

# Zur familiengerichtlichen Genehmigung der schenkweisen Übertragung eines Kommanditanteils von den Eltern an das minderjährige Kind nach § 1822 Nr. 3 Var. 3 BGB

Dr. Matthias Maetschke, Bonn\*

*Soweit das vermögensrechtliche Verhältnis der Eltern zum Kind betroffen ist, hat das Familienrecht den Charakter einer wirtschaftlichen Querschnittsmaterie. Dies zeigt sich besonders deutlich, wenn dem Minderjährigen im Rahmen der Nachfolgeplanung Anteile an einer Familien-Kommanditgesellschaft übertragen werden sollen. Hier ergibt sich ein Spannungsfeld familienrechtlicher Bestimmungen zum Minderjährigenschutz auf der einen Seite und zum Gesellschaftsrecht auf der anderen Seite. Dieser „Dauerbrenner“ der juristischen Beratungspraxis eignet sich daher in besonderem Maße zur Wiederholung und Vertiefung von Inhalten des Familienrechts, des Allgemeinen Teils und des Handelsgesetzbuchs.*

## I. Ein „Dauerbrenner“ der juristischen Beratungspraxis

Die Übertragung von Anteilen an Kommanditgesellschaften auf Minderjährige ist ein „Dauerbrenner“ der juristischen Beratungspraxis. Die Kommanditgesellschaft erfreut sich als Mittel zur Gestaltung der Vermögensnachfolge ungebrochener Beliebtheit. Dabei bringen die Eltern ihr Vermögen oder Teile davon in die Gesellschaft ein. Anschließend übertragen sie einen Kommanditanteil an ihr minderjähriges Kind. Die Übertragung erfolgt schenkweise im Wege der sogenannten vorweggenommenen Erbfolge.

Eine solche „*Beglückung minderjähriger Kinder mit Gesellschaftsanteilen*“<sup>1</sup>, wie Karsten Schmidt es nennt, wäre an sich nicht weiter bemerkenswert, wenn sie nicht zugleich zwei grundlegende Rechtsfragen aufwerfen würde. Zum einen ist nicht klar, ob die Eltern bei Abschluss der Übertragungsverträge von der Vertretung ihrer Kinder ausgeschlossen sind. Bestünde in diesen Fällen nämlich ein – zumindest potentieller - Interessenkonflikt, wäre ein Ergänzungspfleger zu bestellen. Darüber hinaus muss geklärt werden, ob das Geschäft der familiengerichtlichen Genehmigung bedarf.<sup>2</sup>

In der Literatur bestand und besteht zu diesen Punkten kein einheitliches Meinungsbild.<sup>3</sup> Ähnlich uneinheitlich zeigt sich die Rechtsprechung: Im Jahr 2008 ergingen in schneller Folge drei Entscheidungen<sup>4</sup> der *Oberlandesgerichte Frankfurt/Main*,<sup>5</sup> *Bremen*<sup>6</sup> und *München*.<sup>7</sup> Aber anstatt die Rechtslage zu klären und so für Rechtssicherheit zu sorgen, verschärfte die drei Urteile die bestehende Unsicherheit weiter. Denn sie wurden allgemein so wahrgenommen, dass sie jeweils zu unterschiedlichen Ergebnissen kamen.<sup>8</sup> Vor allem das Erfordernis der familiengerichtlichen Genehmigung werde „in jüngsten obergerichtlichen Entscheidungen gegensätzlich beurteilt“.<sup>9</sup>

Auch ein viertes Urteil des *Oberlandesgerichts Jena* im Jahr 2013<sup>10</sup> änderte an diesem Zustand nichts. Einigen Kommentatoren scheint die Rechtslage mittlerweile so ungewiss, dass sie schon nach berichtigenden Worten des Gesetzgebers rufen.<sup>11</sup>

Die vorliegenden Ausführungen unternehmen den Versuch, mit Hilfe der zivilrechtlichen Dogmatik eine festere Grundlage für die Beurteilung der schenkweisen Übertragung von KG-Anteilen an Minderjährige zu finden. Dabei konzentrieren sie sich ganz auf die familiengerichtliche Genehmigungsbedürftigkeit solcher Nachfolgegestaltungen. Dieser eng umgrenzte Ausgangspunkt erleichtert die systematische Einordnung der Problemfelder. Die bei der Untersuchung gewonnenen Erkenntnisse erlauben es aber auch, ergänzende Fragen wie den Ausschluss der Eltern von der Vertretung des Kindes zu beantworten.

Die Überlegungen folgen einem vierstufigen Aufbau. Zunächst soll ein typischer Fall aus der Beratungspraxis

<sup>3</sup> Siehe etwa *Damrau*, ZEV 2000, 209-214; *Führ, Nikoleyczik*, BB 2009, 2105-2108; *Hohaus, Eickmann*, BB 2004, 1707-1712; *Ivo*, ZEV 2005, 193-196; *Menzel, Wolf*, MittBayNot 2010, 186 (187 ff.); *Rust*, DStR 2005, 1942 (1945 f.).

<sup>4</sup> Alle drei Urteile sind auch zusammen abgedruckt in *GmbHR* 2008, 1262-1266 mit Anm. *Werner*, S. 1266 f.

<sup>5</sup> *OLG Frankfurt* DNotZ 2009, 142-144.

<sup>6</sup> *OLG Bremen* ZEV 2008, 608 f.

<sup>7</sup> *OLG München* ZEV 2008, 609 f. m. Anm. *Grunsky*, S. 610 f.

<sup>8</sup> *Führ, Nikoleyczik*, (Fn. 3), 2105 (2105); *Hannes, Onderka, von Oertzen*, ZEV 2009, 129 (132 f.); *Menzel, Wolf*, (Fn. 3), 186 (186).

<sup>9</sup> *Weinbrenner*, FPR 2009, 265 (265); so auch *Grunsky*, ZEV 2008, 610 (610).

<sup>10</sup> *OLG Jena* MittBayNot 2013, 387-389 m. Anm. *Gerono*, S. 389 f.

<sup>11</sup> *Staudinger/Veit*, 2014, § 1822 Rn. 80.

\* Verf. ist Akad. Rat a.Z. am Institut für Deutsche und Rheinische Rechtsgeschichte der Universität Bonn. Dies ist die unveränderte Fassung eines Vortrags, den Verf. am 09.12.2015 in Kiel gehalten hat.

<sup>1</sup> *Schmidt*, NJW 1989, 1712 (1713).

<sup>2</sup> *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, 10. Aufl., 2010, § 39 Rn. 587 ff.

geschildert werden, bei dem es letztlich auf die Frage ankommt, ob die Genehmigung durch das Familiengericht nach § 1822 Nr. 3 Var. 3 BGB erforderlich ist (*hierzu unter II.1.*). Im Anschluss werden dann die drei Tatbestandsvoraussetzungen dieser Norm geprüft. Es kommt zunächst darauf an, ob der Minderjährige mit der Annahme der Übertragung des KG-Anteils einen Gesellschaftsvertrag eingegangen ist (*hierzu unter II.2.*). Danach ist zu prüfen, ob dieser Gesellschaftsvertrag die Grundlage für den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts bildet (*hierzu unter II.3.*). Schließlich muss eine Vertretungssituation vorliegen, also eine rechtlich erforderliche Vertretung des Minderjährigen durch die Eltern oder einen Ergänzungspfleger (*hierzu unter II.4.*).

## II. Die familiengerichtliche Genehmigungsbedürftigkeit

### 1. Sachverhalt

Es kann ganz unterschiedliche Gründe haben, warum Eltern ihrem minderjährigen Kind einen KG-Anteil schenken wollen. Aber wenn es darum geht, die Vermögensnachfolge zu planen, lassen sich doch typische Konstellationen ausmachen. Aus einer Gesamtschau der Sachverhalte von drei einschlägigen oberlandesgerichtlichen Entscheidungen<sup>12</sup> ergibt sich etwa der folgende Ablauf:

Seit dem Januar 2015 ist eine Kommanditgesellschaft im Handelsregister eingetragen. Es handelt sich um die L.-Familien-KG. Komplementärin ist die Ehefrau F. Sie haftet unbeschränkt mit ihrem persönlichen Vermögen. Kommanditist ist ihr Ehemann M. Er haftet beschränkt auf seine Vermögenseinlage in Höhe von 100.000 EUR. M hat seine Einlage bereits geleistet.

Gegenstand des Unternehmens ist laut Gesellschaftsvertrag die Bewirtschaftung, Verwaltung und Verwertung des eigenen Vermögens. Eine solche Beschränkung auf die Verwaltung eigenen Vermögens ist seit der Handelsrechtsreform von 1998 zulässig.<sup>13</sup> Das Vermögen der L.-Familien-KG besteht aus drei Bestandteilen. Zum einen gehört hierzu die Beteiligung an den Gesellschaften der L.-Unternehmensgruppe. Diese ist ein erfolgreiches mittelständisches Familienunternehmen. Weiterhin ist das Hausgrundstück eingebracht worden, auf welchem die Familie L selbst wohnt. Schließlich ist die von M geleistete Einlage in Höhe von 100.000 EUR umfasst.

Mit notariellem Vertrag vom November 2015 schenkt M gemäß §§ 516 Abs. 1, 518 Abs. 1 S. 1 BGB dem gemeinsamen 16-jährigen Kind K seinen Kommanditanteil an der L.-Familien-KG. Zugleich tritt er den Anteil gemäß §§ 413, 398 BGB ab. Dies erfolgt unter der aufschieben-

den Bedingung der Eintragung des Übergangs des Anteils in das Handelsregister. Hiermit soll eine Haftung nach § 176 Abs. 2 HGB ausgeschlossen werden. Denn ohne diese Bedingung müsste K für eine Verbindlichkeit der Gesellschaft, die nach Anteilsübertragung aber vor deren Eintragung entsteht, unbegrenzt einstehen.

Ehefrau F stimmt dem Schenkungs- und Abtretungsvertrag als Komplementärin in der notariellen Urkunde ausdrücklich zu. Diese Zustimmung ist erforderlich. Denn nach §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 3 HGB, 719 Abs. 1 BGB kann eigentlich über den Anteil am Gesellschaftsvermögen nicht verfügt werden. Die Übertragung von Anteilen an Personengesellschaften ist jedoch mittlerweile gewohnheitsrechtlich<sup>14</sup> anerkannt. Sie setzt allerdings voraus, dass sie nach dem Gesellschaftsvertrag zulässig ist oder aber alle Gesellschafter zustimmen.<sup>15</sup>

Vorsorglich<sup>16</sup> treten die Eltern bei dem Geschäft nicht als gesetzliche Vertreter für das Kind auf. Da der Ehemann M in diesem Fall als Veräußerer des Anteils und Vertreter des Kindes auf beiden Seiten des Geschäfts beteiligt wäre, stünde der Ausschluss der Vertretung wegen des Verbots des Selbstkontrahierens im Raum, §§ 1629 Abs. 2 S. 1, 1795 Abs. 2, 181 Alt. 1 BGB. Bei Ausschluss des Ehemanns kann die Ehefrau das Kind aber nicht alleine vertreten.<sup>17</sup>

Eine Ausnahme vom Verbot des Selbstkontrahierens bestünde nur, wenn das Geschäft für K lediglich rechtlich vorteilhaft ist. Die Eltern wollen die Wirksamkeit des Geschäfts aber nicht davon abhängig machen, wie ein Gericht diese umstrittene Frage entscheiden wird.<sup>18</sup> Daher wird gemäß § 1909 Abs. 1 S. 1 BGB ein Ergänzungspfleger bestellt, um eine rechtssichere Gestaltung zu erlangen. Der Ergänzungspfleger vertritt K nach §§ 1915 Abs. 1 S. 1, 1793 Abs. 1 S. 1 BGB bei der Anteilsübertragung.

Nach Abschluss des notariellen Vertrags wird die Übertragung des KG-Anteils zum Handelsregister angemeldet.<sup>19</sup> Vor der Eintragung prüft das Registergericht die inhaltli-

<sup>14</sup> So *BGH* DNotZ 2006, 135 (135) bei der Sonderrechtsnachfolge in den Kommanditanteil; das Urteil bestätigt den Beschluss *des Großen Senats für Zivilsachen beim Reichsgericht* vom 30.09.1944, in: WM 1964, 1130-1133.

<sup>15</sup> *Röhl*, DNotZ 2013, 657 (658 f.); *Roth, Kieninger*, in: MüKo BGB, Bd. 2, 7. Aufl., 2016, § 413 Rn. 9; *Palandt/Sprau*, 74. Aufl., 2015, § 719 Rn. 6 f., § 736 Rn. 1, 7.

<sup>16</sup> So der Rat bei *Maier-Reimer, Marx*, NJW 2005, 3025 (3026); *Rust*, (Fn. 3), 1942 (1946).

<sup>17</sup> § 1678 Abs. 1 Hs. 1 BGB greift nicht, *Schwab*, Familienrecht, 23. Aufl., 2015, Rn. 690.

<sup>18</sup> Gegen die Annahme der rechtlichen Vorteilhaftigkeit etwa *OLG Frankfurt* DNotZ 2009, 142 (143); *LG Köln* Rpfleger 1970, 245 (245); *Hohaus, Eickmann*, (Fn. 3), 1707 (1708); *Ivo*, (Fn. 3), 193 (194); *Schmitt*, in: MüKo BGB, Bd. 1, 7. Aufl., 2015, § 107 Rn. 60 (bei Fn. 128); *Weitemeyer*, in: Oetker (Hrsg.), *Handelsgesetzbuch*, 4. Aufl., 2015, § 105 Rn. 16. Für die Annahme der rechtlichen Vorteilhaftigkeit etwa *OLG Jena* MittBayNot 2013, 387 (388); *OLG Bremen* ZEV 2008, 608 (608 f.); *Friedrich-Büttner, Wiese*, ZEV 2014, 513 (516); *Führ, Nikoleyczik*, (Fn. 3), 2105 (2106 f.); *Maier-Reimer, Marx*, (Fn. 16), 3025 (3026); *Menzel, Wolf*, (Fn. 3), 186 (187 f.); *Palandt/Ellenberger*, (Fn. 15), § 107 Rn. 5; *Rust*, (Fn. 3), 1942 (1945 f.).

<sup>19</sup> *Grunewald*, in: MüKo HGB, Bd. 3, 3. Aufl., 2012, § 162 Rn. 16.

<sup>12</sup> *OLG Bremen* ZEV 2008, 608 (608); *OLG München* ZEV 2008, 609 (609); *OLG Jena* MittBayNot 2013, 387 (387).

<sup>13</sup> §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 2 S. 1 HGB; *OLG München* ZEV 2008, 609 (610); Entwurf eines Handelsrechtsreformgesetzes vom 29.08.1997, BT-Drucks. 13/8444, S. 40 f.

chen Eintragungsvoraussetzungen.<sup>20</sup> Als Ergebnis der Prüfung lehnt es die Eintragung der Anteilsübertragung an K ab. Das Gericht begründet die Entscheidung damit, dass der Eintritt des Kindes in die Kommanditgesellschaft noch vom Familiengericht genehmigt werden müsse.<sup>21</sup>

Unterstellt man, dass die Aussage des Registergerichts richtig ist, wäre die Anteilsübertragung gemäß § 1829 Abs. 1 BGB schwebend unwirksam. Erst wenn das Familiengericht das Geschäft nachträglich genehmigt und der Ergänzungspfleger die Genehmigung dem Ehemann M mitgeteilt hat, kann die Wirksamkeit eintreten.<sup>22</sup> Dies setzt allerdings voraus, dass das Geschäft überhaupt genehmigungsbedürftig ist. Der Prüfungsmaßstab hierfür ist § 1822 Nr. 3 Var. 3 BGB.<sup>23</sup>

## 2. Eingehung eines Gesellschaftsvertrags

Die familiengerichtliche Genehmigungsbedürftigkeit setzt nach § 1822 Nr. 3 Var. 3 BGB zunächst die Eingehung eines Gesellschaftsvertrags voraus. Dabei kann nach der herrschenden Meinung die Übertragung eines Kommanditanteils direkt unter dieses Merkmal subsumiert werden.<sup>24</sup> Es sei sicherlich richtig, dass hiermit eigentlich nur die Gründung der Gesellschaft unter Beteiligung des Minderjährigen gemeint sei. Der Wortlaut sei jedoch weit genug, um auch die nachträgliche Beteiligung zu umfassen. Diese erfolge entweder durch einen originären oder durch einen derivativen Anteilerwerb.<sup>25</sup> Im ersten Fall schließe der Minderjährige einen Aufnahmevertrag mit den übrigen Gesellschaftern, um die Stellung als Kommanditist zu erhalten. Beim derivativen Anteilerwerb übertrage ein Kommanditist dem Minderjährigen seinen Anteil, was die Zustimmung der anderen Gesellschafter voraussetze. Selbst wenn man in dem Aufnahmevertrag oder der allgemeinen Zustimmung nicht bereits den Abschluss eines neuen Gesellschaftsvertrags sehen wolle,<sup>26</sup> so sei das Ergebnis doch dasselbe: der Minderjährige werde an den

bestehenden Gesellschaftsvertrag gebunden. Aus seiner Sicht stelle sich die Situation also so dar, als habe er einen Gesellschaftsvertrag abgeschlossen.<sup>27</sup>

Nichts anderes ergebe sich bei einer Auslegung anhand des Schutzzwecks der Norm. Die familiengerichtliche Genehmigung diene dem Minderjährigenschutz. Für diesen Schutzzweck mache es aber keinen Unterschied, ob der Minderjährige durch die Beteiligung bei der Gründung oder durch den späteren Anteilerwerb die volle Gesellschafterstellung erhalte.

Diese sei in beiden Situationen mit einem Bündel von Rechten und Pflichten verbunden. Selbst wenn die Einlage bereits geleistet sei, komme in beiden Fällen ein Wiederaufleben der Haftung nach § 172 Abs. 4 HGB in Betracht, wenn die Einlage zurückbezahlt werde. Bis zur Eintragung der Gesellschaftsgründung beziehungsweise des Anteilerwerbs im Handelsregister könne der Minderjährige zudem in beiden Konstellationen nach § 176 Abs. 1, 2 HGB für Gesellschaftsverbindlichkeiten unbeschränkt eintreten müssen. Da aber somit die Gründungsbeteiligung und der spätere Anteilerwerb mit gleichen Gefahren verbunden seien, gebiete der Schutzzweck auch ihre gleiche Behandlung.<sup>28</sup>

Einige Autoren können zwar diesem Ergebnis, nicht aber der methodischen Herleitung zustimmen. Gerade mit dem derivativen Anteilerwerb nach §§ 413, 398 BGB sei kein Abschluss eines Gesellschaftsvertrags verbunden. Jede andere Auslegung überschreite die Wortlautgrenze. Im Ergebnis gebiete jedoch die Vergleichbarkeit der Konstellationen im Hinblick auf den Minderjährigenschutz eine analoge Anwendung des § 1822 Nr. 3 Var. 3 BGB auf die Übertragung eines Kommanditanteils an einen Minderjährigen.<sup>29</sup>

Die herrschende Meinung ist scharfen Angriffen ausgesetzt.<sup>30</sup> Vom Wortlaut sei allein der ursprüngliche Gründungsvertrag umfasst,<sup>31</sup> die „Urgründung“.<sup>32</sup> Dass bei der Übertragung eines Kommanditanteils die übrigen Gesellschafter zustimmen müssten, könne mit dem Abschluss eines neuen Gesellschaftsvertrags nicht gleichgestellt werden. Denn diese Zustimmung könne bereits im ursprünglichen Gründungsvertrag enthalten sein. Sie müsse gegenüber dem Minderjährigen nicht erneut ausgesprochen werden.<sup>33</sup>

Wenn die herrschende Meinung die Vergleichbarkeit zwischen Gründungsbeteiligung und derivativem Erwerb im Hinblick auf den Minderjährigenschutz hervorhebe, sei dies nichts anderes als die Herleitung einer Analogie. Eine Analogie im Rahmen des § 1822 BGB sei aber unzulässig. Denn die Vorschrift müsse eng und formal angewandt

<sup>20</sup> *Krafka*, in: MüKo HGB, Bd. 1, 3. Aufl., 2010, § 8 Rn. 57.

<sup>21</sup> Die familiengerichtliche Zuständigkeit ergibt sich aus §§ 111 Nr. 2, 151 Nr. 5, 340 Nr. 1 FamFG, 1915 Abs. 1 S. 3 BGB; *Bolkart*, MittBay-Not 2009, 268 (270).

<sup>22</sup> Vgl. *Gernhuber, Coester-Waltjen*, Familienrecht, 6. Aufl., 2010, § 60 IV Rn. 52 ff.

<sup>23</sup> So die ganz herrschende Meinung: *OLG Frankfurt DNotZ* 2009, 142 (142 f.); *OLG München ZEV* 2008, 609 (609); *LG Köln Rpfleger* 1970, 245 (245); *Friedrich-Büttner, Wiese*, (Fn. 18), 513 (519); *Ivo*, (Fn. 3), 193 (195); *Reimann, DNotZ* 1999, 179 (190 f.); *Weinbrenner*, (Fn. 9), 265 (268 f.); *Winkler, ZGR* 1973, 177 (185 f.); die andere Ansicht stellt auf § 1822 Nr. 3 Var. 1 BGB ab: *Brüggemann, FamRZ* 1990, 124 (126 f.); *Damrau*, (Fn. 3), 209 (209 f.); *Rust*, (Fn. 3), 1942 (1946 f.).

<sup>24</sup> *OLG Frankfurt DNotZ* 2009, 142 (143); *OLG München ZEV* 2008, 609 (610 a.E.); *Führ, Nikoleyczik*, (Fn. 3), 2105 (2107); *Reimann*, (Fn. 23), 179 (190 f.); *Rust*, (Fn. 3), 1942 (1946 f.); *Weinbrenner*, (Fn. 9), 265 (269); *Winkler*, (Fn. 23), 177 (186).

<sup>25</sup> Zu dieser Unterscheidung *Ivo*, (Fn. 3), 193 (194); *Röhl*, (Fn. 15), 657 (658 ff.).

<sup>26</sup> So *Reimann*, (Fn. 23), 179 (190 f.); *Rust*, (Fn. 3), 1942 (1946 f.); *Winkler*, (Fn. 23), 177 (186).

<sup>27</sup> *Führ, Nikoleyczik*, (Fn. 3), 2105 (2107); *Weinbrenner*, (Fn. 9), 265 (269).

<sup>28</sup> *OLG Frankfurt DNotZ* 2009, 142 (143); *OLG München ZEV* 2008, 609 (610 a.E.).

<sup>29</sup> *Ivo*, (Fn. 3), 193 (195 f.).

<sup>30</sup> *Damrau*, (Fn. 3), 209 (210); *Menzel, Wolf*, (Fn. 3), 186 (188 f.).

<sup>31</sup> *Brüggemann*, (Fn. 23), 124 (127); *Damrau*, (Fn. 3), 209 (210).

<sup>32</sup> *Brüggemann*, (Fn. 23), 124 (127).

<sup>33</sup> *Damrau*, (Fn. 3), 209 (210).

werden. Nur auf diesem Weg lasse sich eine klare und praktisch handhabbare Lösung für den Rechtsverkehr erreichen.<sup>34</sup>

Die Mindermeinung verweist zutreffend darauf, dass für die familiengerichtliche Genehmigungsbedürftigkeit nach §§ 1821 f. BGB eigene Interpretationsgrundsätze gelten.<sup>35</sup> Die Sicherheit des Rechtsverkehrs verlangt, dass genehmigungsfreie und genehmigungsbedürftige Akte klar und einfach unterschieden werden können.<sup>36</sup> Hieraus folgt jedoch nicht, dass eine teleologische Auslegung untersagt ist. So hat der *Bundesgerichtshof* anerkannt, dass § 1822 Nr. 3 BGB dem Schutz des Minderjährigen dient und diesem Zweck Geltung zu verschaffen ist.<sup>37</sup>

Einige Autoren und Gerichte entnehmen jedoch dem Gebot der Rechtsklarheit, dass eine Analogie im Rahmen der §§ 1821 f. BGB unzulässig sei.<sup>38</sup> Damit schießen sie allerdings über das Ziel hinaus. Die Analogie ist lediglich eine formale methodische Argumentationsfigur.<sup>39</sup> Im Hinblick auf das inhaltlich wertende Kriterium der Rechtssicherheit verhält sie sich neutral.

Die Analogie schränkt die Rechtssicherheit ein, weil sie außerhalb des Wortlauts des Gesetzes liegt. Der Rechtssuchende kann sie also nicht mit einem Blick in das Gesetz erkennen.<sup>40</sup> Auf der anderen Seite kann die Analogie im Vergleich zu Einzelfallentscheidungen ohne eindeutig erkennbares Kriterium deutlich zur Rechtsklarheit beitragen. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn ihre Grenzen klar umrissen sind.<sup>41</sup>

Das Spannungsfeld zwischen Sicherheit des Rechtsverkehrs und Minderjährigenschutz ist also nicht durch das Verbot der Analogie, sondern so zu lösen, dass alle auf den Einzelfall abstellenden Beurteilungen zu vermeiden sind.<sup>42</sup> Denn gerade die mit der Einzelfallentscheidung verbundene Rechtsunsicherheit hat nach dem *Bundesgerichtshof* „für das Rechts- und Wirtschaftsleben unheilbare Folgen“.<sup>43</sup>

Zulässig sind damit aber im Umkehrschluss klar und bestenfalls formal abgrenzbare Fallgruppen. Dies gilt selbst dann, wenn sie im Wege teleologischer Auslegung oder durch Analogiebildung gewonnen wurden.

Der derivative Erwerb von KG-Anteilen als Unterfall

von § 1822 Nr. 3 Var. 3 BGB ist aber eine solche formal bestimmte Fallgruppe. Die Genehmigungsbedürftigkeit hängt nicht von einer Einzelfallprüfung ab, sondern vom Vorliegen eines eindeutig definierten Umstands. Somit können die Einwände gegen die herrschende Meinung nicht überzeugen. Die Übertragung von Kommanditanteilen unterfällt dem Tatbestandmerkmal der Eingehung eines Gesellschaftsvertrags.

### 3. Zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts

§ 1822 Nr. 3 Var. 3 BGB setzt weiterhin voraus, dass der Gesellschaftsvertrag zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts eingegangen wird. Unter Erwerbsgeschäft versteht man jede auf Wiederholung angelegte, der Erzielung von Einkünften dienende wirtschaftliche Tätigkeit.<sup>44</sup> Dabei ist nicht auf die Art der Beteiligung des Minderjährigen abzustellen. Es geht also nicht darum, ob der Erwerb eines eingezahlten Kommanditanteils einen unternehmerischen Charakter trägt. Maßgeblich ist, wie die Tätigkeit der Kommanditgesellschaft zu beurteilen ist.<sup>45</sup>

Man ist sich ganz überwiegend einig, dass kein Erwerbsgeschäft vorliegt, wenn sich die Kommanditgesellschaft allein auf das Verwalten des Familienvermögens beschränkt.<sup>46</sup> Die Genehmigungspflicht soll aber nur bei reinen Vermögensverwaltungsgesellschaften entfallen. Selbst eine schwach ausgeprägte erwerbsgeschäftliche Tätigkeit lässt die Genehmigungspflichtigkeit wieder eintreten. Dabei werden verschiedene Kriterien für die Abgrenzung vorgeschlagen.<sup>47</sup>

So könne ein Erwerbsgeschäft angenommen werden, wenn die Verwaltung gegen Entlohnung erfolge oder mit den verwalteten Vermögensgegenständen Gewinn erzielt werden solle<sup>48</sup> wie etwa bei gewerblich genutzten Immobilien.<sup>49</sup> Als wichtigstes Merkmal werden aber der Wert und der Umfang des verwalteten Vermögens herausgestellt.<sup>50</sup> Sei der Wert erheblich, spreche dies für das Vorliegen eines Erwerbsgeschäfts.<sup>51</sup> Ebenso könne eine Genehmigungspflicht angenommen werden, wenn das Vermögen so bedeutend sei, dass seine Verwaltung eine geschäftsmäßige, gleichsam berufliche Tätigkeit erfordere.<sup>52</sup>

Mit den dargelegten Kriterien ist allerdings im konkreten

<sup>34</sup> *Damrau*, (Fn. 3), 209 (210); *Menzel, Wolf*, (Fn. 3), 186 (189).

<sup>35</sup> *Gernhuber, Coester-Waltjen*, (Fn. 22), § 60 V Rn. 72 ff.; kritisch *Wagenitz*, in: *MüKo BGB*, Bd. 8, 6. Aufl., 2012, § 1821 Rn. 5.

<sup>36</sup> *BGH NJW* 1955, 1067 (1068).

<sup>37</sup> *BGH NJW* 1983, 748, (748 unter 1.a)).

<sup>38</sup> *OLG Köln MittBayNot* 2013, 248 (250); *Erman/Saar*, Bd. 2, 14. Aufl., 2014, Vor §§ 1821, 1822 Rn. 1; *Staudinger/Veit*, 2014, Vor §§ 1821, 1822 Rn. 9.

<sup>39</sup> *Coing*, *Juristische Methodenlehre*, 1972, S. 47 f.

<sup>40</sup> *Luther*, *JA* 2013, 449 (449).

<sup>41</sup> So in der Diskussion um die Analogie von § 1374 Abs. 2 BGB *Möller*, *Die Gütergemeinschaft im Wandel der Gesellschaft*, 2010, S. 165; *Schröder*, *FamRZ* 1997, 1 (3 f.).

<sup>42</sup> *BGHZ* 92, 259 (261, 266 ff.): der BGH lehnt die Analogie nicht ab, weil sie *per se* unzulässig ist, sondern weil im konkreten Fall ein rechtfertigender sachlicher Grund fehlte.

<sup>43</sup> *BGH NJW* 1955, 1067 (1068); ähnlich „*unheilvolle Rechtsunsicherheit*“ bei *BGH NJW* 1962, 2344 (2345).

<sup>44</sup> *BGH NJW* 1982, 1810 (1811) zu § 1431 BGB; vgl. auch *OLG München ZEV* 2008, 609 (609 f.); *Palandt/Götz*, (Fn. 15), § 1822 Rn. 5; *Staudinger/Veit*, 2014, § 1822 Rn. 35 ff.

<sup>45</sup> *BGH NJW* 1955, 1067 (1068 f.).

<sup>46</sup> *OLG Jena MittBayNot* 2013, 387 (388); *OLG Bremen ZEV* 2008, 608 (609); *Führ, Nikoleyczik*, (Fn. 3), 2105 (2107); *Gernhuber, Coester-Waltjen*, (Fn. 22), § 60 IV Rn. 104; *Hohaus, Eickmann*, (Fn. 3), 1707 (1709); *Palandt/Götz*, (Fn. 15), § 1822 Rn. 10; *Staudinger/Veit*, 2014, § 1822 Rn. 76.

<sup>47</sup> *Menzel, Wolf*, (Fn. 3), 186 (186 f.).

<sup>48</sup> *Führ, Nikoleyczik*, (Fn. 3), 2105 (2107 f.).

<sup>49</sup> *Weinbrenner*, (Fn. 9), 265 (269).

<sup>50</sup> *OLG München ZEV* 2008, 609 (610); *Hohaus, Eickmann*, (Fn. 3), 1707 (1709); *Staudinger/Veit*, 2014, § 1822 Rn. 77.

<sup>51</sup> *OLG Zweibrücken NJW-RR* 1999, 1174 (1175 f.).

<sup>52</sup> *OLG Jena MittBayNot* 2013, 387 (388).

Fall der L.-Familien-KG keine eindeutige Entscheidung möglich. Sicher ist nur, dass das eingebrachte Hausgrundstück nicht zum Vorliegen eines Erwerbsgeschäfts führt. Denn dieses wird von der Familie L privat und nicht gewerblich genutzt. Ob jedoch die Immobilie zusammen mit der Beteiligung an der L.-Unternehmensgruppe und der Einlage in Höhe von 100.000 EUR ein erhebliches Vermögen darstellt, ist ohne Benennung eines Vergleichsmaßstabs nicht feststellbar. Darüber, wie arbeitsintensiv die Verwaltung solcher Vermögensgegenstände ist, lässt sich ohne weitere Angaben nur spekulieren.

Aus dogmatischer Sicht führt dieses Ergebnis dazu, dass die derzeitige Unterscheidung zwischen Vermögensverwaltung und Erwerbsgeschäft nicht überzeugen kann. Denn sie verstößt gegen die bei der Anwendung von §§ 1821 f. BGB zu beachtenden Auslegungsgrundsätze. Um die Sicherheit des Rechtsverkehrs nicht zu gefährden, sind demnach möglichst alle Kriterien zu vermeiden, die auf den Einzelfall abstellen.<sup>53</sup> Umstände wie die Erheblichkeit des Vermögens oder der Umfang der Verwaltungsarbeit sind aber so unbestimmt, dass sie nur wertend anhand des konkreten Sachverhalts ermittelt werden können. Die derzeitige Unterscheidung zwischen Vermögensverwaltung und Erwerbsgeschäft beruht auf einer Fehldeutung der Konsequenzen aus der Handelsrechtsreform von 1998. Vor der Reform musste jede Personengesellschaft ein Handelsgewerbe betreiben. Für die familiengerichtliche Genehmigung bedeutete dies, dass bei Vorliegen einer Kommanditgesellschaft automatisch auf ein Erwerbsgeschäft geschlossen werden konnte.<sup>54</sup>

Seit der Reform reicht nach §§ 162 Abs. 2, 105 Abs. 2 HGB die Verwaltung eigenen Vermögens aus, um die Rechtsform der Kommanditgesellschaft erhalten zu können. Im Rahmen von § 1822 Nr. 3 BGB unterscheidet man seither zwischen genehmigungsfreien vermögensverwaltenden Kommanditgesellschaften und genehmigungspflichtigen erwerbsgeschäftlichen Kommanditgesellschaften.<sup>55</sup>

Diese Gegenüberstellung ist jedoch keineswegs zwingend. Im Gegenteil wird sie dem Willen des Gesetzgebers der Handelsrechtsreform nicht gerecht. Denn nach der Gesetzesbegründung soll der neue § 105 Abs. 2 HGB Vermögensverwaltungsgesellschaften den Handelsgesellschaften gerade gleichstellen. Diese Gleichstellung sei nicht nur wegen der wirtschaftlichen Bedeutung der Vermögensverwaltungsgesellschaften geboten. Maßgeblich sei zudem, dass sie in der Regel gewerblich orientierte Unternehmensstrukturen besäßen.<sup>56</sup>

Es ist kein Grund ersichtlich, warum sich die handelsrechtliche Gleichstellung nicht auf das familiengerichtliche Genehmigungserfordernis erstrecken sollte. Denn auch bei diesem sollte die von der Gesetzesbegründung hervorgehobene gewerblich orientierte Unternehmensstruktur der

Vermögensverwaltungsgesellschaften berücksichtigt werden. Dies geschieht, indem man sie als Erwerbsgeschäft behandelt.

Auf diesem Weg ergibt sich eine klare und für den Rechtsverkehr sichere Lösung. Die Beteiligung eines Minderjährigen an einer Kommanditgesellschaft erfolgt immer zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts.

#### 4. Vertretungssituation

§ 1822 Nr. 3 Var. 3 BGB setzt schließlich voraus, dass eine Vertretungssituation besteht. Denn das Familiengericht genehmigt Handeln für das Kind.<sup>57</sup> Der Minderjährige darf also nicht selbst gehandelt haben. Stattdessen müssen die Eltern oder ein Ergänzungspfleger für ihn aufgetreten sein. Auf dieses Merkmal wird zumeist nicht gesondert eingegangen. Im vorliegenden Zusammenhang erhält es aber eine besondere Bedeutung. Denn es ist der systematische Ort für eine grundlegende Meinungsverschiedenheit im Hinblick auf die Genehmigungsbedürftigkeit.

Ausgangspunkt ist eine vom *OLG Bremen*<sup>58</sup> begründete Ansicht.<sup>59</sup> Demnach ist eine familiengerichtliche Genehmigung nicht erforderlich, wenn die schenkweise Übertragung des KG-Anteils für den beschränkt geschäftsfähigen Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaft ist. Denn in diesem Fall übernehme er kein unternehmerisches Risiko.<sup>60</sup>

Eine andere Meinung lehnt diesen Gedankengang ab. Die rechtliche Vorteilhaftigkeit des Geschäfts sei allein bei der Prüfung bedeutsam, ob ein Ergänzungspfleger wegen des Verbots des Selbstkontrahierens zu bestellen sei. Im Rahmen der §§ 1821 f. BGB spiele dieses Kriterium keine Rolle.<sup>61</sup>

Dem *OLG Bremen* ist zuzustimmen. Wäre die schenkweise Übertragung eines Kommanditanteils lediglich rechtlich vorteilhaft, entfele nämlich die für §§ 1821 f. BGB erforderliche Vertretungssituation.

Geht man davon aus, dass sowohl die Schenkung als auch die Übertragung des KG-Anteils lediglich rechtlich vorteilhaft sind, dann könnte der Minderjährige beide Geschäfte nach §§ 108 Abs. 1, 107 BGB selbst abschließen. Eine Vertretung durch die Eltern wäre dann nicht erforderlich. Die Fragen nach der Notwendigkeit eines Ergänzungspflegers oder einer familiengerichtlichen Genehmigung würden sich gar nicht erst stellen.

Dieses Ergebnis ist nicht bedenklich. Denn die beschränkte Geschäftsfähigkeit, welche die Vertretung der Eltern er-

<sup>53</sup> Siehe hierzu unter II.2.

<sup>54</sup> *OLG Jena* MittBayNot 2013, 387 (388); *OLG München* ZEV 2008, 609 (610).

<sup>55</sup> *OLG München* ZEV 2008, 609 (610).

<sup>56</sup> Entwurf eines Handelsrechtsreformgesetzes vom 29.08.1997, BT-Drucks. 13/8444, S. 40 f.; *Siems*, NZG 2001, 738 (741).

<sup>57</sup> *Gernhuber*, *Coester-Waltjen*, (Fn. 22), § 60 V Rn. 75; vgl. auch den Wortlaut von § 1643 Abs. 1 BGB.

<sup>58</sup> *OLG Bremen* ZEV 2008, 608 (609).

<sup>59</sup> *OLG Jena* MittBayNot 2013, 387 (388); *Führ*, *Nikoleyczik*, (Fn. 3), 2105 (2107); *Grunsky*, (Fn. 9), 610 (611).

<sup>60</sup> *OLG Jena* MittBayNot 2013, 387 (388); *OLG Bremen* ZEV 2008, 608 (609); *Führ*, *Nikoleyczik*, (Fn. 3), 2105 (2107).

<sup>61</sup> *Gerono*, MittBayNot 2013, 389 (390); *Menzel*, *Wolf*, (Fn. 3), 186 (188 bei Fn. 31).

forderlich macht, dient dem Schutz des Minderjährigen.<sup>62</sup> Denselben Schutzzweck verfolgt die familiengerichtliche Kontrolle der elterlichen Vertretung.<sup>63</sup> In den Fällen des § 107 BGB ist aber ein Schutz des Minderjährigen nicht erforderlich. Sämtlichen Schutzmechanismen fehlt insofern die Grundlage und sie sind nicht anzuwenden.<sup>64</sup>

Die rechtliche Beurteilung kann aber nicht unterschiedlich ausfallen je nachdem, ob der Minderjährige in den Fällen des § 107 BGB alleine handelt oder zulässigerweise<sup>65</sup> durch seine Eltern vertreten wird. Auch im Fall der Vertretung durch die Eltern besteht für den Minderjährigen keine Gefahr. Es ist keine Notwendigkeit für einen besonderen Schutz etwa über die familiengerichtliche Genehmigungspflicht gegeben. Insofern fehlt es an der Vertretungssituation, d.h. an der rechtlich erforderlichen Vertretung des Minderjährigen durch die Eltern oder einen Ergänzungspfleger.

Für die Genehmigungsbedürftigkeit kommt es also darauf an, ob die schenkweise Übertragung eines voll eingezahlten Kommanditanteils als lediglich rechtlich vorteilhaft zu beurteilen ist. Keine Bedenken bestehen auf der Ebene des Verpflichtungsgeschäfts. Die Schenkung nach § 516 Abs. 1 BGB ist für den Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaft.<sup>66</sup>

Ob das Gleiche auf der Ebene des Verfügungsgeschäfts für die Übertragung des Kommanditanteils nach §§ 413, 398 BGB gilt, ist heftig umstritten. Lange Zeit hielt man die Übertragung eines voll eingezahlten KG-Anteils mehrheitlich für rechtlich nachteilhaft.<sup>67</sup> Damit wäre eine Vertretung des Minderjährigen bei Abschluss des Vertrags erforderlich, was den Anwendungsbereich der familiengerichtlichen Genehmigung eröffnen würde.

Mittlerweile sieht die wohl herrschende Meinung dies aber anders. Die Übertragung eines Kommanditanteils, bei dem die Einlage geleistet ist, stelle sich als rechtlich vorteilhaft im Sinne von § 107 BGB dar.<sup>68</sup> Eine familiengerichtliche Kontrolle wäre damit entbehrlich.

Bei dem Streit geht es vor allem um die Beurteilung des Umstands, dass der Minderjährige mit dem Erwerb des Kommanditanteils eine vollwertige Stellung als Gesellschafter erhält. Nach der Mindermeinung trifft ihn kraft dieser Gesellschafterstellung ein Bündel von Rechten

und Pflichten.<sup>69</sup> Insbesondere sei er der allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht ausgesetzt.<sup>70</sup> Aufgrund dieser Verpflichtung sei die Übertragung des Kommanditanteils als rechtlich nachteilhaft zu qualifizieren.

Die Gegenansicht stellt nicht in Abrede, dass mit dem Eintritt in die Gesellschaft auch gesellschaftsrechtliche Pflichten verbunden sind. Solange der Minderjährige aber einen volleingezahlten Kommanditanteil erhalte, seien die damit verbundenen Nachteile unerheblich. Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht sei nur eine Beschränkung der erworbenen Rechtsposition. Sie könne nicht über das geschenkte Gut in das sonstige Vermögen des Minderjährigen hinausreichen.<sup>71</sup>

Beide Argumentationen vermögen jedoch nicht recht zu überzeugen, da sie nur pauschale Behauptungen über die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht aufstellen.<sup>72</sup> Konkret zielt die Treuepflicht darauf, den Gesellschaftszweck zu fördern und alles zu unterlassen, was den Gesellschaftsinteressen zuwider laufen kann. Eine Verletzung dieser Pflichten kann Ansprüche auf Erfüllung und Schadensersatz nach sich ziehen. Diese sind nicht notwendig auf die Einlage beschränkt.<sup>73</sup>

Die Treuepflicht trifft auch den Kommanditisten. Sie kann etwa zu einem Wettbewerbsverbot<sup>74</sup> oder zu einer Zustimmungspflicht bei einem Vertrag<sup>75</sup> führen. Dabei liegen in Familiengesellschaften aufgrund der engen Loyalitätsbindungen intensive Treuepflichten vor.<sup>76</sup> Die Vorteilhaftigkeit des Geschäfts kann man vor diesem Hintergrund nur mit einem sehr wertenden Verständnis von § 107 BGB annehmen.<sup>77</sup>

Öffnet man § 107 BGB aber für solche Wertungen, führt dies gerade dazu, den Erwerb eines volleingezahlten Kommanditanteils als rechtlich nachteilhaft zu qualifizieren. Denn nur dieses Ergebnis ist mit der derzeitigen Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft zu vereinbaren. Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft beansprucht auch für die Kommanditgesellschaft Geltung.<sup>78</sup> Demnach wird eine unwirksam gegründete Kommanditgesellschaft nach ihrer Invollzugsetzung als wirksam angesehen.

<sup>62</sup> Schmitt, (Fn. 18), Vor § 104 Rn. 2 f., § 107 Rn. 1-4.

<sup>63</sup> Palandt/Götz, (Fn. 15), § 1643 Rn. 1; Huber, in: MüKo BGB, Bd. 8, 6. Aufl., 2012, § 1643 Rn. 1.

<sup>64</sup> Palandt/Ellenberger, (Fn. 15), § 107 Rn. 1.

<sup>65</sup> Dörmer, in: Schulze u.a., Bürgerliches Gesetzbuch, 8. Aufl., 2014, § 107 Rn. 1; Palandt/Ellenberger, (Fn. 15), § 107 Rn. 1.

<sup>66</sup> Jauernig/Mansel, 15. Aufl., 2014, § 107 Rn. 5; Palandt/Ellenberger, (Fn. 15), § 107 Rn. 6.

<sup>67</sup> OLG Frankfurt DNotZ 2009, 142 (143); LG Köln Rpfleger 1970, 245 (245); Hohaus, Eickmann, (Fn. 3), 1707 (1708); Ivo, (Fn. 3), 193 (194); Schmitt, (Fn. 18), § 107 Rn. 60 (bei Fn. 128); Weitemeyer, (Fn. 18), § 105 Rn. 16.

<sup>68</sup> OLG Jena MittBayNot 2013, 387 (388); OLG Bremen ZEV 2008, 608 (608 f.); Friedrich-Büttner, Wiese, (Fn. 18), 513 (516); Führ, Niko-leyczik, (Fn. 3), 2105 (2106 f.); Maier-Reimer, Marx, (Fn. 16), 3025 (3026); Menzel, Wolf, (Fn. 3), 186 (187 f.); Palandt/Ellenberger, (Fn. 15), § 107 Rn. 5; Rust, (Fn. 3), 1942 (1945 f.).

<sup>69</sup> OLG Frankfurt DNotZ 2009, 142 (143); Hohaus, Eickmann, (Fn. 3), 1707 (1708); Weitemeyer, (Fn. 18), § 105 Rn. 16.

<sup>70</sup> LG Köln Rpfleger 1970, 245 (245); Ivo, (Fn. 3), 193 (194).

<sup>71</sup> OLG Bremen ZEV 2008, 608 (609); Führ, Niko-leyczik, (Fn. 3), 2105 (2107); Grunsky, (Fn. 9), 610 (611); Maier-Reimer, Marx, (Fn. 16), 3025 (3026).

<sup>72</sup> Weinbrenner, (Fn. 9), 265 (267).

<sup>73</sup> Weinbrenner, (Fn. 9), 265 (267 f.); allgemein Koch, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl., 2015, § 8 Rn. 7 ff.

<sup>74</sup> Grunewald, Gesellschaftsrecht, 9. Aufl., 2014, § 3 Rn. 9 f.

<sup>75</sup> Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 2002, § 20 IV 2.

<sup>76</sup> Schmidt, (Fn. 75), § 20 IV 2.

<sup>77</sup> Weinbrenner, (Fn. 9), 265 (268).

<sup>78</sup> BGH NJW 1955, 1067-1069; BGH NJW 1992, 1503-1505.

Sie ist lediglich für die Zukunft aufhebbar.<sup>79</sup> Diese Regeln gelten aber nicht, wenn ihre Anwendung gegen die Interessen nicht voll geschäftsfähiger Personen verstößt.<sup>80</sup> In diesem Fall wird der Beitritt des Minderjährigen weiterhin als unwirksam behandelt. Besteht die fehlerhafte Gesellschaft neben dem Minderjährigen nur noch aus einer weiteren Person, wird sie insgesamt als unwirksam behandelt.<sup>81</sup> Auf dieser Grundlage hat der *Bundesgerichtshof* klargestellt, dass die Behandlung einer unwirksamen Kommanditgesellschaft als wirksam gegen den Minderjährigenschutz verstößt. Dies gilt selbst dann, wenn der beteiligte Minderjährige nur Kommanditist ist. Behandelte man die Gesellschaft nämlich als wirksam, so der *Bundesgerichtshof*, würden den Minderjährigen echte obligatorische Verpflichtungen treffen. Dies gelte insbesondere für die gesellschaftliche Treuepflicht. Verpflichtungen entstünden aber auch bei einer Auseinandersetzung der Gesellschaft nach gesetzlichen oder vertraglichen Bestimmungen. Der ganze Zweck des Minderjährigenschutzes sei es jedoch gerade, den Minderjährigen vor solchen schuldrechtlichen Verpflichtungen zu schützen.<sup>82</sup>

Was nach dem *Bundesgerichtshof* für eine nach der Lehre der fehlerhaften Gesellschaft als wirksam zu behandelnde Kommanditgesellschaft gilt, muss aber auch für eine von Anfang an wirksame Kommanditgesellschaft gelten. Damit ist der Erwerb einer Stellung als Kommanditist für den Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft. Für die wirksame Durchführung des Geschäfts ist die Vertretung des Minderjährigen durch die Eltern damit nicht nur möglich, sondern rechtlich geboten. Somit liegt die für die familiengerichtliche Genehmigung notwendige Vertretungssituation vor. Die schenkweise Übertragung eines volleingezahlten KG-Anteils an den Minderjährigen ist im Ergebnis genehmigungsbedürftig.

### III. Ergebnis

Die Kommanditgesellschaft ist ein beliebtes Mittel, um die Vermögensnachfolge im Wege vorweggenommener Erbfolge zu gestalten. Die Eltern bringen das Familienvermögen in die Gesellschaft ein. Anschließend schenken sie ihrem minderjährigen Kind einen voll eingezahlten Kommanditanteil. Dabei ist die Rechtslage ungewiss, ob die Eltern für die Übertragung des KG-Anteils einen Ergänzungspfleger bestellen oder eine familiengerichtliche Genehmigung einholen müssen. Die Beratungspraxis hilft sich damit, dass sie vorsorglich den sichersten Weg geht. Der Ergänzungspfleger und das Familiengericht werden eingeschaltet.

Eine dogmatische Untersuchung führt zu dem Ergebnis, dass das Vorgehen der Praxis auch tatsächlich rechtlich geboten ist. Die familiengerichtliche Genehmigungspflicht ergibt sich aus § 1822 Nr. 3 Var. 3 BGB. Die schenkweise Übertragung eines Kommanditanteils wird wie die Eingehung eines Gesellschaftsvertrags behandelt. Der Minderjährige erwirbt in beiden Fällen die volle Gesellschafterstellung.

Selbst wenn die Kommanditgesellschaft nur das Familienvermögen verwaltet, liegt hierin der Betrieb eines Erwerbsgeschäfts. Denn die Verwaltung des eigenen Vermögens ist nur deshalb zulässiger Gesellschaftszweck, weil Vermögensverwaltungsgesellschaften in der Regel eine gewerbliche Unternehmensstruktur aufweisen. Sie können aus diesem Grund den Erwerbsgesellschaften gleichgestellt werden.

Schließlich ist der schenkweise Erwerb eines voll eingezahlten Kommanditanteils für den Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft. Denn als Gesellschafter treffen ihn die gesellschaftliche Treuepflicht und die Pflichten, die sich bei einer möglichen Abwicklung der Gesellschaft ergeben. Sein Schutz durch die gesetzliche Vertretung und die hiermit verbundene familiengerichtliche Genehmigung ist damit erforderlich.

Hieraus folgt aber zugleich, dass auch die Bestellung eines Ergänzungspflegers notwendig ist. Denn von diesem Erfordernis kann nicht abgesehen werden, da die Beteiligung an der Familien-KG für den Minderjährigen rechtlich nachteilhaft ist.

<sup>79</sup> Allgemein *Klebisch*, JuS 2010, 958 (958 f.); *Saenger*, in: Schulze u.a., (Fn. 65), § 705 Rn. 30, 32; *Schmidt*, JuS 1990, 517 (520); *Palandt/Sprau*, (Fn. 15), § 705 Rn. 18.

<sup>80</sup> *BGH* NJW 1955, 1067 (1069); *BGH* NJW 1992, 1503 (1504); *Klebisch*, (Fn. 79), 958 (959); kritisch *Ulmer, Schäfer*, in: MüKo BGB, Bd. 5, 6. Aufl., 2013, § 705 Rn. 337.

<sup>81</sup> *Maultzsch*, JuS 2003, 544 (548 ff.); kritisch *Schmidt*, (Fn. 79), 517 (521 f.).

<sup>82</sup> *BGH* NJW 1955, 1067 (1069); *Maultzsch*, (Fn. 81), 544 (549).