

Caspar Behme*

Aus dem Spannungsfeld von Erb- und Gesellschaftsrecht – LG Krefeld, Urteil vom 30.06.2006, Az: 5 O 51/06

Abstract

Das hier zu besprechende nicht rechtskräftige Urteil des LG Krefeld weist mehrere ausbildungs- und praxisrelevante Probleme auf: Zum einen geht es um die Frage, ob der Gesellschaftsvertrag einer GmbH & Co KG trotz Vorliegens einer qualifizierten Schriftformklausel durch Änderung des Handelsregisters geändert werden kann. Dabei ist die unterschiedliche Bewertung der Bindungswirkung qualifizierter Schriftformklauseln durch die neuere Rechtsprechung des *Bundesarbeitsgerichts* (BAG NJW 2003, 3725 ff.) und die ältere, im Schrifttum heftig kritisierte Rechtsprechung des *Bundesgerichtshofs* (BGHZ 66, 378) miteinander zu vergleichen und gegeneinander abzuwägen. Weiter ist zu prüfen, ob im konkreten Fall ausnahmsweise die Erstreckung der Testamentsvollstreckung auf eine ggf. vererbte Komplementärstellung des Erblassers vor dem Hintergrund der gesetzlichen Interessenbewertung möglich ist. Daneben stellt sich die Frage nach dem Maßstab der Andeutungstheorie bei der ergänzenden Testamentsauslegung.

* Der Verfasser, Chefredakteur der StudZR, studiert im sechsten Semester Rechtswissenschaft an der Universität Frankfurt und ist Hilfskraft am Lehrstuhl von Prof. Dr. Dr. h. c. Theodor Baums, Institute for Law and Finance.

I. Sachverhalt¹

Die Klägerin ist aufgrund des Testaments vom 26.01.1998 alleinige Erbin ihres am 08.10.2004 verstorbenen Vaters geworden. Es wurde Testamentsvollstreckung bis zur Vollendung des 28. Lebensjahres der Klägerin angeordnet. Der Erblasser war zu 99,7 % Mehrheitsgesellschafter der xy GmbH & Co KG. Zwischen den Parteien ist streitig, ob die Klägerin als Erbin ihres verstorbenen Vaters in eigener Person das Stimmrecht in der xy GmbH & Co KG ausüben darf oder ob dies dem Beklagten als Testamentsvollstrecker zusteht.

Der Erblasser gründete mit Gesellschaftsvertrag vom 04.02.1985 als Kommanditist zusammen mit der xy Verwaltungs-GmbH, deren alleiniger Gesellschafter er bis zu seinem Tod war, die Gesellschaft. Gemäß § 3 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags ist allein diese GmbH persönlich haftende Gesellschafterin. § 22 2. lautet wie folgt:

„Ergänzungen und Änderungen dieses Vertrages bedürfen der Schriftform. Kein Gesellschafter kann sich auf eine vom Vertrag abweichende tatsächliche Übung berufen, solange die Abweichung nicht schriftlich fixiert ist.“

In der Folgezeit wurden in das Handelsregister verschiedene Änderungen der Gesellschaftsverhältnisse eingetragen, unter anderem die Aufnahme weiterer Kommanditisten und die Erhöhung von Einlagen. Am 04.01.2001 wurde in das Handelsregister eingetragen, dass der Erblasser als Kommanditist aus der Gesellschaft ausgeschieden und seitdem Komplementär der Gesellschaft ist. Bei keiner dieser Änderungen wurde der Gesellschaftsvertrag vom 04.02.1985 neugefasst oder ergänzt.

Seit Beginn der Testamentsvollstreckung kam es zwischen den Parteien zu Divergenzen. Mit ihrer Klage beantragt die Klägerin, festzustellen, dass der Beklagte nicht berechtigt ist, in der xy GmbH & Co KG für den Gesellschaftsanteil der Klägerin das Stimmrecht bei der Wahl eines Abschlussprüfers auszuüben.

II. Die rechtlichen Probleme des Falles

Hinter dem vordergründigen Streitgegenstand, wer zur Entscheidung über die Auswahl und die Berufung des Prüfers für eine gem. §§ 316, 264 a ff. HGB nur fakultative Prüfung des Jahresabschlusses befugt ist, verbirgt sich ganz generell die Frage, wer in der xy GmbH und Co KG die mit den vererbten Gesellschaftsanteilen verbundenen Machtbefugnisse wahrnehmen darf und damit für das Schicksal der Gesellschaft die Verantwortung trägt: die Erbin oder der Testamentsvollstrecker. Dies hängt maß-

¹ Das Urteil ist in die Rechtsprechungsdatenbank NRW eingestellt und wurde vom Verfasser zuletzt am 9. März 2007 unter http://www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/krefeld/lg_krefeld/j2006/5_O_51_06urteil20060630.html aufgerufen. Eine ausführlichere Darstellung des Sachverhalts findet sich dort.

geblich davon ab, ob der Erblasser – und damit auch die Klägerin – Komplementär oder Kommanditist der Gesellschaft war.

1. Testamentsvollstreckung bei der GmbH und Co KG

Hinsichtlich der Testamentsvollstreckung bei Personengesellschaften gilt im Grundsatz, dass jedenfalls die uneingeschränkte Verwaltung des Anteils eines persönlich haftenden Gesellschafters unzulässig ist. Dies ist dadurch begründet, dass der Testamentsvollstrecker den Erben nur im Rahmen des Nachlassvermögens verpflichten kann, während die Haftung des persönlich haftenden Gesellschafters notwendigerweise unbeschränkt ist, also über den Nachlass hinausgeht.² Zwar weicht die Rechtsprechung in bestimmten Konstellationen davon ab; dem Grundsatz nach gilt aber: Wäre der Erblasser Komplementär der xy GmbH und Co KG gewesen, wäre eine Wahrnehmung von Gesellschafterbefugnissen durch den Testamentsvollstrecker ausgeschlossen.

Das Argument, dass der Erbe durch Handlungen des Testamentsvollstreckers nicht unbeschränkt persönlich verpflichtet werden darf, greift naturgemäß nicht, wenn die vererbte Stellung die eines Kommanditisten ist, der gem. § 171 I HGB nur mit seiner Einlage haftet (und gem. § 164 HGB ohnehin grundsätzlich von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist). Der BGH hält daher die Erstreckung der Testamentsvollstreckung auf einen vererbten Kommanditanteil für möglich (solange dies nicht ausnahmsweise doch zu einer persönlichen Haftung führen kann)³ und kommt so den Bedürfnissen der Praxis⁴ entgegen. Somit wäre in casu der Testamentsvollstrecker zur Wahrnehmung der Stimmrechte der Erbin befugt, wenn diese einen Kommanditanteil geerbt hätte.

2. Die Bindungswirkung qualifizierter Schriftformklauseln

Ob der Erblasser Komplementär oder Kommanditist war, hängt davon ab, welche rechtliche Bedeutung man § 22 2. des Gesellschaftsvertrags zumisst. Grundsätzlich ist die Abweichung von einer Schriftformklausel auch ohne Einhaltung der Schriftform möglich. Daher werden in der Praxis häufig vertragliche Klauseln vereinbart, die eine Abweichung vom Schriftlichkeitserfordernis ihrerseits nur durch eine schriftliche Fixierung gestatten – sogenannte „qualifizierte“ oder „doppelte“ Schriftformklauseln. Der Sinn und Zweck derartiger Klauseln liegt darin, sicher zu stellen, dass das Schriftlichkeitserfordernis nicht entwertet wird und die damit verfolgten

2 BGHZ 108, 187 (195).

3 BGHZ 108, 187 (195 ff.); dazu Mayer, Testamentsvollstreckung am Kommanditanteil, ZIP 1990, S. 976 (978); Ulmer, Testamentsvollstreckung am Kommanditanteil – Voraussetzungen und Rechtsfolgen, NJW 1990, S. 73.

4 Vgl. Bommert, Neue Entwicklungen zur Frage der Testamentsvollstreckung in Personengesellschaften, BB 1984, S. 178; Esch, Zur Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung an Kommanditbeteiligungen, NJW 1981, S. 2222 (2226); siehe auch Rowedder, Die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung bei Kommanditbeteiligungen, in: Goerdeler-FS, 1987, S. 445 (446 f.).

Ziele auch erreicht werden: Schriftformklauseln haben zum einen Beweisfunktion; es soll Klarheit über den Wortlaut der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen bestehen. Daneben zielen sie auf Übereilungsschutz ab; die Parteien sollen vor unüberlegten Vertragsänderungen geschützt werden und sich durch die Einhaltung der Schriftform der rechtlichen Tragweite ihres Handels bewusst werden.⁵ Sie sind jedoch vor dem Hintergrund der Privatautonomie nicht unproblematisch, da sie die zukünftige Vertragsfreiheit der Parteien insoweit beschränken, als ihnen die Möglichkeit formloser mündlicher Vertragsänderungen genommen wird.

Die Rechtsprechung des *BGH* in *BGHZ* 66, 378 erkennt qualifizierte Schriftformklauseln *unter Kaufleuten* als bindend an.⁶ Geht man vorliegend davon aus, dass § 222. des Gesellschaftsvertrags eine solche qualifizierte Schriftformklausel darstellt, läuft er unter Zugrundelegung dieser Rechtsprechung ins Leere: Mangels Kaufmannseigenschaft der Gesellschafter⁷ hätte die Klausel keine Bindungswirkung, d. h. die vertraglich statuierte Kommanditistenstellung des Erblassers hätte auch ohne schriftliche Änderung des Gesellschaftsvertrags, wie in der xy GmbH und Co KG üblich, durch die bloße Änderung des Handelsregisters in eine Komplementärstellung umgewandelt werden können.

Etwas anderes gilt, wenn man den Fall vor dem Hintergrund der neueren Rechtsprechung des *BAG* (*NJW* 2003, 3725 ff.) beurteilt: Das *BAG* erkennt qualifizierte Schriftformklauseln in Verträgen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer und damit zwischen Nichtkaufleuten an mit der Folge, dass die Umwandlung der Stellung des Erblassers in die eines Komplementärs nicht wirksam erfolgt wäre.

3. Die Publizitätspflicht bei der GmbH und Co KG

Am Rande berührt der Fall auch bilanzrechtliche Fragen. Nachdem die Bundesrepublik Deutschland wegen der Nichtumsetzung der Kapitalgesellschaft und Co-Richtlinie⁸ in einem Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH unterlegen

5 Zur Schutzfunktion von Formvorschriften ausführlich *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage (2004), § 27 Rn. 3 ff.; *Köhler*, BGB Allgemeiner Teil, 30. Auflage (2006), § 12 Rn. 3; *Kötz*, Zu der Frage, ob die Vertragsparteien eine Schriftformklausel später durch formlose Vereinbarung aufheben können, *JZ* 1967, S. 288 (288 f.); *Medicus* (Fn. 15), Rn. 612 ff.

6 Die in *BGHZ* 66, 378 umstrittene Klausel lautet: „Jede Änderung oder Ergänzung dieses Vertrages oder eine Vereinbarung über dessen Aufhebung bedarf, um Gültigkeit zu erlangen, der Schriftform. Auf das Formerfordernis kann nur durch eine schriftliche Erklärung verzichtet werden.“

7 Jedenfalls Kommanditisten sind nach ganz hM keine Kaufleute: *BGHZ* 45, 285; *BGH NJW* 1982, 570; *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch, 32. Auflage 2006, § 161 Rn. 5; aA *Ballerstedt*, Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff des Rechts der Personengesellschaften, *JuS* 1963, S. 253 (259). Komplementäre werden überwiegend noch als Kaufleute angesehen: *BGHZ* 34, 296; 45, 284; *BGH BB* 1968, 1053; differenzierend *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch, § 105 Rn. 19 m. w. N.

8 Richtlinie 90/605/EWG des Rates vom 8. November 1990 zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG über den Jahresabschluss bzw. den konsolidierten Abschluss hinsichtlich ihres Anwendungsbereichs, ABl. EG Nr. L 317 S. 60.

war⁹, wurden durch das am 9. 3. 2000 in Kraft getretene KapCoRiLiG¹⁰ die §§ 264 a – 264 c in das HGB eingefügt. § 264 a HGB trägt dem Umstand Rechnung, dass die GmbH und Co KG zwar als solche eine Personengesellschaft ist, aber jedenfalls dann mit einer Kapitalgesellschaft vergleichbar ist, wenn den Gesellschaftsgläubigern keine natürliche Person als Komplementär mit ihrem Privatvermögen haftet.¹¹ Dementsprechend wird sie dann den Kapitalgesellschaften insbesondere hinsichtlich der Offenlegungspflicht gem. § 325 HGB gleichgestellt. Mit der Eintragung des Erblassers als Komplementär in das Handelsregister wollten die Gesellschafter der xy GmbH und Co KG diese Publizitätspflicht umgehen. Fraglich ist, ob diese Möglichkeit auch dann besteht, wenn die Änderung des Handelsregisters nicht mit einer Änderung des Gesellschaftsvertrags einhergeht.

4. Die Andeutungstheorie bei der ergänzenden Testamentsauslegung

Geht man im vorliegenden Fall von einer Komplementärstellung des Erblassers aus, so ist zu fragen, ob sich durch Auslegung seines Testaments nicht ergibt, dass der Erblasser die Klägerin verpflichten wollte, dem Testamentsvollstrecker eine Vollmacht zur Ausübung von Stimmrechten zu erteilen (Vollmachtlösung) oder eine treuhänderische Übertragung des Geschäfts auf ihn vorzunehmen (Treuhandslösung).¹² Maßgeblich für die Auslegung ist der Erblasserwille; bei der Auslegung können daher auch Umstände außerhalb der Testamentsurkunde als Erkenntnishilfe herangezogen werden.¹³ Dabei ist zu beachten, dass die überwiegende Auffassung verlangt, das Testament müsse wenigstens einen (ggf. versteckten oder unvollkommenen) Anhaltspunkt für den aus Umständen außerhalb der Urkunde ermittelten Erblasserwillen enthalten (sog. Andeutungstheorie).¹⁴ Problematisch ist im Einzelfall, welche Anforderungen an die Andeutung zu stellen sind und welche Besonderheiten bei der ergänzenden Testamentsauslegung zu berücksichtigen sind.

9 *EuGH* BB 1999, S. 1485 ff.

10 BGBl. 2000 I, S. 154; dazu *Luttermann*, Das Kapitalgesellschaften- und-Co.-Richtlinie-Gesetz, ZIP 2000, S. 517 ff.

11 Vgl. *Beater*, in: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, §§ 264 a – 264 c Rn. 2.

12 Zu diesen Möglichkeiten vgl. *Mayer*, in: Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 3. Auflage (2001), Kap. 5 Rn. 145; *Haeege/Winkler*, Der Testamentsvollstrecker nach bürgerlichem, Handels- und Steuerrecht, 17. Auflage (2005), Rn. 360.

13 BayObLGZ 1981, 79 (81); *Johannsen*, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf dem Gebiete des Erbrechts – 7. Teil: Das Testament, 3. Abschnitt: Die Auslegung, WM 1972, S. 62 (64); MüKo/Leipold, § 2084 Rn. 28; *Wolf/Gangel*, Der nicht formgerecht erklärte Erblasserwille und die Auslegungsfähigkeit eindeutiger testamentarischer Verfügungen, JuS 1983, S. 663 (666).

14 H. M., vgl. RGZ 134, 272 (280); BGHZ 86, 41 (47); *Ebenroth*, Erbrecht, 1992, Rn. 399; *Leipold*, Wille, Erklärung und Form – insbesondere bei der Auslegung von Testamenten, in: FS Müller-Freienfels, 1986, S. 421 ff.; *Michalski*, BGB-Erbrecht, 2. Auflage (2001), Rn. 341; *Paalandt/Edenhofer*, § 2084 Rn. 4.

III. Die Erwägungen des LG Krefeld

Das *Landgericht Krefeld* kommt nach kurzer Bejahung der Zulässigkeit der Klage und des gem. § 256 ZPO erforderlichen Feststellungsinteresses zu dem Ergebnis, dass der Erblasser in der xy GmbH und Co KG die Stellung eines Komplementärs innegehabt habe und der Beklagte als Testamentsvollstrecker daher nicht zur Ausübung des Stimmrechts bei der Wahl des Abschlussprüfers berechtigt sei.

Zunächst prüft das Gericht, ob der Gesellschaftsvertrag im Januar 2001 dahingehend geändert wurde, dass der Erblasser die Stellung eines Komplementärs übernahm. Dahinstehen könne, ob die Schriftform bereits durch die Unterschrift der Gesellschafter unter die Handelsregisteranmeldung eingehalten worden sei, wofür nach Ansicht des Gerichts „einiges“ spreche. Sodann bejaht das Landgericht die Eingangsfrage mit der Begründung, der Vertrag sei zwar „nicht ausdrücklich schriftlich geändert worden“; Schriftformklauseln hätten aber wegen der Notwendigkeit einer ständigen Anpassung der Gesellschaft an die sich ändernden wirtschaftlichen Verhältnisse nur deklaratorische Wirkung¹⁵ und stellten keine Wirksamkeitsvoraussetzung im Sinne des § 125 S. 2 BGB dar. Sodann schließt sich das LG der oben dargestellten Rechtsprechung des *BGH* in *BGHZ* 66, 378 an. In einem kurzen Vergleich mit dem vom *BAG* entschiedenen Fall kommt es schließlich zu dem Schluss, der Fall sei mit dem dort entschiedenen nicht vergleichbar:

„§ 22 2. des Gesellschaftsvertrags regelt nicht, dass die Schriftformklausel nur schriftlich aufgehoben werden kann, sondern ist allgemeiner gehalten und bezieht sich auf Änderungen des Vertrags durch betriebliche Übung. Die Klausel ist so zu verstehen, dass eine vom Vertrag abweichende, dauerhafte Übung der Gesellschafter nur dann wirksam ist, wenn sie schriftlich fixiert ist. Sie verbietet jedoch nicht, dass einzelne Veränderungen, wie der Wechsel eines Kommanditisten in die Stellung des Komplementärs, nicht auch ohne Beachtung der Schriftformklausel geschlossen werden können. Zum anderen hatte das *BAG* darüber zu entscheiden, ob eine betriebliche Übung zustande gekommen ist. Dabei sind andere Grundsätze anzusetzen als bei einem auf längere Zeit ausgerichteten Gesellschaftsvertrag, bei dem sich die Gesellschaft sich ständig ändernden wirtschaftlichen Verhältnissen anpassen muss.“

Weiter legt das Gericht dar, die Gesellschafter hätten den erforderlichen Willen zur Änderung des Gesellschaftsvertrags gehabt: Nur durch den Wechsel des Erblassers in die Stellung eines Komplementärs hätten sie der Publizitätspflicht entgehen können; eine nur nach außen existierende Komplementärstellung sei vom Gesetz nicht vorgesehen. Vielmehr komme der Rechtsgedanke des § 117 BGB zum Tragen, wonach eine nur zum Schein abgegebene Willenserklärung nicht nichtig ist, wenn der erstrebte Erfolg gerade die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts voraussetzt: Nur durch die Schaffung einer persönlich haftenden natürlichen Person habe die Umgehung der Publizitätspflicht erreicht werden können.

¹⁵ Dabei verweist das LG auf *BGHZ* 49, 364.

Aus der Prämisse, der Gesellschaftsvertrag sei wirksam geändert worden, zieht das LG dann die Konsequenz, dass der Testamentsvollstrecker keine Stimmrechte ausüben dürfe. Maßgeblich sei allein der rechtliche Umstand, dass die Klägerin als Erbin dann für die Handlungen des Beklagten persönlich und uneingeschränkt, also nicht nur mit der Erbmasse, hafte.

Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus einer Auslegung des Testaments: Eine einfache Testamentsauslegung komme wegen des eindeutigen Wortsinns des Testaments nicht in Betracht. Im Rahmen der ergänzenden Testamentsauslegung geht das LG davon aus, dass sich für eine Verpflichtung der Erbin, dem Testamentsvollstrecker das Recht zur Wahrnehmung der Stimmrechte einzuräumen, weder aus dem Testament noch aus den äußeren Umständen ein hinreichender Anhalt ergebe. Selbst wenn der Erblasser habe verhindern wollen, dass die Klägerin vor der Vollendung des 28. Lebensjahres die Verantwortung für das Unternehmen übernimmt, spreche dies nicht notwendig für die Vollmachts- oder Treuhandslösung: Es sei ebenso gut denkbar, dass er in diesem Falle die Einrichtung eines Beirats entsprechend § 10 des Gesellschaftsvertrags gewählt hätte, um die Geschäftsführung zu überwachen und zu überprüfen.

IV. Stellungnahme

1. Zur Änderung des Gesellschaftsvertrags

a) Wahrung der Schriftform?

Die vom LG aufgeworfene Frage, ob die Schriftform bereits durch die Beantragung einer Änderung des Handelsregisters in notariell beglaubigter Form gewahrt wurde, bleibt unbeantwortet: Zwar wird angedeutet, dass „einiges“ dafür spreche; eine Begründung dieser These bleibt jedoch aus. Dabei spricht im Gegenteil vieles gegen eine solche Rechtsauffassung. Zunächst widerspricht es der Lebenserfahrung, dass die Änderung des Gesellschaftsvertrags erst beim Notartermin erfolgen sollte; die erforderliche Einigung findet in der Regel bereits im Vorfeld statt, sodass durch den Notar nur die Anmeldung zum Handelsregister beglaubigt wird.

Wenn man aber eine Einigung vor dem Notar unterstellt, wären dort zwei völlig unterschiedliche Willenserklärungen abgegeben worden: eine materiellrechtliche zur Änderung des Gesellschaftsvertrags einerseits und eine verfahrensrechtliche Anmeldung beim Amtsgericht als Registergericht andererseits. Notariell beglaubigt wurde jedoch nur die zweite Erklärung. Die materiellrechtliche Änderung des Gesellschaftsvertrags ist von der beglaubigten Erklärung gegenüber dem Amtsgericht nicht erfasst, die Form wurde insoweit also nicht gewahrt.

Schließlich sind auch die Adressaten der Erklärungen nicht identisch: Die materiellrechtliche Erklärung der Änderung des Gesellschaftsvertrags richtet sich an die Mitgesellschafter der xy GmbH und Co KG, während die Anmeldung allein an das Registergericht adressiert ist. Die für eine Änderung des Gesellschaftsvertrags erforderliche Schriftform wurde somit nicht eingehalten.

b) Rechtsfolge des Formverstößes

Rechtsfolge eines Verstoßes gegen die durch Rechtsgeschäft vereinbarte Form ist gem. § 125 S. 2 BGB im Zweifel die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts. Die Anwendung dieser Auslegungsregel durch das LG überzeugt nicht. Einer Auseinandersetzung mit der Auffassung des *BGH*, die Schriftformklausel in einem Gesellschaftsvertrag stelle in der Regel keine Wirksamkeitsvoraussetzung i. S. d. § 125 S. 2 BGB dar, bedarf es in diesem Kontext nicht. Die Ausführungen des Landgerichts Krefeld hierzu stellen zwar eine korrekte, größtenteils wörtliche Wiedergabe der Ausführungen des *BGH*¹⁶ dar, lassen aber einen konkreten Fallbezug vermissen: § 22.2 enthält gerade *keine* normale Schriftformklausel, der nach der Rechtsprechung nur Klarstellungsfunktion zukommt; vielmehr lässt die Formulierung, dass sich kein Gesellschafter auf eine vom Vertrag abweichende Übung berufen kann, solange diese nicht schriftlich fixiert ist, darauf schließen, dass die Parteien auf das Schriftlichkeitserfordernis besonderen Wert gelegt haben und es auch gegenüber einem abweichenden Verhalten über einen längeren Zeitraum, d. h. einer Aufhebung der Schriftformklausel durch konkludente Willenserklärungen, absichern wollten. Es handelt sich mithin ebenso um eine Qualifizierung der Schriftformklausel wie in den vom *BGH* und dem *BAG* entschiedenen Fällen, in denen durch die jeweilige vertragliche Regelung eine Aufhebung der Schriftformklausel durch mündliche Vereinbarung ausgeschlossen wurde; die Unterschiede im Wortlaut der den Urteilen zugrunde liegenden Klauseln können dabei keine Rolle spielen.

Die Behandlung qualifizierter Schriftformklauseln ist umstritten (s. o.). Die Frage, welchem der oben dargestellten höchstrichterlichen Lösungswege zu folgen ist, berührt den Kernbereich der Privatautonomie. Das LG stellt – wiederum dem *BGH*¹⁷ folgend – unter Verweis auf die Vorschrift des § 350 HGB fest, das Gesetz billige Kaufleuten in stärkerem Maße Formfreiheit zu als Nichtkaufleuten; diese könnten sich wegen des Grundsatzes der Vertragsfreiheit auch einer größeren freiwilligen Bindung unterwerfen. Vor dem Hintergrund dieser für sich genommen einleuchtenden Argumentation überrascht es, wenn zwei Sätze später ebenfalls unter Verweis auf die Vertragsfreiheit Nichtkaufleuten zugestanden wird, sich trotz Vorliegens einer qualifizierten Schriftformklausel auf mündliche Vereinbarungen zu berufen. Was also, so lautet die entscheidende Frage, entspricht der Vertragsfreiheit: die Geltung der vertraglich vereinbarten Klausel oder die Möglichkeit ihrer übereinstimmenden Missachtung durch die Vertragsparteien? Das Votum der Literatur fällt eindeutig aus: Die Beschränkung der Bindungswirkung qualifizierter Schriftformklauseln auf Verträge unter Kaufleuten durch die Rechtsprechung des *BGH* wird überwiegend abgelehnt.¹⁸

16 BGHZ 49, 364 (366).

17 BGHZ 66, 378 (382).

18 *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Auflage (2006), Rn. 641; Kritik an der Rspr. auch bei *Boergen*, Die Effektivität vertraglicher Schriftformklauseln, BB 1971, S. 202 (204); *Eisner*, Die Schriftformklausel in der Praxis, NJW 1969, S. 118 (120 f.); *Soergel/Hefermehl*, § 125 Rn. 20; krit. auch *Häsemeyer*, Die Bedeutung der Form im Privatrecht, JuS 1980, S. 1 (9) („missverständlich“), der aber eine „definitive Selbstbeschränkung der Vertragsfreiheit“

Für die Beschränkung dieses Grundsatzes auf Kaufleute lassen sich in der Tat keine plausiblen Argumente anführen; insbesondere ist der Verweis auf § 350 HGB sachlich verfehlt. § 350 HGB befreit Kaufleute von den gesetzlichen Schriftformerfordernissen des § 766 S. 1 und S. 2, des § 780 und des § 781 S. 1 und S. 2 BGB. Naheliegender wäre dann eine Analogie, nach der Kaufleute auch an vertraglich geregelte Schriftformklauseln nicht gebunden wären, während diese – ebenso wie die in § 350 HGB zitierten Vorschriften – von Privatleuten zu beachten wären. Dass der *BGH* anstelle der Analogie zu einem Umkehrschluss gelangt, verwundert sehr und wird auch nicht weiter begründet. Der Umkehrschluss muss richtigerweise zugunsten einer Erstrecht-Argumentation aufgegeben werden: Die Bindungswirkung qualifizierter Schriftformklauseln gilt demnach *erst recht* für Nichtkaufleute, zumal diese des Schutzes durch die Beweis- und Warnfunktion solcher Klauseln aufgrund ihrer Unerfahrenheit im Geschäftsverkehr auch viel eher bedürfen als Kaufleute.¹⁹ Die Vertragsfreiheit muss es also gestatten, Bindungen gegenüber seinem Vertragspartner einzugehen (natürlich nur solche, die sich in den Grenzen der §§ 134, 138 BGB halten) und eine qualifizierte Schriftformklausel zu vereinbaren. Auch die bedeutendsten Praktiker-Kommentare haben sich inzwischen dieser Auffassung angeschlossen.²⁰

Ausgehend von dieser Prämisse kommt der vom LG gestellten Frage nach der Vergleichbarkeit des vorliegenden Falles mit dem vom *BAG* entschiedenen Fall keine Bedeutung mehr zu. Aber auch inhaltlich überzeugen die oben zitierten Ausführungen des LG nicht: Zwar ist die Aussage, die Klausel sei so zu verstehen, eine vom Vertrag abweichende dauerhafte Übung der Gesellschafter sei nur wirksam, wenn sie schriftlich fixiert würde, so weit richtig. Dass es dann jedoch im nächsten Satz heißt, die Klausel verbiete nicht, „dass einzelne Veränderungen (...) nicht auch ohne Beachtung der Schriftformklausel geschlossen werden können“, ist unverständlich und in sich widersprüchlich. Leider unbegründet bleibt ferner die These, bei der Entscheidung, ob eine betriebliche Übung zustande gekommen ist, seien andere Grundsätze anzusetzen als bei einem Gesellschaftsvertrag. Das LG führt lediglich an, ein Gesellschaftsvertrag sei auf längere Zeit ausgerichtet und die Gesellschaft müsse sich den sich ständig ändernden wirtschaftlichen Verhältnissen anpassen. Unklar bleibt, welche wirtschaftlichen Verhältnisse gemeint sind und warum eine qualifizierte Schriftformklausel die notwendigen Anpassungen unmöglich machen soll: Vertragsänderungen bleiben ja bei Wahrung der Form möglich. Davon abgesehen trifft gerade das Argument des LG sowohl auf Gesellschaftsverträge als auch auf Arbeitsverträge zu: Letztere existieren oft ebenso lange wie Gesellschaftsverträge und bedürfen (etwa hinsichtlich der Festlegung des Gehalts) einer Anpassung an die wirtschaftlichen

nicht für möglich hält und damit verkennt, dass gerade die Möglichkeit einer solchen Selbstbeschränkung der Privatautonomie entspricht.

19 Zur Schutzfunktion von Formvorschriften ausführlich *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage (2004), § 27 Rn. 3 ff.; *Köhler*, BGB Allgemeiner Teil, 30. Auflage (2006), § 12 Rn. 3; *Medicus* (Fn. 15), Rn. 612 ff.

20 *MüKo/Einsle*, § 125 Rn. 66; *Palandt/Heinrichs*, § 125 Rn. 14; anders noch in der 62. Auflage *Palandt/Heinrichs*, § 125 Rn. 14.

Verhältnisse, was zeigt, dass die Fälle des *LG Krefeld* und des *BAG* sehr wohl miteinander vergleichbar sind.

2. Zur Umgehung der Publizitätspflicht

Konsequenz der bisherigen Ausführungen ist eine Diskrepanz von Gesellschaftsvertrag und Handelsregister, also das, was das *LG* als „nur nach außen existierende Komplementärstellung“ kennzeichnet und als unzulässig einstuft. Dass eine Umgehung der Publizitätspflicht nur durch eine Änderung des Gesellschaftsvertrags erreicht werden könne, scheint jedoch nur auf den ersten Blick plausibel. Die Publizitätspflicht tritt gem. § 264 a I HGB dann ein, wenn nicht mindestens eine natürliche Person voll haftet. Die persönliche Haftung einer natürlichen Person setzt jedoch nicht voraus, dass sie im Gesellschaftsvertrag als Komplementärin genannt ist. Vielmehr tritt bereits durch die Eintragung der Umwandlung der Kommanditistenstellung des Erblassers in die eines Komplementärs im Handelsregister eine Rechts-scheinhaftung²¹ genauso ein, wie wenn der Erblasser tatsächlich Komplementär geworden wäre; die Vornahme der Eintragung ins Handelsregister reicht zur Vermeidung der Publizitätspflicht somit aus.

3. Zur Auslegung des Testaments

Im Folgenden sei unterstellt, dass die Klägerin Komplementärin der xy GmbH und Co KG wäre und der Beklagte als Testamentsvollstrecker sie in dieser Eigenschaft nur eingeschränkt vertreten könnte. Mit dem *LG Krefeld* ist dann zu prüfen, ob sich aus einer Auslegung des Testaments ergibt, dass die Ausübung der Stimmrechte dem Testamentsvollstrecker dennoch gestattet sein soll. Als rechtliche Konstruktion dafür sind die Vollmachts- und die Treuhandslösung denkbar (s. o.).

Das *LG Krefeld* verneint diese Frage. Zutreffend stellt es fest, dass wegen des eindeutigen Wortlauts des Testaments nur eine ergänzende Auslegung des Testaments in Betracht kommt. Dabei wird mit der überwiegenden Ansicht in Rechtsprechung und Schrifttum die Andeutungstheorie angewendet. Manche halten es allerdings für sinnwidrig, einen Anhalt für das Ergebnis der ergänzenden Auslegung im Testament zu fordern, da es sich dann nicht mehr um ergänzende, sondern um erläuternde Auslegung handele; ferner sei die Andeutung eines irrealen Willens nicht möglich.²² Damit wird die Andeutungstheorie jedoch missverstanden. Auch die ergänzende Auslegung knüpft an das vom Erblasser im Testament erkennbar festgelegte Ziel und insoweit an einen *realen* Willen an. Ergänzend ist sie, soweit sie die vom Erblasser getroffenen Maßnahmen ändert und berichtigt. Es ist daher möglich und aus Gründen der Rechtssicherheit und zur Wahrung der erbrechtlichen Formvorschriften auch erfor-

21 *Brox*, Handels- und Wertpapierrecht, 18. Auflage (2005), Rn. 55, 85; ausführlich *Canaris*, Handelsrecht, 23. Auflage (2000), § 6.

22 *Brox*, Erbrecht, 21. Auflage (2004), Rn. 204.

derlich, für die *Willensrichtung* des Erblassers einen Anhalt im Testament zu fordern;²³ die Anwendung der Andeutungstheorie stößt somit nicht auf grundsätzliche Bedenken.

Die Art und Weise, wie das LG die Andeutungstheorie anwendet, vermag gleichwohl nicht zu überzeugen – sie wird wesentlich zu streng interpretiert. Denn letztlich fordert das LG eine Andeutung des juristischen Mittels, durch das dem Testamentsvollstrecker die Ausübung der Stimmrechte eingeräumt werden soll. Damit wird weit mehr gefordert als die Andeutung der bloßen Willensrichtung, nämlich die Andeutung einer konkreten Maßnahme, hinsichtlich derer ein Wille des Erblassers in der Tat nicht bestand. Die Konsequenzen einer solchen Interpretation der Andeutungstheorie für die Praxis wären verheerend. Ein mittelständischer Unternehmer wäre vor Errichtung eines Testaments stets gezwungen, einen Spezialisten des Erb- und Gesellschaftsrechts zu konsultieren. Bedenkt man, dass das Testament zu einem Zeitpunkt abgefasst wurde, in dem der Erblasser unstreitig noch Kommanditist der Gesellschaft war, würden jedoch selbst einem ausgewiesenen Spezialisten dieser Rechtsgebiete hellseherische Fähigkeiten abverlangt: Eine konkrete Andeutung etwa der Vollmachtslösung hätte vorausgesetzt, dass die Einführung einer Publizitätspflicht und der Versuch einer Vermeidung der Publizität vorausgesehen worden wären. Verlangt man dies ernsthaft, muss man wie das *LG Krefeld* den Erblasser mit seinem – ansonsten klar formulierten – Willen juristisch im Stich lassen; der Wertung des § 2084 BGB entspricht dies nicht.

Ohne die Konstruktion einer Vollmacht- oder Treuhandlösung stieße die Vererbung des Komplementäranteils einer KG auf unüberwindbare Hindernisse. Mit dem Ausschluss der Testamentsvollstreckung wäre der (typischerweise betroffene mittelständische) Unternehmer eines wichtigen erbrechtlichen Gestaltungsmittels beraubt und in seiner unternehmerischen Tätigkeit somit erheblich benachteiligt. Seine Testierfreiheit ist indes durch Art. 14 I GG verfassungsrechtlich verankert; sie umfasst auch die Möglichkeit, die Erbschaft durch ein Bündel rechtlicher Maßnahmen zu beschränken.²⁴ Soweit die Testamentsvollstreckung bei einem vererbten Komplementäranteil wie hier mit der rechtlich vor allem durch das Pflichtteilsrecht besonders abgesicherten privilegierten Stellung des erbenden Abkömmlings kollidiert, ist zu beachten, dass der Erbe jederzeit die Möglichkeit hat, das Erbe auszuschlagen. So entgeht er den „Belastungen“, die ihm durch die Vollmacht- und die Treuhandlösung bzw. durch die Testamentsvollstreckung ganz allgemein auferlegt werden, und kann auf sein Pflichtteilsrecht zurückgreifen.²⁵

23 Wie hier MüKo/Leipold, § 2084 Rn. 81; Staudinger/Otte, vor § 2064 Rn. 87; eine nicht überzeugende „gröbere“ Spielart der Andeutungstheorie vertritt das *OLG Hamm*, FamRZ 1976, S. 552; FamRZ 1987, S. 639 (641).

24 Etwa durch die Anordnung von Vermächtnissen, Bedingungen und Auflagen, die Aufspaltung der Erbenstellung in Vor- und Nacherbschaft oder eben durch die Bestellung eines Testamentsvollstreckers.

25 Vgl. Mayer, in: Bengel/Reimann (Fn. 12), Kap. 5 Rn. 145; Haegeler/Winkler (Fn. 12), Rn. 360; Staudinger/Baumann, § 2205 Rn. 97.

V. Schlussbemerkung

Das Urteil des Landgerichts Krefeld behandelt Fragen, die sowohl für die juristische Ausbildung als auch für die Praxis von grundsätzlicher Bedeutung sind. Insbesondere die Frage nach der Bindungswirkung qualifizierter Schriftformklauseln ist von höchster Aktualität; der Zustand, dass sich das *BAG* und der *BGH* widersprechen, wird sicher nicht von langer Dauer sein: Vielleicht wird schon der vorliegende Fall dem *BGH* Anlass geben, sich im Revisionsverfahren erneut mit der Frage zu beschäftigen und seine bisherige, zu Recht auf allgemeine Ablehnung stoßende Rechtsprechung zu überdenken.

In Anbetracht der praktischen Relevanz des Falles erstaunt und enttäuscht es umso mehr, mit welcher Appetitlosigkeit das Landgericht Krefeld sich der darin enthaltenen juristischen „Leckerbissen“ annimmt – es schlingt sie weitgehend rasch und unbedacht herunter. Nachlässige und unverständliche Formulierungen wie die von der „ausdrücklich schriftlichen Vertragsänderung“ paaren sich mit einer inhaltlich dürftigen Urteilsbegründung, die sich teilweise in bloßen Rechtsbehauptungen erschöpft – und das gerade an den Stellen, an denen eine ausführliche Argumentation besonders wünschenswert wäre. Somit überzeugt das Urteil des LG Krefeld weder im Ergebnis noch in der Begründung. Es ist damit zu rechnen, dass es der rechtlichen Überprüfung durch das Berufungsgericht nicht standhalten wird.