft nimmt der Stille am Gewinn und Verlust des Unternehmers teil, am Verlust nach § 232 Abs. 2 HGB jedoch nur bis zum Betrag seiner Einlage. Dieser begrenzte Verlustanteil sowie die Tatsache, dass keine Nachschusspflicht besteht, führen zu einer deutlichen Risikobegrenzung des Stillen. Fraglich ist, ob die Vereinbarung einer stillen Gesellschaft einer familiengerichtlichen Genehmigung nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 BGB bedarf. Dies wird in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beantwortet. *Gernhuber/Coester-Waltjen*¹⁷⁰ hält die Beteiligung des Mündels als stiller Gesellschafter stets für genehmigungsfrei, weil

¹⁶⁸ BGHZ 17, 160 = DNotZ 1955, 530 = WM 1955, 828; BayObLGZ 1976, 281 = MittRhNotK 1976, 645 = Rpfleger 1977, 60; Staudinger/*Engler* (2004), § 1822 Rn. 57; MüKo-BGB/*Wagenitz*, § 1822 Rn. 16; *Werner*, GmbHR 2006, 737; *Reimann*, DNotZ 1999, 179, 194; *Oelers*, MittRhNotK 1992, 69, 71, 75. Zur Genehmigungsfähigkeit des Erwerbs des Anteils ohne Nachschusspflicht OLG Bremen, NJW-RR 1999, 876 = MittRhNotK 1999, 284.

¹⁶⁹ Ebenso *Müller-Engelmann*, RpfStud. 1992, 49, 56.

¹⁷⁰ § 60 VI 6 (mit Darstellung der vertretenen Meinungen).

der Stille nicht Inhaber eines Erwerbsgeschäfts werde. Nach BGH¹⁷¹ und einem Teil der Literatur¹⁷² ist die Genehmigung dann nicht nötig, wenn der Minderjährige nur eine einmalige Einlage leistet und in keiner Weise am Verlust und an der Betriebsführung des Geschäfts teilnimmt, ihm also ähnlich wie beim Abschluss eines Darlehensvertrages kein Beteiligungsrisiko erwächst, der Stille betreibe demnach kein Erwerbsgeschäft.¹⁷³ Nach anderer Ansicht¹⁷⁴ ist die gerichtliche Genehmigung stets nötig mit der Begründung, in der Insolvenz des Geschäftsinhabers schrumpfe nämlich ggf. die Aussicht, die Einlage zu retten, auf die Insolvenzquote; eine anhaltend verlustbringende Unternehmensführung bleibe auch für den am Verlust nicht beteiligten Minderjährigen nachteilig, weil er das in der Einlage steckende Vermögen anderweit gewinnbringend hätte anlegen können.¹⁷⁵ Es könne auch nicht darauf abgestellt werden, ob es sich um einen typischen oder atypischen Vertrag handele.¹⁷⁶ Bei der Vielfalt der Gestaltungsmöglichkeiten drohe eine weitreichende Rechtsunsicherheit, weshalb nach dem Sinn einer gerichtlichen Genehmigung die konkreten Risiken der Beteiligung zu überprüfen seien.¹⁷⁷ Ausdrücklich offen ließ der BGH¹⁷⁸ die Frage der Genehmigungsbedürftigkeit eines Vertrages, nach dem die Beziehungen so eng gestaltet sind, dass der Minderjährige an dem Geschäftsbetrieb selbst beteiligt ist, sich also für den Minderjährigen über die Zahlung seines Kapitalanteiles hinaus Verpflichtungen oder wirtschaftlich nachteilige Folgen ergeben oder sich in irgendeiner Form an der Geschäftsführung beteiligt. Wird eine atypische Ausgestaltung der stillen Gesellschaft durch Abänderung des § 232 Abs. 2 HGB in der Weise für zulässig gehalten, dass der Stille in vollem Umfang am Gewinn und Verlust beteiligt ist, der Minderjährige gerade zum Mitinhaber des Erwerbsgeschäfts wird, dann wäre die familiengerichtliche Genehmigung nach dem Normgehalt der §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 BGB

¹⁷¹ BGH, BB 1957, 346 = DNotZ 1957, 503 m. zust. Anm. *Reinicke* = NJW 1957, 672 = WM 1957, 426. Ebenso OLG Hamm, OLGZ 1974, 158, 161 = DNotZ 1974, 455 = Rpfleger 1974, 152.

¹⁷² *Staudinger/Engler* (2004), § 1822 Rn. 64; *RGRK/Dickescheid*, § 1822 Rn. 25; *Reimann*, DNotZ 1999, 179, 186; *Oelers*, MittRhNotK 1992, 69, 76.

¹⁷³ Für einen Ergänzungspfleger kann ggf. eine Genehmigungspflicht nach §§ 1915, 1811 BGB bestehen.

¹⁷⁴ LG München II NJW-RR 1999, 1018 = ZEV 1999, 392; *MüKo-BGB/Wagenitz*, § 1822 Rn. 26; *Soergel/Zimmermann*, § 1822 Rn. 25; *Staub/Zutt* (4. Aufl.), § 230 Rn. 65; *Heymann/Horn*, § 230 Rn. 23, *Brüggemann*, FamRZ 1990, 124.

¹⁷⁵ So *Brüggemann*, FamRZ 1990, 124, 127.

¹⁷⁶ *Soergel/Zimmermann*, § 1822 Rn. 25.

¹⁷⁷ *MüKo-BGB/Wagenitz*, § 1822 Rn. 26.

¹⁷⁸ BGH, BB 1957, 346 = DNotZ 1957, 503 m. zust. Anm. *Reinicke* = NJW 1957, 672 = WM 1957, 426.

erforderlich,¹⁷⁹ jedoch grundsätzlich zu versagen.¹⁸⁰ Letztlich hängt die Behandlung des Stillen und die Genehmigungsbedürftigkeit des Vertrags von der konkreten Ausgestaltung im Einzelfall ab.¹⁸¹

bbb. Unterbeteiligung

Die Unterbeteiligung bezieht sich nicht auf ein Handelsgewerbe, sondern nur auf die Gesellschaftsbeteiligung des Hauptbeteiligten, der Gesellschafter einer Personen- oder Kapitalgesellschaft sein kann. Gemeinsamer Zweck des Gesellschaftsvertrages ist das Halten und die Nutzung der Gesellschafterstellung. Die familiengerichtliche Genehmigung nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 BGB ist dann erforderlich, wenn der Unterbeteiligte in vollem Umfang den Verlust des Hauptbeteiligten mittragen muss, also eine ähnliche Stellung erlangen soll wie das Mitglied einer OHG; in einem solchen Fall kann die Genehmigung wegen der nicht kalkulierbaren Risiken für den Minderjährigen nicht erteilt werden.¹⁸²

cc. Kapitalgesellschaften

Die Vorschrift des § 1822 Nr. 3 BGB wird nicht rechtsformspezifisch verstanden, ihr Anwendungsbereich ist also nicht auf nichtrechtsfähige Personenvereinigungen beschränkt, gilt mithin auch für die Gründung von Kapitalgesellschaften.¹⁸³

aaa. GmbH

Genehmigungsbedürftig i. S. von §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB ist auch der Abschluss eines Vertrages zur Gründung einer (Erwerbs-) GmbH.¹⁸⁴ Die Gründer einer GmbH unterliegen bis zur Eintragung in das Handelsregister einem persönlichen

¹⁷⁹ OLG Hamm, OLGZ 1974, 158 = DNotZ 1974, 455 = Rpfleger 1974, 152; Heymann/Horn, § 230 Rn. 23; Oelers, MittRhNotK 1992, 69, 71, 76; a. A. Gernhuber/Coester-Waltjen, § 60 VI 6.

¹⁸⁰ So Müller-Engelmann, RpfStud. 1992, 49, 57.

¹⁸¹ Ebenso Lafontaine in: jurisPK-BGB, § 1822 Rn. 95; MüKo-HGB/K. Schmidt, § 230 Rn. 106; Reinicke, DNotZ 1957, 505, 509.

¹⁸² Reimann, DNotZ 1999, 179, 186; Klüsener, Rpfleger 1993, 133, 136; Müller-Engelmann, RpfStud. 1992, 49, 57.

¹⁸³ Baumbach/Hueck, § 2 Rn. 22.

¹⁸⁴ Str., wie hier: Müller, JR 1961, 326, 327; MüKo-BGB/Wagenitz, § 1822 Rn. 25; Soergel/Zimmermann, § 1822 Rn. 24; RGRK/Dickescheid, § 1822 Rn. 23; jetzt auch Staudinger/Engler (2004), § 1822 Rn. 67; Gernhuber/Coester-Waltjen, § 60 VI 6; Dölle, § 128 II 2c; Brüggemann, FamRZ

Haftungsrisiko. Hierzu hat die Rechtsprechung ein umfassendes Haftungssystem für den Vorgesellschafter einer Vor-GmbH entwickelt.¹⁸⁵ Die im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung entwickelte Theorie der Vor-GmbH zieht die Konsequenz aus der Erfahrung, dass es aus wirtschaftlichen Gründen nicht sinnvoll ist, mit rechtlichen Mitteln die Teilnahme der Vorgesellschaft am Geschäftsverkehr zu verhindern. Stattdessen bürdet der BGH¹⁸⁶ den Gründern ein besonderes persönliches Haftungsrisiko auf. Für die GmbH gilt § 11 Abs. 2 GmbHG.¹⁸⁷ Es besteht eine einheitliche Gründerhaftung aus Verlustdeckungs- und Vorbelastungs- (Unterbilanz-)haftung als Innenhaftung. Die gesellschaftsinterne anteilige Verlustdeckungshaftung tritt mit dem Einverständnis der Gründer zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit für sämtliche Anlaufverluste der Vor-GmbH ein. Die Verlustdeckungshaftung ist notwendiges Äquivalent der nach Eintragung eingreifenden Vorbelastungs- oder Unterbilanzhaftung. Wegen der möglichen Haftung sollte das Familiengericht eine Teilnahme des Minderjährigen am Gründungsvorgang selbst nicht gestatten; zumindest muss sichergestellt werden, dass die Vertretungsmacht der Geschäftsführung nicht erweitert wird, sondern nur auf die wirklich notwendigen Gründungsaktivitäten beschränkt bleibt.¹⁸⁸

Bei der Ein-Mann-GmbH liegt kein Vertrag vor, § 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB ist daher nicht direkt anwendbar, wird aber wegen gleich liegender Interessenlage analog angewandt.¹⁸⁹ Eine Genehmigungspflicht sollte auch aus Gründen der Rechtssicherheit gefordert werden, da eine Ein-Mann-GmbH jederzeit in eine mehrgliedrige Gesellschaft umgewandelt werden kann.¹⁹⁰

1990, 124, 127; LG Memmingen, Rpfleger 1993, 337; a. A. *Winkler*, ZGR 1973, 177, 182; *Klamroth*, BB 1975, 525, 528.

¹⁸⁵ *Baumbach/Hueck*, § 11 Rn. 6.

¹⁸⁶ BGHZ 143, 327 = NJW 2000, 1193 = WM 2000, 526; BGHZ 134, 333 = DNotZ 1998, 143 = NJW 1997, 1507; BGHZ 149, 273 = NJW 2002, 824 = WM 2002, 389 (zur Vor-Genossenschaft); BGH, DNotZ 2006, 215 = NJW-RR 2006, 254 (zur Unterbilanzhaftung). Zur Ausgestaltung der Verlustdeckungshaftung *Baumbach/Hueck*, § 11 Rn. 25.

¹⁸⁷ BGHZ 143, 327 = NJW 2000, 1193 = WM 2000, 526; BGHZ 134, 333 = DNotZ 1998, 143 = NJW 1997, 1507; BGHZ 107, 23 = DNotZ 1990, 303 = FamRZ 1989, 605 = NJW 1989, 1926 = Rpfleger 1989, 281 = WM 1989, 606; *Baumbach/Hueck*, § 11 Rn. 24; *Klüsener*, Rpfleger 1990, 321, 328.

¹⁸⁸ *Müller-Engelmann*, RpfStud. 1992, 49, 53.

¹⁸⁹ *Baumbach/Hueck*, § 2 Rn. 24; *Reimann*, DNotZ 1999, 179, 187.

¹⁹⁰ *Klüsener*, Rpfleger 1990, 321, 328.

Beteiligt sich der Minderjährige an der Gründung einer Mehr-Personen-GmbH, so ist auch immer die Vorschrift der §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 10 BGB zu beachten und die familiengerichtliche Genehmigung wegen Übernahme einer fremden Verbindlichkeit erforderlich. Mit der Gründung einer Mehr-Personen-GmbH ist immer die Gefahr einer persönlichen Inanspruchnahme aufgrund der §§ 24 und 31 GmbHG verbunden. Nach Scholz/*Emmerich*¹⁹¹ sollte auch keine Ausnahme gemacht werden für den Fall, dass sämtliche Geschäftsanteile (zunächst) voll eingezahlt werden, weil dadurch die spätere persönliche Haftung des Minderjährigen aufgrund der §§ 24 und 31 GmbHG nicht ausgeschlossen wird.

bbb. Aktiengesellschaft

Die Aktiengesellschaft ist das klassische Modell der Kapitalgesellschaft mit einem in der Satzung festgelegten Garantiekapital, das in Aktien zerlegt ist. Eine persönliche Haftung der Aktionäre für Gesellschaftsverbindlichkeiten gibt es nicht. Gehört ein Minderjähriger zu den Gründern einer Aktiengesellschaft, die zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts gegründet werden soll, so sind § 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB einschlägig.¹⁹² Dies ist geboten, weil auch nach § 41 Abs. 1 AktG (ähnlich wie bei § 11 Abs. 2 GmbHG) die im Gründungsstadium vor der Eintragung im Namen der werdenden Gesellschaft vorgenommenen Geschäfte die Gründungsmitglieder haftbar machen können. Die Mitwirkung des Minderjährigen bei der Feststellung der Satzung (§ 28 AktG) bedarf ebenfalls der familiengerichtlichen Genehmigung. Anders als regelmäßig beim Erwerb von Aktien, handelt es sich dann nicht oder doch nicht nur um eine Kapitalanlage, sondern um die Errichtung eines Unternehmens, an dem die einzelnen Gründer beteiligt sind. Sie sind bis zur Eintragung der Aktiengesellschaft in das Handelsregister selbst die Unternehmer, wie § 41 Abs. 1 AktG zu entnehmen ist. Die ihnen durch diese Vorschrift auferlegte Haftung stellt ein so großes Risiko dar, dass ein minderjähriger Gründer des Schutzes ebenso bedarf wie wenn er selbst ein Erwerbsgeschäft eröffnet. Die familiengerichtliche Genehmigung muss danach gem. § 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB als erforderlich angesehen werden.

¹⁹¹ Scholz/*Emmerich*, § 2 Rn. 43a.

¹⁹² MüKo-BGB/*Wagenitz*, § 1822 Rn. 25; Soergel/*Zimmermann*, § 1822 Rn. 24; RGRK/*Dickescheid*, 1822 Rn. 23; jetzt auch Staudinger/*Engler* (2004), § 1822 Rn. 67; *Dölle*, § 128 II 2c; a. A. *Winkler*, ZGR 1973, 182.

c. Genehmigungsfähigkeit

Neben den elterlichen Sorgeberechtigten ist das Familiengericht im Rahmen seiner Gestattungs- und Genehmigungsverfahren berufen, Schutzfunktionen für Minderjährige auszuüben. Besondere Schwierigkeiten ergeben sich regelmäßig dann, wenn es gilt, die Beteiligung Minderjähriger an einem gewerblichen Unternehmen zu genehmigen, denn solche Beteiligungen bewegen sich im Bereich von Chancen und Risiko und bergen deswegen hohe Gefahren für den Verlust von Vermögenssubstanz.

Die familiengerichtliche Genehmigung zu bestimmten Geschäften schränkt die dem gesetzlichen Vertreter des Minderjährigen im Grundsatz umfassend zustehende Vertretungsmacht ein. Die Genehmigung darf nur versagt werden, wenn das Geschäft, dessen Genehmigung in Frage steht, rechtswidrig ist oder wenn die Sorge begründet ist, dass das Geschäft nicht dem Interesse des Mündels dient. Liegt das Geschäft im Interesse des Minderjährigen, so muss das Familiengericht die Genehmigung erteilen.¹⁹³ Gegenstand der Beurteilung ist das gesamte Rechtsgeschäft.¹⁹⁴

Die besonderen Charakteristika der Genehmigungsverfahren für Gründerbeteiligungen liegen einmal in dem Zwang, eine unternehmerische Prüfung vornehmen zu müssen, und zum anderen in der Schwierigkeit, eine seriöse Prognose für die mittelfristige Beständigkeit zu erarbeiten. Das Familiengericht muss dazu neben den rein rechtlichen Elementen auch die wirtschaftlichen Aspekte einer Beteiligung (wie z. B. Sicherheit, Rendite, Liquidität) und die persönlichen Voraussetzungen des Minderjährigen (Risikobereitschaft) entsprechend würdigen und den Beteiligten geeignete Alternativen aufzeigen, wenn es der Auffassung ist, der zur Genehmigung vorgelegte Sachverhalt trage den schutzwürdigen Interessen des Minderjährigen nicht ausreichend Rechnung.

Die Entscheidung des Familiengerichts hat sich am Interesse des Minderjährigen zu orientieren. Das Rechtsgeschäft muss zum Wohl des Betroffenen dienen. Ob ein ge-

¹⁹³ Staudinger/*Engler* (2004), § 1828 Rn. 12.

¹⁹⁴ BayObLG, DB 1979, 2314 = FamRZ 1980, 401 = MittBayNot 1979, 239 = Rpfleger 1979, 455.

nehmungsbefähigtes Rechtsgeschäft im Interesse des Minderjährigen liegt, richtet sich nicht nach dem Ermessen des Familiengerichts; vielmehr handelt es sich bei dieser Voraussetzung der familiengerichtlichen Genehmigung um einen unbestimmten Rechtsbegriff, dessen Anwendung auf den festgestellten Sachverhalt der Nachprüfung durch das Rechtsbeschwerdegericht unterliegt.¹⁹⁵ Das Familiengericht hat sich auf den Standpunkt eines verständigen, die Tragweite des Geschäfts überblickenden Volljährigen zu stellen und die Vorteile und Risiken, Erträge und Aufwendungen abzuwägen¹⁹⁶ und auch zu überlegen, ob nicht nahe liegende Geschäftsalternativen dem Mündelwohl dienlicher wären.¹⁹⁷ Notwendig ist eine Gesamtschau der möglichen Vor- und Nachteile; ideelle Vorteile können finanzielle Nachteile ausgleichen, gegenwärtige Nachteile können angesichts späterer Vorteile ihr Gewicht verlieren. präzisere Aussagen sind kaum möglich.¹⁹⁸ Maßgebend sind allein die Mündelinteressen, und zwar die wirtschaftlichen, wenn nur sie tangiert sind, aber auch die persönlichen, wenn das Rechtsgeschäft Auswirkungen auf den persönlichen Lebensbereich des Mündels hat.

Zu genehmigen sind Geschäfte, die nach Art und Umfang des vorhandenen Vermögens den Regeln vernünftiger Vermögensverwaltung entsprechen.¹⁹⁹ Das Familiengericht hat dem gesetzlichen Vertreter eine gewisse Spannweite freier Vermögensverwaltung einzuräumen.²⁰⁰ Nicht nur unmittelbare finanzielle Interessen des Minderjährigen sind entscheidend, auch Überlegungen der Zweckmäßigkeit und Nützlichkeit sind bei der anzustellenden Interessenanalyse zu berücksichtigen.²⁰¹ Zwischen Sicherheits- und Gewinninteressen ist ein behutsamer Mittelweg zu gehen; es ist aber nicht Sinn des Genehmigungsvorbehalts, von dem Minderjährigen jegli-

¹⁹⁵ Staudinger/Engler (2004), § 1828 Rn. 15.

¹⁹⁶ OLG München, DNotZ 2008, 199 = NJW-RR 2008, 672 = Rpfleger 2007, 603; BayObLG, FamRZ 2003, 631 = Rpfleger 2003, 27.

¹⁹⁷ MüKo-BGB/Wagenitz, § 1822 Rn. 29 und § 1828 Rn. 17.

¹⁹⁸ So Gernhuber/Coester-Waltjen, § 60 IV 59.

¹⁹⁹ OLG Zweibrücken, FamRZ 2000, 117 = NJW-RR 1999, 1174 = ZEV 1999, 391.

²⁰⁰ OLG Zweibrücken, FamRZ 2001, 181 = NJW-RR 1999, 1174 = ZEV 1999, 391; MüKo-BGB/Wagenitz, § 1828 Rn. 20.

²⁰¹ BayObLG, DB 1979, 2314 = FamRZ 1980, 401 = MittBayNot 1979, 239 = Rpfleger 1979, 455; LG München I, ZEV 2000, 370; Staudinger/Engler (2004), § 1828 Rn. 17; MüKo-BGB/Wagenitz, § 1828 Rn. 17.

ches mit der Beteiligung an einem Erwerbsgeschäft verbundene Risiko fernzuhalten.²⁰²

Das Familiengericht hat außer der vertraglichen Stellung des Minderjährigen in der Gesellschaft und neben den vermögensrechtlichen Gesichtspunkten auch die Mitgesellschafter hinsichtlich ihrer Vermögensverhältnisse sowie ihrer charakterlichen und fachlichen Eignung für den Betrieb des Erwerbsgeschäfts zu beurteilen, weil die Verantwortung für die Vermögenslage des Minderjährigen in der Gesellschaft vorwiegend bei den geschäftsführenden Gesellschaftern liegt.²⁰³ Das OLG Braunschweig²⁰⁴ nimmt eine Verpflichtung des Familiengerichts an, die mit dem zu genehmigenden Rechtsgeschäft verbundenen konkreten unternehmerischen und wirtschaftlichen Risiken zu bewerten und diesbezüglich den Sachverhalt aufzuklären.

Die Tatsache der Haftung des Minderjährigen aus dem Gesellschaftsverhältnis bietet für sich gesehen noch keinen ausreichenden Grund zur Ablehnung der Genehmigung.²⁰⁵ Die Genehmigung ist zu erteilen, wenn nach Zweck, Inhalt und Umständen des Geschäfts die Sorge, das Geschäft diene nicht dem Mündelwohl, unbegründet ist. Allerdings ist die Genehmigung zu versagen, wenn sich die Risiken nicht abschätzen lassen.²⁰⁶ Nicht genehmigungsfähig ist ein langfristiger Gesellschaftsvertrag, der dem Minderjährigen bei entscheidenden Fragen die Mitwirkung versagt.²⁰⁷ Zweifelt das Familiengericht an der Genehmigungsbedürftigkeit des Geschäfts, darf die Genehmigung nicht versagt werden.²⁰⁸

²⁰² BayObLG, DB 1979, 2314 = FamRZ 1980, 401 = MittBayNot 1979, 239 = Rpfleger 1979, 455; OLG Hamm, FamRZ 2001, 373 = FGPrax 2000, 228 = Rpfleger 2000, 547.

²⁰³ BayObLG, FamRZ 1990, 208 = MittBayNot 1979, 239 = Rpfleger 1979, 455 und Rpfleger 1990, 67; OLG Hamm, FamRZ 2001, 53; MüKo-BGB/Wagenitz, § 1822 Rn. 29.

²⁰⁴ ZEV 2001, 75 m. Anm. *Sticherling/Stücke*.

²⁰⁵ OLG Hamm, OLGZ 1983, 148 = BB 1983, 791 = DNotZ 1983, 365 = FamRZ 1983, 648; BayObLG, FamRZ 1996, 119. BayObLG, DB 1979, 2314 = FamRZ 1980, 401 = MittBayNot 1979, 239 = Rpfleger 1979, 455; MüKo-BGB/Wagenitz, § 1822 Rn. 29; Palandt/*Diederichsen*, § 1822 Rn. 9.

²⁰⁶ OLG Hamm, FamRZ 2001, 53 = FGPrax 2000, 228 = Rpfleger 2000, 547. Zur Berücksichtigung der Haftungsbeschränkung nach § 1629a BGB: LG München I, ZEV 2000, 370.

²⁰⁷ BayObLGZ 1997, 113 = DNotZ 1998, 495 = FamRZ 1997, 842 = NJW-RR 1997, 1163 = Rpfleger 1997, 377.

²⁰⁸ BayObLGZ 1963, 1; MüKo-BGB/Wagenitz, § 1828 Rn. 23.

Auswirkungen auf die Genehmigungsfähigkeit wird künftig auch die Haftungsbeschränkung des § 1629 a BGB haben. Den Familienrichtern wird es nun leichter fallen, ein Rechtsgeschäft zu genehmigen, wenn die Haftung auf das Vermögen des Minderjährigen bei Volljährigkeit beschränkt ist. Natürlich kann dieses Argument bei der Beurteilung der Genehmigungsfähigkeit keine tragende Rolle spielen; es kann aber doch bei einem ansonsten vorteilhaften Geschäft mit einem untergeordneten Haftungsrisiko im Rahmen der Ermessenentscheidung den letzten Ausschlag geben.²⁰⁹

Die Interessen Dritter oder öffentliche Interessen sind nicht maßgebend. Auch die Interessen Angehöriger können nur als Interessen des Minderjährigen selbst von Bedeutung sein, also nur dann, wenn den Minderjährigen mit den übrigen Familienmitgliedern in der betreffenden Angelegenheit ein gleichgerichtetes Interesse verbindet.²¹⁰

Die Prüfung, ob das Geschäft dem Wohl des Minderjährigen dient, bezieht sich auf die im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung erkennbare Lage, nicht etwa die im Zeitpunkt der Vornahme des Geschäfts vorhanden gewesene Interessenlage.²¹¹

Personengesellschaften eignen sich vor allem aus steuerlichen Gründen gut für die Regelung des Generationenwechsels im Familienunternehmen. Die Nachteile der Personengesellschaften für eine Minderjährigenbeteiligung liegen in den handelsrechtlichen Hemmnissen, insbesondere bei den Vertretungs- und Gründungsmodalitäten und bei der Schwierigkeit, gleichwertige Gesellschafterrechte sicherzustellen. Weil §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 BGB die Mitwirkung des Familiengerichts nur bei der Gründung vorschreiben, nicht dagegen bei der Änderung des Gesellschaftsvertrages oder bei der Änderung eines Gesellschafterbeschlusses, besteht für den Minderjährigen die latente Gefahr, aus wichtigen Rechtspositionen verdrängt zu werden. Es gehört deshalb zu den wichtigen Schutzfunktionen des Familiengerichts im Rahmen der

²⁰⁹ *Bürger*, RNotZ 2006, 156, 178.

²¹⁰ *MüKo-BGB/Wagenitz*, § 1828 Rn. 18.

²¹¹ KG Berlin, OLGE 43, 382; KG Berlin, Recht 1923 Nr 1357; *Staudinger/Engler* (2004), § 1828 Rn. 17; *MüKo-BGB/Wagenitz*, § 1828 Rn. 1.

Genehmigung der Minderjährigenbeteiligung, hier für zeitbeständige und gleichwertige Gesellschafterrechte des Minderjährigen zu sorgen. Deswegen wird das Familiengericht vor der Genehmigung des Vertragswerkes zu bestimmten elementaren Rechtspositionen Vetorechte des Minderjährigen verlangen.²¹² Wird z. B. nach Kapitalanteilen abgestimmt, ist darauf zu achten, dass dem Minderjährigen ein seinem Kapitalanteil gleichwertiges Stimmrecht zukommt. Auch eine unangemessene niedrige Gewinnbeteiligung könnte das Familiengericht beanstanden. Austrittsbeschränkungen für den Minderjährigen können die Substanz einer Minderjährigenbeteiligung entscheidend schwächen und sind deshalb kritisch zu betrachten. Ebenso ist das Augenmerk auf ausgewogene Abfindungsklauseln zu richten. Kumulieren solche Benachteiligungen für den Minderjährigen, so kann dies gegen eine Genehmigung des Familiengerichts sprechen.

d. Genehmigungsverfahren

Die familiengerichtliche Genehmigung ist ein staatlicher Hoheitsakt. Gemäß § 40 Abs. 2 S. 1 FamFG wird die gerichtliche Genehmigung erst mit Rechtskraft wirksam. (Formelle) Rechtskraft tritt gemäß § 45 FamFG mit Ablauf der Rechtsmittelfrist ein. Da Minderjährige grundsätzlich nicht verfahrensfähig sind (§ 9 FamFG), von und gegenüber ihnen also keine Verfahrenshandlungen wirksam vorgenommen werden können, kann zu ihren Lasten keine Rechtsmittelfrist in Gang gesetzt werden. Um die Genehmigung bei Beteiligung Minderjähriger rechtskräftig und damit wirksam werden zu lassen, ist es erforderlich, gem. § 158 FamFG einen Verfahrensbeistand zu bestellen und diesem die Genehmigung gemäß § 41 Abs. 3 FamFG bekannt zu geben.²¹³

Die Genehmigung kann zeitlich vor oder nach dem Abschluss des Rechtsgeschäfts erteilt werden. Der gesetzliche Vertreter entscheidet, ob er eine Vor- oder Nach-Genehmigung einholen will. Eine Vor-Genehmigung kann nur erteilt werden, wenn der wesentliche Inhalt des genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäfts feststeht. Wird eine solche erteilt, so ist das Rechtsgeschäft mit dem Abschluss wirksam. Eine Vor-

²¹² *Gaßner*, RpfIJb 1986, 329, 353.

²¹³ *Bolkart*, MittBayNot 2009, 268, 272.

Genehmigung begründet für den gesetzlichen Vertreter allerdings keine Pflicht zum Abschluss des Rechtsgeschäfts. Auch wenn das Rechtsgeschäft bereits abgeschlossen wurde, so ist der gesetzliche Vertreter dem Vertragsgegner gegenüber nicht verpflichtet die Nachgenehmigung einzuholen. Der gesetzliche Vertreter kann sich gegen die Erteilung der Genehmigung aussprechen, dann darf das Familiengericht die Genehmigung nicht erteilen. Auch kann der gesetzliche Vertreter nach erteilter Nachgenehmigung entscheiden, ob er von ihr durch Mitteilung an den anderen Teil Gebrauch macht. Weder der gesetzliche Vertreter noch der Minderjährige sind während des Schwebezustandes gegenüber dem anderen Vertragsteil gebunden oder haftbar. Der andere Vertragsteil kann den Schwebezustand jedoch gem. § 1829 Abs. 2 BGB beenden.

Hat der Minderjährige selbst das Rechtsgeschäft abgeschlossen, so ist nicht nur die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zu genehmigen, sondern das Rechtsgeschäft selbst. Materiellrechtliche Mängel des Rechtsgeschäfts werden durch die familiengerichtliche Genehmigung nicht geheilt.

Eine Genehmigung nach Volljährigkeit oder Tod des Minderjährigen ist nicht mehr möglich. Gem. § 1829 Abs. 3 BGB tritt die Genehmigung des dann Volljährigen an die Stelle der Genehmigung des Familiengerichts.

IV. Folgen einer fehlerhaften Gründung

Leidet der Gründungsvertrag unter einem Rechtsmangel (wie z. B. wegen fehlender familiengerichtlicher Genehmigung), so führt dies nicht in jedem Fall zur Nichtigkeit des ganzen Gesellschaftsvertrags; der Fall ist vielmehr nach § 139 BGB zu beurteilen, so dass u. U. unter den anderen Gesellschaftern eine Restgesellschaft besteht. Es gehört heute zum gesicherten Bestandteil des Gesellschaftsrechts, dass eine fehlerhafte Gesellschaft regelmäßig nicht von Anfang an nichtig, sondern wegen des Nichtigkeitsgrundes nur mit Wirkung für die Zukunft vernichtbar ist.²¹⁴ Hat sich ein Minderjähriger in rechtsgeschäftlich unwirksamer Weise am Abschluss eines Gesellschaftsvertrages beteiligt und ist diese Gesellschaft in Vollzug gesetzt worden, so

kann ein solches Gesellschaftsverhältnis nicht unter Einschluss des Minderjährigen als faktische Gesellschaft angesehen werden, weil sonst der Sinn und Zweck des mit der Vorschrift der §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 BGB beabsichtigten Schutzes des Minderjährigen in rechtlich nicht tragbarer Weise verletzt würde. Der Geltungsbereich der Regeln über fehlerhafte Gesellschaft endet dort, wo gewichtige Interessen einzelner schutzwürdiger Personen entgegenstehen; unter diesem Gesichtspunkt können insbesondere Minderjährige nicht an einem von ihnen . unwirksam - geschlossenen Gesellschaftsvertrag festgehalten werden. Die Grundsätze über fehlerhafte Gesellschaften müssen hinter den Verkehrs- und Vertrauensschutz zurücktreten; der Schutz des Minderjährigen hat Vorrang vor der Rechtsfigur der fehlerhaften Gesellschaft.²¹⁵ Der zu schützende Minderjährige wird nicht in die fehlerhafte Gesellschaft eingeschlossen.²¹⁶

Für die bei Gründung einer solchen Gesellschaft schon geschäftsfähigen Gesellschafter verbleibt es jedoch bei den Regeln der fehlerhaften Gesellschaft. Der Minderjährige wird rechtsgeschäftlich in keiner Weise verpflichtet.²¹⁷ Auf die Rechtsstellung des Mündels sind dann nicht die Regeln der faktischen Gesellschaft²¹⁸ anzuwenden; vielmehr erscheint es . um die Teilhabe des Mündels am Ertrag seiner Arbeit zu ermöglichen . sachgerecht, den Mündel als Gesellschafter ohne Verpflichtungen nach innen und außen zu behandeln.²¹⁸ Das hat für den Minderjährigen zur Folge, dass für den fehlerhaft Beigetretenen vertragliche Bindungen nicht zur Entstehung kommen bzw. schwebend unwirksam sind. Eine Haftung des Minderjährigen aus der faktischen Gesellschaft kommt unbeschadet der Haftung der übrigen Gesellschafter nicht in Betracht.²¹⁹ Auch eine Außenhaftung ist mangels Gesellschafterstellung des Betroffenen nicht möglich, auch nicht im Wege einer Rechtsscheinhaftung.²²⁰ Der

²¹⁴ BGHZ 55, 5 = NJW 1971, 375 = WM 1971, 127; BGHZ 186, 253 = NJW-RR 2010, 1402.

²¹⁵ MüKo-BGB/*Ulmer*, § 705 Rn. 337.

²¹⁶ BGHZ 17, 160 = DNotZ 1955, 530 = WM 1955, 828.

²¹⁷ BGH, FamRZ 1983, 254 = NJW 1983, 748 = WM 1983, 305 = JuS 1983, 468 m. Anm. *K. Schmidt*.

²¹⁸ Str; *Staudinger/Habermeier* (2003), § 705 Rn. 69 mit Darstellung des Standes der Meinungen; RGZ 145, 159; BGHZ 17, 160 = MDR 1955, 667 = DNotZ 1955, 530 = WM 1955, 490; BGH, FamRZ 1983, 254 = NJW 1983, 749 = WM 1983, 305 = JuS 1983, 468 m. Anm. *K. Schmidt*; RGRK/*Dickescheid*, § 1822 Rn. 30; MüKo-BGB/*Wagenitz*, § 1822 Rn. 30; *Soergel/Zimmermann*, § 1822 Rn. 27; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, § 60 VI 6; *Fischer*, NJW 1955, 849, 851.

²¹⁹ *Palandt/Diederichsen*, § 1822 Rn. 11.

²²⁰ *Staudinger/Habermeier* (2003), § 705 Rn. 69; MüKo-BGB/*Ulmer*, § 705 Rn. 337.

früher anerkannte Einwand unzulässiger Rechtsausübung bei jahrlanger Anerkennung der Wirksamkeit der Gesellschaft ist jetzt durch die Regelung von § 1629a Abs. 4 BGB überflüssig geworden. Erfolgt die Erteilung der Genehmigung durch das Familiengericht nachträglich, so wirkt bei bisher schwebender Unwirksamkeit die Genehmigung ex tunc auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück, § 184 Abs. 1 BGB.²²¹

Umstritten ist die Anwendung der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft auf Innengesellschaften. Der BGH²²² wendet auf alle (typischen oder atypischen) Formen der Innengesellschaften die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft generell an.

²²¹ MüKo-BGB/Wagenitz, § 1822 Rn. 8.

²²² BGH, DNotZ 1993, 619 = NJW 1992, 2696 = WM 1992, 1576; BGH, NJW-RR 1991, 613 = JuS 1991, 690 (bearb. von K. Schmidt); ebenso Bergmann in: jurisPK-BGB, § 705 Rn. 17.

C. Eintritt eines Minderjährigen in eine bereits bestehende Gesellschaft durch Rechtsgeschäft unter Lebenden

I. Möglichkeiten des Eintritts

Der Minderjährige kann an einer Gesellschaft entweder dadurch beteiligt werden, dass er an ihrer Gründung teilnimmt (vgl. Abschn. B - Seite 9 ff.) oder aber dadurch, dass er in eine schon bestehende Gesellschaft eintritt. Dieses Eintreten kann durch Rechtsgeschäft unter Lebenden (vgl. diesen Abschnitt . Seite 51 bis 100) oder durch Erwerb von Todes wegen geschehen (vgl. Abschn. E . Seite 152 ff.).

Der nachträgliche Beitritt des Minderjährigen durch Rechtsgeschäft unter Lebenden in eine bereits bestehende Gesellschaft kann sich auf zwei Wegen vollziehen. Zum einen, indem der Minderjährige als weiterer Gesellschafter aufgenommen wird, zum anderen auch in der Weise, dass er im Wege der Rechtsnachfolge in die Gesellschafterposition eines ausscheidenden Gesellschafters einrückt und dessen Beteiligung übernimmt. Diesen Gesellschafteraustausch bezeichnet man auch als Übertragung der Mitgliedschaft.²²³

II. Aufnahme eines neuen Gesellschafters

Durch die Aufnahme eines neuen Gesellschafters kommt es zu einer Erweiterung des Gesellschafterkreises unter Wahrung der Identität der Gesellschaft. Bei der Aufnahme durch Beitritt ohne Anteilsabtretung (sog. originärer Anteilserwerb) in eine Personengesellschaft wird die Beteiligung des Eintretenden durch Abschmelzung der Beteiligung der bisherigen Gesellschafter am Vermögen der Gesellschaft realisiert. Dies ist das Gegenstück zur Anwachsung im Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters (§ 738 BGB).

²²³ BGHZ 81, 82 = DNotZ 1982, 490 = NJW 1981, 2747 = WM 1981, 841.

1. Aufnahmevertrag

a. Personengesellschaften

Die Neuaufnahme eines Gesellschafters ist infolge der früheren, den Bestand der Gesellschaft von der unveränderten Zusammensetzung des Gesellschafterkreises abhängig machenden Konzeption des Gesetzes nicht geregelt. Die gesetzliche Regelung der Personengesellschaften wie der BGB-Gesellschaft kennt den Gesellschafterwechsel als solchen nicht, sondern knüpft nur gewisse Folgen an das Eintreten eines neuen Gesellschafters (§§ 107, 130 HGB analog) sowie an das Ausscheiden. Der in §§ 107, 130 HGB bei der OHG und KG als „Eintritt“ in eine bestehende Gesellschaft bezeichnete Vorgang ist, da die Zusammensetzung des Gesellschafterkreises von der gesellschaftsvertraglichen Einigung umfasst sein muss,²²⁴ Vertragsänderung, wenn nicht der Beitritt einer bestimmten Person schon im ursprünglichen Gesellschaftsvertrag festgelegt ist.²²⁵

Der Beitritt verlangt den Abschluss eines Aufnahmevertrages zwischen den Altgesellschaftern und dem Minderjährigen.²²⁶ Der Aufnahmevertrag ist gleichzeitig Gesellschaftsvertrag und enthält damit die Änderung des bisherigen Gesellschaftsvertrages zwischen den Altgesellschaftern. Deswegen ist, soweit der Gesellschaftsvertrag Vertragsänderungen durch Mehrheitsbeschluss zulässt, insbesondere der Bestimmtheitsgrundsatz zu beachten.²²⁷ Er besagt, dass sich Gegenstand und Umfang der Veränderungen, die mit Mehrheit beschlossen werden können, mit ausreichender Bestimmtheit aus dem Gesellschaftsvertrag ergeben müssen; andernfalls ist der Beschluss als Mehrheitsbeschluss nicht gültig.²²⁸ Es muss sich also aus dem bisherigen Gesellschaftsvertrag die Zulässigkeit der Aufnahme des Minderjährigen ergeben. Einem Dritten kann auch ein Eintrittsrecht in der Weise eingeräumt werden, dass dieser einen Rechtsanspruch auf Aufnahme in die Gesellschaft erhält. In einem sol-

²²⁴ Westermann, § 35 Rn. 1009.

²²⁵ BGH, DNotZ 1988, 620 = NJW 1988, 1321 = WM 1988, 414; RGZ 163, 392; Schlegelberger/K. Schmidt, § 105 Rn. 180.

²²⁶ Staub/Ulmer (4. Aufl.), § 105 Rn. 368; Schlegelberger/K. Schmidt, § 105 Rn. 180; Röhrich/Graf von Westphalen/von Gerkan, § 105 Rn. 81.

²²⁷ BeckPersGes-HB/Sauter, § 2 Rn. 201. Bei Publikumsgesellschaften wird der Bestimmtheitsgrundsatz nicht angewandt, ebenso nicht bei Personengesellschaften mit kapitalistischer Struktur und Organisation.

²²⁸ Zu Inhalt und Umfang des Bestimmtheitsgrundsatzes Michalski, WiB 1997, 1.

chen Fall schließen die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag einen (echten) Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB); die Verpflichtung muss dann aber noch durch einen gesonderten Aufnahmevertrag umgesetzt werden.²²⁹ Dient die Aufnahme eines Gesellschafters der Vorbereitung des Generationenwechsels in der Unternehmensführung, so erscheint es zweckmäßig, zugleich mit der Aufnahme die weitere Entwicklung jedenfalls in den Grundzügen festzulegen.

Die Gesellschaft selbst ist nicht Partei des Aufnahmevertrags²³⁰; auf die Vertretungsbefugnis der Handelnden für die Gesellschaft kommt es deshalb nicht an.²³¹ Gesellschafter wird der eintretende Minderjährige erst mit dem Einverständnis des letzten Mitgesellschafters. Die Aufnahme des neuen Gesellschafters auf einen zurückliegenden Zeitpunkt ist schuldrechtlich nur dadurch möglich, dass die Beteiligten vereinbaren, einander so zu stellen, als sei der Eintretende bereits zu einem früheren Zeitpunkt Gesellschafter geworden.²³²

Der eintretende Minderjährige erhält mit wirksamem Beitrittsvertrag eine neue Mitgliedschaft.²³³ Er erhält die Stellung eines Gesellschafters mit allen sich hieraus ergebenden Rechten und Pflichten, wie sie im Einzelnen im Gesellschaftsvertrag, im Aufnahmevertrag und/oder im Gesetz konkretisiert sind. Dem Neugesellschafter wird ein neues Kapitalkonto eingerichtet (sog. Einbuchung).²³⁴

Der Beitritt lässt die Zuordnung des Gesellschaftsvermögens zur Gesellschaft als eigenständigem Rechtsträger unberührt.²³⁵ Rechtsträger des Gesellschaftsvermögens bleibt die rechtsfähige Gesellschaft, an der die Gesellschafter mitgliedschaftlich beteiligt sind. Sachenrechtlich wächst den Alt-Gesellschaftern das Gesellschaftsvermögen in Höhe des dem neu eintretenden Minderjährigen gewährten Anteils ab und

²²⁹ *Bergmann* in jurisPK-BGB, § 736 Rn. 17.

²³⁰ BGHZ 76, 160, 164 = NJW 1980, 1463 = WM 1980, 1141; BGHZ 26, 330, 333 = NJW 1958, 668 = WM 1958, 355.

²³¹ RGZ 128, 172, 176.

²³² MüHdb. GesellschaftsR Bd. 1/*Piebler/Schulte*, § 10 Rn. 2; MüHdb. GesellschaftsR Bd. 2/ *Piebler/Schulte*, § 34 Rn. 2.

²³³ Zur GbR BGH, DNotI-Report 2006, 26 = NJW 2006, 765 = WM 2006, 187.

²³⁴ MüKo-HGB/K. *Schmidt*, § 105, Rn. 106.

²³⁵ Dies gilt auch für die GbR BGHZ 146, 341 = DNotZ 2001, 234 = NJW 2001, 1056 = Rpfleger 2001, 246 = WM 2001, 408.

diesem zugleich an. Die Anwachsung ist gesetzliche Folge des Beitritts. Deswegen bedarf es keiner Übertragung einzelner Vermögensgegenstände auf den Minderjährigen, im Immobilienrecht finden demnach §§ 873, 925, 1154 BGB keine Anwendung. Bei der GbR muss allerdings im Grundbuch die Änderung im Gesellschafterbestand durch Ergänzung der Angaben der Gesellschafter eingetragen werden,²³⁶ § 47 Abs. 2 S. 2 GBO i. V. mit § 15 Abs. 1 Buchst. c GBV (vgl. Abschn. C II 2 a - Seite 58).

b. Kapitalgesellschaften

Bei Kapitalgesellschaften ist die Aufnahme eines Gesellschafters ohne Anteilsabtretung nur durch Kapitalerhöhung und Einräumung eines Übernahmerechts (Bezugsrechts) durch den aufzunehmenden neuen Gesellschafter möglich.

aa. GmbH

Bei der GmbH entscheidet nach § 55 Abs. 2 Satz 1 GmbHG die Gesellschaft über die Zulassung einer Person zur Übernahme des neuen Geschäftsanteils. Der Beschluss der Gesellschafterversammlung kann auch bislang gesellschaftsfremde Dritte wie z. B. den eintretenden Minderjährigen zulassen. Mit dem Kapitalerhöhungsbeschluss und dem bei Beteiligung gesellschaftsfremder Dritter zusätzlich erforderlichen Zulassungsbeschluss schaffen die Gesellschafter den Rahmen, innerhalb dessen die Kapitalerhöhung (gegen Einlagen) realisiert werden kann. Die Übernahme setzt aber nicht lediglich eine Erklärung des Übernehmers, sondern vielmehr den Abschluss eines Übernahmevertrages zwischen Übernehmer und Gesellschaft voraus.²³⁷ Elemente des Vertrages sind die formgebundene Übernahmeerklärung des Übernehmers (vgl. Abschn. C II 2 b aa . Seite 60) und die formfreie Annahme seitens der Gesellschaft. Die Annahme fällt nicht in die Zuständigkeit der Geschäftsführung. Als Vertrag körperschaftlicher Qualität kann der Übernahmevertrag mangels besonderer Bevollmächtigung/Ermächtigung nicht seitens des Geschäftsführers für

²³⁶ Grundbuchberichtigung nach § 894 BGB, §§ 22, 29 GBO.

²³⁷ BGHZ 49, 119 = GmbHR 1968, 162 = WM 1968, 33.

die Gesellschaft geschlossen werden. Die Gesellschaft wird vielmehr durch die Gesamtheit ihrer Gesellschafter vertreten.²³⁸

bb. Aktiengesellschaft

Ein bisher gesellschaftsfremder Minderjähriger kann Aktien an einer bereits bestehenden Aktiengesellschaft originär im Rahmen einer Kapitalerhöhung nach §§ 182, 186 AktG erwerben (bei bedingter Kapitalerhöhung nach § 192 AktG und beim genehmigten Kapital nach § 202 AktG). Bereits vor Eintragung des Kapitalerhöhungsbeschlusses in das Handelsregister kann mit dem ersten Schritt der Durchführung der Kapitalerhöhung, der Zeichnung der jungen Aktien (§ 185 AktG) begonnen werden. Bei der Zeichnung neuer Aktien ist zu unterscheiden zwischen der auf den Erwerb neuer Aktien abgegebenen Willenserklärung (Angebot auf Abschluss eines entsprechenden Zeichnungsvertrages) des minderjährigen Zeichnungswilligen durch den Zeichnungsschein und den durch Annahme dieser Erklärung zustande gekommenen Zeichnungsvertrag. Der Zeichnungsschein ist die schriftliche Verkörperung dieser Offerte. Bei dieser Offerte handelt sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung des Zeichners; Erklärungsempfänger ist nur die Aktiengesellschaft (vertreten durch den Vorstand), nicht die Aktionäre. Die formlose, zumeist konkludente Annahme der Offerte braucht von der Aktiengesellschaft dem minderjährigen Zeichner gegenüber nicht ausdrücklich erklärt zu werden, da eine solche Erklärung gem. § 151 S. 1 BGB nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist.²³⁹ Typischerweise wird die Aktiengesellschaft ihre Annahmeerklärung dadurch abgeben, dass sie den Zeichner in das Verzeichnis der Zeichner (§ 188 Abs. 3 Nr. 1 AktG) aufnimmt. Nach Zugang des Zeichnungsscheins bindet die Offerte (Zeichnung) den Zeichner bis zu dem gem. § 185 Abs. 1 S. 3 AktG im Zeichnungsschein maßgebenden Zeitpunkt. Durch den Zeichnungsvertrag wird der minderjährige Zeichner dazu verpflichtet, diejenigen Einzahlungen an die Aktiengesellschaft zu erbringen, deren Leistung vor der Anmeldung der Durchführung der Kapitalerhöhung nach dem Kapitalerhöhungsbeschluss zu zahlen ist.

²³⁸ BGHZ 49, 117 = GmbHR 1968, 162 = WM 1968, 33; Scholz/Priester, § 55 Rn. 73; Michalski/Hermanns, § 55 Rn. 86; Werner, ZIP 2009, 737.

2. Form des Aufnahmevertrages

a. Personengesellschaften

Spezielle gesetzliche Form- und Zustimmungserfordernisse für den Aufnahmevertrag gibt es nicht. Es gelten die Erfordernisse für den Abschluss eines Gesellschaftsvertrages (= Gründungsvertrag); vgl. Abschnitt B II . Seite 11 ff. Ein gewillkürtes Formerfordernis kommt in Betracht, wenn der Gesellschaftsvertrag für Änderungen eine Form, etwa Schriftform, vorsieht. Enthält der Gesellschaftsvertrag . wie häufig . eine Schriftformklausel, kommt ihr regelmäßig nur klarstellende Funktion zu.²⁴⁰ Die Vertragsänderung ist also auch dann wirksam, wenn sie nur mündlich oder gar nur stillschweigend vereinbart wurde.

In einzelnen Fallgestaltungen kann sich aus gesetzlichen Formvorschriften eine Formbedürftigkeit ergeben. Auch im Recht der Personengesellschaften ist § 311b Abs. 1 BGB zu beachten.²⁴¹ Danach bedürfen Verträge, in denen sich ein Teil verpflichtet, ein Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, der notariellen Beurkundung (vgl. Abschn. B II 1 . Seite 12). Auch der Vertrag über den Beitritt eines Gesellschafters zu einer solchen Gesellschaft wird für beurkundungsbedürftig gehalten, solange die Erwerbspflicht noch besteht.²⁴² Enthält der Gesellschaftsvertrag dagegen keine Verpflichtung der Gesellschafter zum Erwerb oder zur Veräußerung eines bestimmten Grundstücks, so ist der Beitritt zu einer Grundstücksgesellschaft formlos möglich, auch wenn diese entweder schon über Grundbesitz verfügt oder die Verpflichtung übernommen hat, Grundbesitz zu erwerben. Die Mitberechtigung des beitretenden Minderjährigen am Grundvermögen der Gesellschaft ist nur gesetzliche Folge des Beitritts und nicht dessen Gegenstand.²⁴³ Im Beitritt ist keine Übernahme einer etwa bestehenden Erwerbspflichtung zu sehen.

²³⁹ H. M.; *Happ*, 12.01 Rn. 25 m.w.N.

²⁴⁰ BGHZ 49, 365 = BB 1968, 607 = WM 1968, 646.

²⁴¹ Dazu *Limmer* in: FS Hagen, S. 321.

²⁴² MüHdb. GesellschaftsR Bd. 1/*Piebler/Schulte*, § 10 Rn. 9; dazu ausführlich *Ulmer/Löbbecke*, DNotZ 1998, 711; *Grunewald* in: FS Hagen, S. 277, 286.

²⁴³ BGH, DNotZ 1998, 908 = NJW 1998, 376 = WM 1997, 2220; BGH, DNotZ 1997, 40 = NJW 1996, 1279 = WM 1996, 537; BGHZ 86, 367 = NJW 1983, 1110 = WM 1983, 358; OLG Köln, MittRhNotK 2000, 439 = NZG 2000, 930; MüKo-HGB/K. *Schmidt*, § 105 Rn. 206.

Die Formbedürftigkeit kann sich bei der Beteiligung Minderjähriger an schon bestehenden Personengesellschaften auch aus § 518 BGB ergeben. Der BGH²⁴⁴ sieht darin, dass der neu eintretende Gesellschafter die persönliche Haftung sowie die Beteiligung an einem etwaigen Verlust übernimmt und im Regelfall zum Einsatz seiner vollen Arbeitskraft verpflichtet ist, eine Gegenleistung, die grundsätzlich die Annahme einer . sei es auch nur gemischten . Schenkung verbiete (vgl. Abschn. B II 1 . Seite 13 ff.). Die Rechtsprechung des BGH hat Bedeutung nicht nur für die Begründung der Rechtsstellung eines persönlich haftenden Gesellschafters einer OHG, sondern auch für den Eintritt in eine Kommanditgesellschaft als Komplementär sowie . infolge der akzessorischen Gesellschafterhaftung analog §§ 128 ff. HGB in eine GbR.²⁴⁵ Anders ist dies bei Kommanditanteilen. Nach der sog. „Benteler“-Entscheidung des BGH²⁴⁶ (vgl. hierzu Abschn. B II 1 . Seite 13) ist der Erwerb einer Kommanditbeteiligung schenkweise möglich. Fehlt in einem solchen Fall die notarielle Beurkundung des Schenkungsversprechens, so kann der Formmangel nach § 518 Abs. 2 BGB mit der Bewirkung der Zuwendung (Schenkungsvollzug) geheilt werden. Bei der schenkweisen Einbuchung von Kommanditanteilen ist die endgültige Überführung des Schenkungsgegenstandes in das Vermögen des beschenkten Neugesellschafters erforderlich. Die unentgeltliche Aufnahme erfolgt in der Regel in der Weise, dass der eintretende Minderjährige zu Lasten der beweglichen Konten (z. B. Darlehenskonto) des Schenkers mit einem neuen Kapitalanteil eingebucht wird. Durch die Umbuchung der Einlage auf das Kapitalkonto des Beschenkten wird die Schenkung bewirkt²⁴⁷ und ein eventueller Formmangel gemäß § 518 Abs. 2 BGB geheilt. Die Registeranmeldung des Minderjährigen und die - lediglich deklaratorische - Eintragung in das Handelsregister sind zum Schenkungsvollzug nicht erforderlich.

Eine Formbedürftigkeit des Beitrittsvertrages kann sich auch aus § 15 Abs. 4 GmbHG ergeben. Ist der Gegenstand der Personengesellschaft auf Erwerb, Halten

²⁴⁴ BGH, DB 1977, 1454 = MDR 1977, 914 = WM 1977, 862; BGH, BB 1965, 472 = WM 1965, 359; MüKo-HGB/K. Schmidt, § 105 Rn. 140. Kritisch Hueck, DB 1966, 1043; K. Schmidt, BB 1990, 1992; Wiedemann/Heinemann, DB 1990, 1649; MüKo-BGB/Koch, § 516 Rn. 90, 92.

²⁴⁵ Vgl. MüKo-BGB/Ulmer, § 705 Rn. 43. Für eine Einzelfallbetrachtung: Staub/Ulmer (4. Aufl.), § 105 Rn. 176; Baumbach/Hopt, § 105 Rn. 56; K. Schmidt, BB 1990, 1992, 1994; MüHdb. GesellschaftsR Bd. 1/Piebler/Schulte, § 10 Rn. 14.

²⁴⁶ BGHZ 112, 40 = DNotZ 1991, 819 = NJW 1990, 2616.

²⁴⁷ BeckPersGes-HB/Landsittel, § 8 Rn. 192.

und Verwertung eines Geschäftsanteils an einer GmbH gerichtet, so ist fraglich, ob die Aufnahme in eine solche Personengesellschaft beurkundungspflichtig ist.²⁴⁸ Die Durchbrechung der grundsätzlichen Formfreiheit sollte restriktiv gehandhabt und auf Fälle der offensichtlichen Umgehung beschränkt werden.²⁴⁹ Die Zwischenschaltung einer GbR, OHG oder KG kann nicht bereits zur Bejahung eines Umgehungsfalles führen; dem stehen die Gestaltungsfreiheit der Gesellschafter und die Rechtsfähigkeit der Gesamthandsgesellschaft entgegen. Der Schutzzweck von § 15 Abs. 4 GmbHG erschöpft sich darin, dass durch eine notarielle Beurkundung die Verpflichtung zur Anteilsübertragung sachgerecht zu dokumentieren und durch eine Erschwerung der Anteilsübertragung ein spekulativer Handel mit Anteilen einer GmbH zu unterbinden ist. Das Verpflichtungsgeschäft zur Übertragung eines Geschäftsanteils an einer GbR, deren Gesellschaftsvermögen im Wesentlichen aus einem GmbH-Anteil besteht, bedarf deshalb grundsätzlich nicht der notariellen Beurkundung entsprechend § 15 Abs. 4 GmbHG.

Der Eintritt des minderjährigen Gesellschafters bei einer OHG oder KG ist in das *Handelsregister* einzutragen (§§ 107, 161 Abs. 2 HGB). Nach § 107 HGB ist die Aufnahme eines neuen Gesellschafters zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden, wozu sämtliche Gesellschafter verpflichtet sind, §§ 108, 161 Abs. 2 HGB. Die Anmeldung ist nach § 12 Abs. 1 S. 1 HGB elektronisch vorzunehmen durch Einreichung einer öffentlich beglaubigten schriftlichen Erklärung (§ 129 Abs. 1 BGB, §§ 39 ff. BeurkG) oder einer notariellen Urkunde über die Erklärung (§ 129 Abs. 2 BGB, §§ 8 ff. BeurkG). Die Handelsregistereintragung des Minderjährigen hat nur deklaratorische Bedeutung und ist ohne Einfluss auf das Wirksamwerden des Beitritts. Bei einer GbR gibt es keine Eintragungspflicht entsprechend §§ 106, 107, 161 Abs. 2 HGB, da sie nicht handelsregisterfähig ist.

Der Beitritt zu einer grundbesitzenden OHG und KG bewirkt zwar intern am Gesellschaftsvermögen eine personelle Eigentumsveränderung, dieser materielle Rechts-

²⁴⁸ Bejahend MÜHdb. GesellschaftsR Bd. 1/Piebler/Schulte, § 10 Rn. 13.

²⁴⁹ So für den Fall vinkulierter Geschäftsanteile BGH DNotZ 2008, 785 = NJW-RR 2008, 773 = WM 2008, 875. Dazu Wertenbruch, NZG 2008, 454; Schodder, EWiR 2008, 331; Podewils/Kleinert,

vorgang wird jedoch im *Grundbuch* . mangels eingetragener Gesellschafter - nicht offen gelegt. Auch der Eintritt des Minderjährigen in eine grundbesitzende GbR vollzieht sich außerhalb des Grundbuchs. § 899a BGB und § 47 Abs. 2 GBO stellen klar, dass die Eintragung der Gesellschafter zum Grundbuchinhalt gehört.²⁵⁰ Die eingetragenen Gesellschafter sind zwar nicht Berechtigte, d. h. nicht Eigentümer eines Grundstücks oder Inhaber eines Grundstücksrechts (dies ist nämlich nur die GbR), aber sie werden wie Berechtigte behandelt, § 47 Abs. 2 S. 2 GBO. Die Gesellschaftereintragung im Grundbuch ist notwendig, weil für die GbR kein Register besteht und das Grundbuch insoweit als Ersatzregister fungieren muss.²⁵¹ Seit dem 18.08.2009 sind neben der GbR (wieder) die Gesellschafter namentlich . und zwar nach Maßgabe des § 15 Abs. 1 Buchst. c) GBV . einzutragen (§ 47 Abs. 2 GBO). Änderungen im Gesellschafterbestand führen seit dem 18.08.2009 wieder zu einer echten Grundbuchunrichtigkeit, was sich materiell-rechtlich der Verweisung des § 899a S. 2 BGB auf § 894 BGB und grundbuchverfahrensrechtlich der Verweisung des § 47 Abs. 2 S. 2 GBO auf § 22 GBO entnehmen lässt.²⁵² Durch den Eintritt des Gesellschafter in die GbR wird das Grundbuch jetzt hinsichtlich des Gesellschafterbestands unrichtig i. S. von § 894 BGB, §§ 22, 47 GBO. Zur Grundbuchberichtigung bedarf es entweder eines Unrichtigkeitsnachweises oder aber einer Berichtigungsbewilligung. Der Unrichtigkeitsnachweis (§ 22 GBO) wird geführt durch Vorlage des Vertrags zwischen dem eintretenden Gesellschafter und den Alt-Gesellschaftern in der Form des § 29 GBO. Für die Grundbuchberichtigung mittels Bewilligung (§ 19 GBO) ist diese von allen bisherigen Gesellschaftern nötig, der Eintretende muss nach § 22 Abs. 2 GBO in der Form des § 29 GBO zustimmen.²⁵³ Es ist zu bejahen, dass § 899a BGB auch hier anwendbar ist und damit sicherstellt, dass der Gesell-

DStR 2008, 1148. Für eine Beurkundungspflicht MÜHdb. GesellschaftsR Bd. 1/*Piehler/Schulte*, § 10 Rn. 13.

²⁵⁰ OLG Zweibrücken, FGPrax 2010, 22 = NJW 2010, 384 = Rpfleger 2010, 208; OLG München, MittBayNot 2010, 153 m. Anm. *Weigl* = NJW-RR 2010, 501 = Rpfleger 2010, 153; *Scherer*, NJW 2009, 3063.

²⁵¹ OLG München, MittBayNot 2010, 153 = NJW-RR 2010, 501 = Rpfleger 2010, 153; *Lautner*, DNotZ 2009, 650, 668.

²⁵² Gutachten DNotI-Report 2010, 145.

²⁵³ *Böttcher*, ZfIR 2009, 613, 620.

schafterbestand im Übrigen keine Änderung erfahren hat.²⁵⁴ In der Berichtigungsbe-
willigung muss inhaltlich der materielle Rechtsvorgang dargestellt werden, der einen
Wechsel des Gesellschafterbestandes außerhalb des Grundbuchs bewirkt hat. Die
Unrichtigkeit des Grundbuchs sowie deren Beseitigung durch die beantragte Eintra-
gung sind schlüssig darzulegen.²⁵⁵ An die Eintragung im Grundbuch wird eine mate-
riellrechtliche Vermutung bezogen auf die Gesellschafterstellung und die entspre-
chende Anwendbarkeit der §§ 892 ff. BGB geknüpft, vgl. § 899a BGB.²⁵⁶ Diese Vor-
schrift entfaltet auch zum Nachweis der Bewilligungsbefugnis der eingetragenen Ge-
sellschafter (Abgabe der Berichtigungsbe willigung im Anschluss an einen Wechsel
im Gesellschafterbestand) als Vermutungstatbestand gegenüber dem Grundbuchamt
Wirkungen.²⁵⁷

b. Kapitalgesellschaften

aa. GmbH

Gem. § 55 Abs. 1 GmbHG vollzieht sich die Übernahme eines Geschäftsanteils auf
der Grundlage einer notariell aufgenommenen oder beglaubigten Erklärung des
Übernehmers. Der BGH²⁵⁸ sieht den Zweck der Formvorschrift darin, die Öffentlich-
keit über die Kapitalgrundlage der Gesellschaft aufzuklären und Gläubiger sowie
künftige Gesellschafter zu schützen. Wird die Übernahmeerklärung nicht beglaubigt,
vielmehr zulässigerweise in die notarielle Niederschrift über den Kapitalerhöhungs-
beschluss aufgenommen, so bedarf es keiner zusätzlichen Beglaubigung, wenn es
sich um eine Niederschrift nach §§ 8 ff. BeurkG handelt, anders wäre es bei einer
Tatsachen-Beurkundung nach § 36 BeurkG. Wird die Form des § 55 Abs. 1 GmbHG

²⁵⁴ OLG München, BB 2010, 2314 = EWiR 2010, 741 = NotBZ 2010, 421; Gutachten DNotI-Report
2010, 145. Zu den Konsequenzen für § 899a BGB *Heinze*, ZfIR 2010, 713; *Albers*, ZfIR 2010, 705,
707.

²⁵⁵ BayObLGZ 1994, 33, 38 = MittBayNot 1994, 321 = Rpfleger 1994, 410; *Heinze*, RNotZ 2010, 289,
305.

²⁵⁶ Dazu *Scherer*, NJW 2009, 3063; *Rebhan*, NotBZ 2009, 445; *Böttcher*, ZfIR 2009, 613, 623; ders.,
ZNotP 2010, 173, 175; *Heinze*, RNotZ 2010, 289, 305; *Miras*, DStR 2010, 604; Gutachten DNotI-
Report 2010, 145.

²⁵⁷ Gutachten DNotI-Report 2010, 145.

²⁵⁸ BB 1966, 1410 = WM 1966, 1263; BGH, DNotZ 1977, 427 = NJW 1977, 1151 = WM 1977, 387;
Scholz/Priester, § 55 Rn. 78.

nicht eingehalten, so ist die Übernahmeerklärung unwirksam; auch durch Leistung der Einlage tritt keine Heilung ein.²⁵⁹

Die Kapitalerhöhung ist im *Handelsregister* . konstitutiv . einzutragen. Mit der Registereintragung entstehen nach § 55 Abs. 3 GmbHG neue Geschäftsanteile und damit Rechte und Pflichten des minderjährigen Beitretenden zu diesem Zeitpunkt (z. B. Stimm- und Mitwirkungsrechte, Kontroll- und Einsichtsrechte sowie das Recht zum Gewinnbezug für das laufende Geschäftsjahr). Auch die Gesellschafterhaftung nach § 24 GmbHG für die neuen Geschäftsanteile beginnt mit der Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister. Der Eintritt des Minderjährigen selbst in die GmbH wird nicht im Handelsregister eingetragen. Nach Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister hat der an diesem Vorgang mitwirkende Notar nach § 40 Abs. 2 GmbHG eine neue Gesellschafterliste dem Registergericht zu übermitteln. Die Bedeutung der Gesellschafterliste wurde durch das MoMiG erheblich aufgewertet. Die Gesellschafterliste ist die ausschließliche Legitimationsgrundlage für den Erwerb der Gesellschafterstellung im Verhältnis zur Gesellschaft und die Ausübung der Gesellschafterrechte. Für die Gesellschafterstellung gegenüber der Gesellschaft ist die Aufnahme der Liste in den Registerordner beim Registergericht konstitutiv, § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG. Der eintretende Minderjährige hat selbstständig zu prüfen, ob er richtig registriert ist. Die im Registerordner eingestellte Gesellschafterliste ist nämlich Rechtscheinträger. Der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis des in der Liste eingetragenen Gesellschafters wird geschützt.²⁶⁰

Eine grundbesitzende GmbH wird im *Grundbuch* als Berechtigte mit ihrer Firma und ihrem Sitz sowie der Rechtsformbezeichnung eingetragen (§ 15 Abs. 1 Buchst. b GBV). Da die Gesellschafter im Grundbuch nicht genannt werden, führt der Beitritt des Minderjährigen zur GmbH zu keiner Veränderung im Grundbuchstand.

²⁵⁹ Scholz/*Priester*, § 55 Rn. 79; Michalski/*Hermanns*, § 55 Rn. 70.

²⁶⁰ *Heckschen*, Rn. 545. Zur Aufwertung der Gesellschafterliste durch das MoMiG *Mayer*, ZIP 2009, 1037.

bb. Aktiengesellschaft

Die Zeichnungserklärung (Zeichnungsschein) des Zeichners der neuen Aktien, nicht etwa der Zeichnungsvertrag insgesamt, ist formgebunden und bedarf gem. § 185 Abs. 1 S. 1 AktG zwingend der schriftlichen Erklärung (§ 126 BGB). Eine Beglaubigung der Unterschrift des Zeichners ist nicht erforderlich.

Ein Verstoß gegen das Schriftformerfordernis des § 185 Abs. 1 S. 1 AktG führt zur Nichtigkeit der Zeichnung (§ 125 Satz 1 BGB), nicht aber zur Nichtigkeit der Kapitalerhöhung.²⁶¹ Bestritten ist, ob der Formmangel geheilt werden kann.²⁶² Nach h. M.²⁶³ ist davon auszugehen, dass der Zeichner sich auf die Formnichtigkeit wegen widersprüchlichen Verhaltens (§ 242 BGB) nicht berufen kann, wenn er seine Aktionärsrechte ausübt.²⁶⁴ Der Erwerb der Mitgliedschaft trotz fehlender Vertragsgrundlage findet ausnahmsweise nicht statt, wenn gesetzliche Bestimmungen den Schutz des Zeichners höher einordnen als die durch § 185 Abs. 3 AktG angesprochenen Bestätigungshandlungen.²⁶⁵ Dies ist für den Minderjährigenschutz der Fall. Der minderjährige Zeichner wird nicht Aktionär. Der Minderjährige kann die Rückabwicklung des Zeichnungsvertrages und damit seine Leistung nach § 812 Abs. 1 S. 1 BGB zurück verlangen; das Verbot zur Rückzahlung von Einlagen nach § 57 Abs. 1 S. 1 AktG steht nicht entgegen, da dieses nur für wirkliche Aktionäre gilt. Die Kapitalerhöhung im Übrigen wird hiervon nicht betroffen. Die den Minderjährigen betreffenden Aktien hat die Gesellschaft entsprechend den gesetzlichen Vorschriften (§ 71c Abs. 1 und 3 AktG) selbst zu übernehmen bzw. zu verwerten. Kann sie das nicht, muss unverzüglich eine Kapitalherabsetzung beschlossen werden (Kapitalherabsetzung durch Einziehung der Aktien,²⁶⁶ § 237 AktG).

Ist Gegenstand des Zeichnungsscheins eine Sacheinlage des Aktionärs z. B. eine Immobilie oder ein GmbH-Geschäftsanteil, so fragt sich, ob die allgemeinen Formvorschriften, also z. B. § 311b Abs. 1 BGB bzw. § 15 Abs. 4 GmbHG, auf den Zeich-

²⁶¹ Hüffer, § 185 Rn. 16, 29.

²⁶² Dazu MüHdb. GesellschaftsR Bd. 4/Krieger, § 56 Rn. 105; Hüffer, § 185 Rn. 7, 17, 21.

²⁶³ Hüffer, § 185 Rn. 21 m.w.N. Dazu auch MüHdb. GesellschaftsR Bd. 4/Krieger, § 56 Rn. 105.

²⁶⁴ Hüffer, § 185 Rn. 16, 21.

²⁶⁵ MünchKomm-AktG/Pfeifer, § 185 Rn. 59; Hüffer, § 185 Rn. 29.

²⁶⁶ Becksches Hdb. der AG/Maul, § 3 Rn. 160; Hüffer, § 185 Rn. 1629; Kley, RNotZ 2003, 17, 31.

nungsvertrag anwendbar sind. Dies ist zu bejahen.²⁶⁷ Bei dem Zeichnungsvertrag handelt es sich um einen korporationsrechtlichen Vertrag,²⁶⁸ der gleichzeitig einen einseitig verpflichtenden Vertrag zur Einbringung einer Sacheinlage enthält, so dass über § 185 Abs. 1 AktG hinaus auch die Annahmeerklärung der Aktiengesellschaft, vertreten durch den Vorstand in vertretungsberechtigter Zahl, formbedürftig ist. Wird dieses über § 185 Abs. 1 AktG hinausgehende Formerfordernis nicht eingehalten, ist der Zeichnungsvertrag gem. § 125 BGB nichtig.²⁶⁹

Die Durchführung der Kapitalerhöhung bedarf der Eintragung in das *Handelsregister*. Damit wird die Kapitalerhöhung wirksam und ist die Grundkapitalziffer erhöht. Erst dann wird der minderjährige Zeichner Aktionär mit allen Rechten und Pflichten (§ 189 AktG) und erst ab diesem Zeitpunkt dürfen die dieses Mitgliedschaftsrecht verbrieften neuen Aktienurkunden ausgegeben werden (§ 191 AktG). Im Handelsregister wird der Eintritt des minderjährigen Aktionärs selbst nicht vermerkt. Werden Namensaktien ausgegeben, sind die Aktionäre in das *Aktienregister* einzutragen (§ 67 AktG), dessen Zweck es ist, den jeweiligen Aktionär ersichtlich zu machen, da dieser ggf. auf den noch nicht voll eingezahlten Einlagebetrag haftet.²⁷⁰ Die Eintragung legitimiert den Eingetragenen nur gegenüber der Gesellschaft; sie begründet eine unwiderlegbare Vermutung, ist aber nicht rechtskonstitutiv. Anders als die Gesellschafterliste bei der GmbH ist mit der Eintragung im Aktienregister kein Gutgläubensschutz des Erwerbers oder sonstiger Dritter verbunden.²⁷¹

Eine grundbesitzende Aktiengesellschaft ist im *Grundbuch* als Berechtigte mit ihrer Firma, ihrem Sitz und ihrer Rechtsform bezeichnet (§ 15 Abs. 1 Buchst. b GBV). Da die Aktionäre im Grundbuch nicht genannt werden, führt der Beitritt des Minderjährigen zur Aktiengesellschaft zu keiner Veränderung im Grundbuchstand.

²⁶⁷ Ebenso Happ, 12.02 Rn. 10; Kley, RNotZ 2003, 17, 31.

²⁶⁸ Hüffer, § 185 Rn. 4.

²⁶⁹ U. U. kann die Unwirksamkeit des Zeichnungsscheins noch geheilt werden, nämlich bei GmbH-Geschäftsanteilen durch Beurkundung des Erfüllungsgeschäfts (§ 15 Abs. 4 S. 2 GmbHG), bei Immobilien durch Beurkundung der Auflassung und Eintragung im Grundbuch (§ 311b Abs. 1 S. 2 BGB).

²⁷⁰ Becksches Hdb. der AG/Maul, § 3 Rn. 24.

²⁷¹ Happ, § 4.08 Rn. 1

3. Vertretung des Minderjährigen

a. Handeln des gesetzlichen Vertreters

aa. Personengesellschaften

Für die gesetzliche Vertretung des Minderjährigen beim Beitritt gilt das zur Gründung Gesagte entsprechend (vgl. Abschn. B III 1 bis 3 . Seite 15 bis 33). Die notwendige Willenserklärung zum Abschluss des Aufnahmevertrags wird durch den gesetzlichen Vertreter abgegeben (vgl. Abschn. B III 1 . Seite 15 ff.). Der Aufnahmevertrag bedeutet eine Änderung des Gesellschaftsvertrages, die Gesellschafter stehen sich typischerweise als Geschäftsgegner gegenüber, so dass die Eltern/der Vormund als Mitgesellschafter gem. §§ 181, 1629, 1795 BGB²⁷² von der Vertretung ausgeschlossen sind/ist, ohne Rücksicht auf das Bestehen eines konkreten Interessenkonfliktes.²⁷³ Es bedarf in diesen Fällen somit der Bestellung eines Ergänzungspflegers nach § 1909 BGB (vgl. Abschn. B III 3 a . Seite 29 ff.).²⁷⁴

Gemäß § 181 BGB sind die Eltern/ist der Vormund nur dann nicht von der Vertretung ausgeschlossen, wenn der Aufnahmevertrag dem vertretenen Minderjährigen lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt (vgl. Abschn. B III 2 b aa . Seite 23 ff.). Der Erwerb einer Beteiligung als Gesellschafter einer GbR bringt dem Minderjährigen . auch wenn er schenkweise erfolgt - schon wegen der Haftungsfragen (§§ 128, 130 HGB analog, vgl. Abschn. C II 3 b aa aaa . Seite 70) nicht ausschließlich rechtliche Vorteile.²⁷⁵ Gleiches gilt für die OHG und die Komplementärstellung bei einer KG. Fraglich ist, ob der schenkweise Beitritt eines Kommanditisten ein lediglich rechtlich vorteilhaftes Geschäft ist. Die Schenkung eines Kommanditanteils, der voll einbezahlt ist, ist nach Auffassung des BGH (sog. *Benteler*-Entscheidung²⁷⁶ - vgl. Abschn. B II 1 . Seite 13) möglich. In der Literatur gibt es mittlerweile Stimmen, die nun noch wei-

²⁷² BGHZ 65, 93, 95 = DNotZ 1976, 107 = NJW 1976, 49 = Rpfleger 1975, 427; LG Aachen, NJW-RR 1994, 1319 = Rpfleger 1994, 104. § 181 BGB findet auf Änderungen des Gesellschaftsvertrages Anwendung, BGHZ 65, 93 = DNotZ 1976, 107 = NJW 1976, 49 = Rpfleger 1975, 427.

²⁷³ BGHZ 65, 93 = DNotZ 1976, 107 = NJW 1976, 49 = Rpfleger 1975, 427.

²⁷⁴ *Czeghun/Dickmann*, FamRZ 2004, 1534, 1535.

²⁷⁵ BGHZ 17, 160 = DNotZ 1955, 530 = WM 1955, 828; BHGZ 68, 225, 232 = DNotZ 1977, 550 = NJW 1977, 1339 = WM 1977, 690; BayObLGZ 1997, 113 = DNotZ 1998, 495 m. Anm. *Spiegelberger* = NJW-RR 1997, 1163 = Rpfleger 1997, 377; OLG Zweibrücken, FamRZ 2000, 117 = NJW-RR 1999, 1174 = NZG 1999, 717; MüHdb. GesellschaftsR Bd. 1/*Piebler/Schulte*, § 10 Rn. 4; MüHdb. GesellschaftsR Bd. 2/*Piebler/Schulte*, § 34 Rn. 4.

²⁷⁶ BGHZ 112, 40 = DNotZ 1991, 819 = NJW 1990, 2616 = WM 1990, 1379.

tergehen und meinen, dass eine solche Schenkung an einem Minderjährigen rechtlich vorteilhaft ist, wenn wenigstens die Einlage des Kommanditisten voll erbracht ist; der Erwerb eines voll einbezahlten Kommanditanteils bringe nämlich kein Haftungsrisiko mit sich.²⁷⁷ Insbesondere besteht in der Kommanditbeteiligung nicht das Risiko der Ausfallhaftung für andere Gesellschafter. Dem kann entgegen gehalten werden, dass ein Kommanditist insbesondere auch für Verbindlichkeiten haftet, die in der Zeit zwischen seinem Eintritt in die Gesellschaft und seiner Eintragung als Kommanditist im Handelsregister begründet werden (§ 176 Abs. 2 HGB).²⁷⁸ Zwar kann das Risiko dadurch vermieden werden, dass der Eintritt unter die aufschiebende Bedingung dergestalt gestellt wird, dass er erst mit Eintragung des minderjährigen Erwerbers im Handelsregister wirksam wird. Zudem ist mit dem Erwerb auch eines voll einbezahlten Kommanditanteils die Gesellschafterstellung in einer Personengesellschaft verbunden, aus der eine Vielzahl potentieller Pflichten folgt (sog. Bündel an Rechten und Pflichten). Man denke etwa nur an das Wiederaufleben der beschränkten Haftung gemäß § 172 Abs. 4 HGB in der Person des Veräußerers oder des Erwerbers oder an die aus der Gesellschafterstellung folgende gesellschaftsrechtliche Treuepflicht (z. B. Verpflichtung zur Erhöhung der Einlage bzw. Haftung den Gläubigern bei zu hoher Entnahme).²⁷⁹ Zudem obliegt dem minderjährigen Erwerber die Beweislast für die erfolgte Einzahlung. Vgl. im Einzelnen dazu bereits Abschn. B III 2 b aa . Seite 24 ff. Im Interesse eines effektiven Minderjährigenschutzes ist daher der h. M.²⁸⁰ für den derivativen Erwerb (vgl. Abschn. C III 4 a aa . Seite 89) auch hier beim originären Erwerb zu folgen, die auch bei einem voll eingezahlten Kommanditanteil kein lediglich rechtlich vorteilhaftes Geschäft sieht.

²⁷⁷ OLG Bremen, FamRZ 2009, 621 = GmbHR 2008, 1263 m. Anm. *Werner* = RNotZ 2008, 625; *Staudinger/Peschel-Gutzeit* (2007), § 1629 Rn. 246; *Palandt/Ellenberger*, § 107 Rn. 4, 6; *Maier-Reimer/Marx*, NJW 2005, 3025, 3026. Dazu *MüKo-HGB/Grunewald*, § 161 Rn. 23.

²⁷⁸ Dazu OLG Hamm, NotBZ 2010, 378.

²⁷⁹ BGH, NJW 1989, 2687 = WM 1989, 1216; LG Köln, Rpfleger 1970, 245; *Staudinger/Knothe* (2004), § 107 Rn. 24; dazu auch *Haegele*, BWNotZ 1969, 2. A. A. *Gernhuber/Coester-Waltjen*, § 61 III 7; *Soergel/Strätz*, § 1629 Rn. 32; *Tiedtke*, DB 1977, 1064, 1066; *Bengsohn/Ostheimer*, Rpfleger 1990, 189, 191 Fn. 36 (Treuepflicht ist wertneutral). Ausführlich dazu *MüHdb. GesellschaftsR Bd. 2/Weipert*, § 13.

²⁸⁰ OLG München, DNotZ 2009, 230 = FamRZ 2009, 623 = NJW-RR 2009, 152 = Rpfleger 2009, 84; BGHZ 68, 225, 231 = DNotZ 1977, 550 = NJW 1977, 1339 = WM 1977, 680; LG Köln, Rpfleger 1970, 245; *Röhrich/Graf von Westphalen/von Gerkan/Haas*, § 161 Rn. 9; *Klüsener*, Rpfleger 1990, 321, 326; *Werner*, ZIP 2009, 737; *Ivo*, ZEV 2005, 193.

Sind die Eltern auch bei einer unentgeltlichen Übertragung voll eingezahlter Kommanditanteile von der Vertretung ihrer Kinder ausgeschlossen, stellt sich die weitere Frage, ob bei mehreren Kindern für jedes Kind ein eigener Ergänzungspfleger gem. § 1909 BGB bestellt werden muss. Dies ist dann der Fall, wenn ein Ergänzungspfleger an der Vertretung mehrerer Kinder durch § 181 BGB (i. V. mit § 1915 Abs. 1, § 1795 Abs. 2 BGB) gehindert ist. Werden mehrere Minderjährige, die dieselben gesetzlichen Vertreter haben, unter Bildung neuer Gesellschaftsanteile in die Gesellschaft aufgenommen, setzt dies den Abschluss eines Gesellschaftsvertrags zwischen sämtlichen Alt- und Neugesellschaftern voraus. Das BayObLG²⁸¹ hat in einem solchen Fall entschieden, dass dies auch als ein Rechtsgeschäft zwischen mehreren gleichzeitig beitretenden Kindern zu werten und deshalb für jedes der Kinder ein eigener Ergänzungspfleger zu bestellen ist (vgl. Abschn. B III 3 b . Seite 31). Dies ist auf jeden Fall richtig, wenn die Kinder nacheinander beitreten. Fraglich ist, ob dies auch zwingend für den gleichzeitigen Eintritt gilt.²⁸² Für die Beurteilung des BayObLG spricht aber die Überlegung, dass nicht nur Rechtsbeziehungen zwischen den Neu- und den Altgesellschaftern geschaffen, sondern auch gesellschaftsvertragliche Regelungen zwischen den Neugesellschaftern begründet werden. Daher ist der Entscheidung des BayObLG zu folgen.²⁸³

bb. Kapitalgesellschaften

Übernimmt ein Minderjähriger im Zuge der Kapitalerhöhung gegen Einlagen einen neuen Geschäftsanteil an einer GmbH, so wird er bei der Abgabe der Übernahmeerklärung nach § 55 Abs. 1 GmbHG von seinem gesetzlichen Vertreter, regelmäßig also von seinen Eltern vertreten (§ 1629 Abs. 1 S. 1 BGB). Sind die Eltern/der Vormund selbst an der Gesellschaft beteiligt, stellt sich auch hier die Frage der Anwendung von § 181 BGB. Da der Übernahmevertrag zwischen der Gesellschaft und dem Übernehmer ein Vertrag körperschaftlicher Qualität ist, wird die Gesellschaft bei Vertragsschluss durch die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit vertreten. Die Eltern/der

²⁸¹ BayObLGZ 1958, 373, 376 = FamRZ 1959, 125 (abgrenzend OLG München, MittBayNot 2010, 400 = NJW-Spezial 2010, 497 = RNotZ 2010, 461 = Rpfleger 2010, 587 zur Rechtslage bei derivativen Erwerb); MüKo-HGB/K. Schmidt, § 105 Rn. 129; Ivo, ZEV 2005, 193, 194; Rust, DStR 2005, 1942, 1946; Ries, RpfStud. 2010, 201.

²⁸² Dazu Maier-Reimer/Marx, NJW 2005, 3025; Ivo, ZEV 2005, 193.

Vormund würden dann als Vertreter des Minderjährigen und als Vertreter der Gesellschaft (gemeinsam mit den übrigen Gesellschaftern) auftreten, was als Doppelvertretung nach § 181 2. Alt. BGB nicht zulässig ist.²⁸⁴ Ein Teil der Literatur nimmt bei der Mehr-Personen-GmbH allerdings an, dass die jeweils verbleibenden Gesellschafter²⁸⁵ bzw. die Gesellschaft selbst als Organ²⁸⁶ den Übernahmevertrag mit dem Minderjährigen abschließen. Nach anderer Ansicht²⁸⁷ ist ein Ergänzungspfleger gem. §§ 1909 ff. BGB für den Minderjährigen zu bestellen, für die Rechtspraxis der wohl sicherste Weg. Stets ist aber ein Ergänzungspfleger zu bestellen, wenn die Eltern des Minderjährigen alleinige Gesellschafter der GmbH sind.²⁸⁸

Umstritten²⁸⁹ ist, ob der schenkweise Beitritt zu einer GmbH lediglich rechtlich vorteilhaft für den Minderjährigen ist. Der Erwerb eines GmbH-Anteils, selbst wenn dieser voll eingezahlt ist, bringt Haftungsgefahren mit sich. Von einem rechtlich nicht vorteilhaften Geschäft ist zumindest dann auszugehen, wenn die anderen Gesellschafter noch nicht alle Stammeinlagen voll eingezahlt haben. Dann nämlich haftet der Minderjährige bei Zahlungsunfähigkeit eines Gesellschafters mit seinem gesamten Privatvermögen entsprechend seiner Beteiligung für die Einlage des zahlungsunfähigen Gesellschafters nach § 24 GmbHG (vgl. Abschn. B III 2 b cc . Seite 28). Das Gleiche muss für die Fälle gelten, in denen die GmbH-Satzung eine Nachschusspflicht vorsieht, die auf einen bestimmten Betrag begrenzt ist (§ 28 GmbHG; vgl. Abschn. B III 2 b cc . Seite 28). Dabei ist zu bedenken, dass diese Nachschusspflicht der Höhe nach ein Vielfaches des Wertes der Beteiligung ausmachen kann und jeder Gesellschafter insoweit für seinen Betrag mit seinem gesamten Vermögen haftet. Das neue

²⁸³ Ebenso OLG Zweibrücken, FamRZ 2000, 117 = NJW-RR 1999, 717 = NZG 1999, 717 (zur GbR); *Ries*, RpfIStud. 2010, 201.

²⁸⁴ So *Michalski/Hermanns*, § 55 Rn. 77. *Reimann*, DNotZ 1999, 179, 191 nimmt keine Verhinderung nach § 181 BGB an, es sei denn, der gesetzliche Vertreter handelt zugleich als Organ der Gesellschaft.

²⁸⁵ So *Scholz/Priester*, § 55 Rn. 74, 104; *Michalski/Hermanns*, § 55 Rn. 77.

²⁸⁶ *Reimann*, DNotZ 1999, 179, 191.

²⁸⁷ *MüHdb. GesellschaftsR Bd. 3/Wegmann*, § 53 Rn. 26; *Werner*, ZIP 2009, 3737.

²⁸⁸ *Michalski/Hermanns*, § 55 Rn. 77.

²⁸⁹ Lediglich rechtlichen Vorteil nehmen an: *Staudinger/Knothe* (2004), § 107 Rn. 29; *Staudinger/Peschel-Gutzeit* (2007), § 1629 Rn. 248; *Soergel/Strätz*, § 1629 Rn. 32; *MüHdb. GesellschaftsR Bd. 3/Sommer*, § 26 Rn. 71; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, § 61 III 8; *Damrau*, ZEV-Jahrestagung 1999, S. 5; a.M. *Palandt/Diederichsen*, § 1822 Rn. 10; *Hachenburg/Ulmer*, § 2 Rn. 72; *Stürner*, AcP 173 (1973), 402, 436; *Klamroth*, BB 1975, 525, 527; *Binz/Sorg*, BB 1989, 1521, 1524; *Maier-Reimer/Marx*, NJW 2005, 3025.

Minderjährigenhaftungsbegrenzungs-gesetz ändert daran nichts, es schützt den Minderjährigen nur vor Überschuldung, jedoch nicht sein bisheriges Vermögen vor der Haftung aus dem GmbH-Anteil.

Für die Frage, ob für jedes Kind ein eigener Ergänzungspfleger bestellt werden muss, gelten die in Abschn. C II 3 a aa . Seite 66 getroffenen Aussagen entsprechend.

Die Zeichnung nach § 185 Abs. 1 AktG für den minderjährigen Aktionär nimmt sein gesetzlicher Vertreter vor. Ist der gesetzliche Vertreter selbst Aktionär, so kommt es nur dann zu einem Interessenkonflikt nach § 181 BGB, wenn einer von ihnen Vorstand der Aktiengesellschaft ist. Dieser, nicht die Aktionäre, schließt mit dem Minderjährigen den Zeichnungsvertrag. Eines Pflegers bedarf es aber auch in diesem Fall nicht, da der Erwerb einer Aktie nur rechtlich vorteilhaft ist.²⁹⁰

b. Familiengerichtliche Genehmigung

aa. Genehmigungsbedürftigkeit

aaa. Personengesellschaften

Nach überwiegender Ansicht²⁹¹ erstreckt sich der Genehmigungsvorbehalt des § 1822 Nr. 3 2. Alt. (Gesellschaftsvertrag zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts), § 1643 Abs. 1 BGB sowie für den Ergänzungspfleger gemäß §§ 1909, 1915 Abs. 1 S. 2 BGB auch auf den späteren Eintritt des Minderjährigen in eine Personengesellschaft als weiteren Gesellschafter, da sich dieser Gesellschaftsbeitritt durch Abschluss eines Gesellschaftsvertrages in Form eines sog. Aufnahmevertrages zwischen ihm und den bisherigen Gesellschaftern vollzieht (insoweit kann auf die Ausführungen zur Gründung verwiesen werden, vgl. Abschn. B III 4 b aa . Seite 35 ff.). Dies gilt zumindest dann, wenn der Zweck der Gesellschaft auf den Betrieb eines

²⁹⁰ *Maier-Reimer/Marx*, NJW 2005, 3025, 3026; *Damrau*, ZEV-Jahrestagung 1999, S. 6; *Schröder/Bergschneider*, S. 735; *Stürner*, AcP 173 (1973), 402, 437 ff.

²⁹¹ BayObLG, FamRZ 1990, 208 = Rpfleger 1989, 455; OLG Braunschweig, ZEV 2001, 75 m. Anm. *Sticherling/Stücke*; OLG Zweibrücken, FamRZ 2001, 181 = NJW-RR 1999, 1174; RGRK/*Dickscheid*, § 1822 Rn. 22, 26; *Staudinger/Engler* (2004), § 1822 Rn. 58; *Bamberger/Roth/Bettin*, § 1822 Rn. 12; *AnwK-BGB/Fritsche*, § 1822 Rn. 9, 19; *Beitzke*, JR 1963, 183. Anders BGHZ 38, 26 = NJW 1962, 2344.

Erwerbsgeschäfts gerichtet ist.²⁹² Dies wird von der Rechtsprechung teilweise auch für Grundstücksverwaltungsgesellschaften bejaht.²⁹³ Die Genehmigung ist auch erforderlich, wenn der Minderjährige nur als Kommanditist in eine Kommanditgesellschaft eintritt,²⁹⁴ da er rechtlich Mitinhaber des Unternehmens ist und das Erwerbsgeschäft selbst mit betreibt (vgl. Abschn. B III 4 b aa ccc . Seite (87)37).

Infolge der gesamthänderischen Mitinhaberstellung der Gesellschafter liegt in diesem Gesellschaftsbeitritt aber gleichzeitig der Erwerb eines Gesamthandanteils an dem von ihnen betriebenen Unternehmen. Aus diesem Grund ist der Erwerb eines Gesellschaftsanteils dem Erwerb des Geschäfts im Ganzen gleichzusetzen, so dass an sich schon die erste Alternative des § 1822 Nr. 3 BGB anwendbar ist.²⁹⁵ Um zu einer klareren Abgrenzung gegenüber der ersten Alternative zu gelangen, will *Brüggemann*²⁹⁶ daher die zweite Alternative ausschließlich auf die Urgründung einer Personengesellschaft unter Beteiligung des Minderjährigen beschränken, den späteren Gesellschaftsbeitritt hingegen dem Genehmigungsvorbehalt der ersten Alternative dieser Vorschrift unterwerfen. Gegen diesen Lösungsansatz bestehen jedoch Bedenken. Während nach § 1822 Nr. 3 1. Alt. BGB nur der auf entgeltlichen Erwerb eines Erwerbsgeschäfts gerichtete Vertrag genehmigungsbedürftig ist, spielt die Frage der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit in der zweiten Alternative keine Rolle. Im Hinblick darauf, dass bei einem unentgeltlichen Erwerb die gleichen Rechtsfolgen wie bei einem entgeltlichen entstehen, ist daher eine einheitliche Anwendung der zweiten Alternative geboten.²⁹⁷ Auch die von Stahl²⁹⁸ in diesem Zusammenhang vorgeschlagene Lösung überzeugt nicht. Hiernach soll der entgeltliche Beitritt unter § 1822 Nr. 3 1. Alt. BGB und der unentgeltliche unter die 2. Alternative subsumiert werden. Für eine derart differenzierende Betrachtungsweise besteht kein Bedürfnis.

²⁹² Vgl. BGHZ 38, 26 = NJW 1962, 2344 = WM 1962, 1260.

²⁹³ BayObLGZ 1997, 113 = DNotZ 1998, 495 m. Anm. *Spiegelberger* = NJW-RR 1997, 1163 = Rpfleger 1997, 377; BayObLGZ 1995, 230, 234 = DNotZ 1996, 941 = FamRZ 1996, 119 = Rpfleger 1996, 67; BayObLGZ 1997, 113 = DNotZ 1998, 495 = FamRZ 1997, 842 = NJW-RR 1997, 1163 = Rpfleger 1997, 377; OLG Zweibrücken, FamRZ 2000, 117 = NJW-RR 1999, 1174 = NZG 1999, 717.

²⁹⁴ BGHZ 17, 160, 165 = DNotZ 1955, 530 = WM 1955, 828; OLG Bremen, NJW-RR 1999, 876; Bamberger/Roth/Bettin, § 1822 Rn. 12; Werner, ZIP 2009, 737; Ivo, ZEV 2005, 193.

²⁹⁵ Winkler, ZGR 1973, 177, 185.

²⁹⁶ Brüggemann, FamRZ 1990, 124, 127.

²⁹⁷ Winkler, ZGR 1973, 177, 186.

§§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB erfasst jede Beteiligung des Minderjährigen an einer Personengesellschaft durch Gesellschaftsvertrag, ohne zwischen dem unentgeltlichen und entgeltlichen Erwerb zu differenzieren. Im Fall der Entgeltlichkeit des Beitritts sind damit beide Alternativen des § 1822 Nr. 3 BGB erfüllt,²⁹⁹ was jedoch unschädlich ist, da es aufgrund der Aufzählung einzelner Genehmigungstatbestände häufig zu Überschneidungen kommen kann.

Darüber hinaus ergibt sich das Erfordernis der familiengerichtlichen Genehmigung für den Eintritt des Minderjährigen in eine *OHG/KG als Komplementär* auch aus §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 10 BGB (Übernahme einer fremden Verbindlichkeit), weil der Beitretende gemäß § 130 HGB bzw. § 161 Abs. 2 i. V. mit § 130 HGB für die vor seinem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet, auch wenn später der Minderjährige die Haftungsbeschränkung des § 1629a BGB geltend machen kann. Entsprechendes gilt für den Beitritt zu einer *GbR*. Der BGH³⁰⁰ spricht sich für eine Haftungsgleichstellung i. S. einer analogen Anwendung von § 130 HGB aus und gewährt unter Anlegung eines strengen Maßstabs Vertrauensschutz. Dem neu eintretenden Gesellschafter wird kein Vertrauensschutz gewährt, d.h. er haftet analog § 130 HGB persönlich, wenn er die Altverbindlichkeiten bei seinem Eintritt kannte oder bei nur geringer Aufmerksamkeit³⁰¹ hätte erkennen können. Damit entspricht die Haftung in der wirtschaftlichen GbR dem gesetzlichen Haftungsmodell der OHG (§§ 128 . 130 HGB). Wer in eine Kommanditgesellschaft als *Kommanditist* eintritt, haftet gemäß § 173 Abs. 1 HGB für die vor seinem Eintritt begründeten Gesellschaftsverbindlichkeiten mit seinem privaten Vermögen, jedoch nicht über die eingetragene Haftsumme hinaus. Hinzu kommt aber, dass ein zu einer Kommanditgesellschaft beitreter Kommanditist für die Zeit zwischen seinem Eintritt und seiner Eintragung in das Handelsregister begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft gemäß § 176 Abs. 2 HGB gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter haftet, wenn dem jeweiligen Gläubiger nicht die Kommanditisteneigenschaft bekannt war. Das Familiengericht darf daher eine Kommanditbeteiligung nur genehmigen, wenn

²⁹⁸ Stahl, S. 114 ff.

²⁹⁹ Biddermann, S. 21.

³⁰⁰ BGHZ 154, 370 = DNotZ 2003, 764 = NJW 2003, 1803 = Rpfleger 2003, 442 = WM 2003, 977.

³⁰¹ BGH, DNotl-Report 2006, 26 = NJW 2006, 765 = WM 2006, 187.

die bezeichneten Risiken ausgeschlossen sind.³⁰² Dies kann durch Vereinbarung einer entsprechenden Handelsregistereintragung als aufschiebende Bedingung der Beteiligung geschehen.³⁰³

bbb. Kapitalgesellschaften

Problematisch ist, inwieweit die Übernahmeerklärung des Minderjährigen nach § 55 Abs. 1 GmbHG der familiengerichtlichen Genehmigung gemäß §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB bedarf. Dem Übernahmevertrag zwischen dem Eintretenden und der Gesellschaft wird ein korporationsrechtlicher Charakter zugesprochen, da durch ihn auf der Grundlage des gefassten Kapitalerhöhungsbeschlusses neue Mitgliedschaftsrechte und neue Geschäftsanteile geschaffen werden.³⁰⁴ Ob daraus der Schluss zu ziehen ist, dass es sich gleichzeitig um einen Gesellschaftsvertrag handelt, wird in der Literatur nicht einstimmig behandelt.³⁰⁵ Die gesellschaftsrechtliche Einstufung scheint aber überzeugend, da die Begründung eines Mitgliedschaftsrechts und die Erweiterung der Körperschaft gesellschaftsrechtlich zu qualifizierende Vorgänge sind. Hieraus ergibt sich allerdings noch nicht, dass der Beitritt dann auch dem Genehmigungstatbestand unterfällt. Dies wird vielmehr im Schrifttum überwiegend anhand von Schutzzweckerwägungen abgelehnt. Die mit derartigen Geschäften typischerweise verbundenen, über eine Vermögensanlage hinausgehenden Risiken für das Vermögen des Erwerbers, die den Grund für das Genehmigungserfordernis des § 1822 Nr. 3 BGB bilden, kommen im Gegensatz zur GmbH-Gründung bei der Übernahme einer Stammeinlage an einer eingetragenen GmbH nicht in Betracht.³⁰⁶ Der vom Beitretenden geschlossene Übernahmevertrag ist grundsätzlich auch nicht auf den Erwerb eines Erwerbsgeschäfts (1. Alt.) gerichtet. Eine andere Beurteilung ist nur dann veranlasst, wenn der spätere Beitritt wegen des Umfangs

³⁰² So OLG Köln, OLGZ 1976, 306; a. A., aber aus heutiger Sicht zweifelhaft, BayObLGZ 1976, 281.

³⁰³ BGH, BB 1983, 1118 = NJW 1983, 2258 = WM 1983, 651; OLG Bremen, FamRZ 2009, 621 = GmbHR 2008, 1263 m. Anm. Werner = RNotZ 2008, 625.

³⁰⁴ BGHZ 49, 117, 119 = WM 1968, 33; Hachenburg/*Ulmer*, § 55 Rn. 51; Roth in: Roth/*Altmeyen*, § 55 Anm. 3.1.; Scholz/*Priester*, § 55 Rn. 39.

³⁰⁵ Bejahend: Scholz/*Priester*, § 55 Rn. 39; ablehnend: Hachenburg/*Ulmer*, § 55 Rn. 51.

³⁰⁶ BGHZ 107, 23 = DNotZ 1990, 303 = FamRZ 1989, 605 = NJW 1989, 1926 = Rpfleger 1989, 281 = WM 1989, 606; MüKo-BGB/*Wagenitz*, § 1822 Rn. 17; Scholz/*Priester*, § 55 Rn. 105; Michalski/*Hermanns*, § 55 Rn. 78; MüHdb. GesellschaftsR Bd. 3/*Wegmann*, § 53 Rn. 26; *Reimann*, DNotZ 1999, 1979, 191; *Werner*, ZIP 2009, 737; *Biddermann*, S. 59 ff.; *Gerken*, Rpfleger 1989, 270; a. A. Hachenburg/*Ulmer*, § 55 Rn. 36.

der erworbenen Beteiligung und der damit verbundenen Beherrschungsmöglichkeit dem Erwerb eines Erwerbsgeschäfts wirtschaftlich gleichsteht³⁰⁷ (vgl. auch Abschn. C III 4 b aa bbb . Seite 97 ff.).

Kontrovers wird diskutiert, ob der . schenkweise oder entgeltliche - Erwerb eines Geschäftsanteils nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 10 BGB genehmigungsbedürftig ist. Bei einer Kapitalerhöhung kommt es zwar mangels eines Veräußerers zu keiner Haftungslage nach § 16 Abs. 2 GmbHG. Jedoch könnte einerseits die Ausfallhaftung nach §§ 24, 31 GmbHG als gesetzliche Auferlegung einer fremden Verbindlichkeit . nämlich diejenige des säumigen Gesellschafters . oder aber andererseits wegen der ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung als eigene Verbindlichkeit des Gesellschafters angesehen werden. Nach einer Ansicht³⁰⁸ werde von § 1822 Nr. 10 BGB nur die rechtsgeschäftliche Übernahme fremder Verbindlichkeiten erfasst. Bei der Aufzählung der Tatbestände der §§ 1643, 1821, 1822 BGB handele es sich um abschließende Regeln, die im Interesse der Rechtssicherheit nicht aufgrund allgemeiner Erwägungen ausgedehnt werden dürfen.³⁰⁹ Der BGH ist dagegen mit der überwiegenden Meinung³¹⁰ der Ansicht, dass das Genehmigungserfordernis auch in den Fällen besteht, in denen der Eintritt in eine fremde Schuld nicht vertraglich vereinbart wird, sondern sich kraft Gesetzes als Folge eines bestimmten Rechtsgeschäfts vollzieht. Voraussetzung ist jedoch, dass im Innenverhältnis für die Schuld, die nach außen als eigene übernommen wird, allein der Erstschuldner haftet und ersatzpflichtig bleibt. Das ist immer dann der Fall, wenn den Minderjährigen nach §§ 24, 31 Abs. 3 GmbHG die Ausfallhaftung für Einlage- und Erstattungsforderungen der Gesellschaft gegen die übrigen Gesellschafter trifft und ihm im Innenverhältnis die Regressmöglichkeit (Ersatzanspruch des erwerbenden Minderjährigen gegen den Primärschuldner) bleiben soll.³¹¹ Zum Teil³¹² wird dann aber vertreten, dass §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 10 BGB in Hinblick auf die §§ 24, 31 Abs. 3 GmbHG immer anwendbar sind, auf

³⁰⁷ Hachenburg/*Ulmer*, § 55 Rn. 52; *Winkler*, ZGR 1990, 133 ff.

³⁰⁸ *Wiedemann*, S. 248; *Winkler*, ZGR 1973, 177, 188.

³⁰⁹ *Winkler*, ZGR 1973, 177, 188.

³¹⁰ BGHZ 107, 24, 26 = DNotZ 1990, 303 = NJW 1989, 1926 = Rpfleger 1989, 281; AnwK-BGB/*Fritsche*, § 1822 Rn. 22; a. A. *Winkler*, ZGR 1990, 134, 136.

³¹¹ BGHZ 107, 107, 24, 26 = DNotZ 1990, 303 = NJW 1989, 1926 = Rpfleger 1989, 281 = FamRZ 1989, 605; AnwK-BGB/*Fritsche*, § 1822 Rn. 34; *Michalski/Ebbing*, § 15 Rn. 169.

³¹² *Scholz/Emmerich*, § 2 Rn. 43; *Brüggemann*, FamRZ 1990, 124, 125.

die konkreten Gegebenheiten des jeweiligen Falles dürfe unter dem Aspekt der Rechtssicherheit nicht abgestellt werden. Der BGH³¹³ stellt dagegen auf die Umstände des konkreten Einzelfalles ab. Allein wegen der Möglichkeit, dass ein Gesellschafter erst nach Anteilsübertragung Leistungen unter Verstoß gegen § 30 GmbHG nach § 31 GmbHG nicht erstattet, sodass die Mitgesellschafter für den Ausfall einzustehen haben, besteht kein Genehmigungserfordernis, wenn dafür im Zeitpunkt der Anteilsübertragung keine Anhaltspunkte vorhanden sind und dem Familiengericht infolge dessen eine Abwägung der Vor- und Nachteile nicht möglich ist.³¹⁴ Der Genehmigungstatbestand entfällt von vornherein, wenn es an einer für den Minderjährigen fremden Verbindlichkeit fehlt. Dies ist demnach der Fall, wenn eine Ausfallhaftung nach §§ 24, 31 Abs. 3 GmbHG nicht in Betracht kommt, weil der Rechtsvorgänger alle fälligen Verbindlichkeiten getilgt und die Mitgesellschafter ihre Stammeinlagen geleistet sowie ein entgegen § 30 GmbHG entnommenes Vermögen der Gesellschaft erstattet haben (vgl. im Übrigen Abschn. B III 4 b cc aaa . Seite 42). Das Genehmigungserfordernis nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 10 BGB besteht allerdings dann, wenn bei den Mitgesellschaftern noch Einlagen, auch Verbindlichkeiten aus Differenzhaftung oder Vorbelastungshaftung rückständig sind oder Rückzahlungspflichten nach § 31 GmbHG tatsächlich bestehen. Die bloß theoretische Möglichkeit künftiger unzulässiger Rückzahlungen i. S. von § 24, § 31 Abs. 1 und 3 GmbHG ist zu ungewiss, um eine Genehmigungspflicht bejahen zu können.³¹⁵

Für den Fall des nachträglichen Aktienerwerbs ist mit der h. M.³¹⁶ anzunehmen, dass der Minderjährige mit weitaus geringeren Risiken belastet ist als die Gründer einer AG. Für ihn gilt § 46 AktG gerade nicht. Der Minderjährige ist nur dem Wertverlust seiner Aktien durch einen wie auch immer bedingten Kursabfall ausgesetzt. Ein derartiges bloßes Verlustrisiko kann nicht zum Eingreifen des § 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB führen. Der Genehmigung nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 1. Alt. BGB bedarf der

³¹³ BGHZ 107, 23 = FamRZ 1989, 605, 607; ebenso Scholz/Winter, § 15 Rn. 204; Hachenburg/Zutt, § 15 Rn. 131; Reimann, DNotZ 1999, 179, 191; Baumbach/Hueck/Fastrich, § 15 Rn. 5; Lutter/Hommelhoff, § 15 Rn. 36.

³¹⁴ BGHZ 107, 23 = FamRZ 1989, 605, 607.

³¹⁵ Ebenso: BGHZ 107, 23, 28 = FamRZ 1989, 605; Michalski/Hermanns, § 55 Rn 78; Hachenburg/Zutt, § 15 Rn. 131; Winkler, ZGR 1990, 131, 137; Gustavus, GmbHR 1982, 10, 16.

³¹⁶ Staudinger/Engler (2004), §§ 1821 ff. Rn. 8, a. A. Biddermann, S. 60, wenn der Minderjährige Aktien hält, deren Nennbetrag annähernd dem Grundkapital entspricht.

Erwerb von Aktien nur dann, wenn er wirtschaftlich dem Erwerb des von der AG betriebenen Erwerbsgeschäfts gleichkommt, was jedenfalls dann anzunehmen ist, wenn der Minderjährige sämtliche Aktien erwirbt.³¹⁷ Der Erwerb einzelner Aktien unterliegt dagegen nicht der familiengerichtlichen Genehmigung gem. §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 BGB.³¹⁸ Auch §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 10 BGB ist hier nicht einschlägig, da der Minderjährige mit dem Beitritt zu einer AG keine fremden Verbindlichkeiten übernimmt. Jedoch wird der entgeltliche Erwerb einzelner Aktien häufig als Kapitalanlage bezweckt sein. Eine solche Vermögensverwaltung durch die Eltern (§ 1642 BGB) kann dann mit dem Haftungsrisiko (§ 1664 BGB) und dem Risiko familiengerichtlicher Maßnahmen (§§ 1666, 1667 BGB) behaftet sein.³¹⁹

bb. Genehmigungsfähigkeit des Beitritts

Der Schutzzweck der familiengerichtlichen Genehmigung für den Beitritt des Minderjährigen zu einer Gesellschaft wird vor allem in der Dauerbindung, der sozialrechtlichen Bindung von Person und Vermögen des Minderjährigen, dem Haftungsrisiko und in der Dritten gegenüber unbeschränkten Vertretungsmacht der vertretungsberechtigten Gesellschafter erblickt. Beurteilungsmaßstab für das Familiengericht ist das Wohl und Interesse des Minderjährigen. Das Gericht ist zwar nicht gehindert, auch die Interessen der Familie in Betracht zu ziehen, jedoch erst in zweiter Linie und nur dann, wenn sich diese mit den Interessen des Minderjährigen vereinbaren lassen,³²⁰ also dann, wenn der Minderjährige mit den übrigen Familienmitgliedern in der Gesellschaft ein gleichgerichtetes Interesse verbindet.

Es entspricht nicht dem Sinn und Zweck der gerichtlichen Genehmigung, von dem Minderjährigen jedes mit der Beteiligung an einem Erwerbsgeschäft verbundene Geschäftsrisiko fernzuhalten.³²¹ Wäre dies der Fall, dann wäre die Erteilung der Genehmigung zum Abschluss zahlreicher in den §§ 1821 und 1822 BGB genannter Rechts-

³¹⁷ RGZ 150, 397; Staudinger/*Engler* (2004), § 1822 Rn. 45; MüKo-BGB/*Wagenitz*, § 1822 Rn. 17; *Müller-Engelmann*, RpfIStud. 1992, 49, 56.

³¹⁸ BGHZ 107, 107, 24, 26 = DNotZ 1990, 303 = NJW 1989, 1926 = Rpfleger 1989, 281 = FamRZ 1989, 605; *Soergel/Zimmermann*, § 1822 Rn. 17.

³¹⁹ MüKo-BGB/*Huber*, § 1642 Rn. 8; Staudinger/*Engler* (2009), § 1642 Rn. 14 ff.

³²⁰ BayObLG, FamRZ 1990, 208 = Rpfleger 1989, 455.

³²¹ OLG Hamm, BB 1983, 791 = DNotZ 1983, 365; BayObLG, DNotZ 1977, 418 = Rpfleger 1977, 60; BayObLG, DB 1979, 2314 = FamRZ 1980, 401 = Rpfleger 1979, 455 = MittBayNot 1979, 239.

geschäfte ausgeschlossen, weil sie ihrem Wesen nach von Anfang an wirtschaftliche Risiken für den Minderjährigen in sich bergen. Auch die Haftungsbeschränkungsvorschrift des § 1629a BGB ist in die Überlegungen einzubeziehen. Entscheidend sind alle Faktoren . es kommt auf das Gesamtbild der mit der Mitgliedschaft verbundenen Vor- und Nachteile an.³²² Lassen sich die Risiken aus der Gesellschafterstellung des Minderjährigen auch nicht annähernd abschätzen, so ist die familiengerichtliche Genehmigung zu versagen.³²³ Vgl. im Einzelnen bereits Abschn. B III 4 c . Seite 43 bis 47.

4. Folgen einer fehlerhaften Aufnahme

Leidet der Aufnahmevertrag unter Rechtsmängeln, ist er nach den Regeln über die fehlerhafte Gesellschaft zu behandeln, vorausgesetzt, dass der Beitritt auch vollzogen wurde und alle Gesellschafter am Beitritt . wenn auch fehlerhaft . mitgewirkt haben.³²⁴ Wegen des vorrangigen gesetzlichen Schutzes des Minderjährigen (vgl. Abschn. B IV . Seite 48 bis 50) führt ein Verstoß zu keiner Beteiligung des Minderjährigen.³²⁵ Die Haftung des Minderjährigen ist ausgeschlossen. Eine Teilnahme des Minderjährigen an Gewinn und Verlust entfällt.³²⁶ Der gesetzliche Vertreter kann von der Gesellschaft und den übrigen Gesellschaftern Herausgabe erbrachter Einlageleistungen nach Maßgabe der §§ 812, 818, 985 BGB verlangen.

5. Sonderfall Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln bei GmbH

Bei der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln ist der Minderjährige bisher schon Gesellschafter, es kommt zu keinem Beitritt. Das Eigenkapital der Gesellschaft wird nicht erhöht. Freie Rücklagen, die sonst der Dispositionsbefugnis der Gesellschafter unterlägen, werden umgewidmet in Stammkapital und unterliegen dadurch den Bestimmungen über die Eigenkapitalsicherung. Die nominelle Kapitalerhöhung setzt ei-

³²² Staub/*Ulmer* (4. Aufl.), § 105 Rn, 86.

³²³ OLG Hamm, FamRZ 2001, 53.

³²⁴ BGH, DNotZ 1992, 578 = NJW 1992, 1501 = WM 1992, 490; MüHdb. GesellschaftsR Bd. 1/*Piehler/Schulte*, § 10 Rn. 17.

³²⁵ BGH, DNotZ 1984, 482 = NJW 1983, 749 = FamRZ 1983, 254 = WM 1983, 30; MüKo-BGB/*Wagenitz*, § 1822 Rn. 30; RGRK/*Dickescheid*, § 1822 Rn. 30.

³²⁶ Dazu BGH, DNotZ 1992, 734 = FamRZ 1992, 783 = JuS 1992, 792 m. Anm. *K. Schmidt* = NJW 1992, 1503 = WM 1992, 693; *Baumbach/Hopt*, § 105 Rn. 84; Staub/*Ulmer* (4. Aufl.), § 105 Rn. 348; differenzierend MüKo-HGB/*K. Schmidt*, § 105 Rn. 239.

nen Gesellschafterbeschluss voraus, der mit satzungsändernder Mehrheit gefasst und notariell beurkundet werden muss (§ 57c Abs. 2, §§ 53, 54 GmbHG). Der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter bedarf es nicht.

Ist ein Minderjähriger (bisher) an der Gesellschaft beteiligt, wird er bei der Beschlussfassung durch seine Eltern vertreten. Bei Satzungsänderungen spielt das Verbot des Inschlaggeschäfts aus § 181 BGB eine bedeutende Rolle. Nach der Rechtsprechung des BGH³²⁷ ist bezüglich der Reichweite des Verbots zu differenzieren zwischen gewöhnlichen Gesellschafterbeschlüssen, die der Verfolgung des gemeinsamen Gesellschaftszwecks auf dem Boden der bestehenden Vertragsordnung dienen, und der Satzungsänderung, bei der es um den Ausgleich der wechselseitigen Einzelinteressen geht, wobei sich jeder Beteiligte seine möglichst starke Rechtsstellung zu sichern sucht.³²⁸ Die Interessenkonflikte, die § 181 BGB verhindern soll, sind nur bei letzteren zu befürchten, so dass auf gewöhnliche Beschlüsse das Verbot nicht anzuwenden ist. Die Abgrenzung macht allerdings Schwierigkeiten, so dass in der Kommentarliteratur³²⁹ die Meinung vertreten wird, dass bei nahezu allen Gesellschafterbeschlüssen auch die Individualinteressen von Gesellschaftern eine Rolle spielen und daher § 181 BGB unterschiedslos auf alle Arten von Beschlüssen anzuwenden sei. Es ist wohl davon auszugehen, dass in dem Fall des minderjährigen Gesellschafters, dessen gesetzliche Vertreter Mitgesellschafter sind, es bei einer Satzungsänderung der Bestellung eines Ergänzungspflegers nach § 1909 BGB bedarf.³³⁰

Einer familiengerichtlichen Genehmigung bedarf es weder nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 BGB noch nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 10 BGB, da eine die Genehmigungsbedürftigkeit begründende mögliche Ausfallhaftung der Gesellschafter nach § 24 GmbHG nicht vorstellbar ist, weil das Kapital durch die Umwandlung von Rücklagen erhöht wird.³³¹

³²⁷ BGH, DNotZ 1989, 26 = NJW 1989, 168 = WM 1988, 1335.

³²⁸ BGHZ 65, 93, 98 = DNotZ 1976, 107 = NJW 1976, 49 = WM 1975, 1128.

³²⁹ Michalski/Römermann, § 47 Rn. 125; Roth in: Roth/Altmeppen, § 47 Rn. 30.

³³⁰ Michalski/Hoffmann, § 53 Rn. 63.

³³¹ Michalski/Hermanns, § 57c Rn. 11.

III. Übertragung einer Beteiligung

Der zweite Weg des Eintritts in eine bereits bestehende Gesellschaft besteht in der Übertragung eines Gesellschaftsanteils (sog. derivativer Anteilserwerb).³³² Er unterscheidet sich vom ersten darin, dass der Anteil nur seinen Inhaber wechselt, der Kreis der Gesellschafter wird nicht erweitert. Die Anteilsübertragung muss in rechtlicher Hinsicht vom Eintritt und Austritt unterschieden werden. Die Anteilsübertragung ist auch von einer gemäß § 719 Abs. 1 BGB nicht möglichen Übertragung eines Anteils am Gesellschaftsvermögen zu unterscheiden. Die Anteilsübertragung bewirkt kein An- und Abwachsen der Anteile am Gesellschaftsvermögen. Eine Anwachsung als solche ist jedoch nicht völlig ausgeschlossen. Im Gegensatz zum Recht der GmbH kennt das Recht der Personengesellschaften nämlich allgemein nur einen einheitlichen Anteil an ein und derselben Gesellschaft.³³³ Die Beteiligung ist eine Einheitliche (Prinzip der Einheitlichkeit der Mitgliedschaft).³³⁴ Wird demnach ein Anteil auf den Minderjährigen als bisherigen Mitgesellschafter übertragen, vereinigt sich der erworbene Anteil in dessen Person zu einem einheitlichen Gesellschaftsanteil und wächst . nur . bei ihm an. Überträgt der vorletzte Gesellschafter seinen Anteil auf den letzten verbliebenen Mitgesellschafter, so erfolgt eine Vereinigung beider Anteile in dessen Hand, das führt zum Erlöschen der Personengesellschaft.

1. Übertragbarkeit eines Gesellschaftsanteils

a. Gesetzliches Abtretungsverbot bei Personengesellschaften

Die Mitgliedschaft (Gesellschaftsanteil) eines einzelnen Gesellschafters bezeichnet seine Stellung im Ganzen in der Gesellschaft, den Inbegriff all seiner persönlichen, vermögensrechtlichen, korporativen Rechte und Pflichten.³³⁵ Im Gegensatz zu Gesellschaftsbeteiligungen an Kapitalgesellschaften sind Anteile an Personengesellschaften nicht bereits von Gesetzes wegen als übertragbare Vermögensgegenstände ausgestaltet. Die Mitgliedschaft ist, wie allgemein die Stellung eines Vertragspartners, nicht frei übertragbar; eine Vertragsübernahme sieht das Gesetz nur als Folge

³³² BGHZ 81, 82 = DNotZ 1982, 490 = NJW 1981, 2747 = WM 1981, 841.

³³³ Kritisch *Sieveking* in: FS Schippel, S. 505.

³³⁴ BGH, BB 1989, 1361 = NJW-RR 1989, 1259 = WM 1989, 1221.

³³⁵ Palandt/*Sprau*, § 717 Rn. 1

anderer Rechtsgeschäfte vor.³³⁶ Die über § 105 Abs. 3 und § 161 Abs. 2 HGB auch auf die OHG und KG anwendbaren Vorschriften von § 717 Satz 1 und § 719 Abs. 1 1. Alt. BGB stehen aber einer wirksamen Anteilsabtretung nicht entgegen. Mit Zustimmung aller Gesellschafter kann davon abgewichen werden und können Anteile an Personengesellschaften fungibel gemacht werden, soweit die gesamte Gesellschafterstellung abgetreten wird.³³⁷ Auch eine auf bestimmte Personen oder Personengruppen beschränkte Übertragbarkeit ist möglich. Gesellschaftsanteile können ferner generell als übertragbar gestaltet, die Übertragung selbst aber der Zustimmung der anderen Gesellschafter unterworfen werden, um auf diese Weise die Kontrolle über die Zusammensetzung der Gesellschaft aufrechtzuerhalten.

Die wegen der grundsätzlichen Unübertragbarkeit der Mitgliedschaft als Ausdruck ihres höchstpersönlichen Charakters erforderliche Zustimmung aller Gesellschafter³³⁸ kann im Voraus (Einwilligung) im Gesellschaftsvertrag oder bei Bedarf durch entsprechenden Gesellschafterbeschluss im Einzelfall oder eine Änderung des Gesellschaftsvertrages generell oder zugunsten bestimmter Personen erteilt werden.³³⁹

b. Vinkulierungsmöglichkeit bei Kapitalgesellschaften

Anders als bei Personengesellschaften normiert § 15 Abs. 1 GmbHG bei einer GmbH den Grundsatz der freien Übertragbarkeit von Geschäftsanteilen. Der Grundsatz der freien Veräußerbarkeit bezieht sich auf den Geschäftsanteil als Ganzes. Die Veräußerung von Teilen eines Geschäftsanteils regelt § 46 GmbHG. Die grundsätzlich freie Übertragung der Geschäftsanteile kann gem. § 15 Abs. 5 GmbHG durch Satzungsregelungen modifiziert und bis zum völligen Ausschluss der Übertragbarkeit erschwert werden (sog. Vinkulierung).

³³⁶ Palandt/*Grüneberg*, § 398 Rn. 41.

³³⁷ BGHZ 81, 82 = DNotZ 1982, 490 = NJW 1981, 2747 = WM 1981, 841; OLG Hamm, DB 1989, 169; *Michalski*, NZG 1998, 95, 96.

³³⁸ Eine Verpflichtung der Gesellschafter zur Zustimmung besteht grundsätzlich nicht, MüKo-HGB/-K. *Schmidt*, § 105 Rn. 218.

³³⁹ BGH, BB 1958, 58 = WM 1958, 49; BGH, BB 1977, 160 = FamRZ 1977, 196 = NJW 1977, 433 = WM 1977, 174; BGH, WM 1977, 917, 919; OLG Hamburg, MDR 1955, 423.

Gemäß § 10 Abs. 1 AktG wird nach Art der wertpapiermäßigen Verbriefung zwischen Inhaberaktien und Namensaktien unterschieden. Namensaktien ermöglichen eine bessere Kontrolle des Aktionärskreises, denn nach § 68 Abs. 2 AktG kann in der Satzung festgelegt werden, dass die Übertragung der Aktien . abweichend vom allgemeinen Grundsatz freier Verfügbarkeit³⁴⁰ . an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden ist. In diesem Fall handelt es sich um vinkulierte Namensaktien. Bei Inhaberaktien ist eine solche Einschränkung der Verkehrsfähigkeit unzulässig.

2. Übertragungsvertrag

a. Personengesellschaften

Die Übertragung einer Gesellschafterstellung geschieht verbreitet unter ähnlichen Gesichtspunkten wie eine Neuaufnahme. Sie kann ihre Ursache darin haben, dass sich ein bisher in der Unternehmensleitung aktiver Gesellschafter zurückziehen und die persönliche Haftung für die Zukunft abstreifen will (siehe §§ 159, 160 HBG). Die Übertragung der Gesellschafterstellung auf einen neuen Partner kann auch der Beseitigung von Misshelligkeiten im bisherigen Gesellschafterkreis dienen, wenn sich die verbleibenden Partner von der neu eintretenden Person eine Besserung versprechen. In Betracht kommt auch eine Teilübertragung, bei der der Veräußerer der Beteiligung noch Gesellschafter bleibt. Die Übertragung von OHG- oder KG-(Komplementär-) Beteiligungen auf einen bisher ganz außenstehenden Minderjährigen ist praktisch weniger häufig als die Übertragung von kommanditistischen Beteiligungen.³⁴¹

Die Übertragung der Beteiligung an einer Personengesellschaft ist vom Gesetz nicht geregelt, weil sie dem personengebundenen Charakter der Rechtsbeziehungen zu widersprechen schien. Das zwang die frühere Praxis dazu, einen als Veräußerung einer bestehenden Gesellschafterstellung gedachten und gewollten Gesellschafterwechsel durch eine Verbindung von Ausscheiden eines bisherigen und Eintreten eines an seine Stelle tretenden neuen Gesellschafters zu konstruieren. Eine solche Kombination von Ausscheiden und Neuaufnahme ist auch weiterhin noch möglich.

³⁴⁰ BayObLGZ 1988, 371, 377 = BB 1989, 450 = NJW-RR 1989, 687.

³⁴¹ *Westermann*, § 35 Rn. 1007, 1008.

Rechtsbeziehungen zwischen dem neu eintretenden und dem ausscheidenden Gesellschafter kommen durch einen solchen Doppelvertrag aber nicht zustande.

Inzwischen ist die Möglichkeit einer direkten Anteilsübertragung durch Rechtsgeschäft vom ausscheidenden auf den neu eintretenden Gesellschafter akzeptiert.³⁴² Die Anteilsübertragung ist kein Gesellschaftsvertrag mit den vorhandenen Gesellschaftern.³⁴³ Der Gesellschafteraustausch vollzieht sich nach inzwischen in Rechtsprechung und Literatur herrschender Ansicht durch Übertragung der Mitgliedschaft in einem Rechtsakt im Wege der Einzelrechtsnachfolge durch unmittelbares Übertragungsgeschäft vom bisherigen (ausscheidenden) auf den neu eintretenden Minderjährigen (derivativer Erwerb), ohne dass es zu einer inhaltlichen Änderung des bestehenden Gesellschaftsanteils kommt.³⁴⁴ Die h. M. qualifiziert die Anteilsübertragung als eine nach §§ 398, 413 BGB vorzunehmende Verfügung über die Mitgliedschaft als Gesamtheit der aus der Gesellschafterstellung folgenden Rechte und Pflichten und betrachtet das die Übertragung der Mitgliedschaft vollziehende Rechtsgeschäft insoweit als Abtretungsvertrag.³⁴⁵ Dabei ist zwischen dem schuldrechtlichen Teil des Rechtsgeschäfts als Rechtsgrund (dafür kommen alle denkbaren Arten von obligatorischen Rechtsgeschäften in Betracht, also sowohl Kauf als auch Schenkung als auch Übergabe im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge) und dem dinglichen Rechtsakt (Abtretung, Übertragung) als Erfüllungshandlung zu unterscheiden. Zu dem dinglichen Rechtsgeschäft ist - im Gegensatz zum schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäft³⁴⁶ - die Zustimmung aller übrigen Gesellschafter notwendig. Das Zustimmungserfordernis ergibt sich aus dem durch den Gesellschaftsvertrag begründeten Vertrauensverhältnis, aus der besonderen vertraglichen Bindung der Gesellschafter, die es dem einzelnen Gesellschafter nicht ohne weiteres gestattet, an seine Stelle einen Dritten den übrigen Gesellschaftern als Vertragspartner aufzuzwingen. Die

³⁴² RG, DNotZ 1944, 195; BGHZ 13, 179, 185 = NJW 1954, 115; BGHZ 44, 229, 231 = BB 1966, 12 = NJW 1966, 499 = WM 1965, 1283; BGHZ 81, 82 = DNotZ 1982, 490 = NJW 1981, 2747 = WM 1981, 841, *Westermann*, § 35 Rn. 1032; *Wiedemann*, S. 43 ff., 61.

³⁴³ BGHZ 13, 179 = NJW 1954, 115.

³⁴⁴ BGHZ 13, 179, 185 = NJW 1954, 115; BGHZ 44, 229, 231 = BB 1966, 12 = NJW 1966, 499 = WM 1965, 1283; BGHZ 81, 82 = DNotZ 1982, 490 = NJW 1981, 2747 = WM 1981, 841; *Hueck*, § 27 II; *Staub/Ulmer* (4. Aufl.), § 105 Rn. 302; *Heymann/Emmerich*, § 109 Rn. 208; *Hilsmann*, S. 47.

³⁴⁵ *Staub/Ulmer* (4. Aufl.), § 105 Rn. 302; *Nagel*, S. 24.

³⁴⁶ BGH, BB 1958, 58 = WM 1958, 49; OLG Hamm, DB 1989, 169; *Staub/Ulmer* (4. Aufl.), § 105 Rn. 6; *Baumbach/Hopt*, § 105 Rn. 70; *Westermann*, § 35 Rn. 1038; *Michalski*, NZG 1998, 95.

Zustimmung der Mitgesellschafter ist nicht als Vertragserklärung i. S. der §§ 145 ff. BGB zu werten, sondern als einseitige Zustimmungserklärung i. S. der §§ 182 ff. BGB.³⁴⁷ Bei einer wirksamen Mehrheitsklausel bedarf es dagegen nur der Zustimmung der erforderlichen Mehrheit.³⁴⁸ Ohne die erforderliche Zustimmung ist die Anteilsabtretung nicht nach § 135 BGB relativ unwirksam, sondern schwebend unwirksam,³⁴⁹ mit ihr wird sie nach § 184 Abs. 1 BGB ex tunc wirksam; verweigert dagegen auch nur ein Gesellschafter seine Zustimmung, tritt endgültige Unwirksamkeit der Verfügung ein.³⁵⁰ Die Zustimmung der Mitgesellschafter ist dagegen nicht erforderlich, wenn die Verfügung über den Anteil bereits generell im Gesellschaftsvertrag zugelassen³⁵¹ oder auf einen bestimmten Erwerber-Personenkreis beschränkt ist.

Bei der Anteilsübertragung tritt der Minderjährige in die Rechtsstellung des Veräußerers mit allen Rechten und Pflichten ein,³⁵² soweit es sich hierbei nicht um höchstpersönliche Rechte handelt (z. B. Einräumung eines an die Person des Veräußerers gebundenen Mehrfachstimmrechts oder eines nicht durch entsprechende Beitragsleistungen bedingten erhöhten Gewinnanteils³⁵³). Die Mitgliedschaft bleibt bei der Anteilsübertragung erhalten, das Kapitalkonto wird lediglich auf den Erwerber umgebucht.³⁵⁴ Es bedarf keiner Übertragung von Gesellschaftsvermögen.

Bei der Abtretung des Anteils eines Kommanditisten wird kein neuer Kommanditanteil gebildet. Der Eintretende übernimmt den bisherigen Anteil des Veräußerers. Mit dem Erwerb des Kommanditanteils kommt dem erwerbenden Minderjährigen die Einlageleistung des Altkommanditisten zugute.³⁵⁵ Es bedarf keiner Aus- und Einzahlung von Kommanditeinlagen.

³⁴⁷ Heymann/*Emmerich*, § 109 Rn. 39; *Brüggemann*, FamRZ 1990, 124, 127.

³⁴⁸ Staub/*Ulmer* (4. Aufl.), § 105 Rn. 193.

³⁴⁹ BGHZ 13, 179 = DNotZ 1954, 407 = NJW 1954, 1155.

³⁵⁰ BGHZ 13, 179, 187 = DNotZ 1954, 407 = NJW 1954, 1155; MüHdb. GesellschaftsR Bd. 2/*Piehler/Schulte*, § 35 Rn. 5.

³⁵¹ Schlegelberger/*K. Schmidt*, § 105 Rn. 191; *Westermann*, § 35 Rn. 1039; Röhricht/*Graf von Westphalen/von Gerkan*, § 105 Rn. 85; *Klüsener*, Rpfleger 1990, 321, 326.

³⁵² BGH, BB 2003, 545 = WM 2003, 442 = ZNotP 2003, 149.

³⁵³ *Staudinger/Habermaier* (2003), § 719 Rn. 14.

³⁵⁴ MüKo-HGB/*K. Schmidt*, § 105 Rn. 210.

³⁵⁵ BGHZ 81, 82 = DNotZ 1982, 490 = NJW 1981, 2747 = WM 1981, 841.

b. Stille Gesellschaft

Bei der stillen Gesellschaft ist streitig, ob die stille Beteiligung nicht nur als ein Rechtsverhältnis, sondern auch als Mitgliedschaft und damit als ein Rechtsobjekt anzuerkennen ist. Das Fehlen eines Gesamthandsvermögens und das Nichtvorhandensein einer verbandsmäßigen Organisation könnten dagegen sprechen. Andererseits bündelt die Mitgliedschaft Rechte und Pflichten des Gesellschafters. Das spricht eher für die Annahme einer Mitgliedschaft und ihre Abtretbarkeit.³⁵⁶ Wer dies verneint, muss dem stillen Gesellschafter die Möglichkeit geben, das durch die stille Beteiligung ausgedrückte Rechtsverhältnis in seiner Gesamtheit von einem neuen Gesellschafter übernehmen zu lassen, wobei die Vertragsübernahme zusätzlich der Zustimmung des Geschäftsinhabers bedarf.

Von einem Gesellschafterwechsel kann bei einer stillen Gesellschaft nur gesprochen werden, wenn die Identität der stillen Gesellschaft erhalten bleibt. Da die stille Gesellschaft in der Regel zweigliedrig ist, führt das Ausscheiden des alten Gesellschafters zur Auflösung der Gesellschaft, so dass mit dem eintretenden Gesellschafter eine neue Gesellschaft errichtet werden muss.³⁵⁷ Um dies zu vermeiden, könnte die bereits bestehende Gesellschaft in eine mehrgliedrige stille Gesellschaft durch Eintritt des neuen minderjährigen Gesellschafters umgewandelt werden und sodann der alte Gesellschafter ausscheiden.³⁵⁸ Zu dem Vorgang ist die Zustimmung des Geschäftsinhabers und des alten Gesellschafters notwendig.³⁵⁹

c. Kapitalgesellschaften

aa. GmbH

Beteiligt an der Veräußerung eines Geschäftsanteils sind lediglich der bisherige Anteilsinhaber (unabhängig davon, ob er nach § 16 Abs. 1 GmbHG in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist) und der Minderjährige.

³⁵⁶ So auch MüHdb. GesellschaftsR Bd. 2/Bezenberger/Keul, § 88 Rn. 2 m.w.N.

³⁵⁷ MüHdb. GesellschaftsR Bd. 2/Bezenberger/Keul, § 88 Rn. 8.

³⁵⁸ Steuerliche Nachteile sind nach MüHdb. GesellschaftsR Bd. 2/Bezenberger/Keul, § 88 Rn. 8 nicht auszuschließen.

³⁵⁹ MüHdb GesellschaftsR Bd. 2/Bezenberger/Keul, § 8 Rn. 3.

Enthält die GmbH-Satzung eine Vinkulierungsklausel, wonach die Anteilsabtretung der Zustimmung aller Gesellschafter bedarf, so muss nach h. M.³⁶⁰ die Zustimmung auch im Außenverhältnis durch die Gesellschafter selbst erklärt werden; die Erteilung der Zustimmung ist nicht Gegenstand einer Beschlussfassung durch die Gesellschafterversammlung. Eine Bestimmung, die die Genehmigung der Gesellschafter verlangt, ist mehrdeutig. Im Zweifel ist damit gemeint, dass die Gesellschafter als Beschlussorgan gemeint sind und dann ggf. ein Mehrheitsbeschluss genügt. Nur wenn besondere Anhaltspunkte vorliegen, ist die Klausel so zu verstehen, dass die Genehmigung jedes Gesellschafters als einzelnen erforderlich sein soll.³⁶¹ Schreibt die statutarische Abtretungsbeschränkung nach § 15 Abs. 5 GmbHG Genehmigung der Gesellschaft vor, so wird dadurch die Zuständigkeit der juristischen Person selbst begründet. Die Genehmigung obliegt dann der Geschäftsführung in vertretungsberechtigter Anzahl. Sieht die Satzung die Genehmigung der Gesellschafterversammlung vor, so ist zunächst durch Auslegung zu klären, ob es sich lediglich um ein innergesellschaftsrechtliches Erfordernis handelt oder ob, was im Zweifel anzunehmen ist, eine eigenständige Abtretungsvoraussetzung i. S. des § 15 Abs. 5 GmbHG gewollt ist. Die Entscheidung der Gesellschafterversammlung ist dann mangels abweichender Regelung durch einen Beschluss mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen zu treffen (§ 47 Abs. 1 GmbHG). Ist der minderjährige Erwerber bereits schon bisher Gesellschafter, so kann er bei der Beschlussfassung mitwirken.³⁶² Die Genehmigung wird nicht durch die Geschäftsführung erklärt, vielmehr hat die Gesellschafterversammlung diese entweder selbst vorzunehmen oder einen anderen, z. B. eines seiner Mitglieder oder . was oft vorkommt - den Geschäftsführer dazu zu ermächtigen.³⁶³

Der Abtretungsvertrag ist bei vinkulierten Geschäftsanteilen schwebend unwirksam, solange sich der Berechtigte über die Genehmigung noch nicht erklärt hat. Die Genehmigung zur Abtretung bedeutet Zustimmung i. S. der §§ 182 ff. BGB; sie kann

³⁶⁰ Michalski/*Ebbing*, § 15 Rn. 150; Scholz/*Winter*, § 125 Rn. 97; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, § 15 Rn. 43.

³⁶¹ Scholz/*Winter/Seibt*, § 15 Rn. 126.

³⁶² BGHZ 48, 163, 167 = WM 1967, 925; BayObLGZ 1991, 127 = NJW-RR 1991, 1252 = GmbHR 1991, 572; Scholz/*Winter/Seibt*, § 15 Rn. 125, 123.

³⁶³ Scholz/*Winter/Seibt*, § 15 Rn. 130.

vor, bei und nach dem Abschluss des Abtretungsvertrages erteilt werden. Die Zustimmungentscheidung muss dem Veräußerer oder Erwerber des vinkulierten Geschäftsanteils gegenüber erklärt werden und wird erst mit deren Zugang bei dem Betroffenen ex-tunc wirksam.³⁶⁴ Wird die Zustimmung rechtswirksam verweigert, so ist der Abtretungsvertrag endgültig unwirksam.³⁶⁵ Wegen des Abstraktions- und Trennungsprinzips ist das Verpflichtungsgeschäft jedoch unabhängig davon wirksam, ist aber dann rechtsmangelbehaftet und führt zur Haftung nach den Unmöglichkeitregeln. Wird die Zustimmung nachträglich erteilt, bedarf es einer formgerechten Neuvernahme der Abtretung (§ 141 BGB).

bb. Aktiengesellschaft

Wie die Übertragung von Aktien zu erfolgen hat, hängt von der Art ab, in der die Mitgliedschaft verbrieft ist. Soweit die Aktie dem gesetzlichen Regelfall entspricht und auf den Inhaber lautet (§ 10 Abs. 1, 1. Alt., § 24 Abs. 1 AktG), wird sie nach dem Grundsatz *das Recht aus dem Papier folgt dem Recht am Papier* nach §§ 929 ff. BGB durch Einigung und Übergabe (-surrogat) übertragen, wobei in der Rechtswirklichkeit die Besonderheiten der Verwahrung nach dem Depotgesetz zu beachten sind. Nach einer neueren Auffassung in der aktienrechtlichen Literatur können Inhaberaktien (was insbesondere von Bedeutung ist, wenn sie nicht verbrieft worden sind), auch nach den Grundsätzen der Zession durch Abtretung der Rechte aus der Mitgliedschaft übertragen werden (§§ 398, 413 BGB).³⁶⁶ Da die Zession noch nicht durch Rechtsprechung abgesichert ist, kann sie derzeit nicht empfohlen werden.

Ist die Aktie als Namensaktie (§ 10 Abs. 1, 2. Alt. AktG) ausgestaltet, so muss neben den Voraussetzungen der §§ 929 ff. BGB nach § 68 Abs.1 Satz 1 AktG i. V. mit Art. 12, 13, 16 WG ein Indossament vorliegen. Das Indossament besteht aus schriftlicher Übertragungserklärung des Indossanten auf der Aktienurkunde. Weiter setzt der Rechtsübergang die Übertragung des Eigentums an der indossierten Urkunde (Aktienurkunde) durch formlose (auch konkludente) Einigung und Übergabe (§ 929

³⁶⁴ Scholz/*Winter/Seibt*, § 15 Rn. 128.

³⁶⁵ H. M., BGHZ 13, 179, 187 = NJW 1954, 115.

³⁶⁶ MüHdb. GesellschaftsR Bd. 4/*Wiesner*, § 14 Rn. 5; MAH-AktR/*Sudmeyer*, § 10 Rn. 157; Beck-sches Hdb. der AG/*Maul*, § 3 Rn. 111.

BGB) oder eines der Übergabesurrogate (§ 929 Satz 2, §§ 930, 931 BGB) voraus.³⁶⁷ Dem Aktionär steht es aber frei, bei der Übertragung der Namensaktie nicht an das Wertpapier anzuknüpfen, sondern das verbriefte Recht selbst gem. §§ 398, 413 BGB zu übertragen.³⁶⁸ Das Eigentum an der Aktienurkunde folgt dann der Mitgliedschaft analog § 952 BGB. Die Übertragung von Namensaktien kann an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden werden (§ 68 Abs. 2 AktG, sog. Vinkulierung). Die Vinkulierung bezieht sich dann aber nur auf das Verfügungsgeschäft, nicht auf das Verpflichtungsgeschäft. Zuständig zur Erteilung der Zustimmung ist der Vorstand, § 68 Abs. 2 Satz 2 AktG. Die Zustimmung kann sowohl vor der Übertragung als auch danach erteilt werden und ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, so dass für ihre Wirksamkeit deren Zugang ebenfalls erforderlich ist, § 130 BGB (vgl. Abschn. C III 2 c aa . Seite 82 ff. - zur Rechtslage bei der GmbH). Mit Zustimmung ist die Übertragung der Aktie wirksam, ohne sie ist die Übertragung zunächst schwebend unwirksam und wird mit Genehmigung ex tunc wirksam (§ 184 Abs. 1 BGB) bzw. bei Versagung endgültig unwirksam.

3. Form der Anteilsübertragung

a. Personengesellschaften

Weder die Übertragung des Anteils an einer Personengesellschaft noch das ihr zugrunde liegende schuldrechtliche Geschäft bedürfen einer bestimmten Form, sofern nicht der Gesellschaftsvertrag eine besondere Form für Anteilsübertragungen vorsieht oder sich aus allgemeinen Vorschriften (§§ 311b, 518 BGB, § 15 Abs. 4 GmbHG) eine Beurkundungspflicht ergibt. Der Übertragungsvertrag ist demnach grundsätzlich formfrei, auch wenn etwa Grundstücke zum Gesellschaftsvermögen gehören, da bei der Anteilsübertragung nicht eine Verfügung an einem Grundstück, sondern die Übertragung einer Mitgliedschaft an einer Personengesellschaft in Frage steht.³⁶⁹ Gleiches gilt, wenn zum Vermögen der Gesellschaft GmbH-Anteile gehören (§ 15 GmbHG). Gegenstand des der Anteilsübertragung zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäfts und der Übertragung ist nämlich nicht ein Anteil an diesen Gegenständen und auch nicht der Anteil am Gesellschaftsvermögen, sondern die Mit-

³⁶⁷ BGH, DB 1958, 76 = NJW 1958, 302 = WM 1958, 70; MAH-AktienR/Sudmeyer, § 10 Rn. 160.

³⁶⁸ H. M., RGZ 86, 154, 157; LG Memmingen, AG 1967, 83; Hüffer, § 68 Rn. 3.

gliedschaft.³⁷⁰ Die Formfreiheit gilt auch in den Fällen, in denen sich der Gesellschaftszweck auf das Halten und Verwalten eines oder mehrerer Grundstücke oder eines GmbH-Anteils beschränkt (vgl. Abschn. B II 1 . Seite 12; Abschn. C II 2 a - Seite 57). Dagegen ist ein Vertrag, in dem die Verpflichtung begründet wird, neben der Gesellschaftsbeteiligung auch Grundbesitz oder Anteile daran, die sich im Privatvermögen des Erwerbers befinden, zu übertragen, insgesamt beurkundungspflichtig (vgl. Abschn. B II 1 . Seite 12 und Abschn. C II 2 a . Seite 56). Zu Schenkungen vgl. Abschn. B II 1 . Seite 13 und Abschn. C II 2 a - Seite 57.

Der Gesellschafterwechsel bei einer OHG und KG ist in das *Handelsregister* einzutragen (§§ 107, 162 HGB). Zwar ist die Übertragung der Beteiligung kein Ein- und Austritt. Da aber das Gesetz anordnet, dass diese einzutragen sind, wird man daraus zu schließen haben, dass auch die Übertragung der Beteiligung einzutragen ist. Eingetragen wird, dass ein Gesellschafter ausgeschieden und eine andere Person eingetreten ist. Da es sich um eine Sonderrechtsnachfolge handelt, muss dies bei einer Abtretung eines Kommanditanteils im Handelsregister durch einen sog. Nachfolgevermerk³⁷¹ deutlich gemacht werden. Der Anteilserwerb an einer GbR ist materiellrechtlich nirgends zu registrieren.

Bei einer grundbesitzenden OHG oder KG bedarf es wegen der Anteilsübertragung keiner Grundbucheintragung, da die Gesellschaft als solche und nicht die einzelnen Gesellschafter im *Grundbuch* eingetragen ist. Hat die GbR Grundbesitz, vollzieht sich der Anteilserwerb außerhalb des Grundbuchs; das Grundbuch wird hinsichtlich der Angaben der Gesellschafter unrichtig (vgl. § 47 Abs. 2 GBO) und kann insoweit gemäß § 894 BGB, § 47 Abs. 2, § 22 GBO, § 15 Abs. 1 Buchst. c GBV berichtigt werden, weil nicht mehr alle aktuellen Gesellschafter im Grundbuch namentlich bezeichnet sind. Da das Grundbuch unrichtig ist, ist insoweit Raum eröffnet für einen gut-

³⁶⁹ MüKo-BGB/*Ulmer/Schäfer*, § 719 Rn. 33; BeckPersGes-HB/*Sauter*, § 7 Rn. 62.

³⁷⁰ BGHZ 86, 367 = BB 1983, 660 = NJW 1983, 1110 = WM 1983, 358; BGH, DNotZ 1998, 908 = NJW 1998, 376 = WM 1997, 2220; BGH, DNotZ 2008, 785 = NJW-RR 2008, 773 = WM 2008, 875 in Bezug auf eine GbR, deren Gesellschaftsvermögen nur aus einem GmbH-Anteil besteht; BayObLG, BB 1987, 711 = DB 1987, 215 = GmbHR 1987, 228; MüKo-BGB/*Ulmer/Schäfer*, § 719 Rn. 33. Kritisch dazu MüHdb. GesellschaftsR Bd. 1/*Piehler/Schulte*, § 10 Rn. 9 und § 73 Rn. 28.

³⁷¹ *Grunewald*, 1. B. Rn. 65; MüKo-HGB/*K. Schmidt*, § 143 Rn. 7.

gläubigen Erwerb gem. § 899a BGB i. V. mit §§ 892 ff. BGB.³⁷² Zur Grundbuchberichtigung bedarf es der öffentlich beglaubigten Berichtigungsbewilligung (mit plausibler Darlegung des Grundes der Unrichtigkeit³⁷³) des veräußernden Gesellschafters und - da materiellrechtlich für eine Anteilsübertragung die Zustimmung der Mitgesellschafter notwendig ist - aller sonstigen Gesellschafter (§§ 19, 29 GBO); der erwerbende Minderjährige muss nach § 22 Abs. 2 GBO in der Form des § 29 BGB zustimmen.³⁷⁴ Bei einer Berichtigung aufgrund Berichtigungsbewilligung ist zu bejahen, dass § 899a BGB auch hier anwendbar ist und damit sicherstellt, dass der Gesellschafterbestand im Übrigen keine Änderung erfahren hat.³⁷⁵ Möglich wäre auch die Führung des Unrichtigkeitsnachweises durch Vorlage des Abtretungsvertrags und der Zustimmung der übrigen Mitgesellschafter jeweils in der Form des § 29 GBO. Die Grundbuchberichtigung ist empfehlenswert wegen der Vermutungswirkungen des § 899a BGB zur Vermeidung eines Rechtsverlusts durch gutgläubigen Erwerb Dritter (vgl. im Übrigen Abschn. C II 2 a . Seite 58 ff.).

b. Kapitalgesellschaften

aa. GmbH

Sowohl der Abschluss des Verpflichtungsvertrags zur Übertragung eines Geschäftsanteils als auch die Abtretung selbst unterliegen zu ihrer Wirksamkeit zwingend der notariellen Beurkundung gemäß § 15 Abs. 3 GmbHG, § 128 BGB und §§ 8 ff. BeurkG. Bei einem Formmangel des Verpflichtungsgeschäfts besteht allerdings nach § 15 Abs. 4 Satz 2 GmbHG die Möglichkeit der Heilung mit Wirkung für die Zukunft

³⁷² Dazu *Scherer*, NJW 2009, 3063.

³⁷³ BayObLG DNotZ 1991, 598; OLG Jena DNotI-Report 2001, 18 = Rpfleger 2001, 125; *Böttcher*, ZfIR 2009, 613, 621.

³⁷⁴ Dazu *Schöner/Stöber*, Rn. 982f; *Demharter*, § 22 Rn. 15; *Böttcher*, ZfIR 2009, 613, 620; *Heinze*, RNotZ 2010, 289, 305; Gutachten DNotI-Report 2010, 145.

³⁷⁵ OLG München, BB 2010, 2314 = EWiR 2010, 741 = NotBZ 2010, 421 = ZEV 2010, 645 (Anwendbarkeit des § 899a S. 1 BGB ohne nähere Begründung bejaht); OLG Hamm, Beschl. v. 14.10.2010 - 15 W 193/10 . unveröff. (Anwendbarkeit des § 899a S.1 BGB ohne Prüfung unterstellt); OLG Zweibrücken, DNotZ 2011, 207 = Rpfleger 2010, 286 (entsprechende Vermutung soll sich aus § 47 Abs. 2 S. 2 GBO ergeben); OLG Zweibrücken, FGPrax 2010, 22 = NJW 2010, 384 = Rpfleger 2010, 208 (zur Anteilsübertragung: Anwendbarkeit des § 899a S. 1 BGB ohne Prüfung unterstellt); OLG Zweibrücken, Beschl. v. 21.10.2010 - 3 W 110/10 . unveröff. (Begründung wie OLG Zweibrücken, DNotZ 2011, 207 = Rpfleger 2010, 286); OLG Brandenburg, Beschl. v. 23.07.2010 - 5 Wx 47/10 (zur Anteilsübertragung: Anwendbarkeit des § 899a S. 1 BGB verneint, konkreten Nachweis der Gesellschafterstellung aber bejaht). Gutachten DNotI-Report 2010, 145. Zu den Konsequenzen für § 899a BGB *Heinze*, ZfIR 2010, 713; *Albers*, ZfIR 2010, 705, 707; für Unanwendbarkeit des § 899a *Bestelmeyer*, Rpfleger 2010, 169, 185.

(also ex nunc),³⁷⁶ und zwar durch einen notariell beurkundeten (dinglichen) Abtretungsvertrag über den Geschäftsanteil ab dem Zeitpunkt der formgerechten Abtretung. Das GmbHG macht insoweit eine Ausnahme von § 141 Abs. 1 BGB, der für die Gültigkeit grundsätzlich die förmliche Neuvernahme des Geschäfts verlangt und der neben § 15 Abs. 4 Satz 2 GmbHG anwendbar ist.³⁷⁷ Die Folge fehlender Beurkundung des Abtretungsvertrags ist die Nichtigkeit der Abtretung (§ 125 BGB). Daran ändert auch ein formgültiger, zur Abtretung verpflichtender Vertrag (§ 15 Abs. 4 GmbHG) nichts. Eine etwaige Zustimmungserklärung nach § 15 Abs. 5 GmbHG ist in der Regel nicht formgebunden, es sei denn, in der Satzung ist etwas anderes festgelegt.

Eine Eintragung im *Handelsregister* erfolgt nicht. Der die Anteilsabtretung beurkundende Notar hat jedoch unverzüglich nach Wirksamwerden der Abtretung eine neue Gesellschafterliste dem Registergericht zu übermitteln. Die Aufnahme des Minderjährigen in die Gesellschafterliste (§ 40 GmbHG) ist aber keine Wirksamkeitsvoraussetzung für den Erwerb des Geschäftsanteils. Ist für die Abtretung des Geschäftsanteils eine Genehmigung des Familiengerichts erforderlich, so hat das Registergericht das Vorliegen dieser Genehmigung nicht zu prüfen,³⁷⁸ denn die Abtretung ist weder anmeldepflichtig, noch im Handelsregister eintragungsfähig.

Bei einer grundbesitzenden GmbH bedarf es wegen der Anteilsübertragung keiner Eintragung im *Grundbuch*, da die Gesellschaft als solche und nicht die einzelnen Gesellschafter im Grundbuch eingetragen ist.

bb. Aktiengesellschaft

Die Übertragung von Aktien ist grundsätzlich formfrei, allerdings sind die wertpapierrechtlichen Vorschriften zu beachten (z. B. § 68 Abs. 1 AktG i. V. mit Art. 12, 13, 16 WG bei Namensaktien). Der Erwerber einer Namensaktie ist ins *Aktienregister* einzutragen. Die Eintragung ist aber nicht Voraussetzung für die dingliche Übertragung der Aktie. Im Verhältnis zur Gesellschaft gilt gemäß § 67 Abs. 2 AktG als Aktionär aber

³⁷⁶ BGHZ 141, 208 = DNotZ 1999, 756 = NJW 1999, 2594 = WM 1999, 1118.

³⁷⁷ BGH, DNotZ 1985, 764 = NJW 1985, 2579 = WM 1985, 1000.

nur, wer als solcher im Aktienregister eingetragen ist. Der Eingetragene ist somit von der Gesellschaft in jeder Beziehung als Aktionär zu behandeln, unabhängig davon, ob er tatsächlich Aktionär ist. Die Aktionärseigenschaft wird nach Eintragung in das Aktienregister unwiderleglich vermutet.³⁷⁹

Bei einer grundbesitzenden Aktiengesellschaft bedarf es wegen der Anteilsübertragung keiner Eintragung im *Grundbuch*, da die Gesellschaft als solche und nicht die einzelnen Gesellschafter im Grundbuch eingetragen ist.

4. Vertretung des Minderjährigen

a. Handeln des gesetzlichen Vertreters

aa. Personengesellschaften

Der erwerbende Minderjährige wird von seinen Eltern vertreten. Sie sind von der Vertretung allerdings gem. § 1629 Abs. 2, §§ 1795, 181 BGB ausgeschlossen, wenn ein Elternteil selbst, sein Ehegatte oder eine in gerader Linie mit ihm verwandte Person seinen/ihren Gesellschaftsanteil auf den Minderjährigen überträgt. Die Bestimmung findet keine Anwendung, wenn der Vertretene durch das Geschäft lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt. Durch den Gesellschaftsanteil wird aber, genauso wie beim originären Erwerb ein Bündel von Rechten und Pflichten für den Minderjährigen begründet, so dass der Minderjährige nach h. M.³⁸⁰ auch durch den Erwerb eines geschenkten Kommanditanteils nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt. Im Interesse eines effektiven Minderjährigenschutzes ist dieser Meinung zu folgen, so dass ein Ergänzungspfleger zu bestellen ist. Vgl. im Einzelnen auch Abschn. C II 3 a aa . Seite 64 ff. sowie Abschn. B III 2 b aa . Seite 24 ff.

³⁷⁸ Michalski/*Ebbing*, § 15 Rn. 168.

³⁷⁹ MüHdb. GesellschaftsR Bd. 4/*Wiesner*, § 14 Rn. 44; Beck'sches Formularbuch Aktienrecht/*Baummeister*, D.II.1 Rn. 8.

³⁸⁰ OLG München, DNotZ 2009, 230 = FamRZ 2009, 623 = NJW-RR 2009, 152 = Rpfleger 2009, 84; BGHZ 68, 225, 231 = DNotZ 1977, 550 = NJW 1977, 1339 = WM 1977, 680; LG Köln, Rpfleger 1970, 245; Röhrich/Graf von Westphalen/*von Gerkan/Haas*, § 161 Rn. 9; *Klüsener*, Rpfleger 1990, 321, 326; *Werner*, ZIP 2009, 737; *Ivo*, ZEV 2005, 193; a. A. OLG Bremen, FamRZ 2009, 621 = GmbHR 2008, 1263 m. Anm. *Werner* = RNotZ 2008, 625; *Staudinger/Peschel-Gutzeit* (2007), § 1629 Rn. 246; *Palandt/Ellenberger*, § 107 Rn. 4, 6; *Maier-Reimer/Marx*, NJW 2005, 3025, 3026.

Die Eltern sind allerdings dann nicht von der Vertretung ausgeschlossen, wenn dem Kind die Mitgliedschaft eines Dritten, der ebenfalls an der Gesellschaft der Eltern beteiligt ist, durch Vertrag zwischen dem Dritten und dem Kind übertragen wird. In einem solchen Fall liegt keiner der Ausschlussstatbestände der §§ 1629, 1795, 181 BGB vor. Die Abtretung vollzieht sich außerhalb der Gesellschaft. Die übrigen Gesellschafter, also auch die Eltern, sind daran nicht beteiligt. Lässt der Gesellschaftsvertrag jedoch die Übertragung des Anteils nicht zu, bedarf es im Einzelfall der Zustimmung aller anderen Gesellschafter. In einem solchen Fall muss überlegt werden, ob § 181 BGB auf die Zustimmung zur Anteilsübertragung angewendet werden kann. In der Rechtsprechung³⁸¹ wird dies abgelehnt. Dabei wird teilweise darauf abgestellt, dass sich das Zustimmungserfordernis nur auf die dingliche Übertragung beziehe, nicht aber auf den schuldrechtlichen Vertrag, weswegen es sich um ein Rechtsgeschäft handele, welches ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehe.³⁸² Hierbei wird jedoch verkannt, dass es sich zwar bei der dinglichen Anteilsübertragung um ein Rechtsgeschäft in Erfüllung einer Verbindlichkeit (nämlich aus dem schuldrechtlichen Veräußerungsvertrag) handelt, nicht aber . und hierauf kommt es an . bei der Erteilung der Zustimmung. Andere gehen davon aus, dass die Zustimmung der Mitgesellschafter eine laufende Gesellschaftsangelegenheit darstelle, auf die § 181 BGB nicht anzuwenden sei.³⁸³ Auch diese Auffassung überzeugt nicht, da die Zustimmung zu einer Veränderung des Mitgliederbestands wohl zu den Grundlagengeschäften zu zählen sein wird, für die § 181 BGB gilt.³⁸⁴ Überzeugender ist das Argument, dass § 181 BGB als formale Ordnungsvorschrift unanwendbar ist, wenn eine Genehmigungserklärung gegenüber dem anderen Vertragsteil erklärt wird.³⁸⁵ § 181 BGB soll den gesetzlichen Vertreter nicht darin hindern, als Mitgesellschafter seine Zustimmung zu der Übertragung des Gesellschaftsanteils auf den Minderjährigen zu erteilen.³⁸⁶

³⁸¹ BayObLGZ 1977, 76, 80; OLG Hamm, DB 1989, 169, 170; *Baumbach/Hopt*, § 105 Rn. 70.

³⁸² OLG Hamm, DB 1989, 169, 170.

³⁸³ *Baumbach/Hopt*, § 105 Rn. 70, § 119 Rn. 22.

³⁸⁴ *Erman/Westermann*, § 719 Rn. 8.

³⁸⁵ So BayObLGZ 1977, 76, 80; vgl. zu diesem Ansatz im Anschluss KG Berlin, DNotZ 2004, 391 = FGPrax 200, 69 = NJW-RR 2004, 1161 = Rpfleger 2004, 281; Palandt/*Ellenberger*, § 181 Rn. 8.

³⁸⁶ BayObLGZ 1977, 76, 80; OLG Hamm, DB 1989, 169; MÜHdb. GesellschaftsR Bd. 1/*Piehler/Schulte*, § 10 Rn. 112; a. A. *Soergel/Strätz*, § 1629 Rn. 25.

Fraglich ist, wenn Gesellschaftsanteile von den Eltern an mehrere Kinder abgetreten werden, ob dann - wie beim originären Erwerb (vgl. Abschn. C II 3 a aa . Seite 66 ff.) - für jedes Kind ein eigener Ergänzungspfleger zu bestellen ist. Das OLG München³⁸⁷ betonte, dass bei einer Anteilsübertragung jeweils nur ein Rechtsgeschäft zwischen dem veräußernden Elternteil und dem erwerbenden Kind vorliege und nicht . wie bei einem Eintritt durch Aufnahmevertrag . ein Rechtsgeschäft zwischen den Kindern. Eine nach § 181 BGB nicht zulässige Mehrfachvertretung ist deshalb nicht gegeben, denn der Ergänzungspfleger gebe lediglich gleichlaufende Erklärungen für die Kinder ab, weshalb der Ergänzungspfleger hier zugleich für mehrere erwerbende Kinder handeln und die Registeranmeldung vornehmen könne. Das OLG Zweibrücken³⁸⁸ geht jedoch ohne Begründung vom Gegenteil für den Fall aus, dass mehrere minderjährige Kinder von Gesellschaftern einer GbR beitreten. Auch in der Literatur³⁸⁹ wird offenbar teilweise ohne weiteres davon ausgegangen, dass die Vertretungsgrundsätze für den originären Anteilserwerb in gleicher Weise für den derivativen Anteilserwerb gelten. Teilweise wird in der Literatur³⁹⁰ auch lediglich der Fall des originären Anteilserwerbs erörtert. Nach der gesellschaftsrechtlichen Dogmatik überzeugt es nicht, den originären und den derivativen Erwerb hinsichtlich der Notwendigkeit, mehrere Ergänzungspfleger zu bestellen, gleich zu behandeln. Die Übertragung erfolgt gerade nicht durch gesellschaftsrechtliches Rechtsgeschäft (Aufnahmevertrag) zwischen den Neugesellschaftern mit den vorhandenen Gesellschaftern, sondern durch Verfügungsgeschäft gem. §§ 398, 413 BGB zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber (vgl. Abschn. C III 2 a . Seite 80). Der Ergänzungspfleger steht also bei der Anteilsübertragung jeweils nur auf der Erwerberseite, während das Rechtsverhältnis zwischen den Erwerbern nicht geregelt wird. Dass sich die minderjährigen Erwerber nach Vollzug der Anteilsübertragung als Gesellschafter gegenüberstehen, rechtfertigt keine abweichende Beurteilung. Denn hierbei handelt es sich lediglich um die ge-

³⁸⁷ MittBayNot 2010, 400 = NJW-Spezial 2010, 497 = RNotZ 2010, 461 = Rpfleger 2010, 587. Ähnlich wie das OLG München *Ivo*, ZEV 2005, 193; *Maier-Reimer/Marx*, NJW 2005, 3025. Ablehnend *Ries*, RpfStud. 2010, 201.

³⁸⁸ OLG Zweibrücken 1999, 389 = FamRZ 2000, 117 = NJW-RR 1999, 1174 (zur GbR); ebenso BayObLGZ 1958, 373, 377 = FamRZ 1959, 125 (zum Erwerb durch Aufnahmevertrag bei einer KG).

³⁸⁹ *Reimann*, DNotZ 1999, 179, 190; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch*, § 105 Rn. 92; wohl auch *MüHdb. GesellschaftsR Bd. 2/Piebler/Schulte*, § 35 Rn. 14.

³⁹⁰ *Palandt/Diederichsen*, § 1629 Rn. 22.

setzliche Folge des Rechtsgeschäfts, nicht aber um dessen Gegenstand. Es kommt auch nicht darauf an, ob es noch einer Zustimmung durch die Mitgesellschafter bedarf bzw. diese Zustimmung bereits im Gesellschaftsvertrag enthalten ist.³⁹¹ Die Zustimmung ist entweder gegenüber dem Elternteil oder dem erwerbenden Kind zu erklären. Ein Geschäft zwischen den erwerbenden Kindern ist die Zustimmung nicht. Es bedarf keiner Zustimmung seitens des einen Kindes für die Verfügung des anderen. Das so genannte Verbot der Mehrfachvertretung (§ 181 2. Alt. BGB) greift somit hier nicht ein.³⁹² Wie bereits im vorherigen Absatz (Seite 90) dargestellt, wird § 181 BGB auf die Zustimmung zur Anteilsübertragung auch nicht angewendet, so dass die Eltern nicht daran gehindert sind, im eigenen Namen und zugleich für die Erwerber der jeweiligen Übertragung auf die anderen Kinder zuzustimmen. Die Zustimmung muss daher auch nicht vom Ergänzungspfleger, sondern von den Eltern gegenüber dem Ergänzungspfleger erteilt werden.

bb. Kapitalgesellschaften

Erwerben die Kinder eine Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft, an der auch die Eltern beteiligt sind, so sind diese ebenfalls von der Vertretung ausgeschlossen, wenn die Kinder den Geschäftsanteil oder die Aktie von einem Elternteil erwerben. Aufgrund der Haftungsgefahren ist auch die schenkweise Abtretung eines GmbH-Anteils in der Regel nicht ausschließlich rechtlich vorteilhaft, so dass die Bestellung eines Ergänzungspflegers notwendig ist (vgl. Abschn. C II 3 a bb . Seite 67). Etwas anderes gilt für den Erwerb von voll eingezahlten Aktien; dieser ist immer rechtlich vorteilhaft (vgl. Abschn. C II 3 a bb . Seite 68). Erwirbt der Minderjährige den Geschäftsanteil oder die Aktie dagegen von einem Dritten, so liegt . selbst wenn die Eltern dieser Gesellschaft angehören - keiner der Ausschlussstatbestände der §§ 1629, 1795, 181 BGB vor.³⁹³ Die Eltern sind nicht Partei des Abtretungsvertrags. Auch wenn die Abtretung des Anteils nach dem Gesellschaftsvertrag ausnahmsweise der Zustimmung durch Gesellschafterbeschluss oder aller übrigen Gesellschafter bzw. bei der AG durch den Vorstand bedarf, sind die Eltern (auch wenn sie selbst GmbH-Gesellschafter bzw. Vorstand der AG sind) nicht von der Vertretung ausge-

³⁹¹ *Maier-Reimer/Marx*, NJW 2005, 3025, 3027.

³⁹² *Palandt/Ellenberger*, § 181 Rn. 8; *Ivo*, ZEV 2005, 193, 195.

schlossen, da § 181 BGB nicht auf die Zustimmung i. S. der §§ 182 ff. BGB Anwendung findet (vgl. Abschn. C III 4 a aa . Seite 90). Überwiegend wird die Meinung vertreten, dass bei Abtretungen eines Elternteils an mehrere Kinder die Bestellung mehrerer Ergänzungspfleger nicht erforderlich ist (vgl. Abschn. C III 4 a aa . Seite 91).³⁹⁴

b. Familiengerichtliche Genehmigung

aa. Genehmigungsbedürftigkeit

aaa. Personengesellschaften

Während §§ 1643 Abs. 1, Nr. 3 1. Alt. BGB für den Beitritt zu einer Personengesellschaft insoweit ohne Bedeutung ist, als der Minderjährige einen Gesellschaftsvertrag in Form eines Aufnahmevertrages abschließt und somit § 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB einschlägig ist, bereitet die Ableitung der Genehmigungsbedürftigkeit für den Erwerb eines bereits bestehenden und übertragbaren Gesellschaftsanteils Schwierigkeiten.

Nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 1. Alt. BGB ist ein Vertrag, der auf den entgeltlichen Erwerb eines Erwerbsgeschäfts (zum Erwerbsgeschäft vgl. B III 4 b aa aaa . Seite 35 ff.) gerichtet ist, genehmigungsbedürftig. Es kann sich hierbei auch nur um den entgeltlichen Erwerb eines Teils eines Erwerbsgeschäfts handeln, z. B. um eine Gesamthänderstellung bei der BGB-Gesellschaft, bei der OHG aber auch bei der KG, weil aus diesem Erwerb das gleiche wirtschaftliche Risiko erwachsen kann wie aus dem Erwerb einer Alleininhaberschaft.³⁹⁵ Der Eintritt in eine bereits bestehende Gesellschaft ist damit dem Erwerb des Geschäfts im Ganzen gleichzusetzen.³⁹⁶ Problematisch erscheint hier allerdings, dass der Genehmigungstatbestand nur an einen entgeltlichen Erwerb anknüpft. Von einem entgeltlichen Erwerb kann zumindest dann ausgegangen werden, wenn die Übertragung einer GbR-/OHG-Beteiligung bzw. Komplementärbeteiligung bei einer KG schenkweise erfolgt, da der Minderjährige mit seinem Eintritt insbesondere die persönliche, unbeschränkte Haftung für Gesellschaftsschulden übernimmt.³⁹⁷ Für den schenkweisen Erwerb eines voll eingezahlten

³⁹³ *Bengsohn/Ostheimer*, Rpfleger 1990, 189, 192.

³⁹⁴ OLG München, MittBayNot 2010, 400 = NJW-Spezial 2010, 497 = RNotZ 2010, 461 = Rpfleger 2010, 587; a. A. *Ries*, RpfStud. 2010, 201.

³⁹⁵ RGZ 122, 370.

³⁹⁶ BGHZ 112, 40 = DNotZ 1991, 819 = NJW 1990, 2616 = WM 1990, 1379.

³⁹⁷ BGH, BB 1965, 472 = WM 1965, 359.

Kommanditanteils ist dies abzulehnen, so dass hier § 1822 Nr. 3 1. Alt. BGB nicht greift.³⁹⁸

Fraglich ist, ob dann zumindest §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB einschlägig ist. Eine höchstrichterliche Entscheidung zu dieser Frage liegt noch nicht vor. Die instanzgerichtliche Rechtsprechung und die Literatur sind in diesem Punkt uneinheitlich. Für die direkte Anwendbarkeit der zweiten Alternative ist entscheidend, ob die Mitgliedschaft beim abgeleiteten Erwerb allein durch den Abtretungsvertrag zwischen Ausscheidendem und Erwerber übertragen werden kann oder ob zusätzlich noch ein Gesellschaftsvertrag zwischen den Altgesellschaftern und dem Eintretenden erforderlich ist. *Hueck*³⁹⁹ hält den Abschluss eines Gesellschaftsvertrages für erforderlich und verweist darauf, dass alle Altgesellschafter der Übertragung zustimmen müssen. In dieser Zustimmung sieht er auch im Fall des derivativen Erwerbs noch einen Aufnahmevertrag mit dem Erwerber als neu eintretenden Gesellschafter. Dieser Auffassung steht jedoch entgegen, dass ein Gesellschaftsanteil nicht gleichzeitig originär durch Abschluss eines Aufnahmevertrages und derivativ durch Zession erworben werden kann.⁴⁰⁰ Die überwiegende Ansicht⁴⁰¹ wertet die Zustimmung nicht als Teil eines Vertrages, sondern als einseitige Zustimmungserklärung zu einem fremden Rechtsgeschäft i. S. von §§ 182 ff. BGB (vgl. Abschn. C III 2 a . Seite 80 ff.). Auf diese Art der Beteiligung des Minderjährigen sollte das Genehmigungserfordernis der §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB nicht angewandt werden.

Da aber andererseits nach § 1822 Nr. 3 1. Alt. BGB nur der entgeltliche Erwerb einer Unternehmensbeteiligung genehmigungsbedürftig ist, würde wiederum der unentgeltliche Erwerb des Minderjährigen der familiengerichtlichen Kontrolle entzogen. Zum Teil⁴⁰² wird daher eine Anwendbarkeit des § 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB mit der funktionalen Vergleichbarkeit des Beitritts des Minderjährigen durch den Aufnahmevertrag mit

³⁹⁸ *Brox*, Festschrift für Bosch, 1976, S. 84.

³⁹⁹ *Hueck*, § 27 II 2.

⁴⁰⁰ BGHZ 13, 179, 185; kritisch auch *Nagel*, S. 25 ff.

⁴⁰¹ BGHZ 13, 179 ff.; *Wiedemann*, S. 68.

⁴⁰² OLG Frankfurt, DNotZ 2009, 142 = FamRZ 2009, 608 = NJW-RR 2008, 1568 = Rpfleger 2008, 646; so im Ergebnis auch BayObLG, FamRZ 1990, 208 = Rpfleger 1989, 455; *Staub/Ulmer* (4. Aufl.), § 105 Rn. 85; *Erman/Holzhauer*, § 1822 Rn. 14; *Hueck*, GesR, § 10 III 2; *Klüsener*, Rpfleger 1990, 321, 326; *Nagel*, S. 78.

den Altgesellschaftern und dem Anteilserwerb durch einen Abtretungsvertrag mit dem ausscheidenden Gesellschafter unter Zustimmung der übrigen Mitgesellschafter angenommen. Es wäre danach konstruiert und zufallsbedingt, wollte man zwischen dem originären und derivativen Erwerb differenzieren. Die h. M.⁴⁰³ geht . aus Gründen des verfassungsrechtlich gebotenen Minderjährigenschutzes . zu Recht von einer analogen Anwendung des § 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB aus, da die Übertragung der Mitgliedschaft für den Minderjährigen die gleichen rechtlichen und wirtschaftlichen Auswirkungen hat wie der Beitritt als zusätzlicher Gesellschafter im Wege des Aufnahmevertrages, dessen Genehmigungsbedürftigkeit auch im Fall der Unentgeltlichkeit aus § 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB folgt. Durch den Gesellschaftsanteil wird ein Bündel von Rechten und Pflichten für den Minderjährigen begründet.⁴⁰⁴ Wegen der mit der Gesellschafterstellung verbundenen Risiken des Erwerbsgeschäfts ist der Minderjährige ebenso schutzwürdig wie bei seinem Eintritt in die Gesellschaft.⁴⁰⁵ Solange die Problematik durch den BGH nicht höchstrichterlich geklärt ist, sollte in der Praxis auf eine familiengerichtliche Genehmigung hingewirkt werden.⁴⁰⁶ Die Genehmigung wird in der Praxis bei der Schenkung eines voll eingezahlten Kommanditanteils regelmäßig unproblematisch erteilt.⁴⁰⁷

Zu erörtern ist zudem, ob ein Genehmigungserfordernis nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 5 BGB in Betracht kommt. Die Frage ist, ob der Minderjährige durch den Erwerb der Mitgliedschaft, also einem Vertrag, zu wiederkehrenden Leistungen verpflichtet

⁴⁰³ OLG Frankfurt, DNotZ 2009, 142 = FamRZ 2009, 608 = NJW-RR 2008, 1568 = Rpfleger 2008, 646; OLG München, DNotZ 2009, 230 = FamRZ 2009, 623 = NJW-RR 2009, 152 = Rpfleger 2009, 84 (nur im Grundsatz, nicht aber bei vermögensverwaltender Familienkommanditgesellschaft); OLG Bremen, FamRZ 2009, 621 = GmbHR 2008, 1263 m. Anm. *Werner* = RNotZ 2008, 625 (nicht bei vermögensverwaltender Familienkommanditgesellschaft); OLG Hamm, OLGZ 1974, 158, 161 = DNotZ 1974, 455 = Rpfleger 1974, 152; Staub/*Ulmer* (4. Aufl.), § 105 Rn. 85; AnwK-BGB/*Fritsche*, § 1822 Rn. 19; MüHdb. GesellschaftsR Bd. 2/*Piebler/Schulte*, § 35 Rn. 13; *Ivo*, ZEV 2005, 193, 196; *Stöber*, Rpfleger 1968, 2, 4; *Wiedemann*, S. 246; *Winkler*, ZGR 1973, 177, 186; *Reimann*, DNotZ 1999, 179, 190; a. A. MüKo-BGB/*Wagenitz*, § 1822 Rn. 16; *Soergel/Zimmermann*, 1822 Rn. 16; *Damrau*, ZEV 2000, 209, 210; KG Berlin, NJW 1962, 54; *Menzel/Wolf*, MittBayNot 2010, 186, 188. Für Palandt/*Diederichsen*, § 1822 Rn. 9 und *Weinbrenner*, FPR 2009, 268 hängt Genehmigungspflicht von konkreter Analyse der sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergebenden Pflichten ab.

⁴⁰⁴ OLG Frankfurt, DNotZ 2009, 142 = FamRZ 2009, 608 = NJW-RR 2008, 1568 = Rpfleger 2008, 646.

⁴⁰⁵ MüHdb. GesellschaftsR Bd. 1/*Piebler/Schulte*, § 10 Rn. 119.

⁴⁰⁶ Ebenso *Menzel/Wolf*, MittBayNot 2010, 186, 190.

⁴⁰⁷ OLG Bremen, NJW-RR 1999, 876 = MittRhNotK 1999, 284 = NZG 1999, 588; v. *Oertzen/Hermann*, ZEV 2003, 400, 401.

wird. Da die Gesellschaftspflichten aber nicht im Verhältnis der Gegenleistung zu Zuwendung der Mitgliedschaft stehen, ist §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 5 BGB hier nicht anwendbar.⁴⁰⁸

Zu denken ist auch an eine Genehmigungsbedürftigkeit nach § 1822 Nr. 7 BGB. Zur Eingehung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses für längere Zeit als ein Jahr bedarf es der Genehmigung. Dieses Erfordernis trafe allerdings Eltern als gesetzliche Vertreter des Minderjährigen nicht (§ 1643 Abs. 1 BGB), wohl aber Pfleger und Betreuer. Man ist sich indes einig,⁴⁰⁹ dass Verpflichtungen aufgrund Gesellschaftsvertrages auch dann nicht unter § 1822 Nr. 7 BGB fallen, wenn der Minderjährige zu persönlichen Leistungen für längere Zeit als ein Jahr verpflichtet werden soll. Gesellschafterpflichten sind keine Dienstleistungspflichten.

Da der erwerbende Minderjährige akzessorisch für die vor seinem Anteilswerb begründeten Verbindlichkeiten der GbR⁴¹⁰ bzw. OHG haftet (vgl. Abschn. C II 3 b aa aaa . Seite 70), ergibt sich auch aus §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 10 BGB (Übernahme einer fremden Verbindlichkeit) das Erfordernis der familiengerichtlichen Genehmigung für den Anteilswerb des Minderjährigen.⁴¹¹ Hinsichtlich der KG wird auf die Ausführungen in Abschn. C II 3 b aa aaa - Seite 70 - verwiesen. Nach Auffassung des BGH⁴¹² gilt § 176 Abs. 2 HGB auch bei der Abtretung eines Kommanditanteils. Um diese Haftung für den eintretenden Minderjährigen zu vermeiden, empfiehlt es sich, die Wirksamkeit der Abtretung des Kommanditanteils vom Vollzug der Eintragung des Minderjährigen in das Handelsregister abhängig zu machen.⁴¹³

⁴⁰⁸ Nach Staudinger/Engler (2004), § 1822 Rn. 81 will § 1822 Nr. 5 BGB nur Gegenseitigkeitsverträge erfassen.

⁴⁰⁹ Staudinger/Engler (2004), § 1822 Rn. 102.

⁴¹⁰ BGHZ 154, 370 = DNotZ 2003, 764 = NJW 2003, 1803 = Rpfleger 2003, 442 = WM 2003, 977.

⁴¹¹ BGHZ 107, 24 = DNotZ 1990, 303 = FamRZ 1989, 605 = NJW 1989, 1926 = Rpfleger 1989, 281.

⁴¹² BGHZ 82, 209, 212 = DNotZ 1984, 582 = NJW 1982, 883 = WM 1982, 126; BGH, BB 1983, 1118 = NJW 1983, 2258 = WM 1983, 651.

⁴¹³ BGH, BB 1983, 1118 = NJW 1983, 2258 = WM 1983, 651; OLG Bremen, FamRZ 2009, 621 = GmbHR 2008, 1263 m. Anm. Werner = RNotZ 2008, 625; OLG Zweibrücken, FamRZ 2001, 181 = NJW-RR 2001, 145 = DStR 2000, 1663 m. Anm. Hergeth. Ablehnend K. Schmidt, NJW 1983, 2260. Zur Problematik auch Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Strohn, § 176 Rn. 27; MüKo-HGB/K. Schmidt, § 176 Rn. 22; Baumbach/Hopt, § 176 Rn. 9, 11; MüHdb. GesellschaftsR Bd. 2/Piehler/Schulte, § 35 Rn. 46.

bbb. Kapitalgesellschaften

aaaa. GmbH

Da der entgeltliche Erwerb eines GmbH-Geschäftsanteils nicht gleichbedeutend mit dem entgeltlichen Erwerb eines Erwerbsgeschäfts ist, greift das Genehmigungserfordernis nach dem Wortlaut des § 1822 Nr. 3 1. Alt. BGB nicht. Die Meinungen im Schrifttum zur Anwendbarkeit der 1. Alternative beim Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen durch einen Minderjährigen sind unter wirtschaftlicher Betrachtungsweise geteilt. Nach einer Ansicht fällt der Erwerb von Beteiligungen an einer GmbH, die ein Erwerbsgeschäft betreibt, nicht unter §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 1. Alt. BGB, da das Erwerbsgeschäft von der juristischen Person betrieben wird und nicht dem einzelnen Gesellschafter zuzuordnen ist.⁴¹⁴ Nach anderer Ansicht⁴¹⁵ soll der entgeltliche Erwerb eines Geschäftsanteils an einer GmbH aber nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 1. Alt. BGB als Erwerb eines Erwerbsgeschäfts genehmigungspflichtig sein, wenn die entgeltliche Übertragung des Anteils dem Erwerb des von der GmbH betriebenen Erwerbsgeschäfts bei wirtschaftlicher Betrachtung entspricht, der Minderjährige durch den Anteilserwerb einen beherrschenden Einfluss in der Gesellschaft gewinnt.⁴¹⁶ Dafür sollen die Umstände des Einzelfalls maßgeblich sein, namentlich die Größe des Anteils, Art und Ausgestaltung der Gesellschaft und die Einflussmöglichkeiten des Gesellschafters (z. B. Stimmrecht). Der Erwerb sämtlicher Gesellschaftsanteile an einer GmbH ist demnach stets dem Genehmigungsvorbehalt unterworfen.⁴¹⁷ Auch der Erwerb eines erheblichen Geschäftsanteils an einer GmbH stehe dem Erwerb eines Erwerbsgeschäfts gleich, wenn die Beteiligung des Minderjährigen nach den konkreten Umständen, insbesondere nach Struktur und Art der GmbH und dem Grad der Mündelbeteiligung, sich wirtschaftlich nicht mehr als reine Kapitalbeteiligung an der GmbH, sondern darüber hinausgehend als Beteiligung an dem von der GmbH betriebenen Erwerbsgeschäft darstellt. Gleiches soll gelten, wenn die erworbene Beteiligung so groß ist, dass der Erwerber schon unternehmerisch tätig ist.⁴¹⁸ Entschei-

⁴¹⁴ MüKo-BGB/Wagenitz, § 1822 Rn. 17.

⁴¹⁵ BGHZ 107, 24 = DNotZ 1990, 303 = FamRZ 1989, 605 = NJW 1989, 1926 = Rpfleger 1989, 281.

⁴¹⁶ Ausführlich Oelers, MittRhNotK 1992, 69, 73; Klüsener, Rpfleger 1993, 136, 137.

⁴¹⁷ Brüggemann, FamRZ 1990, 124, 126; Staudinger/Engler (2004), § 1822 Rn. 41.

⁴¹⁸ KG Berlin, NJW 1976, 1946; OLG Hamm, OLGZ 1984, 327 = FamRZ 1984, 1036 = GmbHR 1985, 121 = Rpfleger 1985, 62 m. Anm. Damrau, OLG München, FamRZ 2003, 392; Staudinger/Engler (2004), § 1822 Rn. 49; Soergel/Zimmermann, § 1822 Rn. 17; jurisPK-BGB/Lafontaine, § 1822 Rn. 71.

dend sei insbesondere die Höhe der Beteiligung, ggf. auch, ob eine Vielzahl weiterer Mitgesellschafter vorhanden ist.⁴¹⁹ Das Abstellen auf das Maß der Einflussnahmemöglichkeit des Minderjährigen im konkreten Einzelfall impliziert allerdings eine erhebliche wertungsmäßige Unsicherheit,⁴²⁰ die der Rechtssicherheit nicht förderlich ist.⁴²¹ Außerdem wird der Zweck des § 1822 Nr. 3 1. Alt. BGB verkannt, durch den das Familiengericht nicht die unternehmerische Tätigkeit des gesetzlichen Vertreters beaufsichtigt, sondern lediglich den Zuordnungswechsel eines Erwerbsgeschäfts überprüft.⁴²² Aus diesen Erwägungen heraus wird teilweise im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit die Anwendung des § 1822 Nr. 3 1. Alt. BGB beschränkt auf die Fälle, bei denen der Minderjährige alle Anteile erwirbt oder er zu seinem vorhandenen Geschäftsanteil die restlichen Anteile hinzu erwirbt.⁴²³ Alle Anteile zusammen verkörpern dann das Erwerbsgeschäft i. S. von § 1822 Nr. 3 1. Alt. BGB. Der BGH⁴²⁴ hat bisher lediglich den Fall des unentgeltlichen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen als genehmigungsfrei entschieden; seine Rechtsprechung deutet beim entgeltlichen Erwerb wohl in die gleiche Richtung. In dem besonderen Fall der gleichzeitigen Veräußerung aller nur von Minderjährigen gehaltenen GmbH-Geschäftsanteilen hat er⁴²⁵ sich für das Genehmigungserfordernis nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 1. Alt. BGB ausgesprochen. Für den Erwerb einer Beteiligungsquote unter 100 % durch einen Minderjährigen existiert keine höchstrichterliche Rechtsprechung. Es sollte bei einem entgeltlichen Erwerb eines Geschäftsanteils im Interesse der Rechtssicherheit eine differenzierte, auf die Umstände des Einzelfalls abstellende Beurteilung eines Geschäftsanteils nicht vorgenommen werden.

⁴¹⁹ Gutachten DNotI-Report 2007, 12.

⁴²⁰ *Pluskat*, FamRZ 2004, 677, 681. Dazu *Gernhuber/Coester-Waltjen*, § 60 VI 6.

⁴²¹ Um etwaige Zweifel auszuräumen, könnte es sich anbieten, insoweit beim Familiengericht ein Negativattest zu beantragen, so OLG München, OLGR München 2002, 477 = FamRZ 2003, 392. Ein Negativattest kann aber grundsätzlich einer Genehmigung nicht gleichgestellt werden, wenn der gesetzliche Genehmigungsvorbehalt lediglich dem Schutz privater Interessen dient, dazu BGH, DNotZ 2010, 289 = NJW 2010, 144 = NotBZ 2010, 339 = WM 2009, 2073. Ein Negativattest des Familiengerichts bindet das Grundbuchamt im Grundbuchberichtigungsverfahren nicht und kann einer Genehmigung nicht gleichgesetzt werden, BGHZ 44, 325 = NJW 1966, 652 = Rpfleger 1966, 79 = WM 1966, 284; OLG Zweibrücken FamRZ 2000, 117 = NJW-RR 1999, 1174 = NZG 1999, 717.

⁴²² OLG Hamm, FGPrax 2011, 61 = MittBayNot 2011, 242 = Rpfleger 2011, 270; *Winkler*, ZGR 1990, 131, 134.

⁴²³ *Staudinger/Engler* (2004), § 1822 Rn. 41; *Gerken*, Rpfleger 1989, 271; *Müller-Engelmann*, RpfStud. 1992, 49, 54.

⁴²⁴ BGHZ 107, 24, 26 = DNotZ 1990, 303 = FamRZ 1989, 605 = NJW 1989, 1926 = Rpfleger 1989, 281.

⁴²⁵ DNotZ 004, 152 = ZEV 2003, 375 m. Anm. *Damrau*.

Fraglich ist, ob beim Erwerb eines GmbH-Geschäftsanteils das Genehmigungserfordernis der §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB greift. Zum Teil⁴²⁶ wird im Gleichklang mit dem Genehmigungserfordernis nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 1. Alt. BGB auf den Umfang der Kapitalbeteiligung bzw. der Stimmrechte abgestellt. Zum Teil⁴²⁷ wird aber auch vertreten, dass der Erwerb eines Geschäftsanteils bei wirtschaftlicher Betrachtung nicht mit dem Abschluss eines Gesellschaftsvertrages gleichzusetzen ist. Begründet wird dies mit der Haftungssituation in der Vor-GmbH gegenüber der Haftungslage beim Anteilserwerb.⁴²⁸ Bereits wegen des entgegenstehenden Wortlauts und dem Gesetzeszweck sollte § 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB nicht angewandt werden.

Hinsichtlich des Genehmigungstatbestandes §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 10 BGB wird auf die Ausführungen beim Beitritt verwiesen (vgl. Abschn. C II 3 b aa bbb . Seite 72 ff.). Die bloß theoretische Möglichkeit künftiger unzulässiger Rückzahlungen i. S. von §§ 24, 31 Abs. 1 und 3 GmbHG ist zur Auslösung der Genehmigungspflicht zu ungewiss.⁴²⁹ § 1822 Nr. 10 BGB greift allerdings dann, wenn bei den Mitgesellschaftern noch Einlagen, auch Verbindlichkeiten aus Differenzhaftung oder Vorbelastungshaftung rückständig sind oder Rückzahlungspflichten nach § 31 GmbHG tatsächlich bestehen.

bbbb. Aktiengesellschaft

Der Genehmigung nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 BGB bedarf der Erwerb von Aktien dann, wenn er wirtschaftlich dem Erwerb des von der AG betriebenen Erwerbsgeschäfts gleichkommt, was jedenfalls dann anzunehmen ist, wenn der Minderjährige sämtliche Aktien erwirbt.⁴³⁰ Insoweit sind die gleichen Erwägungen maßgebend, die auch den Erwerb aller Geschäftsanteile einer GmbH als genehmigungs-

⁴²⁶ Erman/*Holzauer*, § 1822 Nr. 16, 19.

⁴²⁷ Hachenburg/*Zutt*, § 15 Rn. 129; Michalski/*Hermanns*, § 55 Rn. 78; *Winkler*, ZGR 1990, 131, 134 ff.

⁴²⁸ Vgl. *Winkler*, ZGR 1990, 131, 135

⁴²⁹ Ebenso: BGHZ 107, 23, 28 = DNotZ 1990, 303 = FamRZ 1989, 605 = NJW 1989, 1926 = Rpfleger 1989, 281; Michalski/*Hermanns*, § 55 Rn 78; Hachenburg/*Zutt*, § 15 Rn. 131; *Winkler*, ZGR 1990, 131, 137; *Gustavus*, GmbHR 1982, 10,16.

⁴³⁰ RGZ 150, 397; Staudinger/*Engler* (2004), § 1822 Rn. 45; MüKo-BGB/*Wagenitz*, § 1822 Rn. 17; *Müller-Engelmann*, RpfStud. 1992, 49, 56.

bedürftig erscheinen lassen (vgl. Abschn. C III 4 b aa bbb aaaa . Seite 97 bis 99). Der Erwerb einer Sperrminorität oder einer Aktienmehrheit genügt nicht.⁴³¹ Der Erwerb einzelner Aktien unterliegt dagegen nicht der familiengerichtlichen Genehmigung gem. §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 BGB.⁴³² Wie beim Beitritt (vgl. Abschn. C II 3 b aa bbb . Seite 72) ist auch hier § 1822 Nr. 10 BGB nicht einschlägig. Der entgeltliche Erwerb einzelner Aktien wird aber häufig als Kapitalanlage bezweckt sein; eine solche Vermögensverwaltung der Eltern (§ 1642 BGB) kann dann aber mit dem Haftungsrisiko (§ 1664 BGB) und dem Risiko familiengerichtlicher Maßnahmen (§§ 1666, 1667 BGB) behaftet sein.⁴³³

bb. Genehmigungsfähigkeit des Anteilserwerbs

Beurteilungsmaßstab für das Familiengericht ist das Wohl und Interesse des Minderjährigen. Es entspricht nicht dem Sinn und Zweck der gerichtlichen Genehmigung, von dem Minderjährigen jedes mit der Beteiligung an einem Erwerbsgeschäft verbundene Geschäftsrisiko fernzuhalten,⁴³⁴ es kommt auf das Gesamtbild der mit der Mitgliedschaft verbundenen Vor- und Nachteile an (vgl. Abschn. B III 4 c . Seite 43 ff.; Abschn. C II 3 b bb . Seite 74 ff.).⁴³⁵ Lassen sich die Risiken aus der Gesellschaftstellung des Minderjährigen auch nicht annähernd abschätzen, so ist die familiengerichtliche Genehmigung zu versagen.⁴³⁶

5. Folgen einer fehlerhaften Anteilsübertragung

Die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft finden auch bei der Anteilsübertragung entsprechende Anwendung.⁴³⁷ Beim Minderjährigenschutz tendiert die Rechtsprechung bei fehlender familiengerichtlicher Genehmigung dahin, dass die Beteiligung des Minderjährigen nicht wirksam ist, während die Gesellschaft selbst

⁴³¹ MüKo-BGB/Wagenitz, § 1822 Rn. 17.

⁴³² BGHZ 107, 24, 26 = DNotZ 1990, 303 = NJW 1989, 1926 = Rpfleger 1989, 281 = FamRZ 1989, 605; Soergel/Zimmermann, § 1822 Rn. 17.

⁴³³ MüKo-BGB/Huber, § 1642 Rn. 8; Staudinger/Engler (2009), § 1642 Rn. 14 ff.

⁴³⁴ OLG Hamm, BB 1983, 791 = DNotZ 1983, 365; BayObLG, DNotZ 1977, 418 = Rpfleger 1977, 60; BayObLG, DB 1979, 2314 = FamRZ 1980, 401 = Rpfleger 1979, 455 = MittBayNot 1979, 239.

⁴³⁵ Staub/Ulmer (4. Aufl.), § 105 Rn. 86.

⁴³⁶ OLG Hamm, FamRZ 2001, 53.

⁴³⁷ BGH, DNotZ 1988, 624 = NJW 1988, 1324 = WM 1988, 418; BGH, DNotZ 1988, 620 = NJW 1988, 1321 = WM 1988, 414.

einschließlich der sich für die anderen Gesellschafter ergebenden Haftungsfolgen wirksam bleibt (vgl. Abschn. B IV . Seite 48 bis 50; Abschn. C II 4 . Seite 75).⁴³⁸

⁴³⁸ BGH, BB 1983, 461 = FamRZ 1983, 254 = NJW 1983, 748 = WM 1983, 305 = JuS 1983, 468 (bearb. von *K. Schmidt*); *K. Schmidt* (MüKo-HGB, § 105 Rn. 239, 248) stellt Überlegungen an, wie dem Minderjährigenschutz Rechnung getragen werden kann, ohne dass der fehlerhaften Personengesellschaft als solcher die Anerkennung versagt wird.

D. Umwandlung einer Gesellschafterbeteiligung

Eine Umwandlung der Gesellschafterstellung kommt in zwei Grundvarianten vor: zum einen unter Lebenden (vgl. Abschn. C . Seite 51 bis 101 und Abschn. D . Seite 102 bis 151) und zum anderen im Todesfall des Gesellschafters (vgl. Abschn. E . Seite 152 bis 230228). Erfolgt die Umwandlung unter Lebenden dergestalt, dass mit ihr ein Gesellschafterwechsel einhergeht, spricht man von einer sAbtretungsumwandlung⁴³⁹ (vgl. Abschn. C III . Seite 77 bis 1). In Abschn. D - Seite 102 bis 151 soll der Grundfall der rechtsgeschäftlich personenidentischen Umwandlung,⁴⁴⁰ also eine Umwandlung der Gesellschafterstellung unter Lebenden ohne einen Gesellschafterwechsel, untersucht werden. Es wird eingegangen auf den Wechsel von Komplementär- in Kommanditbeteiligung und umgekehrt, die Umwandlungsvorgänge nach dem Umwandlungsgesetz und die Umwandlung der Stillen Beteiligung.

I. Wechsel von Komplementär- in Kommanditbeteiligung

1. Umwandlungsgeschäft

Eine personenidentische Umwandlung liegt vor, wenn ein bisheriger OHG-Gesellschafter oder ein Komplementär in einer KG mit einer Vermögenseinlage in die Stellung eines Kommanditisten einrückt. Nach nunmehr vorherrschender Meinung in Rechtsprechung⁴⁴¹ und Literatur⁴⁴² scheidet der Minderjährige materiell-rechtlich aber nicht aus der Gesellschaft aus⁴⁴³ und tritt auch nicht anschließend wieder als Gesellschafter in die Gesellschaft ein, sondern wandelt seine ursprüngliche Mitgliedschaft und Haftung für die Gesellschaftsschulden lediglich um. Es tritt weder ein Wechsel in den Personen der Gesellschafter ein, noch ist die Mitgliedschaft unterbrochen (Kontinuität der Mitgliedschaft).⁴⁴⁴

⁴³⁹ Saßenrath, S. 22 und 60.

⁴⁴⁰ Saßenrath, S. 22 und 30.

⁴⁴¹ BGHZ 66, 98 = BB 1976, 436 = NJW 1976, 848 = WM 1976, 348; BayObLGZ 1970, 133 = DB 1970, 1377 = DNotZ 1971, 107 = NJW 1970, 1796.

⁴⁴² Baumbach/Hopt, § 161 Rn. 6; MüKo-HGB/K. Schmidt, § 176 Rn. 21.

⁴⁴³ Schlegelberger/K. Schmidt, § 143 Rn. 9

⁴⁴⁴ OLG Düsseldorf, DB 1976, 1759; BayObLGZ 1970, 133 = DB 1970, 1377 = DNotZ 1971, 107 = NJW 1970, 1796.

Die personenidentische Umwandlung erfolgt durch rechtsgeschäftliche nachträgliche Änderung des Gesellschaftsvertrages. Zur Wirksamkeit der Vertragsänderung ist die - ausdrücklich oder konkludent zu erklärende - Zustimmung aller Gesellschafter notwendig.⁴⁴⁵ Die Änderung des Vertrags unterliegt grundsätzlich den allgemeinen Regeln der §§ 104 ff., 116 ff. BGB.

Im Regelfall wird die Zustimmung durch einen Beschluss aller Gesellschafter herbeigeführt.⁴⁴⁶ Da sich die Umwandlung als Eingriff in die Mitgliedschaftsrechte des Komplementärs und damit in den Kernbereich seiner Gesellschafterstellung darstellt, ist eine Umwandlung nur mit Zustimmung des betroffenen Komplementärs möglich.⁴⁴⁷ An dieser Beurteilung ändert sich auch nichts, wenn der Gesellschaftsvertrag eine Bestimmung enthält, wonach die in Angelegenheiten der Gesellschafter zu fassenden Beschlüsse allgemein mit einfacher Stimmenmehrheit gefasst werden. Denn eine solche Vertragsbestimmung kann nicht auf solche Beschlüsse angewandt werden, die eine Änderung des Gesellschaftsvertrags zum Gegenstand haben. Eine solche weitgehende Einschränkung des Einstimmigkeitsprinzips⁴⁴⁸ könnte allerdings im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich festgelegt werden (Bestimmtheitsgrundsatz und Kernbereichslehre).⁴⁴⁹ Bei der Publikums-KG bestehen Ausnahmen.⁴⁵⁰ Angesichts der einschränkenden Rechtsprechung⁴⁵¹ zur Ausschließung eines Gesellschafters ohne sachlichen Grund kann eine solche Klausel im Gesellschaftsvertrag nur bejaht werden, wenn die Tatbestände fest (enumerativ) umrissen sind, z. B. Nachfolge wegen Alter oder Krankheit,⁴⁵² Nichterreichen einer beruflichen Qualifikation. Stets ist dabei der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten.⁴⁵³ Die Umwandlung per

⁴⁴⁵ BGHZ 66, 82 = WM 1976, 472.

⁴⁴⁶ BGH, BB 1961, 304 = NJW 1961, 724 = WM 1961, 301.

⁴⁴⁷ MüHdb. GesellschaftsR Bd. 2/*Piebler/Schulte*, § 35 Rn. 62; *Löffler*, NJW 1989, 2656.

⁴⁴⁸ BGH, DNotZ 1988, 49 = NJW 1988, 411 = WM 1987, 1102; BGH, DB 1985, 2037 = MDR 1986, 474 = NJW 1985, 2830 = WM 1985, 1227; MüHdb. GesellschaftsR Bd. 2/*Gummert/Jaletzke*, § 66 Rn. 19.

⁴⁴⁹ BGHZ 170, 283 = DNotZ 2007, 629 = NJW 2007, 1685 = WM 2007, 501; BGH, DNotZ 1995, 214 = NJW 1995, 194 = WM 1994, 2244; BGHZ 85, 350 = BB 1983, 722 = MDR 1983, 376 = NJW 1983, 1056 = WM 1983, 208; BGH, BB 1961, 304 = NJW 1961, 724 = WM 1961, 301.

⁴⁵⁰ BGH, DB 1985, 907 = NJW 1985, 972 = WM 1985, 256. Dazu MüHdb. GesellschaftsR Bd. 2/*Gummert/Jaletzke*, § 65 Rn. 28.

⁴⁵¹ BGH, BB 1973, 44 = NJW 1973, 651 = WM 1973, 326; MüHdb. GesellschaftsR Bd. 2/*Piebler/Schulte*, § 35 Rn. 62.

⁴⁵² BGH, DNotZ 2005, 309 = NJW-RR 2005, 263 = WM 2005, 39.

⁴⁵³ BGH, DNotZ 1995, 214 = NJW 1995, 194 = WM 1994, 2244; *Löffler*, NJW 1989, 2656.

Mehrheitsbeschluss der Gesellschafter gegen den Widerspruch des betroffenen Gesellschafters darf demnach nur dann erfolgen, wenn kein milderes Mittel gewählt werden kann, um die Interessen der OHG/KG zu wahren. Es ist eine Abwägung zwischen den Interessen der Gesellschaft und den Interessen des betroffenen minderjährigen Komplementärs vorzunehmen.

Die Vertragsänderung muss insbesondere die neue Rechtsstellung und die damit verbundenen Rechte und Pflichten des Minderjährigen festlegen. Bei der Umwandlung der Gesellschafterstellung ist eine Bestimmung der Pflichteinlage und der im Handelsregister nunmehr für den minderjährigen Kommanditisten einzutragenden Haftsumme vorzunehmen. Die Haftsumme bestimmt über die in das Handelsregister einzutragende summenmäßige Begrenzung der Kommanditistenhaftung.⁴⁵⁴ Anteile an einer OHG und KG ergeben sich aus dem Kapitalanteil, den der Gesellschafter aufgrund seiner Kapitaleinlagen, die ihren Niederschlag auf den Kapitalkonten finden, als Ausfluss seiner mitgliedschaftlichen Stellung erworben hat. Die Einlage des Minderjährigen kann durch Umbuchung seiner Kapitalkonten erbracht werden.⁴⁵⁵ Sofern der Wert der Einlage den Betrag der Haftsumme deckt, gilt dies als befreiende Einlageleistung i. S. von § 171 Abs. 1 Hs. 2 HGB. Zwar wird der KG dadurch kein neues Kapital zugeführt, die Rechtfertigung für die Haftungsbefreiung ergibt sich aber daraus, dass bisher ungebundenes und somit nicht den Gläubigern der KG zur Befriedigung ihrer Forderung zustehendes Kapital in ein solchermaßen gebundenes Kapital der KG umgewandelt wird.⁴⁵⁶ Wegen der Aufgabe der bisherigen Gesellschafterstellung können auch Abreden über Auseinandersetzungs- oder Abfindungsansprüche getroffen werden.

Beschränkt ein OHG-Gesellschafter durch Gesellschaftsvertragsänderung seine Haftung, wandelt sich die OHG automatisch (*ex lege*) in eine KG um. Die Identität der Gesellschaft bleibt hierbei zivilrechtlich gewahrt. Ein besonderer Beschluss der Gesellschafter über die Änderung der Rechtsform ist nicht erforderlich; vielmehr ändert sich die Rechtsform automatisch ohne Rücksicht auf den Willen der Beteiligten. We-

⁴⁵⁴ MüKo-HGB/K. Schmidt, § 171 Rn. 5.

⁴⁵⁵ MüHdb. GesellschaftsR Bd. 2/Piebler/Schulte, § 35 Rn. 65.

der eine Einzelübertragung von Vermögensgegenständen noch eine Gesamtrechtsnachfolge ist erforderlich; die Gesellschaft bleibt Trägerin ihrer Aktiven und Passiven.

2. Form des Umwandelungsgeschäfts

Während eine Änderung der Satzung bei Kapitalgesellschaften nur unter Wahrung strenger Förmlichkeiten wirksam durchgeführt werden kann (durch qualifizierten Mehrheitsbeschluss, der erst mit der Eintragung in das Handelsregister wirksam wird, §§ 53, 54 Abs. 3 GmbHG, §§ 179, 181 Abs. 3 AktG), ist die Änderung des Gesellschaftsvertrags bei Personengesellschaften nach gesetzlicher Regel - wie der Gründungsvertrag - formlos zulässig. Etwas anderes kann sich aber aus dem Inhalt des Gesellschaftsvertrags ergeben, worin oftmals festgelegt ist, dass für Änderungen des Gesellschaftsvertrags diejenige Form einzuhalten ist, in der der Vertrag abgeschlossen worden ist (gewillkürte Form). Nach der Rechtsprechung des BGH⁴⁵⁷ ist die Einhaltung der gewillkürten Form entgegen der Auslegungsregel des § 125 Satz 2 BGB in der Regel keine Gültigkeitsvoraussetzung für die Vertragsänderung, sondern hat lediglich Klarstellungsfunktion. Außerdem sieht die Rechtsprechung in einem ohne Einhaltung der vereinbarten Form gefassten Beschluss die konkludente Aufhebung des Formzwangs.⁴⁵⁸

Der rechtsgeschäftliche Wechsel der Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters in die eines Kommanditisten ist registerrechtlich als Ausscheiden dieses Gesellschafters (§ 143 Abs. 2 mit § 161 Abs. 2 HGB) und Eintritt eines Kommanditisten (§ 107 i. V. mit § 161 Abs. 2 und § 162 HGB) anzumelden und in das *Handelsregister* einzutragen.⁴⁵⁹ Dies insbesondere deshalb, weil die Umwandlung zu einer Änderung der Haftung sowie der Rechte und Pflichten des Minderjährigen und damit zu einer Änderung der rechtserheblichen Verhältnisse der KG führt. Der Eintragung kommt allerdings nur deklaratorische Wirkung zu. Anmelden müssen alle Gesell-

⁴⁵⁶ Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Strohn*, § 171 Rn. 45.

⁴⁵⁷ BGHZ 66, 378 = MDR 1976, 925 = WM 1976, 717; BGH, BB 1970, 320 = MDR 1970, 105 = WM 1970, 93; BGH, WM 1966, 1200; BGH, NJW 1962, 1208 = WM 1962, 1091.

⁴⁵⁸ BGHZ 71, 162 = DNotZ 1978, 541 = NJW 1978, 1585 = WM 1978, 909; BGH, BB 1966, 304 = MDR 1966, 401 = NJW 1966, 826.

⁴⁵⁹ BayObLGZ 1970, 133 = DB 1970, 1377 = DNotZ 1971, 107 = NJW 1970, 1796; *Keidel/Krafka/Wil-ler*, Rn. 764.

schafter, und zwar auch diejenigen, die nicht an der Veränderung unmittelbar beteiligt sind.

Bei einer KG ist Voraussetzung für einen Wechsel des Minderjährigen von der Komplementär- in die Kommanditistenstellung, dass zumindest noch ein weiterer Komplementär vorhanden ist oder ein weiterer Gesellschafter entweder als Komplementär in die Kommanditgesellschaft eintritt bzw. seine bisherige Stellung als Kommanditist in die eines Komplementärs umwandelt. Wird der Minderjährige als bisher einziger persönlich haftender Gesellschafter nunmehr Kommanditist, so hat dies die Auflösung der Gesellschaft zur Folge, sofern noch ein weiterer Kommanditist vorhanden ist; ohne dass es eines gesonderten Auflösungsbeschlusses bedarf, ist die Gesellschaft als Kommanditgesellschaft zu liquidieren.⁴⁶⁰ Der Fortfall des einzigen Komplementärs wandelt die Gesellschaft nach Ansicht von *K. Schmidt*⁴⁶¹ nur dann in eine OHG um, wenn dies gesellschaftsvertraglich geregelt ist oder wenn die Gesellschafter nicht unverzüglich einen neuen Komplementär aufnehmen oder die Liquidation nicht nachhaltig betreiben; bis dahin bleibt die KG ohne Komplementär aufgelöste KG. Übernimmt nunmehr ein anderer Kommanditist die Komplementärstellung oder tritt eine andere Person als persönlich haftender Gesellschafter in die KG ein, so muss zuerst der Eintritt des neuen Komplementärs angemeldet werden (§ 143 HGB) und danach der Wechsel in der Gesellschafterstellung, um eine Auflösung der Gesellschaft zu vermeiden.

Bei einer grundbesitzenden Personenhandelsgesellschaft wird der materielle Rechtsvorgang des Beteiligungswechsels im *Grundbuch* nicht offen gelegt, da die Gesellschaft als solche eingetragen ist. Der Wechsel der Gesellschafterstellung (z. B. nachträgliche Beschränkung der Haftung eines OHG-Gesellschafters auf einen Kommanditanteil) kann aber die Änderung der Rechtsform der Gesellschaft zur Folge haben. Diese formwechselnde Umwandlung lässt die dingliche Zuordnung der zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Grundstücke unberührt. In einem solchen Fall kann die Richtigstellung der Bezeichnung des Rechtsinhabers im Grundbuch beantragt

⁴⁶⁰ So Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Lorz, § 131 Rn. 29, 30.

werden.⁴⁶² Es handelt sich dann um keine Berichtigung des Grundbuchs i. S. von § 22 GBO, so dass die Nachweise nicht der Form des § 29 GBO bedürfen.

3. Vertretung des Minderjährigen

a. Handeln des gesetzlichen Vertreters

Der Minderjährige wird bei dem Umwandlungsvorgang von seinen Eltern vertreten. Sind die Eltern Mitgesellschafter, so sind diese bei gewöhnlichen Gesellschaftsbeschlüssen nicht kraft Gesetzes an der Vertretung ihres minderjährigen Kindes gehindert. Dies ist nach dem Schutzzweck des § 181 BGB nicht erforderlich; sDauer- oder Beobachtungspflegschaften% sind unzulässig.⁴⁶³ Allerdings berühren vertragsändernde Beschlüsse aller Gesellschafter das Grundverhältnis zwischen den Mitgliedern der Gesellschaft und haben damit eine ähnliche Qualität wie der Abschluss des Gesellschaftsvertrages selbst, auf den nach allgemeiner Ansicht die Vorschrift des § 181 BGB Anwendung findet. Soll die Änderung des Gesellschaftsvertrages vorgenommen werden, stehen sich die Gesellschafter typischerweise entsprechend § 181 BGB als Geschäftsgegner gegenüber, so dass die selbst beteiligten Eltern kraft Gesetzes von der Vertretung ihres minderjährigen Kindes ausgeschlossen sind, ohne Rücksicht auf das Bestehen eines konkreten Interessenkonfliktes.⁴⁶⁴ In einem solchen Fall bedarf es zur Änderung des Gesellschaftsvertrages der Bestellung eines Ergänzungspflegers für den minderjährigen Gesellschafter⁴⁶⁵ (§§ 181, 1629 Abs.2, § 1795 Abs. 2, § 1909 BGB).

Etwas anderes könnte sich nur dann ergeben, wenn das Rechtsgeschäft lediglich rechtlich vorteilhaft für den Minderjährigen wäre. Mit der Umwandlung wird der Minderjährige allerdings von der persönlichen Leitung des Unternehmens, also der Ge-

⁴⁶¹ MüKo-HGB/K. *Schmidt*, § 131 Rn. 46 m.w.N.; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Lorz, § 131 Rn. 29, 30.

⁴⁶² BayObLG, DNotZ 1984, 567 = NJW 1984, 497 = Rpfleger 1984, 13 = WM 1983, 1198; OLG Hamm, OLGZ 1984, 50 = DNotZ 1984, 769 = Rpfleger 1984, 95; *Meikel/Böttcher*, § 22 Rn. 86.

⁴⁶³ BGHZ 65, 93 = DNotZ 1976, 107 = NJW 1975, 49 = Rpfleger 1975, 427 = WM 1975, 1128; BayObLG, Beschl. v. 6.9.1985 . 1 Z 11/85 (unveröff.); *Baumbach/Hopt*, § 105 Rn. 27.

⁴⁶⁴ BGHZ 112, 342 = DB 1991, 158 = NJW 1991, 691 = Rpfleger 1991, 113 = WM 1991, 72; BGH, DNotZ 1977, 116 = NJW 1976, 1538 = WM 1976, 738; BGHZ 65, 93 = DNotZ 1976, 107 = NJW 1975, 49 = Rpfleger 1975, 427 = WM 1975, 1128; BGH, DNotZ 1961, 320 = NJW 1961, 724 = WM 1961, 301; *Baumbach/Hopt*, § 119 Rn. 22; *Klüsener*, Rpfleger 1990, 321, 327.

⁴⁶⁵ BGHZ 65, 93 = DNotZ 1976, 107 = NJW 1975, 49 = Rpfleger 1975, 427 = WM 1975, 1128.

schäftsführung und Vertretung, vollkommen ausgeschlossen (§ 164 Abs. 1, § 170 HGB). Er verliert zugleich das Recht, einer Handlung eines persönlich haftenden Gesellschafters allgemein zu widersprechen (§ 164 Abs. 1 HGB). Selbst die Rechte, die ein von der Geschäftsführung ausgeschlossener OHG-Gesellschafter nach § 118 HGB hat, stehen ihm weitgehend nicht zu (§ 166 Abs. 2 HGB); er verliert sein Entnahmerecht nach §§ 122, 169 Abs. 1 S. 1 HGB. Mithin bringt dem Minderjährigen die Beteiligungsumwandlung im Innenverhältnis der Gesellschafter wesentliche Beeinträchtigungen.

Ausnahmsweise ist auch das Selbstkontrahieren des gesetzlichen Vertreters gestattet, wenn der Tatbestand der Erfüllung einer Verbindlichkeit vorliegen würde (§ 181 Hs. 2 BGB).⁴⁶⁶ Dies könnte der Fall sein, wenn die Gesellschafter eine Treupflicht zur Zustimmung trifft.⁴⁶⁷ Das gilt beispielsweise für die Zustimmung zur Vorwegnahme einer Nachfolgeregelung, was vor allem im umgekehrten Fall des Wechsels von der Kommandit- in eine Komplementärbeteiligung der Fall ist.⁴⁶⁸

Wenn mehrere minderjährige Kinder beteiligt sind, ist die Bestellung je eines Pflegers für jedes Kind notwendig, da jedes Kind mit den anderen Kindern in einem Vertragsverhältnis steht.⁴⁶⁹ Bei der Kommanditgesellschaft macht es keinen Unterschied, ob die minderjährigen Kinder als Komplementäre oder als Kommanditisten den Änderungsvertrag abschließen.⁴⁷⁰ Dabei darf kein Ergänzungspfleger selbst Gesellschafter sein.⁴⁷¹

Bei der Registeranmeldung handeln die Eltern - nicht ein Ergänzungspfleger - aufgrund elterlicher Sorge für den minderjährigen Gesellschafter. Die registerrechtliche Anmeldung ist gegenüber dem Registergericht abzugeben, so dass ein Vertretungs-

⁴⁶⁶ BGH, DNotZ 1961, 320 = NJW 1961, 724 = WM 1961, 301 (zum einverständlichen Ausscheiden eines anderen Gesellschafters); MüHdb. GesellschaftsR Bd. 2/Happ/Möhrle, § 2 Rn. 143; Reimann, DNotZ 1999, 179, 198.

⁴⁶⁷ BGH, DNotZ 1961, 320 = NJW 1961, 724 = WM 1961, 301; BGH, BB 1960, 112 = NJW 1960, 434 = WM 1960, 105.

⁴⁶⁸ BGH, DNotZ 2005, 309 = NJW-RR 2005, 263 = WM 2005, 39.

⁴⁶⁹ BayObLGZ 1958, 373 = DNotZ 1959, 203; OLG Hamm, BB 1972, 592 = DNotZ 1972, 689 = MDR 1972, 783.

⁴⁷⁰ BayObLGZ 1958, 373 = DNotZ 1959, 203; KGJ 23, 89 = RJA 3, 20.

⁴⁷¹ MüHdb. GesellschaftsR Bd. 2/Happ/Möhrle, § 2 Rn. 143.

ausschluss nach § 1629 Abs. 2, § 1795 BGB nicht in Betracht kommt. Allerdings kann das Familiengericht dem Ergänzungspfleger ausdrücklich auch die Kompetenz zur Handelsregisteranmeldung verleihen;⁴⁷² der Pfleger als gerichtlich bestelltes Organ erhält insoweit dann die alleinige Vertretungsmacht (§ 1630 Abs. 1 BGB).

b. Familiengerichtliche Genehmigung

Das Genehmigungserfordernis nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 1. Alt. BGB scheidet aus, weil eine Gesellschafterstellung bereits in der Person des Minderjährigen vorhanden ist und hier lediglich eine Umwandlung seiner Beteiligung erfolgt.

Strittig ist, ob Änderungen des Gesellschaftsvertrags einer Personengesellschaft der erneuten familiengerichtlichen Genehmigung nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB (Gesellschaftsvertrag zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts) bedürfen. Der BGH hat sich in ständiger Rechtsprechung gegen die ausdehnende Anwendung des §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB und sich generell gegen eine Genehmigungsbedürftigkeit ausgesprochen.⁴⁷³ Zur Begründung hat der BGH⁴⁷⁴ darauf verwiesen, dass bereits nach dem Wortlaut nur solche Gesellschaftsverträge gemeint seien, durch die die Beteiligung des Minderjährigen an einem Erwerbsgeschäft beginne, was die Parallelvorschrift zum Einzelhandelsgeschäft, § 1822 BGB, zeige. Durch die Begründung eines Genehmigungszwanges würde in die Entschließungsfreiheit des gesetzlichen Vertreters außerordentlich weit eingegriffen und dem Familiengericht (damals Vormundschaftsgericht) in einem weiten Umfang die Entscheidung kaufmännischer Zweckmäßigkeitfragen bei der Führung des Gesellschaftsunternehmens aufgebürdet; aus Gründen der Rechtssicherheit sei der Kreis der genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäfte rein formal und nicht nach den Umständen des

⁴⁷² *Gaßner*, RpfIJB1986, 329, 341.

⁴⁷³ BGH, DNotZ 1992, 172 = NJW 1992, 300 = WM 1991, 1988; BGHZ 107, 23 = DNotZ 1990, 303 = FamRZ 1989, 605 = NJW 1989, 1926 = Rpfleger 1989, 281 = WM 1989, 606; BGHZ 92, 259 = MittBayNot 1984, 267 = NJW 1985, 136 = Rpfleger 1985, 68 = WM 1984, 1508; BGHZ 65, 93 = DNotZ 1976, 107 = NJW 1976, 49 = WM 1975, 1128; BGH, BB 1972, 1474 = WM 1972, 1368; BGHZ 55, 267 = WM 1971, 556; BGHZ 52, 316 = DNotZ 1970, 298 = NJW 1970, 33 = WM 1969, 1280; BGH, DB 1968, 932 = NJW 1968, 1471 = WM 1968, 649; BGHZ 38, 26 = NJW 1962, 2344 = WM 1962, 1260; BGH, BB 1961, 304 = DNotZ 1961, 320 = NJW 1961, 724 = WM 1961, 301; BGHZ 17, 160 = DNotZ 1955, 530 = NJW 1955, 1067 = WM 1955, 828; OLG Frankfurt, BB 1968, 764 m. zust. Anm. *Esch* (Erhöhung der Kommanditeinlage); LG Stuttgart, BWNotZ 2001, 91; Staub/*Ulmer* (4. Aufl.), § 105 Rn. 85; a. A. *Stöber*, Rpfleger 1968, 2.

Einzelfalls zu bestimmen. Für eine auf den Einzelfall abgestellte Beurteilung sei kein Raum, danach sei eine klare und formelle Abgrenzung geboten.

Das Schrifttum⁴⁷⁵ hat sich überwiegend der Ansicht der Rechtsprechung angeschlossen. Neben dem Wortlautargument wird die Ansicht des weiteren damit begründet, durch den Genehmigungszwang würde die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit in unzulässiger Weise beeinträchtigt, zumal im Wirtschaftsleben oft rasch gehandelt werden müsse, was bei der Zwischenschaltung eines familiengerichtlichen Genehmigungsverfahrens regelmäßig nicht möglich sei.

Allerdings liefert die generelle Genehmigungsfreiheit den Minderjährigen den Eingriffen Dritter in seine mitgliedschaftsrechtliche Stellung aus und führt letztlich dazu, dass der Schutzzweck der §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB durch Umgehung ausgehöhlt wird. Daher hält ein Teil des Schrifttums⁴⁷⁶ nach dem Normzweck die Anwendung des §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB auf Vertragsänderungen für unumgänglich, wenn sie einem partiellen Neueintritt gleichkommen.⁴⁷⁷ Dass dies die unternehmerische Beteiligung Minderjähriger in hohem Maße beeinträchtigt, müsse dann hingenommen werden.⁴⁷⁸ Es sollte nicht sein, dass die Sorgerechtsinhaber zunächst dem Familiengericht einen Vertrag zur Genehmigung vorlegen, der sich als äußerst positiv für den Minderjährigen darstellt. Nach der Genehmigung wäre es dann leicht möglich, durch Vertragsänderung den Minderjährigen wieder aus diesen günstigen Rechtspositionen zu verdrängen. Die familiengerichtliche Genehmigung sei keine Konzession für die Sorgerechtsinhaber, nunmehr nach Belieben mit der Gesellschafterstellung des Minderjährigen zu verfahren. Den Sorgerechtsinhabern könne nicht gestattet sein, durch Änderung des Gesellschaftsvertrages die erteilte

⁴⁷⁴ BGHZ 38, 26 = NJW 1962, 2344 = WM 1962, 1260.

⁴⁷⁵ Scholz/Winter/Seibt, § 15 Rn. 243; Staudinger/Engler (2004), § 1822 Rn. 68; MüKo-BGB/Wagenitz, § 1822 Rn. 65; Staub/Ulmer (4. Aufl.), § 105 Rn. 85; Winkler, ZGR 1973, 176, 198; Oelers, MittRh-NotK 1992, 69, 77; Reimann, DNotZ 1999, 179, 198.

⁴⁷⁶ So auch RGRK/Dickescheid, § 1822 Rn. 27; MüKo-BGB/Wagenitz, § 1822 Rn. 28; Zimmermann, Vor § 1821 Rn. 9, § 1822 Rn. 26, 43; PWW/Bauer, § 1822 Rn. 12; Erman/Holzhauer, § 1822 Rn. 15; Hilsmann, S. 257; Brüggemann, FamRZ 1990, 124, 127; Müller-Engelmann, RpfStud. 1992, 49, 52; Stöber, Rpfleger 1968, 1, 6; a. A. im Hinblick auf die Rechtssicherheit Staub/Ulmer (4. Aufl.), § 105 Rn. 85.

⁴⁷⁷ So MüKo-HGB/K. Schmidt, § 105 Rn. 159.

⁴⁷⁸ Klüsener, Rpfleger 1990, 321, 327.

Genehmigung zu modifizieren oder sogar zu korrigieren. Ändere sich das Binnenrecht der Gesellschaft substantiell durch den Willen der Gesellschafter, so sei der abgeänderte Gesellschaftsvertrag nicht mehr durch eine früher einmal erteilte familiengerichtliche Genehmigung gedeckt.⁴⁷⁹ Die Frage nach der Genehmigungsbedürftigkeit der Beteiligungsumwandlung nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB stellt sich bei dieser Ansicht allerdings dann nicht, wenn die Änderung schon im genehmigten Gesellschaftsvertrag inhaltlich genau festgelegt war und die Gesellschafter sich dazu verpflichtet hatten.⁴⁸⁰ Gleiches kann gelten, wenn die Änderung durch Mehrheitsbeschluss vorgenommen werden kann⁴⁸¹ (vgl. Abschn. D I 1 - Seite 103). Die Ansicht⁴⁸², die eine Genehmigungspflicht der Umwandlung der Stellung des Komplementärs in die eines Kommanditisten damit begründet, der Umwandlungsvorgang sei als eine teilweise Anteilsveräußerung anzusehen, ist schon deswegen abzulehnen⁴⁸³, da der Minderjährige nach neuerer Ansicht (vgl. Abschn. D I 1 . Seite 102) unverändert an der Gesellschaft als Gesamthänder beteiligt bleibt. Daran ändert auch nichts, dass registerrechtlich die Beteiligungsumwandlung als Ausscheiden des minderjährigen Komplementärs und Eintritt desselben als Kommanditist angemeldet und in das Handelsregister eingetragen werden muss (§ 161 Abs. 2, § 143 Abs. 2, § 107 HGB).⁴⁸⁴

Nach einer Mittelmeinung⁴⁸⁵ ist nur ein Vertrag, der wesentliche Änderungen vorsehe, genehmigungspflichtig. Eine praktikable Differenzierung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Änderungen wird sich aber nicht finden lassen.⁴⁸⁶ Sollen Einzelfallentscheidungen vermieden werden, sind die Vertragsänderungen entweder generell zu binden oder freizustellen.

⁴⁷⁹ A. A. *Rust*, DStR 2005, 1992; *Wertenbruch*, FamRZ 2003, 1714; *Werner*, GmbHR 2006, 737, 739: Die bereits für den Beitritt oder die Gründung der Gesellschaft erteilte Genehmigung deckt bereits die nachfolgenden Beschlüsse der Gesellschaft ab.

⁴⁸⁰ So RGRK/*Dickescheid*, § 1822 Rn. 27; *Soergel/Zimmermann*, § 1822 Rn. 26.

⁴⁸¹ RGRK/*Dickescheid*, § 1822 Rn. 27; *Soergel/Zimmermann*, § 1822 Rn. 26; *Knopp*, BB 1962, 939.

⁴⁸² *Stöber*, Rpfleger 1968, 2, 9.

⁴⁸³ Ebenso *Winkler*, ZGR 1973, 177, 200, 203.

⁴⁸⁴ MüKo-HGB/K. *Schmidt*, § 105 Rn. 159 und § 143 Rn. 9; *Böttcher/Ries*, Rn. 459; *Keidel/Krafka/Willer*, Rn. 764.

⁴⁸⁵ OLG Düsseldorf, DB 1951, 443.

⁴⁸⁶ Dazu BGHZ 38, 26 = NJW 1962, 2344 = WM 1962, 1260.

Eine generelle Genehmigungsbedürftigkeit ist allerdings schwer handhabbar. Zudem lässt die Ansicht, die eine generelle Genehmigungsbedürftigkeit befürwortet, außer acht, dass mit dem Gebot eines umfassenden Minderjährigenschutzes nicht jedes Rechtsgeschäft der Genehmigung durch das Familiengericht unterstellt werden kann. Die genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäfte sind in den §§ 1643 Abs. 1, 1821, 1822 BGB aufgeführt, ohne dass der Gesetzgeber damit alle unter Umständen wirtschaftlich riskanten Geschäfte gemeint hat und hat erfassen wollen. Insbesondere das Wortlautargument spricht dafür, sich der ständigen Rechtsprechung des BGH zur Genehmigungsfreiheit von Änderungen des Gesellschaftsvertrags anzuschließen. Wenn von einem Gesellschaftsvertrag die Rede ist, der zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts eingegangen wird, so lässt sich darunter nicht mehr die Änderung eines Gesellschaftsvertrages subsumieren. Die Änderung des Gesellschaftsvertrags mag dem sWeiter-Betrieb%des Erwerbsgeschäfts dienen, sie wird aber gerade nicht zum Betrieb eines Erwerbsgeschäftes vorgenommen.⁴⁸⁷ Mit der Rechtsprechung und dem überwiegenden Schrifttum unterliegt die Änderung eines Gesellschaftsvertrages unter Beteiligung eines Minderjährigen damit nicht der Genehmigung des Familiengerichts nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB. Das Familiengericht sollte allerdings schon im Genehmigungsverfahren anlässlich der Beteiligung des Minderjährigen an der Gesellschaft für zeitbeständige und gleichwertige Gesellschafterrechte sorgen. Das Familiengericht müsste sich z. B. überlegen, ob es im Gesellschaftsvertrag Vetorechte des Minderjährigen verlangt, wenn der Gesellschaftsvertrag mehrheitlich gegen die Stimme des Minderjährigen geändert werden kann. Das Familiengericht hätte dann auch zu beachten, dass der Gesellschaftsvertrag dem Bestandschutz der Gesellschaft zu dienen hat.

Fraglich ist, ob eine Genehmigungsbedürftigkeit nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 10 BGB besteht. Die Umwandlung der Stellung des persönlich haftenden Gesellschafters in die eines Kommanditisten hat gewisse Haftungsfolgen. Der Minderjährige kann sich bei der Umwandlung in die Stellung eines Kommanditisten nicht völlig seiner Haftung entziehen. Es treffen ihn zwei gesetzliche Haftungs Vorschriften: Die zeitlich befristete und unbeschränkte Haftung des § 128 i. V. mit § 160 HGB und die un-

⁴⁸⁷ So Oelers, MittRhNotK 1992, 69, 77 (zur GmbH).

befristete, dafür aber beschränkte Haftung des § 173 HGB. Es ist also eine Differenzierung vorzunehmen zwischen Verbindlichkeiten, die zum Zeitpunkt der Umwandlung bereits begründet waren und solchen, welche erst danach von der Kommanditgesellschaft eingegangen worden sind. Die Umwandlung der Beteiligung des Minderjährigen lässt seine ursprüngliche Haftung als Komplementär für die bis zum Zeitpunkt der Umwandlung bereits begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach unberührt. Auch nach der Umwandlung seiner Beteiligung kann sich der Minderjährige als jetziger Kommanditist nicht auf die Haftungsbeschränkung der §§ 171 ff. HGB berufen; er haftet vielmehr weiterhin persönlich, unmittelbar, primär und unbeschränkt für Alt-Verbindlichkeiten der Gesellschaft, die Haftungsgrundlage bleibt weiterhin die Vorschrift des § 128 HGB. Diese unbeschränkte Haftung findet allerdings entsprechend dem Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft eine zeitliche Zäsur. Nach § 160 Abs. 3 HGB haftet der Gesellschafter nach der Umwandlung nur noch fünf Jahre unbeschränkt für die zum Zeitpunkt der Umwandlung bereits begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Die Frist beginnt mit der Eintragung im Handelsregister.⁴⁸⁸ Der Minderjährige haftet für Neuverbindlichkeiten gem. § 15 Abs. 1 HGB nach Rechtsscheingrundsätzen, solange nicht in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht ist, dass er nicht mehr persönlich haftender Gesellschafter ist⁴⁸⁹ und sofern nicht der Gläubiger positive Kenntnis vom Beteiligungswechsel hat.⁴⁹⁰

Neben der Haftung aus § 128 HGB trifft den seine Stellung wechselnden Minderjährigen die zeitlich unbefristete Haftung des § 173 HGB für Alt- und Neuverbindlichkeiten nach § 171 Abs. 1 HGB, jedoch nur noch beschränkt auf die Höhe seiner Einlage. Im Gegensatz zu § 128 HGB findet bei § 173 HGB die Vorschrift des § 160 HGB für Altverbindlichkeiten keine Anwendung. Der Minderjährige als jetziger Kommanditist hat bei einer Inanspruchnahme durch den Gläubiger der Gesellschaft aus § 173 HGB nicht die Möglichkeit, diesem mit dem Einwand der zeitlichen Enthaltung entgegenzutreten. Dem Gesellschaftsgläubiger stehen mithin zwei voneinander un-

⁴⁸⁸ MüHdb. GesellschaftsR Bd. 2/Piebler/Schulte, § 35 Rn. 68.

⁴⁸⁹ BGHZ 66, 98 = BB 1976, 436 = NJW 1976, 848 = WM 1976, 348; MüKo-HGB/K. Schmidt, § 176 Rn. 21; MüHdb. GesellschaftsR Bd. 2/Piebler/Schulte, § 35 Rn. 68.

⁴⁹⁰ BayObLGZ 1988, 51 = DNotZ 1989, 241 = NJW-RR 1988, 1307 = WM 1988, 710.

abhängige Anspruchsgrundlagen zur Verfügung. Dabei kommt der Anspruchsgrundlage aus § 173 HGB nur dann Bedeutung zu, wenn eine Inanspruchnahme des Minderjährigen als jetziger Kommanditist aus § 128 HGB wegen des Ablaufs der Fünf-Jahres-Frist und der damit einhergehenden Enthftung nicht mehr möglich ist.⁴⁹¹ Gemäß § 171 Abs. 1 HGB ist die Haftung des Minderjährigen als jetziger Kommanditist jedoch ausgeschlossen, soweit er als Kommanditist seine Einlage . auch durch Umbuchung seines bisherigen Kapitalkontos . erbracht hat. Eine Haftung nach § 176 Abs. 2 HGB für die Zeit zwischen Umwandlung der Gesellschafterstellung und Eintragung als Kommanditist im Handelsregister besteht nach Rechtsprechung⁴⁹² und Literatur⁴⁹³ nicht. Da die Beteiligungsumwandlung damit nicht zu einer Verschärfung oder Erweiterung der Haftung des Minderjährigen führt, kann eine Genehmigungsbedürftigkeit auch nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 10 BGB nicht angenommen werden.

4. Folgen einer fehlerhaften Beteiligungsumwandlung

Die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft finden auf eine fehlerhafte Beteiligungsumwandlung, sofern die Umwandlung des Vollzugs (z. B. Umbuchung des Kapitalkontos des Minderjährigen) bedarf, entsprechende Anwendung,⁴⁹⁴ so z. B. wenn ein bisheriger Komplementär durch Vertragsänderung fehlerhaft Kommanditist geworden ist. Der Schutz des Minderjährigen steht dem wegen besserer Haftungsfolgen für ihn nicht entgegen. Die Erlangung der Haftungsbeschränkung als Kommanditist kann sich für den Minderjährigen als deutlich vorteilhaft gegenüber den Haftungsrisiken eines Komplementärs erweisen.

Für die ex-lege-Umwandlung einer OHG in eine KG (Umwandlung eines OHG-Anteils in einen Kommanditanteil) ist die objektive Rechtslage maßgebend.⁴⁹⁵ Wurde der Anteil eines OHG-Gesellschafters fehlerhaft in einen Kommanditanteil umgewandelt,

⁴⁹¹ *Baumbach/Hopt*, § 173 Rn. 8; *MüKo-HGB/K. Schmidt*, § 173 Rn. 49.

⁴⁹² BGHZ 66, 98 = BB 1976, 436 = NJW 1976, 848 = WM 1976, 348.

⁴⁹³ *Baumbach/Hopt*, § 176 Rn. 11; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Strohn*, § 176 Rn. 28; *MüKo-HGB/K. Schmidt*, § 176 Rn. 21; *MüHdb. GesellschaftsR Bd. 2/Piebler/Schulte*, § 35 Rn. 69.

⁴⁹⁴ *Staub/Ulmer* (4. Aufl.), § 105 Rn. 366; *Baumbach/Hopt*, § 105 Rn. 96; *MüHdb. GesellschaftsR Bd. 2/Schweizer*, § 96 Rn. 68. Vgl. auch Abschn. B IV, C II 4, C III 5.

⁴⁹⁵ *MüKo-HGB/K. Schmidt*, § 105 Rn. 252; *Baumbach/Hopt*, § 105 Rn. 96.

dann ist die Gesellschaft kraft Gesetzes zur KG geworden und bleibt dies, solange nicht die Beteiligung in die eines OHG-Gesellschafters rückumgewandelt wird.

II. Wechsel von Kommandit- in Komplementärbeteiligung

1. Umwandlungsgeschäft

Die Beteiligungsumwandlung eignet sich vorzüglich für die Regelung des Generationenwechsels im Familienunternehmen. In der Praxis kommt diese Umwandlung der Gesellschafterstellung relativ häufig vor. Dabei überwiegt die Umwandlung der Komplementärstellung des Seniorchefs in die eines Kommanditisten, häufig verbunden mit der gleichzeitigen Umwandlung der Kommanditistenstellung des Juniors in die eines Komplementärs.

Wie in Abschn. D I 1 (Seite 102) dargestellt, geht die heutige Ansicht davon aus, dass es sich bei der Umwandlung nicht um ein Gebilde von Aus- und Eintritt handelt, sondern dass die Umwandlung als ein einheitlicher Vorgang zu betrachten ist, bei dem die Mitgliedschaft des Gesellschafters übertragen wird. Durch die Übernahme der Komplementärstellung geht der Kommanditanteil unter.⁴⁹⁶

Auch diese Art der Umwandlung der Gesellschafterstellung ist Änderung des Gesellschaftsvertrags und bedarf der Mitwirkung aller Gesellschafter. Die Ausführungen in Abschn. D I 1 (Seite 103) gelten auch hier; zu beachten ist auch hier bei Mehrheitsentscheidungen der Gesellschafter der sogenannte Bestimmtheitsgrundsatz und die Kernbereichslehre.

Wechselt der Minderjährige als bisher einziger Kommanditist in die Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters, ohne dass ein neuer Kommanditist eintritt, so verwandelt sich die Kommanditgesellschaft in eine OHG ohne Veränderung ihrer Identität (formwechselnde Umwandlung). Ein besonderer Beschluss der Gesellschafter über die Änderung der Rechtsform der Gesellschaft ist nicht erforderlich; vielmehr ändert sich die Rechtsform automatisch . ex lege - ohne Rücksicht auf den Willen der Beteiligten. Eine Vermögensübertragung findet . im Unterschied zur übertragen-

den Umwandlung nach dem Umwandlungsgesetz - nicht statt; die Gesellschaft bleibt Trägerin ihrer Aktiven und Passiven.

2. Form des Umwandelungsgeschäfts

Der rechtsgeschäftliche Wechsel der Stellung eines Kommanditisten in die eines persönlich haftenden Gesellschafters ist als Wechsel der Gesellschafterstellung zum *Handelsregister* von allen Gesellschaftern zur Eintragung anzumelden (§§ 162, 107 HGB),⁴⁹⁷ ausreichend ist eine Anmeldung, wonach der Kommanditist die Rechtsstellung eines Komplementärs erlangt hat.⁴⁹⁸ Die Eintragung eines Sonderrechtsnachfolgevermerks ist nicht veranlasst, da der bisherige Kommanditist infolge der Beteiligungsumwandlung ohnehin nach § 130 HGB unbeschränkt haftet.⁴⁹⁹ Verwandelt sich die Kommanditgesellschaft in eine OHG durch Wechsel des Minderjährigen als bisher einziger Kommanditist in die Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters, ohne dass ein neuer Kommanditist eintritt, so bedarf es keiner neuen Anmeldung der Gesellschaft nach § 106 HGB, wohl aber der Eintragung der durch den Rechtsformwechsel verursachten Änderung der Firma nach § 107 HGB.⁵⁰⁰ Die familiengerichtliche Genehmigung ist dem Handelsregister vorzulegen.⁵⁰¹

Durch den Umwandlungsvorgang wird die dingliche Rechtsinhaberschaft bei einer Personenhandelsgesellschaft im *Grundbuch* nicht tangiert, da die Gesellschaft als solche eingetragen ist. Der Wechsel der Gesellschafterstellung kann aber die Änderung der Rechtsform der Gesellschaft zur Folge haben. Diese formwechselnde Umwandlung lässt die dingliche Zuordnung der zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechtspositionen unberührt. Das Grundbuch kann richtig gestellt werden (vgl. Abschn. D I 2 . Seite 106).

⁴⁹⁶ BGH, BB 1963, 1076 = WM 1963, 989.

⁴⁹⁷ OLG Düsseldorf, OLGZ 1976, 386 = Rpfleger 1976, 364; *Keidel/Krafka/Willer*, Rn. 764.

⁴⁹⁸ *Böttcher/Ries*, Rn. 460.

⁴⁹⁹ BGHZ 101, 123 = DNotZ 1988, 500 = NJW 1987, 3184 = WM 1987, 1161; *Keidel/Krafka/Willer*, Rn. 764; MüKo-HGB/K. *Schmidt*, § 130 Rn. 14.

⁵⁰⁰ MüKo-HGB/*Langhein*, § 107 Rn. 10.

⁵⁰¹ *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Schaub*, § 8 Rn. 137.

3. Vertretung des Minderjährigen

a. Handeln des gesetzlichen Vertreters

Der Minderjährige wird bei der Änderung des Gesellschaftsvertrags von seinem gesetzlichen Vertreter vertreten. Sind die Eltern Mitgesellschafter, so könnte ausnahmsweise das Selbstkontrahieren des gesetzlichen Vertreters gestattet werden, wenn der Tatbestand der Erfüllung einer Verbindlichkeit vorliegen würde (§ 181 Hs. 2 BGB), nämlich wenn die Gesellschafter eine Treupflicht zur Zustimmung trifft, so z. B. zur Vorwegnahme einer Nachfolgeregelung.⁵⁰² Die in Abschn. D I 3 a - Seite 107 - gemachten Ausführungen gelten hier entsprechend.

b. Familiengerichtliche Genehmigung

aa. Genehmigungsbedürftigkeit

Das Genehmigungserfordernis nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 1. Alt. BGB scheidet auch bei dieser Art des Beteiligungswechsels aus, weil eine Gesellschafterstellung bereits in der Person des Minderjährigen vorhanden ist und lediglich eine Umwandlung seiner Beteiligung erfolgt.

Fraglich ist aber, ob eine familiengerichtliche Genehmigung nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB notwendig ist. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH (vgl. oben Abschn. D I 3 b . Seite 109 ff.) besteht kein Genehmigungserfordernis. Aus Gründen der Rechtssicherheit sei die Vertragsänderung auch dann nicht genehmigungspflichtig, wenn sie die Rechtsstellung des Minderjährigen inhaltlich verändert. Bedenken können bestehen, weil der Minderjährige nunmehr als Komplementär zur fortlaufenden Präsenz des Unternehmens verpflichtet ist und als geschäftsführungs- und vertretungsbefugte Person eigene Sachkompetenz benötigt. Folgt man mit der h. M. dem Wortlautargument, so ist §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB nicht anwendbar.

Ein Rechtsgeschäft kann allerdings sich überschneidenden mehrfachen Genehmigungserfordernissen unterliegen, auch dann, wenn damit bloße gesetzliche Nebenfolgen erfasst werden. Es ist unzutreffend, in §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 BGB eine

abschließende Regelung zu sehen.⁵⁰³ Aus den anderen Nummern des § 1822 BGB sowie aus weiteren Vorschriften des BGB kann sich ein Genehmigungserfordernis ergeben, wenn die Änderung bestimmte, den Minderjährigen treffende Verpflichtungen begründet oder zur Folge hat. Die Änderung des Gesellschaftsvertrags kann genehmigungsbedürftig sein nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 10 BGB, wenn durch die Änderung das unternehmerische Risiko des Minderjährigen erweitert wird. Dies ist beim Wechsel von der Kommanditisten- in die Komplementärstellung der Fall.⁵⁰⁴ Die Haftung des seine Gesellschafterstellung umwandelnden minderjährigen Gesellschafters wird hier in Anlehnung an diejenige ausscheidender und eintretender Gesellschafter bestimmt. In entsprechender Anwendung von § 161 Abs. 2, § 130 HGB unterliegt der Minderjährige, der durch Umwandlung seiner Kommanditbeteiligung diejenige eines Komplementärs erlangt, der unbeschränkbaren Haftung für Alt- und Neuverbindlichkeiten der Gesellschaft ab der Umwandlung.⁵⁰⁵ Damit besteht eine Haftung für fremde Schulden i. S. der §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 10 BGB.⁵⁰⁶ Der sich aus § 1629a BGB ergebende Haftungsschutz des Minderjährigen macht die Genehmigung nicht entbehrlich. Eine Ausnahme von der Genehmigungsbedürftigkeit besteht nur dann, wenn die Umwandlung von vornherein im Gesellschaftsvertrag vorgesehen und damit bei Gründung der Gesellschaft oder dem späteren Beitritt des Minderjährigen vom Familiengericht genehmigt ist.⁵⁰⁷

bb. Genehmigungsfähigkeit

Beurteilungsmaßstab für das Familiengericht ist das Wohl und Interesse des Minderjährigen. Die Tatsache der Haftung des Minderjährigen aus dem Gesellschaftsverhältnis bietet für sich gesehen noch keinen ausreichenden Grund zur Ablehnung der

⁵⁰² BGH, DNotZ 2005, 309 = NJW-RR 2005, 263 = WM 2005, 39.

⁵⁰³ Winkler, ZGR 1973, 177, 201; MüHdb. GesellschaftsR Bd. 2/Happ/Möhrle, § 2 Rn. 140; Klüsener, Rpfleger 1993, 133, 140.

⁵⁰⁴ BGH, DNotZ 1992, 172 = NJW 1992, 300 = WM 1991, 1988; Staudinger/Engler (2004), § 1822 Rn. 68, 139; MüKo-BGB/Wagenitz, § 1822 Rn. 64, 65; AnwK-BGB/Fritsche, § 1822 Rn. 20; Baumbach/Hopt, § 105 Rn. 26; MüHdb. GesellschaftsR Bd. 2/Piebler/Schulte, § 35 Rn. 63; Gernhuber/Coester-Waltjen, § 60 VI Rn. 109; Klüsener, Rpfleger 1993, 133, 136.

⁵⁰⁵ Baumbach/Hopt, § 130 Rn. 2.

⁵⁰⁶ Winkler, ZGR 1973, 177, 201.

⁵⁰⁷ BGH, DNotZ 1992, 172 = NJW 1992, 300 = WM 1991, 1988; MüHdb. GesellschaftsR Bd. 2/Piebler/Schulte, § 35 Rn. 63.

Genehmigung.⁵⁰⁸ Das Familiengericht hat dem gesetzlichen Vertreter eine gewisse Spannweite freier Vermögensverwaltung einzuräumen.⁵⁰⁹ Nicht nur unmittelbare finanzielle Interessen des Minderjährigen sind entscheidend, auch Überlegungen der Zweckmäßigkeit und Nützlichkeit sind bei der anzustellenden Interessenanalyse zu berücksichtigen.⁵¹⁰

4. Folgen einer fehlerhaften Beteiligungsumwandlung

Eine fehlerhafte Beteiligungsumwandlung wird, sofern die Umwandlung des Vollzugs bedarf, nach den Grundsätzen über fehlerhafte Gesellschaften behandelt,⁵¹¹ so z. B. wenn ein bisheriger Kommanditist fehlerhaft Komplementär der KG geworden ist. Nach h. M. finden die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft allerdings keine Anwendung, wenn vorrangige Interessen schutzwürdiger Personen entgegenstehen. Nach ständiger Rechtsprechung kann ein Minderjähriger, der nicht ordnungsgemäß vertreten wurde, nicht Teil einer fehlerhaften Gesellschaft bzw. fehlerhaften Beteiligungsumwandlung sein.⁵¹² Wegen der Beteiligtenumwandlung würde den Minderjährigen nunmehr die volle persönliche und unbeschränkte Haftung treffen. Der Schutz des Minderjährigen genießt Vorrang vor sonstigen Interessen. Die Beteiligungsumwandlung ist nichtig, so dass der Minderjährige erst gar nicht die Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters erlangt. Die Eintragung des Beteiligungswechsels in das Handelsregister heilt den Mangel nicht.

Dagegen ist für die ex-lege-Umwandlung einer KG in eine OHG (z. B. weil der Minderjährige als bisher einziger Kommanditist in die Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters wechselt, ohne dass ein neuer Kommanditist eintritt) die ob-

⁵⁰⁸ OLG Hamm, OLGZ 1983, 148 = BB 1983, 791 = DNotZ 1983, 365 = FamRZ 1983, 648; BayObLG FamRZ 1996, 119; BayObLG, DB 1979, 2314 = FamRZ 1980, 401 = MittBayNot 1979, 239 = Rpfleger 1979, 455; MüKo-BGB/Wagenitz, § 1822 Rn. 29; Palandt/Diederichsen, § 1822 Rn. 9.

⁵⁰⁹ OLG Zweibrücken, FamRZ 2001, 181 = NJW-RR 1999, 1174 = ZEV 1999, 391; MüKo-BGB/Wagenitz, § 1828 Rn. 20.

⁵¹⁰ BayObLG, DB 1979, 2314 = FamRZ 1980, 401 = MittBayNot 1979, 239 = Rpfleger 1979, 455; LG München I, ZEV 2000, 370; Staudinger/Engler (2004), § 1828 Rn. 17; MüKo-BGB/Wagenitz, § 1828 Rn. 17.

⁵¹¹ Staub/Ulmer (4. Aufl.), § 105 Rn. 366; Baumbach/Hopt, § 105 Rn. 96; MüHdb. GesellschaftsR Bd. 2/Schweizer, § 96 Rn. 68. Vgl. auch Abschn. B IV, C II 4, C III 5.

⁵¹² BGH, BB 1983, 461 = MDR 1983, 562 = NJW 1983, 748 = WM 1983, 305; BGH, DNotZ 1992, 734 = FamRZ 1992, 783 = NJW 1992, 1503 = WM 1992, 693.

jektive Rechtslage maßgebend.⁵¹³ Wurde der Kommanditanteil fehlerhaft umgewandelt, so ist die Gesellschaft kraft Gesetzes zur OHG geworden und bleibt dies, solange nicht die Beteiligung in die eines Kommanditisten rückumgewandelt wird.

III. Umwandlungsvorgänge nach dem Umwandlungsgesetz

1. Allgemeines

a. Anlass zu Umwandlungsmaßnahmen

Rechtsformwahl, Organisation des Unternehmens und Abgrenzung von anderen unternehmerischen Aktivitäten sind Entscheidungen, die ein Unternehmer anlässlich der Gründung seines Unternehmens zu treffen hat. Die Entwicklung im Unternehmen und im Unternehmensumfeld können Anlass für eine Reorganisation oder Umstrukturierung sein. So können rechtliche und betriebswirtschaftliche Überlegungen, steuerrechtliche Gegebenheiten (z. B. steuergünstige Planung einer vorweggenommenen Erbfolge; steuerneutrale Trennung von Gesellschafterstämmen) und sonstige geschäftspolitische Notwendigkeiten ein Bedürfnis zur Neuordnung gesellschaftsrechtlicher Strukturen hervorrufen. Die Maßnahmen können sich auf einen Rechtsformwechsel beschränken oder auch den Vermögensübergang zwischen Unternehmen zum Gegenstand haben. Das Umwandlungsgesetz (UmwG) hält eine Vielzahl von Gestaltungsmöglichkeiten bereit.

b. Einzelne Umwandlungsarten

§ 1 Abs. 2 UmwG ordnet an, dass eine Umwandlung mit Identitätswahrung oder Gesamtrechtsnachfolge nur in den ausdrücklich im Gesetz normierten Fällen und nur in den dort vorgeschriebenen Formen zulässig ist. Es gilt also ein numerus clausus der Umwandlungsmöglichkeiten. Die Arten der Umwandlung sind:

- Verschmelzung
- Spaltung (Aufspaltung, Abspaltung, Ausgliederung)
- Vermögensübertragung
- Formwechsel.

⁵¹³ MüKo-HGB/K. Schmidt, § 105 Rn. 252; Baumbach/Hopt, § 105 Rn. 96.

Die Umwandlung durch *Verschmelzung* ist als Vermögensübertragung durch totale Gesamtrechtsnachfolge (Vereinigung von Vermögen mehrerer Rechtsträger) in folgenden Arten zulässig:

- Verschmelzung im Wege der *Aufnahme* eines oder mehrerer übertragender Rechtsträger durch einen anderen bestehenden Rechtsträger
- Verschmelzung im Wege der *Neugründung* eines Rechtsträgers durch mindestens zwei übertragende Rechtsträger.

Die Umwandlung durch *Spaltung* ist als Vermögensübertragung durch partielle Gesamtrechtsnachfolge (Trennung von Vermögensteilen durch Zuordnung zu verschiedenen Rechtsträgern) in folgenden Arten zulässig:

- *Aufspaltung* durch gleichzeitige Übertragung aller Vermögensteile auf andere bestehende Rechtsträger (zur *Aufnahme*) oder gegründete neue Rechtsträger (zur *Neugründung*) gegen Gewährung von Anteilen oder Mitgliedschaften dieser Rechtsträger an die *Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers*, der sich auflöst.
- *Abspaltung* durch Übertragung von Vermögensteilen auf einen oder mehrere bestehende Rechtsträger (zur *Aufnahme*) oder gegründete neue Rechtsträger (zur *Neugründung*) gegen Gewährung von Anteilen oder Mitgliedschaften dieser Rechtsträger an die *Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers*, der fortbesteht.

Der *Formwechsel* unterscheidet sich von der Verschmelzung und Spaltung, weil an dem Umwandlungsvorgang nur ein einziger Rechtsträger beteiligt ist, der unter Wahrung der Identität und ohne Vermögensübergang in einen Rechtsträger anderer Rechtsform umgewandelt wird.

Die *Ausgliederung* (ein Anteilstausch auf Gesellschafterebene findet nicht statt) und die im Bereich der öffentlichen Hand und Versicherungsgesellschaften vorkommende *Vermögensübertragung* (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 UmwG) sind für diese Arbeit nicht relevant und werden deshalb hier nicht beschrieben.

c. Beteiligungsfähige Rechtsträger

Das UmwG versteht als Rechtsträger eine juristische Einheit, die an einem Umwandlungsvorgang beteiligt sein kann. Die Beteiligungsfähigkeit legt das UmwG den jeweiligen Rechtsträgern für jede Form der Umwandlung gesondert bei und statuiert somit einen *numerus clausus* umwandlungsfähiger Rechtsträger.

Von den vielen Umwandlungsmöglichkeiten seien aufgeführt:

verschmelzungsfähige und spaltungsfähige Rechtsträger können jeweils als übertragende, übernehmende oder neue Rechtsträger sein:

- OHG, KG auf GmbH und AG
- AG auf GmbH, OHG, KG
- GmbH auf AG, OHG, KG.

formwechselnde Rechtsträger können sein:

- OHG, KG in GmbH und AG
- AG in GmbH, OHG
- GmbH in AG.

Die GbR nimmt im UmwG eine Sonderstellung ein. Sie kann bei einem Formwechsel nur Rechtsträger neuer Rechtsform sein. Bei dem umzuwandelnden Rechtsträger muss es sich um eine Kapitalgesellschaft handeln.⁵¹⁴ Die Umwandlung ist nur zulässig, wenn der Unternehmensgegenstand der bisherigen Kapitalgesellschaft kein Handelsgewerbe darstellt, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, denn sonst würde durch die Umwandlung eine OHG entstehen (§§ 191, 228 Abs. 1 und 2 UmwG). Die formwechselnde Umwandlung der GbR in eine Personenhandels- oder Kapitalgesellschaft ist gesetzlich nicht vorgesehen.⁵¹⁵ Ebenso ist ein Formwechsel von OHG in KG und umgekehrt nach dem Umwandlungsgesetz nicht möglich. Allerdings kann in folgenden Fällen

⁵¹⁴ §§ 3, 191, 226 UmwG.

⁵¹⁵ Grundsätzlich sind die in §§ 3, 124, 152, 191 UmwG die für die jeweiligen Umwandlungsarten zugelassenen Rechtsträger abschließend genannt. Das Analogieverbot des § 1 Abs. 2 UmwG schafft einen Typenzwang für die in § 1 Abs. 1 UmwG vorgesehenen Umwandlungsarten. § 1 Abs. 3 S. 1 UmwG erklärt die Regelungen des UmwG grundsätzlich zu zwingendem Recht, das nicht der Parteidisposition unterliegt.

kraft Gesetzes eine formwechselnde Umwandlung von Personengesellschaften eintreten: GbR in OHG und umgekehrt, wenn das betriebene Unternehmen der GbR zum Betrieb eines vollkaufmännischen Unternehmens wird; OHG in KG und umgekehrt durch Änderung des Gesellschaftsvertrags (vgl. Abschn. D I und II . Seite 102 ff. und 115 ff.). Derartige Umwandlungen beurteilen sich nach allgemeinem Gesellschaftsrecht (HGB).⁵¹⁶

2. Umwandlungsgeschäft

Der verfahrensmäßige Ablauf ist bei allen Umwandlungsvorgängen weitgehend ähnlich. Es sind drei Phasen zu unterscheiden: die Vorbereitungsphase, die Beschlussfassung durch die Anteilsinhaber und die Anmeldung/Eintragung der Umwandlung im Handelsregister.

Bei *Verschmelzungen und Spaltungen* haben zunächst die Vertretungsorgane der beteiligten Rechtsträger als rechtgeschäftliche Grundlage der Vermögensübertragung einen Vertrag abzuschließen (§§ 4, 36, 125, 176 UmwG). Fehlt ein Vertragspartner bei der Entstehung neuer Rechtsträger anlässlich einer Spaltung, so ist ein entsprechender Spaltungsplan aufzustellen (§ 136 UmwG). Bei letzterem Vorgang handelt es sich um eine einseitige Willenserklärung; ein Vertrag muss hier ausscheiden, da die neue Gesellschaft noch nicht besteht. Die Erklärung ist als eine nichtempfangsbedürftige Willenserklärung anzusehen.⁵¹⁷ Unterschiede zum Verschmelzungs- und Spaltungsrecht ergeben sich beim *Formwechsel* daraus, dass bei ihm stets nur ein Rechtsträger beteiligt ist, mithin der Formwechsel ein gesellschaftsinterner Organisationsakt bleibt. Zwangsläufig existiert beim Formwechsel kein Vertrag; an seine Stelle tritt der Gesellschafterbeschluss (§ 192 Abs. 1 S. 3, § 193 Abs. 1 S. 1 UmwG).

Verschmelzungsvertrag/Spaltungsvertrag bzw. Spaltungsplan/Formwechsel werden erst wirksam, wenn die Anteilseigner der beteiligten Rechtsträger ihnen durch Beschluss zustimmen. Das Zustimmungserfordernis besteht ungeachtet der Stellung

⁵¹⁶ § 214 Abs. 1 UmwG.

⁵¹⁷ BGHZ 91, 148 = DNotZ 1984, 585 = NJW 1984, 2164 = WM 1984, 929.

eines Gesellschafters in der Gesellschaft. Es ist ohne Belang, ob er von der Geschäftsführung vertraglich ausgeschlossen ist, ob er Kommanditist ist, welchen Anteil er an der Gesellschaft hat und welches Gewicht seiner Stimme zukommt.⁵¹⁸

Die entsprechenden Zustimmungsbeschlüsse können nur in einer Versammlung der Gesellschafter gefasst werden.⁵¹⁹ Umlaufbeschlüsse sind nicht zugelassen; so ist z. B. § 48 Abs. 2 GmbHG nicht anwendbar. Dies bedeutet aber nicht, dass sämtliche Gesellschafter ohne Ausnahme in der Gesellschafterversammlung anwesend sein müssen. Es reicht aus, wenn die nicht erschienenen Gesellschafter anderweitig zustimmen; ihre Zustimmung kann vor oder nach dem Gesellschafterbeschluss erklärt werden.

Die Mehrheitserfordernisse für den Zustimmungsbeschluss der beteiligten Rechtsträger . gleichgültig ob übertragender oder übernehmender Rechtsträger - sind unterschiedlich je nach der Rechtsform der übertragenden Gesellschaft. Bei *Personenhandelsgesellschaften* bedarf es grundsätzlich der Zustimmung aller - auch der nicht erschienenen - Gesellschafter (§§ 43, 125, 217 UmwG). Der Gesellschaftsvertrag kann allerdings vorsehen, dass eine Mehrheit von mindestens Dreiviertel der Stimmen der Gesellschafter genügt (§ 43 Abs. 2 UmwG). Schreibt die Satzung für ihre Änderung eine höhere Mehrheit vor, so ist fraglich, ob diese auch für einen Umwandlungsbeschluss maßgebend ist. Die Umwandlung ist zwar keine Satzungsänderung, weder bei der übertragenden noch bei der übernehmenden Gesellschaft, gleichwohl spricht sich die h. M.⁵²⁰ (noch zum alten Recht) für eine Gleichbehandlung der Falllagen aus. Bei der *GmbH* genügt eine Mehrheit von Dreiviertel der abgegebenen Stimmen,⁵²¹ sofern der Gesellschaftsvertrag nicht eine größere Mehrheit und weitere Erfordernisse festlegt (§§ 50, 62, 65 UmwG). Bei einer *Aktiengesellschaft* ist eben-

⁵¹⁸ Lutter/Joost, UmwG, § 217 Rn. 4.

⁵¹⁹ §§ 13, 125, 193 UmwG.

⁵²⁰ Nachweise bei Heckschen, S. 29; Lutter/Winter, S. 37; Kallmeyer/Zimmermann, § 50 Rn. 9; a. A. Sagasser/Bula, G 83; Michalski/Hoffmann, § 53 Rn. 159: UmwG enthält abschließende Sondervorschriften.

⁵²¹ Gesetzliche Mehrheitserfordernisse: *formwechselnde Umwandlung* in eine GbR, eine Personenhandelsgesellschaft oder eine Kapitalgesellschaft (§§ 193, 240 UmwG); *Verschmelzung* der GmbH mit einer Personenhandels- oder einer Kapitalgesellschaft (§§ 13, 50 UmwG); *Aufspaltung* der GmbH oder Abspaltung eines Betriebsteils zur Aufnahme (§§ 125, 13, 50 UmwG).

falls eine Dreiviertel-Mehrheit - hier allerdings des vertretenen Grundkapitals - erforderlich, aber auch ausreichend (§§ 65, 125 UmwG).

Der *Formwechsel* einer Kapitalgesellschaft in eine GbR oder OHG ist nur einstimmig möglich (§§ 221, 233, 240, 262, 275 UmwG), auch nicht erschienene Anteilsinhaber müssen zustimmen (§ 233 UmwG). Der Gesellschaftsvertrag kann gem. § 217 Abs. 1 S. 2 UmwG eine Mehrheitsentscheidung⁵²² der Gesellschafter vorsehen.⁵²³ Die von der Rechtsprechung in Ausnahmefällen als möglich angesehene Verpflichtung zur Zustimmung unter Treuegesichtspunkten dürfte für die Praxis so gut wie nicht relevant sein.⁵²⁴ Der Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine Kommanditgesellschaft kann . mit Zustimmung der künftigen persönlich haftenden Gesellschafter⁵²⁵ . mit $\frac{3}{4}$ -Mehrheit der abgegebenen Stimmen bzw. des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals beschlossen werden; widerspricht ein Gesellschafter, steht ihm als besonderes Minderheitenrecht das Recht auf Abfindung zu. Für den Formwechsel in eine Kapitalgesellschaft anderer Rechtsform reicht ein mit $\frac{3}{4}$ -Mehrheit zu fassender Beschluss.

In einigen spezialgesetzlich geregelten Fällen verlangt das Umwandlungsrecht zusätzlich zu der im Gesetz vorgesehenen Mehrheit (bzw. einer etwa höheren statutarischen Mehrheit) die Zustimmung einzelner oder aller Gesellschafter. Es handelt sich um Gesellschafter, deren Zustimmung zur Abtretung vinkulierter Anteile erforderlich ist⁵²⁶ sowie um Inhaber von statutarischen Minderheitsrechten und Geschäftsführungsonderrechten.⁵²⁷ Schließlich wird ein Zustimmungserfordernis bei nicht voll eingezahlten Geschäftsanteilen statuiert.⁵²⁸ Zusätzlich gibt es Fälle, in denen Gesellschafter mit ihrem Widerspruch zwar nicht die gesamte Umwandlung verhindern können, aber für sich selbst besondere Rechtsfolgen auslösen. So ist auf Wider-

⁵²² Bei einer Mehrheitsentscheidung sind in der Niederschrift über den Umwandlungsbeschluss die Gesellschafter, die für den Formwechsel gestimmt haben, namentlich aufzuführen

⁵²³ Die Minderheit wird dadurch geschützt, dass sie das Recht hat, gegen Abfindung aus der Gesellschaft auszuscheiden, § 207 UmwG. Für die gesellschaftsvertragliche Mehrheitsklausel ist die Rechtsprechung zum Bestimmtheitsgrundsatz zu beachten (vgl. Abschn. D I 2).

⁵²⁴ Lutter/Happ, S. 232.

⁵²⁵ § 233 Abs. 2 S. 3 UmwG.

⁵²⁶ § 13 Abs. 2 UmwG.

⁵²⁷ § 50 Abs. 2 UmwG.

⁵²⁸ § 51 UmwG.

spruch eines persönlich haftenden Gesellschafters diesem gemäß § 43 Abs. 2 S. 3 UmwG die Stellung eines Kommanditisten zu gewähren. Die Zustimmung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung und gegenüber dem übertragenden/formwechselnden Rechtsträger (den geschäftsführenden Gesellschaftern der OHG/KG, den Geschäftsführern der GmbH bzw. dem Vorstand der AG) oder gegenüber der Gesellschafterversammlung⁵²⁹ abzugeben.

Vor der Beschlussfassung der Gesellschafter sind die Anteilsinhaber der beteiligten Rechtsträger grundsätzlich durch einen besonderen *Umwandlungsbericht*⁵³⁰ über die Einzelheiten der geplanten Umwandlung zu unterrichten. Er ist von dem jeweiligen Vertretungsorgan zu erstellen und soll den Anteilsinhabern hinreichende Informationen als Grundlage für die von ihnen zu treffende Entscheidung über die Umwandlung liefern. Der Schwerpunkt des Berichts liegt bei den Übertragungsvorgängen in der Erläuterung der Angemessenheit des Umtauschverhältnisses oder der Gegenleistung. Beim Formwechsel steht die Ausgestaltung der künftigen Beteiligung im Vordergrund. Wegen des Charakters als Schutzvorschrift entfällt die Berichtspflicht nur dann, wenn alle Anteilsinhaber sämtlicher beteiligter Rechtsträger darauf verzichten und bei 100%igen Beteiligungen.

Zum Bericht über die Verschmelzung bzw. Spaltung ist ein *Prüfungsbericht* eines vom Gericht bestellten Prüfers zu erstellen. Dieser Prüfbericht ist nur dann entbehrlich, wenn alle Anteilsinhaber sämtlicher an der Umwandlung beteiligten Rechtsträger hierauf verzichten oder wenn sich alle Anteile des übertragenden Rechtsträgers in der Hand des übernehmenden Rechtsträgers befinden.

3. Form des Umwandlungsgeschäfts

Der *Verschmelzungsvertrag*, der *Spaltungsvertrag/Spaltungsplan* bedürfen der *notariellen Beurkundung*.⁵³¹ Diese Urkunden können vor oder nach dem Zustimmungsbeschluss der Gesellschafter errichtet werden (§ 4 Abs. 2 UmwG). Soll der Abschluss des Vertrags bzw. die Aufstellung des Spaltungsplans nachfolgen, hat im Zeitpunkt

⁵²⁹ So Semler/Stengel/Schlitt, § 217 Rn.10.

⁵³⁰ §§ 8, 127, 162, 192 UmwG.

der Beschlussfassung ein schriftlicher Entwurf vorzuliegen, der dann auch genau so vollzogen werden muss; etwaige Abweichungen machen einen erneuten Zustimmungsbeschluss erforderlich.⁵³²

Der *Zustimmungsbeschluss* der Gesellschafterversammlung zu dem jeweiligen Umwandlungsgeschäft jeder beteiligten Gesellschaft bedarf der *notariellen Beurkundung*.⁵³³ Dies gilt unabhängig von der Rechtsform des beteiligten Rechtsträgers zwingend und ausnahmslos. Der Gesetzgeber hat die Beurkundungsnotwendigkeit aus der großen wirtschaftlichen und rechtlichen Bedeutung des Vorganges abgeleitet. Bei einem Formwechsel sind in der Niederschrift die Gesellschafter namentlich aufzuführen, die dem Formwechsel zugestimmt haben (§ 217 Abs. 2 UmwG). Damit soll sichergestellt werden, dass die nach § 219 S. 2 UmwG allein als Gründer geltenden zustimmenden Gesellschafter feststehen; dafür besteht insbesondere im Hinblick auf die Gründerhaftung ein wesentliches Bedürfnis.

Ist die *Zustimmung* nicht erschienener Anteilsinhaber zu der Beschlussfassung notwendig (vgl. z. B. §§ 43, 45d, 125, 193, 233 Abs. 1 UmwG), so ist diese Erklärung . zwingend⁵³⁴ - notariell zu beurkunden. Die Zustimmungserklärung kann auch zusammen mit dem Umwandlungsbeschluss in eine notarielle Urkunde aufgenommen werden, allerdings muss dann die Beurkundung nach §§ 8 ff. BeurkG erfolgen, nicht nach den §§ 36, 37 BeurkG über die Protokollierung tatsächlicher Vorgänge. Sofern sie nicht, nicht vollständig, unzulässigerweise im Ausland oder fehlerhaft beurkundet worden sind, gilt dieser Formmangel mit der Eintragung der Umwandlung im Handelsregister als geheilt (§ 20 Abs. 1 Nr. 4 UmwG).

Anteilseigner können auf einen Umwandlungsbericht und Prüfbericht zum Umwandlungsbericht verzichten. Diese Nebenerklärungen bedürfen . zwingend⁵³⁵ - der notariellen Beurkundung (§ 128 BGB, §§ 8 ff. BeurkG).

⁵³¹ §§ 6, 125, 136 UmwG, § 128 BGB, §§ 8 ff. BeurkG.

⁵³² BGHZ 82, 188 = BB 1982, 269 = MittBayNot 1982, 82 = NJW 1982, 933 = WM 1982, 421.

⁵³³ §§ 13, 125, 193 UmwG; § 128 BGB, §§ 8 ff. oder §§ 36, 37 BeurkG.

⁵³⁴ § 1 Abs. 3 S. 1 UmwG.

Die Wirksamkeit der Umwandlung, insbesondere der Vermögensübergang und beim Formwechsel das Fortbestehen in der neuen Rechtsform, wird durch die Eintragung im *Handelsregister* herbeigeführt (konstitutive Eintragung). Die Vertretungsorgane jedes der an der *Verschmelzung* und *Spaltung* beteiligten Rechtsträgers haben die Verschmelzung/Spaltung zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden.⁵³⁶ Die Anmeldung eines *Formwechsels* hat wie bei einer Gründung durch die Mitglieder des künftigen Vertretungsorgans zu erfolgen.⁵³⁷ Ist der Rechtsträger neuer Rechtsform eine AG, so ist die Anmeldung zusätzlich auch durch alle Gesellschafter vorzunehmen, welche der Umwandlung zugestimmt haben (§ 222 Abs. 2 UmwG); diese gelten als Gründer (§ 219 UmwG). Wegen der mangelnden Handelsregisterfähigkeit der GbR hat das Vertretungsorgan des formwechselnden Rechtsträgers in Abweichung zur Anmeldung nach § 198 UmwG anstatt der neuen Rechtsform die Umwandlung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister des formwechselnden Rechtsträgers anzumelden.⁵³⁸

Bedarf der Umwandlungsvorgang wegen der Beteiligung eines Minderjährigen der familiengerichtlichen Genehmigung, so ist bestritten, ob die Entscheidung des Familiengerichts über die Nichterforderlichkeit der Genehmigung dann für das Registergericht bindend ist. Ein solches Negativattest bindet das Registergericht wohl nicht, weil nur die Frage geprüft wurde, ob das vorgelegte Rechtsgeschäft überhaupt einer Genehmigung bedarf, nicht hingegen, ob dadurch konkret schutzwürdige Interessen des Minderjährigen gefährdet werden. Nach h. M.⁵³⁹ kann ein Negativattest einer Genehmigung nicht gleichgesetzt werden.

Bei den Vorgängen der *Verschmelzung und Spaltung* handelt es sich (mit Ausnahme der formwechselnden Umwandlung) jeweils um eine Gesamtrechtsnachfolge, die außerhalb des *Grundbuchs* eintritt. Als Folge der gesetzlichen Gesamtrechtsnachfol-

⁵³⁵ § 1 Abs. 3 S. 1 UmwG.

⁵³⁶ §§ 16, 125 UmwG.

⁵³⁷ § 198 UmwG.

⁵³⁸ §§ 198, 235 UmwG.

⁵³⁹ BGHZ 44, 325 = NJW 1966, 652 = Rpfleger 1966, 79 = WM 1966, 284; OLG Zweibrücken, FamRZ 2000, 117 = NJW-RR 1999, 1174; OLG Hamm, FGPrax 2011, 61 = MittBayNot 2011, 242 = Rpfleger 2011, 270; PWW/Bauer, § 1828 Rn. 8; Palandt/Diederichsen, § 1828 Rn. 18. A. A. Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Schaub, § 8 Rn. 136; Pöllath/Richter/Escher/Prinz Reuss, S. 315, 323.

ge (totale oder partielle) werden Eintragungen im Grundbuch unrichtig. Die Unrichtigkeit tritt mit der Eintragung der Verschmelzung bzw. Spaltung in das Handelsregister ein. Der übernehmende Rechtsträger ist jederzeit berechtigt, das Grundbuch berichtigen zu lassen und sollte dies auch zeitnah veranlassen. Er hat jedoch keine Rechtspflicht zur Grundbuchberichtigung. Bei Abspaltungen kann die unrichtige Grundbucheintragung den übernehmenden Rechtsträger gefährden, weil der übertragende Rechtsträger bestehen bleibt und dieser über den übergegangenen Vermögensgegenstand an einen gutgläubigen Dritten verfügen kann. Die Grundbuchberichtigung bei Verschmelzungen und Spaltungen setzt entweder den Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit in der Form des § 29 GBO voraus oder eine Berichtigungsbewilligung desjenigen, dessen Recht von der berichtigenden Eintragung betroffen wird, §§ 19, 22 Abs. 1, § 29 GBO. Eine Ausnahme besteht aber dann, wenn der bisherige Rechtsinhaber zum Zeitpunkt der Grundbuchberichtigung nicht mehr existiert (z. B. bei den Fällen der Verschmelzung und Aufspaltung); dann ist nur der Weg über den Unrichtigkeitsnachweis gangbar. Neben der Berichtigungsbewilligung ist zur Eintragung eines Eigentümers oder eines Erbbauberechtigten deren Zustimmung nach § 22 Abs. 2 GBO in der Form des § 29 Abs. 1 GBO notwendig. Bei Spaltungen ist daneben noch der Spaltungsvertrag/Spaltungsplan in Ausfertigung/beglaubigter Abschrift zur Grundbuchberichtigung vorzulegen, da sich erst aus dieser Urkunde ergibt, welche Gegenstände des Vermögens auf einen bestimmten übernehmenden Rechtsträger materiell-rechtlich übergehen. Der BGH⁵⁴⁰ hat strenge Anforderungen an die Bezeichnung von Grundvermögen (§ 28 GBO) in Spaltungsverträgen mit materiell-rechtlichen Konsequenzen aufgestellt.

Beim *Formwechsel* bleibt die Identität des bisherigen Rechtsträgers in der nunmehr neuen Rechtsform erhalten bzw. wird gesetzlich fingiert. Durch die formwechselnde Umwandlung kommt es nicht zu einer Gesamtrechtsnachfolge und auch zu keiner Unrichtigkeit des Grundbuchs i. S. von § 894 BGB, § 22 GBO. Die grundbuchmäßige Berücksichtigung des Formwechsels kann durch die Richtigstellung tatsächlicher Angaben, nämlich der bloßen Bezeichnung des . genügend individualisierten . Rechts-

⁵⁴⁰ BGHZ 175, 123 = DNotZ 2008, 468 = NJW-RR 2008, 756 = Rpfleger 2008, 247 = WM 2008, 607. Den BGH relativierend: OLG Schleswig, DNotZ 2010, 66 = FGPrax 2010, 21 = NJW-RR 2010, 592.

trägers erfolgen.⁵⁴¹ Ein Nachweis des Formwechsels in der Form des § 29 GBO ist nicht notwendig, gleichwohl aber zweckmäßig. Bei der Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine GbR ist dem Grundbuchamt neben der beglaubigten Abschrift des Registers der bisherigen Kapitalgesellschaft eine beglaubigte Abschrift oder Ausfertigung des Umwandlungsbeschlusses einzureichen, da sich nur aus dem Umwandlungsbeschluss, nicht aber aus der Eintragung der Umwandlung der Kapitalgesellschaft in das Handelsregister gem. § 235 Abs. 1 UmwG ergibt, wer die Gesellschafter der GbR sind⁵⁴². Die GbR ist nach § 47 Abs. 2 GBO, § 15 GBV im Grundbuch einzutragen (vgl. Abschn. B II 1 . Seite 15; Abschn. C II 2 a - Seite 58; Abschn. C III 3 a - Seite 86).

4. Vertretung des minderjährigen Anteilseigners

a. Handeln des gesetzlichen Vertreters

Der Minderjährige wird bei der Beschlussfassung durch seine Eltern vertreten (§ 1629 BGB). Die Eltern als Mitgesellschafter haben bei der Beschlussfassung die Beschränkungen nach § 1629 Abs. 2, § 1795 BGB zu beachten.⁵⁴³ Grundsätzlich gilt § 181 BGB nicht für Beschlüsse über Geschäftsführungsmaßnahmen oder sonstige, sich in den Grenzen des Gesellschaftsvertrags haltenden gemeinsamen Angelegenheiten der Abstimmung. Anders liegt es jedoch bei Entscheidungen über die Gesellschaftsgrundlagen,⁵⁴⁴ insbesondere bei Satzungsänderungen.⁵⁴⁵ Dies hat erst recht für einen Umwandlungsbeschluss zu gelten,⁵⁴⁶ denn auch hier verändern die Gesellschafter ihr Rechtsverhältnis untereinander.⁵⁴⁷ Sofern die Eltern selbst Anteilsinhaber sind, können sie nicht zugleich für sich und ihre Kinder abstimmen, da sie durch §§ 181, 1629 Abs. 2 S. 1, § 1795 Abs. 2 BGB daran gehindert sind. Die Gesellschaf-

Zur Problematik *Leitzen*, ZNotP 2010, 91.

⁵⁴¹ H. M.; *Schöner/Stöber*, Rn. 995h, 290, 359.

⁵⁴² Vgl. *Schöner/Stöber*, Rn. 955 h.

⁵⁴³ BGH, BB 1961, 304 = NJW 1961, 724 = WM 1961, 301; Palandt/*Diederichsen*, § 1795 Rn. 4.

⁵⁴⁴ *Bürger*, RNotZ 2006, 156, 171.

⁵⁴⁵ BGHZ 65, 93 = NJW 1976, 49 = WM 1975, 1128 (zu einer Kommanditgesellschaft); BGH, BB 1988, 1618 = DNotZ 1989, 26 = GmbHR 1988, 337 (zu einer GmbH); Scholz/*Winter/Seibt*, § 15 Rn. 242; Michalski/*Römermann*, § 47 Rn. 122; *Bürger*, RNotZ 2006, 156, 171.

⁵⁴⁶ Lutter/*Winter*, UmwG, § 50 Rn. 10; Lutter/*Happ*, UmwG, § 233 Rn. 43; *Gustavus*, GmbHR 1982, 10, 18.

⁵⁴⁷ Setzt die Beschlussfassung eine $\frac{3}{4}$ -Mehrheit der abgegebenen Stimmen voraus, so hat der Gesetzgeber bzw. haben die Verfasser des Gesellschaftsvertrages zum Ausdruck gebracht, dass diesem Beschluss eine besondere Bedeutung zugemessen wird.

terposition lediglich eines Elternteils reicht dabei aus, um beide Elternteile von der Vertretung auszuschließen. Allenfalls aus dem Anwendungsbereich des § 181 BGB herausfallen können solche Rechtsgeschäfte, die lediglich einen rechtlichen Vorteil gewähren.⁵⁴⁸ Eine Umwandlung ist aber i.d.R. mit Nachteilen verbunden, etwa dem Verlust der Fungibilität der Anteile bei einem Wechsel in die Rechtsform der GmbH oder der Verschlechterung der Informationsrechte bei der Umwandlung einer GmbH⁵⁴⁹ bzw. wegen der möglichen Ausfallhaftung des Minderjährigen infolge eines Verschmelzungs- sowie Kapitalerhöhungsbeschlusses (vgl. Abschn. C II 3 b aa bbb . Seite 72).

Ist die *Zustimmung* nicht erschienener Anteilsinhaber zu der Beschlussfassung notwendig (vgl. z. B. §§ 193, 233 Abs. 1 UmwG), so ist diese Erklärung ebenfalls von den Eltern als gesetzliche Vertreter des Minderjährigen abzugeben. Fraglich ist, ob § 181 BGB greift, wenn die Eltern Mitgesellschafter sind. Zustimmungserklärungen sind einseitige Willenserklärungen, die nicht gegenüber allen Gesellschaftern, sondern gegenüber dem Vertretungsorgan der Gesellschaft abzugeben ist (vgl. Abschn. D III 2 . Seite 124, 125). In diesem Fall ist § 181 BGB als formale Ordnungsvorschrift unanwendbar (vgl. Abschn. C III 4 a aa . Seite 90 ff.).⁵⁵⁰

b. Familiengerichtliche Genehmigung

Für die Anteilsinhaber der an einer Umwandlung beteiligten Rechtsträger bedeutet die Umwandlung einen erheblichen Eingriff in ihre Mitgliedschaftsrechte. Eine Unternehmensumstrukturierung kann alle Anteilsinhaber betreffen, aber auch nur die Rechte einzelner Anteilsinhaber tangieren wie z. B. der Wegfall besonderer Vorrechte, die ein Anteilseigner am übertragenden Rechtsträger inne hatte bzw. die Gewährung oder Fortführung besonderer Vorrechte am übernehmenden Rechtsträger. Von besonderem Interesse für die Anteilsinhaber des umwandelnden Rechtsträgers ist ihre künftige Beteiligung am neuen Rechtsträger. Für den minderjährigen Gesellschafter kann sich insbesondere sein Haftungsrisiko erhöhen.

⁵⁴⁸ MüKo-BGB/Schramm, § 181 Rn. 15 .

⁵⁴⁹ Lutter/Happ, UmwG, § 233 Rn. 52.

Eine spezielle gesetzliche Regelung zum Genehmigungserfordernis des Familiengerichts zu einer Umwandlung eines Rechtsträgers, an der ein Minderjähriger schon beteiligt ist, besteht nicht. Es ist daher auf die allgemeinen, zu §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 und 10 BGB entwickelten Grundsätze zurückzugreifen.

aa. Genehmigungsbedürftigkeit, §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 BGB

aaa. Verschmelzungs- und Spaltungsvorgänge

Umwandlung durch Aufnahme

Die Verschmelzung/Spaltung *zur Aufnahme* bedarf keiner familiengerichtlicher Genehmigung nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 BGB.⁵⁵¹ Es kommt weder zu einem rechtsgeschäftlichen Erwerb noch zu einer rechtsgeschäftlichen Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts; es liegt auch keine Neugründung einer Gesellschaft vor. Auch hier kann das Wortlaut-Argument aus der Rechtsprechung des BGH angewendet werden (vgl. Abschn. D I 3 b - Seite 109 ff.; Abschn. D II 3 b . Seite 117 ff.).

Umwandlung durch Neugründung

Eine familiengerichtliche Genehmigung nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB ist erforderlich für die Verschmelzung/Spaltung *zur Neugründung* einer GmbH, AG, OHG bzw. KG, da jeweils Gründungsrecht anwendbar ist.⁵⁵² Da der Umwandlungsbeschluss zugleich die Feststellung eines Gesellschaftsvertrags/Satzung enthält, bedarf ein minderjähriger Gesellschafter des neu gegründeten Rechtsträgers dieser gerichtlichen Genehmigung.⁵⁵³ Bei derartig weit reichenden Strukturmaßnahmen und fundamentalen Änderungen eines Gesellschaftsvertrags⁵⁵⁴ ist die Anwendung der §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB geboten. Für die familiengerichtliche Genehmigungsbedürftigkeit kommt es nicht auf umwandlungsrechtliche Begrifflichkeiten, sondern auf das Ausmaß inhaltlicher Veränderungen der Gesellschafterposition

⁵⁵⁰ A. A. Rust, DStR 2005, 1992; Reimann, DNotZ 1999, 179, 199.

⁵⁵¹ Soergel/Zimmermann, § 1822 Rn. 26; Lutter/Winter, UmwG, § 50 Rn. 11; Kallmeyer/Zimmermann, § 43 Rn. 18 und § 50 Rn. 12.

⁵⁵² Soergel/Zimmermann, § 1822 Rn. 26; Lutter/Winter, UmwG, § 50 Rn. 11 und § 59 Rn. 4; Kallmeyer/Zimmermann, § 43 Rn. 18; Widmann/Mayer/Vossius, § 43 Rn. 104; Werner, GmbHR 2006, 737, 741.

⁵⁵³ Lutter/Happ, UmwG, § 233 Rn. 50; Kallmeyer/Zimmermann, § 193 Rn. 13. Zum alten Recht: KG, Berlin, JW 1937, 2980; Schilling, § 16 UmwG Rn. 3; Rust, DStR 2005, 1992, 1994; Reimann, DNotZ 1999, 179, 199; Gustavus, GmbHR 1982, 10, 18.

⁵⁵⁴ Palandt/Diederichsen, 1822 Rn. 9; PWW/Bauer, § 1822 Rn. 12.

an.⁵⁵⁵ Die entscheidende Aufmerksamkeit des Familiengerichts darf nicht auf der Frage nach der rechtsdogmatischen Gestalt eines Rechtsgeschäfts liegen, sondern muss sich auf die Frage nach dem Mündelinteresse konzentrieren.⁵⁵⁶ Durch einen Genehmigungsvorbehalt wird der Minderjährige vor möglicherweise riskanten Änderungen des Gesellschaftsvertrags geschützt.⁵⁵⁷

Ein Genehmigungserfordernis nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 1. Alt. BGB kann dagegen nicht angenommen werden, da es sich um keinen Erwerb bzw. keine Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts aufgrund Rechtsgeschäfts handelt.

bbb. Formwechsel

Ein Genehmigungserfordernis nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 1. Alt. BGB scheidet hier ebenfalls aus, da es sich beim Formwechsel weder um einen Erwerb noch um eine Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts aufgrund Rechtsgeschäfts handelt.

Jedoch besteht eine Genehmigungspflicht nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB grundsätzlich für den minderjährigen Gesellschafter des *formwechselnden* Rechtsträgers,⁵⁵⁸ da der Umwandlungsbeschluss als ein die Gründung ersetzender Vorgang angesehen und daher von den Gründungsvorschriften der jeweiligen neuen Rechtsform geprägt wird (Feststellung eines Gesellschaftsvertrags/Satzung).⁵⁵⁹

Bei einem Formwechsel einer *Kapitalgesellschaft in eine Personenhandelsgesellschaft* bedarf der Gesellschaftsvertrag, der zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts eingegangen wird, daher der Genehmigung des Familiengerichts. Gegen eine Genehmigungsbedürftigkeit kann nicht das Identitätsprinzip bemüht werden. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass der Minderjährige ohne Mitwirkung des Familiengerichts an

⁵⁵⁵ Dauner-Lieb/Simon/Tettinger, § 217 Rn. 52 (zu § 1365 BGB).

⁵⁵⁶ So schon Huhn, RpfStud. 1982, 81, 85.

⁵⁵⁷ MüKo-BGB/Wagenitz, § 1822 Rn. 28.

⁵⁵⁸ Soergel/Zimmermann, § 1822 Rn. 26; Kallmeyer/Dirksen, § 217 Rn. 13; Gustavus, GmbHR 1982, 10, 18.

⁵⁵⁹ Lutter/Happ, UmwG, § 233 Rn. 50; Kallmeyer/Zimmermann, § 193 Rn. 13. Zum alten Recht: KG, Berlin, JW 1937, 2980; Schilling, § 16 UmwG Rn. 3.

der Kapitalgesellschaft beteiligt worden sein kann⁵⁶⁰ (vgl. Abschn. C II 3 b aa bbb . Seite 71 ff.). Gleiches gilt für die GbR.

Beim Formwechsel zwischen Kapitalgesellschaften ist bestritten, ob der Formwechsel einer *Kapitalgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft anderer Rechtsform* der Genehmigung nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB bedarf. Auch bei diesem Formwechsel sind nach § 197 UmwG die Gründungsvorschriften des entstehenden Rechtsträgers subsidiär anwendbar. Deshalb muss beim Formwechsel auch die Satzung der AG/GmbH mitbeurkundet werden; hierdurch entsteht der neue Rechtsträger AG/GmbH. Der Formwechsel zwischen Kapitalgesellschaften ist zwar keine Satzungsänderung, allerdings kommt er einer Satzungsänderung gleich. Folgt man der Rechtsprechung des BGH,⁵⁶¹ wonach Änderungen des Gesellschaftsvertrags nicht genehmigungsbedürftig sind (Wortlautargument des § 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB), sind auch formwechselnde oder verschmelzende Umwandlungen unter dem Aspekt der §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB genehmigungsfrei⁵⁶² (vgl. Abschn. D III 4 b . Seite 132 i. V. mit Seite 109). Auch *Klüsener*⁵⁶³ hält unter Berufung auf die Identitätswahrung der formwechselnden Gesellschaft die entsprechenden Satzungsänderungen - jedenfalls in Form von Mehrheitsbeschlüssen . nicht für familiengerichtlich genehmigungsbedürftig.

Diese Ansichten sind jedoch bedenklich. Grundsätzlich sind nach wohl h. M. auch Verträge über die Gründung von Kapitalgesellschaften nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB genehmigungsbedürftig.⁵⁶⁴ Auch wenn bei dem Formwechsel das schon vorhandene Erwerbsgeschäft in der Form der anderen Kapitalgesellschaft fortgeführt wird, ist darin im Hinblick auf die familiengerichtliche Genehmigung auch eine Neugründung einer AG bzw. GmbH mitenthalten. Durch den Abschluss der Satzung der AG/GmbH beginnt der Minderjährige zumindest neu, in der Form der anderen Kapitalgesellschaft ein Erwerbsgeschäft zu führen. Selbst der Erwerb von Aktien,

⁵⁶⁰ Lutter/Happ, UmwG, § 233 Rn. 50.

⁵⁶¹ BGHZ 38, 26 = NJW 1962, 2344 = WM 1962, 1260.

⁵⁶² So Lutter/Happ, UmwG, § 240 Rn. 24; Kallmeyer/Zimmermann, § 193 Rn. 13; Rust, DStR 2005, 1992, 1994. A. A. Scholz/Priester, § 53 Rn. 130 (9. Aufl.); Michalski/Hoffmann, § 53 Rn. 159.

⁵⁶³ Rpfleger 1990, 321, 329.

der mit dem Formwechsel im Austausch mit den GmbH-Anteilen zwingend verbunden ist, wird unter bestimmten Umständen als genehmigungsbedürftig gesehen, wenn dies wirtschaftlich dem Erwerb des von der AG betriebenen Erwerbsgeschäfts gleichkommt. Der Erwerb von GmbH-Anteilen ist dementsprechend nur dann genehmigungsbedürftig, wenn sich die Beteiligung des Minderjährigen bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise nicht als bloße Kapitalbeteiligung, sondern als Beteiligung dem von der GmbH betriebenen Erwerbsgeschäft darstellt (vgl. Abschn. C III 4 b aa bbb - Seite 97 ff.). Auch wenn beim Formwechsel quasi ein Austausch der GmbH-Anteile durch Aktien bzw. umgekehrt stattfindet, beinhaltet dieser Vorgang dennoch die ~~s~~Entäußerung%der GmbH-Anteile und den ~~s~~Erwerb%von Aktien bzw. umgekehrt. Da der Umwandlungsbeschluss Grundlagencharakter hat und als solcher als ein die Gründung ersetzender Vorgang anzusehen ist, sind die Gründungsvorschriften der jeweiligen neuen Rechtsvorschriften anwendbar und damit dann auch §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB (vgl. Abschn. B III 4 b cc . Seite 40 ff.). Die Rechtslage bzgl. der Genehmigungsbefähigung bei einem Formwechsel ist als unsicher zu bezeichnen. Bei einer derart einschneidenden Veränderung der Form der Gesellschaft, in der der Minderjährige ein Erwerbsgeschäft betreibt, muss dem Familiengericht eine Überprüfung der ursprünglichen Genehmigung zur Beteiligung an der GmbH möglich sein. Wegen der gravierenden Folgen einer fehlenden familiengerichtlichen Genehmigung kann nur ein Antrag auf gerichtliche Genehmigung dem Gebot des sichersten Weges Genüge leisten.⁵⁶⁵

bb. Genehmigungsbefähigung, §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 10 BGB

aaa. Verschmelzungs- und Spaltungsvorgänge

Umwandlung durch Aufnahme

Der Umwandlungsvorgang ist nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 10 BGB dann genehmigungsbedürftig, wenn der Minderjährige dabei eine Verbindlichkeit übernimmt, für die im Innenverhältnis zu ihm der bisherige Schuldner haftet und ersatzpflichtig ist. Das trifft zu, wenn z. B. bei einer *aufnehmenden OHG oder KG* ein Min-

⁵⁶⁴ Staudinger/*Engler* (2004), § 1822 Rn. 67; Müko-BGB/*Schwab*, § 1822 Rn. 25; Soergel/*Zimmermann*, § 1822 Rn. 24; a. A. *Winkler*, ZGR 1973, 177, 182.

⁵⁶⁵ Ebenso *Rust*, DStR 2005, 1992, 1994.

derjähriger unbeschränkt haftender Gesellschafter wird⁵⁶⁶ (vgl. Abschn. C III 4 b aa aaa . Seite 96) oder wenn bei einer *aufnehmenden GmbH* eine Haftung des Minderjährigen für ausstehende Einlageleistungen anderer Gesellschafter der aufnehmenden Gesellschaft⁵⁶⁷ (§ 24 GmbHG)⁵⁶⁸ oder für bestehende Erstattungsforderungen wegen gegen § 30 GmbHG verstoßender Zahlungen (§ 31 Abs. 3 GmbHG) in Betracht kommt⁵⁶⁹ (vgl. Abschn. C II 3 b aa bbb . Seite 72 ff.; Abschn. C III 4 b aa bbb . Seite 99).

Das vom übertragenden Rechtsträger auf den aufnehmenden Rechtsträger übergehende Vermögen stellt eine Sacheinlage dar. Bei der übernehmenden Kapitalgesellschaft ist im Rahmen einer Verschmelzung und Spaltung *zur Aufnahme* grundsätzlich ein Beschluss über die Erhöhung des Grund- bzw. Stammkapitals (Kapitalerhöhung gegen Sacheinlagen - Einbringungsgegenstand ist das Nettovermögen der übertragenden Gesellschaft⁵⁷⁰) erforderlich (vgl. Abschn. C II 1 b . Seite 54; Abschn. C II 3 b aa bbb . Seite 72 ff.). Wird im Zuge der Verschmelzung/Spaltung zur Aufnahme das Stammkapital der *GmbH* erhöht, so trifft sämtliche Gesellschafter wie Sacheinleger die gesamtschuldnerische Differenzhaftung⁵⁷¹ des § 9 GmbHG. Deckt danach das aktive Reinvermögen im Zeitpunkt der Anmeldung des Umwandlungsvorgangs zum Handelsregister nicht die Schulden und das Kapital, haben die Gründer die Differenz zwischen dem (anteiligen) Wert der Sacheinlage in Form des Anteils am Gesellschaftsvermögen und der übernommenen Sacheinlage in bar zu erbringen (§§ 56, 9, 24 GmbHG). Dies gilt für die Aktiengesellschaft entsprechend.⁵⁷² In beiden Fällen ist die gerichtliche Genehmigung nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 10 BGB notwendig⁵⁷³ (vgl. Abschn. C II 3 b aa bbb . Seite 72, 73).

⁵⁶⁶ Kallmeyer/Zimmermann, § 43 Rn. 18.

⁵⁶⁷ RGRK/Dickescheid, § 1822 Rn. 42; Kallmeyer/Zimmermann, § 43 Rn. 18 und § 50 Rn. 12; Scholz/Winter, § 50 Rn. 11.

⁵⁶⁸ Bei Kapitalerhöhungen haften alte und neue Gesellschafter ohne Unterschied im Rahmen des § 24 GmbHG für Rückstände bei allen Gesellschaftsanteilen.

⁵⁶⁹ RGRK/Dickescheid, § 1822 Rn. 42; PWW/Bauer, § 1822 Rn. 21; Palandt/Diederichsen, § 1822 Rn. 21.

⁵⁷⁰ Priester, DNotZ 1995, 427, 441.

⁵⁷¹ RGRK/Dickescheid, § 1822 Rn. 43; Kallmeyer/Kallmeyer, § 55 Rn. 5: die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers trifft die Differenzhaftung und zwar pro rata ihrer Beteiligung. Ausführlich Müller, JR 1961, 152.

⁵⁷² Priester, DNotZ 1995, 427, 452.

⁵⁷³ Kallmeyer/Zimmermann, § 50 Rn. 12 und § 59 Rn. 5.

Genehmigungsfrei ist dagegen die Erhöhung des Grundkapitals einer aufnehmenden *Aktiengesellschaft*.

Die Verschmelzung bzw. Spaltung einer Aktiengesellschaft auf eine OHG/KG ist entweder durch Aufnahme oder durch Neugründung möglich. Dem bisher nicht persönlich haftenden Aktionär der übertragenden Aktiengesellschaft ist grundsätzlich die Stellung eines Kommanditisten zu verschaffen (§ 40 Abs. 2 UmwG). Um in der übernehmenden Personenhandelsgesellschaft die Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters zu erlangen, bedarf es der ausdrücklichen Zustimmung der betroffenen Aktionäre (§ 40 Abs. 2 S. 2 UmwG). Der Eintritt des Kommanditisten setzt voraus, dass die Verschmelzung so gestaltet wird, dass für den einzelnen Aktionär eine persönliche Haftung nach § 171 Abs. 1 Hs. 2 HGB, d.h. eine persönliche Haftung mangels geleisteter Einlage von vornherein ausgeschlossen ist. Nur dann ist eine Genehmigung nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 10 BGB nicht erforderlich. Deckt der Beteiligungswert des Kommanditisten die für den Anteilsinhaber festgesetzte Hafteinlage nicht, kommt es zu einer persönlichen Haftung des Kommanditisten nach § 171 Abs. 1 HGB.⁵⁷⁴ Es ist die gerichtliche Genehmigung nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 10 BGB notwendig.⁵⁷⁵

Allein wegen der fortdauernden (fünfjährigen) Nachhaftung eines bisher bei einer übertragenden OHG/KG vorhandenen persönlich haftenden Gesellschafters ist eine Genehmigung nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 10 BGB nicht erforderlich. Die Enthafungsregelung der §§ 45, 160 UmwG gilt allerdings nur für diejenigen Gesellschafter, die aufgrund ihrer Gesellschafterstellung im übernehmenden Rechtsträger keiner persönlichen Haftung unterliegen, wie z. B. Aktionäre, GmbH-Gesellschafter und Kommanditisten. Darüber hinaus begrenzt sie aber auch die Nachhaftung des Kommanditisten, dessen Einlage ganz oder teilweise zurückgezahlt worden ist und der deshalb nach dem HGB haftet. Die 5-Jahres-Frist beginnt mit der Bekanntmachung

⁵⁷⁴ Lutter/*H. Schmidt*, UmwG, § 40 Rn. 8.

⁵⁷⁵ Kallmeyer/*Zimmermann*, § 50 Rn. 12 und § 59 Rn. 5 (für die GmbH).

der Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister der übernehmenden GmbH.

Umwandlung durch Neugründung

Die Verschmelzung und Spaltung *zur Neugründung* ist der Verschmelzung und Spaltung durch Aufnahme nachgebildet. Bei einer Kapitalgesellschaft als neugegründetem Rechtsträger tritt lediglich an die Stelle der Kapitalerhöhung zur Durchführung der Umwandlung die Sachgründung einer GmbH/AG. Bei einer übertragenden Umwandlung eines Rechtsträgers *durch Neugründung* eines Rechtsträgers gilt Gründungsrecht.⁵⁷⁶ Die Vorschrift des § 9a GmbHG ist entsprechend anwendbar (§§ 36, 135, 197 UmwG).⁵⁷⁷ Was Inhalt der Gründerverantwortung ist, ergibt sich bei einer Verschmelzung aus § 36 UmwG und bei einer Spaltung aus § 135 UmwG; diese Vorschriften bestimmen, dass auf den Umwandlungsvorgang die für die neue Rechtsform geltenden Gründungsvorschriften anzuwenden sind, insbesondere ist bei einer GmbH die mögliche Differenzhaftung zu beachten⁵⁷⁸ (vgl. dazu im Einzelnen Abschn. C II 3 b aa bbb . Seite 72 ff.; Abschn. C III 4 b aa bbb . Seite 99). Damit ist zur Stimmabgabe des Minderjährigen durch seinen gesetzlichen Vertreter die gerichtliche Genehmigung nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 10 BGB notwendig.⁵⁷⁹

bbb. Formwechsel

Bei einem Formwechsel kann auch eine Genehmigung des Familiengerichts nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 10 BGB notwendig werden, wenn den Minderjährigen eine persönliche Haftung trifft (vgl. Abschn. B III 4 b aa, cc . Seite 35 bis 38, 42). Dies kann vorkommen bei einem Formwechsel von OHG oder KG in eine GmbH⁵⁸⁰/AG und umgekehrt⁵⁸¹ sowie bei einem Formwechsel einer GmbH/AG in eine GbR, weil bei dem Umwandlungsvorgang Gründungsvorschriften anwendbar sind.⁵⁸²

⁵⁷⁶ Lutter/Winter, UmwG, § 50 Rn. 11 und § 59 Rn. 4; Kallmeyer/Zimmermann, § 43 Rn. 18; Widmann/Mayer/Vossius, § 43 Rn. 104.

⁵⁷⁷ Scholz/Winter/Veil, § 9a Rn. 2.

⁵⁷⁸ Kallmeyer/Zimmermann, § 59 Rn. 5.

⁵⁷⁹ Kallmeyer/Zimmermann, § 59 Rn. 5.

⁵⁸⁰ Dazu OLG Stuttgart, OLGZ 1978, 426 = GmbHR 1980, 102 = MittBayNot 1979, 239.

⁵⁸¹ Gustavus, GmbHR 1982, 10, 18.

⁵⁸² Z. B. §§ 197, 219, 220 UmwG.

Auf den Formwechsel sind gem. § 197 UmwG die für die neue Rechtsform geltenden Gründungsvorschriften anzuwenden.⁵⁸³ Die Gründerhaftung trifft nur einen der Umwandlung zustimmenden Gesellschafter (§ 219 UmwG). Der nicht zustimmende oder widersprechende Gesellschafter unterliegt dieser Haftung selbst dann nicht, wenn er in der Gesellschaft neuer Rechtsform verbleibt.⁵⁸⁴ Eine familiengerichtliche Genehmigung ist dann nicht erforderlich⁵⁸⁵ (zur Abfindung und zum Ausscheiden des minderjährigen Gesellschafters vgl. Abschn. D III 4 b cc . Seite 140 ff.). Wenn dagegen dem Umwandlungsbeschluss im Namen des Minderjährigen zugestimmt wird, ist die gerichtliche Genehmigung nötig.

Als Rechtsgrundlagen für eine Haftung der als Gründer geltenden Gesellschafter kommen § 9a GmbH und § 46 AktG in Betracht. Demnach besteht eine verschuldensunabhängige gesamtschuldnerische Haftung gegenüber der Gesellschaft, wenn zum Zweck der Errichtung der Gesellschaft falsche Angaben gemacht werden (sog. Gründungshaftung). Diese Haftung besteht auch für falsche Angaben bei dem nach § 220 Abs. 2 UmwG zu erstellenden Gründungsbericht. Es kann auch eine sogenannte Differenzhaftung in Betracht kommen und zwar eine Haftung der Gesellschafter in Geld, wenn der Wert einer Sacheinlage im Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister nicht den Betrag der dafür übernommenen Stammeinlage erreicht (vgl. Abschn. B III 4 b cc aaa . Seite 40 ff.); sämtliche Mitgesellschafter haften für die Aufbringung des Differenzbetrags, den der Sacheinleger schuldet.⁵⁸⁶ Unabhängig von der Differenzhaftung nach § 9 GmbHG besteht eine Unterbilanzhaftung der Gesellschafter, wenn im Zeitpunkt der Eintragung in das Handelsregister das Aktivreinvermögen die Stammkapitalziffer rechnerisch wertmäßig nicht deckt. Gleiches gilt auch für die Aktiengesellschaft.⁵⁸⁷ Dagegen

⁵⁸³ Beim Formwechsel einer AG in eine GmbH werden die Aktionäre den Gründern nicht gleichgestellt, so Lutter/Happ, UmwG, § 245 Rn. 24.

⁵⁸⁴ Lutter/Joost, UmwG, § 217 Rn. 17.

⁵⁸⁵ OLG Stuttgart, OLGZ 1978, 426 = GmbHR 1980, 102 = MittBayNot 1979, 239; Lutter/Joost, UmwG, § 217 Rn. 9; Semler/Stengel/Schlitt, § 217 Rn. 27; Kallmeyer/Dirksen, § 217 Rn. 13; Dauener-Lieb/Simon/Tettinger, § 217 Rn. 50. Dazu Klüsener, Rpfleger 1990, 321, 329: für die familiengerichtliche Kontrolle bleibt kein Raum, wenn die im UmwG vorgesehene Einstimmigkeit einer Verschmelzung (§§ 46 ff. UmwG) gesellschaftsvertraglich zugunsten einer Mehrheitsentscheidung abbedungen ist.

⁵⁸⁶ Scholz/Winter, § 51 Rn. 5.

⁵⁸⁷ Lutter/Joost, UmwG, § 219 Rn. 4; Priester, DNotZ 1995, 427, 452.

scheidet die Handelndenhaftung nach § 11 Abs. 2 GmbHG, § 41 Abs. 1 S. 2 AktG aus, weil die Geschäftsführung vor dem Wirksamwerden des Formwechsels allein für den Rechtsträger bisheriger Rechtsform erfolgt.

Strittig ist, ob trotz des Wortlauts von § 219 S. 1 UmwG auch der Kommanditist als Gründer anzusehen ist, so dass ihn die Gründungsverantwortlichkeit trifft⁵⁸⁸ (vgl. Abschn. B III 4 b aa ccc . Seite 37). Bei einem Formwechsel von der *GmbH zu einer Kommanditgesellschaft* übernehmen deren Gesellschafter mit der Umwandlung die . bisher fremden . Verbindlichkeiten der GmbH nunmehr als eigene. Das gilt auch für die Kommanditisten, die bis zur Höhe ihrer Einlage nach § 171 HGB persönlich für die Gesellschaftsschulden haften. Der Ausschluss der Haftung, solange die Einlage geleistet ist, ändert hieran nichts.⁵⁸⁹

Eine Genehmigungsbedürftigkeit aus §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 10 BGB ergibt sich auch bei der formwechselnden Umwandlung einer *AG in eine GmbH*, sofern die Aktionäre ihre Einlage noch nicht voll erbracht haben, wegen der dann in der GmbH drohenden Solidarhaftung⁵⁹⁰ (vgl. Abschn. B III 4 b cc aaa - Seite 42).

Beim Formwechsel einer *Kapitalgesellschaft in eine GbR* wandelt sich der Gläubigerschutz von der Kapitalbindung in eine persönliche Haftung der Gesellschafter um. Aus der Übernahme der unbeschränkten Haftung für Gesellschaftsschulden - unabhängig vom Gesellschaftszweck⁵⁹¹ - folgt das Genehmigungserfordernis aus §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 10 BGB (vgl. Abschn. B III 4 b aa aaa . Seite 35 bis 36).

cc. Sonderfall: Ausscheiden gegen Barabfindung

Durch den Umwandlungsvorgang kann sich das Haftungsrisiko des Minderjährigen künftig beim aufnehmenden/neuerrichteten/formwechselnden Rechtsträger erweitern. Das UmwG sieht deshalb auch die Möglichkeit des Ausscheidens umwandlungsunwilliger Anteilsinhaber gegen eine angemessene Barabfindung vor (§§ 29, 207

⁵⁸⁸ So die h. M., kritisch dazu Lutter/Joost, UmwG, § 219 Rn. 5 m. N.

⁵⁸⁹ Gustavus, GmbHR 1982, 10, 18; zweifelnd KG Berlin, JW 1937, 2980.

⁵⁹⁰ Lutter/Happ, UmwG, § 240 Rn. 25; Kallmeyer/Zimmermann, § 193 Rn. 13.

⁵⁹¹ Lutter/Happ, UmwG, § 233 § 50.

UmwG). Erklärt der Minderjährige etwa in der Gesellschafterversammlung zur Beschlussfassung zu einem Umwandlungsvorgang Widerspruch (§§ 29, 125, 207 UmwG) zum notariellen Versammlungsprotokoll, so hat er einen Abfindungsanspruch gegen den aufnehmenden/neuerrichteten/formwechselnden Rechtsträger. Die Barabfindung wird in zwei Schritten durchgeführt, nämlich durch Annahme des Barabfindungsangebots und Übertragung des Gesellschaftsanteils,⁵⁹² den der widersprechende minderjährige Anteilsinhaber mit dem Wirksamwerden der Umwandlung von Gesetzes wegen an dem übernehmenden Rechtsträger erworben hat. Die Übertragung auf den übernehmenden Rechtsträger geschieht nach den für den jeweiligen Anteil geltenden Regeln. Bis dahin besteht für den Minderjährigen ein mit der Gesellschafterstellung im aufnehmenden/neuerrichteten/formwechselnden Rechtsträger verbundenes Haftungsrisiko, insbesondere in der GmbH nach §§ 24, 30, 31 Abs. 3 GmbHG,⁵⁹³ was zum Genehmigungserfordernis nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 10 BGB führt. Man kann aber auch argumentieren, das Ausscheiden sei eine Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts.⁵⁹⁴ Eine Genehmigungspflicht für die Übertragung des Gesellschaftsanteils des Minderjährigen kann sich dann auch aus §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 1. Alt. BGB ergeben.⁵⁹⁵

dd. Genehmigung für Zustimmungs-/Verzichtserklärungen

Ist die *Zustimmung* nicht erschienener Anteilsinhaber zu der Beschlussfassung notwendig (vgl. z. B. §§ 43, 45d, 125, 193, 233 Abs. 1 UmwG), so ist diese für den Umwandlungsvorgang materiell-rechtlich erforderliche Erklärung nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 bzw. Nr. 10 BGB zu genehmigen. Die Zustimmung des Anteilseigners ist Ausdruck des grundsätzlichen Einstimmigkeitsprinzips bei Umwandlungsvorgängen und seiner zustimmenden Stimmabgabe bei einer Beschlussfassung in der Gesell-

⁵⁹² § 15 Abs. 3 GmbHG, bei einer AG Übertragung der Aktienurkunden (§ 929 BGB), bei Nichtvorhanden solcher gem. §§ 398, 413 AktG.

⁵⁹³ Lutter/*Grunewald*, UmwG, § 31 Rn. 8.

⁵⁹⁴ So Staudinger/*Engler* (2004), § 1822 Rn. 50 zum Ausscheiden eines Mündels aus einer OHG gegen eine Abfindung, dazu RGZ 122, 370; RGRK/*Dickescheid*, § 1822 Rn. 20.

⁵⁹⁵ Der BGH, DNotZ 2004, 152 = ZEV 2003, 375 bejaht z. B. die Anwendung des § 1822 Nr. 3 BGB, wenn die Beteiligung des Minderjährigen an der GmbH 50% übersteigt, oder nur Minderjährige an der GmbH beteiligt sind. Michalski/*Ebbing*, § 15 Rn. 168, hält die Vorschrift nur für anwendbar, wenn der Minderjährige nahezu sämtliche Anteile der Gesellschaft veräußert, denn die Veräußerung eines Geschäftsanteils sei weder mit dem Abschluss eines Gesellschaftsvertrags zum Betrieb

schafterversammlung gleichzusetzen. Das Zustimmungserfordernis nach § 40 Abs. 2 S. 2 UmwG besteht, weil kein bisher beschränkt haftender Anteilsinhaber eines übertragenden Rechtsträgers durch die Umwandlung die Stellung eines unbeschränkt haftenden Gesellschafters aufgedrängt bekommen soll; die Genehmigungsbedürftigkeit dieser Zustimmung ergibt sich aus §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 10 BGB.

Anteilseigner können auf einen Umwandlungsbericht und Prüfbericht zum Umwandlungsbericht verzichten. Fraglich ist, ob dieser Verzicht gerichtlich zu genehmigen ist. Dies ist zu verneinen. Erst bei dem Umwandlungsvorgang als solchem ist zu prüfen, ob dieser einen Genehmigungstatbestand von §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 bzw. Nr. 10 BGB erfüllt. Ebenso bedarf ein Verzicht des Minderjährigen auf alle durch Gesetz oder Satzung vorgeschriebenen Formen und Fristen . wie dies bei Beschlüssen der Gesellschafter oft üblich ist - keiner familiengerichtlichen Genehmigung, da dieser allein noch keine Verpflichtung des Minderjährigen begründet.

ee. Genehmigungsfähigkeit des Umwandlungsvorgangs

Bei den Umwandlungsvorgängen nach dem UmwG handelt es sich um Maßnahmen, die tief greifend in die Struktur und das materielle Satzungsrecht einer Gesellschaft eingreifen. Das Familiengericht hat im Genehmigungsverfahren bei allen Umwandlungsvorgängen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gesellschafter zu prüfen. Der Charakter der (Familien-)Gesellschaft, die Grundzüge der Gesellschaftsorganisation, die Kompetenzen der Gesellschaftsorgane und die Rechtsposition der einzelnen Gesellschafter, insbesondere des minderjährigen Gesellschafters, sind zu berücksichtigen.⁵⁹⁶ Die Festlegung des Umtauschverhältnisses bzw. des neuen Anteilsverhältnisses beim Formwechsel steht im Zentrum einer Umwandlung. Das „Umtauschverhältnis“ bei Anteilen bestimmt die Wertigkeit von Leistung (übertragenes Vermögen) und Gegenleistung (Gewährung von Anteilen des übernehmenden Rechtsträgers). Der Anteilstausch darf bei den Gesellschaftern der beteiligten Rechtsträger nicht zu Einbußen an bestehenden Mitgliedschaftsrechten führen. Die Kriterien für die Feststellung der Angemessenheit des Umtauschverhältnisses und für

eines Erwerbsgeschäfts noch grundsätzlich mit der Übertragung eines Erwerbsgeschäfts gleichzustellen.

die Bestimmung der Angemessenheit einer Barabfindung sind dieselben und ergeben sich aus dem Umwandlungsbericht und dem Prüfbericht zum Umwandlungsbericht. Gesetzlich festgelegte Berichts- und Prüfungspflichten sollen die ordnungsmäßige Durchführung der Umwandlung sicherstellen. Das Gewicht des Umwandlungsberichts liegt auf der Erläuterung der wirtschaftlichen Bedeutung der Umwandlung, der Information über die beteiligten Unternehmen und der Begründung der Wertfindung, die bei Verschmelzungen und Spaltungen dem vereinbarten Umtauschverhältnis und einem eventuellen Abfindungsangebot zugrunde liegt. Wenn Anteilseigner auf solche Unterlagen verzichten, verlieren sie mit diesem Bericht bzw. Prüfungsbericht ein wesentliches Element der Richtigkeitsgewähr für ihr Umtauschverhältnis bzw. für die angebotene Abfindung.⁵⁹⁷ Ein solcher Verzicht wird das Genehmigungsverfahren erschweren; das Gericht müsste zumindest . ähnlich einem Umwandlungsbericht - Informationen erhalten und eine isolierte Prüfung der Angemessenheit des Umtauschverhältnisses bzw. einer Barabfindung vornehmen, wobei die Grundsätze ordnungsmäßiger Unternehmensbewertung zu beachten sind. Ohne sachverständige Hilfe wird oftmals eine Markt- und Unternehmensanalyse nicht möglich sein. Bei einer Barabfindung hat der ausscheidende Gesellschafter Anspruch auf den vollen wirtschaftlichen Wert seiner Anteile. Das Gericht wird kaum in der Lage sein, die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses oder der Barabfindung selbst abschätzen zu können. Schließlich geht es um den Schutz des minderjährigen Anteilsinhabers vor einer unzureichenden Gegenleistung für einen im Zuge der Umwandlung verlorenen Anteil. Etwas anderes kann nur gelten, wenn der Anteilserwerb bzw. das Angebot so großzügig bemessen ist, dass ein Prüfer nur die Unangemessenheit mit umgekehrten Vorzeichen feststellen würde.

Das Familiengericht entscheidet nach hinreichender Sachaufklärung im Wege der Ermessensentscheidung, ob das genehmigungsbedürftige Geschäft unter Berücksichtigung aller Umstände im Interesse des Minderjährigen steht.⁵⁹⁸ Dabei werden mögliche Erträge, Gewinnchancen, Substanzsteigerungen, Risiken, steuerliche Folgen, aber auch Vorteile ideeller Art wie Familieninteressen berücksichtigt. Es genügt,

⁵⁹⁶ BGHZ 85, 350 = BB 1983, 722 = NJW 1983, 1056 = WM 1983, 208.

⁵⁹⁷ Lutter/*Grunewald*, UmwG, § 30 Rn. 9.

wenn im Ganzen gesehen der Umwandlungsvorgang für den Minderjährigen vorteilhaft,⁵⁹⁹ zweckmäßig und nützlich ist.

Im wirtschaftlichen Verkehr bedeutet die Einschaltung des Familiengerichts oft eine Erschwerung der Verfahrensabläufe. Die darin für den Minderjährigen liegende Gefahr hat der Gesetzgeber erkannt: Die Motive sprechen sich deshalb ausdrücklich dagegen aus, dass die Familiengerichte bei Erteilung der Genehmigung zum Nachteile des Mündels zu ängstlich verfahren.⁶⁰⁰ Der auch im Minderjährigenschutzrecht zu beachtende Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kann es gebieten, auch bei beachtlichem Geschäftsrisiko die Genehmigung dennoch zu erteilen, wenn Auflagen die Gefahren ausschließen oder kontrollierbar machen.⁶⁰¹ Die Genehmigung ist jedoch dann zu versagen, wenn das gleiche wirtschaftliche Ziel unzweifelhaft mit einem weniger riskanten oder aufwändigeren Geschäft erreicht werden kann.⁶⁰²

5. Fehlerhafte Umwandlungsvorgänge

Mängel der notariellen Beurkundung des Umwandelungsgeschäfts sowie ggf. erforderlicher Zustimmungen oder Verzichtserklärungen der Anteilshaber werden mit der Eintragung geheilt, ebenso sonstige Mängel des Umwandlungsvorgangs.⁶⁰³ Es kommt zu einem umfassenden Bestandsschutz unabhängig von der Art und Schwere der Mängel. Die Wirkungen der Umwandlung können nicht mehr rückgängig gemacht werden (Irreversibilität der Registereintragung).⁶⁰⁴ Dies entspricht der allgemeinen Tendenz, gesellschaftsrechtliche Akte möglichst zu erhalten. Der Minderjährigenschutz hat hier zurückzutreten.

IV. Umwandlung der Stillen Beteiligung

Die stille Gesellschaft ist als Innengesellschaft materiell rechtsunfähig und damit auch kein umwandlungsfähiger Rechtsträger. Umwandlungen nach dem Umwand-

⁵⁹⁸ OLG Bremen, MittRhNotK 1999, 284 = NJW-RR 1999, 876.

⁵⁹⁹ OLG Zweibrücken, FamRZ 2001, 181 = NJW-RR 2001, 145 = ZEV 2001, 76.

⁶⁰⁰ Zitiert nach *Huhn*, RpfStud 1982, 81, 84, dieser zitiert aus *Mugdan*, Motive IV, 604.

⁶⁰¹ So *Müller-Engelmann*, RpfStud. 1992, 49, 58.

⁶⁰² MüKo-BGB/*Wagenitz*, § 1822 Rn. 20.

⁶⁰³ §§ 20, 125, 202 UmwG.

⁶⁰⁴ Zu Ausnahmen vom Bestandsschutz *Lutter/Decher*, UmwG, § 202 Rn. 50.

lungsgesetz sind ihr verschlossen. Möglich ist aber die sog. sUmwandlung der stillen Beteiligung⁶⁰⁵ Die Vertragspartner einer stillen Gesellschaft können vereinbaren, dass die stille Beteiligung in einen Gesellschaftsanteil des Geschäftsinhabers umgewandelt werden soll. Dies geschieht entweder durch die Aufnahme des stillen Gesellschafters in das Geschäft eines Einzelkaufmanns oder durch die Aufnahme des Stillen in eine Personenhandelsgesellschaft oder Kapitalgesellschaft.

1. Aufnahme des Stillen durch Einzelkaufmann

a. Aufnahmevertrag

Ein Sonderfall der Gründung einer Personenhandelsgesellschaft ist der Eintritt eines Gesellschafters in das Unternehmen eines Einzelkaufmanns. Sie stellt eine Variante zur Umwandlung eines einzelkaufmännischen Unternehmens in eine Personenhandelsgesellschaft dar, die sich außerhalb des UmwG abspielt.⁶⁰⁶ Der vormals minderjährige stille Gesellschafter kann von einem Einzelkaufmann in sein bereits bestehendes einzelkaufmännisches Unternehmen aufgenommen werden (§ 24 Abs. 1 1. Alt., § 28 HGB). Eine OHG entsteht, wenn der Stille als persönlich haftender Gesellschafter in das Einzelunternehmen des Kaufmanns eintritt; eine KG wird gebildet, wenn der Stille als Kommanditist von dem Einzelkaufmann aufgenommen wird. Der Eintritt des vormals minderjährigen stillen Gesellschafters setzt den Abschluss eines Gesellschaftsvertrages mit dem bisherigen Geschäftsinhaber voraus, § 105 Abs. 3, § 161 Abs. 2 HGB, § 705 BGB (vgl. im Übrigen Abschn. B I 1 b . Seite 10).

b. Form des Aufnahmevertrags

Gesellschaftsrechtlich ist der Eintritt in das Geschäft eines Einzelkaufmanns die Neugründung einer Personenhandelsgesellschaft mit der Besonderheit, dass das bisherige Einzelunternehmen des Geschäftsinhabers als Sacheinlage in das Gesellschaftsvermögen eingebracht wird.⁶⁰⁷ Gesetzliche Form- und Zustimmungserfordernisse für den Aufnahmevertrag bestehen grundsätzlich nicht (§ 105 Abs. 3, § 161 Abs. 2 HGB, § 705 BGB). Gehört zum bisherigen Einzelunternehmen ein Grund-

⁶⁰⁵ MüKo-HGB/K. Schmidt, § 234 Rn. 61.

⁶⁰⁶ BeckPersGes-HB/Sauter, § 2 Rn. 180.

⁶⁰⁷ BeckPersGes-HB/Sauter, § 2 Rn. 182.

stück, so ist für den Gesellschaftsvertrag die Formvorschrift des § 311b Abs. 1 BGB zu beachten, denn der Einzelkaufmann verpflichtet sich zur Übertragung seines Grundstücks an die Gesellschaft, die ein selbstständiges Gesellschafts- (Sonder)Vermögen hat. Diese formbedürftige Einbringungsverpflichtung erfasst im Zweifel den ganzen Aufnahmevertrag. Die Einbringung erfolgt im Wege der Einzelrechtsnachfolge nach sachenrechtlichen Grundsätzen durch Einzelübertragung aller zum bisherigen Einzelunternehmen gehörenden Aktiva und Passiva. Bei Gründungsmängeln finden die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft Anwendung, wobei allerdings der Minderjährigenschutz Vorrang hat (vgl. Abschn. B IV . Seite 48 bis 50).

Die Änderung der Inhaberschaft des Unternehmens ist vom bisherigen Geschäftsinhaber und dem vormaligen minderjährigen stillen Gesellschafter zum *Handelsregister* anzumelden (§§ 31, 107, 108, 161 Abs. 2, § 162 HGB). Die Firma kann mit der bisherigen Bezeichnung fortgeführt werden (§ 24 HGB). Es ist jetzt aber erforderlich, dass der Firma der Zusatz OHG bzw. KG beigefügt wird (§ 19 HGB). Wird vom Geschäftsinhaber ein Grundstück eingebracht,⁶⁰⁸ so erfolgt der Erwerb der Gesellschaft mittels Auflassung (§ 925 BGB⁶⁰⁹) und Eintragung im *Grundbuch* (§ 873 BGB, § 15 Abs. 1 Buchst. b GBV).

c. Vertretung des Minderjährigen

Der in die Personenhandelsgesellschaft eintretende vormalige stille Gesellschafter als Minderjähriger wird beim Abschluss des Aufnahmevertrags von seinem gesetzlichen Vertreter vertreten (vgl. Abschn. B III . Seite 15 ff.). Für die Aufnahme des Minderjährigen ist die familiengerichtliche Genehmigung erforderlich (vgl. allgemein Abschn. B III 4 b . Seite 34 ff. und bzgl. § 1822 Nr. 10 BGB Abschn. C II 3 b aa aaa . Seite 70).

⁶⁰⁸ RGZ 56, 99; 65, 227, 233; Staudinger/*Pfeifer* (2004), § 925 Rn. 25; MüKo-BGB/*Kanzleiter* (5. Aufl. 2009), § 925 Rn. 7; Meikel/*Böttcher*, § 20 Rn. 37. Mit der Gründung einer Personengesellschaft wird ein Sondervermögen gebildet, das vom Privatvermögen der Gesellschafter zu trennen ist und besonderen Regeln unterliegt, OLG Hamm, OLGZ 1983, 288 = DNotZ 1983, 750 = MDR 1983, 933 = Rpfleger 1983, 432.

⁶⁰⁹ Vgl. auch BGHZ 22, 317 = WM 1957, 126.

2. Eintritt in eine Personenhandelsgesellschaft

a. Aufnahmevertrag

Die Aufnahme des stillen Gesellschafters als persönlich haftender Gesellschafter einer OHG/KG oder als Kommanditist einer KG vollzieht sich nach den Grundsätzen, die für den Eintritt eines Gesellschafters in die entsprechende Personengesellschaft gelten, §§ 28, 130, 173 HGB (vgl. im Einzelnen die Ausführungen in Abschn. C II 1 a . Seite 52 bis 54). Es ist ein Aufnahmevertrag abzuschließen zwischen dem vormals stillen Gesellschafter und den Gesellschaftern der Personenhandelsgesellschaft. Eine Auseinandersetzung der stillen Gesellschaft gemäß § 235 HGB findet nicht statt. Die Vermögenseinlage des stillen Gesellschafters wird zu seinem Anteil am Betriebsvermögen der OHG oder KG. Rechtlich handelt es sich um die Einbuchung eines Komplementär- bzw. Kommanditanteils durch Umwandlung seines Guthabens auf sein Kapitalkonto, d. h. das Einlagekonto, das bisher den Charakter eines Gläubigerkontos (Fremdkapital, stille Einlage) hatte, wird nunmehr als echtes Kapitalkonto weitergeführt (Sacheinlage).⁶¹⁰

b. Form des Aufnahmevertrages

Besondere gesetzliche Form- und Zustimmungserfordernisse für den Aufnahmevertrag bestehen nicht. Der Eintritt des minderjährigen vormaligen stillen Gesellschafters bei einer OHG oder KG ist in das *Handelsregister* einzutragen (vgl. Abschn. C II 2 a . Seite 58). Bei einer grundbesitzenden Personenhandelsgesellschaft ist eine Eintragung im *Grundbuch* . mangels eingetragener Gesellschafter . nicht möglich (vgl. Abschn. C II 2 a . Seite 58 ff.).

c. Vertretung des Minderjährigen

aa. Handeln des gesetzlichen Vertreters

Die notwendige Willenserklärung zum Abschluss des Aufnahmevertrags wird durch den gesetzlichen Vertreter abgegeben. Ist dieser Mitgesellschafter, so ist er gemäß §§ 1629, 1795, 181 BGB von der Vertretung ausgeschlossen und ein Ergänzungs-

⁶¹⁰ Paulick/Blaurock, § 16 II 13.

pfleger nach § 1909 BGB zu bestellen (vgl. Abschn. C II 3 a aa . Seite 64 bis 66). Erfüllt der gesetzliche Vertreter lediglich eine Verbindlichkeit des Geschäftsinhabers oder des Minderjährigen, so besteht ausnahmsweise das Vertretungsverbot nicht; eine solche Ausnahme könnte bestehen, wenn der Gesellschaftsvertrag der OHG/KG und/oder der Vertrag über die stille Gesellschaft eine entsprechende Verpflichtung bei Eintritt einer Bedingung oder einer Fristsetzung enthielte.

bb. Familiengerichtliche Genehmigung

Nicht genehmigungsbedürftig nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 1. Alt. BGB sind die auf Auflösung des Erwerbsgeschäfts gerichteten Verträge, demnach auch nicht die Aufhebung der stillen Gesellschaft; die Auflösung eines Erwerbsgeschäfts ist nicht seiner Veräußerung gleichzusetzen.⁶¹¹

Da das Genehmigungserfordernis der §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB jedoch jede Beteiligung des Minderjährigen an einer Personengesellschaft durch Gesellschaftsvertrag erfasst, wird für den Beitritt des vormals stillen Gesellschafters zu der Personenhandelsgesellschaft die familiengerichtliche Genehmigung benötigt (vgl. Abschn. C II 3 b aa aaa . Seite 68 bis 70).

Erhält der stille Gesellschafter die Rechtsstellung eines persönlich haftenden Gesellschafters, so gilt § 130 HGB. Der Beitritt des vormals stillen Gesellschafters bedarf dann der familiengerichtlichen Genehmigung nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 10 BGB (vgl. Abschn. C II 3 b aa aaa . Seite 70). Wird die stille Beteiligung in eine Kommanditeinlage umgewandelt, haftet der stille Gesellschafter wie ein neu eintretender Kommanditist für die vor seinem Eintritt begründeten Gesellschaftsverbindlichkeiten mit seinem privaten Vermögen, jedoch nicht über die eingetragene Haftsumme hinaus, § 173 Abs. 1 HGB. Hinzu kommt aber, dass ein zu einer Kommanditgesellschaft beitretender Kommanditist für die Zeit zwischen seinem Eintritt und seiner Eintragung in das Handelsregister begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft gemäß § 176 Abs. 2 HGB gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter haftet, wenn dem je-

⁶¹¹ BGHZ 52, 316 = DNotZ 1970, 298 = NJW 1970, 33 = WM 1969, 1280; Staudinger/Engler (2004), § 1822 Rn. 59; MüKo-BGB/Wagenitz, § 1822 Rn. 20.

weiligen Gläubiger nicht die Kommanditisteneigenschaft bekannt war. Das Familiengericht darf daher eine Kommanditbeteiligung nur genehmigen, wenn die bezeichneten Risiken ausgeschlossen sind.⁶¹² Dies kann durch Vereinbarung einer entsprechenden Handelsregistereintragung als aufschiebende Bedingung der Beteiligung geschehen⁶¹³ (vgl. Abschn. C II 3 b aa aaa . Seite 70 und 71).

Zur Genehmigungsfähigkeit des Beitritts zu einer Personenhandelsgesellschaft wird auf die Ausführungen in Abschn. C II 3 b bb - Seite 74 verwiesen.

3. Eintritt in eine GmbH bzw. Aktiengesellschaft

a. Aufnahmevertrag

Die stille Beteiligung an einer Aktiengesellschaft wird als Unternehmensvertrag (Teilgewinnabführungsvertrag) i. S. der §§ 292 ff. AktG qualifiziert.⁶¹⁴ Bestritten⁶¹⁵ ist, ob diese aktienrechtlichen Vorschriften auch auf die GmbH anwendbar sind, was nach Ansicht des BayObLG⁶¹⁶ zu verneinen ist. Ein solcher Unternehmensvertrag kann von den Vertragspartnern aufgehoben werden, § 296 AktG. Durch eine Vereinbarung des Geschäftsinhabers (bei einer Aktiengesellschaft vertreten durch dessen Vorstand) und des Stillen wird demnach die stille Gesellschaft (zum Ende des Geschäftsjahres (§ 296 Abs. 1 S. 1 AktG) aufgehoben und das Auseinandersetzungsguthaben der stillen Gesellschaft entsprechend den für jede Gesellschaftsform geltenden Vorschriften eingebracht. Der ehemalige Stille übernimmt in Höhe des zu vereinbarenden Wertes seiner stillen Beteiligung eine Einlage bei der Kapitalgesellschaft gegen Gewährung von Anteilen an der Kapitalgesellschaft (vgl. im Einzelnen die Ausführungen in Abschn. C II 1 b . Seite 54). Wiederum geht es nicht um eine Umwandlung der stillen Gesellschaft, sondern um die Verwendung der stillen Einlage als Kapitaleinlage (Sacheinlage zur Kapitalerhöhung).

⁶¹² So OLG Köln, OLGZ 1976, 306; a. A., aber aus heutiger Sicht zweifelhaft, BayObLGZ 1976, 281.

⁶¹³ MüKo-HGB/K. Schmidt, § 234 Rn. 61; MüHdb. GesellschaftsR Bd. 2/Bezzenger/Keul, § 88 Rn. 29; vgl. auch Abschn. C II 3b aa aaa.

⁶¹⁴ Hüffer, § 292 Rn. 16.

⁶¹⁵ Dazu Gutachten DNotl-Report 2004, 57.

⁶¹⁶ NotBZ 2003, 197 = Rpfleger 2003, 445.

b. Form des Aufnahmevertrags

Der Aufhebungsvertrag bedarf bei einer Aktiengesellschaft als Geschäftsinhaber gemäß § 296 Abs. 1 S. 3 AktG der Schriftform. Bei analoger Anwendung der aktienrechtlichen Vorschriften auf eine GmbH wäre die Schriftform auch bei einer GmbH einzuhalten. Die Eintragung der Aufhebung des Unternehmensvertrags in das *Handelsregister* (§ 298 AktG) hat nur deklaratorische Bedeutung. Für die Gewährung der neuen Gesellschaftsrechte des vormals stillen Gesellschafters hat die Kapitalgesellschaft die Bestimmungen und Formvorschriften der Kapitalerhöhung zu beachten (§§ 55 GmbHG, §§ 182 ff. AktG). Hierbei müssen die Grundsätze der Sachkapitalerhöhung eingehalten werden⁶¹⁷ (vgl. Abschn. C II 2 b . Seite 60 bis 63). Eine *Grundbuchberichtigung* ist mangels Buchung von Gesellschaftern bei Kapitalgesellschaften nicht erforderlich, aber auch nicht zulässig.

c. Vertretung des Minderjährigen

aa. Handeln des gesetzlichen Vertreters

Bei der Vereinbarung der Aufhebung der stillen Gesellschaft und damit des Unternehmensvertrages sowie bei der Abgabe der Übernahmeerklärung nach § 55 Abs. 1 GmbHG bzw. der Zeichnungserklärung nach § 185 Abs. 1 S. 1 AktG wird der Minderjährige von seinem gesetzlichen Vertreter vertreten. Ist dieser bei einer GmbH selbst Mitgesellschafter, so ist fraglich, ob das Mehrfachvertretungsverbot des § 181 BGB greift und ein Ergänzungspfleger nach § 1909 BGB zu bestellen ist, was wohl als sicherster Weg zu empfehlen ist (vgl. Abschn. C II 3 a bb . Seite 66 ff.). Bei einer Aktiengesellschaft kommt es nur dann zu einem Interessenkonflikt nach § 181 BGB, wenn der gesetzliche Vertreter Vorstand der Aktiengesellschaft ist (vgl. Abschn. C II 3 a bb . Seite 68).

bb. Familiengerichtliche Genehmigung

Nicht genehmigungsbedürftig nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 1. Alt. BGB sind die auf Auflösung des Erwerbsgeschäfts gerichteten Verträge, demnach auch nicht die

⁶¹⁷ Schlegelberger/K. Schmidt, § 234 Rn. 57; MüKo-BGB/K. Schmidt, § 234 Rn. 62.

Aufhebung der stillen Gesellschaft; die Auflösung eines Erwerbsgeschäfts ist nicht seiner Veräußerung gleichzusetzen.⁶¹⁸

Der vom beitretenden Minderjährigen geschlossene Übernahmevertrag ist nicht auf den Erwerb eines Erwerbsgeschäfts i. S. von §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 1. Alt. BGB gerichtet und demnach grundsätzlich auch nicht genehmigungsbedürftig; etwas anderes gilt allerdings dann, wenn der Beteiligungserwerb zu einer beherrschenden Stellung in der Gesellschaft führt. Im Übrigen wird auf die Ausführungen in Abschn. C II 3 b aa bbb - Seite 71 verwiesen.

Das Genehmigungserfordernis nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 10 BGB ist bei dem Beitritt zu einer GmbH dann gegeben, wenn bei den Mitgesellschaftern noch Einlagen, auch Verbindlichkeiten aus Differenzhaftung oder Vorbelastungshaftung rückständig sind oder Rückzahlungspflichten nach § 31 GmbHG tatsächlich bestehen; beim Beitritt zu einer AG ist § 1822 Nr. 10 BGB dagegen nicht einschlägig, da der Minderjährige mit dem Beitritt zu einer AG keine fremden Verbindlichkeiten übernimmt (vgl. dazu Abschn. C II 3 b aa bbb . Seite 72 bis 74).

Bei der Beurteilung der Genehmigungsfähigkeit des Beitritts zu einer Kapitalgesellschaft ist eine am Einzelfall orientierte Betrachtungsweise vorzunehmen (vgl. Abschn. C II 3 b bb . Seite 74).

⁶¹⁸ BGHZ 52, 316 = DNotZ 1970, 298 = NJW 1970, 33 = WM 1969, 1280; Staudinger/Engler (2004), § 1822 Rn. 59; MüKo-BGB/Wagenitz, § 1822 Rn. 20.

E. Eintritt eines Minderjährigen in eine Gesellschaft durch Erwerb von Todes wegen

Ein Minderjähriger kann nicht nur durch Rechtsgeschäft unter Lebenden in eine Gesellschaft eintreten, sondern auch durch Erwerb von Todes wegen. Die Nachfolge setzt jedoch voraus, dass die Beteiligung vererblich ist.

I. Tod eines persönlich haftenden Gesellschafters einer GbR, OHG bzw. KG

1. Gesetzliche und erbrechtliche Regelungen

a. Tod eines GbR-Gesellschafters

Nach dem gesetzlichen Leitbild wird eine GbR nach § 727 BGB durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst. Ohne weitere Vereinbarung findet in diesem Fall die Gesellschaft ihr Ende, weil die personelle Besetzung der GbR sich verändert. Die Auflösung der Gesellschaft bewirkt nicht die automatische Vollbeendigung der Gesellschaft, sondern vorab lediglich deren Umwandlung von einer werbenden Gesellschaft in eine Liquidations- bzw. Abwicklungsgesellschaft (§§ 730 ff. BGB). Die (Voll-) Beendigung der Gesellschaft tritt erst mit der Beendigung der Abwicklung ein. Anders als bei der werbenden Gesellschaft vollzieht sich die Vererbung von Anteilen an einer Liquidationsgesellschaft nach rein erbrechtlichen Regeln. Der Anteil des verstorbenen Gesellschafters fällt ungeteilt in seinen Nachlass.⁶¹⁹ Die Vererbung des Gesellschaftersanteils erfolgt nach allgemeinen Erbrechtsgrundsätzen, d. h. der Alleinerbe bzw. mehrere Erben werden gemäß §§ 1922, 2032 BGB in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit als Erbengemeinschaft Gesellschafter der abwickelnden Gesellschaft; eine Sonderrechtsnachfolge in der Form, dass bei einer Mehrheit von Erben nicht die Erbengemeinschaft, sondern jeder Erbe eine eigene Mitgliedschaft erhält, tritt nicht ein.⁶²⁰ Der Vermögenswert, den der Erbe erwirbt, ist das Auseinandersetzungsguthaben, das nach der Schlussbilanz auf den Kapitalanteil des verstorbenen Gesellschafters entfällt (§ 734 BGB).

⁶¹⁹ BGHZ 98, 48, 50 = DNotZ 1987, 116 = NJW 1986, 2431 = WM 1986, 832; BGH, DNotZ 1982, 159 = NJW 1982, 170 = Rpfleger 1982, 23 = WM 1981, 1334; Bamberger/Roth/Müller-Christmann, § 1922 Rn. 64.

Beschließen die Liquidatoren statt der Auseinandersetzung die Fortsetzung der Gesellschaft, so kann dies nur durch einheitliche einstimmige Fortführungsvereinbarung geschehen.⁶²¹ Für den beteiligten Minderjährigen gelten dieselben Vorschriften wie für den Abschluss eines Gesellschaftsvertrages⁶²² (vgl. Abschn. B . Seite 9 ff.). Es ist gegebenenfalls ein Ergänzungspfleger zu bestellen (vgl. Abschn. B . Seite 29 bis 32) und stets die familiengerichtliche Genehmigung nach § 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB notwendig (vgl. Abschn. B . Seite 35 bis 37).

b. Tod eines OHG-Gesellschafters bzw. Komplementärs einer KG

Der Tod eines OHG-Gesellschafters bewirkt gem. § 131 Abs. 3 Nr. 1 HGB, dass der verstorbene Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheidet, die Gesellschaft aber anders als bei der GbR - unter den verbliebenen Gesellschaftern fortbesteht. Der persönlich haftende Gesellschafter scheidet mit seinem Tod, d. h. eine juristische Sekunde vor dem Übergang seines Vermögens gem. § 1922 BGB automatisch aus der Gesellschaft aus,⁶²³ seine Mitgliedschaft erlischt ipso jure. Die Erben treten ohne weitere Vereinbarung nicht in die Gesellschaft ein, so dass die Frage des §§ 1643 Abs. 1, 1822 BGB bei minderjährigen Erben nicht auftaucht. Der Anteil des Gesellschafters-Erblässers am Gesellschaftsvermögen wächst den übrigen Gesellschaftern zu (§ 738 Abs. 1 S. 1 BGB, § 105 Abs. 3 HGB); die Erben erhalten dafür lediglich einen Abfindungsanspruch.

Verstirbt bei einer Kommanditgesellschaft ein persönlich haftender Gesellschafter, so richtet sich die Rechtsnachfolge ebenfalls nach den Vorschriften über die OHG (§ 161 Abs. 2 i. V. mit § 131 Abs. 3 Nr. 1 HGB). Sofern der verstorbene Gesellschafter der einzige Komplementär der KG ist, führt dessen Tod allerdings in der Regel zur Auflösung der Kommanditgesellschaft. Dies gilt nur dann nicht, wenn die vorhandenen Kommanditisten die Gesellschaft weiterführen, ohne dass eine neue Mitgliedschaft eines Komplementärs geschaffen wird; in einem solchen Fall wird die KG kraft

⁶²⁰ Bamberger/Roth/Timm/Schöne, § 727 Rn. 3.

⁶²¹ MüKo-BGB/Ulmer/Schäfer, Vor § 723 Rn. 11.

⁶²² Klüsener, Rpfleger 1990, 321, 326.

⁶²³ Staudinger/Marotzke (2008), § 1922 Rn. 172, 193; Gutachten DNotI-Report 2005, 153.

Rechtsformzwangs (vgl. § 105 Abs. 1 HGB) zur OHG, die Kommanditisten werden dann ipso jure persönlich haftende Gesellschafter.

2. Gesellschaftsvertragliche Regelungen

Da der Anteil an einer Personengesellschaft gem. § 719 BGB, §§ 105 Abs. 3, 161 Abs. 2 HGB grundsätzlich ein unübertragbares Recht ist, ist Basis für alle Gestaltungsmöglichkeiten für den Tod eines persönlich haftenden Gesellschafters aufgrund der Regelungen der §§ 727 Abs. 1, 736 BGB, §§ 131 Abs. 3 Nr. 1, 139 Abs. 1, 161 Abs. 2 HGB, ggf. i. V. mit Art. 41 EGHGB der Gesellschaftsvertrag.⁶²⁴ Die Rechtsprechung hat im Wege der Rechtsfortbildung verschiedene Wege für die Gestaltung der Gesellschafternachfolge entwickelt. In diesem Zusammenhang wird allgemein zwischen gesellschaftsvertraglichen Fortsetzungsklauseln (nur bei der GbR), Nachfolgeklauseln und Eintrittsklauseln unterschieden.

Hierbei ist darauf zu achten, dass die erbrechtliche Rechtslage den gesellschaftsvertraglichen Vorgaben entspricht. Demnach ist bei Nachfolgefragen immer die „Doppelspurigkeit“ zwischen Offenhaltung der Nachfolge im Gesellschaftsvertrag und der endgültigen Zuordnung durch den Erblasser zu beachten, geschehe dies nun durch gesetzliche oder gewillkürte Erbfolge oder Rechtsgeschäft; eine Ausnahme von diesem Grundsatz bildet die Begründung eines Eintrittsrechts bzw. einer rechtsgeschäftlichen Nachfolgeklausel.

a. Erbrechtliche Fortsetzungsklausel

Wollen die Gesellschafter trotz des Todes des Gesellschafters die Auflösung der GbR vermeiden, können sie vereinbaren, dass die Gesellschaft ohne die Erben des Verstorbenen fortbestehen soll (sog. Fortsetzungsklausel, aussagekräftiger wäre: „Ohne-Erben-Fortsetzungsklausel“).⁶²⁵ Gemäß § 736 Abs. 1 BGB hat die Fortsetzungsklausel zur Folge, dass der Erblasser aus der Gesellschaft sofort ausscheidet; sein Anteil am Gesellschaftsvermögen wächst dem verstorbenen Gesellschafter bzw. dessen Erben automatisch ab und gemäß § 738 Abs. 1 S. 1 BGB den verbleibenden

⁶²⁴ Dazu Gutachten DNotI-Report 2004, 141.

⁶²⁵ Staudinger/Marotzke (2008), § 1922 Rn. 57.

Gesellschaftern ohne weiteren Übertragungsakt entsprechend ihren Anteilen an.⁶²⁶ Die Gesellschaft wird unter den verbleibenden Gesellschaftern fortgesetzt, setzt allerdings voraus, dass mindestens zwei Gesellschafter übrig bleiben. Ist nur noch ein- ziger Gesellschafter vorhanden, so gehen . vorbehaltlich anderer Regelung im Ge- sellschaftsvertrag . Aktiva und Passiva im Wege der Gesamtrechtsnachfolge und ohne Liquidation auf ihn über.⁶²⁷ Den Erben des verstorbenen Gesellschafter wird der Gesellschaftsanteil vorenthalten;⁶²⁸ ihnen steht nur ein Abfindungsanspruch ge- gen die Gesellschaft zu, der jedoch durch den Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen sein kann.⁶²⁹ Da Thema dieser Arbeit der Erwerb eines Gesellschaftsanteiles ist, wird die Fortsetzungsklausel an dieser Stelle nicht weiter vertieft.

b. Erbrechtliche Nachfolgeklausel

Soll die Gesellschaft ohne besondere Bindung des Erblassers mit seinen Erben fortgesetzt werden, so bedarf es einer erbrechtlichen Nachfolgeklausel im Gesell- schaftsvertrag. Mittels der erbrechtlichen Nachfolgeklausel wird der gesetzlich nicht übertragbare Gesellschaftsanteil, abweichend von der gesetzlichen Vererbungssper- re gemäß § 727 BGB, vererblich gestellt.⁶³⁰

Eine solche erbrechtliche Nachfolgeklausel ist laut Bundesgerichtshof⁶³¹ - im Gegen- satz zur rechtsgeschäftlichen Nachfolgeklausel (vgl. Abschn. E I 2 d . Seite 169 ff.) ohne Mitwirkung des Nachfolgers zulässig. Die Zulässigkeit einer solchen Klausel lässt sich für die OHG aus § 139 HGB (über § 161 Abs. 2 HGB für die KG) ableiten. Es bedarf weder einer besonderen Erklärung des Erben, noch schließt der Erbnach- folger einen Aufnahmevertrag mit den übrigen Gesellschaftern ab.⁶³² Mit dem Tod des Erblassers geht die Erbschaft und damit auch sein Gesellschaftsanteil unmittel- bar und von selbst auf den/die Erben über, der Nachlass fällt dem/den Erben ipso

⁶²⁶ BGH, NJW-RR 1993, 1443 = WM 1993, 2259; *Carlé*, ErbStB 2009, 228.

⁶²⁷ BGH, EWiR 2008, 679 (bearb. v. *Vortmann*) = MittBayNot 2009, 57 = NJW 2008, 2992 = ZNotP 2008, 452; dazu *K. Schmidt*, ZIP 2008, 2337.

⁶²⁸ *Staudinger/Marotzke* (2008), § 1922 Rn. 57.

⁶²⁹ BGH WM, 1971, 1338.

⁶³⁰ BGHZ 68, 225 = DNotZ 1977, 550 m. Anm. *Priester* = NJW 1977, 1339 = WM 1977, 680.

⁶³¹ BGHZ 68,225 = DNotZ 1977, 550 = NJW 1977, 1339 = WM 1977, 680; BGHZ 22, 186 = DNotZ 1957, 405 = NJW 1957, 180 = WM 1957, 24.

⁶³² BGHZ 55, 267 = BWNotZ 1971, 124 = NJW 1971, 1268 = WM 1971, 556.

jure an (Grundsatz des Vonselbsterwerbs).⁶³³ Nimmt der minderjährige Erbe die Erbschaft an, rückt er aufgrund einer Nachfolgeklausel in die Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters ein. Die Annahme der Erbschaft kann der Erbe erst nach dem Tod des Erblassers durch eine ausdrückliche Annahmeerklärung oder durch schlüssiges Verhalten herbeiführen. In beiden Fällen handelt es sich um eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung. Einer irgendwie gearteten Mitwirkung der Miterben oder der übrigen Gesellschafter oder des Nachlassgerichts oder einer behördlichen Einweisung bedarf es hierzu nicht. Wie die Erbschaftsausschlagung hat die Annahme der Erbschaft rechtsgestaltende Wirkung, da der Erbe aufgrund des mit ihr einhergehenden Verlusts des Ausschlagungsrechts endgültig Erbe wird. Lässt der Erbe, der die Erbschaft nicht ausdrücklich oder konkludent angenommen hat, die Ausschlagungsfrist des § 1944 BGB verstreichen, gilt dies nach der gesetzlichen Fiktion des § 1943 Hs. 2 BGB als Annahme. Für einen Geschäftsunfähigen oder beschränkt geschäftsfähigen Erben läuft die Ausschlagungsfrist freilich nicht, bevor der gesetzliche Vertreter die nach § 1944 Abs. 2 S. 1 BGB erforderliche Kenntnis erlangt hat.⁶³⁴ Erweist sich die Gesellschafterstellung wegen der damit verbundenen Haftungsrisiken oder aus sonstigen Gründen für den minderjährigen Erben als unzumutbar,⁶³⁵ so hat er nur die Möglichkeit, die gesamte Erbschaft auszuschlagen (§§ 1942 ff. BGB),⁶³⁶ eine gesonderte Ausschlagung oder Annahme des Gesellschaftsanteils ist nicht möglich.

Bei der erbrechtlichen Nachfolgeklausel ist zwischen der einfachen und der qualifizierten Nachfolgeklausel zu unterscheiden:

aa. Einfache Nachfolgeklausel

Von einer einfachen Nachfolgeklausel spricht man dann, wenn die Nachfolge nicht eines bestimmten Erben, sondern aller Erben zugelassen wird.⁶³⁷ Die Bestimmung der in die Gesellschaft nachrückenden Personen erfolgt hier allein nach den erb-

⁶³³ Staudinger/Marotzke (2008), § 1922 Rn. 42; Palandt/Weidlich, § 1922 Rn. 6.

⁶³⁴ Staudinger/Otte (2008), § 1943 Rn. 13; Soergel/Stein, § 1943 Rn. 8; AnwK-BGB/Ivo, § 1943 Rn. 4; zur Wissenszurechnung eines Vertreters, OLG Rostock, FamRZ 2010, 1597 = RNotZ 2010, 474.

⁶³⁵ Staudinger/Habermeier (2003), § 727 Rn. 16.

⁶³⁶ MüKo-BGB/Ulmer/Schäfer, § 727 Rn. 31; Bamberger/Roth/Müller-Christmann, § 1922 Rn. 70.

⁶³⁷ Carlé, ErbStB 2009, 228.

rechtlichen Vorgaben (gesetzliche bzw. gewillkürte Erbfolge). Die Beteiligung des verstorbenen Gesellschafters geht mit seinem Tode unmittelbar kraft Erbrechts auf den oder die Erben über,⁶³⁸ nicht aber auf Vermächtnisnehmer und aufgrund Teilungsanordnung Begünstigte sowie Erbschaftserwerber.⁶³⁹ Stets müssen aber die im Gesellschaftsvertrag benannten Nachfolger wirksam zur Erbfolge berufen sein.⁶⁴⁰ Die einfache Nachfolgeklausel ist dann völlig problemlos, wenn es nur einen einzigen Erben gibt, weil dann der Alleinerbe ohne sein Zutun gemäß § 1922 BGB automatisch mit dinglicher Wirkung Gesellschafter wird; er rückt in die Stellung des verstorbenen Gesellschafters ein (keine Sonderzuordnung beim Alleinerben).⁶⁴¹ Die Mitgliedschaft gehört dann wie jeder andere Nachlassgegenstand zum Nachlass.

Hinterlässt der Erblasser dagegen mehrere Erben, erwerben diese die Mitgliedschaft nach h. M.⁶⁴² zwar im Wege der Gesamtrechtsnachfolge nach § 1922 BGB, aber nicht ungeteilt in Erbengemeinschaft, sondern im Wege eines automatischen Splittings und zwar als partielle Sondererbfolge (Singularsukzession) unmittelbar jeder als Einzelgesellschafter und unverbunden. Die allgemeine erbrechtliche Regelung, die grundsätzlich die Gesamtnachfolge in Form der Erbengemeinschaft vorsieht, tritt demgegenüber zurück und wird eingeschränkt.⁶⁴³ Diese Sonderzuordnung bedeutet, dass der bis zum Erbfall einheitliche Gesellschaftsanteil zerfällt, sich entsprechend den Erbquoten aufteilt und jeder Miterbe eine selbstständige Gesellschafterstellung und einen gesonderten Gesellschaftsanteil entsprechend seiner jeweiligen Nachlassbeteiligung erhält. Jeder Miterbe wird demnach unmittelbar und ohne weiteres -

⁶³⁸ BGHZ 101, 123 = DNotZ 1988, 500 = NJW 1987, 3184 = WM 1987, 1161.

⁶³⁹ Staudinger/*Habermeier* (2003), § 727 Rn. 19; MüKo-BGB/*Ulmer/Schäfer*, § 727 Rn. 42. Aufgrund ihrer nur schuldrechtlichen Wirkung unter den Miterben kann eine Auseinandersetzungsanordnung weder irgendeine Sondererbfolge an einzelnen Nachlassgegenständen begründen, noch eine andere Art dinglicher Wirkung entfalten (BGH, DNotZ 1990, 805 = NJW-RR 1990, 391 = WM 1990, 854; BayObLG, FamRZ 1992, 862).

⁶⁴⁰ MüKo-BGB/*Leipold*, § 1922 Rn. 70; MüHdb. GesellschaftsR Bd. 2/*Klein*, § 44 Rn. 26.

⁶⁴¹ MüKo-HGB/*K. Schmidt*, § 139 Rn. 14; Bamberger/*Roth/Timm/Schöne*, § 727 Rn. 15; Bamberger/*Roth/Müller-Christmann*, § 1922 Rn. 70; Gutachten DNotI-Report 2004, 141, 142.

⁶⁴² BGHZ 68, 225, 227 = DNotZ 1977, 550 = NJW 1977, 1339 = WM 1977, 680; BGHZ 98, 48, 50 = DNotZ 1987, 116 = NJW 1986, 2431 = WM 1986, 832; BGH, DNotI-Report 1996, 43 = FamRZ 1996, 409 = NJW 1996, 1284, 1285 = Rpfleger 1996, 289 = WM 1996, 681; BGH, DNotZ 1999, 607 = NJW 1999, 571 = Rpfleger 1999, 185 = WM 1999, 79; MüKo-BGB/*Ulmer/Schäfer*, § 727 Rn. 33; Bamberger/*Roth/Müller-Christmann*, § 1922 Rn. 70; MüKo-HGB/*K. Schmidt*, § 139 Rn. 13; a. A. *Börner*, AcP 166 (1966), 426, 447 f.

⁶⁴³ BGHZ 22, 186 = DNotZ 1957, 405 = NJW 1957, 180 = WM 1957, 24; BGHZ 55, 267 = BWNotZ 1971, 124 = NJW 1971, 1268 = WM 1971, 556.

ohne eine Auseinandersetzung hinsichtlich der Nachfolge in den Gesellschaftsanteil - Gesellschafter mit einem der Größe seines Erbteils am Erblasseranteil entsprechenden Gesellschaftsanteils.⁶⁴⁴ Die Miterben werden ex lege gestellt, als hätten sie die auf sie übergegangene Mitgliedschaft im Zeitpunkt des Anfalls gemäß ihren Erbteilen untereinander aufgeteilt. Jeder der mehreren Miterben erhält eine selbstständige Gesellschafterstellung und einen gesonderten Gesellschaftsanteil. Die Singularsukzession wird angewendet, weil Erbengemeinschaften wegen der Möglichkeit der Haftungsbeschränkung (§ 2059 Abs. 2 BGB) und des Rechts zur jederzeitigen Auflösung nicht Gesellschafter einer werbenden Gesellschaft sein können; ihnen fehlt die Rechtsfähigkeit. Der BGH ist bisher der Rechtsauffassung, dass die Grundsätze zur Rechtsfähigkeit der GbR nicht auf die Erbengemeinschaft zu übertragen seien.⁶⁴⁵ Damit gilt der Vorrang des Gesellschaftsrechts; der erbrechtliche Grundsatz der Gesamtrechtsnachfolge wird somit durchbrochen;⁶⁴⁶ aus dem Gesamthandsvermögen der Erbengemeinschaft wird der Gesellschaftsanteil nämlich ausgegliedert, sog. Sukzession *am Erbrecht vorbei*.⁶⁴⁷

bb. Qualifizierte Nachfolgeklausel

Die qualifizierte erbrechtliche Nachfolgeklausel bezweckt zwar ebenfalls die unmittelbare Nachfolge des/der Erben in die Gesellschafterstellung, will aber die erbrechtlichen Dispositionsmöglichkeiten des Gesellschafters einschränken. Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht ist eine solche Klausel vielfach sinnvoll, da so sichergestellt werden kann, dass die Erbfolge nicht zu einer ungewollten Zersplitterung des Gesellschafterbestands führt. Außerdem kann auf diese Weise erreicht werden, dass nur derjenige Erbe nachrücken kann, der auch über die notwendigen Qualifikationen verfügt.⁶⁴⁸

Die qualifizierte Nachfolgeklausel unterscheidet sich von der einfachen Nachfolgeklausel dadurch, dass der Gesellschaftsanteil des verstorbenen Gesellschafters nicht

⁶⁴⁴ Palandt/*Weidlich*, § 1922 Rn. 18.

⁶⁴⁵ BGH, DNotZ 2007, 134 = FamRZ 2007, 41 = NJW 2006, 3715 = Rpfleger 2007, 75.

⁶⁴⁶ BGH, BB 1972, 1745 = NJW 1972, 1755 = WM 1972, 1368; BGHZ 68, 225 = DNotZ 1977, 550 = NJW 1977, 1339 = WM 1977, 680; Staudinger/*Habermeier* (2003), § 727 Rn. 15.

⁶⁴⁷ BGHZ 108, 187, 195 = DNotZ 1990, 183 = NJW 1989, 3152 = Rpfleger 1989, 462 = WM 1989, 1331; Staudinger/*Marotzke* (2008), § 1922 Rn. 57; Gutachten DNotI-Report 1997, 59.

an die Erben⁶⁴⁸ sondern . unter Ausgrenzung etwaiger weiterer Miterben - an nur einen oder einzelne genau bestimmte (qualifizierte) Erben übergeht, an deren Eignung oder Person zusätzlich weitere Anforderungen gestellt werden können (Vererblichstellung des Anteils nur für bestimmte Personen). Die Person des Nachfolgers kann bereits im Gesellschaftsvertrag durch eine namentliche Bezeichnung oder eine ausreichende Bestimmbarkeit (z. B. der älteste Sohn⁶⁴⁹) festgelegt sein oder sich aus einer letztwilligen Verfügung des Gesellschafter-Erblassers ergeben.⁶⁴⁹ Die in der Nachfolgeklausel Bedachten erwerben die Mitgliedschaft aber nur, wenn sie zugleich Erben des Erblassers sind. Dieser muss dafür sorgen, dass der nach dem Gesellschaftsvertrag zugelassene Nachfolger auch zum Kreis seiner - gesetzlichen oder testamentarischen - Erben gehört, andernfalls die Nachfolgeklausel fehlschlägt und allenfalls in eine Eintrittsklausel (vgl. Abschn. E I 2 c . Seite 167 ff.) umgedeutet werden kann. Wird der gesellschaftsvertraglich zugelassene Nachfolger überhaupt nicht (Mit)Erbe, geht die Nachfolgeregelung ins Leere.⁶⁵⁰ Die Anordnung eines bloßen Vermächtnisses zugunsten der als Nachfolge vorgesehenen Person reicht wegen dessen nur obligatorischer Natur (§ 2147 BGB) nicht aus, da in diesem Fall eine unmittelbare Rechtsnachfolge nicht stattfindet.

Hinterlässt der Verstorbene mehrere Erben und sind nur einzelne von ihnen nach dem Gesellschaftsvertrag nachfolgeberechtigt, geht die gesamte Beteiligung, d.h. nicht nur ein der Erbquote des Nachfolgeberechtigten entsprechender Teil, unter Ausgrenzung der nicht nachfolgeberechtigten Miterben auf die Nachfolgeberechtigten automatisch geteilt über.⁶⁵¹ Ist demnach ein Miterbe aufgrund einer qualifizierten Nachfolgeklausel als alleiniger Nachfolger des gesamten Gesellschaftsanteils des Erblassers bestimmt, geht der Gesellschaftsanteil auf ihn im Ganzen unmittelbar mit dem Erbfall über.⁶⁵² Bei mehreren Miterben gilt der Grundsatz der unmittelbaren Vollnachfolge auch dann, wenn diese Vollnachfolge in die Gesellschafterstellung nicht mit den Erbenquoten übereinstimmt; der Anteil fällt automatisch geteilt den mehreren

⁶⁴⁸ *Carlé*, ErbStB 2009, 287.

⁶⁴⁹ *Bamberger/Roth/Timm/Schöne*, § 727 Rn. 17.

⁶⁵⁰ *MüKo-BGB/Ulmer/Schäfer*, § 727 Rn. 42; Gutachten DNotI-Report 2004, 141, 142.

⁶⁵¹ BGHZ 68, 225 = DNotZ 1977, 550 m. Anm. *Priester* = NJW 1977, 1339 = WM 1977, 680.

durch die Nachfolgeklausel qualifizierten Erben zu.⁶⁵³ Erhält der Nachfolger auf diesem Wege mehr als ihm nach seiner Erbquote zusteht, ist er im Innenverhältnis den anderen Miterben zum Ausgleich verpflichtet. Streitig war, ob der Gesellschaftsanteil im Ganzen gleichwohl zum Nachlass gehört. Dies entspricht der Auffassung des Erbrechtssenats des BGH.⁶⁵⁴ Der Gesellschaftsrechtssenat des BGH hat sich dem insofern angeschlossen, dass auch er den Gesellschaftsanteil insoweit als zum Nachlass gehörig ansieht, als er Teil des hinterlassenen Vermögens ist.⁶⁵⁵ Dogmatisch wird die qualifizierte Nachfolgeklausel als mit dem Erbfall vollzogene Teilungsanordnung mit unmittelbarer dinglicher Wirkung verstanden.⁶⁵⁶ Die Erbquoten verhindern damit nicht, dass ein Erbe einen über seine Erbquote hinausgehenden Gesellschaftsanteil erwirbt; sie dienen vielmehr als Grundlage für die Berechnung der erbrechtlichen Ansprüche auf Wertausgleich unter den Miterben.⁶⁵⁷

cc. Sonderfall: Nachfolgeklausel und Vermächtnis

Es besteht auch die Möglichkeit, dem Minderjährigen einen Gesellschaftsanteil vermächtnisweise zuzuwenden. Jedoch kann der Gesellschafter-Erblasser nicht ohne weiteres in das Gesellschaftsverhältnis eingreifen und daher ohne entsprechende Öffnung im Gesellschaftsvertrag auch keine Anordnung i. S. von §§ 2147, 2150, 2174 BGB erlassen.⁶⁵⁸ Aus der schuldrechtlichen Natur des Vermächtnisses folgt, dass zur Übertragung des Gesellschaftsanteils auf den Bedachten ein Erfüllungsgeschäft erforderlich ist, also ein Vertrag über die Abtretung des Gesellschaftsanteils. Die Übertragung des Anteils bedarf der Zulassung im Gesellschaftsvertrag oder der Zustimmung der übrigen Gesellschafter.⁶⁵⁹ Es ist eine Frage der Auslegung des Gesellschaftsvertrages, ob diese Zustimmung bereits allgemein gesellschaftsvertraglich

⁶⁵² BGH, DNotZ 1999, 607 = NJW 1999, 571 = Rpfleger 1999, 185 = WM 1999, 79; BGHZ 68, 225 = DNotZ 1977, 550 m. Anm. *Priester* = NJW 1977, 1339 = WM 1977, 680; MüKo-HGB/K. *Schmidt*, § 139 Rn. 18.

⁶⁵³ Beispiel: A hat eine Erbquote von 1/6, B 2/6; es rücken dann . im Innenverhältnis - A mit 1/3 und B mit 2/3 in die Gesellschafterstellung des Erblassers ein.

⁶⁵⁴ BGH, NJW 1983, 2376.

⁶⁵⁵ BGH, DNotl-Report 1996, 43 = EWiR 1996, 261 (bearbeitet v. *Marotzke*) = FamRZ 1996, 409 = MittBayNot 1996, 118 m. Anm. *Weidlich* = NJW 1996, 1284 = Rpfleger 1996, 289 = WM 1996, 681 = ZEV 1996, 110 m. Anm. *Lorz*.

⁶⁵⁶ BGHZ 22, 186, 196 = DNotZ 1957, 405 = NJW 1957, 180 = WM 1957, 24; Bamberger/Roth/Müller-Christmann, § 1922 Rn. 71; MüKo-HGB/K. *Schmidt*, § 139 Rn. 18.

⁶⁵⁷ Bamberger/Roth/Timm/Schöne, § 727 Rn. 18.

⁶⁵⁸ MüKo-BGB/Ann, § 2048 Rn. 7.

erteilt wurde. Es spricht regelmäßig einiges dafür, dass die einfache Nachfolgeklausele gleichzeitig die vorweggenommene Zustimmung der Gesellschafter zu einer etwa erforderlichen Übertragung an den Vermächtnisnehmer zum Inhalt hat, denn die Klausel enthält für den Erwerb von Todes wegen eine weitgehende Öffnung des Gesellschafterbestandes; der Erblasser hätte schließlich die bedachte Person auch als Alleinerben einsetzen können.⁶⁶⁰ Bei der einfachen Nachfolgeklausele fällt der Gesellschaftsanteil . wie oben dargestellt (vgl. Abschn. E I 2 b aa . Seite 156 bis 157) - zunächst automatisch an die Erben des Gesellschafter-Erblassers und diese übertragen dann in Vollzug der bestehenden Vermächtnisverpflichtung (§ 2174 BGB) den Gesellschaftsanteil weiter auf den Vermächtnisnehmer. Das automatische Splitting des Anteils im Fall des Anfalls an mehrere Miterben hindert die Erfüllung eines Vermächtnisses nicht.

Voraussetzung ist selbstverständlich, dass der Minderjährige das Vermächtnis zunächst annimmt. Die Annahme eines Vermächtnisses erfolgt gegenüber dem Beschwerten durch eine formlose, empfangsbedürftige Willenserklärung und kann erst nach dem Eintritt des Erbfalls erfolgen (§ 2180 BGB). Eine Frist für die Erklärung der Annahme des Vermächtnisses besteht nicht.⁶⁶¹ Die Wirkung der Vermächtnisannahme besteht lediglich darin, dass eine Ausschlagung nicht mehr erfolgen kann (§ 2180 Abs. 1 BGB). Der Minderjährige, dem als Miterben ein Vorausvermächtnis zugewendet wird, hat auch die Möglichkeit das Vermächtnis anzunehmen, die Erbschaft jedoch auszuschlagen bzw. umgekehrt. Der Anspruch auf Erfüllung des Vermächtnisses unterliegt für Erbfälle ab dem 01.01.2010 der Regelverjährung von drei Jahren ab Schluss des Jahres, in dem der Vermächtnisnehmer die anspruchsbegründenden Umstände und die Person des Schuldners kennt oder ohne grobe Fahrlässigkeit kennen müsste (§§ 195, 199 Abs. 1 BGB). Der Minderjährige muss mithin seinen Anspruch rasch geltend machen. Dem Vermächtnisnehmer steht das Wahlrecht nach

⁶⁵⁹ MüKo-HGB/K. Schmidt, § 173 Rn. 24, § 177 Rn. 21 (zur KG); Gutachten DNotI-Report 2001, 141.

⁶⁶⁰ MüKo-HGB/K. Schmidt, § 139 Rn. 15; MüHdb. GesellschaftsR Bd. 2/Klein, § 41 Rn. 20 (für die KG).

⁶⁶¹ BGH, NJW 2011, 153 = NotBZ 2011, 170 = Rpfleger 2011, 325.

§ 139 HGB (vgl. Abschn. E I 2 b dd . Seite 163) nicht zu, da er die Beteiligung unter Lebenden erwirbt und somit nicht des Schutzes durch § 139 HGB bedarf.⁶⁶²

Neben diesem derivativem Anteilserwerb durch den Vermächtnisnehmer kommt auch ein originärer Anteilserwerb durch Abschluss eines Aufnahmevertrages mit den verbleibenden Gesellschaftern in Betracht. Dann vollzieht sich der Anteilserwerb allerdings nicht durch Übertragungsvertrag mit dem nachfolgeberechtigten Erben, sondern durch Abschluss eines Aufnahmevertrages mit sämtlichen verbleibenden Gesellschaftern. Ein diesbezüglicher Anspruch müsste dem Vermächtnisnehmer dann im Wege einer erbrechtlichen Eintrittsklausel vermittelt werden (vgl. Abschn. E I 2 c . Seite 167 bis 169).

Bei einer qualifizierten Nachfolgeklausel kann der Rechtsübergang auf den Vermächtnisnehmer in gleicher Weise wie bei einer einfachen Nachfolgeklausel vollzogen werden, wenn auch der Erbe des Gesellschafter zum Kreis der nachfolgeberechtigten Personen zählt. Probleme entstehen indes dann, wenn dies nicht der Fall ist, denn dann geht die qualifizierte Nachfolgeklausel ins Leere und den (nicht nachfolgeberechtigten) Erben steht lediglich ein Abfindungsanspruch zu. In diesem Fall erwerben die Erben nicht die Gesellschaftsbeteiligung des Gesellschafter-Erblassers, so dass diese auch nicht im Wege der Vermächtniserfüllung auf den Vermächtnisnehmer übertragen werden kann. Eine Nachfolgeklausel und eine Vermächtnisanordnung genügen somit in diesem Falle nicht, vielmehr müsste neben der Vermächtnisanordnung eine erbrechtliche Eintrittsklausel (vgl. Abschn. E I 2 c . Seite 167 bis 169) im Gesellschaftsvertrag enthalten sein, ggf. wäre dies durch Auslegung des Vertrags zu ermitteln (Umdeutung der Nachfolgeklausel in eine Eintrittsklausel).⁶⁶³ Die Erben müssen dann die in den Nachlass fallende Abfindung für die gesellschaftsrechtlich zugelassene Aufnahme des Vermächtnisnehmers verwenden.⁶⁶⁴

⁶⁶² MüKo-HGB/K. Schmidt, § 139 Rn. 62.

⁶⁶³ Gutachten DNotI-Report 2004, 141, 143; MüKo-HGB/K. Schmidt, § 139 Rn. 17, 21, 22.

⁶⁶⁴ MüKo-HGB/K. Schmidt, § 139 Rn. 22.

dd. Wahlrecht nach § 139 Abs. 1 HGB

Wird die Gesellschaft aufgrund gesellschaftsvertraglicher Bestimmung (Nachfolgeklausel, keinesfalls aber bei einer rechtsgeschäftlichen Nachfolgeklausel bzw. erbrechtlichen Eintrittsklausel⁶⁶⁵) mit den Erben des verstorbenen persönlich haftenden Gesellschafters fortgesetzt, birgt dies haftungsrechtlich Risiken für den Erben, da er zwar die Haftung für Nachlassverbindlichkeiten beschränken kann, ihn aber die gesellschaftsrechtliche Haftung für Neu- und Altverbindlichkeiten (§§ 128, 130 HGB) ohne erbrechtliche Beschränkungsmöglichkeit trifft. Für minderjährige, vollhaftende Gesellschafter bestehen auch nach in Kraft treten des Minderjährigenhaftungsbeschränkungsgesetzes (§ 1629 a BGB) immer noch Haftungsrisiken. Der Gesellschafter-Erbe kann deshalb nach § 139 HGB wählen, ob er mit voller Haftung in der Gesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter verbleibt oder sein Verbleiben in der Gesellschaft davon abhängig machen, dass ihm unter Belassung des bisherigen Gewinnanteils die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt und der auf ihn entfallende Teil der Einlage des Erblassers als Kommanditeinlage anerkannt wird, mit der Folge, dass die Haftung des eintretenden Erben im Rahmen des § 139 Abs. 4 HGB beschränkbar ist. Grundgedanke von § 139 Abs. 1 HGB ist, dass der Erbe die ihn belastende Stellung als persönlich haftender Gesellschafter aufgeben kann und er nicht gegen seinen Willen schlechter gestellt werden soll als der Erbe eines Kommanditisten oder der nach § 131 Abs. 3 Nr. 1 HGB durch den Tod des Gesellschafters ausgeschlossene Erbe. Dem Erben wird insbesondere erspart, zur Vermeidung von Haftungsrisiken aus der Stellung als persönlich haftender Gesellschafter gleich die gesamte Erbschaft ausschlagen zu müssen.

Die Beteiligungsumwandlung der ererbten Mitgliedschaft in einen Kommanditanteil nach § 139 Abs. 1 HGB vollzieht sich durch einen auf die Änderung des Gesellschaftsvertrages gerichteten Vertrag zwischen dem minderjährigen Erben und allen Mitgesellschaftern.⁶⁶⁶ Gegenstand dieser Vertragsänderung ist eine Inhaltsänderung

⁶⁶⁵ *Baumbach/Hopt*, § 139 Rn. 6.

⁶⁶⁶ BayObLG, DNotZ 2003, 456 = ZEV 2003, 379 = ZIP 2003, 1443; MüKo-HGB/K. *Schmidt*, § 139 Rn. 70; *Baumbach/Hopt*, § 139 Rn. 39; a. A. *Winkler*, ZGR 1973, 177, 191, der in der Erklärung nach § 139 HGB die Ausübung eines gesetzlichen, in seiner Gesellschafterstellung begründeten Rechts sieht, ohne dass mit den bisherigen Gesellschaftern eine Vereinbarung abzuschließen ist.

der fortbestehenden Mitgliedschaft,⁶⁶⁷ nicht der Austritt des Erben als persönlich haftender Gesellschafter mit gleichzeitigem Eintritt als Kommanditist.⁶⁶⁸ Ist der Anteil auf mehrere Miterben übergegangen, so schließt jeder Miterbe den Vertrag nur mit den übrigen Mitgesellschaftern des Erblassers, nicht mit den anderen Miterben als Mitgesellschafter, mögen diese auch in der Gesellschaft bleiben.⁶⁶⁹ Das ergibt sich aus § 139 Abs. 2 HGB. Will der Erbe also Kommanditist werden, so muss er innerhalb der dreimonatigen Ausschlussfrist des § 139 Abs. 3 HGB an die übrigen Mitgesellschafter den entsprechenden Antrag richten. Bei dem Antrag des Erben handelt sich um eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, die keiner besonderen Form bedarf.⁶⁷⁰ Mehrere Erben können das Wahlrecht nach § 139 Abs. 1 HGB jeweils einzeln und unabhängig voneinander ausüben;⁶⁷¹ ebenso können die Anträge mehrerer Erben von den Mitgesellschaftern unterschiedlich beschieden werden.⁶⁷²

Nehmen alle Mitgesellschafter den Antrag des Erben des Gesellschafter-Erblassers an, so wird der Erbe Kommanditist.⁶⁷³ Der Gesellschaftsvertrag kann aber auch einen Mehrheitsbeschluss zulassen.⁶⁷⁴ Die OHG wird unter Aufrechterhaltung ihrer Identität in eine Kommanditgesellschaft umgewandelt, so dass die Bestimmungen in §§ 161 ff. HGB Anwendung finden. Keiner der Erben hat einen Anspruch auf diese Einigung zur Anteilsumwandlung.⁶⁷⁵ Die Mitgesellschafter sind in der Annahme oder Ablehnung des Antrags grundsätzlich frei, soweit sie nicht im Einzelfall gegen die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht verstoßen. Die Mitgesellschafter können den Umwandlungsantrag eines Erben annehmen, den eines anderen Miterben ableh-

⁶⁶⁷ BayObLG, DNotZ 2003, 456 = ZEV 2003, 379 = ZIP 2003, 1443.

⁶⁶⁸ Bei BGHZ 78, 114, 115 stehen die Worte „Ausscheiden“ und „Eintritt“ mit Recht in Anführungszeichen.

⁶⁶⁹ BGHZ 55, 267 = BWNotZ 1971, 124 = NJW 1971, 1268 = WM 1971, 556; MüKo-HGB/K. Schmidt, § 139 Rn. 70; Heymann/Emmerich, § 139 Rn. 40.

⁶⁷⁰ Heymann/Emmerich, § 139 Rn. 40.

⁶⁷¹ BGHZ 55, 267 = BWNotZ 1971, 124 = NJW 1971, 1268 = WM 1971, 556; Baumbach/Hopt, § 139 Rn. 37, 39.

⁶⁷² BGHZ 22, 186 = DNotZ 1957, 455 = NJW 1957, 180 = WM 1957, 24; BGHZ 68, 225, 237 = DNotZ 1977, 550 = NJW 1977, 1339 = WM 1977, 680; BGHZ 98, 48, 51 = DNotZ 1987, 116 = NJW 1986, 2431 = Rpfleger 1986, 384 = WM 1986, 832; BGH, JZ 1984, 890; BGHZ 55, 267 = BWNotZ 1971, 124 = NJW 1971, 1268 = WM 1971, 556; MüKo-HGB/K. Schmidt, § 139 Rn. 69; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Lorz, § 139 Rn. 103; Baumbach/Hopt, § 139 Rn. 37.

⁶⁷³ BGHZ 55, 267 = BWNotZ 1971, 124 = NJW 1971, 1268 = WM 1971, 556.

⁶⁷⁴ Baumbach/Hopt, § 139 Rn. 39.

⁶⁷⁵ MüKo-HGB/K. Schmidt, § 139 Rn. 132.

nen,⁶⁷⁶ so dass die mehreren Erben desselben persönlich haftenden Gesellschafters verschiedene Rechtsstellungen in der Gesellschaft erlangen können.

Bei Ablehnung auch nur eines Gesellschafters kommt es nicht zur der beantragten Vertragsänderung mit dem Erben. In einem solchen Fall kann der Erbe entweder als nunmehr endgültig voll haftender Gesellschafter in der Gesellschaft verbleiben oder aber ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist aus der Gesellschaft ausscheiden.⁶⁷⁷ Das Ausscheiden des Minderjährigen kann nur innerhalb der in der Regel dreimonatigen Ausschlussfrist des § 139 Abs. 3 HGB erklärt werden; bei verspäteter Erklärung verbleibt es bei der Vollhafterstellung des Erben. Die - grundsätzlich formfreie - Erklärung, dass der Erbe nach § 139 Abs. 2 HGB ausscheidet, ist ebenfalls eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung und muss allen Mitgesellschaftern des Gesellschafter-Erblässers fristgemäß zugehen.

Das Wahlrecht gilt für die OHG und gemäß § 161 Abs. 2 HGB auch für die Kommanditgesellschaft (hier für den Fall der Beerbung eines Komplementärs).

Der Ausübung des Wahlrechts steht es nicht entgegen, dass der Erbe des Komplementärs schon bisher Kommanditist ist.⁶⁷⁸ Auch er hat die Wahlmöglichkeit nach § 139 Abs. 1 HGB.⁶⁷⁹ Im Hinblick auf den Grundsatz der Einheitlichkeit der Beteiligung an einer Personengesellschaft kann er hinsichtlich seiner künftigen Gesellschafterposition das Wahlrecht aber nur einheitlich ausüben. Der bisherige Kommanditist kann nicht, ohne diese Rechtsstellung zu verlieren, persönlich haftender Gesellschafter werden, auch nicht befristet;⁶⁸⁰ er wird unbeschadet seines Wahlrechts aus § 139 Abs. 1 HGB zunächst Komplementär der Kommanditgesellschaft.⁶⁸¹ Für diese Auffassung spricht insbesondere, dass dadurch die Vermischung der Haf-

⁶⁷⁶ BGHZ 55, 267 = BWNotZ 1971, 124 = NJW 1971, 1268 = WM 1971, 556; KG Berlin, DR 1942, 732; MüKo-HGB/K. Schmidt, § 139 Rn. 68; Baumbach/Hopt, § 139 Rn. 39.

⁶⁷⁷ Heymann/Emmerich, § 139 Rn. 46.

⁶⁷⁸ Heymann/Emmerich, § 139 Rn. 37.

⁶⁷⁹ BGHZ 55, 267 = BWNotZ 1971, 124 = NJW 1971, 1268 = WM 1971, 556; MüKo-HGB/K. Schmidt, § 139 Rn. 65; Gutachten DNotI-Report 2003, 1.

⁶⁸⁰ BGHZ 101, 123, 129 = DNotZ 1988, 500 = NJW 1987, 3184 = WM 1987, 1161; Baumbach/Hopt, § 124 Rn. 16.

⁶⁸¹ BayObLG, BayObLGR 2003, 162 = DNotZ 2003, 456 = ZEV 2003, 379; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Lorz, § 139 Rn. 98.

tungsregime, einerseits persönliche Haftung mit dem gesamten Vermögen und andererseits beschränkte Haftung lediglich in Höhe der Hafteinlage vermieden wird. Für die Praxis ist daher im Grundsatz davon auszugehen, dass zumindest nach derzeitigem Verständnis der KG eine Person niemals gleichzeitig Komplementär und Kommanditist sein kann;⁶⁸² durch die Beteiligungsumwandlung geht die Kommanditbeteiligung als solche unter.

Das Wahlrecht nach § 139 HGB besteht aber nicht, wenn der Erbe letztlich nicht vor die Entscheidung gestellt ist, die Erbschaft auszuschlagen oder persönlich haftender Gesellschafter zu werden. Insbesondere hat der minderjährige Erbe kein Wahlrecht, wenn er bereits vor dem Erbfall als persönlich haftender Gesellschafter neben dem Erblasser an der Gesellschaft beteiligt war.⁶⁸³

Gesellschaftsvertragliche Regelungen, die zu einer Beschneidung des Wahlrechts führen, sind unzulässig. Der Erblasser kann aber erbrechtlich das Wahlrecht des Erben gemäß § 139 HGB ausschließen; er kann durch letztwillige Verfügung dem Nachfolger auferlegen, als persönlich haftender Gesellschafter in die Gesellschaft einzutreten. Der Erbe muss dann die Zwangslage durch Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft entscheiden. Gleichmaßen kann der Erblasser letztwillig verfügen, dass alle oder einzelne Erben nur als Kommanditisten Aufnahme in die Gesellschaft finden sollen; eines Wahlrechts der Erben bedarf es dann nicht, da die von § 139 HGB erfasste Zwangslage des Erben nicht eintreten kann.⁶⁸⁴

Fraglich ist, ob dem Erben eines GbR-Anteils das Wahlrecht analog § 139 HGB zusteht. Dies sollte aufgrund der Rechtsprechung des BGH⁶⁸⁵ zur Anerkennung der

⁶⁸² *Baumbach/Hopt*, § 124 Rn. 16 mit Verweis auf BGHZ 24, 108 = DNotZ 1957, 413 = WM 1957, 705; BGHZ 58, 316 = DNotZ 1972, 695 = WM 1972, 723; BGH, FamRZ 1984, 258 = NJW 1984, 362 = WM 1984, 30; BayObLG, DNotZ 2003, 456 = ZEV 2003, 379 = ZIP 2003, 1443; a. A. MüKo-HGB/*Grunewald*, § 161 Rn. 4.

⁶⁸³ KG Berlin, JW 1936, 2933; MüKo-HGB/K. *Schmidt*, § 139 Rn. 65; *Baumbach/Hopt*, § 139 Rn. 8; MüHdb. GesellschaftsR Bd. 1/*Klein/Lindemeier*, § 79 Rn. 39; Gutachten DNotI-Report 2003, 1.

⁶⁸⁴ *Göbel*, DNotZ 1979, 133, 147.

⁶⁸⁵ BGH, DNotZ 2009, 115 m. krit. Anm. *Hertel* = NJW 2009, 594 = notar 2009, 26 m. Anm. *Jeep* = Rpfleger 2009, 141 m. abl. Anm. *Bestelmeyer* = ZfIR 2009, 93 m. Anm. *Volmer* = WM 2009, 171; BGH, DNotZ 2007, 118 m. Anm. *Volmer* = NJW 2006, 3716 = NotBZ 2007, 21 = Rpfleger 2007, 23 = WM 2006, 2135; BGHZ 154, 370 = DNotZ 2003, 764 = NJW 2003, 1803 = Rpfleger 2003, 442;

Rechtsfähigkeit einer GbR im Wege der Rechtsfortbildung sowie durch seine Hinwendung zur Akzessorietätslehre auch für die GbR bejaht werden, jedenfalls bei einer unternehmenstragenden GbR.⁶⁸⁶ In allen anderen Fällen sollte dem Schutzbedürfnis des Erben zumindest dadurch Rechnung getragen werden, dass sich die Befugnis des Erben analog § 139 HGB darauf beschränkt, innerhalb der Dreimonatsfrist des § 139 Abs. 3 HGB seinen Austritt aus der Gesellschaft erklären zu können.⁶⁸⁷

c. Erbrechtliche Eintrittsklausel

Soll unabhängig von der Rechtsnachfolge der Erben ein Minderjähriger in die Rechtsstellung eines verstorbenen Gesellschafters einrücken, so ist dies mittels einer erbrechtlichen Eintrittsklausel im Gesellschaftsvertrag möglich. Diese kann sowohl zugunsten der Erben, einzelner Erben aber auch einer nicht zum Erben berufenen Person, z. B. eines Vermächtnisnehmers erfolgen. Der Gesellschaftsvertrag ist insoweit als sog. echter Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall anzusehen, §§ 328, 331 Abs. 1 BGB.⁶⁸⁸ Die Klausel führt dazu, dass die Gesellschafterstellung des Erblassers nicht unmittelbar und automatisch an einen Nachfolger übergeht, sondern berechtigt einen Erben oder einen Dritten lediglich, in die Gesellschafterstellung eintreten zu dürfen.⁶⁸⁹ Im Unterschied zur Nachfolgeklausel kommt es bei der Eintrittsklausel gerade nicht zum Anteilsübergang im Zeitpunkt des Todes des bisherigen Gesellschafters. Der Gesellschaftsanteil des verstorbenen Gesellschafters fällt nicht in den Nachlass, sondern wächst - wie bei der Fortsetzungsklausel (vgl. Abschn. E I 2 a . Seite 154) - den übrigen Gesellschaftern an.⁶⁹⁰ Die Gesellschaft wird deshalb zunächst unter den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt, bis sich der Eintrittsberechtigte entschieden hat, ob er eintreten will oder nicht.⁶⁹¹ Die Nachfolge tritt somit nicht

BGHZ 154, 88 = DNotI-Report 2003, 100 = NJW 2003, 428; BGHZ 150, 1 = DNotZ 2002, 805 = NJW 2002, 1642; BGHZ 146, 341 = DNotZ 2001, 234 m. Anm. *Schemann* = NJW 2001, 1056 = NotBZ 2001, 100 = Rpfleger 2001, 246; BGHZ 142, 315 = DNotZ 2000, 135 = NJW 1999, 3483 = Rpfleger 2000, 21.

⁶⁸⁶ Ebenso Bamberger/Roth/Timm/Schöne, § 1727 Rn. 13. Dazu MüKo-HGB/K. Schmidt, § 139 Rn. 60; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Lorz, § 139 Rn. 98; allgemeiner Schäfer, NJW 2005, 3665.

⁶⁸⁷ MüKo-BGB/Ulmer/Schäfer, § 727 Rn. 46 ff.

⁶⁸⁸ MüKo-BGB/Ulmer/Schäfer, § 727 Rn. 39.

⁶⁸⁹ Keller, MittBayNot 2007, 96, 99; Gutachten DNotI-Report 2004, 141.

⁶⁹⁰ BayObLGZ 1991, 301 = DNotZ 1992, 157 = NJW-RR 1992, 140 = Rpfleger 1992, 19.

⁶⁹¹ H. M., vgl. Bamberger/Roth/Timm/Schöne, § 727 Rn. 21.

aufgrund des Erbrechts automatisch ein, sondern es bedarf vielmehr noch eines besonderen Rechtsgeschäftes unter Lebenden. Erst mit dem Gesellschaftsbeitritt wächst dem Eintretenden sein Gesellschaftsanteil zu.⁶⁹²

Das Eintrittsrecht kann so ausgestaltet sein, dass sich der Eintritt entweder durch einseitige Erklärung des Eintrittsberechtigten gegenüber den Mitgesellschaftern vollzieht. Hier ist allerdings die Rechtsnatur einer solchen Eintrittserklärung umstritten: Nach einer Ansicht⁶⁹³ ist die Eintrittserklärung als Annahme eines in der Eintrittsklausel enthaltenen, dauernden Vertragsangebots des Gesellschafter-Erblassers anzusehen, nach anderer Ansicht⁶⁹⁴ als Ausübung eines Optionsrechts. Folgt man der ersten Ansicht, so stellt die Eintrittserklärung zusammen mit dem Angebot einen Gesellschaftsvertrag dar.⁶⁹⁵ Aber selbst dann, wenn man das einseitige Eintrittsrecht als Optionsrecht wertet, kann nicht außer Acht gelassen werden, dass dieses für sich gesehen zwar eine einseitige Erklärung ist, jedoch das Zustandekommen eines Gesellschaftsvertrages mit den bisherigen Gesellschaftern bewirkt.⁶⁹⁶ Die Eintrittserklärung bewirkt somit in jedem Falle für den Eintretenden den Vertragsabschluss.⁶⁹⁷

Neben einer solchen Eintrittserklärung, kann das Eintrittsrecht aber auch so gestaltet sein, dass ein schuldrechtlicher Anspruch des Begünstigten von den verbleibenden Gesellschaftern die Aufnahme in die fortbestehende Gesellschaft an Stelle des verstorbenen Gesellschafters unter den in der Klausel genannten Voraussetzungen zu verlangen, begründet wird.⁶⁹⁸ Der Eintritt vollzieht sich in diesem Fall dann im Wege eines zwischen dem eintrittsberechtigten Minderjährigen und allen verbleibenden Gesellschaftern zu schließenden Aufnahmevertrages⁶⁹⁹ (vgl. im Einzelnen Abschn. C II 1 a, 2 a . Seite 52 bis 54 und 56 bis 60), wobei der Abschluss des Aufnahmevertrages grundsätzlich im Belieben des Eintrittsberechtigten steht. Notfalls ist durch

⁶⁹² Bamberger/Roth/Timm/Schöne, § 727 Rn. 23; Gutachten DNotI-Report 2004, 141.

⁶⁹³ Wiedemann, S. 167.

⁶⁹⁴ Brox/Walker, Rn. 782.

⁶⁹⁵ Wiedemann, S. 163.

⁶⁹⁶ Stahl, S. 124.

⁶⁹⁷ Stöber, Rpfleger 1968, 2, 9.

⁶⁹⁸ Bamberger/Roth/Müller-Christmann, § 1922 Rn. 67; MüKo-BGB/Ulmer/Schäfer, § 727 Rn. 42, 53, 57. Die Eintrittsklausel kann auch als unechter Vertrag zugunsten Dritter ausgestaltet werden, der keinen Anspruch auf Eintritt gewährt, vgl. Göbel, DNotZ 1979, 133, 152.

⁶⁹⁹ Carlé, ErbStB 2009, 358; Staub/Schäfer (4. Aufl.), § 139 Rn. 148; Stöber, Rpfleger 1968, 2, 9.

Auslegung des Gesellschaftsvertrags zu klären, welche der beiden Gestaltungsmöglichkeiten dem Willen der Gesellschafter entsprechen. Im Zweifel ist wohl eher letztere Variante gewollt.⁷⁰⁰

Das Eintrittsrecht kann erst nach dem Erbfall ausgeübt werden. Der Eintrittsberechtigte kann auch die Erbschaft ausschlagen und das Eintrittsrecht ausüben wie auch umgekehrt. Die im Gesellschaftsvertrag enthaltene Eintrittsklausel kann eine Frist zur Erklärung über die Ausübung des Eintrittsrechts enthalten. Wenn dies nicht der Fall ist, so ist die Annahme zumindest innerhalb eines angemessenen Zeitraums mitzuteilen.⁷⁰¹ § 139 HGB gilt im Fall der Eintrittsklausel nicht.⁷⁰² Diese Bestimmung setzt voraus, dass der Erbe lediglich auf Grund seiner Erbenstellung und der gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung Gesellschafter werden soll. Bei der Eintrittsklausel hängt die Aufnahme in die Gesellschaft jedoch von einer Erklärung des Dritten ab; zudem ist die Erbenstellung nicht erforderlich.⁷⁰³

Die vorangegangenen Ausführungen zeigen, dass es sich bei dem Mitgliedschaftserwerb aufgrund einer erbrechtlichen Eintrittsklausel eigentlich um ein Rechtsgeschäft unter Lebenden handelt, das lediglich aus systematischen Gründen an dieser Stelle behandelt wird.

d. Rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel

Der Bundesgerichtshof⁷⁰⁴ hat wiederholt ausgesprochen, dass rechtsgeschäftliche Nachfolgeklauseln zulässig sind, wenn der vorgesehene Nachfolger an ihrer Vereinbarung unmittelbar beteiligt ist oder aber zumindest der vorgesehenen Übernahme der Beteiligung in sonstiger Weise zustimmt. Durch eine solche Klausel soll im Ergebnis die gleiche Wirkung zugunsten eines Nicht-Erben herbeigeführt werden wie

⁷⁰⁰ MüHdb. GesellschaftsR Bd. 1/*Klein/Lindemeier*, § 11 Rn. 38.

⁷⁰¹ BGH, DNotZ 1988, 46 = NJW-RR 1987, 989 = WM 1987, 981; *Staudinger/Habermeier* (2003), § 727 Rn. 25; *Bamberger/Roth/Timm/Schöne*, § 727 Rn. 22; *Baumbach/Hopt*, § 139 Rn. 53.

⁷⁰² MüHdb. GesellschaftsR Bd. 1/*Kleine/Lindemeier*, § 79 Rn. 77; *MüKo-HGB/K. Schmidt*, § 139 Rn. 62; *Staub/Schäfer* (4. Aufl.), § 139 Rn. 151.

⁷⁰³ *Brox/Walker*, Rn. 782.

⁷⁰⁴ BGHZ 68,225, 231 = DNotZ 1977, 550 = NJW 1977, 1339 = WM 1977, 680; BGHZ 22, 186 = DNotZ 1957, 405 = NJW 1957, 180 = WM 1957, 24; BGH WM 1974, 945; *Baumbach/Hopt*, § 139 Rn. 58; *Staub/Schäfer* (4. Aufl.), § 139 Rn. 13; *MüKo-BGB/Ulmer/Schäfer*, § 727 Rn. 51.

durch die erbrechtliche Nachfolgeklausel; nämlich das automatische Einrücken in die Gesellschafterposition des Erblassers. Damit der Mitgliedschaftserwerb des Nicht-Erben automatisch bei Versterben des Gesellschafter-Erblassers erfolgt, muss die Gesellschafterstellung allerdings bereits zu dessen Lebzeiten auf den Nachfolger übertragen werden.

Soll die Abrede nicht dem Verbot der Verfügung zu Gunsten Dritter⁷⁰⁵ bzw. dem Verbot eines Vertrages zu Lasten Dritter⁷⁰⁶ unterfallen, so muss der Nachfolger allerdings in Form eines Vertrages mit den anderen Gesellschaftern an der Abfassung der Klausel beteiligt werden. Erforderlich ist ein Verpflichtungs- und Verfügungsvertrag (z. B. als vorweggenommene Erbfolge) zwischen dem Gesellschafter-Erblasser und dem minderjährigen Neugesellschafter unter Zustimmung der übrigen Gesellschafter. Der Beitritt muss somit im Wege des derivativen Erwerbs⁷⁰⁷ (vgl. Abschn. C III 2 a, 3 a . Seite 79 bis 81 und 85 bis 87) erfolgen und zwar zu einem bestimmten oder offen bleibenden Zeitpunkt. In diesem Falle ist dann der Tod eines Gesellschafters (als gewisses Ereignis keine Bedingung) für den Beginn der Beteiligung des Dritten im Sinne einer Befristung (mit unbekanntem Anfangszeitpunkt) maßgeblich.⁷⁰⁸ Schließlich muss die Klausel . soll die Nachfolge durch den Dritten persönlich abgesichert werden . noch die aufschiebende Bedingung enthalten, dass der Nachfolger den ihn berufenen Gesellschafter-Erblasser überlebt. Mithin erfüllt eine derartige Nachfolgeklausel sämtliche Voraussetzungen einer Verfügung unter Lebenden auf den Todesfall, die zwar allgemein gesetzlich nicht geregelt ist, ihre Definition lässt sich jedoch dem § 2301 Abs. 1 BGB entnehmen.⁷⁰⁹

3. Registereintragung

a. Handelsregister

aa. GbR

Da die GbR im *Handelsregister* nicht eingetragen werden kann, ist dort auch nichts zu veranlassen.

⁷⁰⁵ BGHZ 41, 95; 68, 225.

⁷⁰⁶ BGHZ 68, 225, 231.

⁷⁰⁷ MüHdb. GesellschaftsR Bd. 1/Klein/Lindemeier, § 11 Rn. 26; MüKo-HGB/K. Schmidt, § 139 Rn. 24.

⁷⁰⁸ Gaßner, RpfIJB 1986, 329, 344 ff.; Gutachten DNotI-Report 2004, 141.

bb. OHG bzw. KG

Bei erbrechtlicher Nachfolge sind sowohl das „Ausscheiden“ des verstorbenen Gesellschafters gem. § 143 Abs. 2 HGB als auch der Übergang der Gesellschaftstellung auf den Nachfolger-Erben zur Eintragung in das Register anzumelden.⁷¹⁰

Das Ausscheiden des Erben aufgrund seines ausgeübten Wahlrechts nach § 139 HGB ist ebenfalls zum Handelsregister anzumelden. Treten bei einer Nachfolgeklausel mehrere Miterben die Nachfolge an, so ist jeder von ihnen als Rechtsnachfolger einzutragen. Bei minderjährigen Nachfolgern sollte auf die nach § 106 Abs. 2 Nr. 1 HGB erforderliche Angabe des Geburtsdatums geachtet werden, um etwaigen Haftungsrisiken aus § 15 HGB von vornherein aus dem Weg zu gehen.⁷¹¹

Wird ein Kommanditist Sonderrechtsnachfolger eines persönlich haftenden Gesellschafters, liegen materiell-rechtlich nicht das Ausscheiden und der Eintritt eines Gesellschafters vor, sondern die Umwandlung der Beteiligung desselben Gesellschafters in eine Komplementärstellung. Registerrechtlich ist jedoch das Ausscheiden des Verstorbenen sowie der Eintritt des Erwerbers des Gesellschaftsanteils als persönlich haftender Gesellschafter und das hierdurch kraft Gesetzes erfolgende Erlöschen der bisherigen Stellung als Kommanditist der fortbestehenden Kommanditgesellschaft anzumelden und einzutragen.

Fraglich ist, ob der Gesellschafter-Erbe, der bis zur Ausübung des Wahlrechts und der Zustimmung der Mitgesellschafter (§ 139 Abs. 2 HGB) persönlich haftender Gesellschafter ist, als solcher auch im Handelsregister eingetragen werden muss oder ob dieser Zwischenschritt im Handelsregister übersprungen und der Erbe erst nach Ausübung des Wahlrechts im Handelsregister eingetragen werden kann. Dem minderjährigen Erben bleibt die Berufung auf § 139 Abs. 4 HGB nicht deshalb versagt, weil der Erbfall nicht sogleich eingetragen worden ist. Eine Eintragungspflicht besteht jedenfalls während des Schwebezustandes nicht.⁷¹² Allerdings ist der Zweck des

⁷⁰⁹ *Stahl*, S. 125.

⁷¹⁰ *MüKo-HGB/K. Schmidt*, § 143 Rn. 10; *MüHdb. GesellschaftsR Bd. 1/Klein/Lindemeier*, § 79 Rn. 18.

⁷¹¹ *MüHdb. GesellschaftsR Bd. 2/Klein/Lindemeier*, § 79 Rn. 118.

⁷¹² *MüKo-HGB/K. Schmidt*, § 139 Rn. 105.

Handelsregisters darauf ausgerichtet, die einzutragenden Tatsachen vollständig und lückenlos wiederzugeben. Deshalb sollte der Zwischenschritt der Stellung des Erben als persönlich haftender Gesellschafter auch angemeldet und eingetragen werden. Spätestens wenn der Schwebezustand beendet ist, muss der Gesellschafter-Erbe zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet und eingetragen werden. Die bei Einräumung der Kommanditistenstellung im Handelsregister einzutragende Kommanditeinlage (Haftsumme) entspricht dem auf den minderjährigen Erben übergegangenen Kapitalanteil des verstorbenen persönlich haftenden Gesellschafters; die Gesellschafter können jedoch auch abweichende Beträge als Haftsumme vereinbaren.

Beim Eintritt eines Gesellschafters aufgrund gesellschaftsvertraglicher Eintrittsklausel finden die allgemeinen für die Aufnahme eines weiteren Gesellschafters geltenden Regeln Anwendung (vgl. Abschn. C II 2 a . Seite 58). Das Ausscheiden des verstorbenen Gesellschafters muss unverzüglich angemeldet werden und zwar auch dann, wenn der Gesellschaftsvertrag zusätzlich eine Eintrittsklausel enthält und der Eintrittsberechtigte seine Entscheidung über den Eintritt in die Gesellschaft noch nicht getroffen hat.⁷¹³ Macht der Begünstigte von seinem Eintrittsrecht Gebrauch, ist so dann sein Eintritt in die Gesellschaft anzumelden. Ist der Erbe bereits in die Gesellschaft eingetreten, können beide Anmeldungen selbstverständlich miteinander verbunden werden.

Im Falle unmittelbarer Nachfolge in die Beteiligung eines verstorbenen Gesellschafters aufgrund rechtsgeschäftlicher Nachfolgeklausel gelten für die Handelsregisteranmeldung und . eintragung die allgemeinen bei Übertragung der Gesellschafterstellung unter Lebenden maßgebenden Grundsätze (vgl. Abschn. C III 3 a . Seite 86), wobei an die Stelle des übertragenden Gesellschafters insoweit die Erben des verstorbenen Gesellschafters treten.

Die Handelsregisteranmeldung ist in öffentlich beglaubigter Form (§ 129 BGB, §§ 39, 40 BeurkG) von sämtlichen Gesellschaftern unter Einschluss sämtlicher Erben des

⁷¹³ MüHdb. GesellschaftsR Bd. 2/Klein/Lindemeier, § 41 Rn. 130.

verstorbenen Gesellschafters vorzunehmen (§ 162 Abs. 3, § 161 Abs. 2, §§ 107, 108 Abs. 1, § 143 Abs. 2 HGB), auch von solchen Erben, die nicht nachfolge- bzw. eintrittsberechtigt oder vertretungsberechtigt sind,⁷¹⁴ sowie von dem Nachfolger, sofern er nicht schon zum genannten Personenkreis gehört. Die gesetzlichen Vertreter eines minderjährigen Gesellschaftererben können die Anmeldung auch dann vornehmen, wenn sie selbst Mitgesellschafter sind.⁷¹⁵ In welcher Art und Weise die sich als Gesellschafter und Erben ausgebenden Personen sich gegenüber dem Registergericht zu legitimieren haben, ergibt sich aus § 12 Abs. 2 HGB. Danach ist der Nachweis der Erbfolge - soweit tunlich - durch öffentliche Urkunde (vgl. § 415 ZPO) zu führen. Bei gesetzlicher und bei testamentarischer Erbfolge aufgrund einer handschriftlichen Verfügung von Todes wegen ist deshalb ein Erbschein (§ 2353 BGB) erforderlich. Beruht die Erbfolge auf einer letztwilligen Verfügung von Todes wegen in öffentlicher Urkunde, so kann das Registergericht in Anlehnung an § 35 Abs. 1 S. 2 GBO diese zusammen mit der nachlassgerichtlichen Niederschrift über deren Eröffnung nach pflichtgemäßem Ermessen für ausreichend erachten, sofern die letztwillige Verfügung keine Auslegungsschwierigkeiten bereitet.⁷¹⁶ Die familiengerichtliche Genehmigung für den Anmeldungsvorgang ist dem Registergericht zum Zwecke der Überprüfung der Wirksamkeit des materiell-rechtlichen Vorgangs vorzulegen.⁷¹⁷

b. Grundbuch

aa. GbR

Der Tod eines Gesellschafters lässt die Identität der Gesellschaft und den Bestand des Gesellschaftsvermögens unberührt. Bei einer grundbesitzenden GbR ist durch

⁷¹⁴ H. M., BayObLG, DNotZ 1979, 109 = MittBayNot 1978, 230 = Rpfleger 1978, 450; BayObLG, BayObLGR 1993, 29 = BB 1993, 385 = DB 1993, 474 = Rpfleger 1993, 288; *Baumbach/Hopt*, § 162 Rn. 9. Unter den Voraussetzungen des § 143 Abs. 3 HGB kann auf die Mitwirkung nicht eintretender Erben bei der Anmeldung ausnahmsweise verzichtet werden, vgl. BayObLG, BB 1993, 385 = DB 1993, 474 = Rpfleger 1993, 288.

⁷¹⁵ MÜHdb. GesellschaftsR Bd. 1/*Klein/Lindemeier*, § 78 Rn. 43.

⁷¹⁶ KG Berlin, 07.06.2010 . 1 W 140/09 (unveröff.); OLG Köln, FamRZ 2010, 927 = NJW-RR 2010, 665 = Rpfleger 2010, 263 = ZEV 2010, 97; OLG Düsseldorf, FamRZ 2010, 928 = RNotZ 2010, 260 = Rpfleger 2010, 321; OLG Köln, DNotZ 2005, 555 = FamRZ 2005, 640 = NJW-Spezial 2005, 30 = Rpfleger 2005, 145; KG Berlin, DNotZ 2007, 395 = NJW-RR 2007, 692 = Rpfleger 2007, 148 = ZEV 2007, 497; KG Berlin, DNotZ 2001, 408 = NJW-RR 2000, 397 = ZEV 2001, 72; KG Berlin, NJW-RR 2003, 255 = NotBZ 2003, 240 = Rpfleger 2003, 197 = ZNotP 2003, 112; OLG Hamm, FamRZ 1986, 203 = NJW 1986, 389 = NJW-RR 1986, 79 = Rpfleger 1986, 139; OLG Hamburg, NJW 1966, 986; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Schaub*, § 12 Rn. 161.

⁷¹⁷ OLG Frankfurt, DNotZ 2009, 142 = NJW-RR 2008, 1568 = Rpfleger 2008, 646.

die Veränderung im Gesellschafterbestand das Grundbuch zu berichtigen (§§ 894, 899a BGB, §§ 22, 29, 47 Abs. 2 GBO, § 15 Abs. 1 Buchst. c GBV). Im Grundbuch sind bei der GbR . im Gegensatz zur OHG und KG . auch deren Gesellschafter einzutragen, § 47 Abs. 2 GBO i. V. mit § 15 Abs. 1 Buchst. c GBV. Grundsätzlich ist zur Grundbuchberichtigung entweder der Nachweis der Unrichtigkeit (§ 22 Abs. 1, §§ 19, 29 GBO) des Grundbuchs oder die Berichtigungsbewilligung aller in Frage kommenden Berechtigter und die Zustimmung des neu hinzugekommenen Gesellschafters notwendig (§ 22 Abs. 2, § 29 GBO). Bei einer Berichtigung aufgrund Berichtigungsbewilligung ist zu bejahen, dass § 899 a BGB auch hier anwendbar ist und damit sicherstellt, dass der Gesellschafterbestand im Übrigen keine Änderung erfahren hat.⁷¹⁸

Auch im Falle der Auflösung der Gesellschaft ändert sich die Identität der dann bestehenden Liquidationsgesellschaft nicht. Anstelle des verstorbenen Gesellschafters ist dessen Alleinerbe oder sind seine Erben in Erbengemeinschaft Mitglieder der Liquidationsgesellschaft geworden, neben den bisherigen Gesellschaftern. Die Veränderung des Gesellschafterbestandes ist mit dem Zusatz si. L.%oder sin Liquidation%im Grundbuch berichtigend einzutragen.

bb. OHG bzw. KG

Durch die Nachfolge/den Eintritt eines neuen Gesellschafters ändert sich zwar der Gesellschafterbestand, nicht jedoch die Identität der Gesellschaft. Mithin ist durch die Nachfolge/den Eintritt nicht eine neue Gesellschaft entstanden, sondern die alte Gesellschaft wird nunmehr mit dem Nachfolger/Eintretenden fortgeführt. Da im Grundbuch lediglich die Personenhandelsgesellschaft als solche (ohne Angabe von Ge-

⁷¹⁸ OLG München, EWiR 2010, 741 = NotBZ 2010, 421 = ZEV 2010, 645 (Anwendbarkeit des § 899a S. 1 BGB ohne nähere Begründung bejaht); OLG Hamm, Beschl. v. 14.10.2010 - 15 W 193/10 . unveröff. (Anwendbarkeit des § 899a S.1 BGB ohne Prüfung unterstellt); OLG Zweibrücken, DNotZ 2011, 207 = Rpfleger 2010, 286 (entsprechende Vermutung soll sich aus § 47 Abs. 2 S. 2 GBO ergeben); OLG Zweibrücken, FGPrax 2010, 22 = NJW 2010, 384 = Rpfleger 2010, 208 (zur Anteilsübertragung: Anwendbarkeit des § 899a S. 1 BGB ohne Prüfung unterstellt); OLG Zweibrücken, Beschl. v. 21.10.2010 - 3 W 110/10 . unveröff. (Begründung wie OLG Zweibrücken, DNotZ 2011, 207 = Rpfleger 2010, 286); OLG Brandenburg, Beschl. v. 23.07.2010 - 5 Wx 47/10 . unveröff. (zur Anteilsübertragung: Anwendbarkeit des § 899a S. 1 BGB verneint, konkreten Nachweis der Gesellschafterstellung aber bejaht). Gutachten DNotI-Report 2010, 145. Zu den Konsequenzen für § 899a

sellschaftern, § 15 Abs. 1 Buchst. b GBV) eingetragen ist, bewirkt die Nachfolge in einen Gesellschaftsanteil keine Grundbuchunrichtigkeit i. S. der § 894 BGB, § 22 GBO.

4. Vertretung des Minderjährigen

a. Handeln des gesetzlichen Vertreters

aa. Liquidationsgesellschaft

Wird beim Tod eines GbR-Gesellschafters die Gesellschaft aufgelöst (vgl. Abschn. E I 1 a . Seite 152), so tritt der Erbe bzw. treten die Erben als Erbengemeinschaft in die vermögensrechtliche und verwaltungsrechtliche Stellung des Erblassers ein. Die Verteilung des GbR-Vermögens erfolgt durch die Gesellschafter als Liquidatoren. Ist ein Minderjähriger Alleinerbe des verstorbenen Gesellschafters, so nimmt er auch die Stellung eines Liquidators ein; seine Rechte und Pflichten als Liquidator werden von seinem gesetzlichen Vertreter wahrgenommen. Ist der Minderjährige Miterbe des Erblassers, so ist fraglich, wie die Erbengemeinschaft ihr Mitgliedschaftsrecht ausübt. Entsprechend § 146 Abs. 1 S. 2 HGB wird wohl ein gemeinsamer Vertreter durch Mehrheitsbeschluss der Miterben (§§ 2038, 745 BGB) zu bestimmen sein.⁷¹⁹ Ist ein Elternteil des minderjährigen Erben Mitgesellschafter, so ist bei der Beschlussfassung über die Vertreterbestellung § 181 BGB anwendbar, da der Elternteil dann als Liquidator zugleich mit Wirkung für und gegen sich selbst und die Erbengemeinschaft handeln würde.⁷²⁰ Wird ein Miterbe zum Vertreter bestellt, so handelt dieser nur für und gegen die Erbengemeinschaft; eine Anwendung von § 181 BGB scheidet aus.⁷²¹

Wird bei der Teilung des Vermögens der Liquidationsgesellschaft auch die Erbengemeinschaft auseinandergesetzt, so sind im Falle eines miterbenden Elternteils und seines miterbenden, minderjährigen Kindes die Ausschlussvorschriften der §§ 181, 1629 Abs. 2, § 1795 Abs. 2 BGB zu beachten.⁷²² Die Eltern können ihr Kind vertreten,

BGB *Heinze*, ZfIR 2010, 713; *Albers*, ZfIR 2010, 705, 707; für Unanwendbarkeit des § 899a BGB *Bestelmeyer*, Rpfleger 2010, 169, 185.

⁷¹⁹ MüHdb. GesellschaftsR Bd. 1/*Gummert*, § 21 Rn. 65, 93. Dem Gesellschaftsrecht ist der besondere Vertreter nicht unbekannt, vgl. § 46 Nr. 8 GmbHG, § 147 Abs. 2 AktG; BGH, DB 2010, 2611 = WM 2010, 2311 = ZIP 2010, 2345 (für Personengesellschaften).

⁷²⁰ So *Baumbach/Hopt*, § 146 Rn. 3 zur OHG.

⁷²¹ *Baumbach/Hopt*, § 146 Rn. 3.

⁷²² OLG Hamm, OLGZ 1993, 392 = FamRZ 1993, 1122 = MittBayNot 1994, 53 = Rpfleger 1993, 340.

wenn die Erbauseinandersetzung völlig unter Beachtung der gesetzlichen Regelungen (§§ 2042, 2046 ff., 752 ff. BGB) vollzogen wird; dann handelt es sich um die Erfüllung einer Verbindlichkeit, da dann ein Anspruch auf Erbauseinandersetzung nach § 2042 BGB besteht.⁷²³ Eine solche Erbauseinandersetzung wird wohl kaum jemals verwirklicht.⁷²⁴ Weicht die Auseinandersetzung von den gesetzlichen Regeln ab, führt ein Ausschluss der elterlichen Vertretungsmacht zur Notwendigkeit der Bestellung eines Ergänzungspflegers gemäß § 1909 BGB durch das Familiengericht. Beim Vorhandensein mehrerer minderjähriger Miterben benötigt dann jeder Minderjährige jeweils einen eigenen Ergänzungspfleger.⁷²⁵ Hat der Erblasser allerdings in seiner letztwilligen Verfügung die entsprechende Erlösverteilung gemäß § 2048 BGB angeordnet und verständigen sich die Erben im Rahmen einer Auseinandersetzungsvereinbarung lediglich über die Erfüllung der Teilungsanordnung, erfolgt die Auseinandersetzungsvereinbarung in Erfüllung einer Verbindlichkeit. Nach dem Wortlaut der §§ 181, 1795 Abs. 1 Nr. 1, § 1629 Abs. 2 BGB können die Eltern den minderjährigen Miterben dann vertreten.

bb. Erbrechtliche Nachfolgeklausel

aaa. Allgemein

Nimmt der minderjährige Erbe die Erbschaft an, dann rückt er automatisch aufgrund einer Nachfolgeklausel in die Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters ein (vgl. Abschn. E I 2 b . Seite 155). Die Annahme der Erbschaft kann der Minderjährige durch eine ausdrückliche Annahmeerklärung oder durch schlüssiges Verhalten herbeiführen. In beiden Fällen handelt es sich um eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung. Der minderjährige Erbe wird hierbei durch seine gesetzlichen Vertreter vertreten. Insoweit finden die allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts zur elterlichen Sorge Anwendung (§§ 1626, 1629, 1671 BGB). Die Geschäftsfähigkeit ist keine Voraussetzung für den Erbschaftserwerb.⁷²⁶ Ein beschränkt

⁷²³ BGHZ 21, 229, 232 = NJW 1956, 1433 = WM 1956, 1135; Gutachten DNotl-Report 2002, 107 und 2007, 12; *Brüggemann*, FamRZ 1990, 124, 128; *Mayer*, MittBayNot 2010, 345, 349.

⁷²⁴ *Gernhuber/Coester-Waltjen*, § 61 III 29.

⁷²⁵ BGHZ 50, 8, 10 = DNotZ 1968, 543 = FamRZ 1968, 245 = NJW 1968, 936 = WM 1968, 441; *Staudinger/Schilken* (2009), § 181 Rn. 57; *MüKo-BGB/Schramm*, § 181 Rn. 55, 56; *MüKo-BGB/Wagenitz*, § 1795 Rn. 8; Gutachten DNotl-Report 2007, 12; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, § 61 III 32.

⁷²⁶ *Staudinger/Otte* (2008), § 1942 Rn. 5.

Geschäftsfähiger kann, da die Annahme zum Verlust des Ausschlagungsrechts führt und daher nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist,⁷²⁷ nur mit Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters die Erbschaft annehmen (§ 107 BGB). Eine ohne Einwilligung vorgenommene Erbschaftsannahme ist wegen ihres Charakters als einseitiges Rechtsgeschäft gemäß § 111 Satz 1 BGB unwirksam.⁷²⁸ Eine nachträgliche Genehmigung ist dann nicht möglich. Die nachträgliche Genehmigung kann aber ihrerseits als konkludente Annahmeerklärung des gesetzlichen Vertreters zu werten sein.⁷²⁹

Lässt der Erbe, der die Erbschaft nicht ausdrücklich oder konkludent angenommen hat, die Ausschlagungsfrist des § 1944 BGB verstreichen, gilt dies nach der gesetzlichen Fiktion des § 1943 Hs. 2 BGB ebenfalls als Annahme. Für einen Geschäftsunfähigen oder beschränkt geschäftsfähigen Erben läuft die Ausschlagungsfrist freilich nicht, bevor der gesetzliche Vertreter die nach § 1944 Abs. 2 S. 1 BGB erforderliche Kenntnis erlangt hat.⁷³⁰

Da die Annahme der Erbschaft kein Rechtsgeschäft zwischen dem minderjährigen Erben und seinem gesetzlichen Vertreter als Miterbe oder einer der in § 1795 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, § 181 BGB genannten Personen ist (vgl. Abschn. E I 2 b . Seite 155), kommt eine Ergänzungspflegschaft wegen Interessenkollision nicht in Betracht.⁷³¹

Der Gesellschafter-Erblasser kann anordnen, dass die Eltern des Minderjährigen das Vermögen, welches das Kind von dem Erblasser von Todes wegen erwirbt, nicht verwalten sollen. Durch diesen Entzug der Vermögenssorge verlieren die Eltern zugleich mit dem Tod des Gesellschafter-Erblassers die Befugnis zur gesetzlichen Vertretung des Minderjährigen für den erworbenen Gesellschaftsanteil. Der Gesellschafter-Erblasser kann auch nur einen Elternteil ausschließen; in diesem Fall erlangt der

⁷²⁷ AnwK-BGB/Ivo, § 1943 Rn. 4; Bamberger/Roth/Siegmann/Höger, § 1943 Rn. 3 a; Staudinger/Otte (2008), § 1943 Rn. 11.

⁷²⁸ Staudinger/Otte (2008), § 1943 Rn. 11; MüKo-BGB/Leipold, § 1943 Rn. 7; Palandt/Weidlich, § 1943 Rn. 4.

⁷²⁹ Bamberger/Roth/Siegmann/Höger, § 1943 Rn. 3 a; Staudinger/Otte (2008), § 1943 Rn. 11; RGRK/Johannsen, § 1943 Rn. 10.

⁷³⁰ Staudinger/Otte (2008), § 1943 Rn. 13; Soergel/Stein, § 1943 Rn. 8; AnwK-BGB/Ivo, § 1943 Rn. 4; zur Wissenszurechnung eines Vertreters, OLG Rostock, FamRZ 2010, 1597 = RNotZ 2010, 474.

⁷³¹ AnwK-BGB/Ivo, § 1943 Rn. 5; Staudinger/Otte (2008), § 1943 Rn. 11.

andere Elternteil nach § 1638 Abs. 3 BGB das alleinige Sorgerecht kraft Gesetzes.⁷³² Sind beide Elternteile ausgeschlossen, muss das Familiengericht einen Ergänzungspfleger nach § 1909 Abs. 1 S. 2 BGB bestellen, wobei der Gesellschafter-Erblasser die Person des Pflegers bestimmen kann. Den Vorschlag des Erblassers kann das Familiengericht nur aus Gründen des § 1778 Abs. 1 BGB übergehen (vgl. § 1917 Abs. 1 BGB). Fraglich ist dann allerdings, ob der Minderjährige bei der Annahme oder Ausschlagung der Zuwendung noch von seinen Eltern vertreten werden kann, was überwiegend bejaht⁷³³ wird mit der Begründung, dass die Annahme bzw. Ausschlagung keine Maßnahme der Vermögensverwaltung i. S. des § 1638 Abs. 1 BGB darstelle, denn die Eltern vertreten dabei die Person des Erben und handeln nicht als Verwalter der Erbschaft.

bbb. Sonderfall: Nachfolgeklausel und Vermächtnis

Die Annahme eines Vermächtnisses erfolgt gegenüber dem Beschwerten durch eine formlose empfangsbedürftige Willenserklärung (vgl. Abschn. E I 2 b cc . Seite 161). Der gesetzliche Vertreter des minderjährigen Vermächtnisnehmers vertritt diesen dabei. Da die Annahme kein Rechtsgeschäft zwischen dem minderjährigen Erben und seinem gesetzlichen Vertreter als Beschwerten oder einer der in § 1795 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, § 181 BGB genannten Personen ist, kommt eine Ergänzungspflegschaft . wie auch bei der Annahme einer Erbschaft (vgl. Abschn. E I 4 a bb aaa . Seite 177) - wegen Interessenkollision nicht in Betracht.

Die Erfüllung eines Vermächtnisses erfolgt durch dingliches Vollzugsgeschäft. Es ist ein Übertragungsvertrag der Erben an den Vermächtnisnehmer erforderlich (vgl. Abschn. E I 2 b cc . Seite 160). Der Minderjährige wird hierbei durch seinen gesetzlichen Vertreter vertreten (vgl. Abschn. C III 4 a aa . Seite 89).⁷³⁴ Die Eltern sind allerdings bei der Erfüllung eines sie belastenden und ihren Kindern zugewandten Ver-

⁷³² OLG Karlsruhe, FamRZ 2004, 968 = NJW-RR 2004, 370 = RNotZ 2004, 267 = Rpfleger 2004, 217.
⁷³³ So BayObLG, FamRZ 1977, 751 = Rpfleger 1977, 253; OLG Karlsruhe, OLGZ 1965, 260 = FamRZ 1965, 573, 574; Staudinger/Engler (2009), § 1638 Rn. 16; Staudinger/Otte (2008), § 1943 Rn. 11; MüKo-BGB/Huber, § 1638 Rn. 15; AnwK-BGB/Rakete-Dombek, § 1638 Rn. 6; AnwK-BGB/Ivo, § 1943 Rn. 4; Ermann/Michalski, § 1638 Rn. 9; Palandt/Diederichsen, § 1638 Rn. 2; PWW/Ziegler, § 1638 Rn. 6; Bamberger/Roth/Siegmann/Höger, § 1943 Rn. 4; Muscheler, ZEV 2011, 230. Für Zuständigkeit des Pflegers: Damrau, Rz. 103; Frenz, DNotZ 1995, 908. Offen gelassen von BGH, BGHZ 106, 96, 100 = FamRZ 1989, 269 = NJW 1989, 984 = Rpfleger 1989, 102.

mächtnisses nicht von der Vertretung ihrer Kinder ausgeschlossen, weil mit der Vermächtniserfüllung nur eine Verbindlichkeit i. S. von §§ 1629 Abs. 2 S. 1, § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB erfüllt wird (§ 181 Hs. 2 BGB).⁷³⁵ Dies soll selbst dann gelten, wenn die Erfüllung mit rechtlichen Nachteilen verbunden ist;⁷³⁶ ein Ergänzungspfleger ist selbst dann nicht erforderlich.

ccc. Wahlrecht nach § 139 Abs. 1 HGB

Für einen minderjährigen Erben wird das Wahlrecht nach § 139 Abs. 1 HGB (Antrag auf Umwandlung seiner Gesellschafterstellung) durch seinen gesetzlichen Vertreter ausgeübt.⁷³⁷ Gleiches gilt für die Ausübung des Austrittsrecht nach § 139 Abs. 2 HGB.⁷³⁸

Fraglich ist jedoch, ob es im Hinblick auf § 181 BGB i. V. mit § 1629 Abs. 2, § 1795 Abs. 2 BGB der Mitwirkung eines Ergänzungspflegers bedarf, wenn die Eltern selbst Mitgesellschafter sind. Die Umwandlung in eine Kommanditistenstellung vollzieht sich durch einen auf die Änderung des Gesellschaftsvertrages gerichteten Vertrag zwischen dem minderjährigen Erben und allen Mitgesellschaftern (vgl. Abschn. E I 2 b dd . Seite 163). Ein Ergänzungspfleger ist dann nicht erforderlich, wenn man dieses Rechtsgeschäft als nur rechtlich vorteilhaft ansieht. Die ausschließliche rechtliche Vorteilhaftigkeit einer solchen Änderung des Gesellschaftsvertrages wurde vom BGH⁷³⁹ verneint, und zwar auch dann, wenn die Einlage bereits voll einbezahlt war.⁷⁴⁰ In der Literatur⁷⁴¹ gibt es mittlerweile Stimmen, die in dem Verlangen des Minderjährigen nach einer Kommanditistenstellung ein nur rechtlich vorteilhaften Vertrag für

⁷³⁴ Staudinger/Otte (2003), § 2174 Rn. 24.

⁷³⁵ BayObLG, DNotZ 1983, 176; AnwK-BGB/J. Mayer, § 2174 Rn. 14.

⁷³⁶ Menzel/Wolf, MittBayNot 2010, 190; für BayObLG, DNotZ 2004, 925 = Rpfleger 2004, 564 = ZfIR 2004, 655; AnwK-BGB/J. Mayer, § 2174 Rn. 14 kommt es auf die Frage, ob das Rechtsgeschäft vorteilhaft ist oder nicht, nicht an.

⁷³⁷ MüKo-HGB/K. Schmidt, § 139 Rn. 68; Heymann/Emmerich, § 139 Rn. 40; MüHdb. GesellschaftsR Bd. 1/Klein/Lindemeier, § 79 Rn. 40; Ebenroth/Boujong/Joost/Lorz, § 139 Rn. 105; Staub/Schäfer (4. Aufl.), § 139 Rn. 80, 113.

⁷³⁸ Staub/Schäfer (4. Aufl.), § 139 Rn. 80, 113. BGHZ 55, 267, 271 = BWNotZ 1971, 124 = NJW 1971, 1268 = WM 1971, 556; Gehört der gesetzliche Vertreter selbst zum Gesellschafterkreis, so ist er von der Vertretung des Minderjährigen gem. § 181 BGB i. V. mit § 1629 Abs. 2, § 1795 Abs. 2 BGB ausgeschlossen; es ist dann die Bestellung eines Ergänzungspflegers (§ 1909 BGB) für den Minderjährigen erforderlich.

⁷³⁹ BGHZ 68, 225, 231 = DNotZ 1977, 550 = NJW 1977, 1339 = WM 1977, 680.

⁷⁴⁰ BGHZ 55, 267 = BWNotZ 1971, 214 = NJW 1971, 1268 = WM 1971, 556.

den Minderjährigen sehen. Im Interesse eines effektiven Minderjährigenschutzes ist aber der h. M.⁷⁴² zu folgen, so dass ein Ergänzungspfleger zu bestellen ist (vgl. im Einzelnen bereits Abschn. B III 2 b aa, C II 3 a aa, C III 4 a aa . Seiten 2324, 64, 89). Solange dieser nicht bestellt ist, endet die Frist zur Ausübung des Wahlrechts erst drei Monate nach Beseitigung des Vertretungsmangels.⁷⁴³ Dem Fehlen eines gesetzlichen Vertreters steht dessen Verhinderung im konkreten Fall, etwa aufgrund des Verbots des Selbstkontrahierens nach § 181 BGB gleich.⁷⁴⁴

Ist der gesetzliche Vertreter dagegen Miterbe, so ist § 181 BGB i. V. mit § 1629 Abs. 2, § 1795 Abs. 2 BGB nicht einschlägig, da jeder Miterbe den Vertrag nur mit den übrigen Mitgesellschaftern des Erblassers, nicht mit den anderen Miterben als Mitgesellschafter schließt, mögen diese auch in der Gesellschaft bleiben (vgl. Abschn. E I 2 b dd . Seite 163 ff.).

Für mehrere minderjährige Miterben mit denselben gesetzlichen Vertretern ist folglich auch nicht die Bestellung jeweils eigener Ergänzungspfleger notwendig.⁷⁴⁵

Denkbar ist, dass der Erblasser bei Minderjährigen die Möglichkeit der Ausübung des Wahlrechtes dem gesetzlichen Vertreter gem. § 1638 BGB entzieht und einen Ergänzungspfleger überantwortet.⁷⁴⁶ Nicht über § 1638 BGB gestaltbar ist hingegen das Recht, die Erbschaft insgesamt anzunehmen bzw. auszuschlagen (vgl. Abschn. E I 4 a bb aaa . Seite 177 ff.).

⁷⁴¹ *Damrau*, S.38, 39, *Damrau*, ZEV 2000, 209, 211.

⁷⁴² BGHZ 55, 267, 270 = BWNotZ 1971, 214 = NJW 1971, 1268 = WM 1971, 556; Ebenroth/Boujong/Joost/Lorz, § 139 Rn. 105; Staub/Schäfer (4. Aufl.), § 139 Rn. 80; *Baumbach/Hopt*, § 139 Rn. 39; MüHdb. GesellschaftsR Bd. 1/*Klein/Lindemeier*, § 79 Rn. 40.

⁷⁴³ BGHZ 55, 267, 271 = BWNotZ 1971, 124 = NJW 1971, 1268 = WM 1971, 556; MüKo-HGB/K. *Schmidt*, § 139 Rn. 89; MüHdb. GesellschaftsR Bd. 1/*Klein/Lindemeier*, § 79 Rn. 42, 54.

⁷⁴⁴ BGHZ 55, 267 = BWNotZ 1971, 124 = NJW 1971, 1268 = WM 1971, 556; Staub/Schäfer (4. Aufl.), § 139 Rn. 80, 113.

⁷⁴⁵ A. A. *Reimann*, DNotZ 1999, 179, 196 und *Müller-Engelmann*, RpfStud. 1992, 49, 51: Bei mehreren minderjährigen Miterben mit denselben gesetzlichen Vertretern ist jeweils ein eigener Ergänzungspfleger zu bestellen, da der Vertrag über die Beteiligungsumwandlung ihrer Ansicht nach mit *allen* Gesellschaftern abzuschließen ist.

⁷⁴⁶ *Reimann*, DNotZ 1999, 179, 197.

cc. Erbrechtliche Eintrittsklausel

Bei einer Eintrittsklausel hat der Minderjährige als Eintrittsberechtigter eine rechtsgestaltende Eintrittserklärung darüber abzugeben, dass er die Mitgliedschaft des Erblassers fortsetzen will; diese stellt die Annahme der dem Eintrittsberechtigten im Gesellschaftsvertrag gegebenenfalls bereits eingeräumten Rechte (bindendes Angebot oder Optionsrecht) dar. Sie bewirkt für den Eintretenden den Vertragsabschluss (vgl. Abschn. E I 2 c . Seite 168). Der minderjährige Eintrittsberechtigte wird hierbei von seinen Eltern vertreten (vgl. Ausführungen zum originären Anteilswerb, Abschn. C II 3 a aa . Seite 64). Sind für eine Befugnis zur einseitigen Ausübung des Eintrittsrechts eines Minderjährigen keine Anhaltspunkte im Gesellschaftsvertrag ersichtlich, bedarf die Aufnahme des eintrittsberechtigten Minderjährigen in die Gesellschaft eines Aufnahmevertrages zwischen dem Eintrittsberechtigten und allen verbleibenden Gesellschaftern (vgl. Abschn. E I 2 c . Seite 168). Für den Minderjährigen hat auch hier sein gesetzlicher Vertreter das Vertretungsrecht (vgl. Ausführungen zum originären Anteilswerb, Abschn. C II 3 a aa . Seite 64).

Der Aufnahmevertrag bedeutet eine Änderung des Gesellschaftsvertrages, die Gesellschafter stehen sich typischerweise als Geschäftsgegner gegenüber, so dass die Eltern, wenn sie bereits an der Gesellschaft beteiligt sind, gem. §§ 181, 1629, 1795 BGB⁷⁴⁷ von der Vertretung ausgeschlossen sind, ohne Rücksicht auf das Bestehen eines konkreten Interessenkonfliktes.⁷⁴⁸ Es bedarf in diesen Fällen somit der Bestellung eines Ergänzungspflegers nach § 1909 BGB. Gemäß § 181 BGB sind die Eltern nur dann nicht von der Vertretung ausgeschlossen, wenn der Aufnahmevertrag dem vertretenen Minderjährigen lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt. Die h. M.⁷⁴⁹ sieht in dem Erwerb der Gesellschafterstellung nicht nur einen rechtlichen Vorteil. Der Erwerb einer GbR-/OHG-Beteiligung bzw. Komplementärbeteiligung bei

⁷⁴⁷ BGHZ 65, 93, 95 = DNotZ 1976, 107 = NJW 1976, 49 = Rpfleger 1975, 427; LG Aachen, NJW-RR 1994, 1319 = Rpfleger 1994, 104. § 181 BGB findet auf Änderungen des Gesellschaftsvertrages Anwendung, BGHZ 65, 93 = DNotZ 1976, 107 = NJW 1976, 49 = Rpfleger 1975, 427.

⁷⁴⁸ BGHZ 65, 93 = DNotZ 1976, 107 = NJW 1976, 49 = Rpfleger 1975, 427.

⁷⁴⁹ BGHZ 17, 160 = DNotZ 1955, 530 = WM 1955, 828; BHGZ 68, 225, 232 = DNotZ 1977, 550 = NJW 1977, 1339 = WM 1977, 690; BayObLGZ 1997, 113 = DNotZ 1998, 495 m. Anm. Spiegelberger = NJW-RR 1997, 1163 = Rpfleger 1997, 377; OLG Zweibrücken, FamRZ 2000, 117 = NJW-RR 1999, 1174 = NZG 1999, 717; MüHdb. GesellschaftsR Bd. 1/Piehler/Schulte, § 10 Rn. 4; MüHdb. GesellschaftsR Bd. 2/Piehler/Schulte, § 34 Rn. 4; Staub/Schäfer (4. Aufl.), § 139 Rn. 148.

einer KG bringt dem Minderjährigen . auch wenn er wie bei der Eintrittsklausel ohne Gegenleistung erfolgt . schon wegen der Haftungsfragen (§ 130 HGB bei OHG, §§ 161 Abs. 2, 130 HGB bei KG und § 130 HGB analog bei GbR) nicht ausschließlich rechtliche Vorteile. Vgl. im Einzelnen Abschn. C II 3 a aa . Seite 64 und Abschn. B III 2 b aa . Seite 23. *Damrau*⁷⁵⁰ hält dagegen die unterschiedliche Behandlung des erbrechtlichen Erwerbs mittels Nachfolgeklausel und Eintrittsklausel für eine dogmatische Überspitzung und sieht daher in dem erbrechtlichen Erwerb, auch wenn er sich nicht über die Nachfolgeklausel, sondern über die Eintrittsklausel vollzieht, kein rechtlich nachteiliges Geschäft i. S. von § 107 BGB. Hält man dagegen am Wortlaut des § 181 BGB fest, so ist entscheidend, ob ein Rechtsgeschäft vorliegt oder nicht. Bei der Annahme der Erbschaft handelt es sich im Gegensatz zum Aufnahmevertrag gerade nicht um ein Rechtsgeschäft zwischen dem minderjährigen Erben und seinem gesetzlichen Vertreter als Miterbe (vgl. Abschn. E I 2 b . Seite 155 und Abschn. E I 4 a bb aaa . Seite 177), so dass eine Pflegerbestellung aus diesem Grunde bei der Nachfolgeklausel ausscheidet . nicht dagegen bei der Eintrittsklausel.

dd. Rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel

Bei einer rechtsgeschäftlichen Nachfolgeklausel erfolgt der Beitritt im Wege des derivativen Erwerbs (vgl. Abschn. E I 2 d . Seite 170). Hierbei wird der Minderjährige von seinen gesetzlichen Vertretern vertreten. Diese sind allerdings von der Vertretung gem. § 1629 Abs. 2, §§ 1795, 181 BGB ausgeschlossen, wenn sie selbst ihren Gesellschaftsanteil aufschiebend befristet auf ihr minderjähriges Kind übertragen möchten. Eine Pflegerbestellung gem. § 1909 BGB wird in diesem Fall notwendig. Soll dagegen die Mitgliedschaft eines Dritten dem Minderjährigen übertragen werden, so werden die Eltern durch § 181 BGB nicht gehindert, als Mitgesellschafter ihre Zustimmung zu der Übertragung des Gesellschaftsanteils auf den Minderjährigen zu erteilen. Im Einzelnen wird hier auf die Ausführung zum derivativen Erwerb in Abschn. C III 4 a aa . Seite 89 bis 91 verwiesen.

⁷⁵⁰ ZEV 2000, 209 213; *Damrau*, S. 37.

b. Familiengerichtliche Genehmigung

aa. Liquidationsgesellschaft

Wurde die Gesellschaft aufgelöst, so erfolgt die Abwicklung über einen Auseinandersetzungsvertrag; dieser ist über §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 Alt. 1 BGB genehmigungsbedürftig, wenn im Wege der Auseinandersetzung das Erwerbsgeschäft an einen Dritten verkauft und der Erlös an die Gesellschafter ausgekehrt wird. Die Prüfung des genehmigungspflichtigen Vorgangs durch das Familiengericht zielt insbesondere auf die korrekte Ermittlung des Wertes des Minderjährigenanteils für die Abfindung. Zu beachten ist dabei, dass Gegenstand des Vertrages nicht nur die Sachwerte, sondern auch der sog. Goodwill, also die in den Kundenbeziehungen verkörpert Werte sind.

Wird dagegen das Erwerbsgeschäft aufgegeben, so sind die Geschäfte zur Abwicklung (Veräußerung von Einzelgegenständen) nach § 1643 Abs. 1, § 1822 Nr. 3 BGB genehmigungsfrei, ggf. kann allerdings ein Genehmigungserfordernis nach § 1643 Abs. 1, § 1821 Nr. 1 BGB bestehen. Das nach Berichtigung der Schulden verbleibende Vermögen der Gesellschaft ist von den Liquidatoren nach dem Verhältnis der Kapitalanteile, wie sie sich aufgrund der Schlussbilanz ergeben, unter den Gesellschaftern zu verteilen. Die Verteilung durch die Liquidatoren bedarf keiner familiengerichtlichen Genehmigung. Schließen die vormaligen Gesellschafter mit dem oder den Erben eines verstorbenen Gesellschafter einen Auseinandersetzungsvergleich (Erbteilungsvertrag), so ist ebenfalls keine gerichtliche Genehmigung erforderlich, weil § 1822 Nr. 2 BGB für die Eltern nicht gilt. § 1643 Abs. 1 BGB enthält den Genehmigungstatbestand des § 1822 Nr. 2 BGB gerade nicht; anders beim Ergänzungspfleger (§ 1915 Abs. 1 S. 1 BGB). Wird bei der Teilung des Gesellschaftsvermögens auch die Erbengemeinschaft auseinandergesetzt, ist auch hier aus dem soeben genannten Grund eine familiengerichtliche Genehmigung gem. §§ 1643 Abs. 1, § 1822 Nr. 2 BGB für die Eltern nicht erforderlich, es sei denn, ein Ergänzungspfleger handelt.

bb. Erbrechtliche Nachfolgeklausel

aaa. Allgemein

Bei einer erbrechtlichen Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag vollzieht sich die Rechtsnachfolge kraft Gesetzes (vgl. Abschn. E I 2 b . Seite 155). Es handelt sich weder um einen rechtsgeschäftlichen (vertraglichen) Erwerb, noch bedarf es eines Abschlusses eines Gesellschaftsvertrages. Es fehlt damit ein Rechtsgeschäft, an dem ein Genehmigungserfordernis nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 1. Alt. bzw. 2. Alt. BGB anknüpfen könnte. Die bisherige Rechtsprechung⁷⁵¹ hatte daher den Fall, dass ein Gesellschaftsanteil durch Erbfall aufgrund einer Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag erworben wurde, als nicht genehmigungsbedürftig i. S. von §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 BGB angesehen. Dieser Rechtsprechung war mit der Entscheidung des BVerfG vom 13.05.1986⁷⁵² zunächst der Boden entzogen worden. Die sich aus dem Erwerb ergebende und durch kein Genehmigungserfordernis kontrollierte Haftung des Minderjährigen verletze . so das BVerfG . dessen Rechte aus Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG. Stimmen in der Literatur⁷⁵³ haben daraus zum Teil eine Genehmigungsbedürftigkeit abgeleitet. Problematisch war in diesem Zusammenhang allerdings, dass eine direkte Anwendung des § 1822 Nr. 3 BGB mit dem Wortlaut der Vorschrift nicht vereinbar war und eine analoge Anwendung mangels Regelungslücke auch nicht in Betracht kam.⁷⁵⁴ Das BVerfG hatte nämlich selbst gesagt, es könne sie von Verfassung wegen nicht verlangen.⁷⁵⁵ Abgesehen von systematischen Bedenken (nur Rechtsgeschäfte können genehmigt werden), war auch zu Bedenken, dass eine bloße Erstreckung des Erfordernisses der Genehmigung nach § 1822 Nr. 3 BGB auf einen Eintritt Minderjähriger in eine Gesellschafterstellung, der nicht durch einen Vertrag zustande kommt, kein Weg gewesen wäre, auf dem der vom BVerfG verlangte Schutz des Minderjährigen gewährleistet werden hätte kön-

⁷⁵¹ BGHZ 55, 267, 269 = BWNtZ 1971, 124 = NJW 1971, 1268 = WM 1971, 556; BGH WM 1972, 1368; KG Berlin, JW 1933, 118.

⁷⁵² BVerfGE 72, 155 = NJW 1986, 1859 ff. = FamRZ 1986, 769 ff. = Rpfleger 1986, 377.

⁷⁵³ RGRK/Dickescheid, § 1822 Rn. 24; Müller-Engelmann, RpfStud. 1992, 49, 50; Stahl, S. 121.

⁷⁵⁴ OLG Koblenz, FamRZ 2008, 1031 = ZErB 2008, 119; BayObLG, FamRZ 1997, 126 = Rpfleger 1996, 455; KG Berlin, NJW 1962, 54; Staudinger/Otte (2008), § 1943 Rn. 11; MüKo-BGB/Huber, § 1643 Rn. 14; MüKo-BGB/Wagenitz, § 1822 Rn. 8; Soergel/Zimmermann, § 1822 Rn. 10; Soergel/Stein, § 1943 Rn. 6; AnwK-BGB/Rakete-Dombek, § 1643 Rn. 9; AnwK-BGB/Fritsche, § 1822 Rn. 6; AnwK-BGB/Ivo, § 1943 Rn. 4; Palandt/Diederichsen, § 1643 Rn. 2 und § 1822 Rn. 3; Ivo, ZEV 2006, 181.

⁷⁵⁵ BVerfGE 72, 155, 170 = NJW 1986, 1859 ff. = FamRZ 1986, 769 ff. = Rpfleger 1986, 377; darauf weist auch Soergel/Zimmermann, § 1822 Rn. 14 hin, ebenso Thiele, FamRZ 1992, 1001, 1003 ff.

nen.⁷⁵⁶ Hinzu kommt, dass das BVerfG mit seiner Entscheidung § 1822 BGB gar nicht erweitern konnte und wollte. Eine gesetzliche Regelung ist inzwischen mit dem Minderjährigenhaftungsbeschränkungsgesetz⁷⁵⁷, das zum 01.01.1999 in Kraft getreten ist, erfolgt. Mit der Einfügung des § 1629 a BGB hat die alte Rechtsprechung somit ihre Berechtigung zurück erlangt. Dem Schutzinteresse des Minderjährigen ist nun durch die Haftungsbeschränkung Rechnung getragen. Der Minderjährige hat jetzt die Möglichkeit, seine Haftung, wenn er volljährig geworden ist, auf den Bestand des bei Eintritt der Volljährigkeit vorhandenen Vermögens zu beschränken. Die Nachfolge des Minderjährigen in die Gesellschafterstellung von Todes wegen bedarf damit keiner familiengerichtlichen Genehmigung nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 BGB.⁷⁵⁸

Eine Genehmigung kann auch nicht aus den Gründen der §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 10 BGB gefordert werden, weil kein rechtsgeschäftlicher Anteilserwerb vorliegt, mithin die bisherigen Gesellschaftsverbindlichkeiten nicht rechtsgeschäftlich übernommen werden.⁷⁵⁹

Auch § 1643 Abs. 2 S. 1 BGB ist nicht einschlägig. Nur die Ausschlagung der Erbschaft oder eines Vermächnisses bedarf demnach einer familiengerichtlichen Genehmigung,⁷⁶⁰ nicht jedoch die Annahme der Erbschaft.⁷⁶¹ Ebenfalls bedarf das

⁷⁵⁶ Staudinger/Engler (2004), § 1822 Rn. 63.

⁷⁵⁷ Vom 25.08.1998 (BGBl I, S. 2487); BT-Drucks 13/5624.

⁷⁵⁸ Lafontaine in: jurisPK-BGB, § 1822 Rn. 88; MüKo-BGB/Wagenitz, § 1822 Rn. 23; Soergel/Zimmermann, § 1822 Rn. 22; Bamberger/Roth/Bettin, § 1822 Rn. 13; AnwK-BGB/Fritsche, § 1822 Rn. 19; Erman/Holzhauser, § 1822 Rn. 9; PWW/Bauer, § 1822 Rn. 12; Staub/Schäfer (4. Aufl.), § 139 Rn. 38; Baumbach/Hopt, § 139 Rn. 12; Damrau/Zimmermann, § 1822 Rn. 21; Stöber, Rpfleger 1968, 1, 9.

⁷⁵⁹ KG Berlin, JFG 10, 99 = HRR 1933 Nr. 815 = JW 1933, 118; Damrau/Zimmermann, § 1822 Rn. 21; Staudinger/Engler (2004), § 1822 Rn. 134; MüKo-BGB/Wagenitz, § 1822 Rn. 65; Soergel/Zimmermann, § 1822 Rn. 42; Staub/Schäfer (4. Aufl.), § 139 Rn. 38; Stöber, Rpfleger 1968, 2, 9; Winkler, ZGR1973, 177, 191.

⁷⁶⁰ Staudinger/Otte (2008), § 1943 Rn. 11; AnwK-BGB/Ivo, § 1943 Rn. 4 und § 1945 Rn. 11. Einer Genehmigung bedarf es bei der Ausschlagung aber dann nicht, wenn der Anfall der Erbschaft oder des Vermächnisses an das Kind erst infolge der Ausschlagung eines Elternteils eintritt, der das Kind allein oder gemeinsam mit dem anderen Elternteil vertritt (§ 1643 Abs. 2 S. 2 BGB).

⁷⁶¹ BGHZ 92, 259 = NJW 1985, 136; KG Berlin, NJW 1962, 64; BayObLG FamRZ 1997, 126; Staudinger/Engler (2004), § 1822 Rn. 16; Staudinger/Otte (2008), § 1943 Rn. 11; Erman/Schlüter, § 1943 Rn. 4.

Verstreichenlassen der Ausschlagungsfrist keiner familiengerichtlichen Genehmigung.⁷⁶²

bbb. Sonderfall: Nachfolgeklausel und Vermächtnis

Zur Annahme eines Vermächtnisses benötigt der gesetzliche Vertreter des Minderjährigen - im Gegensatz zur Ausschlagung (§ 1643 Abs. 2 S. 1 BGB) - keine familiengerichtliche Genehmigung.⁷⁶³

Der Vermächtnisnehmer erlangt die Gesellschafterstellung erst durch Erfüllung des Vermächtnisses, also durch Übertragung der Beteiligung durch den/die Erben mittels Abtretungsvertrag (vgl. Abschn. E I 2 b cc . Seite 160). Fraglich ist, ob es sich hierbei um einen entgeltlichen Erwerb i. S. von §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 1. Alt. BGB handelt. Explizite Rechtsprechung zu dieser Frage liegt nicht vor. Die Kommentarliteratur bleibt unverbindlich. Palandt/*Weidlich*⁷⁶⁴ beschränkt sich auf den allgemeinen Hinweis, das Erfüllungsgeschäft könne noch einer gerichtlichen Genehmigung nach §§ 1643, 1821 BGB bedürfen. Bei dieser Ansicht überrascht, dass der Genehmigungstatbestand des § 1822 BGB ganz unerwähnt bleibt. Für Staudinger/*Otte*⁷⁶⁵ und MüKo-BGB/*Schlichting*⁷⁶⁶ kommt es auf die Art des Erfüllungsgeschäfts an, die eine familiengerichtliche Genehmigung nach §§ 1821, 1822; § 1643 BGB erforderlich machen kann. Die Art des Erfüllungsgeschäfts, also die Übertragung der GbR-/OHG-Beteiligung bzw. Komplementärbeteiligung ist hier nicht anders zu behandeln als der schenkweise vorgenommene derivative Erwerb (vgl. Abschn. C III 4 b aa aaa . Seite 93), bei dem es sich aufgrund der Haftungsfolgen um einen entgeltlichen Erwerb i. S. von § 1822 Nr. 3 1. Alt. BGB handelt.⁷⁶⁷ Das Genehmigungserfordernis ergibt sich damit bereits aus §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 1. Alt. BGB. Auf die Frage, ob auch §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB (Gesellschaftsvertrag) einschlägig ist, kommt

⁷⁶² OLG Koblenz, FamRZ 2008, 1031 = ZErB 2008, 11; AnwK-BGB/*Rakete-Dombek*, § 1643 Rn. 9; AnwK-BGB/*Fritsche*, § 1822 Rn. 6.

⁷⁶³ Soergel/*Zimmermann*, § 1822 Rn. 10.

⁷⁶⁴ Palandt/*Weidlich*, § 2174 Rn. 4.

⁷⁶⁵ Staudinger/*Otte* (2003), § 2174 Rn. 24.

⁷⁶⁶ MüKo-BGB/*Schlichting*, § 2174 Rn. 17.

⁷⁶⁷ A. A. *Damrau*, ZEV 2000, 209, 213 und ZEV-Jahrestagung 1999, S. 22 mit Verweis auf Motive IV, S. 1145. *Damrau* hält sowohl die Schenkung als auch die Vermächtniserfüllung für einen unentgeltlichen Erwerb und zwar nicht nur bei der Zuwendung eines Kommanditanteils, sondern auch bei einem Gesellschaftsanteil eines persönlich haftenden Gesellschafters.

es hier . anders als bei der Zuwendung eines Kommanditanteils - nicht mehr an. Dieses Ergebnis ist jedoch für *Reimann*⁷⁶⁸ in Hinblick darauf, dass der Eintritt kraft Erbfolge genehmigungsfrei wäre, wenig plausibel. Bei normativer Betrachtung der Situation müsse davon ausgegangen werden, dass für den Eintritt eines minderjährigen Erben in eine Personengesellschaft kraft Vermächtnisses eine Genehmigung nicht mehr nötig ist. Der Vorgang sei systematisch unter § 1822 Nr. 2 BGB zu subsumieren. Da es dort aber nur zur Ausschlagung des Vermächtnisses einer Genehmigung bedarf, nicht aber zur Annahme, müsse auch das Erfüllungsgeschäft von einer Genehmigung freigestellt werden. Jedes andere Ergebnis wäre seiner Ansicht nach sinnwidrig. Diese Ansicht argumentiert allerdings gegen den eindeutigen Wortlaut des § 1822 Nr. 3 BGB, der eben von Rechtsgeschäften unter Lebenden spricht, worunter der Anteilserwerb beim Vermächtnis gerade zu zählen ist.

Zudem ergibt sich das Erfordernis der familiengerichtlichen Genehmigung auch aus §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 10 BGB (Übernahme einer fremden Verbindlichkeit durch Rechtsgeschäft), da der erwerbende Minderjährige akzessorisch für die vor der Vermächtniserfüllung begründeten Verbindlichkeiten der GbR, OHG bzw. KG haftet (vgl. Abschn. C III 4 b aa aaa . Seite 96).

ccc. Wahlrecht nach § 139 Abs. 1 HGB

Fraglich ist, ob die Ausübung des Wahlrechts nach § 139 HGB der familiengerichtlichen Genehmigung bedarf. In Betracht kommt hier eine Genehmigungsbedürftigkeit nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 1. Alt. bzw. 2. Alt. BGB.

Durch den Antrag des minderjährigen Erben auf Umwandlung seiner Gesellschafterstellung nach § 139 Abs. 1 HGB wird nicht die Gesellschafterstellung erworben, sondern eine bereits vorhandene zum Vorteil des Minderjährigen in eine sicherere Kommanditistenstellung umgewandelt. Es handelt sich nach h. M.⁷⁶⁹ gerade nicht um

⁷⁶⁸ DNotZ 1999, 179, 195; ebenso *Menzel/Wolf*, MittBayNot 2010, 186, 190.

⁷⁶⁹ BGHZ 55, 267, 269 = BWNotZ 1971, 214 = NJW 1971, 1268 = WM 1971, 556; KG Berlin, JFG 10, 99 = HRR 1933 Nr. 815 = JW 1933, 118; BGHZ 38, 26; *Staudinger/Engler* (2004), § 1822 Rn. 62; *Lafontaine* in: *jurisPK-BGB*, § 1829 Rn. 88; *RGRK/Dickescheid*, § 1822 Rn. 24; *Soergel/Zimmermann*, § 1822 Rn. 22; *Erman/Holzhauser*, § 1822 Rn. 13; *Damrau/Zimmermann*, § 1822 Rn. 21; *MüKo-HGB/K. Schmidt*, § 139 Rn. 68; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Lorz*, § 139 Rn. 105;

einen rechtsgeschäftlichen Erwerb eines Gesellschaftsanteils i. S.d. § 1822 Nr. 3 1. Alt. BGB.

Voraussetzung für § 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB ist der Abschluss eines Gesellschaftsvertrages, der zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts eingegangen wird. Die Beteiligungsumwandlung vollzieht sich durch einen auf die Änderung des Gesellschaftsvertrages gerichteten Vertrag zwischen dem minderjährigen Erben und allen Mitgesellschaftern (vgl. Abschn. E I 2 b dd . Seite 163). Es handelt sich hierbei gerade nicht um den Neuabschluss eines Gesellschaftsvertrages. Zudem fehlt es an der zweiten Voraussetzung von § 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB. Der minderjährige Erbe ist zur Zeit der Ausübung seines Wahlrechts bereits Mitglied der Gesellschaft, Träger sämtlicher Rechte und Pflichten und damit bereits selbst Betreiber des Erwerbsgeschäfts. Sein Antrag ist somit nicht mehr auf den Betrieb eines solchen gerichtet.⁷⁷⁰ Nach h. M.⁷⁷¹ ist für die Ausübung des Wahlrechts nach § 139 Abs. 1 HGB folglich keine gerichtliche Genehmigung nach § 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB erforderlich. *Klüsener*⁷⁷² erscheint die Genehmigungsfreiheit allerdings zweifelhaft, da dem Minderjährigen mit der Umwandlung die Chance genommen wird, nach Erreichen der Volljährigkeit in der Geschäftsführung des Unternehmens mitzuwirken. *Müller-Engelmann*⁷⁷³ geht von einer Genehmigungsbedürftigkeit aufgrund der Tatsache aus, dass durch Festlegung der Haftsumme oder durch eine spätere Änderung der Haftsumme bei nicht eingezahlter Einlage erhebliche Schulden auf den Minderjährigen zukommen könnten. Diesen Ansichten ist aber gerade in Hinblick darauf, dass sich der BGH⁷⁷⁴ grundsätzlich ge-

Staub/Schäfer (4. Aufl.), § 139 Rn. 80; *Baumbach/Hopt*, § 139 Rn. 39; MüHdb. GesellschaftsR Bd. 1/*Klein/Lindemeier*, § 79 Rn. 40; *Damrau*, S. 38; *Reimann*, DNotZ 1999, 179; *Gaßner*, RpfJb 1986, 329, 346.

⁷⁷⁰ *Stahl*, S. 126.

⁷⁷¹ BGHZ 55, 267, 269 = BWNotZ 1971, 214 = NJW 1971, 1268 = WM 1971, 556; KG Berlin, JFG 10, 99 = HRR 1933 Nr. 815 = JW 1933, 118; BGHZ 38, 26; *Staudinger/Engler* (2004), § 1822 Rn. 62; *Lafontaine* in: *jurisPK-BGB*, § 1829 Rn. 88; *RGRK/Dickescheid*, § 1822 Rn. 24; *Soergel/Zimmermann*, § 1822 Rn. 22; *Erman/Holzhauer*, § 1822 Rn. 13; *Damrau/Zimmermann*, § 1822 Rn. 21; *MüKo-HGB/K. Schmidt*, § 139 Rn. 68; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Lorz*, § 139 Rn. 105; *Staub/Schäfer* (4. Aufl.), § 139 Rn. 80; *Baumbach/Hopt*, § 139 Rn. 39; MüHdb. GesellschaftsR Bd. 1/*Klein/Lindemeier*, § 79 Rn. 40; *Damrau*, S. 38; *Reimann*, DNotZ 1999, 179; *Gaßner*, RpfJb 1986, 329, 346; *Stöber*, Rpfleger 1968, 2, 9, 10.

⁷⁷² Rpfleger 1990, 321, 327.

⁷⁷³ RpfStud. 1992, 49, 51.

⁷⁷⁴ BGH NJW 1992, 300.

gen die Ausdehnung des § 1822 Nr. 3 BGB bei Änderungen des Gesellschaftsvertrages gewendet hat, nicht zu folgen (vgl. auch Abschn. D I 3 b . Seite 109 bis 112).

Fraglich ist, ob die Umwandlung in eine Kommanditbeteiligung nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 10 BGB genehmigungsbedürftig ist. Der Nachfolger-Erbe haftet zwar weiterhin für Altverbindlichkeiten sowie für die während der Schwebezeit entstandenen Neuverbindlichkeiten erbrechtlich, d. h. auf den Nachlass beschränkbar, in voller Höhe. Jedoch für Neuverbindlichkeiten, also solche Gesellschaftsschulden, die erst nach Umwandlung der Gesellschaftsbeteiligung in eine Kommanditbeteiligung begründet werden, nur noch nach den für die Haftung eines Kommanditisten geltenden Vorschriften der §§ 171 ff. HGB.⁷⁷⁵ Da die Umwandlung in eine Kommanditistenstellung damit nicht zu einer Verschärfung bzw. Erweiterung der Haftung des Minderjährigen führt, ist eine familiengerichtliche Genehmigung nach § 1822 Nr. 10 BGB nicht erforderlich (vgl. auch Abschn. D I 3 b . Seite 112 bis 114).

Ebenfalls bedarf eine Austrittserklärung gem. § 139 Abs. 2 HGB keiner familiengerichtlichen Genehmigung.⁷⁷⁶ Der Genehmigungskatalog in §§ 1643, 1821, 1822 BGB erfasst eine solche Austrittserklärung nicht; die Austrittserklärung ist einer Ausschlagung einer Erbschaft nicht gleichzusetzen.

cc. Eintrittsklausel

Das Eintrittsrecht kann so ausgestaltet sein, dass sich der Eintritt entweder durch einseitige Erklärung des Eintrittsberechtigten gegenüber den Mitgesellschaftern vollzieht bzw. dass ein schuldrechtlicher Anspruch des Begünstigten von den verbleibenden Gesellschaftern die Aufnahme in die fortbestehende Gesellschaft an Stelle des verstorbenen Gesellschafters zu verlangen, begründet wird. In letzterem Falle bedarf es des Abschluss eines Aufnahmevertrages (vgl. Abschn. E I 2 c . Seite 168). Dieser ist ein Gesellschaftsvertrag des Eintrittsberechtigten mit den bisherigen Ge-

⁷⁷⁵ MüKo-HGB/K. *Schmidt*, § 139 Rn. 112; MÜHdb. GesellschaftsR Bd. 1/*Klein/Lindemeier*, § 79 Rn. 50; *Baumbach/Hopt*, § 139 Rn. 47. Der BGH bejaht grundsätzlich eine unbeschränkte Haftung des Kommanditisten nach § 176 Abs. 2 HGB für solche Neuverbindlichkeiten, die bis zur Eintragung des Erben als Kommanditisten im Handelsregister entstehen, BGH v. 04.03.1976, II ZR 145/75, BGHZ 66, 98, 100.

sellschaftern und bedarf nach überwiegender Ansicht⁷⁷⁷ gem. §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB der familiengerichtlichen Genehmigung, zumindest dann, wenn die Gesellschaft ein Erwerbsgeschäft betreibt. *Damrau*⁷⁷⁸ hält dies für nicht richtig, da seiner Ansicht nach nur die Neugründung einer Gesellschaft unter § 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB fällt und zum anderen der Unterschied zur erbrechtlichen Nachfolgeregelung nicht so groß ist und nach dieser der Minderjährige die Beteiligung an einer Personengesellschaft genehmigungsfrei erwirbt. Auch *Brox*⁷⁷⁹ hat deshalb die Genehmigungsbedürftigkeit bei der Eintrittsklausel verneint. Diese Ansichten argumentieren allerdings gegen den eindeutigen Wortlaut des § 1822 Nr. 3 BGB, der eben von Rechtsgeschäften unter Lebenden spricht, worunter der Eintritt durch Aufnahmevertrag gerade zu zählen ist. Zudem ist nach überwiegender Ansicht für den Genehmigungsvorbehalt ohne Belang, ob der Beitritt in der Gründungsphase oder aber später erfolgt (vgl. Abschn. C II 3 b aa aaa . Seite 68).⁷⁸⁰

Fraglich ist allerdings, ob der Genehmigungstatbestand des § 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB auch auf den Fall der einseitigen Eintrittserklärung anzuwenden ist. Wie unter Abschn. E I 2 c . Seite 168 dargestellt, ist deren Rechtsnatur strittig. Unabhängig davon, ob man diese nun als Annahme eines Vertragsangebotes oder als Ausübung eines Optionsrechts ansieht, bewirkt die Eintrittserklärung in jedem Falle für den Eintretenden den Vertragsabschluss. Soll der Schutzzweck des § 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB erreicht werden, so darf nicht auf die äußere Form, sondern auf die Wirkung des Ge-

⁷⁷⁶ MüKo-HGB/K. *Schmidt*, § 139 Rn. 87; *Ebenroth/Boujong/Joost/Lorz*, § 139 Rn. 111; MüHdb. GesellschaftsR Bd. 1/*Klein/Lindemeier*, § 79 Rn. 46; *Reimann*, DNotZ 1999, 179, 196.

⁷⁷⁷ KG Berlin, JFG 10, 99 = HRR 1933 Nr. 815 = JW 1933, 118; MüKo-BGB/*Ulmer/Schäfer*, § 727 Rn. 55; *Bamberger/Roth/Timm/Schöne*, § 727 Rn. 22; *Staudinger/Engler* (2004), § 1822 Rn. 51; *Lafontaine* in: *jurisPK-BGB*, § 1822 Rn. 88; MüKo-BGB/*Wagenitz*, § 1822 Rn. 16; *Palandt/Diederichsen*, § 1822 Rn. 9; *Staub/Schäfer* (4. Aufl.), § 139 Rn. 148; MüKo-HGB/K. *Schmidt*, § 139 Rn. 29; MüHdb. GesellschaftsR Bd. 1/*Klein/Lindemeier*, § 79 Rn. 88; *Stöber*, Rpfleger 1968, 2, 9; *Winkler*, ZGR 1973, 177, 191; *Reimann*, DNotZ 1999, 179, 195.

⁷⁷⁸ ZEV 2000, 209, 213.

⁷⁷⁹ *Brox*, S. 75, 81.

⁷⁸⁰ BayObLG, FamRZ 1990, 208 = Rpfleger 1989, 455; OLG Braunschweig, ZEV 2001, 75 m. Anm. *Sticherling/Stücke*; OLG Zweibrücken, FamRZ 2001, 181 = NJW-RR 1999, 1174; RGRK/*Dickscheid*, § 1822 Rn. 22, 26; *Staudinger/Engler* (2004), § 1822 Rn. 58; *Bamberger/Roth/Bettin*, § 1822 Rn. 12; *AnwK-BGB/Fritsche*, § 1822 Rn. 9, 19; *Beitzke*, JR 1963, 183; *Klüsener*, Rpfleger 1993, 133, 135.

schäfts abgestellt werden.⁷⁸¹ Auch die einseitige Eintrittserklärung ist damit in jedem Fall genehmigungsbedürftig i. S. von § 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB.⁷⁸²

Darüber hinaus ergibt sich das Genehmigungserfordernis für den Eintritt des Minderjährigen in die Gesellschaft mittels Eintrittsklausel auch aus §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 10 BGB (Übernahme einer fremden Verbindlichkeit durch Rechtsgeschäft). Durch den Tod des Gesellschafters ändert sich an der Haftung der Gesellschaft und der Gesellschafter für die Gesellschaftsschulden nichts. Der Eintretende haftet für die Gesellschafterschulden nach den allgemeinen Grundsätzen, also für Altverbindlichkeiten nach § 130 HGB als OHG-Gesellschafter bzw. nach § 161 Abs. 2 i. V. mit § 130 HGB als Komplementär bzw. nach § 130 HGB analog als BGB-Gesellschafter (vgl. Abschn. C II 3 b aa aaa . Seite 70).⁷⁸³ Der sich aus § 723 Abs. 1 Nr. 2, § 1629 a BGB ergebende Haftungsschutz macht die Genehmigung nicht entbehrlich.

Nicht genehmigungsbedürftig ist dagegen die Zurückweisung des Eintrittsrechts.⁷⁸⁴ Der Genehmigungskatalog in §§ 1643, 1821, 1822 BGB erfasst eine solche nicht; sie ist einer Ausschlagung einer Erbschaft nicht gleichzusetzen.

Wird dem Minderjährigen ein Eintrittsrecht durch Vermächtnis eingeräumt (vgl. Abschn. E I 2 b cc . Seite 162 und E I 2 c . Seite 167), so unterliegt der Abschluss des Aufnahmevertrages zwischen dem Vermächtnisnehmer und sämtlichen verbleibenden Gesellschaftern ebenfalls den Genehmigungserfordernissen gem. § 1822 Nr. 3 2. Alt. und Nr. 10 BGB.⁷⁸⁵

dd. Rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel

Als . wenn auch befristete . Übertragung unter Lebenden unterliegt der Erwerb aufgrund einer rechtsgeschäftlichen Nachfolgeklausel den allgemeinen zur Übertragung unter Lebenden erörterten Grundsätzen. Erforderlich ist ein Verpflichtungs- und Verfügungsvertrag zwischen dem Gesellschafter-Erblasser und dem minderjährigen

⁷⁸¹ So auch *Stahl*, S. 124.

⁷⁸² *Soergel/Zimmermann*, § 1822 Rn. 22; *Damrau/Zimmermann*, § 1822 Rn. 21.

⁷⁸³ *MüHdb. GesellschaftsR Bd. 1/Klein/Lindemeier*, § 79 Rn. 96.

⁷⁸⁴ *MüKo-BGB/Wagenitz*, § 1822 Rn. 8.

Neugesellschafter unter Zustimmung der übrigen Gesellschafter (vgl. Abschn. E I 2 d . Seite 170). Dieser Beitritt im Wege des derivativen Erwerbs unterliegt der familiengerichtlichen Genehmigung gem. §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 BGB.⁷⁸⁶ Nach der im Abschn. C III 4 b aa aaa . Seite 93 vertretenen Ansicht stellt die Übertragung einer GbR-/OHG-Beteiligung bzw. Komplementärbeteiligung bei einer KG, auch wenn diese ohne Gegenleistung erfolgt, einen entgeltlichen Erwerb i. S. von § 1822 Nr. 3 1. Alt. BGB dar, da der Minderjährige mit seinem Eintritt insbesondere die persönliche und unbeschränkte Haftung für Gesellschaftsschulden übernimmt. Die familiengerichtliche Genehmigung gem. § 1822 Nr. 3 BGB ist auch unabhängig von der Tatsache des ungewissen Beginns der Rechtswirkungen erforderlich, denn genehmigungsbedürftig ist das Rechtsgeschäft als solches, nicht der Zeitpunkt des Eintrittes der Rechtswirkungen.

Da der erwerbende Minderjährige akzessorisch für die vor seinem Anteilserwerb begründeten Verbindlichkeiten haftet, ergibt sich auch aus §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 10 BGB das Erfordernis der familiengerichtlichen Genehmigung (vgl. Abschn. C III 4 b aa aaa . Seite 96).

Würde im Fall der fehlenden familiengerichtlichen Genehmigung der Gesellschafter-Erblasser vor dem Eintritt der Volljährigkeit des Dritten sterben, könnten aus einem nicht genehmigten Vertrag keine Rechtswirkungen abgeleitet werden. Soweit der Gesellschafter-Erblasser erst nach dem Eintritt der Volljährigkeit des Dritten stirbt, hatte dieser zwischenzeitlich die Möglichkeit, gem. § 108 Abs. 3 BGB nachzugenehmigen.⁷⁸⁷

II. Tod eines Kommanditisten

1. Gesetzliche und erbrechtliche Regelungen

Mit dem Tod eines Kommanditisten wird die Kommanditgesellschaft nach der gesetzlichen Regelung des § 177 HGB mangels abweichender vertraglicher Bestimmung

⁷⁸⁵ Winkler, ZGR 1973, 177, 181. A. A. Damrau, S. 38.

⁷⁸⁶ MüKo-BGB/Wagenitz, § 1822 Rn. 16; Palandt/Diederichsen, § 1822 Rn. 9; MüHdb. GesellschaftsR Bd. 1/Klein/Lindemeier, § 79 Rn. 28.

⁷⁸⁷ Gaßner, RpfJb 1986, 329, 345.

mit dessen Erben fortgesetzt.⁷⁸⁸ Anders als GbR-/OHG- bzw. Komplementäranteile einer KG sind Kommanditanteile schon kraft Gesetzes uneingeschränkt vererblich gestellt. Der Gesellschaftsanteil geht mit dem Tod des Kommanditisten unmittelbar rein erbrechtlich und nicht kraft Gesellschaftsvertrags - auf den oder die Erben des verstorbenen Kommanditisten über.⁷⁸⁹ Es bedarf demzufolge keiner (einfachen) Nachfolgeklausel.

Bei mehreren Erben des verstorbenen Kommanditisten vollzieht sich der Übergang der Gesellschafterbeteiligung unmittelbar kraft Erbrechts. Die Erbengemeinschaft wird nicht als Gesamthand Kommanditistin, sondern die Erben erwerben nach h. M.⁷⁹⁰ als einzelne die Beteiligung entsprechend ihren Erbquoten. Diese Sonderzuordnung (Sonderrechtsnachfolge) des vererbten Anteils wirkt wie eine automatische Teilauseinandersetzung der Erbengemeinschaft.⁷⁹¹ Die Vervielfältigung der Kommanditbeteiligung führt zu einer Aufspaltung der Mitgliedschaftsrechte; der Kommanditanteil geht unmittelbar und zerlegt in selbstständige Einzelbeteiligungen auf die einzelnen Miterben als Einzelgesellschafter über (vgl. im Einzelnen E I 2 b aa . Seite 157).

Ist der minderjährige Erbe bereits Kommanditist, so vereinigen sich die ursprüngliche und die ererbte Beteiligung zu einem einzigen Gesellschaftsanteil⁷⁹² (§§ 173, 176 HGB) in der Person des Kommanditisten, dessen Kommanditeinlage sich damit erhöht. Denn bei Personengesellschaften kann jeder Gesellschafter grundsätzlich nur eine einheitliche Beteiligung halten (vgl. Abschn. E I 2 b dd . Seite 165); Ausnahmen

⁷⁸⁸ BGH, WM 1976, 251; *Baumbach/Hopt*, § 177 Rn. 2.

⁷⁸⁹ BGHZ 22, 186, 191 = DNotZ 1957, 405 = NJW 1957, 180 = WM 1957, 24; BGHZ 68, 225, 229 = DNotZ 1977, 550 = NJW 1977, 1339 = WM 1977, 680; BGHZ 119, 346, 354 = NJW 1993, 1265 = WM 1993, 18; BGHZ 101, 123 = DNotZ 1988, 500 = NJW 1987, 3184 = WM 1987, 1161; BGHZ 108, 187 = DNotZ 1990, 183 = NJW 1989, 3152 = Rpfleger 1989, 462 = WM 1989, 1331; MüHdb. GesellschaftsR Bd. 2/*Klein/Lindenmeier*, § 40 Rn. 44.

⁷⁹⁰ BGHZ 108, 187 = DNotZ 1990, 183 = NJW 1989, 3152 = Rpfleger 1989, 462 = WM 1989, 1331; MüKo-HGB/K. *Schmidt*, § 177 Rn. 16 m.w.N.; Heymann//Emmerich, § 139 Rn. 11.

⁷⁹¹ MüKo-HGB/K. *Schmidt*, § 177 Rn. 16.

⁷⁹² BGHZ 108, 187 = DNotZ 1990, 183 = NJW 1989, 3152 = Rpfleger 1989, 462 = WM 1989, 1331; BayObLG, DB 2003, 762 = DNotZ 2003, 456 = ZEV 2003, 379; MüHdb. GesellschaftsR Bd. 2/*Klein/Lindemeier*, § 40 Rn. 52 m.w.N.

bestehen, wenn der Mitgesellschafter nur Vorerbe wird oder wenn Testamentsvollstreckung angeordnet ist.⁷⁹³

Ist der minderjährige Erbe bisher schon Komplementär, so vereinigen sich die Anteile in seiner Hand; er wird nicht Kommanditist, sondern bleibt persönlich haftender Gesellschafter mit vergrößerter Kapitaleinlage.⁷⁹⁴ Auch hier bestehen Ausnahmen bei Vorerbschaft und Testamentsvollstreckung.

2. Gesellschaftsvertragliche Regelungen

§ 177 HGB ist, wie dort ausdrücklich gesagt, dispositiv. Durch den Gesellschaftsvertrag kann geregelt werden, dass die Gesellschaft nur unter den verbleibenden Gesellschaftern fortgesetzt wird (*Fortsetzungsklausel*). Dann geht die gesamthänderische Mitberechtigung des verstorbenen Kommanditisten unmittelbar auf die übrigen Gesellschafter über, eines Übertragungsaktes bedarf es nicht; die Erben werden zu keiner Zeit Inhaber des Kommanditanteils (vgl. im Einzelnen Abschn. E I 2 a . Seite 154). Eine *Auflösungsklausel* für den Fall des Todes eines Kommanditisten wird wohl selten vorkommen.

Der *qualifizierten Nachfolgeklausel* kommt dagegen erhebliche Bedeutung zu. Diese Klausel lässt nur einen oder mehrere (aber nicht alle) gemäß der Klausel qualifizierte Erben zur Nachfolge in den Kommanditanteil zu, während andere Erben nicht Gesellschafter werden können. Der Kommanditanteil fällt dann dem Rechtsnachfolger kraft Erbrechts zu. Mit der Annahme der Erbschaft geht der Gesellschaftsanteil des verstorbenen Kommanditisten ohne irgendeine Eintrittserklärung auf den Erben des Erblassers über; die Zustimmung der übrigen Mitgesellschafter ist nicht erforderlich (vgl. Abschn. E I 2 b bb . Seite 158 bis 160).⁷⁹⁵

Ist die Kommanditbeteiligung durch Verfügung von Todes wegen dem vom Erblasser vorgesehenen Nachfolger im Wege des *Vermächtnisses* zugedacht, geht der Kommanditanteil im Erbfall zunächst auf den oder die Erben über. Der Vermächtnisneh-

⁷⁹³ MüKo-HGB/K. Schmidt, § 177 Rn. 19.

⁷⁹⁴ Baumbach/Hopt, § 124 Rn. 16.

mer kann von dem Erben Erfüllung seines schuldrechtlichen Anspruchs verlangen; erfüllt wird durch Abtretungsvertrag (vgl. im Einzelnen Abschn. E I 2 b cc . Seite 160). Ob aber die Übertragung des Kommanditanteils von den Erben an den Vermächtnisnehmer im Hinblick auf die grundsätzliche Unübertragbarkeit der Gesellschafterstellung (§ 719 BGB) möglich ist, richtet sich mangels ausdrücklicher Zustimmung aller Mitgesellschafter danach, ob der Gesellschaftsvertrag eine solche Übertragung zulässt.⁷⁹⁶

Schließt der Gesellschaftsvertrag die Erbfolge in den Kommanditanteil aus und begründet stattdessen ein *Eintrittsrecht* des Erben, so wächst der Anteil des verstorbenen Gesellschafters den übrigen Gesellschaftern an. Der Begünstigte hat dann gegen die verbliebenen Gesellschafter einen Anspruch auf Aufnahme in die Gesellschaft als Kommanditist (vgl. auch Abschn. E I 2 c . Seite 167 bis 169).

Schließlich kann auch die Übertragung der Kommanditbeteiligung durch eine *rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel* erfolgen. Eine solche Klausel ist allerdings nur zulässig, wenn der Nachfolger hierbei bereits zu Lebzeiten des Kommanditist-Erblässers mitwirkt (vgl. Abschn. E I 2 d . Seite 169 bis 170).

3. Registereintragung

Im Falle des § 177 HGB sind das Ausscheiden des verstorbenen Kommanditisten (§ 161 Abs. 2, § 143 Abs. 2 HGB) und entweder der Eintritt des neuen Gesellschafters (§§ 107, 161 Abs. 2, § 162 Abs. 1 HGB) unter Angabe des Betrages der Einlage oder, wenn der Anteil auf einen Mitkommanditisten übergeht, die Erhöhung seiner Kommanditeinlage (§ 175 HGB) zum *Handelsregister* anzumelden. Wird der persönlich haftende Gesellschafter Alleinerbe des Kommanditisten, so ist nur das Ausscheiden des verstorbenen Kommanditisten anzumelden und in das Handelsregister einzutragen, nicht aber die Änderung der Rechtsstellung des persönlich haftenden Gesellschafters, welche ja bestehen bleibt. Ist der persönlich haftende Gesellschafter dagegen lediglich Miterbe, so ist nur der Eintritt der anderen Miterben im Erbwege

⁷⁹⁵ BGH, WM 1976, 251.

mit den ihren Erbquoten entsprechenden Teilbeträgen der Erblasser-Einlage als Kommanditisten anzumelden; der auf den Miterben als bisher schon persönlich haftenden Gesellschafter entfallende Teil erscheint nicht.

Die gesetzlichen Vertreter eines minderjährigen Kommanditisten-Nachfolgers können die Handelsregister-Anmeldung auch dann vornehmen, wenn sie selbst Mitgesellschafter sind.⁷⁹⁷

Für die Anmeldung ist ausreichend, wenn sich klar ergibt, dass ein Fall der Rechtsnachfolge von Todes wegen vorliegt; der Gebrauch bestimmter Begriffe, wie etwa „Sondererbfolge“ ist nicht erforderlich.⁷⁹⁸ Eine Versicherung der Erben des verstorbenen Kommanditisten, dass sie von der Gesellschaft keine Abfindung für die Anteile erhalten haben, ist beim Übergang der Kommanditbeteiligung im Wege der Gesamtrechtsnachfolge nicht erforderlich.⁷⁹⁹ Folgen einem verstorbenen Gesellschafter mehrere Erben als Rechtsnachfolger nach, so wird nicht die Erbengemeinschaft Gesellschafter, sondern der bisherige Kommanditanteil teilt sich auf die einzelnen Miterben auf; dementsprechend ist auch die im Handelsregister bisher eingetragene Haftungsumme auf die einzelnen Rechtsnachfolger aufzuteilen.

Die Anmeldung ist in öffentlich beglaubigter Form (§ 129 BGB, §§ 39, 40 BeurkG) von sämtlichen Gesellschaftern unter Einschluss sämtlicher Erben des verstorbenen Kommanditisten vorzunehmen (§ 162 Abs. 3, § 161 Abs. 2, §§ 107, 108 Abs. 1, § 143 Abs. 2 HGB), vgl. im Übrigen Abschn. E I 3 a bb . Seite 171 bis 173.

Der Tod eines Kommanditisten hat auf die Identität der Gesellschaft und den Bestand des Gesamthandsvermögens keinen Einfluss. Bei einer grundbesitzenden Kommanditgesellschaft bedarf es wegen der Erbfolge in den Kommanditanteil keiner

⁷⁹⁶ BGH, WM 1976, 251; MüHdb. GesellschaftsR Bd. 2/Klein/Lindemeier, § 40 Rn. 47; *Baumbach/Hopt*, § 177 Rn. 3.

⁷⁹⁷ MüHdb. GesellschaftsR Bd. 2/Klein/Lindemeier, § 40 Rn. 72.

⁷⁹⁸ OLG Hamm, DNotZ 2005, 229 = FGPrax 2005, 39 = NJW-RR 2005, 629.

⁷⁹⁹ LG Frankenthal, Rpfleger 1992, 254; MüHdb. GesellschaftsR Bd. 2/Klein/Lindemeier, § 40 Rn. 72; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Weipert, § 162 Rn. 34; *Schaub*, ZEV 1994, 71, 78.

Eintragung in das *Grundbuch*, da die Gesellschaft als solche im Grundbuch eingetragen ist und nicht die einzelnen Gesellschafter (§ 15 Abs. 1 Buchst. b GBV).

4. Vertretung des Minderjährigen

a. Handeln des gesetzlichen Vertreters

Mit dem Tod des Kommanditisten geht die Erbschaft und damit auch der Kommanditanteil unmittelbar und von selbst auf den/die Erben *kraft Gesetzes* über. Minderjährige Erben werden bei Annahme der ihnen angefallenen Erbschaft durch ihre gesetzlichen Vertreter vertreten. Selbst wenn der gesetzliche Vertreter Miterbe bzw. Mitgesellschafter ist oder wird, ist keine Bestellung eines Ergänzungspflegers erforderlich.⁸⁰⁰ Vgl. im Einzelnen Abschn. E I 4 a bb aaa . Seite 176 bis 178.

Auch bei der Annahme oder Ausschlagung des dem Minderjährigen zugewendeten *Vermächtnisses* und bei der Erfüllung des Vermächtnisses wird dieser von seinem gesetzlichen Vertreter vertreten. Da die Annahme kein Rechtsgeschäft zwischen dem minderjährigen Erben und seinem gesetzlichen Vertreter als Beschwerten ist, kommt eine Ergänzungspflegschaft wegen Interessenkollision nicht in Betracht. Die Eltern können auch dann, wenn sie selbst Erben sind, die Erfüllung des Vermächtnisses vornehmen, da das Selbstkontrahieren in diesem Fall in Erfüllung einer Verbindlichkeit aus dem Vermächtnis erfolgt (§ 181 Hs. 2 BGB). Dies soll selbst dann gelten, wenn die Erfüllung mit rechtlichen Nachteilen z. B. bei einer nicht voll eingezahlten Kommanditeinlage verbunden ist;⁸⁰¹ ein Ergänzungspfleger ist selbst dann nicht erforderlich. Vgl. im Einzelnen Abschn. E I 4 a bb bbb . Seite 178 bis 179.

Bei einer *Eintrittsklausel* vertritt der gesetzliche Vertreter den Minderjährigen bei Abgabe der Eintrittserklärung bzw. bei Abschluss des Aufnahmevertrags mit den verbleibenden Gesellschaftern. Sind sie selbst an der Gesellschaft beteiligt, so bedarf es der Bestellung eines Ergänzungspflegers, es sei denn, der Aufnahmevertrag bringt dem vertretenen Minderjährigen lediglich einen rechtlichen Vorteil. Fraglich ist, ob der Beitritt eines Kommanditisten im Wege der Eintrittsklausel und damit ohne

⁸⁰⁰ MüHdb. GesellschaftsR Bd. 2/Klein/Lindemeier, § 40 Rn. 51; Menzel/Wolf, MittBayNot 2010, 186, 190.

Gegenleistung ein lediglich vorteilhaftes Geschäft ist. Für den schenkweisen Beitritt eines Kommanditisten wird dies zum Teil⁸⁰² bejaht und damit begründet, dass der Erwerb eines voll einbezahlten Kommanditanteils kein Haftungsrisiko mit sich bringt. Allerdings haftet ein Kommanditist für Verbindlichkeiten, die in der Zeit zwischen seinem Eintritt in die Gesellschaft und seiner Eintragung als Kommanditist im Handelsregister begründet werden (§ 176 Abs. 2 HGB). Zwar kann das Risiko dadurch vermieden werden, dass der Eintritt unter die aufschiebende Bedingung dergestalt gestellt wird, dass er erst mit Eintragung des minderjährigen Erwerbers im Handelsregister wirksam wird. Im Interesse eines effektiven Minderjährigenschutzes ist jedoch der h. M.⁸⁰³ für den derivativen Erwerb auch beim originären Erwerb mittels Eintrittsklausel zu folgen, die auch bei einem voll eingezahlten Kommanditanteil kein lediglich rechtlich vorteilhaftes Geschäft sieht. Denn mit dem Erwerb auch eines voll einbezahlten Kommanditanteils ist die Gesellschafterstellung in einer Personengesellschaft verbunden, aus der eine Vielzahl potentieller Pflichten folgt. Im Einzelnen wird hier auf die Ausführungen in Abschn. C II 3 a aa . Seite 64 verwiesen.

Bei einer *rechtsgeschäftlichen Nachfolgeklausel* wird der Minderjährige bei seinem Beitritt zur Gesellschaft im Wege des derivativen Erwerbs ebenfalls von seinen gesetzlichen Vertretern vertreten. Diese sind allerdings von der Vertretung gem. § 1629 Abs. 2, §§ 1795, 181 BGB ausgeschlossen, wenn sie selbst ihren Gesellschaftsanteil aufschiebend befristet auf ihr minderjähriges Kind übertragen. Die Übertragung einer Kommanditbeteiligung ist wie soeben dargestellt, auch nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, so dass in diesem Fall eine Pflegerbestellung notwendig wird. Soll dagegen die Kommanditbeteiligung eines Dritten dem Minderjährigen übertragen werden, so werden die Eltern durch § 181 BGB nicht gehindert, als Mitgesellschafter ihre Zustimmung zu der Übertragung des Gesellschaftsanteils auf den Minderjährigen zu

⁸⁰¹ Menzel/Wolf, MittBayNot 2010, 186, 190.

⁸⁰² So Staudinger/Peschel-Gutzeit (2007), § 1629 Rn. 246; OLG Bremen, FamRZ 2009, 621 = GmbHR 2008, 1263 m. Anm. Werner = RNotZ 2008, 625; Maier-Reimer/Marx, NJW 2005, 3025, 3026. Dazu MüKo-HGB/Grunewald, § 161 Rn. 23.

⁸⁰³ BGHZ 68, 225, 231 = DNotZ 1977, 550 = NJW 1977, 1339 = WM 1977, 680; LG Köln, Rpfleger 1970, 245; Röhrich/Graf von Westphalen/von Gerkan/Haas, § 161 Rn. 9; Klüsener, Rpfleger 1990, 321, 326; Werner, ZIP 2009, 737; Ivo, ZEV 2005, 193; a. A. OLG Bremen, FamRZ 2009, 621 = GmbHR 2008, 1263 m. Anm. Werner = RNotZ 2008, 625; Palandt/Ellenberger, § 107 Rn. 4, 6.

erteilen. Im Einzelnen wird hier auf die Ausführung zum derivativen Erwerb in Abschn. C III 4 a aa . Seite 90 ff. verwiesen.

b. Familiengerichtliche Genehmigung

Fällt der Kommanditanteil *kraft Erbrechts* an einen minderjährigen Erben, so ist zur Fortführung der Gesellschafterstellung durch den Minderjährigen nach h. M. keine familiengerichtliche Genehmigung erforderlich.⁸⁰⁴ Weder §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 BGB noch §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 10 BGB finden Anwendung, da sich der Erwerb der Beteiligung gerade nicht im Wege rechtsgeschäftlicher Übernahme vollzieht. Auch die analoge Anwendung dieser Vorschriften ist vom BGH⁸⁰⁵ unter Hinweis auf das Gebot der Rechtssicherheit ausdrücklich abgelehnt worden (vgl. im Einzelnen Abschn. E I 4 a bb aaa . Seite 184 bis 185).

Zur Annahme eines *Vermächtnisses* benötigt der gesetzliche Vertreter des minderjährigen Vermächtnisnehmers ebenfalls keiner familiengerichtlichen Genehmigung.⁸⁰⁶ Bei der Erfüllung des Vermächtnisses sind jedoch die Genehmigungserfordernisse nach §§ 1643, 1822 Nr. 3 und 10 BGB zu beachten (vgl. Abschn. E I 4 b bb bbb . Seite 186 bis 187). Allerdings ist fraglich, ob es sich beim Erwerb einer Kommanditbeteiligung um einen entgeltlichen Erwerb i. S. von §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 1. Alt. BGB handelt. Für den schenkweisen Erwerb eines voll eingezahlten Kommanditanteils ist dies abzulehnen (vgl. Abschn. C III 4 b aa aaa . Seite 93). Nichts anderes muss für den Erwerb einer Kommanditbeteiligung durch Vermächtnis gelten, so dass zumindest ein Genehmigungserfordernis nach § 1822 Nr. 3 1. Alt. BGB ausscheidet. Für die Anwendbarkeit des § 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB ist dagegen entscheidend, ob die Mitgliedschaft durch Gesellschaftsvertrag zwischen dem Vermächtnisnehmer und den Gesellschaftern übertragen wird. Die Erfüllung eines Vermächtnisses erfolgt allerdings durch Abtretungsvertrag zwischen dem vermächtnisbeschwerten Erben und dem minderjährigen Vermächtnisnehmer. Die Gesellschafter müssen der Übertragung nur zustimmen. Diese Zustimmung kann bereits im Vorfeld in den Gesell-

⁸⁰⁴ BGHZ 55, 267 = BWNotZ 1971, 124 = NJW 1971, 1268 = WM 1971, 556; Staudinger/Engler (2004), § 1822 Rn. 62.

⁸⁰⁵ BGHZ 92, 259 = MittBayNot 1984, 267 = NJW 1985, 136 = Rpfleger 1985, 68 = WM 1984, 1508.

⁸⁰⁶ Soergel/Zimmermann, § 1822 Rn. 10; Menzel/Wolf, MittBayNot 2011, 186, 190.

schaftsvertrag aufgenommen werden. Da die Zustimmung nach überwiegender Ansicht⁸⁰⁷ aber nicht als Teil eines Vertrages gewertet wird, sondern als einseitige Zustimmungserklärung zu einem fremden Rechtsgeschäft, ist § 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB hier nicht direkt anwendbar. Die h. M.⁸⁰⁸ geht aber beim derivativen . schenkweisen - Erwerb eines Kommanditanteils . aus Gründen des verfassungsrechtlich gebotenen Minderjährigenschutzes . zu Recht von einer analogen Anwendung des § 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB aus, da die Übertragung der Mitgliedschaft für den Minderjährigen die gleichen rechtlichen und wirtschaftlichen Auswirkungen hat wie der originäre Erwerb im Wege des Aufnahmevertrages, dessen Genehmigungspflichtigkeit auch im Fall der Unentgeltlichkeit aus § 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB folgt (vgl. Abschn. C III 4 b aa aaa . Seite 94 bis 95). Ein Genehmigungserfordernis ergibt sich darüber hinaus auch aus §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 10 BGB (Übernahme einer fremden Verbindlichkeit durch Rechtsgeschäft), da der erwerbende Minderjährige insbesondere auch bei Abtretung eines Kommanditanteils für die zwischen seinem Eintritt und seiner Eintragung in das Handelsregister begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft . soweit dem jeweiligen Gläubiger nicht die Kommanditbeteiligung bekannt war - gem. § 176 Abs. 2 HGB gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter haftet. Vgl. im Einzelnen Abschn. C III 4 b aa aaa . Seite 96.

Genehmigungsbedürftig i. S. § 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB ist der Erwerb einer Kommanditbeteiligung infolge einer *Eintrittsklausel*, da dieser entweder durch Aufnahmevertrag zwischen dem Eintrittsberechtigten und den bisherigen Gesellschaftern erfolgt bzw. durch eine einseitige Eintrittserklärung des Minderjährigen, die dann zumindest den Abschluss eines Gesellschaftsvertrages bewirkt (vgl. Abschn. E I 2 c . Seite 168 bis 169, Abschn. E 4 b cc . Seite 190 und Abschn. C II 3 b aa aaa . Seite 68 bis

⁸⁰⁷ BGHZ 13, 179 ff.; *Wiedemann*, S. 68.

⁸⁰⁸ So *Wiedemann*, S. 246; *Winkler*, ZGR 1973, 177, 186; *Reimann*, DNotZ 1999, 179, 190; OLG München, DNotZ 2009, 230 = FamRZ 2009, 623 = NJW-RR 2009, 152 = Rpfleger 2009, 84 (nur im Grundsatz, nicht aber bei vermögensverwaltender Familienkommanditgesellschaft); OLG Frankfurt, DNotZ 2009, 142 = FamRZ 2009, 608 = NJW-RR 2008, 1568 = Rpfleger 2008, 646; OLG Bremen, FamRZ 2009, 621 = GmbHR 2008, 1263 m. Anm. *Werner* = RNotZ 2008, 625 (nicht bei vermögensverwaltender Familienkommanditgesellschaft); OLG Hamm, OLGZ 1974, 158, 161 = DNotZ 1974, 455 = Rpfleger 1974, 152; AnwK-BGB/*Fritsche*, § 1822 Rn. 19; MüHdb. GesellschaftsR Bd. 2/*Piehler/Schulte*, § 35 Rn. 13; *Ivo*, ZEV 2005, 193, 196; *Staub/Ulmer* (4. Aufl.), § 105 Rn. 85; *Stöber*, Rpfleger 1968, 2, 4; a. A. *Damrau*, ZEV 2000, 209, 210; KG Berlin, NJW 1962, 54; MüKo-

70). Die Frage der „Entgeltlichkeit“ spielt bei dieser Alternative . anders als beim Erwerb einer Beteiligung i. S. von § 1822 Nr. 3 1. Alt. BGB - keine Rolle. Darüber hinaus ergibt sich das Genehmigungserfordernis für den Eintritt des Minderjährigen in die Gesellschaft wegen der Haftungsfolgen aus § 176 Abs. 2 HGB auch aus §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 10 BGB (vgl. Abschn. C II 3 b aa aaa . Seite 70).

Der Erwerb einer Kommanditbeteiligung aufgrund einer *rechtsgeschäftlichen Nachfolgeklausel* kann nicht als entgeltlicher Erwerb i. S. von §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 1. Alt. BGB angesehen werden (vgl. im Einzelnen die Ausführungen zum Vermächtnis in diesem Abschnitt - Seite 199 ff.). Ebenfalls ist eine direkte Anwendung des § 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB nicht möglich, da der Abtretungsvertrag zwischen dem Gesellschafter-Erblasser und dem minderjährigen Neugesellschafter nicht als Gesellschaftsvertrag i. S. der 2. Alt. gewertet werden kann. Der Gesellschaftsvertrag einer rechtsfähigen Personengesellschaft ist ein alle Gesellschafter umfassendes Organisationsstatut. Inhalt des Gesellschaftsvertrages kann zwar die Zustimmung der Mitgesellschafter zur Anteilsübertragung sein, nicht aber die Anteilsübertragung selbst. Sie ist selbst dann vom Gesellschaftsvertrag zu unterscheiden, wenn sie in der Vertragsurkunde enthalten ist.⁸⁰⁹ Die h. M.⁸¹⁰ geht beim derivativen . schenkweisen - Erwerb eines Kommanditanteils . aus Gründen des verfassungsrechtlich gebotenen Minderjährigenschutzes . zu Recht von einer analogen Anwendung des § 1822 Nr. 3 2. Alt. BGB aus (vgl. Abschn. C III 4 b aa aaa . Seite 94 bis 95). Dies muss auch für den Erwerb durch rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel gelten. Ein Genehmigungserfordernis ergibt sich wegen der Haftungsfolgen aus § 176 Abs. 2

BGB/Wagenitz, § 1822 Rn. 16; Soergel/Zimmermann, § 1822 Rn. 16; Menzel/Wolf, MittBayNot 2010, 186, 188.

⁸⁰⁹ MüKo-HGB/K. Schmidt, § 139 Rn. 24.

⁸¹⁰ So Wiedemann, S. 246; Winkler, ZGR 1973, 177, 186; Reimann, DNotZ 1999, 179, 190; OLG München, DNotZ 2009, 230 = FamRZ 2009, 623 = NJW-RR 2009, 152 = Rpfleger 2009, 84 (nur im Grundsatz, nicht aber bei vermögensverwaltender Familienkommanditgesellschaft); OLG Frankfurt, DNotZ 2009, 142 = FamRZ 2009, 608 = NJW-RR 2008, 1568 = Rpfleger 2008, 646; OLG Bremen, FamRZ 2009, 621 = GmbHR 2008, 1263 m. Anm. Werner = RNotZ 2008, 625 (nicht bei vermögensverwaltender Familienkommanditgesellschaft); OLG Hamm, OLGZ 1974, 158, 161 = DNotZ 1974, 455 = Rpfleger 1974, 152; AnwK-BGB/Fritsche, § 1822 Rn. 19; MüHdb. GesellschaftsR Bd. 2/Piebler/Schulte, § 35 Rn. 13; Ivo, ZEV 2005, 193, 196; Staub/Ulmer (4. Aufl.), § 105 Rn. 85; Stöber, Rpfleger 1968, 2, 4; a. A. Damrau, ZEV 2000, 209, 210; KG Berlin, NJW 1962, 54; MüKo-BGB/Wagenitz, § 1822 Rn. 16; Soergel/Zimmermann, 1822 Rn. 16; Menzel/Wolf, MittBayNot 2010, 186, 188.

HGB darüber hinaus auch aus §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 10 BGB (vgl. Abschn. C III 4 b aa aaa . Seite 96).

III. Tod eines Stillen Gesellschafters

1. Gesetzliche und erbrechtliche Regelungen

Durch den Tod des stillen Gesellschafters wird in Ermangelung abweichender gesellschaftsvertraglicher Vereinbarungen die Gesellschaft nicht aufgelöst (§ 234 Abs. 2 HGB - entgegen § 727 BGB), vielmehr treten der oder die Erben an die Stelle des Verstorbenen. Wie auch beim Tod eines Kommanditisten, bewirkt § 234 Abs. 2 HGB damit lediglich, dass der gesetzliche Erwerb der Erben auch ohne erbrechtliche Nachfolgeklausel eintritt. Anders verhält es sich dagegen beim Tod des Geschäftsinhabers einer Stillen Gesellschaft: Dort wird - wie auch beim Tod eines GbR-Gesellschafters . nach § 727 Abs. 1 BGB die Gesellschaft aufgelöst, und zwar auch dann, wenn die Erben das Handelsgeschäft fortführen, es sei denn, es wurde eine abweichende Regelung im Gesellschaftsvertrag vereinbart.⁸¹¹ Zu den möglichen Arten der Nachfolgeregelung und deren Vertretungserfordernisse sowie Genehmigungsbedürftigkeit, wird diesbezüglich auf Abschn. E I . Seite 154 ff. verwiesen.

Beim Tod des stillen Gesellschafters fällt die stille Beteiligung bei mehreren Erben ungeteilt der Erbengemeinschaft an; alle Erben rücken in die stille Gesellschafterstellung kraft Erbrechts ein (§ 2032 BGB). Die Erbengemeinschaft ist ein einziger stiller Gesellschafter. Die Miterben treten nach h. M.⁸¹² nicht im Wege der Sondernachfolge als Einzelrechtsnachfolger in Höhe ihres Erbteils an die Stelle des verstorbenen Gesellschafters, sondern rücken als Erbengemeinschaft in die Rechtsposition des stillen Gesellschafters ein. Es gelten demnach nicht die für die sog. „Singularsukzession“ in vererbte Gesellschaftsanteile bei einer Personengesellschaft (GbR, OHG, KG) entwickelten Regeln.⁸¹³ Die Miterben üben gemeinsam als Erbengemeinschaft die Rechte und Pflichten in der Gesellschaft aus.

⁸¹¹ BeckPersGes-HB/Neu (2009), § 13 Rn. 36; *Blaurock*, S. 332.

⁸¹² RGZ 126, 386, 391; MüHdb. GesellschaftsR Bd. 2/Polzer, § 91 Rn. 95.

⁸¹³ Staudinger/Marotzke (2008), § 1922 Rn. 205; MüKo-HGB/K. Schmidt, § 234 Rn. 56.

Wird die Erbengemeinschaft an der Gesellschaftsbeteiligung durch Auseinandersetzung aufgelöst, so beeinflusst das die stille Gesellschaft nicht. Insbesondere wird dadurch die stille Beteiligung nicht in mehrere Teile aufgespalten, es sei denn, der Geschäftsinhaber stimmt der Auseinandersetzung zu oder der Gesellschaftsvertrag sieht etwas anderes vor.⁸¹⁴

2. Gesellschaftsvertragliche Regelungen

Von der gesetzlichen Regelung abweichende Vereinbarungen sind möglich.⁸¹⁵ Im Gesellschaftsvertrag kann z. B. vereinbart werden, dass nicht alle, sondern *nur einzelne Erben* Rechtsnachfolger sein sollen.⁸¹⁶ Da das Erbrecht allerdings nur eine Gesamtrechtsnachfolge aller Erben kennt, kann der im Gesellschaftsvertrag als Nachfolger bestimmte Miterbe den Gesellschaftsanteil nicht unmittelbar erwerben; vielmehr muss dann die Vermögenseinlage des Stillen dem benannten Miterben im Wege der Nachlassauseinandersetzung zugewiesen und durch Abtretung erfüllt werden.⁸¹⁷ Für eine erbrechtliche Sondernachfolge ist kein Platz.⁸¹⁸

Hat der stille Gesellschafter in Übereinstimmung mit dem Gesellschaftsvertrag testamentarisch seinen Nachfolger bestimmt, so kann es sich um ein *Vorausvermächtnis* (§ 2150 BGB) oder eine *Teilungsanordnung* (§ 2048 BGB) handeln.⁸¹⁹ Diese Bestimmungen haben dann allerdings nur schuldrechtliche Wirkung, d. h. sie begründen ein Forderungsrecht gegen den Beschwerten bzw. die Erbengemeinschaft (vgl. Abschn. E II 2 . Seite 194, E I 2 b cc . Seite 160 ff.).⁸²⁰

Auch kann der Gesellschaftsvertrag vorsehen, dass ein Dritter berechtigt sein soll, anstelle des Verstorbenen in die stille Gesellschaft einzutreten (*Eintrittsklausel*).⁸²¹ Es handelt sich dabei in der Regel um einen Vertrag zugunsten eines Dritten (vgl. Ab-

⁸¹⁴ RGZ 126, 386, 392; Schlegelberger/K. Schmidt, § 339 (§ 234 n.F.) Rn. 5; Paulick/Blaurock, § 16 II 9.

⁸¹⁵ BGH, WM 1962, 1084; Palandt/Weidlich, § 1922 Rn. 22.

⁸¹⁶ BGH, WM 1962, 1084.

⁸¹⁷ Paulick/Blaurock, § 16 II 9.

⁸¹⁸ Bamberger/Roth/Christmann, § 1922 Rn. 78.

⁸¹⁹ MüHdb. GesellschaftsR Bd. 2/Polzer, § 91 Rn. 31.

⁸²⁰ Blaurock, S. 336.

⁸²¹ BGH, WM 1962, 1084.

schn. E II 2 . Seite 195, E I 2 c . Seite 167). Die Ausübung eines solchen Eintrittsrechts verpflichtet den Inhaber, den Eintrittsberechtigten als stillen Gesellschafter aufzunehmen. Zwischen den Beteiligten kommt es zum Abschluss eines neuen Gesellschaftsvertrages unter den bisherigen Bedingungen, durch den gewissermaßen die Gesellschafterstellung des Erblassers wieder hergestellt wird.⁸²² Anstatt der Mit-erbengemeinschaft wird nur die das Eintrittsrecht ausübende Person stiller Gesellschafter.

3. Registereintragung

Da der stille Gesellschafter weder im *Handelsregister* noch im *Grundbuch* eingetragen ist, besteht durch den Tod des stillen Gesellschafters kein Handlungsbedarf.

4. Vertretung des Minderjährigen

Bezüglich des Handelns des gesetzlichen Vertreters bei der Annahme der Erbschaft wird auf Abschn. E II 4 a . Seite 197 und E I 4 a bb aaa . Seite 176 bis 178 verwiesen; für die Abtretung auf Abschn. C III 4 a aa . Seite 89 ff.; für den Aufnahmevertrag auf Abschn. C II 3 a aa . Seite 64 ff. Hinsichtlich der Genehmigungsbedürftigkeit wird bei der Annahme der Erbschaft auf Abschn. E II 4 b . Seite 199 und E I 4 b bb aaa . Seite 184 ff. verwiesen; für die Abtretung auf Abschn. C III 4 b aa aaa . Seite 93 ff.; für den Aufnahmevertrag auf Abschn. C II 3 b aa aaa . Seite 68 ff.

IV. Tod eines GmbH-Gesellschafters

1. Gesetzliche und erbrechtliche Regelungen

Einer der bedeutsamsten Unterschiede in der rechtlichen Struktur der Kapitalgesellschaft gegenüber der Personengesellschaft liegt darin, dass der Tod eines Gesellschafters auf den rechtlichen Bestand einer GmbH und Aktiengesellschaft ohne irgendwelchen Einfluss ist. Die Gesellschaft besteht ohne weiteres mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters fort, ohne dass im Gesellschaftsvertrag bzw. in der Satzung etwas hierüber bestimmt zu werden braucht.

⁸²² Paulick/Blaurock, § 16 II 9.

Der Geschäftsanteil an einer GmbH ist gemäß § 15 Abs. 1 GmbHG, § 1922 BGB vererblich und geht unmittelbar und von selbst - kraft Gesetzes - mit allen Rechten und Pflichten auf den oder die Erben über (Grundsatz des Vonselbsterwerbs). Dabei spielt es keine Rolle, ob aufgrund gesetzlicher oder gewillkürter Erbfolge.

Sind mehrere Personen zur Erbschaft berufen, so geht der Geschäftsanteil auf die Miterben zur gesamten Hand über, §§ 1922, 2032 BGB. Die Erben werden Mitberechtigte i. S. des § 18 GmbHG, da die Erbengemeinschaft als solche weder rechtsfähig noch teilrechtsfähig ist; die Grundsätze zur Rechtsfähigkeit der GbR sind nicht auf die Erbengemeinschaft zu übertragen.⁸²³ Die Mitberechtigung endet, wenn bei der Auseinandersetzung der Gemeinschaft oder auch vorher der Geschäftsanteil an einen Mitberechtigten übertragen wird oder wenn Teilgeschäftsanteile gebildet (§ 46 Nr. 4 GmbHG) und diese übertragen werden.

Anders als bei Personengesellschaften kommt nach ganz h. M.⁸²⁴ im GmbH-Recht eine unmittelbare Sonderrechtsnachfolge außerhalb der erbrechtlichen Nachfolge im Todesfall des Gesellschafters nicht in Betracht, auch nicht über eine qualifizierte Nachfolgeklausel in einem Gesellschaftsvertrag.⁸²⁵ Der Geschäftsanteil gehört stets zum Nachlass; ein unmittelbarer dinglicher Übergang eines Geschäftsanteils durch Erbfolge auf einen oder mehrere Miterben ist nicht zulässig.⁸²⁶ Insoweit kann von einem Vorrang des Erbrechts vor dem Gesellschaftsrecht gesprochen werden.

Der Erblasser kann den Geschäftsanteil zum Gegenstand eines Vermächtnisses (§§ 1939, 2147 BGB) oder einer Teilungsanordnung (§ 2048 BGB) machen oder die Erben oder Vermächtnisnehmer in Bezug auf den Geschäftsanteil mit einer Auflage belasten (§§ 1940, 2192 BGB), so z. B. zur Abtretung (§ 15 GmbHG) verpflichten. Im Erbfall geht der Geschäftsanteil dann aber trotz Anordnung eines Vermächtnisses zunächst auf den Erben über. Seinen Anspruch aus einem Vermächtnis muss der Bedachte gegenüber den Erben durch Abtretung des Anteils durchsetzen. Der

⁸²³ BGH, DNotZ 2007, 134 = FamRZ 2007, 41 = NJW 2006, 3715 = Rpfleger 2007, 75.

⁸²⁴ Vgl. Staudinger/Marotzke (2008), § 1922 Rn. 210; Michalski/Ebbing, § 15 Rn. 6 m.w.N.

⁸²⁵ Staudinger/Marotzke (2008), § 1922 Rn. 210; Palandt/Weidlich, § 1922 Rn. 24.

⁸²⁶ MüKo-BGB/Leipold, § 1922 Rn. 59; MüHdb. GesellschaftsR Bd. 3/Jasper/Wollbrink, § 25 Rn. 3.

Abtretungsvertrag des Minderjährigen ist mit seinen übrigen Miterben gemäß § 15 GmbHG abzuschließen und unterliegt der Formvorschrift des § 15 Abs. 3 GmbHG (vgl. Abschn. C III 2 c aa . Seite 82 ff.; Abschn. C III 3 b aa - Seite 87 ff.). Ist die Übertragbarkeit des Gesellschaftsanteils im Gesellschaftsvertrag durch Vinkulierungsbestimmungen, Zustimmungs- oder Einziehungsvorbehalte eingeschränkt, so gelten diese Klauseln auch für die Vermächtniserfüllung. Ob eine statutarische Abtretungsbeschränkung sich auf den Vollzug der Vermächtnisanordnung beziehen soll, ist durch Auslegung zu ermitteln, im Zweifel aber zu bejahen. Der Ausdruck „Veräußerung“ in einer derartigen Satzungsklausel erfasst regelmäßig auch die Vermächtniserfüllung.⁸²⁷

2. Gesellschaftsvertragliche Regelungen

Die Vererblichkeit des Geschäftsanteils kann nicht durch Satzungsbestimmung ausgeschlossen oder beschränkt werden. Die Uneinschränkbarkeit des Anteilsübergangs auf die Erben schließt aber nicht aus, eine dem Gesellschaftsverhältnis angepasste Regelung der Gesellschafternachfolge im Gesellschaftsvertrag zu treffen. So kann die Satzung der GmbH Bestimmungen enthalten, was mit dem Anteil des Erblassers nach Übergang auf die Erben geschehen soll.⁸²⁸ Entscheidend ist, dass die Regelungen immer erst nach Anfall der Erbschaft und damit nach vollendetem Rechtserwerb durch den oder die Erben einsetzen. Eine statutarische Anordnung einer Sondererbfolge in den GmbH-Anteil ist gerade nicht zulässig (vgl. Abschn. E IV 1 . Seite 205).⁸²⁹

Bestimmt werden kann z. B., dass die Erben den ererbten Anteil an einen Miterben, an die Gesellschafter oder an einen Dritten abzutreten haben, dass der Geschäftsanteil gegen oder ohne eine Abfindung eingezogen werden kann (§ 34 GmbHG).⁸³⁰ Im Gesellschaftsvertrag kann auch eine Ermächtigung zur Ausschließung vorgesehen

⁸²⁷ Scholz/Winter/Seibt, § 15 Rn. 36; Michalski/Ebbing, § 15 Rn. 38.

⁸²⁸ Ivo, ZEV 2006, 252.

⁸²⁹ MüKo-BGB/Leipold, § 1922 Rn. 57.

⁸³⁰ BGH, DStR 1977, 336; BGH, BB 1977, 563 = DNotZ 1978, 1566 = GmbHR 1977, 81 m. Anm. Sachs = WM 1977, 192; Scholz/Westermann, § 34 Rn. 3; Michalski/Sosnitza, § 34 Rn. 36; MüHdb. GesellschaftsR Bd. 3/Kort, § 38 Rn. 9.

werden, wobei sich das Verfahren analog § 21 GmbHG nach den Regeln der Kaduzierung richtet.⁸³¹

Eine qualifizierte Nachfolgeklausel ist damit auch bei Kapitalgesellschaften möglich, bedarf aber . im Gegensatz zur Personengesellschaft - noch eines rechtsgeschäftlichen Übertragungsaktes (von den Erben auf den qualifizierten Miterben). Es handelt sich . wie bei der Vermächtniserfüllung - um einen Abtretungsvertrag des Minderjährigen mit seinen übrigen Miterben (vgl. Abschn. C III 2 c aa . Seite 82 bis 84), der der Formvorschrift des § 15 Abs. 3 GmbHG unterliegt (vgl. Abschn. C III 3 b aa - Seite 87 bis 88).

Gleiches gilt für die Eintrittsklausel. Im Gegensatz zur Personengesellschaft vollzieht sich diese aber gerade nicht durch einen Aufnahmevertrag, sondern durch Abtretungsvertrag, da die GmbH mit den Erben fortgesetzt wird und diese infolge der Klausel den Geschäftsanteil übertragen müssen (vgl. Abschn. C III 2 c aa . Seite 82 bis 84).

Für die rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel ergeben sich zur Personengesellschaft keine Unterschiede. Sie realisiert sich ebenfalls durch Abtretungsverfügung unter Lebenden (vgl. Abschn. C III 2 c aa . Seite 82 bis 84).

3. Registereintragung

Eine Eintragung der Erbfolge im *Handelsregister* erfolgt nicht. Wegen der Änderung im Gesellschafterbestand hat der Geschäftsführer allerdings eine korrigierte Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen (§ 40 GmbHG). Fraglich ist, ob im Verhältnis zur Gesellschaft der Erbe erst dann als Inhaber des Geschäftsanteils gilt, wenn er als solcher in die Gesellschafterliste eingetragen ist (§ 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG).⁸³² Bejaht man dies, so sollte der Erbe baldmöglichst von der Geschäftsführung die Einreichung einer korrigierten Gesellschafterliste zum Handelsregister verlangen. Nach anderer Meinung kommt es für den Eintritt des Minderjährigen in die

⁸³¹ Zu allem Scholz/*Winter/Seibt*, § 15 Rn. 29; MüHdb. GesellschaftsR Bd. 3/*Jasper/Wollbrink*, § 25 Rn. 8ff.

Gesellschafterstellung gegenüber der Gesellschaft nicht auf eine Anmeldung nach § 16 GmbHG an⁸³³ und auch nicht auf die Aufnahme der korrigierten Gesellschafterliste in den Registerordner zum Handelsregister. Selbstverständlich kann der minderjährige Erbe seinen Erbschaftserwerb bei der Gesellschaft anmelden, und er muss dies tun, um sich als Berechtigter auszuweisen. Diese Anmeldung hat dann aber nicht die aus § 16 GmbHG ergebende Bedeutung, sondern nur den Sinn, dass die Gesellschaft von der Erbfolge Kenntnis erhält, die ihr nachgewiesen werden muss.⁸³⁴ Die Geschäftsführung kann den Nachweis der Gesellschafterstellung schon wegen der Erstellung einer korrigierten Gesellschafterliste (§ 40 GmbHG) verlangen. Der Nachweis der Erbfolge wird erbracht durch Vorlage eines Erbscheins⁸³⁵ oder einer notariell beurkundeten Verfügung von Todeswegen des Erblassers mit beglaubigter Abschrift des Eröffnungsprotokolls des Nachlassgerichts.

Bei einer grundbesitzenden GmbH bedarf es wegen der Erbfolge keiner Eintragung im *Grundbuch*, da die Gesellschaft als solche im Grundbuch eingetragen ist und nicht die einzelnen Gesellschafter (§ 15 Abs. 1 Buchst. b GBV).

4. Vertretung des Minderjährigen

a. Handeln des gesetzlichen Vertreters

Mit dem Tod des GmbH-Gesellschafters geht die Erbschaft und damit auch der Geschäftsanteil unmittelbar und von selbst auf den/die Erben *kraft Gesetzes* über. Der minderjährige Erbe wird bei *Annahme* der ihm angefallenen *Erbschaft* durch seinen gesetzlichen Vertreter vertreten. Da die Annahme der Erbschaft kein Rechtsgeschäft zwischen dem minderjährigen Erben und seinem gesetzlichen Vertreter als Miterbe oder einer der in § 1795 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, § 181 BGB genannten Personen ist, kommt eine Ergänzungspflegschaft wegen Interessenkollision nicht in Betracht (vgl. im Einzelnen Abschn. E I 4 a bb aaa . Seite 176 bis 178).

⁸³² So Michalski/*Ebbing*, § 15 Rn. 10.

⁸³³ Scholz/*Winter/Seibt*, § 15 Rn. 24 und § 16 Rn. 31. A. A. KG Berlin, GmbHR 1960, 47.

⁸³⁴ Scholz/*Winter/Seibt*, § 16 Rn. 31.

⁸³⁵ Scholz/*Winter/Seibt*, § 15 Rn. 24; Michalski/*Terlau*, § 40 Rn. 17.

Ist der Minderjährige Vermächtnisnehmer und sind mit dem Vermächtnis dessen Eltern beschwert, ist zur Vermächtniserfüllung die Bestellung eines Ergänzungspflegers nicht erforderlich. Die Übertragung der Gesellschafterbeteiligung dient in diesem Fall nur dem Vermächtnisvollzug, sodass die Eltern mit ihr ausschließlich einer Verbindlichkeit i. S. der § 1629 Abs. 2 S. 1, § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB nachkommen. Das Selbstkontrahieren des gesetzlichen Vertreters ist gemäß § 181 BGB gesetzlich gestattet. Auf die Frage, ob das Rechtsgeschäft rechtlich vorteilhaft ist oder nicht, kommt es nicht an (vgl. im Einzelnen Abschn. E I 4 a bb bbb . Seite 178).

Verlangt der Minderjährige aufgrund eines ihm im Gesellschaftsvertrag eingeräumten *Übernahmerechts* (Vertrag zugunsten eines Dritten, § 328 BGB) von den Erben die Abtretung des Geschäftsanteils des Erblassers, so wird der Minderjährige hierbei von seinen Eltern vertreten. Diese sind allerdings von der Vertretung ausgeschlossen, wenn sie selbst Erben sind. Aufgrund der Haftungsgefahren ist auch die Abtretung, die ohne Gegenleistung erfolgt, nicht ausschließlich rechtlich vorteilhaft, so dass die Bestellung eines Ergänzungspflegers notwendig ist (vgl. im Einzelnen Abschn. C III 4 a bb . Seite 92).

b. Familiengerichtliche Genehmigung

Auf den *gesetzlichen Mitgliedschaftserwerb* finden . wie bereits zum Personengesellschaftsrecht erörtert (vgl. Abschn. E I 4 b bb aaa . Seite 184 bis 185) . die Genehmigungstatbestände keine Anwendung. Es handelt sich weder um einen rechtsgeschäftlichen (vertraglichen) Erwerb bzw. Abschluss eines Gesellschaftsvertrages i. S. von §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 1. Alt. bzw. 2. Alt. BGB, noch kann eine Genehmigung aus den Gründen des §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 10 BGB gefordert werden.

Verlangt der Minderjährige aufgrund eines ihm im Gesellschaftsvertrag eingeräumten *Übernahmerechts* von den Erben die Abtretung des Geschäftsanteils des Erblassers, so ist generell zu prüfen, ob dieses Erfüllungsgeschäft unter §§ 1643 Abs. 1, 1822

Nr. 3 und 10 BGB fällt.⁸³⁶ Für den Anteilserwerb durch den Minderjährigen ist die familiengerichtliche Genehmigung nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 1. und 2. Alt. BGB grundsätzlich nicht erforderlich, weil es sich um den Erwerb einer bloßen Kapitalbeteiligung handelt (etwas anderes gilt nur, dann, wenn alle Geschäftsanteile erworben werden (vgl. Abschn. C III 4 b aa bbb aaaa . Seite 97 ff.).⁸³⁷ Ein Genehmigungserfordernis für den Eintritt des Minderjährigen in die Gesellschaft kann sich aber aus §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 10 BGB (Übernahme einer fremden Verbindlichkeit durch Rechtsgeschäft) ergeben. § 1822 Nr. 10 BGB greift dann, wenn bei den Mitgesell-schaftern noch Einlagen, auch Verbindlichkeiten aus Differenzhaftung oder Vorbelas-tungshaftung rückständig sind oder Rückzahlungspflichten nach § 31 GmbHG tat-sächlich bestehen (vgl. im Einzelnen Abschn. C III 4 b aa bbb aaaa . Seite 99).⁸³⁸

Gleiches gilt für die Erfüllung eines *Vermächtnisses* zugunsten eines Minderjährigen.

V. Tod eines Aktionärs

1. Gesetzliche und erbrechtliche Regelungen

Bei der Beteiligung eines Aktionärs an einer Aktiengesellschaft handelt es sich um rein vermögensrechtliche Positionen, die ohne weiteres gemäß § 1922 BGB vererb-lich sind. Dies gilt sowohl für Inhaberaktien wie auch für Namensaktien, selbst wenn letztere vinkuliert sind.⁸³⁹ Erben mehrere Personen, nehmen sie die Rechte des Erb-lassers in gesamthänderischer Verbundenheit wahr.⁸⁴⁰ Eine sSondererfolge%ist hier ebenso wenig wie beim GmbH-Anteil möglich.⁸⁴¹ Es ist - im Gegensatz zum GmbH-Geschäftsanteil - nicht möglich, dass die Miterben die Aktie in mehrere je für sich bestehende Mitgliedschaftsrechte aufspalten (Teilungsverbot nach § 8 Abs. 5 AktG).

Der Aktionär kann testamentarisch anordnen, dass seine Aktie in der Hand von An-gehörigen seiner Familie zu verbleiben hat; dies geschieht durch eine Teilungsan-

⁸³⁶ Staudinger/Otte (2003), § 2174 Rn. 22.

⁸³⁷ OLG Hamm, OLGZ 1984, 327 = FamRZ 1984, 1036 = GmbHR 1985, 121 = Rpfleger 1985, 62 m. Anm. Damrau; OLG München, OLGR München 2002, 477 = FamRZ 2003, 392

⁸³⁸ Bürger, RNotZ 2006, 156, 168.

⁸³⁹ Staudinger/Marotzke (2008), § 1922 Rn. 214.

⁸⁴⁰ Hüffer, § 69 Rn. 3.

⁸⁴¹ Staudinger/Marotzke (2008), § 1922 Rn. 214.

ordnung (§ 2048 BGB) oder ein Vermächtnis (§ 2147 BGB). Um die Einhaltung dieser Anordnung zu sichern, kann der Erblasser an seine Zuwendung die Bestimmung knüpfen, dass für den Fall der Abtretung der Aktie an eine familienfremde Person ein anderer als der zunächst Bedachte als Nachvermächtnisnehmer treten soll. Macht der Minderjährige das zu seinen Gunsten angeordnete Vermächtnis gegenüber den Erben geltend, so entscheidet die Art der Verbriefung der Mitgliedschaft, wie die Aktie übertragen wird (vgl. Abschn. C III 2 c bb . Seite 84 bis 85; Abschn. C III 3 b bb . Seite 88 bis 89).

2. Gesellschaftsvertragliche Regelungen

Da die Vererblichkeit einer Aktie durch Satzungsbestimmung nicht ausgeschlossen werden kann,⁸⁴² ist auch hier . wie bei der GmbH (vgl. Abschn. E IV 2 . Seite 206 bis 207) ein Einfluss der Gesellschaft auf den Mitgliederbestand nur im Wege eines dem Erbfall nachfolgenden Rechtsgeschäfts unter Lebenden möglich.

3. Registereintragung

Eine Eintragung der Erbfolge im *Handelsregister* erfolgt nicht. Wegen des Übergangs einer Namensaktie vom verstorbenen Aktionär auf die Erbengemeinschaft ist das Aktienregister nach § 67 Abs. 3 AktG richtig zu stellen und zwar durch Löschung des Erblassers und Eintragung des Erben (mehrere Erben in Erbengemeinschaft). Die Aufnahme des minderjährigen Erben in das Aktienbuch ist keine Wirksamkeitsvoraussetzung für den Erwerb der Aktie.⁸⁴³ Im Verhältnis zur Gesellschaft gilt gem. § 67 Abs. 2 AktG als Aktionär aber nur, wer als solcher im Aktienregister eingetragen ist. Solange dies nicht geschehen ist, kann z. B. seine Zulassung zur Hauptversammlung verweigert werden. Die Aktionärs Eigenschaft wird nach Eintragung in das Aktienregister unwiderleglich vermutet.⁸⁴⁴ Der Erbe hat dem Vorstand der Aktiengesellschaft die Erbfolge mitzuteilen unter Nachweis des Rechtsübergangs durch Vorlage eines Erbscheins,⁸⁴⁵ es genügt aber auch die Vorlage einer beglaubigten Abschrift der no-

⁸⁴² Palandt/*Weidlich*, § 1922 R. 23 und § 2032 Rn. 10.

⁸⁴³ Palandt/*Weidlich*, § 2032 Rn. 10.

⁸⁴⁴ MüHdb. GesellschaftsR Bd. 4/*Wiesner*, § 14 Rn. 44; Beck'sches Formularbuch Aktienrecht/*Baummeister*, D.II.1 Rn. 8.

⁸⁴⁵ *Hüffer*, § 67 Rn. 18; Beck'sches Formularbuch Aktienrecht/*Pfisterer*, D.II.2.

tariell beurkundeten Verfügung von Todes wegen und beglaubigte Abschrift des Eröffnungsprotokolls des Nachlassgerichts.

Bei einer grundbesitzenden Aktiengesellschaft bedarf es wegen der Anteilsübertragung keiner Eintragung im *Grundbuch*, da die Gesellschaft als solche im Grundbuch eingetragen ist und nicht die einzelnen Gesellschafter (§ 15 Abs. 1 Buchst. b GBV).

4. Vertretung des Minderjährigen

a. Handeln des gesetzlichen Vertreters

Die Ausführungen die in Abschn. E IV 4 a . Seite 208 bis 209 zur GmbH gemacht wurden, gelten bei der AG entsprechend. Im Unterschied zur GmbH sind die Eltern als Erben allerdings bei der Abtretung einer Aktie des Erblassers an den Minderjährigen infolge eines diesem in der Satzung eingeräumten *Übernahmerechts* nicht von der Vertretung ausgeschlossen, wenn es sich um den Erwerb von voll eingezahlten Aktien handelt, da das Geschäft dann für den Minderjährigen ausschließlich rechtlich vorteilhaft ist. Es bedarf dann keiner Bestellung eines Ergänzungspflegers (vgl. im Einzelnen Abschn. C III 4 a bb . Seite 92).

b. Familiengerichtliche Genehmigung

Auf den *gesetzlichen Mitgliedschaftserwerb* finden . wie bereits bei der GmbH (vgl. Abschn. E IV 4 b . Seite 209 bis 210) und bei den Personengesellschaften (vgl. Abschn. E I 4 b bb aaa . Seite Seite 184 bis 185) erörtert . die Genehmigungstatbestände keine Anwendung.

Verlangt der Minderjährige aufgrund eines ihm im Gesellschaftsvertrag eingeräumten *Übernahmerechts* bzw. *Vermächtnisses* von den Erben die Abtretung des Geschäftsanteils des Erblassers, so ist dazu die familiengerichtliche Genehmigung gemäß §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 BGB nur dann erforderlich, wenn der Minderjährige sämtliche Aktien erwirbt (vgl. Abschn. C III 4 b aa bbb bbbb . Seite 99 ff.). §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 10 BGB ist nicht einschlägig, da der Minderjährige keine fremden Verbindlichkeiten übernimmt (vgl. Abschn. C III 4 b aa bbb bbbb . Seite 99 ff.).

VI. Sonderfall: Tod eines Einzelkaufmanns

1. Gesetzliche und erbrechtliche Regelungen

Mit dem Erbfall geht das Handelsgeschäft eines Einzelkaufmanns auf seine Erben gemäß § 1922 Abs. 1 BGB über (vgl. handelsrechtlich auch § 22 Abs. 1 HGB). Eine Sondererbfolge, wie sie bei der Nachfolge in den Gesellschaftsanteil einer OHG oder KG angenommen wird, findet hier nicht statt. Das Handelsgeschäft fällt als Nachlassbestandteil in das gemeinschaftliche Vermögen der Miterben. Die Miterben bleiben in ihrer Zusammenfassung als Erbengemeinschaft Inhaber des ererbten Handelsgeschäftes, solange dieses nicht im Wege der Erbauseinandersetzung aus dem gemeinschaftlichen Vermögen herausgenommen wird. Die Erben müssen sich nicht zu einem gesellschaftsrechtlichen Zusammenschluss verbinden.⁸⁴⁶ Das Handelsgeschäft wird durch den Erbfall nicht automatisch zu einer OHG, sondern die Erbengemeinschaft in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit kann das Unternehmen als Kaufmann weiter betreiben, obwohl sie keine eigene Rechtspersönlichkeit⁸⁴⁷ darstellt.⁸⁴⁸ Es bedarf hierzu keines Fortführungsbeschlusses. Wird ein Fortsetzungsbeschluss gefasst, so liegt darin keinesfalls der Abschluss eines Vertrages über eine OHG, denn die Miterben wollen gerade keine Gesellschaft gründen.⁸⁴⁹ Nach h. M.⁸⁵⁰ darf die - ungeteilte - Erbengemeinschaft als solche das Unternehmen als swerbendes% Unternehmen fortführen, also ohne Auseinandersetzung (§ 2042 BGB) und ohne zeitliche Grenze (§ 27 Abs. 2 HGB). Eine identitätswahrende Umwandlung in eine Personenhandelsgesellschaft findet - kraft Gesetzes - nicht statt.⁸⁵¹

⁸⁴⁶ Müller-Engelmann, RpfLStud. 1992, 19, 23.

⁸⁴⁷ BGH, DNotZ 2007, 134 = NJW 2006, 3715 = Rpfleger 2007, 75.

⁸⁴⁸ BGHZ 92, 259 = FamRZ 1985, 173 = NJW 1985, 136 = Rpfleger 1985, 68; RGZ 132, 138; KG Berlin, DNotI-Report 1999, 5 = FamRZ 1999, 956 = ZEV 1999, 28; KG Berlin, JW 1938, 3117; BFHE 150, 539 = NJW 1988, 1343.

⁸⁴⁹ Damrau, S. 33.

⁸⁵⁰ BGHZ 17, 299 = WM 1955, 1119; BFHE 150, 539 = NJW 1988, 1343; KG Berlin, DNotI-Report 1999, 5 = FamRZ 1999, 956 = NJW-RR 1999, 880; MüKo-BGB/Gergen, § 2032 Rn. 44; Palandt/Weidlich, § 2032 Rn. 4; Baumbach/Hopt, § 1 Rn. 37; K. Schmidt, NJW 1985, 2785, 2787.

⁸⁵¹ Staudinger/Werner (2010), § 2032 Rn. 18. Bestritten ist, ob eine Erbengemeinschaft ein umwandlungsfähiger Rechtsträger für eine Ausgliederung nach § 152 UmwG sein kann; dies bejahend Lutter/Karollus, UmwG, § 152 Rn. 16; Kallmeyer/Kallmeyer, § 152 Rn. 3; a. A. Widmann/Mayer/Mayer, § 152 Rn. 30 ff. Selbst wenn man dies bejaht, erwirbt der Minderjährige erst nach Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft und Abtretung des Gesellschaftsanteils diesen unmittelbar.

2. Gesellschaftsvertragliche Regelungen

Die Erben des Einzelkaufmanns haben aber auch die Möglichkeit, das Handelsgeschäft in der Form einer Personenhandelsgesellschaft bzw. einer Kapitalgesellschaft fortzusetzen. Wählt die Erbengemeinschaft den handelsrechtlichen Weg der Neugründung einer Gesellschaft, so richtet sich diese nach den für die jeweils vorgesehene Rechtsform geltenden Bestimmungen (vgl. Abschn. B . Seite 9 ff.).

Ist eine Umwandlung der Erbengemeinschaft in eine neu zu gründende Personenhandelsgesellschaft gewünscht, bedarf es der (Teil-)Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft mit der Konsequenz des Abschlusses eines Gesellschaftsvertrages und der rechtsgeschäftlichen Übertragung der zum Unternehmen zählenden Gegenstände auf die neu gegründete Personengesellschaft (Teilauseinandersetzung und Sachgründung). Notwendig ist daher stets der Abschluss eines Gesellschaftsvertrages zwischen den Erben, was auch durch konkludentes Verhalten möglich ist.⁸⁵² Zur Annahme eines konkludent erfolgten Vertragsabschlusses müssen jedoch zuverlässige Anhaltspunkte gegeben sein.⁸⁵³ Voraussetzung ist der erkennbare gemeinsame Wille zur gemeinsamen Fortführung des Unternehmens als Gesellschaft.⁸⁵⁴ Die bloße Fortführung des vererbten Handelsgeschäfts durch die Erbengemeinschaft über einen längeren Zeitraum reicht für sich allein noch nicht aus, um die Entstehung einer OHG anzunehmen,⁸⁵⁵ im Einzelfall kann darin aber der schlüssige Abschluss eines Gesellschaftsvertrages liegen.⁸⁵⁶ Wird die Haftung einzelner Miterben beschränkt, so kann hierin die stillschweigende Vereinbarung einer Kommanditgesellschaft liegen.⁸⁵⁷ Der Abschluss des Gesellschaftsvertrags bedarf bei Personengesellschaften grundsätzlich keiner besonderen Form (vgl. Abschn. B II 1 - Seite 11). Gehört allerdings ein Grundstück zum Unternehmen und damit zum Nachlass, bedarf der Gesellschaftsvertrag der notariellen Beurkundung nach § 311b BGB (vgl. Abschn. B II 1 .

⁸⁵² Staudinger/Werner (2010), § 2032 Rn. 18; MüKo-BGB/Gergen, § 2032 Rn. 45.

⁸⁵³ BGH, NJW 1951, 311, 312.

⁸⁵⁴ BGH, NJW 1951, 311, 312.

⁸⁵⁵ OLG Hamm, OLG Hamm 2001, 67 = NZG 1999, 588 = ZEV 1999, 318; Palandt/Weidlich, § 2032 Rn. 7.

⁸⁵⁶ BGH NJW 1951, 311; BGHZ 92, 259 = FamRZ 1985, 173 = NJW 1985, 136 = Rpfleger 1985, 68; MüKo-BGB/Gergen, § 2032 Rn. 45; Palandt/Weidlich, § 2032 Rn. 7. Eingehend Hüffer, ZGR 1986, 601, 609.

⁸⁵⁷ BGHZ 92, 259 92, 259 = FamRZ 1985, 173 = NJW 1985, 136 = Rpfleger 1985, 68; MüKo-BGB/Gergen, § 2032 Rn. 45.

Seite 12).⁸⁵⁸ Außerdem müssen die zum Unternehmen (Sachgesamtheit⁸⁵⁹) zählenden Nachlassgegenstände durch Rechtsgeschäft unter Lebenden von allen Mitgliedern der Erbengemeinschaft (§ 2040 BGB) auf die Personengesellschaft in den Normen des Sachenrechts (§§ 873, 925, 1154 BGB) übertragen werden. Dies gilt auch bei Personenidentität⁸⁶⁰ der beiden Gesamthandsgemeinschaften, denn es handelt sich jeweils um gesonderte Gesamthandsvermögen.

Für die Kapitalgesellschaften wird diesbezüglich auf Abschn. B I 2 . Seite 11 und B II 2 . Seite 15 verwiesen.

3. Registereintragung

Die Fortführung des Geschäfts und der Firma in ungeteilter Erbengemeinschaft ist von allen Miterben zur Eintragung in das *Handelsregister* anzumelden.

Gründet die Erbengemeinschaft eine neue Personenhandelsgesellschaft (OHG bzw. KG), so ist diese von allen Erben zur Eintragung in das *Handelsregister* anzumelden (vgl. Abschn. B II 1 - Seite 14). Der Rechtserwerb der handelsrechtlich neu gegründeten Personengesellschaft bzgl. der zum Unternehmen zählenden immobilienrechtlichen Nachlassgegenstände ist im *Grundbuch* einzutragen (Ausnahme § 1154 Abs. 1 BGB). OHG und KG sind im Grundbuch mit ihrer Firma und Sitz sowie ihrem Rechtsformzusatz zu bezeichnen (§ 15 Abs. 1 Buchst. b GBV, § 19 Abs. 1 HGB). Vgl. Abschn. B II 1 . Seite 15.

4. Vertretung des Minderjährigen

a. Handeln des gesetzlichen Vertreters

Wird ein Fortsetzungsbeschluss gefasst, so können die Eltern ihr minderjähriges Kind dann nicht vertreten, wenn sie selbst auch Miterben sind oder wenn sie zugleich andere minderjährige Miterben vertreten (§ 1795 Abs. 1 Nr. 1 und § 1795 Abs. 2,

⁸⁵⁸ MüKo/Gergen, § 2032 Rn. 45.

⁸⁵⁹ MüHdb. GesellschaftsR Bd. 1/v. Falkenhausen/Schneider, § 60 Rn. 19.

⁸⁶⁰ BGHZ 92, 259 = FamRZ 1985, 173 = NJW 1985, 136 = Rpfleger 1985, 68; BFHE 150, 539 = NJW 1988, 1343; OLG Hamm, DNotZ 1958, 416; PWW/Tschichoflos, § 2032 Rn. 30; Meikel/Böttcher, § 20 Rn. 37; a. A. Staudinger/Werner (2010), § 2042 Rn. 29.

§ 181 BGB, § 1629 Abs. 2, § 1909 BGB). Es muss dann jedes minderjährige Kind durch einen gesonderten Pfleger vertreten werden.

Zur Beteiligung eines minderjährigen Miterben an der (Teil-)Erbauseinandersetzung mit der Konsequenz des Abschlusses eines Gesellschaftsvertrags zur handelsrechtlichen Neugründung einer Personengesellschaft bedarf es des Vertragsschlusses durch den gesetzlichen Vertreter des Minderjährigen. Zu beachten ist, dass bei Beteiligung der Eltern oder der Geschwister des Kindes Ergänzungspflegschaft anzuordnen ist, bei mehreren minderjährigen Geschwistern ist wegen des doppelten Vertretungsausschlusses der Eltern (§ 1795 Abs. 1 Nr. 1 und § 1795 Abs. 2, § 181 BGB, § 1629 Abs. 2, § 1909 BGB) für jedes Kind ein jeweils eigener Pfleger zu bestellen⁸⁶¹ (vgl. Abschn. B III 1 . Seite 15; B III 2 . Seite 18; B III 3 . Seite 29). Bei den jeweils erforderlichen Handelsregisteranmeldungen melden die Eltern für den minderjährigen Miterben mit an (vgl. Abschn. B III 3 d . Seite 32). Für die Kapitalgesellschaften wird insbesondere auf Abschn. B III 2 b cc . Seite 27 ff. verwiesen.

b. Familiengerichtliche Genehmigung

Wird das ererbte kaufmännische Unternehmen durch die Erbengemeinschaft fortgeführt, so ist bei Beteiligung eines Minderjährigen fraglich, ob es dann einer familiengerichtlichen Genehmigung bedarf. In Betracht kommt hier allein §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 BGB. Der BGH⁸⁶² hat dies abgelehnt. Eine direkte Anwendung des § 1822 Nr. 3 BGB ist bereits mit dem Wortlaut nicht vereinbar. § 1822 Nr. 3 1. Alt. bzw. 2. Alt. BGB erfasst nur Rechtsgeschäfte, konsequenter Weise also nur Verträge, die auf den entgeltlichen Erwerb oder die Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts gerichtet sind sowie Gesellschaftsverträge zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts. Die Fortführung in Erbengemeinschaft hat nur tatsächlichen, keinen vertraglichen Charakter; insbesondere begründet die Fortführung als solche kein Gesellschaftsverhältnis. Auch wenn die Miterben einen einstimmigen Fortsetzungsbeschluss fassen, ändert sich an der Ausgangslage nichts, weil dieser Beschluss nicht

⁸⁶¹ RG LZ 1922, 685, 686; Soergel/Zimmermann, § 1822 Rn 23; Müller-Engelmann, RpfIStud. 1992, 19.

ohne weiteres auf die Begründung gesellschaftsvertraglicher Förderpflichten gerichtet ist. Der Betrieb des Erwerbsgeschäfts selbst ist, solange dabei nicht genehmigungsbedürftige Einzelgeschäfte anfallen, genehmigungsfrei.⁸⁶³ Eine analoge Anwendung aus Gründen des Minderjährigenschutzes ist ebenfalls nicht gerechtfertigt.⁸⁶⁴ Der BGH⁸⁶⁵ hat es bisher aus Gründen des in diesem Bereich besonders dringlichen Bedarfs nach Rechtsklarheit und Rechtssicherheit immer abgelehnt, die Vorschriften der §§ 1822 ff. BGB auszudehnen. Zwar hatte das BVerfG mit Entscheidung vom 13.05.1986⁸⁶⁶ entschieden, dass die unbegrenzte Haftung des Minderjährigen bei Fortführung eines ererbten Handelsgeschäfts durch ihre Eltern im Rahmen ihrer elterlichen Vertretungsmacht mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) unvereinbar sei. Jedoch ist diesen verfassungsgerichtlichen Bedenken nunmehr durch § 1629 a Rechnung getragen, so dass die Fortführung des Geschäfts in ungeteilter Erbengemeinschaft weiterhin nicht genehmigungsbedürftig ist.⁸⁶⁷

Zwar liegt in dem Beschluss, das Handelsgeschäft in Miterbengemeinschaft auf bestimmte oder unbestimmte Zeit weiterzuführen, ein partieller Ausschluss der Auseinandersetzung. Bei der heute gebotenen engen, formalen Auslegung der §§ 1821, 1822 BGB wird man den Ausschluss der Auseinandersetzung aber nicht als Erbteilungsvertrag i. S. von § 1822 Nr. 2 BGB ansehen können, so dass eine familiengerichtliche Genehmigung auch dann nicht notwendig ist, wenn Pfleger die Minderjährigen bei einem solchen Beschluss vertreten.⁸⁶⁸

Der Gesellschaftsvertrag zur Gründung einer OHG bzw. KG unter Mitwirkung eines minderjährigen Miterben ist dagegen unzweifelhaft nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3

⁸⁶² St. Rspr., vgl. zuletzt BGHZ 92, 259, 265 = FamRZ 1985, 173, 174 = NJW 1985, 136 = Rpfleger 1985, 68; BGH, NJW 1962, 2196 = WM 1962, 1218 f.; KG Berlin, HRR 1922, 815; *Gaßner*, RpfJb 1986, 329, 337; A. A. *Stahl*, S. 98 ff; *Hüffer*, ZGR 1986, 601, 638.

⁸⁶³ *Wolf*, AcP 181 (1981), 480, 510 ff.

⁸⁶⁴ *K. Schmidt* stellt dies zur Diskussion in NJW 1985, 2785, 2791 und NJW 1985, 138.

⁸⁶⁵ BGHZ 38, 26, 28 = NJW 1962, 2844 = WM 1962, 1260; BGHZ 52, 316, 319 = NJW 1970, 33 = WM 1969, 1280.

⁸⁶⁶ BVerfGE 72, 155 = NJW 1986, 1859 ff. = FamRZ 1986, 769 ff. = Rpfleger 1986, 377.

⁸⁶⁷ *Staudinger/Engler* (2004), § 1822 Rn. 62; *MüKo-BGB/Wagenitz*, § 1822 Rn. 24; *Palandt/Diederichsen*, § 1822 Rn 10.

2. Alt. BGB genehmigungsbedürftig⁸⁶⁹ (vgl. Abschn. B III 4 b aa bbb und ccc . Seite 37 ff.). Welcher Art die Gesellschafterstellung des Minderjährigen ist, ist unerheblich.⁸⁷⁰ Dies gilt demnach auch, wenn sich der minderjährige Miterbe als Kommanditist beteiligt.⁸⁷¹ Die Erbauseinandersetzung mit dem beteiligten Minderjährigen ist für die Eltern nicht gesondert genehmigungsbedürftig, da § 1643 Abs. 1 BGB die Anwendung des § 1822 Nr. 2 BGB ausschließt (anders beim Ergänzungspfleger, § 1915 Abs. 1 S. 1 BGB). § 1822 Nr. 1 BGB scheidet aus, auch wenn der Nachlassanteil das einzige Vermögen des Kindes ist, da weder dieser Anteil, noch das Vermögen des Kindes, sondern einzelne Vermögensgegenstände Gegenstand der genannten Rechtsgeschäfte sind.⁸⁷² Für die Übertragung der zum Unternehmen zählenden immobilienrechtlichen Nachlassgegenstände ist allerdings das Genehmigungserfordernis nach §§ 1643 Abs. 1, 1821 BGB zu beachten.⁸⁷³

Für die Kapitalgesellschaften wird insbesondere auf Abschn. B III 4 b cc . Seite 40 ff. verwiesen.

Bei der Frage der Genehmigungsfähigkeit der handelsrechtlichen Umwandlung der Erbengemeinschaft in eine Personenhandels- oder Kapitalgesellschaft hat das Familiengericht davon auszugehen, dass die Umwandlung grundsätzlich wünschenswert ist, sowohl aus Gründen der Haftungsbeschränkung des Minderjährigen (trotz § 1629a BGB) als auch des Verkehrsschutzes im Handelsrecht, damit die Erbengemeinschaft als Rechtsträger abgelöst wird.⁸⁷⁴ Wird als Rechtsform eine Personengesellschaft gewählt, sind in jedem Falle das zwingende Sonderkündigungsrecht eines minderjährigen, persönlich haftenden Gesellschafters einer Personengesellschaft nach § 723 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 BGB und die damit verbundenen, liquiditätsbelastenden

⁸⁶⁸ Staudinger/Engler (2004), § 1822 Rn. 26; a. A. Erman/Holzhauser, § 1822 Rn. 6; Soergel/Zimmermann, § 1822 Rn. 9.

⁸⁶⁹ BGH, LM Nr. 2 zu § 2032 BGB = NJW 1962, 2196 = WM 1962, 1218; MüKo-BGB/Gergen, § 2032 Rn. 45; MüKo-BGB/Wagenitz, § 1822 Rn. 24; Soergel/Zimmermann, § 1822 Rn. 23.

⁸⁷⁰ PWW/Bauer, § 1822 Rn. 12.

⁸⁷¹ BGHZ 17, 160 = WM 1955, 828;

⁸⁷² Staudinger/Engler (2004), § 1822 Rn. 3; MüKo-BGB/Wagenitz, § 1822 Rn. 3; Palandt/Diederichsen, § 1822 Rn. 2; Soergel/Zimmermann, § 1822 Rn. 2.

⁸⁷³ BGH, FamRZ 1961, 261; Palandt/Weidlich, § 2042 Rn. 14; PWW/Bauer, § 2042 Rn. 19.

⁸⁷⁴ So Palandt/Weidlich, § 2032 Rn. 7.

Abfindungsansprüche zu beachten.⁸⁷⁵ Aus Haftungsgründen ist für den minderjährigen Miterben seine künftige Beteiligung als Kommanditist oder als Gesellschafter einer GmbH ratsam⁸⁷⁶ und wohl genehmigungsfähig, denn auf Dauer ist einem Miterben auch die volle persönliche Haftung in einer OHG nicht zumutbar.⁸⁷⁷ Allgemein anerkannt ist, dass die Erbengemeinschaft durchweg nicht als ideale Gestaltungsform für die Führung eines Unternehmens angesehen wird. Es darf nicht übersehen werden, dass rechtstatsächlich festgestellt wurde, dass sich bis auf ungewandtere Teilnehmer am Rechtsverkehr niemand auf eine auf den Nachlass beschränkte Erbenhaftung einlassen würde.⁸⁷⁸ Bei allen Lösungswegen bleibt dem Familiengericht die Vornahme einer Prognose über die Entwicklung des Handelsgeschäfts in neuer Gesellschaftsform in der Zukunft nicht erspart.

VII. Erbrechtliche Besonderheiten

Mitgliedschaftsrechte können wie andere subjektive Rechte auch treuhänderisch wahrgenommen werden, wobei die Beteiligung dann Treuhänder und Treugeber gemeinsam zuzuordnen ist. Eine solche Rechtsgemeinschaft kann durch Vor- und Nacherbschaft oder Testamentsvollstreckung auf Geheiß des Erblassers entstehen. Der Erblasser kann mit diesen Instrumenten über Jahrzehnte Nutzung und Verwaltung seines Vermögens vorprogrammieren und verschiedenen Personen in unterschiedlichen Phasen anvertrauen.

1. Vor- und Nacherbfolge

a. Gesetzliche, erbrechtliche und gesellschaftsvertragliche Regelungen

Bei der Vor- und Nacherbschaft (§§ 2100 ff. BGB) kann eine Person durch Verfügung von Todes wegen zum Erben in der Weise eingesetzt werden, dass dieser erst Erbe (Nacherbe) wird, nachdem zunächst ein anderer Erbe Vorerbe geworden ist. Sowohl der Vorerbe wie der Nacherbe sind echte Erben des Erblassers, der Nacherbe ist rechtlich nicht etwa der Erbe des Vorerben.

⁸⁷⁵ *Von Hoyerberg*, RNotZ 2007, 377, 381; *Oppermann*, RNotZ 2005, 453,462.

⁸⁷⁶ *Langenfeld*, BWNotZ 1981, 51.

⁸⁷⁷ *Heil*, MittRhNotK 1999, 148, 151.

⁸⁷⁸ *Heil*, MittRhNotK 1999, 148, 151.

Die Anordnung von Vor- und Nacherbschaft kommt insbesondere in Frage, wenn der vom Gesellschafter-Erblasser letztlich zur Nachfolge vorgesehene Erbe zunächst noch nicht zur Mitarbeit in der Gesellschaft erwünscht oder in der Lage ist.⁸⁷⁹ Dieses Gestaltungsmittel ist häufig in Familiengesellschaften verbreitet, um zunächst dem überlebenden Ehegatten oder der Generation der Kinder die Nutzung der Gesellschaftsbeteiligung zu überlassen, späteren Generationen aber die endgültige Nachfolge zu sichern. Je nach Anordnung des Erblassers tritt die Nacherbfolge entweder mit dem Tod des Vorerben oder mit einem anderen Ereignis (z. B. Wiederverheiratung des Vorerben) oder zu einem anderen bestimmten Zeitpunkt (z. B. Erreichung eines bestimmten Alters oder einer bestimmten Qualifikation des Nacherben) ein.

Der Erblasser kann bei dieser Art von Erbfolgeregelung weiter Testamentvollstreckung anordnen (vgl. Abschn. E VII 2 . Seite 224 ff.). Diese ist besonders beim Vorhandensein von minderjährigen Erben in Familiengesellschaften ein häufig genutztes Gestaltungsmittel.

Die Zulässigkeit einer Vor- und Nacherbschaft ist bei allen Arten der Beteiligung an Personengesellschaften unbestritten.⁸⁸⁰ Grundvoraussetzung ist allerdings, dass die Gesellschaftsbeteiligung kraft Gesetzes oder gesellschaftsvertraglicher Nachfolgeregelung unmittelbar vererblich ist,⁸⁸¹ was zum Beispiel im Rahmen der Eintrittsklausel bzw. rechtsgeschäftlichen Nachfolgeklausel nicht der Fall ist.⁸⁸² Bei einer einfachen Nachfolgeklausel sind alle Erben des Gesellschafters berufen, hierunter fallen auch Vorerben und Nacherben. Liegt eine qualifizierte Nachfolgeklausel vor, so kann die Vor- und Nacherbfolge in den Gesellschaftsanteil nur stattfinden, wenn sowohl der

⁸⁷⁹ MüHdb. GesellschaftsR Bd. 1/Klein/Lindemeier, § 80 Rn. 23.

⁸⁸⁰ Wiedemann, Gesellschaftsrecht, S. 486; MüHdb. GesellschaftsR Bd. 1/Klein/Lindemeier, § 80 Rn. 23. Die für die erbrechtliche Nachfolge in Personengesellschaftsbeteiligungen bei Vor- und Nacherbschaft geltenden Grundsätze können weitgehend auch auf die Vererbung von GmbH-Anteilen angewandt werden.

⁸⁸¹ MüHdb. GesellschaftsR Bd. 1/Klein/Lindemeier, § 11 Rn. 64 und § 80 Rn. 23.

⁸⁸² MüHdb. GesellschaftsR Bd. 1/Klein/Lindemeier, § 80 Rn. 23, 30. Ist der Vorerbe in Ausübung eines ihm durch Eintrittsklausel verliehenen Rechts Gesellschafter geworden, ist jedoch durch Auslegung der Eintrittsklausel zu ermitteln, ob im Nacherbfall auch dem Nacherben ein erneutes Eintrittsrecht zusteht.

Vorerbe als auch der Nacherbe die Voraussetzungen dieser Klausel erfüllen.⁸⁸³ Andernfalls scheitert die Nachfolgeklausel mit der Folge, dass im Zweifel die Gesellschaft von den überlebenden Gesellschaftern fortgesetzt wird. In den Nachlass fällt dann lediglich der etwaige Abfindungsanspruch, der dem Vorerben zusteht und im Nacherbfall auf den Nacherben übergeht.⁸⁸⁴

Mit dem Vorerbfall wird der Vorerbe gemäß §§ 2100, 2112 BGB unmittelbar und ohne weiteren Übertragungsakt voller Gesellschafter mit allen hieraus folgenden Rechten und Pflichten.⁸⁸⁵ War der Vorerbe bereits Mitgesellschafter des Erblassers, so bleibt die ererbte Mitgliedschaft neben seiner eigenen Mitgliedschaft selbstständig.⁸⁸⁶ Mit dem Nacherbfall geht die Erbschaft auf den Nacherben über. Der Nacherbe rückt ipso jure anstelle des Vorerben in die vom Gesellschafter-Erblasser hinterlassene Gesellschaftsbeteiligung ein. Schlägt der Vorerbe die Erbschaft aus, so wird der Nacherbe im Zweifel schon mit dem Erbfall als Erbe berufen. Das Ausschlagungsrecht des Vorerben besteht neben dem Ausschlagungsrecht des Nacherben.⁸⁸⁷ Dem Nacherben steht es frei, entweder sofort nach dem Tod des Gesellschafter-Erblassers oder bei Eintritt des Nacherbfalls von seinem Ausschlagungsrecht Gebrauch zu machen (§ 2142 Abs. 1 BGB). Obwohl § 2142 Abs. 1 BGB nur von der Ausschlagung spricht, gilt die Bestimmung anerkanntermaßen auch für die Annahme der Erbschaft durch den Nacherben ab dem Tod des Gesellschafter-Erblassers.⁸⁸⁸ Die Annahme erfolgt gegenüber dem Nachlassgericht.⁸⁸⁹

Dem Gesellschafter-Vorerben steht das Wahlrecht nach § 139 HGB wie einem Vollerben zu (vgl. Abschn. E I 2 b dd . Seite 163 ff.), ohne dass es insoweit einer entsprechenden Zustimmung des Nacherben bedürfte. Seine Zwangslage . persön-

⁸⁸³ BGH, DNotZ 1988, 46 = FamRZ 1987, 936 = NJW-RR 1987, 989; MüKo-HGB/K. Schmidt, § 139 Rn. 33.

⁸⁸⁴ BGHZ 78, 177 = DNotZ 1981, 760 = FamRZ 1981, 35 = NJW 1981, 115 = WM 1987, 981 (dort auch zur etwaigen Umdeutung in Eintrittsklausel); BGH, DNotZ 1988, 46 = FamRZ 1987, 936 = NJW-RR 1987, 989 = WM 1987, 981; BGH, FamRZ 1981, 765 = NJW 1981, 1560 = WM 1981, 627; MüHdb. GesellschaftsR Bd. 1/Klein/Lindemeier, § 80 Rn. 28 m.w.N.

⁸⁸⁵ Göbel, DNotZ 1979, 133, 144.

⁸⁸⁶ MüKo-HGB/K. Schmidt, § 139 Rn. 34.

⁸⁸⁷ MüKo-BGB/Grunsky, § 2142 Rn. 3.

⁸⁸⁸ BayObLGZ 1966, 271 = DNotZ 1967, 569 = NJW 1967, 446; MüKo-BGB/Grunsky, § 2142 Rn. 6; AnwK-BGB/Ivo, § 1946 Rn. 3; AnwK-BGB/Gierl, § 2142 Rn. 12.

liche Haftung oder Ausschlagung der Erbschaft . unterscheidet sich diesbezüglich gerade nicht von der eines Vollerben. Hat der Vorerbe die Stellung eines Kommanditisten gewählt oder scheidet er aus der Gesellschaft aus, so ist der Nacherbe hieran gebunden;⁸⁹⁰ ein Anspruch des Nacherben auf Rückumwandlung der Beteiligung in diejenige eines voll haftenden Gesellschafters kommt nicht in Betracht.⁸⁹¹ Belässt es der Vorerbe dagegen bei seiner Vollhafterstellung, steht dem Nacherben im Nacherbfall das Wahlrecht erneut zu.⁸⁹²

b. Registereintragung

Zur Eintragung in das *Handelsregister* ist nicht nur die Nachfolge des Vorerben auf den Tod des Gesellschafter-Erblassers, sondern auch bereits die Nachfolge durch den Nacherben im Nacherbfall und das dann damit verbundene sAusscheiden%des Vorerben anzumelden und zwar vom Vorerben⁸⁹³ zusammen mit den übrigen Gesellschaftern ohne Mitwirkung des Nacherben. Der Vorerbe wird ohne Nacherbenvermerk im Handelsregister eingetragen.⁸⁹⁴ Nach Eintritt des Nacherbfalls sind nicht nur alle Gesellschafter einschließlich des Nacherben, sondern auch die Erben⁸⁹⁵ des Vorerben gemäß § 143 HGB anmeldepflichtig.⁸⁹⁶

Bei einer grundbesitzenden GbR ist das *Grundbuch* dahingehend zu berichtigen, dass anstelle des Gesellschafter-Erblassers der Vorerbe einzutragen ist (§ 47 Abs. 2 GBO, § 15 Abs. 1 Buchst. c GBV). Fraglich ist, ob ein Nacherbenvermerk im Grundbuch gebucht werden kann. Dies ist wohl zu verneinen, denn die persönliche Verfü-

⁸⁸⁹ So Palandt/*Weidlich*, § 2142 Rn. 6.

⁸⁹⁰ BGHZ 69, 47 = FamRZ 1977, 634 = NJW 1977, 1540 = Rpfleger 1977, 297; Heymann/*Emmerich*, § 139 Rn. 15.

⁸⁹¹ MüKo-HGB/K. *Schmidt*, § 139 Rn. 68 m.w.N.; Staub/*Schäfer* (4. Aufl.), § 139 Rn. 85; Heymann/*Emmerich*, § 139 Rn. 15; Göbel, DNotZ 1979, 133, 146.

⁸⁹² H. M., vgl. MüHdb. GesellschaftsR Bd 1/*Klein/Lindemeier*, § 80 Rn. 25.

⁸⁹³ *Keidel/Krafka/Willer*, Rn. 129.

⁸⁹⁴ OLG München, JFG 22, 89; Palandt/*Edenhofer*, § 2112 Rn. 3; BeckPersGes-HB/*Landsittel*, § 8 Rn. 111; *Keidel/Krafka/Willer*, Rn. 129.

⁸⁹⁵ Zum Nachweis der Legitimation des Erben vgl. Abschn. E II 7 a ee.

⁸⁹⁶ KG Berlin, HRR 1934 Nr. 1041; MüKo-HGB/K. *Schmidt*, § 143 Rn. 10; MüHdb. GesellschaftsR Bd. 1/*Klein/Lindemeier*, § 80 Rn. 32; *Keidel/Krafka/Willer*, Rn. 129.

gungsbeschränkung des Vorerben beeinträchtigt nicht das Recht des Vorerben, als Vertreter für die GbR zu handeln.⁸⁹⁷

c. Vertretung des Minderjährigen

aa. Handeln des gesetzlichen Vertreters

Sowohl der minderjährige Vorerbe, als auch der minderjährige Nacherbe wird bei der *Erbschaftsannahme* bzw. der *Erbschaftsausschlagung* von seinem gesetzlichen Vertreter vertreten. Ein Fall des gesetzlichen Ausschlusses der Vertretungsmacht der Eltern nach § 1629 Abs. 2 S. 1, § 1795 Abs. 1 BGB liegt nicht vor. Im Einzelnen wird hierzu auf die bereits in Abschn. E I 4 a bb aaa . Seite 176 erörterten Grundsätze verwiesen. Ein Ausschluss könnte bei diesen Fallgestaltungen allerdings dann eintreten, wenn das Familiengericht den Eltern nach § 1629 Abs. 2 S. 3 1. Hs. BGB i. V. mit § 1796 BGB die gesetzliche Vertretung entzieht und einen Ergänzungspfleger bestellt. Ist z. B. ein Elternteil Vorerbe und dessen Kind Nacherbe, bedarf es bei einem konkreten Interessenwiderstreit⁸⁹⁸ einer Pflegerbestellung zur Entscheidung über eine Ausschlagung der Nacherbschaft; das Interesse des Minderjährigen muss dann aber zu dem Interesse des Elternteils in einem erheblichen Gegensatz stehen.⁸⁹⁹ Die Entziehung der gesetzlichen Vertretung der Eltern wird jedoch nicht schon mit dem Eintritt des Interessengegensatzes wirksam, sondern erst mit der ausdrücklichen Entziehung durch das Familiengericht.⁹⁰⁰

Hinsichtlich der Vertretung bei *Ausübung des Wahlrechts* nach § 139 HGB wird auf die Ausführungen in Abschn. E I 4 a bb ccc . Seite 179 bis 180 verwiesen.

⁸⁹⁷ Ebenso OLG München, Beschl. v. 18.11.2010 . 34 Wx 96/10; *Bestelmeyer*, Rpfleger 2010, 169, 188. Dazu Gutachten DNotI-Report 2010, 131. Anders ist die Rechtslage bei Insolvenz eines GbR-Gesellschafters vgl. OLG München, Beschl. v. 2.7.2010 . 34 Wx 62/10 . unveröff.; KG Berlin, Beschl. v. 28.12.2010 . 1 W 409/10.

⁸⁹⁸ Zur Abwägung im Interessenwiderstreit, BGH, DNotZ 2008, 782 = FamRZ 2008,1156 m. Anm. *Zimmermann* = NJW-RR 2008, 963 = Rpfleger 2008, 421 = ZEV 2008, 330 m. Anm. *Muscheler*; OLG Brandenburg, MittBayNot 2011, 240; OLG Oldenburg, FPR 2011, 342; OLG Karlsruhe, FamRZ 2004, 51; OLG Stuttgart, FamRZ 1983, 131 = MDR 1983, 841 = OLGZ 183, 299.

⁸⁹⁹ OLG Frankfurt, DNotZ 1965, 106 = FamRZ 1964, 154; MüKo-BGB/*Grunsky*, § 2142 Rn. 2; Palandt/*Weidlich*, § 2142 Rn. 1; AnwK-BGB/*Gierl*, § 2142 Rn. 4.

⁹⁰⁰ KGJ 30 A 35; BayObLGZ 1983, 213 = FamRZ 1984, 200 = Rpfleger 1983, 482.

bb. Familiengerichtliche Genehmigung

Weder für den *gesetzlichen Mitgliedschaftserwerb* als Vorerbe, noch als Nacherbe bedarf der gesetzliche Vertreter des Minderjährigen einer familiengerichtlichen Genehmigung. Wie bereits bei den Personengesellschaften erörtert (vgl. Abschn. E I 4 b bb aaa . Seite 184 bis 185), handelt es sich weder um einen rechtsgeschäftlichen (vertraglichen) Erwerb bzw. Abschluss eines Gesellschaftsvertrages i. S. von §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 1. Alt. bzw. 2. Alt. BGB, noch kann eine Genehmigung aus den Gründen des §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 10 BGB gefordert werden. Etwas anderes gilt allerdings für die Ausschlagung der Erbschaft, für die die Eltern des minderjährigen Vor- bzw. Nacherben eine familiengerichtliche Genehmigung gem. §§ 1643 Abs. 2 Satz 1 BGB bedürfen. Bei der Frage der Genehmigungsfähigkeit sind dann insbesondere die durch eine Ausschlagung der Erbschaft etwa eintretende Störung des Familienfriedens⁹⁰¹ und ein verloren gehender Familienzusammenhalt zu berücksichtigen. Die Wahrung des Familienfriedens geht hinsichtlich des Kindeswohls materiellen Interessen grundsätzlich vor.⁹⁰²

Die *Ausübung des Wahlrechts* gem. § 139 BGB bedarf weder einer familiengerichtlichen Genehmigung nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 BGB, noch nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 10 BGB (vgl. im Einzelnen Abschn. E I 4 b bb ccc . Seite 187 bis 189).

2. Testamentsvollstreckung

a. Gesetzliche, erbrechtliche und gesellschaftsvertragliche Regelungen

Neben der Vor- und Nacherbschaft hat auch die zweite Form der vom Erbrecht angebotenen Treuhandschaften, nämlich die Testamentsvollstreckung, im Personengesellschaftsrecht große Bedeutung erlangt. Anders als die Vor-/Nacherbschaft dient die (Verwaltungs)Testamentsvollstreckung nicht dem Interesse des Verwalters. Dieser wird vielmehr vom Erblasser eingesetzt, damit der Erbe von einer vertrauenswürdigen Person überwacht wird. Die Testamentsvollstreckung ist aus dem Misstrauen des Erblassers erwachsen, der Erbe, oder falls dieser minderjährig ist, sein

⁹⁰¹ BayObLG, DNotZ 2007, 537 = FamRZ 2007, 767 = MDR 2007, 36 = Rpfleger 2007, 26 = ZErB 2006, 383 m. Anm. *Tanck*.

gesetzlicher Vertreter seien nicht fähig oder nicht bereit, das ererbte Gut im Sinne des Erblassers oder wie ein ordentlicher Kaufmann zu verwalten.⁹⁰³

Anders als die Vor- und Nacherbschaft hat bereits die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung im Rahmen einer *Personengesellschaft* vielfach Rechtsprechung und Rechtslehre beschäftigt. Die Testamentsvollstreckung am Gesellschaftsanteil wurde zunächst für unzulässig gehalten, und zwar sowohl für den GbR-Anteil⁹⁰⁴ und OHG-Anteil/Komplementäranteil an einer KG⁹⁰⁵, aber auch für den Kommanditanteil.⁹⁰⁶ Die früher oft vertretene Ansicht ist inzwischen richtigerweise überwunden.⁹⁰⁷ Der BGH⁹⁰⁸ hat klargestellt, dass der im Wege der Sondererbsfolge unmittelbar auf den oder die Nachfolger-Erben übergehende Gesellschaftsanteil zum Nachlass gehört, so dass die Testamentsvollstreckung an einem Personengesellschaftsanteil nicht schlechthin ausgeschlossen ist. Sodann hat der BGH⁹⁰⁹ entschieden, dass bei *GbR-/OHG-Anteilen*, sowie *Komplementäranteilen bei einer KG* eine Testamentsvollstreckung zulässig ist, allerdings mit der Einschränkung, dass die Geschäftsführung und andere, möglicherweise zu einer Haftung der Gesellschaft führenden Handlungen, unberührt bleiben. Die Anordnung einer die gesamte *Kommanditistenstellung* erfassende Verwaltungs-Testamentsvollstreckung ist nach heute h. M. ebenfalls möglich.⁹¹⁰ Dies wird deshalb bejaht, weil der Kommanditist nur beschränkt auf seine Einlage hafte.

⁹⁰² BayObLGZ 1983, 213 = FamRZ 1984, 200 = Rpfleger 1983, 482.

⁹⁰³ Wiedemann, Gesellschaftsrecht, S. 493.

⁹⁰⁴ BGH, DNotl-Report 1996, 43 = EWiR 1996, 261 (bearb. v. Marotzke) = FamRZ 1996, 409 = Mitt-BayNot 1996, 118 m. Anm. Weidlich = NJW 1996, 1284 = Rpfleger 1996, 289 = ZEV 1996, 110 m. Anm. Lorz, BGH, NJW 1981, 749 = Rpfleger 1981, 100 = WM 1981, 140.

⁹⁰⁵ RGZ 170, 392; BGHZ 24, 106 = DNotZ 1957, 413 = WM 1957, 705; BGHZ 68, 225 = DNotZ 1977, 550 = NJW 1977, 1339 = WM 1977, 680; BGH, FamRZ 1998, 544 = NJW 1998, 1313 = WM 1998, 390 = ZNotP 1998, 153.

⁹⁰⁶ RGZ 172, 199; BGHZ 108, 195 = DNotZ 1990, 183 m. zust. Anm. Reimann = FamRZ 1989, 1168 = NJW 1989, 3152 = Rpfleger 1989, 462; OLG Frankfurt, OLGZ 1983, 189 = DNotZ 1983, 384 = NJW 1983, 1806 = Rpfleger 1983, 254.

⁹⁰⁷ BGHZ 98, 48 = DNotZ 1987, 116 = FamRZ 1986, 799 = NJW 1986, 912 = Rpfleger 1986, 384; Staudinger/Habermeier (2002), § 727 Rn. 12; AnwK-BGB/Weidlich, § 2205 Rn. 46 ff. Anders weiterhin AnwK-BGB/Kroiß, § 1922 Rn. 27.

⁹⁰⁸ BGHZ 108, 195 = DNotZ 1990, 183 m. zust. Anm. Reimann = FamRZ 1989, 1168 = NJW 1989, 3152 = Rpfleger 1989, 462; BGH, FamRZ 1998, 544 = NJW 1998, 1313 = WM 1998, 390 = ZNotP 1998, 153.

⁹⁰⁹ BGH, DNotl-Report 1996, 43 = EWiR 1996, 261 (bearb. v. Marotzke) = FamRZ 1996, 409 = Mitt-BayNot 1996, 118 m. Anm. Weidlich = NJW 1996, 1284 = Rpfleger 1996, 289 = ZEV 1996, 110 m. Anm. Lorz; zustimmend MüKo-HGB/K. Schmidt, § 139 Rn. 47.

⁹¹⁰ BGHZ 108, 195 = DNotZ 1990, 183 m. zust. Anm. Reimann = FamRZ 1989, 1168 = NJW 1989, 3152 = Rpfleger 1989, 462.

Da die *stille Gesellschaft* nur schuldrechtliche Rechtsbeziehungen begründet, ist eine Testamentvollstreckung uneingeschränkt zulässig. Die Testamentvollstreckung muss in allen diesen Fällen allerdings bereits im Gesellschaftsvertrag vorgesehen sein oder die übrigen Gesellschafter stimmen der Rechtsausübung durch den Testamentvollstrecker nachträglich zu.⁹¹¹ Die Testamentvollstreckung beschränkt sich dann im Wesentlichen auf die Wahrnehmung und Erhaltung der mit dem Anteil verbundenen übertragbaren Vermögensrechte; die Geschäftsführung und die Vertretung der Gesellschaft stehen dem Testamentvollstrecker demnach nicht zu. Dem Testamentvollstrecker verbleibt lediglich die Aufsicht über den Erben. Die Innen- oder Beteiligung, also die Ausübung der gesellschaftsrechtlichen Mitgliedschafts- und Mitwirkungsrechte dürfte - anders als für die Kommanditgesellschaft bereits höchstrichterlich entschieden - der Testamentvollstreckung zumindest nach dem derzeitigen Stand der höchstrichterlichen Rechtsprechung verschlossen bleiben.⁹¹²

Bei *Kapitalgesellschaften* (GmbH, Aktiengesellschaft) ist es allgemeine Auffassung, dass der in den Nachlass fallende Geschäftsanteil/Aktie der Verwaltung des Testamentvollstreckers unterliegt.⁹¹³ Gesellschaftsrechtlich bestehen hiergegen keine Bedenken.⁹¹⁴ Die Satzung kann die Ausübung von Verwaltungsrechten durch den Testamentvollstrecker ausschließen oder einschränken.⁹¹⁵ Eine Zustimmung der Mitgesellschafter zur Anordnung einer Testamentvollstreckung ist grundsätzlich nicht erforderlich, selbst dann nicht, wenn die Abtretung des Geschäftsanteils nach § 15 Abs. 5 GmbHG vinkuliert ist. Gehört ein Anteil an einer Kapitalgesellschaft zum Nachlass, so hat der Testamentvollstrecker die ihm in den §§ 2203 ff. BGB einge-

⁹¹¹ Für GbR/OHG/Komplementär einer KG: BGHZ 98, 48 = DNotZ 1987, 116 = FamRZ 1986, 799 = NJW 1986, 912 = Rpfleger 1986, 384. Für den Kommanditisten: Baumbach/Hopt, § 139 Rn. 26; Everts, MittBayNot 2003, 427. Für den stillen Gesellschafter: BGH, WM 1962, 1084.

⁹¹² So MÜHdb. GesellschaftsR Bd. 1/Klein/Lindemeier, § 11 Rn. 71.

⁹¹³ BGHZ 24, 106 = DNotZ 1957, 413 = WM 1957, 705; BGH, DNotZ 1959, 609 = NJW 1959, 1820 = Rpfleger 1960, 52; BGHZ 51, 209 = WM 1969, 176; BayObLGZ 1997, 1, 19 = FamRZ 1997, 905; AnwK-BGB/Weidlich, § 2205 Rn. 71; Reimann, DNotZ 1990, 190.

⁹¹⁴ BGH, DNotZ 1959, 609 = NJW 1959, 1820 = Rpfleger 1960, 52; BayObLGZ 1991, 127 = GmbHR 1991, 572 = NJW-RR 1991, 1252 = Rpfleger 1991, 356; Michalski/Ebbing, § 15 Rn. 49.

⁹¹⁵ BGH, DNotZ 1959, 609 = NJW 1959, 1820 = Rpfleger 1960, 52; Scholz/Seibt, § 15 Rn. 250.

räumten Befugnisse . ausgenommen höchstpersönliche Rechte des Gesellschafters - in vollem Umfang.⁹¹⁶ Die Satzung kann Einzelheiten regeln.

b. Registereintragung

Ob bei einer Beteiligung als persönlich haftender Gesellschafter an einer OHG oder KG die Anmeldung zum *Handelsregister* durch den Testamentsvollstrecker zu erfolgen hat, ist umstritten, aber zu bejahen.⁹¹⁷ Der Testamentsvollstrecker hat den mit der Vererbung eingetretenen Gesellschafterwechsel zusammen mit den übrigen Gesellschaftern anzumelden.⁹¹⁸ Dies gilt ebenso bei der Vererbung eines Kommanditanteils.⁹¹⁹ Ob daneben der minderjährige Erbe⁹²⁰ des Kommanditist-Erblassers auch eine Anmeldebefugnis hat, ließ der BGH offen.⁹²¹ Der Testamentsvollstrecker hat wegen der Haftung des Kommanditisten im Fall des § 176 Abs. 2 HGB umgehend die Anmeldung zum Handelsregister vorzunehmen.⁹²² Offen ließ der BGH⁹²³ auch die Frage, ob an dem der Testamentsvollstreckung unterliegenden Gesellschaftsbeteiligung ein Testamentsvollstreckervermerk in das Handelsregister eingetragen werden kann. In die Gesellschafterliste nach § 40 GmbHG sind lediglich die Nachfolger in den Geschäftsanteil des Gesellschafter-Erblassers aufzunehmen, nicht jedoch der Testamentsvollstrecker.

⁹¹⁶ BGHZ 51, 209 = WM 1969, 176; AnwK-BGB/*Weidlich*, § 2205 Rn. 73.

⁹¹⁷ AnwK-BGB/*Weidlich*, § 2205 Rn. 83 m.w.N.; *Reimann*, DNotZ 1990, 194; *Mayer*, ZIP 1990, 978; *Ulmer*, NJW 1990, 82. A. A. *Keidel/Krafka/Willer*, Rn. 642.

⁹¹⁸ BGHZ 108, 187 = DNotZ 1990, 183 = FamRZ 1989, 1168 = NJW 1989, 3152 = Rpfleger 1989, 462; KG Berlin, OLGZ 1991, 262 = FamRZ 1991, 1109 = NJW-RR 1991, 835 = Rpfleger 1991, 318; MüKo/K. *Schmidt*, § 177 Rn. 36; BeckPersGes-HB/*Müller*, § 4 Rn. 82.

⁹¹⁹ MüKo-HGB/K. *Schmidt*, § 148 Rn. 6, § 146 Rn. 26; *Baumbach/Hopt*, § 139 Rn. 28.

⁹²⁰ Zum Nachweis der Legitimation des Erben vgl. Abschn. E II 7 a ee.

⁹²¹ BGHZ 108, 187 = DNotZ 1990, 183 = FamRZ 1989, 1168 = NJW 1989, 3152 = Rpfleger 1989, 462. Verneinend *Keidel/Krafka/Willer*, Rn. 767 m.w.N.

⁹²² BGHZ 108, 187 = DNotZ 1990, 183 = FamRZ 1989, 1168 = NJW 1989, 3152 = Rpfleger 1989, 462; *Baumbach/Hopt*, § 139 Rn. 24.

⁹²³ BGHZ 108, 187 = DNotZ 1990, 183 = FamRZ 1989, 1168 = NJW 1989, 3152 = Rpfleger 1989, 462. Verneinend: KG Berlin, DNotZ 1996, 813 = EWiR 1995, 981 (bearb. v. *Kick*) = MittBayNot 1996, 53 m. Anm. *Weidlich* = NJW-RR 1996, 228 = Rpfleger 1996, 30 = ZEV 1996, 67 m. Anm. *Schaub*; BayObLGZ 1983, 176 = DNotZ 1984, 44 = Rpfleger 1983, 442 = WM 1983, 1092; BeckPersGes-HB/*Müller*, § 4 Rn. 34; *Keidel/Krafka/Willer*, Rn. 104, 642, 769; *Damrau*; BWNotZ 1990, 69. Bejahend: AnwK-BGB/*Weidlich*, § 2205 Rn. 84; *Ebenroth/Boujong/Strohn/Schaub*, § 8 Rn. 5; *Ebenroth/Boujong/Strohn/Strohn*, § 177 Rn. 22; über den Kommanditanteil allgemein einer Eintragungsfähigkeit zuneigend: MüKo-HGB/K. *Schmidt*, § 177 Rn. 37; *Schlegelberger/K. Schmidt*, § 177 Rn. 34; *Heymann/Horn*, § 177 Rn. 14; MüHdb. GesellschaftsR Bd. 1/*Klein/Lindemeier*, § 80 Rn. 46; *Reimann*, DNotZ 1990, 190, 194; *Ulmer*, NJW 1990, 82; *D. Mayer*, ZIP 1990, 978.

Bei einer grundbesitzenden GbR ist durch die Veränderung im Gesellschafterbestand das *Grundbuch* zu berichtigen (§§ 894, 899a BGB, §§ 22, 29, 47 Abs. 2 GBO, § 15 Abs. 1 Buchst. c GBV). Ob ein Testamentsvollstreckervermerk in das Grundbuch eingetragen werden kann, ist noch nicht höchstrichterlich entschieden. Gegen eine solche Eintragung spricht, dass dem Testamentsvollstrecker bei der Geschäftsführung der Gesellschaft kein Mitwirkungsrecht zusteht.⁹²⁴

c. Vertretung des Minderjährigen

aa. Handeln des gesetzlichen Vertreters

Das Recht zur Annahme der Erbschaft ist . wie das Ausschlagungsrecht . untrennbar mit der Erbenstellung verbunden und steht daher ausschließlich dem Minderjährigen als Erben zu.⁹²⁵ Ein solches höchstpersönliches Recht des minderjährigen Erben nimmt sein gesetzlicher Vertreter wahr und keinesfalls der Testamentsvollstrecker. Letzterer ist nur zur Vertretung des Nachlasses befugt und kann nicht für den minderjährigen Erben die Erbschaft annehmen oder ausschlagen.⁹²⁶ Gleiches gilt für das Wahlrecht nach § 139 HGB.⁹²⁷ Die Rechte aus § 139 HGB sind gerade nicht ererbte Rechte, also nicht Gegenstände des Nachlasses, sondern Eigenrechte des minderjährigen Erben.⁹²⁸

Nimmt der Minderjährige die Erbschaft an, so kann es in der Folge zu einem Interessenwiderstreit kommen, wenn der für den minderjährigen Erben vorgesehene Testamentsvollstrecker mit seinem gesetzlichen Vertreter identisch ist. Diese Doppelstellung führt zu einem Interessengegensatz, der so erheblich ist, dass er die Wahrnehmung der Aufgaben der beiden Ämter durch ein und dieselbe Person ausschließt (§ 1629 Abs. 2, § 1795 Abs. 2, § 1796 BGB).⁹²⁹ Daher ist ein Ergänzungs-

⁹²⁴ MüHdb. GesellschaftsR Bd. 1/*Klein/Lindemeier*, § 11 Rn. 69; Bd. 2/*Klein/Lindemeier*, § 42 Rn. 52. Im Einzelnen zur Eintragung von Verfügungsbeschränkungen bei der GbR im Grundbuch: Gutachten DNotl-Report 2010, 131; *Böttcher*, ZfIR 2009, 613; *Bestelmeyer*, Rpfleger 2009, 169.

⁹²⁵ AnwK-BGB/*Ivo*, § 1943 Rn. 3.

⁹²⁶ RGZ 106, 46; *Staudinger/Otte* (2008), § 1943 Rn. 11; AnwK-BGB/*Ivo*, § 1943 Rn. 5; *Ermann/Westermann*, § 1943 Rn. 4.

⁹²⁷ AnwK-BGB/*Weidlich*, § 2205 Rn. 60; *Baumbach/Hopt*, § 139 Rn. 30, 36.

⁹²⁸ MüKo-HGB/*K. Schmidt*, § 139 Rn. 51, 68.

⁹²⁹ OLG Nürnberg, DNotl-Report 2001, 198 = FamRZ 2002, 272 = MDR 2001, 1117 = MittBayNot 2002, 403 = ZEV 2002, 158 m. abl. Anm. *Schlüter*; BayObLG, Rpfleger 1977, 440; OLG Hamm, OLGZ 1993, 392 = FamRZ 1993, 1122 = Rpfleger 1993, 340 = MittBayNot 1994, 53 m. krit. Anm.

pfleger für den Minderjährigen zu bestellen und zwar auch dann, wenn der gesetzliche Vertreter nur Mitvollstrecker ist.⁹³⁰ Das Familiengericht hat allerdings dabei zu bedenken, dass die in der Betrauung derselben Person mit beiden Ämtern zum Ausdruck kommende Vertrauensbekundung des Erblassers es rechtfertigen kann, von einer Ergänzungspflegschaft und einer Entziehung der Vertretungsmacht bis zum Auftreten eines konkreten Interessenkonflikts abzusehen.⁹³¹

Eine Besonderheit gilt, wenn der Gesellschaftsanteil nicht bereits unmittelbar kraft Erbfolge erfolgt, sondern der Erwerb erst aus Mitteln des Nachlasses vorgenommen wird. In diesem Fall verdrängt die Testamentsvollstreckung die Vertretungsbefugnis des gesetzlichen Vertreters des minderjährigen Erben bei diesem rechtsgeschäftlichen Erwerb. Da der Testamentsvollstrecker familienrechtlichen Beschränkungen nicht unterliegt, ist auch die Genehmigung des Familiengerichts zu einer derartigen Gesellschaftsgründung nicht erforderlich. Allerdings kommt eine solche Variante im Bereich der Personengesellschaften nur eingeschränkt in Frage, da der Testamentsvollstrecker nur den Nachlass, nicht den Erben persönlich zu verpflichten berechtigt ist. Der Testamentsvollstrecker kann daher mit Wirkung für einen minderjährigen Erben bei der Errichtung einer OHG nicht, bei einer KG nur mitwirken, wenn der Minderjährige Kommanditist wird, bei der GbR nur, wenn die Vertretungsbefugnis der Gesellschafter mit dinglicher Wirkung auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt ist, und bei der stillen Gesellschaft, wenn eine Nachschusspflicht des Stillen ausgeschlossen ist, in allen Fällen zusätzlich immer nur, wenn die Einlage aus dem Nachlass erbracht wird.⁹³²

Reimann; LG Frankfurt/M., Rpfleger 1990, 207 m. Anm. *Meyer-Stolte*; Palandt/*Weidlich*, § 2197 Rn. 7; einschränkend aber *Damrau*, ZEV 1994, 1.

⁹³⁰ Einschränkend zu Recht: OLG Zweibrücken, DNotI-Report 2007, 102 = FamRZ 2007, 1836 = Rpfleger 2007, 265 = ZEV 2007, 333, dazu nachgehend BGH, DNotZ 2008, 782 = FamRZ 2008, 1156 m. Anm. *Zimmermann* = NJW-RR 2008, 963 = Rpfleger 2008, 421 = ZEV 2008, 330 m. Anm. *Muscheler*.

⁹³¹ So *Meyer-Stolte*, Rpfleger 1990, 207 (Anmerkung zu LG Frankfurt, Rpfleger 1990, 207). Vgl. auch BGH, DNotZ 2008, 782 = FamRZ 2008, 1156 m. Anm. *Zimmermann* = NJW-RR 2008, 963 = Rpfleger 2008, 421 = ZEV 2008, 330 m. Anm. *Muscheler*.

⁹³² *Reimann*, DNotZ 1999, 179, 183.

bb. Familiengerichtliche Genehmigung

Unabhängig von der Testamentsvollstreckung finden beim gesetzlichen Mitgliedschaftserwerb . wie bereits bei den Personen- und Kapitalgesellschaften erörtert (vgl. Abschn. E I 4 b bb aaa . Seite Seite 184 bis 185, E II 4 b . Seite 199, E III 4 . Seite 204, E IV 4 b . Seite 209 und E V 4 b . Seite 212) - die Genehmigungstatbestände §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 und 10 BGB keine Anwendung.

F. Schlussbetrachtung

Als Ergebnis der Untersuchung ist festzuhalten, dass Besonderheiten und Eigenart des Gesellschaftsrechts beim Erwerb einer Beteiligung eines Minderjährigen an einer neuen oder schon bestehenden Gesellschaft, insbesondere Personengesellschaft, verschiedenartige Rechtsfragen auslösen. Es geht dabei um Fragen der rechtlichen Rahmenbedingungen des Beteiligungserwerbs, nämlich der Reichweite der sorgerechtlichen Vertretung des Minderjährigen bei dem Erwerbsgeschäft durch seinen gesetzlichen Vertreter, um die Genehmigungsbedürftigkeit und Genehmigungsfähigkeit des Erwerbsvorgangs und dessen Publizierung im Handelsregister und Grundbuch. Die Beteiligung des Minderjährigen an einer Gesellschaft kann erfolgen als Gründungsmitglied, durch Beitritt, Abtretung eines Gesellschaftsanteils, Umwandlungsvorgänge oder Erbfolge. Oftmals handelt es sich um Transaktionen innerhalb der Familie.

Bei jeder Beteiligung eines Minderjährigen an einer Gesellschaft ist eine dreistufige Prüfung durchzuführen, wobei die unterschiedlichen Prüfungsschritte zu trennen sind. In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob die Person, die handeln will, für den Minderjährigen generell handeln kann. In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob die für den Minderjährigen handelnde Person im konkreten Fall von der Vertretung ausgeschlossen ist. In einem dritten Schritt ist zu prüfen, ob das vorgenommene Rechtsgeschäft der familiengerichtlichen Genehmigung bedarf, insbesondere sind die Genehmigungstatbestände nach § 1643 Abs. 1, § 1822 Nr. 3 und 10 BGB zu beachten. Die gesetzlichen Vertretungsverbote und die Genehmigungserfordernisse stehen grundsätzlich unabhängig nebeneinander.

Probleme ergeben sich bei der gesetzlichen Vertretung Minderjähriger, wenn die Vertretungsberechtigten selbst an dem Erwerbsvorgang im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten teilnehmen. Dann scheidet eine Vertretung nach § 181 BGB i. V. mit § 1629 Abs. 2, § 1795 BGB aus. Die Beteiligung auch nur eines Elternteils genügt hierbei für den Ausschluss auch des anderen Elternteils von der Vertretung. Liegt ein Vertretungsverbot vor, so ist zu prüfen, ob hiervon nicht wiederum eine Aus-

nahme zu machen ist; dies betrifft insbesondere Rechtsgeschäfte, die lediglich die Erfüllung einer Verbindlichkeit zum Gegenstand haben (wie z.B. bei Erfüllung eines Vermächtnisses) oder die für den Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaft sind. Letzteres ist insbesondere bei der Schenkung eines Kommanditanteils an den Minderjährigen fraglich. Nach der hier vertretenen Ansicht sollte auch in diesem Falle im Interesse eines effektiven Minderjährigenschutzes ein Vertretungsverbot der Eltern bejaht werden. Liegt ein Vertretungsverbot der Eltern vor, handelt ein Ergänzungspfleger gemäß § 1909 Abs. 1 BGB; an die Stelle ungebundener Privatautonomie tritt eine staatliche Mitwirkung. Je nach Beteiligungserwerb ist entweder ein einziger Ergänzungspfleger für alle minderjährigen Kinder zu bestellen (z. B. Abtretung von Geschäftsanteilen, also bei Parallelerklärungen) oder bei kontradiktorischen Erklärungen (z. B. bei Gründungs-, Beitritts- und Umwandlungsvorgängen, also bei Vertragsbeziehungen untereinander) für jedes minderjährige Kind ein eigener Pfleger. Es kommt nur die Anordnung einer Einzelpflegschaft in Betracht, Dauerpflegschaften sind unzulässig. Das Familiengericht kann einem Ergänzungspfleger keine Befreiung vom Verbot der Mehrfachvertretung (§ 181 2. Alt. BGB) erteilen. Die Interessen der Beteiligten am Rechtserwerb gebieten es bei einzelnen Fallgestaltungen, den sichersten Weg zu wählen und jedenfalls vorsorglich die Bestellung eines Ergänzungspflegers anzuregen. Erbt der Minderjährige einen Gesellschaftsanteil des persönlich haftenden Gesellschafter-Erblassers an einer Personengesellschaft aufgrund einer Nachfolgeklausel, so geht der Gesellschaftsanteil unmittelbar im Weg der Sondererbfolge auf die Erben anteilig in Höhe ihrer jeweiligen Erbteile über; der gesetzliche Vertreter des Minderjährigen übt die Wahlrechte gemäß § 139 HGB aus und nicht etwa der Testamentsvollstrecker, der auch für den Minderjährigen keine Entscheidungsbefugnis über die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft bzw. eines Vermächtnisses hat. Sind die Eltern oder ein Elternteil durch Anordnung des Gesellschafter-Erblassers von der Verwaltung der Zuwendung von Todes wegen ausgeschlossen, so können sie gleichwohl für den Minderjährigen die Zuwendung von Todes wegen annehmen oder ausschlagen.

Für den Rechtsverkehr wie auch für das Familiengericht gleichermaßen bedeutsam ist, ob zur Wirksamkeit eines Erwerbs einer Beteiligung an einer Gesellschaft die fa-

miliengerichtliche Genehmigung notwendig ist. Der Gesetzgeber schränkt die elterliche Vertretungsmacht für ein minderjähriges Kind in dessen Interesse ein, indem er für die in § 1643 BGB bezeichneten Rechtsgeschäfte die familiengerichtliche Genehmigung vorschreibt. Es handelt sich insoweit um Ausnahmen von dem in § 1626 Abs. 1 BGB niedergelegten Regelsatz. Die Genehmigungstatbestände der §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 BGB wollen den Minderjährigen nicht generell vor riskanten Geschäften schützen; sie stellen lediglich typische Tatbestände heraus, die besonders gefährlich sind, so dass der Minderjährigenschutz Vorrang haben muss. Genehmigungsbedürftigkeit ist die Gründung einer neuen wie der Eintritt in eine bestehende Personengesellschaft. Grund für das Genehmigungserfordernis ist die Übernahme eines gewissen Unternehmerrisikos durch den Minderjährigen, also die Haftung für bestehende oder auch erst in der Zukunft entstehende Verbindlichkeiten; dies gilt auch dann, wenn der Minderjährige nur Kommanditist werden soll. Fraglich ist die Genehmigungsbedürftigkeit bei einer GbR, die nicht gewerblich tätig ist, insbesondere bei Grundstücksverwaltungsgesellschaften bürgerlichen Rechts. Streitig ist, ob die Teilnahme eines Mündels an der Gründung einer GmbH unter §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 10 GmbHG fällt. Die Frage ist insbesondere dann von Bedeutung, wenn es sich nicht um eine erwerbswirtschaftlich tätige Gesellschaft handelt bzw. die Einlage noch nicht voll geleistet ist. Der Erwerb eines Geschäftsanteils an einer GmbH bedarf dann der Genehmigung, wenn eine Haftung für rückständige Leistungen (§ 16 Abs. 3 GmbHG) und eine Ausfallhaftung (§§ 24, 31 Abs. 3 GmbHG) besteht. Fraglich ist, ob eine Genehmigung nur für die genau in §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 BGB festgelegten Tatbestände erforderlich ist (Wortlautargumentation), oder ob der Minderjährigenschutzgedanke eine erweiternde Auslegung dieser Vorschrift verlangt. Fundamentale Änderungen des Gesellschaftsvertrags sind nach der hier vertretenen Ansicht nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 BGB genehmigungsbedürftig (z. B. für die Beteiligungsumwandlung des minderjährigen Gesellschafters), nach der Rechtsprechung des BGH indes nicht. Folgt man der Rechtsprechung des BGH, wonach Änderungen des Gesellschaftsvertrags nicht genehmigungsbedürftig sind, dann sind auch Umwandlungen genehmigungsfrei nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 BGB, jedenfalls soweit es sich um formwechselnde oder verschmelzende Umwandlungen handelt; bei der errichtenden Umwandlung ergibt sich wegen der erforderlichen Neugründung

nach der hier vertretenen Ansicht eine Genehmigungspflicht gem. §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 BGB. Bei Umwandlungen zur Aufnahme kommt es oftmals vor, dass das Kapital bei dem aufnehmenden Rechtsträger erhöht wird, was dann ein Genehmigungserfordernis nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 10 BGB auslöst. Nicht erforderlich ist eine familiengerichtliche Genehmigung bei automatischem Eintritt des Minderjährigen als Erbe des Gesellschafter-Erblassers aufgrund einer Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag. Fraglich ist, ob nach Ausübung des Wahlrechts nach § 139 Abs. 1 HGB durch den Minderjährigen die Umwandlung seiner Gesellschafterstellung in eine Kommanditbeteiligung genehmigungsbedürftig ist, was zu verneinen ist.

Ob eine familiengerichtliche Genehmigung erteilt werden kann, ist eine Ermessensentscheidung; diese hat sich am Wohl des Minderjährigen unter Abwägung aller erheblichen Kriterien zu orientieren. Vorteile, Risiken, Erträge und Aufwendungen sowie steuerliche Folgen sind gegeneinander abzuwägen; es genügt, wenn im Ganzen gesehen das Rechtsgeschäft für den Minderjährigen vorteilhaft ist. Schwierigkeiten für das Familiengericht ergeben sich aus der Beurteilung der verschiedenen rechtlichen Möglichkeiten des Minderjährigen zum Erwerb einer Beteiligung an einer Gesellschaft, aus der wirtschaftlichen Betrachtung des Erwerbsvorgangs unter den Aspekten Sicherheit, Rendite und Liquidität sowie aus dem Erfordernis, eine seriöse Prognose für die mittelfristige Wertbeständigkeit der Beteiligung des Minderjährigen stellen zu können (Unternehmensprognose). Es ist eine Gesamtabwägung vorzunehmen, in die alle für das Gesamtinteresse maßgebenden Umstände einzustellen sind; ideelle Vorteile können finanzielle Nachteile ausgleichen, gegenwärtige Nachteile können angesichts späterer Vorteile ihr Gewicht verlieren. Das Familiengericht hat sich auf den Standpunkt eines verständigen, die Tragweite des Geschäfts überblickenden Rechtsgenossen zu stellen und muss deshalb auch Erwägungen zur Zweckmäßigkeit und Nützlichkeit anstellen. Der Beteiligungserwerb des Minderjährigen bewegt sich im Bereich von Chance und Risiko und birgt so hohe Gefahren für den Verlust von Vermögenssubstanz. Auch bei unentgeltlicher Zuwendung eines Gesellschaftsanteils ist immer zu prüfen, ob das Rechtsgeschäft dem Minderjährigen keinerlei Nachteile bringt. So kann eine Genehmigung zur Gründung einer Perso-

nengesellschaft, bei der der Minderjährige als persönlich Haftender auftritt, wegen der unmittelbar, primär und unbeschränkten Haftung des Minderjährigen mit seinem gesamten Vermögen, wohl nicht genehmigt werden. Rechtsunsicherheit besteht beim unentgeltlichen Erwerb einer Beteiligung durch den Minderjährigen, da diesbezüglich nicht auf höchstrichterliche Rechtsprechung zurückgegriffen werden kann. Wird ein Minderjähriger in eine bestehende KG als Kommanditist aufgenommen, so wird die familiengerichtliche Genehmigung erforderlich, die nur erteilt werden darf, wenn durch schützende Vereinbarungen die Risiken aus § 176 HGB beseitigt sind. Der auch im Minderjährigenschutzrecht zu beachtende Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kann es gebieten, auch bei beachtlichem Geschäftsrisiko die Genehmigung dennoch zu erteilen, wenn Auflagen die Gefahren ausschließen oder kontrollierbar machen.

Lebenslauf

Am 18.10.1977 wurde ich, Annette Buck, in Aalen geboren. Meine Schulzeit durchlief ich in Heidenheim an der Brenz. Nach dem Studium der Rechtswissenschaften an der Julius-Maximilians-Universität in Würzburg von 1997 bis 2002 absolvierte ich mein Rechtsreferendariat von 2002 bis 2004 im OLG-Bezirk Stuttgart. Seit 2006 bin ich bei der Landeshauptstadt München tätig.