

**Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen  
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht**

---

**Band 269**

# **Abweichung vom Gesellschaftsvertrag der GmbH**

**Am Beispiel von Satzungsdurchbrechungen  
und Öffnungsklauseln**

**Von**

**Moritz Richter**



**Duncker & Humblot · Berlin**

MORITZ RICHTER

Abweichung vom Gesellschaftsvertrag der GmbH

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 269

# Abweichung vom Gesellschaftsvertrag der GmbH

Am Beispiel von Satzungsdurchbrechungen  
und Öffnungsklauseln

Von

Moritz Richter



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Freien Universität Berlin  
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 978-3-428-19397-4 (Print)  
ISBN 978-3-428-59397-2 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Verlagsanschrift: Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9,  
12165 Berlin, Germany | E-Mail: [info@duncker-humblot.de](mailto:info@duncker-humblot.de)  
Internet: <https://www.duncker-humblot.de>

*Meiner Familie*



## **Vorwort**

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2024 durch die Juristische Fakultät der Freien Universität Berlin als Dissertation angenommen. Das Manuskript der Arbeit wurde im Oktober 2023 abgeschlossen, spätere Auflagen zitierter Literatur wurden im Rahmen einer Aktualisierung soweit möglich berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt zunächst Herrn Prof. Dr. Christian Armbrüster für die freundliche, geduldige und sorgfältige Begleitung der Erstellung dieser Arbeit. Ohne seine erhellenden Hinweise und Anregungen wäre die Promotion nicht im gleichen Maße gelungen.

Zu danken habe ich auch Herrn Prof. Dr. Andreas Engert für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens, die darin enthaltenen, interessanten Hinweise und die angeregte Diskussion im Rahmen der mündlichen Prüfung.

Der größte Dank gebührt indes meiner Familie, ohne deren Verständnis und Unterstützung in sämtlichen Lebenslagen diese Arbeit niemals zustande gekommen wäre. Ihr soll diese Arbeit daher gewidmet sein.

Berlin, Oktober 2024

*Moritz Richter*



# Inhaltsverzeichnis

<b>A. Einleitung</b> .....	19
I. Gesellschaftsvertrag und Abweichung .....	19
II. Gang der Untersuchung .....	22
<b>B. Begriffliche Bestimmung und Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes</b> ..	23
I. Abweichung vom Gesellschaftsvertrag .....	23
1. Die „Satzung“ der GmbH: Der Gesellschaftsvertrag .....	23
2. Modifikationen des Satzungsbegriffs .....	24
a) Erweiterung des Satzungsbegriffs .....	25
aa) Dispositives Gesetzesrecht .....	25
bb) Musterprotokoll .....	25
cc) Nebenabreden/Unternehmensverträge .....	26
(1) Nebenabreden als Anfechtungsgrund .....	27
(2) Satzungsüberlagernde Nebenabreden .....	29
(3) Stellungnahme .....	29
(4) Unternehmensverträge .....	31
b) Einschränkung des Satzungsbegriffs .....	34
aa) Notwendig korporative/materielle Satzungsbestandteile .....	35
bb) Notwendig nichtkorporative/formelle Satzungsbestandteile .....	36
cc) Indifferente Bestandteile/Wahlrecht .....	37
dd) Folgerungen für den Untersuchungsgegenstand .....	38
3. Abweichung durch Gesellschafterbeschluss (mit Regelungswirkung) .....	39
a) Geschäftsführungsmaßnahmen .....	39
b) Nicht beschlussförmiges Gesellschafterhandeln .....	40
c) Satzungsauslegung .....	41
II. Satzungsdurchbrechung .....	42
1. Grundsätzliche Begriffsbestimmung .....	42
2. Umstrittene Aspekte des Begriffs der Satzungsdurchbrechung .....	43
3. Einzelfallregelung .....	44
4. Die Satzungsdurchbrechung in anderen Verbandsformen .....	45
a) AG .....	45

b) Verein .....	46
c) Personengesellschaften .....	46
III. Öffnungsklausel .....	47
1. Grundsätzliche Begriffsbestimmung .....	47
2. Öffnungsklauseln in anderen Verbandsformen .....	48
IV. Zusammenfassung .....	49
<b>C. Satzungsdurchbrechung .....</b>	<b>50</b>
I. Genese der Rechtsfigur der Satzungsdurchbrechung .....	50
1. Entwicklung bis zur (vermeintlichen) Grundsatzentscheidung des BGH .....	50
a) Grundlagen und Herleitung der Satzungsdurchbrechung .....	50
aa) Höchstrichterliche Rechtsprechung .....	50
bb) Obergerichtliche Rechtsprechung .....	52
cc) Schrifttum .....	53
b) Formelle Anforderungen .....	55
aa) Rechtsprechung .....	55
bb) Schrifttum .....	55
c) Schranken der Zulässigkeit der Satzungsdurchbrechung .....	57
2. Die (scheinbare) Grundlagenentscheidung des Bundesgerichtshofes .....	58
3. Rezeption, Umsetzung und aktueller Stand .....	59
a) Rezeption der Entscheidung des BGH von 1993 .....	59
b) Umsetzung und Grundlagen der Satzungsdurchbrechung .....	62
aa) Rechtsprechung .....	62
(1) Höchstrichterliche Rechtsprechung .....	62
(2) Obergerichtliche Rechtsprechung .....	64
bb) Schrifttum .....	67
c) Tatbestand der Satzungsdurchbrechung .....	70
aa) Objektiver Tatbestand: Doppelinhalt der Satzungsdurchbrechung .....	70
bb) Subjektiver Tatbestand: Erforderlichkeit eines Willenselements .....	72
d) Formelle Anforderungen .....	74
aa) Die Ankündigung satzungsdurchbrechender Beschlüsse .....	75
bb) Erforderliche Mehrheit .....	76
cc) Notarielle Beurkundung .....	77
dd) Eintragung ins Handelsregister .....	79
(1) Differenzierung nach der Beschlussreichweite .....	80
(2) Kritik an der Differenzierung nach der Beschlussreichweite .....	82

(3) Alternative Lösungsvorschläge .....	84
(4) Sonderfall: Verfahrensvorschriften .....	88
e) Materielle Wirksamkeit der Satzungsdurchbrechung .....	89
aa) (Unmittelbare) Wirksamkeit satzungsdurchbrechender Beschlüsse ..	89
bb) Rechtsdogmatische Begründung der Wirksamkeit .....	93
f) Wiederholte Satzungsdurchbrechung .....	95
II. Würdigung der bisherigen Entwicklung und der einzelnen Streitfragen .....	96
1. Bisherige Entwicklung und Rezeption der BGH-Rechtsprechung .....	96
2. Tatbestand der Satzungsdurchbrechung .....	98
a) Objektiver Tatbestand: Doppelinhalt der Satzungsdurchbrechung .....	98
b) Subjektiver Tatbestand: Erforderlichkeit eines Willenselements .....	102
3. Formelle Anforderungen .....	104
a) Die Ankündigung satzungsdurchbrechender Beschlüsse .....	104
b) Erforderliche Mehrheit .....	109
aa) Einstimmigkeit .....	109
bb) Einfache oder qualifizierte Mehrheit .....	111
c) Notarielle Beurkundung .....	114
d) Eintragung ins Handelsregister .....	119
aa) Das Eintragungserfordernis als Zulässigkeitsgrenze der Satzungsdurchbrechung .....	120
bb) Bestehen eines (vorrangigen) Informationsinteresses der Öffentlichkeit .....	121
cc) Eintragung zur Vermeidung der Anfechtbarkeit .....	124
dd) Einreichung zu den Registerakten .....	125
ee) Sonderfall: Verfahrensvorschriften .....	129
e) Zusammenfassung .....	131
4. Materielle Wirksamkeit der Satzungsdurchbrechung .....	132
a) Anfechtbarkeit satzungsdurchbrechender Beschlüsse .....	132
aa) (Teleologische) Reduktion der Vorschriften zur Willensbildung in der GmbH .....	132
bb) Einschränkung der Anwendung des aktienrechtlichen Beschlussmängelrechts .....	137
cc) Zusammenfassung .....	140
b) Folgeprobleme der Zulässigkeit der Satzungsdurchbrechung .....	140
aa) Konkurrenz zweier Normbefehle .....	140
bb) Wiederholte Satzungsdurchbrechung .....	143
5. Zusammenfassung .....	146

<b>D. Öffnungsklauseln .....</b>	147
I. Anwendungsbereiche für Öffnungsklauseln .....	147
1. Rechtslage und Meinungsstand .....	147
a) Die etablierten Anwendungsbereiche .....	147
aa) Gewinnverteilung .....	147
(1) Rechtlicher Hintergrund .....	147
(2) Rechtsprechung .....	148
(3) Schrifttum .....	150
bb) Vertretung .....	153
(1) Verleihung von Einzelvertretungsmacht .....	153
(a) Rechtlicher Hintergrund .....	153
(b) Rechtsprechung .....	154
(c) Schrifttum .....	155
(2) Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB .....	157
(a) Rechtlicher Hintergrund .....	157
(b) Rechtsprechung .....	158
(c) Schrifttum .....	160
cc) Befreiung von Wettbewerbsverboten .....	163
(1) Rechtlicher Hintergrund .....	163
(2) Rechtsprechung .....	164
(3) Schrifttum .....	165
dd) Änderung grundlegender Gesellschaftsstrukturen .....	166
(1) Rechtlicher Hintergrund .....	166
(2) Rechtsprechung .....	167
(3) Schrifttum .....	170
b) Unzulässige Anwendungsbereiche .....	173
c) Kategorisierung von Öffnungsklauseln .....	174
2. Stellungnahme .....	176
a) Uneinheitlichkeit der Terminologie .....	176
b) Zu den etablierten Anwendungsbereichen .....	177
aa) Gewinnverteilung .....	177
(1) Satzungzwang für die abweichende Gewinnverteilung .....	177
(2) Anforderungen des Minderheitenschutzes .....	182
bb) Vertretung .....	187
(1) Verleihung von Einzelvertretungsmacht .....	187
(2) Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB .....	189
(a) Zulässigkeit von Öffnungsklauseln .....	189
(b) Exkurs: Erforderlichkeit einer Satzungsregelung .....	191

(3) Zusammenfassung .....	191
cc) Befreiung von Wettbewerbsverböten .....	192
dd) Änderung grundlegender Gesellschaftsstrukturen .....	193
(1) Abgrenzung zu den übrigen Anwendungsbereichen .....	193
(2) Wertung der Entscheidung des BGH .....	194
(a) Zur Zulässigkeit: Parallele zu § 55a GmbHG .....	195
(b) Anforderungen an die Öffnungsklausel, insb. Bestimmtheit .....	197
(c) Transparenz .....	200
(3) Offene Fragen .....	202
(4) Zusammenfassung .....	204
c) Einschränkungen des Anwendungsbereichs von Öffnungsklauseln .....	205
d) Phänomenologie der Öffnungsklauseln .....	208
aa) Abgrenzung nach dem Adressaten der Norm .....	209
bb) Kompetenzverlagernde Öffnungsklauseln .....	212
cc) Entscheidungsspielraum im Rahmen der Umsetzungsentscheidung ..	213
dd) Reichweite der gestatteten Abweichung .....	215
ee) Befreiende und rechtsgestaltende Öffnungsklauseln .....	215
II. Dogmatische Einordnung von Öffnungsklauseln .....	217
1. Meinungsstand .....	217
2. Stellungnahme .....	220
a) „Ermächtigung“ der Gesellschafterversammlung .....	221
b) Die Wirkung von Öffnungsklauseln auf das Recht der GmbH .....	222
aa) Öffnungsklauseln als zweiataktige Rechtsfigur .....	222
bb) Einschränkung der Geltung des Gesellschaftsvertrages .....	223
cc) Legitimierung von der Satzung abweichender Positivregelungen ..	226
(1) Erfordernis einer Satzungsregelung .....	227
(2) Wahrung des Satzungsvorbehalts mittels Öffnungsklauseln ..	228
(3) Grenzen der Rechtsgestaltung mittels Öffnungsklauseln .....	233
dd) (Ergänzende) Umgestaltung der grundlegenden Gesellschaftsordnung	242
c) Zusammenfassung .....	250
III. Anforderungen an die Verwendung von Öffnungsklauseln .....	250
1. Anforderungen an die Regelung im Gesellschaftsvertrag .....	250
a) Zulässige Gegenstände .....	250
b) (Ausdrückliche) Regelung im Gesellschaftsvertrag .....	251
aa) Meinungsstand .....	251
bb) Stellungnahme .....	251
c) Inhaltliche Anforderungen, insbesondere Bestimmtheit .....	252

aa) Meinungsstand .....	252
bb) Stellungnahme .....	254
2. Anforderungen an den Umsetzungsbeschluss .....	258
a) Einhaltung der Grenzen der Öffnungsklausel .....	258
b) Beschlussmehrheit .....	259
aa) Meinungsstand .....	259
bb) Stellungnahme .....	259
c) Notarielle Beurkundung und Eintragung ins Handelsregister .....	261
aa) Meinungsstand .....	261
bb) Stellungnahme .....	261
3. Umsetzungentscheidungen anderer Organe .....	263
<b>E. Fazit .....</b>	<b>264</b>
I. Die Abweichung vom Gesellschaftsvertrag als Ausdruck der Satzungsautonomie .....	264
II. Die Abweichung vom Gesellschaftsvertrag als Transparenzproblem .....	266
III. Lösung ohne gesetzgeberische Maßnahmen .....	267
1. Öffnungsklauseln statt Satzungs durchbrechung .....	267
2. Einreichung zum Registerordner .....	269
IV. Mögliche gesetzgeberische Maßnahmen .....	270
1. Einführung eines allgemeinen Beschlussregisters der GmbH .....	270
2. Ergänzung der Satzungsänderungsvorschriften .....	271
3. Schaffung eines Beschlussmängelrechts der GmbH .....	272
V. Abschluss in Thesen .....	274
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>282</b>
<b>Sachwortverzeichnis .....</b>	<b>296</b>

## **Abkürzungsverzeichnis**

a. A.	anderer Ansicht
a. F.	alte Fassung
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft; Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AktG	Aktiengesetz
allg.M.	allgemeine Meinung
Anh.	Anhang
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BeckOGK	Beck-Online Großkommentar
BeckOK	Beck-Online Kommentar
BeckRS	Beck-Online Rechtsprechungssammlung
Beschl.	Beschluss
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BR-Drs.	Drucksachen des Bundesrates
BT-Drs.	Drucksachen des Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
d. h.	das heißt
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DNotI	Deutsches Notarinstitut
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift (Zeitschrift)
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
Einl.	Einleitung
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung

GmbH	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
GmbH-StB	GmbH-Steuerberater (Zeitschrift)
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
i. e. S.	im engeren Sinne
i. Erg.	im Ergebnis
i. R. d.	im Rahmen des/der
i. S. d.	im Sinne des/der
i. V. m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinne
insb.	insbesondere
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
LG	Landgericht
mglw.	möglicherweise
MittBayNot	Mitteilungen der Bayerischen Notarkammer (Zeitschrift)
MittRhNotK	Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer (Zeitschrift)
MüKo	Münchener Kommentar
MünchHdB GesR	Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	NJW Rechtsprechungsreport Zivilrecht (Zeitschrift)
NotBZ	Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis (Zeitschrift)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Zeitschrift)
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (Zeitschrift)
OLG	Oberlandesgericht
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift (Zeitschrift)
RT-Drs.	Drucksachen des Reichstages (8. Legislaturperiode – I. Session 1890/92)
s.	siehe
S.	Seite
s. o.	siehe oben
s. u.	siehe unten
sog.	sogenannte/r
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
Syst. Darst.	Systematische Darstellungen
u. a.	unter anderem
UmwG	Umwandlungsgesetz
Urt.	Urteil
v.	vom

v. a.	vor allem
vgl.	vergleiche
WEG	Wohnungseigentumsgesetz/-gesellschaft
WM	Wertpapiermitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankenrecht (Zeitschrift)
z. T.	zum Teil
ZD	Zeitschrift für Datenschutz (Zeitschrift)
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Zeitschrift)
ZHR	Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
ZWE	Zeitschrift für Wohnungseigentumsrecht (Zeitschrift)



## A. Einleitung

### I. Gesellschaftsvertrag und Abweichung

Die künftigen Gesellschafter der GmbH schließen zur Gründung der Gesellschaft nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen einen Vertrag (Gesellschaftsvertrag), der Rechtsbeziehungen zwischen ihnen begründet und auf die endgültige Errichtung der Gesellschaft gerichtet ist.<sup>1</sup> Als ihr Grundlagenvertrag prägt dieser zugleich die Strukturen und die innere Organisation der dadurch begründeten Gesellschaft. Daher wird er auch als deren Satzung oder Statut bezeichnet (s. u., S. 23 f.). Der Gesellschaftsvertrag der GmbH hat damit eine Doppelfunktion: Er ist sowohl (privatrechtlicher) Vertrag der Gesellschafter als auch Organisationsstatut der Gesellschaft.<sup>2</sup>

Mit der Eintragung der Gesellschaft und der Aufnahme des Gesellschaftsvertrages in das Handelsregister rückt dessen Vertragscharakter als privatrechtliche Vereinbarung der Gesellschafter teilweise in den Hintergrund.<sup>3</sup> Er dient dann nicht mehr vorrangig der Regelung der Beziehungen der Gesellschafter untereinander, sondern ist ordnungsgebendes Grundlagenstatut der rechtlich verselbstständigten Körperschaft GmbH und dient zugleich – durch die Aufnahme in das Handelsregister – der Information des Rechtsverkehrs über die Verfassung und Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter zu ihr. So beschrieb schon der historische Gesetzgeber anlässlich der Einführung des GmbH-Gesetzes im Jahre 1892 den Gesellschaftsvertrag als „die dauernde, auch Dritten erkennbar zu machende Grundlage der Gesellschaftsverhältnisse“<sup>4</sup>, deren „vollständiger Inhalt allen Interessenten zugänglich sein muß“<sup>5</sup>. Der Gesellschaftsvertrag ist somit nach der gesetzgeberischen Konzeption die zentrale Informationsquelle für die Teilnehmer am Rechtsverkehr, die mit der Gesellschaft in Kontakt treten. Durch ihn erhalten sie die Möglichkeit, ohne persönliche Kenntnis der Gesellschafter und unabhängig von deren Kooperation abschätzen zu können, wie die Gesellschaft organisiert ist und ihre Rechtsverhältnisse ausgestaltet sind.

---

<sup>1</sup> Zum Abschluss des Gesellschaftsvertrages siehe etwa MüKoGmbHG/*Heinze*, § 2 Rn. 31 ff.; MHLS/*Bormann/Stelmaszczyk*, § 2 Rn. 35; Scholz/*Cramer*, § 2 Rn. 6.

<sup>2</sup> *Altmeppen*, § 2 Rn. 5; BeckOK GmbHG/*Jaeger*, § 2 Rn. 1 ff.; Lutter/Hommelhoff/*Bayer*, § 2 Rn. 16; MüKoGmbHG/*Heinze*, § 2 Rn. 4; Scholz/*Cramer*, § 2 Rn. 3; *Wicke*, § 2 Rn. 2.

<sup>3</sup> MüKoGmbHG/*Heinze*, § 2 Rn. 4, 8; *Saenger/Inhester/Pfisterer*, § 2 Rn. 4.

<sup>4</sup> Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 8. Legislaturperiode – I. Session 1890/92 (im Folgenden: RT-Drs.), Aktenstück Nr. 660, S. 3733.

<sup>5</sup> RT-Drs., Aktenstück Nr. 660, S. 3736.

Dennoch bleibt es den Gesellschaftern der GmbH unbenommen, das in Angelegenheiten der von ihnen gegründeten Gesellschaft anzuwendende Recht (im Rahmen der zwingenden gesetzlichen Vorgaben) anzupassen. Für sie gelten – wie für alle Teilnehmer des Rechtsverkehrs – die verfassungsmäßig durch Art. 2 Abs. 1 GG als Bestandteile der allgemeinen Handlungsfreiheit garantierten Prinzipien der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit, die es ermöglichen, ihre Rechtsverhältnisse grundsätzlich frei zu gestalten und zu diesem Zweck auch privatrechtliche Vereinbarungen zu schließen sowie über deren Inhalt zu bestimmen.<sup>6</sup> Den Parteien privatrechtlicher Verträge obliegt es grundsätzlich selbst zu bestimmen, wie ihre Interessen in einen angemessenen Ausgleich zu bringen sind.<sup>7</sup> In Bezug auf die GmbH folgt daraus die sogenannte Satzungsautonomie, das Recht die Verhältnisse der Gesellschaft so auszustalten, wie es den Gesellschaftern im Rahmen der Gesetze zweckdienlich erscheint.<sup>8</sup> Vorbehaltlich zwingender gesetzlicher Bestimmungen sei, betonte schon der historische Gesetzgeber, hinsichtlich der inneren Verhältnisse der Gesellschaft „die Freiheit autonomer Regelung im weitesten Umfang anzuerkennen“.<sup>9</sup> Zum Ausdruck kommt dies insbesondere in der Vorschrift des § 45 GmbHG. Danach richten sich die Rechte der Gesellschafter in Angelegenheiten der GmbH, soweit nicht zwingende gesetzliche Vorschriften entgegenstehen, vorrangig nach ihren Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag (Abs. 1) und nur hilfsweise, soweit keine anderweitigen Bestimmungen getroffen wurden, nach den Regelungen der §§ 46–51 GmbHG (Abs. 2).

Wirksam werden nachträgliche Änderungen des Rechts der Gesellschaft aber erst, wenn sie in das Handelsregister eingetragen worden sind (§ 54 Abs. 3 GmbHG). Der Registeranmeldung ist auch der angepasste Satzungstext beizufügen (§ 54 Abs. 1 S. 2 GmbHG). Das aktuelle Recht der GmbH soll folglich von Gesetzes wegen immer aus dem Handelsregister ersichtlich sein. Der Gesellschaftsvertrag der GmbH steht damit stets im Spannungsverhältnis von Wandelbarkeit und Transparenz.

Nicht in jedem Fall soll allerdings der Gesellschaftsvertrag dauerhaft geändert werden. Oftmals wollen die Gesellschafter nur einen einzelnen Sachverhalt von der Geltung einer seiner Bestimmungen ausnehmen. Ausweislich der seit nunmehr beinahe einhundert Jahren andauernden Auseinandersetzung sowohl des juristischen Schrifttums als auch der Rechtsprechung mit derartigen Abweichungen im Einzelfall besteht für diese offensichtlich ein praktisches Bedürfnis, das das gesetzliche Willensbildungssystem der GmbH nicht zu befriedigen vermag.<sup>10</sup> Auch

<sup>6</sup> *BVerfG*, Beschl. v. 19. 10. 1983 – 2 BvR 298/81, NJW 1984, 476, 477; Leibholz/Rinck/Burghart, Art. 2 Rn. 23; Musielak, JuS 2017, 949.

<sup>7</sup> Leibholz/Rinck/Burghart, Art. 2 Rn. 23.

<sup>8</sup> BeckOGK GmbHG/Lindow, § 3 Rn. 31, 33; Habersack/Casper/Löbbecke/Ulmer/Habersack, Einleitung Rn. A 21; MüKoGmbHG/Wicke, § 3 Rn. 150; Teichmann, RNotZ 2013, 346; Heckschen, NZG 2019, 1281, 1282. S. aber auch Fleischer, ZHR 168 (2004), 673, 687 f. zu einer möglichen Herleitung aus dem spezielleren Art. 9 Abs. 1 GG (Vereinigungsfreiheit).

<sup>9</sup> RT-Drs., Aktenstück Nr. 660, S. 3732.

<sup>10</sup> Zur Entwicklung der Rechtsfigur der Satzungsdurchbrechung s. u., S. 50 ff.

insoweit gilt es, die Flexibilität der Gesellschaftsordnung in einen angemessenen Ausgleich mit der Rechtssicherheit und der gebotenen Information des Rechtsverkehrs zu bringen.

Zu diesem Problembereich – vorrangig zur Satzungsdurchbrechung – ist in jüngerer Zeit eine Reihe von Veröffentlichungen erschienen, die von der jeweils vorherrschenden Meinung abweichen, eigene rechtsdogmatische Ansätze vertreten oder gar eine völlige Abkehr von der Rechtsfigur der Satzungsdurchbrechung befürworten.<sup>11</sup> Diese historisch wohl beispiellose Fülle monographischer Schriften, aber auch die in jüngerer Zeit ergangene Entscheidung des *BGH* zur Errichtung von Aufsichtsräten auf Grundlage einer Öffnungsklausel,<sup>12</sup> die Anlass für eine kritische Untersuchung der Wirkungsweise derartiger Klauseln gibt, zeigen, dass die Thematik der Abweichung vom Gesellschaftsvertrag nicht an Aktualität, praktischer Relevanz oder rechtsdogmatischer Brisanz verloren hat. Obgleich insbesondere die Kommentarliteratur auf den ersten Blick den Eindruck vermitteln kann, die Thematik der Satzungsdurchbrechung sei durch eine Entscheidung des *BGH* aus dem Jahre 1993<sup>13</sup> weitgehend beruhigt worden, wird sich noch zeigen, dass dies nicht zutrifft und von einer Akzeptanz der Satzungsdurchbrechung durch die Rechtsprechung bisher keinesfalls die Rede sein kann (s.u., S. 96 ff.). Ähnliches gilt für die Öffnungsklauseln: Durch die Entscheidung des *BGH* aus dem Jahr 2019 könnte in Bezug auf sie ebenfalls der Eindruck entstehen, die Thematik sei einer abschließenden höchstrichterlichen Lösung zugeführt worden. Die Ausführungen des Gerichts zur Wirkungsweise von Öffnungsklauseln sind allerdings zumindest kritisch zu hinterfragen (s.u., S. 242 ff.), seine Entscheidung lässt zudem zahlreiche (Folge-)Fragen offen (dazu unten, S. 202 ff.). Es muss daher konstatiert werden, dass die Rechtsfigur der Öffnungsklauseln aus rechtsdogmatischer Sicht trotz ihrer hohen praktischen Bedeutung noch ganz am Anfang ihrer Entwicklung steht und in erheblichem Umfang weiterer Ausarbeitung bedarf.

Vor diesem Hintergrund liegt es nahe, die Themen der Satzungsdurchbrechung und der Öffnungsklauseln unter dem gemeinsamen Oberbegriff der Abweichung vom Gesellschaftsvertrag zu behandeln: Häufig nehmen Beiträge zur Satzungsdurchbrechung Bezug auf Öffnungsklauseln und bewerten diese als geeignetes Mittel zur Vermeidung der sich daraus ergebenden Problematiken.<sup>14</sup> Andererseits haben Beiträge zur Satzungsdurchbrechung auch die Diskussion von Öffnungsklauseln

<sup>11</sup> Siehe u.a. *Selentin*, Satzungsdurchbrechungen (2019) und *Peterseim*, Satzungsdurchbrechung (2020) sowie *Leuschner*, ZHR 180 (2016), 422 ff. zur Satzungsdurchbrechung, *Pöschke*, Satzungsdurchbrechende Beschlüsse (2020) zur Satzungsdurchbrechung und – wenn auch eher am Rande – Öffnungsklauseln und *Harbarth*, FS Krieger (2020) und *Wicke*, FS Mayer (2020) sowie *Leuschner*, ZHR 184 (2020), 608 ff. zu Öffnungsklauseln.

<sup>12</sup> *BGH*, Urt. v. 02.07.2019 – II ZR 406/17, NJW 2019, 3155 = BGHZ 222, 323.

<sup>13</sup> *BGH*, Urt. v. 07.06.1993 – II ZR 81/92, NJW 1993, 2246 = BGHZ 123, 15.

<sup>14</sup> Siehe u.a. *BeckOK* GmbHG/Trölitzsch, § 53 Rn. 29; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, § 53 Rn. 33; *Saenger/Inhester/Inhester*, § 53 Rn. 24a; *Priester*, ZHR 151 (1987), 40, 56; *Peterseim*, NZG 2019, 1255, 1258.