

**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
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

A. Einleitung	19
I. Gesellschaftsvertrag und Abweichung	19
II. Gang der Untersuchung	22
B. Begriffliche Bestimmung und Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes	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
C. Satzungsdurchbrechung	50
I. Genese der Rechtsfigur der Satzungsdurchbrechung	50
1. Entwicklung bis zur (vermeintlichen) Grundsatzentscheidung des BGH	50
a) Grundlagen und Herleitung der Satzungsdurchbrechung	50
aa) Höchststrichterliche 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 <i>BGH</i> von 1993	59
b) Umsetzung und Grundlagen der Satzungsdurchbrechung	62
aa) Rechtsprechung	62
(1) Höchststrichterliche 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 Satzungs- durchbrechung	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 Beschlussmän- gelrechts	137
cc) Zusammenfassung	140
b) Folgeprobleme der Zulässigkeit der Satzungsdurchbrechung	140
aa) Konkurrenz zweier Normbefehle	140
bb) Wiederholte Satzungsdurchbrechung	143
5. Zusammenfassung	146

D. Öffnungsklauseln	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) Satzungszwang 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 Wettbewerbsverboten	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 zweiaktige 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. Umsetzungsentscheidungen anderer Organe	263
E. Fazit	264
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 Satzungsdurchbrechung	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
Literaturverzeichnis.....	282
Sachwortverzeichnis	296

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

GmbHR	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.¹ 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.²

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.³ 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“⁴, deren „vollständiger Inhalt allen Interessenten zugänglich sein muß“⁵. 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.

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

² 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.

³ MüKoGmbHG/Heinze, § 2 Rn. 4, 8; Saenger/Inhester/Pfisterer, § 2 Rn. 4.

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

⁵ 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.⁶ Den Parteien privatrechtlicher Verträge obliegt es grundsätzlich selbst zu bestimmen, wie ihre Interessen in einen angemessenen Ausgleich zu bringen sind.⁷ In Bezug auf die GmbH folgt daraus die sogenannte Satzungsautonomie, das Recht die Verhältnisse der Gesellschaft so auszugestalten, wie es den Gesellschaftern im Rahmen der Gesetze zweckdienlich erscheint.⁸ Vorbehaltlich zwingender gesetzlicher Bestimmungen sei, betonte schon der historische Gesetzgeber, hinsichtlich der inneren Verhältnisse der Gesellschaft „die Freiheit autonomer Regelung im weitesten Umfang anzuerkennen“.⁹ 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.¹⁰ Auch

⁶ 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.

⁷ Leibholz/Rinck/Burghart, Art. 2 Rn. 23.

⁸ BeckOGK GmbHG/Lindow, § 3 Rn. 31, 33; Habersack/Casper/Löbbe/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).

⁹ RT-Drs., Aktenstück Nr. 660, S. 3732.

¹⁰ 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.¹¹ 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,¹² 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 1993¹³ 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.¹⁴ Andererseits haben Beiträge zur Satzungsdurchbrechung auch die Diskussion von Öffnungsklauseln

¹¹ 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.

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

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

¹⁴ 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.