



Kanzlei Schröder · Fahrstraße 4 · D - 46446 Emmerich am Rhein

Gesellschafterdarlehen

Ein Informationsservice ihrer Kanzlei Schröder

■ **Wolfgang Schröder**
Rechtsanwalt und Notar
Vereidigter Buchprüfer
und Fachanwalt für Verkehrsrecht

■ **Dr. jur. Volker Steves**
Rechtsanwalt
Master of Comparative Law (Singapore)

Tel.: +49 - 2822 - 2079

Fax: +49 - 2822 - 2163

E-Mail: schroeder@adac-vertragsanwalt.info

www.schroeder-emmerich.de

Worin bestehen die Risiken von Gesellschafterdarlehen im Insolvenzfall ?

Das System des Eigenkapitalersatzrechtes basiert auf der Überlegung, daß einem Gesellschafter in der Krise der Gesellschaft, also zu einem Zeitpunkt, zu dem die Gesellschaft nicht mehr in der Lage ist, von Dritten zu marktüblichen Konditionen Kredite zu erlangen, nur zwei vernünftige, seriöse Handlungsalternativen zur Verfügung stehen. Zum einen kann er dieses weiteres Eigenkapital in Form von Risikokapital zur Verfügung stellen. Damit riskiert er aber für den Fall, daß eine Insolvenz durch diese zusätzlichen Mittel nicht abgewendet werden kann, den endgültigen Verlust dieser Mittel; kann doch Eigenkapital in der Insolvenz nicht wieder abgezogen werden. Will er dieses Risiko nicht eingehen, verbleibt ihm nur die Möglichkeit, die Liquidation der Gesellschaft voranzutreiben und einen Liquidationsbeschluß herbeizuführen.

Häufig wird in der Praxis allerdings neben den soeben aufgezeigten seriösen Möglichkeiten eine Dritte erwogen und auf Vorschlag der für die Gesellschaft tätigen Berater auch oftmals in die Tat umgesetzt:

Die dringend benötigten Mittel werden von der Gesellschaft nicht - wie geboten - in Form von haftendem Eigenkapital zugeführt, sondern sie werden ihr vom Gesellschafter als Darlehen zur Verfügung gestellt. Damit tritt der Gesellschafter wie jeder andere kreditgebende Dritte auf, er kann seine Forderungen damit im Prinzip wie jeder andere Gläubiger in der Insolvenz geltend machen.

Die Prämisse, daß sich die Gesellschaft in der Krise befindet, zeigt aber bereits die Untragbarkeit dieses Verhaltens. Liegt nämlich diese Situation vor, in der die Gesellschaft zu üblichen Bedingungen keinen Kredit mehr von Dritten bekommt, dann führt die Gewährung von Gesellschafterdarlehen, deren Rückzahlungsansprüche in der Insolvenz geltend gemacht werden, zu einer Vermehrung der auf die verteilungsfähige Insolvenzmasse zugreifenden Gläubigeranzahl. Damit wird also - vorausgesetzt die derart gehandhabten Sanierungsversuche schlagen fehl - der Todeskampf der Gesellschaft nur verringert und Sanierungsversuche werden auf dem Rücken der Gläubiger ausgetragen.

Früh schon hat daher die Rechtsprechung reagiert und damit begonnen, auf der Grundlage einer Analogie zu den §§ 30, 31 GmbHG solche Gesellschafterdarlehen regelmäßig zu haftendem Eigenkapital umzuqualifizieren. In der Krise der Gesellschaft gewährte Kredite - so die Argumentation - stellten funktionales Eigenkapital dar und müßten in der Insolvenz der Gesellschaft konsequenterweise auch als solches behandelt werden. Neben diesem Grundfall der Kreditgewährung durch einen Gesellschafter in der Krise der Gesellschaft trafen im Laufe der Entwicklung weitere

Fallgruppen auf, etwa die Umqualifizierung von dem gesunden Unternehmen gewährten Gesellschafterdarlehen, die bei Eintritt der Krisensituation nicht gekündigt, sondern stehengelassen werden, die Nutzungsüberlassung in der Krise und andere mehr.

Die Kodifizierung dieser Rechtsprechung im Rahmen der GmbH-Rechts-Novelle 1980 in die §§ 32 a, 32 b GmbHG war unzureichend und löste das Richterrecht nicht ab, vielmehr gelten die Rechtsprechungsregelungen weiterhin und stehen neben den gesetzlich geregelten Fällen.

Mit der Neuregelung des § 32 a Absatz 3 Satz 2 GmbHG durch das Kapitalaufnahmeerleichterungsgesetz im Jahre 1998 wird nun der nicht geschäftsführende Gesellschafter einer GmbH, der mit nicht mehr als 10 % am Stammkapital beteiligt ist, von den Regeln des Eigenkapitalersatzes freigestellt.

Gerade für im Bereich der Vertragsgestaltung tätige Juristen stellt diese Neuregelung eine reizvolle Gestaltungsalternative dar, ziehen doch Summen oder zahlenmäßig fixierte Privilegien die Phantasie der Vertragsgestalter magisch an!

Dennoch könnten in derartige Vertragsgestaltungen gesetzte Erwartungen enttäuscht werden, dann nämlich, wenn die Gerichte sich erstmals mit den Auswirkungen der Privilegierung in echten Grenzfällen befassen müssen und versuchen könnten - es wäre nicht der erste Fall - Umgehungsversuchen einen Riegel vorzuschieben.

Wird in der Gesetzesbegründung als Ziel der Privilegierung noch die Förderung mittelständischer Unternehmen durch die Schaffung von Bedingungen, wer für die Zuführung von Fremdkapital erleichtern sollen, gepriesen, stellt sich das wahre Resultat bei genauerer Betrachtung als ein vollständig anderes heraus. Daß das Gesetz daher als „Mogelpackung“ bezeichnet wurde, kann nicht weiter verwundern!

Kaum vorstellbar scheint es aber, daß die Gerichte bewußte Ausnutzung des Privilegs tolerieren werden. Die notarielle Praxis muß daher vor übertriebenen Erwartungen warnen, in Gesellschaftsverträgen die Errichtung von Kleinbeteiligungen unreflektiert vorzunehmen. Wohl gemerkt: Die Beteiligung eines Gesellschafters mit bis zu 10 % am Stammkapital der Gesellschaft ist nicht generell gefährlich und damit zu vermeiden. Bei Strukturen aber, in denen ein Finanzierungsbedarf der Gesellschaft abzusehen oder zumindest nicht ausgeschlossen werden kann und dieser sodann aus dem Gesellschafterkreis mittels Darlehen gedeckt werden soll, ist Vorsicht geboten!

Diese Empfehlung erfaßt selbstverständlich nicht nur die Neugründung von Gesellschaften mit einer entsprechenden Beteiligungsstruktur, sondern ebenso die Beteiligung neuer Gesellschafter - zu denken ist hier auch die Übertragung zunächst nur einer Kleinstbeteiligung des Junior mit geplanter sukzessiver Erhöhung der Beteiligungsquote im Rahmen der Unternehmensnachfolge - oder einer Umschichtung bzw. Neuordnung der Beteiligungsquoten unter den bisherigen Gesellschaftern.