

Gesellschafterdarlehen und Haftungsfragen - Neue Risiken durch den BGH -

7. Hamburger Fondsgespräche

Hamburg, 6. November 2014

Dr. Martin Oltmanns, LL.M.

Gesellschafterdarlehen und Haftungsfragen – Neue Risiken durch den BGH

A. Grundsätzliches

B. Verkauf des Darlehens

C. Besicherung des Darlehens

D. Cash Pooling und Anfechtung

E. Schlusswort

Gesellschafterdarlehen und Haftungsfragen – Neue Risiken durch den BGH

A. Grundsätzliches

B. Verkauf des Darlehens

C. Besicherung des Darlehens

D. Cash Pooling und Anfechtung

E. Schlusswort

A. Gesellschafterdarlehen – Grundsätzliches

- Die Bedeutung von Gesellschafterdarlehen für die Praxis ist groß:
 - flexible Form der Finanzierung,
 - steuerlich möglicherweise vorteilhaft,
 - erlaubt „gesellschafterbezogene“ Zuordnung von nicht gebundenem Eigenkapital,
 - Cash Pool!
- Gesellschaften können ihrer Gesellschaft auch wie fremde Dritte gegenüber stehen und Verträge mit der Gesellschaft abschließen.
 - Neben die mitgliedschaftsrechtliche Beziehung kann eine vertragliche Beziehung treten.
 - Problematik der verdeckten Gewinnausschüttung bzw. der verdeckten Einlagenrückgewähr.
- Gesellschafterdarlehen sind ebenfalls nach diesen Grundsätzen zu behandeln.

A. Gesellschafterdarlehen – Grundsätzliches

- Es kommt jedoch ein Aspekt hinzu:
 - Abgrenzung zwischen Eigenkapital („Risikokapital“) und Fremdkapital.
 - Diese Abgrenzungsproblematik ist typischerweise nur in der Krise relevant.
 - Geltendes Recht lässt den Beteiligten die Freiheit, wie die Finanzierung des Unternehmens ausgestaltet werden soll.
 - Grenzen:
 - Kapitalaufbringung
 - Insolvenzantragspflichten

A. Gesellschafterdarlehen – Grundsätzliches

- In der Vergangenheit erfolgte die Abgrenzung anhand komplexer Regelungen zum Eigenkapitaleinsatzrecht.
 - Parallele Anwendung der „Rechtsprechungsregeln“ und der §§ 32a/b GmbHG.
 - Doppelte Schranke: (i) Erhaltung des Stammkapitals, und (ii) zeitliche Begrenzung und allgemeiner Nachrang in der Insolvenz.
 - MoMiG hat die Regelungen der §§ 32a/b GmbHG übernommen, aber auf das Merkmal „eigenkapitalersetzend“ verzichtet. „Rechtsprechungsregeln“ wurden abgeschafft.
- Abgrenzung zwischen Fremd- und Risikokapital ist daher nunmehr sehr viel einfacher:
 - Jedes Gesellschafterdarlehen ist nachrangig und seine Tilgung kann angefochten werden.
 - Beides gilt nur in der Insolvenz bzw. im letzten Jahr vor Antragstellung.

A. Gesellschafterdarlehen – Grundsätzliches

- Bevor wir uns neuen Entwicklungen zuwenden, noch zwei konzeptionelle Themen:
 - „Rangrücktritt“? Wieso nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO überhaupt noch erforderlich?
 - § 19 Abs. 2 S. 2 InsO verlangt einen Rangrücktritt hinter die in § 39 Abs. 1 Nr. 1-5 InsO genannte Gläubigergruppe. Der gesetzlich angeordnete Nachrang reicht daher alleine nicht aus, um eine Überschuldung zu beseitigen!
 - Es ist eine ausdrückliche Rangrücktrittserklärung des Gesellschaftergläubigers erforderlich (sog. „qualifizierter Rangrücktritt“). Gesetzgeber befürchtete, dass sonst der Zeitpunkt der Überschuldung zu weit nach hinten verlagert werde.
 - Inhalt: „Rangrücktritt hinter § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 InsO.“

A. Gesellschafterdarlehen – Grundsätzliches

- Rangrücktritt und Steuern:
 - § 5 Abs. 2a EStG: Verpflichtungen, die nur aus künftigen Einnahmen oder Gewinnen zu begleichen sind, dürften nicht passiviert werden.
 - Das kann zu außerordentlichen Erträgen führen (Sanierungsgewinn?).
 - Wichtig: Auch aus anderem freien Vermögen!

Gesellschafterdarlehen und Haftungsfragen – Neue Risiken durch den BGH

A. Grundsätzliches

B. Verkauf des Darlehens

C. Besicherung des Darlehens

D. Cash Pooling und Anfechtung

E. Schlussfassung

B. Der Verkauf des Darlehens

- Sachverhalt ist außerordentlich relevant im Zusammenhang mit M&A Transaktionen.

Bislang wurde eine Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen unmittelbar vor Verkauf des Unternehmens vermieden, um Anfechtungsrisiken zu vermeiden.

Beispiel:

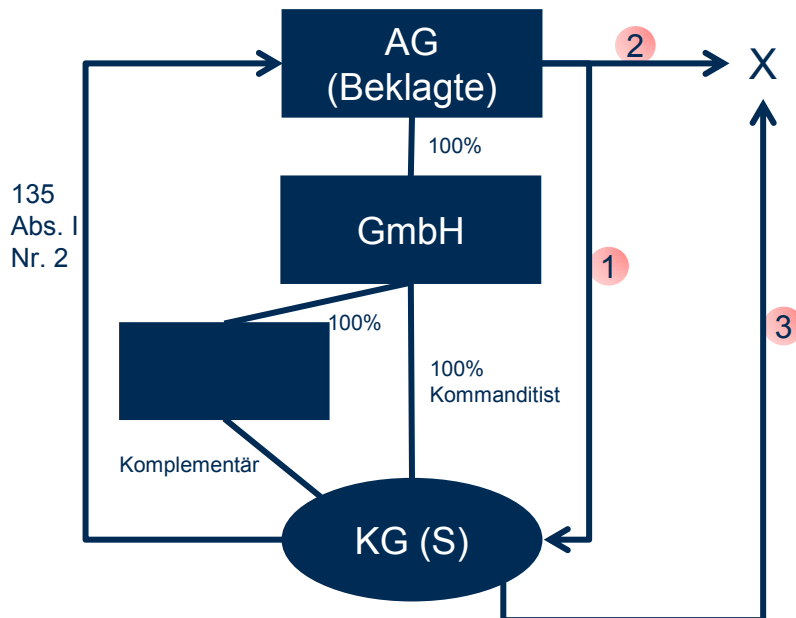
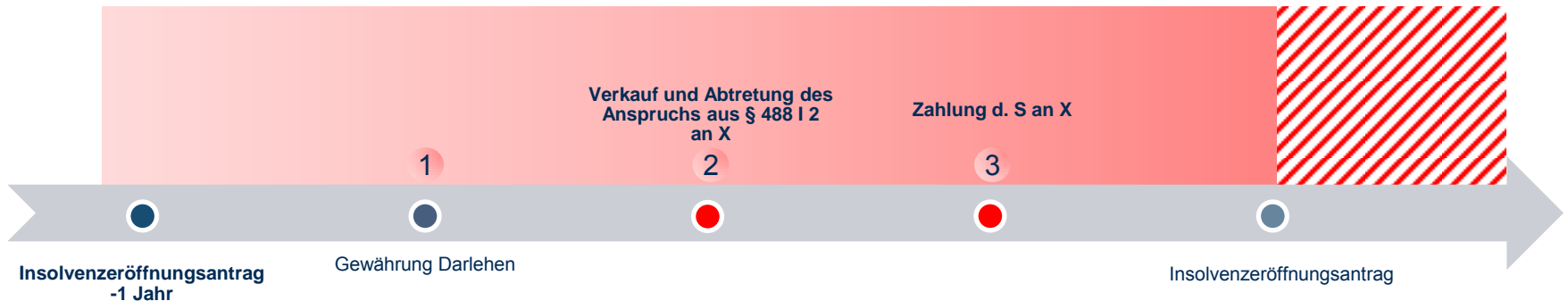
Käufer führt die erworbene Gesellschaft innerhalb eines Jahres in die Insolvenz.

Folge: Die Tilgung des Darlehens gegenüber dem Verkäufer wird vom Insolvenzverwalter angefochten.

Deshalb: Darlehen wird nicht getilgt, sondern mitverkauft.

B. Der Verkauf des Darlehens

■ BGH v. 21. Februar 2013 - IX ZR 32/12



- 11 Monate vor Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gewährt A AG an später insolvente KG (S) Darlehen
- A ist an S nicht beteiligt; jedoch ist 100 %-ige Tochter GmbH T alleinige Kommanditistin der S
- Sechs Monate vor Insolvenzeröffnungsantrag verkauft und tritt die A ihren Darlehensrückzahlungsanspruch an X ab, an den in der Folge das Darlehen auch zurückgezahlt wird

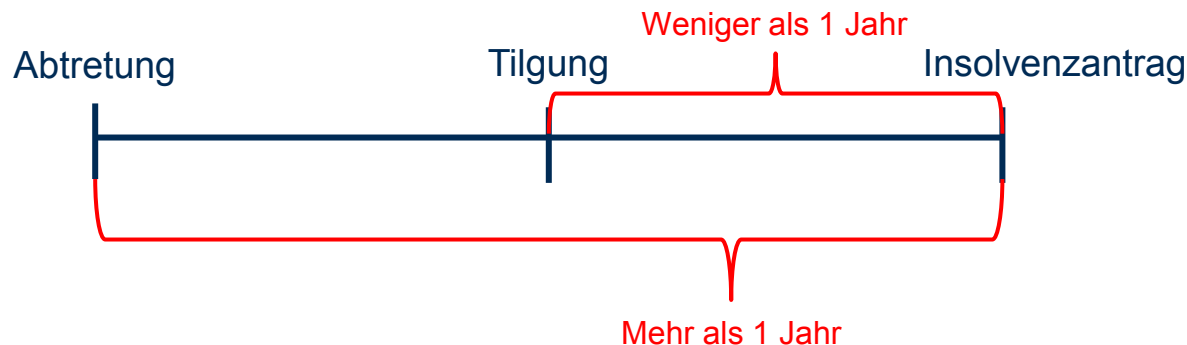
B. Der Verkauf des Darlehens

- Ausführungen des BGH:
 - Auch mittelbare Gesellschafter fallen in den Anwendungsbereich des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO.
 - Jedenfalls bei qualifizierter Anteilsmehrheit.
 - Auch schon bei Überschreitung der Kleinstbeteiligungsschwelle?
 - Bei Schwestergesellschaften kommt es darauf an, ob der gemeinsame (Ober-) Gesellschafter jeweils einen bestimmenden Einfluss ausüben kann. Zweifelhaft, wenn AG zwischengeschaltet ist.
 - Erwerber erwirbt die Forderung ebenfalls nachrangig, § 404 BGB. Kein gutgläubiger lastenfreier Erwerb.
 - Aber: Rolle des Darlehensgebers und des Gesellschafters fallen auseinander!
 - Verstrickung ist zeitlich auf 1 Jahr befristet.

B. Der Verkauf des Darlehens

■ D.h.:

- Ein Jahr nach Abtretung der Forderung endet die Nachrangigkeit. Die Forderung kann normal zur Tabelle angemeldet werden.
- Wird die Forderung abgetreten, sodann getilgt und nach Ablauf von mehr als einem Jahr nach der Abtretung die Insolvenz beantragt: Ist die Tilgung dann anfechtbar, auch wenn die Tilgung innerhalb des 1Jahres-Zeitraumes erfolgt ist?



Die Frage hat der BGH offen gelassen.

B. Der Verkauf des Darlehens

- Der BGH hat jedoch entschieden, dass **nicht nur** der Forderungskäufer, sondern **auch** der Forderungsverkäufer im Wege der Anfechtung auf Rückzahlung in Anspruch genommen werden kann.

Zwischen Käufer und Verkäufer besteht eine gesamtschuldnerische Haftung.

- In der M&A Situation ist dies misslich!

Lösung: Einlage der Darlehensforderung vor Verkauf.

Aber: Steuerliche Konsequenzen der Einlage.

Gesellschafterdarlehen und Haftungsfragen – Neue Risiken durch den BGH

A. Grundsätzliches

B. Verkauf des Darlehens

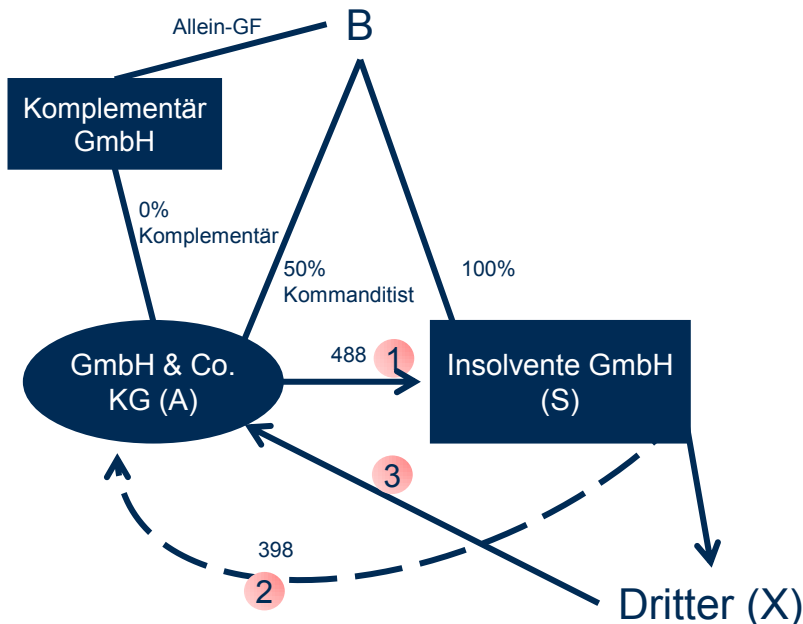
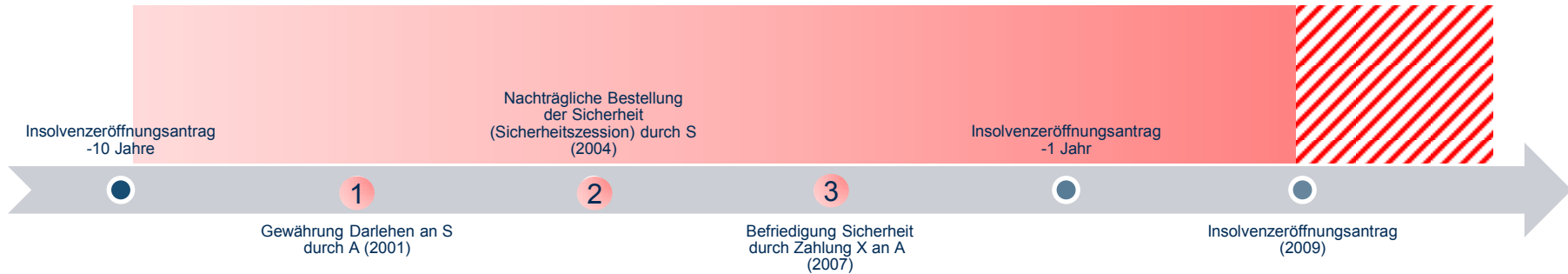
C. Besicherung des Darlehens

D. Cash Pooling und Anfechtung

E. Schlusswort

C. Die Besicherung des Darlehens

■ BGH v. 18. Juli 2013 – IX ZR 219/11



- GmbH & Co. KG (A) gewährte der später insolventen GmbH (S) mehrere Darlehen
- B ist Alleingesellschafter der S und zu 50 % an darlehensgewährender A beteiligt und Alleingeschäftsführer der Komplementär-GmbH der A
- Zur Sicherung tritt S **nachträglich** eine gegen Dritten (X) bestehende Forderung an A ab, die von X auf Weisung der S ca. drei Jahre später auch teilweise bezahlt wurde
- 2 Jahre später wird Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt

C. Die Besicherung des Darlehens

- B ist nur zu 50% an dem Darlehensgeber A beteiligt. Reicht das? Laut BGH: ja, da A auch alleinige Geschäftsführungsbefugnis für die A hatte.
- Anfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO kam aber nicht mehr in Betracht, da zwischen Tilgung und Insolvenzantrag mehr als 1 Jahr lag.
- Aber: § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO: Die Stellung von Sicherheiten kann innerhalb eines Zeitraumes von 10 Jahren angefochten werden!

Zwischenzeitliche Tilgung der Forderung ist irrelevant. Ebenso der Untergang der Sicherheit.

Entscheidend ist allein, dass eine Sicherheit für eine nachrangig zu behandelnde Forderung bestellt wurde.

- Entfaltet § 135 Abs. 1 Nr. 2 eine Sperrwirkung für § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO?

C. Die Besicherung des Darlehens

- Nach Auffassung des BGH: Nein.
Jeder Anfechtungstatbestand ist isoliert zu prüfen.
- Die Folge ist kurios:
 - Ein besicherter Gesellschafter-Darlehensgeber ist schlechter gestellt als ein unbesicherter Gesellschafter-Darlehensgeber.
 - Das kann vermieden werden, wenn die Gesellschaft freiwillig zahlt, es also nicht zur Verwertung der Sicherheit kommt. Jeglicher Zusammenhang sollte vermieden werden.
- Im umgekehrten Fall (Sicherheit vor mehr als 10 Jahren bestellt, Verwertung innerhalb eines Jahres vor Antragstellung) soll Anfechtung ausscheiden, da keine Gläubigerbenachteiligung.
- Sicherheitenbestellung ist auch nicht als „Bargeschäft“ unanfechtbar.

Gesellschafterdarlehen und Haftungsfragen – Neue Risiken durch den BGH

A. Grundsätzliches

B. Verkauf des Darlehens

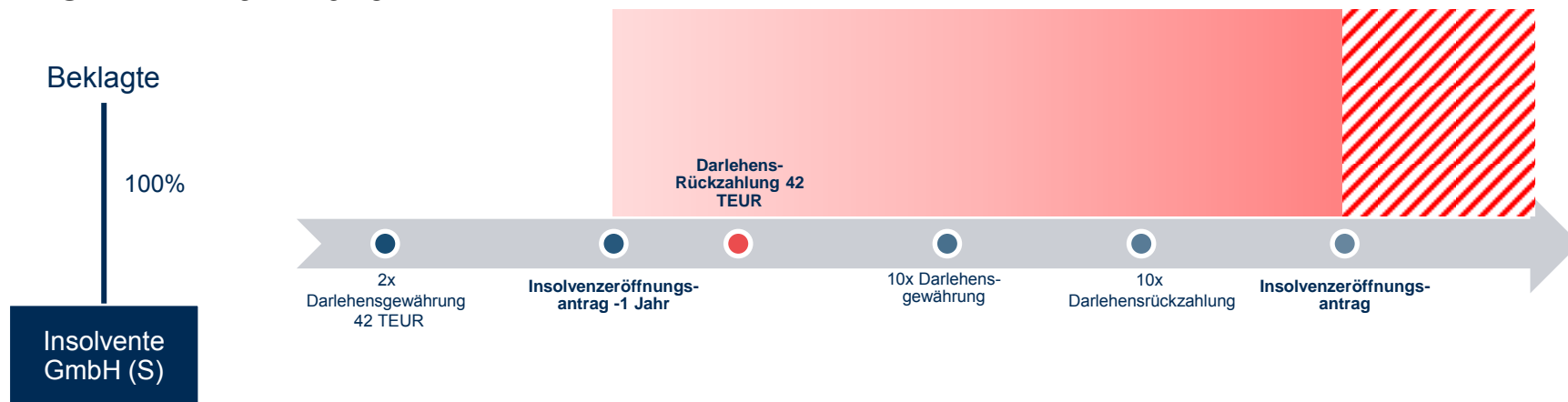
C. Besicherung des Darlehens

D. Cash Pooling und Anfechtung

E. Schlusswort

D. Cash Pooling und Anfechtung

■ BGH v. 7. März 2013 – IX ZR 7/12



- Am 10.12.2008/ 19.12.2008 gewährt Beklagte als Alleingeschafterin der später insolventen GmbH Darlehen in Höhe von EUR 17.000,- bzw. EUR 25.000,-, die am 11.02.2009 bzw. 06.01.2009 zurückgezahlt wurden
- Danach wurden unter jeweils gleichen Bedingungen zehn Darlehen bis zu EUR 30.000,- jeweils zum Monatsende gewährt, die jeweils zur Mitte des Monats wieder zurückgewährt wurden
- Zweck: Zwischenfinanzierung von Sozialversicherungsbeiträgen, Rückzahlung wurde jeweils aus danach eingehenden öffentlichen Beihilfen bestritten
- Am 28.12.2009 wurde Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt

D. Cash Pooling und Anfechtung

- Insgesamt hatte die Gesellschaft innerhalb des Ein-Jahres-Zeitraumes EUR 267.000 an ihren Gesellschafter zurückgezahlt.
- Erfasst § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO auch kurzfristige Darlehen?

Laut BGH: Ja, da eigenkapitalersetzender Charakter keine Rolle mehr spielt. Das war früher anders.

- Können die Tilgungsleistungen kumuliert angefochten werden?
 - BGH behandelt die kurzfristigen Darlehen wie einen Kontokorrentkredit. Dort gilt, dass ohne die Rückführung der alten Mittel keine neuen Mittel hätten gezogen werden können. Daher scheidet eine kumulierte Anfechtung aus.
 - Angefochten werden kann nur bis zur eingeräumten Kreditobergrenze.
 - Voraussetzung ist aber, dass die Rückführungen und Neugewährungen in einem unmittelbaren rechtlichen Zusammenhang stehen und wirtschaftlich eine Einheit bilden.

D. Cash Pooling und Anfechtung

- Die Kredite müssen nach Art eines Kontokorrentverhältnisses verbunden sein.
- Kriterien hierfür können sein:
 - fortlaufend gleiche Bedingungen,
 - kurze Dauer,
 - mit Darlehensgewähr verfolgte Zwecke,
 - zeitliche Nähe der Kapitalflüsse.
- Dies müsste eigentlich auch für Zahlungen im Rahmen eines Cash Pools gelten. Aber:
 - Im Cash Pool fehlt es typischerweise an einem konkreten Zweck.
 - Im Cash Pool werden regelmäßig keine Kreditobergrenzen vereinbart.

Gesellschafterdarlehen und Haftungsfragen – Neue Risiken durch den BGH

A. Grundsätzliches

B. Verkauf des Darlehens

C. Besicherung des Darlehens

D. Cash Pooling und Anfechtung

E. Schlusswort

E. Schlusswort

- Das „neue“ Recht der Gesellschafterdarlehen hält noch so manche Überraschung bereit.
- Dabei spielt vermutlich auch eine Rolle, dass durch die Verlagerung in die InsO die Zuständigkeit vom II. auf den IX. Senat übergegangen ist.
- Es ist wichtig, auch die übrigen Anfechtungstatbestände nicht aus dem Blick zu verlieren. Insbesondere § 133 Abs. 2 InsO (Zahlung an eine nahestehende Person) spielt eine Rolle.
- Es gibt mittlerweile Fälle, in denen Ausschüttungen aus einer Kapitalrücklage (nach § 133 Abs. 2) und Gewinnausschüttungen (nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 analog) erfolgreich angefochten worden sind.
- Insgesamt gibt es eine wachsende Bedeutung des Anfechtungsrechts. Es bleibt abzuwarten, ob und wie der Gesetzgeber hier tätig werden wird.

Kontakt

Dr. Martin Oltmanns, LL.M.

Rechtsanwalt, Steuerberater, Attorney-at-law

martin.oltmanns@fgs.de

Tel. (030) 21 00 20 20

Bonn

Johanna-Kinkel-Straße 2 - 4
53175 Bonn
Telefon 0228/95 94-0
Telefax 0228/95 94-100
bonn@fgs.de

Berlin

Friedrichstraße 69
10117 Berlin
Telefon 030/21 00 20-20
Telefax 030/21 00 20-99
berlin@fgs.de

Frankfurt

MesseTurm
Friedrich-Ebert-Anlage 49
60308 Frankfurt/Main
Telefon 069/717 03-0
Telefax 069/717 03-100
frankfurt@fgs.de

München

Brienner Straße 29
80333 München
Telefon 089/80 00 16-0
Telefax 089/80 00 16-99
muenchen@fgs.de

Repräsentanz Wien

Am Heumarkt 7
1030 Wien
Telefon +43 1/713 08 14
Telefax +43 1/713 08 15
wien@fgs-wien.at

Repräsentanz Zürich

Bahnhofstraße 69a
8001 Zürich
Telefon +41 44/225 70-10
Telefax +41 44/225 70-11
zuerich@fgs-zuerich.ch