

Die Familien-GmbH & Co. KG unter Beteiligung Minderjähriger

Große Privatvermögen, aber auch Familienunternehmen, sind in Deutschland sehr häufig in Form von sogenannten Familiengesellschaften organisiert. Von einer Familiengesellschaft spricht man, wenn in einer Gesellschaft ausschließlich oder zumindest überwiegend die Vermögensinteressen bzw. Unternehmensinteressen von Personen vertreten sind, die in einem familiären Verhältnis zueinander stehen. Der Kreis dieser Personen wird dabei überwiegend anhand des Angehörigenbegriffs von § 15 AO abgegrenzt.¹

I. Motive für die Gründung einer Familiengesellschaft

Für die Gründung von Familiengesellschaften gibt es die vielfältigsten Motive. Ein wichtiger Grund ist, dass sie ein wichtiges Instrument zur Erhaltung des Familienvermögens sind, da das Vermögen in solchen Gesellschaften gebündelt und so effektiver verwaltet werden kann. Durch die möglichen gesellschaftsrechtlichen Bindungen sowie Übertragungs- und Kündigungsbeschränkungen kann das Vermögen zudem vor Zersplitterung und Verschwendung geschützt werden. Die Beteiligung von Kindern und Enkeln am Familienvermögen ist auf diese Weise einfach und risikolos möglich, da mit den genannten Mitteln die Kontrolle und Verwaltung zunächst bei dem oder den ursprünglichen Vermögens-träger/n belassen werden kann. Eine sukzessive Übertragung der Mitsprache- und Entscheidungsrechte ist mit zunehmendem Alter bzw. steigender Erfahrung und Bewährung möglich. Durch eine entsprechende frühzeitige Einbindung in die Familiengesellschaft wird die nachfolgende Generation schließlich nach und nach an die Verwaltung und den Umgang mit dem Familienvermögen sowie die damit verbundene Verantwortung herangeführt. Ein Nebeneffekt ist, dass die Kinder auch mit gesellschaftsrechtlichen Sachverhalten wie Gesellschafterversammlungen, Jahresabschlüssen und Gesellschafterbeschlüssen sowie mit wirtschaftlichen Sachverhalten wie Anlageentscheidung und Vermögenskontrolle vertraut gemacht werden. Für die frühzeitige Beteiligung der nachfolgenden Generation, auch schon von Minderjährigen, sprechen neben den oben angeführten Gründen auch Vorteile in der Einkommen- sowie in der Schenkung- und Erbschaftsteuer.

¹ Hohaus/Eickmann, BB 2004, 1707.

Durch die Beteiligung einer Vielzahl von Familienangehörigen an einer Familiengesellschaft lässt sich der Gesellschaftsertrag auf eine größere Anzahl von Personen verteilen. Das hat den Vorteil, dass die einkommensteuerlichen Freibeträge für jeden Beteiligten in der Gesellschaft ausgenutzt werden können. Zugleich kann sich die teilweise Einkünfteverlagerung insgesamt progressionsmindernd auswirken. Dadurch wird das Gesamteinkommen der Familie im Ganzen niedriger besteuert.

Im Bereich der Schenkung- und Erbschaftsteuer ist mit der frühzeitigen Beteiligung der nachfolgenden Generation der Vorteil verbunden, dass Freibeträge ggf. mehrfach in Anspruch genommen werden können. Wird das gesamte Vermögen erst zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers übertragen, können die erbschaftsteuerlichen Freibeträge nur einmal berücksichtigt werden. Werden dagegen die Familienmitglieder sukzessive an der Familiengesellschaft beteiligt, können die Freibeträge alle zehn Jahre erneut in Anspruch genommen werden (§ 14 ErbStG). Dies reduziert den Wert der Erbschaft im Zeitpunkt des Erbfalls. Die in § 14 ErbStG angelegte Zehn-Jahres-Staffelung bietet darüber hinaus den Vorteil, dass dadurch die eingreifende Tarifprogression gemindert werden kann. Ein weiterer steuerlicher Vorteil der frühzeitigen Beteiligung der nachfolgenden Generation an Familiengesellschaften liegt darin, dass hierdurch bereits zukünftige Wertsteigerungen (stille Reserven) des übertragenen Vermögens verlagert werden. Dies hat zur Folge, dass die Vermögensmehrungen unmittelbar bei dem potentiellen Erben entstehen. Es wird also nicht nur das zu einem bestimmten Zeitpunkt bestehende Vermögen übertragen, sondern es gehen zugleich alle künftigen Wertsteigerungen steuerfrei mit über. Dieser Effekt spielt vor allem bei sehr großen Vermögen eine nicht zu vernachlässigende Rolle.

II. Vorzüge der GmbH & Co. KG

Der Begriff Familiengesellschaft bezeichnet keine besondere Rechtsform, sondern bezieht sich auf die besondere familiäre Verbindung unter den Anteilseignern, bzw. den Begünstigten. Als Rechtsform sind sowohl die Personen- als auch die Kapitalgesellschaft in ihren unterschiedlichsten Ausprägungen denkbar, aber auch die Stiftung oder der Verein. Die Wahl der richtigen bzw. passenden Rechtsform hängt von sehr verschiedenen Faktoren ab. Zu nennen sind in erster Linie die geplante Tätigkeit der Familiengesellschaft und steuerliche Erwägungen. Daneben spielen aber auch die bisherige Struktur und außerrechtliche Gründe wie die Stärke der Bindung der Familienmitglieder eine große Rolle.²

Seitdem mit der HGB-Reform die vermögensverwaltende KG eingeführt wurde, hat die KG als Rechtsform für Familiengesellschaften, die vorrangig eigenes Vermögen verwalten, erheblich an Bedeutung gewonnen. Sie hat die frü-

² Zur Rechtsformwahl bei Familienunternehmen siehe *Wälzholz*, in: *Sudhoff*, Familienunternehmen, 2. Aufl. 2005, § 2; allgemein zur Rechtsformwahl siehe *von Sothen*, in: *Scherer*, Münchner Anwaltshandbuch Erbrecht, 2. Aufl. 2007, § 36 Rn. 53 ff.

her gebräuchliche Rechtsform der GbR weitgehend verdrängt, da sie einerseits auch ein Gesamthandsvermögen mit allen damit verbundenen Vorteilen bildet, aber andererseits, insbesondere als GmbH & Co. KG, nicht die gleiche Haftungsproblematik hat.³ Neben der Flexibilität und Gestaltungsfreundlichkeit des eben erwähnten Gesamthandsvermögens sprechen für die in diesem Beitrag thematisierte spezielle Form der GmbH & Co. KG als Rechtsform einer Familiengesellschaft unter Beteiligung von Minderjährigen aus rechtlicher und steuerlicher Sicht im Wesentlichen drei Gründe:

Als Erstes ist die beschränkte Haftung der Kommanditisten zu nennen. Kommanditisten haften gem. § 171 HGB nur mit ihrer in das Handelsregister eingetragenen Hafteinlage. Wenn minderjährige Gesellschafter als Kommanditisten aufgenommen werden, ist daher ihre Haftung auf die Höhe der in das Handelsregister eingetragenen Hafteinlage beschränkt.⁴ Indem die Eltern oder andere Dritte die Einlage aufbringen und einen Gesellschaftsanteil samt eingezahlter Hafteinlage einem Minderjährigen schenken, kann für den Minderjährigen sogar jegliches Haftungsrisiko vermieden werden.⁵ Damit wird dem Minderjährigenschutz Rechnung getragen. Inzwischen gehen manche Vormundschaftsgerichte so weit, dass sie eine Beteiligung eines Minderjährigen an einer Gesamthandsgesellschaft nur noch genehmigen, wenn es sich um eine Kommanditgesellschaft handelt.⁶ Wenn eine GmbH als Komplementärin fungiert, muss kein Familienmitglied die unbeschränkte persönliche Haftung mehr auf sich nehmen. Die GmbH haftet nur mit ihrem Stammkapital (§ 13 Abs. 2 GmbHG).

Zweitens kann es unter bestimmten Umständen auch interessant sein, eine GmbH neben einer natürlichen Person als Komplementärin zu beteiligen. Denn durch den Einsatz einer Komplementär-GmbH lässt sich das Problem der Testamentsvollstreckung am Gesellschaftsanteil eines persönlich haftenden Gesellschafters vermeiden. Ordnet nämlich ein persönlich haftender Gesellschafter die Weiterführung seiner Beteiligung durch den Testamentsvollstrecker an, ergeben sich Hindernisse aufgrund der Unvereinbarkeit der Haftungsprinzipien des Erbrechts einerseits mit denen des Handels- und Gesellschaftsrechts andererseits.⁷ Letztere sehen für den Nachfolger in einer persönlich haftenden Beteiligung bei einer Personengesellschaft eine persönliche und unbeschränkte Haftung vor (§§ 128, 130 HGB).⁸ Die Regelungen des Erbrechts bestimmen jedoch, dass der Testamentsvollstrecker Verbindlichkeiten nur für den Nachlass eingehen kann. Außerdem kann der Erbe die Beschränkung seiner Haftung für die Nachlassverbindlichkeiten herbeiführen (§ 2206 Abs. 2 BGB). Im Ergebnis würde die unbeschränkte Haftung des Komplementärs in die beschränkte Haftung des Tes-

³ Siehe dazu und sehr allgemein *Spiegelberger*, ZEV 2003, 391.

⁴ *Hopt*, in: *Baumbach/Hopt*, HGB, 32. Aufl. 2006, § 171 Rn. 1.

⁵ *Wälzholz*, INF 2007, 231 (232).

⁶ Vgl. *Spiegelberger*, ZEV 2003, 391.

⁷ *Weidlich*, in: *Mayer/Bonefeld/Wälzholz/Weidlich*, Testamentsvollstreckung, 2. Aufl. 2005, Rn. 397; *Mayer*, in: *Bengel/Reinmann*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 3. Aufl. 2001, Kap. 5 Rn. 111.

⁸ *Mayer*, in: *Bengel/Reinmann* (Fn. 7), Kap. 5 Rn. 111.

tamentsvollstreckers umgewandelt werden.⁹ Die Rechtsprechung hat daher Ersatzkonstruktionen entwickelt, die letztlich dazu führen, dass der Testamentsvollstrecker die unbeschränkte Haftung übernimmt.¹⁰ Um diese Problematik zu umgehen, bietet es sich an, anstatt oder zusätzlich zu einer natürlichen Person eine GmbH als Komplementärin aufzunehmen. Dann kann einerseits der Komplementäranteil, für den Testamentsvollstreckung angeordnet ist, problemlos in einen Kommanditanteil umgewandelt werden. Andererseits ist eine Testamentsvollstreckung in GmbH-Anteile ohne weiteres möglich.

Drittens lässt sich durch die Wahl der Rechtsform GmbH & Co. KG trotz einer Beschränkung der Tätigkeit der Gesellschaft auf die reine Vermögensverwaltung eine gewerbliche Prägung herstellen, d. h. Privatvermögen in Betriebsvermögen umwandeln. Dies konnte jedenfalls bislang aus Erbschaft- und schenkungsteuerlicher Sicht Vorteile bringen. Im Bereich der Einkommensteuer gilt eine Personengesellschaft in jedem Fall als gewerblich, wenn an dieser ausschließlich eine oder mehrere Kapitalgesellschaften als persönlich haftende Gesellschafter beteiligt sind und kein Kommanditist zur Geschäftsführung befugt ist (sog. gewerblich geprägte Personengesellschaft, § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG). Das Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht vollzieht diese Umqualifikation bislang noch nach. Durch Herbeiführung der gewerblichen Prägung kann daher die Nutzung der im Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht für die Übertragung von Betriebsvermögen vorgesehenen Begünstigungen (Freibetrag und Bewertungsabschlag, § 13 a Abs. 1 und 2 ErbStG; Tarifbegrenzung, § 19 a ErbStG) erreicht werden. Allerdings ist es sehr fraglich, ob diese Möglichkeit auch nach der anstehenden Reform des Erbschaftsteuerrechts¹¹ weiterhin besteht.

III. Gründung einer Familiengesellschaft in der Form der GmbH & Co. KG unter Beteiligung Minderjähriger

Die Gründung einer Familiengesellschaft in der Form einer GmbH & Co. KG unterscheidet sich grundsätzlich nicht von der einer „normalen“ GmbH & Co. KG. Einzig aus der Beteiligung von Minderjährigen ergeben sich besondere Fragestellungen. So sind die Anforderungen des Minderjährigenrechts (insbesondere die fehlende bzw. eingeschränkte Geschäftsfähigkeit) an eine wirksame Gesellschaftsgründung zu beachten. Deren Einhaltung ist auch für die steuerliche Anerkennung des Gesellschaftsvertrages von Bedeutung (s. unten 5.).

1. Form des Gesellschaftsvertrages

Der Gesellschaftsvertrag, durch den eine KG gegründet wird, ist grundsätzlich formfrei und kann daher auch mündlich geschlossen werden.¹² Eine notarielle

⁹ Mayer, in: *Bengel/Reinmann* (Fn. 7), Kap. 5 Rn. 112.

¹⁰ Mayer, in: *Bengel/Reinmann* (Fn. 7), Kap. 5 Rn. 113.

¹¹ Zur Verfassungswidrigkeit des bisherigen Erbschaftsteuerrechts vgl. BVerfG v. 7.11.2006 – 1 BvL 10/02, DStR 2007, 235.

¹² Hopt, in: *Baumbach/Hopt* (Fn. 4), § 161 Rn. 7.

Beurkundung ist, im Gegensatz zur Gründung einer GmbH, bei der Gründung einer GmbH & Co. KG nicht erforderlich. Aus Beweisgründen und aufgrund der restriktiven steuerlichen Anerkennungsvoraussetzungen ist es aber in der Praxis regelmäßig geboten, den Vertrag zumindest schriftlich abzufassen. Um die Beweiskraft zu erhöhen, kann es sich empfehlen, den Gesellschaftsvertrag notariell beglaubigen zu lassen.

2. Vertretung der Minderjährigen

Minderjährige können grundsätzlich selbst keine wirksamen Willenserklärungen abgeben (§ 105 Abs. 1 und § 107 BGB), da sie nicht voll geschäftsfähig sind. Altersabhängig sind sie entweder geschäftsunfähig (bis zur Vollendung des 7. Lebensjahres, § 104 BGB) oder nur beschränkt geschäftsfähig (bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres, § 106 BGB). Sie werden in der Regel von ihren Eltern als den gesetzlichen Vertretern gemeinschaftlich vertreten (§ 1629 Abs. 1 Satz 2 BGB). Eine Ausnahme stellen lediglich rechtlich vorteilhafte Geschäfte dar. Solche Rechtsgeschäfte können beschränkt Geschäftsfähige ohne Hilfe ihrer gesetzlichen Vertreter vornehmen (§ 107 BGB). Bei der Beurteilung der jeweiligen Rechtsgeschäfte sind ausschließlich deren unmittelbare Wirkungen maßgeblich. Hierbei sind sowohl Haupt- als auch Nebenverpflichtungen zu beachten.¹³

Die Gründung einer GmbH & Co. KG setzt einen Gesellschaftsvertrag voraus, in dem der Minderjährige seinen Willen erklärt, als Kommanditist ein ganzes Bündel von Rechten und Pflichten zu übernehmen. Somit ist diese Willenserklärung für ihn nicht lediglich rechtlich vorteilhaft im Sinne von § 107 BGB. Für den Minderjährigen müssen daher seine gesetzlichen Vertreter, normalerweise die Eltern, handeln.¹⁴ Dies gilt auch dann, wenn dem Minderjährigen die von ihm zu leistende Einlage von einem Dritten im Wege der Schenkung überlassen wird, da er im Außenverhältnis weiterhin alleiniger Verpflichteter gegenüber der Gesellschaft bleibt.¹⁵

a) Vertretungsausschluss bei In-sich-Geschäft oder Mehrfachvertretung

Die Eltern können ein Kind aber insoweit nicht vertreten, als nach § 1795 BGB ein Vormund von der Vertretung des Kindes ausgeschlossen wäre (§ 1629 Abs. 2 Satz 1 BGB). Im Fall eines solchen Ausschlusses ist ein Ergänzungspfleger zu bestellen (§ 1909 BGB).¹⁶

Nach § 1795 Abs. 2 bleibt die Vorschrift des § 181 BGB anwendbar. Die Eltern sind danach von der Vertretung des Kindes ausgeschlossen, wenn ein In-sich-Geschäft vorliegt. Dies ist gegeben, wenn die Eltern selbst als Vertragspartei auf der einen und als Vertreter ihres Kindes auf der anderen Seite an dem Rechtsgeschäft

¹³ Heinrichs, in: Palandt, BGB, 66. Aufl. 2007, § 107 R.n. 2; Schmitt, in: Münchener Kommentar, BGB, 5. Aufl. 2006, § 107 R.n. 29.

¹⁴ Wälzholz, INF 2007, 231 (233) m.w.N.

¹⁵ Ivo, ZEV 2005, 193 (194).

¹⁶ Diederichsen, in: Palandt (Fn. 13), § 1629 R.n. 20 ff.; Huber, in: Münchener Kommentar, BGB, 4. Aufl. 2002, § 1629 R.n. 43.

beteiligt sind oder wenn sie auf beiden Seiten als Vertreter ihres Kindes und eines Dritten handeln.¹⁷ Der Ausschluss beider Eltern gilt auch dann, wenn nur ein Elternteil Vertragspartner des Kindes werden soll.¹⁸ Dies ergibt sich aus einer teleologischen Auslegung des § 1629 Abs. 2 S. 1 BGB. Die Interessen des Kindes sind aufgrund von Interessenkollisionen bei den Eltern ähnlich gefährdet, wenn der Ehegatte des ausgeschlossenen Elternteils für das Kind handelt.¹⁹

An dem Abschluss eines Vertrages zur Gründung einer GmbH & Co. KG ist regelmäßig zumindest ein Elternteil als Kommanditist und oft noch gleichzeitig als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH und damit als deren Vertreter beteiligt. Die Eltern wären daher auf mehreren Seiten des Rechtsgeschäfts tätig. Es greift also der Vertretungsausschluss des § 181 BGB, so dass ein Ergänzungspfleger gem. § 1909 BGB zu bestellen ist.

Auch wenn kein Elternteil an der Gesellschaft beteiligt ist, können die Eltern an der Vertretung ihrer Kinder gehindert sein. So schließt § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB die Vertretung bei Rechtsgeschäften mit Verwandten in gerader Linie aus. Dies wird beispielsweise bei Gesellschaften relevant, an denen mehrere Geschwister oder Großeltern und ihre Enkel beteiligt sind.

Sollen mehrere Geschwister an der GmbH & Co. KG beteiligt werden, muss für jedes einzelne Kind ein eigener Ergänzungspfleger bestellt werden.²⁰ Denn durch § 181 i. V. m. §§ 1915 Abs. 1, 1795 Abs. 2 BGB ist auch der Ergänzungspfleger an der gemeinschaftlichen Vertretung mehrerer Kinder gehindert.²¹

b) Ergänzungspfleger

Das Verfahren, in dem ein Ergänzungspfleger eingesetzt wird, muss folgende Stufen durchlaufen: Die Anzeige der Notwendigkeit einer Ergänzungspflegschaft bei Gericht, die Entscheidung des Gerichts über die tatsächliche Notwendigkeit der Pflegschaft, die Anordnung der Pflegschaft, die Auswahl der Person des Ergänzungspflegers sowie seine Bestellung und schließlich die förmliche Verpflichtung (Bestellung) durch das Gericht.

Wenn die Eltern eines minderjährigen Kindes von einem Umstand Kenntnis erlangen, der sie an der Vertretung ihres Kindes hindern könnte und damit die Notwendigkeit einer Ergänzungspflegschaft entsteht, haben sie dies dem zuständigen Gericht unverzüglich anzuzeigen (§ 1909 Abs. 2 BGB). Dabei ist um-

¹⁷ Diederichsen, in: Palandt (Fn. 13), § 1795 Rn. 4; Wagenitz, in: Münchener Kommentar, BGB (Fn. 16), § 1795 Rn. 3.

¹⁸ Diederichsen, in: Palandt (Fn. 13), § 1629 Rn. 23; Huber, in: Münchener Kommentar, BGB (Fn. 16), § 1629 Rn. 42; Peschel-Gutzeit, in: Staudinger, BGB, 2002, § 1629 Rn. 188.

¹⁹ BGH v. 14. 6. 1972 – IV ZR 53/71, NJW 1972, 1708; Huber, in: Münchener Kommentar, BGB (Fn. 16), § 1629 Rn. 42.

²⁰ Diederichsen, in: Palandt (Fn. 13), § 1795 Rn. 16; Engler, in: Staudinger, BGB, 2004, § 1795 Rn. 33.

²¹ Schwab, in: Münchener Kommentar, BGB (Fn. 16), § 1909 Rn. 40 m. w. N.; Hohaus/Eickmann, BB 2004, 1707 (1708); Reinmann, DNotZ 1999, 179 (183); OLG Zweibrücken v. 14. 1. 1999 – 3 W 253/98, NJW-RR 1999, 1174; Piehler/Schulte, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 2, 2. Aufl. 2004, § 35 Rn. 14 a. E.; a. A. für den Fall des derivativen Erwerbs (s. unten) Ivo, ZEV 2005, 193 (195).

stritten, ob das Familiengericht oder das Vormundschaftsgericht für die Prüfung der Notwendigkeit und die Anordnung der Ergänzungspflegschaft zuständig ist. Die Zuständigkeit des Familiengerichts ergibt sich nach einer Ansicht aus § 1693 BGB.²² Die Gegenmeinung hält entsprechend dem Wortlaut des § 1909 Abs. 2 BGB das Vormundschaftsgericht für zuständig, da im Fall des gesetzlichen Vertretungsausschlusses keine Eilbedürftigkeit gegeben sei, welche die Zuständigkeit des Familiengerichts nach § 1693 BGB rechtfertigen würde.²³ Die Auswahl der Person des Ergänzungspflegers wird ebenfalls durch das Gericht vorgenommen. Es besteht auch hier Uneinigkeit darüber, ob das Familiengericht oder das Vormundschaftsgericht für die Auswahl zuständig ist. Teilweise wird von einer konkurrierenden Zuständigkeit beider Gerichte ausgegangen. Das Familiengericht sei gemäß § 1697 BGB zuständig und das Vormundschaftsgericht gemäß §§ 1915, 1779 BGB.²⁴ Nach Ansicht des OLG Hamm fällt die Auswahl des Ergänzungspflegers hingegen allein in die Zuständigkeit des Familiengerichts, das zuvor die Ergänzungspflegschaft angeordnet hat.²⁵ Diese Unsicherheiten hinsichtlich der funktionellen Zuständigkeit sind in der Praxis regelmäßig unproblematisch, da das Vormundschafts- und das Familiengericht an vielen Amtsgerichten personenidentisch sind und ansonsten von Amts wegen verwiesen wird,²⁶ so dass kein größerer Zeitverlust zu befürchten ist (s. dazu auch unten IX.).

Maßgebend für die Auswahl der Person des Ergänzungspflegers sind das Wohl des Minderjährigen und die Eignung als Ergänzungspfleger.²⁷ Ist eine Interessenkollision zwischen den Eltern und den Kindern zu befürchten, wird es der Schutz der Interessen des Minderjährigen regelmäßig gebieten, dass das Gericht nicht ohne weiteres dem Vorschlag der Eltern hinsichtlich der Person des Ergänzungspflegers folgt und auch keine Verwandten als Pfleger auswählt.²⁸ Dennoch sollte stets ein Vorschlag unterbreitet werden, da die Gerichte diesem in der Praxis regelmäßig folgen, soweit kein sachlicher Grund entgegensteht. Auf diesem Wege werden häufig juristische oder steuerliche Berater der Beteiligten zu Ergänzungspflegern bestellt.²⁹ Die Bestellung von fachkundigen Ergänzungspflegern liegt aber auch im Interesse der Gerichte, da die bei den Gerichten tätigen Rechtspfleger häufig nicht mit wirtschaftlichen Sachverhalten vertraut sind.

²² OLG Zweibrücken v. 14. 6. 1999 – 3 W 132/99, FamRZ 2000, 243; OLG Hamm v. 15. 8. 2000 – 2 UF 320/00, FamRZ 2001, 717; OLG Dresden v. 6. 7. 2000 – 10 ARf 15/00, FamRZ 2001, 715; BayObLG v. 16. 12. 1999 – 4Z AR 66/99, FamRZ 2000, 568; Schwab, in: Münchener Kommentar, BGB (Fn. 16), § 1909 Rn. 62.

²³ OLG Karlsruhe v. 7. 12. 1999 – 19 AR 20/99, FamRZ 2000, 568; KG FamRZ 2001, 719.

²⁴ BayObLG v. 16. 12. 1999 – 4Z AR 66/99, NJW-RR 2000, 959; OLG Stuttgart v. 16. 12. 1998 – 18 WF 562/98, BWNotZ 1999, 49; Schwab, in: Münchener Kommentar, BGB (Fn. 16), § 1909 Rn. 62.

²⁵ OLG Hamm v. 15. 8. 2000 – 2 UF 320/00, FamRZ 2001, 717.

²⁶ § 17 a Abs. 2 Satz 1 VVG.

²⁷ Schwab, in: Münchener Kommentar (Fn. 16), § 1915 Rn. 11; Diederichsen, in: Palandt, BGB (Fn. 13), § 1916 Rn. 2.

²⁸ Diederichsen, in: Palandt, BGB (Fn. 13), § 1916 Rn. 2; Schwab, in: Münchener Kommentar, BGB (Fn. 16), § 1915 Rn. 11.

²⁹ Ivo, in: Wachter, Handbuch des Fachanwalts für Handels- und Gesellschaftsrecht, 2007, 11. Kap. Rn. 10.

Manche Gerichte bestellen nur fachkundige Ergänzungspfleger oder fordern, dass zumindest einer von mehreren Ergänzungspflegern fachkundig ist. Andere Gerichte fordern zumindest einen gerichtsbekanntem Ergänzungspfleger.

Die Bestellung und die davon zu unterscheidende Bestallung³⁰ des Ergänzungspflegers liegen schließlich nach einhelliger Meinung in der Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts.³¹

3. Gerichtliche Genehmigung des Gesellschaftsvertrags

Von der Ergänzungspflegschaft, welche die Frage der wirksamen Vertretung eines Minderjährigen betrifft, ist die Frage zu unterscheiden, ob eine gerichtliche Genehmigung des Gesellschaftsvertrags nach § 1822 Nr. 3 BGB³² erforderlich ist. Eine Genehmigung kann auch dann erforderlich sein, wenn die Bestellung eines Ergänzungspflegers nicht erforderlich ist, weil der Minderjährige entweder durch seine Eltern oder einen Vormund wirksam vertreten wird. Umgekehrt ist nicht immer eine Genehmigung erforderlich, wenn eine Ergänzungspflegschaft notwendig ist.

Bei der Gründung einer GmbH & Co. KG ist nach § 1822 Nr. 3 Alt. 2 BGB nur dann eine gerichtliche Genehmigung erforderlich, wenn die Gesellschaft ein Erwerbsgeschäft betreibt.³³ Erwerbsgeschäft ist dabei jede berufsmäßig ausgeübte, auf selbständigen Erwerb gerichtete Tätigkeit, die auf Dauer angelegt ist und in der Absicht der Gewinnerzielung ausgeübt wird. Auf die Rechtsform, in der das Geschäft betrieben wird, kommt es nicht an.³⁴

Handelt es sich bei der zu gründenden Gesellschaft um eine rein vermögensverwaltende Gesellschaft, liegt kein Erwerbsgeschäft vor, da es sich regelmäßig nicht um eine Tätigkeit im o. g. Sinne handelt, die auf selbständigen Erwerb ausgerichtet ist.³⁵ Sofern sich der Zweck der Gesellschaft auf das Halten und Verwalten des Familienvermögens beschränkt, ist daher keine gerichtliche Ge-

³⁰ Die Bestellung und die Bestallung des Ergänzungspflegers sind zwei unterschiedliche Vorgänge. Ersteres ist die Berufung zum Ergänzungspfleger, Letzteres die förmliche Verpflichtung des Ergänzungspflegers bei einem Termin vor Gericht, bei dem ihm auch die Bestallungsurkunde als Vertretungsnachweis ausgehändigt wird.

³¹ BayObLG v. 16. 12. 1999 – 4Z AR 66/99, NJW-RR 2000, 959; OLG Stuttgart v. 16. 12. 1998 – 18 WF 562/98, BWNNotZ 1999, 49; Schwab, in: Münchener Kommentar, BGB (Fn. 16), § 1909 Rn. 62; Diederichsen, in: Palandt, BGB (Fn. 13), § 1915 Rn. 2.

³² Diese Vorschrift findet direkt Anwendung, wenn der Minderjährige von einem Vormund vertreten wird. Im Falle der Vertretung durch die Eltern wird der § 1822 Nr. 3 BGB durch § 1643 Abs. 1 BGB für anwendbar erklärt. Wenn ein Ergänzungspfleger vertritt, ist es umstritten, über welchen Weg gegangen wird. § 1822 Nr. 3 BGB ist aber auf jeden Fall anwendbar, nach einer Ansicht direkt, nach anderer Ansicht über die Verweisung in § 1643, vgl. unter III. 3. der Streit über die funktionelle Zuständigkeit.

³³ Es gibt Gerichte, die jede Gesellschaftsgründung, an der Minderjährige beteiligt sind, für genehmigungsbedürftig halten. Diese Meinung widerspricht aber dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes.

³⁴ Diederichsen, in: Palandt, BGB (Fn. 13), § 1916 Rn. 2; Engler, in: Staudinger (Fn. 20), § 1822 Rn. 34.

³⁵ OLG Zweibrücken v. 14. 1. 1999 – 3 W 253/98, NJW-RR 1999, 1174; Diederichsen, in: Palandt, BGB (Fn. 13), § 1822 Rn. 8; Wägenitz, in: Münchener Kommentar, BGB (Fn. 16), § 1822 Rn. 21.

nehmung erforderlich.³⁶ Ist der Zweck der Gesellschaft hingegen nicht die reine Vermögensverwaltung, dann ist eine gerichtliche Genehmigung einzuholen.

Bei der gerichtlichen Genehmigung im Sinne der §§ 1821, 1822 BGB handelt es sich nicht um eine Genehmigung im Sinne von § 184 Abs. 1 BGB, also um eine nachträgliche Zustimmung. Dass sie auch vorher erteilt werden kann, geht aus § 1829 BGB hervor, der eine Sonderregelung für den Fall der nachträglichen Genehmigung trifft.³⁷ Es sollte immer versucht werden, den Gesellschaftsvertrag vor Abschluss genehmigen zu lassen, da er sonst gem. § 1829 Abs. 1 BGB schwebend unwirksam ist. Nach § 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB wird die nachträgliche Genehmigung zudem erst dann wirksam, wenn sie den anderen Vertragsparteien durch den Vertreter des Minderjährigen mitgeteilt worden ist. Auf diese Bekanntgabe der Genehmigung kann nicht verzichtet werden.³⁸ Sie kann aber wie jede Willenserklärung auch konkludent erfolgen. Allerdings kann es vorkommen, dass das genehmigende Gericht oder auch das Handelsregister einen schriftlichen Nachweis der Bekanntgabe verlangt. Dieser Nachweis kann über eine sog. Doppelvollmacht erfolgen, die sowohl zur Entgegennahme der Genehmigung als auch zur Bekanntgabe und der Entgegennahme der Bekanntgabe bevollmächtigt. Eine solche Vollmacht kann im Voraus privatschriftlich erteilt werden.

Da das Handelsregister normalerweise einen Nachweis über die Notwendigkeit einer gerichtlichen Genehmigung verlangt, sollte auf jeden Fall ein sog. „Negativattest“ beantragt werden, auch wenn man die gerichtliche Genehmigung für entbehrlich hält. Mit diesem bestätigt das zuständige Gericht, dass eine gerichtliche Genehmigung nicht erforderlich ist. Daran muss sich das Handelsregister auch grundsätzlich halten.³⁹ Auf diese Weise kann auch die Meinung des zuständigen Gerichts über die Erforderlichkeit einer gerichtlichen Genehmigung in Erfahrung gebracht werden.

Ob das Vormundschafts- oder das Familiengericht für die Erteilung der Genehmigung zuständig ist, hängt davon ab, wer als Vertreter für den Minderjährigen handelt. Handeln die Eltern als gesetzliche Vertreter für ihr Kind, ist für die Erteilung der Genehmigung das Familiengericht zuständig (§ 1643 Abs. 1 i. V. m. § 1822 Nr. 3 BGB). Bei einem Vormund ergibt sich die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts unmittelbar aus § 1822 BGB. Die funktionelle Zuständigkeit für die Erteilung der Genehmigung bei Beteiligung eines Ergänzungspflegers ist in der Praxis der Gerichte, der Rechtsprechung und der Literatur umstritten.⁴⁰

Die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts wird aus § 1915 BGB abgeleitet. Danach finden die für die Vormundschaft geltenden Vorschriften auf die Ergän-

³⁶ Lohse/Triebel, ZEV 2000, 337 (338).

³⁷ Wagenitz, in: Münchener Kommentar, BGB (Fn. 16), § 1829 Rn. 4f.

³⁸ Wagenitz, in: Münchener Kommentar, BGB (Fn. 16), § 1829 Rn. 12.

³⁹ Vgl. Schaub, in: Ebenroth/Boujong/Joost, HGB, 2001, § 8 Rn. 144; a. A. OLG Zweibrücken v. 14. 1. 1999 – 3 W 253/98, NJW-RR 1999, 1174.

⁴⁰ Vgl. die Darstellung des Streits bei Servatius, NJW 2006, 334 ff. m. w. N.

zungspflegschaft entsprechende Anwendung, soweit sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt. Hieraus wird gefolgert, dass auch für die Genehmigungserteilung das Vormundschaftsgericht zuständig sei.⁴¹ Andererseits wird vertreten, dass sich die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts lediglich auf die Bestellung und Beaufsichtigung des Ergänzungspflegers nach § 1909 BGB beschränke, wenn das Familiengericht die Anordnung einer Ergänzungspflegschaft für erforderlich hält und dem Vormundschaftsgericht eine entsprechende Anzeige macht.⁴² Der Ergänzungspfleger müsse daher die Genehmigung nach § 1643 Abs. 1 BGB beim Familiengericht einholen.⁴³ Der BGH hat diese Frage bisher noch nicht abschließend entschieden.⁴⁴

In der Gerichtspraxis wird überwiegend das Vormundschaftsgericht für zuständig gehalten, weshalb dieses in der Regel der erste Ansprechpartner sein sollte. Hält das angerufene Gericht jedoch das Familiengericht für zuständig, wird unproblematisch verwiesen. Oft sind zudem das Vormundschafts- und Familiengericht personenidentisch (s. oben).

4. Handelsregisteranmeldung

Die Gründung einer Personengesellschaft und damit auch die einer GmbH & Co. KG, ist zum Handelsregister anzumelden (§§ 161 Abs. 2, 106 HGB). Die Anmeldung ist von allen Gesellschaftern, einschließlich der Kommanditisten, gemeinschaftlich vorzunehmen (§§ 161 Abs. 2, 108 HGB).

Betreibt die Familiengesellschaft ein Handelsgewerbe im Sinne des HGB (§ 1 Abs. 2 HGB), wird die KG bereits durch Abschluss des Gesellschaftsvertrages wirksam gegründet,⁴⁵ die Eintragung in das Handelsregister ist nur deklaratorisch.⁴⁶ Verwaltet die Familiengesellschaft hingegen ausschließlich eigenes Vermögen, so entsteht die KG erst mit der Eintragung in das Handelsregister (§ 105 Abs. 2 HGB).⁴⁷ Bis dahin besteht eine BGB-Gesellschaft.⁴⁸ Die bis dahin vorliegende unbeschränkte Haftung der Gesellschafter, die gerade bei minderjährigen Gesellschaftern unerwünscht ist, kann dadurch verhindert werden, dass die Gründung mit der Eintragung in das Handelsregister aufschiebend bedingt wird.

Für minderjährige Gesellschafter können bei der Handelsregisteranmeldung die gesetzlichen Vertreter handeln.⁴⁹ § 181 BGB findet hier keine Anwendung, da es sich bei der Handelsregisteranmeldung um eine Verfahrenserklärung gegenüber dem Registergericht und nicht um eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung

⁴¹ BayObLG v. 31. 3. 2004 – 2Z BR 045/04, ZEV 2004, 340 (341); *Ivo*, in: *Wächter* (Fn. 29), 11. Kap. Rn. 35.

⁴² OLG Hamm v. 12. 2. 1999 – 8 WF 32/99, NJW-RR 2001, 437.

⁴³ OLG Hamm v. 12. 2. 1999 – 8 WF 32/99, NJW-RR 2001, 437; OLG Köln, NJOZ 2003, 3046 (3051).

⁴⁴ Das BayObLG legte diese Frage dem BGH vor, dieser ließ sie aber ausdrücklich offen, vgl. BGH v. 25. 11. 2004 – V ZB 13/04, NJW 2005, 415 (416).

⁴⁵ *Grunewald*, in: *Münchener Kommentar, HGB*, 2. Aufl. 2007, § 161 Rn. 14.

⁴⁶ *Grunewald*, in: *Münchener Kommentar, HGB* (Fn. 45), § 161 Rn. 10.

⁴⁷ *Grunewald*, in: *Münchener Kommentar, HGB* (Fn. 45), § 161 Rn. 7.

⁴⁸ *Grunewald*, in: *Münchener Kommentar, HGB* (Fn. 45), § 161 Rn. 7.

⁴⁹ *Ivo*, in: *Wächter* (Fn. 29), 11. Kap. Rn. 38.

nung handelt.⁵⁰ Bei der Anmeldung können also die Eltern als Vertreter des Minderjährigen handeln, auch wenn sie gleichzeitig Mitgesellschafter sind, ohne dass der Vertretungsausschluss der §§ 181, 1795 Abs. 2 BGB eingreift.⁵¹

In der Praxis wird dennoch häufig der Aufgabenkreis des Ergänzungspflegers durch das Gericht auf die Anmeldung der Gesellschaft ausgedehnt, so dass dieser zur Vertretung des Minderjährigen bei der Handelsregisteranmeldung berufen ist.⁵² Grund hierfür ist, dass die Ergänzungspfleger dadurch ihren Willen zur Beteiligung des Minderjährigen an der Gesellschaft bekräftigen.

Für die einfache Abwicklung von weiteren Handelsregisteranmeldungen bietet es sich an, dass jeder Gesellschafter dem geschäftsführenden Gesellschafter, bei einer GmbH & Co. KG ist dies regelmäßig die GmbH, eine Handelsregistervollmacht für alle (auch künftig) erforderlichen Anmeldungen erteilt. Diese Vollmacht kann von dem gesetzlichen Vertreter des Minderjährigen in dessen Namen erteilt werden.⁵³ Eine solche „Untervollmacht“ endet nicht mit der Beendigung der gesetzlichen Vertretung.⁵⁴

5. Voraussetzungen für die steuerrechtliche Anerkennung von Familienverträgen

Nach bislang vorherrschender Auffassung muss ein Vertrag zwischen Familienangehörigen besondere Anforderungen erfüllen, um auch steuerrechtlich anerkannt zu werden. Der Vertrag muss vor seiner Durchführung zivilrechtlich wirksam geschlossen worden sein, das Rechtsgeschäft muss tatsächlich durchgeführt werden, und der Vertrag muss einem Fremdvergleich standhalten.⁵⁵ Diese Kriterien dienen der Feststellung, ob eine Vermögenszuwendung zwischen den betroffenen Familienmitgliedern tatsächlich auf einem Leistungsaustauschverhältnis und damit auf einer steuerrechtlich bedeutsamen Veranlassung beruht oder ob sie ihren Grund in der familiären Beziehung hat und lediglich eine nicht abziehbare Unterhaltsleistung (§ 12 Nr. 1 EStG) verschleiert werden soll.⁵⁶

Hinsichtlich des erstgenannten Kriteriums hat der BFH seine bisherige Rechtsprechung jedoch in zwei aktuellen Entscheidungen eingeschränkt.⁵⁷ Die zivilrechtliche Wirksamkeit des Vertrages ist demnach nicht, gleich einem Tatbestandsmerkmal, unverzichtbare Voraussetzung für dessen steuerrechtliche Anerkennung, vielmehr sei die zivilrechtliche Unwirksamkeit lediglich ein Indiz gegen die Ernsthaftigkeit der getroffenen Vereinbarung. In die gebotene Gesamt-

⁵⁰ BayObLG v. 16. 2. 2000 – 3Z BR 389/99, ZIP 2000, 791; *Maier-Reimer/Marx*, NJW 2005, 3025 (3026).

⁵¹ *Ivo*, in: *Wächter* (Fn. 29), 11. Kap. Rn. 38.

⁵² *Ivo*, in: *Wächter* (Fn. 29), 11. Kap. Rn. 38.

⁵³ *Schramm*, in: Münchener Kommentar (Fn. 16), § 167 Rn. 101; *Ivo*, in: *Wächter* (Fn. 29), 11. Kap. Rn. 39 ff.

⁵⁴ BayObLG, BB 1974, 1089 (1090); *Heinrichs*, in: *Palandt*, BGB (Fn. 13), § 168 Rn. 4.

⁵⁵ Vgl. BFH, BStBl. II 2000, 223 (224); BStBl. II 2003, 627 (629 f.); vgl. hierzu auch *Pezzer*, DStZ 2002, 850. Zum weiteren Erfordernis der Angemessenheit der Gewinnverteilung vgl. ausf. *Stuhrmann*, in: *Blümich*, EStG, Stand: März 2007, § 15 Rn. 430 ff.

⁵⁶ Vgl. *Birk*, Steuerrecht, 10. Aufl. 2007, Rn. 312.

⁵⁷ BFH v. 7. 6. 2006 – IX R 4/04, DStRE 2006, 1372; v. 22. 2. 2007 – IX R 45/06, DStR 2007, 986.

würdigung der rechtlichen und tatsächlichen Vorgänge müsse gegebenenfalls aber auch der Umstand einbezogen werden, dass die Parteien nach Erkennen eines formalen Mangels auf dessen Behebung hinwirken und so dokumentieren, dass sie den wirtschaftlichen Erfolg bestehen lassen wollen. In diesem Fall könne dem Vertrag die steuerrechtliche Anerkennung nicht versagt werden.⁵⁸ Wirken die Parteien hingegen nicht auf eine Heilung des Mangels hin, so bilde die zivilrechtliche Unwirksamkeit des Vertrages auch weiterhin jedenfalls ein Indiz für die mangelnde Ernsthaftigkeit des Vertrages, das umso stärker wirke, wenn etwa ein bestimmtes Formerfordernis klar aus dem Gesetz abzuleiten sei.⁵⁹

Infolgedessen und aufgrund der Tatsache, dass die Finanzverwaltung eine nur indizielle Bedeutung der zivilrechtlichen Unwirksamkeit eines Vertrages zwischen Familienangehörigen verneint,⁶⁰ sollte in jedem Fall die Einhaltung der vorstehend dargestellten Formalien sichergestellt werden, um die steuerrechtliche Anerkennung des Vertrages nicht zu gefährden.

IV. Beteiligung Minderjähriger an einer bestehenden Gesellschaft

Die Situation bei einer Familiengesellschaft ist oft die, dass die Minderjährigen an einer bereits bestehenden Gesellschaft beteiligt werden sollen. Grundsätzlich gibt es zwei Wege, mittels derer ein neuer Gesellschafter an einer bereits bestehenden Gesellschaft beteiligt werden kann: durch die Bildung eines neuen Gesellschaftsanteils (originärer Anteilserwerb) oder durch die (teilweise) Übertragung eines bestehenden Anteils (derivativer Anteilserwerb).

1. Originärer Anteilserwerb

Die Schaffung eines neuen Gesellschaftsanteils erfordert einen Aufnahmevertrag. Dies ist ein Gesellschaftsvertrag, der zwischen dem neuen Gesellschafter und den bisherigen Gesellschaftern geschlossen wird und der zugleich eine Änderung des bisherigen Gesellschaftsvertrages bewirkt.⁶¹ Für den Aufnahmevertrag gelten grundsätzlich alle Regelungen, die auf den Gesellschaftsvertrag im Fall der Gründung einer Gesellschaft Anwendung finden.⁶² Es kann daher auf die Ausführungen zur Gründung einer Familiengesellschaft verwiesen werden (s. oben III.).

2. Derivativer Anteilserwerb

Beim derivativen Anteilserwerb geht auf den Minderjährigen ein bereits bestehender Anteil an einer Gesellschaft über. Dies kann sowohl entgeltlich durch

⁵⁸ BFH v. 7.6. 2006 – IX R 4/04, DStRE 2006, 1372f.; die Parteien hatten in dem der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt nach Erkennen der Unwirksamkeit zeitnah auf eine Genehmigung durch den Ergänzungspfleger hingewirkt.

⁵⁹ BFH v. 22.2. 2007 – IX R 45/06, DStR 2007, 986; vgl. auch *Heuermann*, DB 2007, 1267 (1270).

⁶⁰ Vgl. den Nichtanwendungserlass des BMF vom 2.4. 2007, DB 2007, 945.

⁶¹ *Piehler/Schulte*, in: Handbuch des Gesellschaftsrechts (Fn. 21), § 34 Rn. 2 m. w. N.

⁶² *Piehler/Schulte*, in: Handbuch des Gesellschaftsrechts (Fn. 21), § 34 Rn. 2.

Abschluss eines Kaufvertrags oder unentgeltlich durch Abschluss eines Schenkungsvertrags erfolgen. Auch hier ist die Bestellung eines Ergänzungspflegers gem. §§ 1629 Abs. 2 Satz 1, 1795 Abs. 2, 181, 1909 BGB⁶³ notwendig, wenn der Minderjährige von seinen Eltern erwirbt, denn diese sind gem. § 181 BGB an der Vertretung gehindert, da es sich nicht um ein lediglich rechtlich vorteilhaftes Geschäft für die Kinder handelt. Dies trifft auch auf den Erwerb eines voll eingezahlten Kommanditanteils zu, da mit dem Kommanditanteil ein Bündel von Rechten und Pflichten auf den Minderjährigen übergeht.⁶⁴

Eine gerichtliche Genehmigung ist wiederum nur dann erforderlich, wenn die Gesellschaft ein Erwerbsgeschäft betreibt (§ 1822 Nr. 3 BGB; s. oben III. 3.). Beim entgeltlichen Erwerb muss dann in jedem Fall eine gerichtliche Genehmigung eingeholt werden (§ 1822 Nr. 3 Alt. 1 BGB). Streitig ist hingegen die Genehmigungspflicht bei einem unentgeltlichen Erwerb.⁶⁵ Nach dem Wortlaut des § 1822 Nr. 3 BGB ist nur der entgeltliche Erwerb eines Erwerbsgeschäfts genehmigungsbedürftig. Die h. M. argumentiert, dass der Minderjährige bei einem unentgeltlichen Erwerb des Kommanditanteils ebenso schutzwürdig sei, so dass auch im Fall der Schenkung eine gerichtliche Genehmigung erforderlich wäre.⁶⁶ Diese Frage kann letztlich unentschieden bleiben, da auch beim derivativen Erwerb meistens der Gesellschaftsvertrag neugefasst wird und sich die Genehmigungsbedürftigkeit dann aus § 1822 Nr. 3 Alt. 2 BGB ergibt.

V. Widerrufsvorbehalte und Beschränkung der Gesellschafterrechte

Im Rahmen der Beteiligung Minderjähriger an Familienpersonengesellschaften werden häufig Klauseln in den Schenkungs- oder Gesellschaftsvertrag aufgenommen, durch welche der Beschenkte gewissen Einschränkungen hinsichtlich des übertragenen Anteils unterworfen wird. Vereinbart werden z. B. Veräußerungsverbote, Verwaltungsvorbehalte oder Rückforderungsrechte in Form von Widerrufsvorhalten bzw. auflösenden Bedingungen, die es ermöglichen sollen, dem Beschenkten den übertragenen Anteil bei Eintritt bestimmter Umstände wieder zu entziehen.

Zivilrechtlich ist die Vereinbarung eines Verwaltungs- oder Rückforderungsvorbehaltes zwar ohne weiteres möglich,⁶⁷ in steuerlicher Hinsicht wirft die Vereinbarung entsprechender Vorbehalte aber verschiedene Fragen auf. So kann eine zu weit gehende Beschränkung des Beschenkten dazu führen, dass bei diesem das

⁶³ Zur Bestellung eines Ergänzungspflegers vgl. oben III. 2. b).

⁶⁴ BGH v. 10. 2. 1977 – II ZR 120/75, BGHZ 68, 225, 231 f.; *Piehler/Schulte*, in: Handbuch des Gesellschaftsrechts (Fn. 21), § 35 Rn. 14.

⁶⁵ *Piehler/Schulte*, in: Handbuch des Gesellschaftsrechts (Fn. 21), § 35 Rn. 13; *Engler*, in: *Staudinger* (Fn. 20), § 1822 Rn. 52 ff.

⁶⁶ *Piehler/Schulte*, in: Handbuch des Gesellschaftsrechts (Fn. 21), § 35 Rn. 13; *Ivo*, in: *Wachter* (Fn. 29), 11. Kap Rn. 57; a. A. *Damrau*, ZEV 2000, 209 ff.

⁶⁷ *Kollhoser*, in: Münchener Kommentar (Fn. 17), § 517 Rn. 6; *K. Schmidt*, BB 1990, 1992 ff.

wirtschaftliche Eigentum (§ 39 AO) bzw. die Mitunternehmerstellung⁶⁸ steuerlich nicht gegeben ist.

1. Auswirkungen verschiedener Vorbehalte

Nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 AO ist ein Wirtschaftsgut einem anderen als dem zivilrechtlichen Eigentümer für Zwecke der Besteuerung zuzurechnen, wenn der andere die tatsächliche Herrschaft über das Wirtschaftsgut in der Weise ausübt, dass er den Eigentümer im Regelfall für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen kann.

Die Voraussetzungen sieht die Rechtsprechung im Regelfall erst bei „faktischer Rechtlosigkeit des Beschenkten“ als gegeben an,⁶⁹ was jedenfalls bei einem „freien Widerrufsvorbehalt“ der Fall ist.⁷⁰ Davon ausgehend wird in der neueren Rechtsprechung angenommen, dass nur ein *unbegrenztes* Rückforderungsrecht des Schenkers, welches jederzeit *voraussetzungslos* ausgeübt werden kann, zum Verbleib des wirtschaftlichen Eigentums beim Schenker führt.⁷¹ Eine Rückfallklausel, die lediglich unter bestimmten Voraussetzungen eine Rücküberweisung ermöglicht, hindert den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums dagegen nicht.⁷² Dies gilt auch im Fall der Verbindung mit einem Nießbrauchsvorbehalt,⁷³ selbst im Fall der dinglichen Absicherung des Rückforderungsrechts durch eine Auflassungsvormerkung.⁷⁴ Ferner sind Vorbehalte in Bezug auf gesetzliche Rückfallgründe (Notbedarf oder grober Undank, §§ 528, 530 BGB, sonstiger wichtiger Grund) unschädlich.⁷⁵ Ebenso wenig stehen Verwaltungsvorbehalte und Verfügungsverbote der Annahme wirtschaftlichen Eigentums des Beschenkten entgegen.⁷⁶ Der Schenker kann sich also eine gewisse Einflussmöglichkeit auf den übertragenen Gesellschaftsanteil auch dadurch sichern, dass er sich zur Verwaltung für Rechnung des Beschenkten bevollmächtigen lässt.

Ist eine Gestaltung gegeben, aufgrund derer weiterhin wirtschaftliches Eigentum des Schenkers anzunehmen ist, so liegen regelmäßig zugleich Umstände vor,

⁶⁸ Mitunternehmer ist, wer als Gesellschafter einer Personengesellschaft Mitunternehmerisiko (Teilhabe am Gewinn und Verlust sowie an stillen Reserven) trägt und Mitunternehmerinitiative (Teilhabe an unternehmerischen Entscheidungen) entfalten kann; vgl. hierzu i. Einz. *Birk*, Steuerrecht (Fn. 56), Rn. 1009 ff.

⁶⁹ BFH v. 5. 5. 1983 – IV R 43/80, BStBl. II 1983, 631.

⁷⁰ BFH v. 16. 5. 1989 – VIII R 196/84, BStBl. II 1989, 877.

⁷¹ BFH v. 17. 6. 1998 – XI R 55/97, BFH/NV 1999, 9; FG Brandenburg v. 8. 7. 1999 – 5 K 1549/98 F, G, EFG 2000, 16; a. A. Niedersächsisches FG v. 19. 3. 2002 – 1 K 178/99 EFG 2002, 957 (rkr.), das wirtschaftliches Eigentum des Schenkers auch in Fällen eines nur begrenzten Widerrufsrechts angenommen hat.

⁷² FG Brandenburg v. 8. 7. 1999 – 5 K 1549/98 F, G, EFG 2000, 16.

⁷³ BFH v. 28. 7. 1999 – X R 38/98, BStBl. II 2000, 653; v. 7. 11. 2001 – II R 32/99, BFH/NV 2002, 469.

⁷⁴ BFH v. 26. 11. 1998 – IV R 39/98, BStBl. II 1999, 263; a. A. noch BFH v. 22. 9. 1982 – II R 61/80, BStBl. II 1983, 179; Hess. FG v. 26. 6. 1997 – 1 K 2331/95, EFG 1998, 610 (rkr.).

⁷⁵ BFH v. 27. 1. 1994 – IV R 114/91, BStBl. II 1994, 635.

⁷⁶ BFH v. 27. 9. 1988 – VIII R 193/83, BStBl. II 1989, 414; v. 18. 5. 1995 – IV R 125/92, BStBl. II 1996, 5. Ausdrücklich offengelassen hat der BFH in letzterem Urteil jedoch, ob unter solchen Umständen im Bereich gewerblicher Einkünfte die erforderliche Mitunternehmerstellung des Beschenkten gegeben wäre.

die bei einer gewerblichen Gesellschaft die Mitunternehmerstellung des Beschenkten ausschließen.⁷⁷ So steht das Recht des Schenkers zur jederzeitigen Rückforderung der Mitunternehmereigenschaft des Beschenkten entgegen,⁷⁸ ebenso eine „Hinauskündigungsklausel“ zum Buchwert.⁷⁹ Für Verwaltungsvorbehalte gilt, dass die für die Mitunternehmerstellung erforderliche Unternehmerinitiative des Beschenkten fehlt, wenn sich der Schenker hinsichtlich des Kernbereichs der Kommanditistenstellung des Beschenkten ein Weisungsrecht vorbehält.⁸⁰ Unschädlich ist hingegen eine Bevollmächtigung des Schenkers zur Wahrnehmung der Mitgliedschaftsrechte des Beschenkten, soweit die erteilte Vollmacht aus wichtigem Grund widerrufen werden kann.⁸¹

In Bezug auf Rückforderungsvorbehalte ist daher im Ergebnis sowohl für die Frage des wirtschaftlichen Eigentums als auch für diejenige der Mitunternehmerstellung entscheidend, ob der Schenker den Eintritt der Voraussetzungen des Rückforderungsrechts nach eigenem Ermessen herbeiführen kann.⁸² Soll der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums bzw. der Mitunternehmerstellung auf den Beschenkten gewährleistet sein, empfiehlt es sich daher, einen speziellen Widerrufsvorbehaltskatalog in den Vertrag aufzunehmen, der die freie Rückübertragung verhindert.⁸³ Ferner muss der Kernbereich der Mitgliedschaftsrechte des Beschenkten unangetastet bleiben.

2. Einkommensteuerliche Folgen

In Hinblick auf das Einkommensteuerrecht ist der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums bzw. der Mitunternehmerstellung auf den Beschenkten von wesentlicher Bedeutung für die Einkünftezurechnung.

Einkünfte aus einer gewerblichen Mitunternehmerschaft (§ 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG) können nur demjenigen als eigene Einkünfte zugerechnet werden, der als Mitunternehmer des Betriebes einer Personengesellschaft anzusehen ist.⁸⁴ Wurden Kommanditanteile schenkweise übertragen und fehlt es an der Mitunternehmerstellung des Beschenkten, so können die auf diese Anteile entfallenden Gewinnanteile dem Beschenkten nicht als eigene Einkünfte gem. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG zugerechnet werden.⁸⁵ Die dem Beschenkten zufließenden Ge-

⁷⁷ Vgl. BFH v. 26. 6. 1990 – VIII R 81/85, BStBl. II 1994, 645; v. 16. 5. 1989 – VIII R 196/84, BStBl. II 1989, 877; *Wacker*, in: *Schmidt*, EStG, 26. Aufl. 2007, § 15 Rn. 300.

⁷⁸ BFH v. 16. 5. 1989 – VIII R 196/84, BStBl. II 1989, 877.

⁷⁹ BFH v. 21. 11. 1989 – VIII R 70/84, BFH/NV 1991, 223.

⁸⁰ FG Brandenburg v. 8. 7. 1999 – 5 K 1549/98 F, G, EFG 2000, 16 (rkr.).

⁸¹ FG Köln v. 19. 1. 2005 – 11 K 844/04, DStRE 2006, 760 (763) (Rev. VIII R 18/05).

⁸² *Jülicher*, DStR 1998, 1977 (1978); *Pöllath*, Unternehmensfortführung durch Nachfolge und Verkauf, 1. Aufl. 2007, Rn. 508; vgl. auch BFH v. 27. 1. 1994 – IV R 114/91, BStBl. II 1994, 635.

⁸³ *Köhler*, DStR 1997, 1553 (1554).

⁸⁴ *Wacker*, in: *Schmidt*, EStG (Fn. 77), § 15 Rn. 250.

⁸⁵ Ist die Mitunternehmerstellung des Beschenkten zu verneinen, so genügt der Gesellschaftsvertrag zugleich auch nicht dem für die steuerliche Anerkennung eines Angehörigenvertrages erforderlichen Fremdvergleich, vgl. BFH v. 4. 11. 1999 – IV R 40/99, BStBl. II 2000, 186; FG Köln v. 19. 1. 2005 – 11 K 844/04, DStRE 2006, 760 (762) (Rev. VIII R 18/05); *Wacker*, in: *Schmidt*, EStG (Fn. 77), § 15 Rn. 742. Zu den Anforderungen in Bezug auf die steuerliche Anerkennung von Verträgen zwischen Familienangehörigen vgl. im Einzelnen oben unter III. 5.

winnanteile dürften in diesem Fall vielmehr steuerlich weiterhin gewerbliche Einkünfte des Schenkers darstellen, so dass es nicht zu einer Verlagerung der Einkünfte kommt. Die Auszahlung an den Beschenkten wird dann als steuerlich unbeachtliche Einkommensverwendung des Schenkers i. S. d. § 12 Nr. 2 EStG zu werten sein.⁸⁶

Im Fall vermögensverwaltender Personengesellschaften kommt es für die Zurechnung von Einkünften aus der Gesellschaft dagegen maßgeblich darauf an, ob das wirtschaftliche Eigentum am übertragenen Anteil auf den Beschenkten übergegangen ist. Denn da die Zurechnung des Gesamthandsvermögens, das im Rahmen der Vermögensverwaltung entgeltlich an Dritte überlassen wird, der Beteiligung an der Gesellschaft folgt (§ 39 Abs. 2 Nr. 2 AO), ist die Zurechnung der Beteiligung selbst von wesentlicher Bedeutung. Ist das wirtschaftliche Eigentum beim Schenker verblieben, so sind die Beteiligung an der Gesellschaft und damit regelmäßig auch die Gewinnanteile steuerlich weiterhin diesem zuzurechnen, auch wenn der Beschenkte zivilrechtlich Gesellschafter geworden ist.⁸⁷

3. Schenkungsteuerliche Folgen

In schenkungsteuerlicher Hinsicht fallen die Folgen eines einkommensteuerlich als schädlich zu wertenden Rückforderungsvorbehalts hingegen abweichend aus. Da das Schenkungsteuerrecht unmittelbar an zivilrechtliche Vorgänge anknüpft, ist der eventuelle Verbleib des wirtschaftlichen Eigentums beim Schenker für die „Ausführung der Zuwendung“ i. S. d. § 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG unerheblich. Selbst ein *freier Widerrufsvorbehalt* steht demnach dem Entstehen der Schenkungsteuer nicht entgegen.⁸⁸

Im Fall der Schenkung von Anteilen an einer gewerblichen Personengesellschaft kann der Umfang der vereinbarten Vorbehalte zugunsten des Schenkers und die davon abhängige ertragsteuerliche Anerkennung der Mitunternehmerschaft des Beschenkten jedoch entscheidende Bedeutung für die schenkungsteuerliche Bemessungsgrundlage haben. So kommt eine Bewertung nach den für Betriebsvermögen geltenden Grundsätzen (§ 12 Abs. 5 ErbStG) nur in Betracht, wenn es infolge der Schenkung nicht zu einem Wechsel der Vermögensart kommt;⁸⁹ hierfür bedarf es aber der Mitunternehmereigenschaft des Beschenkten.⁹⁰ Zudem ist auch die Gewährung der in § 13a ErbStG vorgesehenen Be-

⁸⁶ Vgl. *Jülicher*, DStR 1998, 1977 (1978). Die Zurechnung als Einkünfte aus partiarischem Darlehen oder stiller Beteiligung beim Beschenkten (vgl. hierzu *Wacker*, in: *Schmidt*, EStG (Fn. 77), § 15 Rn. 746) dürfte im Fall der Anteilsübertragung zwischen Familienangehörigen bereits daran scheitern, dass dem Vertrag mangels Einräumung einer fremdüblichen Mitunternehmerstellung des Beschenkten insgesamt die steuerliche Anerkennung versagt werden dürfte (vgl. Fn. 87).

⁸⁷ Vgl. BFH v. 18. 5. 1995 – IV R 125/92, BStBl. II 1996, 5.

⁸⁸ BFH v. 1. 8. 1990 – II R 6/88, BStBl. II 1990, 1034; *Meincke*, ErbStG, 14. Aufl. 2004, § 7 Rn. 53; *Jülicher*, DStR 1998, 1977 (1980); *Pöllath*, Unternehmensfortführung (Fn. 82), Rn. 514.

⁸⁹ *Gebel*, in: *Troll/Gebel/Jülicher*, ErbStG, Stand: Februar 2007, § 12 Rn. 701.

⁹⁰ *Jülicher*, DStR 1998, 1977 (1980); *Pöllath*, Unternehmensfortführung (Fn. 82), Rn. 516.

günstigungen davon abhängig, dass es sich sowohl seitens des Schenkers als auch seitens des Beschenkten um Betriebsvermögen handelt.⁹¹

Die Vereinbarung eines Rückforderungsrechts des Schenkers, welches den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums auf den Beschenkten bzw. dessen Mitunternehmerstellung verhindert, beinhaltet daher in mehrfacher Hinsicht Risiken. Zum einen droht die regelmäßig gewünschte Verlagerung der Einkünfte auf die nächste Generation zu scheitern.⁹² Zum anderen wird unabhängig von der einkommensteuerrechtlichen Wertung zugleich Schenkungsteuer ausgelöst, wobei u. U. die Begünstigung für Betriebsvermögen verloren gehen kann. Aus diesem Grunde bedarf die im Interesse des Schenkers stets sinnvolle Absicherung durch Vorbehalte und bestimmte Rückforderungsrechte einer sorgfältigen Ausarbeitung.

VI. Minderjährige in der Gesellschafterversammlung

Das wichtigste Organ jeder Gesellschaft ist die Gesellschafterversammlung. Selbst wenn ihr im Gesellschaftsvertrag nur wenige Befugnisse eingeräumt werden, so ist es doch notwendig, dass sie permanent beschlussfähig ist. Die Beteiligung Minderjähriger an Gesellschafterversammlungen wirft verschiedene Fragen auf.

1. Vertretung

Aufgrund fehlender Geschäftsfähigkeit kann ein Minderjähriger nicht selbst in einer Gesellschafterversammlung auftreten.⁹³ Deswegen muss für ihn bei der Beschlussfassung sein gesetzlicher Vertreter handeln. Ist der gesetzliche Vertreter selbst Gesellschafter oder vertritt er mehrere minderjährige Gesellschafter, kommt ein Vertretungsausschluss aufgrund eines In-sich-Geschäfts bzw. einer Mehrfachvertretung in Frage (§§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 2, 181 BGB).

Der BGH unterscheidet hier zwischen Beschlüssen, welche die Grundlage des Gesellschaftsverhältnisses berühren, und solchen, welche die Geschäftsführung bzw. die laufenden gemeinsamen Gesellschaftsangelegenheiten betreffen.⁹⁴ Bei Letzteren steht die Verfolgung des gemeinsamen Gesellschaftszwecks im Vordergrund, so dass hier keine Interessenkollision zu befürchten ist.⁹⁵ Daher ist laut BGH nur in der ersten Fallgruppe § 181 BGB anwendbar. Die Vertretung ist jedoch bei allen Beschlüssen ausgeschlossen, die eine wesentliche Änderung des

⁹¹ BFH v. 14. 2. 2007 – II R 69/05, DB 2007, 1007 (1008); Jülicher, in Troll/Gebel/Jülicher (Fn. 89), § 13 a Rn. 134.

⁹² Im Einzelfall kann die Zurückbehaltung der Einkunftsquelle allerdings auch gerade gewünscht sein, z. B. wenn der Schenker nicht übertragungsfähige Sonderabschreibungen (vgl. § 7 a Abs. 7 EStG) in Anspruch nimmt. In diesem Fall lässt sich über entsprechende Klauseln erreichen, dass die Einkunftsquelle beim Schenker verbleibt, während aus schenkungsteuerlicher Sicht bereits eine Übertragung unter Ausnutzung des Freibetrages stattfindet.

⁹³ Hopt, in: Baumbach/Hopt (Fn. 4), § 105 Rn. 27.

⁹⁴ BGH v. 24. 5. 1976 – II ZR 164/74, NJW 1976, 49.

⁹⁵ BGH v. 24. 5. 1976 – II ZR 164/74, NJW 1976, 49 (50).

Gesellschaftsvertrages erforderlich machen.⁹⁶ Dies trifft insbesondere auf wesentliche Satzungsänderungen und Auflösungsbeschlüsse zu. In diesen Fällen ist ein Ergänzungspfleger zu bestellen (§ 1909 BGB). Bestehen Zweifel, ob die Eltern im Einzelfall von der Vertretung ausgeschlossen sind, sollte ein „Negativattest“ eingeholt oder vorsorglich ein Ergänzungspfleger bestellt werden.

2. Gerichtliche Genehmigung

Im Einzelfall können Gesellschafterbeschlüsse genehmigungsbedürftig sein (§§ 1643 Abs. 1, 1821, 1822 BGB).⁹⁷ Dazu gehört z. B. die Umwandlung der Kommanditistenstellung des Minderjährigen in die eines persönlich haftenden Gesellschafters, die nach § 1822 Nr. 10 BGB genehmigungspflichtig ist.⁹⁸

Unwesentliche Änderungen des Gesellschaftsvertrages unterliegen dagegen keiner Genehmigungspflicht, auch wenn sie in die Rechte und Pflichten des Minderjährigen eingreifen.⁹⁹ So ist beispielsweise für den Beschluss über Ausscheiden bzw. Eintritt eines anderen Gesellschafters keine Genehmigung erforderlich.¹⁰⁰

VII. Austritt von Minderjährigen aus einer Familiengesellschaft

Gesellschafter können auf verschiedene Weise aus einer Personengesellschaft ausscheiden. Sie können ihre Anteile veräußern, die Mitgliedschaft kündigen, gemeinsam mit den anderen Gesellschaftern durch Beschluss die Gesellschaft auflösen (s. unten VIII.) oder durch Vereinbarung mit den anderen Gesellschaftern aus der Gesellschaft ausscheiden.

1. Anteilsübertragung

a) Vertretung

Der Minderjährige kann bei der Veräußerung seines Gesellschaftsanteils nicht selbst handeln, da dieses Rechtsgeschäft nicht lediglich rechtlich vorteilhaft für ihn ist. Da die Veräußerung ein Rechtsgeschäft zwischen dem Minderjährigen und einem Dritten darstellt, können die Eltern ihr Kind vertreten, auch wenn sie selbst Mitgesellschafter sind und der Verfügung zustimmen müssen.¹⁰¹ Sie sind jedoch von der Vertretung ausgeschlossen, wenn sie selbst den Anteil von dem Minderjährigen erwerben wollen (§§ 1629 Abs. 2 Satz 1, 1795 Abs. 2, 181 BGB). In diesem Fall ist ein Ergänzungspfleger zu bestellen (§ 1909 BGB).

⁹⁶ BGH v. 26. 1. 1961 – II ZR 240/59, NJW 1961, 724.

⁹⁷ Ivo, in: *Wächter* (Fn. 29), 11. Kap. Rn. 78.

⁹⁸ Engler, in: *Staudinger* (Fn. 20), § 1822 Rn. 68; *Wagenitz*, in: *Münchener Kommentar, BGB* (Fn. 16), § 1822 Rn. 64.

⁹⁹ *Diederichsen*, in: *Palandt*, BGB (Fn. 13), § 1822 Rn. 10; *Engler*, in: *Staudinger* (Fn. 20), § 1822 Rn. 68; für generelle Genehmigungsfreiheit: BGH v. 25. 9. 1972 – II ZR 5/71, WM 1972, 1368 (1370).

¹⁰⁰ BGH v. 26. 1. 1961 – II ZR 240/59, NJW 1961, 724 f.

¹⁰¹ *Hopt*, in: *Baumbach/Hopt* (Fn. 4), § 105 Rn. 70.

b) Gerichtliche Genehmigung

Grundsätzlich beurteilt sich die Genehmigungsbedürftigkeit der Aufgabe eines Anteils spiegelbildlich nach den Verhältnissen beim Erwerb.¹⁰² In der Rechtsprechung wird die Veräußerung eines Kommanditanteils eines Minderjährigen als genehmigungspflichtig im Sinne des § 1822 Nr. 3 BGB angesehen, wenn es sich um einen Anteil an einem Erwerbsgeschäft handelt. Dessen Veräußerung sei rechtlich der Veräußerung des Erwerbsgeschäfts im Ganzen gleichzusetzen.¹⁰³ Für die Veräußerung des Gesellschaftsanteils ist daher die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich (§ 1822 Nr. 3 BGB).¹⁰⁴ Bei Aufgabe eines Anteils an einer rein vermögensverwaltenden Gesellschaft, die kein Erwerbsgeschäft (s. oben) darstellt, ist hingegen keine Genehmigung erforderlich.

2. Kündigung der Mitgliedschaft

Gesellschaftsverträge enthalten häufig Klauseln, die bestimmen, dass die Gesellschaft bei Kündigung eines Gesellschafters unter den übrigen Gesellschaftern fortbesteht. Die Kündigung führt in diesem Fall nur zum Ausscheiden des Gesellschafters und nicht zur Auflösung der Gesellschaft (§ 736 Abs. 1 BGB).

a) Vertretung

Die Kündigung der Mitgliedschaft ist für den Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, so dass er durch seine Eltern vertreten werden muss. Sind die Eltern Mitgesellschafter, muss ein Ergänzungspfleger bestellt werden, da es sich bei der Kündigung um ein Grundlagengeschäft¹⁰⁵ handelt und die Mitgesellschafter Erklärungsgegner sind (§§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 2, 181 BGB).

b) Gerichtliche Genehmigung

Die Kündigung ist in ihrem Wesen von der Veräußerung der Beteiligung zu unterscheiden. Die Kündigung unterliegt daher nicht § 1822 BGB, sondern § 1823 BGB, der lediglich für den Vormund und nicht für die Eltern eine Soll-Vorschrift enthält, weshalb eine gerichtliche Genehmigung nicht erforderlich ist, wenn die Eltern für den Minderjährigen handeln.¹⁰⁶ Hingegen findet § 1823 BGB über die Verweisung auf das Vormundschaftsrecht in § 1915 BGB auf den Ergänzungspfleger Anwendung.¹⁰⁷ Dieser sollte daher eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einholen.

¹⁰² Weisbrodt, in: Schröder/Bergschneider, Familienvermögensrecht, 2003, S. 348.

¹⁰³ OLG Karlsruhe v. 9. 7. 1973 – 11 W 87/72, NJW 1973, 1977 m. w. N.

¹⁰⁴ OLG Karlsruhe v. 9. 7. 1973 – 11 W 87/72, NJW 1973, 1977; Wälzholz, INF 2007, 231 (235).

¹⁰⁵ Ivo, in: Wachter (Fn. 29), 11. Kap. Rn. 96.

¹⁰⁶ Reinmann, DNotZ 1999, 179 (205); Holzhauser, in: Erman, BGB, 11. Aufl. 2004, § 1823 Rn. 1f.; Winkler, ZGR 1973, 176 (204f.); a. A. Ivo, in: Wachter (Fn. 29), 11. Kap. Rn. 98; Wiedemann, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Personengesellschaften, 1965, 246 f.

¹⁰⁷ Schwab, in: Münchener Kommentar (Fn. 16), § 1915 Rn. 17; Diederichsen, in: Palandt, BGB (Fn. 13), § 1915 Rn. 2.

3. Austrittsvereinbarung

Der Minderjährige kann auch durch eine Austrittsvereinbarung mit den Mitgesellschaftern aus der KG ausscheiden.

a) Vertretung

Bei einer solchen vertraglichen Vereinbarung muss der gesetzliche Vertreter für den Minderjährigen handeln, da sie nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist. Die Austrittsvereinbarung stellt eine Änderung des Gesellschaftsvertrages dar, weshalb der gesetzliche Vertreter, der gleichzeitig Mitgesellschafter ist, von der Vertretung ausgeschlossen ist (§§ 1629 Abs. 2 Satz 1, 1795 Abs. 2, 181 BGB). Die Bestellung eines Ergänzungspflegers ist die zwingende Folge (§ 1909 BGB).

b) Gerichtliche Genehmigung

Wie bei der Kündigung ist nicht § 1822 Nr. 3 BGB anwendbar, sondern § 1823 BGB (vgl. hierzu oben unter VII. 2. b)). Eine Genehmigungspflicht besteht daher nicht für die Eltern, der Ergänzungspfleger aber sollte eine Genehmigung einholen (s. oben).

VIII. Auflösung einer Familiengesellschaft mit Beteiligung Minderjähriger

Schließlich sind auch bei der Auflösung einer Familiengesellschaft mit Beteiligung Minderjähriger Besonderheiten zu beachten.

1. Vertretung

Der Beschluss über die Auflösung der Gesellschaft ist ein nicht lediglich rechtlich vorteilhaftes Rechtsgeschäft, weshalb der gesetzliche Vertreter des minderjährigen Gesellschafters für diesen handeln muss. Der Auflösungsbeschluss stellt ein Grundlagengeschäft dar, bei dem § 181 BGB Anwendung findet.¹⁰⁸ Ist der gesetzliche Vertreter gleichzeitig Mitgesellschafter, ist der Vertretungsausschluss nach §§ 1629 Abs. 2 Satz 1, 1795 Abs. 2, 181 BGB zu beachten und ein Ergänzungspfleger zu bestellen (§ 1909 BGB).

2. Gerichtliche Genehmigung

Bei der Auflösung der Gesellschaft handelt es sich um eine Änderung des Gesellschaftsvertrages, die nicht unter § 1822 BGB fällt. Es gilt stattdessen § 1823 BGB für den Vormund und über § 1915 BGB auch für den Ergänzungspfleger. Eine gerichtliche Genehmigung ist daher bei Vertretung durch die Eltern nicht erforderlich (vgl. hierzu oben VII. 2. b)).¹⁰⁹

¹⁰⁸ Ivo, in: Wächter (Fn. 29), 11. Kap. Rn. 101.

¹⁰⁹ Reinmann, DNotZ 1999, 179 (205).

IX. Die Beteiligung von Minderjährigen an Familiengesellschaften in der Gerichtspraxis

Zum Abschluss sei zur Veranschaulichung der unterschiedlichen Handhabung von Ergänzungspflegschaften und gerichtlicher Genehmigung durch die Gerichte in Deutschland ein Fall aus der Praxis geschildert.

An einer rein vermögensverwaltenden GmbH & Co. KG mit einem Vermögen von ca. 50 Millionen Euro sollen im Wege der Schenkung Minderjährige beteiligt werden, die in vier verschiedenen Gerichtsbezirken wohnen; zuständig sind die Amtsgerichte A, B, C, und D. In einem an das jeweilige Vormundschaftsgericht gerichteten Schriftsatz wird unter Vortrag des relevanten Sachverhalts und unter Vorlage des Gesellschaftsvertrags und der Schenkungsverträge die Bestellung von Ergänzungspflegern beantragt. Es werden bestimmte Ergänzungspfleger vorgeschlagen. Außerdem wird um Ausstellung eines Negativattests zur Vorlage beim Handelsregister gebeten, dass eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht erforderlich sei.

Beim Amtsgericht A ordnet das Vormundschaftsgericht innerhalb einer Woche die Ergänzungspflegschaft an und bestellt gleichzeitig die vorgeschlagenen Ergänzungspfleger. Mit gleichem Schreiben teilt das Vormundschaftsgericht mit, dass eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht erforderlich sei, da es sich um eine rein vermögensverwaltende Personengesellschaft handle.

Beim Amtsgericht B (Nachbarbezirk von A) ordnet das Familiengericht innerhalb von zehn Tagen die Ergänzungspflegschaft an. Am selben Tag bestellt das Vormundschaftsgericht die vorgeschlagenen Ergänzungspfleger. Auf Nachfrage bestätigt das Familiengericht, dass eine familiengerichtliche Genehmigung nicht erforderlich sei.

Beim Amtsgericht C (anderes Bundesland) ordnet das Amtsgericht ohne nähere Bezeichnung, aber wohl als Vormundschaftsgericht, innerhalb von vierzehn Tagen die Ergänzungspflegschaft an und bestellt gleichzeitig die vorgeschlagenen Ergänzungspfleger. Gleichzeitig wird ein Verfahrenspfleger bestellt, um auszugleichen, dass die Ergänzungspfleger nicht vom Gericht ausgewählt worden sind. Das Amtsgericht ist zunächst der Meinung, dass eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich sei, kündigt aber an, sich der Meinung des Verfahrenspflegers anschließen zu wollen. Der Verfahrenspfleger äußert schließlich die Meinung, dass eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht erforderlich sei. Dem schließt sich das Amtsgericht an.

Beim Amtsgericht D (drittes Bundesland) ordnet das Familiengericht innerhalb von zehn Tagen die Ergänzungspflegschaft an und leitet die Akte an das Vormundschaftsgericht weiter. Dort wird die Akte vier Wochen lang nicht bearbeitet. Dann kommt eine Nachricht vom Vormundschaftsgericht, dass erstens die vorgeschlagenen Ergänzungspfleger nicht bestellt werden können, da sie nicht im Gerichtsbezirk wohnen, aber gerne Ergänzungspfleger aus dem Gerichtsbezirk vorgeschlagen werden dürfen, und dass zweitens der Beitritt der Minderjährigen zu genehmigen sei, da dies bei einer Gesellschaft mit einem Vermögen

von mehreren Millionen Euro grundsätzlich erforderlich wäre. Die neu vorgeschlagenen Ergänzungspfleger werden schließlich weitere vier Wochen später bestellt. Die zugesagte und besprochene vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nimmt weitere sechs Wochen in Anspruch.

Interessant ist auch die unterschiedliche Handhabung der Eintragung der Beteiligung von Minderjährigen in das Handelsregister. Im Normalfall würde sich das Handelsregister das Negativattest oder die vormundschafts- bzw. familiengerichtliche Genehmigung vorlegen lassen. Es gibt aber auch Handelsregister, die ohne Vorlage irgendeiner Bescheinigung Minderjährige in das Handelsregister eintragen. Andere Handelsregister machen das Erfordernis der Vorlage einer Genehmigung davon abhängig, ob die Anteile entgeltlich oder unentgeltlich übertragen worden sind. Schließlich gibt es Handelsregister, welche immer die Vorlage einer Genehmigung verlangen, selbst wenn ein Negativattest vorhanden ist.

Fazit für den beratenden Anwalt ist, dass man sich im Voraus beim zuständigen Gericht nach der örtlichen Gerichtspraxis erkundigen sollte. Ist dies aus Zeit- oder anderen Gründen nicht möglich, richtet man seine Anträge entweder an das Gericht, das man selber für zuständig hält, oder an das Amtsgericht allgemein. Der Antrag wird dann an die richtige Stelle weitergeleitet.¹¹⁰ Ein Streit um die funktionelle Zuständigkeit lohnt sich erfahrungsgemäß nicht, da dies die Sache nur verzögert. Der schnellste Weg ist, der möglicherweise irrigen Auffassung der Gerichte zu folgen.

¹¹⁰ Bei Nachfragen im Gericht erntet man häufig ziemliches Unverständnis darüber, dass man als Anwalt die Zuständigkeiten nicht kennen würde, da natürlich jedes Gericht seine Praxis für die einzig rechtmäßige hält und davon ausgeht, dass die ganze Republik es ihm gleich tut.