

GUTACHTEN

Dokumentnummer: 12129
letzte Aktualisierung: 05.10.2005

BGB §§ 1643 Abs. 1, 1821 Abs. 1 Nr. 1, 1822 Nr. 3

Minderjähriger Gesellschafter einer GbR; Kommanditist; Kündigung einer im GbR-Vermögen gehaltenen KG-Beteiligung; gerichtliche Genehmigungserfordernisse

I. Sachverhalt

Eltern sind mit ihren minderjährigen Kindern in Gesellschaft bürgerlichen Rechts Kommanditist einer GmbH & Co. KG. Einziger Vermögensgegenstand der GmbH & Co. KG ist ein vermietetes Geschäftshaus. Die Eltern und ihre Kinder beabsichtigen, die Kommanditgesellschaft zu kündigen und infolgedessen gegen Abfindung aus der Gesellschaft auszuscheiden – wie dies der Gesellschaftsvertrag vorsieht. Die Kündigung erfolgt durch die Eltern, zugleich handelnd auch als gesetzliche Vertreter der minderjährigen Kinder und als gesamtvertretungsberechtigte Gesellschafter der GbR.

II. Frage

Bedarf die Kündigung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung?

III. Zur Rechtslage

1. Familiengerichtliche Genehmigung bei Vertretung durch Eltern

Die Eltern bedürfen zu Rechtsgeschäften für das Kind nach Inkrafttreten des Kindschaftsrechtsreformgesetzes in den Fällen, in denen nach § 1821 und nach § 1822 Nr. 1, 3, 5, 8-11 BGB ein Vormund der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf, nunmehr **nach § 1643 Abs. 1 BGB statt der vormundschaftsgerichtlichen der familiengerichtlichen Genehmigung**. Eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigungszuständigkeit ergibt sich auch nicht über § 1915 Abs. 1 BGB. Zwar wäre nach h. M. auch nach Inkrafttreten des Kindschaftsrechtsreformgesetzes für die Erteilung von Genehmigungen zu Rechtsgeschäften des Ergänzungspflegers das Vormundschaftsgericht zuständig (BayObLG ZEV 2004, 340, 341; Everts, ZEV 2004, 231, 233 m. w. N.; offen lassend jetzt BGH ZEV 2005, 66). Allerdings stünde vorliegend kein Vertretungsausschluss der Eltern inmitten, der die Bestellung eines Ergänzungspflegers nach § 1909 Abs. 1 BGB erforderlich macht, da lediglich **parallele Willenserklärungen** abzugeben sind.

2. Kündigung als „Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts“

Nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 BGB ist die familiengerichtliche Genehmigung u. a. erforderlich zu einem Vertrag, der auf die **Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts** gerichtet ist. Nach ganz h. M. ist auch die Veräußerung eines Teils eines Erwerbsgeschäfts genehmi-

gungsbedürftig, so wenn es sich um das **Ausscheiden z. B. aus einer OHG** (RGZ 122, 370; BayObLGZ 21, 218, 221; Soergel/Zimmermann, BGB, 13. Aufl. 2000, § 1822 Rn. 20) oder aber **auch aus einer KG** (BGHZ 17, 160, 164 f.; Piehler/Schulte, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 2, 2. Aufl. 2004, § 35 Rn. 13; Soergel/Zimmermann, § 1822 Rn. 20; Winkler, ZGR 1973, 177, 202 f.) handelt. Nach Ansicht des OLG Karlsruhe (NJW 1973, 1977) gilt dies auch bei „Zwergbeteiligungen“ in der KG.

Freilich liegt bei der **Kündigung** einer Gesellschaftsbeteiligung zunächst einmal keine Veräußerung derselben vor. Die Kündigung des ausscheidenden Gesellschafters ist eine einseitige Willenserklärung; anlässlich einer Veräußerung muss der Gesellschaftsanteil durch dingliches Rechtsgeschäft übertragen werden, während er beim Ausscheiden nach § 738 BGB ipso iure den übrigen Gesellschaftern anwächst. Nach allgemeiner Meinung wird nun die Kündigung eines Gesellschaftsvertrages als ein unter **§ 1823 BGB** zu subsumierender Tatbestand angesehen, wonach der Vormund (bzw. die Eltern) nicht ohne Genehmigung des Gerichts ein neues Erwerbsgeschäft im Namen des Mündels beginnen oder ein bestehendes Erwerbsgeschäft des Mündels auflösen soll; als Auflösungsgeschäft ist auch die Kündigung des Gesellschaftsvertrages anzusehen (Soergel/Zimmermann, § 1823 Rn. 4; Erman/Holzhauser, BGB, 11. Aufl. 2004, § 1823 Rn. 1; Bamberger/Roth/Bettin, BGB, 2003, § 1823 Rn. 2; Winkler, ZGR 1973, 177, 205). Die Vorschrift des § 1823 BGB ist jedoch **im Bereich der elterlichen Sorge gerade nicht anwendbar**, da hierfür **§ 1645 BGB** gilt, diese Vorschrift jedoch die Auflösung eines bestehenden Erwerbsgeschäfts (und damit auch die Kündigung von Gesellschaftsverträgen) nicht erfasst.

Aus der Existenz der Vorschriften der §§ 1823, 1645 BGB und des Wesensunterschiedes zwischen Kündigung und Ausscheiden kraft Veräußerung der Beteiligung wird nun gefolgert, § 1822 Nr. 3 BGB sei auf die Fälle der Kündigung der Gesellschaftsmitgliedschaft nicht anwendbar (so Winkler, ZGR 1973, 177, 204 f.).

Hiergegen wird eingewandt, dass sich die Höhe des Abfindungsguthabens nach dem Zeitpunkt der Kündigung richte und bei unzeitgemäßem Ausscheiden der Minderjährige unter Umständen endgültige Einbußen zu tragen habe. Auch im Hinblick auf den Verlust der mit dem Geschäftsanteil verbundenen Gewinnchancen und Substanzsteigerungen könne man das Ausscheiden durch Kündigung einer Veräußerung des Anteils gleichstellen; demgemäß bedürfe nach dieser Ansicht die Kündigung, und zwar jede Kündigung des Gesellschaftsvertrages als **Aufgabe eines Gesellschaftsanteils** nach § 1822 Nr. 3 BGB der gerichtlichen Genehmigung (Wiedemann, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Personengesellschaften, 1965, S. 246 f.).

Wir halten die zuletzt genannte Ansicht unter dem Aspekt für überzeugend, dass gerade das **„Ob“ eines Ausscheidens aus der Personengesellschaft** insgesamt nach § 1822 Nr. 3 BGB – wenn man schon, wie die allgemeine Meinung, auch die Veräußerung eines Teils eines Erwerbsgeschäfts für genehmigungsbedürftig hält – eine für den Minderjährigen unter Umständen entscheidende Frage ist. Dann aber kann es keinen Unterschied machen, ob das Ausscheiden durch Anteilsübertragung oder aber durch Kündigung und Anwachsung des Anteils bei den übrigen Gesellschaftern erfolgt. In diese Richtung scheint auch die Kommentarliteratur zu gehen, die unter § 1823 BGB neben der Kündigung eines Gesellschaftsvertrages gerade auch die – in § 1822 Nr. 3 BGB nach ganz h. M. ja schon geregelte – *Veräußerung* einer Beteiligung ebenfalls erfasst sieht (Bamberger/Roth/Bettin, § 1823 Rn. 2; Soergel/Zimmermann, § 1823 Rn. 4). Dies spricht dafür, dass die h. M. in der Literatur auch bei der **Kündigung wohl nicht weiter differenzieren** würde.

Als **Zwischenergebnis** wäre daher u. E. festzuhalten, dass mit einiger Wahrscheinlichkeit die Kündigung (ggf. unter Abfindung) einer Beteiligung an einer gewerblichen Personengesellschaft (OHG/KG) durch die Eltern der familiengerichtlichen Genehmigung nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 BGB bedarf.

3. Vorliegen eines Erwerbsgeschäfts

Freilich muss es sich im vorliegenden Fall auch um ein „**Erwerbsgeschäft**“ handeln, auf dessen Betrieb die KG gerichtet ist. Erwerbsgeschäft ist grundsätzlich jede regelmäßig ausgeübte, auf selbstständigen Erwerb gerichtete Tätigkeit, gleichgültig ob es sich um Handel, Fabrikation, Handwerk, Landwirtschaft, wissenschaftliche, künstlerische oder sonstige Tätigkeit handelt (RGZ 133, 7, 11; RGZ 144, 1, 2; BayObLG FamRZ 1996, 119, 121; Soergel/Zimmermann, § 1822 Rn. 12). Rein **vermögensverwaltende Gesellschaften**, wozu nach der Handelsrechtsreform 1998 auch KGs gehören können, fallen nicht unter § 1822 Nr. 3 BGB.

Allerdings hat die Rechtsprechung die Grenzen der rein privaten Vermögensverwaltung im Rahmen des § 1822 Nr. 3 BGB in den letzten Jahren zunehmend enger gezogen und die Genehmigungsbedürftigkeit auf Gesellschaften ausgedehnt, die die „Verwaltung, Vermietung und Verwertung gewerblich nutzbarer Immobilien von erheblichem Wert“ zum Zweck haben (BayObLG DNotZ 1998, 495, 496 f.; Palandt/Diederichsen, BGB, 64. Aufl. 2005, § 1822 Rn. 9). Von einem Betrieb eines Erwerbsgeschäfts, das hier zur Anwendung des § 1822 Nr. 3 BGB führt, sollte im **vorliegenden Sachverhalt** deshalb vorsichtshalber ausgegangen werden.

4. Gesellschaftskündigung als Verfügung über Gesamthandsbeteiligung an Immobilien

Nach §§ 1643 Abs. 1, **1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB** bedürfen Eltern der familiengerichtlichen Genehmigung zu Verfügungen über ein im Eigentum des Minderjährigen stehendes Grundstück. Die Genehmigungspflicht besteht dabei unabhängig vom Umfang und Form der Beteiligung und ist damit nicht nur erforderlich, wenn dem Minderjährigen das Grundstück allein gehört, sondern auch für bloße Beteiligungen in Form von Miteigentum oder Gesamthandseigentum, schließlich auch bei selbstständigen Verfügungen über den Miteigentums- oder **Gesamthandsanteil** (Palandt/Diederichsen, § 1821 Rn. 13; Soergel/Zimmermann, Vor § 1821 Rn. 7, § 1821 Rn. 3). Fraglich ist, ob auch eine **Kündigung** der Gesamthandsbeteiligung mit anschließender Anwachsung derselben bei den übrigen Gesamthändern unter den **Verfügungsbegriff** i. S. v. § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB zu subsumieren ist.

Der Verfügungsbegriff in § 1821 Abs. 1 Nr. 1-4 BGB ist nicht der besondere des § 1812 BGB, sondern der **allgemeine Verfügungsbegriff des BGB** (Erman/Holzhauser, § 1821 Rn. 7; Palandt/Diederichsen, § 1821 Rn. 15).

Geht man daher von diesen allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts aus, so ist zunächst festzuhalten, dass unter Verfügungsgeschäften solche Rechtsgeschäfte zu verstehen sind, die darauf gerichtet sind, unmittelbar auf ein bestehendes Recht einzuwirken, um es inhaltlich zu verändern, zu übertragen, zu belasten oder aufzuheben (Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. 2004, § 23 Rn. 35; Flume, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Bd. II, 4. Aufl. 1992, § 11 Va).

Nach dieser Maßgabe kann die Anwachsung selbst keine Verfügung über das Recht bzw. Rechtsverhältnis der Gesellschaftsbeteiligung sein, weil eine Anwachsung bloße Rechtsfolge eines anderen rechtlichen Vorgangs – hier der Kündigung – wäre. Aber die **Kündigung als Gestaltungsrecht** (vgl. statt aller Palandt/Heinrichs, Überblick vor § 104 Rn. 17) könnte selbst eine solche Verfügung darstellen.

Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch wird der Begriff der „Verfügung“ jedenfalls in einem sehr viel weiteren Sinne gebraucht. Eine Verfügung ist danach gleichbedeutend mit Anordnungen jedweden Inhalts, mit dem Begriff werden sogar bloße Tathandlungen erfasst, die auf einen Gegenstand bezogen sind (Flume, § 11 Va). Begreift man die Kündigung daher als Gestaltungsrecht, so wäre deshalb zu bedenken, dass die Ausübung eines Gestaltungsrechts zwar keine Verfügung über das Gestaltungsrecht selbst ist, jedoch über das Rechtsverhältnis, auf das durch das Gestaltungsrecht eingewirkt wird (Larenz/Wolf, § 23 Rn. 37).

Vor diesem Hintergrund spricht viel dafür, auch in der **Kündigung einer Gesamthandsbeteiligung eine Verfügung** über das in diesem gesamthänderischen Eigentum anteilig stehende Grundstück selbst zu erblicken; dies würde sich im Übrigen mit der von uns oben vertretenen Auffassung zur Auslegung des Genehmigungstatbestandes beim Ausscheiden aus einer Gesellschaft nach § 1822 Nr. 3 BGB decken. Bei § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB kann man letztlich vor dem Hintergrund des Minderjährigenschutzes und der hiermit wesentlich zusammenhängenden Frage des „Ob“ eines Rechtsgeschäfts für und gegen den Minderjährigen zu keinem anderen Ergebnis kommen.

Auch den Tatbestand des **§ 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB** hielten wir im vorliegenden Falle daher für **einschlägig**.

5. Kündigung durch GbR mit minderjährigen Gesellschaftern – „doppelte Gesamthand“

Problematisch ist nun aber, dass die Maßnahme der Kündigung der Gesellschaftsbeteiligung **nicht unmittelbar den Minderjährigen selbst** betrifft, sondern eine **GbR**, in der der Minderjährige lediglich als Gesellschafter beteiligt ist. Nur diese aber ist Gesellschafterin – wiederum – der KG. Die Genehmigungstatbestände der §§ 1821 f. BGB greifen aber nur dann ein, wenn sich der Geschäftsgegenstand gerade auf das Vermögen des Minderjährigen bezieht. Bei Verfügungen ist Voraussetzung, dass der **Verfügungsgegenstand dem Vermögen des Minderjährigen** angehört. Was die Aufgabe einer Gesellschaftsbeteiligung angeht, ist Voraussetzung, dass diese ebenfalls eine solche des Minderjährigen ist. Auch hierfür genügt freilich eine Bruchteils- oder Gesamthandsbeteiligung des Minderjährigen (MünchKomm-Wagenitz, BGB, 4. Aufl., § 1821 Rn. 7; Soergel/Zimmermann, Vor § 1821 Rn. 7; Palandt/Diederichsen, § 1821 Rn. 7). Wir dürfen zu dieser Problematik zunächst auf das im DNotI-Report 2004, 29 ff. veröffentlichte Gutachten verweisen, das eine parallel gelagerte Problematik betrifft.

Dem genannten Gutachten können Sie entnehmen, dass es nach der Ansicht von Rechtsprechung und Literatur an einem Bezug zum Vermögen des Minderjährigen nicht nur fehlt, wenn es um das Vermögen einer juristischen Person geht, sondern das Rechtsgeschäft auch das Vermögen einer Personenhandelsgesellschaft (OHG und KG) betrifft, an welcher der Minderjährige beteiligt ist. Was die **Beteiligung eines Minderjährigen an einer GbR** betrifft, ist die **Rechtslage umstritten**. Aus Gründen des Minderjährigenschutzes spricht nach der wohl überwiegenden Auffassung in der Literatur, die auch der vom OLG Hamburg bereits im Jahre 1957 (FamRZ 1958, 333, 334) vertretenen Ansicht entspricht, einiges dafür,

dass eine Verfügung über das Vermögen einer GbR, an welcher ein Minderjähriger beteiligt ist, (nur) dann nicht dem Genehmigungstatbestand des § 1821 BGB unterfällt, wenn bereits die Gründung der Gesellschaft unter Beteiligung des Minderjährigen bzw. nur dessen späterer Beitritt familien- bzw. vormundschaftsgerichtlich genehmigt wurde. Dasselbe dürfte dann auch für die Aufgabe eines Erwerbsgeschäfts bzw. einer Beteiligung an einem Erwerbsgeschäft gelten, die einer GbR zusteht, an der wiederum der Minderjährige gesamthänderisch beteiligt ist. Ob die Familien-GbR, die hier den in Rede stehenden KG-Anteil hält, bereits gerichtlich genehmigt ist, teilen Sie jedoch nicht mit. Insofern gehen wir davon aus, dass eine Genehmigungspflicht nach §§ 1821 Abs. 1 Nr. 1, 1822 Nr. 3 BGB hier auch dann besteht, wenn und weil der Minderjährige lediglich Gesellschafter einer GbR ist.

Dies dürfte jedenfalls für die **Kündigung der KG-Beteiligung nach § 1822 Nr. 3 BGB** gelten.

Ob demgegenüber auch für das Grundstück, das sich ja nicht im Gesamthandsvermögen der GbR befindet, an der der Minderjährige beteiligt ist, sondern im Gesamthandsvermögen der KG, an der die Familien-GbR lediglich einen Anteil hält, **eine Genehmigungspflicht gem. § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB besteht**, ist demgegenüber zweifelhaft. Die Problematik der „**doppelten Gesamthandsbeteiligung**“ wird nach unseren Erkenntnissen weder in der Rechtsprechung noch im Schrifttum erörtert. Die Rechtslage ist daher unsicher. Wir neigen dazu, dies trotz des hochrangigen Gedankens des Minderjährigenschutzes eher zu verneinen, weil durch eine solche Mediatisierung wohl die Wortlautgrenze des § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB überschritten sein dürfte – im Interesse der Rechtssicherheit kommt es aber bei der Auslegung der §§ 1821 f. BGB auf die jeweilige formale tatbestandsmäßige Wortbedeutung an; die Enumeration hat nur dann einen Sinn, wenn die Ausdehnung des Kreises genehmigungsbedürftiger Geschäfte nach den Umständen des Einzelfalles und durch Analogie ausgeschlossen ist (vgl. statt aller Palandt/Diederichsen, § 1821 Rn. 6 mit Nachweisen zur Rechtsprechung des BGH). Die Genehmigungsbedürftigkeit stellt eine auch vor dem Hintergrund des Art. 6 Abs. 1 GG zu würdigende Beschränkung der Vertretungsmacht dar.

Wir neigen daher dazu, im vorliegenden Fall die **Einschlägigkeit von § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB zu verneinen**.

Auch was § 1822 Nr. 3 BGB angeht, könnten unter Umständen noch Zweifel angebracht sein. Denn die GbR als solche hält allein die gesamte Beteiligung, deren Aufgabe zu § 1822 Nr. 3 BGB – und sei es auch durch gemeinschaftliche Kündigung – führen würde. Wird demgegenüber nur ein **Teil einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung veräußert**, so hat die Rechtsprechung dies nicht als eine genehmigungsbedürftige Veräußerung eines Teils eines Erwerbsgeschäfts selbst angesehen (BGH DB 1968, 923). Freilich wird man aus dieser Erkenntnis vorliegend keine vertieften Schlüsse ziehen können, da jedenfalls insgesamt der KG-Anteil aufgegeben wird – unter Beteiligung des Minderjährigen – und auch die vorgenannte Rechtsprechung und Literatur kritisiert wird (s. etwa Soergel/Zimmermann, § 1822 Rn. 20). Auch wäre hier u. E. die Wortlautgrenze des § 1822 Nr. 3 BGB nicht überschritten, da der Minderjährige eben seine Beteiligung an der KG aufgibt, wenngleich mit den anderen Gesellschaftern zusammen. Anders als das im Gesamthandsvermögen der KG befindliche Grundstück **befindet sich die KG-Beteiligung selbst ja unmittelbar im Gesamthandsvermögen der GbR**, an der der Minderjährige beteiligt ist.

6. Ergebnis

Als **Ergebnis** ist daher nach unserer Einschätzung festzustellen, dass die Kündigung der Kommanditgesellschaft der familiengerichtlichen Genehmigung zwar nicht nach §§ 1643 Abs. 1, 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB, wohl aber mit einiger Wahrscheinlichkeit nach §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 BGB bedarf.