

Wirksamkeit der sog. Öffnungsklausel

Orientierungssatz zur Anmerkung:

Öffnungsklauseln in Gesellschaftsverträgen, die zulassen, dass von der Gewinnverteilung nach dem Verhältnis der Geschäftsanteile zueinander durch Beschluss abgewichen wird, sind zulässig, wenn eine Abweichung nur einstimmig beschlossen werden kann.

Anmerkung zu OLG München, Beschluss vom 18.05.2011, 31 Wx 210/11

von **Dr. Nina Leonard**, RA'in, FA'in für Handels- und Gesellschaftsrecht und Partnerin, v. Boettcher Hasse Lohmann, München

A. Problemstellung

In der Praxis besteht häufig ein Bedürfnis, von gesellschaftsvertraglichen Vorgaben abweichen zu können. Hierfür enthalten Gesellschaftsverträge sogenannte Öffnungsklauseln, also ausdrückliche Ermächtigungen, die eine Abweichung von bestimmten materiellen Bestandteilen des Gesellschaftsvertrags zulassen, ohne dass der Gesellschaftsvertrag selbst geändert werden müsste.

In der vorliegenden Entscheidung ging es um eine Öffnungsklausel, die eine Abweichung von der Gewinnverteilung nach dem Verhältnis der Geschäftsanteile zuließ: Grundsätzlich erfolgt die Gewinnverteilung an die Gesellschafter nach dem Verhältnis ihrer Geschäftsanteile. Dies ist allerdings nicht zwingend, vgl. § 29 Abs. 3 Satz 2 GmbHG. Soll von einer Gewinnverteilung nach dem Verhältnis der Geschäftsanteile abgewichen werden, muss die Gewinnverteilungsregelung, die stattdessen gelten soll, klar und eindeutig in dem Gesellschaftsvertrag zum Ausdruck kommen (vgl. Emmerich in: Scholz, GmbHG, 10. Aufl. 2006, § 29 Rn. 78; FG Hessen, Urf. v. 25.02.2008 - 9 K 577/03 - BB 2005, 2229). Eine Öffnungsklausel, wonach Gewinne im Einzelfall mit der Zustimmung des benachteiligten Gesellschafters abweichend von dem Verhältnis der Geschäftsanteile ausgeschüttet werden sollen, ist ebenfalls grundsätzlich rechtlich unbedenklich.

Wird jedoch eine Öffnungsklausel, durch die eine von § 29 Abs. 3 Satz 1 GmbHG abweichende Gewinnverteilung erlaubt wird, erst nach Gründung der Gesellschaft aufgrund einer Änderung des Gesellschaftsvertrags vereinbart, so ist es aus Gründen des Minderheitsschutzes erforderlich, dass die Zustimmung aller Gesellschafter vorliegt. Missachten die Mehrheitsgesellschafter die Interessen der Minderheitsgesellschafter, so kann dies einen Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot begründen. Ein solcher Verstoß kann zu Ansprüchen der Gesellschaft gegen die begünstigten Gesellschafter auf Rückgewähr von Vorteilen und unter Umständen zu einem Anspruch des benachteiligten Gesellschafters gegen die Gesellschaft führen (vgl. Emmerich in: Scholz, GmbHG, § 29 Rn. 108 ff.; Lutter, ZGR 1978, 347, 366 ff). Insbesondere kann der benachteiligte Gesellschafter dann eine Ausgleichsleistung von der Gesellschaft verlangen, wenn unter Berücksichtigung der Treuepflichten keine andere Lösung, etwa die Entziehung des gewährten Vorteils, rechtlich möglich und zumutbar ist (BGH, Urf. v. 15.05.1972 - II ZR 70/70 - WM 1972, 931, 933; Emmerich in: Scholz, GmbHG, § 29 Rn. 109).

Streitigkeiten zwischen Gesellschaftern über die Gewinnverteilung und Fragen zum Schutz der Minderheitsgesellschafter waren schon wiederholt Gegenstand von gerichtlichen Entscheidungen (vgl. etwa BFH, Urf. v. 19.08.1999 - I R 77/96 - BStBl II 2001, 43, 43; BayOLG, Beschl. v. 23.05.2001 - 3Z BR 31/01 - NJW-RR 2002, 248; BFH, Urf. v. 27.05.2010 - VIII B 146/08; BFH, Urf. v. 27.05.2010 - VIII B 146/08 - BFH/NV 2010, 1865).

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Das OLG München hatte über eine Beschwerde gegen die Zwischenverfügung des AG München zu entscheiden. Nach der Entscheidung des Amtsgerichts soll eine Öffnungsklausel, die eine Gewinnverteilung abweichend von dem Verhältnis der Geschäftsanteile durch einstimmigen Beschluss der Gesellschafter im Einzelfall zulässt, gegen § 29 Abs. 3 Satz 2 GmbHG verstoßen, weil sie nicht die Zustimmung des Betroffenen für den Beschluss über die abweichende Gewinnverteilung verlange. Hiergegen richtet sich die Beschwerde.

Das OLG München kommt zu dem Ergebnis, dass die Beschwerde zulässig und auch begründet ist.

I. Rechtliche Unbedenklichkeit von Öffnungsklauseln

Das OLG München stellt zunächst klar, dass eine Öffnungsklausel grundsätzlich auch für eine von der gesetzlichen oder gesellschaftsvertraglichen Regelung abweichende Gewinnverteilung zulässig ist, wenn die Gewinnverteilung nicht dauerhaft, sondern nur punktuell für ein Geschäftsjahr durch Gesellschafterbeschluss abgeändert werden soll und der Gesellschafterbeschluss der Zustimmung aller Gesellschafter bedarf.

II. Erfordernis der Zustimmung des benachteiligten Gesellschafters

Es kommt weiter zu dem Ergebnis, dass der Minderheitsschutz durch die streitgegenständliche Öffnungsklausel nicht beeinträchtigt wird. Grundsätzlich dürfe – so das OLG München – ein Beschluss über eine von § 29 Abs. 3 Satz 1 GmbHG abweichende Gewinnverteilung nur mit Zustimmung des benachteiligten Gesellschafters zustande kommen. Dem sei vorliegend genügt.

Zwar enthalte der Gesellschaftsvertrag keine ausdrückliche Regelung, wonach ein Beschluss über eine von dem Verhältnis der Geschäftsanteile zueinander abweichende Gewinnverteilung der Zustimmung des benachteiligten Gesellschaftes bedürfe. Es genüge indes den Interessen der Minderheit und insbesondere des benachteiligten Gesellschafters, wenn – wie vorliegend – ein einstimmiger Beschluss aller Gesellschafter hinsichtlich einer disquotalen Gewinnausschüttung erforderlich sei.

Sehe der Gesellschaftsvertrag wie im vorliegenden Fall vor, dass

die Gesellschafterversammlung nur beschlussfähig ist, wenn sie ordnungsgemäß einberufen wurde und sämtliche Gesellschafter vertreten sind,

bei Beschlussunfähigkeit innerhalb von zwei Wochen eine neue Gesellschafterversammlung mit gleicher Tagesordnung einberufen werden kann und diese Gesellschafterversamm-

lung dann ohne Rücksicht auf das vertretene Stammkapital beschlussfähig und hierauf in der Ladung hinzuweisen ist,

Beschlüsse ausschließlich einstimmig gefasst werden und

Einstimmigkeit „mit allen bei der Beschlussfassung vorhandenen Stimmen“ bedeute,

so liege keine Gefährdung der Minderheitenrechte des benachteiligten Gesellschafters vor, denn eine Gewinnausschüttung abweichend von dem Verhältnis der Geschäftsanteile könne nicht ohne seine Zustimmung beschlossen werden, sofern er seine Gesellschafterrechte wahrnehme. Der Begriff „einstimmig“ sei auch nicht irreführend, da es jedem klar sei, dass ein einstimmiger Beschluss bei der zweiten Versammlung mit allen bei der Beschlussfassung vorhandenen Stimmen gefasst werden könne.

C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung des OLG München steht im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung, wonach eine von § 29 Abs. 3 Satz 1 GmbHG abweichende Regelung über die Gewinnausschüttung im Gesellschaftervertrag zulässig ist (BayObLG, Beschl. v. 23.05.2001 - 3Z BR 31/01 - NJW-RR 2002, 248, 249; BFH, Urt. v. 27.05.2010 - VIII B 146/08 - BFH/NV 2010, 1865).

I. Zulässigkeit von Öffnungsklauseln

Das AG München hielt die Zulässigkeit der gesellschaftsvertraglichen Regelung nicht deshalb für zweifelhaft, weil Rechtsprechung und Literatur verlangen, dass eine von § 29 Abs. 3 Satz 1 GmbHG abweichende Regelungen klar und missverständlich ist (BayObLG, Beschl. v. 23.05.2001 - 3Z BR 31/01 - NJW-RR 2002, 248; BayObLG, Beschl. v. 17.09.1987 - BReg 3 Z 122/87 - BayObLGZ 1987, 314; Schneider in: Scholz, GmbHG, § 39 Rn. 81), sondern weil nicht die Zustimmung des benachteiligten Gesellschafters verlangt wurde. Dies war insofern überraschend, weil das AG München sich scheinbar nicht weiter mit den Beschlusserfordernissen befasst hat; wenn Beschlüsse nur einstimmig gefasst werden können, ist zwangsläufig die Zustimmung des betroffenen Gesellschafters erforderlich, jedenfalls wenn er seine

Gesellschafterrechte wahrnimmt und zu der Gesellschafterversammlung erscheint.

Das BayObLG hat bereits in seiner Entscheidung vom 23.05.2001 (3Z BR 31/01 - NJW-RR 2002, 248, 249) eine Öffnungsklausel im dem Gesellschaftsvertrag einer GmbH, wonach die Gesellschafter unter Zustimmung des beeinträchtigten Gesellschafters alljährlich über eine von der gesellschaftsvertraglichen Regelung abweichende Gewinnverteilung beschließen können, für zulässig erachtet. Es hat klargestellt, dass eine solche Öffnungsklausel weder an der geringeren Publizität scheitert noch an der inhaltlichen Ausgestaltung. Eine Durchbrechung des Gesellschaftsvertrags, die nur bei bewusster Zuwiderhandlung gegen den in dem Gesellschaftsvertrag verankerten Gesellschafterwillen gegeben sei, liege nicht vor, da die Klausel lediglich eine Ermächtigung für die Abweichung von bestimmten materiellen Bestandteilen des Gesellschaftsvertrags darstelle, ohne dass der Gesellschaftsvertrag selbst geändert werden müsse.

II. Abgrenzung von Durchbrechungen des Gesellschaftsvertrags

Von Öffnungsklauseln abzugrenzen sind Durchbrechungen des Gesellschaftsvertrags, bei denen die Gesellschafter im Einzelfall durch Beschluss ohne Einhaltung der für eine Änderung des Gesellschaftsvertrags einzuhaltenden Bestimmungen der §§ 53, 54 GmbHG von einer Bestimmung des Gesellschaftsvertrags ausnahmsweise abweichen, die betroffene gesellschaftsvertragliche Bestimmung für die Zukunft aber unverändert lassen wollen (Priester/Veil in: Scholz, GmbHG, § 53 Rn. 27). Anders als bei der Durchbrechung des Gesellschaftsvertrags liegt bei Vorliegen einer Öffnungsklausel kein Zuwiderhandeln gegen den in dem Gesellschaftsvertrag verkörperten Gesellschafterwillen vor.

Während die Zulässigkeit einer Öffnungsklausel unproblematisch ist, sind Durchbrechungen des Gesellschaftsvertrags nur unter engen Voraussetzungen möglich. Dabei ist nach überwiegender Auffassung zu unterscheiden, ob die Änderung eine punktuelle Wirkung oder eine Dauerwirkung hat:

Entfaltet der Beschluss eine Dauerwirkung, so wirkt er auch für die Zukunft und ist damit materiell satzungsändernd. Ohne Einhaltung der

§§ 53, 54 GmbHG für Änderungen des Gesellschaftsvertrags und Eintragung ins Handelsregister ist der Beschluss unwirksam (Bayer in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 53 Rn. 30).

Hat der Beschluss dagegen nur punktuelle Wirkung, so ist er wegen Verstoßes gegen den Gesellschaftsvertrag (nur) anfechtbar. Haben alle Gesellschafter der Änderung für den konkreten Fall zugestimmt, so ist und bleibt der Beschluss wirksam, da die Anfechtungsbefugnis aller Gesellschafter, die ihm zugestimmt haben, entfällt (Bayer in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 53 Rn. 31).

D. Auswirkungen für die Praxis

Eine Öffnungsklausel, die eine Gewinnverteilung abweichend von dem Verhältnis der Geschäftsanteile durch einstimmigen Beschluss der Gesellschafter zulässt, ermöglicht es den Gesellschaftern, im Einzelfall über eine disquotale Gewinnausschüttung in den Gesellschafterversammlungen zu beschließen, ohne dass der Gesellschaftsvertrag geändert werden müsste. Rechtliche Bedenken an der Zulässigkeit bestehen dann nicht, wenn der Beschluss über eine abweichende Gewinnverwendung nur mit allen Stimmen, also auch denen der benachteiligten Gesellschafter, gefasst werden kann.