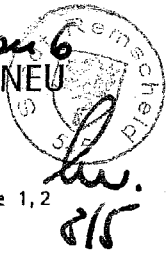


S. Ausfertigung von 6
ATN D'AVOINE TEUBLER NEU
RECHTSANWÄLTE



04. Mai 2012
W
hu 815

d'Avoine Teubler Neu ° Postfach 100 603 ° 42806 Remscheid

Stadt Remscheid
Frau Oberbürgermeisterin Beate Wilding
Theodor-Heuss-Platz 1
42853 Remscheid

vorab per Telefax 02191 162621

RA Oliver Teubler, Büro Remscheid
Sekretariat Frau Debus
☎ 02191/49918 -10 ✉ teubler@atn-ra.de
Stadt Remscheid/Beratung BS (958/11-R) TE
Ihr Zeichen:

03.05.2012

Sehr geehrte Frau Wilding,
sehr geehrte Damen und Herren,

wie anlässlich der Sitzung des Ältestenrates vom 17.04.2012 besprochen, fassen wir unsere rechtliche Bewertung wie folgt schriftlich zusammen, wobei wir auf mögliche Einwendungen im jeweiligen Zusammenhang eingehen. Die Darstellung versteht sich nicht als wissenschaftliches Gutachten, sondern dient lediglich der Konkretisierung unserer mündlichen Ausführungen, deren Kernaussagen wir wie folgt voranstellen:

- Der Gesellschafterbeschluss vom 15.05.1996, welcher faktisch eine unbeschränkte Nachschusspflicht der Stadt Remscheid als Gesellschafterin der Bergische Symphoniker GmbH begründet, dürfte unwirksam sein.
- Für den Fall, dass der Gesellschafterbeschluss vom 15.05.1996 nicht unwirksam ist, kann die Stadt Remscheid aus der Gesellschaft ausscheiden.

Dr. Marc d'Avoine 1, 2
Oliver Teubler 3
Dr. Peter Neu 4
Dr. Christof Heußel
Robin Schmahl 3, 4
Alexander J. Fischer 1
Sven Danzeglocke
Thorsten Kapitza
Sven Wolf 4
Dennis Kreuzer
Peter Mazzotti
Martin Wagner LL.M. 6
Anke Ortmann
Claas Thien 5
Katharina Viktoria Mahnert
May-Britt Hammei
Markus Heeseler
Michael Schmidt-Modrow
(verstorben 2006)

- 1 Fachanwalt für Steuerrecht
- 2 Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
- 3 Fachanwalt für Arbeitsrecht
- 4 Fachanwalt für Insolvenzrecht
- 5 Fachanwalt für Erbrecht
- 6 LL.M. Gewerblicher Rechtsschutz

Büro Remscheid
Elberfelder Str. 39
42853 Remscheid
Telefon 02191 499 18 0
Telefax 02191 499 18 50

Büro Wuppertal
Bembergstr. 2-4
42103 Wuppertal
Telefon 0202 24 50 70
Telefax 0202 24 50 77 7

Büro Leverkusen
Brückenstraße 18-20
51379 Leverkusen
Telefon 02171 58 27 25
Telefax 02171 58 27 27

Büro Solingen
Höhscheider Straße 116
42699 Solingen
Telefon 0212 8802 180 00
Telefax 0212 8802 180 99

Büro Düsseldorf
Cecilienallee 59
40474 Düsseldorf
Telefon 0211 22 97 43 32
Telefax 0211 23 98 58 33

www.atn-ra.de
mail@atn-ra.de

Stadtparkasse Remscheid
Konto 68 734
BLZ 340 500 00

Commerzbank Remscheid
Konto 7706062
BLZ 340 400 49

Finanzamt
Wuppertal-Elberfeld
USt-IdNr. DE262884000

STADT REMSCHEID
VERTRAULICH

A. Nichtigkeit des Gesellschafterbeschlusses vom 15.05.1996, soweit dieser eine unbeschränkte Nachschusspflicht begründet

- a. Die Stadt Remscheid hat primär die Möglichkeit, sich auf die Nichtigkeit des Gesellschafterbeschlusses vom 15.05.1996 zu berufen. Da dieser Beschluss – und nicht etwa der Gesellschaftsvertrag selbst oder eine Satzungsänderung – die Verlustausgleichsverpflichtungen begründet, führt die Nichtigkeit des Beschlusses dazu, dass die Verpflichtung zur unbeschränkten Ausgleichung der Verluste der GmbH nicht (mehr) besteht.

Hintergrund dieser Bewertung ist folgende Rechtslage, wobei wir uns auf die Darstellung der gesellschaftsrechtlichen Zusammenhänge beschränken und in kommunalverfassungsrechtlicher Hinsicht lediglich auf das – bereits vor 1996 bestehende - Verbot der Eingehung unangemessener Risiken/unbeschränkter Verlustübernahmepflichten in § 108 Abs. 1 Nr. 5 GO NW hinweisen: Es ist davon auszugehen, dass eine unbeschränkte Nachschusspflicht i.S.v. § 26 GmbHG eine solche „verbotene Verpflichtung“ darstellt¹. Der Gesellschafterbeschluss, nach dem unbegrenzte Verlustübernahmepflichten festgesetzt wurden, verstößt somit materiell gegen § 108 I Nr. 5 GO NW.

- b. Die Unwirksamkeit lässt sich jedoch auch ohne Rückgriff auf kommunalverfassungsrechtliche Bestimmungen begründen:

Zum Schutz und zur Warnung sowohl der beteiligten Gesellschafter als auch potentieller zukünftiger Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) und des Geschäftsverkehrs allgemein sind besonders gewichtige Änderungen der Rechte und Pflichten der Gesellschafter nach dem Willen des Gesetzgebers nur per *Satzungsänderung* möglich. Dabei gewährleisten insbesondere die *notarielle Beurkundung* (§ 53 II GmbH-Gesetz (GmbHG)) sowie die *Eintragung in das Handelsregister* (§ 54 I GmbHG) die angesprochene Warn- und Schutzfunktion.

- c. Der wirksame Wechsel von einer z.B. auf DM 300.000 pro Jahr begrenzten Nachschusspflicht (hier: laut § 12 III des Gesellschaftsvertrages) hin zu einer der Höhe nach unbegrenzten Nachschusspflicht bedarf nach einhelliger Meinung in der juristischen Literatur einer *Änderung der Satzung*². Zur wirksamen Be-

¹ So auch Kleerbaum/Pilmen/Kasper, Kommentar zur Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen, § 108 I Nr. 3-8.

² Beck'scher Online-Kommentar zum Gesellschaftsrecht/Jaeger, § 26 Rn. 10; vgl. auch Michalski/Zeldler, Kommentar zum GmbH-Gesetz, § 26 Rn. 13.; Wicke, Kommentar zum GmbH-Gesetz, § 26, Rn. 3: „Eine

gründung der Nachschusspflicht hätte es also einer gegen § 108 Abs. 1 Nr. 5 GO NW bzw. die Vorgängerregelung dieser Bestimmung verstoßenden *Änderung des Gesellschaftsvertrages* der BS GmbH bedurft; notarielle Beurkundung und Eintragung ins Handelsregister wären notwendig gewesen.

Stattdessen wurde die unbegrenzte Nachschusspflicht lediglich durch einfachen *Beschluss der Gesellschafterversammlung* vom 15.05.1996 festgelegt. Es liegt mithin ein Formmangel vor.

- d. Für die Beantwortung der Frage, welche Rechtsfolge sich aus einem derartigen Formmangel ergibt, sind bei einer GmbH nach Auffassung von Rechtsprechung und Literatur nicht die allgemeinen Regeln über die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften anzuwenden; vielmehr ist die im Aktiengesetz getroffene Unterscheidung zwischen *Nichtigkeit* und *Anfechtbarkeit* eines Beschlusses maßgeblich.³ Nach dieser Differenzierung ist in analoger Anwendung von § 241 Nr. 2 Aktiengesetz im Falle von Beurkundungsmängeln die *Nichtigkeit des Beschlusses* gegeben.^{4,5}
- e. Eine *Heilung* dieser Nichtigkeit, wie sie z.B. in der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre durch die Bestätigung eines unwirksamen Rechtsgeschäfts bei Erfüllung eines formunwirksamen Vertrages möglich ist, kommt hier nicht in Betracht: Weder die geübte Praxis der Befolgung des Beschlusses noch aus eine nachträgliche

Nachschusspflicht i.S. der §§ 26 ff. kann nur durch Satzungsregelung begründet werden. Die nachträgliche Einführung, Verlängerung oder Erweiterung erfordern einen satzungsändernden Beschluss, der notariell zu beurkunden ist (§ 53 Abs. 2) und im Handelsregister einzutragen ist (§ 54 Abs. 3). Eine nachträgliche Umdeutung (§ 140 BGB) in eine schuldrechtliche, also nur zwischen den Beteiligten wirkende Nebenleistungsvereinbarung scheidet angesichts der Warnfunktion der notariellen Beurkundung in der Regel aus."

³ Münchener Kommentar zum GmbH-Gesetz (MüKo)/Wertenbruch, Anhang § 47, Rn. 1; Baumbach/Hueck/Zöllner, Kommentar zum GmbH-Gesetz, Anhang § 47, Rn. 1.

⁴ Vgl. Baumbach/Hueck/Zöllner, Anhang § 47 Rn. 49, Michalski/Römermann, Anhang § 47 Rn. 107, MüKo/Wertenbruch, Anhang § 47 Rn. 36.

⁵ Es soll darauf verzichtet werden, detaillierter auf die Streitfrage einzugehen, ob es sich bei dem vorliegenden Beschluss um eine Satzungsänderung, -durchbrechung oder Satzungsverletzung handelt. Während zahlreich vertreten wird, dass es sich insofern nicht um eine Satzungsänderung handelt, weil nicht explizit eine Änderung der Satzung beschlossen wurde, nehmen andere, die die Kategorie der Satzungsdurchbrechung nicht anerkennen, dies an und stellen ausschließlich darauf ab, dass durch den Beschluss die Rechtslage dauerhaft in Abweichung zur Satzung geändert werden sollte. Die Frage kann insofern offenbleiben, als dass nach – soweit dies überblickt werden kann – allgemeiner Auffassung unabhängig von der Bezeichnung als Satzungsänderung oder Satzungsdurchbrechung vorliegend in jedem Fall a) eine zwingende Formpflicht gegeben ist und b) die Rechtsfolge eines Verstoßes nicht die bloße Anfechtbarkeit, sondern die Unwirksamkeit/Nichtigkeit ist:

„Handelt es sich dagegen um eine Satzungsdurchbrechung, die über eine singuläre Regelung hinaus einen von der Satzung abweichenden rechtlichen Zustand begründet, so müssen die Formvorschriften der §§ 53, 54 eingehalten werden; es besteht also wie bei einer „offenen“ Satzungsänderung eine Beurkundungspflicht.“, MüKo/Wertenbruch, Anhang § 47, Rn. 36; „Beschlüsse, durch die bewusst oder unbewusst zustandsbegründende Dauerregelungen getroffen werden, die in Widerspruch zum abstrakt-generellen Satzungsrecht stehen, können nur wirksam werden, wenn sie gemäß §§ 53, 54 mit qualifizierter Mehrheit beschlossen, notariell beurkundet und in das Handelsregister eingetragen worden sind, andernfalls sind sie als Satzungsänderungen unwirksam oder formnichtig.“, Michalski/Hoffmann, § 53 Rn. 40; siehe zu diesem Themenkomplex allgemein: Michalski/Hoffmann, § 53 Rn. 37ff.; Roth/Altmeppen, Kommentar zum GmbH-Gesetz, § 53 Rn. 28ff.; MüKo/Wertenbruch, Anhang § 47 Rn. 36, MüKo/Harbarth, § 53 Rn. 44ff, insb. Rn. 49.

Zustimmung der Gesellschafter führen zur Heilung des Formmangels.⁶

- f. Denkbar wäre jedoch, dass die Berufung auf die Nichtigkeit eines Gesellschafterbeschlusses, der jahrelang vorbehaltlos durchgeführt worden ist, als unredlich zu bewerten sein könnte mit der Folge, dass dieser Weg für die Stadt Remscheid versperrt wäre. Hierfür könnte angeführt werden, dass die Nachschusspflicht einstimmig, d.h. auch mit den Stimmen der Vertreter der Stadt Remscheid, vereinbart worden ist. Auch wäre es seinerzeit sicherlich möglich gewesen, die Beschlüsse auch in die Satzung aufzunehmen. Da beide Gesellschafter damals den entsprechenden Willen hatten, ist eine Änderung der Satzung mutmaßlich aus eher praktischen Gründen denn aus der Motivation heraus, eine Satzungsänderung zu verhindern, nicht erfolgt. Der Vorwurf mangelnder Form könnte daher bei oberflächlicher Betrachtung als „bloße Förmerei“ scheinen, zumal der Beschluss über einen Zeitraum von 15 Jahren vorbehaltlos umgesetzt wurde.
- g. Dem sind jedoch entscheidend die Normen der §§ 26, 27 GmbHG und die sich daraus ergebenden Rechte entgegenzuhalten. Gemäß § 27 I S.1 GmbHG besteht für jeden Gesellschafter die Möglichkeit, sich bei Bestehen einer unbegrenzten Nachschusspflicht weiteren Belastungen durch das Zur-Verfügung-Stellen der eigenen Anteile zu *entziehen* (sog. *Preisgaberecht*). Wäre es also zur erforderlichen Satzungsänderung gekommen, könnte die Stadt Remscheid von ihrem Preisgaberecht gem. § 27 I 1 GmbHG Gebrauch machen. Aufgrund der Tatsache, dass die unbegrenzte Nachschusspflicht nicht Teil der Satzung ist, besteht dieses Recht aber nicht. Es zeigt sich also sehr wohl ein „greifbarer“ Unterschied zwischen einem Gesellschafterbeschluss und einer Satzungsänderung. Die gewählte Form ist daher gerade *nicht unerheblich*. Wegen des gravierenden Unterschiedes (ein gesetzeskonformes Vorgehen, nämlich eine Aufnahme der unbeschränkten Nachschusspflicht in die Satzung, hätte ein Preisgaberecht der Stadt Remscheid begründet, während dies durch den formunwirksamen Beschluss nun nicht besteht) kann die Berufung darauf, dass man den Beschluss in der Satzung hätte festhalten müssen, nicht als „bloße Förmerei“ angesehen werden.
- h. Es wäre allerdings mit den gesellschaftlichen Treuepflichten gegenüber Gesellschaft und Mitgesellschafter nicht zu vereinbaren,

⁶ Baumbach/Hueck/Zöllner, Anhang § 47, Rn. 77.

in der Vergangenheit geleistete Zahlungen aufgrund der Nichtigkeit des Gesellschafterbeschlusses zurückzufordern. Ebenso erscheint es in Anbetracht des langjährigen Bestehens der Gesellschaft und unter Aspekten des Vertrauensschutzes nicht zulässig, etwaige Zahlungen mit sofortiger Wirkung und noch für das laufende Geschäftsjahr zu unterlassen. In Anbetracht der Konstellation erscheint es jedoch gerechtfertigt, unter Berufung auf die Nichtigkeit für die Zukunft weitere Zahlungen zu verweigern und aktuell fällig werdende Beiträge unter Vorbehalt zu leisten.

- i. Die Stadt Remscheid kann sich vor diesem Hintergrund mit Aussicht auf Erfolg auf die Nichtigkeit des die Zahlungsverpflichtungen begründenden Gesellschafterbeschlusses berufen.

B. Erklärung des Austritts

Weiterhin kommt – für den Fall, dass die unbeschränkte Nachschusspflicht entgegen der vorstehend beschriebenen Auffassung wirksam begründet worden wäre - die Erklärung des *Austritts aus der Gesellschaft* in Betracht. Hiermit hat es folgende Bewandtnis:

Der Gesellschaftsvertrag der BS GmbH sieht unmittelbar kein vertragliches Kündigungs- oder Austrittsrecht vor; der Vertrag enthält keine Regelungen über die einseitige Beendigung der Gesellschaft. Es kommt jedoch ein gesetzliches Austrittsrecht in Betracht, welches als Institut der Rechtsfortbildung allgemein anerkannt ist⁷. Für ein gesetzliches Austrittsrecht müssten im Wesentlichen drei Voraussetzungen erfüllt sein.

- a. Das gesetzliche Austrittsrecht eines Gesellschafters ist nach seiner Konstruktion als „*ultima ratio*“ für den Fall konzipiert, dass anderweitige, mildere Mittel nicht zur Verfügung stehen. Als ein solches milderes Mittel kommt vorliegend vor allem der Versuch in Betracht, im Rahmen einer Gesellschafterversammlung eine Änderung der gegenwärtigen Situation in Form einer substanziellen Verringerung der Belastungen der Stadt Remscheid herbeizuführen. Sollte eine Einigung, die den wirtschaftlichen Zwängen der Stadt Remscheid gerecht wird, nicht möglich sein, ist ein milderes Mittel als ein Austritt nicht ersichtlich.
- b. Weiterhin müsste ein *wichtiger Grund* für den Austritt gegeben sein. Dies ist dann der Fall, „wenn dem Gesellschafter ein Verbleiben in der Gesellschaft unzumutbar ist“⁸. Ob im Einzelfall ein

⁷ Siehe nur Baumbach/Hueck/Fastrich, Anhang § 34, Rn. 122 m.w.N.

⁸ MüKo/Strohn, § 34 Rn. 180.

solcher wichtiger Grund besteht, ist im Rahmen einer umfangreichen Abwägung zu ermitteln. Dabei sind die Interessen aller Beteiligten angemessen zu berücksichtigen.

i. Gegen die Unzumutbarkeit des Verbleibs könnten folgende Aspekte angeführt werden:

1. Mögliche Austrittsgründe können sowohl in der Gesellschaft selbst, als auch Seiten des/der verbleibenden Gesellschafter oder aber des ausscheidenden Gesellschafter liegen – auf allen Seiten sozusagen⁹. Dabei ist jedoch anerkannt, dass im Falle „persönlicher Gründe“ aufseiten des austrittswilligen Gesellschafter erhöhte Anforderungen an die Unzumutbarkeit gestellt werden¹⁰. Vorliegend lässt sich sicherlich darüber diskutieren, ob es sich um Gründe, die in der Gesellschaftsstruktur (unbegrenzte Nachschusspflicht auf unbestimmte Zeit) angelegt sind, oder eher um Gründe aufseiten der Stadt RS handelt. Dabei ergeben sich die finanziellen Belastungen, die den Grund für den Austritt darstellen, aus den Vereinbarungen der Gesellschafter. Jedoch sind diese Vereinbarungen über viele Jahre von beiden Seiten eingehalten worden, sodass die Gründe des Ausstiegs wohl eher in der Sphäre der Stadt RS und ihrer Haushaltssituation zu finden sind und dies im Rahmen der Abwägung u.U. negativ ins Gewicht fällt.
2. Weiterhin könnte angeführt werden, dass die bestehende Beschlusslage auf einstimmigen Entscheidungen der Gesellschafterversammlung basiert, somit auch von der Stadt Remscheid zum Zeitpunkt der Entscheidung mitgetragen worden ist. Hierzu wird teilweise vertreten, dass „Zustimmung, Stimmenthaltung oder Nichtabstimmung eines Gesellschafter bei Maßnahmen der Gesellschaft [es] *in aller Regel* [ausschließen], dass die sich daraus ergebenden Auswirkungen als wichtiger Grund gewertet werden können.“¹¹ Vorliegend wird es sich in Anbetracht der Umstände wohl nicht um einen *Regelfall* handeln, jedoch fällt

⁹ Baumbach/Hueck/Fastrich, Anhang § 34, Rn. 19 m.w.N.

¹⁰ MüKo/Strohn, § 34 Rn. 180.

¹¹ Michalski/ders./Funke, Anhang § 34, Rn. 50.

die Tatsache, dass die Stadt Remscheid den Beschlüssen zugestimmt hat, durchaus negativ ins Gewicht.

3. Auch ist in Anbetracht der Tatsache, dass die Stadt Remscheid bereits seit 1991 „rote Zahlen“ schreibt und seit 1993 ihren Haushalt nicht mehr ausgleichen kann, nicht damit zu argumentieren, dass das Eingehen finanzieller Belastungen aus damaliger Sicht problemlos zu verantworten war oder die finanzielle Lage der Stadt sich überraschend negativ entwickelt hat. Wenngleich die Höhe des Verlustausgleichs von Jahr zu Jahr variiert, ist die rechtliche Situation bereits seit 1996 unverändert – eine lange Zeit, in der stets gezahlt wurde, obwohl auch schon vor Jahren eine finanzielle Schiefelage bestand. Warum gerade jetzt und nicht schon seit zwei Jahren oder erst in weiteren zwei Unzumutbarkeit erreicht sein soll, lässt sich u.U. schwer begründen.
 4. Auch in Anbetracht der prekären finanziellen Situation der Stadt ist auf den allgemeinen Grundsatz hinzuweisen, dass staatliche und kommunale Träger sich nur schwerlich auf das Argument leerer Kassen stützen können, um vertraglichen oder außervertraglichen Verpflichtungen zu entgehen. Dies ist im Zusammenhang damit zu betrachten, dass für private Gesellschafter strenge Kriterien angelegt werden, wenn es um die finanzielle Belastung durch die Gesellschaftszugehörigkeit geht. So reicht beispielsweise nach mehrheitlicher Meinung „dringender persönlicher Geldbedarf des Gesellschafters“¹² gerade nicht als Austrittsgrund aus. Dies muss noch in stärkerer Weise für die Stadt RS als Körperschaft des öffentlichen Rechts gelten.
- ii. Die rechtlich gewichtigeren Gründe sprechen hingegen für die Unzumutbarkeit des weiteren Verbleibs in der Gesellschaft:
1. Auch wenn zuzugestehen ist, dass bereits zum Zeitpunkt des Gesellschafterbeschlusses 1996 die finanzielle Perspektive der Stadt RS nicht positiv

¹² Baumbach/Hueck/Fastrich, Anhang § 34 Rn 20; Michalski/Michalski/Funke, Anhang § 34, Rn. 51.

war, war mit einer solch desolaten Entwicklung der kommunalen Finanzsituation damals nicht zu rechnen. Die Gründe für diese sind vielschichtig und zu beträchtlichem Anteil auf außerhalb des städtischen Einflusses liegende Faktoren auf Bundes- und Landesebene zurückzuführen.

2. Gesellschaftsrechtlich ergibt sich eine Unzumutbarkeit vor allen Dingen daraus, dass die gegenwärtigen vertraglichen Grundlagen sowie geltenden Gesellschafterbeschlüsse *keine Spielräume für Veränderungen* lassen. Kommen ändernde Gesellschafterbeschlüsse wegen der unterschiedlichen Auffassungen der Gesellschafter nicht zustande, ist die Stadt RS nach Lage der Dinge für unbestimmte Zeit an die bestehende Beschluslage gebunden und muss jährlich die o.g. Beträge aufbringen. Auch wenn im Interesse der Gesellschaft selbst und vorliegend auch der Mitgesellschafter der Austritt aus einer Gesellschaft nicht ohne jeden Grund geschehen darf, ist eine "ewige" Bindung an die Gesellschaft bei gleichzeitig zeitlich und in der Höhe unbegrenzten Zahlungspflichten unzumutbar.

Diese Wertung zeigt sich eindeutig in dem vom Gesetzgeber als *Korrektiv für den Fall unbegrenzter Nachschusspflichten* geschaffenen § 27 GmbHG. Zwar könnte sich der Mitgesellschafter auf den Standpunkt stellen, dass diese Konstellation formal hier nicht vorliegt, da die unbegrenzte Nachschusspflicht auf einem Gesellschafterbeschluss basiert und nicht im Vertrag dementsprechend festgehalten wurde, so zeigt sich hierdurch in jedem Falle die Schutzwürdigkeit der Stadt RS: Gegen den eigenen Willen in einer Gesellschaft gehalten zu werden, ist – so die Wertung des § 27 GmbHG – jedenfalls dann unzumutbar, wenn unbegrenzte Nachschusspflichten bestehen.

3. In diesem Zusammenhang ist darauf zu verweisen, dass eine solche Situation dem vom Gesetzgeber verfolgten Zweck einer GmbH (Gesellschaft mit *beschränkter Haftung*) *ad absurdum* führt:

Nach dem dieser Gesellschaftsform zugrunde liegenden Gedanken sollen die Gesellschafter gerade nicht unbeschränkt herangezogen werden können, sondern vielmehr nach Leistung der Stammeinlage grundsätzlich von einer Haftung befreit sein. Vorliegend besteht zwar keine Haftung der Gesellschafter im Außenverhältnis, aber durch die Pflicht zur Übernahme der regelmäßigen Verluste besteht tatsächlich eine der Höhe nach völlig unbeschränkte Haftung der Gesellschafter. Auch wenn die Regelungen des GmbHG zeigen, dass eine unbegrenzte Nachschusspflicht grundsätzlich möglich ist, widerspricht sie der Idee der GmbH als Gesellschaftsform, soweit – wie hier – der Gesellschafter gegen seinen Willen in der Gesellschaft „festgehalten“ werden kann. Dies spricht deutlich für eine Umzumutbarkeit der Fortsetzung der Gesellschaft zu den bestehenden Bedingungen.

4. Laut Beschluss des BGH vom 22.10.2007¹³ gilt: „Eine Verpflichtung der Gesellschafter in der Satzung einer GmbH zur Übernahme von Verlusten ist als Nebenleistungspflicht unwirksam, wenn sie weder zeitlich begrenzt ist noch eine Obergrenze enthält.“ Es ist nach der Formulierung des BGH nicht eindeutig, ob es sich bei Verlustübernahmen grundsätzlich um Nebenpflichten des Vertrages i.S.v. § 3 II GmbHG handelt oder ob der Beschluss lediglich für den Fall gilt, dass es sich um eine Nebenpflicht handelt. Der vorliegende Leitsatz und der zugrunde liegende Beschluss lassen nicht zwingend darauf schließen, dass in jedem Falle eine Verlustübernahme ohne Begrenzung unwirksam ist, da keine grundsätzlichen Erläuterungen seitens des BGH erfolgen. In jedem Fall stützen die Ausführungen des Gerichts jedoch die Auffassung, dass eine unbegrenzte Verlustübernahmepflicht von Gesetzgeber und Rechtsprechung nicht gewollt ist¹⁴.

¹³ BGH II ZR 101/06, NZG 2008, 148.

¹⁴ So auch Baumbach/Hüßek/Fastrich, § 3 Rn. 39: „Möglich auch Verlustausgleichspflicht, die jedoch Haftungsprivileg der GmbH im wirtschaftlichen Ergebnis weitgehend aufheben würde und daher nur bei eindeutiger Regelung angenommen werden kann und bei Fehlen von Obergrenze und zeitlicher Begrenzung unwirksam ist.“ unter Verweis auf den o.g. Beschluss.

- iii. Im Ergebnis überwiegen die rechtlichen Positionen, die für die Unzumutbarkeit des Verbleibs und damit für das Vorliegen eines *wichtigen Grundes* für den Austritt aus der Gesellschaft sprechen. Insbesondere die – setzt man die Ablehnung von Änderungsvorschlägen durch die Gesellschafterversammlung voraus – fehlende Möglichkeit der Stadt RS, überhaupt Veränderungen an den gegenwärtigen Pflichten vorzunehmen, begründet nach den gesetzlichen Wertungen die Unzumutbarkeit. Eine Bindung an die Gesellschaft gegen den Willen eines Gesellschafters kann unter den Rahmenbedingungen von zeitlich und der Höhe nach unbegrenzten Verlustübernahmeverpflichtungen von keinem Gesellschafter, auch nicht von einer finanziell vollkommen „gesunden“ natürlichen oder juristischen Person, verlangt werden. Vorliegend kommt jedoch erschwerend die äußerst angespannte Haushaltslage der Stadt RS hinzu.
- c. Schließlich muss als letzte Voraussetzung für das Greifen des gesetzlichen Austrittsrechts die Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals gegeben/gesichert sein. Das ist unproblematisch der Fall.

Es liegen somit – vorbehaltlich des Scheiterns der „Nachverhandlungen“ und der (sehr zweifelhaften) grundsätzlichen Wirksamkeit des die Verlustübernahmepflicht begründenden Gesellschafterbeschlusses – die Voraussetzungen eines Austritts aus der Gesellschaft durch die Stadt Remscheid vor. Dieser wäre einseitig gegenüber der Gesellschaft zu erklären¹⁵.

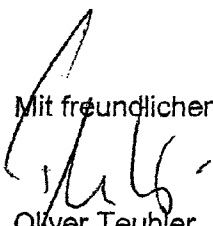
C. Ergebnis


- a. Der Stadt Remscheid ist es möglich, sich *nötigenfalls* auch durch einseitiges Handeln von den finanziellen Verpflichtungen im Zusammenhang mit der BS GmbH zu lösen.
- b. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass – sollte es zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung über die Nichtigkeit des Gesellschafterbeschlusses oder das Vorliegen eines ein Austrittsrecht begründenden wichtigen Grundes kommen – stets eine richterliche Würdigung des Einzelfalls erfolgt, deren Ergebnis nicht mit Sicherheit vorhergesagt werden kann.

¹⁵ Michalski/ders./Funke, Anhang § 34, Rn. 58.

- c. In praktischer Hinsicht erscheint es geboten, kurzfristig anstehende Zahlungen zunächst zu leisten. Dies sollte **jedoch unter Vorbehalt der Rückforderung** geschehen. Sodann muss versucht werden, auf Gesellschafterebene die unbegrenzte Verlustübernahmeverpflichtung nachzuverhandeln; hierbei ist auf die hier vertretene Rechtsauffassung der Nichtigkeit des die Zahlungsverpflichtungen begründenden Beschlusses hinzuweisen.
- d. Die Einzelheiten des angebrachten Vorgehens haben wir bereits im Gespräch erläutert; sie sind nicht Gegenstand dieser Ausführungen.

Mit freundlichen Grüßen


Oliver Teubler
Rechtsanwalt


Dr. Christof Heußel
Rechtsanwalt
pro abs. Dr. Peter Neu