

Aufsatz

Abhandlungen

Von Notar Dr. Christof Münch, Kitzingen

>>> Übertragung von Kommanditeilen an Minderjährige

Zugleich Besprechung von OLG Oldenburg, FamRZ 2019, 1934¹

Die vorweggenommene Erbfolge hat Konjunktur, da Immobilienwerte immer höher steigen und die steuerlichen Freibeträge alle zehn Jahre neu gewährt werden. Daher sieht sich die Kautelarpraxis zunehmend mit dem Verlangen der Übertragung schon auf minderjährige Abkömmlinge konfrontiert. Um diese einzubinden, ihre Haftung zu beschränken und sie behutsam an die Verwaltung heranzuführen, aber auch um Einzelverfügungen zu verhindern, wird das Vermögen häufig in eine Kommanditgesellschaft eingebracht, um anschließend KG-Anteile an Minderjährige zu übertragen.

Ganz im Gegensatz zur Relevanz dieser Gestaltung für die Praxis steht deren rechtliche Durchdringung. Die zu besprechende Entscheidung des OLG Oldenburg schließt sich an eine ganze Reihe von OLG-Entscheidungen an, die sich mit dem Thema der Übertragung eines voll eingezahlten Kommanditeils auf einen Minderjährigen mit jeweils unterschiedlichem Ergebnis befassen. Insofern wäre eine wegweisende Entscheidung des BGH für die Praxis sehr wünschenswert.

Wichtig für die rechtliche Beurteilung ist eine sorgfältige Unterscheidung der Problemkreise:

I. Derivativer Erwerb eines Kommanditeils – Handlungskompetenzen

1. Grundsätze

Die Eltern vertreten das Kind gemeinschaftlich nach § 1629 Abs. 1 S. 2 BGB. Soweit es geschäftsunfähig ist, hat es damit sein Bewenden. Ist das Kind beschränkt geschäftsfähig und steht eine Willenserklärung in Rede, durch die das Kind lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, so kann das Kind auch selbst handeln, § 107 BGB. Die Eltern bleiben aber nach allgemeinen Regeln vertretungsbefugt.²

Hier sehen wir die erste Bedeutung des lediglich rechtlichen Vorteils: Liegt ein solcher vor, so handelt das Kind nach Vollendung des siebten Lebensjahres selbst.

Die Eltern unterliegen jedoch nach § 1629 Abs. 2 i. V. mit §§ 1795 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, 181 BGB dem Verbot eines Insichgeschäftes. Das Vertretungsverbot umfasst wegen des Prinzips der Gesamtvertretung beide Eltern, auch wenn der Ausschlussgrund nur bei einem Elternteil vorliegt.³ Dieses Verbot wird allerdings teleologisch reduziert bei Insichgeschäften, die dem Minderjährigen lediglich einen rechtlichen Vorteil bringen, da es hier nicht zu einem Interessenkonflikt kommen könne.⁴

Hier sehen wir die zweite Bedeutung des lediglich rechtlichen Vorteils. Liegt ein solcher vor, können Eltern auch bei einem Insichgeschäft handeln.

Liegt er hingegen nicht vor und die Eltern sind von der Vertretung ausgeschlossen, so muss ein Ergänzungspfleger bestellt werden.

2. Anteilsübertragung

Die Übertragung des Kommanditeils erfolgt in den zu besprechenden Fällen in Form des derivativen Erwerbs von – meist – einem Elternteil an eines oder mehrere Kinder, also nicht durch Aufnahmevertrag aller Gesellschafter, sondern durch Abtretungsvertrag von Veräußerer, der ausscheiden oder nur einen Teil seines Anteils abtreten kann, und Erwerber. Diese Form der Übertragung ist seit langem anerkannt.⁵ Fraglich ist nun, ob eine solche Anteilsübertragung lediglich rechtlich vorteilhaft ist. Hierzu sind die folgenden Gesichtspunkte zu überprüfen:

a) Einlagehaftung

In den hier zu betrachtenden Fällen ist die persönliche Haftung nach § 171 HGB ausgeschlossen, weil die Kommanditeinlage vollständig erbracht ist. Ein Sonderrechtsnachfolgevermerk im Handelsregister dokumentiert dies auch für den Erwerber.⁶ Eine persönliche Haftung des Minderjährigen könnte sich aus § 176 Abs. 2 HGB ergeben, wenn er in die KG einträte, bevor dies im Handelsregister eingetragen wäre. Das wird dadurch ausgeschlossen, dass der Eintritt aufschiebend bedingt auf die Eintragung in das Handelsregister erfolgt. Schließlich wird noch eine Haftung nach § 172 Abs. 4 HGB erörtert, wenn die Einlage zurückgewährt würde. Dies kann aber nur durch Rückgewähr an den Minderjährigen geschehen und trifft diesen daher – bei einer auf die Haftsumme begrenzten Haftung⁷ – nicht über das geschenkte Gut hinaus;⁸ zudem könnten diese negativen Handlungen vom minderjährigen Kommanditisten nicht allein vorgenommen werden.⁹

b) „Bündel-Rechtsprechung“

Der lediglich rechtliche Vorteil wird zudem damit abgelehnt, der Minderjährige habe ein „Bündel“ von wechselseitigen Rechten und Pflichten erworben.¹⁰ Das geht zurück auf eine Rechtsprechung des BGH aus dem Jahre 1977, mit welcher der BGH eine rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel ohne Beteiligung des Nachfolgers verworfen hat, weil diesem ohne seine Beteiligung keine gesellschaftsrechtlichen Pflichten aufgedrängt werden könnten.¹¹ Es komme dabei nicht darauf an, wie vorteil-

FamRZ 2019, 1917

haft die Gesellschafterstellung insgesamt auch sein möge. Der BGH lehnt eine Rechtsfortbildung insoweit ab. Damit nahm der BGH damals auch Stellung gegen die Ansicht, es liege ein lediglich rechtlicher Vorteil vor bezogen auf die §§ 328 ff. BGB, brachte aber auch zum Ausdruck, dass es eine Typizität der gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse nicht gebe.

Es spricht viel dafür, dass man den rechtlichen Vorteil heute nicht einfach mit Berufung auf dieses „Bündel“ ablehnen kann. So hat der BGH den Begriff des lediglich rechtlichen Vorteils im Zusammenhang mit der Bestimmung des § 107 BGB in neueren Entscheidungen durchaus anders beurteilt. Er hat die Abgrenzung nicht mehr (wie in der Entscheidung 1977) danach getroffen, ob die etwaigen Lasten aus dem Gesetz folgen oder Gegenstand der Übertragung sind, sondern er hat danach unterschieden, ob der Minderjährige nur mit dem übertragenen Gegenstand haftet oder ob ihn darüber hinaus eine persönliche Haftung trifft.¹² Er führte dabei weiter aus: „Möglich ist es jedoch, bestimmte Rechtsnachteile wegen ihres typischerweise ganz unerheblichen Gefährdungspotenzials als von dem Anwendungsbereich der Vorschrift nicht erfasst anzusehen.“¹³ Die Entscheidung schließt mit der Bemerkung, dass die bloß theoretische Möglichkeit künftiger Lasten keinen Rechtsnachteil darstelle. In einer weiteren Entscheidung bestätigt der BGH diese Rechtsprechung.¹⁴

Man muss also das „Bündel“ aufschneiden und prüfen, ob Pflichten bleiben, die zu einer persönlichen Inanspruchnahme des Minderjährigen führen können,¹⁵ welche auch durch die für ihn bestehenden Schutzvorschriften (§ 1629a BGB) nicht verhindert werden. Hier bleibt im Wesentlichen die Treuepflicht übrig, die jeden Gesellschafter trifft und die zum Teil schon allgemein als nicht über das geschenkte Gut hinausweisend angesehen wird.¹⁶ Sieht man sich die Auswirkungen der Treuepflicht im Einzelnen an, so fällt auf, dass diejenige der Kommanditisten nur abgeschwächt im Rahmen ihrer Gesellschafterstellung besteht.¹⁷ So sind die Kommanditisten sowohl von der Geschäftsführung wie auch von der Vertretung nach §§ 164, 170 HGB ausgeschlossen. Ein Wettbewerbsverbot trifft sie nach § 165 HGB nicht und ihre Kontrollrechte sind nach § 166 HGB im Gegensatz zu § 118 HGB eingeschränkt. Insofern trifft es nicht, stets allgemein auf § 705 BGB zu verweisen.¹⁸ Ein Verhalten gegen eigene Interessen verlangt die Treuepflicht nur sehr eingeschränkt.

¹⁹ Was bleibt, ist die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht, die vielen anderen Rechtsverhältnissen immanent und zudem aufgrund des eingeschränkten Kontrollbereichs und des tatsächlichen Ablaufs bei Minderjährigen in einer Gesellschaft wenig wahrscheinlich ist. Hier sollte man auf die Rechtsprechung des *BGH* zum unerheblichen Gefährdungspotenzial im Grundstücksrecht zurückgreifen²⁰ und eine konkrete Gefährdung ablehnen. Die „Bündel“-Rechtsprechung nimmt somit der Übertragung nicht den rechtlichen Vorteil.

c) Sonstige Regelungen im Übertragungsvertrag

In den Blick zu nehmen sind ferner die weiteren Regelungen des Übertragungsvertrages, die etwa Pflichtteilsanrechnungen, Widerrufsrechte oder Güterstandsregelungen – letztere ggf. auch im Gesellschaftsvertrag – enthalten. Für diese ist folgendes zu beachten:

Eine Pflichtteilsanrechnung ist so auszugestalten, dass sie bei einem vorbehaltenen Widerruf entfällt und dass sie bei einem Ausscheiden aus der Gesellschaft höchstens in Höhe des Abfindungswertes greift, den der Beschenkte dann realisieren kann, wenn dieser den Verkehrswert unterschreitet. Dann liegt kein Eingriff in weiteres Vermögen vor.²¹ Hat man dies beachtet, bleibt die allgemeine Frage, ob die Anrechnung eines Sachwertes auf den Pflichtteil rechtlich nachteilig ist, die man mit dem *OLG München*²² verneinen kann.

Beim Widerrufsrecht ist zu beachten, dass dieses so ausgestaltet ist, dass der Minderjährige nicht über das erlangte Gut hinaus verpflichtet wird. Etwaige Ersatzansprüche sind also auf Bereicherungsrecht zu beschränken, insbesondere im Hinblick auf § 818 Abs. 3 BGB.²³

Güterstandsklauseln schließlich sollten nicht die Verpflichtung zum Abschluss bestimmter Eheverträge enthalten, sondern nur die Möglichkeit zur Anteilsentziehung bei Nichtabschluss eines Ehevertrages, der diesen Anteil frei von Ansprüchen stellt. Es kann dann maximal der geschenkte Anteil verloren gehen.²⁴

Es kann somit im Ergebnis die Übertragung eines voll eingezahlten Kommanditanteils aufschiebend bedingt auf die Handelsregistereintragung der Sonderrechtsnachfolge lediglich rechtlich vorteilhaft sein.

3. Zustimmungen

Soweit der Gesellschaftsvertrag die Anteilsübertragung nicht jedenfalls für einen bestimmten Kreis von Erwerbern zustimmungsfrei stellt,²⁵ müssen die Mitgesellschafter der Anteilsübertragung zustimmen. Die Unterscheidung von Aufnahmevertrag und Anteilsübertragung im Blick behaltend führt die Zustimmung nicht dazu, dass der Zustimmende Partei des Anteilsübertragungsvertrages wird. Das ist durchaus vorherrschende Meinung.²⁶ Zumeist wird daraus unter Berufung auf das *BayObLG* auch die Folgerung gezogen, § 181 BGB sei auf die Zustimmung nicht anwendbar.²⁷ Dem wird zum Teil entgegengehalten,

FamRZ 2019, 1918

die Zustimmung sei bei Veränderung des Gesellschafterkreises Grundlagenbeschluss.²⁸ Allerdings ist dies konstruktiv mittelbare Folge der zweiseitigen Abtretungsvereinbarung und somit nicht Teil des Gesellschaftsvertrages.²⁹

4. Handelsregisteranmeldung

Die Handelsregisteranmeldung ist als verfahrensrechtliche Erklärung weder Rechtsgeschäft noch Willenserklärung, sodass § 181 BGB auf sie keine Anwendung findet.³⁰ Die Eltern sind also nicht von der Vertretung auch mehrerer Kinder ausgeschlossen. Weist das Familiengericht einem Ergänzungspfleger, der für das Rechtsgeschäft bestellt ist, auch die Kompetenz zur Anmeldung zu, so kann dieser nach § 1630 Abs.1 BGB die Anmeldung unterzeichnen.³¹

II. Familiengerichtliche Genehmigung

Eine von der bisherigen Darstellung völlig zu unterscheidende separate Frage ist es, ob ein entsprechender derivativer Erwerb zusätzlich einer

familiengerichtlichen Genehmigung bedarf. Das ist dann der Fall, wenn eine solche durch eine bestimmte gesetzliche Vorschrift gefordert wird. Ist die Notwendigkeit einer solchen Genehmigung festgestellt, ist zu fragen, ob sie auch erteilt werden kann.

1. Vertreterhandeln

Als eine solche Vorschrift, welche für den schenkweisen Erwerb eines Kommanditanteils eine Genehmigung fordert, kommt nur § 1822 Nr. 3 Alt. 3 BGB in Betracht.³² Diese greift aber nach §§ 1643 Abs. 1, 1822, 1915 BGB nur bei Vertreterhandeln der Eltern oder eines Ergänzungspflegers/Vormunds ein. Kann also der Minderjährige selbst handeln, so entfällt auch die familiengerichtliche Genehmigungspflicht.³³

2. Anteilsübertragung

§ 1822 Nr. 3 Alt. 3 BGB spricht von einem Gesellschaftsvertrag, der zum Betrieb eines Erwerbsgeschäftes eingegangen wird. Da heute der derivative Erwerb und der Beitritt durch Aufnahmevertrag zwei gleichwertige Gestaltungen sind, wird ganz überwiegend angenommen, dass sich § 1822 Nr. 3 Alt. 3 BGB auch auf den derivativen Anteilerwerb bezieht und diesen einer Genehmigungspflicht unterwirft.³⁴ Eine andere Auffassung sieht die Vergleichbarkeit mit der Übertragung eines GmbH-Anteils und lehnt eine Genehmigungsbedürftigkeit generell ab, auch bei Vorliegen eines Erwerbsgeschäftes.³⁵

3. Erwerbsgeschäft und Vermögensverwaltung

Fraglich ist, wann die Kommanditgesellschaft, in die der Minderjährige eintritt, ein Erwerbsgeschäft betreibt. Hiervon grenzen die Gerichte die reine Verwaltung eigenen Vermögens ab, die einer familienrechtlichen Genehmigung dann mangels Vorliegen eines Erwerbsgeschäftes nicht bedarf. Seit der Handelsrechtsreform 1998 kann sich auch eine Kommanditgesellschaft auf die Verwaltung eigenen Vermögens beschränken. Problematisch bei der Lektüre diverser Entscheidungen und Kommentierungen ist, dass die Grenze als fließend bezeichnet wird,³⁶ obwohl doch § 1822 BGB im Sinne der Rechtssicherheit keinen Spielraum bieten sollte.³⁷ Nahezu übereinstimmend wird als bloße Vermögensverwaltung das Halten einer selbst bewohnten Immobilie in Form einer KG gesehen.³⁸ Ansonsten werden folgende Abgrenzungsgesichtspunkte benannt:³⁹

- Name der KG,
- Gegenstand der KG,
- Höhe der Kommanditeinlage,
- Gesellschafter ausschließlich Familienangehörige,
- Gestaltung als vorweggenommene Erbfolge,
- geschäftsmäßige, gleichsam berufliche Tätigkeit erforderlich,
- Gesellschaft übernimmt unternehmerisches Risiko,
- weitere unternehmerische Tätigkeiten.

Erwerbsgeschäft wird dabei definiert als regelmäßig ausgeübte, auf selbstständigen Erwerb gerichtete Tätigkeit, die mit dem Willen zur Gewinnerzielung ausgeübt wird und auf gewisse Dauer angelegt ist.

⁴⁰ Die Verwaltung gewerblich nutzbarer Immobilien von erheblichem Wert wird bereits als gewerblich angesehen.⁴¹

Bisher nicht thematisiert, durch den Sachverhalt der Besprechungsentscheidung aber durchaus diskutabel ist die Frage, ob ein Erwerbsgeschäft i. S. des § 1822 Nr. 3 BGB nicht auch die Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr voraussetzt, wie dies etwa § 15 Abs. 2 S. 1 EStG im Einkommensteuerrecht vorsieht. Aus der steuerlichen Abgrenzung stammt ja auch das dort ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Überschreitung der Verwaltung eigenen Vermögens.⁴² Dann wären Gesellschaften, die lediglich als Besitzgesellschaften innerhalb einer Firmengruppe fungieren oder die anstelle eines Gesellschafters eine Kommanditbeteiligung in einer anderen Kommanditgesellschaft halten, ggf. nicht als Erwerbsgeschäft i. S. des § 1822 Nr. 3 BGB

anzusehen, auch wenn das Steuerrecht dies – etwa bei einer Betriebsaufspaltung – differenziert sieht.

4. Erwägungen zur Erteilung der Genehmigung

Ganz im Gegensatz zu der ausufernden Diskussion über die Notwendigkeit der Erteilung einer familiengerichtlichen Genehmigung heißt es über die Erteilung selbst, dass diese bei unentgeltlicher Übertragung eines volleingezahlten Kommanditanteils ohne Nachschusspflicht im Gesellschaftsvertrag und mit auf die Eintragung im Handelsregister bedingte Übertragung in der Praxis ohne Weiteres zu erlangen sei.⁴³

Nach *BGH* handelt es sich bei der Entscheidung um eine solche, die nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen und insoweit gebunden ist, als es in erster Linie auf das Interesse des Minderjährigen ankommt.

⁴⁴ Entscheidend ist, dass dem Minderjährigen nach Eintritt der Volljährigkeit Raum bleibt, sein weiteres Leben ohne unzumutbare Belastungen zu gestalten, die er selbst nicht zu verantworten hat. Dies darf nicht konkret gefährdet sein.⁴⁵ Das Familiengericht hat zunächst ausschließlich das Wohl des Minderjährigen zu berücksichtigen, ist allerdings nicht gehindert, auch die Interessen der Familie in Betracht zu ziehen, wenn dessen Wohl gewahrt ist. Letztlich ist eine Gesamtwürdigung aller Vor- und Nachteile vorzunehmen.

⁴⁶ Eine Genehmigung scheidet somit noch nicht an einzelnen Nachteilen. Vielmehr sind auch erhebliche Gewinnchancen zu sehen und abzuwägen.⁴⁷ Dabei ist der primären Dispositionsbefugnis der Eltern bzw. des Ergänzungspflegers Rechnung zu tragen,⁴⁸ von denen man zudem annehmen darf, dass sie in der Regel nur das Beste für das Kind wollen.⁴⁹ Durch den Genehmigungsvorbehalt soll auch nicht jegliches Risiko von dem Kind ferngehalten werden.⁵⁰ Dabei dürfen auch die Eltern als Mitgesellschafter und ihre fachliche und charakterliche sowie berufliche Eignung in Betracht gezogen werden.⁵¹

Hier – und nicht bei der Frage der Genehmigungsbedürftigkeit⁵² – mag man die dritte Stelle verorten, an der es eine Rolle spielt, ob ein Geschäft lediglich rechtlich vorteilhaft ist. In einem solchen Fall wird nämlich das Ermessen reduziert und die Genehmigung zu erteilen sein.

Verschiedene Entscheidungen belegen, dass die Genehmigung beim unentgeltlichen derivativen Erwerb volleingezahlter Kommanditanteile aufschiebend bedingt auf die Handelsregistereintragung zu erlangen sein sollte.⁵³

III. Die Besprechungsentscheidung des OLG Oldenburg

Betrachtet man nun die Besprechungsentscheidung des *OLG Oldenburg* im Lichte dieser Darlegung, so fällt folgendes auf:

Die Entscheidung konzentriert sich zunächst auf die Zustimmungen, nicht aber auf die Übertragung selbst. Eine deutliche Unterscheidung der Gegebenheiten wäre hier wünschenswert. Das *OLG Oldenburg* stellt sich sodann hinter die These vom Bündel an Rechten und Pflichten und stimmt damit dem *OLG Frankfurt* zu gegen eine Reihe anderer, neuerer *OLG*-Entscheidungen. Hier wäre es wünschenswert, dass durch die zugelassene Rechtsbeschwerde der *BGH* für Rechtsklarheit sorgen könnte. Die Ausführungen zur Förder- und Treuepflicht leiden durch ihren Bezug auf § 705 BGB und die zu wenig konkrete Betrachtung der tatsächlichen Pflichten eines Kommanditisten. Bei der Frage der Genehmigungsbedürftigkeit hätte die Frage der Teilnahme am Markt thematisiert werden können.

IV. Empfehlungen an die Kautelarpraxis

Im Hinblick auf die geschilderte Diskussion beginnen die Empfehlungen an die Kautelarpraxis bei der Gestaltung des KG-Vertrages. Zustimmungen sollten für die Übertragung auf Abkömmlinge des Gründungsgesellschafters bereits im Gesellschaftsvertrag enthalten sein, sodass sie nicht mehr gesondert erklärt werden müssen. Nachschusspflichten verbieten sich. Der

Vertrag sollte die Treuepflichten des minderjährigen Kommanditisten im Rahmen des gesetzlich Möglichen⁵⁴ reduzieren. Mitwirkungsrechte unter das Regelstatut des HGB für Kommanditisten zu senken, birgt freilich steuerliche Risiken.⁵⁵ Firmierung, Höhe der Haftsumme und Übertragung aufschiebend bedingt durch Eintragung können den Anforderungen der *OLG*e an den lediglich rechtlichen Vorteil angepasst werden.⁵⁶

Anrechnungen auf den Pflichtteil sollten – wie geschildert – höchstens auf den Abfindungswert bei Ausscheiden aus der Gesellschaft gehen und im Fall des Widerrufs dürfen Leistungspflichten des Gesellschafters die bereicherungsrechtlichen Pflichten nicht übersteigen.⁵⁷

Im Übrigen sollten bis zu einer Entscheidung des *BGH* sicherheitshalber Ergänzungspfleger bestellt werden, die im Rah-

FamRZ 2019, 1920

men ihrer Aufgabenzuweisung, auf deren Umfang besonderen Wert zu legen ist, die elterliche Sorge nach § 1630 Abs. 1 BGB verdrängen. Ferner sollte die familiengerichtliche Genehmigung eingeholt werden. Mit den meisten Gerichten lässt sich zudem im Rahmen der gemeinsamen Arbeit in der vorsorgenden Rechtspflege eine gewisse Vorklärung im Hinblick auf die dort vertretenen Rechtsansichten treffen, die gerichtliche Verfahren zu verhindern hilft.

1 Beschluss v. 17.7.2019 – 12 W 53/19.

2 Schwab, Familienrecht, 27. Aufl. 2019, Rz. 807; Staudinger/Knothe, BGB, 2012,

§ 107 Rz. 43; Palandt/Ellenberger, BGB, 78. Aufl. 2019, § 107 Rz. 1.

3 Müller, in: Münch, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 3. Aufl. 2019,

§ 13 Rz. 158.

4 *BGH*, FamRZ 1985, 804; *BGH*, FamRZ 1989, 945.

5 *RG*, DNotZ 1944, 195; *BGH*, NJW 1981, 2747; vgl. MünchKomm/Schäfer, BGB,

7. Aufl. 2017, § 719 Rz. 21, m. w. N.; aus kautelarjuristischer Sicht Ivo, ZEV 2005,

193 f.

6 *OLG Köln*, NZG 2018, 1187, 1188; auf die Eintragung des

Sonderrechtsnachfolgevermerks kann hier nicht näher eingegangen werden, vgl.

dazu durchaus kritisch MünchKomm/K. Schmidt, HGB, 3. Aufl. 2012, § 173 Rz. 26 ff.

7 Hierzu *Baumbach/Hopt/Roth*, HGB, 38. Aufl. 2018, § 172 Rz. 5.

8 So zu Recht *OLG Bremen*, FamRZ 2009, 621 = NZG 2008, 750, 751.

9 *OLG Köln*, NZG 2018, 1187, 1188; insoweit zustimmend die

Besprechungsentscheidung.

10 Besprechungsentscheidung; *OLG Frankfurt*, FamRZ 2009, 620 = ZEV 2008, 607,

wo dies allerdings bei der Notwendigkeit einer familiengerichtlichen Genehmigung

erörtert wird; hier hätte es Platz erst bei der inhaltlichen Prüfung.

11 *BGH*, NJW 1977, 1339.

12 *BGH*, FamRZ 2005, 359 = NJW 2005, 415, 418; so auch *OLG Köln*, NZG 2018,

1187.

13 *BGH*, FamRZ 2005, 359 = NJW 2005, 415, 418.

14 *BGH*, FamRZ 2010, 2065 = NJW 2010, 3643.

15 So zu Recht *Lüdecke*, NJOZ 2018, 681, 686 f.; *Egger*, MittBayNot 2019, 135, 136.

16 *Egger*, MittBayNot 2019, 135, 136; *Pauli*, ZErB 2016, 131, 133; *Maier-Reimer/*

Marx, NJW 2005, 3025, 3026; *Führ/Nikoleyczik*, BB 2009, 2105, 2107; *OLG*

Bremen, FamRZ 2009, 621 = NZG 2008, 750, 751.

17 Vgl. etwa *Häublein*, in: BeckOK HGB, 2019, § 161 Rz. 21, oder *OLG Stuttgart*, ZIP

2010, 131, zur nicht umfassenden Beschlusskompetenz.

18 So aber die Besprechungsentscheidung.

19 So zu Recht *Lüdecke*, NJOZ 2018, 681, 687, unter Berufung auf *BGH*, NJW 1995,

194, 195; zur Neujustierung dieses Bereiches nach *BGH*, NZG 2014, 1296 f. und der

Aufgabe der Kernbereichslehre vgl. etwa *Risse/Höfling*, NZG 2017, 1131.

20 *BGH*, FamRZ 2005, 359 = NJW 2005, 415, 418.

21 *OLG Köln*, NZG 2018, 1187, 1188, Rz. 11.

22 *OLG München*, FamRZ 2008, 820 = DNotZ 2008, 199.

23 *BayOblG*, FamRZ 2004, 1055.

24 A. A. für Eheverträge *Heinemann*, FGPrax 2018, 215.

25 Dies geschieht – anders als die Besprechungsentscheidung meint – für

Personengesellschaften und GmbHs in den Verträgen nahezu in gleicher Weise.

26 *BayOblGZ* 1977, 76 f.; *OLG Hamm*, DB 1989, 169; *Ivo*, ZEV 2005, 193,

195; *MünchKomm/Schäfer* [Fn. 5], § 719 Rz. 25; *Baumbach/Hopt/Roth* [Fn. 7],

§ 105 Rz. 70; *Maier-Reimer/Marx*, NJW 2005, 3025, 3027; *Schulte/Hushahn*, in:

Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 2, 5. Aufl. 2019, § 35 Rz. 17.

27 Vgl. die zuvor genannten, anders jedoch *Ivo*, ZEV 2005, 193, 195. Die Entscheidung

des *BayOblG* hatte in der Tat einen abweichenden Sachverhalt, für den sich die Frage

des § 181 BGB dann nicht mehr stellte, sodass diese Frage eigentlich offen blieb.

28 So wohl auch die Besprechungsentscheidung und schon *OLG Oldenburg*, DNot-

Report 2019, 87.

29 So ausdrücklich *OLG Hamm*, DB 1989, 169, 170, unter Berufung auf *BGHZ* 38, 26 =

FamRZ 1962, 520 = NJW 1962, 2344; *Maier-Reimer/Marx*, NJW 2005, 3025, 3027.

30 *BayOblGZ* 1977, 76, 78; *Gustavus/Böhringer/Melchior*, Handelsregister-

Anmeldung, 9. Aufl. 2017, Einleitung Rz. 25.

31 *Gustavus/Böhringer/Melchior* [Fn. 30], Einleitung Rz. 25.

32 Dazu, dass § 1822 Nr. 10 BGB selbst bei Annahme der

„Bündel“-Rechtsprechung ausscheidet: *Herrler*, in: *Hauschild/Kalrath/Wachter*,

Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rz. 133.

33 Dazu etwa *OLG Köln*, NZG 2018, 1187.

34 Offen gelassen *OLG Dresden*, FGPrax 2018, 214; für Anwendung auch auf

Anteilsübertragung *OLG München*, MittBayNot 2019, 132; *OLG Frankfurt*, FamRZ

2009, 620 = ZEV 2008, 607; Besprechungsentscheidung; *Menzel*, MittBayNot 2019,

222, 224.

- 35 *Menzel/Wolf*, MittBayNot 2010, 186, 188; *Van de Loo/Strnad*, ZEV 2018, 617, 621; wohl auch *Egger*, MittBayNot 2019, 137 jeweils unter Berufung auf *BGH*, FamRZ 1989, 605.
- 36 *Heinemann*, FGPrax 2018, 215.
- 37 Seit *BGHZ* 38, 26 = FamRZ 1962, 520 = NJW 1962, 2344; *BGHZ* 52, 316 = FamRZ 1969, 644 = NJW 1970, 33; *BGH*, FamRZ 1989, 605 = DNotZ 1990, 303; formale, einengende Auslegung, die Art des Rechtsgeschäftes, nicht der Zweck entscheidet.
- 38 *OLG München*, FamRZ 2009, 623; *OLG München*, MittBayNot 2019, 132, 134.
- 39 *OLG München*, MittBayNot 2019, 132.
- 40 *OLG München*, MittBayNot 2019, 132, 134, m. w. N.; *OLG Dresden*, FGPrax 2018, 214; *OLG Jena*, FamRZ 2014, 140 = ZEV 2013, 521.
- 41 *OLG München*, FamRZ 2009, 623; *OLG Dresden*, FGPrax 2018, 214; *OLG Jena*, FamRZ 2014, 140 = ZEV 2013, 521.
- 42 *FG Hamburg*, BeckRS 2015, 95187.
- 43 *Ivo*, ZEV 2005, 193, 196; *von Oertzen/Hermann*, ZEV 2003, 400, 402; skeptischer *Everts*, in: *Herrler*, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2017, § 18 Rz. 47, Fn. 60.
- 44 *BGH*, FamRZ 1986, 970; andere lehnen eine Ermessensentscheidung ab und gehen von einem unbestimmten Rechtsbegriff des Mündelwohls aus, wonach das Gericht lediglich eine Aufsichts- und Kontrollfunktion habe, so etwa *MünchKomm/Kroll-Ludwigs*, BGB, 7. Aufl. 2017, § 1822 Rz. 15. Bei richtig verstandenem Ermessen dürften die Unterschiede nicht allzu groß sein, wenn man von der Entscheidungsmöglichkeit eines Beschwerdegerichtes absieht; detailliert für Ermessen *BayObLG*, FamRZ 1997, 842.
- 45 *BayObLG*, FamRZ 1997, 842; *OLG Zweibrücken*, FamRZ 2001, 181 = NJW-RR 2001, 145; *OLG Jena*, FamRZ 2014, 140 = ZEV 2013, 521, 523.
- 46 Zu alledem *BayObLG*, FamRZ 1997, 842.
- 47 *OLG Bremen*, NJW-RR 1999, 876.
- 48 *OLG Zweibrücken*, NJW-RR 2001, 145, 146.
- 49 *BayObLG*, BeckRS 2010, 21327 = FamRZ 1980, 401 [LS.]; *Lüdecke*, NJOZ 2018, 681, 685.
- 50 So ausdrücklich *OLG Zweibrücken*, FamRZ 2001, 181 = NJW-RR 2001, 145, 146; *OLG Jena*, FamRZ 2014, 140 = ZEV 2013, 521, 522 und *OLG Nürnberg*, NJW-RR 2015, 840 Rz. 27.
- 51 *OLG Nürnberg*, FamRZ 2015, 1407 = NJW-RR 2015, 840 Rz. 25 f.; *OLG Frankfurt*, NJW-RR 1999, 1236.
- 52 Daher zu Recht kritisch *Gerono*, MittBayNot 2013, 389, im Hinblick auf die Entscheidung des *OLG Jena*, FamRZ 2014, 140 = ZEV 2013, 521; missverständlich daher z. B. der Leitsatz des *OLG Dresden*, FGPrax 2018, 214.
- 53 *OLG Bremen*, NJW-RR 1999, 876; *OLG Zweibrücken*, FamRZ 2001, 181 = NJW-RR 2001, 145.
- 54 Zu den Grenzen der Abdingbarkeit von Treuepflichten *Fleischer/Harzmeier*, NZG 2015, 1289 f.; vgl. den Sachverhalt bei *OLG München*, MittBayNot 2019, 132 f.
- 55 Vgl. etwa *FG Düsseldorf*, v. 22.6.2018 – 1 K 3020/16 F –, BeckRS 2018, 28419 und juris.
- 56 *Van de Loo/Strnad*, ZEV 2018, 617, 623.
- 57 Laut Sachverhalt *OLG Bremen*, FamRZ 2009, 621 = NZG 2008, 750, war dort angeordnet, dass diese Folgen entfallen sollen, wenn sie zu einem rechtlichen Nachteil führen. Wenn darüber nicht gerichtlich entschieden wird, so führt dies freilich zu anhaltender Rechtsunsicherheit für die Beteiligten.

© Verlag Ernst und Werner Gieseking GmbH