



Deutsches Notarinstitut

Dokumentnummer: 12zb223_13
letzte Aktualisierung: 19.9.2013

OLG Thüringen, 22.3.2013 - 2 WF 26/13

BGB §§ 107, 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3

Beteiligung eines Minderjährigen an Kommanditgesellschaft nicht genehmigungspflichtig

Eine vermögensverwaltende Kommanditgesellschaft kann unter Beteiligung eines Minderjährigen als Kommanditisten ohne familiengerichtliche Genehmigung nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 BGB errichtet werden. (Leitsatz der DNotI-Redaktion)

Gründe

I.

Mit Schreiben vom 22.03.2012 übersandte der Notar ... dem Amtsgericht – Familiengericht – Jena – 47 F 275/12 – den Entwurf eines notariellen Vertrages zur Errichtung einer vermögensverwaltenden Kommanditgesellschaft der Eltern ... und ihrer drei minderjährigen Kinder mit dem Antrag, den Kindern je einen Ergänzungspfleger zu bestellen mit dem Aufgabenkreis der Gründung einer Kommanditgesellschaft. Die antragsgemäße Ergänzungspflegschaft erfolgte mit Beschluss des Amtsgerichts vom 11.05.2012.

In einer ergänzenden Verfügung vom gleichen Tag teilte das Amtsgericht dem Notar mit, dass eine familiengerichtliche Genehmigung nach §§ 1643, 1822 Nr. 3 BGB für den wirksamen Abschluss des Vertrages nicht erforderlich sei, da es sich um einen reinen vermögensverwaltenden Gesellschaft ohne gewerbliche Tätigkeit handele.

Die Beteiligten errichteten sodann als Gründungsgesellschafter mit notariellem Vertrag vom 10.07.2012 gemäß dem vorgelegten Entwurf die ... KG, deren Gegenstand die Bewirtschaftung, die Verwaltung und die Verwertung des eigenen Vermögens ist (vgl. II. (1) des Gesellschaftsvertrages).

Mit Schreiben vom 11.07.2012 beantragte der für die Beteiligten tätig gewordene Notar die Anmeldung zum Handelsregister bei dem Amtsgericht – Registergericht – Jena.

Das Familiengericht wies den Urkundsnotar unter dem 17.09.2012 darauf hin, dass dem Eintragungsantrag nicht entsprochen werden könne, weil noch verschiedene Fragen zu klären seien.

In der Urkunde vom 10.07.2012 heiße es, dass diverse Grundstücke eingebracht würden, hinsichtlich derer um Benennung bzw. Konkretisierung gebeten werde.

Auch sei durch das Gericht die Werthaltigkeit der einzubringenden Immobilien zu prüfen, die durch ein Verkehrswertgutachten nachgewiesen werden könne. Bedenken bestünden auch gegen die Dauer des Vertrages bis zum 31.12.2030 und die Klausel, dass die KG beim Ausscheiden des persönlich haftenden Gesellschafters unter Umständen als GbR weitergeführt werde.

Der Notar hat mit Schreiben vom 27.09.2012 zu den Nachfragen des Amtsgerichts Stellung genommen. Mit Schreiben vom 09.10.2012 hat er ergänzende Ausführungen zu der Frage der vertraglichen Mindestdauer der Gesellschaft bis zum 31.12.2030 getätigt. Am 05.12.2012 hat er die Erteilung eines Negativattestes bzw. einer familiengerichtlichen Genehmigung beantragt.

Das Amtsgericht hat mit Beschluss vom 19.12.2012 die Erteilung eines Negativattestes abgelehnt. Es hat zur Begründung ausgeführt, nach seiner Ansicht sei eine familiengerichtliche Genehmigung nach § 1822 Nr. 3 BGB erforderlich, die jedoch derzeit nicht erteilt werden könne, da der Notar den geäußerten Bedenken des amtsgerichtlichen Schreibens vom 17.09.2012 nicht Rechnung getragen habe. Das Amtsgericht hat gegen seine Entscheidung die Beschwerde zugelassen.

Auf die hiergegen gerichtete Beschwerde vom 09.01.2013, die der Notar im Namen aller Beteiligten gemäß der vorgelegten Vollmacht vom 10.07.2012 erhoben hat, hat das Amtsgericht am 11.01.2013 die Akten dem Beschwerdegericht übermittelt.

II.

Gemäß §§ 111 Nr. 2, 151 Nr. 4 FamFG in Verbindung mit § 58 FamFG ist die Verweigerung des Negativattestes bzw. einer gemäß §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 BGB erforderlichen familiengerichtlichen Genehmigung zur Gründung einer Kommanditgesellschaft eines minderjährigen Kindes ist als Endentscheidung mit der Beschwerde anfechtbar (vgl. Zöller/Feskorn, a. a. O., § 58 FamFG Rn. 1 ff). Die Genehmigung des Familiengerichts zu einer Maßnahme im Sinne von § 1643 BGB ist eine Familiensache im Sinne des § 151 FamFG (vgl. Zöller/Feskorn, ZPO, 28. Aufl., § 151 FamFG Rn. 14).

Das Amtsgericht geht zunächst zutreffend davon aus, dass sein Beschluss vom 19.12.2012 eine gemäß § 58 FamFG beschwerdefähige Entscheidung darstellt.

Angesichts des Beschwerdewertes, der nach Ansicht des Senates vorliegend den erforderlichen Beschwerdewert nach § 61 FamFG in Höhe von 600 EUR in jedem Falle angesichts der Vermögenswerte des Gesellschaftsvertrages übersteigt, hätte es der erfolgten Zulassung der Beschwerde durch das Amtsgericht nach § 61 Abs. 2 FamFG nicht bedurft.

Die Beteiligten zu 1. bis 5. sind als Gesellschafter der betroffenen Kommanditgesellschaft auch beschwerdebefugt (§ 59 FamFG). Die angegriffene Verfügung greift in ihre eigene Rechtssphäre ein. Das Amtsgericht bringt mit der Ablehnung der Erteilung eines Negativattests zum Ausdruck, dass es die Notwendigkeit einer familiengerichtlichen Genehmigung für erforderlich hält, so dass es eine solche Genehmigung, falls sie beantragt würde und die übrigen gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen würden, auch erteilen müsste.

Die Beschwerde ist begründet.

Die vom Amtsgericht angenommenen Genehmigungshindernisse bestehen nicht.

Die Auffassung des Amtsgerichts, die Beanstandungen der Zwischenverfügung vom 17.09.2012 seien in der Sache gerechtfertigt, hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand, weshalb der Beschluss aufzuheben ist.

Der Notar hat sich mit den Bedenken des Amtsgerichts in der Hinweisverfügung der Rechtspflegerin vom 17.09.2012 in seinen Schreiben vom 27.09. und 09.10.2012 detailliert auseinandergesetzt und unter Hinweis auf hierzu ergangene Rechtsprechung zur Genehmigungsbedürftigkeit vergleichbarer Rechtsgeschäfte diese Bedenken entkräftet. Der Senat folgt der dortigen Argumentation.

Die schenkweise Übertragung des von den Eltern durch Einbringung ihres Immobilienvermögens voll eingezahlten (Teil-)Kommanditanteils an der vermögensverwaltenden FamilienKG an die minderjährigen Beteiligten zu 3. bis 5. sind unter der Mitwirkung ihrer Ergänzungspfleger wirksam. Die Schenkung ist auch nicht gem. § 1822 Nr. 3 BGB genehmigungsbedürftig, da sie für die Minderjährigen keine persönlichen Verpflichtungen begründet und deshalb lediglich rechtlich vorteilhaft i. S. des § 107 BGB ist (vgl. Palandt-Heinrichs, 71. Aufl. 2012, Rn. 2 zu § 107 BGB).

Die im Schreiben des Amtsgerichts vom 17.09.2012 geäußerten Bedenken sind nach den Stellungnahmen des Notars vom 27.09. und 09.10.2012 ausgeräumt.

Die persönliche Haftung der Kinder und ihr Verlustrisiko sind auf die von den Eltern zu erbringende Kommanditeinlage beschränkt, was die Anteilsübertragung nicht rechtlich nachteilig

macht (so auch OLG Zweibrücken FamRZ 2001, 181, 182). Das Risiko, für Verbindlichkeiten zu haften, ist durch den Gegenstand des Unternehmens – die Verwertung des eigenen Vermögens ohne die Berechtigung zu gewerblicher Tätigkeit und die Beschränkung auf ihren Kapitalanteil als Kommanditisten – über den Gesellschaftsanteil von 100 EUR für jeden Kommanditisten hinaus – ausgeschlossen.

Als lediglich rechtlich vorteilhaftes Rechtsgeschäft bedeutet die Anteilsübertragung für den Minderjährigen kein unternehmerisches Risiko. Daher unterliegt sein – zumal unentgeltlicher – Beitritt in die rein private, nicht gewerblich tätige und nur vermögensverwaltende FamilienKG auch keiner vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungspflicht nach § 1822 Nr. 3 BGB (so auch LG Münster FamRZ 1997, 842; OLG Bremen FamRZ 2009, 621; Hohaus BB 2004, 1707, 1710; Palandt-Diederichsen, BGB, 71. Aufl. 2012, Rn. 8, 10 zu § 1822). Gründen Eltern mit ihren Kindern eine Gesellschaft zur Verwaltung von Grundbesitz, so bedarf der Gesellschaftsvertrag jedenfalls dann keiner vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, wenn es sich hierbei lediglich um eine rein private Vermögensverwaltung handelt, die bislang dem Eigentümer allein oblag und die nunmehr von der Gesellschaft wahrgenommen wird (LG Münster FamRZ 1997, 842)

Auch die Beteiligung an einer Vermögensverwaltungsgesellschaft begründet für sich betrachtet kein Erwerbsgeschäft. Über die nutzbringende Anlage des Vermögens hinaus müssen besondere Umstände dazukommen, die aus der Vermögensverwaltung ein Erwerbsgeschäft machen, etwa dass der Umfang des Vermögens eine geschäftsmäßige, gleichsam berufliche Tätigkeit erfordert, dass die Vermögensanlage ein gesteigertes unternehmerisches Risiko birgt, oder dass die Dauer der Bindung sich deutlich vom Typ des Privatvermögens entfernt.

Für die in der Beratungspraxis zunehmend empfohlene vermögensverwaltende Kommanditgesellschaft gelten die dargestellten Grundsätze entsprechend. So kann vom Vorliegen einer Kommanditgesellschaft nicht automatisch auf ein Erwerbsgeschäft geschlossen werden, da diese Gesellschaftsform seit Inkrafttreten des Handelsrechtsreformgesetzes 1998 nicht mehr auf Handelsgewerbe beschränkt ist. Zwar mag die bloße Verwaltung familieneigener Immobilien durch Ehegatten nicht dem Bild einer Vermögensverwaltungsgesellschaft entsprechen, der mit der Neufassung des § 105 Abs. 2 HGB die Eintragungsoption eröffnet werden sollte. Wenn sich jedoch keine konkreten Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Gesellschaft eine darüber hinausgehende Tätigkeit entfaltet, bedarf die Übertragung einer solchen Gesellschaft keiner familiengerichtlichen Genehmigung (Lafontaine in: jurisPK-BGB, 6. Aufl. 2012, § 1822 BGB Rn. 56 ff.; OLG Bremen FamRZ 2009, 621).

Die Entscheidung des Familiengerichts und des an seine Stelle tretenden Beschwerdegerichts über die Genehmigung ist am Interesse des Pfleglings (Kindes/Mündels) auszurichten und erfordert eine Gesamtwürdigung unter Abwägung der konkreten Vor- und Nachteile des beabsichtigten Rechtsgeschäftes.

Der Prüfungsmaßstab folgt auch ohne ausdrückliche Normierung im Gesetz – aus dem Zweck der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, nämlich ihrer Schutzfunktion, sowie daraus, dass durch die Genehmigungspflicht (§§ 1821, 1822 BGB) die gesetzliche Vertretungsmacht der Eltern (vgl. §§ 1629, 1643 Abs. 1 BGB), bzw. die eines Ergänzungspflegers (§§ 1909 Abs. 1 Satz 1, 1915 Abs. 1, 1793 BGB) eingeschränkt wird. Deshalb hat das Familiengericht ausschließlich das Wohl und die Interessen des Pfleglings (Kindes/Mündels) zu berücksichtigen, nicht die Belange der Eltern oder Dritter. Es ist zwar nicht gehindert, auch die Interessen der Familie in Betracht zu ziehen, jedoch nur dann, wenn die Interessen des Pfleglings (Kindes/Mündels) gewahrt sind. Das Familiengericht hat vom Standpunkt eines verständigen, die Tragweite des Geschäfts überblickenden Volljährigen auch Erwägungen zur Zweckmäßigkeit

und Nützlichkeit des genehmigungspflichtigen Rechtsgeschäfts anzustellen (vgl. BayObLGZ 1995, 230/236 m. w. N.).

Der familiengerichtliche Genehmigungsvorbehalt ist eine Ausnahme vom Grundsatz der elterlichen Autonomie, welche die ungeschmälerte Vertretungsmacht beinhaltet. Die Genehmigung darf daher nur versagt werden, wenn das in Aussicht genommene Geschäft nach den im Zeitpunkt der Entscheidung zu beurteilenden Gesamtumständen, das sind alle möglichen Vor- und Nachteile, nicht dem Interesse des Kindes entspricht. Vorteile, Risiken, Erträge und Aufwendungen sind abzuwegen (vgl. OLG Bremen, NJW-RR 1999, 876; BayObLG, Rpflg 1977, 60; NJW-RR 1997, 1163; OLGR 1995, 76; OLG Frankfurt, NJW-RR 1999, 1236). Den Eltern verbleibt dabei eine Dispositionsbefugnis, die nur beschränkt zur Überprüfung des Familiengerichts steht (OLG Frankfurt a. a. O.). Sie entscheiden, ob und welche Maßnahme für das Kind getroffen werden soll (BVerfGE 24, 144). Durch den Genehmigungsvorbehalt soll auch nicht jedes Risiko von dem unter elterlicher Sorge stehenden Kind ferngehalten werden (vgl. nur Soergel-Damrau, BGB § 1828, Rdn. 8; MüKomm-Schwab, BGB § 1828, Rdn. 15 f, Palandt-Diederichsen, BGB, § 1828, Rdn. 4; Germhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, § 60, IV S. 956). Es genügt, wenn im Ganzen gesehen, der Vertrag für den Minderjährigen vorteilhaft ist.

Das Verfahren bei der familiengerichtlichen Genehmigung beim Abschluss eines Gesellschaftsvertrags bezieht sich vor allem darauf, die Dauerbindung von Person und Vermögen des Minderjährigen, dessen Haftungsrisiko auch im Hinblick auf den Umfang der Vertretungsmacht der vertretungsberechtigten Gesellschafter zu überprüfen und einzuschätzen (vgl. BayObLG, Rpflg 1977, 60). Die Genehmigung ist zu versagen, wenn die konkrete Gefahr besteht, der Minderjährige werde wegen seiner Beteiligung an der Gesellschaft mit erheblichen Schulden in die Volljährigkeit entlassen und sei bei der Gestaltung seines weiteren Lebens nach Eintritt der Volljährigkeit unzumutbaren, nicht von ihm selbst zu verantwortenden Belastungen ausgesetzt (BayObLG, NJW-RR 1997, 1163; OLGR 1995, 76).

Weder der Gesellschaftsvertrag, noch der Übertragungsvertrag bergen aber die Gefahr, dass die Kinder unzumutbaren Belastungen ausgesetzt werden. Sie müssen insbesondere über ihren Gesellschaftsanteil von 100 EUR hinaus nicht persönlich haften. Der Eintritt der Kinder in die Kommanditgesellschaft als Kommanditisten wird erst mit der Handelsregistereintragung wirksam. Das ist eine zulässige Verfahrensweise, um die Haftung zu beschränken (vgl. BGHZ 82, 209, 212; siehe auch OLG Köln, OLGZ 1976, 306).

Nach dem Gesellschaftsvertrag ist auch eine Nachschusspflicht nicht vorgesehen.

Die für die Übertragung zu erbringende Gegenleistung beinhaltet ihrerseits ebenfalls keine persönliche Haftung. Insgesamt beschränkt sich daher die Haftung der Kinder und damit deren Verlustrisiko auf die Einlage, die die Kinder ebenfalls nicht aus eigenen Mitteln aufbringen müssen. Demgegenüber steht eine Vermögensentwicklung, die erhebliche Gewinnchancen beinhaltet.

Die Sorge, das Geschäft diene nicht dem Interesse des Kindes, ist nach diesen Grundsätzen nicht begründet.

Deshalb ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass die Entscheidung, ob die gemäß §§ 1821, 1822 BGB erforderliche Genehmigung erteilt oder verweigert wird, nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen ist (BGH NJW 1986, 2829/2830; BGH WM 1995, 64/65; BayObLGZ 1995, 230/236 m. w. N.; BayObLG NJW-RR 1995, 387 und ständige Rechtsprechung; auch OLG Köln NJW-RR 1994, 1450/1451; ebenso Palandt/Diederichsen, a. a. O., § 1828 Rn. 4). Hierbei ist – wie der Bundesgerichtshof (a. a. O.) hervorgehoben hat – das Familiengericht insoweit

gebunden, als es in erster Linie auf das Interesse der als durch das Genehmigungserfordernis gesetzlich geschützten Minderjährigen abzustellen hat.

Nach §§ 1915 Abs. 1, 1822 Nr. 3 Alternative 2 BGB ist die familiengerichtliche Genehmigung erforderlich zu einem Gesellschaftsvertrag, der zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts eingegangen wird. Der Begriff des Erwerbsgeschäfts umfasst jede regelmäßig ausgeübte, auf selbstständigen Erwerb gerichtete Tätigkeit, die mit dem Willen zur Gewinnerzielung ausgeübt wird und auf eine gewisse Dauer angelegt ist (vgl. BayObLGZ 1995, 230/234; Palandt/Diederichsen, a. a. O., § 1822 Rn. 5). Diese Voraussetzungen sind bei der Verwaltung privaten Vermögens, insbesondere Grundbesitzes, nicht in jedem Fall gegeben, auch wenn die private Vermögensverwaltung in gesellschaftsrechtliche Form gebracht wird (BayObLGZ 1995, 230/234; Erman/Saar BGB 12. Aufl. § 1822 Rn. 5, 14; MünchKommBGB/Wagenitz 5. Aufl., § 1822 Rn. 21). Die Abgrenzung im Einzelnen ist umstritten; unter anderem wird darauf abgestellt, ob eine geschäftsmäßige, gleichsam berufliche Tätigkeit erforderlich ist oder die Gesellschafter unternehmerisches Risiko übernehmen. Ein Erwerbsgeschäft liegt etwa vor bei einer Gesellschaft, deren Gegenstand die Verwaltung, Vermietung und Verwertung gewerblich nutzbarer Immobilien von erheblichem Wert ist (vgl. BayObLGZ 1995, 230; 1997, 113; OLG Zweibrücken FamRZ 2000, 117/119 jeweils zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts). Die Verwaltung eigener Immobilien erfordern keine regelmäßig ausgeübte, auf Gewinnerzielung gerichtete Tätigkeit und stellen folglich kein Erwerbsgeschäft dar. So liegt der Fall hier: Die in die Gesellschaft einzubringenden Grundstücke werden nicht zu gewerblichen Zwecken genutzt (Ziffer II. (1) Satz 2 GesV), sondern Gegenstand der KG ist die Bewirtschaftung, Verwaltung und Verwertung des eigenen Vermögens; andere Tätigkeiten entfaltet die Gesellschaft nicht.

III.

Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst, weil das Beschwerdeverfahren gerichtsgebührenfrei ist (§ 131 Abs. 3 KostO) da die Beschwerde Erfolg hatte (§ 131 Abs. 1 S. 2 KostO). Andere Beteiligte, denen erstattungsfähige Kosten entstanden sein können, sind nicht vorhanden. Die Erteilung des Negativattestes selbst geschieht ebenfalls gebührenfrei. Gebührenpflichtig nach § 95 Abs. 1 Nr. 1 KostO ist nur die Erteilung der Genehmigung, nicht aber das Negativattest.

Den Wert des Beschwerdeverfahrens hat der Senat gemäß §§ 40, 46, 45 FamGKG, 39 Abs. 2 KostO auf den Regelstreitwert in Kindschaftssachen von 3.000 EUR festgesetzt.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor (§ 70 FamFG).