

# Betriebs Berater

16|2018

Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... **Compliance** ... **ErbSt** ... Recht ... Wirtschaft ... Steuern ...

16.4.2018 | 73. Jg.  
Seiten 833–896

## DIE ERSTE SEITE

**Tino Duttiné**, StB

Verschärfte Anzeigepflicht für Steuergestaltungen auf EU-Ebene –  
Unternehmen und Beratern droht neue Haftungsfälle

## WIRTSCHAFTSRECHT

**Dr. Mayeul Hiéramente**, RA/FAStrafR, und **Dr. Max Schwerdtfeger**, RA

Das Unternehmen im Fokus der Vermögensabschöpfung im Wirtschaftsstrafrecht –  
Risiken und Chancen der Gesetzesreform | 834

**Dr. Markus Schackmann**, RA, und **Christofer Rudolf Mellert**, RA

Kaufpreisbestimmung beim Unternehmenskauf – die Streitbeilegung bei  
Closing Accounts als Minenfeld für Schiedsgutachter? | 840

## STEUERRECHT

**Prof. Dr. Monika Jachmann-Michel**, Vors. RiBFH

BB-Rechtsprechungsreport zur Besteuerung der Kapitaleinkünfte 2017 | 854

**Prof. Dr. Wolfgang Blumers**, RA

Vorwegabschlag und Abfindungsbeschränkung | 865

## BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

**Michael Deubert**, WP/StB, und **Dr. Stefan Lewe**, WP/StB

Restrukturierungsrückstellungen im handelsrechtlichen Jahresabschluss:  
Besonderheiten in Konzernstrukturen | 874

## ARBEITSRECHT

**Theodor B. Cisch**, RA, **Christine Bleeck**, RAin, und **Dr. Michael Karst**, RA

BB-Rechtsprechungsreport zur betrieblichen Altersversorgung 2017/2018 | 883

## BB-Kommentar

### „Eigenkapitalersetzende Wirkung auch bei Finanzierung nur durch (stille) Gesellschafter“

#### PROBLEM

Eine Leistung an eine GmbH ist nach dem zum November 2008 außer Kraft getretenen § 32a GmbH a.F. kapitalersetzend, wenn ein Darlehen oder eine ähnliche Finanzierungshilfe gewährt wird, derjenige, der die Leistung gewährt, Gesellschafter ist oder eine gesellschafterähnliche Stellung einnimmt und er die Leistung zu einem Zeitpunkt erbringt oder stehenlässt, in dem die GmbH nicht kreditwürdig oder insolvenzreif ist. Das ist gefestigte Rechtsprechung. Die Entscheidung ist interessant, weil die Sache einige Besonderheiten aufweist.

#### ZUSAMMENFASSUNG

Bereits zum zweiten Mal setzte sich der BGH mit diesem Fall auseinander, bei dem ein stiller Gesellschafter einer GmbH, die zunächst der Absicherung seiner Familie und später maßgeblich der Verlustabschreibung diente, ab dem Jahr 1989 Einlagen und Darlehen in Millionenhöhe zuführte und sich im Jahr 1999 Zinsen i.H.v. 776.984,91 Euro ausbezahlen ließ. Der stille Gesellschafter wurde ausnahmsweise wie ein Gesellschafter behandelt, weil ihm nicht nur bei der GmbH 90% und später 95% des Gewinns und Verlusts zustanden, sondern er über eine im Jahr 1995 widerrufenen Vollmacht seiner Ehefrau bzw. Vertretungsmacht für seine minderjährige Tochter zeitweise auch die Mehrheit der Stimmrechte an der GmbH ausüben konnte. Zwischen dem stillen Gesellschafter und seiner Ehefrau kam es zu Auseinandersetzungen und zur Scheidung. Eine vereinbarte Abfindung wurde dem stillen Gesellschafter nie ausbezahlt, die GmbH fiel 2006 in Insolvenz.

In seiner ersten Entscheidung (BGH, 24.9.2013 – II ZR 39/12, NJW-RR 2014, 147) vertrat der BGH die Meinung, dass das OLG Hamburg (OLG Hamburg, 13.1.2012 – 11 U 248/09) zu Unrecht eine Insolvenzfähigkeit der GmbH im Zeitpunkt des Widerrufs der Vollmacht deswegen angenommen habe, weil die GmbH eine handelsrechtliche Unterbilanz aufwies und ihre operative Tätigkeit eingestellt hatte. Auch eine vom OLG Hamburg nicht geprüfte Kreditwürdigkeit sei nicht zu unterstellen. Das trifft rein technisch zu. Allerdings möchten Banken Kredite lieber zurückgezahlt bekommen, als Sicherheiten zu verwerten, und vergeben sie daher eher an geschäftlich tätige Gesellschaften, die genug Liquidität für die Rückzahlung generieren.

Der BGH verwies an das OLG Hamburg zurück, das OLG Hamburg wies die Klage daraufhin ab (OLG Hamburg, 17.7.2015 – 11 U 248/09). Auch dieses zweite Urteil des OLG Hamburg hat der BGH mit der hier besprochenen Entscheidung aufgehoben. Der BGH wies darauf hin, dass eine GmbH auch kreditwürdig sein kann, wenn sie aufgrund einer früheren Finanzierung durch den Gesellschafter akut keinen Kredit benötigt (etwas missverständlich insofern BGH, 11.10.2011 – II ZR 18/10, BB-Entscheidungsreport *Krause*, BB 2011, 3027). Weiter führt der BGH aus, dass eine

GmbH, anders als die Vorinstanz meinte, nicht deswegen kreditwürdig i.S.v. § 32a GmbH a.F. ist, weil eine vermögende Person hinter ihr steht und genug Sicherheiten stellen könnte. Das entspricht gefestigter Rechtsprechung und leuchtet ein.

Der BGH fährt fort, das OLG Hamburg habe eine Kreditwürdigkeit zu Unrecht verneint, denn die anhaltende handelsbilanzielle Überschuldung der GmbH sei ein starkes Indiz für Kreditwürdigkeit. Allerdings hatte das OLG Hamburg die handelsbilanzielle Überschuldung in seiner ersten Entscheidung zu diesem Fall (OLG Hamburg, 13.1.2012 – 11 U 248/09), wie gesagt, als Grund für eine Insolvenzfähigkeit gesehen, auch weil die bisherige operative Tätigkeit eingestellt worden und eine neue noch nicht aufgenommen worden war. Der BGH hatte dies in seiner ersten Entscheidung nicht nur bezüglich einer Insolvenzfähigkeit anders gesehen, sondern daraus auch keine Kreditwürdigkeit schließen wollen (BGH, 24.9.2013 – II ZR 39/12, NJW-RR 2014, 147). In seiner zweiten, aktuellen Entscheidung hält der BGH es nun doch für angezeigt, die Sache zur weiteren Ermittlung der Kreditwürdigkeit an das OLG Hamburg zurückzuverweisen. Außerdem meint der BGH, aus dem Zeitraum von etwa zehn Jahren bis zum Insolvenzantrag der GmbH dürfe nicht geschlossen werden, dass sie nicht insolvenzreif gewesen sei. Zwar sei die GmbH von ihrem vermögenden stillen Gesellschafter jahrelang finanziert worden, es sei aber kein Ertrags- und Finanzplan aufgestellt worden, der eine positive Fortführungsprognose für die nächsten Jahre belegt hätte.

#### PRAXISFOLGEN

Die Praxisfolgen dieser Rechtsprechung sind bereits vor Jahren eingetreten, in Form der Abschaffung von § 32a GmbHG a.F. Der BGH betont völlig zu Recht, dass es beim Eigenkapitalersatz immer auf den Einzelfall ankommt. Gerade der hier entschiedene Sonderfall zeigt aber, wie unübersichtlich die Lage im Laufe der Jahre selbst für erfahrene Richter geworden ist und wie weit sich die Rechtsprechung von der ursprünglichen Prämisse entfernt hat, dass ein Gesellschafter einer GmbH in der Krise sie entweder liquidieren oder ihr zusätzliches Eigenkapital zuführen sollte, statt sie künstlich am Leben zu halten und Dritte zu schädigen. Das wird hier deutlich am Beispiel des ehemaligen stillen Gesellschafters einer GmbH, die wenig am Wirtschaftsleben teilnahm, dessen frei widerrufliche Vollmacht lange vor der Auszahlung widerrufen wurde und deren Hauptinsolvenzgläubiger er selbst ist. Nach heutiger Rechtslage gemäß § 135 InsO hätte die Insolvenzverwalterin die Zinszahlungen nicht zurückfordern können.

**Dr. Hortense Trendelenburg**, RAin, Solicitor (England & Wales), ist Partnerin und Geschäftsführerin bei Atticus Legal Rechtsanwaltsgesellschaft mbH. Ein Schwerpunkt ihrer Tätigkeit liegt in den Bereichen M&A/Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht.

