



Die Oberbürgermeisterin · 42849 Remscheid · OB

CDU Ratsfraktion  
SPD Ratsfraktion  
FDP Ratsfraktion  
Bündnis 90/DIE GRÜNEN Ratsfr.  
W.i.R. Ratsfraktion  
DIE LINKE  
Mit Telefax an die Fraktionsgesch.

Kontakt Beate Wilding  
Gebäude Rathaus  
Raum 220  
Telefon (0 21 91) 16-2288  
Telefax (0 21 91) 16-2621  
E-Mail oberbuergemeisterin@str.de  
Zeichen

Datum 15.06.2012

**Bergische Symphoniker – Orchester der Städte Remscheid und Solingen GmbH;  
Schreiben des Oberbürgermeisters der Stadt Solingen vom 14. Juni 2012**

Sehr geehrte Damen und Herren,

anbei gebe ich Ihnen das mir übersandte Schreiben von Herrn Oberbürgermeister Feith zur Kenntnis.

Ich habe dieses Schreiben und die kurzgutachterliche Stellungnahme heute dem Rechtsbeistand der Stadt Remscheid mit der Bitte um rechtliche Würdigung übersandt. Diese Stellungnahme werde ich Ihnen sodann ebenfalls zur Kenntnis geben.

Mit freundlichen Grüßen

*B. Wilding*  
Beate Wilding  
Oberbürgermeisterin

Anlage

Sprechzeiten:  
Mo. – Fr. 9 – 12 Uhr  
Di. 14 – 16 Uhr  
und nach Vereinbarung

www.remscheid.de

Buslinien:  
615, 653, 654, 655,  
656, 657, 658, 660

Bushaltestellen:  
Rathaus, Allee-Center

Bankverbindungen:  
Stadtparkasse  
Remscheid  
BLZ 340 500 00  
Kto.-Nr. 18

Postbank Köln  
BLZ 370 100 50  
Kto.-Nr. 160 90-508

# Solingen

Stadt Remscheid  
Oberbürgermeisterin Beate Wilding  
Theodor-Heuss-Platz 1

DER OBERBÜRGERMEISTER  
Norbert Feith

42849 Remscheid

Solingen, 14.06.2012

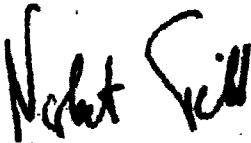
Sehr geehrte Frau Wilding,

heute erreichte mich das von mir in Auftrag gegebene Gutachten zur Frage des Umgangs mit den Bergischen Symphonikern. Es kommt zu folgenden Ergebnissen:

- Es besteht eine unbefristete Verpflichtung zur Zahlung der Betriebskostenzuschüsse, da es sich um eine schuldrechtliche Nebenvereinbarung der Städte Remscheid und Solingen handelt.
- Eine Kündigung des Gesellschaftsvertrages durch die Stadt Remscheid ist nicht zulässig.
- Die Zahlungseinstellung des Betriebskostenzuschusses durch die Stadt Remscheid führt zwangsläufig zur Insolvenz der Gesellschaft und könnte aufgrund treuwidrigen Verhaltens eine Inanspruchnahme wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung nach sich ziehen.

Ich füge das Gutachten als Anlage zur unmittelbaren Kenntnisnahme bei. Zeitgleich werde ich darüber hinaus auch die im Rat der Stadt Solingen vertretenen Fraktionen informieren.

Mit freundlichen Grüßen



Norbert Feith  
Oberbürgermeister

Rathausplatz 1  
42651 Solingen  
Telefon 0212 - 290 3400  
Fax 0212 - 290 3402

**Luther**

Rechtsanwalts-gesellschaft mbH

---

**Kurzgutachterliche Stellungnahme**

- 
- **Besteht eine Pflicht zur Zahlung von Betriebskostenzuschüssen durch die Städte Remscheid und Solingen?**
  - **Ist der Austritt der Stadt Remscheid aus der Bergische Symphoniker – Orchester der Städte Remscheid und Solingen GmbH rechtlich möglich?**
  - **Besteht ein Haftungsrisiko der Gesellschafter?**
- 

im Auftrag der

**Stadt Solingen**

erstattet von den Rechtsanwälten

**Dr. Carsten E. Beisheim  
Andreas Hecker, LL.M. oec.**

Düsseldorf, 14. Juni 2012

---

# Luther

Rechtsanwalts-gesellschaft mbH

## INHALT

	Seite
A. Fragestellung.....	3
B. Ergebnis.....	3
C. Sachverhalt.....	4
1. Ziele bei der Gründung der Gesellschaft.....	4
2. Finanzielles Engagement der Städte Solingen und Remscheid.....	4
3. Regelungen zu Nachschüssen und Zuschüssen im Gesellschaftsvertrag.....	5
4. Gutachten vom 3. Mai 2012.....	5
D. Rechtliche Würdigung.....	6
1. Zusammenfassung des Gutachtens vom 3. Mai 2012.....	6
2. Verpflichtung zur dauerhaften Zahlung von Betriebskostenzuschüssen.....	6
3. Austrittsrecht der Stadt Remscheid.....	8
4. Haftungsrisiken der Gesellschafter.....	10
(1) Schuldrechtliche Haftung.....	11
(2) Haftung wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung gemäß § 826 BGB.....	11

# Luther

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

## KURZGUTACHTERLICHE STELLUNGNAHME

### A. Fragestellung

Wir wurden um Prüfung der Rechtsfrage gebeten, ob eine Verpflichtung der Städte Remscheid und Solingen besteht, dauerhaft Betriebskostenzuschüsse zur Finanzierung Bergische Symphoniker – Orchester der Städte Remscheid und Solingen GmbH (nachfolgend auch die „Gesellschaft“) zu leisten. In diesem Zusammenhang wurde von uns auch untersucht, ob die Stadt Remscheid ein Austrittsrecht hat und inwieweit eine Haftung anzunehmen ist, soweit sich ein Gesellschafter weigert, Betriebskostenzuschüsse zu leisten.

Im Rahmen unserer Prüfung sollte ein für die Stadt Remscheid von der *Rechtskanzlei D'Avoine Teubler Neu* erstelltes Rechtsgutachten vom 3. Mai 2012 (nachfolgend auch das „*Gutachten vom 3. Mai 2012*“) berücksichtigt werden.

### B. Ergebnis

- Aus den vorliegenden Unterlagen folgt, dass es sich bei der Verpflichtung zur Erbringung der Betriebskostenzuschüsse um eine schuldrechtliche Nebenvereinbarung der Städte handelt. Diese Verpflichtung ist unbefristet, weshalb eine Zahlungseinstellung bzw. Verweigerung der Bezuschussung durch die Stadt Remscheid unzulässig ist.
- Ein Austritt der Stadt Remscheid aus Ihrer Gesellschafterstellung ist aufgrund des fehlenden Bezugs zwischen der Zahlungspflicht (aufgrund schuldrechtlicher Nebenvereinbarung) und dem Austrittsrecht (aus der Gesellschafterstellung) derzeit nicht möglich. Selbst wenn man davon ausgeht, dass keine schuldrechtliche Nebenvereinbarung zur dauerhaften Leistung der Betriebskostenzuschüsse vorliegt, ergibt sich aus der derzeitigen Sachverhaltskonstellation, dass zahlreiche Maßnahmen anstelle eines Austritts möglich wären und somit der Austritt als *ultima-ratio-Handlung* unzulässig ist.

# Luther

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

- Aufgrund der schuldrechtlichen Nebenverpflichtung zur Zahlung der Betriebskostenzuschüsse kommt eine unmittelbare Haftung der jeweiligen Stadt bei der Verweigerung ihrer Zuschusserbringung in Betracht. Darüber hinaus könnte bei einer aus der Zahlungseinstellung der Stadt Remscheid resultierenden Insolvenz der Gesellschaft aufgrund treuwidrigen Verhaltens eine Inanspruchnahme wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung gemäß § 826 BGB in Betracht kommen.

## C. Sachverhalt

### 1. Ziele bei der Gründung der Gesellschaft

Unter anderem zur Hebung von Synergieeffekten und Einsparungsmöglichkeiten wurden im Jahr 1995 die Orchester der Städte Solingen und Remscheid (nachfolgend gemeinsam auch die „Städte“) in der „Bergische Symphoniker – Orchester der Städte Remscheid und Solingen GmbH“ zusammengefasst. So findet sich in der die Gründung der Gesellschaft betreffenden Beschlussvorlage Drs. 41/25 (1995) der Stadt Remscheid die Aussage: „Der Gedanke einer Fusion ist seinerzeit allein aus Kostengesichtspunkten entstanden. Die desolate Haushaltssituation zwingt die Kommunen zu gravierenden Sparmaßnahmen in allen Bereichen.“

### 2. Finanzielles Engagement der Städte Solingen und Remscheid

Neben den musikalischen Engagements des Orchesters durch die Städte, die nicht nur Gesellschafter, sondern auch „Hauptkunden“ sind, tragen diese durch die Zahlung von jährlichen Betriebskostenzuschüssen anteilig (nahezu) die gesamte wirtschaftliche Last des Orchesters bzw. der Gesellschaft.

In der Beschlussvorlage Drs. 41/32 (1995) der Stadt Remscheid wurde auf S. 3 festgehalten: „Der vorläufige Wirtschaftsplan, der in der konstituierenden Gesellschafterversammlung am 29. August 1995 zu beschließen ist, weist für das Jahr 1995 einen anteiligen Betriebskostenzuschuss in Höhe von 1,1 Mio. EUR aus.“

In der Beschlussvorlage Drs. 41/70 (1996) der Stadt Remscheid wird auf S. 2 für das Jahr 1996 der anteilige Betriebskostenzuschuss für das Jahr 1995/1996 mit 3,583 Mio. DM zzgl. der Anmietung des Orchesters für 688.750 DM beziffert. Auf dem als Anlage hierzu

# Luther

Rechtsanwalts-gesellschaft mbH

beigefügten Dokument „TOP 2: Wirtschaftsplan“ wird unter dem Punkt „Geschäftsgrundlage 3“ festgehalten: „Die Erfolgspläne basieren auf einer Preisfindung für die Gesellschafterstädte auf einem marktpreisnahen Niveau. Der sich daraus errechnende „Betriebskostenzuschuß“ entspricht dem betriebswirtschaftlichen Jahresverlust und gibt den Subventionsbetrag wieder, mit welchem die Gesellschafterstädte die Bergische Symphoniker GmbH über den Marktpreis hinaus subventionieren“. Auf den darauffolgenden Seiten wird im „Revidierten Erfolgsplan“ (Stand: 29. April 1996) der Betriebskostenzuschuss für das Wirtschaftsjahr 1995/1996 der Gesellschaft als „außerordentlicher Ertrag“ mit insgesamt 6,714 Mio. DM (Stand 8/95) bzw. mit 6,989 Mio. DM (Stand 4/96) beziffert.

Im Rahmen eines Gesellschafterbeschlusses vom 15. Mai 1996, auf den das Gutachten vom 3. Mai 2012 ausdrücklich Bezug nimmt, wurden u.a. unter TOP 2 die „Geschäftsgrundlagen 1, 2 und 3“ sowie der revidierte Erfolgsplan 1995/1996 und der Erfolgsplan 1996/1997 beschlossen. Bei dem Beschlussgegenstand handelt es sich um das zur o.g. Beschlussvorlage Drs. 41/70 (1996) vorgelegte Dokument „TOP 2: Wirtschaftsplan“.

### **3. Regelungen zu Nachschüssen und Zuschüssen im Gesellschaftsvertrag**

Im Gesellschaftsvertrag in der Fassung vom 15. August 1995 normiert § 8 die Rechte und Pflichten der Gesellschafterversammlung. In dessen Absatz 7 wird geregelt, dass Entscheidungen der Gesellschafterversammlung in Bezug auf „Zuschussgewährung“, „Nachschusspflicht“ sowie die „Wirtschaftsplanung“ einem qualifizierten Quorum bedürfen. Darüber hinaus wird in § 9 Abs. 1 Nr. 4 die Feststellung des Wirtschaftsplans der originären Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung unterworfen. In § 12 des Gesellschaftsvertrags findet sich zudem eine Regelung zur Nachschusspflicht. Voraussetzung für die Einforderung von Nachschüssen durch die Gesellschafterversammlung ist nach § 12 Abs. 1 Satz 2 u.a., dass eine Abweichung vom Wirtschaftsplan hinreichend begründet wird.

### **4. Gutachten vom 3. Mai 2012**

Die Stadt Remscheid hat bei der Rechtsanwaltskanzlei *D'Avoine Teubler Neu* im Hinblick auf ihre derzeitige Haushaltssituation ein Rechtsgutachten in Auftrag gegeben. Dieses Gutachten vom 3. Mai 2012 ist mit weiteren Unterlagen auf der Homepage der Stadt Remscheid veröffentlicht. Darüber hinaus gehende Unterlagen lagen uns nicht vor.

# Luther

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

## D. Rechtliche Würdigung

### 1. Zusammenfassung des Gutachtens vom 3. Mai 2012

Im Gutachten vom 3. Mai 2012 wird auf S. 2 ff. zur Frage nach der Wirksamkeit der „unbegrenzten Nachschussverpflichtung“ in Form der Betriebskostenzuschüsse ausgeführt, dass mit dem Gesellschafterbeschluss vom 15. Mai 1996 die Begrenzung der Nachschussverpflichtung, die in § 12 des Gesellschaftsvertrags festgelegt sei, verdrängt werden sollte. Insoweit sei dieser Beschluss Grundlage für die unbegrenzte Nachschussverpflichtung in Form der Betriebskostenzuschüsse. Da der Beschluss insoweit von der Satzung abweiche, hätte es der zur Satzungsänderung erforderlichen Form bedurft. Diese sei aber nicht erfüllt worden. Für die Verpflichtung zu unbeschränkten Nachschüssen fehle es somit an einer ausreichenden rechtlichen Grundlage.

In einem zweiten Prüfungsschritt (S. 5 ff.) wird anschließend herausgearbeitet, dass, sofern die Beschlussfassung über die unbeschränkte Nachschusspflicht *nicht* wirksam sei, Verhandlungen der Gesellschafter über das weitere Vorgehen im Hinblick auf die Nachschussverpflichtung erforderlich seien. Ein Austrittsrecht der Stadt Remscheid sei zu bejahen, wenn im Rahmen solcher Verhandlungen keine für die Stadt Remscheid finanziell tragbare Lösung erreicht werden könne.

### 2. Verpflichtung zur dauerhaften Zahlung von Betriebskostenzuschüssen

Nach dem Gutachten vom 3. Mai 2012 könnte sich die Pflicht zur laufenden Zahlung der Betriebskostenzuschüsse allenfalls aus dem Gesellschafterbeschluss vom 15. Mai 1996 ergeben. Dieser sei dann aber als die Nachschusspflicht im Gesellschaftsvertrag ändernder bzw. verdrängender Beschluss mangels satzungsändernder Form unwirksam.

Zwar ist im Hinblick auf die Verpflichtung der Städte u.a. auf den Gesellschafterbeschluss vom 15. Mai 1996 abzustellen, entgegen der Ausführungen im Gutachten sind die in der Versammlung getroffenen und bereits vorab von den Städten vereinbarten Regelungen in Bezug auf die Verpflichtung der Übernahme von Betriebskostenzuschüssen jedoch weder satzungsändernde Regelungen noch den formalen Anforderungen für Satzungsänderun-



# Luther

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

gen unterworfen.<sup>1</sup> Sie betreffen insbesondere nicht die Nachschusspflicht, die im Gesellschaftsvertrag geregelt wurde. Es liegt vielmehr eine schuldrechtliche Nebenvereinbarung zur dauerhaften Verpflichtung der Städte vor, Betriebskostenzuschüsse zu erbringen. Der Abschluss einer solchen Vereinbarung ist entgegen dem Gutachten vom 3. Mai 2012 formfrei möglich.

Der BGH hat bereits in einer Entscheidung vom 8. Februar 1993 festgestellt, dass Nachschüsse der Erhöhung des Vermögens der Gesellschaft und nicht der Deckung der laufenden Kosten dienen; bei der Nachschusspflicht handelt es sich um eine Form der variablen Aufbringung von Zusatzkapital.<sup>2</sup> Den Städten ging es vorliegend jedoch um die laufende Finanzierung der Gesellschaft und nicht um eine Erhöhung des Vermögens. Auch die Formulierung in § 12 des Gesellschaftsvertrags spricht gegen die Annahme, dass die Betriebskostenzuschüsse Nachschüsse im Sinne des Gesellschaftsvertrags bzw. im Sinne von § 26 GmbHG sein sollen. So verlangt der Gesellschaftsvertrag für die Nachschusserbringung eine Abweichung vom Wirtschaftsplan. Die Betriebskostenzuschüsse ergeben sich demgegenüber unmittelbar aus den im Wirtschaftsplan festgelegten Beträgen. Schließlich stand für die Städte bereits bei Gründung der Gesellschaft fest, dass die Gesellschaft jährliche Betriebskostenzuschüsse in Millionenhöhe würde benötigen müssen; die Begrenzung von Nachschusszahlungen im Sinne von § 12 des Gesellschaftsvertrages auf DM 300.000 wäre dann geradezu unsinnig, wenn die Gesellschafter die Betriebskostenzuschüsse als Leistungen im Sinne gerade dieses § 12 angesehen hätten.

Da es sich bei den Betriebskostenzuschüsse nicht um Nachschüsse handelt, wurde mit der Beschlussfassung vom 15. Mai 1996 weder eine Satzungsänderung vorgenommen noch ein satzungsändernder Beschluss im Hinblick auf die dort verankerte Nachschusspflicht gefasst.

Weiter zu klären ist, ob die Betriebskostenzuschüsse gesellschaftsrechtliche Nebenleistungen im Sinne des GmbHG oder aber Leistungen aufgrund einer schuldrechtlichen Nebenvereinbarung der Gesellschafter sind.<sup>3</sup> Vorliegend findet sich im Gesellschaftsvertrag zwar der Begriff „Zuschussgewährung“, jedoch wird weder der Verpflichtete noch die ei-

<sup>1</sup> Zur Formfreiheit von schuldrechtlichen Nebenvereinbarungen: BGH, 08.02.1993 – II ZR 24/92; Wicke, DStR 2006, 1137 (1139).

<sup>2</sup> BGH, Urt. v. 08.02.1993 – II ZR 24/92.

<sup>3</sup> Vgl. zur Differenzierung: BGH, Urt. v. 08.02.1993 – II ZR 24/92; Hueck/Fastrich, in Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. § 3 Rn. 31 ff., 56 ff.; Wicke, DStR 2006, 1137.

gentliche Verpflichtung konkretisiert, sodass sich für eine gesellschaftsrechtliche Nebenleistung im Sinne von § 3 GmbHG kaum Anknüpfungspunkte finden lassen. Vielmehr ergibt sich aus den Verhandlungen der Städte im Zusammenhang mit der Gründung der Gesellschaft in den Jahren 1995 und 1996 und insbesondere aus der Beschlussfassung vom 15. Mai 1996 unter TOP 2.2 („Geschäftsgrundlagen 1, 2 und 3“) die außerhalb des Gesellschaftsvertrags getroffene Vereinbarung der Städte zur Übernahme der laufenden und künftigen Betriebskostenzuschüsse. Auch ein vom BGH im Urteil vom 8. Februar 1993 herangezogenes Kriterium spricht vorliegend gegen die Einordnung als gesellschaftsrechtliche Nebenleistung und für die Einordnung als schuldrechtliche Nebenvereinbarung: In diesem Urteil hat der BGH u.a. danach differenziert, ob eine Nebenleistungspflicht dem Geschäftsanteil anhafte oder ob gerade der gegenwärtige Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft oder seinen Mitgesellschaftern gebunden sein soll.<sup>4</sup> Bei der vorliegenden Konstellation ist letzteres der Fall, denn nur die jetzigen Gesellschafter – und nicht ein etwa durch Anteilsenerwerb neu eintretender Gesellschafter – sollten aufgrund der Zusammenlegung der Orchester entsprechend der eingebrachten Orchestergrößen die Betriebskosten des neuen, gemeinsamen Orchesters finanzieren.

Nach alledem ist die Verpflichtung zur dauerhaften Zahlung von Betriebskostenzuschüssen als schuldrechtliche Nebenvereinbarung zu qualifizieren. Da schuldrechtliche Nebenvereinbarungen formfrei zulässig sind und insbesondere nicht den Anforderungen für Satzungsänderungen unterliegen, steht der Wirksamkeit auch nicht entgegen, dass die Vereinbarungen in Schriftform bzw. teilweise (klar) mündlich getroffen wurden.

### 3. Austrittsrecht der Stadt Remscheid

Aufgrund der dauerhaften Verpflichtung der Städte zur Zahlung von Betriebskostenzuschüssen an die Gesellschaft im Rahmen einer schuldrechtlichen Nebenvereinbarung besteht – entgegen der Beurteilung im Gutachten vom 3. Mai 2012 – kein Austrittsrecht der Stadt Remscheid. Dieses Austrittsrecht ist selbst dann derzeit nicht gegeben, wenn man die Verpflichtung aus einer schuldrechtlichen Nebenvereinbarung verneint.

Ein Austrittsrecht des Gesellschafters aus in einer GmbH ist nach dem *ultima-ratio-Prinzip* nur anzunehmen, wenn keine anderen, für die Gesellschaft weniger einschneidenden Möglichkeiten zur Konfliktlösung bestehen. So muss der Gesellschafter z.B. gegen Ge-

<sup>4</sup> BGH, Ur. v. 08.02.1993 – II ZR 24/92.

# Luther

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

sellschafterbeschlüsse oder Maßnahmen, die er für rechtswidrig hält, zunächst im Wege der Klage vorgehen oder bei einer Nebenleistungspflicht im Sinne des § 3 Abs. 2 GmbHG versuchen, eine Änderung oder einen Erlass im Wege der Satzungsänderung zu erreichen. Ein zum Austritt berechtigender wichtiger Grund liegt nur dann vor, wenn dem betreffenden Gesellschafter ein Verbleib in der Gesellschaft unzumutbar ist, wenn einschneidende Abhilfemöglichkeiten nicht bestehen und bei einer Gesamtabwägung aller Umstände die Interessen der Gesellschaft und der Mitgesellschafter an einem Verbleiben des austrittswilligen Gesellschafters als weniger schutzwürdig erscheinen. Hierbei müssen nicht nur die Umstände des Austrittsbegehrens, sondern alle Umstände gegeneinander abgewogen werden, wobei ein Verschulden der Mitgesellschafter oder der Gesellschaft nicht erforderlich ist, aber im Rahmen der Zumutbarkeit eine Rolle spielen kann. Zudem ist bei der Zweipersonen GmbH besonders sorgfältig zu prüfen, ob die Fortführung des Gesellschaftsunternehmens für den dann verbleibenden Alleingesellschafter zumutbar ist.

Vor allem ist vorliegend zu berücksichtigen, dass die Verpflichtung zur dauerhaften Erbringung von Betriebskostenzuschüssen als schuldrechtliche Nebenvereinbarung und nicht als mitgliedschaftliche Verpflichtung aufgrund gesellschaftsvertraglicher Regelungen zu qualifizieren ist.

Zunächst ist, wie im Gutachten vom 3. Mai 2012 dargestellt, zu beachten, dass bereits die Gründung der gemeinsamen Gesellschaft u.a. aus Kostenerwägungen und aufgrund der schlechten Haushaltslage erfolgte. Zudem ist gerade bei Kommunen ein Austrittsrecht allein aufgrund der finanziellen Belastungen nicht anzuerkennen. Im konkreten Fall kommen vor allem aber vielfältige Maßnahmen der Gesellschafter und der Gesellschaft in Betracht, um die finanziellen Lasten der Gesellschafter abzumildern, bspw. die gemeinsame Suche nach weiteren potentiellen Gesellschaftern (Kommunen) oder eine Änderung der Förder- und Finanzierungsstruktur oder eine Reduzierung des finanziellen Engagements durch eine Verkleinerung des gemeinsam geschaffenen Orchesters. Auch ein Zusammenschluss mit anderen, bereits existierenden Orchestern oder eine andere Lastenverteilung hinsichtlich des Finanzierungsaufwandes wären denkbare weniger einschneidende Maßnahmen. Angesichts der naheliegenden Lösungsmöglichkeiten ist vorliegend nicht von einer *ultima-ratio*-Situation auszugehen. Dieses gilt unabhängig davon, ob sich eine Verpflichtung zur Zahlung der Betriebskostenzuschüsse aus der schuldrechtlichen Nebenvereinbarung ergibt oder ob – wie in dem Gutachten vom 3. Mai 2012 vorgetragen wird – eine solche Verpflichtung nicht besteht.

# Luther

Rechtsanwalts-gesellschaft mbH

Letztendlich ist aber vor allem bei der vorzunehmenden Gesamtabwägung die Trennung der Gesellschafterstellung von der schuldrechtlichen Nebenvereinbarung zu berücksichtigen. Die schuldrechtliche Nebenvereinbarung ist ein neben der Gesellschafterstellung bestehendes Vertragsverhältnis, das im Hinblick auf Rechte und Pflichten, aber auch hinsichtlich einer etwaigen Kündigungsmöglichkeit eigenständig zu beurteilen ist. Dem steht auch die im Gutachten vom 3. Mai 2012 zitierte Rechtsprechung des BGH zum Austritt aufgrund unzumutbarer Nebenleistungspflichten nicht entgegen. Diese bezieht sich ausschließlich auf satzungsmäßige Nebenleistungspflichten im Sinne des § 3 Abs. 2 GmbHG und gerade nicht auf schuldrechtliche Nebenvereinbarungen. Soweit also die Stadt Remscheid gegen die dauerhafte Verpflichtung zur Erbringung von Betriebskostenzuschüssen vorgehen wollte, wird dies nicht im Wege des Austritts aus der Gesellschaft, sondern allenfalls im Rahmen einer Kündigung der schuldrechtlichen Nebenverpflichtung möglich sein. Vorliegend sind jedoch keine durchgreifenden Kündigungsgründe ersichtlich; insbesondere kann die angespannte Haushaltslage der Kommune kein Kündigungsrecht begründen, zumal die Haushaltslage der Stadt Remscheid bereits bei Abschluss der schuldrechtlichen Nebenvereinbarung problematisch war.

#### 4. Haftungsrisiken der Gesellschafter

Unabhängig von den dauerhaften Zahlungsverpflichtungen der Städte durch die schuldrechtliche Nebenvereinbarung steht aufgrund der aktuellen Ereignisse zu befürchten, dass die Stadt Remscheid die Einstellung sämtlicher Zahlungen in Betracht zieht. Wie bereits unter Ziffer 2 dargestellt, besteht aufgrund der schuldrechtlichen Nebenvereinbarung eine Pflicht zur Zahlung der Betriebskostenzuschüsse, sodass diese Ansprüche – unabhängig vom Eintritt der Insolvenz – bei Fälligkeit geltend gemacht werden können.

Trotz dieses Rechtsanspruchs bestünde aufgrund der erheblichen Bezuschussung der Gesellschaft jedoch die Gefahr, dass die bestehenden Ansprüche nicht vor Eintritt der Zahlungsunfähigkeit geltend gemacht und vor allem befriedigt würden. Im Falle des Insolvenzeintritts könnte dann neben der Durchsetzung der schuldrechtlichen Ansprüche durch den Insolvenzverwalter oder u. U. die Gläubiger der Gesellschaft auch eine Inanspruchnahme des zahlungsverweigernden Gesellschafters wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung, gemäß § 826 BGB in Betracht kommen.

# Luther

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

## (1) Schuldrechtliche Haftung

Wie bereits ausgeführt, sprechen die unter Ziffer 2 dargestellten Gründe dafür, dass bereits eine Verpflichtung der Städte zur dauerhaften Finanzierung der Gesellschaft durch die Zahlung von Betriebskostenzuschüssen besteht. Aus dieser schuldrechtlichen Nebenvereinbarung können unmittelbar Ansprüche auf Zahlung der Betriebskostenzuschüsse geltend gemacht werden.

## (2) Haftung wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung gemäß § 826 BGB

Darüber hinaus kommt eine Inanspruchnahme im Rahmen der sog. Durchgriffshaftung in Betracht. Diese Haftung droht selbst in dem Fall, dass eine schuldrechtliche Nebenverpflichtung entsprechend dem Gutachten vom 3. Mai 2012 verneint würde.

Die Durchgriffshaftung auf den Gesellschafter hat der BGH in seiner *Trihotel*-Entscheidung in Form der Existenzvernichtungshaftung anerkannt und als Fallgruppe der sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung nach § 826 BGB eingeordnet.<sup>5</sup> Der BGH hat daraufhin in seiner *Gamma*-Entscheidung die Unterkapitalisierung, die dem nicht zahlenden Gesellschafter vorliegend zum Vorwurf gemacht werden könnte, von der Rechtsfigur des existenzvernichtenden Eingriffs ausgenommen.<sup>6</sup> Er lässt in seinem Urteil aber ausdrücklich offen, ob in Einzelfällen der Unterkapitalisierung nicht unmittelbar eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung nach § 826 BGB und eine daraus resultierende Haftung der Gesellschafter angenommen werden muss.<sup>7</sup> Das OLG Brandenburg stellt unter Bezugnahme auf die *Gamma*-Entscheidung konkretisierend fest, dass eine Haftung der Gesellschafter wegen materieller Unterkapitalisierung bei einem Verstoß der Gesellschafter gegen Treu und Glauben oder die guten Sitten in Betracht komme.<sup>8</sup> Es müsse sich nach Ansicht des Gerichts um eine „treuwidrige oder verwerfliche Unterkapitalisierung“ handeln.

Das bisherige Verhalten der Städte spricht zunächst gegen eine vorsätzliche und sittenwidrige Schädigung: Die Gesellschafter haben durch die jahrelange kapitalintensive Bezuschussung den Betrieb der Gesellschaft überhaupt erst ermöglicht. Zudem haben sie

<sup>5</sup> BGH, Ur. v. 16.7.2007 – II ZR 3/04 („Trihotel“).

<sup>6</sup> BGH, Ur. v. 28.4.2008 – II ZR 264/06 („Gamma“).

<sup>7</sup> Ebenso: Knoll, in: Schöppen/Schaub, Aktienrecht, § 52 Probleme im fakt. Konzern, Rn. 29 ff.; Verse, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 13 GmbHG, Rn. 30.

<sup>8</sup> OLG Brandenburg, Ur. v. 15.1.2009 – 5 U 170/06.

# Luther

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

durch die Grundabnahmen für eine Basis-Auslastung des Orchesters gesorgt. Auch zum jetzigen Zeitpunkt versucht zumindest die Stadt Solingen eine tragfähige Lösung für das Orchester und somit zur Erhaltung des Geschäftsbetriebs die Gesellschaft zu finden.

Im Falle der Zahlungseinstellung durch einen Gesellschafter und die Verweigerung einer tragfähigen Lösung ist jedoch eine solche Inanspruchnahme des verweigernden Gesellschafters nicht ausgeschlossen. Zwar entstammt die Ausstattungspflicht nicht dem Gesellschaftsverhältnis, sondern einer schuldrechtlichen Nebenvereinbarung. Die zukünftige Verweigerung der Feststellung des Wirtschaftsplans und die daran anschließende Einstellung der Betriebskostenzuschüsse könnte aber als treuwidriges und vorsätzlich schädigendes Verhalten beurteilt werden. Insoweit kommt es auf die genauen Umstände und Verhaltensweisen im konkreten Einzelfall an. Während die geordnete Liquidation der Gesellschaft anstelle der fortlaufenden Zahlung von Betriebskostenzuschüssen zwar das Ende der Gesellschaft, aber gerade keine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung darstellen dürfte, könnten z.B. die kurzfristige Zahlungsverweigerung trotz Liquidationsmöglichkeit und die unbegründete Stornierung von Leistungen sowie die Entziehung von Vermögenswerten der Gesellschaft Anhaltspunkte für eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung darstellen. Eine solche Schädigung könnte auch darin zu sehen sein, dass z.B. Verpflichtungen im Hinblick auf die Anstellung der Orchestermmitglieder nicht erfüllt werden. Inwieweit aufgrund der Andeutungen der Stadt Remscheid und den Vorschlägen im Gutachten vom 3. Mai 2012 mit einem entsprechenden Verhalten auf Seiten dieses Gesellschafters zu rechnen ist, soll an dieser Stelle offen bleiben.

Sofern die Voraussetzungen für eine Haftung nach § 826 BGB vorliegen, ist zu beachten, dass, so zumindest zahlreiche Stimmen in der Literatur, Anspruchsinhaber nicht die Gesellschaft bzw. deren Insolvenzverwalter, sondern die Gläubiger der Gesellschaft im Rahmen einer Außenhaftung des Gesellschafters wären.<sup>9</sup> Soweit also Anhaltspunkte für eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung vorliegen, ist auf Seiten des schädigenden Gesellschafters zu gegenwärtigen, dass ihm (auch) eine Inanspruchnahme von den Gläubigern der Gesellschaft droht.

\* \* \*

<sup>9</sup> *Altmeppen*, ZIP 2008, 1201 (1205); *Verse*, in: *Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht*, § 13 GmbHG, Rn. 31 m.w.N.