

# Vermögensverwaltende Personengesellschaften

Haase / Dorn

5., vollständig überarbeitete Auflage 2022  
ISBN 978-3-406-78719-5  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

gründe ist steuerlicher Natur. Verwendet man eine (vermögensverwaltende) Personengesellschaft als zwischengeschaltetes Vehikel zur Übertragung bestehender Vermögenswerte der Eltern auf ihre Kinder bzw. Enkelkinder, kann die **Steuerbelastung** innerhalb einer Familie über (Einkommens-)Freibeträge und den **progressiven Einkommensteuertarif** (sogenanntes **Familienplitting**) erheblich reduziert werden.<sup>171</sup> Darüber hinaus kann auch die Einkommensteuer durch die Schaffung neuen **AFA-Volumens** und **Progressionsumschichtung** reduziert oder die Erbschaftsteuer gemindert werden.<sup>172</sup>

Neben den steuerlichen Gestaltungsvarianten bringt der Einsatz solcher Familiengesellschaften auch aus familienpolitischer Sicht Vorteile:<sup>173</sup> Gesellschaften sind Personenzusammenschlüsse mit einem gemeinsamen Zweck.<sup>174</sup> Eine solche gemeinsame Zweckverfolgung lässt Familien oftmals zusammenwachsen, indem die beteiligten Familienmitglieder gleichermaßen für den Erhalt und die Entwicklung des häufig schon von Vor-Generationen aufgebauten familiären Vermögens eintreten und an der Wertentwicklung teilnehmen. Die Bündelung des Familienvermögens in einer Gesellschaft hält zudem die familiären Vermögenswerte zusammen und schützt so vor einer Zersplitterung. Werden minderjährige Angehörige in die Familiengesellschaft einbezogen, lernen diese bereits in jungen Jahren Verantwortung im Rahmen unternehmerischen Handelns zu übernehmen. Nicht zuletzt bietet die Einbringung von Vermögen in eine (Familien-) Gesellschaft den Vorteil, dass der Gesellschaftsvertrag flexibel anhand der jeweiligen Bedürfnisse ausgestaltet werden kann.

Diese flexible Gestaltungsmöglichkeit bei der Einbringung von Vermögen in eine Familiengesellschaft überzeugt insbes. auch gegenüber einer „**klassischen Vermögensübertragung**“ nach § 929 BGB zu Lebzeiten. Regelmäßig sollen etwa die Übertragenden weiterhin berechtigt sein, den Vermögensgegenstand (bis zu deren Ableben) weiter nutzen zu dürfen. Eine solche Regelung kann in einem Gesellschaftsvertrag unproblematisch enthalten sein; bei einer Übereignung nach § 929 BGB jedoch nicht: Zwar besteht die Möglichkeit, einen **Überlassungsvertrag** als sogenannten Grundvertrag<sup>175</sup> abzuschließen, in dem die Übereignung einer Immobilie unter Vorbehalt eines Nießbrauchs i. S. d. §§ 1030 ff. BGB gestellt wird und der Übertragende damit weiterhin berechtigt ist, die übertragende Sache zu nutzen.<sup>176</sup> Aber hierbei handelt es sich lediglich – vor der Eintragung

---

<sup>171</sup> *Gemeinhardt* BB 2012, 739, 742; *Jachmann/Liebl* DStR 2010, 2009 ff.

<sup>172</sup> S. a. *Lohse/Triebl* ZEV 2000, 337 ff., hierzu umfassend (→ 3 Rn. 1 ff.) zur Verfassungsmäßigkeit der Verschonung von Erbschaftsteuer beim Übergang betrieblichen Vermögens in §§ 13a und 13b ErbStG siehe BVerfG 17.12.2014 – BvL 21/12, BStBl. II 2015, 50. In seiner dritten Erbschaftsteuer-Entscheidung hat das BVerfG das geltende Verschonungssystem für Betriebsvermögen gem. §§ 13 a, 13 b ErbStG für verfassungswidrig erklärt und zugleich dem Gesetzgeber aufgegeben, bis zum 30.6.2016 eine Neuregelung zu schaffen. Bis dahin gelten die vom BVerfG für verfassungswidrig erklärten Normen kraft Weitergeltungsanordnung fort; vgl. hierzu *Geck* ZEV 2015, 129 ff.

<sup>173</sup> Umfassend hierzu auch *Spiegelberger* ZEV 2003, 391.

<sup>174</sup> S. → 2 Rn. 1.

<sup>175</sup> Weitere Arten von Grundverträgen sind ein Kaufvertrag über ein Recht (Rechtskauf) i. S. v. § 453 BGB, ein Schenkungsvertrag i. S. v. § 516 BGB, Vermächtnisvertrag i. S. v. § 1939 BGB oder ein Sicherungsvertrag; vgl. *Grüneberg/Herrler* Einf v § 1030 Rn. 4.

<sup>176</sup> *Grüneberg/Herrler* Einf v § 1030 Rn. 1.

des Nießbrauchs ins Grundbuch gem. §§ 1030, 873 Abs. 1 BGB – um eine schuldrechtliche Vereinbarung, die dem Verfügenden nach erfolgter dinglicher Übertragung nicht die Verfügungsgewalt über den Vermögensgegenstand belässt.<sup>177</sup> Gerade diese Sicherheit in Bezug auf seine „Rechte“ an dem übertragenden Vermögensgegenstand will ein Übertragender allerdings gewährleistet wissen. Auch die Möglichkeit, neben dem Grundvertrag eine Verfügungsvollmacht zu vereinbaren, schafft nicht unbedingt Abhilfe ob der bestehenden Probleme; denn hiergegen spricht zweierlei: Trotz einer Verfügungsvollmacht zugunsten des Übertragenden (i. d. R. die Eltern), bliebe daneben die Verfügungsbefugnis des Empfängers (i. d. R. der Abkömmling) bestehen. Hinzu kommt, dass die Erstellung eines weiteren Vertrags zur Vollmachterteilung mit zusätzlicher Arbeit und insofern auch mit weiteren Kosten verbunden sein wird. Schließlich müsste mit jedem einzelnen begünstigten Familienangehörigen eine gesonderte Vereinbarung getroffen werden. Demgegenüber gelten die Regelungen des Gesellschaftsvertrags gegenüber allen Familienangehörigen als Gesellschafter gleichermaßen.

Wie zuvor bereits angedeutet, ist Hauptgrund für die Einbringung von Vermögenswerten in eine Personengesellschaft, dass diese in ihren gesellschaftsvertraglichen Ausgestaltungsmöglichkeiten weiten Spielraum lässt.<sup>178</sup> Zumindest vermögensverwaltende Personengesellschaften überzeugen zudem dadurch, dass keine Gewerbesteuer anfällt,<sup>179</sup> wodurch sich dauerhafte **Ertragsteuerentlastungen** erzielen lassen.<sup>180</sup> Darüber hinaus sind Personengesellschaften nicht einkommensteuerpflichtig, sondern allein einkommensteuererklärungspflichtig; es erfolgt eine gesonderte Feststellung der Bemessungsgrundlagen.<sup>181</sup> Ihre steuerlichen Ergebnisse werden im Feststellungsverfahren den jeweiligen Gesellschaftern zugeteilt.

Da Personengesellschaften gem. § 718 Abs. 1 BGB ihr Vermögen zur gesamten Hand bilden (d. h. ohne quotale Beteiligung der Gesellschafter an den jeweiligen Vermögensgegenständen und Schulden), eignen sie sich insbes. für Fälle, in denen Vermögen vorhanden ist, welches sich ohne eine aufwendige und i. d. R. teure Umwandlung nicht in eine Teileigentümerschaft separieren lässt,<sup>182</sup> oder, welches durch eine Teilung erheblich an Wert verlieren würde<sup>183</sup>.

<sup>177</sup> Als Exkurs sei an dieser Stelle nur angemerkt, dass eine bislang z. B. in einem Grundbuch eingetragene GbR sich als durch das MoPeG nunmehr neue Form der eGbR registrieren lassen muss, bevor eine Verfügung über das Grundstück der GbR getroffen wird oder ein Wechsel im Gesellschafterbestand der GbR eingetragen werden soll, vgl. hierzu vorstehend unter → R.n. 9 ff.

<sup>178</sup> Daneben haben Personengesellschaften gegenüber Kapitalgesellschaften den Vorteil, dass sie kaum Gründungskosten verursachen, Verluste von Personengesellschaften die Steuerschuld mindern, Freibeträge bei der Gewerbesteuer geltend gemacht werden können und die Gewerbesteuer pauschaliert auf die Einkommensteuer angerechnet werden kann.

<sup>179</sup> Bei gewerblichen Personengesellschaften ist eine Einzelfallbetrachtung erforderlich: Je nach Art ihrer Geschäftstätigkeit bzw. ihres Vermögens kann sie jedoch umsatz- und/oder gewerbesteuerpflichtig sein (etwa beim Betreiben eines Einzelhandels in einem Wohn- und/oder Geschäftshaus).

<sup>180</sup> *Königer/Ziegler* FR 2011, 937 ff.

<sup>181</sup> *Fischer/Palanker* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 1, § 9 R.n. 1 f.

<sup>182</sup> Wie z. B. Immobilien (Geschäfts- oder Bürogebäude).

<sup>183</sup> Wie z. B. eine Kommanditbeteiligung an einer KG.

Gegenüber Kapitalgesellschaften oder öffentlichen Stiftungen des privaten Rechts (wie z. B. die Familienstiftung) i. S. d. §§ 80 ff. BGB überzeugen Personengesellschaften durch deren genehmigungsfreie und kostengünstige Gründung. Es muss weder – wie beispielsweise bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) – das Stammkapital in Höhe von 25.000 Euro gem. § 5 Abs. 1 GmbHG bei ihrer Gründung aufgebracht werden noch bedarf es, wie bei Stiftungen, einer behördlichen Genehmigung für die Errichtung und das Führen ihrer Geschäfte.<sup>184</sup>

*c) Ausgestaltungsform als Personengesellschaft*

*aa) Rechtsform der Familiengesellschaft*

Die geeignetste und insoweit auch häufigste Rechtsform von Familiengesellschaft ist die Personengesellschaft, oft die GbR, wenn lediglich **familiäres Vermögen verwaltet** wird und darüber hinaus **kein Handelsgeschäft** unter gemeinschaftlicher Firma betrieben werden soll.<sup>185</sup> Ist Letzteres der Fall, bietet sich die OHG oder die KG als geeignete Rechtsform an. 49

*bb) Gesellschaftsvertragliche Möglichkeiten*

Personengesellschaften sind weitgehend frei gestaltbar; die meisten gesetzlichen Bestimmungen wie beispielsweise Gewinn- und Verlustbeteiligungen, Kontrollrechten oder Geschäftsführungsbefugnisse sind dispositiv. 50

Daher ist bei der Konzeption einer Familiengesellschaft genau zu bestimmen, was von den Parteien gewollt ist. Regelmäßig sollen bei der Gründung einer bzw. der Einbringung von Familienvermögen in eine Gesellschaft bestimmte Rechte – sowohl des Übertragenden als auch des Erwerbers – abgesichert sein. Zu solchen Rechten zählen etwa bei Einbringung von Vermögen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge, dass der Übertragende bis zu seinem Ableben weiterhin über das Vermögen verfügen, es verwalten oder es frei ab- und umschichten kann, ohne dass er hierfür der Zustimmung der anderen Gesellschafter bedarf. Möglichkeiten zur Sicherung solcher Rechte sind die gesellschaftsvertragliche Einräumung der Geschäftsführungsbefugnis, einer unwiderruflichen Verfügungsmacht bis zum Tode und umfassender Mitspracherechte. Darüber hinaus können im Gesellschaftsvertrag auch die Verwaltungs-, Gewinnbeteiligungs-, Geschäftsführungs-, Kündigungs-, Nutzungs- und sonstige Rechte (etwa als Altersvorsorge) individuell vereinbart sowie die Haftung begrenzt werden.

Auch der Umstand, dass Anteile an Gesellschaften grundsätzlich frei übertragbar sind, bereitet Familiengesellschaften oft Schwierigkeiten, soll das Vermögen doch ausschließlich innerhalb des Familienverbundes gebündelt werden. Insoweit ist immer eine Vinkulierung hinsichtlich der andernfalls frei abtretbaren Ansprüche gem. § 399 BGB in Erwägung zu ziehen. Darüber hinaus ist immer die

<sup>184</sup> Vgl. nur zur Entstehung der Stiftung Grüneberg/Ellenberger § 80, passim.

<sup>185</sup> Die GbR dürfte die gebräuchlichste Form sein: eine Eintragung in das Handelsregister ist nicht erforderlich, das Vermögen wird ohne quotale Beteiligung der Gesellschafter an den Vermögensgegenständen und den Schulden zur ganzen Hand gebildet, i. Ü. ist sie in Deutschland auch seit 2009 grundbuchfähig; der Vorteil gegenüber einer Familienstiftung liegt auch darin, dass weder für die Errichtung noch für das Führen von Geschäften eine behördliche Genehmigung erforderlich ist, vgl. hierzu auch *Gemeinhardt* BB 2012, 739, 742 (Fn. 23); *Miras* DStR 2010, 604 ff.

Frage, wer Nachfolger (jedenfalls ohne die andernfalls erforderliche gesonderte Zustimmung der Mitgesellschafter) werden kann sowie besondere Kündigungsregelungen einschließlich einer Fortsetzungsklausel i. S. v. § 736 Abs. 1 BGB zu bedenken. Letzteres gilt insbes. vor dem Hintergrund, dass Familiengesellschaften über mehrere Generationen langfristig bestehen sollen.

## 2. Probleme bei der Konzeption von Familiengesellschaften

### a) Schriftformerfordernis des Gesellschaftsvertrags

- 51 Der Abschluss von Gesellschaftsverträgen unterliegt – aus gesellschaftsrechtlicher Sicht – grundsätzlich<sup>186</sup> **keinem Formerfordernis**, vielmehr können Gesellschaftsverträge formfrei abgeschlossen werden.

Familiengesellschaften werden allerdings oft ausschließlich aus steuerlichen Gründen konzipiert. Sie unterliegen daher der **kritischen Prüfung der Finanzverwaltung**. Zur steuerlichen Anerkennung ist daher regelmäßig gegenüber der Finanzverwaltung der Beweis zu erbringen, dass die Gesellschaft tatsächlich existiert. Dieser Beweis über das Bestehen der Gesellschaft wird durch die Vorlage des Gesellschaftsvertrags erbracht. Eine Gesellschaft ist nach der Auffassung des Bundesfinanzhofes jedenfalls immer dann anzuerkennen, wenn deren Gesellschaftsvertrag wirksam zu Stande gekommen ist.<sup>187</sup> Wegen der Vorlagepflicht des Gesellschaftsvertrags bei der Finanzverwaltung besteht folglich ein „**faktisches Schriftformerfordernis**“ bei Familiengesellschaften.<sup>188</sup> Die Finanzverwaltung kontrolliert anhand des Vertrags den wirksamen vertraglichen Abschluss und die **ernsthafte Durchführung** der Gesellschaft.<sup>189</sup> Sie geht von einem wirksamen vertraglichen Abschluss und einer ernsthaften Durchführung des Gesellschaftsvertrags aus, wenn der Vertrag inhaltlich so ausgestaltet ist, dass auch (familienfremde) Dritte diesen Vertrag abgeschlossen hätten<sup>190</sup> und er darüber hinaus

<sup>186</sup> Auch zum Handelsregister ist der Vertrag nicht einzureichen, vgl. § 106 HGB; Ausnahmen in Bezug auf ein Formerfordernis bestehen, wenn sich beispielsweise Gesellschafter in dem Gesellschaftsvertrag verpflichtet haben, unentgeltlich Anteile zu übertragen (§ 518 Abs. 1 S. 1 BGB) oder wenn die Verpflichtung geregelt ist, ein Grundstück zu kaufen/zu verkaufen (§ 311 b Abs. 1 BGB), bei Bürgschaften (§ 766 BGB) u. Ä.

<sup>187</sup> BFH 13.7.1999 – VIII R. 29/97, BB 2000, 1869 ff.; in BB 2007, 1373 ff.; zum Erfordernis einer klaren „zivilrechtlichen Gestaltung“ von Gesellschaftsverträgen BFH 7.11.2000 – VIII R. 16/97, BB 2001, 186 ff.; zu Ausnahmefällen hierzu (die z. T. dann angenommen wurden, wenn der Vertrag über einen langen Zeitraum eingehalten wurde) BFH 7.6.2006 – IX R. 4/04, BStBl. II 2007, 294 ff.

<sup>188</sup> Zu Recht *Gemeinhardt* BB 2012, 739, 740.

<sup>189</sup> *BVerfG* BB 1995, 2624, dazu *Woerner* BB 1995, 2625 ff.

<sup>190</sup> Sog. „**Fremdvergleich**“, d. h. Gesellschafterrechte dürfen nicht derart eingeschränkt werden, dass sich ein objektiver Dritter niemals an dieser Gesellschaft beteiligt hätte; die Rechtsprechung nimmt hierbei jeweils eine Einzelfallbetrachtung vor (verneint wird die „ernsthafte Durchführung“ beispielsweise, wenn Kontroll-, Mitwirkungs-, Gewinnbeteiligungsrechte gänzlich ausgeschlossen sind oder keine Mitberechtigung am Vermögen der Gesellschaft gewährt wird, siehe hierzu BFH 7.11.2000 – VIII R. 16/97, BB 2001, 186 ff.; 22.1.1970 – IV R. 178/68, BStBl. II 1970, 416; 11.10.1988 – VIII R. 328/83, BB 1989, 1036 ff.; 15.10.1981 – IV R. 52/79, BStBl. II 1982, 342 ff.). Ähnliches gilt im Hinblick auf die Gewährung zu „vieler“ Rechte, so darf insbes. die Gewinnverteilungsabrede nicht einseitig ausgestaltet sein, hier nimmt die Finanzverwaltung eine sog. „**Angemessenheitsprüfung**“ vor, BFH 29.5.1972 – GrS 4/71, BStBl. II 1973, 5 ff.

(praktisch) durchführbar ist.<sup>191</sup> Daher sollte bei der Konzeption von Familiengesellschaften von atypisch gesellschaftsvertraglichen Konstellationen Abstand genommen werden, um deren steuerliche Anerkennung nicht zu gefährden.

### b) Beteiligungen von Minderjährigen

#### aa) Einwilligung des gesetzlichen Vertreters

Aus den oben genannten Gründen, die für die Errichtung einer Familiengesellschaft sprechen, werden Gesellschafter häufig mit Minderjährigen gegründet oder **Minderjährige** als Gesellschafter eingesetzt.<sup>192</sup> 52

Sowohl die Beteiligung Minderjähriger als auch die Gründung neuer Gesellschaften mit Minderjährigen sind aus zivilrechtlicher Sicht nicht unproblematisch.

Ein Minderjähriger bedarf nach § 107 BGB zu einer Willenserklärung, durch die er nicht lediglich einen **rechtlichen Vorteil** erlangt, die **Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters**. 53

Abzustellen ist bei der Frage, ob ein Minderjähriger durch eine Gesellschaftsbeteiligung nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, auf die **rechtlichen Folgen** des Geschäftes. Auf eine wirtschaftliche Betrachtung kommt es hierbei nicht an.<sup>193</sup>

Erwirbt ein Minderjähriger einen Gesellschaftsanteil oder gründen Eltern zusammen mit ihrem Abkömmling eine Gesellschaft, handelt es sich regelmäßig um kein lediglich rechtlich vorteilhaftes Rechtsgeschäft, da mit einer Gesellschaftsunterstellung ein „**Bündel von Rechten und Pflichten**“ verbunden ist.<sup>194</sup>

Handelt es sich um ein zustimmungspflichtiges Rechtsgeschäft, haben die gesetzlichen Vertreter vor dem Rechtsgeschäft gem. §§ 107, 183 BGB ihre Zustimmung zu erteilen. Die gesetzlichen Vertreter sind nach §§ 1626, 1629 BGB die Eltern. Fehlt es an dieser erforderlichen Genehmigung, ist die Beteiligung des Minderjährigen unwirksam, ohne dass der Minderjährige aus der faktischen Gesellschaft haftet.<sup>195</sup>

Etwas anderes gilt jedoch sowohl bei der Gründung als auch bei der Schenkung von Gesellschaftsanteilen, wenn die Eltern selbst den Anteil schenken bzw. die Gesellschaft zusammen mit ihrem Kind gründen wollen. 54

Gründen Eltern – wie es bei der Konzeption von Familiengesellschaften durchaus der Fall sein kann – zusammen mit ihrem minderjährigen Kind eine Gesellschaft, genügt nicht die Einwilligung der Eltern als gesetzlicher Vertreter. Denn

<sup>191</sup> *Gemeinhardt* BB 2012, 739, 740, 744, so müssen etwa (gesellschafts-) vertraglich vereinbarte Leistungen – wie die Pflicht zur Einlagenleistung, die Verteilung von Gewinnen oder Versorgungsleistungen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge – tatsächlich auch erbracht werden, siehe hierzu BFH 15.9.2010 – X R 16/09, BFH/NV 2011, 428.

<sup>192</sup> Bis zur Vollendung des 7. Lebensjahres ist ein Minderjähriger gem. §§ 104, 105 BGB geschäftsunfähig und kann – mit Ausnahme von Rechtsgeschäften des täglichen Lebens nach § 105a BGB – keine Rechtsgeschäfte vornehmen, solche sind uneingeschränkt nichtig; nach Vollendung des 7. Lebensjahres können Minderjährige nach § 106 BGB allein solche Rechtsgeschäfte vornehmen, durch die sie lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangen, siehe nachfolgend → 2 Rn. 53 ff.

<sup>193</sup> Std. Rspr., vgl. hierzu nur BGH 25.11.2004 – V ZB 13/04, NJW 2005, 415 ff.

<sup>194</sup> BGH 68, 225, 232; BFH 27.4.2005 – II R 52/02, NJW-RR 2006, 80; *Baumbach/Hopt/Roth* § 105 Rn. 26.

<sup>195</sup> BGH 30.9.1982 – III ZR 58/81, NJW 1983, 748.

hierin liegt ein nach § 181, 1. Alt. BGB unzulässiges Insichgeschäft. Eltern dürfen nicht für sich selbst *und* zugleich für ihr Kind handeln. Nach §§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 2, 181 BGB haben sie bei einer Gesellschaftsgründung einen **Ergänzungspfleger** zu bestellen, der das Kind nach § 1909 Abs. 1 BGB anstelle der und gegenüber den Eltern vertritt.

Beabsichtigen die Eltern, mehrere Kinder an der Gesellschaft zu beteiligen, muss für jeden Abkömmling jeweils ein eigener Ergänzungspfleger bestellt werden. Andernfalls läge auch auf Seiten des Ergänzungspflegers ein unzulässiges Insichgeschäft i. S. v. § 181, 2. Alt. BGB vor.

- 55 **Schenken Eltern** ihrem minderjährigen Kind Gesellschaftsbeteiligungen, handelt es sich ebenfalls um ein unzulässiges Insichgeschäft i. S. v. § 181, 1. Alt. BGB. Eltern können nicht selbst ihre Zustimmung zu ihrer eigenen Schenkung erteilen, sondern benötigen gem. § 1643 Abs. 1 i. V. m. § 1822 Nr. 3 BGB eine Genehmigung des Familiengerichts.<sup>196</sup> § 1643 Abs. 1 BGB sieht vor, dass bei Rechtsgeschäften der Eltern für das Kind eine **Genehmigung durch das Familiengericht** in Fällen zwingend erforderlich ist, in denen auch ein Vormund gem. § 1822 BGB der Genehmigung bedarf. Nicht nach § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB genehmigungsbedürftig ist jedenfalls dann die Bestellung eines Nießbrauchs oder eines Grundpfandrechts im Zusammenhang mit dem Grundstückserwerb eines Minderjährigen, wenn sich die Belastung bei wirtschaftlicher Betrachtung als Teil des Erwerbsvorgangs darstellt und die Auflassung und die dingliche Einigung über die Belastung gleichzeitig erfolgen; die Belastung bedarf nicht deshalb der familiengerichtlichen Genehmigung, weil ihre Eintragung in das Grundbuch erst nach Umschreibung des Eigentums an dem Grundstück bewilligt und beantragt wird.

Ein Vormund benötigt u. a. nach § 1822 Nr. 3, 2. Alt. BGB eine Genehmigung des Familiengerichtes, wenn er im Namen eines Minderjährigen einen Gesellschaftsvertrag abschließt, der „zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts eingegangen wird“.<sup>197</sup> Ein Erwerbsgeschäft i. S. v. § 1822 Nr. 3, 2. Alt. BGB liegt bei einer „berufsmäßig ausgeübten, auf selbstständigen Erwerb ausgerichteten Tätigkeit mit Gewinnerzielungsabsicht“ vor.<sup>198</sup> Bei dieser familiengerichtlichen Genehmigungspflicht bleibt es auch, wenn bereits wegen der Gesellschaftsgründung ein Ergänzungspfleger bestellt worden ist.<sup>199</sup> Verwalten Familiengesellschaften lediglich ihr eigenes Vermögen wie Immobilien, liegt darin kein Erwerbsgeschäft, so dass eine gerichtliche Genehmigung nicht erforderlich ist.<sup>200</sup>

Ob daraus der Schluss zu ziehen ist, dass Beteiligung an rein vermögensverwaltenden Gesellschaften nie einer familiengerichtlichen Genehmigung bedürfen,

<sup>196</sup> S. hierzu Grüneberg/Götz § 1822 Rn. 5 ff.

<sup>197</sup> OLG Frankfurt a. M., NJW-RR 1999, 1236; Wacker in Schmidt, EStG, § 15 Rn. 747; ist der Gesellschaftsvertrag nicht auf ein Erwerbsgeschäft gerichtet, ist hingegen keine familiengerichtliche Genehmigung erforderlich, LG Münster, FamRZ 97, 842; Grüneberg/Götz § 1822 Rn. 8.

<sup>198</sup> BayObLG FamRZ 1996, 119; Fortun NJW 1999, 754 ff.

<sup>199</sup> Wie es bei der Gründung einer Gesellschaft der Fall ist, Fatouros in Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, Handbuch der GmbH & Co. KG, § 2, Rn. 2.212.

<sup>200</sup> LG Münster FamRZ 97, 842 ff.



ist umstritten und noch nicht höchstrichterlich geklärt.<sup>201</sup> Für diese Annahme lässt sich anführen, dass nach dem Wortlaut des § 1822 Nr. 3 BGB ein Gewerbe Voraussetzung für das Genehmigungserfordernis ist, vermögensverwaltende Personengesellschaften allerdings immer nur Vermögen verwalten. Diese Vermögensverwaltung begründet – auch wenn die Verwaltung im großen Stil betrieben wird – nie ein **Gewerbe**.<sup>202</sup> Nach dem Schutzzweck der familiengerichtlichen Genehmigung dürfte jedenfalls dann eine solche Genehmigung entbehrlich sein, wenn ausgeschlossen ist, dass den Minderjährigen durch seine Beteiligung ein unternehmerisches Risiko trifft.<sup>203</sup> Bei der Beurteilung soll es maßgeblich auf eine Einzelfallbetrachtung unter Zugrundelegung des Gesellschaftsvertrags (insbes. des Gesellschaftszwecks) ankommen.<sup>204</sup>

Auch die Frage, inwieweit unabhängig vom Vorliegen eines Erwerbsgeschäftes keine Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bzw. – soweit der gesetzliche Vertreter selbst an der GmbH & Co. KG beteiligt ist – die familiengerichtliche Genehmigung erforderlich ist, wenn ein Minderjähriger einen **voll eingezahlten Kommanditanteil an einer GmbH & Co. KG** im Wege einer Schenkung erwirbt – und zwar insbes. dann, wenn die Übertragung des Kommanditanteils oder der Eintritt unter die aufschiebende Bedingung gestellt wird, dass er erst mit Eintragung des Erwerbers im Handelsregister wirksam wird –, ist in der Literatur und Rechtsprechung ebenfalls noch umstritten.<sup>205</sup> Gegen das Erfordernis einer Genehmigung spricht die beschränkte Haftung von Kommanditisten nach §§ 171 Abs. 1, 172 HGB. Ist die geschuldete Haftsumme voll geleistet und die GmbH & Co. KG vor Aufnahme ihrer Geschäfte nach § 176 Abs. 1 HGB in das Handelsregister eingetragen worden, dürfte mangels Haftungsrisiko jedenfalls keine Genehmigung des Familiengerichts erforderlich sein.<sup>206</sup>

**Erbt** ein minderjähriges Kind einen Gesellschaftsanteil, ist keine Genehmigung der Eltern – und somit auch nicht des Familiengerichts – erforderlich.<sup>207</sup> Der Gesellschaftsanteil geht gem. § 1822 ff. BGB qua Gesetz auf den Minderjährigen im Wege der Sondererbfolge über,<sup>208</sup> es fehlt an einem Rechtsgeschäft i. S. d.

<sup>201</sup> BayObLG ZEV 1998, 107 (Grundstücksverwaltungs-GbR); a. A. LG Münster FamRZ 1997, 842 ff.; Dümig FamRZ 2003, 3; OLG München FamRZ 2009, 623 ff.

<sup>202</sup> *Heidel* in *Heidel/Schall* § 105 Rn. 259.

<sup>203</sup> Ähnlich BGH 28.1.1957 – III ZR 155/55, FamRZ 1957, 121; *KG Berlin* NJW 1976, 1946.

<sup>204</sup> *Weinbrenner* FÜR 2009, 268.

<sup>205</sup> Gegen die rechtliche Vorteilhaftigkeit, LG Köln Rpfleger 1970, S. 245; LG Aachen NJW-RR 1994, 1319 ff.; OLG Bremen FamRZ 2009, 621 ff.

<sup>206</sup> *Fatouros* in *Hesselmann/Tillmann/Müller-Thuns*, Handbuch der GmbH & Co. KG, § 2 Rn. 2.214; anders verhält es sich, wenn eine persönliche Haftung des Minderjährigen besteht (z. B. durch rückständige Gesellschaftsanteile); aufgrund der Unklarheit sollte der Sicherheit halber möglichst immer ein Ergänzungspfleger hinzugezogen werden.

<sup>207</sup> S. hierzu *Reuschle* in *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB, § 27 Rn. 42 ff.; *Grüneberg/Götz* § 1822, Rn. 10 m. w. N.; es gilt jedoch die „Grenze“ des § 1629 a BGB; ferner steht dem Minderjährigen gem. § 723 Abs. 1 S. 3 Nr. 2 BGB bei Eintritt der Volljährigkeit ein Kündigungsrecht zu; zur Annahme und Ausschlagung einer Erbschaft *Grüneberg/Weidlich* § 1943 Rn. 4 m. w. N.; zur Erbauseinandersetzung § 2042 Rn. 14.

<sup>208</sup> *Wolf* MittBayNot 2010, 186, 190.

§§ 107 ff. BGB. Gleiches gilt bei der Erfüllung eines Vermächtnisses zugunsten eines Minderjährigen.

*bb) Außerordentliches Kündigungsrecht*

- 58 Neben Genehmigungserfordernissen verursacht das **außerordentliche Kündigungsrecht** von Minderjährigen gem. § 723 Abs. 1 S. 4 BGB Probleme.<sup>209</sup> Minderjährige können nach Vollendung ihres 18. Lebensjahres mit Eintritt der Volljährigkeit innerhalb von drei Monaten nach Kenntniserlangung von ihrer Gesellschafterstellung die Gesellschaft kündigen. Da Familiengesellschaften jedoch in der Regel gerade darauf ausgerichtet sind, für lange Zeit – nämlich über mehrere Generationen hinaus – zu bestehen, um langfristig Vermögenswerte zu bündeln, wäre ein solcher Zwang zur Auflösung der Gesellschaft äußerst misslich.

Eine Lösung dieses Kündigungsproblems wird wegen § 723 Abs. 3 BGB nicht auf Ebene des Gesellschaftsvertrags möglich sein. Nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut in § 723 Abs. 3 BGB ist eine Vereinbarung, durch welche das Kündigungsrecht ausgeschlossen oder nur beschränkt wird, aus Gründen des Minderjährigenschutzes uneingeschränkt nichtig.<sup>210</sup> Auch eine in Betracht zu ziehende Hinauskündigungsklausel, wonach bei Vorliegen bestimmter Voraussetzung nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrags die Gesellschaft einen Gesellschafter kündigen kann, ist gem. § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig und damit nichtig.<sup>211</sup> Denn eine Hinauskündigungsklausel ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nur in Ausnahmefällen zulässig. Erforderlich ist, dass ein **besonderes Bedürfnis** besteht, einen oder mehrere Gesellschafter ohne größeres Aufheben aus einer Gesellschaft ausschließen zu können.<sup>212</sup> Dieses besondere Bedürfnis dürfte jedoch nicht schon anzunehmen sein, wenn ein volljährig gewordener Gesellschafter von seinem gesetzlichen Kündigungsrecht Gebrauch macht.

Das Kündigungsproblem kann daher nur im **Valutaverhältnis** (i. d. R. der Schenkungsvertrag) gelöst werden. Insoweit ist zwischen der Schenkung einer Gesellschaftsbeteiligung als Valutaverhältnis auf der einen Seite und der Gesellschafterstellung als Deckungsverhältnis auf der anderen Seite streng zu differenzieren. Möglich ist etwa, dass sich die Eltern ein (Schenkungs-)Widerrufsrecht vorbehalten<sup>213</sup> und im Gesellschaftsvertrag eine Fortsetzungsklausel bei Ausscheiden von Gesellschaftern vereinbart wird.

<sup>209</sup> S. hierzu *Lohse/Triebel* ZEV 2000, 337, 342.

<sup>210</sup> Hierzu *Grüneberg/Sprau* § 723 Rn. 7; *Glöckner* ZEV 2001, 47 ff.; etwas anderes gilt nach § 723 Abs. 1 S. 5 BGB nur dann, wenn der Minderjährige bereits vor Eintritt seiner Volljährigkeit gem. § 112 BGB zum Betrieb eines Erwerbsgeschäftes ermächtigt war und die GbR wie ein Volljähriger betrieben hat.

<sup>211</sup> *Nassal* NZG 2008, 851 ff.; (zu Mitarbeiterbeteiligungen) BGH 19.9.2005 – II ZR 173/04, ZIP 2005, 1917 ff.; im Übrigen ist eine solche Hinauskündigungsklausel im Hinblick auf die aus steuerlicher Sicht i. d. R. gewollte Mitunternehmerstellung dann kritisch, soweit nicht für den Fall eine angemessene Abfindung vereinbart wird, vgl. hierzu *Steiner* ErbStB 2005, 279.

<sup>212</sup> Beispiele s. BGH 8.3.2004 – II ZR 165/02, ZIP 2004, 903 ff.; 14.3.2005 – II ZR 153/03, ZIP 2005, 706 ff.; BGHZ 112, 103.

<sup>213</sup> Zu erwähnen bleibt, dass ein solches Widerrufsrecht aus steuerlicher Sicht insoweit problematisch ist, als der beschenkte Minderjährige nicht als Mitunternehmer angesehen wird, vgl. *Hannes/Onderka/von Oertzen* ZEV 2005, 540, 541.