

MINDERJÄHRIGE IM FAMILIENUNTERNEHMEN

TEIL I: ERWERB DER GESELLSCHAFTERSTELLUNG

VON DR. FLORIAN REINHART UND DR. RAPHAEL HILSER

ABSTRACT

In der Praxis der Unternehmensnachfolge stellt sich regelmäßig die Frage nach der – geplanten oder ungeplanten – Beteiligung minderjähriger Kinder am Familienunternehmen. In Anlehnung an einen „Klassiker“ aus den ersten Tagen dieser Zeitschrift¹ zeigt dieser Beitrag die rechtlichen Rahmenbedingungen und Hürden für die Gründung von Gesellschaften und für die Anteilschenkung unter Beteiligung minderjähriger Kinder, jeweils auf Basis der seit dem 1. Januar 2023 geltenden Rechtslage. Der Beitrag wird in einem zweiten Teil fortgesetzt, der sich der Stellung von Minderjährigen in einer Gesellschaft widmet.

INHALT

- I. Einleitung
- II. Grundlagen zur Vertretung von Minderjährigen
 1. Grundsätzlicher Vertretungsausschluss bei Geschäften zwischen Eltern und Kind
 2. Bestellung eines Ergänzungspflegers
 3. Rückausnahme: Rechtlich ledigliche Vorteilhaftigkeit des Rechtsgeschäfts
- III. Grundlagen zur familiengerichtlichen Genehmigungsbedürftigkeit
 1. Familiengerichtliche Genehmigungsbedürftigkeit im Gesellschaftsrecht
 2. Ausweitung der Genehmigungstatbestände durch die Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts
 3. Ausnahme für rein vermögensverwaltende Gesellschaften
 4. Vorsorgliche Einholung eines Negativtestats
- IV. Konstellation eins: Gründung einer Gesellschaft
 1. Gründung einer Kapitalgesellschaft
 2. Gründung einer Personengesellschaft
 3. Gründung mit mehreren minderjährigen Kindern
- V. Konstellation zwei: Schenkung von Gesellschaftsanteilen
 1. Schenkung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft
 - a) Ergänzungspflegschaft
 - b) (Keine) familiengerichtliche Genehmigung
 2. Schenkung von Anteilen an einer Personengesellschaft
 - a) BGB-Gesellschaft/offene Handelsgesellschaft
 - b) Kommanditgesellschaft
 3. Sonderfall eins: Gleichzeitige Schenkung an mehrere Minderjährige
 4. Sonderfall zwei: Schenkung unter Pflichtteilsanrechnung, Auflage, Nießbrauchs- oder Widerrufsvorbehalt
- VI. Zusammenfassung in Tabellenform

I. Einleitung

Die wesentlichen Motive für die Schenkung von Gesellschaftsanteilen – insbesondere die bessere Planbarkeit gegenüber dem Erbgang² – gelten ungeachtet dessen, ob der Beschenkte minderjährig oder volljährig ist. Die Übertragung von Gesellschaftsbeteiligungen an die nächste Generation muss stets wohlüberlegt und umfassend vorbereitet sein. Sind minderjährige Kinder beteiligt, ist bei sämtlichen Maßnahmen stets zu prüfen, ob (1) die Bestellung eines Ergänzungspflegers erforderlich ist und (2) ob das Geschäft bzw. die Maßnahme einer familiengerichtlichen Genehmigung bedarf. Die beiden Fragen stehen nebeneinander; die Bestellung eines Ergänzungspflegers ersetzt also nicht die familiengerichtliche Genehmigung und umgekehrt.

Auch nach der Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts bleibt es dabei, dass zahlreiche hier relevante Fragen an der Schnittstelle zwischen Gesellschaftsrecht und Familienrecht nicht endgültig geklärt sind. Werden diese Rahmenbedingungen mangels sorgfältiger Vorbereitung der Übertragung verkannt, droht nicht nur die (schwebende) zivilrechtliche Unwirksamkeit der Anteilsübertragung mit den damit einhergehenden gesellschaftsrechtlichen Verwerfungen. Angesichts des „Durchschlagens“ der zivilrechtlichen Unwirksamkeit auf die steuerliche Anerkennung drohen in diesem Fall auch unerwünschte und ggf. einschneidende steuerliche Konsequenzen.³

II. Grundlagen zur Vertretung von Minderjährigen

Im Folgenden werden zunächst die Grundlagen zur Vertretung von Minderjährigen (Ziff. II.) und zur Notwendigkeit familienge-

1 Funke/Gerber, FuS 2011, 121 ff.; dies., FuS 2012, 8 ff.

2 Kögel, in: Scherer, MAH-Erbrecht, 6. Aufl. 2024, § 40 Rn. 189; Werner, ZEV 2021, 618 f.; Stenert/Gravenhorst, GmbHR 2022, 1232, 1233.

3 Kögel, in: Scherer, MAH-Erbrecht, 6. Aufl. 2024, § 40 Rn. 219; Werner, ZEV 2021, 618, 619.

richtlicher Genehmigungen (Ziff. III.) im Fall der Gesellschaftsgründung und der Anteilsübertragung dargestellt, bevor unter Ziff. IV. und V. die rechtsformspezifischen Herausforderungen und Besonderheiten aufgezeigt werden.

1. Grundsätzlicher Vertretungsausschluss bei Geschäften zwischen Eltern und Kind

Zunächst sind für die Geschäftsfähigkeit eines Minderjährigen zwei Altersgrenzen zu unterscheiden: Minderjährige sind bis zum siebten Lebensjahr geschäftsunfähig und bedürfen daher stets der Vertretung durch ihre Eltern. Bei gemeinsamem Sorgerecht erfolgt die Vertretung im Grundsatz durch beide Elternteile gemeinsam, unabhängig davon, ob die Eltern verheiratet sind. Dies gilt ebenso für Minderjährige zwischen sieben und 18 Jahren, die jedoch beschränkt geschäftsfähig sind. Sie können zwar auch selbst handeln, bedürfen aber zur Abgabe von Willenserklärungen grundsätzlich der Zustimmung ihrer Eltern, wenn die Willenserklärung nicht rechtlich lediglich vorteilhaft⁴ ist.

Die Vertretungsmacht der Eltern für ihre Kinder ist jedoch in gewissen Fällen ausgeschlossen. Bei Rechtsgeschäften mit sich selbst (Insichgeschäft) oder mit einem ihrer Verwandten in gerader Linie (insbesondere den Großeltern) können die Eltern das Kind nicht vertreten.⁵ Gleiches gilt, wenn die Eltern gleichzeitig als Vertreter eines Dritten handeln (Verbot der Mehrfachvertretung).⁶ Dies betrifft insbesondere den Fall, dass die Eltern für zwei ihrer Kinder gleichzeitig handeln. Die Vertretungsmacht der Eltern war gemäß § 1629 Abs. 2 Satz 1 BGB nach lange Zeit gefestigter höchstgerichtlicher Rechtsprechung⁷ bereits dann ausgeschlossen, wenn nur eines der Elternteile an dem Rechtsgeschäft beteiligt ist.⁸ Wollte also ein Elternteil z.B. einen Schenkungsvertrag mit dem Kind abschließen, konnte das Kind nicht allein durch den anderen Elternteil vertreten werden. Ob hiervon nach neuester Rechtsprechung eine Ausnahme zu machen ist, falls die Eltern nicht miteinander verheiratet sind, bleibt für die Praxis abzuwarten. Der BGH hat für den Fall einer Vaterschaftsanfechtung⁹ und für die Geltendmachung von Kindesunterhalt¹⁰ entgegen seiner bisherigen¹¹ Rechtsprechung das Alleinvertretungsrecht der Mutter bejaht. Das OLG Köln hat diese Grundsätze auch auf den Immobilienerwerb eines Minderjährigen von einem Elternteil übertragen.¹² Während bislang ein Ergänzungspfleger bestellt werden musste, wenn das Kind die Immobilie von dem einen Elternteil erwirbt, könnte der Minderjährige nach dieser Entscheidung allein durch das andere Elternteil (im Fall unverheirateter Eltern) vertreten werden.¹³ Ob diese Entscheidungen verallgemeinert werden können, ist jedoch offen.

2. Bestellung eines Ergänzungspflegers

Sind die Eltern wie beschrieben von der Vertretung ausgeschlossen, muss für den Minderjährigen gemäß § 1809 BGB ein Ergänzungspfleger durch das Familiengericht bestellt werden, das am Wohnsitz des Minderjährigen zuständig ist. Ohne Mitwirkung eines Ergänzungspflegers ist ein Rechtsgeschäft des Minderjährigen schwebend unwirksam. Zur Heilung eines solchen unwirksamen Geschäfts ist es erforderlich, nachträglich einen Ergänzungspfleger bestellen zu lassen, der das Geschäft genehmigt. Ist das Kind zwischenzeitlich volljährig geworden, kann es auch selbst genehmigen.¹⁴ Da der Prozess der Pflegerbestellung regelmäßig einige Wochen, oft jedoch mehrere Monate in Anspruch nimmt, muss in der Praxis frühzeitig an das Familiengericht herangetreten werden.

Dem Antrag auf Bestellung eines Ergänzungspflegers wird in der Praxis regelmäßig ein Vorschlag für einen geeigneten Pfleger beigelegt. Hier ist darauf zu achten, dass der vorgeschlagene Ergänzungspfleger unabhängig ist, also keine wirtschaftliche oder persönliche Abhängigkeit von den Eltern bzw. dem Kind besteht, und fachlich geeignet ist. Das Familiengericht ist gleichwohl nicht an diesen Vorschlag gebunden; den Eltern steht kein Benennungsrecht für den Ergänzungspfleger zu.¹⁵ Dies führt in der Praxis dazu, dass den Wünschen der Eltern teils nicht gefolgt wird,¹⁶ auch wenn das Familiengericht den Willen des Minderjährigen und der Eltern zur Bestellung einer konkreten Person berücksichtigen muss (§§ 1813 Abs. 1, 1778 Abs. 2 BGB). Der Umgang der Familiengerichte mit den Personenvorschlägen unterscheidet sich regional zum Teil erheblich. Während manche Gerichte einen geeigneten Vorschlag akzeptieren, bestellen andere Familiengerichte prinzipiell aus dem eigenen „Pool“ von Ergänzungspflegern.

3. Rückausnahme: Rechtlich lediglich Vorteilhafterkeit des Rechtsgeschäfts

Die beschriebenen Regelungen hätten insbesondere zur Folge, dass jede Schenkung von Eltern bzw. Großeltern an das minderjährige Kind der Beteiligung eines Ergänzungspflegers bedürfte. Von diesem Grundsatz ist jedoch eine zentrale Ausnahme anerkannt: Die Eltern können ihr Kind ausnahmsweise dann vertreten, wenn das Rechtsgeschäft¹⁷ für den Minderjährigen *rechtlich lediglich vorteilhaft ist, also keinerlei rechtliche Nachteile für das Kind entstehen*. In diesem Fall besteht kein Schutzbedürfnis für das Kind¹⁸ und ein Ergänzungspfleger ist nicht erforderlich. Auf die wirtschaftliche Vorteilhaftigkeit kommt es hingegen für diese Frage, also ob ein Ergänzungspfleger erforderlich ist, nicht an; vielmehr sind wirtschaftliche Vorteile gerade durch den Ergänzungspfleger gegen mögliche Nachteile abzuwägen.

4 Zum Begriff der rechtlich lediglich vorteilhaftigkeit sogleich unter II.3.

5 § 1629 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 1824 Abs. 1 Nr. 1 BGB.

6 § 1629 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 1824 Abs. 2 BGB i.V.m. § 181 BGB; dazu Schmidt-Recla, in: BeckOGK BGB, 1.10.2024, § 1824 BGB Rn. 9.

7 S. nur BGH, Urt. v. 14.6.1972 – IV ZR 53/71, NJW 1972, 1708.

8 Heckschen/Kreßlein, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 9, 6. Aufl. 2021, § 16 Rn. 7; Stenert/Gravenhorst, GmbHR 2022, 1232, 1234; vgl. auch BGH, Urt. v. 14.6.1972 – IV ZR 53/71, NJW 1972, 1708, 1709.

9 BGH, Beschl. v. 24.3.2021 – XII ZB 364/19, NJW 2021, 1875.

10 BGH, Beschl. v. 10.4.2024 – XII ZB 459/23, NJW 2024, 2176.

11 S. nur BGH, Urt. v. 14.6.1972 – IV ZR 53/71, NJW 1972, 1708.

12 OLG Köln, Beschl. v. 16.9.2022 – 2 Wx 171/22, BeckRS 2022, 25279.

13 Dazu auch Milzer, NZFam 2022, 1148.

14 Heckschen/Kreßlein, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 9, 6. Aufl. 2021, § 16 Rn. 15; Funke/Gerber, FuS 2011, 121, 122.

15 Heckschen/Kreßlein, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 9, 6. Aufl. 2021, § 16 Rn. 12.

16 Vgl. dazu Baßler/Frese, NZG 2023, 1302, 1303.

17 Bei der Prüfung der rechtlichen Vorteilhaftigkeit sind Schenkung und Abtretung separat zu beurteilen (BGH, Beschl. v. 30.9.2010 – V ZB 206/10, NJW 2010, 3643 Rn. 6; Brock, GmbHR 2020, 349, f.).

18 BGH, Urt. v. 27.9.1972 – IV ZR 225/69, NJW 1972, 2262; BFH, Urt. v. 12.5.2016 – IV R 27/13, NJW 2016, 3470 Rn. 27; zu dieser Ausnahme: Stenger, in: Scherer, Unternehmensnachfolge, 6. Aufl. 2020, § 2 Rn. 311; Werner, ZEV 2021, 618, 619.



Der Vorgang ist für das Kind dann nicht rechtlich lediglich vorteilhaft, wenn bestehende Rechte des Kindes geschmälert werden oder wenn das Kind durch die Schenkung mit Verpflichtungen belastet wird, für die es nicht nur mit dem beschenkten Gegenstand, sondern auch persönlich mit dem eigenen Vermögen haftet.¹⁹ Gemessen an diesen Maßstäben sind „klassische“ Schenkungen von Geld oder Sachen für den beschenkten Minderjährigen rechtlich lediglich vorteilhaft und können daher ohne Beteiligung eines Ergänzungspflegers vollzogen werden. Bei der Schenkung von Gesellschaftsanteilen ist bei der Prüfung der rechtlich lediglich vorteilhaftigkeit insbesondere auch die Stellung des Minderjährigen in der Gesellschaft zu berücksichtigen. Ein rechtlicher Nachteil kann sich im Falle der Schenkung von Gesellschaftsanteilen insbesondere aus einer persönlichen Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten ergeben. Die rechtlich lediglich vorteilhaftigkeit wird in Fällen diskutiert, in denen sich die Rolle des Minderjährigen faktisch auf eine Kapitalbeteiligung beschränkt oder in denen sich der schenkende Elternteil Widerrufsrechte oder einen Nießbrauch an den Anteilen vorbehält (dazu unter V.4.). Insbesondere Widerrufsrechte sind in der Nachfolgeplanung unerlässlich, damit die Eltern im „Fall der Fälle“ (z.B.: Der Minderjährige verstirbt vor dem Schenker, schließt sich einer Sekte an oder die Gesellschaftsanteile sollen gepfändet werden) weiterhin reagieren können. Bei der Übertragung von Gesellschaftsanteilen ist daher zum einen rechtsformspezifisch zu differenzieren, zum anderen sind die Folgen verschiedener Gestaltungsmittel im Schenkungsvertrag zu berücksichtigen.

III. Grundlagen zur familiengerichtlichen Genehmigungsbedürftigkeit

1. Familiengerichtliche Genehmigungsbedürftigkeit im Gesellschaftsrecht

Das Gesetz sieht für besonders bedeutsame Rechtsgeschäfte (vgl. § 1851 für das Erbrecht und § 1852 BGB für das Handels- und Gesellschaftsrecht) vor, dass ein solches durch das Familiengericht geprüft und genehmigt werden muss. Im Genehmigungsverfahren wird das Geschäft inhaltlich geprüft, während sich die Bestellung von Ergänzungspflegern darauf bezieht, wer für das Kind handeln darf.

Das Familiengericht erteilt die Genehmigung, wenn das Geschäft im Rahmen einer Gesamtabwägung den Interessen und dem Wohl des Minderjährigen entspricht.²⁰ Kriterien hierfür sind insbesondere das etwaige Risiko einer persönlichen Haftung und umgekehrt die mit der Gesellschafterstellung verbundenen finanziellen Chancen.²¹ Ein Rechtsgeschäft, das ohne die erforderliche familiengerichtliche Genehmigung abgeschlossen wird, ist gemäß § 1856 Abs. 1 Satz 1 BGB schwebend unwirksam.²² Das Familiengericht kann das Rechtsgeschäft vor Abschluss oder nachträglich genehmigen. Zivil-

rechtlich wirkt die Genehmigung gemäß §§ 184 Abs. 1, 1856 Abs. 1 BGB auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurück.²³ Steuerrechtlich gilt dies jedoch nach überwiegender Ansicht, der auch der Bundesfinanzhof anhängt,²⁴ nicht: Danach komme es auf den tatsächlichen Vollzug der Schenkung an.²⁵ In der Praxis wird die Genehmigung regelmäßig erst nach dem (schwebend unwirksamen) Vertragsschluss eingeholt, da die Familiengerichte meist nicht bereit sind, die Genehmigung auf Basis von Entwürfen zu erteilen.

Bei der Zeitabfolge nach Erteilung der familiengerichtlichen Genehmigung besteht eine Besonderheit: Gemäß § 1855 BGB kann das Familiengericht die Genehmigung nur dem Ergänzungspfleger gegenüber erklären. Diese Genehmigung wird gemäß § 1856 Abs. 1 Satz 2 BGB erst wirksam, wenn der Ergänzungspfleger die Genehmigung im Anschluss dem anderen Teil (also z.B. dem schenkenden Elternteil) mitteilt. Diese Regelung gibt dem Ergänzungspfleger nach Erteilung der familiengerichtlichen Genehmigung nochmals ein „Vetorecht“, kann jedoch zu Formfehlern oder einem Zeitverlust führen, der gerade „auf den letzten Metern“ schmerzhaft sein kann. Um diesen Prozess abzusichern und zu beschleunigen, wird teils mit sogenannten Doppelvollmachten gearbeitet. Dabei wird eine Person durch den Ergänzungspfleger bevollmächtigt, die Genehmigung in Empfang zu nehmen und sie dem anderen Vertragsteil (regelmäßig den Eltern) mitzuteilen. Die Eltern bevollmächtigen wiederum dieselbe Person, die Mitteilung dieser Genehmigung entgegenzunehmen. Ist der Schenkungs- und Abtretungsvertrag beurkundungspflichtig (Übertragung von GmbH-Anteilen gemäß § 15 Abs. 3, 4 GmbHG), bietet es sich an, insoweit den Notar zu bevollmächtigen, der die Bekanntgabe und Entgegennahme der Erteilung der Genehmigung in einer Eigenurkunde festhält. Wird der Schenkungs- und Abtretungsvertrag hingegen privatschriftlich geschlossen (Übertragung von Anteilen an einer Personengesellschaft oder von Aktien)²⁶, so bietet es sich an, den Berater zu bevollmächtigen, der das familiengerichtliche Genehmigungsverfahren begleitet.

2. Ausweitung der Genehmigungstatbestände durch die Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts

Die frühere Rechtslage zur Genehmigungsbedürftigkeit war von vielen Rechtsunsicherheiten geprägt.²⁷ Das Reformgesetz hat diese Streitigkeiten in weiten Teilen beendet, allerdings vorrangig durch Ausweitung der Genehmigungstatbestände. Gemäß § 1852 Nr. 2 BGB bedarf nach neuer Rechtslage jede Gesellschaftsgründung, ungeachtet der Gesellschaftsform, der familiengerichtlichen Genehmigung. Nach § 1852 Abs. 1 lit. b BGB bedarf nun auch jede Übertragung (Abtretung) von Anteilen an einer Personen- oder Kapitalgesellschaft der fami-

19 BGH, Beschl. v. 30.9.2010 – V ZB 206/10, NJW 2010, 3643 Rn. 6; *Münch*, in: Beck'sches Notarhandbuch, 8. Aufl. 2024, § 16a Rn. 63; *Wachter*, GmbHR 2019, 1122, 1123.

20 KG, Beschl. v. 5.3.2020 – 13 UF 18/20, NZG 2020, 548, 549 Rn. 10; *Kögel*, in: Scherer, MAH-Erbrecht, 6. Aufl. 2024, § 40 Rn. 223; *Schöpfung*, in: BeckOGK BGB, 15.1.2023, § 1852 BGB Rn. 49; *Münch*, in: Beck'sches Notarhandbuch, 8. Aufl. 2024, § 16a Rn. 92.

21 KG, Beschl. v. 5.3.2020 – 13 UF 18/20, NZG 2020, 548, 549 Rn. 10.

22 *Stenert/Gravenhorst*, GmbHR 2022, 1232, 1235; vgl. zu den Rechtsfolgen: *Funke/Gerber*, FuS 2011, 121, 125 f.

23 *Heckschen/Kreßlein*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 9, 6. Aufl. 2021, § 16 Rn. 18.

24 BFH, Urt. v. 27.4.2005 – II R 52/02, MittBayNot 2006, 269 f.

25 Zum Streitstand: *Pauli*, ZErB 2016, 131 f.

26 Zwar müssen auch diese Schenkungsverträge gemäß § 518 Abs. 1 BGB grundsätzlich beurkundet werden. Da die Schenkung jedoch gemäß § 518 Abs. 2 BGB mit Vollzug (form)wirksam wird, ist die Beurkundung in der Praxis regelmäßig nicht erforderlich.

27 Zusammenfassend zur alten Rechtslage: *Eble*, RNotZ 2021, 117, 121 131.

liengerichtlichen Genehmigung. Eine eng begrenzte Ausnahme gilt jeweils für rein vermögensverwaltende Gesellschaften. Eine Genehmigung muss unabhängig davon eingeholt werden, ob der Erwerb entgeltlich oder unentgeltlich erfolgt, sodass insbesondere auch die Schenkung von Gesellschaftsanteilen genehmigungsbedürftig ist.²⁸

3. Ausnahme für rein vermögensverwaltende Gesellschaften

Einer familiengerichtlichen Genehmigung bedarf es dann nicht, wenn die Gesellschaft kein Erwerbsgeschäft betreibt, sondern rein vermögensverwaltend tätig ist.²⁹ Ob diese Voraussetzung vorliegt, ist eine Einzelfallentscheidung unter Berücksichtigung insbesondere der Höhe des zu verwaltenden Vermögens und des unternehmerischen Risikos.³⁰ Als reine Vermögensverwaltungsgesellschaften werden in der Literatur beispielsweise Familiengesellschaften angesehen, wenn diese allein dem Zwecke der privaten Verwaltung und Erhaltung des Familienvermögens dienen.³¹ Ob sich hieraus in der Praxis eine spürbare Erleichterung ergeben wird, ist jedoch eher fraglich. Nähere Kriterien zur Ausformung des Begriffs des Erwerbsgeschäfts sind Mangelware. Insbesondere ist der Begriff des Erwerbsgeschäfts nicht deckungsgleich mit dem eines steuerlichen Gewerbebetriebs oder gar eines Handelsgewerbes im Sinne des HGB, sondern tendenziell deutlich enger zu fassen. Die Familiengerichte stellten sich in der bisherigen Praxis häufig auf den Standpunkt, dass eine rein vermögensverwaltende Gesellschaft bereits dann nicht vorliege, wenn nur die in der KG gehaltenen Werte erheblich waren oder (auch) Vermietungsabsicht bestand. Häufig kann daher die Einholung einer familiengerichtlichen Genehmigung – trotz der verbundenen Kosten – der pragmatischere (und rechtssicherere) Weg gegenüber einer ggf. langwierigen Diskussion um die familiengerichtliche Genehmigungsbedürftigkeit sein.

4. Vorsorgliche Einholung eines Negativtestats

Bestehen Unklarheiten, ob eine familiengerichtliche Genehmigung erforderlich ist, kann ein sogenanntes Negativtestat bzw. Negativattest bei dem zuständigen Familiengericht eingeholt werden. Dieses Negativattest stellt einen Bescheid des Familiengerichts dar, dass ein bestimmtes Rechtsgeschäft keiner gerichtlichen Entscheidung über die Genehmigung bedürfe.³² Dem Negativattest kommt jedoch keine rechtlich bindende Wirkung zu, insbesondere nicht für andere Gerichte und andere Behörden, wie etwa das Registergericht. Es kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass das Rechtsgeschäft im Anschluss trotzdem wegen der fehlenden Genehmigung als unwirksam bewertet wird.³³ Rechtssicherheit kann nur durch

eine (vorsorgliche) Genehmigung erlangt werden.³⁴ Gleichwohl hat das Negativattest nach den Erfahrungen der Verfasser eine erhebliche faktische Bedeutung, nicht zuletzt um gegenüber Finanzbehörden zu zeigen, dass das Geschäft tatsächlich vollzogen und alles aus der ex-ante-Sicht Erforderliche zur Umsetzung getan wurde.

IV. Konstellation eins: Gründung einer Gesellschaft

1. Gründung einer Kapitalgesellschaft

Wird eine GmbH gegründet, an der neben dem Minderjährigen ein (Groß-)Elternteil oder Geschwister beteiligt sind, ist stets ein Ergänzungspfleger zu bestellen. Der rechtliche Nachteil ergibt sich aus der vom Minderjährigen übernommenen Verpflichtung zur Leistung der Stammeinlage und der drohenden Innenhaftung in der Vor-GmbH.³⁵

Die Gründung einer GmbH, die ein Erwerbsgeschäft betreibt, ist darüber hinaus gemäß § 1852 Nr. 2 BGB stets genehmigungsbedürftig.³⁶ Da die Gründung in Anbetracht der Innenhaftung in der Vor-GmbH nicht rechtlich lediglich vorteilhaft ist, kommt die für die KG teilweise angenommene teleologische Reduktion des Genehmigungserfordernisses³⁷ nicht in Betracht. Angesichts des Schutzzwecks des § 1852 Abs. 1 Nr. 2 BGB gilt dies auch für die Gründung einer Ein-Personen-GmbH, auch wenn dies wegen des Erfordernisses der „Eingehung eines Gesellschaftsvertrags“ teilweise in Zweifel gezogen wird.³⁸ Diese für die GmbH dargestellten Grundsätze beanspruchen inhaltsgleich auch für die Aktiengesellschaft Geltung: Sowohl die Einlageverpflichtung als auch die mit der Gründung verbundenen Haftungsrisiken (Handelndenhaftung gemäß § 41 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 AktG) machen das Geschäft für das Kind rechtlich nachteilig.³⁹ Wie die Gründung einer GmbH bedarf die AG-Gründung – mit Ausnahme der Konstellation, dass kein Erwerbsgeschäft betrieben wird – stets der familiengerichtlichen Genehmigung.

2. Gründung einer Personengesellschaft

Auch die Gründung einer Personengesellschaft ist für den Minderjährigen nicht rechtlich lediglich vorteilhaft, da mit der Beteiligung Haftungsrisiken und Verpflichtungen (z.B. zur Einlageleistung bei der Beteiligung als Kommanditist) verbunden sind. Die grundsätzlich zur Vertretung berufenen Eltern sind daher – wie bei Gründung einer Kapitalgesellschaft – von der Vertretung ausgeschlossen, wenn eines der Eltern- oder Großeltern-teile ebenfalls an der Gründung beteiligt ist. Bei der GmbH & Co. KG gilt dies auch dann, wenn die Eltern oder ein Elternteil zwar nicht als Kommanditist beteiligt, aber Geschäftsführer der Komplementär-GmbH sind.⁴⁰ Die Notwendigkeit der Beteiligung eines Ergänzungspflegers bei KG-Gründung gilt selbst

28 Zorn, FamRZ 2023, 1343, 1347.

29 Schöpfliin, in: BeckOGK BGB, 15.1.2023, § 1852 BGB Rn. 6; vgl. auch OLG München, Beschl. v. 6.11.2008 – 31 Wx 76/08, ZEV 2008, 609 f.; ausführlich zur Abgrenzung: Eble, RNotZ 2021, 117, 120 f.

30 Lange, NZFam 2024, 149, 150.

31 Kroll-Ludwigs, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2024, § 1852 BGB Rn. 17.

32 Krug, in: Kroß/Horn, 6. Aufl. 2022, § 1960 BGB Rn. 73.

33 BGH, Urt. v. 30.11.1965 – V ZR 58/63, NJW 1966, 652; Ulrici, in: Münchener Kommentar FamFG, 4. Aufl. 2025, § 40 FamFG Rn. 10; Krug, in: Kroß/Horn, 6. Aufl. 2022, § 1960 BGB Rn. 73.

34 Münch, in: Beck'sches Notarhandbuch, 8. Aufl. 2024, § 16a Rn. 87.

35 Bürger, RNotZ 2006, 156, 157.

36 Kroll-Ludwigs, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2024, § 1852 BGB Rn. 23.

37 Dazu sogleich unter V.2. (b) (bb).

38 Ausführlich dazu: Schindler, Familiengerichtliche Genehmigungsbedürftigkeit im Gesellschaftsrecht, 2024, S. 106 ff.

39 Rust, DSfR 2005, 1942, 1944; Funke/Gerber, FuS 2011, 121, 125.

40 Rust, DSfR 2005, 1942, 1943.



dann, wenn dem Minderjährigen die geschuldete Einlage von den Eltern schenkweise zur Verfügung gestellt wird, weil hiervon die Einlageverpflichtung im Außenverhältnis zur Gesellschaft und die aus der Gesellschafterstellung folgenden Pflichten unberührt bleiben.⁴¹

Zusätzlich bedarf die Gründung einer Personengesellschaft gemäß § 1852 Nr. 2 BGB der familiengerichtlichen Genehmigung, wenn die Gesellschaft ein Erwerbsgeschäft betreibt. Obwohl die persönliche Gesellschafterhaftung der Erteilung einer familiengerichtlichen Genehmigung für sich genommen nicht entgegensteht,⁴² wird das Familiengericht die Genehmigung angesichts der damit verbundenen Risiken regelmäßig verweigern.⁴³ Die Rechtsformen der GbR (persönliche Gesellschafterhaftung gemäß § 721 BGB) und oHG (persönliche Gesellschafterhaftung gemäß § 126 HGB) scheiden damit in vielen Fällen praktisch aus.⁴⁴ Da die Gestaltungspraxis zumindest bisher regelmäßig die GmbH & Co. KG bevorzugte⁴⁵, fiel dies nicht allzu schwer ins Gewicht. Ob sich dies durch die vor kurzem neu geschaffene Möglichkeit zur Eintragung der GbR in das neu geschaffene Gesellschaftsregister (vgl. § 707 BGB) und die damit einhergehenden Vereinfachungen insbesondere für Grundstücksgesellschaften ändert, muss sich noch praktisch zeigen.

3. Gründung mit mehreren minderjährigen Kindern

Bei der Gründung einer Gesellschaft unter Beteiligung mehrerer minderjähriger Geschwister wäre ein einzelner Ergänzungspfleger auf mehreren Seiten des Rechtsgeschäfts tätig, da durch die Gesellschaftsgründung gesellschaftsvertragliche Rechtsbeziehungen zwischen allen Gesellschaftern und damit auch zwischen den Kindern begründet werden.⁴⁶ Da dies zu einer unzulässigen Mehrfachvertretung (1824 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 181 Alt. 2 BGB) führen würde, muss bei einer Gesellschaftsgründung (ungeachtet, ob Kapital- oder Personengesellschaft) für jeden Minderjährigen ein eigener Ergänzungspfleger bestellt werden.⁴⁷

Insbesondere in diesen Konstellationen, aber auch allgemein wird es daher häufig vorzugswürdig sein, die Gesellschaft vorab ohne Beteiligung von Minderjährigen zu gründen und im Anschluss an die Gründung die Gesellschaftsanteile schenkweise an die Minderjährigen zu übertragen.

V. Konstellation zwei: Schenkung von Gesellschaftsanteilen

Die Schenkung und Übertragung von Gesellschaftsanteilen auf minderjährige Kinder dürfte der praktisch wichtigste Berührungspunkt zwischen Minderjährigenrecht und Unternehmens-

nachfolge sein. Für die bereits diskutierten Fragen – Bestellung eines Ergänzungspflegers und familiengerichtliche Genehmigung – sind dabei zunächst die Rahmenbedingungen im gesetzlichen Grundfall darzustellen, bevor näher auf die Folgen typischer Gestaltungen im Schenkungsvertrag auf diese Fragen einzugehen ist.

1. Schenkung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft a) Ergänzungspflegschaft

Die Schenkung von voll eingezahlten Aktien wird einhellig als rechtlich lediglich vorteilhaft qualifiziert, weil für den Minderjährigen insoweit kein Haftungsrisiko besteht.⁴⁸ Aktien können daher jedenfalls im Grundsatz ohne Beteiligung eines Ergänzungspflegers von den Eltern auf die minderjährigen Kinder übertragen werden.

Umstritten ist jedoch die Behandlung der Schenkung eines GmbH-Geschäftsanteils. Hier nimmt die überwiegende Meinung eine rechtliche Nachteilhaftigkeit an, da der Minderjährige als GmbH-Gesellschafter der Ausfallhaftung aus § 24 GmbHG und der Haftung wegen verbotener Einlagenrückgewähr gemäß § 31 Abs. 3 GmbHG ausgesetzt sein kann.⁴⁹ Trotz der beschränkten Haftung in der GmbH (§ 13 Abs. 2 GmbHG) ist daher stets eine familiengerichtliche Genehmigung einzuholen.

b) (Keine) familiengerichtliche Genehmigung

Ausweislich des klaren Wortlauts des § 1852 Nr. 1 lit. b BGB in der seit 2023 geltenden Fassung bedarf die Abtretung von Gesellschaftsanteilen stets der familiengerichtlichen Genehmigung. Für die GmbH ist dies unbestritten. Unklarheiten bestehen jedoch bei der schenkweisen Übertragung von Aktien im Fall der (Europäischen) Aktiengesellschaft. Trotz des weiten Wortlauts des § 1852 Nr. 2 BGB bedarf die Schenkung von Aktien nach zutreffender Auffassung keiner familiengerichtlichen Genehmigung.⁵⁰ Der Gesetzgeber hat diesbezüglich in der Gesetzesbegründung klargestellt, dass der Erwerb von Aktien nicht als handels- oder gesellschaftsrechtliches Geschäft gilt, sondern als Erwerb von Wertpapieren, und damit nicht in den Anwendungsbereich von § 1852 BGB fällt.⁵¹ Diese Sichtweise überzeugt, da bei der Schenkung von Aktien kein Schutzbedürfnis für den Minderjährigen erkennbar ist, welches das Erfordernis einer familiengerichtlichen Genehmigung rechtfertigen würde. Für den Erwerb von Anteilen an einer (nicht börsennotierten) Familienaktiengesellschaft wird hiergegen eingewendet, dass das gesetzgeberische Leitbild nicht passe und es daher einer familiengerichtlichen Genehmigung bedürfe.⁵² Diese Ansicht plädiert im Falle nicht-börsennotierter Aktien stets für eine Genehmigungsbedürftigkeit und im Falle börsennotierter Aktien für eine Genehmigungsbedürftigkeit ab einer Beteiligung von 3% der Stimmrechte (regelmäßig gleichlaufend

41 Stenert/Gravenhorst, GmbHR 2022, 1232, 1236.

42 Kögel, in: Scherer, MAH-Erbrecht, 6. Aufl. 2024, § 40 Rn. 223.

43 Funke/Gerber, FuS 2011, 121, 123.

44 Kögel, in: Scherer, MAH-Erbrecht, 6. Aufl. 2024, § 40 Rn. 223; vgl. auch Lüdecke, NJOZ 2018, 681, 686.

45 Grundlegend zur Rechtsformwahl von Oertzen/Hermann, ZEV 2003, 400.

46 Lüdecke, NJOZ 2018, 681, 682.

47 OLG München, Beschl. v. 17.6.2010 – 31 Wx 70/10, ZEV 2010, 646, 647; Kögel, in: Scherer, MAH-Erbrecht, 6. Aufl. 2024, § 40 Rn. 218; Schubert, in: Münchener Kommentar BGB, 10. Aufl. 2025, § 181 BGB Rn. 103; Harbecke, RNotZ 2022, 521, 537; Funke/Gerber, FuS 2011, 121, 122.

48 Maier-Reimer/Marx, NJW 2005, 3025; Lamberz, ErbR 2024, 749, 757.

49 Kögel, in: Scherer, MAH-Erbrecht, 6. Aufl. 2024, § 40 Rn. 217; Brock, GmbHR 2020, 349, 352; Bürger, RNotZ 2006, 156, 162; Felix, NZFam 2025, 1, 6.

50 Kadelbach, in: BeckOK, 72. Ed. 2024, § 1852 BGB Rn. 2.

51 Begr. RegE BT-Drs. 19/24445, S. 288

52 Schöpflin, in: BeckOGK, Stand: 15.11.2023, § 1852 BGB Rn. 30; Staake/Weinmann, RFamU 2022, 493, 497.

mit der Anzahl der Anteile), weil es sich dann nicht mehr um eine reine Kapitalanlage, sondern um eine unternehmerische Beteiligung handele.⁵³ Hiergegen spricht jedoch, dass der Gesetzgeber den Aktienerwerb ausweislich der eindeutigen Gesetzesbegründung in Gänze von dem Erfordernis einer familiengerichtlichen Genehmigung freistellen wollte. Darüber hinaus ist auch der Schutzzweck nicht berührt, der mit einer familiengerichtlichen Genehmigung verfolgt wird, da für den minderjährigen Aktionär auch in einer Familienaktiengesellschaft keine Haftungsrisiken bestehen und er keinem echten unternehmerischen Risiko ausgesetzt ist. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber für den Erwerb von Wertpapieren die Schutzvorschriften der §§ 1848 ff. BGB vorgesehen. Für die Eltern gelten diese Vorschriften jedoch nicht, da in § 1643 Abs. 1 BGB nicht darauf verwiesen wird.⁵⁴ Hierbei handelt es sich um eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers, die nicht durch zufällig gegriffene Schwellen unterlaufen werden darf. Im Ergebnis können Eltern daher nach zutreffender Auffassung ohne Beteiligung des Familiengerichts Aktien an ihre Kinder schenken und übertragen.⁵⁵ Hier bleibt angesichts der Gegenauffassung die Entwicklung der Praxis aber abzuwarten, weshalb zumindest die Einholung eines Negativattests ratsam ist.

2. Schenkung von Anteilen an einer Personengesellschaft

Bei den Personengesellschaften ist rechtsformspezifisch zu differenzieren.

a) BGB-Gesellschaft/offene Handelsgesellschaft

Die Schenkung von Anteilen an einer GbR oder einer oHG ist rechtlich nachteilig, weil der Minderjährige unmittelbar, persönlich und unbeschränkt für alle bestehenden und zukünftigen Gesellschaftsverbindlichkeiten haften würde (vgl. § 721 BGB und § 126 HGB).⁵⁶ Bei Schenkungen durch ein (Groß-)Eltern-Teil ist daher stets die Bestellung eines Ergänzungspflegers erforderlich. In diesen Fällen wird in Ansehung dieser zumindest theoretisch erheblichen Gefahr für den Minderjährigen die familiengerichtliche Genehmigung gemäß § 1852 Nr. 1 lit. b BGB nur mit sehr guten Argumenten erteilt werden.⁵⁷ Die BGB-Gesellschaft und die oHG sind damit für die vorweggenommene Erbfolge in vielen Fällen weniger geeignet.

b) Kommanditgesellschaft

(aa) Ergänzungspflegschaft

Bei der Kommanditgesellschaft ist die Frage differenzierter zu beantworten. Für die Schenkung eines Komplementäranteils gilt in Ansehung seiner persönlichen und unmittelbaren Gesellschafterhaftung (§ 161 Abs. 2 HGB in Verbindung mit § 126 HGB) das Gleiche wie für die Schenkung eines Anteils an einer GbR bzw. oHG.⁵⁸ Für einen voll einbezahlten Kommanditanteil besteht die beschriebene Haftungsgefahr und damit ein Schutz-

bedürfnis für das Kind jedoch nicht. Gleichwohl nimmt eine restriktive Auffassung unter Verweis darauf, dass der Minderjährige im Falle einer Einlagenrückgewähr persönlich hafte (§ 172 Abs. 4 Satz 1 HGB) und im Übrigen „ein Bündel wechselseitiger Rechte und Pflichten“ (z.B. gesellschaftsrechtliche Treuepflicht) erwerbe, eine rechtliche Nachteiligkeit an.⁵⁹ Hiergegen wird angeführt, dass die den Gesellschafter treffenden Nebenpflichten (insbesondere die Treuepflicht) weicher Natur seien und nur das erworbene Recht näher ausgestalteten.⁶⁰ Etwas anderes könne nur dann gelten, wenn im Gesellschaftsvertrag über die allgemeinen Treuepflichten hinausgehende Pflichten vereinbart werden (z.B. Nachschusspflicht).⁶¹ Nach dieser Auffassung ist der unentgeltliche Erwerb einer voll eingezahlten Kommanditbeteiligung daher grundsätzlich als rechtlich lediglich vorteilhaftes Geschäft einzuordnen.⁶² Hierfür spreche auch, dass das Kind weder ein unternehmerisches noch ein finanzielles Risiko trage, da seine Haftung gemäß § 171 Abs. 1 Halbsatz 2 HGB ausgeschlossen ist. Insbesondere kann auch die Haftung aus § 172 Abs. 4 HGB für eine rechtliche Nachteilhaftigkeit angeführt werden, da dieser Tatbestand keine unmittelbare Folge des Erwerbs der Kommanditistenstellung darstellt, sondern vielmehr zusätzliche – durch den Vertreter zu genehmigende – Handlungen voraussetzt (z.B. in Form der Zurückzahlung der Einlage bzw. der Entnahme eines Gewinnanteils).⁶³

Da zahlreiche Obergerichte diese Auffassung teilen,⁶⁴ aber nach wie vor keine Einigkeit hierzu besteht,⁶⁵ sollte bis zur höchstgerichtlichen Klärung im Einzelfall abgewogen werden, ob die vorsorgliche Bestellung eines Ergänzungspflegers erforderlich ist.

Diese obergerichtlichen Entscheidungen und Literaturbeiträge bezogen sich allerdings – mit Ausnahme der jüngsten Entscheidung des OLG München⁶⁶ – auf Konstellationen, in denen der unentgeltliche Erwerb der voll eingezahlten KG-Beteiligung unter der aufschiebenden Bedingung der Eintragung im Handelsregister stand. Damit sollte eine Haftung vor Eintragung gemäß § 176 Abs. 1, Abs. 2 HGB vermieden werden; die potenzielle persönliche Haftung wäre andernfalls ein rechtlicher Nachteil gewesen. Dieser sogenannten Bedingungslösung⁶⁷ (Übertragung des Kommanditanteils unter der aufschiebenden Bedingung der Eintragung des Erwerbers als Sonderrechts-

59 OLG Oldenburg, Beschl. v. 17.7.2019 – 12 W 53/19, FGPrax 2019, 178 f.;

OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 27.5.2008 – 20 W 123/08, ZEV 2008, 607 (im Hinblick auf die familiengerichtliche Genehmigungsbedürftigkeit); Ivo, ZEV 2005, 193, 195.

60 Grunewald, in: Münchener Kommentar HGB, 5. Aufl. 2022, § 161 HGB Rn. 24.

61 Lüdecke, NJOZ 2018, 681, 687.

62 Oepen, in: Ebenroth/Boujong, 5. Aufl. 2024, § 161 HGB Rn. 27; Bock, DNotZ 2020, 643, 648 f.; Felix, NZFam 2025, 1, 5 f.

63 OLG Köln, Beschl. v. 26.3.2018 – 4 Wx 2/18, ZEV 2018, 667; OLG Oldenburg, Beschl. v. 17.7.2019 – 12 W 53/19, FGPrax 2019, 178; Grunewald, in: Münchener Kommentar HGB, 5. Aufl. 2022, § 161 HGB Rn. 24.

64 OLG München, Beschl. v. 3.8.2023 – 16 WF 193/23 e, FGPrax 2023, 266; OLG Köln, Beschl. v. 26.3.2018 – 4 Wx 2/18, ZEV 2018, 667 m.w.N.; OLG Jena, Beschl. v. 22.3.2013 – 2 WF 26/13, ZEV 2013, 521, 522 (im Hinblick auf die familiengerichtliche Genehmigungsbedürftigkeit).

65 Vgl. abweichend etwa OLG Oldenburg v. 17.7.2019 – 12 W 53/19, ZEV 2019, 726; OLG Frankfurt v. 27.5.2008 – 20 W 123/08, ZEV 2008, 607; wohl auch OLG Celle, Beschl. v. 30.1.2018 – 9 W 13/18, NZG 2018, 303; ebenso Spickhoff, in: Münchener Kommentar BGB, 10. Aufl. 2025, § 107 Rn. 84.

66 OLG München, Beschl. v. 3.8.2023 – 16 WF 193/23 e, FGPrax 2023, 266.

67 Vgl. BGH v. 28.10.1981 – II ZR 129/80, NJW 1982, 883, 886.

53 Staake/Weinmann, RFamU 2022, 493, 497.

54 Zorn, FamRZ 2023, 1343, 1347; Baßler/Frese, NZG 2023, 1302, 1306.

55 So auch Baßler/Frese, NZG 2023, 1302, 1306.

56 Harbecke, RNotZ 2022, 521, 536; Lüdecke, NJOZ 2018, 681, 682.

57 Vgl. Stengel, in: Beck'sches Handbuch Personengesellschaften, 5. Aufl. 2020, § 17 Rn. 40.

58 Funke/Gerber, FuS 2011, 121, 123.

nachfolger im Handelsregister) soll es nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) zum 1. Januar 2024 nicht mehr bedürfen, weil durch die Neufassung des § 176 Abs. 2 HGB eine persönliche Haftung bis zur Eintragung ausgeschlossen werden sollte.⁶⁸ Ob der Gesetzgeber dieses Ziel mit der Neufassung des Gesetzes tatsächlich umfassend erreicht hat, wird im Schrifttum teilweise bezweifelt.⁶⁹ Soweit ersichtlich, hat sich die Rechtsprechung diese Zweifel bislang nicht zu eigen gemacht, sondern hält – jedenfalls für Zwecke des Minderjährigenrechts – nicht mehr an der „Bedingungslösung“ fest.⁷⁰

Es bleibt vorläufig abzuwarten, ob sich diese Tendenz auch weiter festigt. Im konkreten Fall sollte der potenzielle Vorteil einer unbedingten Übertragung, also insbesondere die – aus steuerlicher Sicht oft wesentliche – bessere Planbarkeit, mit den verbleibenden Restrisiken der Haftung bzw. der Unwirksamkeit des Geschäfts abgewogen werden. Muss ein Ergänzungspfleger ohnehin aus anderen Gründen mitwirken und ist ein tatsächliches Haftungsrisiko ausgeschlossen, kann auf die „Bedingungslösung“ u.E. mit guten Gründen verzichtet werden. Das potenzielle Haftungsrisiko ist dabei im Einzelfall zu beurteilen und mag bei Übertragung von Anteilen an einer operativ am Markt tätigen Gesellschaft anders zu beurteilen sein als bei einer rein beteiligungs- oder vermögensverwaltenden Holding-KG.

(bb) Familiengerichtliche Genehmigung

Daran anknüpfend ist umstritten, ob die schenkweise Abtretung eines voll eingezahlten Kommanditanteils der familiengerichtlichen Genehmigung bedarf. Eine Auffassung spricht sich für eine teleologische Reduktion des Genehmigungserfordernisses aus.⁷¹ Dafür lässt sich anführen, dass in diesem Fall das vom Gesetzgeber angenommene Schutzbedürfnis des Minderjährigen ohne Haftungsrisiko nicht in dem Maße besteht. Auch wird darauf hingewiesen, dass es widersprüchlich wäre, dass der unentgeltliche Erwerb von Grundstücken genehmigungsfrei wäre, nicht aber die Schenkung von Gesellschaftsanteilen, mit denen kein Haftungsrisiko einhergeht.⁷² Dagegen wird jedoch eingewendet, dass der Gesetzgeber den unentgeltlichen Beteiligungserwerb generell genehmigungspflichtig ausgestalten wollte.⁷³ Angesichts des klaren Wortlauts der Vorschrift, die auch diesen Fall erfasst, ist daher in der Praxis Vorsicht geboten und einstweilen mit der wohl herrschenden Meinung ein Genehmigungserfordernis auch bei der unentgeltlichen Übertragung anzunehmen.

3. Sonderfall eins: Gleichzeitige Schenkung an mehrere Minderjährige

Werden mehreren Minderjährigen (z.B. Geschwistern) gleichzeitig Anteile übertragen, so genügt im Unterschied zur Gesell-

schaftsgründung die Bestellung eines einzigen Ergänzungspflegers.⁷⁴ In dieser Konstellation liegt kein Fall der Mehrfachvertretung vor, da jeweils ein Rechtsgeschäft zwischen dem Elternteil und dem erwerbenden Kind vorliegt, nicht aber ein Rechtsgeschäft zwischen den Kindern.⁷⁵

4. Sonderfall zwei: Schenkung unter Pflichtteilsanrechnung, Auflage, Nießbrauchs- oder Widerrufsvorbehalt

Sofern im Einzelfall auch im Verhältnis Eltern/Kinder eine Schenkung ohne die Beteiligung eines Ergänzungspflegers in Betracht kommt, muss diesem Aspekt auch bei der Vorbereitung des Schenkungs- und Anteilsübertragungsvertrags gründlich Rechnung getragen werden. Besondere Sorgfalt ist darauf zu legen, dass im Schenkungs- oder Gesellschaftsvertrag nicht unbewusst rechtliche Pflichten für den Minderjährigen – beispielsweise, dass gesellschaftsvertraglich ohne Mitwirkung des Minderjährigen eine Nachschusspflicht beschlossen werden kann – vereinbart werden.⁷⁶

Diese Diskussion wird vor allem in vier Konstellationen relevant: Die in der Praxis gängigen *Schenkungen unter Anrechnung auf den Pflichtteil* (vgl. § 2315 BGB) sind nach verbreiteter Auffassung nicht rechtlich lediglich vorteilhaft.⁷⁷ Auch wenn man für eine rechtlich lediglich Vorteilhafterkeit argumentieren kann, dass der Minderjährige besser steht, da nicht sicher ist, wie hoch der spätere Pflichtteil ausfallen wird,⁷⁸ sollte ein Ergänzungspfleger beteiligt werden. Dafür spricht, dass der Minderjährige durch den Vertragsschluss mit seinem Pflichtteilsrecht eine Rechtsposition (teilweise) verliert, was den Wirkungen eines (in jedem Fall rechtlich nachteiligen) beschränkten Pflichtteilsverzichts nahekommt; dass der Verzicht wirtschaftlich kompensiert wird, ist für die Bewertung der *rechtlich lediglich Vorteilhafterkeit* nicht relevant.⁷⁹

Eine *Schenkungen unter Auflage* ist für den Minderjährigen ebenfalls rechtlich nachteilig; der rechtliche Nachteil ergibt sich aus der Verpflichtung zur Erfüllung der Auflage.⁸⁰

Soll die *Schenkungen unter Widerrufsvorbehalt* bzw. Rückforderungsrechten erfolgen, kann abhängig von der näheren Ausgestaltung ebenfalls die Beteiligung eines Ergänzungspflegers erforderlich sein. Zwar kann argumentiert werden, dass der Minderjährige durch den Widerruf der Schenkung maximal auf den *status quo ante* zurückfällt und somit eine Ähnlichkeit zu rechtlich neutralen Geschäften besteht, die nach allgemeiner Auffassung unter den Begriff der rechtlich lediglich Vortei-

68 Lieder/Hilser, NotBZ 2021, 401, 410 f.; Leo/John, NZG 2021, 1195, 1196 ff.

69 Kritisch hinsichtlich der Teilabtretung sowie der Abtretung an mehrere Erwerber Bialluch-von Allwörden, NZG 2022, 791; Schall, NZG 2023, 1540.

70 OLG München, Beschl. v. 3.8.2023 – 16 WF 193/23 e, FGPrax 2023, 266, 267 f.

71 Oepen, in: Ebenroth/Boujong, 5. Aufl. 2024, § 161 HGB Rn. 27; ebenso hinsichtlich der Vorgängervorschrift: Bock, DNotZ 2020, 643, 649 f.; Menzel, MittBayNot 2020, 272, 273.

72 Bock, DNotZ 2020, 643, 650.

73 Eble, RNotZ 2021, 117, 133.

74 OLG München, Beschl. v. 17.6.2010 – 31 Wx 70/10, NZG 2010, 862; Schubert, in: Münchener Kommentar BGB, 10. Aufl. 2025, § 181 BGB Rn. 103; Maier-Reiner/Marx, NJW 2005, 3025, 3027 f.; Funke/Gerber, FuS 2011, 121, 122.

75 OLG München, Beschl. v. 17.6.2010 – 31 Wx 70/10, ZEV 2010, 646, 647; Kögel, in: Scherer, MAH-Erbrecht, 6. Aufl. 2024, § 40 Rn. 218.

76 Oepen, in: Ebenroth/Boujong, 5. Aufl. 2024, § 161 HGB Rn. 27.

77 Kögel, in: Scherer, MAH-Erbrecht, 6. Aufl. 2024, § 40 Rn. 217; Spickhoff, in: Münchener Kommentar BGB, 10. Aufl. 2025, § 107 BGB Rn. 87; Stenger, in: Scherer, Unternehmensnachfolge, 6. Aufl. 2020, § 2 Rn. 311; a.A.: OLG München, Beschl. v. 17.7.2007 – 31 Wx 18/07, ZEV 2007, 493, 495.

78 Vgl. Weigl, MittBayNot 2008, 275, 276.

79 Vgl. Lange, in: Münchener Kommentar BGB, 9. Aufl. 2022, § 2315 BGB Rn. 19.

80 BGH, Urt. v. 10.11.1954 – II ZR 165/53, NJW 1955, 1353; Klumpp, in: Staudinger, Neubearbeitung 2021, § 107 BGB Rn. 42; a.A.: Hansen, in: jurisPK-BGB, 10. Aufl. 2023, § 107 BGB Rn. 24 unter Verweis auf die Erforderlichkeit der Zustimmung der Eltern bei dem auf die Schenkung folgenden dinglichen Geschäft und bei der Erfüllung der Auflage.

haftigkeit fallen.⁸¹ Gleichwohl ist die Verpflichtung zur Rückübertragung als solche bereits eine – wenn auch nur mittelbare – Rechtspflicht.⁸² Hinzu kommen theoretisch denkbare Schadensersatzansprüche gegenüber dem Minderjährigen, wenn die Verpflichtung zur Rückübertragung beispielsweise nicht rechtzeitig erfolgt. Jedenfalls: Wenn der Minderjährige über das geschenkte Vermögen, das heißt über das Bereicherungsrecht hinaus, auch mit seinem privaten Vermögen haftet, bestehen keine Zweifel an der rechtlichen Nachteilhaftigkeit des Vertragschlusses.⁸³ Komplexere Schenkungsverträge sehen heute oft ein ausdifferenziertes System aus Rückfall- und Widerrufsbestimmungen vor, das regelmäßig mit individuellen Regelungen der Rechtsfolgen und – zur vorsorglichen Absicherung – auch mit zusätzlichen schuldrechtlichen Rückübertragungsverpflichtungen verbunden ist, die ggf. einen rechtlichen Nachteil begründen können.

Unklarheiten bestehen schließlich auch bei *Schenkungen unter Nießbrauchsvorbehalt*. Teils wird vertreten, ein Nießbrauchsvorbehalt mache die Schenkung nicht rechtlich nachteilig, weil insoweit lediglich der Wert des Geschenks gemindert werde.⁸⁴ Es fehle somit an einer Verpflichtung für den Minderjährigen. Für diese Sichtweise spricht zwar, dass der BGH die Schenkung eines Grundstücks unter Nießbrauchsvorbehalt im Grundsatz als rechtlich lediglich vorteilhaft ansieht.⁸⁵ Gleichwohl kann man sich in Anbetracht der sehr einzelfallbezogenen Rechtsprechung auf diese Sichtweise nicht verlassen. Den erheblichen Risiken in den vorgenannten Konstellationen kann auch mit einer sorgfältigen Vertragsgestaltung nur eingeschränkt vorgebeugt werden, zumal die Rechtsprechung den Schutz des Minderjährigen eher weit versteht. Der mit der Bestellung eines Ergänzungspflegers verbundene Zeit- und Kostenaufwand wiegt in aller Regel weniger schwer als die Rechtsunsicherheiten, die bei einer Vertretung des Kindes durch die Eltern bestehen. Gleiches gilt im Hinblick auf die familiengerichtliche Genehmigung. Angesichts des Damoklesschwerts der unerkannten (schwebenden) Unwirksamkeit einer Schenkung ohne Einholung einer familiengerichtlichen Genehmigung und der fehlenden rechtlichen Bindung des Negativtests kommt dieser Weg regelmäßig nur bei der Schenkung voll eingezahlter Aktien in Betracht. Falls ein Familiengericht die Genehmigungsbedürftigkeit verneint, ist sorgfältig abzuwägen, ob die Aufnahme einer genehmigungspflichtigen Verpflichtung des Minderjährigen in den Vertrag gegenüber dem Negativtest vorzuziehen ist. Unabhängig davon, ob das Geschäft als rechtlich lediglich vorteilhaft bzw. genehmigungsbedürftig oder nicht gilt, sollte der Vertrag aber ohnehin so gestaltet werden, dass dem Minderjährigen insbesondere die bis zu einer etwaigen Rückforderung zugeflossenen Erträge belassen bleiben und weitere Pflichten (z.B. Pflichtteilsanrechnung) zumindest

bis zur Erreichung der Volljährigkeit ausgenommen werden, um sicherzustellen, dass der Ergänzungspfleger und ggf. auch das Familiengericht ihre Genehmigung erteilen.⁸⁶

VI. Zusammenfassung in Tabellenform			
Tatbestand	Rechtsform	Ergänzungspfleger (falls Elternteil ein Vertragspartner ist)	Familiengerichtliche Genehmigung
Gesellschaftsgründung	GbR/oHG	(+)	(+)*
	KG	(+)	(+)*
	GmbH	(+)	(+)*
	AG	(+)	(+)*
Entgeltlicher Beteiligungserwerb	GbR/oHG	(+)	(+)*
	KG	(+)	(+)*
	GmbH	(+)	(+)*
	AG	(+)	(+)* (str., aber jedenfalls bei nicht-börsennotierten Gesellschaften empfehlenswert)
Unentgeltlicher Beteiligungserwerb (Schenkung)	GbR/oHG	(+)	(+)*
	KG	(+) (str. bei voll eingezahltem Kommanditanteil, aber empfehlenswert)	(+)* (str. bei voll eingezahltem Kommanditanteil, aber empfehlenswert)
	GmbH	(+)	(+)*
	AG	(-)	(+)* (str., aber jedenfalls bei nicht-börsennotierten Gesellschaften empfehlenswert)

* Ausnahme: rein vermögensverwaltende Tätigkeit der Gesellschaft, wobei die Abgrenzung im Einzelfall schwierig ist

86 Harbecke, RNotZ 2022, 521, 537.



Dr. Florian Reinhart ist Rechtsanwalt und Partner bei Hennerkes, Kirchdörfer & Lorz.

Dr. Raphael Hilser ist Rechtsanwalt bei Hennerkes, Kirchdörfer & Lorz.

KEYWORDS

Gesellschafterstellung • Minderjährige • Schenkung • Übertragung • Unternehmensnachfolge

81 Statt aller: *Otte/Heuser*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 9, 6. Aufl. 2021, § 21 Rn. 10.
82 Vgl. OLG München, Beschl. v. 17.7.2007 – 31 Wx 18/07, ZErB 2007, 461, 462; für eine rechtliche Nachteilhaftigkeit im Ergebnis auch *Spickhoff*, in: Münchener Kommentar BGB, 10. Aufl. 2025, § 107 BGB Rn. 87 sowie *Klumpp*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2021, § 107 BGB Rn. 42.
83 *Klumpp*, in: Staudinger, Neubearbeitung 2021, § 107 BGB Rn. 42.
84 OLG München, Beschl. v. 6.10.2022, 34 Wx 378/22, MittBayNot 2024, 177; *Muscheler*, ZEV 2024, 479, 480; *Lamberz*, ErbR 2024, 749, 755.
85 BGH, Beschl. v. 25.11.2004 – V ZB 13/04, NJW 2005, 415.