

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Band 249

Öffnungsklauseln in GmbH-Satzungen

Von

Benedikt Bangen



Duncker & Humblot · Berlin

BENEDIKT BANGEN

Öffnungsklauseln in GmbH-Satzungen

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Holger Fleischer, LL.M., Hamburg

Professor Dr. Jens Koch, Köln

Professor Dr. Hanno Merkt, LL.M., Freiburg

Professor Dr. Gerald Spindler †

Band 249

Öffnungsklauseln in GmbH-Satzungen

Von

Benedikt Bangen



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität zu Köln
hat diese Arbeit im Jahr 2024 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2025 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: TextFormA(r)t, Daniela Weiland, Göttingen
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 1614-7626

ISBN 978-3-428-19276-2 (Print)

ISBN 978-3-428-59276-0 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Für Franz Engel

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln im Wintersemester 2023/2024 als Dissertation angenommen. Sie ist während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln entstanden. Rechtsprechung und Literatur wurden bis einschließlich Juni 2024 berücksichtigt.

Herzlich möchte ich zuallererst meinem Doktorvater Prof. Dr. Martin Henssler für die hervorragende Betreuung des Dissertationsvorhabens und die umfassende Förderung während meiner lehrreichen Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter danken. Prof. Dr. Jens Koch danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens, eine lebhafte Diskussion während der Disputation und seine Unterstützung bei der Veröffentlichung dieser Arbeit.

Mein Dank gilt zugleich meinen Kolleginnen und Kollegen am Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht. Hervorheben möchte ich zunächst Dr. David Markworth, der jederzeit ein offenes Ohr für mich hatte und auf dessen Rat ich stets zählen konnte. Zudem möchte ich mich ganz herzlich bei Celine Volmer, Jacob Wewetzer und Malte Hinz dafür bedanken, dass sie meine Zeit als Doktorand nicht nur fachlich bereichert, sondern auch abseits des Schreibtisches nachhaltig geprägt haben. Dank ihnen werde ich meine Promotionszeit in äußerst positiver Erinnerung behalten.

Ein besonders großer Dank gebührt meinen Eltern. Aufgrund ihrer vielseitigen Unterstützung war es mir überhaupt erst möglich, mit der Dissertation zu beginnen und das Verfahren erfolgreich zu beenden. Bei meiner Großmutter bedanke ich mich für die großzügige Unterstützung bei der Drucklegung dieser Arbeit. Ferner gilt ein ganz besonderer Dank Anna Barfuß, die mir während des gesamten Dissertationsvorhabens Mut zugesprochen und die durch ihre liebevolle Unterstützung maßgeblich zum Gelingen der Arbeit beigetragen hat.

Gedenken möchte ich an dieser Stelle meinem verstorbenen Großvater Franz Engel, den es sehr glücklich und stolz machte, dass ich – genau wie er – den Weg in die Rechtswissenschaft gefunden habe. Ihm ist diese Arbeit gewidmet.

Münster, im September 2024

Benedikt Bangen

Inhaltsübersicht

1. Kapitel

Einführung 23

A. Problemaufriss und thematische Eingrenzung	23
B. Gang der Darstellung	25

2. Kapitel

Die GmbH-Satzung und abweichende Beschlüsse 27

A. Satzung	27
I. Terminologie	27
II. Satzungsbestandteile	28
B. Beschlussfassung und fehlerhafte Beschlüsse in der GmbH	29
C. Abweichungen von den Satzungsbestimmungen	30
I. Satzungsändernde Beschlüsse	31
II. Satzungsverletzende Beschlüsse	37
III. Satzungsdurchbrechende Beschlüsse	38
D. Ergebnisse zum 2. Kapitel und ein Ausblick	53

3. Kapitel

Meinungsstand 55

A. Rechtsprechung	55
I. RG vom 2. 11. 1934 – II 186/34	55
II. BGH vom 16. 2. 1981 – II ZR 168/79	56
III. BGH vom 4. 7. 1983 – II ZR 67/82	57
IV. BGH vom 7. 6. 1993 – ZR 81/92	57
V. LG Hamburg vom 13. 5. 1998 – 417 O 182/97	58
VI. BayObLG vom 23. 5. 2001 – 3Z BR 31/01	59
VII. OLG München vom 18. 5. 2011 – 31 Wx 210/11	60

VIII. OLG München vom 9. 8. 2012 – 23 U 4173/11	61
IX. BFH vom 4. 12. 2014 – IV R 28/11	61
X. KG Berlin vom 23. 7. 2015 – 23 U 18/15	62
XI. FG Köln vom 14. 9. 2016 – 9 K 1560/14	62
XII. KG Berlin vom 9. 11. 2017 – 23 U 67/15 und BGH vom 2. 7. 2019 – II ZR 406/17	63
XIII. BFH vom 28. 9. 2022 – VIII E 20/20, FG Münster vom 6. 5. 2020 – 9 K 3359/18 E AO und vom 30. 6. 2021 – 13 K 272/19 G, F	67
XIV. Zusammenfassung	68
B. Literatur	68
I. Früherer Meinungsstand (nur) zur Befreiung vom Wettbewerbsverbot	69
II. Gegenwärtig vorherrschende Literaturansicht	69
III. Einzelne, teilweise kritische Literaturstimmen	70
IV. Kritische Zusammenfassung	80
C. Ergebnisse zum 3. Kapitel	81

4. Kapitel

Eine rechtliche Beurteilung von Öffnungsklauseln	83
A. Die Konzeption von Öffnungsklauseln	83
I. Terminologie	83
II. Ausgedehnte Willensbildung durch Öffnungsklauseln und Ausnutzungsbeschlüsse	84
III. Struktur der Öffnungsklauseln	85
IV. Qualität der Ausnutzungsbeschlüsse	90
V. Tragweite der in Wissenschaft und Praxis diskutierten Ausnutzungsbeschlüsse	93
VI. Zusammenfassung	96
B. Zulässigkeit von Öffnungsklauseln	96
I. Grundsatz der Gestaltungsfreiheit als dogmatische Grundlage	97
II. Kein Argument: Gesetzlich zugelassene Öffnungsklauseln	98
III. Öffnungsklauseln als Gesetzesumgehungen	109
IV. Inhaltliche Grenzen der Anwendbarkeit von Öffnungsklauseln	133
V. Ausdrückliche Vereinbarung	136
VI. Zusammenfassung	138

C. Weitere Anforderungen an den Ausnutzungsbeschluss	139
I. Zustimmungserfordernisse	139
II. Allgemeine Beschlussschranke: Treuepflicht	143
D. Typisierung der Öffnungsklauseln	144
I. Generelle Öffnungsklauseln und schematische Vorbehalte	144
II. Konkrete Öffnungsklauseln	149
E. Gesellschafter und andere Ermächtigungsadressaten	153
F. Ergebnisse zum 4. Kapitel	154

5. Kapitel

Verschiedene konkrete Öffnungsklauseln	157
A. Kleine Öffnungsklauseln	157
I. Öffnungsklauseln zur Gewinnverteilung	157
II. Öffnungsklauseln zur Ergebnisverwendung	167
III. Öffnungsklauseln zur Befreiung von einem Wettbewerbsverbot für ein konkretes Geschäft	174
IV. Zwischenergebnis zu kleinen Öffnungsklauseln	178
B. Große Öffnungsklauseln	179
I. Öffnungsklausel zur Einrichtung eines fakultativen Aufsichtsrats	179
II. Öffnungsklausel zur Einrichtung eines Beirats	188
III. Öffnungsklauseln, die die Befreiung von einem Wettbewerbsverbot für eine wettbewerbsrelevante Betätigung ermöglichen	191
IV. Zwischenergebnis zu großen Öffnungsklauseln	196
C. „Unechte“ Öffnungsklauseln	197
I. Klauseln für zusätzliche Zustimmungserfordernisse zu Geschäftsführungs- maßnahmen	197
II. Klauseln zur Vertretungsbefugnis und zur Befreiung vom Selbstkontrahierungs- verbot	198
D. Ergebnisse zum 5. Kapitel	202

*6. Kapitel***Fehlerfolgen**

204

A. Unzulässigkeit einer Öffnungsklausel	204
B. Mangelhafte Ausnutzungsbeschlüsse	205
I. Fehlerfolgen	205
II. Heilung	205
III. Sonderproblem: Der fehlerhaft eingerichtete Aufsichtsrat	206
C. Ergebnisse zum 6. Kapitel	215

*7. Kapitel***Auswirkungen des MoPeG**

217

A. Beschlussanfechtung nach dem MoPeG	217
B. Analoge Anwendung von aktienrechtlichen oder handelsrechtlichen Vorschriften	218
I. Planwidrige Regelungslücke	219
II. Vergleichbare Interessenlage	219
III. AktG versus HGB	220
C. Ergebnisse zum 7. Kapitel	220

*8. Kapitel***Schluss und Zusammenfassung der Ergebnisse**

222

Literaturverzeichnis	229
-----------------------------------	------------

Sachwortverzeichnis	240
----------------------------------	------------

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel

Einführung 23

A. Problemaufriss und thematische Eingrenzung	23
B. Gang der Darstellung	25

2. Kapitel

Die GmbH-Satzung und abweichende Beschlüsse 27

A. Satzung	27
I. Terminologie	27
II. Satzungsbestandteile	28
B. Beschlussfassung und fehlerhafte Beschlüsse in der GmbH	29
C. Abweichungen von den Satzungsbestimmungen	30
I. Satzungsändernde Beschlüsse	31
1. Jede Änderung des Satzungstextes	31
2. Differenzierende Ansicht	32
a) Harbarth	32
b) Bayer	33
c) Noack	34
d) Ulmer/Casper	34
e) Schnorbus	35
f) Zwischenfazit	36
3. Stellungnahme	36
II. Satzungsverletzende Beschlüsse	37
III. Satzungsdurchbrechende Beschlüsse	38
1. Die Problematik	38
2. Meinungsstand	39
a) Literatur	39
aa) Priester: Punktuelle und zustandsbegründende Beschlüsse	39
bb) Überwiegende Meinung in der Literatur; kein Bewusstsein erforderlich	40

cc) Kritiker: Abkehr von punktueller und zustandsbegründender Wirkungsweise als Abgrenzungskriterium	41
(1) Habersack: Der doppelte Beschlussinhalt	42
(2) Tieves: Heranziehung von § 139 BGB	42
(3) Leuschner: Teleologische Reduktion bei Einzelfallsatzungsänderungen	43
(4) Selentin: Differenzierung zwischen rein interner und auch externer Wirkung	44
(5) Pöschke: Ermittlung der Einzelfallsatzungsänderung durch Auslegung	45
(6) Bergmann: Ablehnung der Figur der Satzungsdurchbrechungen im Aktienrecht	47
b) Rechtsprechung des BGH	49
3. Stellungnahme	51
D. Ergebnisse zum 2. Kapitel und ein Ausblick	53

3. Kapitel

Meinungsstand	55
A. Rechtsprechung	55
I. RG vom 2. 11. 1934 – II 186/34	55
II. BGH vom 16. 2. 1981 – II ZR 168/79	56
III. BGH vom 4. 7. 1983 – II ZR 67/82	57
IV. BGH vom 7. 6. 1993 – ZR 81/92	57
V. LG Hamburg vom 13. 5. 1998 – 417 O 182/97	58
VI. BayObLG vom 23. 5. 2001 – 3Z BR 31/01	59
VII. OLG München vom 18. 5. 2011 – 31 Wx 210/11	60
VIII. OLG München vom 9. 8. 2012 – 23 U 4173/11	61
IX. BFH vom 4. 12. 2014 – IV R 28/11	61
X. KG Berlin vom 23. 7. 2015 – 23 U 18/15	62
XI. FG Köln vom 14. 9. 2016 – 9 K 1560/14	62
XII. KG Berlin vom 9. 11. 2017 – 23 U 67/15 und BGH vom 2. 7. 2019 – II ZR 406/17	63
1. Sachverhalt	63
2. Urteilsgründe des KG Berlin	64
3. Urteilsgründe des BGH	65

XIII. BFH vom 28.9.2022 – VIII E 20/20, FG Münster vom 6.5.2020 – 9 K 3359/18 E AO und vom 30.6.2021 – 13 K 272/19 G, F	67
XIV. Zusammenfassung	68
B. Literatur	68
I. Früherer Meinungsstand (nur) zur Befreiung vom Wettbewerbsverbot	69
II. Gegenwärtig vorherrschende Literaturansicht	69
III. Einzelne, teilweise kritische Literaturstimmen	70
1. Pöschke	71
2. Leuschner	73
3. Peterseim	76
4. Harbarth	77
5. Altmeppen	78
IV. Kritische Zusammenfassung	80
C. Ergebnisse zum 3. Kapitel	81

4. Kapitel

Eine rechtliche Beurteilung von Öffnungsklauseln	83
A. Die Konzeption von Öffnungsklauseln	83
I. Terminologie	83
II. Ausgedehnte Willensbildung durch Öffnungsklauseln und Ausnutzungs- beschlüsse	84
III. Struktur der Öffnungsklauseln	85
1. Objektive Auslegung von korporativen GmbH-Satzungsbestimmungen	86
2. Objektive Auslegung konkreter Öffnungsklauseln	87
3. Zwischenergebnis	89
IV. Qualität der Ausnutzungsbeschlüsse	90
1. Bedeutung der Einordnung in Beschlusskategorien	90
2. Ausnutzungsbeschlüsse als einfache Gesellschafterbeschlüsse	91
V. Tragweite der in Wissenschaft und Praxis diskutierten Ausnutzungsbeschlüsse	93
VI. Zusammenfassung	96
B. Zulässigkeit von Öffnungsklauseln	96
I. Grundsatz der Gestaltungsfreiheit als dogmatische Grundlage	97
II. Kein Argument: Gesetzlich zugelassene Öffnungsklauseln	98
1. Geschäftsführer- und Liquidatorenbestellung sowie Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis	98

2. Aktienrechtliche Verwendung des Jahresüberschusses	100
a) Regelungsgehalt: Verwendung des Jahresüberschusses der AG	101
b) Ermittlung des Inhalts der Ermächtigung durch Auslegung	102
aa) Auslegung des Wortlauts	102
bb) Systematische Auslegung	103
cc) Historische Auslegung	104
dd) Teleologische Auslegung	105
ee) Ergebnis der Auslegung	106
c) Einordnung als Öffnungsklausel	108
3. Zwischenergebnis	109
III. Öffnungsklauseln als Gesetzesumgehungen	109
1. Methodische Einordnung einer Gesetzesumgehung	110
a) Gesetzesumgehung als eigenes Rechtsproblem	112
b) Analogie als Rechtsfolge	112
2. Ausblick auf die folgende Untersuchung	114
3. Untersuchung einer Gesetzesumgehung von § 243 Abs. 1 AktG analog	115
a) Bestimmung der Normziele	116
b) Verletzung des Normziels	117
4. Untersuchung einer Umgehung von §§ 53 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S. 1, 54 GmbHG	118
a) Bestimmung der Normziele	119
aa) Normziel(e) von § 53 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S. 1 GmbHG	119
(1) Qualifizierte Mehrheit gem. § 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG	119
(2) Notarielle Beurkundung gem. § 53 Abs. 3 S. 1 GmbHG	120
(a) Gegenstand der notariellen Beurkundung	120
(b) Potenzieller eigenständiger Sinn der notariellen Beurkundung	121
(c) Kein eigenständiger Sinn der Beurkundung	122
(3) Festhalten des Normziels	122
bb) Schutz des Rechtsverkehrs als Normziel von § 54 GmbHG	122
(1) Handelsregistereintragung	123
(2) Registerrechtliche Kontrolle	124
(3) Festhalten des Normziels	126
cc) Zusammenfassung	126
b) Verletzung der Normziele	127
aa) Minderheitenschutz	127
bb) Schutz des Rechtsverkehrs	129
c) Rechtsfolge der Normzielverletzung	130
aa) Schutz des Rechtsverkehrs versus Flexibilitätsbedürfnis	130
bb) Gleichstellung durch Analogieschluss	131

5. Zwischenergebnis	132
6. Kontrollüberlegung	133
IV. Inhaltliche Grenzen der Anwendbarkeit von Öffnungsklauseln	133
V. Ausdrückliche Vereinbarung	136
VI. Zusammenfassung	138
C. Weitere Anforderungen an den Ausnutzungsbeschluss	139
I. Zustimmungserfordernisse	139
1. Gleichbehandlungsgrundsatz, Mitgliedschaftsrechte und Sonderrechte	139
2. Zustimmung im ausgedehnten Willensbildungsprozess	141
3. Zwischenergebnis	143
II. Allgemeine Beschlussschranke: Treuepflicht	143
D. Typisierung der Öffnungsklauseln	144
I. Generelle Öffnungsklauseln und schematische Vorbehalte	144
1. Meinungsstand (Literatur)	144
a) Unzulässigkeit genereller Öffnungsklauseln und schematischer Vorbehalte	145
b) Zulässigkeit genereller Öffnungsklauseln und schematischer Vorbehalte	146
2. Stellungnahme	147
3. Extremfall: Zulässigkeit einer Vielzahl von Öffnungsklauseln	149
II. Konkrete Öffnungsklauseln	149
1. Pöschke: Anknüpfung an statutarische und satzungsdispositive gesetzliche Regelungen	150
2. Leuschner: Öffnungsklauseln im engeren und im weiteren Sinne	151
3. Harbarth: Regel-Ausnahme-Klauseln, Regeländerungsklauseln und Gestaltungsklauseln	151
4. Eigener Vorschlag: Kleine und große Öffnungsklauseln	152
E. Gesellschafter und andere Ermächtigungsadressaten	153
F. Ergebnisse zum 4. Kapitel	154

5. Kapitel

Verschiedene konkrete Öffnungsklauseln	157
A. Kleine Öffnungsklauseln	157
I. Öffnungsklauseln zur Gewinnverteilung	157
1. Der betroffene Satzungsbestandteil	157
2. Die inhaltliche Konzeption einer Öffnungsklausel zur Gewinnverteilung ..	158

3. Meinungsstand	159
4. Stellungnahme	160
a) Erfordernis einer unmittelbaren Satzungsregelung	161
b) Keine Gesetzesumgehung	161
c) Zustimmungserfordernis	162
aa) Zustimmung als Wirksamkeitsvoraussetzung	162
bb) (Antizipierte) Zustimmung	162
(1) Anforderungen an die Klausel bei antizipierter Zustimmung ..	163
(2) Bedenken gegen die Möglichkeit der antizipierten Zustimmung	164
(3) Konsequenz: Zustimmung im Zeitpunkt des Ausnutzungsbe-	
schlusses	165
5. Ergebnis zu Öffnungsklauseln zur Gewinnverteilung	166
II. Öffnungsklauseln zur Ergebnisverwendung	167
1. Der betroffene Satzungsbestandteil	167
2. Die inhaltliche Konzeption von Öffnungsklauseln zur Ergebnisverwendung	168
a) Potenzielle Anknüpfungspunkte	168
b) Abgrenzung zu Wahlrechten	169
c) Verbleibender Anwendungsbereich für Öffnungsklauseln zur Ergebnis-	
verwendung	169
3. Meinungsstand	170
4. Stellungnahme	170
a) Erfordernis einer unmittelbaren Satzungsregelung	170
b) Keine Gesetzesumgehung	171
c) Auswirkungen von Zustimmungserfordernissen	172
d) Inhaltliche Beschlussschranken: „Aushungern“ als Beispiel	172
5. Ergebnis zu den Öffnungsklauseln zur Ergebnisverwendung	174
III. Öffnungsklauseln zur Befreiung von einem Wettbewerbsverbot für ein konkre-	
tes Geschäft	174
1. Der betroffene Satzungsbestandteil	175
2. Die inhaltliche Konzeption einer kleinen Öffnungsklausel zur Befreiung von	
einem Wettbewerbsverbot	175
3. Meinungsstand	176
4. Stellungnahme	177
a) Erfordernis einer unmittelbaren Satzungsregelung	177
b) Keine Gesetzesumgehung	177
c) Allgemeine Beschlussregeln	177
5. Ergebnis zu kleinen Öffnungsklauseln zur Befreiung von einem Wettbewerbs-	
verbot	178
IV. Zwischenergebnis zu kleinen Öffnungsklauseln	178

B. Große Öffnungsklauseln	179
I. Öffnungsklausel zur Einrichtung eines fakultativen Aufsichtsrats	179
1. Der betroffene Satzungsbestandteil	179
2. Die inhaltliche Konzeption von Öffnungsklauseln zu einem fakultativen Aufsichtsrat	180
3. Meinungsstand	181
a) Überwiegende Meinung	181
b) Gegenstimmen	182
4. Stellungnahme	183
a) Erfordernis einer unmittelbaren Satzungsregelung	183
b) Öffnungsklausel als Gesetzesumgehung	183
aa) Keine Umgehung von § 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG	183
bb) Umgehung von § 54 GmbHG	184
cc) Zwischenergebnis	186
c) Rechtsfolgen der Gesetzesumgehung	186
5. Ergebnis zu Öffnungsklauseln zur Einrichtung eines fakultativen Aufsichtsrats	187
II. Öffnungsklausel zur Einrichtung eines Beirats	188
1. Der betroffene Satzungsbestandteil und die inhaltliche Konzeption einer Öffnungsklausel	188
2. Meinungsstand	189
3. Stellungnahme	190
a) Erfordernis einer unmittelbaren Satzungsregelung	190
b) Gesetzesumgehung und Rechtsfolgen	190
4. Ergebnis zu Öffnungsklauseln zur Einrichtung eines Beirats	191
III. Öffnungsklauseln, die die Befreiung von einem Wettbewerbsverbot für eine wettbewerbsrelevante Betätigung ermöglichen	191
1. Der betroffene Satzungsbestandteil	191
2. Die inhaltliche Konzeption der Öffnungsklausel	192
3. Meinungsstand	192
4. Stellungnahme	193
a) Öffnungsklausel als Gesetzesumgehung	193
aa) Keine Umgehung von § 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG	193
bb) Umgehung von § 54 GmbHG	194
cc) Rechtsfolgen der Gesetzesumgehung	195
b) Allgemeine Beschlussregeln	195
5. Ergebnis	195
IV. Zwischenergebnis zu großen Öffnungsklauseln	196

C. „Unechte“ Öffnungsklauseln	197
I. Klauseln für zusätzliche Zustimmungserfordernisse zu Geschäftsführungsmaßnahmen	197
II. Klauseln zur Vertretungsbefugnis und zur Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot	198
1. Die betroffenen Satzungsbestandteile	198
2. Widerspruch zu dem hier erarbeiteten Konzept und zu anderen Literaturansichten	199
3. Lösung des Konflikts nach Leuschner	200
4. Stellungnahme und Ergebnis	201
D. Ergebnisse zum 5. Kapitel	202

6. Kapitel

Fehlerfolgen	204
A. Unzulässigkeit einer Öffnungsklausel	204
B. Mangelhafte Ausnutzungsbeschlüsse	205
I. Fehlerfolgen	205
II. Heilung	205
III. Sonderproblem: Der fehlerhaft eingerichtete Aufsichtsrat	206
1. Lösungsweg: Die Lehre vom fehlerhaften Organ	207
2. Erste Hürde: Anwendbarkeit auf den Aufsichtsrat einer AG	208
a) Urteil des BGH	209
b) Literatur	210
c) Stellungnahme und Zwischenergebnis	211
3. Zweite Hürde: Anwendbarkeit auf fehlerhaft bestellte Mitglieder eines fakultativen GmbH-Aufsichtsrats	211
4. Dritte Hürde: Übertragung auf einen fehlerhaft eingerichteten Aufsichtsrat	212
5. Rechtsfolgen der Anwendbarkeit der Lehre vom fehlerhaften Organ auf den fehlerhaft eingerichteten Aufsichtsrat	213
C. Ergebnisse zum 6. Kapitel	215

7. Kapitel

Auswirkungen des MoPeG	217
A. Beschlussanfechtung nach dem MoPeG	217
B. Analoge Anwendung von aktienrechtlichen oder handelsrechtlichen Vorschriften	218
I. Planwidrige Regelungslücke	219

Inhaltsverzeichnis	21
II. Vergleichbare Interessenlage	219
III. AktG versus HGB	220
C. Ergebnisse zum 7. Kapitel	220
 <i>8. Kapitel</i>	
Schluss und Zusammenfassung der Ergebnisse	222
 Literaturverzeichnis	 229
Sachwortverzeichnis	240

1. Kapitel

Einführung

A. Problemaufriss und thematische Eingrenzung

Die Gesellschafter einer GmbH entscheiden gem. §§ 47 ff. GmbHG durch Beschlussfassungen in Versammlungen und bilden damit den Willen der Gesellschaft.¹ Die Satzung stellt dabei die vertragliche Grundlage der GmbH dar,² von der die Gesellschafter bei ihren Beschlussfassungen nicht ohne Weiteres abweichen können. Soll die Satzung z. B. geändert werden, muss der Beschluss der Gesellschafter zeitaufwändige und kostspielige Anforderungen (§§ 53, 54 GmbHG) erfüllen. Verstößt ein Beschluss schlichtweg gegen die Satzungsregelungen, kann dies die Anfechtbarkeit des Beschlusses nach sich ziehen (§ 243 Abs. 1 AktG analog). Damit die Gesellschafter in der Praxis möglichst flexibel agieren können, werden in GmbH-Satzungen schon seit Jahrzehnten Klauseln aufgenommen, die diese zeitaufwändigen und kostspieligen Verfahren verhindern oder mit Hilfe derer einer Anfechtbarkeit aus dem Weg gegangen wird.³ Die Gesellschafter ermächtigen sich im Voraus in ihrer Satzung mehr oder weniger selbst dazu, entsprechende Entscheidungen zu einem beliebigen Zeitpunkt durch einfachen Beschluss zu treffen. Diese Ermächtigungen werden als Öffnungsklauseln bezeichnet und stellen den Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit dar.

Bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit dieser Vertragsgestaltungspraxis stehen gewichtige Prinzipien des GmbH-Rechts in einem Spannungsverhältnis zueinander: Auf der einen Seite steht der Grundsatz der Gestaltungsfreiheit, der es den Gesellschaftern erlaubt, das Innenverhältnis weitgehend beliebig auszugestalten.⁴ Auf der anderen Seite stehen die Prinzipien des Minderheitenschutzes und der Schutz des Rechtsverkehrs, die den Gesellschaftern Grenzen bei der Satzungsgestaltung

* Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in der vorliegenden Arbeit überwiegend das generische Maskulinum bei personenbezogenen Substantiven und Pronomen verwendet. Im Sinne der sprachlichen Vereinfachung wird auf eine gleichzeitige Verwendung männlicher und weiblicher Sprachformen verzichtet. Dies impliziert keine Benachteiligung von Frauen oder von Personen, die sich selbst weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen oder zuordnen lassen (divers), sondern soll geschlechtsneutral zu verstehen sein.

¹ Vgl. *Römermann*, in: *MHLS GmbHG* § 48 Rn. 8.

² *Altmeppen*, in: *Altmeppen GmbHG* § 53 Rn. 1.

³ *Bisle*, NWB 2019, 2519 (2523); *Harbarth*, in: FS Krieger 2020, S. 309 (311); *Heckschen*, NZG 2019, 1281 (1282); *Leuschner*, ZHR 184 2020, 608 f.; *Otto*, GmbHR 2016, 19 (20); *Priesner*, NZG 2016, 774 (775 f.); *Wälzholz/Bayer*, GmbH-StB 2020, 293 (298 f.).

⁴ Ausf. *Fleischer*, in: *MüKoGmbHG Einleitung* Rn. 21 ff.

und Beschlussfassung aufzeigen können.⁵ Eine kritische, höchstrichterliche Auseinandersetzung mit diesem Spannungsverhältnis erfolgte erstaunlicherweise erstmals 2019. Der BGH⁶ erklärte die Einrichtung eines fakultativen Aufsichtsrats durch einfachen, formlosen Gesellschafterbeschluss für wirksam, da diesem eine hinreichend bestimmte Öffnungsklausel in der Satzung zugrunde lag. An dieser Stelle kann also bereits festgehalten werden, dass mit dieser Entscheidung ein gewisses Flexibilitätsbedürfnis der Gesellschafter höchstrichterlich anerkannt wurde. Ob der Minderheitenschutz in unerträglicher Weise Beschneidungen erfahren hat, gilt es indes näher zu untersuchen. Das Handelsregister wurde durch die Entscheidung zweifelsohne entwertet.⁷ In Frage steht, ob die mit der Rechtsprechung verbundenen Einbußen des Schutzes des Rechtsverkehrs durch Vorteile kompensiert werden und insgesamt tolerierbar sind.

Bereits vor dem BGH-Urteil gab es in der Literatur vereinzelte, größtenteils nicht vertiefende Untersuchungen dieses Vertragsgestaltungsinstruments.⁸ Dies hat sich seitdem geändert. Auch ich habe mich bereits im Rahmen einer unveröffentlichten Masterarbeit mit Teilaspekten zu Öffnungsklauseln beschäftigt, die ich sodann auf Anregung bzw. in Absprache mit Professor Dr. Martin Henssler zu dieser Dissertation weiterentwickelt habe.⁹ Eine umfassende rechtliche Beurteilung und überzeugende dogmatische Einordnung stehen allerdings immer noch aus. Bei der Lektüre einzelner Abhandlungen zu Öffnungsklauseln fällt auf, dass sie häufig in Verbindung gebracht werden mit der seit Jahren höchst umstrittenen Diskussion um die satzungsdurchbrechenden Beschlüsse. „Die Diskussion um Satzungsdurchbrechungen setzt sich auf der Ebene der Öffnungsklauseln fort [...]“ meint Casper, während Leuschner eine „Neuorientierung“ hinsichtlich des Verhältnisses von Öffnungsklauseln und satzungsdurchbrechenden Beschlüssen für geboten hält. Ob diese Diskussionen miteinander verknüpft oder völlig isoliert voneinander zu betrachten sind, wird auch im Rahmen dieser Untersuchung näher beleuchtet.

Die folgende Arbeit konzentriert sich auf Öffnungsklauseln in der GmbH-Satzung. Sie werden zwar auch für AG-Satzungen besprochen,¹⁰ im Rahmen des GmbH-

⁵ *Altmppen*, in: *Altmppen Allgemeine Einleitung* Rn. 2; *Fleischer*, in: *MüKoGmbHG Einleitung* Rn. 28, 32.

⁶ BGHZ 222, 323.

⁷ Vgl. *Heckschen*, NZG 2019, 1281 (1284).

⁸ Eine ausf. Besprechung von Öffnungsklauseln, die Rechtsprechung und Literatur bis Mitte 2019, aber nicht mehr das Urteil des BGH umfasst, findet sich bei *Pöschke*, *Satzungsdurchbrechende Beschlüsse*, S. 297 ff. Er hat insofern schon vor dem BGH eine umfassende kritische Betrachtung vorgenommen.

⁹ Unveröffentlichte Masterarbeit, Titel: „Die Einrichtung eines fakultativen Aufsichtsrats basierend auf einer Öffnungsklausel in der GmbH-Satzung, Eine Analyse des BGH-Urteils vom 2. Juli 2019 (Az.: II ZR 406/17)“, vorgelegt von Benedikt Bangen im Sommersemester 2020 im Masterstudiengang Wirtschaftsrecht an der Universität zu Köln, Betreuer: Prof. Dr. Martin Henssler.

¹⁰ Siehe zum Aktienrecht etwa *Koch*, in: *Koch AktG* § 179 Rn. 7; ausf. *Pöschke*, *Satzungsdurchbrechende Beschlüsse*, S. 72, 297 ff.; *Blasche*, AG 2017, 112 (113).

Rechts erlangen sie jedoch eine weitaus größere Bedeutung.¹¹ Dies erklärt sich vor dem Hintergrund der strukturellen Unterschiede beider Kapitalgesellschaften: Im Aktienrecht herrscht der Grundsatz der Satzungsstrenge gem. § 23 Abs. 5 AktG, was dazu führt, dass keine Vertragsfreiheit besteht¹² und eigenständige Regelungen in der Satzung selten vorkommen.¹³ Das Einfallstor für Öffnungsklauseln in GmbH-Satzungen ist währenddessen sehr viel größer, da im GmbH-Recht der bereits angesprochene, sehr weitreichende Grundsatz der Gestaltungsfreiheit gilt.¹⁴

B. Gang der Darstellung

Da die Diskussion rund um Öffnungsklauseln offensichtlich dem Bereich der von der Satzung abweichenden Gesellschafterbeschlüssen zuzuordnen ist, werden zunächst rechtliche Grundlagen zur Satzung selbst, zu ihren Bestandteilen sowie zu den abweichenden Beschlüssen beleuchtet. Dabei wird auf Satzungsänderungen, Satzungsverletzungen und Satzungsdurchbrechungen eingegangen. Satzungsändernde und satzungsdurchbrechende Beschlüsse werden im Verlauf der Untersuchung eine wichtige Rolle einnehmen, weshalb sie einer genaueren Betrachtung bedürfen. Da beide Beschlusskategorien von unübersichtlichem Meinungsstand geprägt sind und eine rechtliche Bewertung für den Fortgang der Untersuchung unerlässlich ist, gilt es, die Meinungen darzustellen und anschließend – zumindest kurz – Stellung zu beziehen.

Darauffolgend wird der Meinungsstand zu Öffnungsklauseln dargestellt. Begonnen wird hierbei mit der Rechtsprechung, und es werden Urteile in den Blick genommen, in denen Öffnungsklauseln zumindest anklingen. Die Urteile werden einzeln vorgestellt und im Hinblick auf eine rechtliche Einordnung von Öffnungsklauseln untersucht. Von besonderem Interesse sind hierbei die Urteilsgründe der Entscheidung des BGH¹⁵ vom 2. 7. 2019 und die der Vorinstanz.¹⁶ Anschließend wird der Meinungsstand in der Literatur in den Blick genommen. Neben der vorherrschenden Ansicht verdienen unterschiedliche Abhandlungen einzelner Autoren aus jüngerer Zeit eine umfassende, kritische Betrachtung.

Durch die Darstellung rechtlicher Grundlagen und des Meinungsstandes wird eine Basis geschaffen, auf der sodann eine eigene rechtliche Einordnung von Öffnungsklauseln vorgenommen werden kann. Gemeint ist damit die Erarbeitung einer dogmatischen Einordnung von Öffnungsklauseln im Sinne eines allgemeinen Teils. Diese geht im Grundsatz von sogenannten konkreten Öffnungsklauseln aus – also

¹¹ Pöschke, Satzungsdurchbrechende Beschlüsse, S. 72.

¹² Vgl. Vetter, in: Henssler/Strohn AktG § 23 Rn. 22.

¹³ Pöschke, Satzungsdurchbrechende Beschlüsse, S. 72.

¹⁴ Vgl. Heinze, in: MüKoGmbHG GmbHG § 2 Rn. 13.

¹⁵ BGHZ 222, 323.

¹⁶ KG NZG 2018, 660.