

### Gutachten des Deutschen Notarinstituts

Abruf-Nr.: 135500

letzte Aktualisierung: 21. Juli 2014

**BGB §§ 107, 108, 167, 181, 182, 1068, 1629, 1643, 1795, 1822 Nr. 3 u. 10, 1909, 2315, 2347  
Schenkung von GmbH-Geschäftsanteilen an Minderjährige; Nießbrauchsvorbehalt; Rückforderungsvorbehalt; Erforderlichkeit eines Ergänzungspflegers und einer familiengerichtlichen Genehmigung; Vertretung Minderjähriger in der Gesellschafterversammlung; Stimmrechtsvollmacht für Minderjährige**

#### I. Sachverhalt

An einer wirksam gegründeten vermögensverwaltenden Familien-GmbH sind die Mutter und ihre zwei Söhne zu jeweils gleichen Teilen beteiligt. Das Stammkapital ist nach Angabe voll und wirksam eingezahlt. Rückzahlungen der Einlageleistungen sind nicht erfolgt, Nachschusspflichten bestehen nach Angabe nicht.

Es soll nun ein Teil der Beteiligung der Mutter an die (Enkel-)Kinder eines an der GmbH beteiligten Sohnes im Wege der Schenkung übertragen werden, ggf. unter Nießbrauchsvorbehalt und unter Vereinbarung von Rückforderungsrechten für die Veräußerin. Die Enkelkinder sind sieben und zehn Jahre alt. Das Sorgerecht für die Enkelkinder steht dem Sohn gemeinsam mit seiner Ehefrau zu.

Nach der Satzung der GmbH erfordert die Veräußerung von Geschäftsanteilen an der Gesellschaft die Zustimmung aller Gesellschafter.

#### II. Fragen

1. Können die minderjährigen Enkelkinder beim Vertragsabschluss wirksam durch ihre Eltern vertreten werden oder ist – insbesondere im Hinblick auf die in der Satzung enthaltene Vinkulierungsklausel – die Bestellung eines Ergänzungspflegers erforderlich? Ändert sich an der Beurteilung etwas, wenn ein Nießbrauchs- und/oder Rückforderungsrecht für die Veräußerin vereinbart wird?
2. Ist zur Übertragung die familiengerichtliche Genehmigung erforderlich?
3. Können die minderjährigen Kinder nach erfolgter Geschäftsanteilsabtretung in Gesellschafterversammlungen uneingeschränkt durch die Eltern vertreten werden?
4. Wenn nein: Zu welchen Beschlüssen bedürfte es eines Ergänzungspflegers und/oder einer familiengerichtlichen Genehmigung? Ferner: Ließe sich diese durch Erteilung einer unwiderruflichen Stimmrechtsvollmacht für einen Dritten bei Anteilsabtretung vermeiden?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Erforderlichkeit der Bestellung eines Ergänzungspflegers bei der Geschäftsanteils-schenkung und -übertragung

##### a) Allgemeine Voraussetzungen

Nach § 1629 Abs. 2 BGB können Vater und Mutter ein minderjähriges Kind insoweit nicht vertreten, als nach § 1795 BGB ein Vormund von der Vertretung des Kindes ausgeschlossen wäre. Dies betrifft nach §§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB insbesondere **Rechtsgeschäfte zwischen einem Verwandten des Elternteils in gerader Linie einerseits und dem Kind andererseits**, es sei denn, das Rechtsgeschäft besteht ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit. Eine ungeschriebene Ausnahme vom Vertretungsverbot auch des § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB wird außerdem angenommen, wenn das Geschäft dem Minderjährigen lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt (OLG Frankfurt FPR 2013, 397, 399; BayObLGZ 1974, 326, 329 = FamRZ 1974, 659 im Anschluss an BGHZ 59, 236 = NJW 1972, 2262, 2263; BGHZ 94, 232 = DNotZ 1986, 80, 81; Palandt/Götz, BGB, 73. Aufl. 2014, § 1795 Rn. 13 m. w. N.). Bei gemeinschaftlicher Vertretung des Kindes gem. § 1629 Abs. 1 S. 2, 1. Hs. BGB ergibt sich aus dem **Ausschluss der Vertretungsmacht eines Elternteils** nicht das Alleinvertretungsrecht des anderen Elternteils, sondern die Notwendigkeit der **Bestellung eines Ergänzungspflegers** gem. § 1909 Abs. 1 S. 1 BGB (s. nur Palandt/Götz, § 1629 Rn. 14).

Dabei sind **schuldrechtliche und dingliche Ebene getrennt zu beurteilen**, nachdem der BGH die vormalige Gesamtbetrachtungslehre für die Feststellung der rechtlichen Vorteilhaftigkeit bei unentgeltlichen Zuwendungen aufgegeben hat (BGHZ 187, 119 = NJW 2010, 3643 Rn. 6; auch bereits BGHZ 161, 170 = DNotZ 2005, 549, 551). Jedoch kann auf dinglicher Ebene die **Ausnahme der ausschließlichen Erfüllung** einer Verbindlichkeit im Falle einer Schenkung zur Vermeidung einer Umgehung des Minderjährigenschutzes **dann nicht** in Anspruch genommen werden, wenn **nicht zugleich das dingliche Erfüllungsgeschäft lediglich rechtlich vorteilhaft** ist (vgl. BGHZ 187, 119 = NJW 2010, 3643 Rn. 16 und MünchKommBGB/Schramm, 6. Aufl. 2012, § 181 Rn. 56; jurisPK-BGB/J. Lange, 6. Aufl. 2012, § 107 Rn. 25).

**Im vorliegenden Fall** sind sowohl die Schenkung als auch die dingliche Anteilsübertragung Rechtsgeschäfte zwischen einem Verwandten des Elternteils in gerader Linie – nämlich der Mutter des Sohnes, der Vater der Enkel ist – einerseits und den Kindern – den Enkeln – andererseits, so dass sie grundsätzlich den §§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB unterfallen.

##### b) Schuldrechtliche Ebene: Schenkung

Die auf schuldrechtlicher Ebene vorliegende Schenkung ist, wenn es sich um eine **reine Schenkung** ohne jegliche den Beschenkten verpflichtende oder ihn sonst beeinträchtigende Zusatzregelungen handelt, **lediglich rechtlich vorteilhaft**, so dass dann ein Vertretungsausschluss nicht gegeben ist.

Wegen etwaiger Zusatzregelungen zur Schenkung gilt u. E. folgendes:

### aa) Rückforderungsvorbehalt

Im Hinblick auf **Rückforderungsrechte im Zusammenhang mit der Schenkung**, die über das gesetzliche Rückforderungsrecht gem. § 528 BGB hinausgehen und sich auf schuldrechtlicher Ebene bewegen, sind letztlich die Rechtsfolgen dieses Rückforderungsrechts entscheidend.

Unabhängig davon, ob das Rückforderungsrecht vorbehaltlos besteht oder nur für bestimmte Fälle vorgesehen ist, begründet es jedenfalls dann einen rechtlichen Nachteil, wenn der Minderjährige im Fall seiner Ausübung entsprechend den Vorschriften über das Rücktrittsrecht zum Wertersatz oder Schadensersatz, insbesondere wegen einer zwischenzeitlichen Verschlechterung des zurück zu gewährenden Gegenstandes, verpflichtet sein kann (vgl. BGHZ 162, 137 = DNotZ 2005, 625, 627 m. w. N.; vgl. auch OLG München MittBayNot 2008, 299, 299). Ist die **Rückforderung** dagegen **nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen** ausgestaltet, so folgt nach der h. M. in der Literatur und der obergerichtlichen Rechtsprechung aus dem Rückforderungsvorbehalt nicht die Nachteiligkeit der Schenkung (vgl. OLG Dresden MittBayNot 1996, 288, 289 f.; OLG Köln MittBayNot 1998, 106; Rastatter, BWNotZ 2006, 7; Fembacher/Franzmann, MittBayNot 2002, 78, 82; Weigl, MittBayNot 2008, 275, 277; Menzel/Wolf, MittBayNot 2010, 186, 188).

Diese anhand von Grundstücksschenkungen entwickelten Grundsätze lassen sich **auf Geschäftsanteilsschenkungen übertragen** (Bürger, RNotZ 2006, 156, 163). Somit dürfte es im vorliegenden Fall darauf ankommen, in welcher Weise die Rücktrittsfolgen ausgestaltet werden.

Zusätzlich zu bedenken wäre ggf. der Fall einer Absicherung des Rückforderungsrechts durch eine auflösend bedingte Übertragung bzw. aufschiebend bedingte Rückübertragung des Geschäftsanteils. Dann müsste sichergestellt sein, dass auch im Zusammenhang mit der Bedingung keine rechtlichen Nachteile entstehen, etwa durch Ausschluss der bedingsrechtlichen Haftung während der Schwebezeit gem. § 160 BGB.

### bb) Nießbrauchsvorbehalt

Auf **schuldrechtlicher Ebene** könnte erwogen werden, ob mit Blick auf den Nießbrauchsvorbehalt von einer **Schenkung unter Auflage** (§ 525 BGB) auszugehen ist, die wegen des Anspruchs des Schenkers gegen den Beschenkten auf Vollziehung der Auflage gem. § 525 Abs. 1 BGB nicht lediglich rechtlich vorteilhaft sein könnte (so grds. die überw. M., Staudinger/Chiusi, BGB, 2013, § 525 Rn. 26 m. w. N.). Demgegenüber ist jedoch zu beachten, dass die Bestellung des Nießbrauchs in einem Akt mit Übertragung des Geschäftsanteils erfolgen soll, so dass dem Beschenkten von Anfang an nur der belastete Anteil zusteht und dass sich seine etwaigen Pflichten gegenüber dem Schenker (und Nießbraucher) fortan nicht aus dem schuldrechtlichen Grundverhältnis der Schenkung, sondern allein aus dem beschränkten dinglichen Recht des Nießbrauchs selbst ergeben sollen (vgl. insbes. RGZ 148, 321, 323 f.; vgl. auch Staudinger/Chiusi, § 525 Rn. 26 m. w. N.). In der Konsequenz dieser Sichtweise liegt es, die **Schenkung eines von vornherein** (ab dem Erwerbszeitpunkt oder sogar schon früher) **unter einem dinglichen Nießbrauchsvorbehalt** stehenden Gegenstandes **als reine Schenkung**, nicht als Auflagenschenkung **anzusehen**, so dass ein rechtlicher Nachteil auf schuldrechtlicher Ebene nicht festzustellen ist (Staudinger/Chiusi, § 525 Rn. 26). Doch auch wenn

der Begriff der **Auflagenschenkung weiter gefasst** wird, so dass auch ein derartiger Nießbrauchsverbehalt darunter fällt (vgl. – v. a. in Abgrenzung zum entgeltlichen Geschäft – BGHZ 3, 206 = NJW 1952, 20, 21; BGHZ 107, 156 = NJW 1989, 2122, 2123; BFH NJW 1986, 1009, 1009 f.; OLG Köln NJW-RR 1999, 239, 239), werden jedenfalls keine selbständigen Leistungspflichten des Beschenkten begründet; auch dann kann u. E. **auf schuldrechtlicher Ebene kein rechtlicher Nachteil** angenommen werden (so i. Erg. neben RGZ 148, 321, 323 f. auch BayObLG NJW 1967, 1912, 1913; vgl. auch BayObLG NJW 1998, 3574, 3576). Einschränkend ist anzumerken, dass sich die Frage nach der Vorteilhaftigkeit nur des schuldrechtlichen Geschäfts nach der erst kürzlich aufgegebenen Gesamtbetrachtungslehre nicht stellte, so dass die noch darauf beruhende Rechtsprechung insoweit unergiebig ist.

Hinsichtlich **etwaiger Pflichten aus dem vorbehaltenen Nießbrauch** selbst kommt es – nach Aufgabe der Gesamtbetrachtungslehre – nur auf die dingliche Ebene an (siehe sogleich unter Buchst. c Doppelbuchst. bb (2)).

### cc) Pflichtteilsanrechnung

Obwohl aus dem Sachverhalt nicht ersichtlich wird, dass bei der Schenkung des Geschäftsanteils die **Anrechnung auf den eventuellen Pflichtteil der Enkel der Veräußerin** (vgl. § 2309 BGB) **angeordnet oder vereinbart** werden soll, sei – angesichts der Üblichkeit derartiger Regelungen – noch auf Folgendes hingewiesen:

Die bisher überwiegende Auffassung **stellt die Vereinbarung einer Pflichtteilsanrechnung einem Pflichtteilsverzicht gleich** und verneint daher konsequenterweise das Vorliegen eines lediglich rechtlich vorteilhaften Geschäfts (BeckOK-BGB/J. Mayer, Stand: 1.5.2014 Ed. 31, § 2315 Rn. 8; MünchKommBGB/Lange, 6. Aufl. 2013, § 2315 Rn. 17; Staudinger/Haas, BGB, 2006, § 2315 Rn. 26, 31 f.; Lange, NJW 1955, 1339, 1343; vgl. auch Gutachten DNotI-Report 2007, 160).

Andererseits ist die Anordnung einer Pflichtteilsanrechnung nach der klaren Gesetzesystematik nicht als teilweiser Pflichtteilsverzicht ausgestaltet und – anders als beim Pflichtteilsverzicht – immer an eine entsprechende Zuwendung geknüpft. Zudem dürfte die zeitlich frühere Übertragung eines Vermögenswerts für den Erwerber bei typisierender Betrachtung vorteilhafter als eine spätere Übertragung sein, da ihm der Nutzwert früher zusteht (OLG Dresden MittBayNot 1996, 288, 291; Fembacher, MittBayNot 2004, 24, 25; Weigl, MittBayNot 2008, 275; Pentz, MDR 1998, 1266; Everts, Rpfleger 2005, 180; Menzel/Wolf, MittBayNot 2010, 186, 188).

All dies legt es u. E. nahe, trotz Anordnung der Pflichtteilsanrechnung von einem lediglich rechtlich vorteilhaften Geschäft auszugehen. Angesichts der letztlich aber als offen zu bezeichnenden Rechtslage dürfte es sich derzeit für die Praxis empfehlen, **vorsorglich einen Ergänzungspfleger zu bestellen, wenn die Pflichtteilsanrechnung angeordnet werden sollte**.

### c) Dingliche Ebene: Geschäftsanteilsübertragung unter Nießbrauchsverbehalt

Auch auf dinglicher Ebene kommt es auf die **ledigliche rechtlich Vorteilhaftigkeit** an, da die Ausnahme der Erfüllung einer Verbindlichkeit, wie eingangs unter Ziff. 1 Buchst. a ausgeführt, aufgrund einschränkender Auslegung des § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB sonst nicht in Anspruch genommen werden kann.

### aa) Grundsätzliche Beurteilung

**Entscheidend** für die Nachteilhaftigkeit eines Erwerbsgeschäfts ist grundsätzlich, ob der Minderjährige infolge der Übertragung mit **Verpflichtungen** belastet wird, für die er nicht nur dinglich mit dem erworbenen Gegenstand, sondern **auch persönlich mit seinem sonstigen Vermögen haftet** (BGHZ 161, 170 = DNotZ 2005, 549, 553; BGHZ 162, 137 = DNotZ 2005, 625, 625).

Nach überwiegender Auffassung in der Literatur ist die **dingliche Übertragung auch eines voll eingezahlten GmbH-Geschäftsanteils nicht lediglich rechtlich vorteilhaft**, wobei vornehmlich auf die Haftung für rückständige Leistungen gem. § 16 Abs. 2 GmbHG und die Ausfallhaftung des Erwerbers gem. §§ 24, 31 Abs. 3 GmbHG verwiesen wird (Ivo, in: Wachter, Fachanwaltshandbuch Handels- und Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2010, Teil 2, 11. Kap. Rn. 61; Heinemann, in: Hauschild u. a., Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2011, § 28 Rn. 7; Bürger, RNotZ 2006, 156, 162; Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 3. Aufl. 2012, Rn. 2263; Rust, DStR 2005, 1942, 1947; Maier-Reimer/Marx, NJW 2005, 3025, 3025 f.; a. A. Staudinger/Knothe, BGB, 2011, § 107 Rn. 29).

Auch wenn das Gesellschaftskapital voll eingezahlt ist und mit dem Geschäftsanteil keine besonderen Pflichten verbunden sind, dürfte oftmals nicht mit abschließender Sicherheit feststehen, dass in der Vergangenheit weder eine verdeckte Sacheinlage noch eine schuldtilgende Voreinzahlung oder eine Rückzahlung des geschützten Stammkapitals erfolgt ist. Ob schon wegen der abstrakten Möglichkeit der Haftung **stets** davon auszugehen ist, dass der Erwerb eines voll eingezahlten GmbH-Anteils **nicht lediglich rechtlich vorteilhaft** ist, oder ob ledigliche rechtliche Vorteilhaftigkeit ausnahmsweise angenommen werden kann, wenn eine Haftung nach den genannten Tatbeständen im Einzelfall sicher ausgeschlossen ist, kommt nicht in allen literarischen Stellungnahmen klar zum Ausdruck (i. d. R. wird bereits an das „Haftungsrisiko“ angeknüpft; eindeutig im ersteren Sinne aber Heinemann, § 28 Rn. 7; Rust, a. a. O.; die diesbezügliche Aussagekraft der sogleich bei § 1822 Nr. 10 BGB relevanten Entscheidung BGHZ 107, 23 = DNotZ 1990, 303, 304 f. erscheint fraglich). Höchst- oder obergerichtliche Rechtsprechung, welche die Rechtslage abschließend geklärt hätte, liegt – soweit ersichtlich – nicht vor.

Demnach entspricht es dem **sichersten Weg**, die Übertragung der Geschäftsanteile unter **Mitwirkung eines Ergänzungspflegers** vorzunehmen.

### bb) Nießbrauchsvorbehalt

- (1) Ein Nießbrauchsvorbehalt **ändert** ggf. **nichts daran**, dass die Übertragung nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist (Heinemann, § 28 Rn. 7; Bürger, RNotZ 2006, 156, 163).

Dies kann schon deswegen angenommen werden, weil die mit dem Geschäftsanteil verbundenen **Pflichten**, mithin auch die Haftung aus §§ 24, 31 Abs. 3 GmbHG, nach h. M. trotz des Nießbrauchs nicht den Nießbraucher, sondern **den Gesellschafter selbst treffen** (Staudinger/Frank, BGB, 2009, Anh. zu §§ 1068, 1069 Rn. 107; MünchKommGmbHG/Reichert/Weller, 2010, § 15 Rn. 343; Bürger, RNotZ 2006, 156, 163; teilweise abweichend Petzoldt, GmbHR 1987, 381, 389; a. A. Winkler, ZGR 1973, 177, 209).

Davon abgesehen nimmt der BGH an, dass die etwaige Nachteiligkeit einer Übertragung durch einen Nießbrauchsvorbehalt nicht entfällt, weil die Nachteile den **Minderjährigen mit Beendigung des Nießbrauchs** ohne weiteres **treffen** würden (BGHZ 162, 137 = DNotZ 2005, 625, 625: vermieteter Grundbesitz, vgl. §§ 566 Abs. 1, 581 Abs. 2, 593b, 1056 Abs. 1 BGB).

- (2) Fraglich sein kann außerdem, ob sich **rechtliche Nachteile für den Erwerber aus dem vorbehaltenen Nießbrauch selbst** ergeben.

Dabei ist die **Bestellung** des Nießbrauchs, die **gleichzeitig mit der Übertragung** erfolgt, nicht schon als solche ein rechtlicher Nachteil, da sie eine bloße Einschränkungen der Zuwendung darstellt und als Teil des Erwerbsvorgangs zu sehen ist (vgl. BGHZ 187, 119 = NJW 2010, 3643 Rn. 17). Dies dürfte etwa auch im Bezug auf die Einschränkung der Rechtsmacht des Gesellschafters gem. § 1071 BGB gelten.

In Bezug auf die **Rechtswirkungen des vorbehaltenen Nießbrauchs** geht die Rechtsprechung im Grundstücksrecht davon aus, dass der Nießbrauch „jedenfalls dann, wenn der Nießbraucher über §§ 1042 Satz 2, 1047 BGB hinaus auch die Kosten außergewöhnlicher Ausbesserungen und Erneuerungen sowie die außergewöhnlichen Grundstückslasten zu tragen hat, der Eigentümer insoweit also nicht zum Aufwendungs- oder Verwendungsersatz gemäß §§ 1049, 677 ff. BGB verpflichtet ist“ – sog. Nettonießbrauch –, lediglich rechtlich vorteilhaft ist (so BGHZ 161, 170 = DNotZ 2005, 549; ferner RGZ 148, 321, 324; OLG Celle RNotZ 2014, 317, 319; MünchKommBGB/Schmitt, 6. Aufl. 2012, § 107 Rn. 47; Staudinger/Knothe, § 107 Rn. 16).

Wenngleich unmittelbare Stellungnahmen für den **Nießbrauch an Geschäftsanteilen** kaum anzutreffen sind, dürfte zu folgern sein, dass jedenfalls aus dem **Vorbehalt eines Nettonießbrauchs** – alle Kosten und Lasten trägt der Nießbraucher – **keine zusätzlichen rechtlichen Nachteile** des Erwerbers folgen. Offen bleibt, ob dies auch bei anderer Ausgestaltung gilt, da für eine „Kosten- und Lastentragung“ der Gesellschafter zumindest bei Kapitalgesellschaften wenig Raum ist.

Zu beachten ist dabei allerdings, dass sich im Zusammenhang mit dem Nießbrauch einem Geschäftsanteil eine Reihe von Streitfragen stellen, insbesondere im Bezug auf die Zuordnung von Gesellschafterrechten an den Geschäftsanteilsinhaber bzw. den Nießbraucher. Zumindest wird davon ausgegangen, dass der Gesellschafter im Rahmen der gesellschaftlichen Treuepflicht und der Ausgestaltung des Nießbrauchs im Innenverhältnis verpflichtet ist, bei der Ausübung von ihm zustehenden Mitgliedsschaftsrechten darauf zu achten, dass die Interessen des Nießbrauchers nicht beeinträchtigt werden (Staudinger/Frank, BGB, 2009, Anh. zu §§ 1068, 1069 Rn. 100 m. w. N.). Auch insoweit wäre im Einzelfall näher zu untersuchen, ob für den Geschäftsanteilsinhaber Pflichten verbleiben, die sich als für ihn rechtlich nachteilig erweisen.

**d) Vertretung mehrerer Kinder durch denselben Ergänzungspfleger**

Obwohl die Übertragung an mehrere minderjährige Kinder des Gesellschafters erfolgen soll, **genügt** dabei – soweit ersichtlich – die **Bestellung eines Ergänzungspflegers** für beide Kinder, da die Vereinbarungen zwischen der Veräußerin einerseits und den parallel handelnden erwerbenden Kindern andererseits geschlossen werden. Ein Rechtsgeschäft zwischen den beschenkten Kindern, auf das Verbot der Mehrfachvertretung gem. § 181, 2. Var. BGB (i. V. m. §§ 1915 Abs. 1, 1795 Abs. 2 BGB) anzuwenden wäre, liegt dann nicht vor.

**2. Familiengerichtliche Genehmigung der Geschäftsanteilsschenkung und -übertragung**

Eine **familiengerichtliche Genehmigung** kann für die Eltern insbesondere nach Maßgabe von § 1643 BGB oder für den Ergänzungspfleger entsprechend dem Vormundschaftsrecht gem. § 1915 BGB erforderlich sein. Danach ist Folgendes in Betracht zu ziehen:

**a) § 1822 Nr. 3 BGB**

Eine Genehmigung verlangt die Vorschrift des § 1822 Nr. 3 BGB nach ihrem Wortlaut zu einem Vertrag, der auf den entgeltlichen Erwerb oder die Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts gerichtet ist (1. Alt.), oder zu einem Gesellschaftsvertrag, der zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts eingegangen wird (2. Alt.).

Bei **schenkweiser Übertragung** von GmbH-Geschäftsanteilen **verneint** der **BGH** diesen Genehmigungstatbestand in beiden Alternativen (BGHZ 107, 23 = DNotZ 1990, 303, 306 f.; zust. Bürger, RNotZ 2006, 156, 163 f.; anders BGH DNotZ 2004, 152, 153 zur Entgeltlichkeit voraussetzenden 1. Alternative, wenn die Beteiligung des Minderjährigen über eine bloße Kapitalbeteiligung hinausgeht und wirtschaftlich als Beteiligung an dem von der GmbH betriebenen Erwerbsgeschäft anzusehen ist, jedenfalls sofern die Beteiligung eines Minderjährigen 50 % übersteigt oder wenn nur Minderjährige beteiligt sind und sie alle Anteile und damit das Unternehmen der GmbH insgesamt veräußern).

Soweit teilweise die **Anwendung des § 1822 Nr. 3, 1. Alt. BGB** auch **auf einen auf Nießbrauchsbestellung gerichteten Vertrag** vertreten wird (Staudinger/Veit, BGB, 2014, § 1822 Rn. 65; Soergel/Zimmermann, BGB, 13. Aufl. 2000, § 1822 Rn. 19; Palandt/Götz, § 1822 Rn. 7; Brüggemann FamRZ 1990, 124, 126; a. A. MünchKommBGB/Wagenitz, 6. Aufl. 2012, § 1822 Rn. 18), erscheint dies für den Vorbehaltsnießbrauch als besonders zweifelhaft und wird jedenfalls im Rahmen einer unentgeltlichen Übertragung zu verneinen sein.

**Im vorliegenden Fall** fehlt es an der Entgeltlichkeit, zudem auch an einer 50 % übersteigenden Beteiligung der Minderjährigen, so dass die Genehmigungsbedürftigkeit nach § 1822 Nr. 3 BGB auf jeden Fall zu verneinen sein dürfte.

**b) § 1822 Nr. 10 BGB**

Im Hinblick auf § 1822 Nr. 10 BGB, der die **Übernahme einer fremden Verbindlichkeit**, auch als gesetzliche Folge, erfasst, stellt der BGH auf eine konkrete Betrachtungsweise ab: Es kommt darauf an, ob eine **Haftung für rückständige Leistungen** gem. § 16 Abs. 2 GmbHG oder eine **Ausfallhaftung** i. S. d. §§ 24, 31 Abs. 3 GmbHG

im Zeitpunkt der Anteilsübertragung **tatsächlich gegeben** ist. Die „theoretische Möglichkeit“, dass ein Gesellschafter erst nach Anteilsübertragung Leistungen unter Verstoß gegen § 30 GmbHG erhält und nach § 31 GmbHG nicht erstatten kann, so dass die Mitgesellschafter für den Ausfall einzustehen haben, führt noch nicht zur Genehmigungsbedürftigkeit (BGHZ 107, 23 = DNotZ 1990, 303, 304 f.).

Insofern wird **empfohlen**, beim unentgeltlichen Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen im Hinblick auf § 1822 Nr. 10 BGB **vorsorglich die Genehmigung einzuholen**, da aufgrund von §§ 24, 31 Abs. 3 GmbHG stets eine potentielle Ausfallhaftung des minderjährigen Erwerbers gegeben sei (Ivo, Rn. 63; Heinemann, § 28 Rn. 9; etwas enger Bürger, RNotZ 2006, 156, 165: in Zweifels- oder Verdachtsfällen). *Rust* (DStR 2005, 1942, 1948) zieht aus der nicht sicheren Feststellbarkeit der konkreten Belastung zum Zeitpunkt des Erwerbs des Geschäftsanteils die Konsequenz, dass für die Genehmigungsbedürftigkeit gem. § 1822 Nr. 10 BGB bereits auf die abstrakte Gefahr abgestellt werden sollte.

**Im vorliegenden Fall** wäre demnach zu erwägen, ob die Genehmigung aufgrund genauer Kenntnis der Verhältnisse als entbehrlich angesehen werden kann oder ob sie zumindest aus Vorsichtsgründen eingeholt werden sollte. Das Genehmigungserfordernis würde sich hier auf die dingliche Anteilsübertragung, an welche die Haftung gesetzlich anknüpft, beziehen.

### c) § 2347 Abs. 1 S. 1 BGB analog oder § 1822 Nr. 2 BGB

Wird bei der Schenkung die **Anrechnung auf den Pflichtteil angeordnet**, gilt zusätzlich folgendes:

**Folgt man der angeführten überwiegenden Auffassung**, welche die Anordnung einer Pflichtteilsanrechnung bei der Schenkung einem Pflichtteilsverzicht letztlich gleichgestellt, so wäre – konsequenterweise – weiter anzunehmen, dass ein Vertrag mit derartigem Inhalt jedenfalls auf Seiten des Zuwendungsempfängers **analog § 2347 Abs. 1 S. 1 BGB oder § 1822 Nr. 2 BGB der familiengerichtlichen Genehmigung bedarf** (vgl. nur Staudinger/Haas, § 2315 Rn. 32; MünchKommBGB/Lange, § 2315 Rn. 17; BeckOK-BGB/J. Mayer, § 2315 Rn. 8). Obwohl teilweise auf die Analogie zu § 1822 Nr. 2 BGB abgestellt wird, der nur für den Vormund oder Pfleger, nicht aber die Eltern gilt (§ 1643 Abs. 1 BGB), dürfte dies zumindest vorsorglich auch bei zulässiger Vertretung durch die Eltern anzunehmen sein, denn § 2347 Abs. 1 S. 1 BGB analog würde insoweit eingreifen.

### 3. Zustimmung „aller Gesellschafter“ zur Veräußerung

Die **Zustimmung zur Veräußerung** durch alle bisherigen Gesellschafter, die Mutter und ihre beiden Söhne, **dürfte unproblematisch sein**.

Enthält die GmbH-Satzung hiernach eine Vinkulierungsklausel, wonach die Geschäftsanteilsabtretung der **Zustimmung „aller Gesellschafter“** bedarf, muss nach wohl h. M. die Zustimmung auch **im Außenverhältnis durch die Gesellschafter selbst erklärt** werden (OLG Koblenz NJW-RR 1989, 1057, 1057; Michalski/Ebbing, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 15 Rn. 150 i. V. m. Rn. 148; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 15 Rn. 43; MünchKommGmbHG/Reichert/Weller, § 15 Rn. 423; jew. m. w. N.). Diese Auffassung wird teilweise in Zweifel gezogen. Danach soll die Zustimmung im Außenverhältnis als Akt der Stellvertretung zu begreifen sein, der dementsprechend den **Geschäftsführern in ver-**

**tretungsberechtigter Zahl** obliege (so etwa Roth/Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 15 Rn. 106; auch RGZ 104, 413, 414; 160, 225, 231).

Soweit die bisherigen Gesellschafter einen **einstimmigen Beschluss** über die Billigung der Veräußerung fassen, weil das Vinkulierungserfordernis in diesem Sinne verstanden wird (Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung, vgl. etwa Michalski/Ebbing, § 15 Rn. 151), wären hieran die minderjährigen Kinder nicht, auch nicht als Erklärungsempfänger, beteiligt, so dass für eine Stellvertragung und eine Vertretungsausschluss kein Raum ist.

Für die **Erklärung der Zustimmung im Außenverhältnis** – durch die Gesellschafter selbst oder, nach a. A., durch den Geschäftsführer – gelten die Regeln der §§ 182 ff. BGB (BGHZ 13, 179; BayObLGZ 1977, 291), also auch § 182 Abs. 1 BGB. Danach kann die Erklärung sowohl dem einen als auch dem anderen Teil gegenüber erfolgen, d. h. hier gegenüber der Veräußerin oder den Erwerbern. Wird die **Zustimmung nur gegenüber der Veräußerin erklärt**, liegt kein Fall der (Empfangs-)Vertretung eines Minderjährigen vor, so dass § 181 BGB (und auch § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB) nicht zu Anwendung kommen. Insoweit wird § 181 BGB als formale Ordnungsvorschrift verstanden, die bereits dann nicht eingreift, wenn die etwa erforderliche Zustimmung gegenüber dem anderen Teil erklärt wird (BGHZ 94, 137; KG DNotZ 2004, 391; BayObLGZ 1977, 76, 81; Soergel/Leptien, BGB, 13. Aufl. 1999, § 181 Rn. 31; nunmehr auch: MünchKommBGB/Schramm, § 181 Rn. 12; Staudinger/Schilken, BGB, 2009, § 181 Rn. 41; m. w. N. auch zur Gegenansicht in der Lit.), auch wenn der Zustimmende an dem zustimmungsbedürftigen Vertrag als Vertreter für den einen Teil mitwirkt. Eingreifen könnte § 181 BGB (bzw. § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB) demnach nur, wenn die Zustimmung von den Gesellschaftern gegenüber den Enkeln als Erwerbern erklärt werden würde, weil es sich dann um ein Insichgeschäft des Vaters handelt.

Davon abgesehen dürfte die **Entgegennahme der Zustimmung** für die minderjährigen Erwerber **lediglich rechtlich vorteilhaft** sein, so dass ein Vertretungsausschluss ohnehin nicht eingreift, denn die Zustimmung verpflichtet sie zu nichts und schmälert ihrer Rechte nicht, sondern ermöglicht ihnen lediglich das (gesondert zu beurteilende, vgl. oben) dingliche Erwerbsgeschäft.

#### 4. Vertretung minderjähriger Gesellschafter durch Elternteile, die zugleich Mitgesellschafter sein, bei Gesellschafterbeschlüssen

Sind die minderjährigen Enkel und zugleich ihr Vater Gesellschafter der GmbH, stellt sich die **Frage, ob § 181 BGB** (i. V. m. §§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 2 BGB) **und**, im Hinblick auf die Beteiligung auch der Großmutter der Enkel, **§§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB einer Stimmabgabe durch den Vater** in Vertretung für die Enkel **entgegenstehen**.

- a) Nachdem die Rechtsprechung die **Anwendung des § 181 BGB auf Gesellschafterbeschlüsse** bei Kapitalgesellschaften früher generell abgelehnt hatte, da die Stimmabgabe gegenüber der Gesellschaft, nicht zwischen den Gesellschaftern erfolgt (vgl. BGHZ 52, 316, 318 = NJW 1970, 33, 33 = DNotZ 1970, 298), **differenziert der BGH** inzwischen – in Anlehnung an frühere Entscheidungen zum Personengesellschaftsrecht (vgl. BGHZ 65, 93, 95 f. = NJW 1976, 49 = DNotZ 1976, 107) – auch im GmbH-Recht **nach dem Beschlussgegenstand** (vgl. BGH NJW 1989, 168, 169 = DNotZ 1989, 26, 27 für Satzungsänderungen). Nach Ansicht des BGH sind nicht allein formale oder konstruktive Überlegungen, sondern auch wertende Gesichtspunkte maßgebend (BGHZ 65, 93, 97; Ivo, Rn. 65). § 181 BGB finde Anwendung, wenn sich zwei oder mehr Personen in der Rolle von Geschäftgegnern gegenüberstünden und jeder zu Lasten des anderen versuche, seine eigene Rechtsposition zu verschieben oder zu stärken. Demgegenüber stehe

bei gewöhnlichen Gesellschafterbeschlüssen das Ziel der verbandsinternen Willensbildung nach dem gesetzgeberischen Leitbild des § 705 BGB und damit die Verfolgung des gemeinsamen Gesellschaftszwecks auf dem Boden der bestehenden Vertragsordnung im Vordergrund (vgl. BGHZ 65, 93, 97 f.).

Demzufolge ist die **Anwendbarkeit von § 181 BGB**

- zu **verneinen** bei Beschlüssen, welche die **Geschäftsführung bzw. die laufenden gemeinsamen Gesellschaftsangelegenheiten** zum Gegenstand haben;
- zu **bejahen** bei Beschlüssen, welche die **Grundlage des Gesellschafterverhältnisses** berühren (z. B. Änderung des Gesellschaftsvertrages, Umwandlung, Auflösung) und aus damit dem Rahmen der Geschäftsführung und der laufenden gemeinsamen Gesellschaftsangelegenheiten herausfallen.

Diese Unterscheidung überwiegt heute **auch in der Literatur** zum GmbH-Recht (vgl. Baumbach/Hueck/Zöllner, § 47 Rn. 60; MünchKommGmbHG/Harbarth, 2011, § 53 Rn. 63; Michalski/Hoffmann, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 53 Rn. 63; Großkomm-GmbHG/Ulmer, 2008, § 53 Rn. 64; Scholz/Priester/Veil, GmbHG, 10. Aufl. 2010, § 53 Rn. 101; Bürger, RNotZ 2006, 156, 170 ff., Übersicht 173; ähnlich Großkomm-GmbHG/Hüffer, 2006, § 47 Rn. 117: Abgrenzung nach Mehrheitserfordernis; **strenger** – § 181 BGB stets anwendbar – MünchKommGmbHG/Drescher, 2012, § 47 Rn. 222, 224; Michalski/Römermann, § 47 Rn. 125; Roth, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 47 Rn. 36).

**Entsprechendes** dürfte für die Anwendung des **§ 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB** gelten.

- b) Eine **unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht** an einen Dritten dürfte nicht geeignet sein, den ggf. eintretenden Ausschluss der Vertretungsmacht zu „überwinden“.
  - aa) Da es für die lediglich rechtliche Vorteilhaftigkeit der Vollmachterteilung darauf ankommt, ob die Rechtsgeschäfte, zu denen die Vollmacht ermächtigt, ihrerseits als lediglich rechtlich vorteilhaft für den vertretenen Minderjährigen anzusehen sind (Staudinger/Schilken, § 167 Rn. 75; MünchKommBGB/Schramm, § 167 Rn. 9; je m. w. N.), kann der **beschränkt geschäftsfähige Minderjährige aufgrund eigener Rechtsmacht keine wirksame Stimmrechtsvollmacht erteilen**, denn die Stimmabgabe bei Gesellschafterbeschlüssen ist nach h. M. nie lediglich rechtlich vorteilhaft (J. W. Flume, NZG 2014, 17, 17 f. m. w. N.).
  - bb) Demnach wäre die Vollmacht letztlich **auf die gesetzliche Vertretungsmacht der Eltern zurückzuführen**, sei es, weil die Eltern sie im Namen der Kinder erteilen, weil sie einer von den Kindern erteilten Vollmacht gem. §§ 107, 108 Abs. 1 BGB zustimmen oder weil sie die Vollmacht im eigenen Namen als Sorgerechtsvollmacht (zu dieser näher DNotI-Abrufgutachten Nr. 123621 und das darin in Bezug genommene Gutachten DNotI-Report 2010, 203) erteilen.

Zwar wären die §§ 181, 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB **auf die Vollmachterteilung selbst nicht anwendbar**, wenn die Vollmacht einem Dritten als Innenvollmacht gem. § 167 Abs. 1, 1. Var. BGB erteilt wird. Bei Erteilung der Sorgerechtsvollmacht würde nicht einmal eine Vertretung des Minderjährigen stattfinden.

Doch im Sinne der Ableitung von der gesetzlichen Vertretungsmacht der Eltern handelt es sich in allen Fällen um eine **Untervollmacht** (teilweise als Fall der „Eigenvertretung“ bezeichnet, soweit der Vertreter als solcher vertreten werden soll). Obwohl § 181 BGB nach seinem Wortlaut den Fall der Einschaltung eines Unterbevollmächtigten nicht erfasst, geht die **Rechtsprechung des BGH** auf Grundlage einer zweckgerichteten Auslegung (vgl. BGHZ 56, 97 = NJW 1971, 1355, 1356 ff.) davon aus, dass § 181 BGB die Vertretungsmacht einschränke und niemand mehr Rechte auf einen anderen übertragen könne, als er selber habe und dass der am Selbstkontrahieren gehinderte Vertreter nicht auf dem Umweg über die Bestellung eines Unterbevollmächtigten seine eigene Vertretungsmacht erweitern könne (BGHZ 64, 72 = NJW 1975, 1117, 1118; BGHZ 91, 334 = NJW 1984, 2085; BGHZ 112, 339 = NJW 1991, 691, 692; dem folgend die ganz h. L., je m. w. N. MünchKommBGB/Schramm, 6. Aufl. 2012, § 181 Rn. 24; Staudinger/Schilken, § 181 Rn. 35 f.; anders noch das RG in st. Rspr.). Die Gefahr, die kollidierenden Interessen eigennützig zu bewerten, werde durch die Einschaltung eines Untervertreters nicht beseitigt (BGHZ 112, 339 = NJW 1991, 691, 692). Ein **Untervertreter** in dem bezeichneten weiteren Sinne ist demnach in Fällen, in denen der Hauptvertreter, von dem er seine Vertretungsmacht ableitet, gem. § 181 BGB von der Vertretung ausgeschlossen ist, **ebenfalls von der Vertretung ausgeschlossen**.

**Entsprechendes** wird konsequenterweise auch **für § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB** anzunehmen sein.

- c) Die abstrakte Frage nach der **Erforderlichkeit einer familiengerichtlichen Genehmigung** lässt sich an dieser Stelle **nicht umfassend beantworten**. In der Regel sind die bekannten Genehmigungstatbestände für Beschlüsse auf der Ebene der GmbH, die sich als solche nicht unmittelbar auf die Rechtsstellung des Minderjährigen auswirken, nicht einschlägig. Auch für Satzungsänderung gilt § 1822 Nr. 3, 2. Alt. BGB nach der Rechtsprechung wohl nicht (vgl. BGH NJW 1961, 724; BGHZ 38, 26 = NJW 1962, 2344; BGHZ 52, 316 = NJW 1970, 33; Bürger, RNotZ 2006, 156, 177; Heinemann, § 28 Rn. 18). Doch beispielsweise bei Kapitalerhöhungen kommt eine Genehmigungsbedürftigkeit in Betracht.